

Université Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé

Thèse de doctorat en droit
soutenue le 14 octobre 2014

Thèse de Doctorat / octobre 2014

La monnaie comme objet de sûretés



Université Panthéon-Assas

Freddy Lemaitre

Sous la direction de Michel Grimaldi, professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Membres du jury :

M. Pierre Crocq, professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

M^e Reinhard Dammann, avocat au Barreau de Paris

M. Philippe Dupichot, professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne

M. Pierre-Grégoire Marly, professeur à l'Université du Maine



Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.



Remerciements

Au professeur Michel Grimaldi, dont les conseils opportuns ont nourri ma réflexion.

À ma famille, à Marion et à mes amis pour leur soutien et leur sollicitude.

À Philippe, sans les encouragements duquel ce travail n'aurait jamais été achevé.

Résumé :

Partant du constat que l'affectation en garantie de la monnaie est aujourd'hui susceptible de revêtir de multiples qualifications et d'obéir à des régimes tout aussi divers, selon que la monnaie est analysée comme un bien corporel ou incorporel et selon que les sommes affectées en garantie sont ou non confondues dans le patrimoine du créancier, cet essai propose d'adopter une conception unifiée de la monnaie susceptible de la soumettre à un régime simplifié d'affectation en garantie qui, sans faire fi de l'irréductible dualité tenant au caractère individualisé ou non des sommes d'argent, est appelé à remplacer les actuels gage de choses fongibles, nantissement de compte, nantissement de créance ou fiducie-sûreté sur créances et sommes d'argent, par un unique nantissement de monnaie.

Les modalités de constitution de ce nantissement seront propres à évincer les sempiternelles querelles sur le caractère ou non translatif de propriété du « gage-espèces » puisque la confusion des sommes nanties dans le patrimoine du créancier nanti opérera un démembrement de propriété sui generis qui, s'apparentant à un quasi-usufruit à titre de garantie, ne conférera au créancier ni un simple droit de préférence, ni un droit de propriété plein et entier, ni même un droit comparable à celui d'un fiduciaire, mais un droit de disposer à titre provisoire grevant temporairement la propriété restée entre les mains du constituant.

Ses conditions de constitution ainsi clarifiées, le nantissement de monnaie pourra se réaliser plus rapidement et plus efficacement par la reconstitution de la propriété démembrée entre les mains du constituant ou du créancier nanti, selon que la dette garantie aura ou non été payée, sans même qu'il soit besoin de s'interroger sur le fait de savoir s'il faut recourir à l'attribution judiciaire ou conventionnelle ou à la compensation.

Descripteurs : Monnaie, Nantissement, Gage-espèces, Fiducie-sûreté, Choses fongibles

Title and Abstract :*Money used as security*

As the law stands, security rights in money are likely to be subject to different legal treatment, depending on whether money is regarded as a tangible asset or as an intangible asset, and depending on whether sums of money as a guarantee are assimilated with the secured creditor's property or not. Taking this observation as its starting point, the present essay suggests adopting a unified approach of legal nature of money, that is likely to justify that money should be subject to a simplified security regime. Without ignoring that it is bound to be dual, depending on whether sums of money as a guarantee are separated from the secured creditor's property or not, this security regime would be called upon to replace the present fungible assets, bank account and receivables pledge agreements, and also security trust on receivables and money, with a single money pledge agreement.

The rules of the lodging of this money pledge agreement will be designed to eliminate the never-ending debates as to whether the "cash collateral" vests ownership of the encumbered money in the secured creditor, or not. Indeed, the assimilation of the encumbered sums of money with the secured creditor's property will involve a sui generis division of the ownership rights that will be like an irregular usufruct by way of collateral, and that will grant the creditor neither mere preferential rights, nor ownership rights, nor any right similar to the right of a security trustee, but the right to dispose of money provisionally. This right of disposal will encumber temporarily the ownership rights that will remain in the hands of the grantor of the security.

The rules of its lodging being therefore clarified, the rights granted by the money pledge agreement will be enforced more quickly and more effectively since the divided ownership of money will be reconstructed in the hands of the grantor of the security or in the hands of the secured creditor, depending on whether the secured debt will be paid or not, and without there being a need to wonder if the rights granted by the pledge have to be enforced either through judicial or contractual award of the right of ownership, or through legal, judicial or contractual compensation.

Keywords : Money, Pledge, Cash collateral, Trust by way of security, Fungible assets

Principales abréviations

Aj.	<i>Actualité jurisprudentielle (du Recueil Dalloz)</i>
AJDI	<i>Actualité juridique droit immobilier</i>
Al.	<i>Alinéa</i>
Ann.	<i>Annexe</i>
Arch. phil. dr.	<i>Archives de philosophie du droit et de philosophie sociale</i>
Art.	<i>Article</i>
Ass.	<i>Assemblée</i>
Bibl. (dr. priv.)	<i>Bibliothèque (de droit privé)</i>
B.O. (C.C.R.F)	<i>Bulletin officiel (de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes)</i>
Bull.	<i>Bulletin</i>
Bull. civ.	<i>Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation</i>
Bull. crim.	<i>Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation</i>
Cass.	<i>Cour de cassation</i>
CE	<i>Conseil d'État</i>
CEDH	<i>Cour européenne des droits de l'homme</i>
Chron.	<i>Chronique</i>
Civ.	<i>Chambre civile</i>
Coll.	<i>Collection</i>
Com.	<i>Chambre commerciale</i>
Concl.	<i>Conclusions</i>
Cons. constit.	<i>Conseil constitutionnel</i>
Crim.	<i>Chambre Criminelle</i>
D.	<i>Recueil Dalloz</i>
D. Affaires	<i>Dalloz Affaires</i>
Defrénois	<i>Répertoire du notariat Defrénois</i>
DH.	<i>Dalloz hebdomadaire (recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz)</i>
DP.	<i>Dalloz périodique</i>
éd.	<i>Édition(s)</i>
fasc.	<i>Fascicule</i>
Gaz. Pal.	<i>Gazette du Palais</i>
Ibid.	<i>Ibidem.</i>

Id.	<i>Idem.</i>
IR	<i>Informations rapides (du Recueil Dalloz)</i>
JCP G	<i>Jurisclasseur périodique (édition générale)</i>
JCP E	<i>Jurisclasseur périodique (édition Entreprises)</i>
J.O. (A.N.)	<i>Journal officiel (Assemblée nationale)</i>
J.O.U.E.	<i>Journal officiel de l'Union européenne</i>
Jur.	<i>Jurisprudence</i>
LGDJ	<i>Librairie générale de droit et de jurisprudence</i>
LPA	<i>Les Petites Affiches</i>
Obs.	<i>Observations</i>
Op. cit.	<i>Opus citatum (Ouvrage précité)</i>
p(p).	<i>Page(s)</i>
pan.	<i>Panorama</i>
plén.	<i>Plénière</i>
préf.	<i>Préface</i>
PUF	<i>Presses Universitaires de France</i>
RD bancaire et bourse	<i>Revue de droit bancaire et de la bourse</i>
RD bancaire et fin.	<i>Revue de droit bancaire et financier</i>
Rééd.	<i>Réédition</i>
Rep.	<i>Répertoire</i>
Req.	<i>Chambre des requêtes de la Cour de cassation</i>
Rev. Lamy dr. aff.	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>
Rev. Lamy dr. civ.	<i>Revue Lamy droit civil</i>
RJ com.	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>
RJDA	<i>Revue de jurisprudence de droit des affaires</i>
RTD civ.	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
RTD com.	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
s.	<i>et suivant(e)s</i>
S.	<i>Recueil Sirey</i>
Soc.	<i>Chambre sociale</i>
Somm.	<i>Sommaire</i>
spéc.	<i>Spécialement</i>
t.	<i>Tome</i>
TGI	<i>Tribunal de grande instance</i>

th.	<i>Thèse</i>
Trib. civ.	<i>Tribunal civil</i>
Trib. com.	<i>Tribunal de commerce</i>
Trib. corr.	<i>Tribunal correctionnel</i>
Vol.	<i>Volume</i>

Sommaire

INTRODUCTION	17
PREMIERE PARTIE : L’OBJET DES SURETES SUR LA MONNAIE	26
TITRE I. LES SÛRETÉS SUR LA MONNAIE HIER ET AUJOURD’HUI	26
<i>Chapitre I. Les sûretés anciennes.....</i>	<i>27</i>
Section I. En droit du travail.....	31
Section II. En droit pénal.....	34
Section III. En droit fiscal et douanier	37
§ 1. Les comptables publics	37
§ 2. Le versement d’espèces en garantie d’un sursis de paiement d’impositions	38
§ 3. Les consignations garantissant des dettes douanières	40
Section IV. En droit immobilier.....	43
§ 1. La location d’un immeuble à usage d’habitation	43
§ 2. L’achat d’un bien immobilier dans le cadre d’une vente amiable	49
A – Les « dépôts de garantie » dans le cadre des contrats de vente d’immeubles à construire ou à rénover	50
B – Les « dépôts de garantie » dans le cadre des contrats préliminaires aux contrats de vente d’immeubles à construire	54
C – Les « dépôts de garantie » assortissant les promesses de location-accession	56
§ 3. L’achat d’un bien immobilier dans le cadre d’une vente forcée	57
Conclusion	59
<i>Chapitre II. Les sûretés récentes</i>	<i>61</i>
Section I. Les sûretés sur la monnaie garantissant les obligations de payer dans les systèmes de paiement, de règlement et de livraison d’instruments financiers	69
Section II. Les sûretés sur la monnaie garantissant les obligations financières	73
§ 1. La nature des « couvertures » des obligations financières du XIX ^e siècle à la fin du XX ^e siècle.....	73
§ 2. La nature des « couvertures » des obligations financières sous l’empire de la loi du 2 juillet 1996	81
§ 3. La nature des « couvertures » des obligations financières en droit positif	90
Section III. Les sûretés sur la monnaie garantissant les prêts de titres.....	98
Section IV. Les sûretés sur la monnaie garantissant les opérations de pension	103
Conclusion	107

TITRE II. DE LA NATURE INCORPORELLE DE LA MONNAIE	112
<i>Chapitre I. La monnaie scripturale.....</i>	<i>117</i>
Section I. La monnaie scripturale est-elle une monnaie ?.....	121
§ 1. Une créance demeurée créance... ou une créance qui n'est pas une monnaie.....	127
A – La propriété du solde du compte bancaire	129
B – La disponibilité du solde du compte bancaire	133
C – L'immédiateté du pouvoir libératoire de la monnaie scripturale.....	136
§ 2. Une monnaie qui n'est pas une créance.....	140
§ 3. Une créance qui est devenue une monnaie.....	142
A – Les fondements de l'analyse doctrinale majoritaire	146
B – Une analyse consacrée par la jurisprudence	155
1 – La facilitation de la circulation de la monnaie scripturale par l'établissement d'une équivalence entre virement et tradition (arrêt du 12 juillet 1966)	156
2 – La consécration du pouvoir libératoire de la monnaie scripturale par l'assimilation établie entre le paiement et l'inscription au crédit d'un compte (arrêt du 23 juin 1993)	157
3 – L'affirmation implicite de la possibilité de « posséder » de la monnaie scripturale comme on possède de la monnaie fiduciaire (arrêt du 30 mars 1999)	158
C – Une analyse consacrée par la loi.....	159
§ 4. Une propriété incorporelle qui est devenue une monnaie.	164
A – La propriété flottante du titulaire d'un compte bancaire.	165
B – La monnaie scripturale : bien incorporel correspondant la « propriété » des créances entrées en compte.	174
Conclusion.....	176
Section II. La monnaie scripturale est-elle un bien incorporel ?.....	178
§ 1. La dématérialisation des valeurs mobilières n'a pas conduit à corporaliser les inscriptions en compte.....	178
§ 2. L'existence d'un droit de rétention n'est pas un indice de la corporalité des inscriptions en compte.....	188
§ 3. L'assimilation du virement à la tradition n'est pas un indice de la corporalité des inscriptions en compte.	189
§ 4. La thèse de la corporalité des inscriptions en compte repose sur un postulat qu'infirmes le développement d'un droit de la propriété intellectuelle.....	195
§ 5. La fongibilité n'est pas un indice de la corporalité des inscriptions en compte.	197
A – La fongibilité n'est pas seulement naturelle et objective, mais aussi conventionnelle et subjective, et donc susceptible de caractériser des biens incorporels (arrêt du 30 mars 1926).....	198
B – Il existe des biens incorporels naturellement et objectivement fongibles (arrêt du 12 novembre 1998).....	200
§ 6. L'usage courant de l'expression « gage-espèces » n'est pas un indice de la corporalité des inscriptions en compte.....	203
Conclusion.....	206

<i>Chapitre II. La monnaie fiduciaire</i>	216
Section I. La monnaie-papier.....	218
§ 1. Le billet de banque constate un droit à restitution.	219
A – Le billet de banque a une cause objective.	226
B – Le billet de banque trouve sa cause dans des créances.	229
§ 2. La possession du billet de banque n’est pas un indice de la corporalité de la monnaie-papier.	240
§ 3. Le droit réel du porteur du billet de banque n’est pas un indice de la corporalité de la monnaie-papier.	248
§ 4. Le billet de banque constate un droit à restitution imprescriptible.	254
Section II. La monnaie métallique.....	257
§ 1. La démonétisation de l’or et des métaux précieux a montré que la valeur de la monnaie métallique ne réside pas dans sa corporalité.	258
§ 2. Les monnaies primitives étaient conçues comme des droits à restitution contre des particuliers.	262
§ 3. La monnaie métallique est-elle une marchandise (bien corporel) ou un signe (bien incorporel) ?.....	264
§ 4. La monnaie métallique est-elle seulement étatique ?.....	272
Conclusion.	279
SECONDE PARTIE : LE REGIME DES SURETES SUR LA MONNAIE	289
TITRE I. DE LA PROPRIÉTÉ TRANSFÉRÉE OU FLOTTANTE	289
<i>Chapitre I. L’affectation en garantie de sommes d’argent non confondues</i>	295
Section I. La monnaie fiduciaire	295
Section II. La monnaie scripturale	298
§ 1. Les comptes spéciaux en pratique.	299
§ 2. Les comptes spéciaux en jurisprudence.	301
A – En dehors de toute affectation en garantie, la spécialité du compte préserve la propriété pleine et entière du déposant.	301
1 – Les comptes « à rubriques »	302
2 – Les livrets d’épargne	304
3 – Les comptes spéciaux ouverts par les conseils juridiques.....	307
4 – La préservation du droit de propriété du déposant par la spécialité du compte ouvre la voie à la revendication des sommes inscrites sur un compte spécial.	309
B – En cas d’affectation en garantie aussi, la spécialité du compte préserve la propriété pleine et entière du constituant.	312

1 – L’affectation en garantie d’un compte spécial préserve le droit de propriété du constituant et dispense de l’obligation d’évaluer le bien remis en garantie lors de la réalisation de la sûreté (arrêt du 13 juin 1989)	312
2 – L’affectation en garantie d’un compte spécial préserve le droit de propriété du constituant et écarte la prohibition du pacte commissaire (arrêt du 9 avril 1996)	313
3 – L’affectation en garantie d’un compte spécial préserve le droit de propriété du constituant et ne dispense pas des modalités de constitution prévues pour les sûretés non translatives de propriété (arrêt du 23 avril 2003)	332
4 – L’affectation en garantie d’un compte spécial préserve le droit de propriété du constituant et, en l’absence de pacte commissaire, n’autorise pas le créancier à s’approprier les sommes affectées en garantie sans autorisation du juge (arrêt du 15 novembre 2005)	335
§ 3. Les dispositions législatives relatives à l’affectation en garantie des comptes spéciaux.	338
Conclusion	341
 <i>Chapitre II. L’affectation en garantie de sommes d’argent confondues</i>	 344
 Section I. Une propriété transférée ?.....	 345
§ 1. Le transfert du droit de disposer n’est pas dû à la consomptibilité de la monnaie.	346
§ 2. Le transfert du droit de disposer est dû à la fongibilité de la monnaie et l’affectation en garantie de sommes d’argent confondues dans le patrimoine du créancier serait un gage irrégulier.	353
§ 3. Le transfert du droit de disposer n’est pas seulement dû au caractère de « chose de genre » de la monnaie.	359
§ 4. Le transfert du droit de disposer n’est pas dû à la volonté tacite des parties.	364
§ 5. L’affectation en garantie de monnaie confondue dans le patrimoine du créancier ne peut se dénouer par la compensation à laquelle prétend parvenir la thèse liant le transfert du droit de disposer au transfert d’une propriété pleine et entière.	372
A – L’affectation en garantie de sommes d’argent confondues dans le patrimoine du créancier se dénoue par l’exercice d’un droit de préférence, et non par celui d’une priorité ou d’une exclusivité (arrêt du 29 mars 1989).	378
B – L’affectation en garantie de sommes d’argent confondues dans le patrimoine du créancier ne peut pas se dénouer par la voie de la compensation légale (arrêt du 17 mai 1994).	385
C – L’affectation en garantie de sommes d’argent confondues dans le patrimoine du créancier ne peut pas se dénouer par la voie de la compensation conventionnelle (arrêt du 3 juin 1997).	403
D – L’affectation en garantie de sommes d’argent confondues dans le patrimoine du créancier semble pouvoir être qualifiée de « nantissement » (arrêt du 6 février 2007).	417
§ 6. De récentes évolutions législatives et jurisprudentielles ont remis en cause la thèse du transfert d’une propriété pleine et entière dans le cadre d’une « fiducie-sûreté » innommée.	425
A – La réfutation doctrinale.	430
B – La réfutation jurisprudentielle.	432

1 – Il n’y a de fiducie-sûreté (notamment sur créances) que prévue par la loi (arrêt du 19 décembre 2006)	433
2 – Toute fiducie-sûreté innommée portant sur des créances doit être requalifiée en nantissement de créances (arrêt du 26 mai 2010)	437
C – La réfutation législative : le régime de la fiducie-sûreté fixé par la loi est inadapté à l’affectation en garantie de sommes d’argent.....	441
Conclusion : l’impossible transfert d’une propriété pleine et entière, la nécessaire conservation d’une propriété flottante.	452
 Section II. Une propriété conservée et flottante ?	454
§ 1. Les hésitations jurisprudentielles relatives à l’exercice d’une action en revendication de sommes d’argent confondues dans le patrimoine d’autrui, qui serait engagée sur le fondement d’un droit réel planant.	457
A – Le refus, par la jurisprudence, d’admettre l’exercice d’une action en revendication de sommes d’argent confondues dans le patrimoine d’autrui, en dehors de toute affectation en garantie.....	466
1 – Premiers pas vers le refus de l’action en revendication de choses fongibles confondues dans le patrimoine d’autrui, en dehors de toute affectation en garantie (arrêts des 25 mars et 14 octobre 1997).	466
2 – Confirmation de l’impossibilité d’agir en revendication de sommes d’argent confondues dans le patrimoine d’autrui, en dehors de toute affectation en garantie (arrêt du 10 mai 2000).	469
3 – Réitération du refus d’admettre la revendication de sommes d’argent confondues dans le patrimoine d’autrui, en dehors de toute affectation en garantie (arrêt du 4 février 2003).	472
4 – Une nouvelle confirmation du refus d’admettre la revendication de sommes d’argent confondues dans le patrimoine d’autrui, en dehors de toute affectation en garantie (arrêt du 22 mai 2013).	473
B – L’accueil, par la jurisprudence, de l’action en revendication de sommes d’argent confondues dans le patrimoine d’autrui, en dehors de toute affectation en garantie.	479
1 – Premiers pas timides vers l’admission de l’action en revendication de sommes d’argent confondues dans le patrimoine d’autrui, en dehors de toute affectation en garantie (arrêt du 28 octobre 1986)	479
2 – Consécration incertaine de l’action en revendication de choses fongibles confondues dans le patrimoine d’autrui, en dehors de toute affectation en garantie (arrêt du 7 février 1989)	484
3 – Réitération de la solution consacrant la possibilité d’agir en revendication de sommes d’argent confondues dans le patrimoine d’autrui, en dehors de toute affectation en garantie (arrêts du 12 octobre 1993)	488
4 – Confirmation ambiguë de la possibilité d’agir en revendication de sommes d’argent confondues dans le patrimoine d’autrui, en dehors de toute affectation en garantie (arrêt du 6 février 1996).....	492

5 – Confirmation explicite de la possibilité d’agir en revendication de sommes d’argent confondues dans le patrimoine d’autrui, en dehors de toute affectation en garantie (arrêt du 13 novembre 2001).....	493
§ 2. L’accueil par la doctrine de l’action en revendication de sommes d’argent confondues dans le patrimoine d’autrui, qui serait engagée sur le fondement d’une propriété flottante.	500
A – Les arguments en faveur de la reconnaissance d’une propriété flottante.	500
B – L’analogie avec la floating charge.	507
C – L’application à l’affectation en garantie de sommes d’argent confondues.	514
D – La notion de droit réel planant ne peut être fondée sur la théorie de l’accession.	515
§ 3. La discrète et indirecte consécration jurisprudentielle d’un droit réel principal planant en dehors de toute affectation en garantie.	523
§ 4. La consécration légale d’un droit réel accessoire planant à travers le régime du gage sur stocks.	526
A – L’assiette de la sûreté.	528
B – La constitution de la sûreté.	531
C – Les effets de la sûreté.	531
D – Conclusion.	537
§ 5. La consécration légale d’un droit réel principal planant à travers le régime de la fiducie.	542
A – Le flou autour de la nature du transfert des biens, droits ou sûretés formant le patrimoine fiduciaire.	543
B – Le démembrement de la propriété du constituant résultant de la formation du patrimoine fiduciaire.	545
C – Un démembrement de propriété laissant au moins au constituant le droit de disposer à titre définitif.	551
D – Les initiatives du législateur allant dans le sens de la consécration expresse d’une propriété fiduciaire distincte de la propriété pleine et entière.	561
E – Une fiducie-sûreté nommée conciliant « propriété » fiduciaire du créancier et propriété « flottante » du constituant.	567
§ 6. Réfutation de la thèse selon laquelle la propriété fiduciaire n’est pas constitutive d’un démembrement de propriété.	571
A – La distinction entre « propriété de la valeur » et « propriété de l’utilité » est peu adaptée au cas de l’affectation en garantie de sommes d’argent.	579
B – Le droit du créancier sur le bien affecté en garantie a historiquement tendance à évoluer du droit réel principal de propriété au droit réel accessoire de préférence.	582
§ 7. Conclusion : un démembrement de propriété constitutif d’un quasi-usufruit à titre de garantie.	586
Conclusion : Pour la reconnaissance d’un nouveau démembrement du droit de propriété.	591

TITRE II. PISTES POUR UN NOUVEAU RÉGIME D’AFFECTATION EN GARANTIE DE LA MONNAIE594

<i>Chapitre I. Le maintien dans le patrimoine du constituant d’une propriété entière ou démembrée lors de la constitution du nantissement de monnaie.</i>	<i>600</i>
--	------------

Section I. L'actuel régime de constitution des sûretés sur sommes d'argent ne remédie que partiellement aux défauts et incertitudes de l'ancien.	601
§ 1. Les défauts de l'ancien régime d'affectation en garantie des sommes d'argent.	601
A – Les défauts de l'ancien régime de constitution du gage.	605
B – Les défauts de l'ancien régime de constitution du nantissement de créance.	608
1 – La signification à titre d'opposabilité puis de validité du nantissement	608
2 – La remise de la chose à titre de validité du nantissement	611
§ 2. Les défauts de l'actuel régime d'affectation en garantie des sommes d'argent.	615
A – Les défauts de l'actuel régime de constitution du gage, du nantissement de créance et du nantissement de compte.	619
1 – L'écrit à titre de validité et la date à titre d'opposabilité	619
2 – La « notification à soi-même »	621
B – Les défauts de l'actuel régime de constitution de la fiducie-sûreté sur sommes d'argent.	625
1 – Des conditions formelles trop nombreuses	627
2 – Des fiduciaires trop peu nombreux.....	631
 Section II. L'affectation en garantie de sommes d'argent, confondues ou non, par la voie d'un nantissement de monnaie opérant non pas un transfert mais un démembrement de propriété, lèverait toute ambiguïté.	635
§ 1. L'exigence d'un écrit à titre de validité.	638
§ 2. L'exigence d'une date à titre d'opposabilité.....	642
§ 3. Le maintien, dans le patrimoine du constituant, d'une propriété entière ou démembrée selon que la monnaie affectée en garantie est isolée ou confondue dans le patrimoine du créancier nanti.	648
A – L'absence de démembrement de propriété en cas nantissement de monnaie non confondue dans le patrimoine du créancier nanti.	650
B – Le démembrement de propriété en cas de nantissement de monnaie confondue dans le patrimoine du créancier nanti.....	654
§ 4. Les modifications à apporter en conséquence au régime de constitution des sûretés sur sommes d'argent d'hier et d'aujourd'hui.	668
A – La constitution des sûretés sur sommes d'argent en droit pénal, fiscal et douanier.	668
1 – Le nantissement de monnaie judiciaire.....	668
2 – Le nantissement de monnaie légal en droit fiscal et douanier	669
B – La constitution des sûretés sur sommes d'argent en droit immobilier.	671
1 – Le nantissement de monnaie conventionnel	672
2 – Le nantissement de monnaie légal en droit immobilier	677
C – La constitution des sûretés sur sommes d'argent en droit des marchés financiers.....	679
1 – Le nantissement de monnaie garantissant les obligations de paiement dans les systèmes de paiement, de règlement et de livraison d'instruments financiers	679
2 – Le nantissement de monnaie garantissant les obligations financières	685
3 – Le nantissement de monnaie garantissant le prêt de titres	692

<i>Chapitre II. L'attribution de la propriété entière ou la reconstitution de la propriété démembrée lors de la réalisation de la sûreté.....</i>	696
Section I. L'actuel régime de réalisation des sûretés sur sommes d'argent n'a que partiellement remédié aux défauts et incertitudes de l'ancien.....	697
§ 1. Les défauts de l'ancien régime d'affectation en garantie des sommes d'argent.	697
A – Les défauts de l'ancien régime de réalisation du gage.	700
B – Les défauts de l'ancien régime de réalisation du nantissement de créance.	701
C – Les défauts de l'ancien régime de réalisation du « gage-espèces », entendu comme fiducie-sûreté innommée.	707
§ 2. Les défauts de l'actuel régime d'affectation en garantie des sommes d'argent.	716
A – Les défauts du régime de réalisation du gage de choses fongibles, confondues ou non dans le patrimoine du créancier.....	717
B – Les défauts du régime de réalisation des nantissements de créance et de compte.	721
C – Les défauts du régime de réalisation de la fiducie-sûreté sur sommes d'argent.....	731
Section II. Le dénouement du nantissement de monnaie par l'attribution automatique de la propriété des sommes nanties, ou sa reconstitution automatique, si elle est démembrée, allierait simplicité, efficacité et sécurité juridique.	738
§ 1. L'attribution légale de la propriété de la monnaie non confondue dans le patrimoine du créancier nanti.	739
§ 2. La reconstitution de la propriété démembrée de la monnaie confondue dans le patrimoine du créancier nanti.	746
§ 3. Les modifications à apporter en conséquence au régime de réalisation des sûretés sur sommes d'argent d'hier et d'aujourd'hui.....	755
A – La réalisation des sûretés sur sommes d'argent en droit pénal, fiscal et douanier.	756
1 – Le nantissement de monnaie judiciaire en droit pénal.....	756
2 – Le nantissement de monnaie légal	757
B – La réalisation des sûretés sur sommes d'argent en droit immobilier.....	758
1 – Le nantissement de monnaie conventionnel	759
2 – Le nantissement de monnaie légal en droit immobilier	763
C – La réalisation des sûretés sur sommes d'argent en droit des marchés financiers.	763
1 – Le nantissement de monnaie garantissant les obligations de paiement dans les systèmes de paiement, de règlement et de livraison d'instruments financiers	764
2 – Le nantissement de monnaie garantissant les obligations financières	766
3 – Le nantissement de monnaie garantissant le prêt de titres	769
CONCLUSION	771
BIBLIOGRAPHIE.....	787
INDEX	829

Introduction

*« L'argent fait le bonheur des juristes.
Recherché, convoité, disputé, il fournit une
inépuisable matière à contentieux où s'exerce,
s'aiguise et s'éprouve leur perspicacité ».*

D. R. Martin¹

1. Rarement la monnaie a autant occupé l'espace politique et médiatique national et international qu'elle ne l'a fait au cours des dernières années. La crise financière et économique qui frappe la quasi-totalité des pays du globe depuis les années 2007-2008 a fait craindre qu'un certain nombre de puissances, parmi lesquelles les États-Unis, l'Union européenne, le Japon et la Chine, ne tentent de favoriser leur compétitivité et de dynamiser leurs exportations en jouant sur la valeur de leur monnaie, au point de provoquer une « guerre des monnaies »². Le choix fait par certains États de relancer leur croissance en stimulant la création de monnaie et en procédant à des dévaluations larvées a ajouté une crise monétaire à la crise économique et financière. Pour remédier à l'instabilité monétaire croissante, certains auteurs³ sont allés jusqu'à envisager une refonte complète du système monétaire international⁴.

¹ D. R. Martin, « De la revendication de sommes d'argent », D. 2002, pp. 3279 et s.

² Voir notamment « La guerre des monnaies », *Problèmes économiques*, La Documentation française, n° 3011, 19 janvier 2011 ; J. Mistral, *Guerre et paix entre les monnaies*, Fayard, 29 janvier 2014.

³ Voir notamment Gerald Braunberger, « La responsabilité de la monnaie de réserve » (« Die Verantwortung der Leitwährung »), *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 6 octobre 2010, traduit de l'allemand par Rachel Bouyssou, in « La guerre des monnaies », *Problèmes économiques*, La Documentation française, n° 3011, 19 janvier 2011, pp. 19 et s.

⁴ Selon l'économiste canadien Robert Mundell, il faut entendre par « système monétaire international » (SMI), l'ensemble des mécanismes qui gouvernent les interactions entre les monnaies et les instruments de crédit des différentes nations, et les moyens de règlement des biens et des services. Un système monétaire international est adossé à une monnaie dite « de

2. La crise monétaire au niveau mondial s'est doublée d'une crise monétaire au niveau européen. La diversité des réactions des pays membres de la zone euro face à la crise, et leur capacité variable à maîtriser leurs déficits publics et à préserver la croissance, ont accru l'hétérogénéité de leurs conditions économiques au point de fragiliser et de menacer leur union monétaire. Tandis que certains ont appelé à sauver l'union monétaire par l'instauration d'une union budgétaire et fiscale et par la mutualisation des dettes publiques des États membres de la zone euro, grâce à la création d'un système d'euro-obligations (en anglais « *eurobonds* »), d'autres ont avancé l'idée de sauver l'union monétaire en évinçant les économies les plus faibles. C'est ainsi que l'appartenance de la Grèce à la zone euro a été abondamment remise en question⁵. Si la sortie de l'euro apparaissait aux uns comme une solution possible à la crise monétaire⁶, elle était analysée par d'autres comme un facteur aggravant de la crise monétaire qui pouvait conduire à une « guerre des monnaies » entre la zone euro et le pays sortant qui n'aurait d'autre choix que de procéder à des dévaluations massives pour amortir le choc de sa sortie⁷.

réserve », c'est-à-dire à une devise qui est détenue par les institutions d'émission de monnaie qui est destinée aux règlements des paiements. Du début du XIX^e siècle jusqu'en 1922, le système monétaire international a eu l'or puis la livre sterling comme monnaie de réserve : ce système, dit de « l'étalon-or universel » (« *Gold standard* »), reposait sur des taux de change fixes et sur la convertibilité de chacune des monnaies nationales en or (puis en livres sterling). Autrement dit, les institutions nationales pouvaient émettre de la monnaie en fonction de la quantité d'or (puis de livres sterling) qu'elles détenaient. À la suite de la conférence de Gênes tenue en 1922, il a été substitué au système de l'étalon-or universel un système dit de « l'étalon change-or » (« *Gold Exchange Standard* ») qui, tout en maintenant le principe de la fixité des taux de change, a permis aux institutions nationales d'émettre de la monnaie en fonction non seulement de la quantité d'or, mais aussi de la quantité de monnaies convertibles en or qu'elles détenaient en stock. Jusqu'en 1944, plusieurs monnaies dites « de réserve » pouvaient être converties en or. La conférence de Bretton Woods, en 1944, a conduit au constat que seul le dollar américain était désormais convertible en or et donc susceptible d'assumer la fonction de monnaie de réserve. En 1971, la convertibilité du dollar en or a été suspendue, avant de prendre fin par les accords de la Jamaïque, en 1976. Depuis cette date, plus aucune règle universelle ne régit les taux de change entre les monnaies nationales qui, par conséquent, sont devenus flottants. Si le dollar américain a jusqu'à la récente crise joué *de facto*, et dans une certaine mesure, le rôle de monnaie de réserve, certains auteurs pensent qu'il pourrait être, sinon remplacé, du moins concurrencé par l'euro, le yen japonais, le renminbi (yuan chinois), ou encore par les droits de tirage spéciaux (DTS) utilisés par certaines institutions, dont le Fonds monétaire international (voir notamment Benjamin Cohen, « L'avenir des monnaies de réserve », *Finances et développement*, Fonds monétaire international, septembre 2009, in « La guerre des monnaies », *Problèmes économiques*, La Documentation française, n° 3011, 19 janvier 2011, pp. 23 et s). Tandis que certains auteurs prônent l'adoption d'une monnaie nationale (ou internationale, pour l'euro) comme monnaie de réserve à caractère supranational, d'autres promeuvent l'institution d'une monnaie de réserve supranationale distincte des monnaies nationales (ou internationales, s'agissant de l'euro). Toujours est-il qu'aujourd'hui le système monétaire international, en plus de n'être pas intégré, apparaît comme étant de plus en plus fragmenté.

⁵ M. Prandi, « Une sortie de la Grèce de l'euro provoquerait vingt ans de crise », *Les Échos*, 16 février 2012, p. 8.

⁶ Un parlementaire britannique, Simon Wolfson, est allé jusqu'à créer un prix (le « *Wolfson Economics Prize 2012* »), pour encourager la recherche sur les modalités d'un retrait ordonné de la zone euro (F. Collomp, « Un lord anglais lance un prix pour organiser la sortie de l'euro », *Le Figaro Économie*, 19 octobre 2011, p. 19).

⁷ Massimo Prandi, « Sortie de l'euro : le scénario catastrophe », *Les Échos*, 12 septembre 2011, in « Crise de la dette : menaces sur l'euro ? », *Problèmes économiques*, La Documentation française, n° 3029, 26 octobre 2011, pp. 13 et s.

3. Le thème de la « sortie de l'euro » s'est en toute logique invité dans les débats précédant les échéances électorales dans un certain nombre de pays européens. En Finlande, l'élection présidentielle de 2012 a pris les allures d'un référendum pour ou contre la monnaie européenne, le populiste Timo Soini prônant le retrait de son pays de l'union monétaire⁸. Aux Pays-Bas, selon un sondage réalisé à l'automne 2011, 58 % de l'opinion serait favorable à l'abandon de l'euro et au retour au florin. Le député populiste de droite Geert Wilders a commandé à un bureau d'études britannique un rapport sur le coût que représenterait pour l'économie néerlandaise le retour à l'ancienne devise nationale⁹, et, se fondant sur les conclusions de ce rapport, il a alors demandé un référendum sur la sortie de l'euro¹⁰.

En France, des sondages réalisés à l'hiver 2011 ont révélé que 44 % de l'opinion pensait que l'euro était un handicap dans le contexte de crise économique et financière, et que la part de la population souhaitant le retour au franc était en hausse de 36 %¹¹. Il n'en fallait pas plus pour certains candidats à l'élection présidentielle de 2012 s'emparer du sujet. C'est ainsi que Mme Marine Le Pen¹², M. Nicolas Dupont-Aignan¹³ ou encore M. Jacques Cheminade¹⁴ ont proposé que la France sorte volontairement de la zone euro.

4. Le tournant des années 2000-2010 aura ainsi été marqué par de nombreuses interrogations et de vives controverses politiques et économiques sur la monnaie. Bien moins abondantes et bien moins âpres sont les discussions sur le point de savoir ce qu'est ce bien que l'on appelle la « monnaie ».

5. En la matière, les juristes sont largement restés en retrait de querelles dominées par les économistes¹⁵. Jusqu'à ce que le doyen Jean Carbonnier fasse figurer la monnaie à côté des meubles et des immeubles dans un manuel de théorie

⁸ Th. Portes, « En Finlande, la crise de l'euro s'invite dans la présidentielle », *Le Figaro*, 21 janvier 2012, p. 9.

⁹ S. Cessou, « Les néerlandais partagés sur un abandon de la monnaie unique », *La Tribune*, 18 novembre 2011, p. 4.

¹⁰ R. Godin, « Ce néerlandais qui veut le retour du florin », *La Tribune*, 6 mars 2012, p. 15.

¹¹ A. Reverchon, « L'euro, un "handicap" pour les Français », *Le Monde*, 6 décembre 2011, p. 15.

¹² Voir notamment : L. Robequain, « Le retour au franc provoquerait un séisme économique et social », *Les Échos*, 13 décembre 2011, p. 2.

¹³ Voir notamment : « Croissance, les idées de cinq candidats », *La Croix*, 17 avril 2012, p. 2. L'idée du candidat Jacques Cheminade consistait notamment à n'utiliser l'euro que pour les échanges intra-européens, et à revenir à l'usage du franc pour les échanges internes.

¹⁴ Voir notamment : O. Faye, « Jacques Cheminade, le candidat hors-cadre », *La Croix*, 5 avril 2012, p. 25.

¹⁵ De l'aveu du professeur Gérard Farjat (« Nature de la monnaie : une approche de droit économique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 101), « dans l'idéologie dominante actuelle, la monnaie relève essentiellement de l'économie ».

générale du droit civil consacré au droit des biens¹⁶ et jusqu'à ce que le professeur Rémy Libchaber s'enquière de la nature de la monnaie, celle-ci est longtemps demeurée « l'inconnue du droit », présente « partout dans les relations sociales » et « nulle part dans la pensée juridique »¹⁷. Le « très intimidant silence du droit sur la monnaie »¹⁸ est aujourd'hui encore entretenu par la convention tacite, largement admise et peu débattue – si ce n'est par le professeur Didier-René Martin¹⁹ – en vertu de laquelle la monnaie revêt une double nature : corporelle lorsque, fiduciaire, elle prend la forme de pièces ou de billets de banque, et incorporelle lorsque, scripturale, elle se présente sous forme d'écritures en compte²⁰. Alors que la monnaie fiduciaire serait un bien dont la valeur résiderait dans sa corporalité, c'est-à-dire dans le métal des pièces ou dans le papier des billets, la monnaie scripturale serait un bien dont la valeur serait logée ailleurs que dans les inscriptions en compte, et plus précisément dans le droit à restitution du déposant à l'encontre du teneur de compte. Alors que la monnaie scripturale serait une créance, la monnaie fiduciaire n'en serait pas une. Le même bien aurait donc deux natures.

6. Pour surmonter ce paradoxe, on peut être tenté, comme le professeur Didier-René Martin, de conférer une corporalité aux écritures en compte, qu'elles soient constitutives de monnaie scripturale ou de valeurs mobilières, et de faire ainsi de la monnaie un bien corporel, insusceptible d'être assimilé à une créance, quelle que soit sa forme (fiduciaire ou scripturale)²¹.

¹⁶ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. III, *Les biens : monnaie, immeubles, meubles*, Thémis droit privé, PUF, 12^e éd., 1988. *Adde* : J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, Coll. Quadrige, PUF, 19^e éd., 2004, « Théorie de la monnaie », pp. 1527 et s.

¹⁷ R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Bibl. dr. priv., t. 225, LGDJ, 1992, préf. P. Mayer, p. 1.

¹⁸ *Ibidem*, p. 2.

¹⁹ D. R. Martin, « Du gage-espèces », D. 2007, pp. 2556 et s.

²⁰ E. Alfandari, « Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 135 : « à quelques exceptions près, les juristes ne se sont guère intéressés, jusqu'à ces dernières années, à la monnaie [...] Dans le *droit civil*, [...] le problème se posait alors de savoir si la monnaie devait être étudiée avec le droit des biens ou avec le droit des obligations, ou à cheval sur les deux ».

Adde : P.-G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, LGDJ, 2004, préf. Ph. Delebecque, n° 270, p. 220 ; D. Legeais, « Le gage-espèces après la réforme des sûretés », *Droit et patrimoine* 2007, n° 162, pp. 70-73, spéc. p. 70 : « le caractère de bien corporel de la monnaie fiduciaire ne fait pas de doute ».

Dans le même sens : S. Torck, « Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 », *RD bancaire et fin.*, janvier 2008, n° 1, étude n° 2 : « la monnaie fiduciaire, comme la monnaie métallique d'ailleurs, est assurément un bien meuble corporel. Le propre de la monnaie fiduciaire en effet, que l'on qualifie de papier-monnaie, est d'incorporer les unités monétaires dans un support corporel – le papier – de telle manière que le billet de banque est la monnaie elle-même, une monnaie ultime et non pas une créance contre l'établissement émetteur [...] Au contraire de la monnaie fiduciaire, les unités monétaires scripturalisées par l'inscription en compte ne sauraient être considérées comme des biens meubles corporels. L'inscription en compte est certainement matérielle – matière électronique – mais elle n'est pas corporelle car elle n'est pas tangible ».

²¹ D. R. Martin, « De la monnaie », *Mélanges Blaise*, Economica, 1995, pp. 333 et s. ; « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », D. 1996, chron. pp. 47 et s. ; « Le gage d'actifs scripturaux », D. 1996, chron. pp. 263 et s. ; « L'inscription en compte d'actifs scripturaux », D. 1998, chron. pp. 15 et s. ; « De la revendication de sommes d'argent », D. 2002, chron. pp. 3279 et s. ; « Du corporel », D. 2004, chron. pp. 2285 et s. ; « Du gage-espèces », D. 2007, pp. 2556 et s.

7. Pourtant, les débats autour de la monétisation de la dette publique qui ont été suscités par la récente crise monétaire mondiale et européenne incitent à envisager la solution inverse qui consisterait à analyser la monnaie comme étant un type de créance, indépendamment de sa forme fiduciaire ou scripturale. En effet, si la solution à la crise retenue par certains économistes consiste à permettre aux banques centrales, chargées de l'émission de la monnaie fiduciaire et de la régulation de la production de monnaie scripturale, de racheter les dettes des États et de créer, en contrepartie et à due concurrence, de la monnaie fiduciaire²², c'est que les pièces et les billets en circulation sont susceptibles de représenter des titres de créance à l'égard des États, de la même façon qu'on admet que les inscriptions en compte représentent des créances à l'égard des banquiers teneurs de compte. En d'autres termes, rien n'interdit de se demander si, contrairement à ce que soutient le professeur Didier-René Martin, la monnaie, dans tous ses états (fiduciaires ou scripturaux) n'est pas plutôt un bien incorporel.

8. La réponse à la question de savoir si la nature de la monnaie est duale (tantôt corporelle, tantôt incorporelle), ou, à l'inverse, unitaire (exclusivement corporelle ou exclusivement incorporelle) est loin d'être dénuée d'intérêt pour définir les modalités de son affectation en garantie. Dans l'usage le plus courant qui est fait des garanties sur la monnaie, peu de gens s'interrogent sur la nature corporelle ou incorporelle de l'objet de la garantie, sur son régime de constitution et de réalisation, et sur la répartition, entre le constituant et le créancier, des droits portant sur l'objet de la garantie. Rares sont les locataires d'immeubles à usage d'habitation qui, au moment de la signature du contrat de bail, se soucient de savoir s'ils conservent ou non un droit réel sur le « dépôt de garantie » et si ce dernier se dénouera par une attribution conventionnelle en propriété ou par une compensation. Pourtant, dès que l'on y regarde de plus près, les choses paraissent moins évidentes et plus confuses qu'elles ne le semblaient de prime abord.

9. En réformant le droit des sûretés réelles et en fondant l'application de régimes distincts sur la nature corporelle ou incorporelle de leur objet, l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 a entretenu, si ce n'est accru, la confusion : la détermination de la nature corporelle ou incorporelle de la monnaie est devenue d'autant plus nécessaire et

²² J. Sapir, « La crise de la dette est-elle irréversible ? Réquisitionnons les banques centrales ! », *Le Monde*, 2 décembre 2011, p. 23.

pressante qu'en dépend désormais le régime de son affectation en garantie. Si l'on voit dans la monnaie un bien corporel, alors c'est le régime du gage qui devrait s'appliquer (articles 2333 et suivants du code civil). À l'inverse, si l'on voit dans la monnaie un bien incorporel constitutif d'une créance, alors c'est le régime du nantissement de créance qui devrait s'appliquer (articles 2356 et suivants du code civil). Mais si l'on voit dans la monnaie un bien incorporel autre qu'une créance au sens civil du terme, alors, à défaut de dispositions spéciales, c'est le régime du gage qui trouverait à s'appliquer, en vertu du renvoi auquel procède le dernier alinéa de l'article 2355 du code civil.

Faute de position jurisprudentielle et doctrinale claire, certains praticiens ont pu estimer plus sûr de soumettre toute affectation en garantie de monnaie consistant en des inscriptions en compte, au régime du nantissement de compte (article 2360 du code civil)²³. Encore ne s'agit-il là que des régimes d'affectation en garantie s'offrant au choix d'un praticien qui souhaiterait s'en tenir au code civil, sans s'assurer que la sûreté sur la monnaie dont il envisage la constitution n'est pas régie par des dispositions spéciales du code de la construction et de l'habitation, du code monétaire et financier, de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs, ou encore par des règles définies par un dépositaire central ou par une entreprise de marché.

L'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie a encore élargi le choix des sûretés possibles au sein du code

²³ Ainsi qu'en témoigne l'exemple de contrat d'affectation en garantie de sommes d'argent figurant en annexe. Dans ce contrat, les parties conviennent de soumettre aux règles des articles 2355 et suivants du code civil une sûreté portant sur des sommes (« *Credit Balance* ») qui sont inscrites sur un compte (« *Pledged Account* ») ouvert au nom du constituant (« *Grantor* ») et dont le montant est susceptible de varier en fonction des crédits et débits auxquels le constituant peut procéder, sans néanmoins pouvoir être inférieur à un seuil plancher que le constituant, bien qu'investi du droit de mouvoir le compte, s'engage à maintenir en toute hypothèse (sections 2.2 et 2.3 du contrat). Les parties ont retenu la qualification de « nantissement de compte » (« *Bank Account Pledge Agreement* ») mais se sont bien gardées de renvoyer expressément à l'article 2360 du code civil. Quant aux modalités d'exécution de la sûreté (section 4, « *Enforcement* »), elles font l'objet d'une description sommaire sans que soit employé le moindre terme qui suggérerait une prise de parti sur le mécanisme présidant au dénouement de la garantie et, par voie de conséquence, sur la nature des droits des parties : le créancier (« *Beneficiary* ») se voit simplement reconnaître la faculté « d'exercer tous les droits, toutes les actions et tous les privilèges sur le compte nanti qui sont reconnus à un créancier nanti par les dispositions des articles 2355 et suivants du code civil ». La référence aux articles 2355 et suivants du code civil, plutôt qu'aux seuls articles 2356 et suivants, ouvre la voie à la fois à l'application du régime du nantissement de créance et/ou de compte, et à celle du régime du gage, notamment de choses fongibles, par renvoi du dernier alinéa de l'article 2355, si l'une des parties venait à contester que la monnaie scripturale fût une créance. Autrement dit, les praticiens semblent opter volontairement pour l'imprécision, tant la moindre formule est susceptible d'être interprétée comme suggérant une prise de parti sur la nature de la monnaie, et donc sur la nature et le régime de la sûreté, et par conséquent, d'être utilisée par une partie pour contester l'application de tel régime plutôt que de tel autre, ou au contraire pour enfermer la garantie dans tel régime plutôt que dans tel autre.

D'autres contrats sont tout à la fois moins explicites sur la qualification de la garantie portant sur des sommes d'argent, refusant de la soumettre au régime prévu par les articles 2355 et suivants du code civil, et plus explicites sur le mode de réalisation de la garantie, qu'ils assimilent à une compensation. Alors qu'ils stipulent qu'en garantie de ses obligations, le constituant s'engage à verser au bénéficiaire une somme d'argent en pleine propriété, certains contrats obligent le bénéficiaire à verser au constituant une « indemnité d'immobilisation », en contrepartie de la libre disposition par le bénéficiaire de la somme remise, ce qui trouverait sa justification dans le fait que la rémunération d'une somme dont la propriété a par ailleurs été transférée correspond à un *démembrement* classique du droit de propriété. S'agit-il alors d'un transfert ou démembrement de la propriété des sommes affectées en garantie ?

civil en sous-entendant que la fiducie-sûreté pouvait fort bien porter sur de la monnaie (article 2372-3, alinéa 3, du code civil).

Et une partie de la doctrine a pu plonger les praticiens dans une perplexité plus grande encore en soutenant qu'à côté de la fiducie-sûreté nommée, subsistait une fiducie-sûreté innommée, propre à l'affectation en garantie de monnaie et connue sous le nom de « gage-espèces »²⁴.

10. Le fait que la doctrine et les praticiens du droit emploient couramment l'expression de « gage-espèces » pour désigner indifféremment des sûretés de nature et de régime différents est révélateur de l'épaisseur du brouillard conceptuel qui enveloppe l'affectation en garantie de la monnaie. Dans son acception la plus large, la formule « gage-espèces » désigne d'ordinaire toute sûreté sur la monnaie, indépendamment du fait que les sommes affectées en garantie soient des pièces, des billets ou des inscriptions en compte, et du fait que la sûreté soit soumise au régime du gage, du nantissement (de créance ou de compte) ou de la fiducie-sûreté (nommée ou innommée). Dans son acception la plus étroite, qui est celle qui sera retenue tout au long de ce travail, la notion de « gage-espèces » désigne très précisément l'affectation en garantie de monnaie (fiduciaire ou scripturale) par la voie d'une fiducie-sûreté innommée.

Cette aliénation fiduciaire peut être le mode d'affectation en garantie choisi pour une sûreté qui serait par ailleurs qualifiée de « dépôt », de « dépôt de garantie », de « retenue de garantie », de « caution », de « cautionnement », de « séquestre », de « consignation », ou encore de « couverture ». Les dénominations diverses et variées qui ont pu être appliquées aux sûretés sur la monnaie tout à la fois reflètent et renforcent la confusion qui règne dans l'esprit du législateur, des juges et des praticiens.

11. Cette confusion peut faire naître chez les praticiens certaines craintes à l'égard de sûretés dont la facilité de constitution et la rapidité de réalisation sont contrebalancées, et même mises à mal, par une insécurité juridique dont le monde des affaires, en particulier, est peu friand²⁵. Du choix de la nature de la sûreté et du

²⁴ M. Grimaldi, Rapport de synthèse d'un colloque sur le droit des sûretés, *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 74 ; M. Grimaldi & R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009, p. 670. En ce sens aussi : P. Crocq, L. Aynès, *Les sûretés, la publicité foncière*, Coll. droit civil, LGDJ, 7^e éd., 2013, p. 234, n° 505 ; Ph. Dupichot, « Le nantissement, un an après », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 27 ; A. Gourio, « La fiducie-sûreté », *D.* 2009, p. 1944.

²⁵ Soulignant que les sûretés sur sommes d'argent étaient « parmi les sûretés réelles, la garantie la plus problématique », le professeur Jean Stoufflet écrivait en 2006 que « la jurisprudence manqua[it] de netteté en un domaine où la pratique a tout particulièrement besoin de clarté et de prévisibilité » (*RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 42).

régime qui en résulte peuvent dépendre la nature, et donc le contenu, du droit (réel ou personnel ? de préférence ou de propriété ?) du créancier, et, par voie de conséquence, le degré d'efficacité de la garantie en cas de procédure collective du constituant. Comme l'a écrit le professeur Dominique Legeais au sujet des garanties conventionnelles sur créances, « le recours à plusieurs techniques, loin d'être la marque d'un droit évolué, révèle au contraire l'inadaptation du système en vigueur aux impératifs du crédit »²⁶.

12. Le professeur Philippe Dupichot a écrit, au sujet du nantissement, que « le juriste redoute lui-même la technicité de ce rameau aride du droit des sûretés, à la croisée du régime général de l'obligation et des démembrements du droit de propriété »²⁷. On pourrait en dire autant de l'affectation en garantie de la monnaie.

Mais dans la mesure où, comme le soutient le professeur Dominique Legeais, « le gage-espèces est le grand oublié de la réforme du droit des sûretés »²⁸ opérée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, il paraît nécessaire de réparer cet oubli et de rechercher une définition unitaire de la monnaie et de sa nature, qui permette de justifier et de déterminer son affectation en garantie par la voie d'une sûreté d'une unique nature, dont le régime serait unifié et simplifié autant que possible.

13. À cette fin, et contrairement à la logique retenue dans beaucoup d'écrits sur le sujet, qui se concentrent sur les modalités d'affectation en garantie de la monnaie en n'effleurant qu'à peine leur objet, en incise ou à l'issue des développements²⁹, il nous semble nécessaire d'élucider d'abord la nature de l'objet de la garantie pour pouvoir ensuite définir la nature et le régime de la garantie.

14. C'est la raison pour laquelle nous avons choisi d'intituler ce travail « La monnaie comme objet de sûretés » plutôt que « Les sûretés sur la monnaie » ou « Les sûretés sur sommes d'argent ». Le fait de mettre en avant l'objet des sûretés (la monnaie) plutôt que les sûretés elles-mêmes, témoigne du parti pris qui est le nôtre de

²⁶ *Les garanties conventionnelles sur créances*, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1986, préf. Ph. Rémy, p. 176.

²⁷ Ph. Dupichot, « Le nantissement, un an après », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 27.

²⁸ D. Legeais, « Le gage-espèces après la réforme des sûretés », *Droit et patrimoine* 2007, n° 162, pp. 70 et s. De son côté, le professeur Stéphane Torck voit dans la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006 et dans la loi sur la fiducie du 19 février 2007, « deux belles occasions en partie manquées » de clarifier la qualification et le régime des sûretés sur sommes d'argent (« Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 », *RD bancaire et fin.*, janvier 2008, n° 1, étude n° 2).

Il faut cependant nuancer ces propos car l'avant-projet de réforme du droit des sûretés élaboré par la « commission Grimaldi » proposait de créer dans le code civil une section intitulée « Du nantissement de monnaie scripturale » et consacrée à l'affectation en garantie d'un compte spécial et bloqué. Ce dispositif n'a pas été repris dans l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006.

²⁹ Voir notamment : H. Westendorf, « Les sûretés ayant pour objet des sommes d'argent », *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 13, 2003, éd. Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 460 et s.

prendre à contrepied la démarche attendue, et habituellement adoptée comme naturelle, qui consiste à dissenter sur les sûretés sur la monnaie et sur les difficultés que posent leur qualification et leur régime en n'abordant leur objet qu'à la marge, sans vraiment le saisir.

15. C'est aussi la raison pour laquelle nous avons choisi d'organiser ce travail de telle façon que l'étude approfondie de la nature de la monnaie (première partie) précède celle de la nature et du régime des modes d'affectation en garantie de la monnaie, dont découlera la proposition d'une nouvelle et unique sûreté dont la qualification et les modalités de constitution et de réalisation seront mieux adaptées à son objet (seconde partie).

Première partie : l'objet des sûretés sur la monnaie

TITRE I. LES SÛRETÉS SUR LA MONNAIE HIER ET AUJOURD'HUI

16. Évolution. – Alors que les sûretés sur la monnaie étaient autrefois cantonnées à l'utilisation qu'en faisaient les particuliers pour les besoins de leur vie quotidienne, que ce soit dans leurs relations avec d'autres particuliers, notamment pour travailler (« cautionnement » versé par un salarié en droit du travail) ou se loger (« caution » versée par le locataire d'un immeuble ou « dépôt de garantie » versé par l'acquéreur d'un immeuble, en droit immobilier), ou dans leurs relations avec les autorités publiques (« caution » du droit pénal, « consignation » du droit fiscal et douanier), les sûretés sur la monnaie prospèrent aujourd'hui dans l'emploi qu'en font les sociétés et autres acteurs du monde économique et financier, pour les besoins des affaires.

17. Or il est frappant de voir que, parallèlement à cette évolution en pratique de l'utilisation des sûretés sur la monnaie, s'est esquissée une évolution de la conception de leur nature et de leurs effets. Alors que les sûretés sur la monnaie d'autrefois sont essentiellement qualifiées de « cautionnement »¹ ou de gage, et qu'elles sont conçues comme dépourvues d'effet translatif de propriété lors de leur constitution (chapitre I), les sûretés sur la monnaie d'aujourd'hui sont essentiellement qualifiées de « remises en pleine propriété » ou de « cessions fiduciaires », et sont conçues comme étant dotées d'un effet translatif de propriété lors de leur constitution (chapitre II). Autrement dit, avec le passage des sûretés sur la monnaie du droit des particuliers au droit des affaires s'est accomplie une évolution de leur nature les faisant passer du régime du gage ou du nantissement à celui de la cession, à titre de garantie, d'une forme de propriété.

¹ Dans un arrêt du 29 novembre 1866, la Cour de cassation, statuant en sa chambre criminelle, a relevé le caractère impropre de ce terme et précisé qu'« on ne saurait confondre, comme prétend le faire le demandeur, le nantissement avec le cautionnement ; que ces deux contrats diffèrent entre eux, en ce que le gage fait porter la sûreté sur la chose, tandis que le cautionnement la place dans la foi du fidéjusseur » (Cass. crim. 29 novembre 1866, DP. 1867, I, p. 43).

Chapitre I. Les sûretés anciennes

18. Distinction entre promesse et remise de sommes d'argent à titre de garantie. – La remise de sommes d'argent à titre de garantie est une pratique fort ancienne dont il s'agit ici de relever les manifestations les plus saillantes en écartant néanmoins ce qui n'en est que la promesse.

En effet, certaines « garanties » se sont développées, qui ne sont que des promesses, et non des remises, de sommes d'argent. Il en est ainsi, par exemple, quand un débiteur remet un chèque de garantie à un créancier qui ne l'encaisse pas, ou quand un créancier ne fait que relever l'empreinte d'une carte de paiement sans effectuer une opération de débit, ou encore quand un tiers prend l'engagement de transférer au créancier des fonds consignés pour le compte du débiteur. Dans de telles circonstances, on peut se demander, comme le professeur Rémy Libchaber, si l'on est en présence d'une sûreté portant sur de la monnaie².

Même si la frontière entre droit réel et droit personnel est parfois ténue et tend à être remise en cause par certains auteurs³, ces pratiques sont moins des garanties à proprement parler que des promesses de garantie. Ce sont moins des sûretés réelles que des sûretés personnelles reposant sur des obligations de faire ou de donner. Ce sont tout au plus des sûretés sur de la monnaie « à retardement »⁴.

² R. Libchaber, « Gage sur sommes d'argent », étude 269, *Droit des sûretés*, coll. Lamy Droit civil, 2002 : « Lors de la formation de ces actes, rien ne se passe en général, sauf dans le cas du chèque où le créancier devient d'emblée propriétaire de la provision. » Il y a là « une sorte de promesse qui ne mériterait pas son nom : le débiteur a donné son accord à la constitution d'un gage, dont la formation effective est laissée à la discrétion du créancier puisqu'il est libre de se mettre en possession des fonds à sa guise, sans même qu'un besoin apparaisse. »

³ Voir notamment S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, Paris, 1960.

⁴ On notera au demeurant que, s'agissant de la pratique des « chèques de garantie », celle-ci, après avoir été admise par la jurisprudence (Cass. com. 12 janvier 1993, pourvoi n° 90-17.015), est désormais condamnée par la Cour de cassation qui a jugé que le bénéficiaire d'un « chèque de garantie » peut faire procéder immédiatement à son encaissement, quand bien même le chèque litigieux lui aurait expressément été remis aux fins de garantie, et non de paiement (Cass. com. 17 novembre 1998, pourvoi n° 96-14.296, *RTD civ.* 1999, p. 156, obs. P. Crocq : « un chèque est un instrument de paiement que le bénéficiaire peut faire encaisser, même dans le cas où il lui a été remis "à titre de garantie", sauf à lui à en restituer le montant si le paiement reçu était indu »).

Dans l'hypothèse où le chèque est remis non pas à titre de garantie, mais à titre de paiement « différé », dans le cadre d'un règlement échelonné, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a rappelé, le 12 janvier 2010, que, peu important qu'un chèque ait été post-daté au 30 décembre 2005, il doit être considéré comme émis à la date de sa remise effective (en l'espèce, le 30 septembre 2005), et « sa provision [est] transférée dès que le tireur s'en est dessaisi au profit du bénéficiaire, toute mention contraire étant réputée non écrite » (Cass. com. 12 janvier 2010, pourvoi n° 08-20.241 ; *Gaz. Pal.*, chron. « Entreprises en difficulté », 17 avril 2010, n° 107, p. 18, note R. Bonhomme ; *JCP E* 2010, n° 12, chron. M. Cabrillac).

19. Exclusion de la garantie autonome. – C'est la raison pour laquelle la garantie autonome ou « à première demande » sera d'emblée exclue du champ de l'étude.

Création de la pratique reconnue par la jurisprudence⁵, la garantie autonome est, depuis 2006, définie par la loi comme « *l'engagement* par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à *verser une somme* soit à première demande, soit suivant des modalités convenues » (italiques ajoutées)⁶.

Cette garantie repose bien sur l'engagement de verser à un créancier une somme d'argent en garantie du paiement de la dette d'autrui (le débiteur principal, également appelé « donneur d'ordres »). On peut donc y voir une promesse de dation en paiement ou une promesse de sûreté sur sommes d'argent. Mais, outre le fait que cette garantie soit, comme son nom l'indique, « autonome » par rapport à la dette garantie⁷, et donc susceptible d'être mise en œuvre indépendamment de la défaillance du débiteur principal⁸, elle réside avant tout dans un *engagement*, donc dans une obligation personnelle qui confère au créancier bénéficiaire un droit de gage général sur le patrimoine du garant, mais en aucun cas un droit réel sur telles ou telles sommes d'argent qui, d'ailleurs, ne lui sont pas remises lors de la constitution de la garantie, mais seulement lors de son exécution. Autrement dit, alors que le créancier bénéficiaire d'une garantie autonome n'a de droit que contre la personne du garant, que ce droit personnel ne peut être mis en œuvre sans passer par l'exécution d'une obligation de faire et de donner, c'est-à-dire sans passer par la personne du garant, et que ce droit ne fait du bénéficiaire de la garantie qu'un créancier chirographaire du garant, le créancier bénéficiaire d'une sûreté sur de la monnaie a un droit direct des sommes d'argent qui lui sont remises dès la constitution de la sûreté, droit réel qui est mis en œuvre sans passer

⁵ Cass. com. 20 décembre 1982 (D. 1983, p. 365, note M. Vasseur) : « même si l'engagement de la banque [garante] avait pour cause le contrat de base dont la nullité était alléguée, la banque, en raison de son engagement de payer à première demande, ne pouvait se dérober à cette obligation ».

⁶ Article 2321 du code civil.

⁷ Dans l'arrêt rendu par la Cour de cassation statuant en sa chambre commerciale le 20 décembre 1982 (D. 1983, p. 365, note M. Vasseur), comme dans le texte de l'article 2321 du code civil tel qu'il résulte de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, cette autonomie prend deux formes :

- en premier lieu, l'objet de l'engagement du garant doit être distinct de l'objet de l'engagement du donneur d'ordres : cela peut notamment se traduire par le fait que le montant de la somme que le garant s'est engagé à verser « en considération » de la dette du donneur d'ordres n'est pas indexé sur le montant de la dette principale - ce qui n'interdit pas pour autant toute référence au contrat de base (Cass. com. 7 octobre 1997, *RTD com.* 1998, p. 189, note M. Cabrillac ; *JCP E* 1998, n°9, p. 319, Ch. Gavalda et J. Stoufflet ; *JCP E* 1998, n°6, p. 226, note D. Legeais ; *RD bancaire et bourse*, 1998, n°65, p. 17, note M. Contamine-Raynaud) ;
- en second lieu, le garant ne peut opposer au créancier bénéficiaire les exceptions tenant à la dette principale et qui pourraient résulter notamment de la nullité du contrat de base, de sa résolution ou résiliation, de son inexécution de la part du créancier bénéficiaire ou encore de l'extinction de la dette garantie par compensation.

⁸ Sous réserve bien sûr de l'abus ou de la fraude manifeste du créancier bénéficiaire ou de sa collusion frauduleuse avec le donneur d'ordres.

par l'intermédiaire de la personne du constituant dont il est un créancier privilégié, muni d'un droit de préférence portant sur les sommes affectées en garantie et venant en sus de son droit de gage général contre le débiteur (souvent également constituant).

Cette différence de situation entre le créancier bénéficiaire d'une garantie autonome et le créancier bénéficiaire d'une sûreté sur de la monnaie justifie qu'on n'assimile pas la première à la seconde. La garantie autonome n'est tout au plus qu'une promesse de sûreté sur de la monnaie. Elle ne sera donc pas intégrée dans le champ de l'étude des sûretés sur la monnaie auxquelles on recourait hier et qui, pour certaines, sont encore utilisées de nos jours.

20. Exclusion du nantissement de créances autres que monétaires. – De même que la garantie autonome n'implique pas nécessairement le versement d'une somme d'argent au créancier lors de sa constitution, de même, le nantissement de créance n'implique pas nécessairement, lors de sa constitution, le versement de sommes d'argent correspondant à la valeur de la créance nantie. En effet, le nantissement des créances régi par les articles 2356 et suivants du code civil ne porte pas systématiquement sur des obligations monétaires, c'est-à-dire sur l'obligation de transférer la propriété de sommes d'argent. Il peut très bien porter sur des obligations en nature, c'est-à-dire sur des obligations de procurer au créancier la satisfaction même qu'il attend, qu'il s'agisse d'une prestation personnelle (obligation de faire), d'une abstention (obligation de ne pas faire) ou du transfert de la propriété de biens autres que de la monnaie (obligation de donner). Ce n'est qu'en cas d'inexécution que ces obligations en nature sont susceptibles de se transformer en obligations monétaires car il est alors nécessaire de liquider la créance⁹, autrement dit de l'évaluer en argent pour déterminer le *quantum* à hauteur duquel le créancier va pouvoir chercher à se faire payer sur le patrimoine de son débiteur.

Toutefois, le nantissement de créance a vocation à évoluer en sûreté sur de la monnaie lorsqu'il porte sur une créance monétaire, d'emblée libellée en argent, sans qu'il soit nécessaire de la liquider au préalable, et lorsque la créance nantie arrive à échéance avant la créance garantie. Dans cette hypothèse, l'article 2364, alinéa 2, du code civil prévoit que le créancier nanti conserve, à titre de garantie, les sommes versées au titre de la créance nantie sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité à

⁹ Rappelons que l'article L. 111-6 du code des procédures civiles d'exécution prévoit que « la créance est liquide lorsqu'elle est évaluée en argent ou lorsque le titre contient tous les éléments permettant son évaluation ».

les recevoir, à charge pour lui de les restituer si l'obligation garantie est exécutée. Le nantissement de créance se transforme alors en sûreté sur sommes d'argent.

C'est la raison pour laquelle certains auteurs ont vu derrière tout nantissement d'une créance monétaire la stipulation tacite d'un gage sur les sommes d'argent qui en sont le produit¹⁰ et qui sont appelées à s'y substituer par subrogation réelle¹¹.

C'est aussi ce qui a fait dire au professeur Maxime Julienne que le nantissement d'une créance monétaire pouvait à certains égards s'analyser comme l'anticipation d'un gage de sommes d'argent¹², à tel que point que, selon le même auteur, on peut regretter que le législateur n'ait pas renvoyé au droit commun du « gage-espèces » pour fixer ses modalités de réalisation¹³.

21. Diversité des sûretés sur la monnaie. – Le temps n'est plus où, comme le notait Pothier, des statuts de bibliothèques publiques permettaient aux bibliothécaires de prêter des livres à des étudiants, à charge pour ces derniers de remettre au bibliothécaire une somme de deniers correspondant au double de la valeur des livres prêtés¹⁴. Aujourd'hui, les étudiants, notamment s'ils sont parisiens, ont plus souvent affaire aux sûretés sur sommes d'argent quand ils utilisent le système de location de bicyclettes en libre-service développé par la mairie de Paris et connu sous le nom de « Vélib' ». En effet, pour louer une bicyclette, les utilisateurs qui souscrivent un abonnement à l'année à « Vélib' » peuvent remettre au bailleur un chèque de 150 euros, qualifié de « dépôt de

¹⁰ L'idée que deux biens (la créance et les sommes d'argent versées à son titre) et donc deux sûretés (le nantissement de créance et le gage de sommes d'argent) se succèdent a été confortée par la distinction que la Cour de cassation, statuant en sa chambre civile, a accepté d'opérer le 30 mai 1947 entre le « droit » de créance et les « deniers provenant de son paiement extinctif » (Cass. civ. 30 mai 1947, S. 1947, I, p. 141 ; *RTD com.* 1948, p. 128, obs. J. Hémar).

¹¹ La subrogation réelle peut être définie comme la « fiction de droit par laquelle (dans une universalité) un bien en remplace un autre en lui empruntant ses qualités » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 2011, p. 983). Il s'agit par exemple de l'indemnité d'assurance qui se substitue à la chose assurée. Certains auteurs défendent une conception stricte de la notion de subrogation réelle, qui ne désignerait que la situation dans laquelle les biens venant en substitution ont été acquis au moyen de la valeur (notamment des produits de la vente) des biens remplacés (Ch. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, 2012, thèse dirigée par M. Grimaldi et soutenue à l'Université de Paris II Panthéon-Assas, § 547, pp. 546-547). D'autres adoptent une conception plus large de la subrogation réelle pour en faire un synonyme de la substituabilité : la subrogation réelle désignerait tout mécanisme par lequel un bien est substitué à un autre, sans qu'il y ait nécessairement « un quelconque lien de provenance économique entre eux » (*idem*).

¹² M. Julienne, *Le nantissement de créance*, 2011, thèse dirigée par L. Aynès et soutenue à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, § 244 et s., pp. 158 et s. L'auteur défend cependant l'idée que le nantissement des créances monétaires ne peut se réduire à un gage tacite de sommes d'argent car les sommes versées au titre de la créance nantie, loin de modifier l'objet (et donc la qualification) de la sûreté, ne sont, de son point de vue, que le prolongement naturel d'une créance dans la continuité de laquelle elles s'inscrivent, de sorte qu'il ne serait pas possible d'opérer une distinction (voire une différence de nature) entre une créance monétaire et les sommes d'argent versées au titre de cette même créance (*ibidem*, § 234 et s., pp. 152 et s., spéc. § 235, p. 153 : « dépourvu de dynamique propre, le paiement n'existe jamais que dans l'ombre de la créance au service de laquelle il est mis en œuvre et en l'absence de laquelle il perd sa raison d'être [...] Si les sommes payées au titre de la créance nantie sont grevées de gage, c'est parce qu'elles sont la continuation de la créance davantage qu'elles constituent un bien nouveau. Ce n'est pas le paiement, mais le droit de créance, qui constitue le *fondement de l'acquisition de la propriété* de la chose payée, et cette acquisition de propriété emporte, non la disparition, mais la *réalisation du droit de créance* »). Créance monétaire et sommes versées à son titre ne seraient que « deux « états » d'une même valeur » (*ibidem*, § 242, note 5, p. 157) : les sommes d'argent ne seraient rien d'autre que la créance nantie, sous une forme nouvelle.

¹³ *Ibidem*, § 211, p. 136.

¹⁴ M. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, t. V, *Traité du contrat de nantissement*, Plon Cosse et Marchal, 2^e éd. 1861, p. 393, n° 6, cité par R. Libchaber, « Gage sur sommes d'argent », *Rev. Lamy dr. civ.*, octobre 2002, étude 269.

garantie » ou encore de « caution par chèque ». En cas de non-respect des conditions générales d'accès et d'utilisation du service « *Vélib'* » et notamment en cas de détérioration, d'usage frauduleux, de non-restitution ou de disparition d'une bicyclette retirée par l'utilisateur¹⁵, le chèque de 150 euros remis en garantie est encaissé par le bailleur, et l'utilisateur est tenu de reconstituer un « dépôt de garantie » de 150 euros pour pouvoir à nouveau utiliser son abonnement¹⁶. Épée de Damoclès, cette sûreté sur de la monnaie est ainsi destinée à prévenir les vols ou pertes de bicyclettes et à encourager les utilisateurs à restituer les bicyclettes dans un délai relativement bref après utilisation.

C'est là une des manifestations de sûretés protéiformes qui, pour être très modernes, n'en sont pas moins très anciennes. Le professeur Dominique Bureau souligne ainsi au sujet de la sûreté sur la monnaie communément qualifiée de « gage-espèces », qu'elle était mentionnée « dès 1806 à l'article 832 du code de procédure civile qui évoquait alors un "nantissement en argent" »¹⁷.

Les utilisations anciennes, et parfois encore actuelles, des sûretés sur la monnaie sont assez sporadiques et éparées. Elles peuvent toutefois être regroupées en quatre ensembles correspondant à quatre domaines du droit : le droit du travail, le droit pénal, le droit fiscal et douanier, et enfin le droit immobilier.

Section I. En droit du travail

22. « Cautionnements » exigés des salariés. – À la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle, la pratique s'était développée en droit du travail d'exiger de certains employés la constitution d'un gage monétaire destiné à garantir la bonne exécution de leur travail. Le conseiller Barbier écrivait ainsi qu'« à Paris, il arrive tous les jours que des industriels, peu scrupuleux, demandent et obtiennent de malheureux à la recherche d'un emploi le sacrifice de leurs dernières épargnes, versées à titre de cautionnement, pour garantie de la gestion de cet emploi tant désiré »¹⁸.

¹⁵ La restitution de la bicyclette s'entend de son stationnement au point d'attache de départ ou à une autre station.

¹⁶ Article 11 des conditions générales d'accès et d'utilisation de « *Vélib'* » par les abonnés annuels, et notamment les paragraphes 11.1 et 11.2 (a) : « en cas de caution par chèque, lors de la disparition ou du vol d'un vélo, le prestataire encaisse le montant préalablement consenti à titre de garantie par l'utilisateur [...] Après appel de tout ou partie du dépôt de garantie initial, le titulaire d'un abonnement « *Vélib'* » devra reconstituer un dépôt de garantie de 150 € pour utiliser à nouveau son abonnement. »

¹⁷ D. Bureau, « Le gage-espèces : une sûreté atteignant sa maturité ? », *Droit et patrimoine*, 1999, n° 77, p. 22. La surenchère est l'acte par lequel une personne requiert une nouvelle mise aux enchères d'un bien adjudgé, en offrant un supplément de prix, à charge de rester adjudicataire pour la somme proposée dans l'éventualité où ne se présenterait aucun enchérisseur. L'alinéa 3 de l'ancien article 832 du code de procédure civile mettait à la charge du surenchérisseur l'obligation de fournir une garantie sous forme de cautionnement ou de « nantissement en argent » afin de prévenir les surenchères abusives, comme le rappelle J. Prévaut (« Surenchère sur alinéation volontaire », *Jurisclasseur Procédure civile*, fasc. 896, 1997, n° 42-44, p. 7).

¹⁸ Rapport sous Cass. crim. 14 mai 1875, DP. 1876, I, p. 45 ; et pour d'autres manifestations, voir : Cass. crim. 29 novembre 1866, DP. 1867, I, p. 43 ; Cass. crim. 12 décembre 1890, DP. 1891, I, p. 325 ; Cass. crim. 20 avril 1901, DP. 1901, I, p. 369 ;

La pratique a perduré longtemps puisque, jusqu'au 1^{er} mai 2008, le chapitre VI du titre II du code du travail traitait des « cautionnements » susceptibles d'être exigés des salariés dans le cadre de leur contrat de travail. L'ancien article L. 126-1 du code du travail disposait en effet que « tout commerçant ou industriel qui, à titre de cautionnement, se fai[sait] remettre des sommes d'argent en espèces par ses salariés, [devait] en verser le montant, au nom du salarié, sur un livret spécial de la caisse nationale d'épargne ou d'une caisse d'épargne ordinaire », voire à la caisse des dépôts et consignations si la somme était supérieure au montant maximal fixé pour les dépôts dans les caisses d'épargne au jour de la remise du « cautionnement ».

L'ancien article L. 126-3 du même code prenait soin d'ajouter que « l'affectation du livret de caisse d'épargne au cautionnement prévu par l'[ancien] article L. 126-1 entraîn[ait] privilège sur les sommes déposées au profit de l'employeur et à l'égard des tiers qui formeraient des saisies-arrêts aux mains de ce dernier ».

Ces textes, désormais abrogés¹⁹, concernaient tous les employés et tous les employeurs dès lors qu'ils étaient liés par un contrat de travail. En pratique, ce dispositif visait surtout les gérants salariés de magasins à succursales multiples²⁰. Mais des affaires ont montré qu'il pouvait s'agir également de codirecteurs²¹, de caissiers²², d'employés de bureau²³, ou encore d'ouvreuses de théâtre²⁴.

23. Nature du droit de l'employeur sur les « cautionnements » : propriété pleine et entière ou autre droit réel ? – Le régime de cette remise de sommes d'argent à titre de garantie improprement appelée « cautionnement » témoignait ce que le créancier bénéficiaire, à savoir l'employeur, n'était pas considéré comme propriétaire des sommes d'argent affectées en garantie.

23-1. Premièrement, les sommes d'argent remises à l'employeur devaient impérativement être déposées sur un livret d'épargne spécial de la caisse nationale d'épargne ou d'une caisse d'épargne ordinaire, ou à la caisse des dépôts et

Cass. civ. 31 janvier 1935, DH. 1935, p. 134 ; Cass. civ. 16 juin 1936, DH. 1936, p. 411 et *RTD civ.* 1936, p. 884, obs. H. Solus ; Cass. crim. 20 mai 1937, DH. 1937, p. 429.

¹⁹ Ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 relative au code du travail (partie législative).

²⁰ Cass. crim. 23 octobre 1925 (DH. 1925 p. 649, *Gaz. Pal.*, 1925, II, p. 757) ; Cass. civ. 16 juin 1936 (*RTD civ.* 1936, p. 884, obs. H. Solus ; DH. 1936 p. 411) ; Cass. crim. 20 mai 1937 (DH. 1937 p. 429) ; Cass. crim. 10 janvier 1956 (Bull. crim. n° 33).

²¹ Cass. crim. 31 janvier 1935 (DH. 1935, p. 134).

²² Cass. crim. 12 décembre 1890 (DP. 1891, I, p. 325) ; Cass. soc. 12 mai 1965 (D. 1965, p. 652).

²³ Cass. crim. 26 septembre 1867 (DP. 1868, I, p. 42 ; S. 1868, I, p. 139).

²⁴ Cass. crim. 29 novembre 1866 (DP. 1867, I, p. 43 ; S. 1867, I, p. 188).

consignations²⁵, dans un délai de quinze jours à compter de leur remise par le salarié²⁶. Autrement dit, c'était une obligation pour l'employeur de prévenir toute confusion entre les sommes d'argent figurant dans son patrimoine et celles remises à titre de garantie par son employé, en les déposant sur un compte spécial susceptible de les isoler.

23-2. Deuxièmement, le retrait des sommes versées à titre de cautionnement nécessitait la double signature de l'employeur et de l'employé²⁷. C'était encore le signe de ce que l'employeur ne pouvait librement disposer des sommes qui lui avaient été remises à titre de garantie et de ce que celles-ci restaient la propriété de l'employé-constituant.

23-3. Troisièmement, les textes de loi qualifiaient expressément le droit de l'employeur sur ces sommes de « privilège »²⁸. Certes, les dispositions faisant état des saisies-arrêts (désormais saisies-attributions) sur le « livret de cautionnement »²⁹ tendent à assimiler les sommes d'argent remises à titre de garantie à des créances, puisque les saisies-arrêts sont les saisies diligentées sur des créances monétaires. Mais ce n'est pas pour autant que la sûreté est assimilée à une cession de créance à titre de garantie : c'est bien comme un « privilège » qu'est désigné le droit réel de l'employeur créancier, et non comme un droit de propriété³⁰. La garantie devait donc s'analyser comme étant bien plutôt un nantissement de créance.

23-4. Quatrièmement, l'ancien article L. 152-4 du code du travail³¹ sanctionnait le détournement des sommes remises à titre de « cautionnement » par les peines prévues pour l'abus de confiance³². Or l'abus de confiance sanctionne « le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui

²⁵ Ancien article L. 126-1 du code du travail.

²⁶ Ancien article R. 126-1 du code du travail.

²⁷ Ancien article R. 126-5 du code du travail. En cas de désaccord, c'est le conseil de prud'hommes qui tranchait le litige.

²⁸ Ancien article L. 126-3 du code du travail : « l'affectation du livret de caisse d'épargne au cautionnement prévu par l'article L. 126-1 entraîne *privilège* sur les sommes déposées au profit de l'employeur et à l'égard des tiers qui formeraient des saisies-arrêts aux mains de ce dernier » (italiques ajoutées).

²⁹ Anciens articles L. 126-3 et L. 126-4 du code du travail.

³⁰ Dans sa thèse intitulée *Propriété et garantie* (LGDJ, 1995, Bibl. dr. priv, t. 248, préf. M. Gobert, p. 34, note n° 8), le professeur Pierre Crocq soutient au contraire que l'employeur-créancier était titulaire d'un droit de propriété sur la créance correspondant au solde du compte spécial sur lequel étaient versées les sommes d'argent, dans la mesure où les créanciers de l'employé-constituant ne pouvaient saisir cette créance entre les mains de la caisse d'épargne ou de la caisse des dépôts et consignations - ce qui aurait supposé que ces établissements teneurs de compte fussent les débiteurs de l'employé -, mais seulement entre les mains de l'employeur-créancier - ce qui supposait que les établissements teneurs de compte étaient débiteurs de l'employeur, et non de l'employé et que le titulaire de la créance de restitution correspondant au solde du compte spécial était l'employeur, et non l'employé. Mais cette interprétation faisait totalement fi de l'emploi du mot « privilège » dans l'ancien article L. 126-3 du code du travail, terme qui indiquait expressément que l'intention du législateur était de conférer au créancier un droit réel accessoire de préférence, et non un droit réel principal de propriété sur les sommes affectées en garantie. Cette interprétation oblitérait également la sanction de l'abus de confiance prévue en cas d'utilisation induue par l'employeur des sommes affectées en garantie, ainsi que l'exigence de la double signature de l'employeur-créancier et de l'employé-constituant pour tout retrait de ces sommes.

³¹ Ancien article L. 152-4 du code du travail : « si l'employeur a retenu ou utilisé, dans un intérêt personnel ou pour les besoins de son commerce, les espèces ou titre remis à titre de cautionnement mentionné au chapitre VI du titre II du présent livre, les peines encourues seront celles de l'abus de confiance prévues par les articles 314-1 et 314-10 du code pénal ».

³² Articles 314-1 à 314-4 et 314-10 du code pénal.

ont été remis et qu'elle a acceptés *à charge de les rendre*, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé » (italiques ajoutées)³³. Autrement dit, l'employeur qui utilisait ou retenait, dans son intérêt ou dans celui de son commerce, les sommes d'argent remises à titre de garantie était sanctionné comme toute personne qui détourne des fonds qui lui ont été remis avec l'obligation de les restituer et qui ne lui appartiennent donc pas. Cette sanction pénale confirme, s'il en était encore besoin, que le droit réel de l'employeur sur les sommes d'argent remises à titre de garantie n'était pas un droit de propriété au sens de l'article 544 du code civil³⁴, et que l'affectation en garantie des sommes d'argent, non confondues dans le patrimoine du créancier, n'était pas une forme de propriété-sûreté qui aurait transféré la propriété pleine et entière des sommes d'argent à l'employeur³⁵.

Section II. En droit pénal

24. « Cautionnements » en droit de la presse. – En matière pénale, les remises de sommes d'argent à titre de garantie sont utilisées depuis les temps les plus anciens, notamment pour garantir la bonne exécution par le condamné ou le prévenu des décisions de justice ou des mesures prononcées à son encontre.

Ainsi, jusqu'à la fin du XIX^e siècle, des dispositions législatives ont imposé aux journaux et écrits périodiques qui étaient condamnés à des peines d'amendes et à des dommages-intérêts, de verser au Trésor public une somme d'argent qualifiée de « cautionnement » et destinée à garantir la bonne exécution des décisions de condamnation. Cette obligation, prévue par les lois des 9 juin 1819, 16 juillet 1850, 17 février 1852, et 6 juillet 1871, fut supprimée par l'article 5 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, qui a substitué au régime d'autorisation un régime de déclaration et qui prévoit que « tout journal ou écrit périodique peut être publié, sans autorisation préalable et sans dépôt de cautionnement ».

³³ Article 314-1 du code pénal.

³⁴ Article 544 du code civil : « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

³⁵ Le professeur Pierre Crocq lui-même reconnaît que « le « cautionnement » réglementé par ces textes se situe à la limite du domaine d'application des propriétés-garanties » (*Propriété et garantie*, LGDJ, 1995, Bibl. dr. priv., t. 248, préf. M. Gobert, p. 34, note n° 8).

25. « Cautionnements » dans le cadre d'un contrôle judiciaire. – Si le « cautionnement » en droit de la presse n'est plus, le « cautionnement » prévu en matière de contrôle judiciaire reste bien en vigueur. L'article 138 du code de procédure pénale prévoit en son premier alinéa que « le contrôle judiciaire peut être ordonné par le juge d'instruction ou par le juge des libertés et de la détention si la personne mise en examen encourt une peine d'emprisonnement correctionnel ou une peine plus grave ». Le deuxième alinéa du même texte dispose que « ce contrôle astreint la personne concernée à se soumettre, selon la décision du juge d'instruction ou du juge des libertés et de la détention, à une ou plusieurs obligations », parmi lesquelles « 1^o fournir un cautionnement dont le montant et les délais de versement, en une ou plusieurs fois, sont fixés par le juge d'instruction ou le juge des libertés et de la détention, compte tenu notamment des ressources et des charges de la personne mise en examen »³⁶. Autrement dit, la procédure pénale aujourd'hui en vigueur prévoit encore la remise d'une somme d'argent aux autorités judiciaires, en garantie de la bonne exécution par la personne mise en examen des obligations mises à sa charge dans le cadre du contrôle judiciaire³⁷.

Les articles 142 à 142-3 du code de procédure pénale détaillent le régime de cette sûreté sur la monnaie improprement qualifiée de « cautionnement ».

L'article 142 énonce ce qui est garanti par la remise de sommes d'argent. Il s'agit :

³⁶ Le même dispositif est applicable aux personnes morales. L'article 706-45 du code de procédure pénale dispose en effet que « le juge d'instruction peut placer la personne morale sous contrôle judiciaire [...] en la soumettant à une ou plusieurs des obligations » qu'il énumère. Parmi ces obligations figure le « dépôt d'un cautionnement dont le montant et les délais de versement, en une ou plusieurs fois, sont fixés par le juge d'instruction » (1^o). On notera qu'outre cette sûreté sur la monnaie, le juge d'instruction peut également exiger la « constitution, dans un délai, pour une période et un montant [qu'il détermine], des sûretés personnelles ou réelles destinées à garantir les droits de la victime » (2^o).

³⁷ La constitution d'une sûreté sur sommes d'argent, qualifiée tantôt de « cautionnement », tantôt de « consignation », peut également être exigée des parties civiles lors de leur dépôt de plainte. L'article 88 du code de procédure pénale prévoit en effet que « le juge d'instruction constate, par ordonnance, le dépôt de la plainte », qu'« en fonction des ressources de la partie civile, il fixe le montant de la consignation que celle-ci doit, si elle n'a obtenu l'aide juridictionnelle, déposer au greffe et le délai dans lequel elle devra être faite sous peine de non-recevabilité de la plainte », et qu'« il peut dispenser de consignation la partie civile ». Cette consignation est destinée à garantir le paiement de l'amende civile, de 15 000 euros maximum, qui est susceptible d'être infligée à la partie civile lorsque l'information ouverte sur le fondement de sa plainte aboutit à un non-lieu et que le juge d'instruction, sur réquisitions du procureur de la République et par décision motivée, considère que la constitution de partie civile a été abusive ou dilatoire (article 177-2 du code de procédure pénale). Au sujet de cette « consignation », la Cour européenne des droits de l'Homme a jugé qu'elle ne pouvait être excessive, sous peine de priver les parties civiles en question du droit d'accès à un tribunal qui est garanti par l'article 6, § 1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Ainsi, dans l'affaire *Ait Mouhoub contre France*, la Cour de Strasbourg a jugé, le 28 octobre 1998, qu'était excessif le « cautionnement » de 160 000 francs demandé à une partie civile qui n'avait pas obtenu l'aide juridictionnelle et dont les revenus étaient estimés à zéro franc, d'autant que le défaut de versement de cette somme d'argent auprès du doyen des juges d'instruction était sanctionné par l'irrecevabilité de la plainte avec constitution de partie civile. Il s'agissait en l'espèce d'un obstacle matériel à l'exercice effectif du droit au juge.

- de la représentation de la personne mise en examen, du prévenu ou de l'accusé à tous les actes de la procédure, pour l'exécution du jugement et pour l'exécution des obligations qui sont susceptibles de lui avoir été imposées ;
- de la réparation des dommages causés par l'infraction, les éventuelles restitutions et le paiement de la dette alimentaire si le défaut de paiement de cette dette a motivé les poursuites ;
- du paiement des amendes ;
- de la garantie des droits des victimes qui, lorsque ces dernières ne sont pas encore identifiées ou qu'elles ne se sont pas encore constituées parties civiles, peut prendre la forme d'un versement à un bénéficiaire provisoire agissant pour le compte de ces victimes et, le cas échéant, au Trésor public.

26. Nature du droit des victimes et de l'État sur les « cautionnements » : propriété pleine et entière ou autre droit réel ? – L'article 142-1 prévoit que les sommes d'argent remises à titre de garantie par la personne mise en examen peuvent être versées par provision aux victimes ou aux créanciers d'une dette alimentaire.

De prime abord, cette dernière disposition incline à penser que les sommes d'argent remises à titre de garantie ont été cédées en pleine propriété puisqu'elles peuvent être versées par provision aux bénéficiaires alors que le constituant n'a pas encore fait l'objet d'une condamnation définitive passée en force de chose jugée.

27. Mais les articles 142-2 et 142-3 du code de procédure pénale, qui décrivent les modalités de restitution au constituant des sommes d'argent par lui versées à titre de garantie, incitent à penser qu'au contraire, il n'y a dans le régime de cette sûreté sur la monnaie aucun transfert de propriété.

27-1. L'article 142-2 prévoit que la partie des sommes d'argent affectées à la garantie de la représentation de la personne mise en examen, de l'exécution du jugement, et, le cas échéant, de l'exécution d'obligations mises à sa charge, est restituée si la personne mise en examen a satisfait aux obligations du contrôle judiciaire et s'est soumise à l'exécution du jugement ou si elle a fait l'objet d'une décision de non-lieu, de relaxe, d'acquiescement ou d'exemption de peine. Ce n'est qu'en cas de défaut de représentation aux actes de la procédure, d'inexécution des obligations du contrôle judiciaire ou d'inexécution du jugement, que les sommes d'argent remises à titre de garantie sont « acquise[s] à l'État ». Autrement dit, jusqu'à la survenance d'un des trois événements précités, le constituant (personne mise en examen, prévenu ou accusé) est

réputé être resté propriétaire des sommes d'argent qu'il a remises à titre de garantie. La propriété de ces sommes n'est pas transférée aux autorités publiques lors de leur remise, c'est-à-dire lors de la constitution de la garantie, mais uniquement en cas de défaillance du constituant soit en amont du jugement (lors de la procédure), soit en aval du jugement (lors de son exécution).

27-2. L'article 142-3 prévoit quant à lui que la partie des sommes d'argent affectées à la garantie des droits des victimes ou des créanciers d'une dette alimentaire est restituée au constituant en cas de non-lieu, d'absolution ou d'acquiescement. Ce n'est qu'en cas de condamnation que le constituant en perd la propriété et que les sommes d'argent sont affectées au paiement des restitutions, des dommages causés par l'infraction, des éventuelles dettes alimentaires, et des amendes. Là encore, la propriété des sommes d'argent formant le « cautionnement » n'est pas transférée aux autorités publiques et aux éventuels bénéficiaires (victimes ou créanciers) lors de la constitution de la garantie mais seulement lors de l'exécution du jugement de condamnation.

28. Tout indique donc qu'en droit pénal, la remise de sommes d'argent à titre de garantie connue depuis 1808 sous le nom de « cautionnement »³⁸ prend la forme d'un gage ou d'un nantissement, exclusif de tout transfert de propriété lors de sa constitution, et non celle d'une propriété-sûreté qui emporterait transfert d'une propriété pleine et entière.

Section III. En droit fiscal et douanier

Le domaine des finances publiques compte de nombreuses sûretés sur la monnaie, exigées soit au titre du droit fiscal soit au titre du droit douanier.

§ 1. Les comptables publics

29. L'article 60 de la loi de finances pour l'année 1963³⁹, toujours en vigueur et relatif à la responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables publics, prévoit en son II qu'« avant d'être installés dans leur poste, les comptables publics sont tenus de constituer des garanties ». En effet, les comptables publics sont personnellement et

³⁸ Le « cautionnement » susceptible d'assortir le contrôle judiciaire figurait déjà dans le code d'instruction criminelle (articles 114 et 120 à 124) et dans l'ancienne version du code de procédure pénale (articles 145 à 149 anciens du code de procédure pénale).

³⁹ Loi n° 63-156 du 23 février 1963 de finances pour 1963.

pécuniairement responsables du recouvrement des recettes, du paiement des dépenses, de la garde et de la conservation des fonds et valeurs appartenant ou confiés aux différentes personnes morales de droit public, du maniement des fonds, de la conservation des pièces justificatives des opérations et des documents de comptabilité, ainsi que des contrôles qu'ils sont tenus d'assurer en matière de recettes, de dépenses et de patrimoine. À titre de garantie de la bonne exécution de leurs obligations, ils doivent fournir des garanties, parmi lesquelles des sûretés sur de la monnaie, qualifiées, là encore improprement, de « cautionnements »⁴⁰.

§ 2. Le versement d'espèces en garantie d'un sursis de paiement d'impositions

30. Quant aux contribuables qui sollicitent un sursis de paiement de leurs impositions, ils doivent également fournir des garanties de la bonne exécution de leurs obligations fiscales, garanties qui peuvent prendre la forme de sûretés sur de la monnaie. L'article L. 277 du livre des procédures fiscales prévoit en effet que « le contribuable qui conteste le bien-fondé ou le montant des impositions mises à sa charge est autorisé, s'il en a expressément formulé la demande dans sa réclamation et précisé le montant ou les bases du dégrèvement auquel il estime avoir droit, à différer le paiement de la partie contestée de ces impositions et des pénalités y afférentes ». Mais lorsque cette réclamation porte sur un montant de droits qui excède un certain seuil, le contribuable doit constituer des garanties portant sur le montant des droits contestés⁴¹. Or en application de l'article R. 277-1 du livre des procédures fiscales, « ces garanties peuvent être constituées par un versement en espèces qui sera effectué à un compte d'attente au Trésor »⁴².

31. Nature du droit des autorités publiques sur les garanties d'un sursis de paiement d'impositions : propriété pleine et entière ou autre droit réel ? – La nature de ce versement en espèces sur un compte d'attente au Trésor a été discutée dans un litige que la Cour de cassation a eu à trancher en 1998. Dans un arrêt en date du

⁴⁰ Voir P. M. Gaudemet et J. Molinier, *Finances publiques*, t. I, *Budget et Trésor*, Montchrestien, 7^e éd., 1996, n° 296, pp. 366 et s.

⁴¹ Article L. 277, alinéa 3, du livre des procédures fiscales.

⁴² Article R. 277-1, alinéa 3, du livre des procédures fiscales. Le premier alinéa de ce texte précise qu'en cas de constitution de garanties dans le cadre d'un sursis de paiement d'impositions demandé par un contribuable, ce dernier dispose d'un délai de quinze jours pour faire connaître au comptable compétent les garanties qu'il s'engage à fournir.

27 octobre 1998, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a jugé qu'il ne s'agissait pas d'un gage⁴³.

31-1. Il peut être tentant de voir dans le versement en espèces affecté sur un compte d'attente du Trésor en garantie de paiement d'impositions, une forme de droit de rétention conventionnel ou de convention de séquestre, il n'en reste pas moins que cette sûreté sur de la monnaie a tous les caractères d'un gage.

31-2. Le droit de rétention conventionnel n'est en effet qu'une forme de gage, à ceci près qu'il ne confère pas de droit de préférence au rétenteur. Lorsque les parties conviennent qu'une chose remise par le débiteur au créancier pourra être retenue, « bloquée » par ce dernier jusqu'à complet paiement de sa créance alors même que celle-ci n'est née ni à l'occasion de la détention de la chose retenue (connexité matérielle) ni même dans le cadre d'un contrat impliquant la remise de la chose mais ayant un objet autre que la chose (connexité juridique ou intellectuelle), on se trouve bien en face d'un gage réduit à sa plus simple expression puisque le gage n'est dans son principe que la remise d'une chose à un créancier en garantie du paiement d'une créance.

31-3. Le séquestre est lui-même un « gage judiciaire », pour reprendre la formule des professeurs Philippe Jestaz, Pierre Raynaud et Gabriel Marty⁴⁴. C'est du moins ainsi que ces auteurs analysent l'ancien article 2075-1 du code civil, introduit par la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile. Ce texte disposait que « le dépôt ou la consignation *de sommes*, effets ou valeurs, ordonné judiciairement à titre de garantie ou à titre conservatoire, emport[ait] affectation spéciale et privilège de l'[ancien] article 2073 » (italiques ajoutées). Et cet ancien article 2073 ajoutait que « le gage confér[ait] au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilège et préférence aux autres créanciers »⁴⁵.

32. Le gage que constitue le versement d'espèces est organisé de telle façon que les sommes d'argent remises à titre de garantie ne soient pas confondues avec celles dont peut par ailleurs disposer le Trésor. C'est sur un compte d'attente, c'est-à-dire sur un compte spécial, que sont versées les sommes d'argent du contribuable : celles-ci

⁴³ Cass. com. 27 octobre 1998, D. *Affaires* 1999, p. 170 ; JCP G 1999, I, p. 158, n° 13, obs. Ph. Delebecque ; D. 1999, somm. p. 244, obs. M. – N. Jobard-Bachellier.

⁴⁴ Ph. Jestaz, P. Raynaud et G. Marty, *Les sûretés, la publicité foncière*, Sirey, 2^e éd., 1987, p. 51, n° 64.

⁴⁵ C'est désormais l'article 2350 du code civil qui prévoit que « le dépôt ou la consignation de sommes, effets ou valeurs, ordonné judiciairement à titre de garantie ou à titre conservatoire, emporte affectation spéciale et droit de préférence au sens de l'article 2333. »

restent donc isolées des autres sommes maniées par l'administration fiscale. Rien n'est dit dans les textes législatifs et réglementaires d'un quelconque transfert au Trésor de la propriété des sommes remises à titre de garantie. Il semble qu'il faille donc là aussi s'interdire d'analyser cette sûreté sur de la monnaie comme étant constitutive d'une cession en pleine propriété à titre de garantie.

§ 3. Les consignations garantissant des dettes douanières

33. Garanties des dettes douanières en droit européen. – Le règlement (CEE) n° 2913/92 du Conseil, du 12 octobre 1992, établissant le code des douanes communautaire comporte un titre VII relatif à la dette douanière, dont le chapitre premier traite de la garantie du montant de cette dette. L'article 189 prévoit que « lorsque, en application de la réglementation douanière, les autorités douanières exigent la constitution d'une garantie en vue d'assurer le paiement d'une dette douanière, cette garantie doit être fournie par le débiteur ou la personne susceptible de le devenir » et l'article 193 ajoute que « la garantie peut être constituée : - soit par un dépôt en espèces, - soit par une caution ». Autrement dit, les sûretés sur de la monnaie sont, avec le cautionnement au sens strict, les seules sûretés admises par le droit communautaire pour garantir des dettes douanières.

34. L'article 194 du code des douanes communautaire détaille le régime d'affectation de la monnaie à la garantie des dettes douanières. Le dépôt en espèces doit être effectué dans la monnaie de l'État membre dans lequel la garantie est exigée, et il doit être constitué conformément aux règles définies par cet État membre. Contrairement à ce que pourrait laisser croire la qualification de « dépôt en espèces », la monnaie susceptible d'être affectée en garantie n'est pas uniquement fiduciaire (pièces et billets). L'article 194 assimile en effet au dépôt en espèces la remise d'un chèque dont le paiement est garanti par l'organisme sur lequel il est tiré (chèque dit « de banque », constituant de la monnaie scripturale), ainsi que la remise de tout autre titre ayant un pouvoir libératoire dès lors qu'il est reconnu par les autorités douanières du pays membre.

35. La garantie des dettes douanières par des sûretés sur de la monnaie est appelée à se pérenniser puisque le code des douanes communautaire modernisé⁴⁶ reprend l'essentiel du dispositif existant en le complétant. L'article 56 dudit code prévoit que les autorités douanières peuvent exiger la constitution d'une garantie en vue d'assurer le paiement du montant de droits à l'importation ou à l'exportation correspondant à une dette douanière née ou susceptible de naître⁴⁷. Lorsque la constitution d'une garantie est exigée par les autorités douanières, cette garantie doit être fournie par le débiteur ou la personne susceptible de le devenir, mais peut aussi l'être par un tiers⁴⁸.

L'article 59 du même code prévoit que la garantie peut être constituée :

- soit par le dépôt d'espèces ou de tout autre moyen de paiement reconnu par les autorités douanières comme équivalent à un dépôt en espèces, effectué en euro ou dans la monnaie de l'État membre dans lequel la garantie est exigée ;
- soit par l'engagement d'une caution ;
- soit par un autre type de garantie fournissant une assurance équivalente au montant des droits à l'importation ou à l'exportation correspondant à la dette douanière et, le cas échéant, aux autres impositions.

Les sûretés sur la monnaie sous forme de dépôt en espèces ou assimilé restent donc des sûretés privilégiées pour garantir le paiement de dettes douanières.

36. Rien n'est dit du régime du dépôt en espèces garantissant des dettes douanières, si ce n'est qu'il « doit être constitué d'une façon conforme aux dispositions de l'État membre dans lequel la garantie est exigée »⁴⁹. Rien n'est dit d'un éventuel transfert aux autorités douanières de la propriété des sommes remises à titre de garantie. L'article 65, relatif à la libération de la garantie, est rédigé de telle sorte qu'il ne permet ni d'affirmer ni d'infirmer que la propriété des sommes affectées en garantie est cédée aux autorités douanières lors de la constitution de la sûreté. En effet, il n'y est fait mention ni d'une « restitution » ni d'un transfert de propriété du créancier au constituant, mais seulement de « libération » de la garantie⁵⁰.

⁴⁶ Règlement (CE) n° 450/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2008, établissant le code des douanes communautaire (codes des douanes modernisé).

⁴⁷ Le deuxième alinéa de l'article 56 du code des douanes communautaire modernisé ajoute que « lorsque les dispositions pertinentes le prévoient, la garantie exigée peut également couvrir d'autres impositions prévues par d'autres dispositions pertinentes ».

⁴⁸ Article 56.3 du code des douanes communautaire modernisé.

⁴⁹ Article 59. 2 du code des douanes communautaire modernisé.

⁵⁰ L'article 65. 1 du code des douanes communautaire modernisé prévoit que « les autorités douanières *libèrent* immédiatement la garantie dès que la dette douanière pour laquelle elle a été constituée ou que l'obligation de payer d'autres impositions est éteinte ou n'est plus susceptible de prendre naissance » (italiques ajoutées), et l'article 65. 2 du même code ajoute que « lorsque la dette douanière ou l'obligation de payer d'autres impositions est partiellement éteinte ou n'est plus susceptible de prendre naissance

37. Garantie des dettes douanières en droit interne. – En droit interne, le code des douanes prévoit, à de nombreuses reprises, le recours à des sûretés sur la monnaie pour la garantie du paiement de droits et taxes.

37-1. Ainsi, l'article 120 dudit code prévoit que les marchandises transportées sous douane ou placées sous un régime douanier suspensif de droits, taxes ou prohibitions, doivent être couvertes par un « acquit-à-caution » qui comporte soit la constitution d'une caution soit la consignation des droits et taxes.

37-2. L'article 326 du même code prévoit que, lorsqu'à l'occasion de la constatation d'une infraction douanière, des marchandises non prohibées et des moyens de transport sont saisis, il peut être offert mainlevée des moyens de transport saisis à la condition que soit fournie soit une caution soit la consignation de leur valeur – ces conditions étant levées quand le propriétaire des moyens de transport ayant servi à véhiculer et/ou à dissimuler la marchandise frauduleuse est un tiers de bonne foi. Le 3° de l'article 369 du code des douanes ajoute qu'en égard à l'ampleur et à la gravité de l'infraction commise ainsi qu'à la personnalité de son auteur, le tribunal peut également donner mainlevée des marchandises non prohibées qui ont été saisies, avant de juger définitivement le tout, moyennant caution solvable ou consignation de la valeur⁵¹.

37-3. Le cautionnement ou la consignation de sommes d'argent (consignation qui n'est qu'une forme de gage comme le suggère la rédaction de l'ancien article 2075-1 du code civil⁵²) sont également les sûretés privilégiées pour la mainlevée des moyens de transport et des marchandises litigieuses non passibles de confiscation en cas de constatation d'une infraction douanière flagrante. L'article 378 du code des douanes prévoit en effet qu'en cas de flagrance, les marchandises frauduleuses et les moyens de transport insusceptibles de confiscation peuvent être retenus, pour sûreté des pénalités encourues, « jusqu'à ce qu'il soit fourni caution ou versé consignation du montant desdites pénalités ».

que pour une partie du montant qui a été garanti, la garantie constituée est libérée dans une proportion correspondante, à la demande de la personne concernée, à moins que le montant en jeu ne le justifie pas ».

⁵¹ Voir aussi l'article 441 du code des douanes relatif aux pouvoirs de la commission de conciliation et d'expertise douanière qui peut offrir « mainlevée des marchandises litigieuses non prohibées sous caution solvable ou sous consignation d'une somme qui peut s'élever au double du montant des droits et taxes présumés compromis » (deuxième alinéa).

⁵² Ancien article 2075-1 du code civil : « *le dépôt ou la consignation de sommes, effets ou valeurs, ordonné judiciairement à titre de garantie ou à titre conservatoire, emporte affectation spéciale et privilège de l'article 2073 [c'est-à-dire privilège du créancier gagiste]* » (italiques ajoutées).

37-4. De la même façon qu'un contribuable peut demander le sursis de paiement d'impositions dont il conteste le montant ou le bien-fondé, à condition d'affecter en garantie de ce paiement des sommes d'argent versées sur un compte d'attente au Trésor, de même, en cas de contestation d'impositions douanières, le redevable qui en formule la demande dans sa contestation, peut être autorisé à différer le paiement de sa dette douanière jusqu'à l'issue du litige, en application de l'article 348 du code des douanes. Dans une telle hypothèse, « le sursis de paiement est accordé au redevable si la contestation est accompagnée de garanties destinées à assurer le recouvrement de la créance contestée », et ces garanties prennent notamment la forme d'une caution ou d'une consignation⁵³.

Section IV. En droit immobilier

Qu'il s'agisse de louer ou d'acheter un bien immobilier, les sûretés sur la monnaie constituent presque un passage obligé.

§ 1. La location d'un immeuble à usage d'habitation

38. Lorsqu'il contracte un bail d'immeuble à usage d'habitation, il est presque toujours demandé au locataire de remettre au bailleur une « caution » soit sous forme de chèque, le plus souvent immédiatement encaissé par le bailleur, soit sous forme de virement bancaire du compte du locataire au compte du bailleur. Cette sûreté sur la monnaie, improprement qualifiée de « caution », vise à garantir la bonne exécution par le locataire des obligations que le contrat de bail met à sa charge⁵⁴.

⁵³ Article 348, alinéa 2, du code des douanes. Ces garanties peuvent également porter sur des valeurs mobilières, sur des immeubles (affectations hypothécaires), sur des fonds de commerce (nantissement de ces fonds). Elles peuvent en outre ne pas être exigées « lorsqu'elles sont de nature, en raison de la situation du redevable, à susciter de graves difficultés d'ordre économique et social » (article 348, alinéa 3, du même code) ou être remplacées par des mesures conservatoires (article 348, alinéa 2, du même code).

⁵⁴ On notera que cette pratique connue surtout dans le cadre des contrats de bail d'immeuble à usage d'habitation est également courante dans le cadre des baux commerciaux. Souvent, une clause impose dans les contrats de bail commercial que le preneur à bail verse une somme dont le montant n'est pas nécessairement calqué sur celui des échéances normales de loyer. Ce « loyer payé d'avance » a tous les caractères d'un « dépôt de garantie » destiné à garantir la bonne exécution par le locataire de ses obligations locatives. Voir F. Givord, « Bail à loyer – Bail commercial – Loyer – Fixation originaires du loyer », *Jurisclasseur civil*, art. 1708 à 1762, fasc. 1400, 1987, n° 31, p. 6.

39. La loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs réglemente cette sûreté sur de la monnaie, qu'elle qualifie de « dépôt de garantie »⁵⁵. L'article 3 de cette loi prévoit que le contrat de location est établi par écrit et qu'il doit préciser, entre autres éléments, « le montant du dépôt de garantie, si celui-ci est prévu ». Le recours au « dépôt de garantie » est en effet une simple faculté. Preuve en est que, depuis 2006, la loi fait référence à la garantie autonome comme sûreté alternative au dépôt de garantie : l'article 22-1-1 de la loi du 6 juillet 1989 prévoit en effet que la garantie autonome prévue à l'article 2321 du code civil peut être souscrite en lieu et place d'un dépôt de garantie.

Lorsque les parties au contrat de bail conviennent d'un dépôt de garantie, l'article 22 de la loi du 6 juillet 1989 encadre la liberté contractuelle et fixe le régime des sûretés sur de la monnaie constituées par le locataire pour garantir de la bonne exécution de ses obligations locatives.

39-1. Le deuxième alinéa de l'article 22 écarte toute possibilité de remise de sommes d'argent au bailleur pour la garantie de l'exécution des obligations du locataire « lorsque le loyer est payable d'avance pour une période supérieure à deux mois ». En revanche, le bailleur peut demander à ce que des sommes d'argent soient affectées par le locataire à la garantie de l'exécution de ses obligations si ce dernier demande le bénéfice du paiement mensuel du loyer.

39-2. Le premier alinéa de l'article 22 fixe le montant du dépôt de garantie, qui ne peut être supérieur à un mois de loyer en principal. Le sixième alinéa ajoute que le montant du dépôt de garantie ne porte pas intérêt au bénéfice du locataire et qu'il ne peut être révisé pendant l'exécution du contrat de bail.

39-3. Nature du droit du bailleur sur le « dépôt de garantie » : propriété pleine et entière ou autre droit réel ? – Si le premier alinéa de l'article 22 peut, de prime abord, laisser croire que la propriété des sommes remises en garantie par le locataire (débiteur constituant) est transférée au bailleur (créancier), lorsqu'il prévoit qu'« au moment de la signature du bail, le dépôt de garantie *est versé* au bailleur » (italiques ajoutées), les dispositions relatives à la restitution démentent cette première interprétation. En effet, le troisième alinéa de l'article 22 prévoit que le dépôt de garantie « *est restitué* » dans un délai maximal de deux mois à compter de la remise des

⁵⁵ Avant cette loi, les articles 22 de la loi n° 82-526 du 22 juin 1982 (abrogée) et 17 de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 (partiellement abrogée) réglementaient déjà ce dépôt de garantie. Des réponses ministérielles (J.O.A.N. (Q) 31 janvier et 28 mars 1953, pp. 590 et 1513) ont écarté la possibilité que le dépôt de garantie portât sur autre chose que des sommes d'argent.

clés par le locataire. Il est fait mention d'une restitution, mais nullement d'un transfert de propriété en sens inverse (du bailleur créancier au locataire constituant)⁵⁶.

39-4. Il est vrai que la restitution du dépôt de garantie « déduction faite, le cas échéant, des sommes restant dues au bailleur et des sommes dont celui-ci pourrait être tenu au lieu et place du locataire » tend à suggérer qu'il peut s'opérer une compensation entre la créance de restitution qu'a le locataire contre le bailleur et la ou les créance(s), notamment de loyer, que le bailleur est susceptible d'avoir contre le locataire⁵⁷. Cette compensation supposerait que deux droits personnels soient compensés, et, par conséquent, que le droit du locataire soit moins un droit réel de propriété sur des sommes d'argent remises en garantie qu'un droit personnel résultant d'une créance de restitution à l'encontre du bailleur. Autrement dit, le droit réel de propriété du locataire se serait commué en droit personnel de créance et la pleine propriété des sommes d'argent affectées en garantie aurait été transférée du locataire au bailleur dans le cadre d'une sûreté qui mériterait la qualification de cession fiduciaire. Cette analyse serait confortée par le fait qu'en application du sixième alinéa de l'article 22, le montant du dépôt de garantie ne porte pas intérêt au bénéfice du locataire. Si les sommes d'argent affectées en garantie ne portent pas intérêt au bénéfice du locataire, autrement dit si le locataire a perdu le *fructus*, le droit de jouir de ces sommes, il est fort tentant d'en conclure qu'il a également perdu l'*abusus*, c'est-à-dire le droit d'en disposer à titre définitif, et donc d'en anéantir la valeur s'il le souhaite.

39-5. Néanmoins, le septième alinéa de l'article 22 fragilise, à défaut de démentir totalement, une telle interprétation. Ce texte prévoit en effet qu'« à défaut de restitution dans les délais prévus [c'est-à-dire dans le mois ou les deux mois qui suivent la remise des clés par le locataire], le dépôt de garantie restant dû au locataire est majoré d'une somme égale à 10 % du loyer mensuel en principal, pour chaque période mensuelle

⁵⁶ La loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové n'a pas modifié la mention d'une « restitution ». Seul est modifié le délai dans lequel le bailleur pourra être tenu de restituer le dépôt de garantie puisqu'en première lecture, l'Assemblée nationale a adopté un amendement prévoyant que le dépôt de garantie devra être restitué dans un délai maximal d'un mois à compter de la remise des clés par le locataire lorsque l'état des lieux de sortie est conforme à l'état des lieux d'entrée.

⁵⁷ L'avant-projet de réforme du droit des obligations, dans sa version en date du 23 octobre 2013, définit la compensation comme « l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes » (article 218 de l'avant-projet). En l'état du droit, les articles 1289 et 1290 du code civil disposent que « lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes », « à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives ». Cette compensation peut être légale, judiciaire ou conventionnelle.

La compensation légale est celle qui s'opère de plein droit « entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles » (article 1291 du code civil).

Lorsqu'une des deux obligations ne satisfait pas aux critères de liquidité et d'exigibilité, le juge s'est néanmoins octroyé la faculté de les compenser. La compensation judiciaire produit alors ses effets à la date de la décision de justice.

Enfin, le juge a également admis que les parties puissent convenir que deux dettes réciproques puissent se compenser, quand bien même elles ne seraient ni liquides ni exigibles. Il s'agit alors d'une compensation conventionnelle.

commencée en retard »⁵⁸. Il est vrai qu'on peut expliquer que le locataire (constituant) profite ainsi d'une majoration à l'expiration du délai ouvert au bailleur (créancier) pour restituer les sommes d'argent en arguant de ce que le locataire a une créance de restitution de sommes d'argent à l'encontre du bailleur et que l'inexécution, par le bailleur, de son obligation de restitution est susceptible d'être assortie de pénalités de retard.

39-6. Mais on peut aussi analyser le septième alinéa de l'article 22 comme opérant la résurrection du droit de jouir (*fructus*) qu'a le locataire sur des sommes d'argent dont il n'a jamais cessé d'être propriétaire. Ce droit de jouir (*fructus*), provisoirement paralysé pendant l'exécution du contrat de bail, ressuscite lorsque le locataire recouvre l'intégralité des composantes, provisoirement désactivées, d'un droit de propriété dont il était resté titulaire. Autrement dit, le dépôt de garantie remis par le locataire au bailleur serait une sûreté non translatrice de propriété, et non une propriété-sûreté⁵⁹.

39-7. Cette dernière analyse est confortée par le dernier alinéa de l'article 22 de la loi du 6 juillet 1989, qui prévoit qu'« en cas de mutation à titre gratuit ou onéreux des locaux loués, la restitution du dépôt de garantie incombe au nouveau bailleur »⁶⁰. Si le

⁵⁸ La loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové a remplacé l'ancien mécanisme de production d'intérêts au taux légal par un mécanisme de majoration.

⁵⁹ Le professeur Pierre Crocq, pour qui ce dépôt de garantie doit être analysé comme une propriété-sûreté, opérant donc transfert de la pleine propriété des sommes affectées en garantie lors de la constitution de la sûreté, a d'ailleurs quelques difficultés à concilier cette analyse avec le régime de neutralité fiscale dont bénéficie cette sûreté. Si les sommes affectées en garantie par le locataire étaient transférées en pleine propriété au bailleur à la date de la constitution du dépôt de garantie, elles devraient être imposées en conséquence dans le patrimoine du bailleur au titre de l'impôt sur le revenu. Or, alors que l'administration fiscale avait précisément développé cette analyse pour qualifier le dépôt de garantie de loyer versé d'avance et le soumettre à l'impôt sur le revenu, le Conseil d'État, dans un arrêt du 8 mai 1981 (requête n° 19171 ; *Recueil Lebon*, p. 17), a jugé qu'il convenait d'exonérer de l'impôt sur le revenu les sommes remises à titre de garantie au bailleur dans la mesure où elles n'étaient pas définitivement acquises à ce dernier. Comme l'écrit le professeur Pierre Crocq, « ce n'est qu'au moment où le bailleur l'utilisera, pour pallier l'inexécution par le preneur de son obligation de payer le loyer que le dépôt de garantie deviendra imposable » et « pour la même raison, le dépôt de garantie n'entre pas, jusqu'à la mise en jeu de la garantie, dans la base de calcul de la TVA due, le cas échéant, par le bailleur, et n'est pas pris en compte au sein des bénéfices industriels et commerciaux ou dans la détermination de l'assiette de l'ISF ou lors du calcul des droits de succession » (*Propriété et garantie, op. cit.*, pp. 138-139). C'est bien la preuve qu'au regard de la fiscalité et de la plus haute juridiction administrative tout au moins, les sommes remises par un locataire au bailleur à titre de garantie ne sont pas transférées en pleine propriété au bailleur lors de la constitution du dépôt de garantie. Le locataire-constituant conserve sur ces sommes d'argent un droit réel de propriété, et le bailleur-créancier n'en acquiert la pleine propriété qu'au moment de la réalisation de la sûreté.

On comprend donc mal que le versement d'une somme d'argent en garantie de loyers puisse être analysé comme un « paiement anticipé », quand bien même la créance garantie, quoique non-exigible, fût certaine (voir J. Dupichot, obs. sous Cass. com. 28 juin 1983, *Gaz. Pal.*, 1984, pan. p. 24).

⁶⁰ Issue de l'article 103 de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion, cette disposition revient sur une jurisprudence qui, en cas d'aliénation de l'immeuble loué, refusait la transmission de l'obligation de restitution du « dépôt de garantie » au nouveau bailleur (Cass. 3° civ. 30 janvier 1979, Bull. civ. III, n° 27 ; Cass. 3° civ. 10 mars 1998, *Revue de droit immobilier* 2000, p. 610, obs. F. Collart Dutilleul). De son côté, en cas de cession de bail d'immeuble, la chambre commerciale de la Cour de cassation a imposé la restitution du « dépôt de garantie » au locataire cédant (Cass. com. 5 février 2008, pourvoi n° 07-11010) et la reconstitution dudit dépôt par le locataire cessionnaire (Cass. com. 16 septembre 2008, Bull. civ. IV, n° 155, D. 2008, Aj. p. 2345, obs. A. Lienhard). Sur le « dépôt de garantie » assortissant le contrat de bail d'immeuble d'habitation, voir F. Planckeel, « La transmission du dépôt de garantie avec le bail », *AJDI* 2010, p. 861.

droit du locataire au titre du dépôt de garantie était un droit de créance de restitution de sommes d'argent dont la propriété aurait été transférée au bailleur, autrement dit si le droit du locataire était un droit *personnel*, à l'encontre de la *personne* du bailleur, la restitution du dépôt de garantie devrait incomber au bailleur initial, qui est la personne qui a reçu les sommes d'argent et à qui la propriété des sommes d'argent a été transférée, et non au bailleur qui se substitue au bailleur initial, en tant que donataire, héritier ou acquéreur de l'immeuble loué. La restitution du dépôt de garantie au locataire présente pour le nouveau bailleur, qui acquiert la propriété du bien immobilier loué au terme d'une mutation à titre gratuit ou onéreux, le caractère d'une obligation réelle, c'est-à-dire d'une obligation qui pèse sur lui à raison du droit réel (de propriété) qu'il a sur la chose. Si le nouveau bailleur se substitue au bailleur initial pour la restitution du dépôt de garantie, il faut nécessairement que les sommes d'argent affectées en garantie ne soient pas vraiment et totalement entrées dans le patrimoine du bailleur initial et qu'elles n'en aient jamais été des composantes à part entière. Si la personne du bailleur est indifférente pour la restitution du dépôt de garantie, c'est bien parce que le droit du locataire au titre de ce dépôt de garantie est moins un droit contre une personne qu'un droit sur une chose. C'est moins un droit de créance de restitution à l'encontre du bailleur (initial ou nouveau) qu'un droit portant directement sur les sommes d'argent affectées en garantie. C'est moins un droit personnel qu'un droit réel.

40. Il convient donc d'analyser la sûreté sur de la monnaie constituée par un locataire au profit d'un bailleur en garantie de la bonne exécution de ses obligations locatives, comme non translatrice de propriété plutôt que comme translatrice de propriété.

C'est d'ailleurs l'analyse que fait M. Jean-Pierre Blatter, pour qui le dépôt de garantie susceptible d'être prévu dans un contrat de bail d'immeuble à usage d'habitation est un gage⁶¹. C'est aussi l'analyse qui sous-tendait certains amendements déposés par des députés lors de l'examen de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové. Ainsi, lors de la première lecture de ce texte à l'Assemblée nationale, Mme Chantal Guittet et certains de ses collègues ont déposé un amendement tendant à ce que le dépôt de garantie soit désormais « placé sur un compte individualisé ouvert au nom du preneur [à bail] auprès d'une institution

⁶¹ J. - P. Blatter, « Bail à loyer – Locations soumises à la loi du 6 juillet 1989 – Dépôt de garantie », *Jurisclasseur civil*, art. 1708 à 1762, 1992, fasc. 150, n° 1, p. 2. Cet auteur affirme que le dépôt de garantie est un gage alors même qu'il reconnaît au bailleur (créancier) la possibilité de disposer librement des sommes affectées en garantie pendant toute la durée du bail, y compris de les investir (n° 37 et n° 38, p. 8).

financière ». Dans cette hypothèse, toutes les précautions seraient prises pour identifier les sommes remises en garantie et ainsi préserver le droit de propriété du preneur à bail constituant, d'autant que l'amendement ajoutait qu'il ne pourrait « être disposé du compte bancaire, tant en principal qu'en intérêts, qu'au profit de l'une ou l'autre des parties, moyennant production soit d'un accord écrit, établi au plus tôt à la fin du contrat de bail, soit d'une copie d'une décision judiciaire ». Cet amendement excluait donc que le bailleur créancier pût, à son gré, s'approprier les sommes affectées en garantie. Il ne pourrait d'ailleurs même pas s'approprier leurs fruits, puisque, contrairement à la règle en vigueur, qui dénie au locataire tout droit aux fruits, l'amendement proposait de prévoir que « durant toute la durée du contrat de bail, les intérêts produits [seraient] capitalisés au profit du preneur [à bail] ». Et l'amendement suggérait en outre de qualifier expressément le droit du bailleur créancier sur le dépôt de garantie : il ne s'agirait pas d'un droit de propriété, mais d'un « *privilège* sur l'actif du compte pour toute créance résultant de l'inexécution totale ou partielle des obligations du preneur ». L'exposé sommaire de l'amendement expliquait clairement que le locataire devait être regardé comme demeurant propriétaire du dépôt de garantie, comme c'est le cas en Allemagne et en Belgique⁶².

41. L'analyse faisant du dépôt de garantie exigé dans le cadre de la location d'immeubles à usage d'habitation peut être étendue aux nombreux « dépôts de garantie » et autres « chèques de caution » qui peuvent être convenus par les parties à des contrats de location portant sur des biens divers et tout autres que des immeubles à usage d'habitation, qu'il s'agisse d'habits, de skis ou de véhicules automobiles.

Elle peut aussi être appliquée aux « dépôts de garantie » exigés dans les contrats de bail avec option d'achat dont, le plus souvent, les conditions générales réservent au bailleur-crédancier le droit d'exiger de son cocontractant, lors de la livraison du bien, le versement de sommes d'argent garantissant les sommes susceptibles d'être dues par le preneur à bail en cas de résolution du contrat⁶³.

⁶² Amendement n° 156 rectifié. Si cet amendement n'a pas été adopté, un autre l'a été, dont est issu l'article 7 de la loi du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové. Cet article 7 oblige le Gouvernement à remettre au Parlement un rapport « sur la possibilité de sanctuariser les dépôts de garantie par la création d'un dispositif permettant que la garantie locative soit déposée sur un compte ouvert auprès d'une institution financière, au nom du locataire et déblocable d'un commun accord entre le locataire et le bailleur ».

Un autre amendement (n° 741), présenté par M. Jacques Krabal et certains de ses collègues, proposait, de manière plus radicale, de consigner auprès de la Caisse des dépôts et consignations les dépôts de garanties constitués dans le cadre des contrats de bail d'habitation en cours et à venir. Les intérêts produits par les sommes ainsi consignées auraient abondé un fonds de solidarité pour le logement, de sorte que les fruits n'auraient ainsi profité ni au bailleur créancier ni au locataire constituant.

⁶³ *Contra* : P. Crocq, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 35 : « ces garanties, eu égard au caractère fongible et consommable de l'argent ou au transfert de la provision qui accompagne obligatoirement la remise d'un chèque, ont toujours pour effet de conférer au créancier la propriété du bien objet de la garantie. Il s'agit donc d'aliénations fiduciaires de biens corporels (espèces) ou incorporels (créances) à titre

§ 2. *L'achat d'un bien immobilier dans le cadre d'une vente amiable*

42. Lorsqu'il achète un bien immobilier, l'acquéreur se voit presque toujours demandé par le notaire de verser lors de la signature du compromis de vente (ou promesse synallagmatique de vente) une somme d'argent correspondant à un certain pourcentage du prix de l'immeuble (généralement entre 5 % et 10 %) et destinée à garantir la bonne exécution par l'acquéreur de ses obligations, notamment de diligence, dans les démarches qu'il entreprend pour réaliser les différentes conditions suspensives auxquelles peut être soumise la vente, et particulièrement la condition d'octroi par un établissement de crédit d'un prêt permettant de financer l'acquisition. Le plus souvent, le compromis de vente fixe un délai d'un mois à l'acquéreur pour justifier auprès du notaire qu'il s'est acquitté de son obligation de faire en formulant auprès d'un ou plusieurs établissement(s) de crédit une demande de prêt.

La somme d'argent ainsi remise au notaire, le plus souvent sous forme de chèque dont le paiement est garanti par la banque de l'acquéreur, est connue sous le nom de « dépôt de garantie » ou encore d'« indemnité d'immobilisation », puisqu'elle est censée « indemniser » le vendeur du temps pendant lequel il « immobilise » son bien en ne le proposant plus à la vente, et de la perte de chance de trouver d'autres acquéreurs si jamais l'acquéreur initial manquait à ses obligations ou n'obtenait pas le prêt de sommes d'argent au moyen duquel il comptait financer son acquisition.

On notera que cette somme d'argent est remise au notaire devant lequel est signée la vente de l'immeuble, et non au créancier du prix de l'immeuble (le vendeur). Le notaire encaisse le chèque, qui est établi à son ordre, et consigne les sommes auprès de la Caisse des dépôts et consignations jusqu'à ce que, les conditions suspensives étant réalisées, le contrat de vente soit réitéré par acte authentique – dans quel cas les sommes

de garantie ». Au sujet du chèque dit « de caution » ou « de garantie », le même auteur invite, à juste titre, à ne pas confondre la pratique, licite, de la remise, à titre de garantie, d'un chèque non encaissé, avec les pratiques illicites consistant soit à émettre un chèque sans provision soit à affecter d'un terme l'existence de la provision pour contourner l'obligation légale de l'existence d'une provision à la date d'émission du chèque. Le professeur Pierre Crocq explique que « dès l'émission du chèque, le créancier a la volonté de devenir propriétaire de la provision puisque c'est cette acquisition de la propriété de la créance du débiteur sur sa banque qui constitue sa garantie », que « le créancier s'engage seulement, au cas où l'obligation garantie serait exécutée, à restituer cette provision ou une somme d'argent identique », et que « rien n'empêche le créancier, dans l'intervalle, d'obtenir le paiement du chèque [...même si...] le fait que l'obligation garantie s'inscrive dans un contrat le plus souvent à très court terme, a pour conséquence que le créancier estime plus pratique de ne pas demander le paiement du chèque, la restitution de celui-ci étant plus simple que son encaissement suivi du versement d'une somme d'argent identique au débiteur » (*ibidem*, p. 136).

d'argent remises à titre de garantie s'imputent sur le prix de l'immeuble, qui est diminué à due concurrence.

Le « dépôt de garantie » est restitué à l'acquéreur si ce dernier renonce à l'acquisition dans le délai de rétractation de sept jours suivant la date de la signature du compromis de vente, ou si la ou les condition(s) suspensive(s) qui affectai(en)t la vente ne se trouve(nt) pas réalisée(s) dans les délais fixés par le compromis de vente pour un motif qui n'est pas imputable à l'acquéreur. Dans tous les autres cas, le « dépôt de garantie » reste acquis au vendeur.

En toute hypothèse, le notaire ne peut remettre le « dépôt de garantie » à l'une des deux parties au compromis de vente qu'avec l'accord écrit de l'autre partie. À défaut d'accord écrit, seule une décision de justice l'autorise à débloquer les sommes consignées.

A – Les « dépôts de garantie » dans le cadre des contrats de vente d'immeubles à construire ou à rénover

43. Le recours à un « dépôt de garantie » est également courant dans le cadre de contrats de vente d'immeubles à construire ou à rénover.

Les articles L. 261-1 à L. 261-3 du code de la construction et de l'habitation définissent les contrats de vente d'immeubles à construire en reprenant les dispositions des articles 1601-1 à 1601-3 du code civil. L'article 1601-1 du code civil définit la vente d'immeuble à construire comme « celle par laquelle le vendeur s'oblige à édifier un immeuble dans un délai déterminé par le contrat ». Cette vente peut être conclue à terme ou en l'état futur d'achèvement. L'article 1601-2 du code civil définit la vente à terme comme le contrat par lequel le vendeur s'engage à livrer l'immeuble à son achèvement, et l'acheteur à en prendre livraison et à en payer le prix à la date de livraison. Dans ce cas, « le transfert de propriété s'opère de plein droit par la constatation par acte authentique de l'achèvement de l'immeuble », et « il produit ses effets rétroactivement au jour de la vente »⁶⁴. La vente en l'état futur d'achèvement est quant à elle définie par l'article 1601-3 du code civil comme « le contrat par lequel le vendeur transfère immédiatement à l'acquéreur ses droits sur le sol ainsi que la propriété des constructions existantes ». Dans ce cas, « les ouvrages à venir deviennent la propriété de l'acquéreur

⁶⁴ Article 1601-2 *in fine* du code civil.

au fur et à mesure de leur exécution », et « l'acquéreur est tenu d'en payer le prix à mesure de l'avancement des travaux ». Autrement dit, on distingue deux types de ventes d'immeuble à construire : d'une part, celle au cours de laquelle le transfert de la propriété de l'immeuble à construire est retardé jusqu'à l'achèvement de l'immeuble, avec effet rétroactif au jour de la vente (vente à terme), et d'autre part, celle au cours de laquelle le transfert de la propriété de l'immeuble à construire est progressif et opéré au fur et à mesure de l'exécution des travaux (vente en l'état futur d'achèvement)⁶⁵.

44. Pour garantir la bonne exécution, par l'acquéreur, de ses obligations, et en particulier de son obligation de payer le prix, des sûretés sur la monnaie sont fréquemment constituées dans le cadre des contrats de vente d'immeubles à construire. La constitution de telles sûretés est toutefois encadrée par l'article L. 261-12 du code de la construction et de l'habitation.

44-1. Le premier alinéa de ce texte prévoit qu'en cas de vente en l'état futur d'achèvement, « le vendeur ne peut exiger ni accepter aucun versement, aucun dépôt, aucune souscription ou acceptation d'effets de commerce avant la signature du contrat, ni avant la date à laquelle la créance est exigible »⁶⁶. La nature des sûretés sur la monnaie constituées dans le cadre de tels contrats peut prêter à discussion. On peut en effet se demander s'il s'agit vraiment de remises de sommes d'argent à titre de garantie, de paiements partiels ou de paiements anticipés. Toutefois, il nous semble qu'il peut s'agir de véritables remises de sommes d'argent à titre de garantie, dans la mesure où le législateur a pris la peine de distinguer de façon constante les « versements » des « dépôts »⁶⁷. Les premiers semblent devoir être assimilés à des paiements anticipés ou partiels, et les seconds à de véritables sûretés sur la monnaie.

44-2. Cette interprétation est confortée par la rédaction du second alinéa de l'article L. 261-12 du code de la construction et de l'habitation, qui prévoit qu'en cas de

⁶⁵ On notera que l'article L. 261-10 du code de la construction et de l'habitation prend soin de soumettre au régime applicable aux ventes d'immeubles à construire « tout contrat ayant pour objet le transfert de propriété d'un immeuble ou d'une partie d'immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation et comportant l'obligation pour l'acheteur d'effectuer des versements ou des dépôts de fonds avant l'achèvement de la construction ». La conformité d'un tel contrat aux dispositions des articles 1601-2 et 1601-3 du code civil ainsi que des articles L. 261-2, L. 261-3 et L. 261-11 à L. 261-14 du code de la construction et de l'habitation est requise à peine de nullité. Il en va de même pour tout contrat conclu par celui qui s'oblige à édifier ou à faire édifier un immeuble ou une partie d'immeuble à usage d'habitation ou à usage professionnel et d'habitation, lorsqu'il procure directement ou indirectement le terrain ou le droit de construire sur le terrain à celui qui contracte l'obligation d'effectuer des versements et dépôts.

⁶⁶ Rappelons que l'on entend par créance « exigible », « une obligation dont le bénéficiaire peut demander le paiement au débiteur et dont ce dernier n'a aucun titre à différer l'exécution, de sorte que le premier est même fondé, en cas de défaillance du second, à poursuivre le recouvrement forcé de son dû » (D. R. Martin, L. Andreu, *Jurisclasseur Civil Code*, fasc. « Contrats et obligations. Conditions de la compensation » 2011, § 50).

⁶⁷ Cette distinction est faite au premier alinéa de l'article L. 261-12 du code de la construction et de l'habitation, mais également à l'article L. 261-10 du même code où il est opéré une distinction entre les « versements » et les « dépôts de fonds ». L'article L. 261-13 du même code mentionnent également les « obligations de versement ou de dépôt ».

vente à terme, il peut seulement être stipulé « que des *dépôts de garantie* seront faits, à mesure de l'avancement des travaux, à un compte spécial ouvert au nom de l'acquéreur par un organisme habilité à cet effet » (italiques ajoutées). La notion de « dépôts » évoquée dans le cadre de la vente en l'état futur d'achèvement semble ne faire qu'une avec celle des « dépôts de garantie » évoquée dans le cadre de la vente à terme. Le mot « dépôts » ne serait que la formule abrégée choisie par le législateur pour désigner des « dépôts de garantie ».

44-3. Nature du droit du vendeur sur les « dépôts de garantie » : propriété pleine et entière ou autre droit réel ? – Ces « dépôts de garantie » effectués dans le cadre d'une vente à terme d'immeuble à construire obéissent à un régime où tout est fait pour isoler et individualiser les sommes d'argent remises en garantie.

En effet, au fur et à mesure de l'avancement des travaux, ces sommes doivent être inscrites « à un compte spécial », tenu non pas par le vendeur mais « par un organisme habilité à cet effet ». Autrement dit, tout est fait pour que les sommes d'argent remises en garantie par l'acquéreur ne soient pas confondues dans le patrimoine du vendeur. C'est d'ailleurs sur un compte spécial « ouvert au nom de l'acquéreur » (et non du vendeur) que les sommes d'argent affectées en garantie sont inscrites. Le fait que le compte spécial où sont déposées les sommes ait pour titulaire l'acquéreur (constituant de la sûreté) peut être interprété comme le signe de ce que le législateur a expressément entendu préserver le droit réel de propriété de l'acquéreur sur les sommes affectées en garantie, et exclure tout transfert de la propriété de ces sommes au vendeur (créancier). Autrement dit, le « dépôt de garantie » prévu dans le cadre de contrats de vente d'immeubles à construire doit être analysé comme un gage ou nantissement, dépourvu d'effet translatif de propriété lors de sa constitution, et non comme une propriété-sûreté opérant transfert de propriété lors de sa constitution. La fin du second alinéa de l'article L. 261-12 du code de la construction et de l'habitation ne fait que renforcer cette interprétation en prévoyant que « les fonds ainsi déposés sont *incessibles, insaisissables et indisponibles* dans la limite des sommes dues par l'acheteur, sauf pour le paiement du prix » (italiques ajoutées). Le compte sur lequel sont déposées les sommes affectées en garantie est ainsi bloqué tant à l'égard du vendeur qu'à l'égard de l'acquéreur qui en perd provisoirement la libre disposition, sans qu'il s'agisse pour autant d'un transfert de la propriété des sommes au vendeur.

45. On pourrait en dire autant du « dépôt de garantie » pouvant assortir les contrats de construction de maisons individuelles avec fourniture de plan. L'article

L. 231-1 du code de la construction et de l'habitation prévoit que « toute personne qui se charge de la construction d'un immeuble à usage d'habitation ou d'un immeuble à usage professionnel et d'habitation ne comportant pas plus de deux logements destinés au même maître de l'ouvrage d'après un plan qu'elle a proposé ou fait proposer doit conclure avec le maître de l'ouvrage un contrat soumis aux dispositions de l'article L. 231-2 » du même code, qui impose un certain nombre de mentions, notamment quant à la consistance, aux caractéristiques techniques et au coût du bâtiment à construire ou encore quant aux modalités de financement et de règlement des travaux. Or l'article L. 231-4 du code de la construction et de l'habitation ajoute que, si « aucun versement, aucun dépôt, aucune souscription ou acceptation d'effets de commerce ne peuvent être exigés ou acceptés avant la signature du contrat [...] ni avant la date à laquelle la créance est exigible », le contrat peut néanmoins « stipuler qu'un dépôt de garantie sera effectué à un *compte spécial ouvert au nom du maître de l'ouvrage* par un organisme habilité » et que « le montant de ce dépôt ne peut excéder 3 % du prix de la construction projetée tel qu'il est énoncé au contrat » (italiques ajoutées). Le compte où sont inscrites les sommes affectées en garantie est non seulement spécial, mais aussi bloqué, tant à l'égard du maître de l'ouvrage (constituant) qu'à l'égard du constructeur (créancier), puisque « les fonds ainsi déposés sont indisponibles, incessibles et insaisissables jusqu'à la réalisation de toutes les conditions » (article L. 231-4, III, alinéa 2). En cas de réalisation des conditions suspensives dans le délai prévu au contrat, « ces sommes viennent s'imputer sur les premiers paiements prévus par le contrat ». Et à défaut de réalisation des conditions suspensives dans le délai prévu au contrat ou en cas d'exercice par le maître d'ouvrage de la faculté de rétractation qui lui est reconnue, « les fonds déposés en garantie sont immédiatement restitués au maître de l'ouvrage, sans retenue ni pénalité » (article L. 231-4, III, alinéa 3). Là encore, comme pour les « dépôts de garantie » prévus dans le cadre des ventes d'immeubles à construire, tout est fait pour préserver le droit de propriété du constituant (maître de l'ouvrage) sur les sommes qu'il affecte en garantie et assurer ainsi leur restitution, ce qui rapproche ces « dépôts de garantie » effectués dans le cadre de contrats de construction de maisons individuelles avec fourniture du plan du régime du gage ou du nantissement plutôt que de celui d'une propriété-sûreté opérant transfert d'une propriété pleine et entière.

B – Les « dépôts de garantie » dans le cadre des contrats préliminaires aux contrats de vente d'immeubles à construire

46. À côté des dépôts de garantie constitués dans le cadre des contrats de vente d'immeubles à construire une fois conclus, peuvent être prévus des dépôts de garantie dans le cadre des contrats préliminaires aux contrats de vente d'immeubles à construire. L'article L. 261-15 du code de la construction et de l'habitation dispose en effet que la vente d'immeuble à construire, qu'elle soit à terme ou en l'état futur d'achèvement, « peut être précédée d'un contrat préliminaire par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un compte spécial, le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble ». Autrement dit, il peut être prévu dans le cadre de ventes d'immeubles à construire ce qui peut l'être dans le cadre de ventes d'immeubles construits, à savoir la conclusion d'un avant-contrat, souvent qualifié de « compromis de vente » ou de « promesse d'achat » pour les ventes d'immeubles construits, et dénommé « contrat de réservation » pour les ventes d'immeubles à construire. De même que l'acquéreur d'un immeuble construit est presque toujours tenu de constituer un « dépôt de garantie » ou une « indemnité d'immobilisation » pour garantir la bonne exécution de ses obligations de faire et, le cas échéant, « indemniser » le vendeur de la perte de chance de trouver d'autres acquéreurs si la ou les condition(s) suspensive(s) affectant la vente venaient à ne pas se réaliser, de même l'acquéreur d'un immeuble à construire est tenu de constituer un « dépôt de garantie » s'il obtient du vendeur l'engagement de lui réserver un immeuble ou une partie d'immeuble à construire.

47. Nature du droit du vendeur sur les « dépôts de garantie » : propriété pleine et entière ou autre droit réel ? – Là aussi, tout est fait pour isoler les sommes remises en garantie par l'acquéreur et préserver ainsi le droit réel de propriété qu'il a sur elles. Aux termes du premier alinéa de l'article L. 261-15 du code de la construction et de l'habitation, le dépôt de garantie est « effectué à un compte spécial ». S'il n'est pas imposé que ce compte soit ouvert au nom de l'acquéreur, il n'en reste pas moins que son caractère spécial favorise l'individualisation des sommes affectées en garantie et prévient leur confusion dans le patrimoine du vendeur. Le troisième alinéa du même article L. 261-15 prend soin d'ajouter que « les fonds déposés en garantie sont indisponibles, incessibles et insaisissables jusqu'à la conclusion du contrat de vente ». Autrement dit, en plus d'être spécial, le compte formant l'objet de la sûreté présente un caractère bloqué, tant à l'égard de l'acquéreur que du vendeur. Ni l'acquéreur

(constituant) ni le vendeur (créancier) ne peuvent librement disposer des sommes remises en garantie, ce qui suggère que la propriété n'en a pas été transférée au vendeur lors de la constitution de la sûreté mais que celle-ci est restée dans le patrimoine de l'acquéreur qui ne perd le droit de disposer (*abusus*) que provisoirement. La perte de l'*abusus* est en effet conçue comme n'étant que provisoire puisque le quatrième alinéa du même article L. 261-15 organise la restitution à l'acquéreur des sommes d'argent remises en garantie⁶⁸. Il n'est fait mention dans ce texte que d'une *restitution*, et en aucun cas d'un transfert de propriété en sens inverse (du vendeur créancier à l'acquéreur constituant), ce qui confirme l'idée que, bien que provisoirement privé du droit de disposer des sommes affectées en garantie en raison du blocage du compte, l'acquéreur n'en perd pas pour autant la propriété lors de la constitution de la sûreté.

48. Il semble donc que ce dépôt de garantie assortissant les contrats préliminaires aux contrats de vente d'immeubles à construire soit lui aussi constitutif d'un gage ou d'un nantissement, non translatifs de propriété lors de leur constitution, et en aucun cas d'une propriété-sûreté qui opérerait transfert d'une propriété pleine et entière⁶⁹.

L'exclusion de la qualification de propriété-sûreté est, en un sens, confortée par les développements que le professeur Pierre Crocq consacre dans sa thèse de doctorat à l'indemnité d'immobilisation ainsi qu'aux « dépôts de garantie »⁷⁰ qui sont prévus dans les ventes d'immeubles à construire et qu'il qualifie de « dédits ». L'éminent auteur explique que ni l'indemnité d'immobilisation ni les « dépôts de garantie » prévus par le code de la construction et de l'habitation, et notamment par son article L. 261-15, ne constituent des formes de « propriété-garantie » ni même des sûretés, la première parce qu'elle n'aurait aucune obligation à garantir dans le cas d'une promesse unilatérale de vente, et les seconds parce qu'ils n'auraient pas d'inexécution d'une obligation à sanctionner⁷¹.

⁶⁸ Article L. 261-15, alinéa 4, du code de la construction et de l'habitation : « Ils [les fonds déposés] sont restitués, dans le délai de trois mois, au déposant si le contrat n'est pas conclu du fait du vendeur... ».

⁶⁹ On notera par ailleurs que la Cour de cassation, statuant en sa troisième chambre civile, a expressément exclu la qualification de clause pénale qui était avancée par l'une des parties à un litige tranché dans un arrêt du 28 mars 1990 (Cass. 3^e civ. 28 mars 1990, *Defrénois* 1991, art. 34917, obs. J. - L. Aubert ; D. 1991, p. 187, note R. Cabrillac ; D. 1991, somm. p. 158, obs. G. Paisant).

⁷⁰ P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., pp. 16-17.

⁷¹ P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., pp. 16-17 : « pour qu'il y ait propriété-garantie, il faut, tout d'abord, qu'une obligation soit mise à la charge du débiteur. Ceci exclut l'indemnité d'immobilisation de cette catégorie. Ensuite, il est nécessaire que la possibilité de ne pas exécuter son obligation n'ait pas été laissée à ce débiteur. Ceci en exclut, cette fois, les arrhes et le dédit [...] En l'absence d'engagement juridique, on ne peut parler de propriété-garantie. Ainsi, s'agissant d'une promesse unilatérale de vente, l'indemnité d'immobilisation ne peut pas être considérée comme un transfert de propriété d'une somme d'argent en garantie de la levée de l'option, car il faudrait pour cela que le bénéficiaire se soit engagé à lever l'option [...] Même si le fait d'avoir versé l'indemnité incite le bénéficiaire à lever l'option, celle-ci ne peut être considérée comme une garantie d'exécution, faute d'engagement à exécuter. Elle n'est que la contrepartie de l'immobilisation, le prix du droit à la réflexion pendant un temps déterminé. [...] En l'absence de violation d'un engagement on ne peut non plus parler de propriété-

C – Les « dépôts de garantie » assortissant les promesses de location-accession

49. On pourrait en dire autant des « dépôts de garantie » assortissant les promesses de location-accession. La loi n° 84-595 du 12 juillet 1984 définissant la location-accession à la propriété immobilière décrit en son article 1^{er} la location-accession comme « le contrat par lequel un vendeur s'engage envers un accédant à lui transférer, par la manifestation ultérieure de sa volonté exprimée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception, et après une période de jouissance à titre onéreux, la propriété de tout ou partie d'un immeuble moyennant le paiement fractionné ou différé du prix de vente et le versement d'une redevance jusqu'à la date de levée de l'option », cette redevance étant « la contrepartie du droit de l'accédant à la jouissance du logement et de son droit personnel au transfert de la propriété du bien ». Et l'article 3 de la même loi du 12 juillet 1984 ajoute que « le contrat de location-accession peut être précédé d'un contrat préliminaire par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué par l'accédant à *un compte spécial*, le vendeur s'engage à réserver à l'accédant un immeuble ou une partie d'immeuble » (italiques ajoutées). Comme pour les dépôts de garantie assortissant les contrats préliminaires (dits « de réservation ») aux contrats de vente d'immeubles à construire, les sommes versées par l'accédant à titre de garantie, qui ne peuvent excéder 5 % du prix de l'immeuble faisant l'objet du contrat, sont inscrites sur un compte spécial et demeurent « indisponibles, incessibles et insaisissables jusqu'à la conclusion du contrat de location-accession » (alinéa 3 de l'article 3 de la loi précitée). Autrement dit, l'affectation de sommes d'argent en garantie des contrats préliminaires aux contrats de location-accession portant sur des immeubles passe par l'inscription de ces sommes sur des comptes spéciaux et bloqués tant à l'égard du vendeur que de l'accédant, afin de préserver le droit de propriété de l'accédant sur ces sommes et d'assurer ainsi leur restitution. L'alinéa 2 de l'article 3 de la loi précitée mentionne à plusieurs reprises la vocation du dépôt de garantie à être restitué à l'accédant : le contrat préliminaire doit indiquer « que les fonds déposés en garantie seront, à la signature du

garantie [...] S'il y a bien, dans cette hypothèse, engagement, il n'y a pas inexécution fautive de cet engagement : en matière de dédit, celui qui revient sur son engagement ne commet pas une faute. Il ne fait qu'exercer un droit de repentir qui lui a été conventionnellement reconnu. Le dédit n'est pas une garantie d'exécution mais le prix du repentir [...] Il en va de même du dépôt de garantie prévu dans un contrat préliminaire à une vente d'immeuble à construire qui est, le plus souvent, analysé comme un dédit [...] Contreparties d'un délai de réflexion ou d'un délai de repentir, l'indemnité d'immobilisation et le dédit ne sont pas des garanties d'exécution d'un engagement qui, soit n'existe pas, soit peut être unilatéralement révoqué. »

contrat, restitués à l'accédant ou imputés sur les premières redevances », et que « faute d'indication dans le contrat préliminaire, les fonds seront restitués à l'accédant ». Et l'alinéa 3 du même article 3 ajoute qu'en toute hypothèse, les fonds « sont restitués sans frais à l'accédant si le contrat n'est pas conclu au plus tard trois mois après la signature du contrat préliminaire si l'immeuble est achevé à la date de cette signature, ou dans les deux mois suivant l'achèvement de l'immeuble dans le cas contraire ». En d'autres termes, le législateur a conçu le dépôt de garantie assortissant le contrat préliminaire au contrat de location-accession portant sur des immeubles comme une sûreté non translatrice de propriété lors de sa constitution, dont le régime est façonné pour permettre la restitution à l'accédant des fonds remis à titre de garantie, à l'image du régime prévu pour le dépôt de garantie assortissant le contrat préliminaire au contrat de vente d'immeuble à construire.

§ 3. *L'achat d'un bien immobilier dans le cadre d'une vente forcée*

50. Le professeur Dominique Bureau remarque que, dès 1806, le code de procédure civile faisait état d'un « nantissement en argent » pour garantir les surenchères dans le cadre des ventes sur adjudication et éviter ainsi que des personnes surenchérissent abusivement sans avoir les fonds nécessaires pour se porter adjudicataires⁷².

Une telle garantie est toujours exigée dans le droit de la vente aux enchères de biens immobiliers. En effet, si, aux termes de l'article 2205 du code civil, « toute personne peut se porter enchérisseur », c'est sous la double réserve « des incapacités tenant aux fonctions qu'elle exerce » et de la fourniture de « garanties de paiement ». En conséquence, le décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006 relatif aux procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble, pris pour l'application de l'ordonnance n° 2006-461 du 21 avril 2006 réformant la saisie immobilière, exige des enchérisseurs et des surenchérisseurs participant à la vente sur adjudication d'un immeuble la constitution d'une garantie.

Pour être enchérisseur et participer à la vente aux enchères, il faut, « avant de porter les enchères », remettre « une caution bancaire irrévocable ou un chèque de banque rédigé à l'ordre du séquestre ou du consignataire désigné dans le cahier des conditions

⁷² D. Bureau, « Le gage-espèces : une sûreté atteignant sa maturité ? », *Droit et patrimoine*, 1999, n° 77, p. 22.

de vente »⁷³. En application de l'article 74 du décret précité, ce « chèque de banque » doit représenter 10 % du montant de la mise à prix, « sans que le montant de cette garantie puisse être inférieur à 3 000 euros ». Et la somme ainsi remise à titre de garantie et encaissée par le séquestre ou le consignataire « est restituée dès l'issue de l'audience d'adjudication à l'enchérisseur qui n'a pas été déclaré adjudicataire »⁷⁴. En revanche, la somme remise à titre de garantie reste acquise au débiteur (créancier du prix de vente de l'immeuble) et à ses créanciers qui participent à la distribution du prix de l'immeuble, lorsque l'enchérisseur est déclaré adjudicataire, qu'il est défaillant et qu'il ne peut donc payer le prix qu'il s'est engagé à payer.

51. Nature du droit du vendeur sur le « chèque de banque » remis par l'enchérisseur ou par le surenchérisseur : propriété pleine et entière ou autre droit réel ? – La participation à la vente aux enchères d'un immeuble requiert la fourniture soit d'un cautionnement soit d'une sûreté sur de la monnaie scripturale. Cette dernière sûreté se présente sous la forme d'un « chèque de banque », c'est-à-dire d'un chèque dont le paiement est garanti par la banque de l'enchérisseur. Ce chèque est encaissé par le séquestre ou le consignataire, et non par le vendeur (créancier du prix de l'immeuble) : toute confusion des sommes d'argent dans le patrimoine du vendeur est donc évitée. Et la propriété n'en est pas transférée au créancier lors de la constitution de la sûreté. Le troisième alinéa de l'article 74 du décret du 27 juillet 2006 fait mention d'une restitution, et non d'un quelconque transfert de propriété en sens inverse (du séquestre ou consignataire à l'enchérisseur)⁷⁵. Et le dernier alinéa du même texte précise explicitement que ce n'est qu'en cas de défaillance de l'enchérisseur déclaré adjudicataire que la somme versée à titre de garantie « est acquise aux créanciers participant à la distribution et, le cas échéant, au débiteur pour leur être distribuée avec le prix de l'immeuble ». Le transfert de la propriété des sommes remises à titre de garantie n'a donc lieu que lors de l'exécution de la sûreté, en cas de défaillance de l'enchérisseur déclaré adjudicataire. Tout indique qu'il s'agit donc plutôt d'un gage ou d'un « nantissement en argent », non translatif de propriété lors de sa constitution, que d'une propriété-sûreté emportant transfert d'une propriété pleine et entière.

⁷³ Article 74 du décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006 relatif aux procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble.

⁷⁴ Article 74, alinéa 3, du décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006 relatif aux procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble.

⁷⁵ Article 74, alinéa 3, du décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006 relatif aux procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble : « la somme encaissée par le séquestre ou le consignataire est restituée dès l'issue de l'audience d'adjudication à l'enchérisseur qui n'a pas été déclaré adjudicataire ».

52. Et on peut en dire autant de la sûreté sur de la monnaie exigée pour surenchérir. En effet, l'article 95 du décret du 27 juillet 2006 précise qu'« à peine d'irrecevabilité, la surenchère est formée par acte d'avocat et déposée au greffe du juge de l'exécution dans les dix jours suivant l'adjudication », et que « l'avocat doit attester s'être fait remettre de son mandant une caution bancaire irrévocable ou un chèque de banque du dixième du prix principal de la vente ». Autrement dit, pour être surenchérisseur, il faut également fournir soit un cautionnement soit une sûreté sur de la monnaie scripturale, sous forme de chèque de banque d'un montant correspondant au dixième du prix principal fixé lors de la première adjudication. Cette remise de sommes d'argent vise à garantir la bonne exécution par le surenchérisseur de son obligation de payer le prix de vente de l'immeuble s'il venait à être déclaré adjudicataire. Là encore, tout est fait pour isoler les sommes d'argent remises à titre de garantie, éviter qu'elles soient confondues dans le patrimoine du vendeur, et préserver le droit réel de propriété du surenchérisseur à qui les sommes d'argent sont restituées s'il venait à n'être pas déclaré adjudicataire lors de cette seconde adjudication. Tout indique que l'on est également en présence d'un gage ou d'un « nantissement en argent » plutôt que d'une cession en pleine propriété⁷⁶.

Conclusion

53. Au terme cette présentation volontairement synthétique d'une partie des sûretés sur la monnaie, on constate que certaines d'entre elles se sont développées depuis fort longtemps, et qu'en dépit de cette ancienneté, il y est aujourd'hui encore abondamment recouru dans des domaines variés, qu'il s'agisse de droit pénal, de droit fiscal, de droit douanier ou encore de droit immobilier.

Il faut d'ailleurs noter qu'outre celle des biens immobiliers, l'acquisition des biens mobiliers, et en particulier des biens de consommation, donne souvent lieu à la constitution de sûretés sur de la monnaie. Par exemple, dans le cadre des contrats de location avec option d'achat, il est souvent exigé un dépôt de garantie⁷⁷.

Pour être nées il y a longtemps, ces sûretés n'en sont pas moins encore largement utilisées par tout un chacun. Et toutes ces sûretés « âgées » semblent devoir être

⁷⁶ Sur la procédure de vente par adjudication des immeubles, voir notamment C. Brenner, *Voies d'exécution*, Dalloz, coll. Cours, 6^e éd., 2011, n° 379, p. 196 et n° 398, p. 206.

⁷⁷ Recommandation n° 86-01 concernant les contrats de location avec option d'achat ou contrats de location avec promesse de vente de biens de consommation (B.O.C.C.R.F. du 11 mars 1986) : « la plupart des conditions générales réservent au bailleur le

analysées plutôt comme des gages ou des nantissements, dépourvus d'effet translatif de propriété lors de leur constitution, que comme des propriétés-sûretés qui emporteraient, dès leur constitution, cession temporaire de la pleine propriété des sommes d'argent affectées en garantie.

droit d'exiger de son client le versement d'un dépôt de garantie lors de la livraison du bien, [qui] garantit les sommes dues par le locataire en cas de résolution du contrat ».

Chapitre II. Les sûretés récentes

54. Alors que les sûretés sur la monnaie ont pendant longtemps été utilisées surtout par les particuliers, pour les besoins de leur vie quotidienne (travailler, se loger, payer leurs impôts), le monde de la banque et de la finance s'en est plus récemment emparé pour les besoins de la vie des affaires.

Le développement des sûretés sur la monnaie en droit financier s'est accompagné d'une évolution de leur nature et de leur régime. De sûretés non translatives de propriété lors de leur constitution, devant être analysées comme constitutives de gages ou de nantissements, elles sont devenues translatives de propriété lors de leur constitution.

C'est du moins ce qui ressort d'un premier examen de ces sûretés du droit financier, qui, dans un souci de clarté et de compréhension, exige au préalable une brève présentation du fonctionnement des marchés financiers.

L'organisation des marchés financiers en France

55. Brève présentation de l'évolution de l'organisation des marchés financiers en France. – Même si la mondialisation et la dématérialisation ont rendu cette définition de plus en plus théorique, un marché financier peut être défini comme le lieu abstrait où se rencontrent l'offre et la demande⁷⁸. Jusqu'à la fin des années 1990, on parlait de « bourse », et longtemps s'est affirmée une distinction, apparue au XIX^e siècle, entre les bourses de valeurs et les bourses de marchandises. Cette distinction comme la dénomination « bourse » ont aujourd'hui disparu du vocabulaire juridique, ne serait-ce que parce qu'un certain nombre d'instruments financiers, constitutifs de « valeurs », portent sur des marchandises.

56. Il existe en revanche d'autres types de distinctions à opérer. Ainsi, au sein des marchés de capitaux, il convient de ne pas confondre les marchés financiers, qui sont les marchés de l'argent à moyen et long terme, des marchés monétaires, qui sont les marchés de l'argent à court terme.

57. Jusqu'en 2005, la place de Paris était divisée en trois marchés (ou « compartiments ») : le premier marché (connu auparavant sous l'appellation de « cote officielle » et réservé aux grandes entreprises), le second marché (réservé aux moyennes entreprises) et le « nouveau marché » (réservé aux petites et moyennes entreprises à fort potentiel de croissance). Le premier marché était lui-même divisé en deux sous-compartiments : le marché au comptant et le marché à terme qui, également connu sous le nom de « marché à règlement mensuel », a été supprimé en 2000 sans pour autant que la possibilité d'effectuer des opérations à terme ait disparu.

⁷⁸ Le professeur Michel Jeantin définit le marché comme « la somme de transactions réalisées face à face » et qui, en tant que tel, « exclut [...] le caractère bilatéral des conventions pour y substituer une mécanique globale de règlement » (« Le droit financier des biens », *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, pp. 3 et s., spéc. p. 5).

58. En 2005, le premier et le second marché ont été remplacés par un unique marché appelé « Eurolist » et qualifié de « marché réglementé ». Un marché réglementé est un marché étroitement contrôlé, directement ou indirectement, par les autorités publiques, et notamment par l'Autorité des marchés financiers (AMF). La qualification de « marché réglementé » suppose que le marché soit formellement reconnu comme tel par arrêté du ministre de l'Économie parce qu'il remplit des conditions de fond en garantissant le fonctionnement régulier des négociations⁷⁹ et en obligeant les adhérents à la chambre de compensation à intervenir sur le marché en qualité de commissionnaires du croire⁸⁰.

Ces conditions de fond comme la condition de forme qu'est l'agrément ministériel ne sont pas exigées des marchés non-réglementés que sont les marchés organisés et les marchés de gré à gré.

59. Les marchés de gré à gré sont ceux sur lesquels seule prévaut la loi des parties. Régis par des règles purement contractuelles, ces marchés ne sont pas soumis à des règles définies par des entreprises de marché. Souvent les contrats d'échanges (de taux d'intérêts ou autres), connus en anglais sous le nom de « *swaps* », sont négociés sur des marchés de gré à gré.

60. Les marchés organisés sont ceux qui, sans être reconnus par arrêté ministériel, sont néanmoins organisés par une entreprise de marché qui règlemente les transactions. En France, ce sont par exemple « Alternext » ou le marché libre OTC (« *Over The Counter* »).

61. Organisation des marchés financiers en France depuis la transposition de la directive « MIF ». – La distinction entre marchés réglementés, marchés organisés et marchés de gré à gré a été remise en cause pour les besoins de la transposition de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, plus connue sous le nom de directive « marchés d'instruments financiers » (dite directive « MIF »). Ce texte communautaire distingue en effet trois lieux de négociation et d'exécution des transactions : les marchés réglementés, les systèmes multilatéraux de négociation organisés (SMNO) et les internalisateurs systématiques. Il vise à

⁷⁹ La garantie du fonctionnement régulier du marché passe par la gestion du marché par une entreprise de marché (« Euronext ») qui fixe des règles déterminant le fonctionnement régulier des négociations (conditions d'accès au marché, modalités de conclusion des transactions sur le marché...).

⁸⁰ Lors d'une transaction, plusieurs acteurs interviennent, parmi lesquelles la chambre de compensation et ses adhérents. Dans la phase de négociation, les investisseurs-donneurs d'ordres transmettent leurs ordres aux membres du marché qui, sous l'égide de l'entreprise de marché, concluent des transactions. Dans la phase d'exécution, les transactions sont exécutées par la chambre de compensation qui livre les titres (ou règle les sommes) dus à ses adhérents, à charge pour eux de les livrer ou régler aux investisseurs (acheteurs ou vendeurs). Autrement dit, les titres et sommes ne sont pas livrés par ceux qui les vendent ou les doivent. La qualité de « marché réglementé » n'est attribuée qu'aux marchés sur lesquels les adhérents à la chambre de compensation interviennent en tant que commissionnaires du croire. À la différence du contrat de mandat, qui repose sur la représentation parfaite et au sein duquel le mandataire agit au nom et pour le compte du mandant, le contrat de commission repose sur la représentation imparfaite et le commissionnaire y agit en son nom, pour le compte du commettant. Lorsqu'il conclut un contrat avec un tiers au nom du commettant, le commissionnaire contracte des obligations qui sont appelées à se reporter sur la tête du commettant. Aussi, en cas de défaillance du tiers, l'inexécution du contrat ne concerne pas en principe le commissionnaire qui n'est ni débiteur ni garant de l'exécution des obligations du tiers cocontractant. L'obligation de du croire est précisément celle par laquelle le commissionnaire garantit la bonne exécution du contrat par le tiers cocontractant et se substitue à ce dernier en cas de défaillance de sa part. Cette obligation de du croire ne doit pas être confondue avec la garantie de bonne fin de la chambre de compensation. L'obligation de du croire pèse en effet sur les adhérents à la chambre de compensation et bénéficie aux investisseurs-donneurs d'ordres. La garantie de bonne fin pèse sur la chambre de compensation et bénéficie à ses adhérents. En effet, si, malgré son obligation de du croire, l'un d'entre eux venait à ne pas pouvoir livrer les titres ou régler les sommes dues, alors la chambre de compensation s'y substituerait de façon à éviter une défaillance préjudiciable au marché lors de l'exécution des transactions.

promouvoir la concurrence dans le domaine financier pour parvenir à baisser les coûts de transaction.

62. Pour ce faire, la directive « marchés d'instruments financiers », en son article 14 (paragraphe n° 6), a mis fin à l'obligation de concentration en vertu de laquelle les transactions sur des instruments financiers admis aux négociations sur un marché réglementé français, réalisées au profit d'investisseurs établis ou résidant habituellement en France, par l'intermédiaire d'un prestataire de services d'investissement, devaient être réalisées sur un marché réglementé, à peine de nullité⁸¹. Cette règle, motivée moins par le souci de protéger les investisseurs que d'assurer la liquidité des marchés réglementés en évitant que les gros donneurs d'ordres traitent de gré à gré à des conditions plus favorables que les petits donneurs d'ordres, visait à réduire les décalages de prix et à garantir ainsi l'unicité du prix, qui dès lors devient un cours⁸². Désormais, les mêmes instruments financiers peuvent être négociés soit sur des marchés réglementés, soit sur des systèmes multilatéraux de négociation organisés, soit par les internalisateurs systématiques.

63. Aujourd'hui, les marchés réglementés et les marchés organisés relèvent de la catégorie plus générale des systèmes multilatéraux de négociation. Ces lieux d'exécution, où la négociation est multilatérale, regroupent donc ce qui, auparavant, était des marchés réglementés et des marchés non-réglementés mais organisés. Ces systèmes multilatéraux de négociation organisent la confrontation des ordres de façon multilatérale et non-discrétionnaire.

63-1. Au sein des systèmes multilatéraux de négociation, les marchés réglementés⁸³ sont ceux qui, agréés par l'autorité compétente, sont gérés par des entreprises de marché qui satisfont à un certain nombre de règles relatives à ses dirigeants (compétence et honorabilité), aux personnes qui influent sur sa direction (gros actionnaires) et à la gestion des risques et des conflits d'intérêts. En France, « Eurolist » est un marché réglementé au comptant dont l'entreprise de marché est « Euronext »⁸⁴ et la chambre de compensation « LCH Clearnet »⁸⁵.

63-2. Les systèmes multilatéraux de négociation organisés⁸⁶ obéissent à des règles moins contraignantes⁸⁷, et ce n'est pas le marché qui fait l'objet d'un agrément mais l'entreprise gestionnaire du marché (en tant que prestataire de services d'investissement).

⁸¹ Ancien article L. 421-12 du code monétaire et financier.

⁸² Un certain nombre de dérogations avaient été aménagées pour les transactions importantes dont le montant dépassait :
- 30 000 euros pour les obligations et titres de créances ;
- soit 7,5 millions d'euros soit 5 % de la capitalisation boursière pour les actions et titres assimilés.

Échappaient aussi à cette obligation de concentration les conventions complexes, c'est-à-dire les transactions qui, incluses dans une convention autre qu'une vente pure et simple, en constituent un élément nécessaire (apports en société, prêts de titres, ventes sous conditions suspensives ou résolutoires, ventes avec garantie de passif...)

⁸³ Articles L. 421-1 à L. 421-22 du code monétaire et financier.

⁸⁴ L'entreprise de marché « Euronext » appartient au groupe « Euronext » qui, en 2007, s'est rapproché du « *New York Stock Exchange* » (NYSE) pour former le groupe « NYSE Euronext », lui-même acquis à la fin de l'année 2012 par le groupe « *IntercontinentalExchange* » (ICE), dans le cadre d'une fusion approuvée en juin 2013 par la majorité des actionnaires des deux groupes.

⁸⁵ Ce marché est divisé en trois compartiments. Le compartiment A regroupe les titres des entreprises dont la capitalisation est supérieure à 1 milliard d'euros. Le compartiment B accueille les titres des entreprises dont la capitalisation est comprise entre 150 millions et 1 milliard d'euros. Et le compartiment C reçoit les titres des entreprises dont la capitalisation est inférieure à 150 millions d'euros.

⁸⁶ Articles L. 424-1 à L. 424-11 du code monétaire et financier.

⁸⁷ On notera qu'ils demeurent toutefois soumis aux dispositions du livre VI du Règlement général de l'Autorité des marchés financiers, qui résultent de la transposition de la directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché, dite directive « abus de marché ». Les règles d'organisation des systèmes multilatéraux de négociation doivent être approuvées par l'Autorité des marchés financiers et comprendre un mécanisme de

64. La négociation bilatérale s'organise quant à elle au sein des internalisateurs systématiques⁸⁸ que la directive « marchés d'instruments financiers » définit comme des entreprises d'investissement qui, de façon organisée, fréquente et systématique, négocient pour compte propre en exécutant les ordres de leurs clients en dehors d'un marché réglementé ou d'un système multilatéral de négociation⁸⁹. Autrement dit, les entreprises d'investissement achètent et vendent à leurs clients des instruments financiers à un prix convenu qui ne résulte pas de la confrontation d'ordres multiples et ne se confond donc pas nécessairement avec le cours.

Dans ce cadre, les entreprises d'investissement ne sont ni mandataires ni commissionnaires ni intermédiaires. Elles sont parties au contrat de vente et supportent donc les risques de contrepartie (risques de défaillance du client) et les risques de marché (risques liés à l'évolution défavorable des cours).

Le service d'investissement qu'est l'internalisation systématique peut être offert par les entreprises d'investissement dès lors qu'elles se dotent de règles et de procédures non-discrétionnaires en la matière, qu'elles ont une véritable organisation consacrée à l'internalisation en termes de personnel et de moyens informatiques, et qu'elles proposent ce service d'investissement de façon régulière et continue. Un accord ponctuel ou général du client est en outre requis pour orienter les ordres vers l'internalisation systématique.

À ces obligations s'ajoutent l'obligation d'afficher des prix fermes qui ne soient pas arbitraires mais reflètent les conditions prévalant sur le marché, et celle d'exécuter les transactions aux prix affichés.

65. La relative liberté introduite dans la fixation des prix d'un même instrument financier selon qu'il est négocié sur un marché réglementé, un système multilatéral de négociation organisé ou chez un internalisateur systématique n'est pas pour autant synonyme de fragmentation du marché et de la liquidité : de nouvelles obligations mises à la charge des prestataires de services d'investissement permettent de limiter les risques engendrés par la mise en concurrence des lieux de négociation. Il s'agit des obligations de transparence pré-négociation et post-négociation⁹⁰ et de l'obligation dite de « *best execution* » en vertu de

garantie de cours permettant aux actionnaires minoritaires de sortir du capital d'une société cotée au même cours que les actionnaires majoritaires.

⁸⁸ Articles L. 425-1 à L. 425-4 du code monétaire et financier.

⁸⁹ Article 4, paragraphe 1, 7) de la directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CE du Conseil.

⁹⁰ Articles L. 421-21 et L. 421-22 du code monétaire et financier (pour les marchés réglementés) et L. 424-7 et L. 424-8 du même code (pour les systèmes multilatéraux de négociation). Les articles 29 et 44 de la directive « marchés d'instruments financiers » imposent la publication des prix à l'achat et à la vente pour les instruments financiers admis aux négociations sur un marché réglementé, qu'ils soient négociés sur un marché réglementé ou sur un système multilatéral de négociation. Cette publication antérieure à la négociation doit avoir lieu en continu, à des conditions commerciales raisonnables et pendant des heures de négociation normales. En application de ces textes, les articles L. 421-21 (pour les marchés réglementés) et L. 424-7 (pour les systèmes multilatéraux de négociation) du code monétaire et financier prévoient une obligation de transparence pré-négociation, qui ne vaut toutefois que pour les actions admises aux négociations sur un marché réglementé, et pas pour les titres admis aux négociations sur les seuls systèmes multilatéraux de négociation. Les articles 28 et 45 de la directive « marchés d'instruments financiers » organisent en outre une transparence post-négociation, imposant la publication des transactions réalisées, qu'elles concernent des instruments financiers admis aux négociations sur un marché réglementé ou pas, et qu'elles aient été exécutées sur des marchés réglementés, sur des systèmes multilatéraux de négociation ou par des internalisateurs systématiques. Les textes communautaires imposent que soient publiés en temps réel (sous trois minutes), à des conditions commerciales raisonnables, et sous une forme aisément accessible, le prix, l'heure, le volume et le détail de la

laquelle un prestataire de services d'investissement qui reçoit un ordre de son client doit apporter l'ordre sur le lieu d'exécution le plus favorable⁹¹.

66. À côté de ces trois lieux de négociation, subsistent les marchés de gré à gré. En effet, rien n'interdit les cessions directes d'instruments financiers passant ou non par un intermédiaire⁹².

66-1. Un propriétaire de valeurs mobilières peut les céder en recourant au gré à gré intermédié. Des entreprises d'investissement peuvent négocier pour compte propre hors d'un marché réglementé ou d'un système multilatéral de négociation sans pour autant le faire de façon fréquente, organisée et systématique. Il s'agit d'une forme d'internalisation non systématique, affranchie de l'obligation d'afficher des prix fermes, qui paraît possible pour les gros investisseurs.

66-2. Par ailleurs, le courtage est également possible. Ne négociant pas pour compte propre, mais pour compte de tiers, des entreprises d'investissement peuvent rapprocher des ordres en sens contraire, en interne, au sein de leur clientèle.

66-3. Au-delà de ce gré à gré intermédié, le pur gré à gré, sans intermédiation d'un prestataire de services d'investissement, apparaît comme une autre forme possible de négociation.

Cette présentation globalement tripartite des marchés financiers n'est pas exclusive d'autres distinctions.

67. On a ainsi coutume de distinguer les marchés de financement des marchés dérivés⁹³. Les marchés de financement sont ceux sur lesquels sont négociés les instruments financiers représentatifs de créances (non seulement les obligations mais aussi les titres donnant accès au capital d'une société et aux droits de vote) qui portent leur valeur en eux-mêmes. Les marchés dérivés sont ceux sur lesquels sont négociés des produits dérivés, c'est-à-dire des instruments financiers dont la valeur dépend de celle de l'actif sous-jacent, c'est-à-dire d'autres instruments financiers, et qui permettent de se prémunir contre des risques financiers attachés à d'autres instruments financiers. Pour reprendre une distinction opérée par M. Sébastien Praicheux dans sa thèse sur *Les sûretés sur les marchés financiers*, les marchés de financement sont ceux sur lesquels sont négociés des « instruments de

transaction. Les articles L. 421-22 (pour les marchés réglementés) et L. 424-8 (pour les systèmes multilatéraux de négociation) du code monétaire et financier ont transposé cette obligation de transparence post-négociation mais en circonscrivant son application aux actions admises sur un marché réglementé.

⁹¹ L'article 21 de la directive « marchés d'instruments financiers » prévoit en son paragraphe premier que « les États membres exigent des entreprises d'investissement qu'elles prennent toutes les mesures raisonnables pour obtenir, lors de l'exécution des ordres, le meilleur résultat possible pour leurs clients compte tenu du prix, du coût, de la rapidité, de la probabilité de l'exécution et du règlement, de la taille, de la nature de l'ordre ou de toute autre considération relative à l'exécution de l'ordre ».

⁹² Qu'elles soient ou non intermédiées, les opérations de gré à gré semblent devoir être exonérées des obligations de transparence pré-négociation et post-négociation.

⁹³ À titre d'exemple, le marché international de France (MATIF) et le marché des opérations négociables de Paris (MONEP) sont des marchés dérivés. Ces marchés ont pour entreprise de marché « Euronext » et pour chambre de compensation « LCH Clearnet ». Sont négociés sur le MONEP les instruments financiers dont l'actif sous-jacent est constitué de valeurs mobilières, alors que sur le MATIF, sont négociés les instruments financiers dont l'actif sous-jacent est autre (taux d'intérêts, marchandises...). Le marché international de France (MATIF) résulte de la fusion, intervenue en 1987, du marché à terme d'instruments financiers créé par une loi du 11 juillet 1985, et du marché à terme de marchandises. Le MONEP a quant à lui été créé par le décret n° 87-420 du 18 juin 1987 modifiant le décret du 7 octobre 1890 pris pour l'exécution de la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme.

financement », tandis que les marchés dérivés sont ceux sur lesquels sont négociés des « instruments de protection du financement »⁹⁴.

68. On distingue aussi les marchés au comptant des marchés à terme. Les marchés au comptant sont ceux sur lesquels l'acheteur et le vendeur négocient une transaction qui est exécutée immédiatement : la livraison des instruments financiers et le règlement du prix interviennent aussitôt après la conclusion de la transaction. À l'inverse, les marchés à terme, sont ceux sur lesquels il s'écoule un certain délai entre la date de la négociation et la date de la livraison des instruments financiers et de règlement du prix.

Sur ces marchés à terme, le délai entre la conclusion et l'exécution de la transaction rend possibles les opérations à découvert. Le vendeur peut vendre ce qu'il ne possède pas, ou du moins ce qu'il ne possède pas encore... car le délai lui permet d'acheter moins cher ce qu'il a vendu. Et l'acheteur peut vendre plus cher ce qu'il a acheté mais ne possède pas encore. Autrement dit, le délai rend possible la spéculation.

69. Au sein des marchés à terme, on distingue les marchés à terme ferme où les parties sont définitivement et irrévocablement engagées à payer le prix et à livrer les instruments financiers, des marchés à terme conditionnel (ou marchés d'options) où l'exécution de leurs obligations de paiement du prix et de livraison des instruments financiers peut être soumise à des conditions dont le délai entre la conclusion et l'exécution de la transaction rend la réalisation possible.

⁹⁴ S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghazi, p. 165. Le même auteur définit le produit dérivé comme « l'actif financier consistant en un droit à terme ou conditionnel né d'un contrat ou d'une promesse de contrat, dont la valeur dépend de l'évolution de la valeur d'un ou de plusieurs actifs ou indices sous-jacents pendant la période séparant la conclusion du contrat de son dénouement » (*ibidem*, p. 184). Ces actifs sous-jacents peuvent être des taux d'intérêts, des devises, des valeurs mobilières, des matières premières... M. Sébastien Praicheux distingue quatre catégories de produits dérivés. La première est celle des « *forward* », qu'il définit comme « des contrats financiers à terme par lesquels l'une des parties s'engage à payer à l'autre la différence entre la valeur du cours de référence d'un bien sous-jacent au jour de la conclusion du contrat et la même valeur au jour de son échéance » (*ibidem*, p. 185) et qui sont conclus sur des marchés réglementés. La deuxième est celle des « *future* », qui sont l'équivalent des « *forward* » sur les marchés de gré à gré. La troisième catégorie de produits dérivés est celle des contrats d'option, que le même auteur définit comme ceux qui, conclus sur les marchés réglementés ou de gré à gré, « permettent à l'acquéreur, contre le paiement d'une prime, de livrer ou de retirer, à un prix et à une date convenus, une chose déterminée (valeur mobilière, matière première...) ou de se voir payer la différence entre la valeur du cours de cette chose au jour de la conclusion du contrat et la valeur de ce même cours au jour de la levée de l'option » (*ibidem*, p. 185). Enfin, la quatrième catégorie de produits dérivés est celle des contrats d'échange, également dénommés « *swaps* », « par lesquels les parties s'engagent, pendant toute la durée de leur contrat, à effectuer entre elles des paiements périodiques qui sont fonction de l'évolution d'un cours de référence d'une chose ou d'un indice » (*ibidem*, p. 186). À titre d'illustration des contrats de « *swaps* », l'auteur cite le cas de deux entreprises qui souhaiteraient emprunter : alors que, pour l'une, l'endettement à taux variable coûterait plus cher que l'endettement à taux fixe, pour l'autre, ce serait l'endettement à taux fixe qui serait plus onéreux que l'endettement à taux variable. Chacune des entreprises souhaiterait donc obtenir les conditions d'emprunt de l'autre. Elles pourraient alors conclure un contrat de « *swap* » par lequel elles s'échangeraient leurs conditions d'endettement : l'entreprise qui souhaitait emprunter à taux fixe paierait ce taux fixe à l'entreprise qui souhaitait emprunter à taux variable, qui, elle-même, paierait le taux variable à la première. Ces contrats d'échange ou « *swaps* » sont souvent garantis par des contrats de gage « *mark-to-market* » qui ne sont rien d'autre que des sûretés sur sommes d'argent. Comme l'expliquent MM. Pierre-André Boulat et Pierre-Yves Chabert dans leur ouvrage intitulé *Les swaps : technique contractuelle et régime juridique* (éd. Masson, Paris, 1992, p. 156), les contrats « *mark-to-market* » consistent en des gages-espèces que les parties au contrat d'échange se consentent réciproquement « pour un montant correspondant à la valeur de remplacement de leur portefeuille de « *swaps* » conclus au titre d'un même contrat-cadre ». Autrement dit, « les parties recalculent périodiquement l'indemnité de résiliation qui serait due si les « *swaps* » couverts par le contrat-cadre devaient être résiliés immédiatement et ajustent le gage-espèces en conséquence » de façon à ce qu'« à tout instant, chaque partie détien[ne] en gage une somme suffisante pour garantir l'indemnité de résiliation qui serait due par l'autre partie en cas de défaillance ». Ces sûretés sur sommes d'argent prennent la forme de versements sur un compte bancaire ouvert au bénéfice du cocontractant qui peut librement disposer des fonds inscrits en compte à charge pour lui de les restituer. Cette obligation de restitution s'éteint en cas de défaillance du cocontractant. MM. Pierre-André Boulat et Pierre-Yves Chabert estiment donc que « le bénéficiaire du gage-espèces est considéré comme le propriétaire des fonds » (*ibidem*, p. 157).

70. Au sein des marchés financiers, on peut aussi distinguer entre les marchés à livrées, sur lesquels les transactions sont exécutées en nature (livraison des instruments financiers et paiement du prix), des marchés différentiels, sur lesquels les transactions sont exécutées par le règlement d'une différence de cours, c'est-à-dire par le règlement d'une somme d'argent équivalente à la valeur des instruments financiers dus.

71. Enfin, on peut aussi distinguer les marchés primaires, sur lesquels sont négociés les instruments financiers qui entrent en bourse et font l'objet d'une première émission, des marchés secondaires sur lesquels sont négociés les instruments financiers qui sont déjà entrés en bourse et ont donc été mis en circulation.

72. Spécificité des sûretés constituées sur les marchés financiers. – Sur les marchés financiers ainsi décrits, il est très fréquemment recouru à des sûretés soit personnelles soit réelles qui ont pour particularité, par rapport aux sûretés de droit commun, de garantir non seulement leur bénéficiaire contre un risque de contrepartie (risque de défaillance du cocontractant) mais aussi, et même plus encore, l'ensemble du marché contre un risque systémique (risque de défaillances en chaîne)⁹⁵.

Dans sa thèse sur *Les sûretés sur les marchés financiers*, M. Sébastien Praicheux établit une distinction entre deux grandes catégories de sûretés boursières : celles qui ont un caractère accessoire par rapport à l'obligation financière garantie et ne constituent pas des instruments financiers, et celles qui consistent en des obligations principales dont la finalité est de garantir d'autres obligations principales et qui, en elles-mêmes, constituent donc des instruments financiers. Il qualifie les premières de « sûretés garantissant une opération de bourse » et les secondes d'« instruments financiers-sûretés »⁹⁶.

⁹⁵ S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, p. 42 : « La sûreté boursière diffère également de la sûreté de droit commun en ce que cette finalité de protection du créancier se double d'une finalité qui lui est propre : la protection de l'ensemble de la place financière, au-delà de la sphère des parties contractantes ». *Adde*, p. 54 : « La prise en considération des tiers [dans le droit commun des sûretés] repose sur le fondement selon lequel la constitution de la sûreté est *défavorable* aux tiers [...] Le droit boursier présume, au contraire, que la constitution de la sûreté est *favorable* aux tiers, d'où la prise en compte de règles qui, soit favorisent l'établissement de sûretés afin de mieux protéger les intérêts des tiers comme l'obligation de constituer une sûreté sous forme de couverture au profit de certains créanciers et sur certains marchés, soit établissent un régime particulier marqué par l'application de règles dont le fondement exclusif réside dans la finalité d'intérêt général des sûretés boursières ». M. Hubert de Vauplane lie le développement des sûretés translatives de propriété en matière boursière au souci de protection de l'ensemble du marché contre le risque systémique et explique que « la spécificité du droit bancaire et financier réside dans les objectifs qui lui sont propres et qui diffèrent de ceux du droit commun : assurer la sécurité des marchés financiers et de leurs acteurs afin de prévenir le risque systématique en mettant en place des systèmes de garanties particuliers destinés à couvrir le risque de crédit ou de défaillance d'une contrepartie [...] Il ne s'agit pas ici de protéger le débiteur défaillant, voire même de l'aider à se redresser. Au contraire, l'idée – assez darwinienne – est de concentrer les risques liés à la défaillance d'un intervenant sur celui-ci, quitte à le voir disparaître, même si cette défaillance ne le mettait pas en péril. À l'objectif traditionnel du droit des procédures collectives en France de protection du débiteur est substitué un objectif opposé de protection des créanciers, et par là même, de l'ensemble des acteurs du marché financier » (« La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier », *JCP E*, n° 36, septembre 2007, p. 2051).

⁹⁶ S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, p. 41 : « la sûreté peut donc être boursière *par sa nature propre* : c'est l'hypothèse – inédite – de l'instrument financier-sûreté, c'est-à-dire du produit financier en tant que sûreté, ou *en raison de la dette qu'elle garantit* : c'est le cas, par exemple, de la couverture en bourse qui garantit l'intermédiaire contre le risque de défaillance de son donneur d'ordre ».

73. Exclusion du nantissement de comptes-titres. – Il s’agit ici de n’envisager que les sûretés au sens strict du terme, c’est-à-dire celles qui, ayant un caractère accessoire, garantissent les obligations principales résultant de l’opération de bourse, et non celles qui consistent en des produits financiers dont la finalité est de garantir contre des risques.

Au sein des sûretés garantissant les opérations de bourse, les développements seront consacrés à celles portant sur de la monnaie. Le nantissement de comptes-titres (ancien gage d’instruments financiers) qui porte essentiellement sur des titres et, de façon accessoire et marginale, sur les sommes d’argent qui peuvent soit en être le produit soit leur être substituées, sera donc écarté de l’inventaire des sûretés sur sommes d’argent du droit boursier⁹⁷.

⁹⁷ Le nantissement de comptes-titres (ancien gage de compte d’instruments financiers) est souvent utilisé, aux côtés des nantissements de créances et des nantissements de comptes bancaires, dans le cadre des opérations de financement d’acquisition à effet de levier (R. Allouche et R. Richard, « Les garanties dans les financements à effet de levier », *RD bancaire et fin.*, n° 3, mai-juin 2008, dossier 21, p. 90). Par ces opérations, qualifiées en anglais de « *leveraged buy-out* » (LBO), des investisseurs acquièrent une entreprise (cible) *via* une société-mère (*holding* d’acquisition) qui, créée pour l’occasion, contracte des emprunts bancaires et n’est capitalisée par les acquéreurs qu’à hauteur du prix d’acquisition. Le groupe constitué par la société-mère et par sa filiale, la société-cible, bénéficie du régime de l’intégration fiscale qui permet de diminuer sa base d’imposition du montant des intérêts de la dette d’acquisition. Ces opérations s’accompagnent de constitutions de sûretés (« *security package* ») : en garantie du remboursement de l’emprunt, la société-mère consent souvent un nantissement de comptes-titres portant sur les titres de la société-cible, des nantissements portant sur les créances détenues par la société-mère au titre des garanties de passif consenties par la société-cible, ainsi que des nantissements de comptes bancaires.

L’article L. 211-20 du code monétaire et financier (ancien article L. 431-4 du même code), relatif au nantissement de comptes-titres, prévoit en son I que « les titres financiers figurant initialement dans le compte nanti, ceux qui leur sont substitués ou les complètent en garantie de la créance initiale du créancier nanti, de quelque manière que ce soit, *ainsi que leurs fruits et produits en toute monnaie*, sont compris dans l’assiette du nantissement », que « les titres financiers et les sommes en toute monnaie postérieurement inscrits au crédit du compte nanti, en garantie de la créance initiale du créancier nanti, sont soumis aux mêmes conditions que ceux y figurant initialement et sont considérés comme ayant été remis à la date de déclaration de nantissement initiale » (italiques ajoutées). Le nantissement de comptes-titres peut donc être regardé comme constituant une sûreté sur sommes d’argent, mais il ne l’est qu’en partie seulement : l’objet de la garantie est essentiellement constitué de titres dont les sommes d’argent sont le produit. Il n’y a par ailleurs guère de débat possible quant à la nature de cette sûreté. Outre le fait que la loi la qualifie expressément de nantissement, son régime tel que décrit à l’article L. 211-20 du code monétaire et financier exclut tout transfert de propriété lors de la constitution de la sûreté et toute confusion des titres ou sommes formant l’objet de la garantie dans le patrimoine du créancier nanti. L’article L. 211-20, en son II, prévoit expressément que les titres ou sommes remis en garantie sont inscrits sur un compte nanti qui doit prendre « la forme d’un compte spécial ouvert au nom du titulaire », et qu’« à défaut d’un compte spécial, sont réputés constituer le compte nanti les titres financiers [...] ainsi que les sommes en toute monnaie ayant fait l’objet d’une identification à cet effet par un procédé informatique ». Autrement dit, tout est fait pour individualiser l’objet de la garantie et l’isoler du patrimoine du créancier nanti. L’article L. 211-20, en son IV, reconnaît au constituant titulaire du compte-titres nanti la possibilité de disposer des titres et sommes figurant sur ce compte, sous réserve d’en avoir convenu avec le créancier nanti. C’est bien la preuve que le constituant conserve au moins le droit d’user et de jouir de la chose remise en garantie, voire d’en disposer à condition d’y substituer une chose de même valeur (*abusus* provisoire). Par ailleurs, le IV de l’article L. 211-20 reconnaît au créancier nanti un droit de rétention sur les titres et sommes figurant sur le compte nanti. C’est bien la preuve qu’il n’en acquiert pas la propriété lors de la constitution du nantissement : si le bénéficiaire de cette sûreté était propriétaire des titres ou sommes dès leur affectation en garantie, il n’aurait pas besoin d’un droit de rétention. En effet, le droit de rétention n’a d’intérêt que lorsqu’à défaut de titre, on ne peut que retenir la chose qui, par hypothèse, appartient à autrui. Si le bénéficiaire était propriétaire, il retiendrait le titre, et non la chose qui, par hypothèse, serait la sienne, et non celle d’autrui : il est inutile de retenir sa propre chose. Enfin, l’article L. 211-20 fixe en son V les modalités de réalisation du nantissement de comptes-titres, ce dont il ressort que ce n’est qu’en cas de défaillance du débiteur que le créancier nanti peut devenir propriétaire des titres ou sommes affectés en garantie. Si la réalisation du nantissement de compte-titres tend à simplifier l’appropriation par le créancier nanti des titres ou sommes figurant sur le compte nanti, il n’en reste pas moins qu’il doit respecter des règles qui n’ont rien de commun avec la compensation à laquelle peut aboutir la propriété-sûreté. Il est en effet prévu que « le créancier nanti titulaire d’une créance certaine, liquide et exigible peut, pour les titres financiers, français ou étrangers, négociés sur un marché réglementé, les parts ou actions d’organismes de placement collectif, ainsi que pour les sommes en toute monnaie, réaliser le nantissement, civil ou commercial, huit jours — ou à l’échéance de tout autre délai préalablement convenu avec le titulaire du compte — après mise en demeure du débiteur remise en mains propres ou adressée par courrier recommandé », et que « cette mise en demeure du débiteur est également notifiée au constituant du nantissement

Section I. Les sûretés sur la monnaie garantissant les obligations de payer dans les systèmes de paiement, de règlement et de livraison d'instruments financiers

74. Les transactions sur les marchés financiers s'effectuent en deux phases : une phase de négociation correspondant à la conclusion de la transaction et une phase de compensation correspondant à l'exécution de la transaction. Dans la phase de négociation, l'investisseur (donneur d'ordres) transmet son ordre à un membre du marché qui recherche une contrepartie à cet ordre, rapproche ainsi offre et demande, et conclue la transaction avec un autre membre selon les règles établies par l'entreprise de marché gérant le marché concerné⁹⁸ (« Euronext », par exemple). Dans la phase de compensation, la transaction est exécutée par la chambre de compensation⁹⁹ (« LCH Clearnet », par exemple) qui livre les titres ou règle les sommes dues auprès de ses adhérents, auxquels sont adossés les membres du marché ayant conclu la transaction, et qui, eux-mêmes, livrent les titres ou règlent les sommes dues auprès de l'investisseur¹⁰⁰.

La livraison des titres et le règlement des sommes dues interviennent donc dans la phase de compensation, c'est-à-dire d'exécution de la transaction. C'est dans cette phase de la transaction qu'il est recouru à des systèmes de règlement des sommes et de livraison des titres, qui sont couramment dénommés « systèmes de règlement-

lorsqu'il n'est pas le débiteur ainsi qu'au teneur de compte lorsque ce dernier n'est pas le créancier nanti ». Tout, dans le régime du nantissement de comptes-titres, suggère que le constituant reste propriétaire des titres et des sommes accessoirement inscrites sur le compte nanti jusqu'à la défaillance donnant lieu à la réalisation de la sûreté.

⁹⁸ Une entreprise de marché est une entreprise commerciale dont l'activité principale est d'assurer le fonctionnement d'un marché financier. Cette société privée est dotée de pouvoirs importants ayant trait à des prérogatives de puissance publique. Il s'agit tout d'abord de pouvoirs généraux et impersonnels : l'entreprise de marché édicte et modifie les règles de négociation, sous le contrôle de l'Autorité des marchés financiers. Il s'agit ensuite de pouvoirs de décision à caractère individuel : c'est l'entreprise de marché qui décide d'admettre ou non un prestataire de services d'investissement en qualité de membre du marché et d'admettre ou non un titre aux négociations sur le marché qu'elle gère.

⁹⁹ Une chambre de compensation est une entreprise commerciale qui doit nécessairement avoir été agréée comme établissement de crédit et fournir une garantie de bonne fin des opérations en cas de défaillance de l'un de ses adhérents. Cette entreprise a trois missions principales : enregistrer et surveiller les positions prises par les acteurs du marché, exiger des couvertures si nécessaire, et, le cas échéant, liquider d'office des positions. Comme l'entreprise de marché, elle est dotée de pouvoirs importants dont le caractère est à la fois général et individuel. Pour ce qui est de ses pouvoirs généraux et impersonnels, ils consistent à édicter et modifier les règles de compensation, sous le contrôle de l'Autorité des marchés financiers. Pour ce qui est de ses pouvoirs de décision à caractère individuel, ils résident dans la possibilité qu'elle a d'une part d'admettre ou non un prestataire de services d'investissement comme adhérent, et d'autre part, de liquider d'office les positions de l'adhérent.

¹⁰⁰ Il est possible pour un prestataire de services d'investissement agissant comme intermédiaire de marché d'être à la fois membre de marché et adhérent à la chambre de compensation, dans quel cas il n'a pas besoin d'être adossé à un adhérent à la chambre de compensation. Lorsque ce n'est pas le cas, le membre de marché est tenu de conclure avec un adhérent à la chambre de compensation une convention, soumise à l'approbation de la chambre de compensation, qui prévoit que l'adhérent se substitue au membre de marché dans la phase de compensation des transactions.

livraison », et gérés par un dépositaire central (« Euroclear » en France) qui tient et mouvemente les comptes de titres, les comptes d'espèces étant quant à eux tenus et mouvementés par la Banque de France.

Au début des années 1980, il existait vingt trois filières de règlement-livraison. En 1986, la société interprofessionnelle pour la compensation des valeurs mobilières (SICOVAM) a créé un système de règlement-livraison unique pour les valeurs mobilières appelé « Relite ». En 1995, un accord intervenu entre la SICOVAM et la Banque de France a permis de créer un autre système de règlement-livraison à grande vitesse appelé « Relite Grande Vitesse » ou « RGV ». Un troisième système, « Relite plus », est venu s'ajouter en 1998 aux deux précédents. Et en 2001, un seul et unique système a été mis en place : « Relite Grande Vitesse 2 » ou « RGV2 », auquel la Banque de France participe comme agent de règlement.

75. Aux termes de l'article L. 330-1 du code monétaire et financier, « un système de règlements interbancaires ou de règlement et de livraison d'instruments financiers s'entend d'une procédure nationale ou internationale organisant les relations entre trois participants au moins, sans compter le gestionnaire du système [...] ni d'éventuels participants indirects [...] permettant conformément à des règles communes et des procédures normalisées [...] l'exécution à titre habituel, par compensation ou non, de paiements ainsi que, pour ce qui concerne les systèmes de règlement et de livraison d'instruments financiers, la livraison d'instruments financiers entre lesdits participants ».

Les participants au système « de règlement-livraison » sont les acteurs intervenant d'une façon générale sur les marchés financiers : établissements de crédit, entreprises d'investissement, institutions financières telles que la Banque de France ou la Caisse des dépôts et consignations, adhérents d'une chambre de compensation, dépositaires centraux.

Les systèmes « de règlement-livraison » doivent soit avoir été institués par une autorité publique, soit être régis par une convention type ou par une convention-cadre respectant les principaux généraux d'une convention-cadre de place¹⁰¹.

¹⁰¹ La directive 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres fixe un certain nombre de règles en matière de gestion des systèmes « de règlement-livraison ». Ces règles ont été reprises par Euroclear France et s'organisent autour de trois principes directeurs. Le premier exige que le règlement des sommes dues et les livraisons de titres interviennent de façon corrélative et simultanée, sans aucun décalage. Le second est que le règlement des sommes et la livraison des titres interviennent dans un délai bref de façon à ce que les transactions soient autant que possible exécutées en temps réel. Enfin, les règlements de sommes dues et les livraisons de titres doivent être irrévocables, et notamment insusceptibles d'être remis en cause par une procédure

76. Or l'article L. 330-2 du code monétaire et financier dispose que les règles de fonctionnement, la convention-cadre ou la convention type régissant un système « de règlement-livraison », « peuvent exiger des institutions participant, directement ou indirectement, à un tel système ou à un système lié par un accord d'interopérabilité, des garanties constituées [...] ou *l'affectation spéciale* des valeurs, titres, effets, créances ou *sommes d'argent* pour satisfaire aux obligations de paiement découlant de la participation à un tel système ou à un système lié par un accord d'interopérabilité » (italiques ajoutées). Autrement dit, la constitution de sûretés sur la monnaie garantissant les obligations de payer imposées par la participation à un système de règlement-livraison est une faculté susceptible d'être érigée en obligation par les règles régissant un système de règlement-livraison.

77. Hormis le fait qu'elles fassent l'objet d'une « affectation spéciale », rien n'est dit du régime d'affectation en garantie des sommes d'argent. La définition de ce régime est laissée aux « règles de fonctionnement, [à] la convention-cadre ou [à] la convention type [qui] précisent les modalités de constitution, d'affectation, de réalisation ou d'utilisation des biens ou droits constitués en garantie »¹⁰². Il convient donc de se référer à ces textes pour savoir si les sûretés sur sommes d'argent garantissant les obligations de paiement dans les systèmes de règlement-livraison sont, ou non, translatives de propriété lors de leur constitution, et si elles doivent donc être analysées comme étant des gages, des nantissements, ou des cessions fiduciaires¹⁰³.

78. Néanmoins, la loi détaille quelques éléments de régime en neutralisant les règles des procédures collectives et des procédures civiles d'exécution ainsi que de toutes procédures judiciaires ou amiables équivalentes régies par des ordres juridiques étrangers. Ainsi, « aucun créancier d'une institution participant, directement ou indirectement, à un tel système, ou selon le cas, du tiers qui a constitué les garanties dans le système, du gestionnaire du système lui-même, ou du gestionnaire d'un système

collective affectant un membre de marché, un adhérent ou un donneur d'ordres. Si un adhérent à la chambre de compensation est dans l'incapacité de livrer les titres ou de régler les sommes dues, sa position est mise « en suspens » et susceptible d'être liquidée par la chambre de compensation qui procèdera elle-même à livraison de titres ou au règlement des sommes dues, en infligeant le cas échéant une amende à l'adhérent défaillant.

¹⁰² Article L. 330-2, II, du code monétaire et financier.

¹⁰³ Lorsque les instruments financiers, effets, créances, ou sommes d'argent remis ou constitués en garantie pour satisfaire aux obligations de paiement découlant de la participation au système de règlement-livraison sont émis sur le fondement d'un droit étranger et qu'ils sont inscrits dans un registre, sur un compte, auprès d'un dépositaire central ou d'un système de dépôt centralisé, qui sont régis par un droit étranger, l'article L. 330-2, IV, du code monétaire et financier prévoit alors que « les droits du bénéficiaire de ladite garantie, ou celui de tout mandataire, agent ou tiers agissant pour leur compte sont déterminés par la loi applicable au lieu de ladite inscription ».

lié par un accord d'interopérabilité, ne peut se prévaloir d'un droit quelconque sur ces garanties », même sur le fondement du droit des procédures collectives ou du droit des procédures civiles d'exécution¹⁰⁴.

79. Nature du droit du gestionnaire d'un système de « règlement-livraison » sur les sommes d'argent affectées en garantie dans le cadre d'un tel système : pleine propriété ou autre droit réel ? – Selon M. Hannes Westendorf, les sûretés garantissant les obligations de payer dans les systèmes de paiement, de règlement et de livraison d'instruments financiers sont des « *remises en pleine propriété à titre de garantie de valeurs, titres, effets, créances ou sommes d'argent* » (italiques ajoutées)¹⁰⁵.

79-1. Rien n'est moins sûr, car, dans son ancienne rédaction, l'article L. 330-2 du code monétaire et financier parlait de « *remises de valeurs, titres, effets, créances ou sommes d'argent* » et prenait soin de préciser que ces remises étaient « *effectuées en pleine propriété, à titre de garantie* » et qu'elles étaient « opposables aux tiers sans formalités ». Or ce n'est sans doute pas un hasard si la réécriture de cette disposition du code monétaire et financier a conduit à substituer à la qualification claire de « remises effectuées en pleine propriété », celle, beaucoup plus floue, d'« affectation spéciale ».

Le caractère « spécial » de cette affectation peut notamment s'entendre de l'inscription des valeurs, titres, effets, créances ou sommes d'argent sur un compte spécial destiné à isoler ces actifs et à les individualiser de façon à ce que le constituant de la garantie ne soit pas considéré comme ayant perdu le droit de propriété qu'il a sur eux.

79-2. Au surplus, en raisonnant par analogie, on peut d'autant plus légitimement douter du caractère translatif de propriété de « l'affectation spéciale » de sommes d'argent en garantie des obligations de payer imposées par la participation à un système de règlement-livraison, que les juges du droit ont estimé, dans une célèbre affaire « Tuffier », qu'en dehors de toute fonction de garantie, la remise de valeurs mobilières par un donneur d'ordres à un intermédiaire habilité, en vue de la conclusion d'une transaction, n'opérait pas transfert de la propriété desdites valeurs mobilières¹⁰⁶. Ce qui

¹⁰⁴ Article L. 330-2, III, du code monétaire et financier.

¹⁰⁵ H. Westendorf, « Les sûretés ayant pour objet des sommes d'argent », *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 13, 2003, éd. Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 460.

¹⁰⁶ Cass. crim. 30 mai 1996 (Bull. crim. n° 224 ; *Revue des Sociétés* 1996, p. 806, note B. Bouloc ; *RTD civ.* 1998, p. 137, note F. Zenati-Castaing ; *Banque et droit*, 1996, n° 48, p. 30, note F. Peltier et H. de Vauplane ; *Bull. Joly Bourse* 1996, p. 597, note P. Le Cannu). Il s'agissait d'une société de bourse qui avait été mise en redressement judiciaire et dont les dirigeants étaient poursuivis sur le terrain pénal pour avoir détourné des titres qui leur avaient été remis par des investisseurs (donneurs d'ordres) et pour s'être ainsi rendus coupables du délit d'abus de confiance. Les dirigeants soutinrent que le contrat en vertu duquel les titres leur avaient été remis était un contrat de dépôt irrégulier, qu'ils avaient donc acquis la propriété des titres en raison de leur confusion dans leur patrimoine et que les actes de disposition qu'ils avaient effectués sur ces titres ne pouvaient donc leur être

vaut pour la remise de valeurs mobilières, devrait, en toute logique, valoir pour d'autres biens fongibles (tels que les sommes d'argent), que la remise ait ou non une fonction de garantie.

Section II. Les sûretés sur la monnaie garantissant les obligations financières

§ 1. La nature des « couvertures » des obligations financières du XIX^e siècle à la fin du XX^e siècle

80. Dès le XIX^e siècle l'usage est apparu de garantir les obligations financières contractées par les donneurs d'ordres et les intermédiaires de marché (adhérents) par des sûretés réelles connues sous le nom de « couvertures » et portant notamment sur des sommes d'argent. M. Sébastien Praicheux note qu'Émile Zola, dans *L'Argent*, dénonçait la « médiocrité » des sûretés boursières en stigmatisant notamment le risque qu'un donneur d'ordre faisait courir à son agent de change au moyen d'une « petite couverture de deux ou trois mille francs »¹⁰⁷.

Dans un premier temps, la demande faite par les agents de change aux donneurs d'ordres de constituer des couvertures n'était qu'une pratique coutumière : il s'agissait avant tout de protéger les agents de change contre une défaillance des donneurs

reprochés. Leur argumentation fut rejetée par la Cour de cassation qui jugea que « l'intermédiaire habilité, teneur de compte et conservateur des valeurs mobilières, est lié à son client par un contrat de dépôt qui lui impose de conserver la contrepartie », et qu'« il ne peut sans le consentement du titulaire accomplir sur ces valeurs que des actes d'administration et de gestion, à l'exclusion d'actes de disposition ayant pour effet d'intervir la possession ». Selon le professeur Pierre-Grégoire Marly, c'est « l'individualisation des titres par leur inscription comptable qui justifie que le dépôt auprès de l'intermédiaire soit régulier » (*Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, LGDJ, 2004, préf. Ph. Delebecque, p. 89), et « les intermédiaires habilités ont précisément l'obligation de procéder à la ségrégation comptable des avoirs qu'ils détiennent », de sorte que « le teneur de compte-conservateur d'instruments financiers dématérialisés est un dépositaire ordinaire » : « simple détenteur précaire, il doit rendre identiquement les valeurs conservées dans les comptes individuels de sa clientèle » (*ibidem*, p. 217). Il est vrai que l'on pourrait soutenir que le dépôt de titres dématérialisés auprès d'un teneur de compte-conservateur est irrégulier et que ce dernier devient propriétaire des titres déposés à charge pour lui de restituer des instruments financiers équivalents. Mais, outre l'individualisation des titres par l'inscription en compte, le fait que le déposant conserve sa qualité d'actionnaire ou d'associé s'oppose à la qualification de dépôt « irrégulier ». Le professeur Pierre-Grégoire Marly fait très justement remarquer que « la solution n'est guère concevable puisqu'elle évincerait le titulaire de sa qualité d'actionnaire au profit de l'intermédiaire habilité » (*ibidem*, p. 217).

¹⁰⁷ E. Zola, *L'Argent*, éd. Carrefour, 1994, p. 448, cité par S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghazi, p. 56, note 161. À cette couverture fournie par le donneur d'ordre à l'agent de change s'ajoutaient les sommes remises au Trésor par l'agent de change lui-même et qualifiées alors de « cautionnements ». Un arrêté du 27 prairial an X prévoyait en son article 13 que « chaque agent de change [était] responsable de la livraison et du paiement de ce qu'il aura[it] vendu et acheté » et que « son cautionnement sera[it] affecté à cette garantie ». L'article 4 d'un décret du 1^{er} octobre 1862 a par la suite précisé que « l'agent de change nommé par l'Empereur ne [pouvait] être admis à prêter le serment prescrit par l'article 16 du sénatus-consulte du 25 décembre 1852, ni entrer en fonction, qu'autant qu'il a[vait] justifié du versement au Trésor de son cautionnement », et que « ce cautionnement [était] fixé ainsi qu'il suit : à Paris 250 000 francs ; à Lyon 40 000 francs ; à Marseille et à Bordeaux 30 000 francs ; à Toulouse et à Lille 12 000 francs. »

d'ordres. Ce n'est qu'en 1890 qu'un décret a consacré l'usage. L'article 61 du décret du 7 octobre 1890 pris pour l'exécution de la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme, précisait en effet que « l'agent de change [était] en droit d'exiger, avant d'accepter un ordre à terme et sauf à en faire compte à l'échéance, la remise d'une couverture » et que « lorsque cette couverture consist[ait] en valeurs, l'agent de change a[vait] le droit de les vendre et de s'en appliquer le prix, faute de livraison ou de paiement à l'échéance par le donneur d'ordres ». Le décret n° 60-1107 du 14 octobre 1960 a modifié l'article 61 du décret de 1890 et transformé ce qui était pour l'agent de change une faculté d'exiger une couverture pour les ordres à terme, en obligation dont le non-respect était passible de sanctions disciplinaires¹⁰⁸.

81. Distinction entre dépôts de garantie et appels de marge. – Au sein des « couvertures »¹⁰⁹, on distingue les dépôts de garantie (en anglais : « *deposits* » ou « *collaterals* ») et les appels de marge (en anglais « *margins* ») destinés à compléter les premiers – la somme des dépôts de garantie et des appels de marge formant ce qu'on désigne en anglais par le terme « *equity* ».

82. Pour ce qui est des dépôts de garantie, si leur constitution est en principe facultative¹¹⁰, elle a été, à titre d'exception, érigée par le Règlement général de l'Autorité des marchés financiers en obligation pour les ordres stipulés à règlement différé (OSRD)¹¹¹ et sur les marchés dérivés tels que le MATIF ou le MONEP. Non

¹⁰⁸ Dans sa nouvelle rédaction datant de 1960, l'article 61 du décret du 7 octobre 1890 précisait que « sauf à faire compte à l'échéance, l'agent de change [était] tenu d'exiger, pour tout ordre à terme, la remise d'une couverture ». Et il était ajouté que, sauf convention contraire, tous les titres reposant sous le dossier du donneur d'ordres chez un agent de change étaient affectés de plein droit à titre de couverture à la garantie de ses opérations à terme. On notera que le montant et la composition de la couverture étaient fixés par le ministère de l'Économie et des Finances (I. Najjar, « La "couverture" du marché à terme », D. 1993, chron. pp. 45 et s.).

¹⁰⁹ M. David Robine définit la couverture comme un bien « remis par un débiteur à une personne qui subit un risque de contrepartie afin de garantir l'exécution de sa prestation » (*La sécurité des marchés financiers face aux procédures collectives*, LGDJ, 2003, Bibl. dr. priv., t. 400, préf. P. Le Cannu, n° 567). M. Hubert de Vauplane, quant à lui, définit la couverture comme « la remise en garantie de titres ou d'espèces procurés par le donneur d'ordres à son intermédiaire en vue de le garantir contre les risques de sa défaillance » (« La couverture des opérations en bourse : une sûreté hybride », *RD bancaire et bourse*, n° 70, novembre-décembre 1998, pp. 197 et s.).

¹¹⁰ Sur les marchés au comptant, la couverture n'est pas nécessaire dans la mesure où la transaction est immédiatement exécutée par règlement des sommes dues ou livraison des titres. Selon L. Ruet, sur les marchés au comptant, « les risques sont donc très inférieurs à ceux des opérations à terme, dominés par de puissants effets de levier » (« La couverture, condition essentielle de la formation des ordres de bourse à terme », *Bull. Joly Bourse*, novembre-décembre 2000, pp. 521 et s., spéc. p. 527).

¹¹¹ En application des articles 516-3 et suivants du Règlement général de l'AMF, l'exécution des ordres stipulés à règlement différé (OSRD) par les prestataires de services d'investissement agissant en qualité d'intermédiaires de marché est soumise à la condition préalable de constitution d'une « couverture », c'est-à-dire d'une sûreté portant sur des sommes d'argent, auprès du teneur de compte-conservateur. Longtemps sur la place de Paris, il a existé un marché à règlement mensuel sur lequel les investisseurs soit achetaient des titres sans avoir l'argent soit vendaient des titres sans les posséder, spéculant à la hausse ou à la baisse jusqu'au dénouement de l'opération conclue, dénouement qui n'intervenait que lors de l'inscription en compte des titres en fin de mois. Les acheteurs et les vendeurs avaient donc un mois pour exécuter leur obligation de payer ou de livrer les titres : lors de la liquidation en fin de mois, le vendeur achetait les titres moins chers qu'il ne les vendait et l'acheteur revendait les

seulement la constitution de la sûreté est imposée, mais les clauses du contrat d'affectation en garantie ainsi que les méthodes et les paramètres de calcul du montant du dépôt de garantie sont également définis par les règles régissant le marché concerné. Le défaut de constitution du dépôt de garantie est sanctionné non pas par la nullité de la transaction, mais par la liquidation d'office des positions du donneur d'ordres ou de l'adhérent défaillant qui est ainsi évincé du marché¹¹².

83. Pour ce qui est des appels de marge, ils diffèrent des dépôts de garantie en ceci qu'ils garantissent moins le risque de défaillance du donneur d'ordres que le risque de marché lié à l'évolution défavorable des cours. En effet, le cours des instruments financiers variant dans le temps, dans un sens potentiellement défavorable, il faut un dispositif permettant au constituant du dépôt de garantie de compléter ce dépôt lorsqu'il consiste en des instruments financiers dont la valeur s'est dépréciée. Ce dispositif n'est autre que celui des appels de marge¹¹³.

titres plus chers qu'il ne les payait. Si la spéculation n'avait pas été fructueuse pendant le mois séparant la conclusion de la transaction de la liquidation, acheteur et vendeur pouvaient proroger l'opération initiale dans l'espoir que le marché évolue favorablement avant la prochaine liquidation. Cette opération de report supposait le dénouement de la transaction initiale par une opération de sens contraire effectuée au comptant, de façon à respecter le terme initialement prévu, et la conclusion d'une nouvelle transaction dans le même sens que la transaction initiale et à terme, de façon à réaliser la prorogation recherchée. Si le marché à règlement mensuel a été supprimé en 2000, les opérations à terme n'ont pas pour autant disparu. Désormais, pour certains titres, il est possible de produire des ordres stipulés à règlement différé (OSRD) qui, formellement, sont des ordres au comptant faisant l'objet d'une exécution immédiate, mais qui ne sont en fait que temporairement exécutés par les membres du marché qui recourent au prêt de titres ou à la pension livrée pour obtenir soit les titres soit les sommes qu'ils livrent ou règlent immédiatement et dans l'attente d'une opération en sens inverse. Contrairement aux opérations à terme du règlement mensuel qui n'avaient pas de coût pour ceux qui y étaient parties, ces prêts de titres et avances de fonds sont rémunérés et ont donc un coût pour les parties à l'opération. Qui plus est, les membres de marché soumettent l'exécution temporaire des OSRD à la fourniture, par le donneur d'ordres, de sûretés portant notamment sur de l'argent.

¹¹² La jurisprudence a eu tendance à faire de l'exigence d'une couverture un élément d'information du donneur d'ordres sur les marchés à terme puisque la constitution d'une sûreté permet au donneur d'ordres de prendre conscience du risque financier inhérent à la conclusion d'un contrat à terme. Selon M. Sébastien Praicheux, « la constitution de la sûreté éveille l'attention du débiteur sur l'importance de la dette garantie » et « la couverture se voit donc investie d'un rôle dissuasif et préventif » (*Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, pp. 298-299). La constitution de la couverture est peu à peu devenue une composante du devoir d'information pesant sur les adhérents, même si son absence préjudicie moins au donneur d'ordres qu'à l'ensemble du marché, puisque la couverture est avant tout destinée à enrayer le risque systémique pouvant résulter de la défaillance d'un donneur d'ordres.

¹¹³ Les appels de marge sont définis comme « une demande de règlement quotidien demandée aux opérateurs pénalisés par l'évolution des cours entre deux séances » (Y. Crozet, B. Belletante, P. – Y. Gomez, B. Laurent, *Dictionnaire de banque et bourse*, Armand Colin, Coll. Cursus, 1993, V° Appel de marge, p. 28). M. Sébastien Praicheux fait remarquer que ces sûretés sont particulièrement destinées à protéger l'intermédiaire financier contre les risques de fluctuation du cours d'un contrat à terme et qu'« elles correspondent à une pratique aussi ancienne que l'existence du marché à terme » puisque « les bourses de commerce connaissaient depuis longtemps le système des appels de marge qui permettaient à la Caisse de liquidation de se couvrir des variations de cours » (*Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, p. 57). Il cite un auteur qui, au début du XX^e siècle, illustre ainsi le mécanisme des appels de marge : « Pierre a vendu à Paul 500 sacs de café à 90 francs les 50 kilos. Le café baisse à 89 F. Paul, qui perdrait 1 F s'il revendait, doit verser le montant de cette perte à la Caisse, soit 588 F. Le café tombe à 88 F ; Paul paie une nouvelle marge de 588 F. L'article remontant à 90 F, la Caisse restitue les 1176 F à Paul. Le café monte à 91 F ; la Caisse ne s'occupe plus de Paul, mais fait remarquer à Pierre qu'il perdrait 1 F s'il rachetait, et lui appelle une marge de 588 F, et ainsi de suite (A. Dany, *Manuel pratique des opérations commerciales et des documents commerciaux*, éd. Berger-Levrault, 3^e éd., 1907, p. 105). Voir aussi les développements sur les appels de marge dans la thèse du professeur Antoine Gaudemet, *Contribution à l'étude juridique des dérivés*, dirigée par H. Synvet, soutenue à l'université de Paris II Panthéon-Assas en mai 2008 et commentée par E. Putman, *RTD civ.* 2010, p. 404.

En cas de dévalorisation des instruments financiers remis en garantie, les appels de marge permettent de reconstituer le dépôt en garantie initial par l'affectation en garantie soit de nouveaux instruments financiers soit de sommes d'argent¹¹⁴. Ces compléments de garantie sont « appelés » par la chambre de compensation qui enregistre et surveille les positions de ses adhérents. Un système de margination quotidienne permet de fixer un cours de compensation servant de référence pour le calcul de la « marge » (autrement dit du complément de garantie) à appeler. C'est également la chambre de compensation qui calcule ce cours d'appel de marge, à la clôture, selon l'évolution des cours de la journée¹¹⁵.

84. Nature du droit du bénéficiaire des « couvertures » avant la réforme de 1996. – Depuis le XIX^e siècle, la nature des couvertures des obligations financières est débattue. Certains auteurs y ont vu des nantissements¹¹⁶, d'autres une forme de paiement anticipé¹¹⁷. Comme l'explique M. Hubert de Vauplane, la qualification de nantissement (alors assimilé au gage) ou de paiement anticipé (ou de dation en paiement) n'était pas indifférente au régime de constitution des couvertures. Si l'on qualifiait les couvertures de paiements anticipés ou de datations en paiement emportant transfert de la propriété des sommes ou titres remis en garantie, aucune formalité n'était requise lors de la constitution de ces sûretés. À l'inverse, si l'on analysait les couvertures comme des gages (ou nantissements), il fallait respecter les formalités prévues par les anciens articles 2074 et 2075 du code civil¹¹⁸ ou par l'ancien article 91 du code de commerce¹¹⁹,

¹¹⁴ F. Peltier, A. Brochard, « Les fondements juridiques de la sécurité du MATIF », *Banque et droit*, n° 2, janvier-février 1989, p. 27 : « Financièrement, l'appel de marge revient à reconstituer le dépôt de garantie qui aurait été amputé par le débit correspondant à la perte constatée entre deux valorisations ». Sur les marchés de gré à gré, les appels de marge correspondent à ce que l'anglais financier qualifie de « *credit support amount* », c'est-à-dire à la différence entre le montant de la dette garantie à telle date et la valeur du dépôt de garantie (« *independent amount* ») constitué à la même date. Si le montant de la dette garantie est plus élevé que la valeur du dépôt de garantie, l'assiette des sûretés existantes doit être complétée ou de nouvelles sûretés doivent être constituées (« *delivery amount* »). Si la valeur du dépôt de garantie est plus élevée que le montant de la dette garantie, une partie des sûretés constituées ou de leur assiette doit être restituée (« *return amount* »).

¹¹⁵ Selon M. Hubert de Vauplane (« La couverture des opérations en bourse : une sûreté hybride », *RD bancaire et bourse*, n° 70, novembre-décembre 1998, pp. 197 et s.), ce qui différencie les dépôts de garantie des appels de marge, c'est l'absence de fixité des seconds et la fixité des premiers. Alors que le montant des dépôts de garantie est fixé d'emblée et ne varie pas, celui des marges varie selon l'évolution du cours des titres. M. Sébastien Praicheux note une seconde différence : alors que le dépôt de garantie est versé préalablement à l'exécution de l'ordre de bourse, les marges donnent lieu à des versements successifs (*Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, p. 57).

¹¹⁶ Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, t. IV, éd. F. Pichon, 1893, n° 989, p. 690 ; J. – F. Bozérián, *La bourse, ses opérations et ses opérateurs*, 1859, n° 305.

¹¹⁷ Mollot, *Bourses de commerce, agents de change et courtiers*, éd. Cotillon, 3^e éd. 1853, n° 162 et s. ; Th. Crépon, *De la négociation des effets publics et autres*, éd. F. Pichon, 2^e éd. 1891, n° 66 et n° 208 ; A. Waldmann, *La profession d'agent de change, ses droits et ses responsabilités*, éd. F. Pichon, 1888, n° 151 et s. Voir également R. Allouche et F. Peltier, « Le nouveau régime des prêts de titres », *RD bancaire et bourse*, janvier – février 1992, n° 29, p. 8.

¹¹⁸ La couverture devait donc être constituée par acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré et signifié au débiteur de la créance affectée en garantie ou accepté par lui dans un acte authentique.

¹¹⁹ Endossement, inscription sur les registres de la société émettrice, signification au débiteur, etc.

selon que la dette du donneur d'ordres à l'égard de l'agent de change était civile ou commerciale. Par ailleurs, si les couvertures étaient qualifiées de paiements anticipés ou de dations en paiement, l'agent de change pouvait disposer des sommes ou titres remis en garantie sans aucune formalité, puisque leur propriété lui avait été cédée. Mais si les couvertures étaient analysées comme des gages ou nantissements, l'agent de change devait respecter les formalités prévues par les anciens articles 2078 du code civil¹²⁰ ou 93 du code de commerce¹²¹ selon que la dette du donneur d'ordres était civile ou commerciale.

85. M. Hubert de Vauplane montre que le régime des couvertures des obligations financières tel qu'il existait jusqu'en 1996 incitait à analyser ces sûretés plutôt comme des « nantissements », non translatifs de propriété lors de leur constitution, que comme des « paiements anticipés » ou des « dations en paiement » qui transfèreraient la propriété des sommes ou des titres remis en garantie aux agents de change lors de leur constitution¹²².

En effet, s'il est vrai que la jurisprudence a dans un premier temps consacré l'analyse des couvertures des obligations financières comme constitutives de « paiements anticipés »¹²³, et s'il est vrai que la Société des bourses françaises (SBF) a elle-même qualifié les couvertures de règlements anticipés et conditionnels du solde débiteur éventuel du compte du donneur d'ordres auprès de l'agent de change¹²⁴, l'auteur oppose deux arguments à cette analyse.

85-1. Son premier argument tire parti du risque qu'il y avait à qualifier les couvertures de « paiements anticipés » au regard des nullités de la période suspecte. Hier comme aujourd'hui, les paiements de dettes non échues, quel qu'en ait été le mode,

¹²⁰ L'ancien article 2078 du code civil disposait que « le créancier ne [pouvait], à défaut de paiement, disposer du gage sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui [demeurerait] en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il [serait] vendu aux enchères », et que « toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus [était] nulle ». Il s'agissait d'interdire les pactes commissaires.

¹²¹ L'ancien article 93 du code de commerce prévoyait en son premier alinéa qu'« à défaut de paiement à l'échéance, le créancier [pouvait], huit jours après une simple signification faite au débiteur et au tiers bailleur de gage, s'il y en [avait] un, faire procéder à la vente publique des objets donnés en gage », sans toutefois passer par l'intermédiaire d'un courtier.

¹²² H. de Vauplane, « La couverture des opérations en bourse : une sûreté hybride », *RD bancaire et bourse*, n° 70, novembre-décembre 1998, pp. 197 et s.

¹²³ Req., 4 août 1880 (DP. 1881, I, p. 113) ; Req. 27 novembre 1882 (DP. 1883, I, p. 199) ; Req. 31 mai 1897 (DP. 1897, I, p. 1552) ; Cass. civ. 14 décembre 1921 (DP. 1922, I, p. 13) ; Paris, 9 novembre 1933 (S. 1934, II, p. 125) ; Paris, 2 janvier 1935 (*Droit financier* 1936, p. 21) ; Trib. com. Seine, 2 mai 1941 (*JCP* 1942, II, p. 1811, obs. Rodière).

¹²⁴ Instruction SBF/DIM n° 94-3, 27 avril 1994, *Bull. Joly Bourse*, 1994, § 64, p. 344, note H. de Vauplane.

sont frappés de nullité obligatoire dès lors qu'ils sont intervenus depuis la cessation des paiements¹²⁵.

85-2. Son second argument consiste à faire valoir qu'il y avait quelque difficulté à prétendre que le donneur d'ordres payait par avance, avec des titres, le montant de la créance détenue sur lui par l'agent de change puisqu'en cas de défaillance du donneur d'ordres, l'agent de change ne pouvait se payer avec les titres remis mais devait les vendre avant de s'en appliquer le prix (article 61 du décret du 7 octobre 1890).

85-3. Quant à la qualification de dation en paiement, elle lui paraît tout aussi inappropriée d'abord parce qu'elle est par nature conventionnelle, alors que la constitution des couvertures était imposée par un texte réglementaire, et ensuite parce que les couvertures n'éteignent aucune dette préalable alors que la dation en paiement suppose l'extinction d'une dette préalable.

86. La qualification des « couvertures » comme constitutives de « gages » devait être privilégiée. C'était notamment le point de vue de M. Hubert de Vauplane, qui opérait une distinction selon que les couvertures, dans le régime qui était le leur jusqu'en 1996, portaient sur des espèces ou sur des titres.

86-1. Pour ce qui est des couvertures portant sur des sommes d'argent, M. Hubert de Vauplane les analyse comme des « gages-espèces » sur de la monnaie scripturale. Si l'auteur conçoit que ces « gages-espèces » puissent être translatifs de propriété lors de leur constitution, en raison de la nature fongible et consommable de l'argent, il n'exclut pas que les couvertures des obligations financières aient pu prendre la forme de gages non translatifs de propriété lors de leur constitution : il suffisait pour cela que le donneur d'ordres et l'agent de change aient conclu une convention de blocage du compte sur lequel étaient versées les sommes d'argent formant les couvertures¹²⁶.

¹²⁵ Article L. 632-1, I, 3° du code de commerce. M. Hubert de Vauplane reconnaît toutefois qu'il paraissait difficile d'appliquer la nullité impérative des paiements anticipés intervenus en période suspecte aux couvertures constituées de sommes d'argent (et non de titres), dans la mesure où le transfert de propriété des sommes d'argent remises en garantie était moins lié à la volonté des parties de payer qu'à la nature fongible et consommable des sommes d'argent.

¹²⁶ H. de Vauplane, « La couverture des opérations en bourse : une sûreté hybride », *RD bancaire et bourse*, n° 70, novembre-décembre 1998, p. 200 : « Dès lors que l'objet de la convention de remise n'est pas le transfert de propriété de la monnaie mais seulement sa constitution en gage, l'intention des parties est, précisément, de ne pas autoriser ce transfert de propriété, transfert qui constitue par contre la raison d'être de la remise d'espèces en propriété à titre de garantie. Rien n'empêche les parties, pour rendre possible la dépossession mais sans pour autant transférer la propriété des espèces au créancier gagiste, de conclure une convention de blocage de compte (ou d'exigence d'un dépôt minimal obligatoire représentant cette couverture, sorte de « provision fixe »), pour un temps déterminé par les parties, permettant au créancier gagiste de devenir, le cas échéant, propriétaire, cette fois à titre définitif, des sommes versées sur le compte. [...] En résumé, c'est par exception au principe de fongibilité et de consommabilité des espèces, leur conférant un effet translatif naturel, que les parties pourraient convenir de leur individualisation qui, seule, pourrait *matériellement* assurer le respect de ce que *conventionnellement* elles ont décidé ».

86-2. Pour ce qui est des couvertures portant sur des titres, M. Hubert de Vauplane souligne que la qualification de gage aurait eu le mérite de les rendre sûres au regard des nullités de la période suspecte, du moins dans une certaine mesure¹²⁷. Certes, la réalisation des couvertures portant sur des titres était affranchie, en application de textes réglementaires, des formalités relatives à la vente des biens gagés imposées par l'ancien article 93 du code de commerce. Mais on pouvait très bien n'y voir qu'une adaptation, par la voie réglementaire, des exigences formelles du code de commerce dont la substance n'aurait pas pour autant été altérée.

87. Si M. Hubert de Vauplane opte pour la qualification des couvertures comme constitutives de « gages », il réserve toutefois le cas des appels de marge sur le marché à terme (MATIF) qui, selon lui, étaient susceptibles d'être différenciés des couvertures et donc susceptibles d'être qualifiés de remises en pleine propriété.

Sur le marché à terme, où il s'écoulait un certain délai entre la date de la négociation et la date de la livraison des instruments financiers et de règlement du prix, chaque donneur d'ordre n'était tenu de verser, à la date de la négociation, qu'un dépôt de garantie (en anglais « *deposit* » ou « *requirement* ») pour chaque contrat souscrit ou chaque « position » prise – « dépôt de garantie » qui pouvait, le cas échéant, être complété par des appels de marge (en anglais « *margins* ») et qui était restitué lors de l'apurement du solde des positions (en anglais « *square position* »). Selon M. Ibrahim Najjar, l'obligation de constituer des « dépôts de garantie » et « appels de marge » était destinée autant à s'assurer de la crédibilité du donneur d'ordre qu'à responsabiliser ce dernier en l'alertant sur les risques pris¹²⁸. Le même Ibrahim Najjar explique par ailleurs que, lors de l'ouverture du marché à terme des instruments financiers (MATIF), en 1986, la constitution des dépôts de garantie et des appels de marge prenait la forme d'une lettre emportant cession de leur objet au dépositaire-cessionnaire, mais que ce dépositaire n'était à l'abri ni des procédures civiles

¹²⁷ L'article L. 632-1, I, 6° du code de commerce sanctionnant par une nullité impérative la constitution de « tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées », ce texte pouvait s'appliquer aux appels de marge constitués en complément du dépôt de garantie initial pour en reconstituer l'assiette, par hypothèse diminuée en raison de l'évolution défavorable du cours des titres affectés en garantie. Si les couvertures ne devaient être analysées ni comme des paiements anticipés ni comme des gages, mais comme des propriétés-sûretés, elles seraient aujourd'hui également menacées par les nullités impératives de la période suspecte. En effet, les 9° et 10° de l'article L. 632-1, I, du code de commerce mentionnent comme devant être annulés lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements : « 9° tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée [et] 10° tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant ».

¹²⁸ I. Najjar, « La "couverture" du marché à terme », D. 1993, chron. pp. 45 et s.

d'exécution (saisies-arrêts, avis à tiers détenteur...) ni des procédures collectives diligentées à l'encontre du constituant-cédant¹²⁹. Le législateur est donc rapidement intervenu pour remédier à la fragilité des droits du dépositaire-cessionnaire sur les dépôts de garantie et appels de marge. C'est ainsi que l'article 9 de la loi du 28 mars 1885 a été modifié par l'article 42 de loi n° 87-416 du 17 juin 1987 sur l'épargne, de telle façon que son troisième alinéa indiquât que, « quelle que soit leur nature, les dépôts effectués en couverture ou garantie des positions prises sur les contrats à terme auprès [des adhérents ou] de la chambre de compensation, *leur [étaient] acquis* dès leur constitution, aux fins de règlement du solde débiteur constaté lors de la liquidation d'office de ces positions » (italiques ajoutées).

88. La qualification des appels de marge sur le marché à terme était cependant loin d'être évidente. Le mot « acquis », employé dans le troisième alinéa de l'article 9 de la loi du 28 mars 1885, prêtait en effet à discussions, les uns considérant qu'il fallait l'entendre comme signifiant « acquis en gage »¹³⁰, les autres soutenant qu'il fallait l'interpréter comme signifiant « acquis en pleine propriété »¹³¹. Pour les premiers, le transfert de la pleine et entière propriété des sommes ou titres remis en garantie était réalisé au jour de la liquidation d'office des positions, tandis que pour les seconds, le transfert de propriété était réalisé dès la remise à l'adhérent ou à la chambre de compensation des sommes ou titres affectés en garantie, sous la condition résolutoire du parfait dénouement de la transaction garantie¹³².

88-1. Le régime fiscal des couvertures sur le marché à terme venait à l'appui de la qualification de « gage ». En effet, lorsque les couvertures étaient constituées avec des titres, s'il y avait transfert de propriété dès leur constitution, il y aurait eu une

¹²⁹ *Idem*.

¹³⁰ Voir notamment F. Zenati-Castaing, *RTD civ.* 1987, p. 614. Le professeur F. Zenati-Castaing explique qu'afin de lever toute incertitude sur le sort des dépôts de garantie effectués par les opérateurs du MATIF auprès de la chambre de compensation, en cas de redressement ou de liquidation judiciaire du déposant, la loi a affirmé qu'ils étaient la propriété de la chambre de compensation dès leur constitution. Mais selon lui, ces couvertures sur le marché à terme devaient être analysées comme étant à tout le moins des dépôts irréguliers, voire, plutôt, des gages irréguliers. Il fonde le caractère irrégulier du dépôt ou du gage, et donc le transfert de propriété, sur la nature consomptible des choses remises en garantie. Si ces couvertures étaient des contrats de dépôts, la loi devait, selon le professeur F. Zenati-Castaing, prévoir l'effet translatif de propriété de la remise des sommes ou titres « car le caractère irrégulier d'un dépôt ne se présume pas » (*ibidem*). Mais si, comme il le pensait, « l'accent [était] mis sur la fonction de garantie que comport[ait] la remise de fonds », l'opération devait s'analyser « comme un gage de choses consomptibles, lequel emporte en principe transfert de propriété » (*ibidem*).

¹³¹ Voir notamment P. Crocq, *Propriété et garantie, op. cit.*, n° 306, p. 260, note 4.

¹³² De son côté, M. Ibrahim Najjar distingue selon que les dépôts de garantie ou appels de marge étaient constitués sur des marchés à terme ferme ou sur des marchés à terme conditionnel, dits « d'options » (I. Najjar, « La "couverture" du marché à terme », *D.* 1993, chron. pp. 45 et s.). Selon cet auteur, la couverture d'un contrat à terme ferme était « beaucoup plus qu'une simple indemnité d'immobilisation ou [qu'] un prix de l'option : elle vis[ait] à garantir de manière réelle et irrévocable les fluctuations des prix », mais elle n'en était pas moins définitivement acquise au dépositaire qu'à la date de la liquidation des positions. M. Ibrahim Najjar l'analyse comme un dépôt irrégulier. En revanche, la couverture d'un contrat à terme conditionnel, « sur option », ne constituait, selon le même auteur, qu'une « indemnité de réservation » (en anglais « *premium* ») qui était définitivement acquise au dépositaire dès son versement, que l'option fût levée ou non.

double taxation des plus-values : une première taxation intervenant lors de la remise en garantie et une seconde taxation intervenant lors de la rétrocession des titres consécutive au dénouement sans défaillance de la transaction.

88-2. L'article 5-1 du règlement n° 91-01 du Comité de la réglementation bancaire a conforté la qualification de « gage » en édictant des normes comptables suggérant que la constitution de couvertures sur le marché à terme n'était pas translatrice de propriété, ou du moins pas dans tous les cas. Deux séries de règles comptables étaient prévues : l'une applicable aux couvertures formées de sommes d'argent, l'autre applicable aux couvertures formées de titres. La première série de règles prévoyait que les sommes d'argent remises à l'adhérent ou à la chambre de compensation à titre de garantie étaient inscrites au bilan de cet adhérent ou de cette chambre. La seconde série de règles prévoyait que les titres remis en garantie à l'adhérent ou à la chambre de compensation devaient être inscrits au « hors bilan » de cet adhérent ou de cette chambre.

88-3. Et l'article 1-3-0-4 du règlement du marché à terme disposait qu'« en cas de défaillance du membre du marché avant l'échéance du contrat, la chambre de compensation garanti[ssait] au donneur d'ordres [...] que ses positions et dépôts de garantie constitués au titre de ces positions ser[ai]ent transférés chez un autre membre de marché ». Le transfert des positions prises par le donneur d'ordres auprès du membre de marché et des couvertures y afférentes supposait nécessairement que ces positions et ces couvertures fussent identifiées, et donc individualisées dans le patrimoine d'un adhérent qui ne pouvait en avoir la pleine et entière propriété puisqu'elles pouvaient lui être retirées en cas de défaillance de sa part, aux fins de transfert auprès d'un autre adhérent.

§ 2. La nature des « couvertures » des obligations financières sous l'empire de la loi du 2 juillet 1996

89. La loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, dite « loi MAF », a modifié les textes définissant le régime des couvertures des obligations financières en prévoyant des textes distincts selon que

les couvertures étaient constituées sur des marchés réglementés (article 49 de la loi précitée¹³³) **ou sur des marchés de gré à gré** (article 52 de la même loi¹³⁴).

Le fait que ces deux textes (articles 49 et 52 de la loi du 2 juillet 1996) aient décrit les couvertures des obligations financières de « transferts » ou de « remises » à titre de garantie « en pleine propriété », a conduit beaucoup d'auteurs à regarder la loi comme prenant parti sur la nature des couvertures et imposant d'y voir des cessions en pleine propriété à titre de garantie¹³⁵.

Pourtant, comme l'écrit M. Hubert de Vauplane, « si l'on a pu penser un moment que toute discussion était désormais vaine grâce à la nouvelle définition apportée par la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 relative à la modernisation des marchés financiers, force est de constater qu'il convient de déchanter », et qu'« aujourd'hui comme hier, la couverture reste une curiosité juridique »¹³⁶.

90. Nature du droit du bénéficiaire des « couvertures » après la réforme de 1996. – Il est vrai que les travaux parlementaires suggèrent nettement que le législateur a entendu fixer clairement la nature des couvertures des obligations financières avec le souci de « sécuriser les dépôts », selon l'expression du sénateur Philippe Marini¹³⁷. Et le législateur semble avoir expressément pris parti pour la qualification de propriété-sûreté

¹³³ Codifié à l'ancien article L. 442-6 du code monétaire et financier.

¹³⁴ Codifié aux anciens articles L. 431-7 et L. 431-7-3 du code monétaire et financier.

¹³⁵ S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, pp. 225 et s., spéc. p. 258 : « toutes les fois où une couverture garantit une opération sur un marché réglementé ou de gré à gré, et qu'elle est constituée au profit d'un prestataire de services d'investissement, d'un adhérent à une chambre de compensation ou de la chambre de compensation elle-même, cette sûreté est qualifiée par le législateur de propriété-sûreté ».

Le professeur Dominique Legeais (« L'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles », *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, pp. 365 et s., spéc. p. 374) a même regretté que la loi n° 96-597 de modernisation des activités financières n'ait pas été l'occasion d'introduire en droit français une propriété-sûreté ayant vocation à être utilisée en tous domaines, et pas seulement en matière boursière. Selon cet auteur, la loi de modernisation des activités financières, en circonscrivant le champ de la propriété-sûreté au droit des marchés financiers, aurait mis en concurrence les garanties qui confèrent à leur bénéficiaire une situation d'exclusivité et celles qui, comme le gage, n'en confèrent pas. L'auteur admet néanmoins que le doute plane sur la nature des « remises en pleine propriété » puisque « le législateur s'est contenté de consacrer *sans les qualifier* différentes utilisations du droit de propriété à des fins de garantie » (*ibidem*, italiques ajoutées). Au flou résultant du défaut de qualification expresse des « couvertures » au niveau de la loi, s'ajoute celui qui découle de la terminologie anglo-saxonne souvent retenue dans la pratique, puisque, s'agissant par exemple des dépôts de garantie, le mot « *collateral* » désigne, selon le professeur Dominique Legeais, « une garantie qui peut être soit un gage soit une remise de propriété à des fins de garantie » (*ibidem*, p. 375).

De son côté, M. Alain Cerles (« La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », *Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Banque éditeur, 2000, pp. 39 et s.) a également pris prétexte de la loi n° 96-597 de modernisation des activités financières pour plaider en faveur d'une consécration légale généralisée de la propriété-sûreté.

¹³⁶ H. de Vauplane, « La couverture des opérations en bourse : une sûreté hybride », *RD bancaire et bourse*, n° 70, novembre-décembre 1998, p. 197.

¹³⁷ Rapport n° 254 (1995-1996) fait au nom de la Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi de modernisation des activités financières, par le sénateur Philippe Marini, *JO Sénat*, annexe du procès-verbal de la séance du 6 mars 1996. Selon S. Agbayissah (« Le transfert de propriété à fin de garantie sur les marchés réglementés », *JCP E* 1996 I n° 46, p. 603), « l'option législative répond au souci de donner aux places financières françaises le maximum d'attrait : en offrant, notamment, aux investisseurs la meilleure sécurité possible dans un environnement international marqué par une compétition toujours plus grandissante entre places financières ».

puisqu', sur proposition de la commission des Finances du Sénat, la notion de « transfert en pleine propriété » des sommes ou titres remis en garantie a été substituée à celle, plus ambiguë, qui figurait dans l'état initial du projet de loi et qui parlait d'« acquisition » par l'adhérent à la chambre de compensation, ou par la chambre de compensation, des sommes ou titres remis en garantie par le donneur d'ordres¹³⁸. Autrement dit, il s'agissait pour le législateur d'établir comme certain le fait que les adhérents à la chambre de compensation et la chambre de compensation elle-même devenaient pleinement propriétaires des dépôts de garantie et des appels de marge dès leur constitution¹³⁹.

91. De prime abord, les couvertures des obligations financières contractées sur les marchés réglementés pouvaient être regardées comme des propriétés-sûretés opérant transfert d'une propriété pleine et entière. Ainsi, M. Sena Agbayissah explique que l'article 49 de la loi du 2 juillet 1996 organisait une propriété-sûreté avec transfert de la pleine propriété des sommes ou titres remis en garantie dès la constitution de la sûreté : pour le bénéficiaire, le transfert de propriété s'opérait sous la condition résolutoire du parfait dénouement de la transaction, et pour le constituant, il s'opérait sous la condition suspensive de ce parfait dénouement. En somme, « le système mis en place abouti[ssait] à créer deux droits conditionnels sur le même bien : une propriété sous condition résolutoire et une vocation à la propriété sous condition suspensive »¹⁴⁰.

¹³⁸ Rapport n° 254 (1995-1996) fait au nom de la Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi de modernisation des activités financières, par le sénateur Philippe Marini, p. 185. La modification rédactionnelle avait été introduite lors des débats à l'Assemblée nationale au motif que « la notion d'acquisition peut donner lieu juridiquement à des interprétations [...] qui seraient contradictoires avec la sécurité juridique nécessaire aux opérations financières », et qu'il convenait « donc de préciser que les dépôts auprès d'une chambre de compensation ou d'un adhérent leur sont transférés en pleine propriété ». Il s'agissait, selon le rapporteur, de reconnaître à l'adhérent un « droit certain sur les sommes qui lui sont déposées à titre de couverture ou de garantie », au même titre que celui qui est reconnu à la chambre de compensation (*ibidem*, p. 186). Le système des couvertures étant à deux étages, avec appel de couvertures par les adhérents sur leurs clients donneurs d'ordres, puis appel de couvertures par la chambre de compensation sur les adhérents, il n'y avait pas lieu de ne pas reconnaître aux adhérents un droit sur les couvertures ainsi appelées qui aurait été moins certain que celui de la chambre de compensation. M. Sébastien Praicheux explique que seule la propriété-sûreté permet ce transfert de propriété en cascade, dans la mesure où « le créancier muni d'une propriété-sûreté dispose sur le bien qui lui est remis en garantie de toutes les prérogatives reconnues au propriétaire », et où il peut donc non seulement le faire fructifier mais encore le transférer en propriété à son propre créancier (S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, p. 270).

¹³⁹ Rapport n° 2692 fait au nom de la commission des Finances, de l'Économie et du Plan sur le projet de loi de modernisation des activités financières, par le député Jean-Jacques Jegou, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 1996, pp. 206 et s.

¹⁴⁰ S. Agbayissah, « Le transfert de propriété à fin de garantie sur les marchés réglementés », *JCP E* 1996 I n° 46, p. 603. Selon le même auteur, « si le transfert de propriété ne se réalisait qu'à la date de liquidation de la position du débiteur, il n'était pas indispensable de soumettre le dépôt de garantie à un statut particulier en le soustrayant au droit de gage général des créanciers du bénéficiaire », et « il eût suffi de prévoir soit, comme la loi n° 91-716 du 26 juillet 1991 l'a fait pour les prêts de titres, que les parties peuvent convenir qu'en cas de défaillance de l'une d'elles, l'autre sera définitivement propriétaire des espèces ou titres remis en garantie, soit prévoir autoritairement ou automatiquement une telle appropriation, dès lors que le débiteur est défaillant ».

92. Toutefois, les choses étaient moins simples qu'il n'y paraissait¹⁴¹. L'article 49 de la loi du 2 juillet 1996 disposait en effet en son premier alinéa que « *quelle que soit leur nature*, les dépôts effectués par les donneurs d'ordre auprès des adhérents d'une chambre de compensation, ou effectués par ces adhérents auprès d'une telle chambre en couverture ou garantie des positions prises sur un marché réglementé d'instruments financiers, [étaient] *transférés en pleine propriété* soit à l'adhérent, soit à la chambre concernée dès leur constitution aux fins de règlement, d'une part, du solde débiteur constaté lors de la liquidation d'office des positions et, d'autre part, de toute autre somme due soit à l'adhérent, soit à cette chambre » (italiques ajoutées)¹⁴². Pour ce qui concerne les couvertures sur les marchés réglementés, s'il était vrai que la loi les décrivait expressément comme translatives de propriété lors de leur constitution, elle ne prenait pas parti sur leur nature : le transfert de propriété s'opérait lors de la constitution des couvertures « quelle que soit leur nature ». Cette formule était ambiguë, car on pouvait la comprendre aussi bien comme signifiant que le transfert de propriété lors de la constitution des couvertures s'effectuait indépendamment du fait que les couvertures portassent sur des sommes d'argent (espèces) ou sur des titres, ou que ce transfert s'opérait indépendamment de la qualification juridique des couvertures (propriétés-sûretés, « gages-espèces », gages, paiements anticipés, datations en paiement...). M. Hubert de Vauplane ne manque pas de relever cette ambiguïté rédactionnelle¹⁴³.

92-1. Le même auteur appelle du reste à la prudence quant à l'analyse qui ferait des couvertures des obligations financières contractées sur les marchés réglementés en propriétés-sûretés emportant transfert d'une propriété pleine et entière¹⁴⁴. Et plus

¹⁴¹ Preuve en est, du reste, que S. Agbayissah (« Le transfert de propriété à fin de garantie sur les marchés réglementés », *JCP E* 1996 I n° 46, p. 603) développe une analyse hésitant entre la qualification de propriété-sûreté et celle de gage irrégulier, semblant lier le transfert de propriété lors de la constitution des couvertures à la nature fongible des choses remises en garantie plutôt qu'à la volonté des parties.

Voir également : P. Decheix, « La fiducie ou du sens des mots », D. 1997, chron. pp. 35-36 : « il existe donc en France désormais deux sortes de pleine propriété : celle qui est définie par l'art. 544 C. civ. et accessible à tout un chacun, avec ses attributs traditionnels, *usus, fructus et abusus*, et celle de l'art. 49 de la loi du 2 juill. 1996 réservée aux seuls banquiers qui ne peuvent pas en disposer à titre gratuit et qui ne voient pas entrer dans leur patrimoine les biens qui en sont l'objet pour être le gage commun de leurs créanciers conformément au principe général posé par l'[ancien] art. 2093 C. civ. [actuel article 2285 du même code] ».

¹⁴² M. Sébastien Praicheux analyse cette disposition, codifiée à l'ancien article L. 442-6 du code monétaire et financier, comme instituant une propriété-sûreté. Elle aurait été motivée par le souci de donner priorité aux créances des adhérents ou de la chambre de compensation sur les créances super-privilégiées des salariés, dans le conflit qui aurait pu opposer les premiers aux seconds à l'occasion de la procédure collective d'un donneur d'ordre (S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, p. 265).

¹⁴³ H. de Vauplane, « La couverture des opérations en bourse : une sûreté hybride », *RD bancaire et bourse*, n° 70, novembre-décembre 1998, p. 198, note 19 : « L'article 49 prévoit un transfert de propriété des biens affectés en couverture, sans se soucier d'une qualification ».

¹⁴⁴ H. de Vauplane, « La couverture des opérations en bourse : une sûreté hybride », *RD bancaire et bourse*, n° 70, novembre-décembre 1998, p. 203 : « La prudence s'impose donc quant à la possibilité, conventionnellement, pour un intermédiaire,

concrètement, il met en évidence des indices suggérant que le donneur d'ordres-constituant ne cesse pas totalement d'être propriétaire des sommes ou des titres qu'il remet en garantie à la chambre de compensation et à ses adhérents. En effet, le traitement comptable de la couverture prévu dans la loi du 2 juillet 1996 était totalement déconnecté de son traitement juridique : si l'article 49 de cette loi prévoyait bien un transfert de propriété immédiat au profit de l'adhérent ou de la chambre de compensation, ce transfert n'était pas traduit par un changement d'affectation comptable des sommes et titres affectés en garantie qui, selon les cas, restaient sur le compte du donneur d'ordres ou de l'adhérent. L'article 53 de cette loi ajoutait en effet des dispositions à l'article 38 *bis* du code général des impôts, prévoyant qu'« à défaut de restitution des espèces, des valeurs, titres ou effets remis en garantie ou des titres prêtés correspondant à ces remises, leur cession [était], d'un point de vue fiscal, réalisée à la date de la défaillance ». Autrement dit, d'un point de vue fiscal, le donneur d'ordres ou l'adhérent à la chambre de compensation cessait d'être pleinement propriétaire des sommes ou des titres affectés en garantie non pas lors de leur remise à la constitution des couvertures, mais lors de sa défaillance, dans la phase de réalisation des sûretés.

92-2. M. Hubert de Vauplane s'appuie sur ce traitement comptable des couvertures pour soutenir que le constituant des couvertures (donneur d'ordres ou adhérent à la chambre de compensation) devrait percevoir les fruits des biens affectés en garantie : intérêts des sommes versées ou dividendes des instruments financiers¹⁴⁵. Soutenir que le constituant des couvertures a un droit de percevoir à titre définitif les fruits, et conserve donc l'attribut de la propriété qu'est le *fructus*, suppose nécessairement que soit remis en cause l'effet translatif de propriété attaché par l'article 49 de la loi du 2 juillet 1996 à la constitution des couvertures sur les marchés réglementés. De deux choses l'une : soit les couvertures sont analysées comme des propriétés-sûretés, dans quel cas l'adhérent à la chambre de compensation ou la chambre de compensation elle-même acquiert la pleine propriété des sommes ou titres remis en

d'organiser un mécanisme de fiducie-sûreté pour la remise des couvertures. Il serait sans doute bon, ici comme ailleurs, qu'une intervention législative autorise un recours généralisé à la propriété-sûreté pour la couverture en bourse, à quelque étage que la couverture se localise ».

¹⁴⁵ H. de Vauplane, « La couverture des opérations en bourse : une sûreté hybride », *RD bancaire et bourse*, n° 70, novembre-décembre 1998, p. 203 : « ceci justifierait à notre sens que les fruits (droit préférentiel de souscription attaché aux actions nouvelles en cas d'augmentation de capital pendant la période de "gel" de titres en couverture, intérêts, dividendes...) soient remis au remettant de la couverture resté possesseur. Psychologiquement, le donneur d'ordres ne concevrait, par ailleurs, que difficilement, l'obligation qui lui serait faite de se voir privé du droit aux fruits des actions remises en propriété à titre de garantie ».

garantie et le constituant (donneur d'ordres ou adhérent) perd tout droit sur ces sommes ou titres ; soit le constituant conserve un droit de jouir (*fructus*) sur les sommes ou titres affectés en garantie et ne perd donc pas tous les attributs du droit de propriété qu'il a sur ces sommes ou titres, dans quel cas les couvertures ne peuvent être qualifiées de propriétés-sûretés¹⁴⁶.

92-3. Le mécanisme de transfert des couvertures prévu par l'article 51 de la loi du 2 juillet 1996 invite à préférer la seconde branche de cette alternative. En effet, ce texte prévoyait en son I qu'« en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un adhérent d'une chambre de compensation d'un marché réglementé, ou de tout autre cas de défaillance de cet adhérent : 1° la chambre [pouvait] faire transférer chez un autre adhérent les couvertures et dépôts de garantie effectués auprès de cet adhérent et afférents aux positions prises, sur un marché réglementé, par les donneurs d'ordre non défaillants ; 2° [que] la chambre [pouvait] transférer les positions enregistrées chez elle pour le compte des donneurs d'ordre de cet adhérent, et les couvertures et dépôts de garantie y afférents, chez un autre adhérent ».

Ce mécanisme supposait que les sommes ou titres constitutifs des couvertures remises à l'adhérent fussent isolés, individualisés dans les comptes de cet adhérent. Autrement dit, ces sommes ou titres n'étaient pas confondus dans le patrimoine de l'adhérent à qui ils étaient remis¹⁴⁷.

M. Sena Agbayissah en conclut que seul le transfert de propriété lors de la constitution des couvertures permet d'expliquer la soustraction de ces couvertures au droit de gage général des créanciers en cas de procédure collective d'un adhérent¹⁴⁸.

¹⁴⁶ La démonstration de M. Sébastien Praicheux selon laquelle les couvertures constituent des propriétés-sûretés achoppe sur la question de la perception des fruits (*Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, pp. 287-289). L'auteur essaie de montrer que, la propriété-sûreté reposant sur le transfert au créancier du droit de propriété sur l'objet de la garantie, le bénéficiaire de la garantie peut, comme tout propriétaire, percevoir les fruits du bien affecté en garantie, mais que, la propriété-sûreté étant aussi une sûreté interdisant à son bénéficiaire d'en profiter pour s'enrichir, ce dernier doit restituer les fruits au constituant, le cas échéant en les imputant sur le montant de la créance garantie. Force est donc de convenir que le droit de propriété du bénéficiaire de la garantie n'épouse pas parfaitement les contours de la propriété pleine et entière au sens de l'article 544 du code civil.

¹⁴⁷ M. Hubert de Vauplane voit dans ce mécanisme la preuve de ce que les couvertures sur les marchés réglementés régies par l'article 49 de la loi du 2 juillet 1996 sont des fiducies au sens où l'entend le code civil tel que modifié par la loi du 19 février 2007. Selon cet auteur, « cette restriction à l'utilisation par les créanciers de l'intermédiaire financier des biens remis en pleine propriété à ce dernier est souvent considérée comme une illustration d'un patrimoine d'affectation » (« La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier », *JCP E*, n° 36, septembre 2007, p. 2051).

¹⁴⁸ S. Agbayissah, « Le transfert de propriété à fin de garantie sur les marchés réglementés », *JCP E* 1996 I, n° 46, p. 603. L'auteur multiplie les paradoxes, soutenant à la fois que « le dépôt de garantie de l'article 49 de la loi du 2 juillet 1996 est un dépôt fiduciaire, une fiducie-sûreté ou encore une sûreté-propriété fondamentalement distincte du gage », et que « le bénéficiaire doit prendre toutes les mesures pour isoler dans son patrimoine les dépôts de garantie et ainsi éviter une confusion entre son patrimoine propre et les biens transférés ». Si les couvertures garantissant les obligations financières contractées sur les marchés réglementés avaient été des propriétés-sûretés transférant la propriété pleine et entière des couvertures à l'adhérent ou à la chambre de compensation bénéficiaire dès leur constitution, ces couvertures auraient dû être regardées comme faisant pleinement partie du « patrimoine propre » de cet adhérent ou de cette chambre de compensation. Il n'y avait donc aucune raison pour ces bénéficiaires de la garantie d'isoler au sein de leur patrimoine les sommes ou titres formant les couvertures... sauf à ce que,

Mais on peut à l'inverse soutenir que, si les couvertures ne pouvaient être appréhendées par les créanciers du bénéficiaire (l'adhérent), c'était bien la preuve que celles-ci n'étaient jamais vraiment entrées dans son patrimoine et que leur pleine et entière propriété n'avait donc pas été transférée lors de la constitution de la garantie. C'est du reste la conclusion à laquelle parvient M. Hubert de Vauplane qui explique « le donneur d'ordres n'[avait] pas, après la remise des actifs, conservé leur possession, mais que, d'un autre côté, l'adhérent lui-même n'[avait] pas pour autant obtenu sur eux un droit de possession »¹⁴⁹.

93. Si la nature de propriétés-sûretés des couvertures sur les marchés réglementés, telles que décrites par l'article 49 de la loi du 2 juillet 1996, peut prêter à discussion, la nature de propriétés-sûretés des couvertures sur les marchés de gré à gré décrites par l'article 52 de la même loi est moins discutable.

L'article 52 de la loi du 2 juillet 1996 disposait que la cession de créances résultant des opérations régies par une convention-cadre respectant les principes généraux d'une convention-cadre de place, nationale ou internationale, et organisant les relations entre deux parties au moins dont l'une était un prestataire de services d'investissement, ou une institution, entreprise ou un établissement financier était opposable aux tiers par l'accord écrit du débiteur cédé, et que « les parties à ladite convention-cadre [pouvaient] également prévoir pour lesdites opérations *des remises, en pleine propriété, à titre de garantie ainsi opposables aux tiers sans formalité, de valeurs, titres, effets ou de sommes d'argent* pour tenir compte de l'évolution de la valeur desdites opérations » (italiques ajoutées).

précisément, ils n'en aient pas acquis la propriété pleine et entière, les couvertures constituant des gages irréguliers plutôt que des propriétés-sûretés.

¹⁴⁹ H. de Vauplane, « La couverture des opérations en bourse : une sûreté hybride », *RD bancaire et bourse*, n° 70, novembre-décembre 1998, p. 204 : « Notons que l'article 51 de la loi de modernisation rend nécessaire un isolement des actifs en couverture au sein des comptes de l'adhérent à une chambre de compensation. En effet, il prévoit une possibilité pour la chambre, en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un adhérent, de faire transférer chez un autre adhérent les couvertures et dépôts de garantie effectués auprès de cet adhérent. Ceci suppose donc bien que la procédure de revendication des actifs soit possible et, ce qui sied à la fonction de garantie du transfert de propriété de l'article 49, que l'adhérent ne dispose pas sur les actifs en couverture d'un pouvoir absolu comparable à celui dont disposerait tout propriétaire ». *Adde*, p. 205 : « L'article 51 de la loi MAF [...] prévoit qu'en cas de défaillance d'un adhérent, la chambre de compensation peut faire transférer chez un autre adhérent non seulement les positions enregistrées chez elle pour le compte des donneurs d'ordres de cet adhérent, ainsi que les dépôts y afférents, mais aussi les couvertures et dépôts de garantie effectués par l'adhérent défaillant et afférents aux positions prises par les donneurs d'ordres non défaillants. L'objet d'une telle disposition est certainement d'éviter que les biens remis en garantie, étant transférés en pleine propriété au bénéficiaire, soient considérés comme partie du patrimoine général de l'adhérent mais constituent au contraire un patrimoine d'affectation [...] Isolés dans une masse patrimoniale distincte, les créanciers de chacun des cocontractants, donneur d'ordres et intermédiaire, n'auraient guère de droits sur les actifs en couverture formant le patrimoine d'affectation. »

94. Selon M. Hubert de Vauplane cet article 52 mettait en place une véritable propriété-sûreté¹⁵⁰ dont l'efficacité était d'autant plus grande que, contrairement aux couvertures régies par l'article 49 pour lesquelles rien n'était prévu, elle était opposable aux tiers sans formalités.

M. Franck Auckenthaler affirme également que les couvertures d'opérations financières conclues de gré à gré sur la base d'une convention-cadre ne relevaient certainement pas du gage¹⁵¹. Si, selon cet auteur, les couvertures formées par la remise d'espèces pouvaient, à la rigueur, être qualifiées de « gages-espèces » dans la mesure où le transfert de propriété pouvait être rattaché à la nature fongible et consommable des sommes d'argent plutôt qu'à la volonté des parties¹⁵², le même raisonnement ne pouvait s'appliquer aux couvertures formées par des titres, qui ne sont pas fongibles et consommables par nature. Dès lors, le transfert de propriété intervenant à la constitution des couvertures formées par des titres sur les marchés de gré à gré ne pouvait que résulter de la volonté, au moins implicite, des parties, tant et si bien que ces couvertures devaient être qualifiées de propriétés-sûretés translatives d'une propriété pleine et entière.

Le même auteur voit d'ailleurs dans cette qualification l'avantage « de déroger à la réglementation du gage et au principe de prohibition des pactes commissaires permettant de transférer au créancier la propriété de la chose gagée sans le respect des délais et des formalités légales »¹⁵³.

95. Mais là encore, les plus fervents défenseurs de l'analyse des couvertures comme étant des propriétés-sûretés translatives d'une propriété pleine et entière se heurtent à des difficultés, ou manquent de cohérence¹⁵⁴.

¹⁵⁰ M. Hubert de Vauplane (« La couverture des opérations en bourse : une sûreté hybride », *RD bancaire et bourse*, n° 70, novembre-décembre 1998, p. 201) l'inscrit dans la lignée des « propriétés-sûretés » jusqu'alors consacrées de façon parcellaire par le législateur : cessions de créance (contre le cocontractant public de l'entreprise) à titre de garantie des avances de fonds consenties par le CEPME aux entreprises titulaires d'un marché public et non payées dans les délais contractuels (lois n° 78-13 du 4 janvier 1978 et n° 79-566 du 6 juillet 1979) ; cessions de créances professionnelles à titre de garantie (loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, dite « loi Dailly ») ; prêts de titres (loi n° 87-416 du 17 juin 1987) ; pensions livrées (loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993).

¹⁵¹ F. Auckenthaler, « Compensation, remise en garantie, cession : le nouveau régime des créances afférentes aux opérations sur instruments financiers (article 52 de la loi du 2 juillet 1996) », *JCP E* 1996 I, n° 28, p. 594.

¹⁵² M. Gilles Kolifraith et le professeur Laurent Aynès sont également favorables à la qualification de « gage-espèces » dans la mesure où le compte affecté en garantie, quoique bloqué, était ouvert non pas au nom du constituant mais à celui du créancier, ce qui était selon eux le signe de ce que le créancier avait un droit de propriété plein et entier sur les sommes inscrites en compte (« Les remises en pleine propriété à titre de garantie : confirmation de la licéité des cessions fiduciaires en droit français ? », *D. Affaires* 1998, pp. 1573 et s).

¹⁵³ F. Auckenthaler, « Compensation, remise en garantie, cession : le nouveau régime des créances afférentes aux opérations sur instruments financiers (article 52 de la loi du 2 juillet 1996) », *JCP E* 1996 I, n° 28, p. 594.

¹⁵⁴ M. Sébastien Praicheux reconnaît que le principe selon lequel une couverture constituée en garantie d'opérations sur un marché réglementé ou de gré à gré doit être analysée comme une propriété-sûreté admet des exceptions, et que ces exceptions

95-1. Selon M. Franck Auckenthaler, même si la constitution des couvertures sur les marchés de gré à gré était « opposable aux tiers sans formalités », il était « nécessaire de procéder à une livraison permettant d'isoler les actifs transférés en garantie du reste du patrimoine du débiteur » de l'obligation de restitution¹⁵⁵. Autrement dit, les sommes ou titres remis en garantie ne devaient pas être confondus dans le patrimoine du bénéficiaire des couvertures, mais au contraire individualisés en vue de leur restitution. Comme en matière de couvertures sur les marchés réglementés, les constituants perdaient, certes, la possession des sommes ou titres affectés en garantie, mais les bénéficiaires voyaient leur possession quelque peu encadrée.

95-2. Par ailleurs, le même auteur regrette que la réalisation des couvertures sur les marchés de gré à gré ne passe pas par la commutation de la propriété temporaire du bénéficiaire en propriété perpétuelle, pleine et entière. L'article 52 de la loi du 2 juillet 1996 prévoyait en effet en son quatrième alinéa que les couvertures sur les marchés de gré à gré étaient « compensables ». Or, selon M. Franck Auckenthaler, « la loi aurait pu prévoir que les remises [resteraient] acquises à la partie créancière à concurrence du solde issu de la compensation, ou encore qu'elle [serait] déliée de son obligation de rendre les remises en cas de défaillance de sa contrepartie ». Et l'auteur de regretter que la loi n'ait pas utilisé « une formule plus conforme à la nature des remises en garantie »¹⁵⁶.

« concernent les sûretés établies en garantie de certaines opérations conclues sur le marché de gré à gré, et auxquelles le législateur n'impose pas de qualification juridique établie » (*Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, p. 258). En effet, si, comme le soutient cet auteur, la loi du 2 juillet 1996 « impose une qualification juridique à certaines couvertures déposées en garantie d'opérations sur les marchés d'instruments financiers », et si « les couvertures représentent des propriétés-sûretés toutes les fois où elles garantissent une opération sur un marché réglementé ou de gré à gré et qu'elles bénéficient à un prestataire de services d'investissement, à un adhérent ou à une chambre de compensation », il n'en reste pas moins que « dans tous les autres cas, et notamment quand la couverture garantit une opération de gré à gré entre deux sociétés commerciales qui ne sont pas prestataires de services d'investissement, la qualification de la couverture dépend de l'économie de la convention des parties », et « on peut alors imaginer que cette couverture puisse être un gage ou encore un séquestre, par exemple » (*ibidem*, p. 243).

¹⁵⁵ F. Auckenthaler, « Compensation, remise en garantie, cession : le nouveau régime des créances afférentes aux opérations sur instruments financiers (article 52 de la loi du 2 juillet 1996) », *JCP E* 1996 I, n° 28, p. 594.

¹⁵⁶ F. Auckenthaler, « Compensation, remise en garantie, cession : le nouveau régime des créances afférentes aux opérations sur instruments financiers (article 52 de la loi du 2 juillet 1996) », *JCP E* 1996 I, n° 28, p. 594. *Contra* : G. Kolifraith et L. Aynès, « Les remises en pleine propriété à titre de garantie : confirmation de la licéité des cessions fiduciaires en droit français », *D. Affaires* 1998, pp. 1573 et s., spéc. p. 1577. Le professeur Laurent Aynès approuve la référence à la compensation qui, à la différence de l'attribution automatique de la propriété en cas de défaillance du débiteur, clarifie, selon lui, l'obligation qui pèse sur le créancier de restituer le solde entre la valeur de la garantie et le montant de la créance garantie.

§ 3. La nature des « couvertures » des obligations financières en droit positif

96. Aujourd'hui le code monétaire et financier consacre l'une de ses dispositions aux garanties des obligations financières. Il n'est plus opéré de distinction selon qu'il s'agit de couvertures constituées sur des marchés réglementés ou sur des marchés de gré à gré¹⁵⁷.

L'article L. 211-38 de ce code énonce le régime général applicable aux sûretés constituées pour garantir des obligations financières dont le champ est large.

En effet, l'article L. 211-36 du code monétaire et financier énumère les obligations financières susceptibles d'être garanties par les sûretés mentionnées à l'article L. 211-38 du même code. Et les obligations concernées ne sont pas peu nombreuses puisqu'il s'agit :

- des obligations financières résultant d'opérations sur instruments financiers lorsque l'une au moins des parties à l'opération est notamment un établissement de crédit, une société de financement, un prestataire de service d'investissement, un établissement public, une collectivité territoriale, une chambre de compensation, un organisme financier international dont la France ou la Communauté européenne est membre, ou une institution, entité ou personne bénéficiaire des dispositions de l'article L. 531-2 du même code¹⁵⁸ ;
- des obligations financières résultant de tout contrat donnant lieu à un règlement en espèces ou à une livraison d'instruments financiers lorsque toutes les parties appartiennent aux catégories précitées ;
- des obligations financières résultant de tout contrat conclu dans le cadre d'un système de paiement, de règlement et de livraison d'instruments financiers¹⁵⁹.

¹⁵⁷ Dès 1998, M. Hubert de Vauplane s'interrogeait « sur la cohérence d'un mécanisme qui, dans deux articles différents, prévoit une technique similaire » (« La couverture des opérations en bourse : une sûreté hybride », *RD bancaire et bourse*, n° 70, novembre-décembre 1998, p. 198), et se prêtait à « rêver d'une prochaine fusion de ces deux dispositions, ce qui rendrait la lecture de ce dispositif plus aisée » (*ibidem*, note 18).

¹⁵⁸ Il s'agit d'institutions, d'entités ou de personnes qui peuvent fournir des services d'investissement dans certaines limites sans être soumis à une procédure d'agrément. Parmi ces institutions, entités ou personnes figurent l'État, la Caisse de la dette publique, la Caisse d'amortissement de la dette sociale, la Banque de France, les entreprises d'assurance et de réassurance, des organismes de placement collectif, des institutions de retraites professionnelles, des personnes dont l'activité principale consiste à négocier pour compte propre des marchandises ou des instruments dérivés sur marchandises, ou encore des personnes qui fournissent des services de conseil en investissement ou de réception et de transmission d'ordres pour le compte de tiers de manière accessoire, dans le cadre d'une activité professionnelle non financière ou d'une activité d'expert-comptable.

¹⁵⁹ Ces obligations financières doivent être distinguées des obligations de paiement susceptibles d'être garanties, en application de l'article L. 330-2 du code monétaire et financier, par « l'affectation spéciale » de sommes d'argent. Alors qu'il s'agit à l'article L. 330-2 du code monétaire et financier de sûretés sur de la monnaie susceptibles d'être exigées par les règles de fonctionnement de systèmes interbancaires de paiement et de règlement-livraison pour simplement être admis à participer à ces systèmes, il s'agit, aux

Et le champ des obligations financières garanties est d'autant plus large que le même article L. 211-36 assimile aux instruments financiers les contrats d'option, les contrats à terme ferme, les contrats d'échange et tous les contrats à terme qui ne constituent pas des contrats financiers ou des « instruments financiers à terme » au sens du III de l'article L. 211-1 du code monétaire et financier¹⁶⁰, dès lors qu'ils font l'objet d'un enregistrement par une chambre de compensation reconnue ou d'appels de couverture périodiques.

97. Nature du droit du bénéficiaire de « couvertures » en droit positif : pleine propriété ou autre droit réel ? – Pour garantir toutes ces obligations financières, présentes ou futures, « les parties peuvent prévoir des *remises en pleine propriété*, opposables aux tiers sans formalités, d'instruments financiers, effets, créances, contrats ou *sommes d'argent*, ou la constitution de sûretés sur de tels biens ou droits » (italiques ajoutées).

Autrement dit, **la garantie de bon nombre d'obligations contractées sur les marchés financiers passe par la constitution de sûretés sur la monnaie. Et ces sûretés sur la monnaie semblent devoir être analysées comme des propriétés-sûretés, opérant transfert de la pleine propriété des sommes d'argent remises en garantie lors de leur constitution, puisque la loi les décrit comme des « remises en pleine propriété ».**

98. La propriété des sommes d'argent affectées en garantie étant transférée du constituant au créancier (adhérent à la chambre de compensation ou chambre de

articles L. 211-36 et L. 211-38 du même code, de sûretés sur de la monnaie susceptibles d'être constituées par les parties pour garantir les obligations contractuelles naissant des opérations qu'elles effectuent au sein de ces systèmes.

¹⁶⁰ Aux termes de l'article D. 211-1 A du code monétaire et financier issu de l'article 1^{er} du décret n° 2009-297 du 16 mars 2009 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2009-15 du 8 janvier 2009 relative aux instruments financiers, les contrats financiers constitutifs d'instruments financiers à terme sont notamment :

- les contrats d'option, contrats à terme fermes, contrats d'échange, accords de taux futurs et tous autres contrats à terme relatifs à des instruments financiers, des devises, des taux d'intérêt, des rendements, des indices financiers ou des mesures financières qui peuvent être réglés par une livraison physique ou en espèces ;
- les contrats d'option, contrats à terme fermes, contrats d'échange, accords de taux futurs et tous autres contrats à terme relatifs à des marchandises qui soit doivent être réglés en espèces, soit peuvent être réglés en espèces à la demande d'une des parties (sauf défaillance ou incident conduisant à la résiliation), soit peuvent être réglés par livraison physique (à la condition d'être négociés sur un marché réglementé ou un système multilatéral de négociation) ;
- les contrats d'option, contrats à terme fermes, contrats d'échange, accords de taux futurs et tous autres contrats à terme relatifs à des variables climatiques, à des tarifs de fret, à des autorisations d'émissions, à des taux d'inflation, ou à d'autres statistiques économiques officielles qui doivent être réglés en espèces ou peuvent être réglés en espèces à la demande d'une des parties (sauf défaillance ou incident conduisant à la résiliation) ;
- les contrats à terme servant au transfert du risque de crédit ;
- les contrats financiers avec paiement d'un différentiel.

compensation elle-même), lors de la constitution de la sûreté, le droit réel de propriété du constituant sur ces sommes semble s'être évanoui au profit d'un droit personnel de créance de restitution susceptible d'être compensé, lors de la réalisation de la sûreté, avec les obligations personnelles résultant du contrat et formant la créance garantie.

98-1. Cette analyse est confortée par le deuxième alinéa de l'article L. 211-38 du code monétaire et financier, qui dispose que « les dettes et créances relatives à ces garanties et celles afférentes à ces obligations sont alors *compensables* » (italiques ajoutées) dans les conditions définies à l'article L. 211-36-1 du même code, c'est-à-dire selon des modalités qui peuvent être prévues par des conventions ou des conventions-cadres, qui peuvent prévoir l'établissement d'un solde unique et qui sont opposables aux tiers.

Et la réalisation de ces cessions fiduciaires de sommes d'argent par compensation est d'autant plus efficace que le premier alinéa de l'article L. 211-38 précise *in fine* que les remises en pleine propriété d'instruments financiers, effets, créances, contrats ou sommes d'argent sont réalisables même lorsque l'une des parties à l'opération tombe sous le coup de procédures collectives, de procédures civiles d'exécution ou de procédures judiciaires ou amiables équivalentes régies par un droit étranger.

98-2. La rédaction des II et III de l'article L. 211-38 du code monétaire et financier ne fait que renforcer l'analyse des sûretés sur la monnaie garantissant les obligations financières comme étant constitutives de sûretés translatives d'une propriété pleine et entière.

Lorsque des sûretés sur sommes d'argent garantissent des obligations financières résultant de tout contrat conclu dans le cadre d'un système de paiement, de règlement et de livraison d'instruments financiers, ou des obligations financières résultant de tout contrat donnant lieu à un règlement en espèces ou à une livraison d'instruments financiers lorsque toutes les parties appartiennent aux catégories des établissements de crédit, des prestataires de service d'investissement, des établissements publics, des collectivités territoriales, des chambres de compensation, des organismes financiers internationaux dont la France ou la Communauté européenne est membre, ou des institutions, entités ou personnes bénéficiaires des dispositions de l'article L. 531-2 du

même code, alors la réalisation de telles sûretés peut intervenir « par compensation », « sans mise en demeure préalable »¹⁶¹.

98-3. Autre signe de ce que le créancier acquiert la pleine propriété des sommes remises à titre de garantie : il peut les utiliser *voire les aliéner*, à charge pour lui de restituer au constituant des sommes équivalentes en cas d'exécution des obligations garanties, et cette obligation de restitution peut être compensée avec les obligations garanties si ces dernières venaient à n'être pas exécutées. Le III de l'article L. 211-38 du code monétaire et financier dispose en effet que « l'acte prévoyant la constitution des sûretés [...] peut définir les conditions dans lesquelles le bénéficiaire de ces sûretés peut utiliser *ou aliéner* les biens ou droits en cause, à charge pour lui de restituer au constituant des biens ou droits équivalents », que « par biens ou droits équivalents, on entend 1° lorsqu'il s'agit d'espèces, une somme de même montant et dans la même monnaie », que « les sûretés concernées portant alors sur les biens ou droits équivalents ainsi restitués comme si elles avaient été constituées dès l'origine sur ces biens ou droits équivalents », et que l'acte constitutif des sûretés « peut permettre au bénéficiaire de *compenser sa dette de restitution des biens ou droits équivalents avec les obligations financières au titre desquelles les sûretés ont été constituées*, lorsqu'elles sont devenues exigibles » (italiques ajoutées). Là encore, tout semble indiquer que le créancier d'obligations financières qui bénéficie de sûretés sur la monnaie acquiert la propriété pleine et entière des sommes d'argent affectées en garantie et que le constituant de ces sûretés n'a plus qu'un droit personnel de créance de restitution à l'encontre du créancier. Ces sûretés seraient donc des cessions fiduciaires dans la plus pure acception.

99. Pourtant, la rédaction de l'article L. 211-38 du code monétaire et financier comporte des ambiguïtés qui montrent que les choses sont moins simples qu'il n'y paraît et que l'analyse des sûretés sur la monnaie garantissant les obligations financières comme des cessions fiduciaires ne s'impose pas avec autant d'évidence.

99-1. Premièrement, le premier alinéa du I de l'article L. 211-38 évoque, certes, des « remises en pleine propriété, opposables aux tiers sans formalités, d'instruments financiers, effets, créances, contrats ou sommes d'argent », mais aussi, de façon assez

¹⁶¹ Article L. 211-38, II, 3°, du code monétaire et financier.

équivoque, « la constitution de sûretés sur de tels biens ou droits ». Autrement dit, il semble qu'il faille distinguer les « remises en pleine propriété » portant notamment sur de la monnaie, des « sûretés » portant sur cette même monnaie. Et les parties ont la faculté de prévoir soit des remises en pleine propriété, soit des « sûretés » dont il faut alors conclure qu'elles ne sont pas des remises en pleine propriété et qu'elles n'opèrent donc pas transfert de la pleine propriété des sommes affectées en garantie des obligations financières lors de leur constitution. Il y aurait donc place pour des gages, des nantissements, ou des gages irréguliers dont l'effet translatif de propriété lors de leur constitution serait moins lié à la volonté des parties qu'à la nature fongible des « biens ou droits » formant l'objet de la sûreté.

99-2. Deuxièmement, la rédaction du II de l'article L. 211-38 du code monétaire et financier entretient l'ambiguïté sur la nature des droits du constituant et du créancier bénéficiaire tels qu'ils résultent des modalités de constitution et de réalisation des sûretés garantissant les obligations financières issues de tout contrat conclu dans le cadre d'un système de paiement, de règlement et de livraison d'instruments financiers, ou des obligations financières issues de tout contrat donnant lieu à un règlement en espèces ou à une livraison d'instruments financiers lorsque toutes les parties appartiennent aux catégories des établissements de crédit, des prestataires de service d'investissement, des établissements publics, des collectivités territoriales, des chambres de compensation, des organismes financiers internationaux dont la France ou la Communauté européenne est membre, ou des institutions, entités ou personnes bénéficiaires des dispositions de l'article L. 531-2 du même code.

Le 1^o du II de l'article L. 211-38 prévoit que la constitution et l'opposabilité des sûretés garantissant ces obligations financières « ne sont subordonnées à aucune formalité » et qu'« elles résultent du *transfert* des biens ou droits en cause, de la *dépossession* du constituant ou de leur *contrôle* par le bénéficiaire ou par une personne agissant pour son compte » (italiques ajoutées). Autrement dit, il n'est nullement fait mention d'un transfert de la propriété des sommes d'argent du constituant au créancier bénéficiaire, mais seulement d'un « transfert » de ces sommes. Et la constitution des sûretés sur la monnaie garantissant les obligations financières peut tout aussi bien résulter de la simple « dépossession » du constituant, sans perte de son droit de propriété sur les sommes remises en garantie, voire, de façon plus vague, d'un « contrôle » exercé sur ces sommes par le créancier bénéficiaire ou pour son compte. Le « transfert » des

sommes d'argent affectées en garantie n'est donc ni expressément qualifié de transfert de propriété, ni conçu comme étant la seule et unique modalité de constitution des sûretés en cause, à l'exclusion de toute autre. Et le 2° du II du même texte ne fait que confirmer cette analyse, en distinguant lui aussi, le transfert, la dépossession du constituant et le contrôle exercé par le créancier bénéficiaire¹⁶².

Quant aux modalités de réalisation des sûretés garantissant les obligations financières, le 3° du II de l'article L. 211-38 ne fait pas de la compensation le seul et unique mode de dénouement de ces sûretés. Ce texte prévoit en effet que « la réalisation de telles garanties intervient à des conditions normales de marché, par compensation, *appropriation* ou *vente*, sans mise en demeure préalable, selon les modalités d'évaluation prévues par les parties dès lors que les obligations financières couvertes sont devenues exigibles » (italiques ajoutées). Dès lors que les sûretés sur la monnaie garantissant les obligations financières sont réalisées « à des conditions normales de marché » et « sans mise en demeure préalable », leur dénouement peut tout aussi bien résulter d'une compensation, que d'une appropriation résultant d'une attribution conventionnelle ou judiciaire, ou d'une vente.

Autrement dit, tant au niveau de la constitution que de l'exécution de ces sûretés sur la monnaie venant en garantie d'obligations financières, il y a place pour des gages, des nantissements ou des gages irréguliers dont le régime (dépossession, attribution conventionnelle de l'article 2348 du code civil, attribution judiciaire de l'article 2347 du code civil, vente de l'article 2346 du code civil) est ménagé par les règles édictées à l'article L. 211-38 du code monétaire et financier.

99-3. Troisièmement, l'obligation de restitution de sommes équivalentes (même montant et même monnaie) mise à la charge du créancier bénéficiaire par le III de l'article L. 211-38 lorsque ce dernier est autorisé à utiliser ou à aliéner les sommes initialement affectées en garantie, montre que le droit de disposer qui lui est reconnu n'est que provisoire. Cet *abusus* provisoire n'a rien de commun avec l'*abusus* définitif attaché à la propriété pleine et entière de l'article 544 du code civil qui permet à son titulaire d'anéantir la valeur de la chose à titre définitif s'il le souhaite. Et cet *abusus* provisoire peut être analysé comme la forme minimale et presque fantomatique de la

¹⁶² Article L. 211-38, II, 2° du code monétaire et financier : « 2° L'identification des biens et droits en cause, leur transfert, la dépossession du constituant ou le contrôle par le bénéficiaire doivent pouvoir être attestés par écrit ».

survivance du droit réel de propriété d'un constituant qui garde un droit sur une valeur¹⁶³. En d'autres termes, l'obligation de restitution fragilise l'analyse du droit du créancier bénéficiaire comme étant un droit réel de propriété plein et entier au sens de l'article 544 du code civil. Les sûretés sur la monnaie garantissant les obligations financières pourraient tout aussi bien être des gages irréguliers, tant la rédaction du premier alinéa du III de l'article L. 211-38 du code monétaire et financier rappelle celle du second alinéa de l'article 2341 du code civil, relatif au gage avec dépossession de choses fongibles¹⁶⁴. Le premier de ces deux textes prévoit que l'acte constitutif peut stipuler que « le bénéficiaire de ces sûretés peut utiliser ou aliéner les biens ou droits en cause, à charge pour lui de restituer au constituant des biens ou droits équivalents ». Et le second de ces deux textes prévoit que « si la convention dispense le créancier de cette obligation [de tenir les choses fongibles remises en garantie séparées des choses de même nature qui lui appartiennent], il acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes ». Ces sûretés sur la monnaie qui garantissent des obligations financières pourraient donc fort bien n'être que des gages irréguliers connus dans le code civil sous le nom de « gages avec dépossession de choses fongibles ».

99-4. Quatrièmement, la notion de compensation en droit boursier ne se confond pas avec la notion de compensation en droit civil¹⁶⁵.

En droit boursier, la compensation désigne la phase de la transaction conduisant à son exécution. Elle réalise la transaction négociée par la livraison des titres ou le règlement des sommes dues. Elle est donc bien associée, comme la compensation du droit civil, à l'extinction des créances et des dettes.

Mais, à la différence de la compensation du droit civil, qui ne peut être que bilatérale, la compensation du droit boursier est multilatérale et ne porte pas nécessairement sur des créances et des dettes réciproques. Contrairement à la

¹⁶³ Voir *infra* les plus amples développements sur cette analyse de l'obligation de restitution (§ 547 et s.).

¹⁶⁴ Avant de consacrer plus loin de plus amples développements à la notion de fongibilité, nous nous contenterons à ce stade de faire nôtre la définition des choses fongibles que donne le doyen Gérard Cornu, à savoir qu'elles sont les choses qui, « n'étant déterminées que par leur nombre, leur poids ou leur mesure, peuvent être employées indifféremment l'une pour l'autre dans un paiement » (*Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 2011, p. 171). Nous noterons à titre incident qu'avant que l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 ne fasse mention des « choses fongibles » aux articles 2341 et 2342 du code civil, et que l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 n'introduise la notion de « bien fongible » à l'article 2369 du même code, seuls les articles 1291 (relatif à la compensation) et 1326 (relatif à la mention manuscrite) du code civil évoquaient la fongibilité – sans la définir, du reste.

¹⁶⁵ Sur la notion de compensation en droit boursier, voir la thèse du professeur Myriam Roussille, *La compensation multilatérale*, Dalloz, préf. J. Béguin, avant-propos J. - J. Daigre, 2006, ainsi que le commentaire qui en est fait par E. Putman, *RTD civ.* 2010, p. 655.

compensation du droit civil, pour laquelle la réciprocité est une condition préalable, la compensation du droit boursier n'implique pas de réciprocité. Elle s'opère entre des personnes qui ne sont pas nécessairement créancières et débitrices les unes des autres, elle peut s'opérer entre des créances libellées dans des devises différentes, et elle peut même s'opérer entre une créance de sommes d'argent et une créance de livraison de titres¹⁶⁶. Le dénouement des transactions s'effectuent en deux temps : interviennent successivement une liquidation générale des positions dans les relations entre la chambre de compensation et ses adhérents, qui permet de dégager un solde de titres à livrer ou de sommes à régler pour chaque adhérent, puis une liquidation particulière des positions dans les relations entre les adhérents à la chambre de compensation et les investisseurs, qui permet de livrer à chaque donneur d'ordres les titres ou sommes qui lui sont dus. Ne sont livrés ou réglés entre adhérents que les titres ou sommes qui n'ont pu être compensés au niveau de la chambre de compensation, c'est-à-dire au niveau multilatéral. En général, cette dernière présente à ses adhérents un solde net pour chaque instrument financier¹⁶⁷.

La compensation du droit boursier vise avant tout à simplifier la livraison des titres ou le règlement des sommes dues en établissant un solde pour chaque adhérent à la

¹⁶⁶ La fongibilité de l'objet des créances, qui est requise par la compensation du droit civil, n'est donc pas impérative pour que s'opère la compensation du droit boursier. C'est ce qui alimente la critique qu'émet le professeur Pierre-Grégoire Marly à l'encontre d'une conception extensive et dévoyée de la notion de fongibilité, dans sa thèse de doctorat (*Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, LGDJ, 2004, préf. Ph. Delebecque). Alors que, selon cet auteur, « la compensation n'opère, selon la loi, qu'entre des obligations réciproques portant sur des biens fongibles », « il arrive que des contractants entendent compenser entre elles des dettes d'objets non fongibles » (*ibidem*, p. 20). L'auteur fait remarquer que « la situation est fréquente sur les marchés boursiers » et qu'« ainsi, dans la mise en œuvre du *close out netting*, la compensation peut avoir lieu entre une obligation de somme d'argent et une dette de livraison d'instruments financiers », ce qui, selon lui, « contrevient donc aux critères légaux du procédé compensatoire », même si « l'objection est alors contournée en invoquant une fongibilité conventionnelle entre les titres boursiers et les espèces monétaires » (*ibidem*, p. 20).

¹⁶⁷ En anglais, la compensation du droit boursier est désignée par le terme de « *netting* ». Selon M. Franck Auckenthaler (« Compensation, remise en garantie, cession : le nouveau régime des créances afférentes aux opérations sur instruments financiers (article 52 de la loi du 2 juillet 1996) », *JCP E* 1996 I, n° 28, p. 594), « le *netting* ne correspond pas à proprement parler à une qualification juridique spécifique ou une convention nommée de droit français. Il recouvre plutôt les divers mécanismes juridiques permettant la détermination d'un solde net des créances réciproques afférentes à un ensemble d'opérations financières entre deux ou plusieurs parties ». Selon le même auteur, « le calcul d'une position nette pour l'ensemble des opérations, par date d'échéance, présente un triple intérêt pour les opérateurs. D'abord, il permet de réduire le nombre des règlements interbancaires et les besoins en liquidité des parties. Ensuite, il leur permet de réduire le volume de leurs engagements réciproques et il constitue, à ce titre, un mécanisme de sûreté. Enfin, surtout, il permet aux établissements de crédit de ne prendre en compte que le montant net de leurs opérations pour le calcul de leurs ratios de solvabilité. Rappelons, à cet égard, que les établissements de crédit sont astreints au respect d'un ratio de solvabilité qui les oblige à avoir un montant minimum de fonds propres en fonction de leurs engagements. Dès lors, le calcul d'un solde net issu de la compensation des créances réciproques entre un établissement et chacune de ses contreparties, diminue considérablement son besoin en fonds propres ». Selon M. Franck Auckenthaler, « la notion de compensation [en droit civil] ne recouvre qu'imparfaitement la notion de *netting*. Ainsi, les conventions-cadres soumises aux droits anglais ou américain recourent au système de novation, selon lequel toutes les créances réciproques pour une échéance donnée sont réputées immédiatement éteintes et remplacées par une seule créance nouvelle correspondant au solde. Si les parties ont clairement exprimé leur volonté que le solde soit une créance nouvelle, il ne s'agira pas de "compensation" où le solde correspondrait à la fraction de la créance de plus fort montant, mais d'une novation conventionnelle ou d'un mécanisme proche de celui du compte courant, en supposant qu'il existe un compte par date d'échéance. »

chambre de compensation, indépendamment du fait de savoir ce que les parties à une transaction peuvent se devoir réciproquement.

La compensation du droit boursier ne se réduit donc pas à une extinction de créances réciproques, certaines, liquides et exigibles. Elle englobe l'ensemble du processus qui va de l'enregistrement des positions à l'extinction des obligations en passant par l'exécution d'office des positions et le calcul des obligations de couverture (appels de marge).

Section III. Les sûretés sur la monnaie garantissant les prêts de titres

100. Les articles L. 211-22 à L. 211-26 du code monétaire et financier ne définissent pas le prêt de titres financiers dont ils fixent le régime. Le prêt de titres financiers n'est rien d'autre qu'un prêt de consommation¹⁶⁸ : l'emprunteur cherche à se procurer des instruments financiers, notamment pour les besoins d'une opération ponctuelle, et le prêteur consent à prêter les instruments financiers dont il dispose moyennant rémunération. La remise des titres prêtés à l'emprunteur emporte transfert de propriété. Mais il s'agit là d'un transfert de propriété temporaire devant être analysé comme une cession fiduciaire, puisque l'emprunteur a l'obligation de rétrocéder les titres au prêteur à une échéance convenue par les parties¹⁶⁹.

101. La loi prévoit expressément la possibilité pour les parties au contrat de prêt de titres de garantir l'obligation de rétrocession des titres pesant sur l'emprunteur par des sûretés, et notamment par des sûretés sur de la monnaie. L'article L. 211-22 du code monétaire et financier dispose en effet en son dernier alinéa que « les parties peuvent convenir de remises complémentaires, en pleine propriété, *d'espèces* ou de titres

¹⁶⁸ Le 3 de l'article L. 211-22 du code monétaire et financier prévoit du reste que le prêt de titres est soumis aux dispositions des articles 1892 à 1904 du code civil, relatifs au prêt de consommation. Certains auteurs, comme MM. René Allouche et Frédéric Peltier (« Le nouveau régime des prêts de titres », *RD bancaire et bourse*, janvier – février 1992, n° 29, p. 6) se sont interrogés sur le point de savoir si l'effet translatif de propriété du prêt de titres devait être associé au caractère fongible plutôt que consommable des titres prêtés. Si, selon eux, c'est plutôt la fongibilité des titres que leur prétendue consommabilité qui explique que le prêt de titres ait le caractère d'un prêt de consommation, ils conviennent néanmoins de ce que « ce transfert de propriété des titres pendant la durée du prêt n'entraîne pas de "transfert symétrique" de fonds (versement d'un prix) mais fait naître au profit du prêteur une créance de restitution de titres rémunérée par un revenu de créance qui s'apparente à un versement d'intérêt », et que, « dès lors, le régime juridique du prêt de titres est très proche de celui du prêt d'argent » (*ibidem*).

¹⁶⁹ Selon R. Allouche et F. Peltier (« Le nouveau régime des prêts de titres », *RD bancaire et bourse*, janvier – février 1992, n° 29, p. 6), « le transfert temporaire de titres peut constituer la réponse à un besoin ponctuel d'un opérateur qui, pour réaliser une opération déterminée, doit livrer des titres dont il ne dispose pas en quantité suffisante dans son portefeuille », et « ces opérations sont dans la plupart des cas purement des opérations de marché, à savoir qu'elles n'ont pas de finalité extérieure au marché, contrairement à un achat en vue d'un investissement ».

financiers, pour tenir compte de l'évolution de la valeur des titres financiers prêtés » (italiques ajoutées)¹⁷⁰.

Ces « remises complémentaires » de sommes d'argent sont décrites comme des remises « en pleine propriété ». Si l'on peut avoir un doute sur le fait que ces sûretés sur de la monnaie garantissent l'obligation de restitution pesant sur l'emprunteur ou les risques de marché, comme le feraient des clauses « d'arrosage », il est en revanche difficile de douter du caractère translatif de propriété des remises de sommes d'argent. En effet, rien dans les textes de loi ne permet de réfuter l'analyse de ces remises de sommes d'argent comme constitutives de propriétés-sûretés emportant transfert d'une propriété pleine et entière.

102. Depuis longtemps, la loi envisage la possibilité de garantir par la constitution d'une sûreté sur de la monnaie ou sur des titres soit l'engagement du cédant de reprendre les titres cédés soit l'engagement du cessionnaire de rétrocéder ces titres. La loi n° 91-716 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier a défini le régime de garantie des prêts de titres : il s'agissait non pas de prévoir expressément la possibilité de garantir les prêts de titres par des remises de titres ou d'espèces – car cette possibilité avait toujours existé – mais de prévoir les modalités de réalisation des sûretés constituées en garantie des prêts de titres. La loi du 26 juillet 1991 a en effet complété l'article 31 de la loi du 17 juin 1987 par un alinéa prévoyant que « nonobstant toute disposition contraire, les parties [pouvaient] convenir qu'en cas de défaillance de l'une d'elles, l'autre partie sera[it] définitivement propriétaire des espèces ou des titres remis »¹⁷¹. Il s'agit en fait d'un système d'appels de marge avec remises complémentaires de titres ou d'espèces en fonction de l'évolution de la valeur des titres prêtés.

103. Nature du droit du prêteur de titres sur les sommes d'argent affectées en garantie de la rétrocession ou de la reprise des titres : pleine propriété ou autre droit réel ? – Un certain nombre d'auteurs y ont vu la consécration d'une forme de propriété-sûreté : puisque le cédant ou le cessionnaire des titres (selon le cas) devenait

¹⁷⁰ Voir aussi l'ancien article L. 432-6 du code monétaire et financier.

¹⁷¹ Sans prendre parti sur la qualification des sûretés constituées en garantie de prêts de titres, le professeur Hervé Causse regrette que le législateur n'ait fait des modalités de leur réalisation, par voie d'appropriation définitive des titres ou des sommes d'argent remis, qu'une simple faculté laissée à la liberté contractuelle, plutôt qu'une véritable obligation (« Prêts de titres et titres de créances négociables après la loi du 26 juillet 1991 », *JCP E* 1992 I, p. 125).

propriétaire des sommes d'argent ou des titres remis en garantie de l'exécution par l'autre partie de son obligation de rétrocession ou de reprise des titres (selon le cas), les garanties des opérations de prêts de titres ne pouvaient être que des cessions en pleine propriété à titre de garantie¹⁷².

104. Mais d'autres auteurs, comme MM. René Allouche et Frédéric Peltier, ont fait remarquer que ces garanties des opérations de prêts de titres ne faisaient pas l'objet d'une qualification juridique expresse dans la loi et qu'elles pouvaient tout aussi bien s'analyser en gages dont les modalités de réalisation étaient seulement simplifiées et affranchies de la prohibition des pactes commissaires et des clauses de voie parée. Il s'agissait de déroger aux anciens articles 2078 du code civil et 93 du code de commerce de façon à permettre « l'exécution la plus efficace qui puisse exister en matière de garantie, à savoir l'attribution en propriété, de plein droit »¹⁷³.

104-1. Plusieurs arguments venaient à l'appui de la seconde analyse, à commencer par le fait que la loi associait le transfert de propriété des sommes d'argent ou des titres remis en garantie à la *défaillance* du cédant ou du cessionnaire des titres, et non, comme cela aurait dû être le cas s'il s'était agi d'une cession en pleine propriété, à la constitution de la garantie. Le transfert de propriété s'opérait dans la phase de réalisation de la sûreté, et non lors de sa constitution¹⁷⁴.

Il est néanmoins vrai que la loi liait seulement le transfert de propriété *définitif* à la défaillance du cédant ou du cessionnaire des titres : cette formulation ménageait la possibilité d'un transfert de propriété temporaire lors de la constitution de la garantie¹⁷⁵.

104-2. Cependant, le régime fiscal alors prévu pour l'opération de garantie des prêts de titres invitait à la qualifier plutôt de gage aux modalités de réalisation simplifiées que de propriété-sûreté emportant cession d'une propriété pleine et entière. En effet, l'article 38 *bis* du code général des impôts prévoyait que, comme pour les couvertures garantissant les obligations financières, « lorsque, à défaut de restitution des

¹⁷² En ce sens, Cl. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1980, n° 166, pp. 152 et s.

¹⁷³ R. Allouche et F. Peltier, « Le nouveau régime des prêts de titres », *RD bancaire et bourse*, janvier – février 1992, n° 29, p. 8.

¹⁷⁴ Rapport n° 410 (1990-1991) sur le projet de loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier par le sénateur Roger Chinaud, *JO Sénat*, annexe au procès-verbal de la séance du 20 juin 1991, p. 118.

¹⁷⁵ R. Allouche et F. Peltier (« Le nouveau régime des prêts de titres », *RD bancaire et bourse*, janvier – février 1992, n° 29, p. 8) mettent en avant cet argument : « cette interprétation [selon laquelle l'emprunteur des titres acquiert la propriété de ceux-ci au premier jour du prêt mais qu'en revanche le prêteur des titres ne devient propriétaire des espèces ou des titres remis en garantie qu'au jour de la défaillance de l'emprunteur voire de sa propre défaillance] qui est celle retenue dans le rapport au Sénat est toutefois contestable compte tenu, d'une part de la rédaction qui emploie l'adverbe "définitivement", ce qui sous-tendrait l'idée que les titres ou les espèces étaient auparavant temporairement la propriété des parties, et d'autre part, des conséquences de la fongibilité des espèces éventuellement données en garantie, ainsi que de la possibilité de faire se garantir mutuellement des prêts de titres ».

espèces ou des valeurs déposées en couverture, le déposant [acquerrait] définitivement la pleine propriété des titres prêtés, leur cession [était] réalisée, d'un point de vue fiscal, à la date de la défaillance ».

105. MM. René Allouche et Frédéric Peltier envisagent plusieurs qualifications possibles pour les opérations de garantie des prêts de titres par la remise de sommes d'argent ou d'instruments financiers¹⁷⁶.

Ils commencent par émettre l'hypothèse qu'il pût s'agir de gages ordinaires assortis d'un transfert de propriété réalisé lors de la défaillance du cédant ou du cessionnaire des titres, mais l'écartent très vite au motif que « gage et transfert de propriété sont deux notions antinomiques »¹⁷⁷.

En s'appuyant sur les débats parlementaires, ils émettent ensuite l'hypothèse qu'il pût s'agir de dépôts irréguliers avec transfert de la propriété des sommes ou titres déposés au profit du dépositaire *lors de la constitution du dépôt*, et reconnaissance au profit du déposant d'une créance de restitution. Mais la qualification de dépôt irrégulier fait fi, selon eux, de ce que le transfert de propriété est prévu par la loi et de ce qu'il s'opère indépendamment du fait que l'objet de la garantie soit un corps certain ou fongible. S'il s'était agi d'un dépôt irrégulier, le caractère irrégulier du dépôt et le transfert de propriété auraient été conditionnés par la nature fongible de la chose déposée. Mais dans la mesure où, par la volonté du législateur, le transfert de propriété s'opérait même lorsque la chose déposée était un corps certain, alors il ne pouvait s'agir d'un dépôt irrégulier. La qualification de dépôt irrégulier a par ailleurs l'immense défaut d'oblitérer totalement le caractère accessoire de la garantie.

106. Une fois écartées les qualifications de gage ordinaire et de dépôt irrégulier, MM. René Allouche et Frédéric Peltier finissent par opter pour deux qualifications, selon que la garantie des prêts de titres portait sur des sommes d'argent ou des titres.

Lorsque les sûretés constituées en garantie des prêts de titres portent sur des sommes d'argent, les auteurs affirment qu'elles ne sont rien d'autre que des gages

¹⁷⁶ R. Allouche et F. Peltier, « Le nouveau régime des prêts de titres », *RD bancaire et bourse*, janvier – février 1992, n° 29, pp. 9 et s.

¹⁷⁷ *Idem.*

irréguliers dont l'effet translatif de propriété lors de leur constitution est dû au caractère fongible de leur objet¹⁷⁸.

Si les auteurs prennent clairement parti sur la qualification de la sûreté, leur position est beaucoup moins tranchée au sujet de son régime qu'ils semblent assimiler tantôt à celui d'une propriété-sûreté¹⁷⁹ tantôt à celui d'un gage irrégulier. La sûreté est décrite comme se réalisant tantôt par la voie d'une compensation, tantôt par la voie d'une attribution conventionnelle en pleine propriété avec imputation sur la créance garantie, c'est-à-dire par la voie d'un pacte comissoire¹⁸⁰.

Lorsque les sûretés constituées en garantie des prêts de titres portent sur des titres, MM. René Allouche et Frédéric Peltier soutiennent qu'il s'agit de nantissements de titres dont l'effet translatif de propriété lors de leur constitution n'a rien de sûr.

Les auteurs expliquent en effet que les titres remis en garantie font l'objet d'une individualisation par virement à un compte spécial tenu par la personne morale émettrice ou l'intermédiaire financier et ouvert non pas au nom du bénéficiaire de la garantie, mais au nom de son constituant. En outre, il est courant qu'à l'exception des actes de disposition formant l'*abusus*, le constituant de la garantie portant sur des titres ne cesse pas d'exercer les actes constitutifs de l'*usus* et du *fructus* : par exemple, s'il s'agit d'actions, il continue d'exercer les droits de vote qui y sont attachés¹⁸¹. Autrement dit,

¹⁷⁸ R. Allouche et F. Peltier, « Le nouveau régime des prêts de titres », *RD bancaire et bourse*, janvier – février 1992, n° 29, p. 9 : « la somme d'argent remise en garantie par crédit au compte du prêteur de titres devient la propriété de ce dernier en raison de la fongibilité des espèces. Par analogie à la théorie du dépôt irrégulier, on parlera dans ce cas d'un gage irrégulier, c'est-à-dire d'un gage qui transfère la propriété de la chose au profit du créancier gagiste en raison de l'impossibilité d'individualiser ladite chose dans le patrimoine de ce dernier ». *Contra* : P. Crocq, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 35, note n° 9 : l'auteur analyse l'affectation de sommes d'argent en garantie d'un prêt de titres comme une sûreté opérant transfert d'une propriété pleine et entière.

¹⁷⁹ R. Allouche et F. Peltier, « Le nouveau régime des prêts de titres », *RD bancaire et bourse*, janvier – février 1992, n° 29, p. 9 : « on est donc ici en présence d'un droit de propriété temporaire, notion sur laquelle repose le mécanisme de propriété-sûreté. Jusqu'à l'échéance du prêt de titres, le prêteur des titres est "propriétaire temporaire des espèces" mises en garantie et ne le devient définitivement qu'en cas de non-restitution des titres. S'opère donc, en cas de non-restitution de titres de même nature que les titres prêtés, une compensation entre la dette de restitution de la somme d'argent mise en garantie et la créance de restitution des titres dont la valeur monétaire est parfaitement déterminable au moment de la défaillance, compte tenu de la nature des titres en question. En matière de prêts de titres [...] l'obligation de restitution de l'article 1892 du code civil peut donc [...] se compenser de plein droit avec l'obligation de restitution des sommes remises en garantie et inversement ». Cette analyse de la réalisation des garanties de prêts de titres portant sur des sommes d'argent suppose que le transfert de la propriété des sommes remises en garantie ait lieu lors de la constitution des garanties, que le droit réel du constituant se soit transformé en droit personnel de créance de restitution afin d'être susceptible de compensation lors de la défaillance du débiteur constituant, et que la garantie soit une sûreté emportant transfert d'une propriété pleine et entière.

¹⁸⁰ Les auteurs rapprochent la réalisation de la sûreté organisée par la loi de la solution dégagée par la Cour de cassation dans un arrêt du 16 janvier 1936 au sujet du gage portant sur des sommes d'argent, où il avait été jugé que « si le gage constitué par le débiteur consiste en une somme d'argent, cette somme est affectée immédiatement à l'extinction de la créance que la sûreté garantissait, la créance ne fut-elle devenue liquide qu'après la mise en faillite du débiteur » (R. Allouche et F. Peltier, « Le nouveau régime des prêts de titres », *RD bancaire et bourse*, janvier – février 1992, n° 29, p. 10).

¹⁸¹ R. Allouche et F. Peltier, « Le nouveau régime des prêts de titres », *RD bancaire et bourse*, janvier – février 1992, n° 29, p. 11 : « il n'est pas évident qu'une remise en garantie de titres en transfère la propriété [...] dans la mesure où [...] les titres nantis sont virés à un compte spécial ouvert au nom de leur propriétaire (le constituant de la garantie) et tenu par la personne morale émettrice ou l'intermédiaire financier qui délivrera une attestation de constitution du gage au créancier gagiste [...] et où [...] en toute hypothèse, le créancier gagiste ne rentre pas en possession des titres même si la dépossession effective est réalisée à l'égard du débiteur par le biais de cette affectation en compte spécial. Ainsi, mis à part les actes de disposition, le constituant du

tout se passe comme si le constituant de la garantie n'avait jamais cessé d'être propriétaire des titres remis en garantie.

Mais les auteurs se montrent plus nuancés quant au régime de la garantie et finissent par conclure que les garanties portant sur des titres sont des sûretés *sui generis* qui, tout en étant proches des sûretés translatives d'une propriété pleine et entière, s'en distinguent néanmoins.

Section IV. Les sûretés sur la monnaie garantissant les opérations de pension

107. La pension est définie par l'article L. 211-27 du code monétaire et financier comme « l'opération par laquelle une personne morale, un fonds commun de placement, un fonds de placement immobilier ou un fonds commun de titrisation cède en pleine propriété à une autre personne morale, à un fonds commun de placement, à un fonds de placement immobilier ou à un fonds commun de titrisation, moyennant un prix convenu, des titres financiers et par laquelle le cédant et le cessionnaire s'engagent respectivement et irrévocablement, le premier à reprendre les titres, le second à les rétrocéder pour un prix et à une date convenus »¹⁸². L'article L. 211-30 du même code ajoute qu'« au terme fixé pour la rétrocession, le cédant paye le prix convenu au cessionnaire et ce dernier rétrocède les titres financiers au cédant » et que « si le cédant manque à son obligation de payer le prix de la rétrocession, les titres restent acquis au cessionnaire et si le cessionnaire manque à son obligation de rétrocéder les titres, le montant de la cession reste acquis au cédant ».

Cette définition rappelle celle de la vente assortie d'une faculté de rachat, plus connue sous le nom de « vente à réméré »¹⁸³ - à ceci près que l'engagement du cédant de racheter les titres n'est pas « facultatif », mais ferme et irrévocable. Inspirée de cette institution du droit civil, l'opération de pension, également appelée « pension livrée »,

nantissement continue d'exercer normalement ses droits sur les titres nantis, tels les droits de vote par exemple, s'il s'agit d'actions ».

¹⁸² Ancien article L. 432-12 du code monétaire et financier.

¹⁸³ L'article 1659 du code civil prévoit que le contrat de vente peut être assorti d'un pacte par lequel le vendeur se réserve la possibilité de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement des frais de la vente, des réparations qui ont été nécessaires ou qui ont contribué à l'amélioration de la chose vendue (dans la limite de l'augmentation de valeur constatée).

permet à un investisseur d'obtenir une avance de fonds en échange de la remise d'instruments financiers.

Alors que le prêt de titres permet un refinancement en titres, l'opération de pension livrée permet un refinancement monétaire¹⁸⁴. L'une et l'autre opération ont pour but « d'accroître la liquidité des marchés boursiers en favorisant l'activité de contrepartie des intermédiaires dépositaires »¹⁸⁵ : il s'agit d'obtenir des liquidités en titres ou en argent.

108. Nature de l'opération de pension : prêt de titres garanti par une sûreté sur sommes d'argent ? prêt de sommes d'argent garanti par une sûreté sur titres ? double vente ? – La nature de l'opération de pension a été controversée : certains ont analysé la remise de fonds par le cessionnaire comme une sûreté sur de la monnaie garantissant son obligation de rétrocession des titres qui lui ont été remis par le cédant¹⁸⁶, d'autres ont vu dans la remise de titres par le cédant un nantissement ou encore une cession temporaire de propriété garantissant son obligation de rembourser les sommes d'argent qui lui ont été prêtées par le cessionnaire¹⁸⁷.

¹⁸⁴ L'opération de pension livrée ne se confond pas tout à fait avec la « mobilisation » qui consiste à rendre des titres liquides sans pour autant les vendre sur le marché. MM. René Allouche et Frédéric Peltier (« Le nouveau régime des prêts de titres », *RD bancaire et bourse*, janvier – février 1992, n° 29, p. 7) définissent ainsi la mobilisation : « la mobilisation est une technique permettant à un créancier d'anticiper la disponibilité de ses créances en en percevant immédiatement le montant, en contrepartie de quoi lesdites créances sont, par un procédé juridique *ad hoc*, mises en garantie ou cédées temporairement au profit du mobilisateur [...] Ainsi le mobilisateur procède-t-il à une avance de fonds correspondant à *une partie* de la valeur des titres qui lui sont transmis temporairement en pleine propriété. Les titres transmis sont donc à considérer comme non seulement les éléments d'actif sur lesquels repose le refinancement, mais plus profondément comme les éléments d'actif apportant au refinancier une garantie en cas de non-remboursement des espèces avancées » (italiques ajoutées). Autrement dit, alors que la pension livrée est un contrat de vente assorti d'une faculté de rachat où les sommes versées par le cessionnaire des titres correspondent au prix de la totalité des titres qui lui sont remis, la mobilisation est un contrat de prêt de sommes d'argent où les sommes versées par le cessionnaire des titres ne correspondent qu'à une partie de la valeur des titres qui lui sont remis par le cédant (emprunteur) non pas en contrepartie des sommes empruntées mais en garantie du remboursement des sommes empruntées. La mobilisation doit donc s'analyser comme un contrat de prêt de sommes d'argent assorti d'une sûreté réelle portant sur des titres dont la remise au prêteur emporte transfert de leur propriété.

¹⁸⁵ R. Allouche et F. Peltier, « Le nouveau régime des prêts de titres », *RD bancaire et bourse*, janvier – février 1992, n° 29, p. 6.

¹⁸⁶ S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, p. 260.

¹⁸⁷ A. Cerles (« La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », *Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Banque éditeur, 2000, pp. 39 et s., spéc. p. 45) voit dans la garantie portant sur des titres une sûreté translative d'une propriété pleine et entière, tandis que P. de Lapasse explique que la finalité de l'opération de pension est « en tout point comparable à un nantissement où l'une des parties prête de l'argent à l'autre moyennant remise en gage de titres » (« Le nouveau régime des opérations de pension », *Bulletin de la Banque de France*, n° 7, 1994, p. 101). De la question de savoir si la sûreté portant sur des titres devait être qualifiée de nantissement ou de propriété-sûreté, dépendait le mode de réalisation de la garantie puisque, comme l'expliquent A. Lunel-Jurgensen et F. Guéranger (« Le réméré, la pension et le prêt de titres », *Revue Banque*, février 1992, n° 524, pp. 144 et s., spéc. p. 145), en cas de défaillance du débiteur, le créancier nanti ne pouvait « se saisir directement du gage », mais devait en demander la vente ou l'attribution en justice, tandis que le créancier « propriétaire » pouvait conserver les valeurs prêtées « sans avoir besoin d'accomplir des formalités supplémentaires ».

M. Sébastien Praicheux, quant à lui, classe ainsi la pension livrée parmi les sûretés garantissant les opérations de bourse, même s'il reconnaît que, dans ce cas précis, il est difficile de dissocier la sûreté de l'opération de bourse dont elle est censée être l'accessoire : « la pension livrée est marquée par une interdépendance entre deux contrats spéciaux réunis au sein d'un même acte : d'une part, un prêt, d'autre part, une sûreté fondée sur un transfert de propriété de titres » (*Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, p. 64) et « la cause de l'obligation du prêteur réside dans la constitution de sa sûreté par l'emprunteur » (*ibidem*, p. 123). Néanmoins, l'auteur se fonde sur l'intention des parties pour voir dans la pension livrée un contrat de prêt de sommes d'argent garanti par une sûreté portant sur des titres : « les parties à l'opération de

109. Mais il s'agit là d'une analyse qui, de notre point de vue, est erronée, car, dans l'opération de pension, la remise de fonds par le cessionnaire est la contrepartie de la remise de titres¹⁸⁸. Contrairement à une sûreté, l'obligation de remettre les fonds n'a pas de caractère accessoire : c'est l'obligation principale qui a pour contrepartie l'obligation (également principale) de remettre les titres, au sein d'un contrat synallagmatique qui n'est rien d'autre qu'une forme de vente. Il n'y a là rien d'autre qu'une vente suivie d'une vente en sens contraire, autrement dit une double vente¹⁸⁹. C'est d'ailleurs en ce sens qu'en 1988, la Banque de France a tenté de mettre fin à la controverse relative à la qualification des opérations de pension, en élaborant, en concertation avec les professionnels, une convention de place qui qualifie explicitement

pension entendent faire jouer au transfert de propriété des titres le rôle d'une sûreté ; ils veulent que l'opération de pension livrée réalise un prêt assorti d'une sûreté [...] seule la qualification juridique a évolué dans le temps : jadis constituée d'un gage, la sûreté épouse à présent la forme d'un véritable transfert de propriété » (*ibidem*, p. 119). Pour preuve de ce que la pension livrée doit s'analyser comme un prêt garanti par une sûreté sur des titres, et non comme une double vente, M. Sébastien Praicheux avance que « la pension prévoit une rémunération du prêteur ou de " l'apporteur de liquidités " [et que] cette rémunération est assurée par référence à un taux variable, généralement le TMP (taux moyen pondéré des opérations au jour le jour contre papier) calculé et publié quotidiennement par la Banque de France à partir d'un échantillon d'établissements actifs sur le marché interbancaire » (*ibidem*, p. 120).

D'autres auteurs ont également analysé l'opération de pension comme un prêt d'argent garanti par une cession fiduciaire de titres : F. Auckenthaler (« Les incertitudes juridiques de la pension livrée », *JCP* 1991, 3509), J. Stoufflet (« L'usage de la propriété à des fins de garantie », in *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984, p. 319) ; Cl. Witz (« Les transferts fiduciaires à titre de garantie », in *Les opérations fiduciaires*, colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, LGDJ, 1985, p. 55 et s., spéc. p. 67, note 48 : « personne ne conteste plus que les effets mis en pension font l'objet d'un transfert momentané de propriété, et non pas d'une mise en gage ») ; P. Crocq (*Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 19, et spéc. p. 31 : « l'opération est analysée, de manière majoritaire aujourd'hui, en une aliénation fiduciaire à titre de garantie ») et M. Jeantin (« Le droit financier des biens », *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, pp. 3 et s.). Ce dernier explique qu'« outre que le régime comptable et fiscal de l'opération de pension a pour effet de neutraliser les conséquences du transfert de propriété », les revenus des titres ou des valeurs remis en pension doivent être reversés au cédant, ce qui signifie que la propriété des valeurs, indubitablement transférée n'emporte pas transfert du droit sur les fruits des biens ainsi acquis » et que « l'opération s'apparente [donc] à un transfert fiduciaire de propriété » (*ibidem*, p. 6).

En revanche, certains auteurs préfèrent la qualification de nantissement de titres retenue par P. de Lapasse. Il s'agit notamment des professeurs Joseph Hamel (« L'aval en pension », *Banque*, 1957, p. 707) et Dominique Legeais (*Les garanties conventionnelles sur créances*, Economica, 1984, n° 465, p. 261).

¹⁸⁸ La pension livrée relève donc de ce que M. Sébastien Praicheux appelle les « instruments financiers-sûretés » parce que, comme pour ces instruments, il y a « une imbrication volontaire de l'opération de bourse et de la sûreté, l'instrument financier étant en lui-même l'objet d'une opération de bourse garantissant une dette née d'une autre opération qui peut être totalement étrangère à la matière » (S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, p. 64). Des auteurs ont jadis souligné cette imbrication qui caractérise la pension livrée. Ainsi, Charles Beudant et Paul Lerebours-Pigeonnière expliquent que « considérée isolément, une avance est un simple prêt, un contrat unilatéral qui n'oblige que l'emprunteur ; [que] de son côté, le nantissement est aussi un contrat unilatéral n'obligeant que le créancier gagiste », mais « l'avance sur titres devient une convention synallagmatique car les deux parties sont obligées – l'une à restituer le gage qu'elle reçoit, l'autre à rembourser le prêt – non en vertu de deux conventions unilatérales juxtaposées et concomitantes, mais en vertu d'une convention unique opérant fusion des contrats de prêt et de gage ». En d'autres termes, « le caractère synallagmatique de la convention résulte de ce qu'elle fusionne dans une même opération deux contrats qui, envisagés isolément, sont unilatéraux » (*Cours de droit civil français*, t. XIII, *Les sûretés personnelles et réelles*, par P. Voirin, éd. Rousseau, 2^e éd., 1948, n° 203, p. 208).

¹⁸⁹ C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le cessionnaire des titres s'est vu reconnaître un droit de propriété plein et entier sur lesdits titres. La convention de place de la Banque de France relative aux opérations de pension entrée en vigueur le 15 septembre 1990 prévoyait ainsi que « pendant toute la durée de la mise en pension, le cessionnaire est plein propriétaire des titres qui lui ont été cédés et, en conséquence, peut en disposer à tout moment jusqu'au terme convenu, notamment les céder à son tour, les mettre en pension, les affecter en nantissement, en percevoir à son profit les produits éventuels. Il fait son affaire des mesures propres à lui permettre de restituer lesdits titres au cédant à l'échéance de la pension ».

les opérations de pension d'opérations d'achat/vente¹⁹⁰. Du reste, il ne peut s'agir d'un contrat de prêt de sommes d'argent garanti par l'aliénation fiduciaire de titres, car le cédant n'a pas deux obligations, à savoir celle de rembourser les sommes prêtées et celle de remettre les titres en garantie, mais une seule obligation : celle de remettre les titres en contrepartie desquels lui sont versées des sommes qui ont le caractère d'un prix, et non d'un prêt¹⁹¹.

110. Longtemps, la loi envisageait la possibilité de garantir la pension livrée par la constitution d'une sûreté sur de la monnaie. En effet, après avoir défini l'opération de pension, l'article 12 de la loi n° 93-1444 du 31 décembre 1993 portant diverses dispositions relatives à la Banque de France, à l'assurance, au crédit et aux marchés financiers prévoyait en son I que « les parties [pouvaient] également convenir de *remises complémentaires, en pleine propriété, de valeurs, titres ou effets ou de sommes d'argent,*

¹⁹⁰ L'article 1^{er} de la convention de place relative aux opérations de pension établie en 1988 par la Banque de France définit la « mise en pension » comme « l'opération par laquelle une personne (le cédant) cède en propriété à une autre personne (le cessionnaire) des effets publics ou privés, des valeurs mobilières ou des titres de créances négociables [...] et par laquelle le cédant et le cessionnaire s'engagent respectivement et irrévocablement le premier à les reprendre, le second à les rétrocéder, pour un prix et à une date convenus ». L'article 2 de cette même convention prend soin de préciser que « pendant toute la durée de la mise en pension, le cessionnaire est plein propriétaire des titres qui lui ont été cédés et, en conséquence, peut en disposer à tout moment jusqu'au terme convenu, notamment les céder à son tour, les mettre en pension, les affecter en nantissement, en percevoir à son profit les produits éventuels » et qu'« il fait son affaire des mesures propres à lui permettre de restituer lesdits titres au cédant à l'échéance de la pension ». Quant au caractère « livré » de la pension, les articles 5 et 6 en précisent le sens. L'article 5 indique que « les titres créés matériellement sont dits "livrés" si, au moment de la mise en pension, ils sont : - soit effectivement et physiquement délivrés au cessionnaire ; - soit, d'un commun accord révoquant à tout instant, conservés par le cédant à condition qu'ils fassent l'objet d'une individualisation et d'une spécification au nom du cessionnaire que ce dernier ou son mandant pourra vérifier ou faire vérifier à tout instant jusqu'au règlement définitif de l'opération ». De leur côté, en application de l'article 6, « les titres dématérialisés sont dits "livrés" s'ils font l'objet, au moment de la mise en pension, d'un virement à un compte ouvert au nom du cessionnaire ou de son mandant dans un établissement habilité ». Mme Aline Lunel-Jurgensen et M. François Guéranger (« Le réméré, la pension et le prêt de titres », *Revue Banque*, février 1992, n° 524, pp. 144 et s., spéc. p. 146) ajoutent que « les établissements souhaitant conclure des opérations de pension, en manifestant clairement leur choix de réaliser une opération incluant une vente (un achat) ferme, accompagnée d'un engagement de rachat (de revente), peuvent déposer auprès de la banque centrale un exemplaire de la convention revêtu de leur signature : toute opération conclue entre deux signataires de ce texte est donc réputée ressortir au cadre ainsi défini ».

¹⁹¹ Même M. Sébastien Praicheux, qui s'évertue à analyser la pension livrée comme une forme de propriété-sûreté, finit par convenir de ce que le législateur l'a conçue comme un double contrat de vente : « en général, les textes propres aux propriétés-sûretés boursières n'énoncent pas de quelle manière s'opère la restitution de la chose remise en garantie. En matière de pension livrée, le code monétaire et financier prévoit que "le cédant et le cessionnaire s'engagent respectivement et irrévocablement, le premier à reprendre les valeurs, titres, ou effets, le second à les rétrocéder pour un prix et à une date convenue". Cette disposition semble indiquer qu'un second transfert doit s'opérer à l'échéance de la créance garantie. Toutefois, c'est la qualification inappropriée que le législateur a donnée à l'opération de pension qui l'a conduit à prévoir une telle obligation : *dans la mesure où il a vu dans la pension un double contrat de vente* » (*Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, p. 292). On notera à cet égard que les conventions de portage de titres n'ont pas davantage le caractère d'une propriété-sûreté ni même d'une sûreté. Comme l'explique le professeur Pierre Crocq (*Propriété et garantie, op. cit.*, p. 47), « la convention de portage de titres est la convention par laquelle une personne, appelée "porteur", souscrit ou achète les titres d'une société à la demande d'une autre personne, appelée "donneur d'ordre", et s'engage à céder la propriété de ces titres au donneur d'ordre ou à un tiers à l'issue d'un délai déterminé et pour un prix fixé à l'avance », le porteur concluant le plus souvent avec le donneur d'ordre soit un contrat de mandat permettant à ce dernier de voter aux assemblées générales de la société dont les titres sont acquis, soit une convention de vote dont la validité peut être admise « en raison de sa neutralité à l'égard de l'intérêt social » (*ibid.*). La convention de portage de titres n'organise rien d'autre que deux ventes successives de titres, et comme l'écrira à juste titre le professeur Pierre Crocq, « cette convention n'a pas nécessairement une finalité de crédit et de garantie » (*ibid.*).

pour tenir compte de l'évolution de la valeur des titres ou des effets mis en pension » (italiques ajoutées)¹⁹².

En d'autres termes, la loi ménageait aux parties à l'opération de pension la possibilité de garantir le risque de fluctuation du cours des titres cédés par des sûretés sur de la monnaie qui ressemblaient, sans se confondre avec eux, à des appels de marge¹⁹³. Il s'agissait pour le cédant de verser au cessionnaire des sommes qui avaient le caractère de compléments de prix si la valeur des titres cédés venait à baisser, et, pour le cessionnaire, de verser au cédant des sommes qui avaient le caractère de dépôts garantissant son obligation de rétrocession si la valeur des titres cédés venait à augmenter.

Conclusion

111. Les sûretés sur les marchés financiers peuvent être soit personnelles soit réelles. Pour ce qui est des sûretés personnelles, qu'il s'agisse de la garantie de bonne fin de la chambre de compensation, de l'obligation de du croire de l'adhérent à cette chambre, du fonds de garantie de la compensation¹⁹⁴ ou du fonds de garantie des dépôts¹⁹⁵, elles doivent toutes, selon M. Sébastien Praicheux, s'analyser comme des cautionnements¹⁹⁶.

¹⁹² Alinéa 4 de l'ancien article L. 432-12 du code monétaire et financier.

¹⁹³ L'article 3 de la convention de place relative aux opérations de pension établie en 1988 par la Banque de France fait d'ailleurs directement référence aux appels de marge en prévoyant que le cessionnaire a « toute latitude pour convenir avec le cédant de la constitution de *marges* complémentaires dont le cessionnaire acquiert alors également la propriété » (italiques ajoutées).

¹⁹⁴ M. Sébastien Praicheux explique que la garantie fournie par ce fonds n'est pas de nature indemnitaire mais qu'il s'agit bien d'une forme de cautionnement. Selon lui, « ce n'est ni un fonds qui se porte garant, ni [la chambre de compensation] LCH Clearnet, quoique les textes paraissent dire le contraire, mais bien chacun des adhérents à la chambre de compensation », et « ce fonds n'a aucune existence juridique ni comme personne morale ni en tant que patrimoine d'affectation ». Autrement dit, il faut bannir l'idée reçue « qui voudrait que la dette garantie par ce fonds représente la dette de la chambre de compensation envers chaque adhérent alors que la chambre de compensation n'est pas partie aux contrats conclus entre adhérents mais tiers garant de ces contrats » (*Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, p. 150). Selon le même auteur, « l'engagement dénommé "Fonds de garantie de la compensation" correspond à l'acte par lequel chacun des adhérents à la chambre de compensation se porte caution des engagements que les différents adhérents à cette chambre souscrivent les uns envers les autres » (*ibidem*, p. 157). En cas de défaillance d'un adhérent, les cautions sont donc appelées dans l'ordre suivant : tout d'abord les adhérents autres que l'adhérent défaillant, au titre du Fonds de garantie de la compensation, et ensuite la chambre de compensation au titre de la garantie de bonne fin.

¹⁹⁵ Selon M. Sébastien Praicheux, « le fonds de garantie des dépôts [...] protège le droit à restitution des déposants à raison des espèces ou instruments financiers qu'ils ont déposés, notamment auprès d'établissements de crédit et d'entreprises d'investissement » (*Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, p. 132). La loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière a en effet garanti les droits des déposants de sommes d'argent en créant un fonds de garantie des dépôts destiné à indemniser totalement ou partiellement les clients des établissements de crédit qui viendraient à faire faillite (jusqu'à 100 000 € par déposant et par établissement).

¹⁹⁶ S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, p. 56.

En revanche, la nature des sûretés réelles est plus controversée. Selon M. Sébastien Praicheux, les nantissements de comptes-titres, les gages portant sur des produits dérivés, et les couvertures fournies sur les marchés de gré à gré doivent être qualifiés de gages tandis que les couvertures sur les marchés réglementés et les garanties des opérations de pension livrée doivent être qualifiées de sûretés translatives d'une propriété pleine et entière.

112. Selon nous, les sûretés sur titres ou sommes d'argent prévues dans le cadre des systèmes dits « de règlement-livraison », celles fournies en garantie des opérations de prêts de titres ou de pension livrée, ou encore celles fournies en garantie des obligations financières et connues sous le nom de « couvertures » s'apparentent plus à des gages irréguliers qu'à des propriétés-sûretés emportant transfert d'une propriété pleine et entière.

Elles ne sont pas davantage assimilables aux fiducies-sûretés désormais régies par le code civil. En effet, si l'on en croit M. Hubert de Vauplane, « les praticiens de la finance et de la banque n'ont pas attendu la loi du 19 février 2007 [instituant la fiducie] pour utiliser des mécanismes proches de la fiducie » mais qui ne sont pas pour autant assimilables à la fiducie au sens où l'entend désormais le code civil¹⁹⁷. Selon cet auteur, à l'exception des couvertures constituées sur les marchés réglementés en application de l'article 49 de la loi de modernisation des activités financières du 2 juillet 1996¹⁹⁸, « il n'est pas possible de qualifier les transferts de propriété à titre de garantie du droit bancaire et financier de fiducie au sens de l'article 2011 du code civil [...] du fait de l'absence d'affectation spéciale au sein du patrimoine du créancier »¹⁹⁹.

Certes, le « gage-espèces », le « prêt de titres avec ou sans garantie », les couvertures sur les marchés de gré à gré, et les garanties exigées dans les systèmes de paiement et de règlement-livraison sont, selon M. Hubert de Vauplane, des remises « fondées sur l'idée d'une propriété temporaire et asservie »²⁰⁰, et animées par le même

¹⁹⁷ H. de Vauplane, « La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier », *JCP E*, n° 36, septembre 2007, p. 2051.

¹⁹⁸ *Ibidem*. De même que M. Hubert de Vauplane soutient que l'article 49 de la loi du 2 juillet 1996 a instauré une propriété fiduciaire avec patrimoine d'affectation, distincte de la propriété pleine et entière, de même M. Pierre Decheix écrivait en 1997 qu'« il exist[ait] donc en France désormais deux sortes de pleine propriété : celle qui est définie par l'article 544 du code civil et accessible à tout un chacun, avec ses attributs traditionnels, *usus, fructus* et *abusus*, et celle de l'article 49 de la loi du 2 juillet 1996 réservée aux seuls banquiers qui ne peuvent pas en disposer à titre gratuit et qui ne voient pas entrer dans leur patrimoine les biens qui en sont l'objet pour être le gage commun de leurs créanciers » (« La fiducie ou le sens des mots », D. 1997, p. 35).

¹⁹⁹ *Ibidem*.

²⁰⁰ *Ibidem*. L'auteur fait remarquer que le rapport du sénateur H. de Richemont parle même de propriété « altérée ou dégradée » (Rapport n° 11 (2006-2007) fait au nom de la commission des Lois sur la proposition de loi instituant la fiducie, par le sénateur Henri de Richemont, enregistré à la Présidence du Sénat le 11 octobre 2006).

souci « d'éviter le concours des autres créanciers bénéficiaires de sûretés traditionnelles, et plus généralement, de rendre plus efficaces ces garanties dans le cadre de l'ouverture d'une procédure collective ou de tout autre mécanisme similaire »²⁰¹. Mais ces techniques bancaires et boursières ne se confondent pas avec la fiducie-sûreté récemment introduite dans le code civil dans la mesure où le créancier de titres ou de sommes d'argent ne retient pas ceux-ci dans un patrimoine fiduciaire distinct de son patrimoine²⁰².

113. Il n'en reste pas moins que l'évolution du droit des marchés financiers tend à faire des sûretés portant sur de la monnaie, des sûretés dont la constitution emporte transfert au créancier d'une forme de propriété sur les sommes d'argent remises en garantie²⁰³.

Cette évolution s'est notamment faite sous l'impulsion du droit communautaire. La directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juin 2002, concernant les contrats de garantie financière prévoit notamment la possibilité de transférer la propriété de sommes d'argent ou d'instruments financiers à titre de garantie de contrats financiers et au bénéfice des professionnels intervenant sur les marchés financiers²⁰⁴.

²⁰¹ H. de Vauplane, « La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier », *JCP E*, n° 36, septembre 2007, p. 2051.

²⁰² *Ibidem* : « la pratique, qui fut suivie par le législateur, développa des mécanismes où le créancier d'une somme d'argent ou de titres, retenait une chose – titres ou créances – dans son patrimoine jusqu'à complet remboursement par son débiteur. C'est d'ailleurs là que se situe la principale différence entre ces techniques bancaires et boursières et la fiducie-sûreté traditionnelle. Si les deux situations opèrent bien transfert de propriété à titre de garantie, les mécanismes d'aliénation du droit bancaire et financier ne conduisent pas à isoler dans un patrimoine isolé de celui du créancier les actifs transférés alors que l'une des caractéristiques de la fiducie réside justement dans l'affectation séparée des biens transmis du patrimoine du fiduciaire. Mieux, c'est même la solution inverse qui est recherchée dans les opérations bancaires et financières : du fait du transfert de propriété opéré par l'aliénation et de la fongibilité de certains actifs (monnaies scripturales en particulier, mais aussi dans une certaine mesure instruments financiers), il s'agit de laisser au créancier propriétaire temporaire des actifs la possibilité d'utiliser les biens remis à titre de garantie ».

²⁰³ Avant l'introduction de la fiducie-sûreté dans notre droit en 2007, certains auteurs regrettaient que le législateur n'ait consacré la validité de la propriété-sûreté que de façon ponctuelle, en droit des marchés financiers, et non de façon générale. Voir notamment : S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, p. 231 ; S. Plais, « Réflexions sur le gage de compte d'instruments financiers en couverture d'opérations de dérivés de gré à gré », *Banque et droit*, n° 87, janvier-février 2003, p. 3 ; D. Legeais, « L'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles », *Mélanges Cabrillac*, Litec, 1999, n° 365, pp. 375 et s.

²⁰⁴ Il s'agit notamment des organismes du secteur public qui, dans les États membres, sont chargés de la gestion de la dette publique, des banques centrales, de la Banque centrale européenne (BCE), de la Banque des règlements internationaux (BRI), du Fonds monétaire international (FMI), de la Banque européenne d'investissement (BEI), des établissements de crédit, des entreprises d'assurance et d'investissement, ou encore des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM). M. Sébastien Praicheux (*Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, p. 55) critique l'apparente restriction des sûretés translatives de propriété à ces catégories de bénéficiaires. L'adoption de textes spécifiques pour prévoir l'effet translatif de propriété des remises de titres ou de sommes d'argent lorsqu'elles se font auprès de ces bénéficiaires précis, conduit, selon cet auteur, à suggérer, à tort, que les transferts de propriété à fin de sûreté ne seraient valides sur les marchés financiers que lorsqu'ils profiteraient aux seuls bénéficiaires précités, alors que, selon lui, « le droit positif conduit à ériger en règle de principe la validité des transferts de propriété à fin de sûreté ». L'auteur déplore d'une part le fait que le législateur européen n'ait pas établi un régime juridique unique de la propriété-sûreté, susceptible de s'appliquer au-delà de la seule matière boursière, et d'autre part le fait qu'il ait défini le régime des garanties financières en fonction de la nature des bénéficiaires plutôt qu'en fonction de la nature des opérations garanties, alors même que les marchés financiers s'organisent moins selon la nature des intervenants que selon la nature des instruments financiers qui y sont négociés.

L'article 2-1 *b*) définit le contrat de garantie financière avec transfert de propriété comme « un contrat, y compris les conventions de mise en pension (*repurchase agreements*), aux termes duquel le constituant de la garantie transfère au preneur de cette dernière, la pleine propriété des instruments financiers ou espèces²⁰⁵ donnés en garantie, afin d'assurer l'exécution des obligations financières couvertes ou de la couvrir d'une autre manière ».

114. Mais cette directive admet tout aussi bien la possibilité de garantir les obligations financières par des sûretés non translatives de propriété. Dans le cadre de ce que son article 2-1 *c*) désigne comme des « contrats de garantie financière avec constitution de sûreté », « le constituant remet au preneur ou en sa faveur, des espèces ou des instruments financiers en garantie » et « le constituant conserve la pleine propriété de ces actifs lorsque le droit afférent à cette sûreté est établi ».

Toutefois il s'agit d'une sûreté non translative de propriété d'une nature particulière puisque l'article 5-1 de la directive impose aux États membres de faire en sorte que, même dans le cadre des contrats de garantie financière avec constitution de sûreté, « le preneur de la garantie puisse exercer le *droit d'utilisation* en ce qui concerne des instruments financiers fournis en vertu du contrat » (italiques ajoutées). Ce « droit d'utilisation » correspond à une sorte d'*abusus* provisoire en vertu duquel le preneur de la garantie peut disposer des instruments financiers – mais pas des espèces – formant l'objet de la sûreté à condition « de transférer une garantie équivalente pour remplacer les instruments financiers originellement constitués en garantie au plus tard à la date fixée pour l'exécution des obligations financières couvertes par le contrat de garantie financière » (article 5-2).

Les textes communautaires façonnent ainsi une sûreté non translative de propriété lors de sa constitution qui confère tout de même à son bénéficiaire le droit de disposer des instruments financiers affectés en garantie à condition d'en conserver la valeur par substitution d'autres instruments financiers pour un montant équivalent²⁰⁶.

²⁰⁵ La directive 2002/47/CE précise en son 2-1 *d*) qu'il faut entendre par « espèces » « de l'argent porté au crédit d'un compte dans n'importe quelle monnaie ou des créances similaires ouvrant droit à la restitution d'argent, tels que les dépôts sur le marché monétaire ».

²⁰⁶ Selon M. Sébastien Praicheux, cet aménagement du régime des sûretés non translatives de propriété serait motivé par le souci de renforcer la liquidité des marchés (*Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, p. 252).

115. Faut-il refuser de voir dans le droit réel du constituant de la garantie un « nouveau droit de propriété, même démembré » et considérer que le droit d'utilisation reconnu au bénéficiaire de la garantie contre obligation de restitution d'actifs équivalents, « transforme le contrat de gage en contrat de propriété-sûreté »²⁰⁷ ?

Ou faut-il au contraire voir dans le contrat de garantie financière avec constitution de sûreté et « droit d'utilisation » des actifs en garantie, une invitation du droit communautaire à créer dans notre droit une sûreté qui, en raison de la nature fongible de son objet plutôt qu'en raison de la volonté des parties, transférerait à son bénéficiaire une forme d'*abusus* provisoire sans pour autant anéantir le droit réel du constituant qui subsisterait à l'état d'*abusus* définitif ? Cette sûreté ne se confondrait pas avec une propriété-sûreté puisque, d'une part, le transfert du droit de disposer de l'objet de la sûreté à titre provisoire préserverait le droit réel *sui generis* du constituant, et, d'autre part, ce transfert serait lié non pas à la volonté des parties, mais à la nature fongible du bien affecté en garantie. Une telle sûreté, proche de ce que l'on a coutume de qualifier de « gage irrégulier », supposerait que soit consacré un nouveau droit réel, le droit réel « planant » ou « flottant » de celui qui remet à autrui des choses fongibles.

²⁰⁷ S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, p. 251. *Adde*, p. 253 : « le gage peut donc être utilisé sur les marchés financiers toutes les fois où le législateur n'impose pas, comme à l'[ancien] article L. 442-6 du code monétaire et financier, le recours à la propriété-sûreté. Cependant, lorsque le gage est constitué d'instruments financiers ou d'espèces, le législateur, français puis européen, établit d'importantes dérogations au droit commun [...] au prix d'une requalification indispensable du contrat de gage en propriété-sûreté. »

TITRE II. DE LA NATURE INCORPORELLE DE LA MONNAIE

116. Renouveau du débat sur la nature corporelle ou incorporelle de la monnaie à la suite de la réforme du droit des sûretés de 2006. – C’est un vieux et vaste débat doctrinal que de savoir si la monnaie est un bien corporel et/ou incorporel. Mais ce débat est loin d’être dépourvu d’intérêt et d’actualité, en particulier depuis la réforme du droit des sûretés opérée par l’ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006¹, et depuis l’introduction dans notre droit de la fiducie-sûreté² qui peut notamment porter sur des sommes d’argent, comme le suggère implicitement l’article 2372-3, alinéa 3, du code civil.

En effet, en redéfinissant les notions de « gage » et de « nantissement », et en réservant la première aux seuls meubles corporels³, et la seconde aux seuls meubles incorporels⁴, l’ordonnance du 23 mars 2006 a reposé avec acuité la question de savoir si la monnaie est un bien exclusivement corporel, ou tantôt corporel (sous sa forme fiduciaire : pièces, billets de banque⁵), tantôt incorporel (sous sa forme scripturale : comptes bancaires soit courants et non bloqués, soit spéciaux et bloqués), ou encore exclusivement incorporel⁶.

117. Utilité de la détermination de la nature de la monnaie. – Dans la mesure où les sûretés sur la monnaie sont « d’usage commun », leur qualification et la définition de leur régime « appelle[nt], par conséquent, une urgente détermination »⁷. En effet, ce régime peut aujourd’hui être considéré comme étant ou bien celui de la fiducie-sûreté (avec transfert de propriété dès la constitution de la sûreté), ou bien celui du gage, ou

¹ D. R. Martin, « Du gage-espèces », D. 2007, pp. 2556 et s.

² Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, complétée par l’ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, et par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d’allègement des procédures.

³ Code civil, livre IV, chapitre II : « Du gage de meubles corporels », article 2333, alinéa 1^{er} : « Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers *corporels*, présents ou futurs » (italiques ajoutées).

⁴ Code civil, livre IV, chapitre III : « Du nantissement de meubles incorporels », article 2355, alinéa 1^{er} : « Le nantissement est l’affectation en garantie d’une obligation, d’un bien meuble *incorporel* ou d’un ensemble de biens meubles *incorporels*, présents ou futurs » (italiques ajoutées).

⁵ Contrairement à une idée très répandue, la monnaie fiduciaire s’entend non seulement de la monnaie-papier, mais aussi de la monnaie métallique. Voir : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 2011, pp.662-663 : la monnaie fiduciaire y est définie comme le « moyen de paiement constitué par des billets de banque ou des pièces métalliques ».

⁶ D. R. Martin, « Du gage-espèces », D. 2007, pp. 2556 et s : « le nouveau droit des sûretés mobilières a l’avantage de poser, comme jamais, la question d’une prétendue différence de nature de la monnaie selon qu’on la considère dans sa forme fiduciaire ou scripturale. Alors que, dans le premier cas, chacun lui reconnaît une nature corporelle [...], on tient généralement pour “ improbable ” qu’on puisse y voir jamais, dans le second, une “ chose corporelle ”. »

⁷ *Ibidem*.

bien celui du nantissement. Si on considère que la monnaie fiduciaire est un bien corporel, les sûretés sur monnaie fiduciaire peuvent être soumises, depuis 2006, au régime du gage, et, depuis 2009, à celui de la fiducie-sûreté. Au sein du régime du gage, si les sommes d'argent formant l'assiette de la sûreté ne sont pas individualisées, faute d'obligation mise à la charge du créancier de les tenir « séparées des choses de même nature qui lui appartiennent »⁸, la remise de monnaie fiduciaire par le constituant emporte transfert de propriété au profit du créancier gagiste dès la constitution de la sûreté. Si on considère que la monnaie scripturale est un bien incorporel, alors, outre celle de la fiducie-sûreté, s'offre l'option suivante :

- soit elle est un bien incorporel autre qu'une créance – dans quel cas l'ordonnance de 2006 a supprimé une bonne partie des problèmes en appliquant au nantissement de biens incorporels autres que des créances le régime du gage, par renvoi de l'article 2355, alinéa 5, du code civil⁹, et en aménageant notamment la possibilité d'un transfert de propriété *ab initio* lorsque la sûreté est constituée de sommes inscrites en compte et non individualisées au sein du patrimoine du créancier ;

- soit elle est un bien incorporel constitutif d'une créance – dans quel cas l'ordonnance de 2006 a prévu un régime propre sans transfert de la propriété du bien nanti lors de la constitution de la sûreté.

La remise de monnaie scripturale au créancier peut donc, selon qu'elle est considérée (ou non) comme étant une créance, emporter (ou non) transfert de propriété lors de la constitution de la sûreté.

118. Qui plus est, au stade du transfert de propriété lors de la réalisation de la sûreté, alors que le créancier gagiste tenu de maintenir la monnaie fiduciaire qu'il a reçue en gage séparée « des choses de même nature qui lui appartiennent » (article 2344, alinéa 1^{er}, du code civil) devra, pour se l'approprier, soit « faire ordonner en justice que le bien lui demeurera en paiement » (article 2347 du code civil), soit conclure un pacte commissaire¹⁰, le créancier nanti pourra, si l'on en croit l'article 2364, alinéa 1^{er}, du code civil, procéder directement à l'imputation des « sommes payées au titre de la

⁸ Article 2344, alinéa 1^{er}, du code civil.

⁹ Article 2355, alinéa 5, du code civil : « celui [le nantissement conventionnel] qui porte sur d'autres meubles incorporels [que des créances] est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels ».

¹⁰ Sans toutefois procéder à l'évaluation à dire d'expert prévue par l'article 2348 du code civil – qui n'aurait aucun sens pour la monnaie dont la liquidité est « congénitale », comme l'écrit le doyen Jean Carbonnier (*Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, Coll. Quadrige, PUF, 19^e éd., 2004, n° 675, p. 1532).

créance nantie » sur la créance garantie, lorsque celle-ci est échue¹¹. Autrement dit, lorsque créance garantie et créance nantie sont échues, l'article 2364, alinéa 1^{er}, du code civil inscrit dans tout nantissement de créance un pacte comissoire « légal »... et limite l'utilité du pacte comissoire « conventionnel » de l'article 2365, alinéa 1^{er}, du code civil au seul cas où la créance garantie est échue et que la créance nantie ne l'est pas.

119. Prétendre déterminer la nature corporelle ou incorporelle de la monnaie, c'est donc moins évoluer dans un paradis des concepts que tenter de répondre à des questions techniques très concrètes¹². Or il nous semble que la distinction de deux régimes de sûretés selon la nature corporelle ou incorporelle du bien affecté en garantie invite à remettre en cause la *summa divisio* jusque là communément admise en doctrine selon laquelle un même bien (la monnaie) peut être tantôt corporel (si elle se présente sous forme de billets de banque et de pièces métalliques), tantôt incorporel (si elle se présente sous forme d'écritures comptables)¹³. Une telle *summa divisio* ressortit à ces aberrations surannées¹⁴ du droit civil français qui, par exemple, vont conduire à considérer que les pigeons qui sont dans les colombiers sont des immeubles (par destination)¹⁵, tandis que ceux qui évoluent en liberté sont des meubles – encore que, dans cet exemple, les pigeons peuvent s'estimer heureux de conserver un corps qu'ils soient, ou non, en liberté. La monnaie que nous utilisons chaque jour n'a pas autant de

¹¹ Article 2364, alinéa 1^{er}, du code civil : « les sommes payées au titre de la créance nantie s'imputent sur la créance garantie lorsqu'elle est échue ». Mais on peut se demander si une telle disposition n'entre pas en contradiction avec celles de l'alinéa 1^{er} de l'article 2365 du code civil, qui dispose qu'« en cas de défaillance de son débiteur, le créancier nanti peut se faire attribuer, par le juge ou dans les conditions prévues par la convention, la créance donnée en nantissement ainsi que tous les droits qui s'y attachent ». Si l'on applique l'article 2365, alinéa 1^{er}, du code civil, le créancier bénéficiaire d'une sûreté sur monnaie scripturale est dans la même situation que le créancier bénéficiaire d'une sûreté sur monnaie fiduciaire « individualisée », c'est-à-dire non confondue avec la monnaie fiduciaire présente dans son patrimoine. Si l'on applique l'article 2364, alinéa 1^{er}, du code civil, le premier (qui n'a besoin ni d'attribution judiciaire ni de pacte comissoire) est dans une situation différente du second (qui doit recourir soit à l'attribution judiciaire soit au pacte comissoire).

¹² R. Libchaber, « Gage sur sommes d'argent », étude 269, *Droit des sûretés*, coll. Lamy Droit civil, 2002 : « Quoiqu'il vise cette abstraction que sont les unités monétaires, le gage s'établira donc tantôt sur des biens corporels, billets de banque et plus rarement pièces de monnaie, tantôt sur des biens incorporels – les unités monétaires scripturales. Le gage de sommes d'argent est donc par nature à cheval sur la coupure entre les biens corporels et les biens incorporels, dont on sait qu'elle est très loin d'être indifférente au régime de la sûreté ».

¹³ Cette *summa divisio* est bien résumée par N. Catala, dans sa thèse intitulée *La nature juridique du paiement*, Bibl. dr. priv., t. 25, LGDJ, 1961, préf. J. Carbonnier, p. 149 : « lorsqu'elle [la monnaie] est représentée dans le patrimoine par des *instruments monétaires traditionnels*, pièces ou billets, celui qui les détient exerce à leur égard son droit de propriété comme il le ferait à l'égard d'un bien corporel et fongible. Mais les unités monétaires idéales ne revêtent pas toujours une forme tangible. Elles peuvent n'avoir qu'une existence immatérielle. Le droit du propriétaire s'exerce alors d'une façon beaucoup plus abstraite. Tant qu'elle n'est pas utilisée, cette *monnaie scripturale* n'est matérialisée que par les écritures d'une banque ou de l'administration postale. C'est seulement pour être aliénée qu'elle s'incarne en signe tangible, chèque ou ordre de virement. Mais ce signe ne constitue pas une monnaie absolue : il ne vaut pas par lui-même, mais par la créance qu'il représente ».

¹⁴ Aberration qui suscite la perplexité du professeur R. Libchaber : « les auteurs se satisfont de la disparité juridique d'objets dont l'usage est similaire » (*Recherches sur la monnaie en droit privé*, Bibl. dr. priv., t. 225, LGDJ, 1992, préf. P. Mayer, p. 70), et la véhémence du professeur D.R. Martin : « de là qu'une même chose – l'argent – sans changer de nature, ne serait pas égale à elle-même dans l'une ou l'autre de ses modalités de représentation ! Faudra-t-il subir longtemps encore une telle incongruité qui confine à l'incohérence ? » (D.R. Martin, « Du gage-espèces », D. 2007, pp. 2556 et s.).

¹⁵ Article 524, alinéa 2, du code civil.

chance. Mais c'est surtout aux créanciers bénéficiaires de sûretés sur de la monnaie que ces incertitudes conceptuelles peuvent nuire : devra-t-il suivre le régime du gage, celui du nantissement ou celui de la fiducie-sûreté pour garantir sa créance ? Y aura-t-il transfert de la propriété des sommes inscrites en compte dès la constitution de la sûreté ou seulement lors de sa réalisation ?

120. Aussi est-ce la raison pour laquelle il nous a paru nécessaire, avant d'entamer une étude plus approfondie des sûretés sur sommes d'argent, de réfléchir à la nature de l'objet de ces sûretés, et, par conséquent, de déterminer si la monnaie est un bien corporel ou incorporel – toute solution mixte devant, selon nous, être exclue. Une telle étude s'impose d'autant plus que la monnaie est, pour reprendre la formule du professeur Libchaber, « l'inconnue du droit »¹⁶. En effet, le code civil ne donne aucune réponse à la question. La monnaie y apparaît rarement – si ce n'est sous les appellations d'« argent », aux articles 1326¹⁷, 1895¹⁸ et 1905¹⁹ ; d'« argent comptant », aux articles 533²⁰, 536²¹ et 1471²² ; ou encore de « deniers », à l'article 2374, 1^o, 2^o et 5^o. On trouve également les formules lapidaires de « somme »²³ ou de « somme monnayée »²⁴. L'article 1905 ne fait rien d'autre que de classer implicitement l'« argent » parmi les meubles. L'article 533, non sans contradiction avec la précédente disposition, exclut que l'on entende par « meuble », l'« argent comptant » (autrement dit la monnaie fiduciaire) qu'il range au demeurant avec les « dettes actives » (c'est-à-dire des biens incorporels constitutifs de créances). De même, l'article 1471 distingue les « meubles » de l'« argent comptant ». L'article 536, sur lequel on sera appelé à revenir, semble également ranger l'« argent comptant » avec les « dettes actives » et « autres droits »

¹⁶ R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., pp. 1 et 2 : « le droit bavarde autour de la monnaie sans jamais la saisir ».

¹⁷ Article 1326 du code civil : « l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une *somme d'argent* ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention écrite par lui-même de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres » (italiques ajoutées).

¹⁸ L'article 1895 du code civil est relatif au prêt de consommation et dispose que « l'obligation qui résulte d'un prêt en *argent* n'est toujours que de la somme numérique énoncée au contrat » (italiques ajoutées).

¹⁹ L'article 1905 du code civil est relatif au prêt à intérêts et dispose qu'« il est permis de stipuler des intérêts pour un simple prêt soit d'*argent*, soit de denrées, ou autres choses *mobilières* » (italiques ajoutées).

²⁰ Article 533 du code civil : « Le mot meuble, employé seul dans les dispositions de la loi ou de l'homme, sans autre addition ni désignation, ne comprend pas l'*argent comptant*, les pierreries, les *dettes actives*, les livres, les médailles, les instruments des sciences, des arts et métiers, le linge de corps, les chevaux, équipages, armes, grains, vins, foin et autres denrées ; il ne comprend pas aussi ce qui fait l'objet d'un commerce » (italiques ajoutées).

²¹ Article 536 du code civil : « La vente ou le don d'une maison, avec tout ce qui s'y trouve, ne comprend pas l'*argent comptant*, ni les *dettes actives et autres droits* dont les titres peuvent être déposés dans la maison ; tous les autres effets mobiliers y sont compris ».

²² Article 1471 du code civil : « Les prélèvements s'exercent d'abord sur l'*argent comptant*, ensuite sur les meubles, et subsidiairement sur les immeubles de la communauté » etc.

²³ Articles 1153 et 1469 du code civil.

²⁴ Article 1932 du code civil qui dispose, au sujet du contrat de dépôt, que « le dépôt des *sommes monnayées* doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il a été fait » (italiques ajoutées).

(c'est-à-dire des biens incorporels). L'article 2374, relatif aux privilèges immobiliers spéciaux, évoque à plusieurs reprises le « prêteur de deniers », les « deniers » fournis pour l'acquisition d'un immeuble, et « ceux qui ont prêté les deniers pour payer ou rembourser les ouvriers ». Cet examen rapide des quelques rares dispositions du code civil mentionnant la monnaie tend donc, à première vue, à ranger la monnaie plutôt du côté des « dettes actives », et des « droits », c'est-à-dire du côté des biens incorporels, que du côté des choses dont la valeur réside tout entière dans leur matérialité, autrement dit du côté des biens corporels. Ce constat est corroboré par le questionnement du doyen Jean Carbonnier qui écrit au sujet des pièces métalliques et des billets de banque qu'« apparemment, ce sont des choses, et classiquement le droit les fait entrer dans les classifications ordinaires des biens », mais qu'« il faut se demander, pourtant, si leur fonction monétaire n'imprime pas à leur statut une originalité qu'accentue, pour le billet de banque, le caractère de créance qui fut le sien au temps jadis »²⁵.

121. Défense d'une théorie de la nature incorporelle de la monnaie sous toutes ses formes (métallique, papier et scripturale). – Non seulement il ne faut pas se contenter d'éluder le problème en se bornant à constater, au sujet des classifications biens corporels/biens incorporels, que « la monnaie constitue une richesse qui a une nature particulière et échappe à ces classifications »²⁶, mais il faut même dépasser ce qui, chez le doyen Jean Carbonnier, est resté à l'état d'intuition, car il résulte de l'examen d'arguments à la fois historiques, ethnographiques, économiques, philosophiques et juridiques que, contrairement à ce qu'avancent certains²⁷, la monnaie est un bien incorporel, sous quelque forme qu'elle se présente : monnaie « sonnante et trébuchante », monnaie-papier ou monnaie-signé. En effet, si, comme l'écrit M. Hannes Westendorf²⁸, citant les professeurs Nicole Catala et Joseph Hamel, « tous les instruments en circulation ont le caractère d'une monnaie absolue, et sont détachés d'un support quelconque de métal précieux, actuel ou virtuel, d'où ils tireraient leur

²⁵ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, Coll. Quadrige, PUF, 19^e éd., 2004, n° 686, p. 1556.

²⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, Coll. Droit civil, Defrénois, 5^e éd., 2013, n° 104, p. 24.

²⁷ Et notamment D. R. Martin, « De la monnaie », *Mélanges Blaise*, Economica, 1995, pp. 333 et s. ; « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », D. 1996, chron. pp. 47 et s. ; « Le gage d'actifs scripturaux », D. 1996, chron. pp. 263 et s. ; « L'inscription en compte d'actifs scripturaux », D. 1998, chron. pp. 15 et s. ; « De la revendication de sommes d'argent », D. 2002, chron. pp. 3279 et s. ; « Du corporel », D. 2004, chron. pp. 2285 et s. ; « Du gage-espèces », D. 2007, pp. 2556 et s.

²⁸ H. Westendorf, « Les sûretés ayant pour objet des sommes d'argent », *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 13, 2003, éd. Bruylant, Bruxelles, 2004, p. 467, citant N. Catala, *La nature juridique du paiement*, Bibl. dr. priv., t. 25, LGDJ, 1961, préf. J. Carbonnier, n°64, p. 126, et J. Hamel, « Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie », *Mélanges Sugiyama*, 1940, p. 88.

valeur », si « le trait fondamental des instruments monétaires est l'indépendance de leur valeur par rapport au signe qui les représente », et si « leur valeur réelle est entièrement distincte des propriétés physiques du titre qui les constitue », c'est que leur valeur – autrement dit ce qui fait de la chose un bien – réside dans autre chose que leur corporalité, et, par conséquent, qu'elle réside nécessairement dans une incorporelité. Car à partir du moment où un bien corporel est une chose dont la valeur réside dans sa matérialité, c'est-à-dire dans ce qui est tangible, dans ce que l'on touche, et à partir du moment où la valeur de la monnaie ne réside ni dans les pièces, ni dans les billets (inconvertibles en or), ni dans des écritures comptables (immatérielles), c'est-à-dire dans rien de ce que l'on touche, comment peut-on soutenir que la monnaie est un bien corporel ? Toute la valeur de la monnaie réside dans les droits que les choses corporelles (pièces, billets, et, selon le professeur Didier-René Martin, écritures comptables) représentent, c'est-à-dire dans des biens incorporels, car il n'est pas de droit qui ne soit pas incorporel. C'est la nature de ce « droit », de cette incorporelité qu'il reste à déterminer.

Il nous a semblé préférable d'envisager d'abord le cas de la monnaie scripturale (chapitre I) – dont la nature incorporelle est majoritairement admise par la doctrine – avant de nous attacher à montrer pourquoi la monnaie fiduciaire est, elle aussi, un bien incorporel (chapitre II).

Chapitre I. La monnaie scripturale

122. Origines de la monnaie scripturale. – L'écriture en compte est apparue dès l'Antiquité. Au XVI^e siècle, les commerçants de la République de Venise, soucieux d'effectuer les paiements sans déplacement de monnaie fiduciaire, par simple jeu d'écritures, demandèrent la création par la République d'une banque, la Banque du Rialto fondée en 1587 et chargée d'assurer les règlements par virement. Était ainsi créée une monnaie scripturale, dite « *partita di banco* ». Le même système a été ensuite instauré aux Pays-Bas, où la banque d'Amsterdam créa une unité de monnaie scripturale dite « *florin banco* ».

Au XVIII^e siècle, l'emploi de l'écriture comme mode de règlement des créances s'est étendu lorsque les banques de change se chargèrent d'effectuer entre différents

commerçants réciproquement débiteurs, la compensation de leurs créances respectives dont le solde devait être réglé par un versement de monnaie métallique. En effet, ni la « *partita di banco* », ni le « *florin banco* », ni la monnaie scripturale de l'époque ne correspondaient à la création d'une masse monétaire nouvelle et autonome : les banques devaient à tout prix conserver une encaisse égale au montant des dépôts. Comme l'écrit le professeur Jean-Louis Rives-Lange, « il s'agissait d'une monnaie scripturale purement représentative »²⁹, alors qu'aujourd'hui, la monnaie scripturale constitue une masse monétaire autonome, et même la plus grande partie des disponibilités monétaires d'un pays³⁰. Étant alors des jeux d'écritures comptables non admis à circuler, ils n'ont pas été considérés comme constituant une « monnaie » à part entière³¹.

Certains font plus précisément remonter l'origine de la monnaie scripturale à l'octroi à la Banque d'Angleterre du monopole d'émission des billets de banque, en 1708. D'autres soutiennent, que la monnaie scripturale n'est vraiment née qu'avec une décision prise par le Parlement britannique en 1844 de valider la pratique instituée par les hommes d'affaires anglais « de prêter à la place de la Banque d'Angleterre, non point leur argent, mais celui qu'ils eurent l'idée d'emprunter à tout le monde, au public en général »³². Au lieu d'avoir, comme le porteur de monnaie fiduciaire, une créance sur l'institution émettrice, le titulaire de monnaie scripturale a une créance contre un établissement de crédit. Comme l'écrit le professeur Didier-René Martin, « la scripturalisation de la monnaie aura abouti à en déplacer la création des banques centrales aux établissements de crédit qui prêtent moins l'argent qu'ils ont que l'argent

²⁹ J.-L. Rives-Lange, « La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique) », *Études de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac*, Litec, 1968, p. 406.

³⁰ Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, p. 112 : « aujourd'hui, il est un fait que la mesure de la masse monétaire en circulation au niveau européen est exprimée sous forme d'un agrégat monétaire composé d'une part, de la somme des pièces métalliques et billets de banque, et d'autre part, de l'ensemble des dépôts à vue ». Les économistes distinguent en effet trois agrégats monétaires :

- l'agrégat monétaire M1, qui regroupe la monnaie fiduciaire et la monnaie scripturale ;
- l'agrégat monétaire M2, qui comprend l'agrégat M1 auquel sont ajoutés les dépôts à terme d'une durée inférieure ou égale à deux ans et les dépôts remboursables avec un préavis ;
- l'agrégat monétaire M3, qui comprend l'agrégat M2 auquel sont notamment adjoints les instruments financiers négociables sur les marchés émis par les institutions financières monétaires (IFM), les titres des organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) monétaires, ou encore les instruments monétaires.

D'après les données fournies par la Banque de France et la Banque centrale européenne (https://www.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/banque_de_france/Eurosysteme_et_international/CP-BCE-evolutions-monetaires-zone-euro-decembre-2013.pdf), l'encours de l'agrégat monétaire M1 au niveau de la zone euro était, en décembre 2013, de 5 396 milliards d'euros, dont 4 487 milliards sous forme de dépôts à vue, donc de monnaie scripturale (soit 83 % de l'agrégat M1), et 910 milliards sous forme de pièces et de billets, donc de monnaie fiduciaire (soit 17 % de l'agrégat M1). Ces chiffres suffisent à illustrer la place prépondérante qu'occupe désormais la monnaie scripturale au sein de la masse monétaire globale de la zone euro.

³¹ Ch. Lassalas, « La monnaie scripturale », *Mélanges AEDBF-France*, t. II, Banque éditeur, 1999, p. 246.

³² P. Didier, *Droit commercial*, t. III, *La monnaie, les valeurs mobilières, les effets de commerce*, Thémis droit privé, PUF, 1^{ère} éd., 1999, pp. 5-6.

qu'ils créent »³³. Même pour le grand adversaire de la thèse selon laquelle la monnaie scripturale est un bien incorporel, les inscriptions en compte constituent bien une forme de monnaie puisque, comme les banques centrales, les établissements de crédit créent de la monnaie. Et ils créent cette monnaie au moyen des fonds qu'ils reçoivent du public, c'est-à-dire, pour reprendre la formulation de l'article L. 312-2 du code monétaire et financier, « les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer ».

122-1. Mais encore faut-il que les établissements de crédit puissent disposer de ces fonds, et, par conséquent, que ces fonds soient disponibles. Sembleraient donc exclus de la notion de monnaie scripturale les soldes des comptes à terme et des comptes sur livret. Seuls les soldes des comptes courants non bloqués constitueraient de la monnaie scripturale, parce qu'ils « ont vocation à circuler à la moindre sollicitation du titulaire du compte »³⁴. Autrement dit, si le compte est bloqué, l'inscription en compte ne modifierait pas la nature de la monnaie qui, bien que sous forme scripturale, resterait des espèces³⁵. Si le compte n'est pas bloqué, l'inscription en compte modifierait la nature de la monnaie qui, de métallique ou fiduciaire, deviendrait une créance de restitution de la « propriété » des sommes – « propriété » qui, comme le prévoit l'article L. 312-2 du code monétaire et financier, est transférée au banquier mais grevée d'une obligation de restitution.

122-2. Distinction entre monnaie scripturale et instruments de paiement. – Il faut également distinguer entre la monnaie scripturale proprement dite, constituée par les inscriptions en compte, et les instruments de paiement (chèque, carte bancaire, ordre de virement, avis de prélèvement...). Définissant la monnaie comme « l'instrument légal des paiements, pouvant avoir, suivant les systèmes monétaires, une base métallique ou une base fiduciaire » - ce qui semble exclure la monnaie scripturale -, le doyen Gérard Cornu précise que la monnaie scripturale s'entend d'un « *moyen de paiement* constitué par les dépôts à vue dans les banques et par les chèques postaux » (italiques ajoutées)³⁶.

³³ D. R. Martin, « L'inscription en compte d'actifs scripturaux », D. 1998, chron. pp. 15 et s., spéc. p. 17.

³⁴ H. Westendorf, « Les sûretés ayant pour objet des sommes d'argent », *op. cit.*, p. 475.

³⁵ Le professeur Élie Alfandari (« Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 137) soutient que la monnaie scripturale suppose : 1° un compte « créateur de monnaie » (ce qui inclut les comptes à vue comme les comptes courants ou de dépôt, mais exclut les comptes à terme et les comptes sur livret qui ne seraient pas créateurs de monnaie dans la mesure où ils priveraient les sommes inscrites de disponibilité immédiate) ; 2° un solde créditeur de ce compte ; et 3° une possibilité de mobilisation de ce solde. Cette dernière caractéristique semble devoir conduire à exclure les comptes bloqués.

³⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 2011, pp. 662-663.

Le doyen Jean Carbonnier définit lui aussi la monnaie scripturale comme « des moyens de paiement ». Selon lui, ces derniers « consistent en des jeux d'écritures (d'où le nom) sans déplacement d'instruments monétaires matériels. Tout se passe par inscription au débit et au crédit de comptes en banque ; il pourra bien y avoir un papier, un titre destiné à constater l'opération, et même, en théorie, si la loi le permet, un titre apte à circuler (à ordre ou au porteur). Mais ce n'est pas la transmission du titre qui est le moment essentiel : le paiement n'est réalisé que lorsque le compte du créancier est crédité »³⁷. La coïncidence entre la date du paiement et celle de l'inscription en compte montre assez que la monnaie scripturale réside dans des inscriptions, dans des écritures, et non dans des instruments de mobilisation monétaires destinés à opérer des jeux d'écritures³⁸. Les économistes considèrent en général que le chèque, l'ordre de virement et les autres instruments de paiement ne constituent pas de la monnaie scripturale : ils ne font que préparer la remise de monnaie³⁹.

122-3. Définition de la monnaie scripturale. – La définition la plus rigoureuse de la monnaie scripturale est donc celle que propose le professeur Jean-Louis Rives-Lange, pour qui cette monnaie « est seulement constituée par les soldes disponibles des comptes en banque susceptibles de circuler de compte à compte par jeu d'écritures »⁴⁰. Selon lui, c'est cette monnaie, entendue aussi restrictivement, qui a un

³⁷ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 685, p. 1553.

³⁸ Dans le même sens : E. Alfandari, « Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 139 : « le chèque, l'ordre de virement, l'avis de prélèvement permettent le paiement par transfert de fonds sans passage par la monnaie fiduciaire [...] L'instrument de mobilisation n'opère pas lui-même le paiement. Le vendeur, pour prendre cet exemple, ne reçoit pas le prix du seul fait de la remise d'un chèque par l'acheteur. Ce n'est pas cette remise qui éteint la dette (le chèque pourrait se révéler sans provision), c'est son encaissement, ou l'inscription de la somme au compte du vendeur ».

³⁹ Dans le même sens : P. Didier, « Monnaie de compte et compte bancaire », *Études offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 140 : « le chèque, assurément, n'est pas une monnaie. Il n'emporte paiement que s'il y a provision. Mais la provision est une monnaie et la provision, c'est une écriture en compte ». Dans sa thèse de doctorat, le professeur Pierre-Grégoire Marly propose une distinction qui, tout en étant proche, n'est pas absolument identique, entre la monnaie ou l'« unité monétaire » (unité de valeur), les supports monétaires et les instruments monétaires (*Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, op. cit., p. 152). Le support monétaire serait ce qui matérialise l'unité monétaire tandis que l'instrument de paiement (ou instrument monétaire) serait ce qui en permet la circulation : « le métal, le papier et l'écriture en compte sont autant de supports monétaires alors que la tradition manuelle, le chèque, la carte bancaire ou le virement sont des instruments de paiement » (*ibidem*, p. 152). Dans sa thèse de doctorat, M. Thomas Le Gueut fait sienne la distinction proposée par le professeur Pierre-Grégoire Marly. Il explique qu'alors que les supports de la monnaie fiduciaire (pièces et billets) stockent une quantité fixe de monnaie, de sorte qu'ils font également fonction d'instruments monétaires, les supports de la monnaie scripturale (comptes de dépôt) stockent des quantités variables de monnaie, tant et si bien qu'ils ne se confondent pas avec les instruments monétaires (chèques, virements bancaires et cartes de paiement) appelés à assurer la circulation des unités monétaires d'un compte bancaire à l'autre (*Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, p. 158).

⁴⁰ J.-L. Rives-Lange, « La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique) », *Études de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac*, Litec, 1968, p. 407 : le professeur Rives-Lange exclut les soldes des comptes à terme et sur livret, bien que les économistes les considèrent comme des disponibilités quasi-monnaies. Selon lui, « les titulaires de tels comptes n'en ont pas, par hypothèse, la disposition immédiate. Or le propre de la monnaie, bien d'échange, est d'être disponible à tout instant » (note 13).

pouvoir libératoire absolu, car « lorsque le montant du chèque ou de l'ordre de virement est inscrit au crédit du compte du bénéficiaire, le débiteur est bien libéré »⁴¹.

Mais un problème se pose alors, qu'énonce fort bien le professeur Jean-Louis Rives-Lange : « pour le juriste, le solde disponible d'un compte en banque n'est qu'une créance. Or voici que l'économiste vient dire : cette créance joue le rôle de monnaie ! Mieux, elle est de la monnaie ! [...] Entre le point de vue juridique et le point de vue économique, lequel doit l'emporter ? »⁴²

Section I. La monnaie scripturale est-elle une monnaie ?

123. Le code monétaire et financier ne dit rien de la monnaie scripturale⁴³, pas plus qu'il ne définit les notions de « compte courant », de « compte de dépôt » ou encore de « compte spécial ». Il revient donc à la doctrine et, dans une certaine mesure, à la jurisprudence de définir ces notions.

123-1. Distinction entre compte courant et compte de dépôt. – La distinction entre compte courant et compte de dépôt est loin d'être claire, tant en doctrine qu'en pratique. La pratique bancaire utilise communément l'une et l'autre dénominations pour désigner une même réalité et les deux types de compte sont désormais largement soumis à des règles communes, la doctrine ayant étendu au compte de dépôt une grande partie des règles régissant le compte courant.

123-2. Caractéristiques du compte courant. – Selon l'analyse classique, le compte courant est une créance de solde dans lequel se fondent et s'incorporent des créances et des dettes qui, en vertu de l'effet extinctif prêté à l'entrée en compte, perdent leur individualité et disparaissent⁴⁴.

Le compte courant est donc un contrat par lequel les parties décident de faire entrer en compte des créances et des dettes réciproques de façon à ce que celles-ci soient réglées immédiatement, par leur fusion dans un solde indivisible et disponible qui, tout

⁴¹ *Ibidem.*

⁴² *Ibidem.*

⁴³ D. R. Martin, « De la garantie monétaire », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 43 : « le code monétaire et financier ne dit rien de la monnaie scripturale : s'il s'emploie à régir "les instruments" de cette monnaie – en y incluant, à tort, la lettre de change et le billet à ordre ! – il ne consacre pas un mot, dans le Livre I^{er} sur "La monnaie", à l'avatar de sa scripturalisation : marque d'embaras ou aveu d'impuissance ? »

⁴⁴ Cette disparition entraîne celle de l'action en paiement du créancier et des sûretés dont elle pouvait être assortie.

au moins dans les rapports entre le titulaire et le banquier teneur du compte, est réputé constituer une créance unique, avec en conséquence unicité d'action et de prescription.

Dans un arrêt du 17 décembre 1991, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a indiqué que le contrat de compte courant était « caractérisé par la possibilité de remises réciproques s'incorporant dans un solde pouvant, dans la commune intention des parties, varier alternativement au profit de l'une ou de l'autre »⁴⁵. Mais la variation du solde d'un compte (tantôt créditeur, tantôt débiteur) n'est pas pour autant une condition *sine qua non* pour lui attribuer la qualification de compte courant⁴⁶.

Ce qui caractérise avant tout le mécanisme du compte courant, c'est l'effet extinctif de l'entrée en compte en vertu duquel, du fait de l'entrée en compte, le créancier du titulaire du compte est réputé avoir été payé, indépendamment de l'aléa qui peut conduire le débiteur, titulaire du compte, à n'avoir pas suffisamment d'argent pour honorer toutes ses dettes – défaillance qui n'est constatée que si le solde provisoire ou définitif du compte, une fois arrêté, est négatif. C'est précisément parce que le solde du compte est regardé comme un bloc indivisible dont le règlement (par compensation des inscriptions au crédit et au débit) est reporté à la clôture du compte que l'on prête à l'entrée en compte un effet extinctif.

L'analyse classique a proposé d'expliquer cet effet extinctif soit par la novation soit par l'indivisibilité du solde, mais l'indivisibilité du solde aurait pour inconvénient de rendre le solde par là-même indisponible, ce qu'il n'est pas⁴⁷. D'autres analyses ont proposé de fonder l'effet extinctif de l'entrée en compte soit sur un mécanisme de compensations légales successives, soit sur un mécanisme de compensation *in futurum* reportant la compensation à la clôture du compte, en vertu de la convention des parties. Mais le propre du compte courant est de permettre l'extinction des créances et dettes qui entrent en compte alors même qu'elles accroîtraient un solde débiteur et que la

⁴⁵ Cass. com. 17 décembre 1991, pourvoi n° 90-12.144, Bull. civ. IV n° 389 ; *RTD com.* 1992, p. 651, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; *Revue Banque*, n° 527, mai 1992, p. 529, obs. J.-L. Rives-Lange.

⁴⁶ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Coll. Domat droit privé, LGDJ, 10^e éd., 2013, n° 441, p. 297 : « il ne faut donc pas confondre la possibilité de découvert et la réciprocité des remises. On distingue deux types de comptes courants : le compte courant synallagmatique lorsque les deux parties peuvent alternativement bénéficier d'un découvert ; le compte courant simple lorsqu'une seule des parties peut bénéficier d'un tel découvert ».

⁴⁷ Longtemps la jurisprudence a considéré qu'un solde provisoire était indisponible. La Cour de cassation, statuant en sa chambre civile, a ainsi jugé le 24 juin 1903 que « tant que le compte reste ouvert, il n'y a ni créance ni dette, mais seulement des articles de crédit et de débit, et c'est par la balance finale seule que se détermine le solde à la charge de l'un et de l'autre des contractants, et par conséquent les qualités de créancier et de débiteur jusque-là en suspens » (D. 1903, I, p. 472). Le créancier ne pouvait donc ni agir en paiement d'un solde provisoire (ce qui empêchait le cours de la prescription), ni saisir ce solde. Désormais, la jurisprudence admet qu'un solde provisoire puisse être disponible et donc saisissable (Cass. com. 13 novembre 1973 ; D. 1974, p. 10, chron. J.-L. Rives-Lange).

compensation légale ne pourrait pas jouer, et de rendre le solde disponible avant la clôture du compte – ce qu’empêcherait la compensation *in futurum*.

Plus récemment, face au constat du caractère inadapté des mécanismes du droit civil à expliquer les effets du compte courant, on a proposé de fonder l’effet de règlement du compte courant sur la seule volonté des parties à la convention de compte de simplifier leurs rapports en attribuant au compte courant un effet de garantie en vertu duquel les dettes du titulaire du compte serviraient de garantie aux dettes du banquier teneur de compte.

À tout prendre, le fondement de la novation proposée par l’analyse civiliste paraît encore le mieux à même de rendre compte du fonctionnement du compte courant qui suppose bien la disparition d’obligations anciennes (créances et dettes entrant en compte) et la création d’une obligation nouvelle (créance de solde ayant la particularité d’être disponible, indivisible et inexigible jusqu’à la clôture du compte).

123-3. Caractéristiques du compte de dépôt. – Selon l’analyse classique, un compte de dépôt serait « un compte qui a pour objet l’enregistrement des opérations de caisse qui augmentent ou diminuent un dépôt initial »⁴⁸, mais qui n’aurait pas – du moins en principe – tous les effets du compte courant (extinction des créances entrées en compte, fusion dans un solde unique et indivisible, etc.).

Il a en effet été proposé des analyses divergentes de la portée de l’effet extinctif de l’entrée en compte de dépôt qui ne serait pas aussi plein que celui de l’entrée en compte courant (absence d’indivisibilité, jeu de la compensation légale)... mais il ne s’agit là que de divergences sur le degré de l’effet extinctif, et non sur le principe même de cet effet extinctif.

Par ailleurs, alors que des créances affectées d’un terme ou d’une condition pourraient entrer en compte courant et alimenter ainsi un solde différé, distinct du solde disponible, seules des créances certaines, liquides et exigibles pourraient entrer en compte de dépôt, dont le solde pourrait donc n’être que disponible, et jamais différé.

Enfin, alors que les remises en compte courant sont réciproques, enchevêtrées (c’est-à-dire alternées) et faites en propriété, et qu’elles reçoivent une affectation générale⁴⁹, les remises en compte de dépôt sont, certes, enchevêtrées et faites en propriété, mais ne reçoivent pas d’affectation générale et ne sont pas réciproques.

⁴⁸ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Coll. Domat droit privé, LGDJ, 10^e éd., 2013, n° 442, p. 297.

⁴⁹ Ce qui signifie que le banquier teneur de compte n’a pas à demander systématiquement l’accord du titulaire du compte pour l’entrée en compte de chaque créance ou de chaque dette.

123-4. Réelles différences entre compte courant et compte de dépôt ? –

Longtemps, on a opéré une distinction entre le compte courant et le compte de dépôt en la fondant sur la qualité du titulaire du compte – les comptes courants étant ceux des commerçants et les comptes de dépôt étant ceux des non-commerçants ou, plus généralement, ceux des non-professionnels⁵⁰. Il est vrai qu'avant de devenir des contrats, les comptes courants ont été des tableaux de comptabilité dans lesquels des commerçants en relations continues d'affaires notaient les différentes opérations effectuées entre eux en vue de les soumettre à un règlement d'ensemble, seul le solde de ces opérations constituant une créance exigible⁵¹.

Cependant, les non-commerçants étant peu à peu devenus titulaires de comptes courants, puisque rien ne le leur interdisait, la distinction a été maintenue, mais son fondement a évolué : alors que le compte courant serait caractérisé par la réciprocité des remises de sommes d'argent, c'est-à-dire par l'inscription au crédit du compte de sommes remises à son titulaire à la fois par des tiers et par le banquier teneur de compte lui-même (avances, ouvertures de crédit...), cette réciprocité des remises ferait défaut au compte de dépôt⁵². Le titulaire d'un compte courant pourrait faire entrer en compte des créances contre son banquier résultant de remises sous forme de dépôts d'espèces, de chèques à son ordre présentés pour encaissement ou encore d'effets de commerce présentés pour escompte, tandis que, de son côté, son banquier pourrait faire entrer en compte des créances contre le titulaire du compte, en y versant des sommes correspondant à des prêts et en procédant aux débits permettant leur remboursement. Le titulaire du compte courant pourrait voir son compte crédité d'intérêts que son banquier

⁵⁰ Ce fondement de la distinction entre compte courant et compte de dépôt est encore évoqué dans la charte relative aux conventions de compte de dépôt qu'a adoptée la Fédération bancaire française en janvier 2003 et qui définit les comptes de dépôt comme des comptes « ouverts par des personnes physiques n'agissant pas pour des besoins professionnels ».

⁵¹ Le monopole des professionnels sur les comptes courants a pu expliquer que, dans le cadre de sociétés, et notamment dans le cadre de sociétés commerciales, se développe la notion de « compte courant d'associés ». Ces « comptes courants » ne sont pas des comptes courants au sens bancaire du terme. Il s'agit de documents comptables établissant que des associés (personnes physiques ou personnes morales) ont mis des fonds à la disposition de leur société : le solde du compte courant d'associés constate ainsi des avances consenties à une société dans le cadre de contrats de prêts dont les stipulations sont libres de prévoir si ces prêts portent ou non intérêts au profit des associés prêteurs et si le remboursement est ou non assorti d'un terme. Si aucune échéance de remboursement n'a été fixée, les associés prêteurs sont en droit de demander à la société emprunteuse le remboursement immédiat de leurs avances, conformément aux principes régissant les contrats à durée indéterminée. Voir : F. Vinckel, « Comptes courants d'associés », *Jurisclasser Sociétés Traitée*, fasc. n° 36-20, 2010.

⁵² Cass. com. 5 octobre 2004, Bull. civ. IV, n° 180 : « attendu que l'arrêt relève que, selon la convention d'ouverture, le compte ouvert pour l'opération Saint-François était un simple compte de dépôt et qu'il n'avait jamais enregistré de remises réciproques, le seul virement d'une somme de 1 300 000 francs ne pouvant être qualifié comme tel ; qu'ayant ainsi fait ressortir que les parties n'avaient pas eu la commune intention d'aménager leurs relations selon un mécanisme de compte courant et que cette absence d'intention était corroborée par la manière dont ce compte avait fonctionné, la cour d'appel a exactement décidé que le CDR Créances ne pouvait prétendre à la capitalisation d'intérêts qu'il sollicitait (*Banque et droit*, n° 99, janvier-février 2005, p. 68, obs. Th. Bonneau ; *RTD com.* 2005, p. 153, obs. M. Cabrillac).

serait susceptible de lui devoir, et ce même banquier pourrait débiter le compte courant de frais de commissions dont le titulaire du compte lui serait redevable.

En revanche, le titulaire d'un compte de dépôt pourrait porter au crédit de son compte des remises (espèces, chèques, effets de commerce, etc.) mais son banquier ne pourrait pas inscrire au crédit du même compte les sommes correspondant à d'éventuels prêts, ni débiter ce même compte des sommes dues au titre du remboursement desdits prêts ou au titre du paiement d'éventuels intérêts ou frais de commissions. Il devrait pour ce faire ouvrir un compte distinct.

Comme l'explique M. Thomas Le Gueut dans sa thèse de doctorat, là où « un seul compte courant permet à ses correspondants d'éteindre entre eux leurs obligations monétaires réciproques [...] deux comptes de dépôt sont nécessaires afin que leurs titulaires respectifs procèdent à l'exécution en monnaie scripturale des obligations monétaires les liant »⁵³.

Mais la pratique bancaire, qui baptise « comptes de dépôt » des comptes où les remises sont réciproques, tend à atténuer la portée de cette différence entre comptes courants et comptes de dépôt. De la même façon, la pratique bancaire qui consiste à introduire dans les conventions de compte de dépôt une clause aux termes de laquelle le banquier teneur de compte est dispensé de demander systématiquement l'accord du titulaire du compte pour l'entrée en compte de chaque créance tend à vider de sa substance le principe selon lequel les remises en compte de dépôt ne reçoivent pas d'affectation générale. En outre, en admettant que des comptes de dépôt puissent parfois comporter un solde différé, la pratique bancaire a fortement écorné la règle en vertu de laquelle seules des créances certaines, liquides et exigibles peuvent entrer en compte de dépôt... tandis que, de son côté, la jurisprudence a interdit l'accès au solde différé d'un compte courant aux créances ni liquides ni certaines pour le restreindre aux seules créances non exigibles⁵⁴.

Toutefois, il subsiste deux différences minimales entre compte courant et compte de dépôt. L'une tient au mécanisme de capitalisation des intérêts du solde, qui diffère selon qu'il s'agit d'un compte courant ou d'un compte de dépôt⁵⁵. L'autre tient, selon

⁵³ Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, p. 169.

⁵⁴ Cass. com. 20 avril 1948 (D. 1948, I, p. 375); Cass. com. 17 novembre 1981 (D. 1982, I, p. 257, obs. M. Vasseur ; *JCP G*, 1982, II, 19766, note J. Stoufflet et Y. Chaput).

⁵⁵ Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Coll. Domat droit privé, LGDJ, 10^e éd., 2013, n° 450, p. 300 : « le régime des intérêts du solde [notamment débiteur] d'un compte de dépôt n'est pas entièrement identique à celui des intérêts du solde d'un compte courant ». Selon le professeur Thierry Bonneau, c'est, en pratique, la seule différence résiduelle entre compte courant et compte de dépôt.

M. Thomas Le Gueut, à ce qu'« un compte de dépôt ne peut être ouvert et tenu que par un banquier »⁵⁶, tandis que le compte courant, qui n'est « qu'un mécanisme de règlement simplifié des créances réciproques entre ses correspondants », peut « fonctionner entre toutes personnes »⁵⁷. L'auteur reconnaît toutefois qu'« une telle distinction pourrait sembler moins nette en présence d'un compte courant ouvert entre un banquier et son client »⁵⁸.

123-5. Distinction entre « compte chèque » et compte spécial. – Au-delà de la distinction entre compte courant et compte de dépôt, il est opéré une sous-distinction entre deux types de compte de dépôt : le compte chèque et les comptes spéciaux. Un « compte chèque » est un compte de dépôt ordinaire qui est « assorti d'instruments de paiement afin que son titulaire puisse verser, retirer ou transférer des unités monétaires comme bon lui semble c'est-à-dire à tout moment et au profit de la personne de son choix »⁵⁹, tandis qu'un compte spécial, tel un compte d'épargne ou un compte professionnel, est un compte qui permet à son titulaire de faire un dépôt avec affectation spéciale.

124. Conceptions « personnaliste » et « monétariste » de la monnaie scripturale. – Deux courants doctrinaux se sont opposés sur la question de savoir si la monnaie scripturale est une véritable monnaie, au même titre que la monnaie fiduciaire. Les tenants de ce que M. Thomas Le Gueut appelle la « conception personnaliste » soutiennent que les soldes disponibles des comptes bancaires sont des créances qui demeurent des créances et ne peuvent être assimilées à une monnaie. D'autres auteurs défendent au contraire une conception « monétariste » aux termes de laquelle les soldes disponibles des comptes bancaires ne sont pas des créances parce qu'ils constituent une monnaie, et que la monnaie n'est pas une créance.

124-1. Conception « mixte » de la monnaie scripturale – nature personnelle du droit du « porteur » de monnaie scripturale. – Au-delà de ces deux courants doctrinaux, il en existe un troisième, auquel semble appartenir M. Thomas Le Gueut⁶⁰.

L'auteur invite d'ailleurs à préférer la distinction entre les comptes (comptes courants et comptes de dépôt) dotés d'un effet de règlement en vertu duquel les créances qui entrent en compte sont éteintes et fusionnées dans un solde unique, et les comptes dépourvus d'un tel effet.

⁵⁶ Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, p. 168.

⁵⁷ *Idem*.

⁵⁸ *Ibidem*, pp. 169-170.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 161-162.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 115 : « la monnaie scripturale devrait être considérée comme une créance par nature qui joue néanmoins un rôle monétaire dans les échanges ».

Ce troisième courant défend une conception que l'on pourrait qualifier de « mixte », et selon laquelle les soldes disponibles des comptes bancaires représentant des créances contre l'établissement de crédit sont devenus une monnaie à part entière, sans perdre pour autant leur nature de créance civile. Le droit du « porteur » de monnaie scripturale serait donc un droit purement personnel.

124-2. Conception « mixte » de la monnaie scripturale – nature réelle du droit du « porteur » de monnaie scripturale ?. – Si nous convenons avec les tenants de ce troisième courant doctrinal que la monnaie scripturale repose sur le droit à restitution que le titulaire d'un compte bancaire a à l'encontre du banquier teneur de compte, nous doutons en revanche que ce droit puisse être totalement assimilé à une pure créance de nature civile. De notre point de vue, les soldes disponibles des comptes bancaires sont devenus des « créances » atypiques, un peu comme les créances cambiales, et leur circulation s'est tant accélérée qu'on en a oublié qu'ils étaient initialement des créances. Le solde disponible d'un compte bancaire constate peut-être moins un pur droit personnel à restitution qu'une « propriété » sur les créances qui entrent en compte et dont le banquier n'acquiert le droit de disposer qu'à titre provisoire, étant tenu d'une obligation (réelle ?) d'en restituer la valeur au titulaire du compte⁶¹.

À la différence de la première, les deux dernières conceptions (« monétariste » et « mixte ») s'accordent tout de même à reconnaître que les soldes disponibles des comptes bancaires constituent une monnaie, et que ces soldes circulent de compte en compte avec un pouvoir libératoire.

§ 1. Une créance demeurée créance... ou une créance qui n'est pas une monnaie.

125. Présentation de la conception « personnaliste » de la monnaie scripturale. – Le professeur François Grua écrivait il y a une dizaine d'années que le « problème du droit privé face aux soldes des comptes en banque, n'[était] pas

⁶¹ Article L. 312-2, alinéa 1^{er}, du code monétaire et financier : « sont considérés comme fonds remboursables du public les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous la forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte mais à charge pour elle de les restituer » (italiques ajoutées).

exactement de savoir s'ils mérit[ai]ent la qualification de monnaie » puisque « leur rôle monétaire est à ses yeux de l'ordre du fait, c'est-à-dire de l'évidence », mais que « la véritable difficulté [était] de concilier la nature de créance des soldes avec leur fonction monétaire »⁶². Or le professeur François Grua s'est efforcé de démontrer que cette nature de créance des soldes était inconciliable avec leur fonction monétaire, et il a ainsi remis en cause la qualification de monnaie pour les inscriptions en compte⁶³, défendant ainsi ce que M. Thomas Le Gueut appelle la « conception personaliste » de la monnaie scripturale⁶⁴.

Selon le professeur François Grua, « la monnaie scripturale ne peut être une notion juridique. Elle ne correspond à aucun bien distinct des espèces et qui aurait la vertu d'éteindre les dettes. En droit, ce n'est pas la monnaie qui est scripturale, mais la technique bancaire de mise à disposition d'espèces »⁶⁵. Autrement dit, la seule finalité du contrat de dépôt en banque serait de donner naissance à une créance monétaire permettant de déplacer de la monnaie, mais qui ne se métamorphoserait pas elle-même en monnaie : « Créance elle est, créance elle reste »⁶⁶, écrit le professeur François Grua.

L'auteur montre que la seule fonction des comptes en banque est de supprimer les transferts de monnaie fiduciaire, mais qu'en aucun cas ils ne peuvent s'y substituer comme constituant une véritable monnaie. Au moins trois arguments le prouvent selon cet auteur : d'abord le fait qu'il n'y ait pas pour les titulaires des comptes en banque une propriété comparable à celle qu'a le porteur de monnaie fiduciaire sur les espèces ; ensuite, le fait qu'il faille que le solde du compte bancaire soit disponible ; et enfin, le fait que la Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile, ait lié, dans un arrêt du 23 juin 1993⁶⁷, la date du paiement à la date de l'inscription au compte du bénéficiaire, ce qui montrerait que la remise d'un chèque, par exemple, ne vaut pas tradition d'espèces.

⁶² F. Grua, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec, 2000, n° 128, p. 93.

⁶³ F. Grua, « Qu'est-ce qu'un compte en banque ? », D. 1999, chron. pp. 255 et s.

⁶⁴ Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, p. 124 : « dans sa conception personaliste, la monnaie scripturale est tenue pour une créance de monnaie fiduciaire dont la circulation de compte à compte, grâce aux instruments de paiement, joue un rôle monétaire dans les échanges. La monnaie scripturale est, non pas de la monnaie, mais une créance de monnaie fiduciaire, car les titulaires des comptes en banque peuvent exiger à tout moment de leur banquier la restitution des sommes de monnaie fiduciaire préalablement déposées, sommes que les banquiers peuvent eux-mêmes utiliser pour leur propre compte pourvu qu'ils soient en mesure d'honorer à tout instant leur obligation de restitution envers leurs clients ».

⁶⁵ F. Grua, « Monnaie : substituts de la monnaie », *Jurisclasseur civil*, art. 1235 à 1270, 1997, fasc. 50, n° 48.

⁶⁶ F. Grua, « Le dépôt de monnaie en banque », D. 1998, chron. pp. 259 et s., n° 16.

⁶⁷ Cass. 1^{ère} civ. 23 juin 1993 (*RTD com* 1993, p. 694, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; D. 1994, jur. p. 27, note D. R. Martin et somm. p. 330, obs. M. Vasseur).

A – La propriété du solde du compte bancaire

126. Conception personnaliste de la monnaie scripturale : nature personnelle du droit du titulaire du compte sur le solde de ce dernier. – Le professeur François Grua explique que la « propriété » du compte en banque est incomparable à celle des espèces en expliquant qu'il y a une contradiction entre la prétendue propriété du titulaire du compte qui n'est que créancier de la restitution d'un solde, et la propriété du banquier sur les sommes, qui est constituée dès lors qu'elles entrent en compte. Si c'est le banquier qui est propriétaire, comment le titulaire du compte peut-il payer avec des sommes dont il n'est pas propriétaire, mais seulement créancier ? L'article 1238 du code civil exige en effet pour la validité des paiements que le *solvens* soit propriétaire de la chose qu'il remet. Selon François Grua, si on prête au titulaire du compte en banque un droit de propriété sur le solde du compte bancaire semblable à celui qu'il a sur des espèces, alors tout paiement par monnaie scripturale est nul : le titulaire du compte paie avec des sommes qui sont la propriété de sa banque. Ainsi, « la propriété de la monnaie n'est pas seulement une idée artificielle : elle est franchement incompatible avec le fonctionnement des comptes en banque »⁶⁸.

127. Critique de la conception personnaliste de la monnaie scripturale : nature réelle du droit du titulaire du compte ? – Outre le fait que l'on puisse – comme la jurisprudence l'a longtemps fait – analyser le paiement par monnaie scripturale comme une forme de cession de créance constituant un paiement tout à fait valable, même au regard de l'article 1238 du code civil⁶⁹, on objectera, d'une part, le fait que l'idée d'un droit de « propriété » du porteur de monnaie fiduciaire sur les espèces est très discutable⁷⁰, et d'autre part, le fait que la Cour européenne des droits de l'Homme a admis qu'une créance constituait un bien dans le patrimoine de son titulaire⁷¹. Comme le dit élégamment le professeur Philippe Dupichot, « la créance

⁶⁸ F. Grua, « Qu'est-ce qu'un compte en banque ? », D. 1999, chron. pp. 255 et s.

⁶⁹ En ce sens aussi : Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, p. 101 : « le transfert d'une somme de monnaie scripturale correspond certainement au transport d'une créance », et, p. 113 : « c'est encore parce que la monnaie scripturale est vue comme une sorte de créance que le régime du chèque a pu être dérivé de celui de la lettre de change ou, plus largement, qu'un certain rapport de filiation lie encore les instruments de paiement et les instruments de crédit, lesquels, malgré leurs finalités respectives différentes, s'apparentent les uns et les autres à des opérations sur créances ».

⁷⁰ Voir *infra* les développements relatifs à la propriété de la monnaie-papier (§ 228 et s.).

⁷¹ CEDH, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera SA contre Belgique* (JCP G 1996, I, 3910, n° 38, obs. F. Sudre) ; CEDH, 4 juin 2002, *Wessels-Bergervoet contre Pays-Bas* (JCP G 2002, I, 157, n° 22, obs. F. Sudre) à propos du droit à une pension de vieillesse ; CEDH, 18 juin 2002, *Onervildiz contre Turquie* (JCP G 2002, I, 157, n° 23, et Grands arrêts de la CEDH n° 56) à propos d'une créance incertaine qui est un bien dès lors qu'elle fait naître une « espérance légitime » ; CEDH, 6 octobre

devient de plus en plus un “ bien ”, et pas seulement un “ lien ” »⁷². Si une créance est un bien dont on est « propriétaire », alors le paiement effectué par remise de monnaie scripturale est tout à fait valable au regard de l'article 1238 du code civil⁷³. On notera aussi que ce n'est pas parce que le titulaire du compte n'est « que » créancier, qu'il n'a pas le droit d'utiliser sa créance en la « cédant ». Sur ce point, on peut faire une analogie avec la constitution de plusieurs fiducies sur un même bien – qui est admise en droit allemand. Si l'on admet que la monnaie scripturale est un droit à restitution qu'a le titulaire d'un compte bancaire contre son banquier, alors la propriété du banquier sur les sommes inscrites en compte est comparable à celle du fiduciaire sur le bien transféré en propriété par le fiduciaire : toutes deux sont temporaires, finalisées et surtout grevées d'une obligation de restitution qui ampute la propriété pleine et entière de l'*abusus*. Or le droit allemand admet que le fiduciaire utilise son droit à restitution du bien objet de la fiducie, notamment en la nantissant⁷⁴. Il nantit alors « l'espoir » de se voir restituer le bien objet de la fiducie. Il nantit un « droit d'expectative » (« *Anwartschaftsrecht* ») : le droit ou « l'espérance légitime » qu'il a de se voir restituer le bien⁷⁵. C'est un peu la

2005, *Draon contre France* et *Maurice contre France* (RTD civ. 2005, p. 798, obs. Th. Revet ; CEDH, 9 janvier 2007, *Aubert et autres contre France*, *Revue des contrats* 2007/2, p. 477, obs. A. Debet). On notera que l'avant-projet de réforme du droit des biens remis par l'association Henri Capitant à la Chancellerie en novembre 2008 envisage la consécration en droit interne de la notion de propriété des créances à travers la nouvelle définition de la propriété qui est proposée à l'article 534 de l'avant-projet. Cet article, appelé à se substituer à l'article 544 du code civil, prévoit en effet que « la propriété est le droit exclusif et perpétuel d'user, de jouir, et de disposer des choses *et des droits*. Elle confère à son titulaire un pouvoir absolu sous réserve des lois qui la réglementent » (italiques ajoutées). La mention des « droits » comme objets de propriété, sans aucune restriction ni aucune distinction, suggère donc que les droits personnels de créance puissent bientôt être reconnus comme des « biens » dont on peut être propriétaire (voir, en ce sens, W. Dross et B. Mallet-Bricout, « L'avant-projet de réforme du droit des biens », D. 2009, p. 508). D'où la vanité de l'argument du professeur François Grua, dont le professeur Didier-René Martin s'était fait l'écho dans son article « Du gage-espèces » (D. 2007, p. 2556) où il écrivit que « si l'argent, en mode scriptural, était incorporel, son appartenance ne serait pas justiciable du droit réel de propriété, mais seulement du droit personnel de créance ».

⁷² Ph. Dupichot, « Le nantissement, un an après », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 27.

⁷³ Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, pp. 107-108 : « les monnaies scripturale et électronique étant par nature des créances, celles-ci pourraient faire l'objet d'un droit de propriété si l'on admettait *a maxima* l'idée d'une propriété des créances en général ou bien, *a minima*, celle d'une propriété de ces créances particulières que représentent les monnaies scripturale et électronique ». Également dans le sens d'une propriété des créances en général, et de la monnaie scripturale en particulier : Ch. Lassalas, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, LGDJ, coll. des thèses de l'École doctorale de Clermont-Ferrand, 1997, n° 385 et s.

⁷⁴ Selon le professeur Pierre Crocq, ce procédé de nantissement du droit à restitution du bien remis en fiducie a également existé en droit anglais, à l'époque où le *mortgage* était une fiducie-sûreté immobilière, et pas encore l'hypothèque qu'elle est devenue aujourd'hui. Le débiteur pouvait, après paiement de la dette garantie, céder à titre de garantie son droit à restitution de l'immeuble qui avait fait l'objet du *mortgage*, ce qui permettait d'affecter plusieurs fois en garantie la valeur du bien dont la propriété avait été cédée, et de limiter ainsi le gaspillage du crédit (P. Crocq, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 433, note n° 10, citant *Cheshire and Burn's, Modern law of real property*, Butterworths, 13th ed., 1982, p. 620).

⁷⁵ L'idée est d'autant moins étrangère au droit français que l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, complétée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, a consacré la fiducie-sûreté rechargeable à l'article 2372-5 du code civil (pour les meubles). Si ce texte ne permet pas à proprement parler de « nantir » la créance de restitution qu'a le constituant (ou fiduciaire) à l'encontre du fiduciaire, il permet néanmoins d'affecter la propriété cédée d'un ou plusieurs biens ou droits, non seulement à la garantie de plusieurs créances d'un même créancier, mais aussi à la garantie de plusieurs créances de créanciers distincts... alors même que la créance initiale n'a pas été intégralement payée. Conçue en bonne partie sur le modèle de (feu) l'hypothèque rechargeable de l'article 2422 du code civil (M. Grimaldi et R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », D. 2009, p. 670), la fiducie-sûreté rechargeable a en commun avec le « droit d'expectative » allemand le refus du fatalisme de l'épuisement brutal du crédit du

même idée qui préside au paiement par monnaie scripturale – à ceci près que, dans ce cas, le titulaire du compte ne nantit pas sa créance, et n'utilise donc pas sa créance à titre de garantie, mais l'utilise comme un bien dont le transfert est susceptible d'éteindre sa dette. Il cède sa créance plus qu'il ne la nantit.

128. La confusion que fait le professeur François Grua entre le droit du banquier de disposer des sommes inscrites en compte et le droit à restitution du titulaire du compte rejoint la confusion que le professeur Pierre Crocq dénonce dans sa thèse de doctorat, au sujet de la propriété des créances monétaires et de leur cession à titre de garantie, entre la propriété de la créance monétaire et la propriété des sommes d'argent. Selon cet auteur, jusqu'à ce que la loi, en 1989, consacre la cession à titre de garantie de créances autres que de sommes d'argent, la confusion s'est installée dans les esprits entre la propriété des créances et la propriété des sommes d'argent qui en étaient l'objet⁷⁶, mettant ainsi en doute la possibilité d'être « propriétaire » d'une créance.

Mais l'auteur n'en démontre pas moins que l'idée de la propriété des créances, et plus généralement de la propriété d'un droit, qui, à l'époque, n'avait pas encore été consacrée par la Cour européenne des droits de l'Homme⁷⁷, est non seulement ancienne, mais en outre implicitement reconnue par le juge constitutionnel et par la loi. Dès le XIV^e siècle, un auteur italien, Bartole, écrivait que « quiconque a un droit est dit propriétaire de son droit »⁷⁸. Et, selon le professeur Pierre Crocq, le Conseil constitutionnel a implicitement admis la notion de propriété d'une créance dans une décision du 4 juillet 1989, rendue au sujet de la limitation du droit de disposer d'actions

constituant qu'emporte en principe l'exclusivité du droit du créancier bénéficiaire d'une sûreté fondée sur la propriété. Elle a néanmoins ceci de différent du « droit d'expectative » que le bien affecté à la garantie des créanciers successifs n'est pas une créance (de restitution) mais la valeur disponible du bien dont la propriété a été cédée (au jour de la convention de recharge).

⁷⁶ P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., pp.51-52 : « jusqu'en 1989, cette consécration de la propriété des créances à l'occasion du développement de la propriété-garantie n'a concerné que les créances imposant une obligation de payer une somme d'argent, et ceci a certainement été de nature à "acclimater" la notion de propriété d'une créance cédée à titre de garantie. En effet, la confusion entre la créance elle-même et la somme d'argent était facile à faire [...] L'assimilation entre la somme d'argent et la créance de somme d'argent pouvait, dans un premier mouvement de l'esprit, dissimuler l'originalité de cette forme de propriété-garantie. C'est pourquoi la loi du 31 décembre 1989 nous paraît particulièrement importante en ce qu'elle consacre une propriété-garantie ayant pour objet, certes une créance, mais non une créance de somme d'argent ». *Adde*, sur la distinction entre la propriété de la créance monétaire et la propriété des sommes d'argent qui en sont l'objet : J. - L. Rives-Lange, obs. sous Trib. com. Paris, 22 mai et 6 septembre 1990 (*Banque*, octobre 1990, n° 509, p. 990) : « il ne faut pas confondre la créance et son objet, c'est-à-dire les fonds. »

⁷⁷ Sur le fondement de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé à de nombreuses reprises que les créances constituaient des biens au sens de cette disposition. Voir notamment : CEDH, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera SA contre Belgique* (JCP G 1996, I, 3910, n° 38, obs. F. Sudre) et, plus récemment : CEDH, 6 octobre 2005, *Draon contre France et Maurice contre France* (RTD civ. 2005, p. 798, obs. Th. Revet ; CEDH, 9 janvier 2007, *Aubert et autres contre France* (Revue des contrats, 2007/2, p. 477, obs. A. Debet).

⁷⁸ P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., p. 53, note n° 3, citant M. Villey, *Le jus in re du droit romain au droit moderne*, Publications de l'Institut de droit romain, VI, 1950, p. 213.

prévue par la loi n° 86-912 du 6 août 1986 relative aux modalités d'application des privatisations⁷⁹. Le même auteur fait à juste titre remarquer que la loi reconnaît implicitement la propriété des droits personnels puisque, d'une part, l'usufruit, droit réel résultant du démembrement du droit de propriété, s'étend aux biens incorporels⁸⁰, et que, d'autre part, la loi a qualifié les fonds communs de placement (FCP) et les fonds communs de créances (FCC) de « copropriétés »⁸¹. De notre point de vue, la reconnaissance législative de la propriété des créances est même explicite : l'article L. 313-24 du code monétaire et financier, relatif à la cession et au nantissement de créances professionnelles par voie de bordereau Dailly, dispose que « même lorsqu'elle est effectuée à titre de garantie et sans stipulation d'un prix, la cession de créance transfère au cessionnaire *la propriété de la créance cédée* » (italiques ajoutées). En outre, en matière d'effets de commerce, la loi fait référence à la « propriété de la provision », provision qui n'est autre que la *créance* fondamentale du tireur de la lettre de change ou du chèque contre le tiré⁸². Enfin, en matière de réserve de propriété, l'article 2372 du code civil prévoit qu'en cas de revente du bien grevé par l'acquéreur-débiteur, « le droit de propriété [du vendeur-créancier] se reporte sur la créance du débiteur à l'égard du sous-acquéreur » - ce qui confirme que le droit de propriété peut s'exercer sur une créance.

Il ne s'agit pas là de rouvrir le débat sur la possibilité de la propriété des créances et sur la distinction entre droits réels et droits personnels, mais seulement de faire pièce à l'argument de François Grua en montrant que cette notion est ancienne, admise par le juge constitutionnel et par le juge européen, consacrée implicitement par la loi et explicitement par le récent avant-projet de réforme du droit des biens (article 534)⁸³, et défendue par une bonne partie de la doctrine⁸⁴.

⁷⁹ Cons. constit. 4 juillet 1989, n° 89-254 DC (D. 1990, p. 209, note F. Luchaire ; *RTD civ.* 1990, p. 519, obs. F. Zénati).

⁸⁰ On ne peut admettre l'exercice, sur des droits de créance, d'un droit réel résultant du démembrement du droit de propriété tout en refusant l'exercice, sur ces mêmes droits de créance, du droit de propriété dont résulte le démembrement.

⁸¹ Voir Th. Bonneau, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances et le droit civil », *RTD civ.* 1991, pp. 1 et s.

⁸² Article L. 511-7, al. 3, du code de commerce : « la *propriété de la provision* est transmise de droit aux porteurs successifs de la lettre de change » (italiques ajoutées). Article L. 131-20, al. 1^{er}, du code monétaire et financier : « l'endossement transmet tous les droits résultant du chèque et notamment la *propriété de la provision* » (italiques ajoutées).

⁸³ W. Dross et B. Mallet-Bricout, « L'avant-projet de réforme du droit des biens », D. 2009, p. 508.

⁸⁴ Pour de plus amples développements sur la notion de propriété des créances, voir : S. Ginossar, *Droit réel, propriété et créance*, Paris, LGDJ, 1960, pp. 39 et s. ; J. Dabin, « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD civ.* 1962, pp. 20 et s. ; S. Ginossar, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD civ.* 1962, pp. 573 et s. ; F. Terré, « L'évolution du droit de propriété depuis le code civil », in *Droits*, n° 1, « Destins du droit de propriété », PUF, 1985, pp. 33 et s. ; J. François, « Les créances sont-elles des biens ? », *Christian Larroumet, Liber amicorum*, Economica, 2010, pp. 149 et s.

Ainsi, contrairement à ce que soutient le professeur François Grua, le titulaire d'un compte en banque a, sur ce compte, une propriété comparable à celle qu'a le porteur de monnaie fiduciaire sur les espèces : tous deux sont titulaires d'un droit à restitution de choses fongibles (en l'occurrence, les inscriptions en compte) qui se sont confondues dans le patrimoine d'autrui (en l'occurrence, le banquier teneur de compte, réceptionnaire des fonds). Est-ce à dire que la « propriété » du titulaire d'un compte en banque est réduite à un droit réel « planant » qui s'articule avec le droit qu'a son banquier de disposer librement (mais seulement temporairement) des sommes inscrites en compte, le tout dans le cadre d'un démembrement de propriété *sui generis* qui n'est pas sans évoquer celui qui caractérise le mécanisme fiduciaire ?⁸⁵ Le droit à restitution du titulaire du compte ne serait-il qu'un droit réel ? La monnaie scripturale serait-elle moins une créance (au sens civil du terme) qu'un bien incorporel « inclassable » consistant en un droit réel *sui generis* comparable à une « propriété planante » ?

B – La disponibilité du solde du compte bancaire

129. Conception personnaliste d'une monnaie scripturale réduite aux soldes indisponibles des comptes bancaires. – Le professeur François Grua explique que la disponibilité du solde du compte bancaire est incompatible avec la qualification de créance⁸⁶. À rebours d'un certain courant de pensée, cet auteur soutient que la monnaie scripturale est une créance quand le solde est indisponible et le compte bloqué, mais qu'elle n'est une forme de mise à disposition d'espèces (monnaie métallique ou fiduciaire) quand le solde est disponible et le compte non bloqué. Cette analyse est diamétralement opposée à celle de ceux qui sont pourtant tentés, comme François Grua, de voir dans la monnaie scripturale des espèces : ceux-là ont plutôt tendance à considérer que la monnaie scripturale n'est que forme de « stockage » des espèces

⁸⁵ Voir *infra* les développements sur la propriété fiduciaire (§ 540 et s.).

⁸⁶ F. Grua, « Qu'est-ce qu'un compte en banque ? », D. 1999, chron. pp. 255 et s. : « si un solde est vraiment une créance, à quoi bon ajouter qu'il est disponible ? Toute créance de somme d'argent n'est-elle pas par principe cessible et transmissible, donc disponible ? [...] Un solde disponible n'est pas une créance de somme d'argent, ou il est plus qu'une créance de somme d'argent, parce que les prérogatives que le client reçoit sur lui sont différentes de celles qui sont attachées au droit de créance. En effet, le créancier d'une somme d'argent a seulement le droit de réclamer cette somme au débiteur, non le pouvoir de disposer des espèces de son débiteur. Or la fonction spécifique d'un compte en banque est précisément de reporter sur un solde ce pouvoir de disposition de la monnaie qui, avant le dépôt, tenait à la détention de celle-ci [...] Ce qui est disponible dans le solde, ce sont en réalité des espèces du banquier, non une créance sur le banquier. L'écriture du solde n'exprime pas exactement une créance, mais la quantité d'espèces dont le client reçoit pouvoir de disposer [...] Ce n'est pas à dire que le solde cesse tout à fait d'être créance, que la créance disparaît complètement sous les espèces. Le solde se réduit à une créance quand il cesse d'être disponible. »

lorsque le compte est bloqué, et qu'elle est une créance lorsque le compte n'est pas bloqué.

130. Critique de la conception personaliste : inclusion des soldes disponibles des comptes bancaires dans la notion de monnaie scripturale. – Il y a donc une profonde incohérence dans cette argumentation, qui tient à l'étrangeté qu'il y a à voir des espèces là où il n'y en a pas – puisque le banquier teneur de compte n'a, en pratique, dans ses caisses, jamais d'espèces à la hauteur de la somme totale des inscriptions en compte de ses clients. Si l'on suit le raisonnement du professeur François Grua, le banquier aurait donc dans ses caisses autant d'espèces qu'il y a de soldes disponibles et de comptes non bloqués, puisque les inscriptions en compte ne seraient là que pour mettre des espèces à la disposition du client. Cela revient à croire que le fonctionnement actuel des établissements de crédit n'a pas changé depuis le XVIII^e siècle⁸⁷. On peut ainsi légitimement se demander si François Grua n'a pas une vue plus « métallo-morphique des soldes »⁸⁸ que ceux à qui il reproche d'avoir une telle vision des choses.

131. Cette conception des dépôts bancaires rappelle celle de l'école autrichienne d'économie, représentée par Murray Rothbard et Jesus Huerta de Soto, que le professeur Jean-Pierre Centi s'attache à réfuter dans son article sur « Le contrat de dépôt bancaire »⁸⁹. Déplorant que les économistes ne se soient pas beaucoup intéressés à la nature du contrat de dépôt de fonds, le professeur Jean-Pierre Centi s'interroge sur la nature de ce contrat qui, selon lui, ne correspond ni à un contrat de dépôt classique, ni à un contrat de prêt⁹⁰. En effet, le client déposant comme le banquier dépositaire ont le droit de disposer librement des fonds inscrits en compte, de sorte que le contrat ne peut s'analyser ni comme un prêt (puisque le client peut utiliser les fonds remis au banquier à

⁸⁷ Dans le même sens : Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, pp. 128-129 : « la conception personaliste de la monnaie scripturale frappe par son obsolescence dans la mesure où celle-ci apparaît fondée sur l'observation de pratiques bancaires aujourd'hui révolues. En effet, celle-ci repose tout entière sur l'affirmation de la constante présence de monnaie fiduciaire dans l'ombre de la monnaie scripturale. [...] Aujourd'hui, en effet, il est un fait indiscutable qu'un compte en banque peut fonctionner depuis son ouverture jusqu'à sa clôture en présentant un solde constamment créditeur, et ce sans que le moindre dépôt d'espèces fiduciaires soit directement effectué par son titulaire à un guichet de sa banque. [...] Il apparaît donc relativement archaïque d'affirmer, aujourd'hui encore, que la monnaie scripturale est par nature une créance de restitution de sommes de monnaie fiduciaire préalablement déposées chez les banquiers ».

⁸⁸ F. Grua, « Qu'est-ce qu'un compte en banque ? », D. 1999, chron. pp. 255 et s.

⁸⁹ J. - P. Centi, « Le contrat de dépôt bancaire », *Mélanges Ch. Mouly*, Litec, 1998, vol. II, p. 305.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 306 : « D'une part, le client de la banque se décharge de la garde de sa chose tout en demandant au banquier des services de caisse, mais celui-ci étant restituable *ad nutum*, le client doit conserver la libre disposition de ses fonds. Il ne s'agit donc ni vraiment d'un dépôt en raison des services de paiement demandés par le client, ni même d'un prêt en raison de la libre disponibilité de la chose. D'autre part, si la banque accepte les fonds, c'est dans le but de les utiliser plutôt que de les garder ; cela signifie que, sauf convention contraire, l'obligation de garde ne constitue pas le motif déterminant du contrat et que le banquier peut librement utiliser ces fonds dans des opérations de crédit. »

qui ils ne sont donc pas « prêtés ») ni comme un dépôt (puisque le banquier n'a pas d'obligation de garde des fonds qui lui sont remis). De ce que le banquier peut utiliser les fonds déposés, notamment pour consentir des crédits à d'autres que le déposant, sans avoir à conserver dans ses caisses un montant de monnaie fiduciaire équivalent à celui des inscriptions en compte, certains économistes de l'école autrichienne ont conclu « purement et simplement que ce comportement du banquier, visant à accorder des crédits en contrepartie des dépôts à vue (ou éventuellement de billets) n'[était] autre chose qu'un acte illégitime d'appropriation frauduleuse »⁹¹. L'économiste Jesus Huerta de Soto y voit une atteinte au droit de propriété des déposants aux conséquences désastreuses à la fois pour le marché et pour la moralité puisque, selon lui, les déposants seraient trompés, et les banquiers profiteraient d'un comportement « malhonnête ». En somme, « pour ces défenseurs de la propriété privée et de la liberté individuelle, les billets de banque ou les dépôts à vue sont des “contrats de consigne”, et non pas des prêts »⁹².

Mais le professeur Jean-Pierre Centi montre que cette conception de la monnaie scripturale (et de la monnaie-papier) est datée et désormais obsolète au regard de la pratique bancaire dont le propre est précisément de créer de la monnaie scripturale à partir de réserves qui ne correspondent qu'à une fraction du montant des crédits consentis⁹³.

⁹¹ *Ibidem*, p. 306. Le professeur Jean-Pierre Centi cite Jesus Huerta de Soto qui, en 1994, a écrit que « la règle de conduite traditionnelle qui est violée dans le cas du commerce bancaire est le principe du droit selon lequel dans le contrat de dépôt d'argent fongible, l'obligation traditionnelle de garde qui est un élément essentiel dans tout dépôt non fongible, se matérialise dans l'exigence de maintenir à tout moment une réserve de 100 % de la quantité d'argent fongible reçue en dépôt » (*Estudios de economia politica (Études d'économie politique)*, Union editorial, Madrid, 1994, p. 383).

⁹² J. - P. Centi, « Le contrat de dépôt bancaire », *Mélanges Ch. Mouly*, Litec, 1998, vol. II, p. 307.

⁹³ *Ibidem*, pp. 310-311 : « Ce qui est gênant dans le plaidoyer en faveur du système des réserves à 100 %, c'est que le banquier ne peut être qu'un orfèvre (le contrat de dépôt de fonds interdisant alors tout libre usage de ces fonds par le banquier) ou un intermédiaire financier dans le cadre d'un contrat de prêt à durée déterminée. Soit caissier, soit courtier : à moins qu'il ne prête son capital propre, le métier de banquier semble, selon cette thèse, perdre toute spécificité [...] Le droit de conclure des contrats dans le domaine de l'activité bancaire est extrêmement limité [...] Si le contrat entre le propriétaire de la banque et le propriétaire des fonds déposés prévoit une “obligation de garde” assurée par le respect d'un coefficient de réserves égal à 100 %, alors toute opération de crédit fondée sur les dépôts à vue serait illégale et immorale. [...] Quant au métier de banquier, on pourrait en effet se demander pourquoi cette activité se limiterait à conclure des “contrats de consigne”. [...] Le principe de libre entreprise bancaire reconnaît les dépôts à vue comme des substituts monétaires et fait de la banque autre chose qu'un entrepôt. Le déposant peut accepter d'encourir le risque de ne pas recouvrer immédiatement la totalité de son dépôt. Mais existe-t-il des activités humaines non risquées ? Le déposant préfère encourir un petit risque qui, en tout état de cause, sera pour lui rémunérateur, plutôt que de payer avec certitude un intérêt négatif permanent. En effet, puisque le banquier réalise des profits en accordant des crédits et en créant corrélativement de la “monnaie de crédit”, les détenteurs de dépôts à vue pourront en bénéficier sous forme d'une diminution des charges afférentes aux services de paiement, voire en obtenant un intérêt positif sur ces mêmes dépôts. »

C – L’immédiateté du pouvoir libératoire de la monnaie scripturale

132. Conception personnaliste d’une monnaie scripturale dépourvue de pouvoir libératoire immédiat. – L’antinomie entre la notion de monnaie et celle de créance mérite d’être nuancée. Dans sa thèse intitulée *Essai d’une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, le professeur Stéphane Torck opère une distinction selon que les parties appelées à utiliser de la monnaie scripturale sont, ou non, clientes de la même banque. Selon lui, les soldes disponibles sont utilisés comme une véritable monnaie, et avec les mêmes fonctions que la monnaie fiduciaire, dans les règlements entre clients d’une même banque émettrice. En revanche, l’emploi de ces soldes ne serait pas comparable à celui de la monnaie fiduciaire dans les autres hypothèses, notamment entre clients de deux établissements de crédit distincts. La raison en serait que, d’une part, la disponibilité des soldes des comptes à vue est subordonnée à la faculté qu’a l’établissement de crédit de faire face à son obligation de restitution envers ses clients, et, d’autre part, qu’entre deux établissements de crédit, les soldes ne circulent pas, ni ne peuvent être donnés pour eux-mêmes sans un règlement effectif ou compensé⁹⁴. En d’autres termes, le mécanisme de compensation qui intervient lorsque l’opération est faite entre clients de deux établissements de crédit distincts priverait la monnaie scripturale du caractère d’immédiateté qu’a le pouvoir libératoire de la monnaie fiduciaire.

133. Ce second argument rejoint l’observation faite par le doyen Jean Carbonnier au sujet de la monnaie scripturale dont il a souligné avec insistance que son pouvoir libératoire n’était pas immédiat, contrairement à celui de la monnaie fiduciaire. « Qu’est-ce qui fait la monnaie ? », se demande le doyen Jean Carbonnier. À cette question, il répond ainsi :

« La faculté (la liberté) de la réutiliser, de la remettre en circulation immédiatement. Le créancier qui reçoit les billets de banque en paiement peut s’en servir sur-le-champ pour régler ses propres dettes. Tout autre est sa situation quand il est payé en monnaie scripturale, que ce soit chèque ou carte de crédit. Un différé inéluctable s’impose à lui, un intervalle formaliste d’information et de vérification entre le crédit annoncé et le crédit disponible. L’électronique réduit l’intervalle, mais, en l’état actuel de ses possibilités pratiques, elle ne le supprime pas : la monnaie ne redevient pas instantanément monnaie »⁹⁵.

⁹⁴ S. Torck, *Essai d’une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, thèse Paris II, 2001, n° 685 et s., pp. 434 et s.

⁹⁵ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 685, p. 1555. Et n° 686, p. 1558 : « Quand on les [le chèque et le virement] compare au billet de banque, on voit trop ce qui leur fait défaut en instantanéité et en fluidité pour devenir des monnaies au sens plein du terme ».

Le professeur Nicole Catala en conclut que la monnaie scripturale est « une monnaie de second rang »⁹⁶.

134. Critique de la conception personnaliste de la monnaie scripturale : arguments en faveur de l'immédiateté du pouvoir libérateur de la monnaie scripturale. – Si, aujourd'hui, il est admis que seule l'inscription au compte du créancier libère le débiteur⁹⁷, cette idée n'a pas toujours été accueillie comme une évidence. Certaines juridictions ont argué de ce que le chèque transfère immédiatement la propriété d'une provision qui doit être préalable, pour analyser la remise du chèque – et non son encaissement – comme valant paiement. Ainsi, la cour d'appel de Paris a pu juger le 26 janvier 1925 que « la remise d'un chèque constitue un paiement définitif équivalent à un paiement en espèces et dessaisissant celui qui l'émet de la propriété de la somme pour laquelle le chèque est émis »⁹⁸. Il a fallu que l'article 62 du décret-loi du 30 octobre 1935 (codifié à l'article L.131-67 du code monétaire et financier) vienne préciser que « la remise d'un chèque en paiement, acceptée par un créancier, n'entraîne pas novation », et qu'« en conséquence, la créance originaire, avec toutes les garanties qui y sont attachées, subsiste jusqu'au paiement du chèque ». Mais une telle solution est critiquée pour l'ordre de virement : Nicole Catala elle-même pense que « dès lors qu'il est établi que l'émission du titre lui a effectivement transféré ce pouvoir, on ne voit pas pourquoi on ne fixerait pas à cet instant le moment du paiement ». Certes, « la jurisprudence le retarde jusqu'à l'encaissement pour rendre certaine la satisfaction du créancier », mais « lorsque cette satisfaction ne fait aucun doute, aucun motif ne demeure qui interdirait de considérer que la signature et l'envoi de l'ordre de virement ont valu paiement »⁹⁹. Et l'auteur en veut pour preuve que la Cour de cassation, statuant en sa chambre civile, s'est prononcée en ce sens le 16 juin 1931¹⁰⁰. Et le professeur Nicole Catala de proposer alors que la remise du titre vaille toujours paiement, sous réserve de l'existence de la provision.

⁹⁶ N. Catala, *La nature juridique du paiement*, Bibl. dr. priv. t. 25, LGDJ, 1961, préf. J. Carbonnier, p. 143. Dans ce sens aussi : P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., p. 33, note n° 2 : « Cependant, cette monnaie scripturale est, certes, un moyen de paiement, mais ce n'est pas une véritable monnaie. Il lui manque certaines caractéristiques essentielles de la monnaie véritable : l'aptitude à circuler indéfiniment, l'anonymat, la gratuité et la création par l'État. »

⁹⁷ Cass. civ. 29 novembre 1954, (Bull. civ. 1954, III, p. 278) ; Cass. 1^{ère} civ. 23 juin 1993 (*RTD com.* 1993, p. 694, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; *D.* 1994, jur. p. 27, note D. R. Martin et somm. p. 330, obs. M. Vasseur).

⁹⁸ Paris, 26 janvier 1925, S. 1925, II, p. 97, note Chavegrin.

⁹⁹ N. Catala, *La nature juridique du paiement*, op. cit., pp. 147-148.

¹⁰⁰ Cass. civ. 16 juin 1931, *Gaz. Pal.* 1931, II, p. 495.

134-1. On notera aussi que, côté tireur (ou émetteur) du chèque, la remise du chèque a les caractères d'un paiement : la remise du chèque vaut ordre irrévocable de payer donné au banquier tiré. La provision, qui doit être certaine, liquide, exigible, disponible et préalable, doit aussi être irrévocable. Le tireur (titulaire du compte) ne peut retirer ou bloquer les sommes inscrites en compte correspondant au montant du chèque. L'article L. 131-35, alinéa 2, du code monétaire et financier limite les possibilités d'opposition au paiement à des cas très précis : perte ou vol du chèque, utilisation frauduleuse du chèque, ou encore faillite du porteur. À l'égard du tireur, donc, la remise du chèque a tous les caractères d'un paiement. Il n'y a qu'à l'égard du porteur (bénéficiaire de la remise du chèque) que cette remise ne vaut pas paiement.

134-2. Le professeur Rémy Libchaber s'interroge aussi sur la présence (ou non) d'une composante de crédit dans l'utilisation du chèque et de la carte bancaire – pourtant réputés être des instruments de paiement¹⁰¹. Mais bien des arguments vont à l'encontre d'une spécificité de la monnaie scripturale qui emporterait l'impossibilité de l'ériger au rang de monnaie à part entière.

Tout d'abord, s'il y a un délai entre l'émission de l'ordre de payer et le paiement effectif par inscription en compte, il n'y a pourtant pas d'intérêts. Qu'est-ce qu'un crédit qui ne porterait pas intérêts ? Si crédit il devait y avoir, il s'agirait tout au plus d'un « crédit technique », et en aucun cas d'un crédit conventionnel¹⁰². Ensuite, le Conseil national du crédit a suggéré en 1967 que l'on ne pouvait parler de crédit que lorsqu'un délai de quarante jours s'était écoulé entre l'émission de l'ordre de payer et l'exécution du paiement¹⁰³.

En outre, en matière de chèque, la loi prévoit que la provision auprès du tiré est bloquée au profit du bénéficiaire du chèque dès l'émission du chèque par le tireur : cette

¹⁰¹ Le professeur Élie Alfandari (« Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, pp. 140-141) explique, qu'à la différence des instruments de paiement, les « instruments » ou « titres » de crédit tels que les effets de commerce, les bordereaux « Dailly » de cession de créances professionnelles et les titres de créances négociables :

- empêchent un paiement immédiat – alors que la monnaie exige une disponibilité immédiate ;
- sont simplement négociables, au sens où ils dispensent des règles de forme de la cession de créances – alors que la monnaie est fongible ;
- ont une valeur soumise au jeu de l'offre et de la demande – alors que la monnaie, en vertu du nominalisme, a une valeur fixe ;
- peuvent être refusés par un créancier comme modes de paiement – alors que la monnaie a cours légal.

¹⁰² Selon le professeur Élie Alfandari (« Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 143), si « le règlement des opérations réalisées avec les instruments de mobilisation de monnaie scripturale (passage en chambre de compensation pour le chèque, facturation dans les cartes de paiement, avis donné au cas de prélèvement automatique) donne toujours au débiteur des délais qu'il peut être tenté de mettre à profit », « il ne s'agit pas d'un véritable crédit, en ce sens qu'il n'est pas volontairement consenti par le banquier, mais plutôt d'un crédit technique ».

¹⁰³ Conseil national du crédit, décision de caractère général n° 67-06 du 28 juin 1967.

provision doit être préalable et disponible¹⁰⁴. Si rien de tel n'est expressément prévu en matière de carte bancaire, le professeur Didier-René Martin le déduit des dispositions de l'ancien article L. 132-2 du code monétaire et financier aux termes duquel « l'ordre ou l'engagement de payer donné au moyen d'une carte de paiement est irrévocable ». Selon cet auteur, la limitation expresse et très restrictive des cas d'opposition¹⁰⁵, associée à l'irrévocabilité de l'ordre, témoignerait de ce que l'ordre de paiement emporte transfert immédiat de la provision à l'*accipiens*.

134-3. Surtout, la jurisprudence est venue atténuer le principe selon lequel le paiement a lieu à la date de l'inscription en compte, et non à la date de la remise des instruments de paiement. Il a ainsi été jugé à propos du paiement de primes d'assurances – pour lequel il y a souvent une date limite sous peine de perdre le bénéfice de la police d'assurances – que ce paiement est réputé effectué dès la réception du chèque – et non à la date de son encaissement¹⁰⁶. Au regard du droit fiscal, le chèque reçu est réputé s'imputer sur la période de sa réception, même s'il a été encaissé au cours d'un exercice ultérieur¹⁰⁷. La Cour de cassation a parfois validé le don manuel de chèque par un donateur décédé entre la date de remise du chèque et la date de son encaissement : le don étant réalisé *post mortem* si on considère que le versement a lieu à la date de l'inscription en compte, il devrait être annulé. Pourtant, la juridiction suprême a jugé l'inverse, considérant le don réalisé à la date de la remise du chèque¹⁰⁸. Enfin, le professeur Rémy Libchaber argue de ce que des sommes sont souvent portées au compte du bénéficiaire du chèque « sous réserve d'encaissement », et donc de contre-passation en cas d'absence de provision, pour montrer que l'inscription en compte est davantage liée à la remise du chèque qu'à son encaissement. De tout cela, cet auteur tire la conclusion que le chèque, comme la carte bancaire, est « plutôt un instrument de paiement décalé »¹⁰⁹. Et il fait la même proposition que Nicole Catala, à savoir que « la Cour de cassation pourrait admettre que le paiement est effectué par la tradition du chèque, à condition que celui-ci soit ensuite honoré », car cette présomption non seulement ne contreviendrait pas aux dispositions de l'article L. 131-67 du code monétaire et financier puisqu'elle n'emporterait pas novation ni perte d'éventuelles

¹⁰⁴ Article L. 131-31 du code monétaire et financier : « le chèque est payable à vue. Toute mention contraire est réputée non écrite ».

¹⁰⁵ Ancien article L. 132-2 du code monétaire et financier : « il ne peut être fait opposition au paiement qu'en cas de perte, de vol, ou d'utilisation frauduleuse de la carte et des données liées à son utilisation, de redressement ou de liquidation judiciaires du bénéficiaire ».

¹⁰⁶ Cass. 1^{ère} civ. 2 décembre 1968, *JCP* 1969, II, 15775, note A. Besson.

¹⁰⁷ Conseil d'État, 25 novembre 1968, *JCP* 1970, II, 16337, note M. Cozian.

¹⁰⁸ Cass. 1^{ère} civ. 4 novembre 1981, Bull. civ. I, n° 328, p. 277 ; *Defrénois*, 1982, p. 1378, obs. G. Champenois.

¹⁰⁹ R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., p. 87.

garanties, mais en plus, elle « présenterait l'avantage d'ajuster la règle juridique à la perception sociale du paiement, ainsi qu'à certains arrêts peu orthodoxes de la Cour de cassation »¹¹⁰.

Nous arrivons ainsi à une conclusion identique à celle de M. Thomas Le Gueut : « tout indique effectivement que la monnaie scripturale jouit actuellement d'un pouvoir libérateur identique à celui de la monnaie fiduciaire »¹¹¹.

§ 2. Une monnaie qui n'est pas une créance.

135. Conception monétariste de la monnaie scripturale. – C'est notamment parce que la monnaie scripturale a un pouvoir libérateur identique à celui de la monnaie fiduciaire que certains auteurs, prenant fait et cause pour une « conception monétariste » de la monnaie scripturale, ont soutenu que celle-ci avait cessé d'être une créance en devenant une monnaie¹¹².

Le professeur Paul Didier, dans les *Études offertes à J. Flour*, s'attache à proposer une analyse du fonctionnement du compte courant bancaire plus simple que l'analyse classique. Contrairement aux auteurs majoritaires qui affirment que la créance du client sur le banquier est une créance de solde¹¹³ et que les remises, novées, ne sont que de simples articles de compte, le professeur Paul Didier soutient que le banquier s'acquitte immédiatement de sa dette de restitution en créditant le compte du client d'un montant égal de monnaie scripturale. Autrement dit, la seule inscription en compte satisferait à l'obligation de restitution à laquelle est tenu le banquier, et dont son client est créancier. Le titulaire de compte bancaire n'aurait plus de créance contre le banquier dès lors qu'une écriture comptable viendrait représenter cette créance¹¹⁴. Et partant, les remises et les retraits d'espèces résulteraient d'une opération de change interne dans laquelle la monnaie scripturale remplacerait la monnaie fiduciaire.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 91.

¹¹¹ Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, p. 115.

¹¹² *Ibidem*, p. 119 : selon cette conception, « les comptes en banque sont considérés comme des réceptacles idéaux de monnaie dont le solde provisoire indique à tout moment la quantité de monnaie qui y est stockée, celle-ci variant ainsi au fur et à mesure des débits et des crédits du compte ».

¹¹³ Créance de solde définitif d'abord – comme l'a jugé la chambre civile de la Cour de cassation le 24 juin 1903 (D. 1903, I, p. 472) – ; puis créance de solde provisoire – comme l'a jugé la chambre commerciale de la Cour de cassation le 13 novembre 1973 (D. 1974, p. 10, chron. J.-L. Rives-Lange).

¹¹⁴ P. Didier, « Monnaie de compte et compte bancaire », *Études offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, pp. 139 et s., spéc. p. 143.

Cette analyse repose sur l'idée que la qualification de monnaie exclut celle de créance, et que la monnaie scripturale n'est pas une créance : en effet, si « le client est devenu créancier de son banquier en lui remettant de la monnaie au porteur » et « si le banquier s'est aussitôt acquitté de sa dette en versant dans la "caisse" du client, autrement dit à son compte, un montant égal de monnaie nominative », alors « aucune créance n'a le temps de naître entre les parties »¹¹⁵.

136. Mais si, comme le pense le professeur Paul Didier, les articles d'un compte courant ne sont pas l'enregistrement de créances et de dettes, mais de versements et de retraits, et si le solde est, pour reprendre son expression, « un stock de monnaie »¹¹⁶ dont le client peut disposer s'il est créancier, ou qu'il doit reconstituer s'il est débiteur, on voit mal quel statut ce « stock de monnaie » doit avoir, si ce n'est celui de créance de solde. L'auteur ne fait pas vraiment de proposition de définition alternative et s'en tient plutôt à une description.

137. Le professeur Sarah Bros, quant à elle, soutient que la monnaie scripturale est un bien incorporel, mais qu'elle n'est pas une créance¹¹⁷. De même que pour le professeur François Grua, l'exécution d'un ordre de paiement par un banquier correspond à son obligation de restitution, et non à un transfert de créance, de même, pour le professeur Sarah Bros, la garantie portant sur de la monnaie scripturale « est constituée non pas tant par la remise matérielle d'un chèque ou par l'émission d'un ordre de virement, mais par l'exécution de l'ordre de payer le banquier du constituant au profit du bénéficiaire »¹¹⁸. En d'autres termes, de ce que l'affectation en garantie de monnaie scripturale s'effectue moins par la remise d'un titre de créance et par un transfert de créance, que par l'exécution, par le banquier du constituant, d'un ordre de payer au profit d'un bénéficiaire qui acquiert, par là-même, le droit de disposer des sommes remises, le professeur Sarah Bros conclut que la monnaie scripturale est, certes, un bien incorporel, mais qu'elle n'est pas traitée comme une créance – puisqu'elle n'est pas soumise au régime du nantissement de créance¹¹⁹.

Le parti pris par M. Hannes Westendorf est assez proche : selon lui, « c'est le transfert des signes qui emporte paiement : la nature de la créance s'efface pour devenir

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 143.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 145.

¹¹⁷ S. Bros, « Le gage-espèces après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *Rev. Lamy dr. aff.* 2007, n° 14, p. 86.

¹¹⁸ *Idem*.

¹¹⁹ *Ibidem* : « cette exécution réalise un transfert de fonds depuis le compte du constituant vers celui du bénéficiaire, et ce dernier acquiert la propriété des sommes remises par l'inscription au crédit de son compte ».

une monnaie véritable, distincte et autonome de la monnaie fiduciaire », et « les écritures en compte ne sont plus une régularisation comptable, mais la transmission même des signes monétaires »¹²⁰.

§ 3. Une créance qui est devenue une monnaie.

138. Conception mixte de la monnaie scripturale : à la fois monnaie et créance civile. – Face au constat que « la nature de créance et le rôle monétaire de la monnaie scripturale sont aujourd’hui deux données essentielles de l’analyse juridique de cette dernière qui sont malheureusement inconciliables entre elles »¹²¹, M. Thomas Le Gueut déplore les insuffisances de la conception de la monnaie scripturale en droit privé en ouvrant la voie à une « conception mixte » de la nature de la monnaie scripturale qu’il se garde cependant d’identifier comme telle.

Dans cette conception « mixte », la monnaie scripturale ne serait qu’une créance de restitution dont on aurait plus ou moins oublié qu’elle l’était. Mais cela suppose qu’en soi, elle serait bien une créance.

139. Qu’il s’agisse de règlement par chèque ou par carte bancaire, le doyen Jean Carbonnier analyse les paiements opérés par jeux d’écritures comptables comme des paiements par cession de créance – ce qui suppose que la monnaie scripturale transférée de compte à compte soit bien une créance, et qu’elle le soit restée malgré sa fonction de monnaie. En effet, « à s’en tenir au paiement par chèque, écrit-il, il faut l’analyser comme un paiement par cession de créance (cession dont les formes sont plus simples qu’en droit civil) : le débiteur cède à son créancier, en paiement, sa propre créance contre une banque, où, par hypothèse, il dispose, sur son compte, d’un solde créditeur »¹²². Selon lui, il n’en va pas autrement du règlement par carte bancaire¹²³.

¹²⁰ H. Westendorf, « Les sûretés ayant pour objet des sommes d’argent », *op. cit.*, p. 476.

¹²¹ Th. Le Gueut, *Le paiement de l’obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l’Université Paris II Panthéon-Assas, p. 117.

¹²² J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n° 685, p. 1554.

¹²³ *Ibidem* : « La banque délivre une carte à son client. Celui-ci se dispensera de payer comptant en la présentant à ses créanciers (ses fournisseurs) et en signant leurs factures (le postulat étant que ces créanciers, ces fournisseurs, ont accepté d’avance d’entrer dans le circuit de l’établissement émetteur de cartes). Les factures sont transmises à la banque, qui procède aux virements correspondants du compte du client aux comptes des créanciers. Ici encore, se retrouvent les éléments d’un paiement par cession de créance. »

140. La monnaie scripturale est donc bien une créance : comme l'écrit le doyen Jean Carbonnier, « sa force libératoire dépend de la réalité d'une créance sur autrui »¹²⁴. Mais ces jeux d'écritures ont en quelque sorte été érigés en monnaie par la volonté du législateur qui s'est notamment efforcé de faire du règlement par chèque « le rival du billet de banque, et, à cette fin, a rendu son emploi obligatoire pour l'acquittement de certaines dettes »¹²⁵. Certains auteurs ont, en effet, analysé les diverses lois rendant obligatoires le règlement par chèque - et notamment la loi du 22 octobre 1940 relative aux règlements par chèques et virements - comme l'instauration implicite d'un « cours légal » de la monnaie scripturale, le cours légal s'entendant de l'obligation faite par la loi à un créancier de recevoir un support monétaire déterminé en paiement d'une quantité déterminée d'unités monétaires¹²⁶.

141. Mais ce n'est pas l'argument du « cours légal » qu'a retenu le doyen Jean Carbonnier pour étayer la thèse de la créance devenue monnaie. C'est bien plutôt dans le régime de l'interdiction bancaire (interdiction d'émettre des chèques, obligation de restitution des formules de chèque, voire des cartes bancaires...) ¹²⁷ que le doyen Jean Carbonnier a puisé pour assimiler les banques commerciales (désormais dotées, selon lui, de « prérogatives de puissance publique »), aux institutions émettrices que sont les banques centrales :

« La banque qui délivre des chéquiers et des cartes à ses clients exerce une activité comparable à celle d'une banque d'émission – nommément, la Banque de France (loi du 4 août 1993, article 5, al. 1^{er}). Mais la création de monnaie ne se situe pas dans la remise des formules, elle était déjà virtuellement dans l'ouverture de crédit, et elle achèvera de se réaliser par l'emploi que le client en fera. La monnaie aura été l'œuvre commune du tiré et du tireur. C'est une monnaie privée dépourvue de cours légal, et dans sa fonction d'émettrice, la banque demeure une société commerciale de droit privé. Cependant, elle collabore à un service public, en assurant la fiabilité et la liquidité des paiements. Aussi des prérogatives de puissance publique lui ont-elles été conférées : à tout incident de paiement pour défaut ou insuffisance

¹²⁴ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n° 685, p. 1554.

¹²⁵ *Ibidem*. Désormais, c'est toute une section du code monétaire et financier (section 3 du chapitre II du titre I^{er} du livre I^{er}) qui est consacrée à l'énumération des cas où le paiement en espèces de certaines créances est interdit (articles L. 112-6 et suivants). Le premier alinéa du I de l'article L. 112-6 du code monétaire et financier dispose que « ne peut être effectué en espèces ou au moyen de monnaie électronique le paiement d'une dette supérieure à un montant fixé par décret, tenant compte du lieu du domicile fiscal du débiteur et de la finalité professionnelle ou non de l'opération ». L'article D. 112-3 du même code précise que ce montant est de 3000 euros lorsque le débiteur a son domicile fiscal en France ou agit pour les besoins d'une activité professionnelle, et de 15 000 euros lorsque le débiteur justifie qu'il n'a pas son domicile fiscal en France et n'agit pas pour les besoins d'une activité professionnelle. Le deuxième alinéa du I de l'article L. 112-6 ajoute qu'« au-delà d'un montant mensuel fixé par décret, le paiement des traitements et salaires [...] doit être effectué par chèque barré ou par virement à un compte bancaire ou postal ou à un compte tenu par un établissement de paiement ou un établissement de monnaie électronique qui fournit des services de paiement » (voir également les articles L. 112-10 du code monétaire et financier et L. 3241-1 du code du travail).

¹²⁶ Sur la notion de « cours légal », voir *infra* (§ 155 et s.).

¹²⁷ Sur le dispositif bancaire et judiciaire faisant suite à l'émission de chèques sans provision, voir notamment F. Pérochon, et R. Bonhomme, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8^e éd., 2009, pp. 909-916.

de la provision, elle a le pouvoir de réagir en prononçant contre le défaillant une interdiction de chéquier ou de carte, avec inscription au fichier central des chèques que tient la Banque de France »¹²⁸.

142. Dans sa thèse sur *La nature juridique du paiement*, le professeur Nicole Catala analyse le transfert de monnaie scripturale comme une cession de créance¹²⁹. D'autres auteurs ont préféré analyser la transmission de monnaie scripturale comme une forme de délégation : c'est le cas d'Edmond Thaller¹³⁰, de Charles Lyon-Caen¹³¹ ou de René Rodière¹³². Si les professeurs Georges Ripert et René Roblot ont réfuté une telle analyse au motif qu'elle ne s'appliquerait qu'au virement effectué par une personne autre qu'un banquier (par exemple un industriel qui ferait, dans ses livres comptables, à la demande d'un fournisseur, un virement au profit d'un autre fournisseur)¹³³, il n'en reste pas moins que la monnaie scripturale est aussi conçue par tous ces auteurs comme une créance.

143. Pour le professeur Jean-Louis Rives-Lange aussi, les soldes disponibles des comptes bancaires sont des créances de restitution ayant vocation à jouer le rôle de monnaie : selon lui, « la solvabilité du banquier confère à *la créance que constitue un solde créditeur* une sécurité telle qu'elle est assimilée à son objet même, aux fonds auxquels elle donne droit. La certitude qu'elle sera acceptée en paiement par d'autres personnes lui confère la valeur de bien d'échange »¹³⁴ (italiques ajoutées). Ne doutant donc pas qu'il s'agisse d'une créance, le professeur Jean-Louis Rives-Lange s'attache à comprendre comment cette « simple créance contre un banquier » a pu devenir une monnaie. De deux choses l'une : soit la créance contre le banquier est utilisée comme

¹²⁸ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 685, pp. 1555-1556. Outre le droit d'interdire au titulaire d'un compte d'émettre des chèques (régime de l'interdiction bancaire fixé par l'article L. 131-73 du code monétaire et financier), un banquier a le droit de :

- procéder à des vérifications, d'identité entre autres, à l'ouverture d'un compte, en application de l'article R. 312-2 du code monétaire et financier et conformément aux obligations de vigilance, mises à la charge des établissements de crédit notamment, par les articles L. 561-5 et suivants du même code ;
- signaler des opérations suspectes à Tracfin, conformément aux obligations de déclaration mises à la charge des établissements de crédit notamment, par les articles L. 561-15 et suivants du code monétaire et financier ;
- d'inscrire le client défaillant au fichier central des interdits bancaires (articles L. 131-84 et L. 131-85 du code monétaire et financier) ou au fichier des incidents de paiement caractérisés (prévu par les articles L. 333-4 et L. 333-5 du code de la consommation).

¹²⁹ N. Catala, *La nature juridique du paiement*, op. cit., p. 125 : le débiteur « peut, en recourant à la monnaie scripturale, éteindre sa dette sans réaliser aucune numération de deniers » ; et « la valeur due se trouve alors acquise par le créancier en vertu d'une cession de créance ».

¹³⁰ E. Thaller et J. Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, éd. Rousseau, 8^e éd., 1931, t. II, n° 1609.

¹³¹ Ch. Lyon-Caen et L. Renault, *Traité de droit commercial*, t. IV, éd. F. Pichon, 1893, n° 678.

¹³² L. Julliot de La Morandière, R. Rodière et R. Houin, *Droit commercial*, Précis Dalloz, 1968, n° 63.

¹³³ G. Ripert et R. Roblot, *Traité de droit commercial*, t. I, vol. II, par M. Germain, LGDJ, 19^e éd., 2009, n° 1948.

¹³⁴ J. – L. Rives- Lange, « La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique) », *Études de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac*, Litec, 1968, pp. 405 et s.

réserve de valeur – et alors, « son caractère de créance n'est guère effacé par celui de monnaie », car « le rôle de réserve de valeur n'est pas, en effet, particulier à la monnaie »¹³⁵ - ; soit la créance contre le banquier est utilisée comme bien d'échange – dans quel cas, « une créance, lien de droit entre deux individus, n'est pas adaptée à ce rôle », de sorte que cette fonction implique une « profonde transformation du statut traditionnel des créances »¹³⁶. Dans sa fonction de réserve de valeur, la nature de créance est d'autant moins incompatible avec celle de monnaie que, comme le note le professeur Jean-Louis Rives-Lange, « la prescription extinctive joue au profit de l'État ». Ce serait, selon lui, « une survivance de l'idée que la monnaie est la chose du souverain »¹³⁷. On sait aussi que d'autres créances peuvent être attribuées à l'État, comme les dividendes des sociétés lorsqu'ils ne sont pas réclamés – dividendes qui ne sont rien d'autre que des créances de fruits dont sont titulaires associés ou actionnaires. Dans sa fonction de bien d'échange, la nature de créance serait d'autant moins incompatible avec celle de monnaie que le virement, procédé scriptural dérogeant aux procédés civils traditionnels de transport des créances, aurait permis une circulation aussi facile que celle de la monnaie fiduciaire.

144. Le professeur Christian Larroumet s'inscrit dans cette lignée, lui qui analyse le solde créditeur d'un compte bancaire comme une créance du client déposant contre le banquier dépositaire¹³⁸, et le « gage-espèces » portant sur un compte courant ou bloqué comme un nantissement de créance¹³⁹.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 408.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ *Idem*.

¹³⁸ Ch. Larroumet, note sous Cass. 1^{ère} civ. 20 avril 1983, *Defrénois* 1983, p. 1141 ; et note sous Cass. 1^{ère} civ. 7 février 1984 (D. 1984, p. 638 ; *Defrénois* 1984, art. 33427, p. 1387). Dans sa note sous l'arrêt du 20 avril 1983 dans lequel il a été jugé que « les sommes inscrites à un compte de chèques postaux constituent, dès leur versement, quelle que soit l'origine des fonds versés, une créance du titulaire du compte », le professeur Christian Larroumet explique qu'« il n'y a pas de droit de propriété du titulaire du compte pour la simple raison qu'il s'agit de choses fongibles », que « le seul propriétaire des sommes versées au compte, c'est le banquier », et que « le titulaire du compte n'est pas propriétaire [mais] créancier d'une obligation de restitution dont le banquier est débiteur ». En somme, « c'est par métaphore que l'on parle de propriété du client sur les sommes déposées, mais la réalité juridique est différente ». La « réalité juridique », c'est le transfert du droit de disposer des sommes inscrites en compte au banquier teneur de compte, qui, à lire le professeur Christian Larroumet, s'opère non pas par la volonté des parties à la convention de compte, mais en raison de la nature fongible des éléments du compte. Autrement dit, c'est l'effet novatoire attaché à l'entrée en compte qui explique que tout ce qui est inscrit au crédit d'un compte perd son individualité pour se fondre dans un ensemble représenté par un solde unique, ce dont il résulte d'une part que les éléments du compte sont fongibles et, d'autre part, que le banquier n'a pas à tenir compte de la provenance des sommes inscrites en compte – provenance que le titulaire du compte n'a d'ailleurs pas à révéler au banquier teneur de compte. Dans sa note sous le même arrêt (D. 1984, IR, p. 78), le professeur Michel Vasseur lie lui aussi le transfert du droit de disposer des sommes à la fongibilité de l'argent et à la perte d'individualité des créances lors de leur entrée en compte : « salaires, primes d'assurances encaissées pour le compte d'une compagnie etc... ne sont plus des salaires ou des primes, mais de l'argent. »

¹³⁹ Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 17 mai 1994, D. 1995, jur. p. 125 : « la monnaie scripturale n'ayant d'existence que par les remises effectuées chez un banquier chez lequel est ouvert un compte au nom de son client, elle se confond purement et simplement avec le solde du compte. Or, le solde créditeur d'un compte bancaire constitue une créance du client à l'encontre du

A – Les fondements de l’analyse doctrinale majoritaire

145. Dans l’esprit du professeur Christian Larroumet, l’analyse des inscriptions en compte comme étant constitutives de créances de restitution par équivalent est justifiée à trois titres au moins.

Premièrement, la confusion des choses fongibles appartenant à une personne dans le patrimoine d’une autre et l’effet translatif de propriété qu’on lui prête explique la transformation du droit de propriété pleine et entière du déposant en droit « de créance » de restitution par équivalent¹⁴⁰.

146. Deuxièmement, la jurisprudence a clairement décidé au sujet d’un dépôt de sommes d’argent sur un livret de caisse d’épargne, que « dès l’instant de leur remise, ces espèces, étant des choses de genre, deviennent propriété de la caisse à l’égard de laquelle le client ne dispose plus que d’un droit de créance »¹⁴¹.

146-1. Cette assertion n’avait pourtant rien d’évident puisqu’il avait été jugé, le 8 février 1961, par la Cour de cassation statuant en sa deuxième chambre civile, que le déposant titulaire d’un compte constitutif d’un livret d’épargne demeurait propriétaire des sommes d’argent qui y étaient inscrites¹⁴². La Haute juridiction y cassa l’arrêt rendu par la cour d’appel de Bastia qui avait considéré que chaque épargnant titulaire d’un compte auprès d’une caisse d’épargne était lié à la caisse d’épargne par un contrat de prêt de consommation, rémunéré par les intérêts versés à l’épargnant, et non par un contrat de dépôt... tant et si bien qu’il fallait en conclure que le prêteur perdait la propriété des espèces qu’il versait sur le compte tenu auprès de l’emprunteur – alors même que l’article 5, alinéa 3, du décret n° 52-759 du 27 juin 1952 relatif aux caisses d’épargne disposait à l’époque que « toute somme versée à une caisse d’épargne est, au regard de la caisse, la propriété du titulaire du livret ». Il s’agissait en l’espèce d’un employé d’une caisse d’épargne qui avait été licencié mais qui était créancier de son

banquier. Par conséquent, lorsque la monnaie scripturale est affectée à un créancier à titre de sûreté, il ne peut s’agir d’autre chose que du nantissement de la créance du client contre le banquier. »

¹⁴⁰ Voir notamment Cass. civ. 6 mai 1930 (DH. 1930, p. 412 ; S. 1930 I, p. 248).

¹⁴¹ Cass. 1^{ère} civ. 7 février 1984 (D. 1984, p. 638, note Ch. Larroumet ; *Defrénois* 1984, art. 33427, p. 1387, note Ch. Larroumet). Dès 1929, la Cour de cassation, statuant en sa chambre des Requête, avait eu l’occasion de laisser entendre que la remise de sommes d’argent à un dépositaire avait pour effet de rendre le dépositaire propriétaire de ces sommes (Req. 11 juin 1929, S. 1929, I, p. 372) – transfert de propriété au sujet duquel la doctrine s’est posée la question de savoir quel était son fondement : dépôt irrégulier ? prêt de consommation ? contrat innommé ?

¹⁴² Cass. 2^e civ. 8 février 1961 (*Gaz. Pal.* 1961, II, 19 ; *RTD civ.* 1961, p. 698, note G. Cornu, et p. 734, obs. P. Raynaud).

ancien employeur. L'employé licencié pratiqua une saisie-arrêt sur des créances de sommes d'argent détenues par la Caisse des dépôts et consignations pour le compte de la caisse d'épargne débitrice. La cour d'appel de Bastia valida la saisie-arrêt, considérant que les fonds saisis étaient bien constitutifs d'une créance de sommes d'argent, et non d'un dépôt qui serait resté la propriété du déposant. La Cour de cassation cassa l'arrêt d'appel au motif que les juges du fond n'y avaient pas précisé quels fonds étaient concernés par la saisie-arrêt : les fonds personnels de la caisse auprès de la Caisse des dépôts et consignations (fonds susceptibles de constituer une créance saisissable par saisie-arrêt) ou les fonds déposés par les épargnants auprès de la caisse qui les avait elle-même déposés auprès de la Caisse des dépôts et consignations (fonds insusceptibles de constituer un droit personnel de créance saisissable par saisie-arrêt, en application de l'ancien article 5, alinéa 3, du décret du 27 juin 1952).

146-2. La solution est particulièrement critiquée par le doyen Gérard Cornu¹⁴³ qui, vingt ans avant le professeur Christian Larroumet, soutenait déjà que tout titulaire d'un compte (même sous forme de livret ouvert auprès d'une caisse d'épargne) est titulaire d'un droit à restitution – et non d'un droit de propriété pleine et entière sur les sommes d'argent inscrites en compte. La critique du doyen Gérard Cornu est double. Elle porte en premier lieu sur le principe même du transfert de propriété des sommes versées sur un livret d'épargne, et, en second lieu, sur l'interprétation que fait la Cour de cassation du décret sur le fondement duquel elle rend sa décision.

146-3. Tout d'abord, il faut, selon le doyen Gérard Cornu, voir dans le droit de créance du titulaire d'un compte le résultat de l'effet translatif de propriété attaché à la confusion de choses fongibles. Le dépôt de sommes d'argent sur un compte (courant, de dépôt ou d'épargne) doit selon lui être qualifié de dépôt irrégulier : la confusion des sommes d'argent dans le patrimoine du dépositaire emporte transformation de la propriété pleine et entière du déposant en droit à restitution, et investit le dépositaire de certains attributs du droit réel de propriété perdu par le déposant. L'auteur écrit qu'« à l'ordinaire, un déposant devient créancier de l'argent – chose fongible – qu'il remet à qui veut le lui garder [...] Comme le prêt de consommation, le dépôt irrégulier transfère normalement la propriété des choses fongibles au dépositaire, à charge d'en rendre autant de même espèce et qualité [...] Il est douteux que l'intention des parties ait été de conserver à l'épargnant une propriété dont les avantages ne sont pas évidents [...] La

¹⁴³ G. Cornu, note sous Cass. 2^e civ. 8 février 1961 (*RTD civ.* 1961, p. 698).

protection des épargnants n'attend rien du droit de propriété...»¹⁴⁴. La croyance en la vertu protectrice du droit de propriété à l'égard de l'épargnant serait, selon le doyen Gérard Cornu, une croyance erronée qui ne rendrait même pas compte de l'état d'esprit et de la volonté des épargnants¹⁴⁵. Partant, il faut, selon le même auteur, proposer ensuite une interprétation de la volonté du législateur autre que celle qu'en a faite la Cour de cassation. Si l'article 5, alinéa 3, du décret du 27 juin 1952 dispose que « toute somme versée à une caisse d'épargne est, au regard de la caisse, la propriété du titulaire du livret », ce serait pour poser une présomption de propriété. Aux yeux de la caisse d'épargne, l'épargnant qui dépose des sommes d'argent sur un compte serait réputé être le véritable propriétaire desdites sommes d'argent. Autrement dit, ce texte ne ferait que décliner dans le cas particulier des caisses d'épargne le principe général posé par l'article 2276, alinéa 1^{er}, du code civil (ancien article 2279, alinéa 1^{er}, du même code) en présumant que celui dont la caisse d'épargne acquiert la possession des sommes d'argent est propriétaire de celles-ci, et en présumant donc que la caisse d'épargne acquiert *a domino*¹⁴⁶.

146-4. Et c'est à l'interprétation proposée en 1961 par le doyen Gérard Cornu que s'est ralliée en 1984 la Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile¹⁴⁷. Dans l'affaire jugée le 7 février 1984 par la Cour de cassation, il s'agissait d'un

¹⁴⁴ *Idem*.

¹⁴⁵ *Ibidem* : « La propriété serait-elle garantie pour la seule vertu magique qu'elle aurait de susciter la confiance du public ? La crédulité de l'épargnant ne va cependant pas jusqu'à voir la caisse d'épargne en bas de laine, ni à croire qu'on lui rendra identiquement les espèces mêmes qu'il avait déposées. Pourquoi y tiendrait-il, comme il pourrait chérir un sac d'écus ou de monnaies anciennes ou rares ? ».

¹⁴⁶ G. Cornu, note sous Cass. 2^e civ. 8 février 1961, *RTD civ.* 1961, p. 698 : « Ne signifierait-il pas simplement que, lorsqu'elle reçoit des fonds, la caisse d'épargne peut, à bon droit, considérer celui qui les dépose, comme étant à ce moment leur seul et véritable propriétaire ? Ainsi restera-t-elle étrangère aux contestations qui pourraient s'élever à leur sujet entre le titulaire du livret et des tiers. Réplique de l'[ancien] article 2279 du code civil, l'article 5 attache à la présentation des espèces au guichet, une présomption de propriété, toute relative (au regard des caisses) qui, dégageant leur responsabilité, les encourage à ouvrir un livret, fût-ce au nom d'un mineur ou d'une femme mariée ». L'article 221 du code civil dispose, en son alinéa 1^{er}, que « chacun des époux peut se faire ouvrir, sans le consentement de l'autre, tout compte de dépôt et tout compte de titres en son nom personnel », et, en son second alinéa, qu'« à l'égard du dépositaire, le déposant est toujours réputé, même après la dissolution du mariage, avoir la libre disposition des fonds et des titres en dépôt ». La Cour de cassation aurait donc mal interprété le sens du texte réglementaire au visa duquel elle casse l'arrêt d'appel dont on doit donc convenir qu'il méritait l'approbation.

¹⁴⁷ Il est vrai que, dès le 20 avril 1983, la Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile, avait implicitement remis en cause la solution énoncée en 1961 (Cass. 1^{ère} civ. 20 avril 1983, *Bull. civ.* I, n° 127, p. 110 ; *Deffrénois* 1983, art. 33132, p. 1141, note Ch. Larroumet ; D. 1984, I.R. p. 78, obs. M. Vasseur ; *Banque*, 1984, p. 487, obs. D. R. Martin). Il s'agissait de savoir si le créancier d'un mandataire (agent général d'assurances) pouvait diligenter une procédure de saisie-arrêt sur la créance constituée par le solde d'un compte où avaient été inscrites non seulement des sommes appartenant au mandataire, mais aussi des sommes perçues par le mandataire pour le compte de son mandant (assureur). La Cour de cassation avait répondu par l'affirmative en niant la nécessité d'opérer, comme en 1961, une ventilation entre les fonds appartenant au mandataire et ceux appartenant au mandant. Plus exactement, il avait été jugé que « les sommes inscrites sur un compte de chèques postaux constituent, dès leur versement, quelle que soit l'origine des fonds versés, une créance du titulaire du compte [...] qui fait partie de son patrimoine ». C'était le signe, non seulement de ce que le mandataire acquiert un droit réel sur les sommes perçues pour le compte de son mandant, mais aussi de ce que le mandataire-déposant n'avait qu'un droit de créance de restitution à l'encontre du banquier-teneur de compte-dépositaire. C'est ce qui fit écrire au professeur Christian Larroumet qu'« une seule chose est essentielle pour le banquier et son client : le second est créancier du premier à concurrence de tout ce qui est porté au crédit du compte ouvert à son nom », et que « c'est là le principe de base du fonctionnement de tout compte en banque, principe en dehors duquel il n'y

détournement de fonds opéré par le préposé d'une caisse d'épargne. De ce détournement, il résultait un préjudice. La question était de savoir si le préjudice avait été subi par les épargnants (déposants) en tant que propriétaires des fonds détournés, ou bien s'il avait été subi par la caisse d'épargne (l'employeur ou « commettant ») en tant que propriétaire desdits fonds. Identifier la victime du préjudice supposait donc que l'identifiât le propriétaire des fonds. La caisse d'épargne prétendait que le préjudice résultant du détournement de fonds avait été subi par les épargnants afin d'invoquer le bénéfice d'une police d'assurances qu'elle avait souscrite et aux termes de laquelle elle était assurée contre les conséquences des vols commis par ses préposés, dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions, « au préjudice d'autrui, y compris [de] la clientèle »¹⁴⁸. Elle invoquait, au soutien de ce raisonnement, l'article 5, alinéa 3, du décret du 27 juin 1952, qui, rappelons-le, disposait que les sommes versées sur un livret de caisse d'épargne, sont, « au regard de la caisse, la propriété du titulaire du livret », ainsi que sur l'interprétation qui en avait été faite par la Cour de cassation en 1961. Dans un arrêt du 23 juin 1982, la cour d'appel de Nîmes rejeta cette argumentation, considérant que le détournement de fonds en cause préjudiciait non pas aux épargnants mais à la caisse d'épargne elle-même, en rendant non pas impossible, mais du moins plus onéreuse l'exécution de son obligation de restitution des fonds qui lui avaient été transférés en propriété.

La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si le préjudice résultant du détournement de fonds commis par le préposé de la caisse d'épargne devait être indemnisé par la compagnie d'assurances en vertu de la police d'assurances souscrite par la caisse d'épargne – ce qui supposait de répondre préalablement à la question de savoir qui, d'entre la caisse d'épargne et les épargnants, avait subi le préjudice en question¹⁴⁹. Dans un arrêt de rejet en date du 7 février 1984, la Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile, répond, dans un attendu de principe,

aurait aucune sécurité » (note sous Cass. 1^{ère} civ. 20 avril 1983, *Defrénois* 1983, art. 33132, p. 1141). Il est vrai néanmoins que le compte ouvert par le mandataire n'était pas un livret d'épargne...

¹⁴⁸ Comme le souligne le professeur Christian Larroumet, dans sa note sous l'arrêt (D. 1984, p. 638), il ne fallait pas confondre cette police d'assurances indemnifiant l'assuré en cas de mise en jeu de sa responsabilité personnelle (articles 1382 et 1383 du code civil) ou de sa responsabilité du fait d'autrui (article 1384 du code civil) avec une assurance garantissant l'assuré « contre des risques ou des pertes d'exploitation subis par l'assuré en dehors des cas où sa responsabilité pourrait être retenue envers autrui » (*ibidem*). Le second type de police d'assurances aurait permis, selon le même auteur, l'indemnisation de la caisse d'épargne assurée dans l'hypothèse d'un préjudice résultant d'un détournement de fonds qui serait commis par l'un de ses préposés et qui serait considéré comme portant sur des fonds dont la caisse d'épargne était propriétaire.

¹⁴⁹ Ch. Larroumet, note sous Cass. 1^{ère} civ. 7 février 1984 (D. 1984, p. 638) : « la garantie de l'assureur était exclue dans le cas où la caisse elle-même était victime, alors qu'elle pouvait être retenue dans le cas où la victime était un client de la caisse, en l'occurrence celui dont les fonds remis à la caisse avaient été détournés par le préposé indélicat ».

que l'article 5, alinéa 3, du décret du 27 juin 1952 « signifie que c'est lors de leur remise à la caisse que les fonds sont présumés appartenir au déposant, ce qui a pour effet de dispenser la caisse d'exiger de ses clients des justifications quant à la propriété et à l'origine de ces fonds, mais qu'il ne déroge pas à la règle que, dès l'instant de leur remise, ces espèces, étant des choses de genre, deviennent propriété de la caisse à l'égard de laquelle le client ne dispose plus que d'un droit de créance »¹⁵⁰. En d'autres termes, le dépôt de sommes d'argent sur un compte a un effet translatif de propriété même si le compte en question est un compte d'épargne, et non un compte courant ; la caisse d'épargne avait donc un droit réel sur les sommes inscrites sur ledit compte ; la caisse était donc la victime du préjudice résultant du détournement des fonds commis par son préposé ; le préjudice subi par la caisse n'était donc pas couvert par la police d'assurances souscrite ; la caisse ne pouvait donc pas prétendre « faire prendre en charge par son assureur l'exécution de l'obligation de restitution »¹⁵¹ mise à sa charge

¹⁵⁰ Dans un arrêt du 13 janvier 1987, la chambre commerciale de la Cour de cassation s'est ralliée à l'analyse de la première chambre civile, jugeant, dans une affaire de fiscalité des successions que « le solde créateur d'un compte bancaire constitue une créance du même montant contre la banque » (Cass. com. 13 janvier 1987, Bull. civ. IV, n° 15, pourvoi n° 85-13.997).

¹⁵¹ Ch. Larroumet, note sous Cass. 1^{ère} civ. 7 février 1984 (D. 1984, p. 638). En ce sens aussi : M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, *Les contrats civils*, par Savatier, LGDJ, 1932, n° 1169 ; Ch. Aubry et Ch. Rau, *Droit civil français*, t. 6, *Contrats civils divers, quasi-contrats, responsabilité civile*, par A. Ponsard, Librairies techniques, 7^e éd., 1975, n° 139 ; J., H., et L. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 2, par M. de Juglart, Montchrestien, 4^e éd., 1974, n° 1517 et s. ; R. Rodière et J. – L. Rives-Lange, *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 3^e éd., 1980, n° 157 et n° 158, pp. 183-187. On pourra toutefois noter que cette consécration jurisprudentielle a été ébranlée par un arrêt rendu le 6 février 2007 par la Cour de cassation statuant en sa chambre commerciale, arrêt dont la portée est difficile à cerner, d'autant qu'il est intervenu dans une espèce que les professeurs Ph. Simler et Ph. Delebecque eux-mêmes qualifient d'« assez compliquée ». Il s'agissait d'un nantissement (au sens que ce terme avait antérieurement à la réforme opérée par l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006) de sommes transférées sur un compte personnel, interne à la banque, mais ouvert au nom du débiteur « pour la seule commodité des écritures ». En effet, le débiteur titulaire du compte possédait plusieurs comptes auprès d'une même banque, dont l'un seulement était créateur (de plus d'un million de dollars américains). Ce compte créateur avait été nanti en 1996, avec autorisation donnée à la banque créancière de procéder, à une certaine date, à une compensation entre le solde créateur et les autres soldes (débiteurs). La banque procéda à cette compensation en 2005, et l'opération fut contestée par le débiteur au motif que les dispositions des anciens articles 2075 et 2078 du Code civil n'avaient pas été respectées et que « l'affectation de fonds inscrits sur un compte spécial à la garantie d'une dette s'analyse comme un nantissement de l'obligation de restitution de la banque envers le constituant ». Il n'y aurait donc pas eu transfert de propriété des sommes remises à titre de garantie au profit de la banque. Mais la Cour de cassation a jugé qu'il y avait eu transfert de propriété, et que cette sûreté « portait sur un gage-espèces et non sur une créance de restitution » (Cass. com. 6 février 2007, *Rev. Lamy dr. civ.* 2007, n° 39, p. 25, obs. D. Legeais ; *RTD civ.* 2007, p. 373, obs. P. Crocq ; *JCP E* 2008, n° 2, chron. « Droit des sûretés » de Ph. Simler et Ph. Delebecque ; *Revue des contrats* 2008, n° 2, p. 425, note A. Aynès). On peut interpréter l'arrêt comme prenant parti sur la nature du compte bancaire. En effet, dire que le nantissement d'un compte bancaire porte sur des espèces, et non sur une créance de restitution, revient à dire que le compte bancaire est une forme d'espèces (donc de monnaie) – comme l'ont soutenu les professeurs François Grua et Didier-René Martin, ce dernier parlant plutôt d'« avoirs » que d'espèces. Et cela revient corrélativement à nier qu'il soit une créance de restitution. Mais on peut aussi l'interpréter comme intervenant dans le débat relatif au transfert (ou à l'absence de transfert) de propriété au sein du régime des sûretés sur sommes d'argent. C'est d'ailleurs sous cet angle que les professeurs Philippe Simler et Philippe Delebecque commentent l'arrêt : selon eux, si « la Cour de cassation semble marquer sa préférence pour la qualification de gage et écarter ainsi celle de nantissement de créance », c'est parce que « le gage-espèces reste un gage, malgré le transfert de propriété dont bénéficie le créancier, car ce transfert n'est pas de l'essence de la convention, mais résulte simplement de la nature des choses » (Ph. Simler et Ph. Delebecque, « Droit des sûretés », *JCP E* 2008, n° 2). C'est aussi sur le terrain du transfert de propriété que le professeur Pierre Crocq analyse cet arrêt : selon lui, cette décision « montre bien que l'ouverture d'un compte spécial destiné à recevoir la somme donnée en garantie n'est pas incompatible avec la constitution d'un gage-espèces laquelle est expressément analysée par la Cour de cassation comme opérant un transfert de propriété à titre de garantie », qu'« en cas de constitution d'une telle fiducie-sûreté, le créancier peut disposer de la somme donnée en garantie », et « qu'il est parfaitement possible de constituer une fiducie-sûreté sans texte sans qu'elle soit requalifiée en nantissement » (P. Crocq, note sous Cass. com. 6 février 2007, *RTD civ.* 2007, p. 373). En d'autres termes, il semble que la Cour de cassation soit plutôt intervenue pour prendre parti dans ce débat, qui n'a pas lieu d'être plus amplement développé à ce stade.

corrélativement au transfert de propriété dont elle bénéficie et qui dépouille les épargnants de la pleine et entière propriété des fonds qu'ils versent sur un livret d'épargne¹⁵², pour ne plus leur laisser qu'un droit à une restitution par équivalent.

Cette idée que tout versement de fonds sur un compte emporte transfert de la propriété desdits fonds, que le versement ait lieu auprès d'une caisse d'épargne ou auprès d'une banque, et que le compte soit de dépôt ou courant, est toutefois tempérée par le professeur Christian Larroumet qui souligne que la doctrine est partagée au sujet de l'analyse des rapports entre client déposant (ou épargnant) et banquier dépositaire (ou caisse d'épargne).

147. Dans son article intitulé « Le sort des déposants en cas de faillite de la banque dépositaire », M. Frédéric Peltier va encore plus loin que le professeur Christian Larroumet dans l'analyse du compte bancaire comme étant constitutif d'une créance¹⁵³. Alors que le professeur Christian Larroumet, même s'il la marginalise, admet la possibilité d'un dépôt bancaire régulier, où la propriété du déposant sur les fonds déposés serait préservée par l'affectation spéciale du compte et l'inscription des sommes déposées sur un compte spécial, M. Frédéric Peltier se montre plus radical en niant la possibilité même d'un dépôt bancaire régulier. Selon lui, même lorsque des fonds sont inscrits sur un compte spécial, comme il en va par exemple du dépôt de garantie constitué en couverture des positions prises sur les marchés à terme, ces fonds seraient

¹⁵² Selon le professeur Christian Larroumet (note sous Cass. 1^{ère} civ. 7 février 1984, D. 1984, p. 638), la réponse de la Cour de cassation eût pu être la même mais autrement motivée. Selon cet auteur, la Cour eût très bien pu écarter la garantie de l'assureur tout en considérant que c'était l'épargnant, et non la caisse d'épargne assurée, qui était propriétaire des fonds. Si le bien détourné avait été un corps certain, la caisse d'épargne aurait été dans l'impossibilité d'exécuter en nature son obligation de restitution, puisqu'elle n'aurait pas pu restituer exactement la même chose que celle qui lui avait été remise. Elle aurait donc dû exécuter son obligation de restitution par équivalent – autrement dit en versant à l'épargnant un certain montant de dommages-intérêts. Or, comme l'écrit très justement le professeur Christian Larroumet, « l'exécution par équivalent n'étant qu'une conséquence de la responsabilité civile du débiteur, il eût été possible de faire intervenir la garantie de l'assureur de cette responsabilité » (*ibidem*). Or il se trouve qu'en l'espèce, le bien détourné était une chose fongible. Autrement dit, en vertu de l'adage « *genera non pereunt* » (« les choses de genre ne disparaissent pas »), l'exécution en nature se confond avec l'exécution par équivalent, puisque les choses fongibles sont celles qui peuvent être substituées les unes aux autres sans déperdition de valeur. Le propre de la fongibilité des choses est d'ailleurs d'abolir la distinction entre exécution en nature et exécution par équivalent. Il importait donc peu que les choses fussent disparues puisqu'elles pouvaient être remplacées par d'autres, identiques et équivalentes. Il importait donc peu que la caisse restituât exactement la même chose que celle qui lui avait été remise, puisque cette chose était identique et équivalente aux autres choses du même genre. La fongibilité des choses empêchait donc la caisse d'épargne d'invoquer son assurance de responsabilité civile au titre d'une exécution par équivalent (indemnisation par des dommages-intérêts) puisque toute exécution par équivalent était aussi une exécution en nature. En somme, ainsi que l'écrit le professeur Christian Larroumet, « on pouvait considérer que le vol n'entraînait pas la disparition de l'obligation de restitution de la caisse ni ne modifiait la nature de cette obligation, c'est-à-dire que n'était pas substituée une exécution par équivalent à une exécution en nature, en raison du caractère fongible de la chose [...] En d'autres termes, c'est le caractère fongible de la chose à restituer qui constitue la clef de la solution, car, dans le cas où la chose eût été un corps certain qui aurait disparu par suite du vol et n'aurait pu être récupéré par le débiteur, il y aurait eu place pour une exécution par équivalent » (*ibidem*). Dans une telle perspective, il eût été possible d'adopter la même solution (l'exclusion de la couverture par l'assureur) non seulement en regardant l'épargnant comme propriétaire, mais encore en restant parfaitement indifférent à la question de savoir qui, de l'épargnant ou de la caisse d'épargne, était propriétaire des fonds.

¹⁵³ F. Peltier « Le sort des déposants en cas de faillite de la banque dépositaire », *RD bancaire et bourse*, 1991, n° 27, p. 175 et s.

transférés en propriété au banquier dépositaire de sorte qu'« en cas de faillite de la banque, lesdits dépôts affectés du fait de la fongibilité des fonds qui les composent subissent le même sort que les dépôts bancaires »¹⁵⁴. Quel que soit le compte – courant ou de dépôt, d'épargne, affecté ou non d'un terme, doté ou non d'une affectation spéciale – « le solde du compte, réservé ou non, est à produire à la faillite de la banque [dépositaire] et ce solde constituera une créance chirographaire »¹⁵⁵. Et le fait que le législateur ait institué un mécanisme de protection du déposant-créancier¹⁵⁶, en cas de procédure collective de la banque dépositaire, ne remettrait nullement en cause le fait que tous les dépôts, ordinaires ou dotés d'une affectation spéciale, sont la propriété de la banque dépositaire à l'égard de laquelle le déposant n'a plus qu'un droit à une restitution par équivalent¹⁵⁷.

148. Au renfort de l'analyse du compte bancaire en « créance » de restitution que propose le professeur Christian Larroumet, il faut souligner qu'en droit bancaire, la

¹⁵⁴ *Ibidem. Contra* : Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Coll. Domat droit privé, LGDJ, 10^e éd., 2013, spécialement n° 54, p. 53 : le professeur Thierry Bonneau pense que les comptes affectés sur lesquels sont déposés des fonds, à titre de séquestre ou de garantie, ne peuvent être considérés comme relevant de la catégorie des « fonds remboursables du public » dont fait état l'article L. 312-2 du code monétaire et financier. Il appuie sa position sur un rapport du Comité de la réglementation bancaire pour 1987 dont le chapitre 4 a été publié au *Bull. Joly*, 1988 (p. 907, et spéc. p. 908), ainsi que sur le rapport 2007 du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement - CECEI (p. 27).

¹⁵⁵ *Ibidem.*

¹⁵⁶ *Ibidem.*

¹⁵⁷ À mi-chemin entre les positions du professeur Christian Larroumet et celles de M. Frédéric Peltier, le professeur Pierre-Grégoire Marly soutient que le dépôt bancaire peut être tantôt régulier, tantôt irrégulier, selon l'intention des parties. Dans sa thèse de doctorat (*Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, LGDJ, 2004, préf. Ph. Delebecque), le professeur Pierre-Grégoire Marly explique, comme le professeur Christian Larroumet, que les dépôts bancaires peuvent être tantôt translatifs de propriété, tantôt non translatifs de propriété, mais à la différence du professeur Christian Larroumet, il avance l'idée que ces dépôts préserveraient la propriété du déposant (et seraient donc réguliers) lorsqu'ils seraient dépourvus d'affectation spéciale (comptes courants...) et qu'à l'inverse, ils emporteraient transfert des sommes déposées au banquier dépositaire (et seraient donc irréguliers) lorsqu'ils revêtiraient une affectation spéciale (comptes spéciaux, notamment d'épargne, bloqués ou non...). Partant, comme le professeur Didier-René Martin, du postulat selon lequel les écritures en compte « représentent de la monnaie, et non simplement un droit à de la monnaie » (*ibidem*, p. 221), le professeur Pierre-Grégoire Marly explique que « les dépôts à vue, immédiatement mobilisables, apparaissent comme des dépôts ordinaires » (p. 223), que « ces comptes individualisent les articles qu'ils contiennent, de sorte que la monnaie déposée peut être rendue à l'identique » (p. 223), et que, « quelle que soit l'origine des fonds inscrits au compte, le titulaire en est propriétaire » (p. 224). En revanche, pour ce qui est des dépôts ayant reçu une affectation spéciale, l'auteur soutient que lorsque le déposant « accepte d'immobiliser des sommes au profit de son banquier, il lui en transmet nécessairement la propriété » (p. 224), et que « les actifs cédés sont donc confondus dans le patrimoine de la banque bénéficiaire, si bien que le compte les relatant est dénué de toute portée substantielle [et que] ce n'est qu'un document reflétant l'état des créances du titulaire sur sa banque » (p. 224). Dans cette hypothèse, « l'opération s'analyse[rait] alors en prêt de consommation, dont l'effet translatif justifie[rait] que le banquier ne se rende pas coupable d'abus de confiance lorsqu'il dispose librement des fonds prêtés » (*ibidem*). Et le professeur Pierre-Grégoire Marly de conclure : « la nature des remises de fonds en banque dépend donc de l'intention des parties [...] dès lors que celles-ci font pleinement remplir au cadre comptable sa fonction discriminante, le contrat qui les lie est un dépôt ordinaire. Dans le cas inverse, les parties consentent un prêt à intérêt, la rémunération du client étant la contrepartie du transfert de propriété au banquier » (*ibidem*).

Au-delà de la distinction entre des dépôts bancaires réguliers et irréguliers, l'objet du propos du professeur Pierre-Grégoire Marly est de démontrer qu'au fondement de la monnaie scripturale, il n'y a pas nécessairement un droit de créance du déposant à l'encontre du banquier dépositaire, et qu'il y a place, au contraire, pour l'exercice, par le déposant, d'un droit réel sur les sommes remises au dépositaire.

Le professeur Pierre-Grégoire Marly mobilise trois arguments pour affirmer qu'il n'est « pas certain que la remise de fonds au banquier soit systématiquement translatrice de propriété. D'abord, une telle conséquence est certainement éloignée de la psychologie du remettant qui se conduit en propriétaire de ses dépôts à vue. Ensuite, elle place le déposant dans une situation périlleuse face à la faillite du banquier, puisqu'elle l'oblige en ce cas à produire au passif chirographaire pour les sommes non couvertes par le fonds de garantie des dépôts. Enfin, elle méconnaît le rôle des banques et leur pouvoir de créer de la monnaie scripturale » (p. 221).

doctrine moderne montre une certaine faveur pour l'effet novatoire (ou « de règlement ») de l'entrée en compte. De deux choses l'une en effet : soit on considère que l'entrée en compte d'une créance monétaire (par son inscription) ne la prive pas de son individualité ; soit on considère que cette entrée en compte prive la créance monétaire de son individualité. Dans la première hypothèse, le compte n'étant qu'un document comptable, la créance entrée et inscrite en compte ne peut s'éteindre que par le jeu de la compensation légale (exigeant, aux termes des articles 1290 et 1291 du code civil, les caractères de certitude, de liquidité et d'exigibilité). Et, toujours dans cette hypothèse, il faut admettre que le maintien de l'individualité des créances nonobstant leur entrée en compte emporte le maintien de la « propriété » pleine et entière du client déposant sur les sommes d'argent correspondant à ces créances monétaires. Dans la seconde hypothèse, le compte étant un instrument de règlement des créances et dettes réciproques, la créance entrée et inscrite en compte disparaît purement et simplement pour participer à la formation du solde du compte qui sera la seule créance liant le client déposant au banquier dépositaire. Et, toujours dans cette hypothèse, il faut admettre que la perte de l'individualité des créances liée à leur entrée en compte emporte la perte de la « propriété » pleine et entière du client déposant sur les sommes d'argent correspondant à ces créances monétaires et la substitution d'un droit à une restitution par équivalent dont le montant correspond au solde du compte. La doctrine moderne a fait sienne la seconde analyse, celle qu'Edmond Thaller faisait du compte courant comme étant un « creuset », celle qui pose le principe d'un effet novatoire (ou « de règlement ») de l'entrée en compte, non seulement pour le compte courant mais aussi pour le compte de dépôt.

À la perte de l'individualité (et donc de la titularité) de ces créances monétaires entrées en compte ne peut que correspondre la perte par le client titulaire du compte de la propriété pleine et entière des sommes d'argent correspondant à ces créances monétaires. Les remises de sommes d'argent *via* leur inscription sur un compte courant présentent quatre caractères : elles sont générales, réciproques, enchevêtrées, et surtout faites en propriété... Les dépôts de monnaie fiduciaire donnant lieu à une inscription en compte sont des dépôts irréguliers, emportant transfert d'attributs de la propriété des espèces au banquier dépositaire ; et les sommes inscrites sur un chèque et donnant lieu à une inscription en compte sont transférées « en propriété » au banquier par l'endossement du chèque.

N'étant plus titulaire de créances qui ne peuvent plus être envisagées dans leur individualité, le client déposant ne peut donc être considéré comme « propriétaire » des sommes d'argent correspondant aux inscriptions en compte de créances monétaires¹⁵⁸. Son droit réel de propriété se dégrade donc en droit personnel à une restitution par équivalent, auquel se résume tout compte bancaire.

149. Cette analyse est aujourd'hui partagée par la majorité de la doctrine¹⁵⁹. Même s'il se montre sceptique face à la concurrence du droit de propriété de la banque dépositaire sur les fonds déposés, et du droit de créance qu'a le déposant à l'encontre de la banque sur ces mêmes fonds¹⁶⁰, ainsi que face aux conséquences que cela emporte en matière de nantissement de monnaie scripturale¹⁶¹, le professeur Rémy Libchaber affirme en revanche, à l'encontre de ceux qui soutiennent qu'il y a une irréductible différence entre monnaie et créance, que « rien ne s'oppose à ce qu'une créance joue le rôle d'une monnaie, à ce qu'au sein de toute monnaie se dissimule une créance »¹⁶². Cette assertion vient au terme d'une critique de la démarche du professeur Jean-Louis Rives-Lange que l'auteur considère comme présentant l'excessive mollesse du compromis. Le professeur Rémy Libchaber ne nie pas qu'il n'aille pas de soi de dire que des soldes de comptes bancaires sont de la monnaie : si la monnaie scripturale est convertible en monnaie fiduciaire, si à tout instant on peut retirer des billets aux guichets des banques, et si on a fortement tendance à procéder à ces retraits en période de troubles monétaires, c'est que la monnaie scripturale, pour laquelle il n'y a pas de cours forcé (contrairement à la monnaie-papier), n'est peut-être qu'une monnaie

¹⁵⁸ Cette assertion n'avait rien d'évident pour les comptes de dépôt tenus par les caisses d'épargne. C'est notamment ce qu'a illustré l'arrêt rendu le 8 février 1961 par la Cour de cassation statuant en sa 2^e chambre civile (Cass. 2^e civ. 8 février 1961 ; *Gaz. Pal.* 1961, II, 19 ; *RTD civ.* 1961, p. 698, note G. Cornu, et, p. 734, obs. P. Raynaud).

¹⁵⁹ Voir notamment : D. Doise, « Nantissement de monnaie, de comptes, et de valeurs mobilières », in *Le gage commercial* sous la direction de Ch. Mouly, *RJ com.*, numéro spécial, novembre 1994, pp. 30 et s.

¹⁶⁰ R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé, op. cit.*, p. 161 : « quoique l'on envisage le premier rapport comme un droit réel, et le second comme un droit de créance, il est troublant que ces deux droits aient le même objet : les fonds déposés. Il peut se produire des situations où les deux parties peuvent vouloir mettre en œuvre leur droit concurremment, c'est-à-dire disposer en même temps de la même somme ».

¹⁶¹ R. Libchaber, « Gage sur sommes d'argent », étude 269, *Droit des sûretés*, coll. Lamy Droit civil, 2002 : l'auteur s'interroge sur l'opportunité qu'il y a à admettre que la monnaie scripturale est une créance quand il est question de son nantissement. Une telle conception de la monnaie scripturale emporte l'application de l'ancien article 2075 du code civil qui impose la signification du nantissement au débiteur, c'est-à-dire au banquier lui-même (alors qu'il est souvent aussi le créancier nanti). « Lorsque l'on considère le compte bancaire sous l'angle de la créance, la constitution d'un nantissement au profit de la banque teneuse de compte impliquera, par une sorte de dédoublement fonctionnel, que la banque se saisisse elle-même par l'information que le créancier gagiste doit au débiteur nanti. L'absurdité pratique de semblables formalités milite pour que l'on évite d'y recourir, et que l'on adopte une analyse plus actuelle de la monnaie scripturale ». Mais à cela, le professeur Rémy Libchaber reconnaît qu'il n'y a pas de réponse certaine : « compte tenu des incertitudes qui planent sur la propriété de la monnaie, il est de bonne méthode d'éviter de se demander si le nantissement de compte bancaire au profit du banquier constitue un gage translatif de propriété, ou un nantissement de type classique ».

¹⁶² R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé, op. cit.*, p. 80.

subsidaire. Mais cet argument n'emporte pas sa conviction. Selon lui, le raisonnement du professeur Jean-Louis Rives-Lange reviendrait à dire que le caractère monétaire de la monnaie scripturale ne se serait révélé qu'à mesure de l'éroussement de celui de créance. Il y aurait donc, sinon une opposition frontale, du moins une opposition larvée entre la monnaie d'une part, et la créance de l'autre. Or, tout le propos du professeur Rémy Libchaber est de montrer que la monnaie a, comme unité de valeur, un caractère conceptuel. Selon lui, « si l'on accepte le caractère conceptuel des unités de valeur, l'idée que les espèces monétaires soient une créance s'impose aisément [...] Elles n'incorporent d'ailleurs aucune valeur, mais mettent entre les mains du titulaire un droit subjectif : celui de se libérer d'une autre dette. Aussi le paiement n'est-il jamais substantiel, mais représente-t-il la possibilité de rembourser à son tour une dette » - de sorte que « dans cette vue, la monnaie n'est jamais qu'une sorte de créance que l'on fait circuler sans fin »¹⁶³.

Au renfort de cette conception mixte qui refuse la radicalité de la conception personnaliste du compte bancaire comme la radicalité de sa conception monétariste, le professeur Jérôme François soutient aussi qu'« on peut penser que le compte bancaire n'est réductible ni à un simple droit de créance ni à un pur support monétaire », qu'« il n'est pas exclu qu'une créance puisse jouer le rôle d'une monnaie », et que « l'on peut même se demander si, dans toute monnaie, ne se dissimule pas une créance »¹⁶⁴.

B – Une analyse consacrée par la jurisprudence

150. Les juges ont érigé la monnaie scripturale en véritable monnaie en analysant le virement comme un équivalent de la tradition¹⁶⁵, permettant ainsi de réaliser un don manuel¹⁶⁶. Cette analyse a été complétée par l'établissement d'une coïncidence entre la date de l'inscription du virement au compte du bénéficiaire, et la date du paiement¹⁶⁷.

¹⁶³ *Idem*.

¹⁶⁴ J. François, note sous Cass. com. 3 juin 1997 (D. 1998, p. 61).

¹⁶⁵ Rennes 9 mai 1946 (D. 1947, p. 55) où il a été jugé que « le virement est une forme moderne de tradition » ; Cass. civ. 7 juillet 1959 (Bull. civ. I, 1959, n° 342, p. 285) où il a été jugé « qu'il importe peu que matériellement le transfert des fonds se soit opéré par un virement de compte ».

¹⁶⁶ Cass. 1^{ère} civ. 12 juillet 1966 (Bull. civ. I, 1966, n° 424 ; D. 1966, p. 614, note J. Mazeaud) ; Cass. 1^{ère} civ. 9 février 1977, Bull. civ. I 1977, n° 75, p. 58 ; Cass. 1^{ère} civ. 4 novembre 1981 (Bull. civ. I 1981, n° 328, p. 277).

¹⁶⁷ Cass. civ. 29 novembre 1954, (Bull. civ. 1954, III, p. 278) ; Cass. 1^{ère} civ. 23 juin 1993 (Bull. civ. I, n° 229, D. 1994 p. 27, note D.R. Martin ; *Deffrénois* 1994, art. 35746, p. 344 ; obs. Ph. Delebecque ; *RTD com.* 1993, p. 694, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié).

C'est, selon certains auteurs¹⁶⁸, cette coïncidence qui confère à la monnaie scripturale un pouvoir extinctif et libératoire aussi immédiat que celui de la monnaie fiduciaire.

1 – La facilitation de la circulation de la monnaie scripturale par l'établissement d'une équivalence entre virement et tradition (arrêt du 12 juillet 1966)

151. Dans un arrêt du 12 juillet 1966, la Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile, a jugé que « le virement de fonds permet de réaliser un contrat réel »¹⁶⁹. Il s'agissait de virements effectués par un père (donateur) au profit de son fils (donataire). Le père voulut faire annuler les virements de sommes au compte de son fils mais les juges d'appel refusèrent de faire droit à la demande d'annulation des libéralités formulée par le père. Ce dernier forma donc un pourvoi en cassation en arguant de ce qu'il n'y avait pas eu donation puisque le don manuel supposait nécessairement une tradition réelle, de la main à la main, et qu'en l'espèce, il s'agissait de virements de compte à compte opérés par l'entremise d'un banquier. La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si une donation de sommes d'argent pouvait être accomplie par virement de monnaie scripturale et si ce virement équivalait à un don manuel. Les juges du droit répondirent à cette question par l'affirmative, estimant que « le dessaisissement du donneur d'ordre [du virement] et l'inscription [des sommes] au compte du bénéficiaire rendent irrévocable, lorsqu'il l'accepte, la libéralité ». Ils affirmèrent dans un arrêt de principe que « le virement opérant dessaisissement du donateur et tradition au bénéficiaire permettait d'accomplir un don manuel ». Dans son commentaire de l'arrêt, Jean Mazeaud souligne que cette solution s'inscrit d'une part dans la lignée de décisions ayant admis le don manuel de titres au porteur puis de chèques, et, d'autre part, dans l'évolution logique des techniques et de la dématérialisation.

¹⁶⁸ Obs. M. Cabrillac et B. Teyssié sous Cass. 1^{ère} civ. 23 juin 1993, *RTD com.* 1993, p. 694. *Adde* : M. Cabrillac, obs. sous Paris 20 décembre 1988, *D.* 1989, somm. p. 87 : « les fonds disponibles inscrits dans un compte bancaire apparaissent de plus en plus comme un bien *sui generis*, la monnaie scripturale, dont le régime se rapproche de celui des meubles corporels, comme en atteste la jurisprudence sur le don manuel par chèque ou par virement ».

¹⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ. 12 juillet 1966, *Bull. civ. I.*, 1966, n° 424 ; *D.* 1966, p. 614, note J. Mazeaud.

2 – La consécration du pouvoir libératoire de la monnaie scripturale par l'assimilation établie entre le paiement et l'inscription au crédit d'un compte (arrêt du 23 juin 1993)

152. Dans l'arrêt de 1966, la Cour de cassation n'avait pas précisément indiqué à quelle date était réalisé le transfert de propriété résultant de la donation opérée par virement – pour la bonne et simple raison que ce n'était pas la question qui lui était posée. La Haute juridiction eut toutefois l'occasion de le préciser dans un arrêt rendu par sa première chambre civile le 23 juin 1993¹⁷⁰.

Il s'agissait d'une vente d'immeuble en viager. Une clause du contrat de vente stipulait qu'à défaut de paiement à son échéance d'un seul terme de la rente annuelle et viagère, et trente jours après une simple mise en demeure rappelant cette clause, les crédientiers seraient en droit de faire prononcer la résolution de la vente. Les acquéreurs n'ayant pas payé un terme à l'échéance, les crédientiers leur firent délivrer un commandement de payer la somme due dans les trente jours, en se référant à la clause résolutoire. La veille de la date d'expiration de ce délai de trente jours, les acquéreurs donnèrent à leur banque l'ordre de virer la somme réclamée. Mais le compte des crédientiers ne fut crédité de cette somme que six jours après l'ordre de virement, soit cinq jours après l'échéance du délai au terme duquel les crédientiers étaient en droit de demander la résolution de la vente. C'est ce que firent ces derniers : la résolution de la vente fut prononcée en première instance et confirmée en appel. Les acquéreurs formèrent donc un pourvoi en cassation en arguant de ce qu'« ils avaient satisfait au commandement visant la clause résolutoire dans le délai prévu à l'acte de vente » et que « s'agissant d'un paiement opéré par virement bancaire, le débiteur [devait] être réputé avoir acquitté sa dette à la date à laquelle il a[vait] donné son ordre de virement et non à celle à laquelle le compte du créancier a[vait] été effectivement crédité, date qui ne dépend[ait] pas de lui mais de la seule volonté des organismes bancaires intéressés par le virement ». La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir à quelle date était opéré le transfert de propriété de sommes d'argent résultant d'un virement : était-ce à la date de l'ordre de virement ou à la date de l'inscription des sommes virées au compte du bénéficiaire ? Les juges du droit préférèrent la seconde branche de l'alternative à la première, jugeant que « le virement

¹⁷⁰ Cass. 1^{ère} civ. 23 juin 1993 (Bull. civ. I, n° 229, D. 1994 p. 27, note D.R. Martin ; *Defrénois* 1994, art. 35746, p. 344, obs. Ph. Delebecque ; *RTD com.* 1993, p. 694, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié).

ne vaut paiement que lorsqu'il a été effectivement réalisé par l'inscription de son montant au compte du bénéficiaire ».

La solution a le mérite de confirmer le pouvoir libératoire de la monnaie scripturale. Mais on aurait pu souhaiter que ce pouvoir libératoire se voie reconnaître un caractère immédiat et que la date du transfert de propriété des sommes d'argent soit fixée à la date de l'inscription des sommes virées au débit du compte du donneur d'ordre – qui isole les sommes en cause par rapport au patrimoine du donneur d'ordre –, plutôt qu'à la date de l'inscription de ces sommes au crédit du compte du bénéficiaire du virement – qui ne fait que réaliser la livraison des sommes en question¹⁷¹.

3 – L'affirmation implicite de la possibilité de « posséder » de la monnaie scripturale comme on possède de la monnaie fiduciaire (arrêt du 30 mars 1999)

153. Dans un arrêt du 30 mars 1999, la Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile, a complété l'édifice jurisprudentiel tendant au rapprochement de la monnaie scripturale et de la monnaie fiduciaire en appliquant à la monnaie scripturale le régime de la possession des biens meubles corporels prévu par l'article 2276 du code civil (ancien article 2279) et appliqué aux pièces et aux billets. Il s'agissait de la liquidation d'une indivision au cours de laquelle l'un des deux coindivisaires voulut qu'il fût tenu compte d'une avance de sommes d'argent qu'il disait avoir consenti à l'autre à la condition d'être remboursé. Le second coindivisaire reconnut avoir bénéficié d'un virement de sommes d'argent mais soutint qu'il s'agissait d'une libéralité et que ce don d'argent n'avait pas à être imputé sur sa part de l'indivision. Les juges d'appel considérèrent que le bénéficiaire du virement ne faisait pas la preuve de ce que le donneur d'ordre avait été animé par une intention libérale. Ils furent désavoués par les juges du droit qui estimèrent que ce n'était pas au bénéficiaire du virement de prouver l'intention libérale du donneur d'ordre mais au donneur d'ordre de prouver qu'il n'était

¹⁷¹ En ce sens : A. Laude, « La fongibilité », *RTD com.* 1995, pp. 341-342 : « la fongibilité de la monnaie scripturale devrait justifier le transfert de propriété, et ce faisant la réalisation du paiement fait par virement, au moment de l'individualisation de la somme qui s'opère lors de l'inscription au débit du compte courant du donneur d'ordre. Cette solution se justifie d'autant plus que la jurisprudence considère par ailleurs que l'ordre de virement cesse d'être révocable par le donneur d'ordre à partir du moment où son compte a été débité [Cass. com. 26 janvier 1983, D. 1983, IR, p. 469, obs. M. Vasseur, *RTD com.* 1984, p. 129, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié]. Ce débit lui fait perdre la disposition des fonds, autrement dit la propriété des sommes inscrites en compte ».

pas animé par une telle intention ou que la possession du bénéficiaire était viciée¹⁷². En d'autres termes, le bénéficiaire du virement de monnaie scripturale était regardé comme le « possesseur » de cette monnaie pour les besoins de l'application de l'article 2276 du code civil qui prévoit qu'« en fait de meubles, la possession vaut titre » et dont il est considéré qu'il n'a vocation à s'appliquer qu'aux biens meubles *corporels*.

Cette solution a fait dire à certains commentateurs que la Cour de cassation s'était lancée dans une entreprise de « réification de la monnaie scripturale »¹⁷³. Plus que de « réifier » la monnaie scripturale, il s'agit de lui transposer des solutions applicables à la monnaie fiduciaire par souci – purement pragmatique – de simplifier les choses, sans préjuger de la nature corporelle ou incorporelle des inscriptions en compte. C'est du reste ce que reconnaissent ces mêmes commentateurs : M. Loïc Courtot explique ainsi que « cette évolution n'est pas surprenante si on la compare à celle qui a existé pour les billets de banque » et qu'« à l'origine, les billets de banque étaient de simples créances dont le débiteur était la banque émettrice ». Selon cet auteur, « le billet a été une créance avant de devenir un bien », et c'est « le cours forcé des billets de banque, utilisé pour la première fois par une loi du 6 août 1850, [qui] a eu pour effet d'empêcher tout rapport d'obligation contenu dans le billet de banque »¹⁷⁴.

C – Une analyse consacrée par la loi

154. De ce que le paiement par chèque barré, virement, carte de paiement ou carte de crédit - dont le caractère libératoire était en principe soumis au consentement du créancier - a été rendu obligatoire dans plusieurs cas par les lois des 22 octobre 1940 (articles 2 et 3), 1^{er} février 1943 (article 7), 26 septembre 1948 (article 92 et 93), 31 décembre 1948 (article 23), 7 octobre 1949 (article 162), 24 mai 1951 (article 22), 6 février 1953 (article 33), 2 août 1954 (article 11), 31 juillet 1961 etc., certains auteurs

¹⁷² Cass. 1^{ère} civ. 30 mars 1999, D. 2000, somm. p. 457 : « le possesseur qui prétend avoir reçu une chose en don manuel bénéficie d'une présomption et [...] il appartient à la partie adverse de rapporter la preuve de l'absence d'un tel don, ou de prouver que la possession dont se prévaut le détenteur de la chose ne réunit pas les conditions pour être efficace ».

¹⁷³ L. Courtot, note sous Cass. com. 10 mai 2000, *JCP E* 2001, p. 521 : « à la lecture d'arrêtés rendus par la première chambre civile de la Cour de cassation, on peut s'interroger sur la pérennité de la définition actuelle de la monnaie scripturale. De nombreuses décisions acceptent des dons manuels par virement ou par chèque. Or ces opérations portent sur de la monnaie scripturale, par des opérations de compte à compte. Le don manuel, contrat réel, suppose une remise matérielle de la chose donnée. [...] Dans une logique respectueuse des principes, il est possible de considérer que les juridictions acceptent les dons manuels de monnaie scripturale par exception. Dans une approche plus évolutive du droit, on peut considérer que la première chambre civile modifie la nature de la monnaie scripturale par un phénomène de réification. »

¹⁷⁴ *Ibidem*.

ont conclu que la monnaie scripturale avait acquis une forme de cours légal¹⁷⁵, faisant d'elle une monnaie à part entière, au même titre que la monnaie fiduciaire. C'est même le professeur Didier-René Martin qui y voit « l'affirmation d'un cours légal, embryonnaire, de la monnaie scripturale »¹⁷⁶.

155. C'est l'occasion de définir la notion de cours légal qui désigne « l'obligation imposée par la loi à un créancier de recevoir un instrument monétaire déterminé en paiement d'une quantité déterminée d'unités monétaires »¹⁷⁷. Le cours légal procède donc d'une injonction de la loi. Comme le remarque le doyen Jean Carbonnier, il ne s'agit pas tant de contraindre les créanciers de sommes d'argent à recevoir des instruments monétaires en paiement, que de les contraindre à recevoir la quantité d'instruments monétaires correspondant à la quantité d'unités idéales dues. Autrement dit, la loi impose que l'on fasse abstraction de la dépréciation de la monnaie pour fixer la quantité d'instruments monétaires remis en paiement d'unités monétaires dues dont le nombre a été fixé antérieurement à cette dépréciation. « Le cours légal, écrit le doyen Jean Carbonnier, contribue ainsi à l'application pratique du principe nominaliste : le créancier ne peut prétendre recevoir plus d'unités monétaires sous prétexte que l'unité monétaire s'est dépréciée depuis la naissance de l'obligation »¹⁷⁸. Et si le créancier s'obstine à refuser la quantité d'instruments monétaires fixée, la loi prévoit que le débiteur se libère en consignat les instruments monétaires refusés, après avoir fait des offres réelles, c'est-à-dire avoir proposé en paiement des biens dont la valeur correspond au montant dû.

155-1. Dans un premier temps, la jurisprudence a refusé de reconnaître le « cours légal » de la monnaie scripturale. Ainsi la Cour de cassation statuant en chambre des Requêtes a jugé, le 3 mars 1930, qu'un propriétaire bailleur ayant refusé de recevoir par

¹⁷⁵ J.-L. Rives-Lange, « La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique) », *Études de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac*, Litec, 1968, p. 405.

¹⁷⁶ D.R. Martin, « De la monnaie », *Mélanges H. Blaise*, Economica, 1995, p. 335.

¹⁷⁷ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n° 688, p. 1561.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 50. Voir aussi N. Catala, *La nature juridique du paiement*, *op. cit.*, p. 130 : « l'État attache aux unités idéales représentées par les instruments monétaires une valeur théoriquement permanente. Il interdit de prendre en considération leur valeur par rapport à l'or ou leur pouvoir d'achat effectif : tant que l'unité monétaire demeure nominalement inchangée, elle doit être tenue pour juridiquement identique – même si elle ne l'est pas économiquement [...] Ce principe a pour effet de « cristalliser » dans le temps la dette de monnaie [...] Il en fait une dette déterminée une fois pour toutes, portant sur une quantité d'unités monétaires invariables dans leur nombre, sinon dans leur valeur réelle. Cette fixité présente pour le créancier un grave inconvénient : elle met à sa charge les risques de dévaluation ».

C'est précisément pour se ménager des garanties contre les risques de dépréciation monétaire que certains créanciers peuvent être tentés de recourir au principe du valorisme qui, à l'opposé du nominalisme, prend en compte l'évolution de la valeur intrinsèque de la monnaie, pour éventuellement obliger le débiteur à verser au créancier davantage d'unités monétaires lorsque le pouvoir d'achat qu'elles représentent a diminué entre la naissance de la dette et son paiement. Le valorisme a pu se traduire par la stipulation dans des contrats de clauses d'indexation (notamment de « clauses-or »).

chèque le montant du loyer qui lui était dû, le preneur à bail ne se trouvait pas libéré par la remise d'un chèque entre les mains d'un huissier. Et la juridiction suprême de prononcer la résiliation du bail pour défaut de paiement à l'échéance, malgré l'offre d'un chèque faite avant ladite échéance¹⁷⁹.

155-2. C'est donc la loi qui, dans un second temps, a restreint la liberté du créancier de refuser de la monnaie scripturale en paiement de créances de sommes d'argent, ce qui, comme l'écrit le doyen Jean Carbonnier, témoigne que « notoire est la faveur des pouvoirs publics, à notre époque, pour la monnaie scripturale. Elle se manifeste dans l'obligation du paiement par chèque ; elle se dissimule sous une pratique de limitation des coupures »¹⁸⁰.

156. On peut noter en outre que de même qu'il y a une sorte de « droit » à la monnaie fiduciaire - puisque sa détention et son usage ne requièrent pas de qualité particulière, si ce n'est la légitimité -, de même, il y a un « droit au compte »¹⁸¹. C'est du moins ainsi que certains auteurs analysent le droit individuel à l'ouverture d'un compte prévu par l'article 58 de la loi bancaire n° 84-46 du 24 janvier 1984. En effet, au XIX^e siècle, le droit pour un banquier de refuser d'ouvrir un compte était absolu. Mais peu à peu est apparue l'idée que le banquier, comme la Banque de France et, derrière elle, l'État, avait une sorte de mission de service public de gestion de la monnaie. Or, dès lors qu'il s'agit d'une forme de service public, prime le principe de l'égalité d'accès. C'est donc un droit (relatif) à l'ouverture d'un compte qui a été posé en 1984 et codifié à l'article L. 312-1 du code monétaire et financier qui dispose, en son alinéa 1^{er}, que « toute personne physique ou morale domiciliée en France, dépourvue d'un compte de dépôt, a droit à l'ouverture d'un tel compte dans l'établissement de crédit de son choix », et, en son alinéa 2, qu' « en cas de refus de la part de l'établissement de crédit choisi, la personne peut saisir la Banque de France afin qu'elle désigne un établissement de crédit ».

¹⁷⁹ Req. 3 mars 1930 (DP. 1930, I, p. 210 ; S. 1931, I, p. 249, note P. Esmein).

¹⁸⁰ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 686, p. 1559.

¹⁸¹ E. Alfandari, « Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 149.

157. Ce texte précède de peu dans le code monétaire et financier l'article L. 312-2 qui, sans le faire expressément, consacre la nature de droit à restitution qui est celle du compte bancaire, et plus généralement, de la monnaie scripturale, en décrivant le fonctionnement du compte bancaire. En effet, aux termes de cette disposition issue de l'article 2 de la loi bancaire n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, les fonds qu'un banquier reçoit du public sont les fonds reçus d'un tiers « notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour [lui] de les restituer ».

Si le banquier dépositaire a le droit de disposer des sommes qui lui sont remises pour être inscrites en compte, c'est donc qu'*a fortiori*, il a sur elles les droits d'user et de jouir, et qu'en somme, il a sur elles un droit réel.

Le compte bancaire constate donc un droit à restitution de sommes d'argent¹⁸². La propriété du banquier sur les sommes inscrites en compte est une propriété temporaire, une propriété privée d'*abusus* car grevée d'une obligation de restitution, et, en cela, une propriété assez proche de la propriété fiduciaire – à ceci

¹⁸² *Contra* : D. R. Martin, « De la garantie monétaire », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 43. À la question de savoir si « le solde positif d'un compte bancaire exprime [...] une créance du titulaire du compte sur teneur de compte ou un droit de propriété du premier sur les avoirs en compte », le professeur Didier-René Martin répond que ce solde constitue un bien corporel, objet du droit réel du déposant titulaire du compte bancaire, en faisant fi de l'article L. 312-2 du code monétaire et financier dont « la formule légale constitue un abus de langage » (*ibidem*, p. 44).

S'intéressant plus particulièrement au cas où la monnaie scripturale est affectée en garantie, l'auteur explique que « le solde d'un compte courant a vocation à devenir alternativement positif et négatif. Si, donc, il constitue une créance dans sa formation créditrice, c'est, pour le moins, une créance à éclipse ; plus exactement, force est d'admettre que chaque retour du solde en position créditrice fait apparaître une nouvelle créance, de sorte que l'objet de la garantie – même conçue comme un nantissement de créance future – devient indéterminable, car il pourrait s'agir de n'importe quelle créance successive engendrée par les rétablissements créditeurs du compte. Or, le principe de spécialité de la créance nantie, protecteur des tiers, s'oppose clairement à cette indétermination de l'assiette de la sûreté », selon le même auteur (*ibidem*, p. 44). La solution serait donc, selon le professeur Didier-René Martin, « de considérer cette garantie de monnaie scripturale comme un gage de chose corporelle future : le principe de spécialité ne serait plus alors en cause puisque tous les soldes créditeurs satisfont à la désignation requise » par l'article 2336 du code civil, de l'espèce, de la nature et de la quantité des biens donnés en gage.

Mais le « principe de spécialité » brandi par le professeur Didier-René Martin a depuis bien longtemps perdu de sa vigueur au point que l'on constate aujourd'hui que le droit français converge avec les droits étrangers dans le sens de l'abandon du principe de spécialité quant à la créance garantie et quant aux biens affectés en garantie. En droit français, c'est le régime du « gage de compte d'instruments financiers » (devenu « nantissement de comptes-titres ») qui a amorcé l'assouplissement du principe de spécialité quant aux biens affectés en garantie, dans la mesure où c'était le compte, en tant qu'universalité de fait, qui était grevé de sûreté, indépendamment des fluctuations des éléments de son assiette, qui pouvaient d'ailleurs motiver la stipulation de « clauses d'arrosage » destinées à la compléter. Les récentes réformes du droit des sûretés opérées par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 et par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 ont, de leur côté, battu en brèche le principe de spécialité quant à la créance garantie, en consacrant, pour la première, (feu) l'hypothèque rechargeable (article 2422 du code civil), et pour la seconde, la fiducie-sûreté rechargeable (article 2372-5 du code civil), qui, toutes deux, peuvent garantir des créances non seulement futures, et donc déterminables, mais même des créances purement éventuelles, indéterminables et donc insusceptibles d'être mentionnées dans l'acte constitutif de la sûreté. Le nantissement de créance est, quant à lui, l'illustration d'un assouplissement du principe de spécialité à la fois quant à la créance garantie et quant à la créance nantie. Il est possible non seulement de garantir des créances futures, « en germe », mais aussi d'affecter en garantie « une ou plusieurs créances, civiles ou commerciales, présentes ou futures, de droit français ou étranger, appréhendées *ut singuli* ou *ut universi*, à la faveur de la notion féconde d'ensemble de biens », comme le note le professeur Philippe Dupichot (« Le nantissement, un an après », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 27). Ce dernier auteur en tire une conclusion diamétralement opposée à celle du professeur Didier-René Martin : le nantissement de compte « survivra aux situations débitrices du compte qui masqueraient provisoirement la créance de provision » (*ibidem*). On ne peut donc conclure, comme le professeur Didier-René Martin que « sous le faux-nez d'un « nantissement de monnaie scripturale » se dissimule en réalité un véritable gage d'actifs corporels scripturaux » (« De la garantie monétaire », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 44).

près qu'elle n'a pas de finalité de garantie. Comme dans la fiducie, comme dans les gages portant sur des choses fongibles confondues dans le patrimoine du créancier, comme dans le quasi-usufruit, un transfert de propriété a pour corollaire et contrepartie une obligation de restitution, qui, elle-même suppose une obligation de conservation de la valeur. Le transfert au banquier d'un droit de disposer fait naître au profit du client titulaire d'un compte un droit à restitution que certains auteurs assimilent à une pure créance civile. La monnaie scripturale ne serait rien d'autre que cette créance.

158. Enfin, l'article 2360 du code civil, introduit par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, achève la consécration de l'analyse de la monnaie scripturale comme étant une créance. Cet article relatif au nantissement de compte bancaire dispose en effet en son alinéa 1^{er} que « lorsque le nantissement porte sur un compte, la *créance nantie s'entend du solde créditeur, provisoire ou définitif*, au jour de la réalisation de la sûreté, sous réserve de la régularisation des opérations en cours, selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution » (italiques ajoutées). Si la sûreté qui permet d'affecter un compte bancaire en garantie est qualifiée de nantissement, et qu'au sein du nantissement, elle est soumise au régime du nantissement de créance, et qu'au sein de ce régime, on parle du compte comme d'une « créance nantie », alors c'est que le compte bancaire, et par conséquent la monnaie scripturale, ne peut être qu'une créance¹⁸³. Et cette créance est devenue monnaie.

¹⁸³ *Contra* : D. R. Martin, « De la garantie monétaire », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 45. L'auteur explique que, si cette sûreté « a bien pour objet le solde d'un compte, c'est d'un solde éventuel qu'il s'agit. Le compte-cible n'est pas bloqué, il ne cesse pas de fonctionner en débit et en crédit, sur les ordres et au bénéfice de son titulaire. De sorte que le solde demeure susceptible de toutes variations, à la hausse ou à la baisse, et même, s'agissant d'un compte courant, d'accuser successivement des positions positives et négatives [...] Ces inversions de positions conduisent à récuser l'analyse qu'un tel solde puisse être l'objet [...] d'un nantissement de créance. Car toute nouvelle position débitrice entraîne disparition de la prétendue créance antérieure de solde créditeur, au point que la garantie constituée en période de solde créditeur deviendrait caduque, par épuisement de son objet, dès le passage du compte en position négative » (*ibidem*). Et l'auteur de proposer de résoudre le problème en prévoyant que « l'affectation en garantie du solde s'entend[e] du solde présent et des soldes futurs » (*ibidem*). Nous ne partageons pas cette analyse car, selon nous, la créance nantie doit s'entendre, non pas des « positions positives et négatives » successives du compte courant affecté en garantie, mais du solde créditeur de ce compte, provisoire ou définitif, à la date de la réalisation du nantissement ou, le cas échéant, à la date du jugement d'ouverture contre le constituant d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers, sous réserve de la régularisation des opérations en cours, selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution. Tant que le solde provisoire ou définitif du compte nanti n'a pas été arrêté, il n'y a pas de créance, mais seulement des inscriptions au crédit et au débit correspondant à des créances et à des dettes dont l'entrée en compte leur a fait perdre leur nature de créance civile en même temps que leur individualité, selon le mécanisme de « creuset », bien connu depuis Thaller.

§ 4. Une propriété incorporelle qui est devenue une monnaie.

159. Conception mixte de la monnaie scripturale : à la fois monnaie et propriété incorporelle. – S'il est indéniable que la monnaie scripturale repose sur un droit à restitution, il n'est cependant pas certain que ce droit soit purement personnel et que le solde d'un compte bancaire constitue une pure créance civile. **Si certains auteurs, dont le doyen Gérard Cornu et le professeur Christian Larroumet, prêtent à la confusion, dans le patrimoine du banquier, des sommes d'argent inscrites en compte un effet translatif d'une propriété pleine et entière, il est aussi possible de reconnaître à cette confusion l'effet de démembrer la propriété des choses fongibles entre le remettant et le réceptionnaire, le réceptionnaire acquérant le droit de disposer à titre provisoire des choses fongibles remises tandis que le remettant conserve dans son patrimoine une propriété « flottante » réduite au droit de disposer à titre définitif des choses fongibles confondues**¹⁸⁴. Une telle analyse conduirait à faire du droit à restitution du titulaire d'un compte bancaire un droit réel, une « propriété » sur des créances qui, du fait de l'entrée en compte, sont « cédées » à titre provisoire au banquier teneur de compte. Partant, la monnaie scripturale serait moins une pure créance civile de restitution, qu'un droit réel à restitution, une « propriété » portant sur les biens incorporels que constituent les créances entrées en compte. Comme tout droit, ce droit réel constitutif de la monnaie scripturale serait un bien incorporel, sans être pour autant un droit de créance. La monnaie scripturale serait donc moins une créance qu'un bien incorporel.

160. Distinction entre nantissement de compte et nantissement de monnaie scripturale. – La question de la nature réelle du droit à restitution du titulaire d'un compte bancaire paraît d'autant plus légitimement se poser que, lors des travaux

¹⁸⁴, Voir *infra* les développements sur la notion de propriété flottante (§ 415 et s.). Voir également : B. Lotti, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte – Contribution à la distinction de la propriété et des droits réels*, 1999, thèse dirigée par D. R. Martin et soutenue à l'Université de Paris XI. L'auteur y explique que l'on peut être titulaire du droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte sans pour autant en être pleinement propriétaire.

Cette idée était déjà présente dans les travaux de Shalev Ginossar : « c'est par l'effet d'une erreur singulière qu'on s'est habitué à définir la propriété comme la somme des utilités qu'une chose est susceptible de donner, par opposition aux pouvoirs limités que toute autre personne (usufruitier, locataire, emprunteur) pourrait avoir sur le même bien. En effet, si l'on reconnaît à quiconque des avantages de la propriété sans lui conférer la qualité de propriétaire, c'est donc que le propriétaire peut être privé des mêmes avantages sans pour cela perdre sa qualité de propriétaire ; et dès lors, la propriété n'est plus le droit total, permanent et exclusif que l'on prétend » (*Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, Paris, 1960, p. 27).

préparatoires de la réforme du droit des sûretés de 2006, la nature de ce droit ne semble pas avoir été clairement et définitivement fixée.

Dans le projet que la commission de réforme du droit des sûretés (dite « commission Grimaldi ») avait remis à la Chancellerie, l'objet du nantissement de compte non bloqué (ou « nantissement de compte ») était assez clair : aux termes de l'alinéa 2 de l'article 2348 tel que figurant dans le projet, « lorsqu'il [le nantissement de créance] porte sur un compte, la *créance* nantie s'entend du solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté » (italiques ajoutées).

En revanche, la commission Grimaldi était moins assertive sur la nature de la monnaie scripturale dans le nantissement de monnaie scripturale (ou nantissement de compte bloqué) . Le « nantissement de monnaie scripturale » proposé et décrit dans le projet aux articles 2357 à 2364 n'y était jamais défini comme un nantissement de créance. L'article 2357 du projet se contentait de définir ce nantissement de monnaie scripturale comme « la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation des fonds inscrits sur un compte bloqué ouvert à son nom par un établissement habilité à les recevoir », sans prendre parti sur la nature de ladite monnaie. Cette neutralité pouvait suggérer que la monnaie scripturale était un bien incorporel autre qu'une pure créance civile – du moins si l'on interprétait la distinction entre une section I intitulée « Du nantissement de créances » et une section II intitulée « Du nantissement de monnaie scripturale », comme le signe d'une différence de nature entre la « créance » et la « monnaie scripturale ». **Ce qui, jusqu'ici, est apparu comme une « créance » cache-t-il en fait un bien incorporel d'une autre nature ?**

A – La propriété flottante du titulaire d'un compte bancaire.

161. Droit réel « flottant » du titulaire d'un compte bancaire. – Le professeur Didier-René Martin a appelé à se défaire de l'idée que la confusion des sommes d'argent dans le patrimoine du banquier réceptionnaire emporterait nécessairement transfert à ce dernier de leur propriété pleine et entière.

162. Absence de compensation de plein droit entre la créance du banquier dépositaire et le droit à restitution du déposant titulaire du compte. – Il est vrai que si l'on analyse la convention de compte bancaire comme un contrat de dépôt, alors il faut lui faire application du 2° de l'article 1293 du code civil qui interdit au dépositaire

d'opposer l'exception de compensation pour refuser la restitution de la chose au déposant¹⁸⁵. Dans la mesure où seuls deux droits personnels peuvent se compenser et dans la mesure où le droit (personnel) de créance que le dépositaire peut avoir à l'encontre du déposant n'est pas susceptible de se compenser avec le droit à restitution du déposant, ce peut être le signe que le droit à restitution du déposant n'est peut-être pas un droit personnel, et qu'il est peut-être même un droit réel. Cette analyse est d'autant plus crédible que le jeu de la compensation a été écarté par la jurisprudence non seulement lorsque le dépôt était régulier – et donc non translatif de propriété – mais aussi lorsqu'il était irrégulier – et donc en principe translatif de propriété¹⁸⁶. Certains juges du fond ont d'ailleurs refusé d'opérer une compensation entre la créance d'un banquier dépositaire et le droit à restitution du client déposant¹⁸⁷. Il faut cependant relativiser l'argument tiré de cette absence de compensation de plein droit au regard de la jurisprudence qui a admis que la compensation entre la créance du dépositaire et le droit à restitution du déposant puisse être convenue par les parties¹⁸⁸. Au regard de cette jurisprudence, il semble donc tout à fait possible pour les parties à une convention de compte bancaire de stipuler que la créance du banquier dépositaire pourra être compensée avec le droit à restitution du client déposant. Ce serait donc le signe de ce que le droit à restitution du client déposant pourrait être de nature purement personnelle. Néanmoins, la possibilité que le législateur a offerte au déposant d'agir en revendication des choses fongibles déposées lorsque le dépositaire est en procédure collective interdit de réduire le droit du déposant de choses fongibles (et notamment de sommes d'argent) confondues dans le patrimoine du dépositaire à un pur droit personnel.

163. Consécration légale de l'action en revendication du déposant de choses fongibles contre le dépositaire en procédure collective. – L'article L. 624-16, alinéa 1^{er}, du code de commerce dispose que « peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les biens meubles remis à titre précaire au débiteur » - ces biens meubles pouvant s'entendre, aux termes de l'alinéa 3 du même article, de biens fongibles¹⁸⁹. Or, à partir du moment où l'on soutient, comme le professeur

¹⁸⁵ Article 1293, 2°, du code civil : « la compensation a lieu, quelles que soient les causes de l'une ou l'autre des dettes, excepté dans le cas : 2° de la demande en restitution d'un *dépôt* et du prêt à usage » (italiques ajoutées).

¹⁸⁶ Req. 13 décembre 1854, DP. 1855, I, p. 118 ; Req. 6 mai 1901, DP. 1903, I, p. 381, S. 1905, I, p. 318 – arrêts cités par D. R. Martin, L. Andreu, *Jurisclasseur Civil Code*, « Contrats et obligations. Conditions de la compensation », 2011, § 31.

¹⁸⁷ Paris, 25 octobre 1996, *Jurisdata* n° 1996-022939 – arrêt cité par D. R. Martin, L. Andreu, *Jurisclasseur Civil Code*, « Contrats et obligations. Conditions de la compensation », 2011, § 31.

¹⁸⁸ Req. 25 novembre 1891, DP. 1892, I, p. 296.

¹⁸⁹ Article L. 624-16, alinéa 3, du code de commerce : « la revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque des biens de même nature et de même qualité se trouvent entre les mains du débiteur ou de toute personne les détenant pour son compte ».

Didier-René Martin que les sommes d'argent sont des biens fongibles concernés par les dispositions du code de commerce prévoyant une paralysie de l'effet translatif de propriété lié à la confusion des choses fongibles, force est de conclure que le contrat de dépôt liant un banquier à son client est lui aussi dépourvu de cet effet translatif¹⁹⁰. Autrement dit, même hors du cadre des procédures collectives, en droit commun, tout déposant de choses fongibles – et notamment de sommes d'argent – qui viendraient à être confondues dans le patrimoine du dépositaire pourrait exiger « l'allotissement de son droit en choses fongibles »¹⁹¹.

164. Action en revendication du titulaire d'un compte bancaire. – Le professeur Didier-René Martin propose donc qu'on admette que les titulaires de dépôts bancaires puissent revendiquer leurs avoirs monétaires en cas de défaillance de l'établissement dépositaire, nonobstant la confusion de ces avoirs dans l'ensemble des actifs de cet établissement¹⁹². De l'aveu même de l'auteur, il s'agit là d'une « solution révolutionnaire »¹⁹³, car les clients déposants des banquiers dépositaires auraient vocation à être payés par priorité sur tous les autres créanciers. Qui plus est, leur droit de propriété non seulement porterait sur les sommes d'argent présentes dans le patrimoine de l'établissement de crédit défaillant, mais encore se reporterait sur toutes sommes d'argent entrant dans le patrimoine de cet établissement à la suite de la perception de paiements ou de la réalisation d'actifs¹⁹⁴. Il s'agirait d'une solution bien plus avantageuse pour les déposants que l'actuelle indemnisation par le fonds de garantie des dépôts – indemnisation qui est plafonnée à 100 000 euros par déposant et par établissement bancaire adhérent.

¹⁹⁰ D. R. Martin « De la revendication des sommes d'argent », D. 2002, p. 3279 : « la revendication de choses fongibles ne peut être dirigée que contre un dépositaire. De toutes les qualités en vertu desquelles une personne peut être rendue propriétaire, celle de dépositaire est, en effet, la seule qui, par la confusion de choses fongibles, la rende propriétaire malgré elle. Inversement, le déposant de choses fongibles confondues ne saurait être privé, par cette confusion même, d'un titre de propriété qu'il n'a pas entendu abdiquer. De sorte que celui-ci doit pouvoir revendiquer contre celui-là la reconstitution de l'emprise de son droit par prélèvement, comme propriétaire, sur les actifs du détenteur, d'une quantité de choses confondues égale au dépôt ».

¹⁹¹ *Ibidem*.

¹⁹² D. R. Martin, « Revendication monétaire : un progrès », D. 2011, p. 988 : « lorsque le titulaire d'une somme déposée et confondue en demande la restitution au dépositaire, [il] ne se prévaut pas alors d'un droit à paiement d'une somme qu'il n'a jamais eue (pure créance), mais du droit à réintégrer l'assiette de sa propriété (pur droit réel) contre celui qui, en en recevant le dépôt, l'a confondue avec ses avoirs pareils. [...] La demande de restitution d'une somme d'argent confondue ne relève pas de l'exercice d'une créance mais de l'exercice, par revendication, d'un droit de surpropriété ».

¹⁹³ D. R. Martin « De la revendication des sommes d'argent », D. 2002, p. 3279. C'est aussi l'opinion de M. Charles Gijsbers qui, évoquant l'action en revendication des sommes d'argent, parle du « bouleversement qu'une telle conception pourrait introduire puisqu'elle aboutirait à rien moins que traiter tous les créanciers de sommes d'argent en propriétaires d'un certain nombre d'unités à prélever dans la masse monétaire d'autrui. Un tel bouleversement ne semble pas souhaitable qui aboutirait à appauvrir considérablement un pan entier du droit des obligations » (*Sûretés réelles et droit des biens*, 2012, thèse dirigée par M. Grimaldi et soutenue à l'Université de Paris II Panthéon-Assas, § 557, pp. 557-558). Et l'auteur d'en conclure que la théorie « renouvelée » de la fongibilité qu'il propose n'est pas transposable aux sommes d'argent.

¹⁹⁴ *Ibidem* : « jusqu'à épuisement des droits de ceux-ci [les déposants] au rétablissement de l'assiette de leur propriété flottante, toute somme advenue à l'entreprise, à quelque titre que ce soit, est grevée de restitution et soustraite, par conséquent, à la procédure ».

165. La garantie des dépôts bancaires : signe de ce que le droit du titulaire d'un compte bancaire n'est pas une pure créance chirographaire ? – De ce que la loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier a instauré un mécanisme de garantie des dépôts bancaires¹⁹⁵, le professeur Élie Alfandari conclut que le législateur a entériné l'absence d'effet translatif de propriété en cas de confusion de sommes d'argent inscrites en compte. En effet, selon cet auteur¹⁹⁶, l'institution d'un tel mécanisme de garantie aurait placé les déposants dans une situation autre que celle de simples créanciers chirographaires en cas de faillite d'un établissement de crédit¹⁹⁷. Outre le fait que « l'expression même de “ dépôt ” qui figure dans les textes légaux, et l'obligation de restitution, qui est pratiquement une obligation de résultat pour l'établissement de crédit dépositaire de fonds [...] inclinent à penser que le déposant est propriétaire de ses fonds »¹⁹⁸, le mécanisme de garantie des dépôts de fonds tendrait, selon le même auteur, à remettre en cause l'analyse jurisprudentielle du compte bancaire comme étant une créance de restitution par équivalent résultant du transfert d'une propriété pleine et entière, consécutif à la confusion des sommes déposées dans le patrimoine de la banque dépositaire¹⁹⁹. Le professeur Élie Alfandari critique cette analyse jurisprudentielle pour sa superficialité qui « ne justifiait sans doute pas que l'on remette en cause la théorie du dépôt, et du droit de propriété du déposant »²⁰⁰.

166. À l'appui de la thèse selon laquelle le dépôt de sommes d'argent sur un compte bancaire n'emporte pas transfert d'une propriété pleine et entière, le professeur Élie Alfandari invoque premièrement l'interprétation stricte de la loi pénale. On sait que l'article L. 312-2 du code monétaire et financier autorise l'établissement de crédit qui reçoit des fonds du public à en disposer pour son propre compte. Or certains auteurs avaient avancé l'idée que, si l'établissement de crédit disposait des fonds reçus du public sans pour autant en être propriétaire, il risquait d'être incriminé pour délit d'abus

¹⁹⁵ Ce mécanisme a été complété par la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière.

¹⁹⁶ E. Alfandari, « Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté », D. 1996, p. 277.

¹⁹⁷ Sans être impossible, la faillite d'un établissement de crédit est rendue d'autant plus difficile que l'agrément exigé d'eux requiert qu'ils justifient de garanties de solvabilité exorbitantes du droit commun (voir les articles L. 511-9 et suivants du code monétaire et financier).

¹⁹⁸ E. Alfandari, « Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté », D. 1996, p. 277.

¹⁹⁹ Voir Cass. 1^{ère} civ. 20 avril 1983 (Cass. 1^{ère} civ. 20 avril 1983, Bull. civ. I, n° 127, p. 110 ; *Deffrénois* 1983, art. 33132, p. 1141, note Ch. Larroumet ; D. 1984, I.R. p. 78, obs. M. Vasseur ; *Banque*, 1984, p. 487, obs. D. R. Martin) pour le compte de chèques postaux ; & Cass. 1^{ère} civ. 7 février 1984 (D. 1984, p. 638, note Ch. Larroumet ; *Deffrénois* 1984, art. 33427, p. 1387) pour le compte d'épargne – opérant un revirement par rapport Cass. 2^e civ. 8 février 1961 (*RTD civ.* 1961, p. 698, note G. Cornu, et p. 734, obs. P. Raynaud) ; & Cass. com. 13 janvier 1987 (*Revue de jurisprudence fiscale* 1987, p. 202) – pour l'analyse du dépôt de fonds comme étant constitutif d'une créance au regard de l'article 752 du code général des impôts (C.G.I.) relatif à la composition du patrimoine successoral.

²⁰⁰ E. Alfandari, « Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté », D. 1996, p. 277.

de confiance. Selon ces auteurs, il fallait donc nécessairement regarder le banquier comme propriétaire des fonds reçus du public, et le client comme créancier d'une obligation de restitution par équivalent.

Mais le professeur Élie Alfandari montre que la reconnaissance, au profit du créancier, d'une propriété pleine et entière n'est pas nécessaire pour le mettre à l'abri du grief d'abus de confiance, car ce qui est sanctionné par l'article 314-1 du code pénal, c'est le *détournement* des fonds, et non leur simple utilisation²⁰¹. La Cour de cassation lui donne raison sur ce point²⁰². De tout cela, il ressort qu'« il n'est donc pas nécessaire, pour éviter l'application du délit, de dénaturer la notion de dépôt, en transformant le droit du dépositaire en droit de créance »²⁰³.

167. Le professeur Élie Alfandari tire aussi parti de la jurisprudence qui admet que les remettants de sommes d'argent conservent leur droit de propriété sur celles-ci lorsqu'elles sont inscrites sur un compte dont un autre est titulaire, dès lors que sont créés des « sous-comptes » au nom de chacun des remettants²⁰⁴. Il a ainsi pu être jugé par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, le 22 novembre 1994, que la clinique (mandataire) au nom de laquelle était ouvert un compte sur lequel étaient versés les honoraires de médecins (mandants) travaillant dans cette clinique, n'était pas propriétaire des fonds déposés sur ledit compte, bien qu'elle en fût titulaire. Ces sommes étant, selon la Haute juridiction, « la propriété exclusive des médecins » au nom desquels avaient été créés des « sous-comptes », elles ne pouvaient pas être incorporées dans le gage commun des créanciers de la clinique mise en redressement judiciaire²⁰⁵.

²⁰¹ Article 314-1 du code pénal : « l'abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire un usage déterminé. »

²⁰² La Cour de cassation, statuant en sa chambre criminelle, a jugé le 20 juin 1931 et le 21 février 1968, que le délit d'abus de confiance n'était pas constitué lorsqu'un banquier utilise pour son propre compte des fonds déposés sur un compte courant (Cass. crim. 20 juin 1931, Bull. crim. n° 183 ; Cass. crim. 21 février 1968, D. 1968, somm. p. 94). À l'inverse, le délit est constitué lorsque le banquier dispose pour son propre compte de fonds qui ne sont pas déposés sur un véritable compte (Cass. crim. 22 novembre 1978, D. 1979, IR. p. 215, obs. Puech ; Cass. crim. 13 décembre 1978, D. 1980, IR. p. 13, obs. M. Vasseur) ou qui sont déposés sur un compte clôturé (Cass. crim. 20 juillet 2011, pourvoi n° 10-81.726, D. 2011, p. 2114, obs. M. Bombléd et, p. 2244, note J. Lasserre Capdeville ; *RD bancaire et fin.* 2011, n° 185, obs. F. J. Crédot et T. Samin ; *RTD com.* 2011, p. 805, obs. B. Bouloc). L'affaire jugée le 20 juillet 2011 mettait en cause une banque qui, sous couvert de prétendus frais d'écriture, avait inscrit dans ses comptes d'exploitation le solde créditeur de comptes clôturés d'office. La Cour de cassation, statuant en sa chambre criminelle, a estimé que « l'appropriation induite par la banque du solde créditeur d'un compte clôturé caractérise le délit d'abus de confiance, peu important que durant le fonctionnement du compte, l'établissement ait eu la libre disposition des fonds ».

²⁰³ E. Alfandari, « Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté », D. 1996, p. 277.

²⁰⁴ Voir *infra* (§ 228 et s.). Cass. com. 14 mai 1991 (*Revue Banque*, 1991, p. 869, obs. J. -L. Rives-Lange ; D. 1992, jur. p. 13, note D. R. Martin ; D. 1993, somm. p. 56, obs. M. Vasseur ; *RTD com.* 1991 p. 621, obs. M. Cabrillac) ; Cass. com. 22 novembre 1994 (*RJDA* 3/1995, p. 249) ; Cass. com. 10 février 1998 (Bull. civ. IV n° 64 ; D. 1998, IR p. 64) ; Paris 6 octobre 1995 (D. 1995 IR. p. 268).

²⁰⁵ Cass. com. 22 novembre 1994 (*RJDA* 3/1995, p. 249).

De tout cela, le professeur Élie Alfandari conclut que l'« on peut être propriétaire de sommes inscrites en compte »²⁰⁶.

168. Enfin, le professeur Élie Alfandari renvoie dos à dos les analyses du compte bancaire comme étant soit un contrat de dépôt irrégulier soit un contrat de prêt de consommation²⁰⁷. Quant au contrat de dépôt irrégulier, cette théorie serait, selon l'auteur, « une construction artificielle, créée de toutes pièces par la jurisprudence, à l'encontre des textes légaux sur le dépôt »²⁰⁸. Quant au contrat de prêt de consommation, tout, dans l'analyse de la volonté des parties à la convention de compte, contredirait l'idée d'une quelconque intention de prêter des sommes d'argent²⁰⁹.

Le titulaire d'un compte se comporte, selon le professeur Élie Alfandari, comme un propriétaire à l'égard des fonds qu'il y dépose : il jouit du solde du compte bancaire « de la manière la plus absolue »²¹⁰.

Contrairement à ce que soutenait le doyen Gérard Cornu en 1961²¹¹, les déposants attacheraient une vertu protectrice et rassurante à la propriété des fonds qu'ils remettent à un banquier (ou toute institution assimilée)²¹².

Et de ces cinq arguments, le professeur Élie Alfandari conclut que « s'agissant au moins des comptes à vue (comptes de dépôt et compte courant) le solde est la propriété des titulaires du compte »²¹³.

²⁰⁶ E. Alfandari, « Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté », D. 1996, p. 277.

²⁰⁷ On notera que pour certains auteurs, dont le professeur Pierre-Grégoire Marly, dépôt irrégulier et prêt de consommation ne sont que deux qualifications pour un même contrat. Selon cet auteur, « il n'y a aucune différence entre le dépôt irrégulier et le prêt de consommation : les deux contrats portent sur des choses non individualisées ; l'emprunteur et le dépositaire peuvent l'un comme l'autre disposer de l'objet reçu ; la restitution s'opère par équivalent [...] Pour ces raisons, il y a lieu de considérer que le dépôt de choses non individualisées est toujours un prêt. De même que le dépôt qui confère l'*usus* est un commodat, le dépôt qui transmet l'*abusus* est un prêt de consommation » (P. - G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens, op. cit.*, pp. 210-211).

²⁰⁸ E. Alfandari, « Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté », D. 1996, p. 277.

²⁰⁹ *Ibidem* : « le déposant a-t-il eu l'intention de prêter son argent à la banque ? Il paraît difficile de faire abstraction de sa volonté, pour dénaturer un contrat nommé, nommé dans la loi, dans les actes écrits [...] Si la rémunération est celle d'un livret d'épargne, je doute que l'intention du déposant soit de prêter. Et je suis certain que celle-ci est totalement exclue s'il s'agit d'un dépôt à vue, non rémunéré ».

²¹⁰ E. Alfandari, « Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté », D. 1996, p. 277 : « il peut l'utiliser à sa guise, opérer des prélèvements [...] Comment pourrait-il disposer de la chose s'il n'avait plus qu'un droit de créance ? Et le banquier ne peut s'opposer à cette libre utilisation, tenu qu'il est par son devoir de non-ingérence ».

²¹¹ G. Cornu, note sous Cass. 2^e civ. 8 février 1961 (*RTD civ.* 1961, p. 698).

²¹² E. Alfandari, « Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté », D. 1996, p. 277 : « ce n'est tout de même pas un hasard si, depuis la nuit des temps, ce terme de dépôt a été employé. C'est qu'il invoque à la fois la confiance et la sécurité : on ne dépose pas chez n'importe qui ; jadis, les monnaies étaient déposées chez les prêteurs, représentants des dieux ; aujourd'hui les dépôts se font dans des organismes qui tirent leur crédibilité de monopoles, de procédures d'agrément et de visas de l'autorité publique. »

²¹³ *Ibidem. Adde* : E. Alfandari (« Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 138) : « la personne qui dispose d'un solde créateur dans un compte créateur de monnaie a la qualité de propriétaire de ce solde, et non la qualité de créancier ». Et l'auteur d'ajouter : « d'une part, une inscription en compte ne peut être regardée comme un titre de créance : là encore, on découvre une propriété originale, qui porte sur des signes, et non sur des papiers ou des titres [...] D'autre part, le titulaire d'un compte de dépôt a la qualité de déposant des sommes remises, donc de propriétaire : le banquier est tenu, comme depositaire, de restituer la somme – c'est-à-dire a une obligation de résultat – au cas où, par erreur ou volontairement, il en aurait disposé ».

Ce serait, selon le professeur Élie Alfandari, « conforme au droit »²¹⁴ et « conforme à la morale »²¹⁵.

169. Analogie avec les dépôts d'instruments financiers. – La tentation de reconnaître au titulaire d'un compte bancaire une propriété « flottante » sur les créances entrées en compte et, en conséquence, un droit réel à la restitution de leur valeur, est d'autant plus grande qu'en matière de dépôts d'instruments financiers, le professeur Rémy Libchaber s'est évertué de démontrer : d'une part, que le contrat liant le titulaire de valeurs mobilières à son banquier teneur de compte était, nonobstant la dématérialisation des valeurs mobilières, un contrat de dépôt – et non un contrat d'entreprise assorti d'un mandat²¹⁶ – et, d'autre part, que ce dépôt était un dépôt régulier n'emportant pas transfert de la propriété des valeurs mobilières au dépositaire malgré leur confusion dans son patrimoine²¹⁷.

Après avoir montré que ce type de contrat était un contrat de dépôt parce que la jurisprudence le qualifiait comme tel²¹⁸, parce que rien ne s'oppose à ce que le contrat de dépôt porte sur un bien incorporel²¹⁹, et parce que la dématérialisation n'a fait que

²¹⁴ E. Alfandari, « Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté », D. 1996, p. 277 : faisant allusion au mécanisme de garantie des dépôts, l'auteur soutient que la reconnaissance aux déposants de la qualité de propriétaires des fonds déposés « évitera de s'empêtrer dans la contradiction qui consiste à considérer les déposants comme des créanciers, puis à leur accorder un régime dérogatoire plus favorable, en violation souvent avec le principe d'égalité des créanciers dans la faillite ».

²¹⁵ *Ibidem* : « il est injuste de faire supporter à ceux qui ont fait confiance aux établissements de crédit les risques de défaillance. Les déposants ne sont pas à cet égard dans la même situation que les créanciers, qui savent évaluer leurs risques ».

²¹⁶ En faveur de la qualification de contrat de louage d'ouvrage avec mandat accessoire : Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Coll. domat droit privé, LGDJ, 10^e éd., 2013, n° 904, pp. 660-661 ; J. – P. Bouere et H. de Vauplane, « Réflexions sur les conséquences apportées par la dématérialisation sur la portée de l'inscription en compte et la nature juridique de la relation entre le teneur de comptes et son client », *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 617 n° 242 ; Ch. Lassalas, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, préf. J. Stoufflet, LGDJ 1997, n° 458 et s., p. 160.

²¹⁷ R. Libchaber, « Le dépôt d'instruments financiers », *Droit et patrimoine*, mai 2000, n° 82. De leur côté, les professeurs Georges Ripert et René Roblot affirment que, si le dépôt de valeurs mobilières auprès d'intermédiaires habilités (entreprises de marché...) n'emporte pas transfert de propriété, il n'en déforme pas moins la propriété du déposant, car si, traditionnellement, le droit réel doit avoir un objet individualisé, cette exigence « disparaît au contraire dans le nouveau régime des titres inscrits en compte qui, dans la plupart des cas, ne sont ni individualisés, ni même individualisables », de sorte que « la propriété devient un droit sur une valeur » (*Traité de droit commercial*, t. II, *Valeurs mobilières, effets de commerce*, LGDJ, 15^e éd., 1996, n° 1795, pp. 53-54). De son côté, le professeur Stéphane Torck, tout en reconnaissant au déposant de valeurs mobilières un droit de propriété sur ces dernières, nonobstant leur remise à un intermédiaire habilité dépositaire, critique la notion de « propriété de valeur » qui, il est vrai, « conduit à rapprocher dangereusement tous les droits patrimoniaux », en estompant considérablement la différence entre droit réel et droit personnel : « parler de propriété sur une valeur revient à dématérialiser le droit de propriété, qui n'a alors plus aucun support matériel ou intellectuel » (« La revendication des choses fongibles », *Revue de la recherche juridique*, 1996, pp. 483 et s., spéc. pp. 501-502).

²¹⁸ Paris 16 mars 1995 « Truffier » (*Bull. Joly Bourse* 1995, p. 193, note S. Mouy et H. de Vauplane ; *Rapport du Conseil National du Crédit et des Titres, Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres*, mai 1997, annexe VIII. 10 p. 175, par M. Germain) ; Cass. crim. 30 mai 1996 (*Bull. crim. n° 224, RJDA* 1996, n° 8, p. 728, concl. J. - P. Dintilhac ; *Revue des Sociétés* 1996, p. 806, note B. Bouloc ; *RTD civ.* 1998, p. 137, n° 1, obs. F. Zénati ; *LPA*, 18 novembre 1996, n° 139, p. 7, note Ch. Lassalas ; *Bull. Joly Bourse*, 1996, p. 597, « Sur la nature des valeurs mobilières dématérialisées détournées par abus de confiance, et les obligations des gérants d'OPCVM », P. Le Cannu).

²¹⁹ En ce sens : J. Ghestin, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, par J. Huet, G. Decocq, C. Grimaldi, H. Lécuyer, LGDJ, 3^e éd., 2012, n° 33127, pp. 1546-1547. Comme le professeur Rémy Libchaber, il faut relever à l'appui de

substituer une garde juridique à une garde matérielle des titres au porteur, l'auteur s'attache à démontrer que ce dépôt est un dépôt régulier parce que le droit de propriété du déposant (titulaire des valeurs mobilières) résiste à la confusion des choses fongibles que sont (toujours selon l'auteur) les valeurs mobilières dans le patrimoine de la banque dépositaire.

170. S'il est vrai que le professeur Rémy Libchaber postule un peu vite le caractère fongible des valeurs mobilières²²⁰, pourtant discuté²²¹, il relève avec justesse que l'ancien article L. 533-7 du code monétaire et financier disposait que « les prestataires de services d'investissement [...] protég[ai]ent les droits de propriété des investisseurs sur les instruments financiers dont ils assurent la tenue de compte », et qu'« ils ne [pouvaient] utiliser ces titres pour leur propre compte qu'avec le consentement explicite de l'investisseur », tandis que l'ancien article L. 533-8 du même code ajoutait que « les entreprises d'investissement ne [pouvaient] en aucun cas utiliser pour leur propre compte les fonds déposés auprès d'elles par leurs clients ». Or ces principes sont aujourd'hui réaffirmés aux 6° et 7° de l'article L. 533-10 du code monétaire et financier²²². Tous ces textes de loi établissent donc la préservation du droit de propriété du déposant titulaire des valeurs mobilières malgré la confusion de ces valeurs mobilières dans le patrimoine du prestataire de services d'investissement dépositaire – confusion qui a bien lieu en pratique en raison des méthodes de comptabilisation. Le dépositaire central impose en effet aux intermédiaires habilités une comptabilisation par type de valeurs mobilières – et non par client²²³.

cette thèse que rien dans le code civil n'exige que le contrat de dépôt porte uniquement sur des biens corporels ; et qu'il a été admis que le contrat de dépôt, contrat réel, puisse se former par tradition feinte (article 1919 du code civil).

²²⁰ R. Libchaber, « Le dépôt d'instruments financiers », *Droit et patrimoine*, mai 2000, n° 82 : « les inscriptions informatiques d'un même titre étant indissociables les unes des autres, on les qualifiera aisément de biens fongibles » (italiques ajoutées).

²²¹ Voir notamment, L. Aynès, note sous Cass. 1^{ère} civ. 12 novembre 1998 (D. 1999, p. 167).

²²² Article L. 533-10 du code monétaire et financier : « les prestataires de services d'investissement doivent : [...] 6. Sauvegarder les droits des clients sur les instruments financiers leur appartenant et empêcher leur utilisation pour compte propre, sauf consentement exprès des clients ; 7. Sauvegarder les droits des clients sur les fonds leur appartenant. Les entreprises d'investissement ne peuvent en aucun cas utiliser pour leur propre compte les fonds déposés auprès d'elles par leurs clients... ».

²²³ R. Libchaber, « Le dépôt d'instruments financiers », *Droit et patrimoine*, mai 2000, n° 82 : « À chaque valeur correspond un compte, formé du stock total des titres détenus ; quand à l'identification des propriétaires, elle n'apparaît que dans des sous-comptes. Autrement dit, les relevés de compte périodiques destinés aux clients sont la reconstitution d'une tenue individuelle du compte qui, en réalité, n'a pas existé ; par contrecoup, les banques sont en contact avec la masse globale de chaque titre, groupant *indistinctement* les titres qui appartiennent à ses clients et ceux qu'elles détiennent en propre. » (italiques ajoutées).

Contra : S. Torck, « La revendication des choses fongibles », *Revue de la recherche juridique*, 1996, pp. 483 et s., spéc. p. 501 : l'auteur indique que l'ancien règlement général du Conseil des bourses de valeurs (CBV) imposait à une société de bourse de « distinguer comptablement les titres appartenant à ses clients, de ceux lui appartenant en propre » et que « ce faisant, il ne devait pas *a priori* y avoir de confusion possible dans le patrimoine des sociétés de bourse, entre les différentes valeurs inscrites », de sorte que les sociétés de bourse ne pouvaient être regardées comme étant propriétaires des valeurs mobilières. On ne peut, selon le même auteur, admettre une solution contraire, dès lors que le titulaire des valeurs mobilières doit pouvoir exercer les droits attachés à ces valeurs (notamment les droits de vote), au sein de la personne morale qui les a émises.

171. Si les prestataires dépositaires adoptent des méthodes de comptabilisation telles que « les titres qui appartiennent à ses clients et ceux qu’elles détiennent en propre » sont insusceptibles d’être distingués, c’est qu’il y a bien confusion de choses fongibles au sein de leur patrimoine. Or, malgré cela, le droit réel de propriété du déposant ne se transforme pas en droit personnel de créance de restitution par équivalent puisque la loi prévoit qu’il ne peut être entamé à l’occasion de la tenue de compte, et que, par conséquent, les teneurs de compte (dépositaires) ne peuvent disposer des titres des déposants en procédant à un « tirage sur la masse ». C’est bien là encore la preuve que le droit réel de propriété du déposant se maintient malgré la dilution de son objet²²⁴.

172. Il n’y aurait donc pas lieu de faire du dépôt d’instruments financiers un dépôt irrégulier ayant pour effet de transférer au dépositaire la propriété pleine et entière des valeurs mobilières fongibles dès lors qu’elles se confondent avec d’autres dans son patrimoine. Et il n’y aurait pas davantage de raisons de déduire de l’impossibilité pratique de revendiquer (faute de pouvoir distinguer les biens du revendiquant) une impossibilité juridique d’exercer l’action en revendication²²⁵. Et le professeur

²²⁴ Le professeur Michel Jeantin (« Le droit financier des biens », *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, pp. 3 et s.) a avancé une autre preuve du caractère réel du droit du déposant sur les valeurs mobilières remises à un intermédiaire habilité (dépositaire) en s’appuyant sur l’ancien mécanisme de transfert, auprès d’un autre intermédiaire habilité, des valeurs mobilières inscrites en compte auprès d’un intermédiaire habilité à l’encontre duquel était ouverte une procédure collective. L’ancien article 30 de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 disposait en effet qu’« en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens d’un intermédiaire financier teneur de compte, les titulaires des valeurs mobilières inscrites en compte [faisaient] virer l’intégralité de leurs droits à un compte tenu par un autre intermédiaire financier ou par la personne morale émettrice », et que c’était seulement « en cas d’insuffisance des inscriptions, [qu’] ils produis[aient] entre les mains du syndic pour le complément de leurs droits ». Si les déposants pouvaient faire virer les valeurs mobilières dont ils étaient titulaires auprès d’un autre intermédiaire habilité ou auprès de l’émetteur desdites valeurs, sans se soumettre à la discipline imposée aux créanciers chirographaires, alors même que l’intermédiaire habilité dépositaire était en procédure collective, c’est que cet intermédiaire habilité dépositaire n’acquiescerait pas une propriété pleine et entière sur les valeurs fongibles et dématérialisées qui lui étaient remises. D’où le commentaire du professeur Michel Jeantin : cette solution « ne trouve sa justification que dans la permanence du droit de propriété du déposant. En présence, pourtant, d’un dépôt de valeurs fongibles et dématérialisées, les règles du dépôt irrégulier auraient dû conduire à considérer que la propriété avait été transmise à l’intermédiaire, le déposant n’ayant alors qu’un droit de créance de restitution. Cette solution ne subsiste qu’en cas d’insuffisance des inscriptions [...] : les titulaires de valeurs mobilières effectuent alors une déclaration de créance. Mais si les inscriptions sont suffisantes, les titulaires pourront faire virer l’intégralité de leurs droits sur un compte tenu par un autre intermédiaire ou par la personne morale émettrice. C’est dire qu’ils revendiquent alors leur propriété et échappent au lot commun des créanciers chirographaires » (*ibidem*, p. 7).

S’il est vrai que, depuis la création du Fonds de garantie des dépôts, l’article L. 613-30 du code monétaire financier ne fait plus état d’un transfert des valeurs mobilières auprès d’un autre intermédiaire habilité ou de la personne morale émettrice, il n’en reste pas moins que ce texte dispense les déposants et le Fonds de garantie des dépôts de la déclaration de créance prévue à l’article L. 622-24 du code de commerce, pour leurs créances entrant pour tout ou partie dans le champ d’intervention du Fonds, c’est-à-dire pour tous les instruments financiers mentionnés à l’article L. 211-1 du code monétaire et financier et pour les sommes d’argent remises à l’occasion d’un service d’investissement, y compris celles remises en garantie ou en couverture de positions prises sur un marché d’instruments financiers. L’indemnisation est toutefois plafonnée à une valeur de 70 000 euros par investisseur pour les instruments financiers. Et chaque investisseur ne sera indemnisé qu’à hauteur de 70 000 euros au maximum pour les sommes d’argent remises à l’occasion d’un service d’investissement – ces sommes entrant dans le plafond de 100 000 euros si l’investisseur a ouvert des comptes sans lien avec des services d’investissement auprès d’un établissement de crédit qui aurait par ailleurs également la qualité d’entreprise d’investissement, d’intermédiaire habilité ou d’adhérent à la chambre de compensation.

²²⁵ Précisons en effet que, dans la conception classique attachant un effet translatif de propriété à la confusion des choses fongibles, il s’agit bien d’une *impossibilité* de revendiquer, et non d’une irrecevabilité de l’action en revendication. Il s’agit d’une impossibilité pratique de revendiquer due à l’impossibilité pour l’entendement humain d’identifier les biens fongibles et confondus du revendiquant. En ce sens aussi : F. Zénati, obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 7 février 1989 (*RTD civ.* 1990, p. 109) : « il

Rémy Libchaber fait lui aussi un plaidoyer en faveur de la reconnaissance en droit français d'un « droit de propriété flottant » au nom d'une « conception positive » de la fongibilité qui n'en fait pas un obstacle à l'exercice de l'action en revendication, mais un auxiliaire pour le titulaire du droit réel²²⁶.

B – La monnaie scripturale : bien incorporel correspondant la « propriété » des créances entrées en compte.

173. Titularité ou propriété des créances entrées en compte : le solde d'un compte bancaire est-il un « lien » ou un « bien » ? – Dire que la monnaie scripturale réside dans un droit à restitution qu'a le déposant, titulaire du compte, contre le dépositaire, banquier teneur de compte et dire que ce droit à restitution est un droit réel correspondant à la propriété que le déposant conserve sur les créances entrées en compte, nonobstant le droit d'en disposer à titre provisoire qu'il concède au banquier dépositaire suppose que l'on admette que des créances puissent faire l'objet d'une « propriété ». Or l'on sait à quel point la question est discutée en doctrine.

Il est vrai que, de prime abord, il peut paraître étonnant de distinguer le droit personnel du déposant au titre duquel il a une créance qui entre en compte et son droit réel de propriété sur la valeur correspondant à la créance entrée en compte et cédée au banquier dépositaire. Il y aurait là une « valeur d'actif dédoublée »²²⁷ contraire à l'idée que le droit de propriété s'identifie avec son objet. Pour éviter ce dédoublement, il faudrait donc analyser le droit du déposant sur le solde de son compte bancaire comme le prolongement des droits personnels des créances entrées en compte qui contribuent à

paraît préférable de parler d'impossibilité que d'irrecevabilité de l'action car la difficulté est essentiellement de preuve (Ch. Beudant, *Cours de droit civil*, 2^e éd., t. 4, n° 86) ».

²²⁶ R. Libchaber « Le dépôt d'instruments financiers », *Droit et Patrimoine*, 2000, n° 82, p. 89 : « puisque les choses déposées sont indistinctes de celles du dépositaire, pourquoi le droit de propriété ne porterait-il pas sur n'importe lesquelles des choses identiques qui, toutes, peuvent être revendiquées dans la mesure des droits détenus ? Les choses étant fongibles, il n'y a pas plus de raisons de penser que le droit de propriété s'est perdu pour le revendiquant, que de considérer qu'en sa faveur, il s'est reporté sur toutes les choses identiques. Cela conduit, certes, à admettre l'idée d'un droit de propriété flottant, contre quoi toute une tradition doctrinale résiste. Mais précisément, est-ce qu'alors on ne saisirait pas l'âme même de la notion de « fongibilité », enfin reconnue de façon positive ? ».

Toutefois, le professeur Rémy Libchaber se montre plutôt hostile à l'application, par analogie, de ce raisonnement aux inscriptions en compte représentant de la monnaie scripturale – et non des valeurs mobilières. Les dépôts bancaires – pour la revendication desquels milite le professeur Didier-René Martin – ont ceci de différent des dépôts d'instruments financiers que les premiers ne bénéficient pas, contrairement aux seconds, d'un texte qui prévoit expressément le maintien sur eux du droit de propriété du déposant. Loin de là, la pratique veut que « les banquiers doivent faire des réserves obligatoires, mais disposent des fonds pour le surplus » (R. Libchaber « Le dépôt d'instruments financiers », *Droit et Patrimoine*, 2000, n° 82).

²²⁷ J. François, « Les créances sont-elles des biens ? », *Christian Larroumet, Liber amicorum*, Economica, 2010, p. 151.

former ce solde – ce qui amènerait à faire de la monnaie scripturale formée par le solde d'un compte bancaire un droit purement personnel.

Toutefois, on peut concevoir que **le droit personnel du déposant correspondant à la créance monétaire qui entre en compte change de nature une fois que le banquier dépositaire acquiert le droit d'en disposer. Du fait de l'effet extinctif de l'entrée en compte, le *lien* du déposant avec son débiteur s'évanouit. Mais au même instant, l'entrée en compte fait naître dans le patrimoine du déposant un droit à restitution de la valeur de la créance cédée, droit sur une valeur qui conduit à envisager la créance non plus comme un *lien* mais comme un *bien* susceptible de faire l'objet d'un droit (réel) de propriété. Ce droit à restitution n'est rien d'autre que le droit de disposer à titre définitif de la valeur des créances cédées, dont le droit de disposer à titre provisoire est concédé au banquier dépositaire – ce qui conduit à voir dans la monnaie scripturale un démembrement de propriété comparable à celui qu'opère la fiducie-sûreté. Comme tout droit, ce droit à restitution d'une valeur, que constate le solde de compte bancaire et qui forme la substance de la monnaie scripturale, est incorporel... ce qui conduit à regarder la monnaie scripturale comme un bien incorporel, ou, plus exactement comme une « propriété » incorporelle.**

Sans revenir sur les arguments, déjà développés, en faveur de la reconnaissance de la propriété des créances²²⁸, on notera que même ceux qui, comme le professeur Jérôme François, émettent des réserves quant à l'idée qu'une créance puisse constituer un bien susceptible d'appropriation, admettent que « la patrimonialité paraît incontestable si l'on raisonne sur les créances pécuniaires »²²⁹.

²²⁸ Voir *supra* § 128.

²²⁹ J. François, « Les créances sont-elles des biens ? », *Christian Larroumet, Liber amicorum*, Economica, 2010, p. 153. Tout en soutenant que « les créances ne sont pas des biens en tant qu'elles seraient la propriété de leur créancier » (*ibidem*, p. 179), le professeur Jérôme François explique en effet que « si l'on analyse ainsi la créance monétaire en une créance de donner une somme d'argent, il en résulte que, dans l'attente du paiement, le créancier a une vocation à devenir propriétaire. Il est propriétaire en puissance de la somme d'argent [des unités monétaires] que son débiteur est tenu de lui payer » (*ibidem*, pp. 166-167).

Conclusion.

174. Comme l'écrit fort bien le professeur Rémy Libchaber, « la monnaie scripturale est une monnaie, dans la même mesure où la monnaie fiduciaire l'est encore, où la monnaie métallique l'a été. Mais il importe par-dessus tout de comprendre que l'inadéquation des caractéristiques de la monnaie fiduciaire à rendre compte de la monnaie scripturale ne saurait en rien disqualifier cette dernière en tant que monnaie »²³⁰.

175. En 1961, le doyen Gérard Cornu écrivait au sujet des sommes d'argent – en dehors de toute affectation en garantie – que leur confusion dans le patrimoine d'autrui emporte transfert de leur pleine et entière propriété parce que « ni la volonté de l'homme ni la loi ne peuvent faire qu'un droit réel subsiste sur une chose de genre non individualisée »²³¹. Ce transfert de la propriété pleine et entière, hors de toute affectation en garantie, expliquerait que la monnaie scripturale ne soit constituée que d'un droit personnel de créance de restitution par équivalent du titulaire du compte à l'encontre du banquier. En 1984, le professeur Christian Larroumet a fait sienne cette idée en s'appuyant sur un arrêt rendu par la Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile, le 7 février de la même année²³².

176. Sans nier l'existence d'une créance de restitution au profit du client ayant remis les fonds, Mme Christine Lassalas, dans sa thèse intitulée *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, explique que cette créance a existé, mais, comme prescrite par l'écoulement du temps et l'oubli qu'il favorise, elle aurait disparu pour faire place à une monnaie, les soldes disponibles étant devenus « le mode usuel de perception des revenus et de règlement des dépenses importantes »²³³. L'idée est que le public aurait fait de plus en plus confiance au banquier, et donc de moins en moins demandé la conversion des écritures comptables en monnaie fiduciaire. C'est l'usure du temps qui aurait banni la créance de restitution du souvenir du créancier, pour y substituer l'impression d'utiliser une monnaie.

177. Il nous semble aujourd'hui que la conception « mixte » analysant la monnaie scripturale comme une monnaie à part entière tout en lui reconnaissant tous les

²³⁰ R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé... op. cit.* p. 168.

²³¹ G. Cornu, note sous Cass. civ. 8 février 1961 (*RTD civ.* 1961, p. 698).

²³² Ch. Larroumet, note sous Cass. 1^{ère} civ. 7 février 1984 (D. 1984, jur. p. 638).

²³³ Ch. Lassalas, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, LGDJ, coll. des thèses de l'École doctorale de Clermont-Ferrand, 1997, n° 73 et s. ; n° 90 et s. ; n° 266 et s.

caractères d'une pure créance civile n'est plus de mise. S'il est incontestable que le titulaire d'un compte bancaire a un droit à restitution, il n'est pas sûr que ce droit soit plus personnel que réel et qu'il ne puisse pas être assimilé à une propriété incorporelle portant sur la valeur des créances entrées en compte.

Il nous semble qu'il y a place pour une conception de la nature de la monnaie scripturale qui, consciente de ce qu'elle est une créance civile dont on a oublié qu'elle l'était, et de ce qu'aujourd'hui, elle est assurément une monnaie, défend l'idée qu'elle constitue désormais un bien incorporel. Appelé à jouer le rôle d'une monnaie à part entière, le droit à restitution du porteur de monnaie scripturale s'est teinté d'un caractère réel au point que l'on puisse y déceler une propriété incorporelle, propriété portant sur la valeur des créances entrées en compte. Cette analyse, qui gagne une partie de la doctrine²³⁴, aurait le mérite de mieux rendre compte à la fois de la perception qu'ont communément les titulaires de compte bancaire de leur droit sur les sommes qui y sont inscrites²³⁵, et des spécificités de ce droit à restitution qui, en cas de défaillance du banquier dépositaire, assurent au déposant un sort préférable à celui du pur créancier chirographaire.

²³⁴ En 2007 le professeur Dominique Legeais écrivait déjà que le solde du compte bancaire constitutif de la monnaie scripturale devait être regardé comme « un bien incorporel d'une nature spécifique » (« Le gage-espèces après la réforme des sûretés », *Droit et patrimoine* 2007, n° 162, pp. 70-73, spéc. p. 70). *Adde* : obs. sous Cass. com. 6 février 2007, *RTD com.* 2007, p. 581 : « la monnaie [scripturale] est un bien incorporel sans pour autant être une créance ».

Dans le même sens : S. Torck, « Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 », *RD bancaire et fin.*, janvier 2008, n° 1, étude n° 2 : « la monnaie scripturale n'est pas une créance comme les autres ; il s'agit d'une créance monétisée qui, par le jeu des ordres de paiement, sert à effectuer les règlements. Comme hier le billet de banque convertible en or, la monnaie scripturale n'est pas qu'une simple créance contre l'établissement émetteur, car le pouvoir de payer qui lui est attaché dans l'esprit du public et la confiance dans la solvabilité des établissements de crédit conduisent les opérateurs à reconnaître le pouvoir libératoire de cette créance particulière et à l'accepter en paiement ou en garantie [...] La monnaie scripturale, y compris lorsqu'elle se loge dans le solde d'un compte gagé ou nanti [...] n'est pas une pure créance ».

²³⁵ En ce sens aussi : Ch. Gijssbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, 2012, thèse dirigée par M. Grimaldi et soutenue à l'Université de Paris II Panthéon-Assas, § 561, p. 564 : « outre qu'il cadre parfaitement avec la réalité psychologique ressentie par la grande majorité des déposants de sommes d'argent (qui s'estiment propriétaires plus que créanciers), [ce postulat] aurait l'avantage de donner enfin corps à l'idée que la monnaie scripturale constitue un véritable bien incorporel approprié par le déposant plutôt qu'une simple écriture comptable constatant une créance contre la banque ».

Section II. La monnaie scripturale est-elle un bien incorporel ?

178. Définir la monnaie scripturale comme une propriété incorporelle portant sur les créances entrées en compte non seulement suppose d'admettre, au rebours de la conception « personnaliste », qu'elle n'est pas une pure créance civile, mais un « bien » formé par les « liens » d'obligations unissant le titulaire du compte bancaire à ses créanciers et débiteurs, mais implique aussi de dénier toute corporalité aux inscriptions en compte, au rebours d'une théorie de la « scripturalisation » qui, assignant un corps aux écritures en compte, analyse la monnaie scripturale comme un bien corporel.

§ 1. La dématérialisation des valeurs mobilières n'a pas conduit à corporaliser les inscriptions en compte.

179. Théorie de la nature corporelle de la monnaie scripturale : argument tiré de la nature corporelle des inscriptions en compte. – L'incorporalité de la monnaie scripturale est vigoureusement contestée par une doctrine minoritaire menée par le même professeur Didier-René Martin qui s'est peu à peu érigé en ardent défenseur de la « théorie de la scripturalisation »²³⁶.

179-1. Tout a commencé quand le professeur Didier-René Martin, constatant qu'« aucun domaine n'échappe tout à fait à cette œuvre d'apesanteur qui pousse les choses à n'être que l'idée d'elles-mêmes »²³⁷, s'est posé la question « métaphysique » (il emploie lui-même le terme) de savoir si les inscriptions en compte ne formaient pas « la nouvelle substance, symbolique, des avoirs qu'elles traduisent »²³⁸. À cette question, le professeur Didier-René Martin a apporté une réponse claudélienne²³⁹, digne des plus grands tenants de « l'art pour l'art », sous prétexte que l'article 1^{er} du décret n° 83-359 du 2 mai 1983, pris en application de la loi dite de « dématérialisation des valeurs

²³⁶ D. R. Martin, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », D. 1996, pp. 47 et s. ; « Valeurs mobilières : défense d'une théorie », D. 2001, pp. 1228 et s. ; « La théorie de la scripturalisation », D. 2005, chron. pp. 1702 et s.

²³⁷ D. R. Martin, « De la monnaie », *Mélanges H. Blaise*, Economica, 1995, p. 340.

²³⁸ *Ibidem*, p. 340.

²³⁹ P. Claudel, « Religion du signe », *Connaissance de l'Est*, éd. Gilbert Gadoffre, Mercure de France, 1973, p. 136 : « la lettre d'un impérieux jambage affirme que la chose est telle ; le caractère *est* la chose tout entière qu'il signifie ».

mobilières », c'est-à-dire la loi de finances n° 81-1160 du 30 décembre 1981, dispose que « les valeurs mobilières [...] sont *matérialisées* [...] par une inscription au compte de leur propriétaire » (italiques ajoutées). Se refusant en effet à voir les valeurs mobilières et les titres de créance négociables, si grands pans des patrimoines, perdre toute matérialité – les premières du fait de l'article 94-II de la loi de finances du 30 décembre 1981, et les seconds du fait de l'article 19-II de la loi n° 91-716 du 26 juillet 1991 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier – le professeur Didier-René Martin a eu « l'idée d'une incorporation du droit dans l'écriture », d'une « *essence* nouvelle : les droits scripturaux » (italiques ajoutées), en somme d'une matérialité du signe. Assimilant la monnaie scripturale aux actifs financiers scripturalisés, cet auteur a écarté l'autre branche de l'alternative qu'il avait pourtant envisagée, à savoir l'idée que les signes comptables seraient tout simplement des « expressions fonctionnelles (probatoires ou d'opposabilité) des valeurs qu'elles signalent »²⁴⁰.

De ce que l'article 30 de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne organisait, en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un intermédiaire financier teneur de compte, un mécanisme de virement des valeurs mobilières inscrites en compte auprès de cet intermédiaire sur un compte tenu par un autre intermédiaire financier ou par la personne morale émettrice, de ce que la loi reconnaissait ainsi au déposant de valeurs mobilières une forme d'action en revendication assise sur un droit de propriété portant sur lesdites valeurs, nonobstant leur remise au teneur de compte dépositaire, le professeur Didier-René Martin en a déduit qu'en tant qu'elles faisaient l'objet d'un droit de propriété, les valeurs mobilières étaient nécessairement des biens corporels²⁴¹, comme si, à l'heure de l'épanouissement des droits de propriété intellectuelle, les biens incorporels étaient insusceptibles de faire l'objet d'un droit de propriété.

179-2. De ce que l'article 47 *bis* de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 précitée a posé le principe que, pour les cessions de titres financiers sur les marchés réglementés, le transfert de propriété résulte de leur inscription au compte de l'acheteur, le professeur

²⁴⁰ D. R. Martin, « De la monnaie », *Mélanges H. Blaise*, Economica, 1995, p. 340.

²⁴¹ D. R. Martin, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », D. 1996, pp. 47 et s. : « la restitution des valeurs inscrites, par virement de compte à compte, relève de l'exercice d'un droit de propriété sur des actifs tenus pour corporels ». De ce système de transfert des valeurs mobilières d'un compte ouvert auprès d'un intermédiaire financier défaillant à un compte ouvert auprès d'un intermédiaire financier *in bonis*, le professeur Didier-René Martin déduit également le caractère non-fongible des valeurs mobilières que « la vertu, longtemps insoupçonnée, aujourd'hui révélée, du compte individuel d'enregistrement d'actifs scripturaux » permettrait d'individualiser et de transformer ainsi en corps certains.

Didier-René Martin semble en avoir conclu que le signe avait le pouvoir de déplacer la chose, et que si ce pouvoir valait pour les valeurs mobilières, il devait aussi pouvoir s'exercer pour la monnaie scripturale.

Pour susciter chez son lecteur la « révolution mentale »²⁴² susceptible de le convertir à la théorie de la scripturalisation, le professeur Didier-René Martin développe trois arguments. Après s'être appuyé sur la rédaction du décret n° 83-359 du 2 mai 1983 pris en application de la loi de finances pour 1982, il tire parti de la reconnaissance d'un droit de rétention assortissant le gage-espèces, puis de la validation du don manuel d'argent en compte²⁴³.

180. Défense de la théorie de la nature incorporelle de la monnaie scripturale : incorporalité des inscriptions en compte. – Premièrement, outre le caractère un peu rapide du raccourci qui tend à étendre aux inscriptions en compte constitutives de monnaie scripturale les solutions admises pour les inscriptions en compte de valeurs mobilières, on notera d'une part qu'il y a dans le propos de Didier-René Martin une forme de surinterprétation du texte de la loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981 et de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 dont l'esprit est d'être des lois de *dématérialisation*²⁴⁴, et d'autre part, et surtout, que même avant ces lois de dématérialisation, le caractère « corporel » des inscriptions en compte était discutable, pour ne pas dire purement factice. En effet, avant la loi de dématérialisation de 1981, on faisait une distinction technique entre deux types de valeurs mobilières : les titres nominatifs – qui, inscrits sur un compte tenu par l'émetteur des titres, permettaient à ce dernier de connaître l'identité de leur titulaire – et les titres au porteur – qui, n'étant pas inscrits sur un compte tenu par l'émetteur, garantissaient l'anonymat de leur titulaire à l'égard dudit émetteur.

180-1. Les titres au porteur étaient ni plus ni moins que des bouts de papier « matérialisant » un droit dont le porteur était réputé être titulaire du simple fait de la possession du titre. On appliquait à ces titres au porteur le régime des biens meubles

²⁴² D. R. Martin, « Valeurs mobilières : défense d'une théorie », D. 2001, pp. 1228 et s.

²⁴³ D. R. Martin, « De la monnaie », *Mélanges H. Blaise*, Economica, 1995, p. 341.

²⁴⁴ Selon le professeur Didier-René Martin, la dématérialisation ne devrait pas s'entendre d'une dématérialisation totale, mais d'une dématérialisation partielle : bien qu'ayant perdu de la matière, les inscriptions en compte en auraient gardé suffisamment pour qu'on les regardât comme des biens corporels : « une dématérialisation peut aussi s'entendre d'une moindre matérialité – par “dégraissage” en quelque sorte – sans atteindre nécessairement le stade de la pure abstraction mentale » (« De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », D. 1996, pp. 47 et s.). Il conviendrait en conséquence de parler de « détitrisation » plutôt que de « dématérialisation ».

corporels, et notamment l'article 2276 du code civil (ancien article 2279)²⁴⁵ – à ceci près qu'un décret du 11 janvier 1956 relatif aux titres au porteur perdus ou volés permettait au titulaire du droit qui n'était plus porteur du titre de faire opposition plutôt que d'agir en revendication dans le délai triennal prévu par l'article 2276, alinéa 2, du code civil (ancien article 2279, alinéa 2). C'est ce que fit la Cour de cassation statuant en sa chambre commerciale dans un arrêt du 18 octobre 1994²⁴⁶.

180-2. Mais pour ce qui est des titres nominatifs, ils étaient représentés avant la loi de 1981 par des inscriptions au registre nominatif des transferts tenu par l'émetteur des titres : étant « matérialisés » non par un titre, mais par une inscription en compte, ils étaient assimilés à des biens meubles incorporels auxquels ne s'appliquait pas le régime des biens meubles corporels (et notamment la règle de l'article 2276 du code civil)²⁴⁷, et dont la propriété était transférée *solo consensu*, l'inscription en compte n'étant qu'une forme d'opposabilité du droit aux tiers. L'inscription en compte ne suffisait pas, à elle seule, à transférer le droit et donc à déplacer la « chose » qu'est la valeur mobilière. Seul l'échange des consentements des parties au contrat transférait le droit de propriété et déplaçait la chose entre les parties. L'inscription au nom du titulaire dans le registre (ou bordereau) de transferts n'était que la formalité constatant le transfert et le rendant opposable aux tiers. En aucun cas l'inscription en compte ne conférait au titulaire du compte une « possession » de la valeur mobilière susceptible de le rendre propriétaire (en cas de jeu de la fonction acquisitive de la possession dans un rapport d'entrée en possession de la chose *a non domino*) ou de lui fournir une preuve et une présomption simple de titularité du droit (en cas de jeu de la fonction probatoire de la possession dans un rapport d'entrée en possession *a domino*). C'est pour cette raison que la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a jugé le 18 février 1980²⁴⁸ qu'un acheteur de titres nominatifs qui refuse de payer tant que son nom n'a pas été inscrit sur le registre des transferts oppose un refus illégitime sauf si le paiement du prix a été conventionnellement subordonné à cette inscription. Si ce n'est pas le cas, l'acheteur doit payer le prix car l'inscription en compte de titres nominatifs est une condition d'opposabilité du transfert de propriété, et non de validité.

²⁴⁵ Req. 5 décembre 1893.

²⁴⁶ Cass. com. 18 octobre 1994, Bull. civ. IV n° 309, *Bull. Joly Sociétés* 1994, n° 12, p 199, note J. –C. Hallouin. Il s'agissait d'un litige concernant la propriété de valeurs mobilières au sein d'une famille, et où était en cause la fonction probatoire de la règle énoncée par l'article 2276, alinéa 1^{er}, du code civil. Le possesseur fut jugé bénéficiaire d'une présomption simple de propriété... mais sa possession ayant été caractérisée comme équivoque, elle ne pouvait être utile.

²⁴⁷ Cass. civ. 4 juillet 1876, DP. 1877, I, p. 33.

²⁴⁸ Cass. com. 18 février 1980, Bull. civ. IV, n° 86.

180-3. Ainsi, alors que la détention d'un bout de papier constitutif d'un titre au porteur conférait la propriété du droit représenté par le titre ou la présuait, la présence d'une inscription en compte constitutive d'un titre nominatif ne conférait pas la propriété du droit ni ne la présuait. Mais cette différence était purement arbitraire : le titre au porteur n'était assimilé à un bien corporel que parce que la loi le voulait bien, et uniquement aux fins d'application du régime des biens meubles corporels : le titre n'était qu'un « mode de possession du droit »²⁴⁹. La valeur mobilière, qu'elle fût titre nominatif ou titre au porteur, a toujours été au fond un bien incorporel. Cette interprétation est d'ailleurs confortée par l'analogie que l'on peut établir avec le traitement réservé à ces autres droits que sont les créances et pour lesquels il a toujours été rappelé par la doctrine la plus éminente que la seule remise au cessionnaire ou au créancier nanti du titre constatant l'existence de la créance cédée ou nantie ne suffisait pas à investir le cessionnaire ou le créancier nanti du droit de créance : « le droit ne s'incorpore pas dans le titre », « ce n'est donc pas avoir une maîtrise utile sur la créance que d'en avoir le titre en mains », et « la détention matérielle du titre est en soi un fait neutre, sans conséquence »²⁵⁰.

Pour d'autres auteurs aussi²⁵¹, le titre au porteur a été traité comme un bien meuble corporel uniquement pour profiter de la simplicité du régime d'opposabilité qu'offre la notion de « titre ». Comme l'explique fort bien le professeur Rémy Libchaber « la notion de “ titre ” a eu pour mérite historique de permettre les transferts de droits personnels sans en soumettre l'opposabilité à l'information du débiteur »²⁵². Il n'en reste pas moins que l'on convenait que le « droit » s'était incorporé dans le « titre » (au porteur) uniquement aux fins d'opposabilité au débiteur (la société émettrice dont les titres sont négociés) des conventions passées sur le « droit ». Autrement dit, même si, au regard de l'opposabilité des conventions aux tiers, on a admis que le « droit » ne faisait qu'un avec le « titre » au point que la détention du titre présuait voire conférait la titularité du droit, il n'en reste pas moins qu'au regard de la validité des conventions entre les parties, le « droit » ne se confondait pas avec le « titre », et qu'au fond, il n'y avait pas de différence de nature (mais seulement de régime d'opposabilité) entre une

²⁴⁹ M. Dubertret, D. Mangenet, « Réforme du droit des titres : commentaire de l'ordonnance du 8 janvier 2009 », D. 2009, p. 448 (à propos de l'ordonnance n° 2009-15).

²⁵⁰ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, *Les biens*, par J. Boulanger, 1958, p. 342.

²⁵¹ H. Causse, « Principe, nature et logique de la “dématérialisation” », *JCP E* 1992, n° 194, p. 530 ; Ph. Goutay, « Titre négociable et opposabilité », in *Mélanges AEDBF-France*, vol. 1, 1997, p. 201.

²⁵² R. Libchaber, « Le dépôt d'instruments financiers », *Droit et Patrimoine*, mai 2000, n° 82.

valeur mobilière représentée par un bout de papier (titre au porteur) et une valeur mobilière inscrite en compte (titre nominatif). De même que le bout de papier rend le transfert du droit personnel opposable au débiteur par son seul transport, de même l'inscription en compte rend ce transfert opposable au débiteur par le seul jeu des écritures. « L'abandon du papier aurait ramené les valeurs mobilières à ce qu'elles n'avaient jamais cessé d'être en elles-mêmes, des droits personnels reliant un émetteur à des titulaires »²⁵³.

180-4. Et c'est de cette « hypocrisie » qu'a voulu se départir le législateur avec la loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981, dite « loi de dématérialisation »²⁵⁴. Le « titre au porteur » dont fait état cette loi n'a plus rien à voir avec le titre au porteur constitué d'un bout de papier. Aux termes de cette loi, le titre au porteur est un titre inscrit en compte chez un intermédiaire financier habilité – qui, lui-même, a un compte reflet auprès d'un dépositaire central (SICOVAM puis Euroclear France)²⁵⁵. Quant au titre nominatif, il reste un titre inscrit en compte chez l'émetteur du titre lui-même : le bordereau de transfert de titres est simplement devenu un « ordre de mouvement », et le registre des transferts un « registre des mouvements ». Qu'ils soient nominatifs ou au porteur, tous

²⁵³ *Ibidem*. Le professeur Rémy Libchaber souligne avec raison que ces auteurs (H. Synvet, H. Causse et Ph. Goutay) distinguent nettement « les droits en eux-mêmes – les valeurs mobilières traduisent une relation interpersonnelle, droit de créance ou d'associé – des inscriptions informatives qui en assurent la publicité et partant l'opposabilité de leurs transferts ». Dans cette perspective, les inscriptions en compte ne font qu'« informer les tiers de la propriété des droits ». Signalons que ce n'est pas le point de vue que partage le professeur Rémy Libchaber qui est, lui, plutôt favorable à une « conception substantialiste des titres » (*ibidem*) en vertu de laquelle il conviendrait de considérer que les inscriptions en compte matérialisent les droits sans pour autant les corporaliser – puisque les inscriptions en compte resteraient malgré tout des biens incorporels. Dans cette perspective, « le titre scriptural absorbe le droit personnel à fin de circulation » (*ibidem*). À l'appui de cette conception, le professeur Rémy Libchaber avance deux arguments : tout d'abord, le caractère modeste de la loi de dématérialisation du 30 décembre 1981 qui, selon lui, « n'entendait que simplifier et rationaliser le régime existant sans le modifier en profondeur » (*ibidem*) ; puis, le caractère double du système d'inscription en compte des valeurs mobilières (inscriptions dans les comptes des particuliers tenus par les intermédiaires habilités et inscriptions dans les comptes des intermédiaires habilités tenus par le dépositaire central). Selon le professeur Rémy Libchaber, si les inscriptions en compte n'avaient de sens qu'aux fins d'opposabilité, alors un système de publicité sous la forme d'un registre unique (centralisé ou non) eût suffi. Il y aurait d'autres indices de l'application du régime des biens corporels aux valeurs mobilières dématérialisées : d'une part, la consécration jurisprudentielle du don manuel de valeurs mobilières (Cass. com. 19 mai 1998, Bull. civ. IV, n° 161 ; D. 1998, jur. p. 551, note D. R. Martin ; *RTD com.* 1999, p. 170, obs. M. Cabrillac) et, d'autre part, la propension de la jurisprudence à appliquer aux valeurs mobilières la fonction probatoire de l'article 2276, alinéa 1^{er}, du code civil – ancien article 2279, alinéa 1^{er} (Cass. com. 10 juin 1997, Bull. civ. IV n° 186 ; *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 859, note J. – J. Daigre ; Ph. Goutay, « Dématérialisation des titres : la portée de l'inscription des actions sur le registre des transferts de la société », *D. Affaires* 1997, p. 1173 ; A. Reygrobellet, « Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés », *RTD civ.* 1999, p. 305).

²⁵⁴ Le professeur F. – X. Lucas (« Retour sur la notion de valeur mobilière », *Bull. Joly Sociétés* 2000, n° 8-9, p. 765), définit les valeurs mobilières comme des « meubles incorporels, fongibles par catégorie et non consommables », et note qu'au demeurant, l'article L. 231-1 du code des procédures civiles d'exécution (ancien article 59 de loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution) range la saisie des valeurs mobilières dans la catégorie plus générale des saisies portant sur les « droits incorporels autres que les créances de sommes d'argent ». Voir également : Ph. Merle, *Droit commercial : sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 17^e éd., 2014, n° 315, pp. 317-318.

²⁵⁵ Le professeur F. – X. Lucas (« Retour sur la notion de valeur mobilière », *Bull. Joly Sociétés* 2000, n° 8-9, p. 765) explique que l'« on a proposé de substituer à la terminologie trompeuse de titre au porteur [...] celle de titres anonymes » et que « cet anonymat des titulaires de titres au porteur n'est toutefois pas d'ordre public car la personne morale émettrice peut imposer la forme de titres au porteur identifiable qui sont, comme les titres au porteur, inscrits en compte auprès d'un intermédiaire financier mais qui s'en distinguent par la faculté reconnue à l'émetteur de se faire communiquer, par cet intermédiaire, l'identité des titulaires de valeurs mobilières ».

les titres sont désormais des inscriptions en compte. Or, tant le législateur que la jurisprudence ont abandonné l'application du régime des biens meubles corporels pour les « titres au porteur », et ont continué de la refuser aux titres nominatifs. Il est notamment significatif que les lois du 30 décembre 1981 et, subsidiairement, du 24 janvier 1984 aient étendu comme règle de principe du transfert de propriété des valeurs mobilières la règle retenue pour les titres nominatifs avant la loi de 1981, à savoir celle selon laquelle l'inscription au compte de l'acheteur étant une formalité à accomplir à titre d'opposabilité du transfert aux tiers, et non à titre de validité du transfert entre les parties, cette inscription ne transfère en aucun cas la propriété des valeurs mobilières, ni ne déplace la chose entre les parties, ni ne « matérialise » la chose²⁵⁶. Si l'inscription « matérialisait » la chose et lui donnait corps juridiquement, alors, sinon la propriété, du moins la possession des valeurs mobilières serait transférée du seul fait d'une inscription en compte. Or tel n'est pas le cas. C'est du reste ce qu'est venue rappeler la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, dans le fameux arrêt « Korzilius » du 22 novembre 1988²⁵⁷, et, en sa première chambre civile, dans un arrêt du 16 juillet 1992²⁵⁸. Comme le rappelle le professeur Louis d'Avout, la jurisprudence a condamné l'idée selon laquelle l'inscription vaudrait titre, et selon laquelle « l'inscription se substituerait à la possession naturelle, de sorte que celui qui en bénéficie pourrait, en matière mobilière, invoquer l'acquisition instantanée de la propriété selon l'[ancien] article 2279 du code civil ou, en cas de mauvaise foi, l'usucapion trentenaire de l'article 2265 du même code »²⁵⁹.

180-5. De son côté, le professeur Pierre-Grégoire Marly rappelle, dans sa thèse de doctorat, qu'à plusieurs reprises la Cour de cassation, statuant en sa chambre

²⁵⁶ Dans le même sens : F. – X. Lucas (« Retour sur la notion de valeur mobilière », *Bull. Joly Sociétés* 2000, n° 8-9, p. 765) : le professeur F. – X. Lucas explique que « c'est la souscription qui crée les droits que sont les valeurs mobilières », que « le droit du souscripteur préexiste à l'inscription en compte » et que « l'inscription en compte n'est qu'une condition de preuve et d'opposabilité à la personne morale émettrice et aux tiers du droit qu'est la valeur mobilière, laquelle existe indépendamment de l'inscription en compte pour la bonne et simple raison qu'une formalité imposée à des fins d'opposabilité est sans effet sur l'essence du droit ».

Contra : D. R. Martin, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », D. 1996, pp. 47 et s. : le professeur D. R. Martin soutient que l'exercice du droit représenté par l'inscription en compte, ainsi que des prérogatives fonctionnelles et pécuniaires qui y sont attachées, serait subordonné à ladite inscription en compte, et que l'inscription en compte serait une condition non seulement d'opposabilité aux tiers (*erga omnes*) mais aussi de validité entre les parties (*inter partes*), de tout transfert d'actifs scripturaux : droits de capital (actions), droits de créance (obligations), monnaie scripturale. Il y aurait, selon le même auteur, un lien nécessaire entre le transfert de propriété et le transfert de l'inscription en compte qui serait même « une règle générale aux droits scripturaux » (*ibidem*), concernant à la fois les valeurs mobilières, les valeurs mobilières non cotées, les instruments financiers autres que les valeurs mobilières (titres de créance négociables...) et la monnaie scripturale.

²⁵⁷ Cass. com. 22 novembre 1988, *Bull. civ. IV*, n° 322. Voir également : Cass. com. 24 janvier 1989, *Bull. civ. IV*, n° 39 ; Cass. com. 23 novembre 1993, *Bull. Joly* 1994, p. 93, note D. Lepeltier.

²⁵⁸ Cass. 1^{ère} civ. 16 juillet 1992, *Bull. civ. I*, n° 238.

²⁵⁹ Louis d'Avout, « Quelques observations sur la valeur des publicités réelles en droit français (ou, pourquoi, en matière de meubles, l'inscription ne vaut pas titre) », D. 2008, p. 888.

commerciale, a affirmé que l'inscription en compte ne constituait qu'une présomption *simple* de propriété des valeurs mobilières²⁶⁰. L'absence de caractère irréfragable de la présomption de propriété crée entre l'inscription en compte et le droit de propriété une distance dans laquelle est susceptible de prospérer la preuve contraire. La valeur purement probatoire de l'inscription en compte suscite donc une dissociation entre cette inscription et le droit exercé sur les valeurs mobilières ou représenté par elles. C'est ce qui fait dire au professeur Pierre-Grégoire Marly qu'en désolidarisant les valeurs mobilières de leur support, « la scripturalisation aurait restitué leur pureté originelle aux instruments financiers : droits personnels, ce sont des biens parfaitement immatériels »²⁶¹.

Le même auteur étend sa réflexion à toutes les inscriptions en compte et donc à tous les droits dont elles constituent une simple preuve, qu'il s'agisse des valeurs mobilières (droits de créance ou d'associé) ou des unités monétaires. Selon lui, « si l'on conçoit leur écriture en compte comme un simple instrument probatoire, force est de distinguer ces actifs de leur représentation scripturale », de convenir de ce que « l'appareil comptable ne contient alors que des moyens de preuve, et non les actifs eux-mêmes, qui continuent de jouir d'une parfaite ubiquité », et d'en conclure que ces unités monétaires, droits d'associé ou droits de créance sont « des biens parfaitement immatériels »²⁶².

180-6. On notera enfin que même le Conseil national du crédit et du titre, en matière de valeurs mobilières (que le professeur Didier-René Martin assimile à cet égard à la monnaie scripturale²⁶³), a reconnu avec une prudence qu'« il n'est pas certain, en définitive, qu'on puisse affirmer que l'inscription en compte est devenue la substance même du titre »²⁶⁴.

²⁶⁰ Cass. com. 10 juin 1997, D. 1999, jur. p. 89, note H. Causse, *Banque et droit*, septembre – octobre 1997, p. 30, note H. de Vauplane, *Bull. Joly* 1997, p. 859, note J. - J. Daigre, *Droit des sociétés* 1997, p. 18, obs. H. Hovasse ; Cass. com. 22 octobre 2002, *RD bancaire et fin.*, janvier – février 2003, p. 36, obs. H. Le Nabasque, *RTD com.* 2003, p. 324, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard, *JCP E* 2003, p. 398, note A. Denis-Fatome. Le professeur F. - X. Lucas (« Retour sur la notion de valeur mobilière », *Bull. Joly Sociétés* 2000, n° 8-9, p. 765) tire parti de ce que la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a décidé, le 10 juin 1997, de faire jouer l'article 2276 du code civil dans sa fonction probatoire pour soutenir que l'inscription en compte n'est qu'une preuve du transfert de propriété des valeurs mobilières dont elle ne serait qu'une condition d'opposabilité.

²⁶¹ P. - G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, op. cit., p. 212. Dans le même sens : M. Jeantin, « Le droit financier des biens », *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, pp. 3 et s., spéc. p. 4 : « le caractère incorporel est une constante du régime des biens relevant du droit financier ».

²⁶² *Ibidem*, p. 127.

²⁶³ D. R. Martin, « De l'inscription en compte d'actifs scripturaux », D. 1998, p. 15 et s. : « à ce stade de la création des actifs scripturaux [l'inscription en compte], tout se passe – loi du genre – comme pour l'émission de monnaie scripturale ».

²⁶⁴ Conseil National du Crédit et du Titre, *Les problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres*, Rapport, mai 1997, p. 128.

181. Détailler ici plus amplement les méandres jurisprudentiels, législatifs et réglementaires relatifs au transfert de propriété des valeurs mobilières (selon qu'elles sont cotées ou non cotées, selon que la cession a lieu sur un marché réglementé ou hors marché réglementé, selon qu'il s'agit de l'inscription au compte de l'acheteur auprès de l'émetteur ou intermédiaire habilité ou de l'inscription au compte de l'émetteur ou intermédiaire habilité auprès du dépositaire central...) serait une digression. Il suffit de retenir que l'application du régime des biens meubles corporels avant la loi de dématérialisation de 1981 était une hypocrisie, ou du moins une solution purement arbitraire²⁶⁵, et qu'après la loi de dématérialisation de 1981, elle n'est plus qu'un souvenir.

On ne peut prétendre sans mauvaise foi tirer parti du régime appliqué aux valeurs mobilières pour démontrer le caractère corporel de la monnaie scripturale et plus généralement de l'inscription en compte, tant l'évolution du régime appliqué aux valeurs mobilières montre que l'assimilation de certaines valeurs mobilières à des biens meubles corporels avant 1981 n'a été qu'un parti pris artificiel, et que l'unification (relative) du régime des valeurs mobilières après 1981 a étendu à toutes les valeurs mobilières le régime des biens meubles incorporels appliqué seulement à une partie d'entre elles avant 1981. Il faut souligner, du reste, que le professeur Didier-René Martin lui-même expliquait en 1987²⁶⁶ que l'esprit de la loi de dématérialisation de 1981 était bien de rendre « incorporelles » les valeurs mobilières en leur ôtant toute matérialité.

182. Loin de pressentir l'évolution législative qui aura conduit à la consécration, par la loi de modernisation financière du 2 juillet 1996, d'un droit de rétention assortissant ce qui est aujourd'hui qualifié de « nantissement de compte-titres »²⁶⁷, le professeur Didier-René Martin s'insurgeait en 1987 contre l'idée qu'un tel droit fût possible, en invoquant au premier chef le déni radical de toute corporalité des valeurs

²⁶⁵ Le professeur F. – X. Lucas (« Retour sur la notion de valeur mobilière », *Bull. Joly Sociétés* 2000, n° 8-9, p. 765) parle même d'« imposture ». Selon cet auteur, la loi de dématérialisation de 1981 « interdit désormais de céder à la facilité de la théorie de l'incorporation du droit dans le titre. Pas plus avant la dématérialisation qu'après, le droit ne s'est incorporé dans un titre. Avant leur scripturalisation forcée, on peut concevoir qu'il ait été tentant de traiter les valeurs mobilières au porteur comme des biens meubles corporels en se laissant aller à considérer que le titre vif incorporait le droit et que l'*instrumentum* était la valeur mobilière. Une telle vue de l'esprit résistait pourtant déjà fort mal à l'analyse et elle a été maintes fois réfutée. Le titre papier, lorsqu'il existait, n'a jamais incorporé le droit. Les parties convenaient d'en faire un véhicule du droit, et avant même leur inscription en compte obligatoire, les valeurs mobilières n'étaient rien d'autres que des créances ». L'auteur renvoie à la réfutation de la thèse de l'incorporation du droit dans le titre, que Thaller a proposée dès le début du XX^e siècle (E. Thaller, *Traité élémentaire de droit commercial*, éd. Rousseau, 3^e éd., 1904, p. 449).

Contra : D. R. Martin, « Valeurs mobilières : défense d'une théorie », D. 2001, pp. 1228 et s. : l'auteur soutient que « l'incorporation du droit dans le titre qui le constate n'est pas une lubie mais une exigence formelle de sa négociabilité ».

²⁶⁶ D. R. Martin, « Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires », D. 1987, chron. p. 229, n°18, et spéc. note 7.

²⁶⁷ Article L. 211-20, IV, du code monétaire et financier ; ancien article L. 431-4, IV, du même code.

mobilières que renferme la loi de dématérialisation de 1981. Et l'auteur d'écrire en 1987 que « toute velléité d'accrocher au gage de droits sociaux une rétention dérivée d'une corporalité latente est ruinée par le démenti radical de toute matérialité »²⁶⁸. À l'époque, le principal tenant de la théorie de scripturalisation reprochait même au décret d'application de la loi de dématérialisation de 1981 de ne pas aller assez loin dans la prise en compte du caractère incorporel des valeurs mobilières. Il critiquait notamment le « vocabulaire inadéquat, approximatif et suranné »²⁶⁹ de l'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret n° 83-359 du 2 mai 1983 qui prévoyait que les valeurs mobilières étaient « matérialisées » par une inscription au compte de leur « propriétaire ». L'emploi du terme « matérialisées » au lieu du terme « rendues opposables », et l'emploi du terme « propriétaire » au lieu du terme « titulaire » révélaient, selon le professeur Didier-René Martin, « la négligence (l'impuissance ?) du législateur à traduire en termes idoines les effets de la dématérialisation des droits sociaux »²⁷⁰. Il opposait à cette rédaction maladroite la rédaction heureuse de l'article 30 de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 relative aux procédures collectives d'un intermédiaire financier teneur de comptes de valeurs mobilières. Ce texte accordait aux titulaires de valeurs mobilières un dispositif de protection qui n'avait rien de commun avec le « mécanisme habituel de la revendication de biens meubles ». Et le professeur Didier-René Martin de louer « la conscience législative tout à la fois de l'incorporalité désormais absolue de tous les droits sociaux dématérialisés d'une part, et de l'inanité subséquente de leur dépôt en compte d'autre part »²⁷¹. La foi du professeur Didier-René Martin en l'incorporalité des valeurs mobilières était si entière qu'il niait même la possibilité qu'elles fissent l'objet d'un « dépôt », notamment sur un compte de dépôt où « les écritures qui y figurent sont consubstantielles des droits qu'elles expriment »²⁷².

²⁶⁸ D. R. Martin, « Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires », D. 1987, chron. p. 229, n°18.

²⁶⁹ *Ibidem*, note 7.

²⁷⁰ *Ibidem*, note 7.

²⁷¹ *Ibidem*, n° 20.

²⁷² *Ibidem*, n°19.

§ 2. L'existence d'un droit de rétention n'est pas un indice de la corporalité des inscriptions en compte.

183. Défense de la théorie de la nature incorporelle de la monnaie scripturale : dématérialisation de l'objet du droit de rétention. – La possibilité de l'exercice d'un droit de rétention sur de la monnaie scripturale, qu'invoque le professeur Didier-René Martin pour justifier la matérialité du signe qu'est l'inscription en compte, n'a, de prime abord, aucun sens quand le « gage-espèces » porte sur des sommes d'argent non individualisées et confondues dans le patrimoine du créancier, car, si l'on admet qu'il transfère la propriété, que ce soit par essence (véritable mécanisme fiduciaire) ou par accident (gage irrégulier), le créancier gagiste propriétaire ne peut pas exercer un droit de rétention sur la chose dont il est propriétaire : il retient le droit, mais pas la chose.

Quant au « gage-espèces » sur sommes d'argent individualisées et non confondues dans le patrimoine du créancier, il ne confère la rétention que parce qu'il était antérieurement à l'ordonnance du 23 mars 2006 un gage avec dépossession. La dépossession requise à titre de validité du gage permettait la détention par le créancier. Et la détention permettait l'exercice du droit de rétention.

À l'époque où le professeur Didier-René Martin soutenait que la possibilité d'exercer un droit de rétention sur de la monnaie scripturale trahissait la nature corporelle de cette dernière, le gage était la variante du nantissement qui, lui-même, n'était qu'une forme de droit de rétention conventionnel assorti d'un droit de préférence, c'est du moins ce qui résulte implicitement de la lecture des anciens articles 2071, 2082 et 2083 du code civil²⁷³. Or si le gage emportait *ipso facto* droit de rétention et si le gage pouvait porter sur des meubles incorporels, comme le prévoyait l'ancien article 2075 du code civil²⁷⁴, alors il faut croire qu'il n'y a jamais eu d'incompatibilité entre exercice d'un droit de rétention et meuble incorporel²⁷⁵.

²⁷³ Ancien article 2071 du code civil : « le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette ». Si le gage est indivisible (ancien article 2083) et si « le débiteur ne peut, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'en intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné » (ancien article 2082), alors l'ancien contrat de gage ressemble à s'y méprendre à un droit de rétention conventionnel.

²⁷⁴ Ancien article 2075 du code civil : « lorsque le gage s'établit sur des meubles incorporels, tels que les créances mobilières... ».

²⁷⁵ C'est peut-être la raison pour laquelle l'article L. 211-20, IV, du code monétaire et financier (ancien article L. 431-4, IV, *in fine* du même code), introduit par la loi de modernisation financière du 2 juillet 1996, mentionne la possibilité d'exercer un « droit de rétention » sur les instruments financiers gagés : « le créancier gagiste [ou nanti] dispose en toute hypothèse d'un droit de rétention sur les instruments financiers et sommes en toute monnaie figurant au compte gagé [ou nanti] ».

§ 3. L'assimilation du virement à la tradition n'est pas un indice de la corporalité des inscriptions en compte.

184. Défense de la théorie de la nature incorporelle de la monnaie scripturale : équivalence entre virement et don manuel. – L'analyse jurisprudentielle du virement comme un équivalent de la tradition²⁷⁶ ne nie pas la nature incorporelle de l'objet transféré d'un patrimoine à un autre. L'arrêt rendu le 12 juillet 1966 par la Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile, n'a fait qu'affirmer qu'un don de sommes d'argent pouvait valablement prendre la forme d'un virement opérant cession de la propriété d'une créance (de provision) contre le banquier teneur de compte. L'analogie entre don manuel et virement est recherchée du point de vue des effets juridiques, et non du point de vue de la nature juridique. De même que la tradition est un moyen simple et efficace de transfert de biens corporels d'un patrimoine à un autre, de même le virement est ce moyen simple et efficace de transfert de biens incorporels d'un patrimoine à un autre. Contrairement à ce qu'affirme le professeur Jérôme François, il n'y a pas de raison de voir dans l'équivalence établie entre le virement de compte à compte et la tradition de monnaie fiduciaire quelque chose qu'on ne saurait expliquer si l'on fait de la monnaie un bien incorporel²⁷⁷. Pourquoi voir dans le virement une tradition de biens corporels plutôt qu'une cession de créances simplifiée ?

Jean Mazeaud, dans sa note sous l'arrêt rendu le 12 juillet 1966 par la Cour de cassation statuant en sa première chambre civile, n'avance nulle part que l'équivalence

Dans le même sens : D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1986, préf. Ph. Rémy, p. 79 : l'auteur plaide pour la reconnaissance d'un droit de rétention sur les biens incorporels que sont les créances, ce droit de rétention prenant la forme d'un pouvoir de blocage des prérogatives attachées à la créance : « la reconnaissance d'un droit de rétention est tout aussi concevable si l'on adopte une définition de la mise en possession propre au gage sur créances. Il suffit d'admettre que le droit de rétention portant sur une créance peut se différencier de celui portant sur un bien corporel. Parce qu'on lui a signifié le nantissement, le débiteur de la créance nantie ne peut plus se libérer valablement de la créance qu'entre les mains du créancier gagiste. La créance est donc frappée d'indisponibilité ».

Contra : N. Catala, « De la nature juridique du droit de rétention », *RTD civ.* 1967, pp. 9 et s. – où il est soutenu que le droit de rétention ne peut s'appliquer aux droits que sont les créances dans la mesure où ils ne peuvent faire l'objet d'une détention ; F. Derrida, « La dématérialisation du droit de rétention », *Mélanges offerts à M. le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1966, p. 177 – où il est soutenu que le créancier bénéficiaire d'un nantissement de créance ne peut se voir reconnaître un droit de rétention sur la créance nantie ; D. R. Martin, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.* 1996, pp. 47 et s. – où il est soutenu que la « dématérialisation du droit de rétention » doit être comprise comme « une extension du droit de rétention à des choses de moindre matérialité, y compris sans valeur intrinsèque, mais néanmoins dotées d'une corporalité résiduelle ».

²⁷⁶ Rennes, 9 mai 1946 (*D.* 1947, p. 55) ; Cass. civ. 7 juillet 1959 (*Bull. civ.* 1959, n° 342, p. 285) où il a été jugé « qu'il importe peu que matériellement le transfert des fonds se soit opéré par un virement de compte » ; Cass. 1^{ère} civ. 12 juillet 1966 (*Bull. civ.* I, 1966, n° 424 ; *D.* 1966, p. 614, note J. Mazeaud) ; Cass. 1^{ère} civ. 9 février 1977 ; Cass. 1^{ère} civ. 4 novembre 1981.

²⁷⁷ J. François, note sous Cass. com. 3 juin 1997 (*D.* 1998, p. 61).

(et non l'identité) établie par cet arrêt entre virement et tradition serait l'indice de la corporalité de l'objet du virement. La formule de la Cour de cassation est laconique : « le virement de fonds permet de réaliser un contrat réel ».

La première et principale raison motivant cette décision est d'ordre purement pratique : poser une telle équivalence simplifie les choses. Il ne faut guère chercher plus loin. C'est ce qui ressort du propos de Jean Mazeaud qui, face à une solution contraire, se pose la question : « comment ferait-on comprendre à l'homme de la télévision qui veut être renseigné sommairement, mais en tout, que le don manuel en espèces est valable, tandis que la libéralité réalisée par le procédé de transfert aujourd'hui le plus courant est frappée de nullité ? »²⁷⁸. Le pragmatisme rend toute solution contraire impossible.

La seconde raison justifiant cette décision est, selon le même auteur, la proximité entre le chèque et le virement. Or le chèque, comme il l'explique, fait partie des titres au porteur – pour lesquels la Cour de cassation a admis la tradition feinte (c'est-à-dire la tradition symbolique) dès le XIX^e siècle²⁷⁹. Comme le virement est « proche du chèque (on les trouve associés dans les textes : “chèque ou virement de banque, chèque ou virement postal”) », comme il « présente les mêmes avantages économiques », et comme il est un « procédé technique permettant d'effectuer un véritable *transport* de fonds »²⁸⁰, il n'y avait pas de raison, selon Jean Mazeaud, de ne pas soumettre le virement au même traitement que le chèque.

Mais il n'en conclut pas pour autant que cela fait nécessairement de l'objet du virement un bien corporel. S'il « ne fait aucun doute que le virement équivaut à la remise de la chose », une simple équivalence fonctionnelle n'est pas une identité de nature. La raison d'être du virement est de ne pas *être* la remise d'une chose : « le virement est un jeu d'écritures dont le but est d'éviter les mouvements de fonds, la tradition »²⁸¹. Le fait qu'il soit traité d'un point de vue juridique comme ayant les mêmes effets que la tradition, n'en fait pas une tradition. De même que le titre au porteur constitué d'un bout de papier a été remplacé par la loi de dématérialisation par un titre au porteur constitué d'une inscription au compte de l'intermédiaire habilité, de

²⁷⁸ J. Mazeaud, note sous Cass. 1^{ère} civ. 12 juillet 1966, D. 1966, p. 614.

²⁷⁹ Req. 17 mai 1855, DP 55, I, 247 : le don manuel est réalisé par la remise du titre de créance au débiteur.

²⁸⁰ J. Mazeaud, note sous Cass. 1^{ère} civ. 12 juillet 1966, D. 1966, p. 614.

²⁸¹ *Ibidem*, p. 614. À l'inverse, le professeur F. – X. Lucas (« Retour sur la notion de valeur mobilière », *Bull. Joly Sociétés* 2000, n° 8-9, p. 765) tire parti de ce que le virement et la tradition sont deux façons de remettre la chose pour soutenir, au sujet du don manuel de valeurs mobilières, qu'un tel don est concevable non pas parce que les valeurs mobilières seraient des biens corporels, mais parce qu'elles se transmettent par virement.

même le chèque a été concurrencé par le virement. De même que le transfert de propriété de valeurs mobilières ne se fait plus par une remise d'un bout de papier mais par un jeu d'inscriptions en compte, de même le transfert de propriété de sommes d'argent inscrites en compte ne se fait plus nécessairement par remise d'un chèque, mais par un jeu d'écritures en compte. Le virement n'est que le procédé trouvé pour déplacer des biens hier « corporels » (ou du moins conçus comme tels), devenus aujourd'hui incorporels par l'effet de la dématérialisation. Le virement est aux biens incorporels ce que la tradition était aux biens « corporels ».

185. Le professeur Rémy Libchaber va plus loin en relativisant l'idée que la tradition, dont le virement a été posé comme un équivalent, ait toujours été propre à la circulation de biens corporels, et en particulier le mode exclusif de transfert de ce que l'on a admis comme étant de la monnaie « corporelle » :

« Avant de devenir un instrument dont la finalité est le crédit, la lettre de change a été un moyen de payer sans passer forcément par une tradition manuelle. Tant que la lettre n'est pas payée et circule par endossements successifs, les paiements sont effectués sans recours au support métallique. Le billet de banque a également eu à l'origine une fonction similaire. Aujourd'hui encore, on connaît des modes de transmission de monnaie fiduciaire qui ne sont pas la tradition manuelle. C'est le cas de certains virements postaux qui se font par dépôt de billets au guichet de poste, lorsque l'émetteur du virement n'est pas titulaire d'un compte chèque postal : le virement est alors un moyen de faire parvenir cette monnaie fiduciairisée à un correspondant éloigné, sans tradition manuelle du *solvens* à l'*accipiens*. Dans ce cas, ce sont des instruments scripturaux qui sont mis au service de la monnaie fiduciaire »²⁸².

Si même le virement sert au transfert de monnaie fiduciaire – dite corporelle – tandis qu'il sert aussi au transfert de monnaie scripturale – incorporelle –, alors au nom de quoi le virement serait-il plus propre à la monnaie scripturale qu'à la monnaie fiduciaire ? Au nom de quoi serait-il l'indice de la nature corporelle ou incorporelle de la monnaie transférée ? Plus qu'un gage de la nature prétendument corporelle de la monnaie scripturale, il faut voir dans l'assimilation du virement à la tradition une réponse de simplification à des problèmes pratiques.

186. Peu de temps après l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 12 juillet 1966²⁸³ – arrêt qui établit une équivalence entre le virement et la tradition – le professeur Jean-Louis Rives-Lange précisait les limites de sa portée. Selon lui, la transformation de la créance en pure monnaie corporelle objet de tradition

²⁸² R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., p. 84.

²⁸³ Cass. 1^{ère} civ. 12 juillet 1966 (Bull. civ. I, 1966, n° 424 ; D. 1966, p. 614, note J. Mazeaud).

n'est pas absolue : « le solde disponible d'un compte en banque, tel le Dieu Janus, a deux visages : une face créance, une face monnaie ; il peut tour à tour présenter l'une et l'autre. Et de fait, le transfert de monnaie (scripturale) est souvent précédé du transfert de la créance »²⁸⁴. Autrement dit, transfert de créance et transfert de monnaie restent deux choses distinctes : comme l'écrit le professeur Jean-Louis Rives-Lange, « la remise d'un chèque transfère la provision, c'est-à-dire la créance contre le banquier, et rien n'empêche de penser que le seul accord des parties opère un tel transfert de créance ». Inversement, « le transfert de créance n'équivaut pas au transfert de la monnaie. On sait que la remise d'un chèque ne vaut pas paiement »²⁸⁵. Certes, la mutation de la créance en monnaie, et donc l'incorporation de la monnaie scripturale dans les écritures, apparaît « absolue » lorsqu'un virement est fait en exécution d'un ordre de virement, car, dans cette hypothèse, « le transfert de monnaie intervient seul, sans être précédé d'un transfert de la créance »²⁸⁶. Mais cette hypothèse ne peut être généralisée à tous les modes de transfert de la monnaie scripturale, de sorte que celle-ci conserve, malgré l'équivalence entre virement et tradition, son caractère de « créance » atypique, et par conséquent, son caractère incorporel. Du reste, les certitudes forgées sur le fondement de l'arrêt rendu le 29 novembre 1954 par la Cour de cassation, aux termes duquel « le virement ne vaut paiement que lorsqu'il a été effectivement réalisé par l'inscription de son montant au compte du bénéficiaire »²⁸⁷, ont été ébranlées par un arrêt ambigu rendu par la même Cour le 28 mai 1957²⁸⁸. Dans cet arrêt, la chambre civile a considéré que le paiement n'était pas réalisé par l'inscription au crédit du compte du bénéficiaire, mais par la réception de l'avis de crédit de ce compte. Certains ont argué que cela confirmait le fait que le virement avait un caractère plus consensuel que scriptural.

187. Mais ce n'est pas vraiment l'argument du virement que le professeur Jean-Louis Rives-Lange met en avant pour relativiser les effets de l'assimilation du virement à la tradition sur la nature de « créance » atypique de la monnaie scripturale. Pour lui, il est clair en effet que « la date et le lieu de l'inscription au crédit constituent la date et le lieu de paiement », et que « l'acceptation du bénéficiaire n'est qu'une

²⁸⁴ J.-L. Rives-Lange, « La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique) », *Études de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac*, Litec, 1968, p. 413.

²⁸⁵ *Idem.*

²⁸⁶ *Idem.*

²⁸⁷ Cass. civ. 29 novembre 1954 (Bull. civ. 1954, III, p. 278).

²⁸⁸ Cass. civ. 28 mai 1957 (Bull. civ. 1957, III, p. 149).

ratification du mandat général conféré au banquier de procéder aux encaissements »²⁸⁹. Selon lui, il est également clair que l'analyse du virement comme un équivalent de la tradition de choses corporelles condamne l'analyse de la transmission de monnaie scripturale comme constituant une délégation de créance²⁹⁰. Bref, « le virement n'est pas un transfert de créance mais un transfert de monnaie », de sorte que « quant au mode de transmission, la mutation d'une créance en monnaie est accomplie, consacrée par la jurisprudence »²⁹¹.

Là où l'on voit en revanche que, malgré l'équivalence entre tradition et virement, la monnaie scripturale est restée une « créance » atypique, c'est au niveau des effets de la transmission : « le caractère de créance semble alors l'emporter sur celui de monnaie »²⁹², écrit le professeur Jean-Louis Rives-Lange. Il ne s'agit pas tant de l'effet de la transmission à l'égard des tiers que de son effet entre les parties. À l'égard des tiers, la question a été réglée par l'article 29 de la loi n° 67-563 du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire, la liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes, qui est venu briser la jurisprudence de la Cour de cassation en date du 27 janvier 1965. L'article 29 de la loi du 13 juillet 1967 disposait en effet que « sont inopposables à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants : [...] 4° Tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, *virements* ou tout autre mode normal de paiement » (italiques ajoutées). La loi sur les procédures collectives était ainsi venue réfuter l'analyse que la Cour de cassation avait faite du virement dans son arrêt du 27 janvier 1965 aux termes duquel le virement, étant opéré par définition en monnaie scripturale, ne s'accompagnait d'aucune remise effective de fonds, de sorte qu'il n'équivalait pas strictement, ni pour le débiteur, ni pour le créancier, à un paiement en espèces²⁹³. Le paiement par virement en période suspecte se trouvait donc inopposable à la masse des créanciers. Les effets pratiques de cette analyse étaient difficilement admissibles, et c'est la raison pour laquelle la loi a fini par ranger le paiement par virement dans la catégorie des modes de paiement « normaux » : « le caractère de monnaie l'a emporté

²⁸⁹ J.-L. Rives-Lange, « La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique) », *Études de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac*, Litec, 1968, p. 417.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 414 : « la sortie de monnaie de son compte [le compte du donneur d'ordres] suppose un acte matériel, une sorte de préhension, qui, étant donné la nature de cette monnaie, ne peut consister que dans une écriture au débit. [Note 34] Une telle solution condamne l'analyse du virement en une délégation, analyse qui voudrait que le virement ait un caractère consensuel ».

²⁹¹ *Ibidem*, p. 417.

²⁹² *Idem*.

²⁹³ Cass. civ. 27 janvier 1965 (*JCP* 1966, II, 14852, note Ch. Gavaldà).

sur celui de créance »²⁹⁴. Mais, selon le professeur Jean-Louis Rives-Lange, il n'en va pas de même pour l'effet du virement entre les parties, car, entre elles, continue de jouer le principe d'opposabilité des exceptions, alors même que la mutation d'une créance en monnaie exige que le bénéficiaire d'un transfert de monnaie soit « investi d'un droit " abstrait ", indépendant de tout rapport juridique antérieur », et qu'il soit donc « protégé par un principe d'inopposabilité des exceptions »²⁹⁵.

En premier lieu, si la monnaie scripturale n'était pas une « créance » atypique, le banquier ne devrait pas pouvoir opposer au bénéficiaire du virement les exceptions qu'il pouvait opposer au donneur d'ordres : ce n'est pas le cas, car le banquier peut opposer l'exception d'absence de provision.

En second lieu, si la monnaie scripturale n'était pas une « créance » atypique, les rapports entre le banquier du donneur d'ordres et le banquier du bénéficiaire du virement ne devraient pas affecter le paiement du bénéficiaire. Or, une jurisprudence va en sens contraire. Le professeur Jean-Louis Rives-Lange cite notamment un jugement rendu par le tribunal de commerce de la Seine le 30 juin 1958, dans une affaire où un ordre de virement avait été exécuté par crédit au compte du bénéficiaire auprès de son banquier à Paris qui lui-même avait un compte auprès de la Banque nationale d'Égypte. Or, à la suite de la nationalisation du canal de Suez et de l'intervention française qui la suivit, l'avoir de la banque française sur les livres de la Banque nationale d'Égypte fut amputé de 10 %. La banque française voulut faire supporter cette amputation à son client bénéficiaire, qui protesta. Mais c'est la banque qui obtint gain de cause au motif que le banquier n'a à mettre les fonds à la disposition du bénéficiaire que dans la mesure où ils lui ont été remis par le banquier du donneur d'ordres. La solution adoptée par les juges consacre l'opposabilité des exceptions en matière de virement, ce qui témoigne d'une résistance à considérer le virement comme équivalant en tous points au don manuel.

En conclusion, ce n'est pas parce que la jurisprudence a rapproché les effets du virement de ceux de la tradition que la monnaie scripturale est pour autant un bien corporel. Au contraire, comme l'écrit M. Thomas Le Gueut, « l'invention progressive de

²⁹⁴ J.-L. Rives-Lange, « La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique) », *Études de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac*, Litec, 1968, p. 421.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 419.

la monnaie scripturale a été précisément guidée par la volonté de s'affranchir de toute incorporation de monnaie dans des supports corporels »²⁹⁶.

§ 4. La thèse de la corporalité des inscriptions en compte repose sur un postulat qu'infirmes le développement d'un droit de la propriété intellectuelle.

188. Défense de la théorie de la nature incorporelle de la monnaie scripturale : autonomie des propriétés incorporelles par rapport à leur support. – L'analyse du professeur Didier-René Martin a été biaisée par l'assimilation qu'il a faite des actifs financiers (actions, titres de créances négociables et autres valeurs mobilières) avec la monnaie scripturale. Pour lui, tous ces actifs scripturaux, dès lors qu'ils sont dématérialisés, doivent se voir imprimer « une matérialité d'emprunt » les « réputant substantifiés par les écritures corporelles qui les expriment »²⁹⁷. Malgré leur dématérialisation, le professeur Didier-René Martin ne nie pas qu'une action reste une action, ou qu'un titre de créance reste un titre de créance, mais nie que la monnaie scripturale soit un bien incorporel, au motif de cette dématérialisation. Autrement dit, la dématérialisation aurait des effets variés sur la nature des actifs qu'elle affecte, ne changeant pas celle des uns, mais changeant celle des autres.

L'analyse du professeur Didier-René Martin repose sur un parti pris qui va à l'encontre des fondements de la distinction entre bien corporel et bien incorporel en droit français. Alors qu'il a toujours été unanimement admis que le terme « corporel » désigne ce que l'on touche, ce qui est tangible, ce qui a une matérialité, le professeur Didier-René Martin affirme que « la corporalité ne se confond pas avec la tangibilité »²⁹⁸. C'est la raison pour laquelle un droit, alors que « l'on ne sache pas, par exemple, qu'il existe dans l'univers des créances à l'état naturel », pourrait néanmoins « sous un certain rapport, revêtir une nature corporelle »²⁹⁹. Il distingue des droits « libérés » du corporel, des droits « dérivés du corporel » (comme le droit d'auteur), et des droits « informés » du corporel (comme les droits constituant les valeurs

²⁹⁶ Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, p. 164.

²⁹⁷ D. R. Martin, « Du corporel », D. 2004, pp. 2285 et s.

²⁹⁸ *Idem.*

²⁹⁹ *Idem.*

mobilières). Ces derniers seraient consubstantiels à la matière³⁰⁰. L'écriture serait quelque chose que l'on touche : « même électronique, une telle écriture n'en demeure pas moins corporelle »³⁰¹. Le seul exemple que trouve le professeur Didier-René Martin pour justifier la distinction entre tangibilité et corporalité est celui de l'air : « récuser cette matérialité scripturale au motif qu'elle n'est pas accessible aux sens, c'est aussi nier celle de l'air – inodore, incolore, intouchable, et sans saveur – que l'on respire »³⁰². Cette distinction serait la preuve que l'écriture est matériellement consubstantielle à son support, « ainsi du sang et du mur pour le testament du prisonnier »³⁰³. Le professeur Michel Germain semble aller dans ce sens lorsqu'il écrit qu'avec les monnaies fiduciaires et scripturales, « la créance s'est incorporée dans le signe », et que « la matière s'est réfugiée dans l'écriture elle-même »³⁰⁴.

189. Outre le fait que l'on a déjà montré que l'application du régime des biens meubles corporels, cantonnée avant 1981 aux titres au porteur, a été abandonnée depuis 1981 pour les titres au porteur (devenus des inscriptions en compte) tant par les juges que par le législateur, qui leur ont appliqué le régime de biens meubles incorporels, cantonné avant 1981 aux seuls titres nominatifs, il nous semble que si l'on poussait plus loin le raisonnement du professeur Didier-René Martin, on en viendrait à saper les fondements du droit des propriétés incorporelles, et de la propriété littéraire et artistique en particulier. Cela signifierait en effet que le peintre n'aurait pas de droit distinct de ceux qu'il pourrait avoir sur le support de sa toile puisque les signes qu'il a peints et qui y sont incorporés sont tout entiers absorbés par le support matériel. Autrement dit, le peintre n'aurait de droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux sur son œuvre que s'il avait des droits réels sur le support. Un peintre qui voudrait jouir des droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux attachés à l'œuvre (droit moral, droit de suite etc...) ne le pourrait que s'il était, sinon propriétaire, du moins usufruitier du support.

³⁰⁰ *Ibidem* : « si l'on avait voulu traiter, comme tel, le droit subjectif incorporel inhérent à la valeur mobilière, il eût suffi de le laisser dans cet état : les créances de droit commun en attestent qui ne nécessitent pas, pour leur commerce, d'être représentées par une écriture. Par opposition, cette représentation scripturale désormais requise comme condition d'existence de l'action ou de l'obligation démontre assez qu'on a voulu, par instinct de nécessité, déroger, à leur égard, au régime commun du commerce des droits subjectifs incorporels et, à cette fin, les convertir, par impérieuse fiction, à une corporalité de substitution. »

³⁰¹ *Ibidem. Contra* : P. - G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, op. cit., p. 214. Le professeur P. - G. Marly soutient au sujet des valeurs mobilières que « l'écriture est privée de *corpus*, ce qui la rend inapte à toute détention physique » et qu'« on ne peut donc affirmer sans contradiction que le droit est "incorporé" dans un support dénué de corporalité ». L'auteur renvoie à la thèse d'A. Raynaud, intitulée *La dématérialisation des titres, étude sur la forme scripturale*, soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas en 1998 et consacrant d'importants passages à l'incorporalité de l'écriture informatique (notamment n° 278 et s.).

³⁰² D. R. Martin, « Valeurs mobilières : défense d'une théorie », D. 2001, pp. 1228 et s., note n° 14.

³⁰³ *Idem*.

³⁰⁴ M. Germain, « Sociologie de la dématérialisation », *Arch. phil. dr.*, 1997, n° 42, p. 111.

L'impossibilité de détacher des droits (incorporels) d'un support corporel revient à abolir toute distinction entre l'œuvre et le support matériel – distinction qui est au fondement même de la propriété littéraire et artistique. Il en va de même pour les signes écrits par un auteur : celui-ci n'aurait de droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux que sur son manuscrit. Il ne percevrait donc aucune somme au titre de la reproduction de ces signes. Il nous semble que le principe de l'existence d'une propriété intellectuelle est désormais trop universellement et anciennement admis pour qu'une telle théorie soit consacrée.

§ 5. La fongibilité n'est pas un indice de la corporalité des inscriptions en compte.

190. Théorie de la nature corporelle de la monnaie scripturale : argument tiré de la fongibilité des inscriptions en compte. – Le professeur Didier-René Martin tire parti des débats doctrinaux relatifs à la question de savoir si la monnaie scripturale est une monnaie sans être une créance ou si elle est une créance devenue monnaie. Et c'est bien sûr l'analyse contestable d'un tenant du premier courant qu'il retient pour étayer sa thèse. Il reprend en effet les propos tenus par le professeur Sarah Bros³⁰⁵, pour qui la monnaie scripturale n'est pas une créance, et pour qui le nantissement de monnaie scripturale réside en fait dans « l'exécution de l'ordre de payer... au profit du bénéficiaire [de la garantie] qui acquiert la propriété des sommes remises par l'inscription au crédit de son compte ». Pour le professeur Didier-René Martin cette opération ne constitue rien d'autre qu'une « remise directe, sinon de la main à la main, du moins de compte à compte »³⁰⁶, remise directe qui est l'apanage des choses corporelles « que leur matérialité précisément, et leur possession corrélative, permettent seules de transférer, *erga omnes*, par remise directe ».

191. À cela s'ajouterait le fait que l'acquisition en propriété des sommes inscrites en compte témoignerait de l'effet acquisitif de la confusion de choses fongibles dans un patrimoine, et que, selon lui, seules des choses corporelles peuvent être fongibles³⁰⁷. Les avoirs inscrits en compte étant corporels, il serait hors de question d'envisager que le

³⁰⁵ S. Bros, « Le gage-espèces après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2007, n° 14, p. 86.

³⁰⁶ D.R. Martin, « Du gage-espèces », *D.* 2007, pp. 2556 et s.

³⁰⁷ *Ibidem* : « Par essence, les créations de l'esprit, même articulées sur des données objectives, ne sont pas fongibles ». Pourquoi un bien incorporel est-il nécessairement une création de l'esprit ? Un droit de créance est-il une création de l'esprit au même titre qu'une œuvre d'art ?

titulaire du compte puisse être seulement créancier du banquier teneur de compte : il a bien sûr, pour le professeur Didier-René Martin, une véritable propriété pleine et entière sur ces avoirs³⁰⁸.

De notre point de vue, l'idée selon laquelle seuls les biens corporels pourraient être fongibles et selon laquelle la confusion acquisitive de propriété des sommes inscrites en compte serait le signe de la corporalité de ces inscriptions en compte peut être remise en cause.

A – La fongibilité n'est pas seulement naturelle et objective, mais aussi conventionnelle et subjective, et donc susceptible de caractériser des biens incorporels (arrêt du 30 mars 1926)

192. Il faut tout d'abord de rappeler que la fongibilité est largement affaire de volontés individuelles et de conventions. **On peut définir la fongibilité comme l'aptitude des choses à se substituer entre elles sans déperdition de valeur**³⁰⁹. La fongibilité peut être objective : sont ainsi fongibles les choses de genre qui se définissent par leur espèce³¹⁰ et par leur quantité. Elles se comptent, se pèsent et se mesurent (article 1585 du code civil), par opposition aux corps certains, qui sont déterminés dans leur individualité et ne peuvent donc se substituer les uns aux autres sans qu'il y ait une différence de valeur, même infime. Mais la fongibilité peut être subjective : les parties peuvent convenir entre elles que deux choses ou types de choses seront, *à leurs yeux*, aptes à se substituer entre elles sans déperdition de valeur³¹¹. Selon

³⁰⁸ D. R. Martin, « Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires », D. 1987, jur. pp. 229 et s.

³⁰⁹ De leur côté, les professeurs Marcel Planiol et Geroges Ripert définissaient la fongibilité comme « un rapport d'équivalence entre deux choses, en vertu duquel l'une peut remplir la même fonction libératoire que l'autre » (*Traité pratique de droit civil français*, t. III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952, n° 58, p. 163). La définition qu'en donne le doyen Joseph Hamel n'est guère éloignée puisque, selon lui, la fongibilité désigne « le caractère libératoire d'un paiement fait avec une chose alors qu'une autre chose était due » (*Cours de doctorat : droit civil approfondi, recherches sur la théorie juridique de la monnaie*, Cours de droit 1938-1939, p. 181).

³¹⁰ Selon le professeur Pierre-Grégoire Marly, la catégorie des choses de genre englobe à la fois les choses qui sont de même espèce et celles qui ne le sont pas. La catégorie des choses de genre est donc plus large que celles des choses de même espèce car un genre peut comporter différentes espèces. Les choses de genre ne sont donc pas nécessairement des choses de même espèce même si les choses de même espèce sont nécessairement des choses de genre (*Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, op. cit., p. 132).

³¹¹ *Contra* : P.-G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, LGDJ, 2004, préf. Ph. Delebecque. Dans sa thèse de doctorat, le professeur Pierre-Grégoire Marly défend une conception stricte de la fongibilité dont il s'efforce de démontrer qu'elle ne peut être qu'objective, et en aucun cas subjective. Ainsi « réduite en son domaine par l'exclusion de sa forme subjective, la fongibilité [...] ne désigne plus tout phénomène de substitution, mais seulement l'aptitude des biens de même espèce et de même qualité à se substituer entre eux dans la perspective du paiement » (*ibidem*, p. 21). Autrement dit, les choses fongibles devraient s'entendre de ce que nous qualifions de « choses de genre », que le professeur Pierre-Grégoire Marly définit comme les choses qui « sont envisagées abstraitement comme fraction ou multiple d'une unité en compte, en poids ou en mesure » et qui, « réduites à la même unité, sont substituables entre elles comme si elles ne faisaient qu'une » (*ibidem*, p. 130). Selon cet auteur, « sous l'emprise de la liberté contractuelle, [...] la notion [de fongibilité] ne désigne plus simplement l'aptitude des biens de même nature à se substituer entre eux, mais tout mécanisme dans lequel un

la distinction établie par les professeurs Philippe Malaurie et Laurent Aynès³¹², la fongibilité est alors entendue *commercialiter*, et non *naturaliter*. Il a été jugé par la Cour de cassation, statuant en sa chambre des Requêtes, le 30 mars 1926, que « les choses qui ne sont pas fongibles par leur nature peuvent devenir telles par la convention des parties »³¹³. Il a même été admis par la Cour de cassation, statuant en sa troisième chambre civile, le 17 juillet 1968, que des biens non pas mobiliers, mais immobiliers (deux terrains de même qualité, d'égale superficie, et provenant du même domaine), pouvaient présenter entre eux une certaine fongibilité³¹⁴.

objet prend la place d'un autre » (p. 18). Cette conception (abusivement) extensive a conduit, selon le professeur Pierre-Grégoire Marly, à faire de la fongibilité le synonyme ou le fondement de la dation en paiement, de la subrogation réelle, de l'universalité de fait ou encore de l'obligation alternative. Or, toujours selon le même auteur, « plus la fongibilité étend son domaine, plus elle perd sa raison d'être. En effet, laisser aux parties le choix du caractère fongible ou non-fongible des biens sur lesquels elles opèrent revient à leur abandonner l'élection du régime applicable à leur opération [...] Et l'on devine aisément l'insécurité qu'engendre la prééminence de la volonté sur la condition extérieure des choses » (p. 19). C'est en grande partie au nom du principe de sécurité juridique que le professeur Pierre-Grégoire Marly appelle à revenir à une définition stricte de la fongibilité devant être entendue comme « fongibilité objective » ou comme fongibilité naturelle. Selon cet auteur, ce qu'on appelle « fongibilité subjective » ou « fongibilité conventionnelle » ne ressortit pas de la notion de fongibilité : cette fongibilité qu'il qualifie d'« abstraite » repose sur une identité de valeur entre des biens non pas matériellement mais économiquement identiques or si « la fongibilité des biens est une chose, leur valeur en est une autre » (p. 86), de sorte que, dans la mesure où « la valeur d'un bien est extérieure à lui-même et dépend de la considération que le sujet lui porte », « l'équivalence entre plusieurs objets ne dépend plus d'eux-mêmes, de leurs caractères intrinsèques communs, mais de l'intention des parties de leur conférer valeur égale » (p. 91). Le professeur Pierre-Grégoire Marly fait ainsi montre d'une conception romaine de la notion de fongibilité. Comme l'écrit Henri Humbert dans son *Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles* (Domat-Montchrestien, 1940, p. 39), en droit romain, « la pratique ne connaît que les choses fongibles ou consomptibles par nature », car, « si grande qu'ait été la puissance de la volonté chez les Romains, elle n'a pas su s'imposer jusqu'à modifier les données fixées par la nature des choses ». Dans le même sens : A. Laude, « La fongibilité », *RTD com.* 1995, p. 311 : « la fongibilité repose avant tout sur la physique des choses, sur un critère matériel ». Dans cette conception, l'individualisation n'est pas incompatible avec la fongibilité puisqu'à soi seul, le fait d'individualiser un bien ne suffit pas à en modifier les caractéristiques physiques, naturelles et objectivement constatables qui en font un bien fongible.

³¹² L. Aynès, Ph. Malaurie, *Les biens*, Defrénois, coll. Droit civil, 5^e éd., 2013, n° 156, pp. 48-49.

³¹³ Req. 30 mars 1926, DH. 1926, p. 217 ; *Gaz. Pal.*, 1926, II, p. 51. *Contra* : P.-G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, op. cit., p. 328 : « il est donc erroné de prétendre que la fongibilité est affaire de volonté [...] La nature fongible ou non fongible des biens repose exclusivement sur des critères objectifs ».

Admettant que la volonté puisse influencer sur la qualification de chose fongible, le professeur Anne Laude (« La fongibilité », *RTD com.* 1995, pp. 307 et s.) souligne néanmoins que la fongibilité subjective a une limite en ce sens « qu'elle ne peut rayonner au-delà des parties et porter atteinte aux droits des tiers » et que « cette volonté d'influer sur la fongibilité étant de nature contractuelle, [elle] doit cesser de valoir au-delà des limites du contrat » (*ibidem*, p. 318).

La Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a pourtant récemment décidé du contraire, en jugeant, le 26 mai 2010, qu'en vertu d'une clause contractuelle, un gage ayant pour objet initial des jambons à affiner pouvait se reporter sur des noix de jambon affinées – alors qu'il s'agit de biens de nature et de qualité différentes – et qu'en outre, la fongibilité ainsi établie par les parties à la convention entre les jambons et les noix de jambon était opposable aux tiers (Cass. com. 26 mai 2010, pourvoi n° 09-65.812 ; D. 2010, p. 1412, obs. A. Lienhard ; D. 2011, p. 406, obs. P. Crocq ; *RTD civ.* 2010, p. 595, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2010, p. 596, obs. D. Legeais ; *RD bancaire et fin.* 2010, n° 141, obs. D. Legeais, et n° 176, obs. A. Cerles ; *Droit et patrimoine* 2010, n° 195, p. 94, obs. Ph. Dupichot ; *Revue des contrats* 2010, p. 1341, obs. A. Aynès).

Le professeur Pierre Crocq y voit le signe de ce que « la fongibilité est plus facilement admise dans les hypothèses où les parties réduisent le bien à sa valeur » (*RTD civ.* 2010, p. 595).

³¹⁴ Cass. 3^e civ. 17 juillet 1968, Bull. civ. III, n° 354 ; *RTD civ.* 1969, p. 37, obs. G. Cornu. Quand bien même « deux terres, même d'égale superficie et de composition homogène ont toujours entre elles cette différence essentielle qu'elles ne peuvent occuper le même point de l'espace » (J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, Coll. Quadrige, PUF, 19^e éd. 2004, n° 715, p. 1609), la Cour de cassation, statuant en sa chambre des Requêtes, a jugé, dès 1929, qu'au sein d'un terrain homogène, un hectare de terre pouvait être fongible avec un autre (Req. 24 avril 1929, D. 1929, I, p. 283).

Dans son très riche article sur « La fongibilité » (*RTD com.* 1995, pp. 307 et s.), le professeur Anne Laude note qu'avec l'essor des produits « types » ou « de série » destinés à la consommation et à la spéculation et avec le développement de la normalisation et de la dématérialisation qui en résulte, « le cercle des choses fongibles s'est considérablement élargi » (*ibidem*, p. 308) et est appelé à s'élargir encore, car la fongibilité est ce « qui rend plus facile la circulation des richesses et la mobilité des fortunes » (*ibidem*).

B – Il existe des biens incorporels naturellement et objectivement fongibles (arrêt du 12 novembre 1998)

193. On peut ensuite faire état de la jurisprudence relative à l'usufruit de portefeuille de valeurs mobilières inscrites en compte – jurisprudence qui témoigne de la volonté des juges de traiter ces biens incorporels que sont les valeurs mobilières comme des choses fongibles. Le fameux arrêt « Dame Malet » (ou encore « Baylet ») rendu par la Cour de cassation statuant en sa première chambre civile le 12 novembre 1998³¹⁵ présente un triple apport. Il s'agissait de donner une justification théorique à la nécessité pratique de donner à l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières les moyens de s'acquitter de l'obligation de conserver la substance de la chose grevée d'usufruit (conformément à l'article 578 du code civil), et donc de gérer le compte d'instruments financiers, en faisant des arbitrages stratégiques, ce qui suppose l'aliénation de certaines valeurs mobilières et leur remplacement par d'autres. Mais une telle aliénation excédait les pouvoirs reconnus à l'usufruitier au sens strict : elle revenait à lui reconnaître l'*abusus*, en plus de l'*usus* et du *fructus*. Il aurait alors fallu qualifier les valeurs mobilières de choses consommables par le premier usage, et faire ainsi de l'usufruit du portefeuille de valeurs mobilières un quasi-usufruit (au sens de l'article 587 du code civil). C'est ce à quoi se refusent les juges dans l'arrêt du 12 novembre 1998, qui énonce (et c'est là son premier apport) que les valeurs mobilières « ne sont pas consommables par le premier usage »³¹⁶.

193-1. Ceci étant posé, la seule solution théorique aux problèmes pratiques était de distinguer le contenant du contenu, et de considérer que l'usufruit portait sur le contenant (le portefeuille) distinct de son contenu (les valeurs mobilières). Autrement dit, il fallait dégager une finalité économique unique et commune derrière la pluralité et

³¹⁵ Cass. 1^{ère} civ. 12 novembre 1998, Bull. civ. I, n° 315, D. 1999, p. 167, note L. Aynès, et, p. 633, note D. Fiorina ; *JCP G* n° 10027, note S. Piédelièvre ; *RTD civ.* 1999, p. 422, obs. F. Zénati.

³¹⁶ Il s'agit là d'une solution qui s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence forgée dès le XIX^e siècle par les juges du fond et par les juges du droit. La Cour de cassation avait affirmé le caractère non consommable des titres au porteur dès 1814 (Req. 10 avril 1814, S. 1814, I, p. 553) et avait réitéré la solution en 1857 (Cass. civ. 19 janvier 1857, S. 1859, I, p. 421). Elle fut suivie en cela par les juges du fond (voir notamment Trib. civ. Saint Omer, 15 avril 1892, *DP* 1893, II, p. 433 ; Trib. Luçon, 17 novembre 1930, *Gaz. Pal.*, 1931, I, p. 76). Dans un arrêt du 4 avril 1991, la Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile, avait décidé que « les dispositions de l'article 587 du code civil n'[étaient] pas applicables à l'usufruit portant sur des titres au porteur qui n'[étaient] pas consommables par le premier usage » (Cass. 1^{ère} civ. 4 avril 1991, Bull. civ. I, n° 129, p. 86 ; *Revue des sociétés*, 1991, p. 737, note P. Didier). Dans un arrêt du 12 juillet 1993, la chambre commerciale de la Cour de cassation fit sienne la position adoptée par la première chambre civile le 4 avril 1991, en jugeant que « les titres au porteur n'[étaient] pas consommables par le premier usage et que les droits de l'usufruitier [devaient] s'exercer sur des titres selon des modalités sauvegardant ceux du nu-propriétaire » (Cass. com. 12 juillet 1993, Bull. civ. IV, n° 292, p. 207 ; *Deffrénois* 1993, art. 35674, n° 5, obs. H. Hovasse).

la diversité des valeurs mobilières. Il fallait donc faire appel à la notion d'universalité de fait, qui désigne précisément un actif (dépourvu de tout passif) dont les éléments ont pour point commun d'être affectés à une même finalité économique. C'est ce que fait la Cour de cassation en qualifiant le portefeuille de valeurs mobilières d'« universalité » - et c'est là le deuxième apport de l'arrêt.

193-2. Ceci étant acquis, l'aliénation des valeurs mobilières contenue dans le portefeuille, qui était jadis considérée comme un acte de disposition, est assimilée, au regard du droit de l'usufruit, à un acte d'administration (troisième apport). L'usufruitier ne fait qu'exercer l'*usus* et le *fructus* en gérant le portefeuille de valeurs mobilières et en le faisant fructifier par l'aliénation et le remplacement de valeurs mobilières. Aussi les juges en viennent-ils à la conclusion suivante : « si l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières, lesquelles ne sont pas consommables par le premier usage, est autorisé à gérer cette universalité en cédant des titres dans la mesure où ils sont remplacés, il n'en a pas moins la charge d'en conserver la substance ». Derrière cette analyse, il y a l'idée que des valeurs mobilières, biens incorporels, sont aptes à se substituer les unes aux autres sans déperdition de valeur : c'est la définition même de la fongibilité³¹⁷.

³¹⁷ L. Aynès, « Usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières : les pouvoirs de l'usufruitier », note sous Cass. 1^{ère} civ. 12 novembre 1998, D. 1999, p. 167. Même si le professeur Laurent Aynès préfère parler de « propriété de valeur », ses propos trahissent le fait que l'on est alors bien proche d'une fongibilité de biens incorporels : « il n'est pas difficile d'admettre que la substance des instruments financiers, produits de placement dans la plupart des patrimoines, consiste précisément dans leur valeur. C'est peut-être ce qu'exprime, de manière approximative, le *recours à la fongibilité artificielle* (italiques ajoutées) : ce que le propriétaire a en vue le plus souvent, ce qui est pour lui "substantiel", c'est la valeur actuelle et potentielle de l'action ou de l'obligation, plutôt que la nature des droits dans telle société, ou contre tel emprunteur, qu'elle confère, et ceci d'autant plus que de nombreux instruments financiers ne confèrent aujourd'hui aucun de ces droits (OPCVM, notamment). Cela ne signifie pas que les instruments financiers soient identiques ou interchangeable, mais plutôt qu'ils donnent naissance à une "propriété de valeur" - la dette de valeur fournit une analogie, en droit des obligations - qui se fixera, à certains moments essentiels (ouverture de la succession, partage, donation, cession, saisie, extinction de l'usufruit...) sur tel ou tel instrument financier déterminé [...] La fongibilité, généralement liée à l'universalité, n'offre pourtant qu'une description : les valeurs nouvelles sont traitées comme les anciennes ; *elles sont donc fongibles* (italiques ajoutées). Pourquoi le sont-elles, alors qu'entre elles, il existe une différence justifiant précisément la cession ? Le seul point commun tient à l'identité de fonction : le nouveau bien est, comme l'ancien, le support d'une valeur appartenant à autrui. La subrogation réelle est mieux à même d'expliquer la cause de ce phénomène : la volonté de l'usufruitier d'affecter le bien acquis au même régime juridique que l'ancien » (*ibidem*).

Contra : P.-G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, op. cit., pp. 63-65. Dans sa thèse de doctorat, le professeur Pierre-Grégoire Marly lie la solution adoptée en 1998 au sujet de l'usufruit d'un portefeuille de valeurs mobilières, au caractère consommable desdites valeurs plutôt qu'à leur caractère fongible. Selon lui, « pour faire bénéficier les valeurs mobilières de ce régime attractif [qu'est le quasi-usufruit] et ainsi garantir à l'usufruitier toute latitude dans l'arbitrage d'un portefeuille, la pratique notariale, soutenue par une large doctrine, a proposé de stipuler, lors de la constitution de l'usufruit, la *consomptibilité* des actifs » tant et si bien que « les valeurs mobilières deviennent *conventionnellement consommables* au mépris de leur nature objective » (*ibidem*, p. 64, italiques ajoutées). Il en irait de même, selon cet auteur, pour le prêt de titres : les besoins des praticiens de voir la propriété des titres prêtés transférée à l'emprunteur aurait conduit à faire du prêt de titres un prêt de consommation plutôt qu'un prêt à usage, alors même que les valeurs mobilières, qui ne se détruisent pas par le premier usage qu'on en fait, ne sont pas objectivement consommables. Hostile à l'idée d'une fongibilité conventionnelle, le professeur Pierre-Grégoire Marly l'est aussi à celle d'une consomptibilité conventionnelle, car « lorsque la volonté des parties n'est pas exprimée, la nature objective des biens n'est pas considérée en tant que telle, mais en tant que moyen d'établir cette volonté », de sorte que « si la volonté décide seule du caractère consommable ou non des choses, ce n'est plus la consomptibilité qui détermine le régime [...] applicable, mais directement la volonté des parties » (*ibidem*, p. 71).

194. Certes, le professeur Laurent Aynès hésite entre « propriété de valeur », « subrogation réelle », et fongibilité... mais il ne récuse pas avec force l'idée qu'il y aurait une fongibilité fonctionnelle (plus que naturelle) derrière la solution commentée. Si ce qui importe, c'est la conservation de la valeur du contenant (le portefeuille), et non la conservation du contenu (les valeurs mobilières), c'est que les valeurs mobilières peuvent se substituer les unes aux autres sans que la valeur du portefeuille en soit pour autant affectée. Quoi qu'on en dise, il y a bien là une forme de fongibilité³¹⁸.

Certes, le professeur Didier-René Martin rétorquera que les valeurs mobilières sont des biens corporels, et que, par conséquent, cette fongibilité des valeurs mobilières ne fait que confirmer leur nature corporelle. Mais on a déjà montré qu'il n'y a aucune légitimité à soutenir que les valeurs mobilières sont corporelles, qu'il n'y en a pas eu avant 1981, et qu'il y en a encore moins depuis 1981.

L'argument selon lequel la fongibilité et la confusion des choses fongibles seraient propres aux seuls biens meubles corporels³¹⁹ ne peut donc être retenu à l'appui de la thèse selon laquelle les inscriptions en compte constitutives de monnaie scripturale seraient des biens corporels.

³¹⁸ M. Dubertret, D. Mangenet, « Réforme du droit des titres : commentaire de l'ordonnance du 8 janvier 2009 », D. 2009, p. 448 (à propos de l'ordonnance n° 2009-15). Dans son commentaire sur l'ordonnance du 8 janvier 2009 réformant le droit des titres, M. Dubertret ne fait qu'appuyer cette idée : les valeurs mobilières – dont seul le code de commerce continue à faire état dans son article L. 228-1, alinéa 2 – étant « des titres financiers au sens de l'article L. 211-1 du code monétaire et financier, qui confèrent des droits identiques par catégorie », « le critère de distinction des valeurs mobilières au sein de la catégorie des titres financiers est leur fongibilité » (italiques ajoutées). Près d'un siècle auparavant, Georges Ripert écrivait déjà, au sujet des titres au porteur qui, à l'époque, n'étaient pas dématérialisés, que « les titres ont bien une individualité, puisqu'ils portent un numéro d'ordre », mais que « ce numéro, qui sert à les identifier, à les suivre, n'a aucune importance au point de vue de la valeur du titre », dans la mesure où « il n'y a qu'un cours de bourse pour les actions de la même société accordant aux actionnaires les mêmes droits » et où « dans un contrat, un titre peut être remplacé indifféremment par un autre titre ». Et l'auteur de conclure : « c'est bien là le trait caractéristique de la fongibilité » (« Les donations de valeurs mobilières et le calcul de la quotité disponible », *RTD civ.* 1911, pp. 5 et s., spéc. p. 13). Outre le fait que l'uniformisation de leur représentation opérée par l'inscription en compte et la dématérialisation constitue un facteur formel de fongibilité des instruments financiers, il existe donc un facteur substantiel de fongibilité des instruments financiers résidant dans l'uniformisation de leur valeur réalisée par l'unicité du cours de bourse.

³¹⁹ En cohérence avec sa conception restrictive de la fongibilité devant être entendue comme purement objective et matérielle, le professeur P. - G. Marly soutient que seuls les biens corporels peuvent être fongibles. Selon cet auteur, « le critère d'identité qualitative n'est applicable qu'aux biens corporels », dans la mesure où « les qualités d'un objet parlent à la connaissance sensible, ce qui implique une certaine matérialité » (*Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, LGDJ, 2004, préf. Ph. Delebecque, p. 143). Toutefois, le professeur Pierre-Grégoire Marly reconnaît aux biens incorporels une certaine fongibilité qui ne tient pas tant à ce qu'ils présentent les mêmes qualités – car selon lui ils sont « privés de qualités » - qu'à ce qu'ils appartiennent à une même espèce et peuvent donc présenter une « identité spécifique » (*ibidem*, p. 143). C'est ainsi que « les droits qui se prêtent à la fongibilité sont les unités monétaires et les instruments financiers » (*ibidem*, p. 145).

Le professeur Anne Laude (« La fongibilité », *RTD com.* 1995, p. 312) affirme de son côté que « les titres que représentent les valeurs mobilières sont fongibles lorsqu'ils appartiennent à une même catégorie et proviennent d'une même émission, ou plus exactement lorsqu'ils confèrent des droits identiques par catégories ».

§ 6. L'usage courant de l'expression « gage-espèces » n'est pas un indice de la corporalité des inscriptions en compte.

195. Théorie de la nature corporelle de la monnaie scripturale : argument tiré de l'expression « gage-espèces ». – De ce que les praticiens continuent de qualifier le nantissement de monnaie scripturale de « gage-espèces », le professeur Didier-René Martin conclut que ce serait le signe que cette sûreté serait un gage de droit commun, et que, par conséquent, la monnaie scripturale serait un bien corporel, puisque les « espèces » seraient des biens corporels. Un tel argument ne suffit pas à faire pièce au propos du professeur Christian Larroumet qui, dès 1995, appelait à « bannir l'expression de gage-espèces qui n'est qu'un non-sens »³²⁰.

195-1. L'expression « gage-espèces » recouvre en effet des réalités très diverses. Certains parlent de « gage-espèces », aussi bien quand la monnaie est fiduciaire ou métallique, que quand elle est scripturale, aussi bien quand la sûreté porte sur un compte bloqué que quand elle porte sur un compte non bloqué, et aussi bien quand la sûreté est présentée comme emportant transfert de propriété du compte (ou, plus généralement, de la monnaie scripturale) dès sa constitution que lorsqu'elle est décrite comme opérant transfert de propriété lors de son exécution (en cas de défaillance du constituant). Si l'on s'en tient aux cas où le « gage-espèces » porte sur de la monnaie scripturale, alors le « gage-espèces » entendu strictement doit présenter deux caractéristiques : le compte doit être non bloqué, et le transfert de la propriété des sommes inscrites en compte doit intervenir dès la constitution de la sûreté. Depuis la réforme de 2006, le compte affecté en garantie s'entend d'un compte non bloqué... car si la sûreté porte sur un compte bloqué, alors il ne peut s'agir ni d'un nantissement de compte (qui s'entend du nantissement d'un compte courant donc non bloqué au sens de l'article 2360 du code civil³²¹), ni du nantissement de sommes inscrites en compte mais non individualisées (qui s'entend d'un nantissement soumis au régime du gage de choses fongibles confondues défini à l'article 2341, alinéa 2, du code civil³²²), mais d'un nantissement de

³²⁰ Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 17 mai 1994, D. 1995, jur. p. 125. Les professeurs Michel Cabrillac et Christian Mouly (*Droit des sûretés*, Litec, 9^e éd., 2010, n° 786, p. 592) reconnaissent aussi que « le terme “espèces” n'est pas très heureux lorsque l'objet de la sûreté est de la monnaie scripturale ».

³²¹ Article 2360 du code civil : « lorsque le nantissement porte sur un compte, la créance nantie s'entend du solde créditeur, provisoire ou définitif, *au jour de la réalisation de la sûreté*, sous réserve de la régularisation des opérations en cours... » (italiques ajoutées)

³²² Article 2341 du code civil : alinéa 1^{er} : « lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent » (choses fongibles non confondues, pas de transfert de propriété lors de la constitution de la sûreté) ; alinéa 2 : « si la convention dispense le créancier de cette obligation, il acquiert la

monnaie scripturale tel que l'entendait la commission Grimaldi et qui, sans avoir été consacré en tant que tel dans la version finale du texte, est susceptible de se fondre dans le régime du gage de choses fongibles non confondues de l'article 2341, alinéa 1^{er}, du code civil, par renvoi de l'article 2355, alinéa 5, du même code³²³.

Pour les praticiens, le « gage-espèces » portant sur des sommes inscrites en compte peut alors obéir soit au régime du nantissement de compte tel que défini à l'article 2360 du code civil, soit au régime du gage de choses fongibles confondues de l'article 2341, alinéa 2, du code civil. Mais dans le premier cas, le transfert de propriété des sommes inscrites en compte n'intervient pas dès la constitution de la sûreté, mais seulement (et de façon simplifiée et plus « énergique » depuis 2006) lors de son exécution en cas de défaillance du constituant. Et dans le second cas, le transfert de propriété des sommes inscrites en compte intervient dès la constitution de la sûreté. Ce transfert résulterait soit de la confusion des sommes inscrites en compte dans le patrimoine du créancier (conception matérialiste du « gage-espèces » insistant sur le *corpus*), soit de la volonté des parties de transférer *ab initio* la propriété des biens affectés en garantie (conception volontariste du gage-espèces insistant sur l'*animus*, plus que sur le *corpus*). Mais il ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation qu'il serait dans la nature du gage-espèces d'opérer un transfert de propriété dès sa constitution³²⁴ – et non seulement lors de son exécution – et que ce transfert de propriété pourrait s'opérer, nonobstant l'individualisation relative des sommes inscrites en compte dans un compte « spécial » mais non bloqué à l'égard du créancier, en vertu de la seule volonté des parties³²⁵. Le « gage-espèces » entendu au sens strict ne désignerait donc que la sûreté soumise, par renvoi de l'article 2355, alinéa 5, du code civil, au régime de l'article 2341, alinéa 2, du même code qui prévoit un transfert de propriété dès la constitution de la sûreté, bien que ce transfert semble, aux termes de cette disposition, dû davantage à la confusion des sommes inscrites en compte qu'à la volonté des parties.

propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes » (choses fongibles confondues, transfert de propriété lors de la constitution de la sûreté).

³²³ Article 2355, alinéa 5, du code civil : « celui [le nantissement conventionnel] qui porte sur d'autres meubles incorporels [que les créances] est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels ».

³²⁴ Solution implicite résultant des arrêts : Cass. com. 17 mai 1994 (admettant la réalisation du gage-espèces par la compensation légale entre la dette garantie (dette du débiteur) et la dette de restitution des sommes d'argent pesant sur le créancier propriétaire), 9 avril 1996 (faisant échapper le gage-espèces à la prohibition du pacte commissaire telle qu'elle résultait de l'ancien article 2078 du Code civil), et 3 juin 1997. Pour de plus amples développements sur le transfert de propriété dans le régime des sûretés sur sommes d'argent, voir *infra* (§ 315 et s.).

³²⁵ Cass. com. 6 février 2007 (*Rev. Lamy dr. civ.* 2007, n° 39, p. 25, obs. D. Legeais ; *RTD civ.* 2007, p. 373, obs. P. Crocq ; *JCP E* 2008, n° 2, chron. « Droit des sûretés » de Ph. Simler et Ph. Delebecque ; *Revue des contrats*, 2008, n° 2, p. 425, note A. Aynès).

Le nantissement de compte ne serait pas un « gage-espèces », faute d'opérer ce transfert de propriété immédiat. Mais force est de constater qu'en pratique, le « gage-espèces » recouvre l'une et l'autre réalité... et qu'en théorie aussi, les contours du « gage-espèces » sont incertains, puisque les juges du droit eux-mêmes n'opposent pas nantissement et gage-espèces dans l'arrêt où ils prétendent pourtant poser deux critères d'identification du gage-espèces³²⁶.

195-2. Pourtant, le professeur Didier-René Martin s'appuie sur une acception étroite du gage-espèces, qui assimile le gage-espèces portant sur des sommes inscrites en compte au gage de choses – corporelles – fongibles et confondues, ainsi que sur les dispositions des alinéas 4 et 5 de l'article 2355 du code civil, pour soutenir que si le gage-espèces de sommes inscrites en compte est traité comme le gage-espèces portant sur des billets ou des pièces métalliques, et, plus généralement, comme une sûreté portant sur des choses corporelles, alors c'est que les sommes inscrites en compte sont des choses corporelles. L'alinéa 4 de l'article 2355 du code civil énonce en effet que « le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre », et l'alinéa 5 dispose que « celui qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales aux règles prévues pour le gage de meubles corporels ». De ce renvoi au régime du gage, le professeur Didier-René Martin a déduit, en 2007, « un déni radical de l'incorporalité prétendue de la monnaie scripturale »³²⁷... alors qu'il écrivait, en 1987, que « même si la monnaie scripturale doit échapper au nantissement de créances pour être soumise au droit commun du gage, il paraît impossible d'affirmer qu'elle est un bien corporel devant obéir à la mise en gage de meubles corporels »³²⁸.

196. Défense de la théorie de la nature incorporelle de la monnaie scripturale : absence d'incidence du renvoi au régime du gage sur la nature incorporelle de l'objet du nantissement. – Il y a bien d'autres biens incorporels non constitutifs de créances dont le nantissement est aussi soumis au régime du gage par

³²⁶ *Ibidem* : « le nantissement portait sur un gage-espèce » (attendu relatif au premier moyen).

³²⁷ D.R. Martin, « Du gage-espèces », D. 2007, pp. 2556 et s.

³²⁸ D. R. Martin, « Des techniques d'affectation en garantie des soldes des comptes bancaires », D. 1987, chron. pp. 230 et s., n° 14. Plus récemment, au sujet des actifs financiers, et non des actifs monétaires, le même professeur Didier-René Martin a écrit que « l'avenir est évidemment à la reconnaissance, inéluctable, de cette corporalité par destination ou, si l'on préfère, d'une quasi-corporalité de ces instruments [financiers] » (« Quel gâchis ! », *RD bancaire et fin.*, mai-juin 2005, p. 73). De deux choses l'une : soit les inscriptions en compte représentant les instruments financiers (ou la monnaie scripturale) sont des biens corporels, soit elles n'en sont pas. Parler de « quasi-corporalité » des instruments financiers revient à admettre que ces instruments puissent être des biens mi-corporels mi-incorporels... et donc qu'ils aient en eux une part irréductible d'incorporalité.

renvoi. Ainsi, puisque l'article L. 211-1 du code monétaire et financier qui, depuis 2009, définit les titres financiers comme les titres de capital émis par les sociétés par actions, les titres de créance, à l'exclusion des effets de commerce et des bons de caisse, et les parts ou actions d'organismes de placement collectif, et puisque l'article L. 211-20 du même code qui définit le nantissement de compte-titres comme le nantissement portant sur des titres financiers au sens de l'article L. 211-1, les valeurs mobilières que sont les certificats coopératifs d'investissement et d'associés³²⁹ sont bien des titres de capital mais ne sont pas des titres financiers car ils ne sont pas émis par des sociétés par actions... de sorte que leur nantissement ne peut être le nantissement de compte-titres mais doit être soumis en toute logique au régime du nantissement de biens incorporels autres que des créances. Or ces valeurs mobilières – par essence fongibles – devraient donc dès lors être soumises au régime de l'article 2341, alinéa 2, du code civil – si les titres ne sont pas isolés sur un compte spécial au sein du patrimoine du créancier. Ils n'en demeurent pas moins qu'elles restent des biens incorporels.

L'argument tiré du régime du « gage-espèces » ne montre en rien pourquoi la monnaie scripturale serait un bien incorporel échappant au régime du nantissement de créance, et ne montre pas non plus pourquoi elle serait un bien corporel soumis au régime du gage. Là encore, le professeur Didier-René Martin n'apporte pas de réfutation de l'analyse qui fait de la monnaie scripturale une créance.

L'auteur semble avoir préféré « la lisse certitude que, dans toutes ses figurations, l'argent est chose corporelle »³³⁰. Mais une telle certitude est trop lisse pour ne pas être glissante.

Conclusion.

197. Comment peut-on prétendre que des écritures sont tangibles, qu'elles ont un corps, une matérialité, et que des signes sont corporels ? Tout s'y oppose. À commencer par le fait que la valeur de la monnaie scripturale réside tout entière dans un droit dont seule l'existence fait cette valeur. On aura beau écrire des signes sur un chèque, le chèque aura beau lui-même être un corps tangible, le chèque n'aura de valeur que si son

³²⁹ Articles 19 *sexdecies* et 19 *tervicies* de la loi n° 47-1775 du 10 septembre 1947.

³³⁰ D.R. Martin, « Du gage-espèces », D. 2007, pp. 2556 et s. Et d'ajouter « chose corporelle qui se donne en sûreté par voie de gage ».

émetteur a une « créance » (la « provision ») contre l'établissement de crédit tiré : « le chèque représente une cession de créance, mais sa valeur dépend de l'existence même de cette créance »³³¹. Le chèque en lui-même et les signes qui y sont apposés n'ont aucune valeur. Même si, par extravagance, on admettait que les signes sont des corps, la valeur de la monnaie scripturale ne résiderait pas dans ces corps : *chose* corporelle, elle serait un *bien* incorporel aux yeux du droit.

198. Au demeurant, on notera que lorsque le professeur Didier-René Martin faisait ses premières armes dans la controverse, son propos était beaucoup moins tranché. C'est ainsi qu'il écrivait, en 1995 :

« Ubiquiste dans sa modalité fiduciaire, la monnaie devient captive dans sa variété scripturale. En effet, les unités monétaires en circulation *n'y sont plus représentées par des instruments corporels*, mais simplement comptabilisées. Dématérialisée, la monnaie scripturale implique, par organisation générale, d'être inscrite en comptes tenus par des agents spécialement habilités et contrôlés, les établissements de crédit, de la fiabilité desquels dépend la viabilité du système. Prise dans un maillage comptable, cette monnaie est donc captive puisqu'elle ne peut, en tant que telle, qu'être mutée de compte à compte »³³² (italiques ajoutées).

S'il admet que les unités monétaires ne sont plus représentées par des instruments corporels, cela signifie nécessairement qu'elles sont représentées par des instruments incorporels, et que les signes dont le professeur Didier-René Martin s'évertue en 2007 à montrer le caractère corporel, étaient bien, dans son esprit, en 1995, des signes incorporels.

199. Arguments d'ordre économique. – D'un point de vue économique, la plus grande partie de la monnaie créée aujourd'hui est scripturale. En effet, le financement actuel de l'économie repose en large part sur l'octroi de prêts aux entreprises ou aux ménages. Or lorsqu'un banquier consent un prêt, il remet aux emprunteurs de la monnaie qu'il n'a pas mais qu'il crée au moyen d'une simple écriture comptable. Grâce aux prêts ainsi consentis, les ménages effectuent des achats de biens ou de services qui rapportent aux entreprises qui, elles-mêmes, versent aux ménages des rémunérations, notamment sous forme de salaires. L'activité économique repose sur un mécanisme qui peut être comparé à celui de la vente aux enchères : plus le nombre de crédits consentis augmente, plus il y a de monnaie en circulation pour faire monter les « enchères », c'est-à-dire les

³³¹ N. Catala, *La nature juridique du paiement*, op. cit., p. 143.

³³² D.R. Martin, « De la monnaie », *Mélanges H. Blaise*, Economica, 1995, p. 338.

prix des biens et des services. L'augmentation de la quantité de monnaie en circulation conduit donc à une hausse des prix (l'inflation) qui, si elle est plus rapide que la hausse des salaires, amène les ménages à consommer moins de biens et de services – ce dont résulte une baisse du chiffre d'affaires des entreprises. Trop d'inflation nuit à l'activité économique. S'il n'y a pas assez de monnaie en circulation, le réajustement et la diminution des prix (la déflation) provoquent également une baisse du chiffre d'affaires des entreprises. Trop de déflation nuit aussi à l'activité économique. La création de monnaie relève d'un savant équilibre au sein duquel le contrôle de la production de monnaie scripturale joue un rôle fondamental. En effet, si les banques centrales sont chargées de l'émission de monnaie fiduciaire, elles sont aussi chargées de réguler la création de monnaie scripturale à laquelle procèdent les banques commerciales qui, pour pouvoir prêter aux entreprises et aux ménages, doivent elles-mêmes emprunter aux banques centrales. Les banques centrales fixent un taux directeur pour les prêts qu'elles accordent aux banques commerciales et ce taux directeur juggle les taux d'intérêt des prêts accordés par les banques commerciales aux entreprises et aux ménages. Plus le taux directeur est faible, plus les taux d'intérêts des crédits aux entreprises et aux ménages sont faibles, plus le nombre de crédits susceptibles d'être accordés est élevé, plus la quantité de monnaie scripturale créée est importante. À l'inverse, plus le taux directeur est élevé, plus les taux d'intérêts des crédits aux entreprises et aux ménages sont élevés, plus le nombre de crédits susceptibles d'être octroyés est faible, plus la quantité de monnaie scripturale créée est faible. Pour réguler la production de monnaie scripturale, et, par voie de conséquence, les hausses et baisses de prix, les banques centrales réajustent leurs taux directeurs en moyenne tous les mois.

199-1. La description économique du phénomène de création de monnaie scripturale montre que la production de cette monnaie se loge donc dans les crédits que le banquier consent à partir des fonds qui lui sont remis et dont le montant est nécessairement inférieur à celui des crédits consentis. La différence entre le montant des crédits consentis et la valeur des réserves bancaires est constitutive d'une « créance » dans laquelle s'absorbe la monnaie scripturale.

199-2. La création de monnaie scripturale suppose donc que les déposants aient confiance dans le banquier auquel ils « prêtent ». Comme le résume fort bien le professeur Jean-Pierre Centi, le contrat de dépôt de fonds est un « contrat de

confiance »³³³ : de la proportion entre les réserves et le volume des crédits consentis dépend le « crédit » de la banque³³⁴. **Dès lors que la valeur de la monnaie scripturale est intimement liée au « crédit » du banquier teneur de compte et à la confiance qu'il inspire, cette dernière ne peut être qu'incorporelle.**

200. Arguments d'ordre juridique. – Si, comme le soutient le professeur Didier-René Martin, la monnaie scripturale ne peut être assimilée à une créance pure et simple, ce n'est pas pour autant qu'elle ne peut être un bien incorporel. Il est en effet possible de considérer que la monnaie scripturale n'est rien d'autre que la propriété (réduite à un droit de disposer à titre définitif) qu'a le titulaire d'un compte bancaire sur ces incorporalités que sont les unités monétaires signalées par les inscriptions en compte, qui, elles-mêmes, ne font que constater le droit (réel) que, du fait de l'entrée en compte, le titulaire du compte reconnaît au banquier teneur de compte de disposer librement des créances entrées en compte, à charge pour ce dernier d'en restituer le montant équivalent. Cette conception « mixte » de la monnaie scripturale permettrait d'expliquer pourquoi celle-ci ne présente pas tous les caractères d'une créance civile au sens strict. Il serait imprécis d'y voir une pure créance civile, autrement dit un droit personnel. Ce serait bien plutôt un droit réel, une « propriété incorporelle planante » sur des créances entrées et inscrites en compte.

201. Dématérialisation. – Assurément, la monnaie scripturale illustre un mouvement croissant de dématérialisation. Le professeur Michel Germain a pu écrire que « le temps est à la dématérialisation »³³⁵. Celle-ci est définie par le doyen Gérard Cornu, dans son *Vocabulaire juridique*, comme « une opération liée à de nouvelles technologies consistant à remplacer un support matériel tangible (monnaie fiduciaire, titre au porteur) [...] par un support comptable centralisé sous des modalités diverses (exemple : procédé électronique) »³³⁶.

³³³ J. - P. Centi, « Le contrat de dépôt bancaire », *Mélanges Ch. Mouly*, Litec, 1998, vol. II, p. 312.

³³⁴ *Ibidem*, p. 312 : « la constitution d'un capital réputation équivaut pour une banque privée à un investissement en capital confiance. Une éventuelle « surproduction » monétaire amoindrirait la valeur marchande de ce capital confiance et provoquerait la disparition de la banque dans un délai plus ou moins rapide si celle-ci ne parvenait pas à redresser la situation. »

³³⁵ M. Germain, « Sociologie de la dématérialisation », *Arch. phil. dr.*, n° 42, 1997, p. 105.

³³⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 2011, pp. 320-321.

202. Monnaie électronique. – Ce mouvement de dématérialisation a conduit à l'apparition d'une monnaie plus immatérielle encore que la monnaie scripturale : la **monnaie électronique**. Trois systèmes de monnaie électronique ont été développés depuis le début du XXI^e siècle. Le système « Mondéus » a associé la Société nationale des chemins de fer français (SNCF), la Régie autonome des transports parisiens (RATP), France Télécom et la banque Société générale. Le système « Mondex » a été mis en œuvre par la banque Crédit mutuel. Et le système « Monéo », probablement le plus connu, a permis la diffusion d'un porte-monnaie électronique, à l'initiative de la Société financière du porte-monnaie électronique interbancaire (SFPMEI) qui regroupe onze établissements de crédit³³⁷.

Le système « Monéo » repose sur le principe suivant : des établissements de crédit distributeurs fournissent à leurs clients (« porteurs ») un porte-monnaie électronique. En contrepartie d'une remise de fonds qui se traduit le plus souvent par le débit de leur compte bancaire, les « porteurs » chargent leur porte-monnaie électronique en unités monétaires électroniques auprès d'un établissement émetteur chargé de les créer. Les « porteurs » peuvent alors effectuer des paiements auprès d'« accepteurs » (le plus souvent des commerçants ayant adhéré au système) au moyen des unités monétaires stockées sur leur porte-monnaie électronique. Ces unités monétaires électroniques sont transférées aux « accepteurs » qui, régulièrement, peuvent demander à leur banquier (établissement de crédit distributeur) la conversion des unités monétaires électroniques en unités monétaires scripturales portées au crédit de leur compte bancaire³³⁸. Une fois qu'ils ont procédé à l'inscription des unités monétaires scripturales au crédit des comptes de dépôt des « accepteurs », les établissements de crédit distributeurs restituent les unités monétaires électroniques à l'établissement émetteur afin que ce dernier les annule. Par ailleurs, comme le rappelle M. Thomas Le Gueut, « à tout moment, le porteur de monnaie électronique peut se faire rembourser ses unités monétaires électroniques en monnaie fiduciaire ou scripturale par l'établissement émetteur ou par son propre banquier »³³⁹.

³³⁷ Voir le site Internet au lien suivant : <http://www.moneo.com/>.

³³⁸ Comme l'écrit le professeur Gauthier Blanluet, « aux deux bouts de la chaîne des opérations, on trouve donc bien des inscriptions en compte, comme en cas de paiement par carte bancaire » (« La monnaie électronique. Définition – nature juridique », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2001, pp. 128 et s.).

³³⁹ Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, p. 176.

202-1. Cette possibilité offerte aux « porteurs » de demander à tout moment la conversion de leur monnaie électronique en monnaie fiduciaire ou scripturale, comme la nécessité de convertir la monnaie électronique en monnaie scripturale pour créditer les comptes des « accepteurs », montrent que la monnaie électronique n'a pas d'existence autonome comme peuvent l'avoir les monnaies fiduciaire et scripturale³⁴⁰. C'est la raison pour laquelle la monnaie électronique ne fait pas l'objet d'une étude à part entière au sein de ce travail. La monnaie électronique n'est qu'un prolongement de la monnaie scripturale³⁴¹, adapté aux caractéristiques du procédé technologique utilisé.

Le Sénat ne s'y est pas trompé, lui qui, dès 1999, a adopté une proposition de résolution appelant le Gouvernement français à ne pas définir la monnaie électronique comme un « troisième type de monnaie » dans la mesure où elle n'est « en fait qu'une variété “modernisée” de la monnaie scripturale »³⁴². Il s'agissait alors pour la chambre haute du Parlement français de faire obstacle aux projets de définition de la monnaie électronique élaborés par les institutions européennes.

En effet, dans une proposition de directive présentée en 1998, la Commission européenne a suggéré de définir la monnaie électronique comme « une valeur monétaire stockée électroniquement sur un support électronique tel qu'une carte à puce ou une mémoire d'ordinateur, acceptée comme moyen de paiement par des entreprises autres que l'institution émettrice et produite pour être mise à la disposition des utilisateurs comme substitut électronique des pièces et des billets de banque »³⁴³.

C'est finalement une définition de compromis qui a été retenue dans la directive 2000/46/CE du 18 septembre 2000 concernant l'accès à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice, ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements. L'article 1^{er}, § 3 (b) de cette directive définit la monnaie électronique comme « une valeur monétaire représentant une créance sur l'émetteur, qui est stockée sur un support électronique, émise contre la remise de fonds d'un montant dont la valeur

³⁴⁰ Dans le même sens : D. R. Martin, « De la (fausse) monnaie électronique », *RD bancaire et fin.*, janvier-février 2003, p. 65. Évoquant les unités de monnaie électronique, l'auteur explique que ces unités « n'ont pas même de nature monétaire », dans la mesure où le porte-monnaie électronique « n'est chargé que d'unités comptables abstraites ouvrant droit à la délivrance différée de leur contre-valeur en monnaie véritable. Les unités de valeur ne constituent donc pas de la monnaie mais des droits à de la monnaie ». Le professeur Didier-René Martin compare ces « droits à de la [vraie] monnaie » aux « chèques-restaurant », « chèques de voyage », « chèques-cadeau » et autres « chèques-vacances ».

³⁴¹ Pour sa part, le professeur Didier-René Martin nie même tout lien entre monnaie scripturale et monnaie électronique (« De la (fausse) monnaie électronique », *RD bancaire et fin.*, janvier-février 2003, p. 65). Selon lui, dans la mesure où un actif scriptural ne peut être détenu que par l'intermédiaire d'un compte, et dans la mesure où le porte-monnaie électronique ne constitue pas à proprement parler un compte, ni ne saurait être assimilé à un compte, l'unité de monnaie électronique n'a rien de commun avec l'unité de monnaie scripturale.

³⁴² Sénat, proposition de résolution n° 97 (session ordinaire 1998-1999), annexe au procès-verbal de la séance du 3 février 1999.

³⁴³ Article 1^{er}, § 2 (b) de la proposition de directive n° 98/C 317/06 relative au statut des émetteurs de monnaie électronique, présentée par la Commission le 21 septembre 1998.

n'est pas inférieure à la valeur monétaire émise et acceptée comme moyen de paiement par des entreprises autres que l'émetteur ». Comme l'explique M. Thomas Le Gueut, « on retrouve clairement l'idée première présentée par la Commission dès 1997 selon laquelle des unités monétaires sont stockées dans un support électronique, ce qui conduit donc à concevoir la monnaie électronique comme une nouvelle forme monétaire. Cependant, dans le même temps, cette définition présente non moins nettement l'unité monétaire stockée comme une créance sur l'émetteur, ce qui tempère le constat de l'invention d'une nouvelle forme monétaire »³⁴⁴ et rapproche indéniablement la monnaie électronique de la monnaie scripturale qui, elle aussi, constitue un droit à restitution à l'encontre du banquier teneur de compte. Nouvelle monnaie ou prolongement de la monnaie scripturale ? L'ambiguïté entretenue par les textes européens est relayée par les textes de droit interne. En effet, l'article 1^{er} du règlement n° 2002-13 du Comité de la réglementation bancaire et financière (CRBF), pris pour l'application de la directive 2000/46/CE du 18 septembre 2000, définit la monnaie électronique comme des « unités de valeur dites unités de monnaie électronique [dont] chacune constitue un titre de créance incorporé dans un instrument électronique et accepté comme moyen de paiement, au sens de l'article L. 311-3 du code monétaire et financier, par des tiers autres que l'émetteur. La monnaie électronique est émise contre la remise de fonds. Elle ne peut être émise pour une valeur supérieure à celle des fonds reçus en contrepartie ». Cette dernière phrase montre que la monnaie électronique n'a pas d'existence indépendante de la monnaie fiduciaire ou scripturale et que la création de « monnaie » électronique ne peut engendrer aucune création de monnaie susceptible d'accroître la masse monétaire³⁴⁵.

202-2. Outre que la définition de la monnaie électronique et les modalités concrètes de sa mise en œuvre montrent qu'elle ne constitue pas une monnaie à part entière³⁴⁶, il ne nous a pas semblé opportun de lui consacrer de plus amples

³⁴⁴ Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, p. 178.

³⁴⁵ La nouvelle définition européenne de la monnaie électronique, qui résulte de la transposition de la directive 2009/110/CE du 16 septembre 2009 relative à l'activité des établissements de monnaie électronique et son exercice ainsi que la surveillance prudentielle de ces établissements, ne diffère pas fondamentalement de l'ancienne. Cette nouvelle définition présente la monnaie électronique comme « une valeur monétaire qui est stockée sous une forme électronique, y compris magnétique, représentant une créance sur l'émetteur, qui est émise contre la remise de fonds aux fins d'opérations de paiement telles que définies à l'article 4, 5) de la directive 2007/64/CE et qui est acceptée par une personne physique ou morale autre que l'émetteur de monnaie électronique ».

³⁴⁶ *Contra* : G. Blanluet, « La monnaie électronique. Définition – nature juridique », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2001, pp. 128 et s. Le professeur Gauthier Blanluet défend la thèse selon laquelle la monnaie électronique constitue une forme de monnaie à part entière. Pour ce faire, il s'appuie sur le moment auquel le *solvens* porteur de monnaie électronique est libéré de sa dette. Alors que le *solvens* qui paie par carte bancaire n'est libéré que lorsqu'une inscription est portée au crédit du compte de l'*accipiens*, le *solvens* qui paie par transfert d'unités monétaires électroniques est libéré dès la remise desdites unités à

développements dans ce travail, dans la mesure où l'usage de cette monnaie est « cantonné aux paiements de faibles montants effectués dans des commerces de proximité équipés du matériel nécessaire »³⁴⁷, et dans la mesure où cette monnaie n'est, en pratique, jamais affectée en garantie.

203. Monnaie virtuelle ou cryptographique. – Il ne sera pas accordé davantage de développements aux **monnaies cryptographiques** et privées, parmi lesquelles figure le « *bitcoin* » (de l'anglais « *coin* » : pièce de monnaie et « *bit* » : unité d'information binaire). Conçu en 2009, le « *bitcoin* » est une crypto-monnaie développée sur les réseaux Internet de « pair à pair » (« *peer to peer* ») et reposant sur la cryptographie pour la validation des transactions et la création de la monnaie elle-même. C'est à la fois un système de paiement à travers le réseau Internet et une unité de compte utilisée par ce système de paiement³⁴⁸. Comme la monnaie électronique, cette monnaie cryptographique

l'accipiens, sans avoir à attendre que ces unités monétaires électroniques soient converties en unités de monnaie scripturale pour être portées au crédit du compte de *l'accipiens*. Le pouvoir immédiatement libératoire du paiement par porte-monnaie électronique témoignerait de l'autonomie de la monnaie électronique à l'égard de la monnaie scripturale.

Selon le professeur Gauthier Blanluet, « l'impulsion électronique ne véhicule aucun ordre de virement [...] Le paiement se réalise immédiatement, au comptant, c'est-à-dire dès que les unités électroniques passent du porte-monnaie du *solvens* à celui de *l'accipiens*. [...] Cette monnaie de paiement est nouvelle en ce que le support de la monnaie et l'instrument de sa circulation sont nouveaux. Le support n'est plus le billet de banque ou la pièce, caractéristiques de la monnaie fiduciaire, ou même l'inscription en compte, expression de la monnaie scripturale : il est l'unité électronique stockée sur une puce. L'instrument n'est plus la tradition manuelle nécessaire au transfert de la monnaie fiduciaire ou le virement de compte à compte, le chèque, la carte bancaire classique employés pour la circulation de la monnaie scripturale : il est l'impulsion électronique réalisant la transmission d'unités électroniques d'une puce à une autre. La monnaie, de fiduciaire ou scripturale, est devenue électronique. [...] La monnaie électronique constitue une nouvelle représentation formelle de la monnaie, une nouvelle valeur monétaire. »

Cependant, il n'en demeure pas moins que :

- la monnaie électronique naît d'une inscription au débit du compte du porteur *solvens* et disparaît par une inscription au crédit du compte de *l'accipiens* – ce qui témoigne de ce qu'elle n'a pas d'existence indépendante de la monnaie scripturale, alors que la monnaie scripturale peut parfaitement exister sans que le titulaire d'un compte bancaire effectue la moindre remise de monnaie fiduciaire au banquier teneur de compte ;

- quand bien même elle serait, comme le soutient le professeur Gauthier Blanluet, une monnaie à part entière, elle n'en reste pas moins, comme la monnaie scripturale, une créance atypique, une créance dont on a vocation à oublier qu'elle l'était (« il n'est pas impossible que la monnaie électronique ait de moins en moins le visage d'une créance et de plus en plus celui, plus familier, de la monnaie elle-même »).

Le professeur Gauthier Blanluet admet lui aussi que derrière la monnaie électronique se cache une créance contre l'émetteur des unités électroniques, créance atypique insusceptible d'être assimilée à une créance civile, notamment au regard des règles applicables à la cession de créance (articles 1689 et suivants du code civil). L'auteur rapproche cette créance atypique des valeurs mobilières et effets de commerce, dans la mesure où, comme eux, elle est « négociable, c'est-à-dire transmissible par la voie simplifiée de l'écriture électronique, équivalente à la tradition ».

³⁴⁷ Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, p. 180.

³⁴⁸ Le groupe de travail sur les monnaies virtuelles associant Tracfin, la direction générale du Trésor (DGT), la direction générale des douanes et droits indirects (DGDDI), la direction générale des finances publiques (DGFIP), la direction générale de la concurrence, consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), la direction des affaires criminelles et des grâces (DACG), la direction centrale de la police judiciaire (DCPJ), la direction générale de la gendarmerie nationale (DGGN), l'Autorité des marchés financiers (AMF), l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), la Banque de France et certains services des ministères de l'Intérieur et de la Défense a proposé, dans son récent rapport, de définir la monnaie virtuelle comme « une unité de compte stockée sur un support électronique créée, non pas par un État, ou une union monétaire, mais par un groupe de personnes (physiques ou morales) et destinée à comptabiliser les échanges multilatéraux de biens ou de services au sein de ce groupe » (*Rapport sur l'encadrement des monnaies virtuelles*, juin 2014, p. 3). Ce groupe de travail ajoute qu'« un système de monnaie virtuelle peut être fermé (sans convertibilité avec la monnaie ayant cours légal) ou ouvert (avec possibilité de convertir la monnaie virtuelle en monnaie ayant cours légal [selon un taux d'échange fixe ou variable]) ». Il précise en outre que « la monnaie virtuelle ne représentant pas une créance sur l'émetteur et n'étant pas émise contre la remise de fonds, au sens

sert aujourd'hui à effectuer essentiellement des paiements de petits montants très rapidement et à des coûts très faibles. Elle ne semble pas encore utilisée pour être affectée en garantie.

204. La dématérialisation, que les monnaies électronique et cryptographique ont poussée à son paroxysme, n'est pas propre aux temps modernes. Il suffit de lire l'anglais Berkeley pour constater que dès 1750, des hommes ont eu l'idée d'une banque moderne manipulant une monnaie moderne affranchie de toute tangibilité. Aujourd'hui encore, un mouvement s'est constitué (« *oneeurobanknote* »), qui milite pour l'abandon des pièces métalliques comme support de l'euro, et pour la production de billets d'un euro³⁴⁹.

Berkeley, lui, souhaitait la disparition du métal, du billet, et même de la signature pour ne garder que le compte en banque. « N'est-ce pas une très grande aide au commerce et une très grande stimulation que la propriété puisse être transmise très aisément et avec une grande sécurité par un compte en banque, en écrivant seulement le nom d'un homme à la place du nom d'un autre homme sur le livre de la banque ? »³⁵⁰

Il est vrai que beaucoup ont interprété l'apparition du titre, et donc du billet de banque, qui n'est qu'un titre au porteur, comme la matérialisation d'une créance. En effet, comme l'écrit le professeur Michel Germain, « il suffit de posséder le titre pour établir la cession, et le droit contre le souscripteur est un droit propre et direct »³⁵¹. Il y aurait donc une « incorporation du droit dans le titre ». En ce sens, le billet de banque est « plutôt l'alourdissement de la créance dans le monde des choses, la matérialisation de la créance, que le résultat d'un processus d'allègement »³⁵². Mais il y a aussi une autre interprétation possible, celle du titre « comme une première dématérialisation de biens détenus en société »³⁵³. Dans cette perspective, la monnaie fiduciaire s'inscrit dans

de la directive "monnaie électronique n° 2", la qualification de monnaie électronique ne peut être retenue, en l'état des textes » (*ibidem*, p. 3). Selon le même groupe de travail, les monnaies virtuelles ne sont pas davantage des instruments de paiement au sens de l'article L. 133-4 du code monétaire et financier (même si elles peuvent en remplir la fonction économique, sur une base conventionnelle et privée), ni des instruments financiers au sens de l'article L. 211-1 du même code. En somme, « l'émission des monnaies virtuelles ne répond à aucune qualification au regard de la réglementation bancaire et financière en vigueur » (*idem*).

Face aux risques liés à la diversité des acteurs intervenant sur le « marché » des crypto-monnaies ainsi qu'au manque de transparence de ces marchés qui reposent sur l'anonymat, l'extraterritorialité et l'absence de garantie de prix et de liquidité, le groupe de travail précité a formulé un certain nombre de recommandations visant à prévenir l'usage des crypto-monnaies à des fins de fraude ou de blanchiment. Voir également : N. Aït-Kacimi, « Le bitcoin, la devise qui bouleverse les certitudes », *Les Échos*, 12 février 2014 ; A. Fournier, « Comment la France veut réguler le bitcoin », *Le Monde*, 11 juillet 2014.

³⁴⁹ Cette idée semble être écartée par les autorités en raison du coût de la production de billets de faible valeur au regard des bénéfices escomptés (« Soyons confiants : l'euro est là pour durer », *La Tribune*, 2 janvier 2012, p. 3).

³⁵⁰ Berkeley, *The Querist*, cité par J.-J. Goux, *Économie et symbolique : Freud, Marx*, Seuil, 1973, p. 195.

³⁵¹ M. Germain, « Sociologie de la dématérialisation », *Arch. phil. dr.*, n° 42, 1997, p. 108.

³⁵² *Idem* p. 108.

³⁵³ *Idem*, p. 108.

le mouvement de dématérialisation plus qu'elle ne le contrarie. C'est ainsi que le professeur Rémy Libchaber analyse ce « processus d'abstraction progressive » :

« Cette ligne d'évolution montre des générations monétaires qui s'engendrent les unes les autres par un processus d'abstraction progressive, par un processus de déprise de plus en plus accentuée entre l'être et l'avoir [...] À la confiance dans la valeur du métal succède la confiance dans l'État émetteur de papier-monnaie, puis la confiance dans les banques teneuses de compte, voire dans le système des cartes. Finalement, toutes les formes de monnaie sont fiduciaires par nature, et l'or monnayé n'est guère que la première d'entre elles. Si la confiance est toujours le ressort de l'argent, c'est qu'au fond, la monnaie ne change pas fondamentalement quand ses formes évoluent »³⁵⁴.

Si la nature profonde de la monnaie ne change pas fondamentalement, malgré les changements de ses formes, et si la monnaie scripturale est une propriété incorporelle, alors cela signifie-t-il que la monnaie fiduciaire, qu'elle soit monnaie-papier ou monnaie métallique, est, elle aussi, une « propriété incorporelle »³⁵⁵ ?

³⁵⁴ R. Libchaber, « L'argent, entre matière et mémoire », *Arch. phil. dr.*, n° 42, 1997, p. 119.

³⁵⁵ Dans le même sens : G. Farjat, « Nature de la monnaie : une approche de droit économique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 103 : « la notion de *compte* peut être appelée à remplacer celle de monnaie, dont on se dit qu'après tout, elle a toujours été une créance ».

Chapitre II. La monnaie fiduciaire

205. La monnaie fiduciaire dans le code civil. – À en croire M. Hannes Westendorf, il y aurait une différence de nature entre « la monnaie fiduciaire [qui] tient sa valeur de l'autorité de l'institution émettrice », et « la monnaie scripturale [qui] n'existe qu'à travers une créance sur un particulier »³⁵⁶ - particulier dont on rappellera toutefois qu'il n'est pas anodin, puisqu'il s'agit d'un établissement de crédit. À l'inverse, pour le professeur Jean-Louis Rives-Lange, toute monnaie est fiduciaire³⁵⁷. Il est vrai que l'institution de la monnaie scripturale repose sur un présupposé : la confiance des clients dans la solvabilité des banques, comme la monnaie fiduciaire repose sur la confiance (*fiducia* en latin) des porteurs dans la solvabilité de l'émetteur dont le seul crédit fait la valeur de l'unité monétaire. Comme l'écrit le professeur Jean-Louis Rives- Lange, « la solvabilité du banquier confère à la créance que constitue un solde créditeur une sécurité telle qu'elle est assimilée à son objet même, aux fonds auxquels elle donne droit. La certitude qu'elle sera acceptée en paiement par d'autres personnes lui confère la valeur de bien d'échange »³⁵⁸.

Ce n'est pas un hasard si l'article 536 du code civil assimile les billets de banque et les pièces métalliques aux créances et aux droits. Cet article dispose en effet que « la vente ou le don d'une maison, avec tout ce qui s'y trouve, ne comprend pas l'*argent comptant*, ni les dettes actives *et autres droits* dont les titres peuvent être déposés dans la maison ; tous les autres effets mobiliers y sont compris » (italiques ajoutées). À la lecture de cette disposition, on comprend que M. Hannes Westendorf soit bien impuissant à résoudre l'aporie et qu'il ne puisse que constater la contradiction qu'il y a entre le texte du code civil et la thèse selon laquelle la monnaie fiduciaire est un bien corporel³⁵⁹. Du constat non élucidé d'une contradiction résulte une autre contradiction : il est affirmé à la fois que « le billet est un signe corporel dont la valeur se suffit à

³⁵⁶ H. Westendorf, « Les sûretés ayant pour objet des sommes d'argent », *op. cit.*, p. 479

³⁵⁷ J.-L. Rives-Lange, « La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique) », *Études de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac*, Litec, 1968, p. 413.

³⁵⁸ J.- L. Rives- Lange, « La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique) », *Études de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac*, Litec, 1968, pp. 405 et s.

³⁵⁹ H. Westendorf, « Les sûretés ayant pour objet des sommes d'argent », *op. cit.*, p. 469 citant N. Catala, *La nature juridique du paiement*, *op. cit.*, p. 135 : « bien que l'article 536 du code civil assimile les billets de banque aux créances et aux droits, il faut les considérer comme des meubles corporels ».

elle-même parce qu'elle découle de l'autorité de la Banque centrale européenne »³⁶⁰, et que « le billet étant une monnaie absolue, ce n'est plus le droit, mais la valeur qui se confond avec le titre »³⁶¹. Autrement dit, pour M. Hannes Westendorf, la valeur du billet de banque n'est pas dans sa matérialité (corporelle), mais elle n'est pas non plus dans le droit (incorporel), de sorte qu'elle est dans sa matérialité (le titre).

Comment un signe peut-il être corporel ? Comment la valeur peut-elle résider dans la chose corporelle si elle ne tient qu'à « l'autorité », autrement dit au crédit, de la Banque centrale européenne ? À une époque où est acquise l'inconvertibilité en or de la monnaie fiduciaire, et de la monnaie-papier en particulier, comment peut-on écrire que sa valeur « se confond avec le titre » ?

206. Ayant énoncé les caractères fondamentaux de la monnaie (« fongibilité absolue », « parfaite neutralité », « liquidité congénitale »), le doyen Jean Carbonnier écrit : « ces caractères juridiques étonnants n'appartiendraient pas à la monnaie si elle n'était qu'un objet de papier ou de métal. Mais c'est que, par-delà les espèces concrètes, [...] par-delà les *corpora*, il y a dans la monnaie une mesure abstraite, une *quantitas* »³⁶². C'était faire référence à une célèbre distinction opérée par Papinien, en droit romain, au sujet de la monnaie métallique³⁶³. Et le doyen Jean Carbonnier d'ajouter, ayant constaté que les instruments monétaires sont « considérés par le droit, non pas pour leur matière, mais pour le nombre d'unités idéales qu'ils représentent », que « dans le système monétaire actuel, tous les instruments en circulation ont le caractère d'une monnaie absolue, sont détachés d'un support quelconque de métal précieux, actuel ou virtuel, d'où ils tireraient leur valeur ; toute la valeur qu'ils peuvent avoir leur vient de l'État (d'où, parfois, l'expression de *monnaie fiduciaire*, monnaie de confiance, confiance faite à l'État) »³⁶⁴. C'est à la lumière du *Digeste* romain que le doyen Jean Carbonnier commente ainsi l'article 536 du code civil :

« On méditera, cependant, sur l'article 536 : les instruments monétaires sont assimilés aux créances et aux droits, dissociés des meubles corporels. Or, en 1804, le législateur a pensé, bien plus qu'aux billets

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 136.

³⁶¹ *Idem*.

³⁶² J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 675, p. 1533.

³⁶³ *Digeste*, 46, 3, 94, 1 : « *In pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem* » : « On voit dans la monnaie non pas un bien corporel [*corpora*], mais une valeur [*quantitatem*] ».

³⁶⁴ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 685, p. 1552. Dans le même sens : E. Alfandari, « Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 137 : comme l'écrit le professeur Élie Alfandari, la monnaie est « fiduciaire parce que foi doit être reconnue à la valeur inscrite, indépendamment de la valeur réelle du support ».

de banque, aux pièces d'or et d'argent. Pourquoi donc les a-t-il considérées comme si elles n'avaient pas d'assiette matérielle ? Parce qu'il a aperçu en elles le signe, et non la matière, *quantitas*, et non *corpora* »³⁶⁵.

Le professeur Rémy Libchaber constate quant à lui au sujet de l'article 536 du code civil que «les quelques discussions qui y ont été consacrées ont toutes considéré que les rédacteurs du Code avaient voulu inclure l'argent comptant dans les droits »³⁶⁶.

207. Distinction entre unités monétaires et instruments (ou supports) monétaires. – Il faut donc distinguer entre les instruments monétaires et les unités monétaires dont ils sont le signe³⁶⁷. La monnaie proprement dite, c'est l'unité monétaire, car c'est dans cette unité que réside sa valeur. Et cette valeur semble émaner de l'État, ou plus précisément de l'institution qui l'émet³⁶⁸.

Il semble donc qu'il faille plutôt considérer que la monnaie fiduciaire est, comme la monnaie scripturale, le « signe », le droit constaté par le titre, et, plus précisément, une créance (au sens large). Selon le professeur Germain, on peut en effet assimiler la monnaie scripturale à la monnaie fiduciaire, car, dans les deux cas, « la créance s'est incorporée dans le signe »³⁶⁹, mais, ce n'est pas pour autant qu'il faut y voir une corporalité du signe.

Section I. La monnaie-papier.

208. La monnaie-papier n'est jamais entrée dans les catégories du droit des biens aussi facilement qu'on ne le pense aujourd'hui. Dès 1940, le doyen Joseph Hamel écrivait dans ses « Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie » :

« Nul doute que la monnaie ne constitue un meuble. Bien mobilier qui est indiscutablement corporel quand il s'agit de monnaies métalliques, et qui est indiscutablement incorporel quand la monnaie est représentée par ce qu'on appelle couramment “ la monnaie scripturale ”, à savoir les dépôts en banque ou

³⁶⁵ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n° 686, p. 1556.

³⁶⁶ R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, p. 104. Le professeur J. Huet a avancé que « quant à l'argent comptant, la loi ne le considère pas ici comme une valeur incorporée à des signes monétaires... mais seulement dans sa valeur représentative, comme un pouvoir d'achat » (*Jurisclasseur civil*, art. 533 à 536, fasc. N, n° 40, p. 9).

³⁶⁷ N. Catala, *La nature juridique du paiement*, *op. cit.*, p. 125 : « Les unités idéales de calcul sont en pratique matérialisées par des signes monétaires ».

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 125. Comme l'écrit le professeur Nicole Catala, « ces signes monétaires, pièces ou billets, sont émis par l'État. Bien que susceptibles d'appropriation, ils diffèrent des autres biens patrimoniaux en ce qu'ils n'ont aucune valeur propre : toute leur valeur leur est conférée par l'État ».

³⁶⁹ M. Germain, « Sociologie de la dématérialisation », *Arch. phil. dr.*, n° 42, 1997, p. 111.

dans les caisses d'épargne. Plus délicate sans doute est la recherche d'une classification applicable aux billets de banque ou aux effets de commerce qui constituent " la monnaie fiduciaire ". »³⁷⁰

Si, comme on le verra, il est discutable que la monnaie métallique soit un bien corporel, contrairement à ce qu'admet le doyen Joseph Hamel, il est en revanche indiscutable que la monnaie-papier pose problème.

§ 1. Le billet de banque constate un droit à restitution.

209. Origines de la monnaie-papier. – Les billets de banque ne sont pas une invention récente : c'est la Chine du II^e millénaire avant notre ère qui a commencé à en produire. Selon certains auteurs, sa « caractéristique essentielle est que la valeur intrinsèque (celle de la matière, du billet en tant que bout de papier) est nulle ». L'absence de valeur intrinsèque des instruments de paiement n'aurait rien de surprenant car, selon les mêmes auteurs, la monnaie serait fiduciaire dès l'origine, même sous sa forme métallique³⁷¹.

Bien plus tard, le billet de banque apparut en Europe. Dès 1609, la Banque d'Amsterdam procéda à la première émission importante de billets. Cette banque recevait l'argent des commerçants et des artisans au titre de contrats de dépôt. Les richesses métalliques déposées restaient à la disposition de leurs anciens propriétaires jusqu'à ce qu'ils viennent les reprendre. La banque ne prêtait pas au moyen des dépôts reçus. D'ailleurs, lorsque les armées de Louis XIV s'approchèrent d'Amsterdam, la banque fut assaillie par les commerçants soucieux de récupérer leurs biens avant qu'ils ne soient pillés par les Français, et tous obtinrent satisfaction – ce qui scella pour longtemps la confiance des déposants dans les dépositaires. C'est pourquoi, à la fin du XVII^e siècle, les banquiers d'Amsterdam se permirent de puiser dans ces dépôts pour prêter à la Compagnie hollandaise des Indes dont ils étaient également les dirigeants.

209-1. On commença alors à utiliser les dépôts des uns pour prêter à d'autres. La monnaie fiduciaire reposa alors sur un mécanisme doublement fiduciaire : non seulement les déposants transféraient la propriété (ou une partie des attributs de la propriété) des biens déposés aux dépositaires en échange de la remise, par ces dépositaires, de billets correspondant à leur créance de restitution desdits objets ; mais

³⁷⁰ J. Hamel, « Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie », *Mélanges Sugiyama*, Tokyo, 1940, p. 87.

³⁷¹ A. Testart (dir.), *Aux origines de la monnaie*, éd. Errance, Paris, 2002, p. 10.

en outre, les déposants faisaient confiance aux dépositaires pour la gestion et l'utilisation des biens déposés et transférés en « propriété », c'est-à-dire pour l'octroi de prêts sur la base de la valeur des dépôts. C'est alors qu'apparut le billet de banque tel qu'on le connaît aujourd'hui : « le prêt pouvait être réalisé sous la forme d'un titre, le billet, échangeable contre les espèces placées à la banque. Avec ce billet, l'emprunteur pouvait faire ses paiements et celui-ci pouvait circuler tant que ses porteurs avaient confiance »³⁷².

209-2. Mais il arriva que cette confiance fût parfois brisée, lorsque le banquier avait trop prêté et que tous les déposants réclamaient en même temps leurs dépôts. C'est ce qui arriva au banquier anglais Law, dont la faillite, au XVIII^e siècle, est restée célèbre. Ce sont en effet les Anglais qui ont le plus développé la monnaie-papier. Dès 1640, les Anglais commencèrent eux aussi à déposer leurs richesses métalliques chez les orfèvres (« *goldsmiths* ») après que leur roi Charles I^{er} s'était emparé du stock d'or des particuliers, traditionnellement conservé à la Tour de Londres. Mais c'est surtout au XVIII^e siècle que la monnaie-papier se développa en Angleterre, grâce à des initiatives privées. Le billet a, dès l'origine, été conçu comme un titre de créance³⁷³ sur des valeurs précieuses qui étaient déposées chez des banquiers ou chez des joailliers. L'établissement dépositaire délivrait au déposant un titre de créance au porteur qui pouvait circuler et éteindre des dettes sans que l'on déplaçât lesdites valeurs précieuses (parfois lourdes et encombrantes). Comme l'écrit le professeur Rémy Libchaber, « c'est ainsi que les titres ont pu faire fonction d'instruments de paiement, non par un privilège d'émission intrinsèque, mais par l'effet d'une représentation matérielle des richesses monnayables ou monnayées qui n'équivalait pas pour autant à une création monétaire »³⁷⁴ - car la masse de billets produits devait strictement correspondre à la valeur des biens déposés, sous peine de connaître, comme Law, de terribles faillites.

209-3. En France, le « billet de monnaie » apparut en 1701. Ne trouvant plus à emprunter qu'à des taux exorbitants, l'État fut amené (comme l'État suédois à partir de 1661) à ne rembourser les sommes en espèces portées aux ateliers monétaires que par des promesses de papier dites « billets de monnaie » : les dépôts furent utilisés par l'État pour s'octroyer des prêts sur la base de leur valeur, et les déposants (créanciers) reçurent des billets, en quelque sorte à titre de reconnaissance de dette (la dette de restitution des

³⁷² M. Germain, « Sociologie de la dématérialisation », *Arch. phil. dr.*, n° 42, 1997, p. 110.

³⁷³ J. Perroud, *Essai sur le billet de banque*, éd. A. Rousseau, Lyon, 1901.

³⁷⁴ R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, p. 62.

dépôts pesant sur l'État). Ces billets de monnaie n'étaient rien d'autre que des « reconnaissances de dettes » susceptibles d'être échangées et de circuler. L'État avait une dette à l'égard du porteur, et le porteur une créance contre l'État qui, comme le dit le doyen Jean Carbonnier est « le plus grand débiteur »³⁷⁵. Preuve en est que les premiers assignats-papier émis au moment de la Révolution (assignats correspondant à mille livres) étaient porteurs d'intérêts. Cela suggère même que la créance du porteur d'un billet contre l'État présentait certains caractères d'une créance civile.

210. Convertibilité du billet de banque. – En France, comme en Angleterre, le billet était conçu comme représentant une créance contre l'émetteur : le principe selon lequel on pouvait exiger la remise d'or à la Banque de France a été posé par les statuts fondamentaux de la loi du 25 vendémiaire an XII (article 5) qui prévoyait que les billets émis par la Banque de France (créée en 1801) seraient « payables au porteur et à vue » (comme le chèque³⁷⁶). De fait, avant 1914, le billet était convertible : la Banque de France avait l'obligation de le rembourser en pièces d'or à la demande du porteur³⁷⁷. Le billet n'était qu'un titre de créance sur l'encaisse métallique et les effets du portefeuille de la banque émettrice. C'était, pour reprendre l'expression du doyen Jean Carbonnier, « un droit de créance contre la Banque, droit de créance [payable] à vue et au porteur »³⁷⁸. D'autres auteurs expliquent aussi qu'« à l'origine, les billets de banque étaient de simples créances dont le débiteur était la banque émettrice », que « le billet a été une créance avant de devenir un bien », et que c'est « le cours forcé des billets de banque, utilisé pour la première fois par une loi du 6 août 1850, [qui] a eu pour effet d'empêcher tout rapport d'obligation contenu dans le billet de banque »³⁷⁹.

En effet, sous réserve de l'action en revendication³⁸⁰ exercée sur des biens fongibles grevés d'une clause de réserve de propriété, et de l'action en revendication exercée en procédure collective sur des biens objets d'une fiducie-sûreté, ou grevés d'une obligation de restitution³⁸¹, quand une demande en restitution a pour objet une

³⁷⁵ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 680, p. 1541.

³⁷⁶ Article L. 131-31 du code monétaire et financier, issu de l'article 28 du décret-loi du 30 octobre 1935.

³⁷⁷ Ce principe posé en 1803 par la loi du 25 vendémiaire an XII a été réaffirmé par une loi du 22 avril 1806.

³⁷⁸ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 685, p. 1552. Voir aussi J.-L. Rives-Lange, « La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique) », *Études de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac*, Litec, 1968, p. 407 : les billets de banque « à l'origine n'étaient que des créances de sommes d'argent exprimées dans un billet au porteur ».

³⁷⁹ L. Courtot, note sous Cass. com. 10 mai 2000, *JCP E* 2001, p. 521.

³⁸⁰ Précisons que l'action en revendication est, selon les professeurs Aubry et Rau, celle « par laquelle le demandeur réclame à celui qui le détient la restitution d'un bien meuble ou immeuble en invoquant, non une obligation personnelle du possesseur ou du détenteur à lui livrer, mais sa qualité de propriétaire » (Ch. Aubry et Ch. Rau, *Droit civil français*, t. 2, *Les biens*, par P. Esmein, Librairies techniques, 7^e éd., 1961, n° 316, p. 505).

³⁸¹ Article 2369 du code civil : « la propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte ». Et, dans le cadre des procédures

chose fongible non identifiée, une somme d'argent non isolée – comme c'est le cas de l'or entreposé à la Banque de France – il est habituellement admis que « le créancier exerce un droit personnel et ne bénéficie d'aucun droit de préférence »³⁸², ni d'aucun droit de propriété. De même que le billet de banque ne donne pas à son porteur de droit sur tel ou tel lingot d'or entreposé à la Banque de France, de même « le droit personnel implique une relation entre deux personnes, le créancier et le débiteur : il ne porte pas sur la chose, mais confère un droit au créancier contre le débiteur qui se diffuse sur l'ensemble de son patrimoine »³⁸³.

211. Inconvertibilité du billet de banque. – Si, avant 1914, les billets de banque étaient convertibles en or, ils ne le sont plus depuis cette date (sauf entre 1928 et 1936), témoignant de ce que les billets de banque constituent, comme l'écrit M. Hannes Westendorf, « une monnaie absolue qui tire sa valeur de la souveraineté de l'émetteur ou de la crédibilité bancaire de la Banque centrale européenne »³⁸⁴.

L'instauration du cours forcé en 1914 n'a fait que confirmer l'idée selon laquelle la valeur de la monnaie ne doit être recherchée ni dans sa matérialité (le papier) ni même dans un « équivalent » (l'or thésaurisé par la Banque de France) susceptible de restitution. Alors qu'il était défini par l'article 5 des statuts fondamentaux de la loi du 25 vendémiaire an XII comme « payable au porteur et à vue », le billet émis par la Banque de France a cessé d'être payable à vue en 1914, quand la loi du 29 juillet 1914 en a proclamé le cours forcé. Le cours forcé désigne non pas l'obligation qui est faite au créancier d'accepter un instrument monétaire en paiement (c'est le cours légal) mais

collectives, article L. 624-16 du code de commerce : « peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les biens meubles remis à titre précaire au débiteur ou ceux transférés dans un patrimoine fiduciaire dont le débiteur conserve l'usage ou la jouissance en qualité de constituant. Peuvent également être revendiqués, s'ils se retrouvent en nature au moment de l'ouverture de la procédure, les biens vendus avec une clause de réserve de propriété. Cette clause doit avoir été convenue entre les parties dans un écrit au plus tard au moment de la livraison. Elle peut l'être dans un écrit régissant un ensemble d'opérations commerciales convenues entre les parties [...] La revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles lorsque des biens de même nature et de même qualité se trouvent entre les mains du débiteur ou de toute personne le détenant pour son compte. » Dans les cas visés aux articles 2369 du code civil et L. 624-16 du code de commerce, c'est un droit réel (de revendication) – et non un droit personnel de créance – que le créancier exerce.

³⁸² Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, Defrénois, coll. Droit civil, 5^e éd. ; 2013, n° 157, p. 49 : « lorsqu'une demande en restitution ou une revendication a pour objet un corps certain ou une chose fongible identifiée ou une somme d'argent isolée afin d'être identifiable, c'est la chose elle-même qui doit être restituée. Au contraire, s'il s'agit d'une chose de genre ou d'une chose fongible non identifiée ou d'une somme d'argent, le créancier exerce un droit personnel et ne bénéficie d'aucun droit de préférence ». La Cour de cassation statuant en sa chambre civile a jugé, le 6 mai 1930 (DH. 1930, p. 412 ; S. 1930, I, p. 248), que « toute somme d'argent ou toute quantité de choses fongibles reçue à un titre quelconque, se confond, dès qu'elle ne peut plus être identifiée, avec les autres valeurs composant le patrimoine de celui qui la reçoit ; la personne qui prétend en poursuivre la répétition ne peut invoquer sur cette somme aucun droit de préférence ».

³⁸³ Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, Defrénois, coll. Droit civil, 5^e éd., 2013, n° 351, p. 92.

³⁸⁴ H. Westendorf, « Les sûretés ayant pour objet des sommes d'argent », *op. cit.*, p. 467.

l'obligation qui est faite à tout porteur d'un instrument monétaire de ne pas en demander la conversion en or auprès de l'institution émettrice³⁸⁵. En fait, le cours forcé avait déjà été instauré dans les périodes de crise : de 1848 à 1850 (loi du 6 août 1850) et en 1870 ; et, depuis la Première guerre mondiale, le cours forcé a été supprimé pendant huit ans, entre 1928 et 1936. Ce qui est certain, c'est que « la suppression de la convertibilité a accentué le caractère abstrait du billet de banque »³⁸⁶.

211-1. Mais ce n'est pas pour autant que le flottement organisé du franc a eu pour effet de « dévitaliser les instruments monétaires de toute créance incluse »³⁸⁷. Le professeur Didier-René Martin l'inscrit dans un double mouvement en sens contraire : d'une part, celui de la détitrisation, qui rend leur abstraction « à des droits antérieurement matérialisés par incorporation dans un *instrumentum* », et, d'autre part, celui du billet de banque pour lequel « l'*instrumentum* demeure mais amputé de toute créance contre l'émetteur »³⁸⁸. Le professeur Rémy Libchaber semble partager cette analyse car, selon lui, le cours forcé a eu pour effet de localiser les unités de paiement dans le billet de banque, même si elles ont conservé un lien avec la valeur du métal³⁸⁹. À l'en croire, le cours forcé aurait fait perdre au billet de banque sa nature de titre de créance. L'analyse est tentante : s'il est vrai que le billet de banque est causé par un dépôt, et s'il est vrai que profite alors au porteur un droit à restitution, alors il est logique de présumer que, s'il n'y a pas de droit à restitution, c'est qu'il n'y a pas de dépôt ni, par conséquent, de cause à l'origine de l'émission d'un billet de banque.

211-2. Mais l'on peut aussi se demander si l'inconvertibilité du billet de banque n'a pas plutôt fait évoluer la nature du droit à restitution qu'il représentait initialement, en transformant un droit personnel de créance de restitution en un droit réel – et donc imprescriptible – à restitution³⁹⁰.

³⁸⁵ N. Catala, *La nature juridique du paiement*, op. cit., p. 133 : « autrefois, il était possible aux porteurs de ces billets d'obtenir leur conversion en or à la Banque de France. Cette convertibilité, qui était garantie par l'encaisse-or de la Banque, est aujourd'hui abolie : les billets ont cours forcé, c'est-à-dire qu'il est impossible à ceux qui les détiennent de les échanger contre du métal précieux ».

³⁸⁶ N. Catala, *La nature juridique du paiement*, op. cit., p. 133. Jusque là, le professeur Didier-René Martin partage les mêmes vues : « l'inconvertibilité a conféré à la monnaie nationale une indépendance autorisant l'abandon de toute définition substantielle du franc. Ce qui fut fait en 1936, le franc devenant alors une monnaie flottante. Privé de référence interne, le franc n'est plus soutenu que par la foi commune de ses utilisateurs » (D.R. Martin, « De la monnaie », *Mélanges H. Blaise*, Economica, 1995, p. 336).

³⁸⁷ D.R. Martin, « De la monnaie », *Mélanges H. Blaise*, Economica, 1995, p. 336.

³⁸⁸ *Idem*.

³⁸⁹ R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., p. 77 : « les unités contenues dans un billet n'ont plus de correspondant matériel, même si elles demeurent liées par une valeur métallique. Elles sont incorporées au billet de banque, c'est-à-dire qu'elles y sont localisées, et ne sont plus des substituts d'autres unités situées sur un support métallique ».

³⁹⁰ À rapprocher de l'analyse du professeur Élie Alfandari (« Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 137) : « s'agissant de la monnaie fiduciaire, l'analyse de l'instrument monétaire comme d'un droit de créance doit être écartée depuis que les billets ne sont plus convertibles. En effet,

211-3. L'histoire du cours légal du billet de banque est presque plus intéressante au regard du débat sur sa nature incorporelle. En effet, le cours légal n'est pas né avec le billet de banque qui a, d'abord et longtemps, été considéré comme une pure et simple créance au sens du code civil. Ce n'est qu'en 1870 que le cours légal du billet de banque a été instauré. Avant cette date, un créancier n'était nullement tenu d'accepter en paiement de sa créance de somme d'argent un billet de la Banque de France. Le professeur Nicole Catala relève que la Cour de cassation a jugé, le 7 avril 1856, que « le billet de la Banque de France est *de pure confiance* »³⁹¹ (italiques ajoutées). C'est bien la preuve que la valeur de la monnaie-papier a, au moins à l'origine, résidé dans la seule valeur de la créance du porteur sur la Banque de France, et donc dans le seul crédit, la seule solvabilité de cette banque. Ce n'est que la loi du 2 août 1870 qui a proclamé que « le paiement en billets de banque est un paiement libératoire ». Le professeur Nicole Catala en déduit que c'est cette loi qui en a fait « une véritable monnaie ». Il faut reconnaître que l'octroi au billet de banque de cette suprême fongibilité qui lui permet de substituer à tous les biens sans déperdition de valeur, et d'éteindre ainsi toutes les dettes par équivalent, est une étape importante dans l'acquisition des caractères de ce qui fait qu'un bien est une monnaie³⁹².

211-4. L'instauration du cours légal du billet de banque a eu pour conséquence l'interdiction de l'indexation de la valeur de la monnaie sur des réserves d'or et l'invalidation systématique des clauses-or à partir des années 1920. Ont été en effet frappées de nullité toutes les conventions imposant au débiteur de sommes d'argent le

quel serait l'objet de la créance ? Qui en serait le débiteur ? D'ailleurs, même à l'époque où le billet était convertible, il avait été considéré comme imprescriptible, ce qui correspondait mieux à un droit de propriété qu'à un droit de créance ».

³⁹¹ N. Catala, *La nature juridique du paiement*, op. cit., p. 128.

³⁹² Le professeur Élie Alfandari (« Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 136) lie la fongibilité de la monnaie à sa double fonction d'instrument de compte et d'instrument de paiement. Si la monnaie « présente cette caractéristique de pouvoir éteindre toute dette, contractuelle ou délictuelle, par équivalence », c'est parce qu'elle « peut se changer contre tout bien, tout service, et [que] chaque forme monétaire est échangeable contre une autre forme de la même monnaie (billets contre pièces, monnaie scripturale contre monnaie fiduciaire, par exemple) » (*ibidem*).

Un débat s'est noué sur le point de savoir si la fongibilité de la monnaie était plutôt celle de ses supports monétaires ou plutôt celle des unités monétaires. Alors que le professeur Rémy Libchaber semble s'être prononcé en faveur de la première option (R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., pp. 100 et s.), Th. Le Gueut, dans sa thèse de doctorat, prend parti pour la seconde option, estimant qu'indépendamment du fait « que des unités monétaires soient stockées au sein de pièces métalliques, de billets de banque, de comptes de dépôt ou encore de porte-monnaies électroniques ou virtuels, celles-ci n'en demeurent pas moins les choses du genre *monnaie* [...] nécessairement fongibles entre elles » (*Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, pp. 193-194). La seconde option paraît devoir être préférée, dans la mesure où un paiement est libératoire, peu important qu'il soit fait en pièces métalliques, ou en billets de banque ou par chèque ou virement : la fongibilité intra-monétaire montre bien que ce qui peut se substituer sans déperdition de valeur, ce qui est donc « fongible », ce sont moins les supports monétaires que les unités monétaires dont ils sont le signe.

paiement en pièces d'or³⁹³, ou même en billets de banque dont le nombre serait fixé en référence au cours de l'or³⁹⁴. On considère alors que le cours légal présuppose que « le billet de banque ne peut subir aucune infériorité par rapport au métal précieux »³⁹⁵.

Si, comme l'écrit le doyen Jean Carbonnier, « l'inconvertibilité est de leur essence »³⁹⁶, et si « elle [la monnaie fiduciaire] n'a de valeur que celle qui lui est assignée par un acte de volonté de l'autorité publique », ce n'est pas pour autant qu'« on ne peut plus y déceler une promesse de payer »³⁹⁷.

215. Depuis 2002, si la Banque de France est seule habilitée à fabriquer des billets ayant cours légal sur le territoire français, c'est la Banque centrale européenne qui a le monopole d'autorisation de l'émission³⁹⁸. Or la régulation de l'émission de billets par la Banque centrale européenne répond moins à des considérations d'exercice d'une souveraineté ou d'un acte de volonté de l'autorité publique, qu'à un souci de préservation de l'assise financière et bancaire de l'Union européenne. C'est ce qui a fait dire au doyen Jean Carbonnier que « pour l'euro, la valeur est moins une affaire d'autorité publique que de crédibilité bancaire »³⁹⁹.

De même que la valeur de la monnaie scripturale reposerait sur le crédit du client et de son banquier, de même la valeur de la monnaie fiduciaire reposerait sur le crédit de l'État hier, des institutions émettrices aujourd'hui. L'analogie n'est pas seulement relevée par le doyen Jean Carbonnier : elle l'est aussi par le professeur Didier-René Martin qui remarque que « la scripturalisation de la monnaie aura abouti à en déplacer la création des banques centrales aux établissements de crédit qui prêtent moins l'argent qu'ils ont que l'argent qu'ils créent »⁴⁰⁰. En raisonnant *a contrario*, cela signifie que les

³⁹³ Cass. civ. 2 février 1873 (S. 1873, I, 97, note Labbé) ; Cass. civ. 17 mai 1927 (D. 1928, I, 25, note Capitant).

³⁹⁴ Cass. civ. 31 décembre 1928 (S. 1930, I, 41, note Hubert).

³⁹⁵ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 685, p. 1553.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 1552.

³⁹⁷ H. Westendorf, « Les sûretés ayant pour objet des sommes d'argent », op. cit., p. 468.

³⁹⁸ Avant l'adoption de l'euro comme monnaie de la France, c'était la Banque de France qui, en vertu de l'ancien article 2 de la loi n° 73-7 du 3 janvier 1973 sur la Banque de France était « seule habilitée à émettre des billets qui [étaient] reçus comme monnaie légale sur le territoire de la France métropolitaine ». Depuis l'adoption de l'euro comme monnaie de la France, une distinction est établie entre le monopole d'autorisation d'émission des billets – qui est reconnu à la Banque centrale européenne – et le monopole d'émission des billets – qui revient à la Banque de France. L'article L. 141-5, alinéa 1^{er}, du code monétaire et financier dispose en effet qu'« en application de l'article 106, paragraphe I, du traité instituant la Communauté européenne, accordant à la Banque centrale européenne le monopole d'autorisation d'émission de billets de banque dans la Communauté, la Banque de France est seule habilitée, sur le territoire de la France métropolitaine et des départements d'outre-mer ainsi que sur le territoire de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin, à émettre les billets ayant cours légal ». Quant aux pièces métalliques, qui, autrefois, étaient frappées par le Trésor public, c'est désormais la Monnaie de Paris qui détient le monopole de leur fabrication, en application de l'article L. 121-2 du code monétaire et financier, qui dispose que « les pièces métalliques ayant cours légal et pouvoir libératoire destinées à la circulation en France sont fabriquées par la Monnaie de Paris ».

³⁹⁹ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 676, p. 1536.

⁴⁰⁰ D. R. Martin, « De l'inscription en compte d'actifs scripturaux », D. 1998, pp. 15 et s.

banques centrales agissent en matière de monnaie fiduciaire comme les établissements de crédit en matière de monnaie scripturale. Si la monnaie fiduciaire est aux banques centrales ce que la monnaie scripturale est aux établissements de crédit, et si la monnaie scripturale est, comme on l'a montré, le droit à restitution du titulaire d'un compte à l'encontre d'un établissement de crédit, alors la solution s'impose avec la force et l'évidence du syllogisme : la monnaie fiduciaire est une « créance » atypique, ou plus exactement, un droit à restitution qu'a son porteur à l'encontre de la banque centrale émettrice.

A – Le billet de banque a une cause objective.

216. Théorie de la nature corporelle de la monnaie-papier : absence de cause du billet de banque. – Le doyen Jean Carbonnier soutient que « le droit était incorporé dans le titre », et en conclut que « le billet a toujours été un meuble corporel »⁴⁰¹. Ces formules ne sont justes que si on les précise : le billet a toujours été une chose corporelle, certes, mais la valeur qu'il représente, elle, est incorporelle, de sorte qu'au regard du droit, le billet ne peut être qu'un *bien* incorporel.

216-1. Pour nier le caractère de créance du billet de banque, le professeur Nicole Catala, quant à elle, avance deux arguments : d'une part, « la Banque [de France] a toujours émis des billets sans recevoir en contrepartie une valeur égale à leur montant » ; et, d'autre part, « les billets qui servent au paiement sont indépendants de toute cause »⁴⁰².

Il n'est cependant pas certain que la Banque de France émette des billets sans contrepartie, car, dans une brochure publiée en 1977, la Banque de France elle-même a indiqué que « les avoirs ou les créances monétaires des divers agents économiques ne

⁴⁰¹ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n° 685, p. 1552.

⁴⁰² N. Catala, *La nature juridique du paiement*, *op. cit.*, p. 133. *Adde*, p. 134 : « les billets ne se confondent ni avec les valeurs mobilières, ni avec les effets négociables. [Note 2 :] Même à l'époque où il était convertible en or, le billet se distinguait des valeurs mobilières en ce qu'il n'était jamais remboursable à une date déterminée (et à plus forte raison à long terme). D'autre part, la Banque de France ne procède pas à des émissions d'un montant global déterminé, comme les sociétés qui émettent des valeurs mobilières : elle émet les billets au fur et à mesure de ses besoins. La distinction entre billets et valeurs mobilières a d'ailleurs été faite par la Cour de cassation dans son arrêt du 21 janvier 1915 (D. 1915, I, 82). Sans doute ces derniers représentent-ils, à certains égards, une monnaie fiduciaire comme la monnaie légale, puisqu'ils reposent sur la confiance du porteur envers le tiré et les éventuels signataires de l'effet. Mais ils sont étroitement liés à un versement de fonds, ou en tout cas à une créance née des opérations du commerce. Les billets de banque, eux, n'ont jamais pour cause un dépôt de fonds. Ce sont des titres abstraits, créés indépendamment de toute cause. [Note 2 *in fine*] Le billet à ordre, comme tous les effets de commerce, représente une créance contre le tiré. Il est garanti par une créance correspondant au montant de la dette. Le billet de banque, lui, ne correspond pas à une créance née d'une opération avec la Banque de France : c'est un titre abstrait, indépendant de toute cause ».

sont pas autre chose que les engagements ou les dettes monétaires des institutions ou des établissements créateurs de monnaie »⁴⁰³.

216-2. Pour M. Hannes Westendorf aussi, si, « autrefois, les billets de banque ont pu être rapprochés des effets de commerce et [s']ils ont pu être analysés comme des titres de créance au porteur et à vue », ils « ne se confondent ni avec les valeurs mobilières, ni avec les effets négociables comme ils n'ont jamais pour cause un dépôt de fonds »⁴⁰⁴. Mais, à l'argument selon lequel « ce sont des titres abstraits créés indépendamment de toute cause », et que « c'est une monnaie absolue, détachée de toute contrevaletur dont elle serait la représentation », on peut opposer les analyses de l'économiste Frédéric Bastiat :

« Vous avez un écu. Que signifie-t-il entre vos mains ? Il y est comme le témoin et la preuve que vous avez, à une époque quelconque, exécuté un travail, dont, au lieu d'en profiter, vous avez fait jouir la société, en la personne de votre client. Cet écu témoigne que vous avez rendu un *service* à la société, et, de plus, il en constate la valeur [...] Si vous savez lire, avec les yeux de l'esprit, les inscriptions dont il est chargé, vous déchiffrez distinctement ces mots : “*Rendez au porteur un service équivalent à celui qu'il a rendu à la société, valeur reçue constatée, prouvée et mesurée par celle qui est en moi-même*” [...] D'après tout ce qui précède, la société peut être considérée comme un immense bazar où chacun va d'abord déposer ses produits, en faire reconnaître et fixer la valeur. Après cela, il est autorisé à prélever sur l'ensemble de tous ces dépôts, des produits à son choix pour une valeur égale »⁴⁰⁵.

La réponse, ici, est d'ordre économique. Il est évident qu'il a bien fallu un jour que de la richesse soit produite par la société usant de monnaie-papier pour que celle-ci ne soit pas totalement dépourvue de valeur. C'est l'argument de l'économiste Frédéric Bastiat, pour qui la monnaie fiduciaire en général, et le billet de banque en particulier, est le titre d'une créance sur la société correspondant à une richesse qui a été produite par un individu, dont la collectivité a bénéficié, et en contrepartie de laquelle il a été émis.

217. D'autres économistes, appartenant à l'école autrichienne, comme Jesus Huerta de Soto ou Murray Rothbard, sont allés plus loin, soutenant que non seulement le billet de banque – comme la monnaie scripturale – reposait sur un contrat de dépôt de fonds originaire, mais qu'en outre, les banquiers ne pouvaient émettre des billets de banque

⁴⁰³ *La Banque de France et la monnaie*, brochure éditée en 1977 par la Banque de France, citée par G. Farjat, in « Nature de la monnaie : une approche de droit économique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 115.

⁴⁰⁴ H. Westendorf, « Les sûretés ayant pour objet des sommes d'argent », *op. cit.*, p. 468.

⁴⁰⁵ F. Bastiat, *Maudit argent* in *Œuvres complètes*, t. V, éd. Guillaumin, Paris, 1863, pp. 80-81.

que pour un montant correspondant à la valeur de la monnaie métallique ou des biens qu'ils avaient dans leurs caisses et leurs coffres et qui étaient la cause de la monnaie-papier⁴⁰⁶. Si cette conception de la monnaie fiduciaire et scripturale a le défaut d'ignorer la pratique bancaire de création de monnaie grâce aux crédits qui sont consentis à partir des dépôts et dont le montant dépasse souvent celui desdits dépôts⁴⁰⁷, et si cette conception « métallo-morphique » revient à remettre en cause la nature de monnaie des billets de banque et des comptes bancaires au profit de la monnaie métallique, et notamment de l'or, qui serait la seule « vraie » monnaie, il n'en reste pas moins qu'elle a le mérite de mettre en exergue l'existence d'une cause du billet de banque dont l'émission est partiellement la contrepartie d'une richesse produite.

L'histoire a en effet montré que lorsqu'une banque centrale émet trop de monnaie-papier, celle-ci se déprécie, chaque billet, individuellement, permettant d'acquérir moins de biens, et, dans ce phénomène inflationniste, le porteur perd en pouvoir d'achat. Il y a derrière l'émission de billets de banque un souci de proportion au regard de l'encaisse-or jadis, et des réserves des banques centrales de l'Union européenne aujourd'hui. C'est le signe que l'émission de billets de banque ne se fait pas sans une contrepartie. Car si leur émission était absolue, déliée de toute contrepartie, l'érosion monétaire⁴⁰⁸ n'existerait pas et les banques centrales pourraient en émettre à volonté sans que la monnaie-papier se déprécie : plus de billets permettraient d'acquérir plus de choses, et le pouvoir d'achat des porteurs de billets s'en trouverait accru. Or c'est l'inverse qui se produit. L'argument ne tient donc pas.

218. Ce n'est donc pas un hasard si Edmond Thaller et Jean Percerou, dans leur *Traité élémentaire de droit commercial*⁴⁰⁹, ont, eux, soutenu que les billets de banque avaient une cause, qu'ils pouvaient donc être assimilés aux effets négociables,

⁴⁰⁶ J. - P. Centi, « Le contrat de dépôt bancaire », *Mélanges Ch. Mouly*, Litec, 1998, vol. II, p. 307 : l'auteur expose le point de vue des économistes de l'école autrichienne pour qui « tout contrat stipulant autre chose que le maintien permanent d'une quantité équivalente aux dépôts à vue et/ou aux billets émis – par exemple un contrat prévoyant seulement la convertibilité en or, comme cela fut le cas dans l'histoire de la banque et de la monnaie – est inacceptable car une même quantité de monnaie « vraie » (l'or) serait utilisée par deux personnes simultanément : le déposant qui a reçu des « substituts monétaires » (billets ou dépôts à vue) et le bénéficiaire du crédit (en or, en billets ou en dépôts à vue). »

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 311 : « Quant au métier de banquier, on pourrait en effet se demander pourquoi cette activité se limiterait à conclure des « contrats de consigne ». Alors le banquier prendrait le risque de garder les encaisses (et historiquement l'or) de ses déposants, tout en leur rendant des services en leur procurant ce que Mises appelait des « certificats monétaires » (instruments émis par les banques sous forme de billets), lesquels procurent une grande commodité dans les paiements. Le banquier n'accepterait cela que s'il était rémunéré, mais tout se passerait comme si le déposant effectuait un dépôt de fonds à intérêt négatif. On n'imagine pas que les services rendus par le banquier (pour la sécurité et les paiements) soient gratuits, mais on n'imagine pas non plus qu'un tel contrat soit avantageux pour l'ensemble des déposants potentiels. »

⁴⁰⁸ L'érosion monétaire désigne la baisse de la valeur non pas faciale ou nominale, mais effective de la monnaie, résultant de la perte du pouvoir d'achat qu'elle représente – perte notamment liée à la hausse des prix.

⁴⁰⁹ Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de droit commercial*, éd. Rousseau, 8^e éd., 1931, n° 1631, pp. 972 et s.

notamment aux billets à ordre au porteur, et qu'il y avait donc une créance au fondement du billet de banque. Le rapport fondamental lierait le banquier émetteur au porteur. Ainsi, « le billet de banque n'est, en définitive, qu'un effet de commerce signé par un banquier d'un prestige supérieur aux autres, ce qui explique le bon accueil que lui témoigne le public et la durée de sa circulation de fait : c'est un effet payable au porteur et à première réquisition »⁴¹⁰. Assimilé à une créance cambiaire, la créance sur laquelle repose le billet de banque serait donc une « créance atypique ».

B – Le billet de banque trouve sa cause dans des créances.

219. Théorie de la nature incorporelle de la monnaie-papier : cause du billet de banque dans des créances. – Edmond Thaller et Jean Percerou ont tenté une identification de la créance formant le rapport fondamental sur lequel repose la circulation du billet de banque. Selon ces auteurs, il y a deux types de créances au fondement de la circulation de cet effet de commerce un peu particulier qu'est le billet de banque. La première – et la plus importante en leur temps – est une créance de restitution de fonds déposés :

« La Banque recevra dans ses caves de l'or et de l'argent en dépôt : le déposant, sans se faire ouvrir un compte, demande la conversion immédiate de ce numéraire en billets qui lui sont plus avantageux. Ces billets ne rapportent rien à la Banque, il lui en coûte même pour les fabriquer et pour surveiller l'encaisse correspondante. *Ils ont leur contrepartie dans les dépôts jusqu'à due concurrence* [...] Elle représentait avant la guerre pour la Banque de France la majorité des billets en cours » (italiques ajoutées)⁴¹¹.

219-1. S'il est vrai que les banques émettrices de billets se sont départies de l'idée – en cours au XVII^e siècle – que le montant de l'ensemble des billets en circulation devait absolument correspondre au montant de l'ensemble des dépôts en or ou en argent qu'elles recevaient, il n'en reste pas moins que le souci perdure d'un rapport minimal de proportionnalité entre les fonds déposés et les titres de créance de restitution. Edmond Thaller et Jean Percerou signalent qu'une loi anglaise de 1844 avait imposé à la Banque d'Angleterre une identité entre le montant des fonds déposés et le montant des billets émis, tandis qu'une loi allemande de 1875 avait autorisé la Banque impériale d'Allemagne à n'avoir de fonds déposés qu'à hauteur du tiers du montant des billets émis. En France, aucun rapport de proportionnalité entre les fonds déposés et le

⁴¹⁰ *Idem.*

⁴¹¹ *Ibidem*, p. 974.

montant des billets émis n'était exigé avant qu'une loi du 25 juin 1928 n'impose à la Banque de France d'avoir des fonds déposés représentant au moins 35 % des billets émis. Mais si le montant des fonds déposés peut ne représenter que 35 % du montant des titres de créance de restitution en circulation, à quoi correspondent les 65 % restants des billets de banque ?

219-2. Pour y répondre, il convient de présenter le deuxième type de créance qui, selon Edmond Thaller et Jean Percerou, est au fondement du billet de banque. Il s'agit de la dette de restitution que contracte la banque émettrice en escomptant et en réescomptant les effets de commerce émis par les particuliers.

Selon les deux auteurs, l'économie repose sur le différentiel entre les capitaux dont disposent les producteurs et les capitaux dont ils ont besoin pour investir et développer leur activité. Pour développer l'économie, les producteurs ont besoin de crédit : ils ont besoin qu'on leur prête. Mais il n'y a pas assez de fonds pour cela : « comment faire en sorte que la monnaie fiduciaire comb[ât] les insuffisances de la monnaie métallique ? Le billet de banque résoudra[it] le problème », selon Edmond Thaller et Jean Percerou⁴¹².

En développant leur activité, les producteurs de richesses vont devenir titulaires de créances sur leurs clients, qu'ils vont céder en émettant des effets de commerce susceptibles de venir en remboursement des prêts consentis – effets qu'ils paieront au porteur avec les bénéfices espérés des investissements réalisés au moyen des prêts obtenus. Ces effets de commerce vont être escomptés par les banques privées – autrement dit les banques rachèteront les créances des acteurs économiques moyennant un rabais par rapport au montant nominal de la créance prise à l'escompte. La différence entre le montant nominal et le montant d'achat des créances prises à l'escompte permet à la banque qui escompte de réaliser une marge – l'escompte – qui rémunère le risque pris lors de cet achat de créances – dont le débiteur est toujours susceptible d'être défaillant. Les effets (et donc les créances) remontent ainsi jusqu'à la banque nationale émettrice. Celle-ci réescompte tous ces effets en rachetant aux banques privées ces créances déjà prises à l'escompte, et en réalisant, pour le risque pris, une marge définie par le taux de l'escompte. Des créances entrent ainsi dans l'actif de la banque émettrice, à côté des fonds déposés. Or la banque émettrice va à son tour « céder » les créances

⁴¹² *Ibidem*, p. 975.

qu'elle a réescomptées en diffusant dans le public des billets de banque qui ne correspondent à rien d'autre qu'aux créances qui ont été escomptées et réescomptées et dont les débiteurs sont en fait les clients des producteurs de richesses, eux-mêmes producteurs de richesse. Autrement dit, la banque émettrice émet des billets dont le gage n'est rien d'autre que le portefeuille des créances qui lui ont été cédées. C'est une façon de « céder » au public les créances de la banque sur les producteurs de richesses, et de rendre tous les porteurs de billets de banque créanciers de ces producteurs de richesses qui sont débiteurs des effets escomptés et réescomptés. Alors que, dans le cas où les billets de banque ont pour gage les fonds déposés, le porteur du billet de banque est titulaire d'une « créance » de restitution sur la banque émettrice, et alors que, dans ce cas, c'est une sorte de contrat de dépôt qui est au fondement de la « créance » représentée par le billet de banque, c'est une sorte de cession de créances qui est au fondement de la « créance » représentée par le billet de banque qui a pour gage le portefeuille de créances escomptées et réescomptées par la banque émettrice – les producteurs de richesses étant en définitive les débiteurs de la créance cédée⁴¹³. En émettant des billets de banque (titres de créance formant un élément de passif) sur la base des créances acquises par l'escompte et le réescompte (élément d'actif), la banque émettrice « cède » en quelque sorte ces créances à l'ensemble des porteurs qui deviennent créanciers au sein d'une sorte de gigantesque chaîne de cessions de créances, et par là-même, la banque émettrice garantit l'existence des créances sur le fondement desquelles elle émet des billets, comme le cédant garantit de droit l'existence de la créance cédée au moment de la cession (article 1693 du code civil). Ce n'est pas aux producteurs de richesses que les porteurs de billets de banque demanderaient la contrepartie de leurs titres de créance, mais bien à la banque émettrice qui, elle-même, n'est pas censée supporter définitivement le poids de la dette puisqu'en principe, les créances qu'elle escompte et réescompte lui sont payées par les producteurs de richesses. Edmond Thaller et Jean Percerou écrivent ainsi que « la banque se substitue, vis-à-vis du public, aux débiteurs des traites admises par elle à l'escompte. Elle garantit solides et solvables les signatures de ces débiteurs. Elle met dans son portefeuille les traites qui répondront désormais du paiement des billets délivrés en échange ».

⁴¹³ *Ibidem*, p. 974 : « Le billet de banque sert aussi, de la part de la Banque d'émission, à activer la distribution du crédit de l'argent [...] Cette institution est commandée par la nature de l'État moderne, comme un baromètre de crédit. »

220. Le billet de banque est donc au cœur d'une gigantesque « pompe » du crédit⁴¹⁴ : il permet de faire supporter à ses porteurs – et donc à la société – le crédit, l'emprunt dont ont besoin les acteurs économiques qui produisent des richesses pour développer leur activité et, à leur tour, enrichir ainsi la société. Autrement dit, quand il n'y a pas assez de fonds (et notamment de monnaie métallique) pour développer l'activité économique, les acteurs économiques s'endettent auprès de la société qui leur consent une forme de crédit dont les billets de banque sont autant de titres de créance, et qui se fait payer en récoltant les fruits des investissements ainsi réalisés et en profitant directement ou indirectement des bénéfices qui en sont tirés, notamment en termes d'emploi.

Au fur et à mesure que le temps passe, la part des fonds déposés dans le gage qui sert de contrepartie – et donc de « cause » (objective) – aux titres de créance que sont, comme tous effets de commerce, les billets de banque, diminue... de sorte que si Edmond Thaller et Jean Percerou pouvaient en 1931 se fonder sur le bilan de la Banque de France du 13 décembre 1929 pour soutenir que les dépôts forment l'essentiel de la contrepartie des billets de banque, et que « le rôle propre du billet de banque dans l'escompte des effets de commerce n'a pas l'importance que l'on pourrait croire »⁴¹⁵, il n'en va pas de même aujourd'hui.

221. Il y a bien au fondement du billet de banque deux types de droits à restitution dont il rend ses porteurs titulaires : le premier (important jadis, et moins aujourd'hui) est une « créance » de restitution dans le cadre d'une forme de contrat de dépôt, et le second (marginal hier, et important aujourd'hui) est un droit à restitution de la valeur de créances escomptées et réescomptées sur lesquelles l'autorité émettrice a acquis un droit de disposer.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 974 : « dans les périodes où l'esprit d'entreprise est stimulé, on présente à l'escompte des banques privées plus de lettres de change que ne le comporte l'encaisse totale du pays en numéraire. Les industriels, pour commander leurs machines, pour payer leurs ouvriers, pour acheter leurs approvisionnements, etc., ont besoin de capitaux supérieurs à la quantité de monnaie disponible. Ils émettent pour 13 milliards d'effets, alors que le numéraire du pays ne peut fournir que 5 milliards. [...] Tous ceux de ces effets qui inspirent confiance seront pris à l'escompte : ils graviront l'échelle des banques, mais il faudra que la Banque nationale les absorbe. Cette banque sera un établissement de réescompte superposé à tous les autres, remplaçant les effets qu'on lui négocie, non par du numéraire, car il n'en a pas assez mais par ses propres effets qui disposent d'une grande confiance. Que sont ces effets de la Banque, prenant dans la circulation, la place des effets privés ? Les billets de banque. La banque se substitue, vis-à-vis du public, aux débiteurs des traites admises par elle à l'escompte. Elle garantit solides et solvables les signatures de ces débiteurs. Elle met en son portefeuille les traites qui répondront désormais du paiement des billets délivrés en échange. Tant vaudront les engagements escomptés, tant vaudra la signature de la Banque elle-même. [...] Les billets, émis dans de pareilles conditions, ne sont pas gagés par l'encaisse, ainsi qu'on le dit parfois : car l'encaisse doit être rendue aux déposants et garantit leur remboursement, elle ne peut pas garantir deux éléments différents du passif de la Banque. Les billets ont bien pour gage le portefeuille ».

⁴¹⁵ *Ibidem*, p. 976.

Le billet de banque est le titre constatant ces droits à restitution et investissant ledit porteur d'un droit sur la richesse produite (pour les fonds déposés) ou à produire (pour les effets escomptés et réescomptés) par la société, et particulièrement par ses acteurs économiques. L'analyse d'Edmond Thaller et de Jean Percerou conduit donc à confirmer l'analyse de l'économiste Frédéric Bastiat qui décrit le porteur d'un billet de banque – mais aussi d'une pièce de monnaie métallique – comme titulaire d'une « créance » sur la société, et plus précisément sur le capital qu'elle produit et sur les bénéfices et autres fruits envisagés qu'elle réalise en investissant. Le billet de banque rémunère en quelque sorte la contribution (par le travail) de son porteur à l'enrichissement de la société en lui reconnaissant un droit sur le capital produit, accumulé ou attendu, par l'ensemble de la société. Le billet de banque est donc cet effet de commerce particulier qui rémunère le travail de l'un par la promesse d'une partie du capital produit par le travail de tous – rémunération estimée comme étant proportionnelle à la contribution. C'est la raison pour laquelle il y a une relation étroite entre la richesse produite ou la bonne santé économique d'un État et la quantité de billets de banque en circulation : un État qui achète plus qu'il ne produit et vend, et qui perd des capitaux, doit en principe réduire l'émission des billets de banque proportionnellement à ces pertes de richesses... sous peine de voir sa monnaie se déprécier.

222. On ne s'étonnera pas de ce que les économistes d'aujourd'hui confirment les analyses d'Edmond Thaller et de Jean Percerou. Ainsi, MM. Étienne Barel, Christophe Beaux, Emmanuel Kesler et Olivier Sichel définissent en effet la création de monnaie comme la transformation de créances en moyens de paiement⁴¹⁶. C'est même la Banque de France qui, tout à fait officiellement, déclare qu'« un acte de création monétaire consiste à transformer des créances en moyen de paiement »⁴¹⁷ - ce qui fait dire aux économistes que « la création monétaire est la conséquence de la monétisation des créances »⁴¹⁸.

222-1. Ces auteurs montrent ainsi que la masse monétaire a une contrepartie. Celle-ci était constituée à l'origine uniquement par les dépôts métalliques (pièces,

⁴¹⁶ E. Barel, Ch. Beaux, E. Kesler, O. Sichel, *Économie politique contemporaine*, Armand Colin, 3^e éd., 2007, préf. M. Pébereau, p. 214.

⁴¹⁷ Cité par E. Barel, Ch. Beaux, E. Kesler, O. Sichel, *Économie politique contemporaine*, *op. cit.*, p. 214.

⁴¹⁸ E. Barel, Ch. Beaux, E. Kesler, O. Sichel, *Économie politique contemporaine*, *op. cit.*, p. 217.

bijoux, mobilier en métal précieux...) à hauteur desquels les banques prêtaient. Ainsi, « lorsqu'un dépôt d'or était effectué pour une durée d'un an, la banque pouvait prêter cette somme pour une durée inférieure »⁴¹⁹. Puis, étant donné qu'une partie des prêts consentis étaient remboursés à la banque sous forme de dépôts ou de créances cédées notamment au moyen d'effets de commerce, il est apparu l'idée de prêter une nouvelle fois cette encaisse... de sorte que de nouveaux dépôts ou de nouvelles créances cédées revenaient ainsi en banque, permettant l'octroi de nouveaux prêts qui, à leur tour, appelaient encore de nouveaux prêts – et ainsi de suite.

Sous réserve de la limite consistant dans l'obligation pour les banques commerciales de conserver un solde créditeur du compte qui leur est ouvert auprès des banques centrales, les crédits engendrent de nouveaux crédits de sorte que, dans ce processus « multiplicateur de crédit », il apparaît que ce sont les crédits qui sont à l'origine des dépôts – et non l'inverse.

Autrement dit, si, à l'origine, c'était bien un droit à restitution né d'un contrat de dépôt qui a permis de créer de la monnaie, c'est très vite un droit à restitution né d'un contrat de prêt et des cessions de créances venant en remboursement de ce prêt qui ont permis d'en poursuivre la création.

222-2. Quand MM. Étienne Barel, Christophe Beaux, Emmanuel Kesler et Olivier Sichel décrivent ce qu'est aujourd'hui la contrepartie de la masse monétaire, ils dressent « une liste des créances correspondant aux agrégats monétaires »⁴²⁰.

Parmi ces créances, il y a, pour une moindre part, les créances sur le Trésor (c'est-à-dire sur l'État⁴²¹), les créances sur l'extérieur (qui sont liées au solde

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 214.

⁴²⁰ *Ibidem*, p. 217.

⁴²¹ On entend par « Trésor » l'ensemble des moyens financiers dont dispose un État, et, plus précisément, et par métonymie, l'administration chargée de gérer ces ressources, qui est le plus souvent un service de l'État rattaché au ministère des Finances. En France, deux administrations se partagent l'appellation Trésor, l'une par tradition et l'autre dans sa dénomination officielle. La première est le réseau du Trésor public, qui est chargé de la tenue de la comptabilité des personnes publiques et le maniement de l'ensemble des fonds publics, tant en matière de recettes que de dépenses, centralisés sur le compte de l'État à la Banque de France. Autrefois rattachés à la direction générale de la comptabilité publique, les services déconcentrés du Trésor public ont fusionné avec les services fiscaux au sein de la Direction générale des Finances publiques. Le Trésor public a ainsi deux fonctions distinctes : il est chargé du recouvrement de la plupart des recettes de l'État, des collectivités territoriales et des établissements publics et il procède surtout au contrôle de la régularité budgétaire de toutes les dépenses de ces entités. La seconde administration, la direction générale du Trésor, est chargée de la conduite de la politique économique et financière ainsi que de la défense des intérêts économiques et financiers de la France dans le monde. Par le biais de l'Agence « France Trésor », qui en dépend, la direction gère en particulier la trésorerie de l'État, déposée sur un compte unique ouvert à la Banque de France, et la dette publique. Le Trésor émet à cet effet des emprunts d'État, bons et obligations du Trésor. Il s'agit notamment des Bons du Trésor à Taux Fixe et à intérêt précompté (BTF), qui sont des titres de créance négociables à court terme, d'une durée inférieure à un an à l'émission. Mais on peut aussi citer les Bons du Trésor à intérêts Annuels Normalisés (BTAN) qui sont des titres de créance négociables à moyen terme, d'une durée comprise entre deux et cinq ans à l'émission, ainsi que les Obligations Assimilables du Trésor (OAT) qui sont des titres de créance négociables à long terme, d'une durée comprise entre sept et cinquante ans à l'émission. Le Trésor exerce aussi une action limitée mais réelle de création monétaire.

commercial)⁴²², et, pour la plus large part, des créances sur l'économie qui « représentent l'ensemble des crédits accordés aux entreprises, que ce soit pour leurs besoins de trésorerie ou pour financer des investissements, et l'ensemble des prêts accordés aux ménages »⁴²³.

223. Dans son ouvrage d'*Introduction à l'économie*, M. Jacques Généreux reprend et explicite cette classification tripartite des créances qui sont transformées en monnaie, fiduciaire ou scripturale. L'auteur explique que les banques, qu'il définit comme les « institution[s] qui gère[nt] des dépôts à vue d'agents non financiers et [ont] le pouvoir de créditer le compte de ces derniers »⁴²⁴ créent de la monnaie, aujourd'hui davantage scripturale que fiduciaire, en portant des sommes au crédit des comptes de leurs clients en échange des créances qui leur sont « remises » par ces derniers et qui correspondent soit à des « créances sur l'étranger », soit à des « créances sur l'économie », soit à des créances sur le Trésor.

223-1. Ce que M. Jacques Généreux qualifie de « créances sur l'étranger » correspond aux créances dont les acteurs économiques deviennent titulaires à l'occasion de leurs opérations d'exportation. Payés en devises étrangères, les exportateurs nationaux cèdent à leurs banques leurs créances sur les importateurs étrangers libellées dans ces devises et en contrepartie de cette cession, leurs banques créditent leurs comptes du montant en euros correspondant aux créances cédées. Cette inscription de monnaie nationale au crédit du compte des exportateurs constitue une création de monnaie. Mais parallèlement, les importateurs nationaux peuvent avoir besoin de devises étrangères pour payer les exportateurs étrangers. Les banques françaises devenues cessionnaires de créances libellées en devises étrangères cèdent alors ces créances aux importateurs nationaux et en contrepartie, elles débitent les comptes des importateurs du montant correspondant en euros. Cette inscription de monnaie nationale au débit du compte des importateurs constitue une destruction de monnaie. Au final, il n'y a donc d'augmentation nette de la masse monétaire que si le montant des sommes inscrites par les banques au crédit des comptes des exportateurs est supérieur à celui qu'elles inscrivent au débit des comptes des importateurs. Par conséquent, il n'y a

⁴²² Il s'agit plus exactement du « solde des transactions courantes de la balance des paiements et du solde des mouvements de capitaux à court et à long terme des agents non financiers sur les avoirs monétaires des résidents » (E. Barel, Ch. Beaux, E. Kesler, O. Sichel, *Économie politique contemporaine*, op. cit., p. 217).

⁴²³ *Ibidem*, pp. 217-218.

⁴²⁴ J. Généreux, *Introduction à l'économie*, éd. du Seuil, Coll. Points, série Économie 3^e éd., 2001, p. 83.

création de monnaie que dans l'hypothèse où les banques nationales ont acquis auprès des exportateurs nationaux davantage de créances sur l'étranger qu'elles n'en ont cédées aux importateurs nationaux, c'est-à-dire dans l'hypothèse où les exportations dépassent les importations rendant ainsi la balance commerciale excédentaire. La monnaie créée correspond donc à une augmentation de la richesse nationale et est directement liée à la production de richesses dans la société où elle circule.

223-2. On peut en dire autant des « créances sur l'économie » qui sont cédées aux banques par les acteurs économiques et qui correspondent cette fois non pas à des opérations internationales mais à des opérations internes. Souvent les acteurs économiques accordent à leurs clients des délais de paiement : les clients acquièrent ainsi des biens ou des services « à crédit ». Les acteurs économiques fournisseurs de biens ou de services peuvent mobiliser ces créances contre leurs clients en émettant des effets de commerce (billets à ordre, lettres de change) endossés par leurs banques ou en cédant à ces dernières leurs créances (par voie de bordereaux « Dailly » de cession de créances professionnelles). En contrepartie des créances dont elles deviennent cessionnaires, les banques inscrivent au crédit des comptes des acteurs économiques des sommes correspondant soit au montant nominal des créances remises soit au montant des créances remises diminué d'un certain pourcentage (le taux de l'escompte) qui rémunère non seulement le service de trésorerie que rend la banque en avançant aux acteurs économiques les liquidités que leurs clients ne peuvent leur fournir immédiatement, mais aussi le risque qu'elle prend en acquérant des créances dont les débiteurs sont susceptibles d'être défaillants. De la monnaie est créée par l'inscription de sommes au crédit des comptes des acteurs économiques, c'est-à-dire par les avances consenties par les banques. Mais elle est ensuite détruite lors du remboursement, par les clients débiteurs, des créances cédées ou des effets de commerce émis, c'est-à-dire par l'inscription de sommes au débit des comptes des clients débiteurs⁴²⁵.

223-3. Enfin, les banques créent aussi de la monnaie en consentant des prêts, qu'il s'agisse de prêts aux personnes physiques ou aux personnes morales de droit privé ou de droit public. L'octroi de crédits à partir de dépôts ou de créances remises appelle de nouveaux dépôts ou de nouvelles cessions de créances qui elles-mêmes permettent l'octroi de nouveaux crédits. Il ne s'agit pas de revenir sur l'effet multiplicateur de

⁴²⁵ J. Généreux, *Introduction à l'économie, op. cit.*, p. 85 : « toute création de monnaie par acquisition de créances sur l'économie est suivie par une opération inverse de destruction de monnaie au moment du remboursement de ces créances. En période de croissance de l'activité et des échanges, les opérations de création monétaire tendent à dépasser les opérations de destruction et contribuent donc à un accroissement de la masse monétaire ».

crédit décrit plus haut, mais de décrire plus particulièrement un type de crédit : celui qui est consenti à l'État, et plus précisément au Trésor public. M. Jacques Généreux montre que quand l'État a besoin d'un financement, il peut solliciter soit les banques commerciales soit la banque centrale. Les banques commerciales peuvent fournir à l'État un financement soit en souscrivant des obligations ou des bons du Trésor, soit en lui prêtant des sommes qu'elles puisent dans les dépôts bancaires ou qu'elles inscrivent au crédit du compte du Trésor. La banque centrale peut également prêter à l'État en procédant à une inscription au crédit de son compte, ce qui constitue une création de monnaie. Mais l'État peut aussi créer lui-même de la monnaie en transformant les créances qu'ont contre lui ses fournisseurs ou ses fonctionnaires en inscriptions au crédit de leurs comptes courants. La monnaie créée par souscription de bons ou d'obligations ou par inscriptions en compte auprès des banques commerciales, de la banque centrale ou de la banque postale, est détruite au fur et à mesure du remboursement de ses dettes par l'État.

224. Ces ressorts de la création monétaire pourraient aboutir à une création infinie de monnaie et à une inflation galopante s'il n'existait pas des mécanismes régulateurs de la création monétaire à travers les besoins en liquidités des déposants et donc des banques dont ils sont les clients.

224-1. Les besoins en monnaie fiduciaire ou scripturale des clients des établissements bancaires sont en général plus élevés en période d'augmentation de l'activité économique qu'en période de ralentissement de cette activité.

Dès lors que leurs clients retirent de la monnaie sous forme fiduciaire, les banques qui doivent honorer ces retraits, mais qui ne peuvent pas émettre elles-mêmes des pièces et des billets, ont aussi besoin de monnaie fiduciaire. Seule l'autorité émettrice des pièces et des billets, à savoir la banque centrale, peut satisfaire ce besoin. Aussi est-ce la raison pour laquelle les banques procèdent alors à des retraits sur le compte qu'elles ont l'obligation d'ouvrir auprès de la banque centrale. Les banques ont en effet l'obligation de constituer des réserves auprès de la banque centrale à chaque fois qu'elles reçoivent des fonds ou qu'elles en prêtent. Plus le taux des réserves obligatoires est élevé, moins les banques seront enclines à consentir à des crédits et à créer ainsi de la monnaie scripturale. À l'inverse, plus le taux des réserves obligatoires est faible, plus les banques seront enclines à octroyer des prêts et à créer par là même de

la monnaie scripturale. La définition par la banque centrale du taux des réserves obligatoires contribue par conséquent à favoriser ou à entraver la création de monnaie.

Ces réserves obligatoires sont bloquées sur le compte de l'établissement bancaire auprès de la banque centrale, compte qui est alimenté à la fois par les dépôts et par les créances (effets de commerce escomptés et réescomptés...) que lui remettent ses clients, et par les sommes qu'y virent les autres banques, notamment en règlement des chèques émis au profit de ses clients ou des transactions opérées sur les marchés financiers au profit des mêmes clients.

224-2. C'est d'ailleurs sur les marchés financiers, et plus précisément sur le marché monétaire, que les banques peuvent également trouver les sommes dont elles ont besoin pour satisfaire la demande en monnaie fiduciaire de leurs clients. En effet, lorsque leur compte auprès de la banque centrale n'est pas suffisamment créditeur, les banques peuvent néanmoins s'approvisionner en monnaie fiduciaire émise par la banque centrale, que l'on qualifie de « monnaie banque centrale », en empruntant sur le marché monétaire auprès des banques qui, elles, disposent auprès de la banque centrale d'un compte suffisamment créditeur. Cette opération de refinancement ne conduit pas pour autant à la création de monnaie : si les banques commerciales peuvent se prêter entre elles de la monnaie fiduciaire (ou « monnaie banque centrale »), selon que leur compte auprès de la banque centrale est plus ou moins créditeur, elles ne peuvent en revanche créer cette monnaie dont le monopole d'émission revient à la banque centrale⁴²⁶.

C'est là l'une des manifestations du contrôle que la banque centrale exerce sur la création de monnaie par les établissements bancaires. Outre la possibilité pour la banque centrale de contrôler, au moyen des comptes qui sont ouverts auprès d'elle, la capacité des banques à satisfaire la demande de monnaie fiduciaire engendrée par la création de monnaie scripturale, la possibilité existe également, pour cette même banque centrale, de contrôler les prêts de monnaie fiduciaire qui sont consentis sur le marché monétaire. La banque centrale peut en effet intervenir sur ce marché pour prêter de la monnaie fiduciaire aux autres banques, avec des intérêts dont elle définit les taux (dits « directeurs »), et souvent à condition que les banques emprunteuses lui cèdent des créances dont elles sont titulaires soit à l'encontre de particuliers (effets de commerce...), soit à l'encontre d'États (bons du Trésor...). Comme l'explique

⁴²⁶ J. Généreux, *Introduction à l'économie*, op. cit., p. 87 : « le système bancaire pris dans son ensemble ne peut donc pas créer de monnaie s'il ne dispose pas des avoirs en compte à la banque centrale lui permettant de retirer les billets qui lui seront demandés ensuite par la clientèle ».

l'économiste Jacques Généreux, plus la liste des créances dont la banque centrale accepte de devenir cessionnaire est large, plus il est facile pour les banques de se refinancer sur le marché monétaire, et à l'inverse, plus la liste de ces créances est étroite, plus il est difficile pour les banques de se refinancer sur ce marché. La définition par la banque centrale de la liste des créances en contrepartie de la cession desquelles elle consent à prêter de la monnaie fiduciaire, lui permet de réguler indirectement le marché monétaire et la création de monnaie.

224-3. Contribue aussi à cette régulation la définition par la banque centrale du taux d'intérêts des prêts de monnaie fiduciaire qu'elle consent. Plus ce taux d'intérêt est élevé, plus il est difficile pour les banques de se refinancer en empruntant de la monnaie fiduciaire, plus les banques restreindront l'octroi aux particuliers de crédits, notamment en augmentant les taux d'intérêts, dans la mesure où elles n'ignorent pas qu'il leur sera difficile d'honorer la demande en monnaie fiduciaire qu'engendrera la création de monnaie scripturale. À l'inverse, plus le taux d'intérêt défini par la banque centrale est faible, plus il est facile pour les banques de se refinancer en empruntant de la monnaie fiduciaire sur le marché monétaire, plus les banques faciliteront l'octroi de crédits aux particuliers, notamment en diminuant les taux d'intérêts, puisque les banques sauront qu'il leur sera relativement facile de répondre à la demande de monnaie fiduciaire engendrée par la création de monnaie scripturale. Les taux d'intérêts des prêts consentis par les banques commerciales ont donc tendance à suivre l'évolution des taux d'intérêts pratiqués par la banque centrale sur le marché monétaire : c'est la raison pour laquelle on définit les seconds comme étant des taux d'intérêts « directeurs ». La hausse des taux d'intérêts directeurs a tendance à provoquer un resserrement du crédit, tandis que leur baisse conduit le plus souvent à un desserrement du crédit.

L'analyse économique confirme ainsi qu'au fondement de toute monnaie, fiduciaire ou scripturale, il y a des créances, que ce soit sur les banquiers dépositaires, sur les ménages et les entreprises qui sont les acteurs de l'économie, sur l'extérieur ou sur le Trésor.

§ 2. La possession du billet de banque n'est pas un indice de la corporalité de la monnaie-papier.

225. Théorie de la nature corporelle de la monnaie-papier : argument tiré de la possession du billet de banque. – Comme le note M. Hannes Westendorf, monnaie scripturale et monnaie fiduciaire ne sont pas dans la même situation face au vol et à la perte :

« En cas de perte ou de vol, le titulaire de monnaie scripturale bénéficie de certaines protections. En vertu de l' [ancien] article L. 132-2 du code monétaire et financier, le titulaire d'une carte de paiement ou de crédit peut faire opposition au paiement en cas de perte ou de vol de la carte, ainsi qu'en cas de redressement ou de liquidation judiciaire du bénéficiaire. Au contraire, rien ne protège le porteur de monnaie fiduciaire »⁴²⁷.

Le doyen Jean Carbonnier note, au sujet du billet de banque, que « la législation sur les titres au porteur perdus ou volés lui est inapplicable (loi du 8 août 1993, article 4 *in fine*) », et en conclut rapidement que cela « donne à croire qu'il est autre chose qu'un titre au porteur incorporant un droit de créance contre l'émetteur »⁴²⁸. Mais surtout, il avance que le régime de droit commun des anciens articles 2279 et 2280 du code civil (actuels articles 2276 et 2277 du même code) lui est en revanche applicable⁴²⁹ – ainsi qu'aux pièces de monnaie. Or l'article 2276 du code civil n'est applicable qu'aux biens corporels⁴³⁰...

226. Théorie de la nature incorporelle de la monnaie-papier : plaidoyer en faveur de la possession des biens incorporels. – Arguer de ce que la revendication de billets de banque a été admise par la jurisprudence⁴³¹, et de ce qu'elle est soumise au régime des articles 2276 et 2277 du code civil, ne suffit pas à faire de ces billets des biens corporels.

⁴²⁷ H. Westendorf, « Les sûretés ayant pour objet des sommes d'argent », *op. cit.*, p. 480.

⁴²⁸ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n° 686, p. 1558.

⁴²⁹ Dans le même sens : N. Catala, *La nature juridique du paiement*, *op. cit.*, p. 136 : « la revendication du propriétaire dépossédé sera admise pendant trois ans à condition qu'il en ait relevé les numéros » ; E. Alfandari, « Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 138 : « le régime de revendication est celui des meubles corporels : la règle "en fait de meubles possession vaut titre" protège la personne qui aura acquis les billets de bonne foi ».

⁴³⁰ Comme l'a rappelé la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, dans un arrêt du 7 mars 2006 à propos d'une licence de débit de boisson (Cass. com. 7 mars 2006, Bull. civ. IV n° 62 ; D. 2006 p. 2897, note Kuhn ; *JCP G* 2006, I, p. 178 n° 3, obs. H. Périnet-Marquet ; *JCP G* 2006, II, 10143, note G. Loiseau ; *Deffrénois* 2007, p. 70, obs. J. Honorat ; *RTD civ.* 2006, p. 348, obs. Th. Revet).

⁴³¹ Angers, 18 avril 1891, DP. 1893, II, 49, note A. Boistel ; Paris 5 février 1898, D. 1898, II, p. 172. La Cour de cassation, statuant en chambre des Requêtes a jugé, le 17 juillet 1929 (DH. 1929, p. 540 ; S. 1929, I, p. 379), à propos des pièces métalliques, qu' « en ce qui concerne les choses fongibles, telles que les pièces métalliques, la revendication est en principe impossible, à moins de l'individualisation matérielle et la parfaite identification des objets réclamés avec ceux que le détenteur a reçus ».

226-1. Tout d'abord, il n'est pas indiqué dans le code civil que l'article 2276 a vocation à s'appliquer uniquement aux meubles corporels : il dispose en effet en son alinéa 1^{er} qu' « en fait de *meubles*, la possession vaut titre » (italiques ajoutées). Or, au sein des meubles, il y a aussi bien des meubles corporels que des meubles incorporels. Si le porteur des billets dépossédé peut identifier les billets (en relevant leur numéro), et si la revendication est admise, rien dans le code civil n'indique que le meuble revendiqué doit impérativement être un bien corporel, et rien dans le code civil ne s'oppose donc à ce que le meuble revendiqué soit un bien incorporel⁴³².

C'est seulement la jurisprudence qui est venue limiter le champ d'application de l'article 2276 du code civil aux seuls meubles corporels individualisés⁴³³. Et encore, cette solution jurisprudentielle est désapprouvée par un courant doctrinal majoritaire. Le professeur Thierry Revet souligne la généralité du texte de l'ancien article 2228 du code civil (actuel article 2255 du même code)⁴³⁴. Il énonce en effet que « la possession est la détention ou la jouissance d'une chose *ou d'un droit* que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom » (italiques ajoutées). De la mention des droits comme possibles objets de la possession, le professeur Thierry Revet en conclut que « la théorie générale de la possession, loin d'être bornée par le code civil aux choses corporelles, est susceptible de régir les choses incorporelles [...] car la possession concerne autant les *corpora* que les *jura*, les premières étant "détenues" tandis que les seconds sont "exercés", ce qui va

⁴³² Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, Defrénois, coll. Droit civil, 5^e éd., 2013, n° 574, pp. 177-179 : « traditionnellement, parce qu'ils ne paraissaient pas susceptibles de possession, étaient exclus les meubles incorporels, tels que les créances [...] La Cour de cassation a récemment réaffirmé cette exclusion. Elle est pourtant contestable. D'abord, l'article 2279 [aujourd'hui article 2276] vise la possession des meubles en général. Ensuite, la question doit être décomposée. Les meubles incorporels sont-ils susceptibles de possession ? Une réponse affirmative paraît aujourd'hui s'imposer : ils sont susceptibles, à des degrés divers, car ils sont hétérogènes, de l'exercice effectif des prérogatives du propriétaire [...] À la possession des meubles incorporels s'attache la présomption de titularité, qui est l'effet général de toute possession [...] Mais peut-on aller plus loin et admettre, dans un procès en revendication, la fonction acquisitive de la possession d'un meuble incorporel (lorsque le possesseur actuel a traité *a non domino*) ? La réponse ne peut être générale, compte tenu de l'hétérogénéité des meubles incorporels. »

⁴³³ Cass. soc. 3 juillet 1953 (Bull. civ. IV, n° 536) ; Cass. com. 19 janvier 1960 (Bull. civ. III, n° 30) ; Cass. 1^{ère} civ. 2 mars 1960 (Bull. civ. I, n° 141) ; Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997 (Bull. civ. I, n° 144) ; Cass. com. 7 mars 2006 (Bull. civ. IV n° 62 ; D. 2006 p. 2897, note Kuhn ; *JCP G* 2006, I, 178 n° 3, obs. H. Périnet-Marquet ; *JCP G* 2006, II, 10143, note G. Loiseau ; *Defrénois* 2007, p. 70, obs. J. Honorat ; *RTD civ.* 2006, p. 348, obs. Th. Revet).

Certains auteurs, dont le professeur Anne Laude (« La fongibilité », *RTD com.* 1995, pp. 337-340), sont très critiques à l'égard de la jurisprudence qui a exclu les choses fongibles du champ d'application de la règle qu'instaure l'article 2276 (ancien article 2279) du code civil. La Cour de cassation, statuant en sa chambre des requêtes, a en effet jugé que la présomption de propriété que l'article 2276 du code civil attache à la possession, ne bénéficiait pas au possesseur de choses fongibles, et notamment de sommes d'argent : « cette présomption ne saurait s'appliquer à des espèces non individualisées » (Req. 25 novembre 1929, D. 1930, I, p. 3). Selon le professeur Anne Laude (*ibidem*, p. 339), cette solution est d'autant moins acceptable qu'au sujet de valeurs mobilières, dont il faut admettre le caractère fongible, la Cour de cassation, statuant en sa chambre civile, a jugé, en 1876, que la présomption de propriété bénéficiait au possesseur de titres au porteur (Cass. civ. 4 juillet 1876, D. 1877, I, p. 33).

⁴³⁴ Th. Revet, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Droit et Patrimoine*, mars 2004, n° 124, pp. 20 et s.

nécessairement dans le sens d'une possible possession de l'autre variété de *res incorporales* que sont les choses incorporelles »⁴³⁵.

226-2. Outre les possibilités ménagées par la rédaction des articles 2255 et 2276 du code civil, le professeur Grégoire Loiseau avance d'autres arguments. Très critique à l'égard de la décision restreignant le champ d'application de l'article 2276 du code civil aux biens meubles corporels individualisés (ceux qui peuvent se transmettre par simple tradition manuelle)⁴³⁶, le professeur Grégoire Loiseau souligne d'abord que la matérialité des actes (le « *corpus* ») exigée pour caractériser la possession ne doit pas être confondue avec la matérialité de la chose qui en est l'objet. Preuve en est que la Cour de cassation a, en matière de droits d'auteur, accepté de faire jouer la fonction probatoire de la possession : il a en effet été jugé qu'en l'absence de revendication par la/les personne(s) physique(s) ayant réalisé une création originale, les actes de possession de celui qui l'exploite le font présumer, à l'égard des tiers, être titulaire sur cette création d'un droit de propriété⁴³⁷.

226-3. Puis, le professeur Grégoire Loiseau affine sa démonstration en proposant une distinction entre, d'une part, les biens incorporels pour lesquels la loi organise un régime formaliste (formalité d'enregistrement lors de leur constitution, et publicité obligatoire sur un registre pour leur transmission) qui rend inutile le jeu de l'article 2276 du code civil, et, d'autre part, les biens incorporels pour lesquels la loi ne prévoit pas de régime propre. Pour les premiers, « seule l'inscription vaut titre » : la sécurisation de leur commerce par un régime formaliste propre se substitue à la sécurisation du commerce visée par l'article 2276 du code civil, car l'entrée en possession (*a non domino*) sans respect du formalisme constitue nécessairement le possesseur de mauvaise foi. Pour les seconds, la sécurisation du commerce attachée à la fonction acquisitive de la possession *a non domino* conserve toute son utilité.

226-4. Mais il faut croire que le plaidoyer du professeur Grégoire Loiseau pour la « refondation du droit des biens » n'a pas été entendu... D'un projet de réforme du droit des biens à l'autre, il y a des constantes qui résistent malgré les appels au changement.

⁴³⁵ *Ibidem*, faisant référence à A. Péliissier, *Possession et meubles incorporels*, th. Montpellier I, 2000, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 8, 2001, et B. Parance-Bourinet, *La possession des biens incorporels*, th. Paris I, 2003.

⁴³⁶ Dans le commentaire qu'il fait de la décision de la Cour de cassation (statuant en sa chambre commerciale) du 7 mars 2006 (*JCP G* 2006, II, 10143, note G. Loiseau), l'auteur stigmatise la « posture doctrinaire » et « dogmatique » de la Haute juridiction, qui, selon lui, relève d'un autre âge, aurait pu avoir été adoptée il y a deux siècles, et « fait particulièrement ressentir combien le droit des biens est vieux et frappé d'immobilisme ».

⁴³⁷ Cass. 1^{ère} civ. 24 mars 1993 (Bull. civ. I, n°126 ; *JCP G* 1993 II 22085, note F. Greffe) ; Cass. 1^{ère} civ. 9 janvier 1996 (Bull. civ. I, n°28) ; Cass. 1^{ère} civ. 11 mai 1999 (Bull. civ. I, n°157).

Alors qu'un projet de réforme du code civil de 1947 proposait de substituer à la *summa divisio* fondée sur la distinction entre meubles et immeubles, une *summa divisio* fondée sur la distinction entre biens corporels et biens incorporels⁴³⁸, l'avant-projet de réforme du droit des biens de 2008 maintient dans son article 526 la première *summa divisio*. Alors que la doctrine majoritaire⁴³⁹ appelait à intégrer les biens incorporels (et notamment ceux qui sont autres que les droits personnels) dans le code civil, et à consacrer le principe de leur possession, l'avant-projet de réforme du droit des biens de 2008 s'y refuse obstinément. Son article 556 – qui aurait vocation à supplanter l'article 2276 du code civil – prévoit que « le possesseur de bonne foi d'un meuble corporel qui l'a acquis d'un non-proprétaire en devient propriétaire dès son entrée en possession ». Si le texte gagne en clarté en faisant expressément référence aux conditions d'entrée en possession *a non domino* et de bonne foi, il n'en reste pas moins que l'on peut « déplorer que ce texte général soit cantonné aux seuls meubles corporels », comme le font les professeurs William Dross et Blandine Mallet-Bricout⁴⁴⁰. Ce cantonnement est d'autant plus incontestable dans l'avant-projet de réforme du droit des biens, qu'un article 558 vient préciser que « la possession des meubles incorporels obéit aux lois spéciales qui les régissent ». S'il est vrai que la notion de « possession des meubles incorporels » se trouverait ainsi consacrée par la loi, il n'en reste pas moins qu'il ne s'agirait pas de la possession de droit commun au sens de l'article 2276 du code civil. Si la loi continue de répugner à faire jouer la fonction probatoire et surtout la fonction acquisitive de droits de l'article 2276 du code civil pour les biens incorporels, il n'en

⁴³⁸ Travaux de la Commission de réforme du Code civil [1946-1947], S. 1948, p. 781 : article 1^{er} : « tous les biens sont corporels ou incorporels ».

⁴³⁹ Le courant hostile à l'application de l'article 2276 du code civil aux biens incorporels est représenté notamment par les professeurs Ch. Atias (*Droit civil : les biens*, Litec, 11^e éd., 2011, n° 346, p. 261), J. Ghestin (*Traité de Droit civil, Les biens*, par J.-L. Bergel, M. Bruschi et S. Cimamonti, LGDJ, 2^e éd., 2010, n° 221, p. 271), Ch. Larroumet (*Droit civil*, t. II, *Les biens, droits réels principaux*, Economica, 5^e éd., 2006, n° 923, p. 571-572), P.-Y. Gautier (« L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéens et des Sabinien », D. 1988, chron. pp. 152 et s.), et P. Crocq (P. Crocq, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, pp. 301-302 : « on ne possède pas, au sens habituellement reconnu s'agissant des biens corporels, une créance, ce qui a pour conséquence majeure le refus d'appliquer aux créances l'[ancien] article 2279 du code civil lorsqu'elles ne sont pas matérialisées par un titre au porteur [...] S'agissant d'un droit personnel, l'objet du droit est la prestation d'autrui, et on ne voit pas comment il serait possible d'exercer un pouvoir de fait sur la prestation d'autrui »).

Un courant plus modéré – quoiqu'également plutôt défavorable à l'idée – est représenté notamment par le professeur Hugues Périnet-Marquet qui, dans sa note sur l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 7 mars 2006, explique qu'en théorie, « la protection possessoire des meubles incorporels n'est pas impossible », mais qu'en pratique, elle doit être soumise à une réserve de taille : le délai d'usucapion d'un droit, d'un bien incorporel doit être raisonnable. Il n'est pas imaginable de « faire jouer l'écoulement du temps contre le titre », et de « sanctionner le désintérêt durable du vrai propriétaire pour son bien »... mais encore faut-il laisser au véritable propriétaire le temps d'agir. Or une acquisition de la propriété par le possesseur, même triennale (en cas de perte ou de vol), est difficilement compatible avec la préservation des droits du véritable propriétaire pour qui la preuve est plus difficile à rapporter quand le bien est incorporel. Une application des textes actuels, tels qu'ils sont rédigés, est donc, selon le professeur H. Périnet-Marquet, plus pourvoyeuse « de risques de déstabilisation de situations juridiques que de sécurisation de ces dernières » (*JCP G* 2006, I, 178).

⁴⁴⁰ W. Dross et B. Mallet-Bricout, « L'avant-projet de réforme du droit des biens », D. 2009, p. 508 : « l'ouverture du code civil à l'incorporel reste timorée car, si la possession est l'exercice d'un droit, rien n'interdit la possession de choses incorporelles (en dépit d'une jurisprudence contraire en droit positif) et partant leur acquisition par application de l'article 556 ».

reste pas moins que les rangs du courant doctrinal qui y est au contraire enclin, ne cessent de grossir.

226-5. Quant aux difficultés que l'application de l'article 2276 du code civil aux billets de banque pourrait engendrer en emportant avec elle l'application de l'article 2277 du même code qui permet au propriétaire d'une chose volée ou perdue de la revendiquer entre les mains du possesseur, le doyen Jean Carbonnier les niait en soutenant que les exigences de la circulation monétaire devraient conduire à écarter toute revendication⁴⁴¹. Le professeur Nicole Catala considérait aussi que la revendication prévue par l'article 2277 du code civil pouvait être paralysée en se fondant sur l'article 1238 du même code, qui prévoit que le paiement d'une somme en argent ne peut être répété contre le créancier qui l'a consommée de bonne foi⁴⁴².

Les conditions à remplir pour que l'article 2276 du code civil joue dans sa fonction probatoire ou acquisitive, sont aussi difficiles à réunir pour de la monnaie fiduciaire, que pour des biens incorporels. Ce n'est, du reste, pas un hasard si la jurisprudence⁴⁴³ s'obstine à refuser la revendication des sommes d'argent, au grand dam du professeur Didier-René Martin. Curieusement, ce n'est que pour la monnaie scripturale - dont la quasi-unanimité de la doctrine admet la nature incorporelle -, et encore dans le seul cas où les sommes d'argent sont individualisées car bloquées sur un compte spécial, que la jurisprudence a admis la revendication.

Tout concorde donc, du point de vue de la règle de l'article 2276 du code civil, et de l'action en revendication qui lui est liée, à traiter en pratique la monnaie fiduciaire comme un meuble incorporel⁴⁴⁴.

⁴⁴¹ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 686, p. 1558.

⁴⁴² N. Catala, *La nature juridique du paiement*, op. cit., p. 136.

⁴⁴³ Cass. civ. 25 novembre 1929 (DH. 1929, 3 ; *JCP* 1930, II, 114) ; et, plus récemment, Cass. com. 25 mars 1997 (D. 1997, jur. p. 481, note D.R. Martin), Paris 14 octobre 1997 (D. 1998, jur. p. 91, note Larroumet), Cass. com. 10 mai 2000 (D. 2000, Aj. p. 277, obs. A. Lienhard), Cass. com. 4 février 2003 (D. *Affaires* 2003, p. 1361 ; *RD bancaire et fin.*, juillet-août 2003, n° 142, obs. D. Legeais), Cass. com. 22 mai 2013 (pourvoi n° 11-23.961 ; D. 2013, p. 1594, note F. Danos et obs. A. Lienhard ; *Revue des sociétés* 2013, p. 526, note Ph. Roussel-Galle). N. Catala, *La nature juridique du paiement*, op. cit., pp. 136-137 cite un arrêt du Tribunal civil de Besançon du 25 avril 1955, rendu dans une affaire où un employé avait prélevé dans la caisse de la banque où il travaillait une somme de 250 000 francs en billets, utilisée pour payer une dette de 213 500 francs. « L'huissier auquel il avait remis cette dernière somme versa le lendemain à la même banque, au crédit de son compte d'étude, une somme de 300 000 francs comprenant les billets volés. La banque ayant agi en revendication, le tribunal civil rejeta son action au motif que les billets avaient été confondus avec les fonds de l'étude à partir de l'instant où ils avaient été remis à l'huissier. Ils avaient d'ailleurs été, par la suite, mélangés une seconde fois avec les fonds de la banque, de sorte qu'ils avaient bien "perdu toute espèce d'individualisation possible". Dans ces conditions, la revendication ne pouvait être admise ».

⁴⁴⁴ Dans le même sens : Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, pp. 217-219 : « la doctrine classique a pu attribuer une nature corporelle à la monnaie fiduciaire en raison de l'ancienne confusion entre les unités monétaires incorporelles et les supports corporels les incorporant (pièces métalliques et billets de banque), de sorte que l'on a généralement conçu la propriété de la monnaie comme une forme de propriété corporelle ; c'est ainsi, par exemple, que l'on a pu appliquer à la monnaie fiduciaire les dispositions de l'article 2276 du code civil [...] Dès lors que l'on considère que la monnaie correspond à un ensemble d'unités monétaires incorporelles qui existent aujourd'hui dans le monde réel sous formes fiduciaire, scripturale et électronique, on doit alors rattacher la propriété de la monnaie à ces choses incorporelles que sont les unités monétaires et éloigner d'autant la

227. Théorie de la nature corporelle de la monnaie-papier : argument tiré des règles de preuve. – Pourtant, un argument tiré du droit de la preuve peut laisser penser que monnaie fiduciaire et incorporalité font mauvais ménage. En effet, le billet détruit ne peut être reconstitué. Il en va de même du billet mutilé au point de ne plus avoir la forme de monnaie. Ainsi en a jugé la Cour de cassation statuant en sa chambre civile le 8 juillet 1867 et le 12 mars 1869⁴⁴⁵. Arguant du droit de la preuve, le doyen Jean Carbonnier en tire comme conséquence que « s'il s'agissait d'un droit de créance, l'article 1348 autoriserait le créancier à suppléer par la preuve testimoniale au titre écrit »⁴⁴⁶. Le professeur Nicole Catala développe le même argument : dans la mesure où la valeur du billet disparaît totalement s'il a été détruit ou fort endommagé, on ne peut, selon elle, l'assimiler à un droit de créance, car, « s'il correspondait à un droit de créance, on pourrait concevoir que le porteur fût autrement la preuve de ce droit »⁴⁴⁷.

227-1. L'article 1348 du code civil s'inscrit dans l'ensemble de dispositions (articles 1341 à 1348 du code civil) relatives à preuve testimoniale. L'article 1341 du code civil pose le principe selon lequel l'acte juridique engageant des sommes excédant un certain montant (1500 €) doit être passé « devant notaires ou sous signatures privées » - l'acte l'emportant alors sur toute preuve écrite ou orale apportée par témoins et contredisant l'acte ou allant au-delà de son contenu. Mais il existe des exceptions à l'irrecevabilité de la preuve par témoignages écrits ou oraux. Ainsi l'article 1347 du code civil rend recevable la preuve par témoignages quand il existe un commencement de preuve par écrit, c'est-à-dire un acte par écrit, émanant de la personne à qui il est opposé, et rendant vraisemblables les allégations de celui qui a la charge de la preuve. Et l'article 1348 du code civil rend recevable la preuve par témoignages si celui qui a la charge de la preuve est dans l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer une « preuve littérale de l'acte juridique », ou a perdu le titre servant de « preuve littérale » par cas fortuit ou

propriété de la monnaie du modèle de la propriété corporelle. [...] L'on pourra également appliquer à la seule monnaie fiduciaire les dispositions de l'article 2276 du code civil, mais désormais, c'est en connaissance de cause de la fiction employée à cette occasion que l'on soumettra ainsi les unités monétaires incorporelles au régime juridique applicable à leurs supports (monétaires corporels ».

⁴⁴⁵ Cass. civ. 8 juillet 1867 (D. 1867, I, p. 289) ; 12 mars 1869 (D. 1869, I, p. 470). Il s'agissait, dans l'arrêt de 1867, du naufrage d'un navire chargé de billets émis par la Banque d'Algérie. Malgré le relevé des numéros des billets avant le départ du navire, et malgré la preuve de la présence desdits billets à la date du naufrage, la Cour de cassation a jugé que le porteur des billets ne pouvait se faire rembourser, ses droits ne consistant que dans le titre, et périssant par conséquent avec la disparition du navire.

⁴⁴⁶ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 686, p. 1558.

⁴⁴⁷ N. Catala, *La nature juridique du paiement*, op. cit., p. 135. Dans le même sens : E. Alfandari, « Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, pp. 137-138.

force majeure. Les moyens de preuve sont-ils aussi inapplicables à la monnaie fiduciaire que le prétendent le doyen Jean Carbonnier et le professeur Nicole Catala ?

227-2. Théorie de la nature incorporelle de la monnaie-papier : argument tiré des règles de preuve. – S’il est vrai que des témoignages oraux paraissent insuffisants pour soutenir la demande d’un porteur de billets de banque dont il allègue la disparition, on peut néanmoins faire à cela deux objections. La première – invocable en cas de destruction partielle du billet de banque – est que la Banque de France a depuis admis que le porteur d’un billet déchiré ou partiellement détruit peut voir son billet remplacé à condition de remplir certaines exigences de preuve. La Banque de France a décidé de rembourser les billets que si les parties présentées sont substantielles, ce qui s’entendait, pour les billets de 200 francs et moins, d’une superficie supérieure à la moitié de celle du billet d’origine, et, pour les billets de 500 francs, d’une superficie supérieure aux trois cinquièmes de celle du billet d’origine. N’est-ce pas une forme d’application de la règle du commencement de preuve par écrit aux billets de banque dégradés ? Le morceau de billet de banque est bien un écrit, émanant de la personne à qui il est opposé (l’institution émettrice), et rendant vraisemblable l’existence d’un vrai billet de banque régulièrement émis et régulièrement détenu par son porteur. Contrairement à ce qu’affirme Nicole Catala, il est donc possible de faire la preuve du droit de créance.

227-3. La seconde objection – invocable en cas de destruction totale du billet de banque – est liée au formalisme des titres cambiaires, de la lettre de change ou du billet à ordre, par exemple. Si le titre lui-même disparaît par cas fortuit, il n’est plus possible pour un endossataire de se libérer de sa dette, ni par tradition (bien sûr), ni en apportant au créancier la preuve de l’existence et de la détention du titre. L’extrême formalisme motivé par l’exigence de sécurité pour les porteurs successifs s’oppose à ce que l’on continue d’invoquer l’existence du titre par des éléments de preuve extrinsèques. La valeur du titre a donc, là aussi, complètement disparu. Reste que la disparition du titre n’emporte pas extinction de la créance née du rapport fondamental. Elle empêche simplement toute extinction future de créances nées de rapports cambiaires. La seule différence entre le titre cambiaire et le billet de banque réside donc en ce que la disparition du premier n’emporte pas extinction de la créance née du rapport fondamental, tandis que la disparition du second emporte extinction de la créance née du rapport fondamental : le porteur d’un billet de banque qui brûle intégralement ne peut aller voir la Banque de France pour qu’elle lui en fournisse un autre, ni prétendre s’appuyer sur des témoignages oraux ou écrits pour obtenir qu’on lui en fournisse un

autre. La recevabilité de la preuve par témoignages prévue à l'article 1348 du code civil ne s'applique pas : l'exception de l'impossibilité matérielle ou morale de se procurer une preuve n'a aucun sens lorsqu'il s'agit de démontrer l'existence d'un billet de banque, et l'exception de la perte par cas fortuit ou force majeure est évincée parce qu'il serait trop facile de les invoquer pour s'enrichir indûment. La suprême fongibilité de la monnaie fiduciaire exclut la possibilité d'invoquer les faits justificatifs que sont le cas fortuit et la force majeure. Sous cet angle, le billet est un titre cambiaire dont le formalisme, déjà poussé, est renforcé : une sorte de titre « hyper-formaliste ». Cette différence s'explique par les difficultés diaboliques auxquelles conduirait l'admission de la preuve, car, contrairement aux titres cambiaires, les billets de banque ne représentent pas une créance mais une multitude de créances. Comment un seul débiteur (l'État) peut-il avoir l'œil sur des millions de créanciers ? Comment un juge peut-il avoir l'œil sur des millions de fraudeurs potentiels ? La fraude serait trop facile pour les créanciers : seules l'omniscience et l'ubiquité seraient susceptibles de leur faire échec. L'hyper-formalisme conduit donc à une sanction : de même que l'absence de certaines mentions obligatoires sur un titre cambiaire sont insusceptibles de régularisation, de même l'existence alléguée d'un billet de banque perdu ou prétendument perdu par cas fortuit ou force majeure ne peut être présumée ni prouvée par quelque moyen que ce soit.

227-4. Mais on notera qu'en matière de cessions de créances professionnelles par voie de bordereau Dailly, la Cour de cassation statuant en chambre commerciale a jugé le 25 février 2003, dans une affaire où les bordereaux de cession, détruits par un incendie, ne pouvaient pas être présentés au débiteur des créances cédées, qu'« à défaut de production des bordereaux, fût-il justifié par une impossibilité matérielle, les cessions litigieuses, à les supposer même établies, n'étaient pas opposables aux tiers, ce dont il résultait que le prétendu cessionnaire ne pouvait demander le paiement au débiteur »⁴⁴⁸. Qu'est-ce qui, dès lors, différencie fondamentalement le cessionnaire de créances porteur d'un bordereau Dailly, d'un porteur de monnaie-papier ? Ni l'un ni l'autre ne peuvent demander au débiteur paiement de la créance dont ils sont titulaires. Le régime du billet de banque est sur ce point très proche de celui des créances professionnelles cédées par voie de bordereau Dailly. Il n'y a donc pas de raison de voir dans le régime du billet de banque détruit un argument empêchant de soutenir que le billet de banque

⁴⁴⁸ Cass. com. 25 février 2003 (Bull. civ. IV, n° 27 ; *RTD com.* 2003, p. 555, obs. M. Cabrillac).

n'est que le titre d'une « créance ». La question de la preuve – introduite par le doyen Jean Carbonnier – ne se pose pas : comme l'écrit le professeur Didier-René Martin, « la preuve du *negotium*, parfaitement établie en l'espèce, est impuissante à pallier le défaut de l'*instrumentum* »⁴⁴⁹. C'est donc par une diversion habile mais discutable que le doyen Jean Carbonnier a tenté d'extraire des enjeux probatoires un argument contre la nature de « créance » du billet de banque.

§ 3. Le droit réel du porteur du billet de banque n'est pas un indice de la corporalité de la monnaie-papier.

228. Théorie de la nature corporelle de la monnaie-papier : argument tiré du droit de réel (de propriété ?) du porteur du billet de banque sur le support monétaire. – On pourrait interpréter comme étant le signe de l'enchevêtrement des droits réels du porteur de monnaie fiduciaire et de l'institution émettrice de cette même monnaie fiduciaire (qu'elle soit papier ou métallique), le fait que les billets de banque, comme les pièces du reste, fassent l'objet d'une « propriété » pour le moins particulière puisque « le souverain monétaire retient un droit (les légistes du Moyen Âge disaient : une propriété éminente) sur les instruments monétaires qu'il émet, ce qui justifie son pouvoir de les démonétiser en leur retirant par décret le cours légal »⁴⁵⁰. Les billets (et les pièces) sont-ils la propriété pleine et entière de leurs porteurs ? Ou sont-ils celle du « souverain monétaire » ?

229. Théorie de la nature incorporelle de la monnaie-papier : argument tiré de l'enchevêtrement des droits réels du porteur et de l'institution émettrice. – Comme l'écrit le professeur Rémy Libchaber, « le caractère approprié de la monnaie est incertain »⁴⁵¹ : la monnaie fiduciaire semble faire l'objet non pas d'une propriété pleine et entière, mais d'un enchevêtrement de droits réels (ceux du porteur et ceux de l'institution émettrice), et plus précisément d'une double propriété : la propriété de l'institution émettrice sur les supports monétaires que sont les billets de banque, et la propriété du porteur sur l'unité monétaire qui, elle-même, correspond au droit à restitution qui, originellement, a fondé la monnaie fiduciaire. Même si « le droit de

⁴⁴⁹ D. R. Martin, « Du corporel », D. 2004, pp. 2285 et s.

⁴⁵⁰ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 686, p. 1557.

⁴⁵¹ R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., p. 140.

propriété de l'État sur les moyens de paiement fiduciaires n'est établi par aucun texte, mais par des prérogatives manifestées par l'État »⁴⁵², « l'État est propriétaire des espèces, et celles-ci sont mises à la disposition des utilisateurs à seule fin de paiement »⁴⁵³.

230. Le doyen Jean Carbonnier reconnaît en effet deux prérogatives à l'institution émettrice qui, selon lui, empêchent d'assimiler la « propriété » du porteur sur la monnaie fiduciaire à la propriété classique. D'une part, l'institution émettrice peut retirer le cours légal par une démonétisation « qui opère comme une expropriation pour cause d'utilité publique »⁴⁵⁴. D'autre part, l'institution émettrice peut agir sur la valeur de la monnaie fiduciaire alors qu'elle reste dans les mains mêmes de son « propriétaire » par la voie de la dépréciation « qui fragilise par contagion les créances de sommes d'argent »⁴⁵⁵. Ces deux pouvoirs exorbitants amènent le doyen Jean Carbonnier à conclure que « la monnaie tirant son être de la volonté du souverain, la propriété privée ne peut avoir sur les instruments monétaires la même force ni le même sens que sur un meuble quelconque »⁴⁵⁶.

Y a-t-il encore « propriété » quand un tiers peut légitimement et légalement retirer au « propriétaire » son bien, et vider ainsi de tout contenu son droit de propriété qui disparaît purement et simplement ? Assurément, la réponse est négative : l'institution émettrice conserve un droit réel sur les billets (et les pièces) envisagés comme supports, et leur porteur a, de son côté, un droit réel sur les unités monétaires⁴⁵⁷.

⁴⁵² R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., p. 147.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 141. L'auteur cite l'exemple d'une campagne de publicité faite pour un magasin de grande distribution, en 1986. Cette campagne consistait en l'apposition d'autocollants publicitaires sur la face de toutes les pièces de 10 francs passant par les caisses du magasin. La publicité était donc assurée par la remise en circulation desdites pièces. Cette campagne a fait l'objet d'une interdiction par les autorités par le décret n° 87-658 du 11 août 1987 qui prévoit qu'« il est interdit aux usagers, *pourtant propriétaires*, de les diffuser et ridiculiser peut-être en les faisant circuler comme supports publicitaires » (italiques ajoutées). Malgré la propriété reconnue par le texte aux porteurs de monnaie fiduciaire, le professeur Rémy Libchaber y voit une illustration, sinon de l'absence, du moins de la limitation du droit de propriété des utilisateurs sur les supports monétaires. La thèse d'une propriété de l'État sur les supports monétaires est du reste selon lui confirmée par le fait que la Banque de France ne soit jamais remboursée des coûts de fabrication des supports monétaires.

⁴⁵⁴ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 696, p. 1571. À noter que l'institution émettrice peut aussi recourir au retrait seulement provisoire du cours légal (dit « blocage »).

⁴⁵⁵ *Ibidem*, n° 696, p. 1571.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, n° 696, p. 1571. Pourtant fervent défenseur de l'analyse tendant à qualifier le droit du porteur de monnaie fiduciaire de droit réel de propriété, le professeur Élie Alfandari (« Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 138) reconnaît que « l'objet même de ce droit de propriété est incertain », et qu'« on ne peut considérer la monnaie comme une chose, comme une marchandise, d'abord parce qu'une marchandise a une valeur intrinsèque, dont les seules fluctuations dépendent de l'offre et de la demande, alors que la monnaie a une valeur légale qui n'est pas soumise à fluctuation » (*ibidem*).

⁴⁵⁷ Dans le même sens : E. Alfandari, « Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 146 : « le pouvoir régalién de l'État sur les signes monétaires entame sérieusement les pouvoirs du propriétaire lorsque la monnaie entre dans son patrimoine. Il est difficile de prétendre qu'il peut "en jouir et en disposer de la manière la plus absolue", comme l'affirme l'article 544 du code civil. La démonétisation est un acte d'autorité qui détruit un bien privé ».

Ce droit réel est un droit à restitution d'une certaine valeur, que le porteur détient à l'encontre de l'institution émettrice. Et ce droit à restitution est, originellement, un droit réel sur des unités monétaires formées par des créances dont l'institution émettrice a acquis le droit de disposer librement en contrepartie de l'émission de titres constatant le droit (réel) de leurs porteurs à s'en voir restituer la valeur par le pouvoir qu'offre le billet d'acquiescer d'autres biens. Si l'on suit ce raisonnement, le billet de banque, support monétaire, ne fait qu'attester la « propriété incorporelle flottante » du porteur sur des unités monétaires correspondant à des créances « titrisées »⁴⁵⁸.

231. Le droit réel reconnu à l'institution émettrice se traduit par la création, pour les porteurs de monnaie fiduciaire, d'obligations passibles de sanctions pénales⁴⁵⁹.

Tout d'abord, l'article 442-4 du code pénal (ancien article 136 du même code) interdit de mettre en circulation tout signe monétaire non autorisé ayant pour objet de remplacer les pièces de monnaie ou les billets de banque ayant cours légal en France ; les peines encourues en cas d'émission d'une monnaie parallèle portant atteinte au monopole de la Banque de France et de la Monnaie de Paris sont fixées à cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende⁴⁶⁰.

Ensuite, la destruction et la déformation de monnaie fiduciaire sont pénalement sanctionnées. On connaît l'anecdote fameuse du chanteur Serge Gainsbourg brûlant un billet de cinq cent francs devant les caméras de la télévision. Mais on connaît souvent

⁴⁵⁸ Rappelons qu'au sens strict, la titrisation s'entend de la transformation en titres négociables de créances détenues par un établissement de crédit ou de l'émission, sur les marchés financiers, de parts représentatives de créances cédées à un fonds commun (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 2011, p. 1019).

⁴⁵⁹ Le professeur Rémy Libchaber voit dans ces obligations l'indice d'un « mécanisme d'ordre contractuel » (R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., p. 147) - qu'il rapproche pour sa part de la gestion d'affaires. Ce contrat de mise à disposition sans transfert de propriété au profit des utilisateurs serait lui-même fondé sur la nature de créance de la monnaie. Le professeur Rémy Libchaber cite ainsi un auteur italien, Bruno Inzitari, qui a développé l'idée que la population crée la valeur de la monnaie par la vie commerciale, que cette vie commerciale profite à l'État et par conséquent rend la population créancière de l'État, et qu'enfin la population passe un contrat avec l'État pour qu'il organise l'émission et la gestion des titres de créance (B. Inzitari, *La Moneta, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (« La monnaie, Traité de droit commercial et de droit public de l'économie »), vol. VI, Padoue, 1983, p. 39). À l'évidence, il s'agit là d'un contrat par métaphore : en contrepartie des obligations mises à la charge des porteurs de monnaie fiduciaire, l'institution émettrice doit retirer de la circulation les billets chiffonnés et les pièces éliminées. Elle doit fabriquer des supports monétaires dont l'imitation doit être la plus difficile possible – voire impossible.

Le doyen Jean Carbonnier cite d'autres obligations mises à la charge de l'institution émettrice : « d'abord l'obligation d'assurer l'échange des instruments démonétisés contre des instruments nouveaux à égalité de valeur et sans délai de forclusion autre qu'une prescription raisonnable (10 ans, loi du 8 août 1993, article 5, al. 2) ; ensuite, l'obligation de supporter le risque de la fausse monnaie à l'égard des porteurs de bonne foi (d'autant que la faute peut lui être reprochée de n'avoir pas su émettre des espèces infalsifiables ; loi du 8 août 1993, article 4 al. 5 : l'émetteur doit veiller à la sécurité des systèmes de paiement, à la bonne qualité de la circulation fiduciaire). Cependant, la crainte que les complices faux-monnayeurs ne prissent trop aisément le masque d'usagers de bonne foi, a de tout temps amené la législation à la solution contraire : non seulement le souverain ne reprend pas la fausse monnaie, mais il punit, quoique d'une main légère, celui qui, l'ayant reçue pour bonne, essaie, après s'en être aperçu, de la remettre en circulation (articles 442-7 et 442-8 du code pénal), et [...] il enjoint de ne pas la conserver par-devers soi (article R. 645-9 du code pénal) » (J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 686, p. 1557).

⁴⁶⁰ Voir également l'article R. 642-2 du code pénal qui punit de l'amende prévue pour les contraventions de la 2^e classe le fait d'accepter, de détenir ou d'utiliser tout signe monétaire non autorisé ayant pour objet de remplacer les pièces de monnaie ou les billets de banque ayant cours légal en France.

moins les fondements de la répression des atteintes à la monnaie. À la différence des États-Unis, où un texte spécial prévoit des poursuites en cas de destruction du dollar, il n'y a en France aucun fondement textuel direct permettant de telles poursuites. On a songé à l'article 322-2, 2°, du code pénal (ancien article 439 du même code) qui incrimine la destruction volontaire de « registres, minutes, ou actes originaux de l'autorité publique, des titres, *billets*, lettres de change, effets de commerce ou de banque, contenant ou opérant obligation, disposition ou décharge » (italiques ajoutées). Mais ce serait faire l'impasse sur un arrêt rendu par la Cour de cassation statuant en sa chambre criminelle, le 4 juin 1975, dans lequel il a été jugé que « des billets de banque, simples signes monétaires qui ne contiennent ni n'opèrent actuellement obligation, disposition ou décharge, ne rentrent pas dans la catégorie des pièces dont l'incendie ou la destruction volontaire sont réprimés par l'article 439 du code pénal »⁴⁶¹. Face à l'impasse à laquelle conduit cette jurisprudence, on a songé alors à l'application de l'article 1^{er} de la loi du 18 août 1936 qui réprime l'atteinte au crédit de l'État et dispose que « sera puni [...] quiconque par des voies ou des moyens quelconques aura sciemment répandu dans le public des faits faux ou des allégations mensongères de nature à ébranler directement ou indirectement sa confiance dans la solidité de la monnaie » (ancien article 421 du code pénal, article 52-1 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, aujourd'hui abrogé). La destruction ou la déformation de monnaie fiduciaire ne deviennent dès lors passibles de poursuites pénales que si elles ont lieu en public. Il n'en reste pas moins qu'un propriétaire, au sens plein du terme, peut toujours détruire l'objet mobilier de sa propriété, même en public. Il faut croire par conséquent que le droit pénal invite, lui aussi, à s'interroger sur la nature du droit réel dont est investi le porteur de monnaie fiduciaire.

232. Ce n'est d'ailleurs sans doute pas un hasard si le législateur a prévu pour la monnaie « le » délit phare protégeant les propriétés incorporelles, à savoir le délit de contrefaçon. La sanction de l'émission de fausse monnaie par le délit de contrefaçon n'a d'abord été prévue que pour la monnaie métallique. Puis, à partir de 1954, elle a été étendue à la monnaie-papier. À partir de 1957, la monnaie fiduciaire étrangère s'est vue accorder la protection qui ne profitait jusqu'alors qu'à la monnaie fiduciaire nationale.

⁴⁶¹ Cass. crim. 4 juin 1975 (Bull. crim. n° 143, p. 393) – il s'agissait d'une épouse qui avait brûlé des billets composant l'actif commun lors d'une tentative de partage amiable de biens communs dans le cadre d'un divorce.

Enfin, depuis 1968, même la monnaie fiduciaire (nationale ou étrangère) n'ayant plus cours légal, est protégée par le délit de contrefaçon. Les articles 442-1 à 442-3 du code pénal (anciens articles 132 et suivants de l'ancien code pénal), auxquels renvoie l'article L. 162-1 du code monétaire et financier, sanctionnent en effet la contrefaçon et la falsification de monnaie fiduciaire, ainsi que le transport, la mise en circulation et la détention en vue de la mise en circulation de monnaies et de billets contrefaisants ou falsifiés. Il est révélateur de constater que c'est le même délit qui sanctionne l'exploitation de droits par un autre que son titulaire, qu'il s'agisse de biens incorporels ou de monnaie. L'institution émettrice semble donc détenir un droit de propriété incorporelle sur les billets et les pièces, qui ne peuvent être reproduits sans l'agrément de la Banque de France ou de la Monnaie de Paris, toutes deux titulaires d'un droit moral sur ces billets (pour la première) et ces pièces (pour la seconde).

233. Faut-il en conclure que la monnaie fiduciaire est un bien incorporel ? **L'application du délit de contrefaçon à la falsification de cette monnaie invite à le penser. Comment peut-on dès lors admettre que les porteurs de monnaie fiduciaire ont un droit de propriété plein et entier au sens de l'article 544 du code civil ?**⁴⁶² **Si, comme l'écrit justement Nicole Catala, l'État « se pose en tiers dans tout rapport juridique portant sur de l'argent »**⁴⁶³, **c'est qu'il y a un partage des droits réels entre le(s) porteur(s) de monnaie fiduciaire et l'institution émettrice, comme il y a un partage des droits réels sur les sommes inscrites en compte entre le titulaire d'un compte bancaire et son banquier.**

Comme l'écrit M. Thomas Le Gueut, « l'État peut être vu comme une sorte de propriétaire de tels supports monétaires qui sont mis à la disposition des citoyens en vue de leur circulation dans les échanges »⁴⁶⁴. D'ailleurs, « la propriété de l'État sur les pièces métalliques et billets de banque concourt à la satisfaction de l'intérêt général en tant que garantie de fonctionnement du système de la monnaie fiduciaire »⁴⁶⁵.

234. Toutefois, la propriété de l'État, ou, plus généralement, de l'institution émettrice de monnaie fiduciaire sur les pièces métalliques et les billets ne doit pas être confondue avec la propriété des porteurs sur les unités monétaires stockées dans ces

⁴⁶² Le professeur Rémy Libchaber fait le même constat : « la monnaie entre bien mal dans les cadres étroits du droit des biens, et il n'est guère concevable que la notion de propriété y ait le sens très absolu qui ressort de l'article 544 du code civil » (*Recherches sur la monnaie en droit privé, op. cit.*, p. 140).

⁴⁶³ N. Catala, *La nature juridique du paiement, op. cit.*, p. 140.

⁴⁶⁴ Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, p. 215.

⁴⁶⁵ *Idem.*

supports monétaires, autrement dit sur les créances constitutives de la monnaie fiduciaire. Or, comme l'explique M. Thomas Le Gueut, « la propriété de la monnaie correspond à celle des unités monétaires, et non à celle des supports monétaires qui les stockent »⁴⁶⁶.

Les deux propriétés ne sont néanmoins pas inconciliables dans la mesure où « la propriété des citoyens sur les unités monétaires incorporées dans les pièces métalliques et billets de banque est [...] l'instrument de la satisfaction d'intérêts... privés », et non de l'intérêt général. Il en résulte, selon M. Thomas Le Gueut, que « les prérogatives que l'État exerce sur les supports monétaires de la monnaie fiduciaire et celles que les citoyens exercent sur les unités monétaires incorporées ne sont pas censées entrer en conflit »⁴⁶⁷.

Cette absence de conflit explique que la propriété des porteurs sur la monnaie fiduciaire soit immédiate, selon M. Thomas Le Gueut, à la différence de la propriété des titulaires de comptes bancaires qui, elle, est intermédiée. L'auteur explique en effet que « si l'on est propriétaire d'unités monétaires quelle qu'en soit leur forme concrète, on exerce ses prérogatives de propriétaire de monnaie de différentes manières selon la forme monétaire dont s'agit : de manière directe ou immédiate s'il s'agit de monnaie fiduciaire ou électronique, mais de manière indirecte s'il s'agit de monnaie scripturale parce que c'est par l'intermédiaire de leurs banquiers respectifs que les titulaires de comptes de dépôt peuvent faire circuler des unités monétaires de compte à compte »⁴⁶⁸.

Il nous semble cependant que la propriété du porteur de monnaie fiduciaire est aussi « intermédiée » que celle du porteur de monnaie scripturale : dans les deux cas, un tiers (l'institution émettrice, pour la monnaie fiduciaire ; le banquier teneur de compte pour la monnaie scripturale) exerce un droit réel sur les supports monétaires, droit réel qui côtoie la propriété du porteur de monnaie fiduciaire ou du titulaire de monnaie scripturale sur la quantité d'unités monétaires « stockées » dans les supports (quantité fixe s'agissant de monnaie fiduciaire ; quantité variable s'agissant de monnaie scripturale). Ces unités monétaires constituent l'essence de la monnaie et correspondent à une « créance » atypique, ou plus exactement à un droit à restitution, dont il faut désormais étudier la nature.

⁴⁶⁶ *Idem.*

⁴⁶⁷ *Idem.*

⁴⁶⁸ *Ibidem*, pp. 222-223.

§ 4. *Le billet de banque constate un droit à restitution imprescriptible.*

235. Théorie de la nature corporelle de la monnaie-papier : argument tiré de l'imprescriptibilité du billet de banque. – Une fois montré que la monnaie-papier est un bien incorporel, il reste à envisager l'argument de taille brandi par les tenants de la corporalité de la monnaie fiduciaire : l'absence de prescription de cette obligation. En effet, la monnaie en général et le billet en particulier sont imprescriptibles⁴⁶⁹. La Cour de cassation, statuant en chambre civile, a eu l'occasion de juger, le 8 juillet 1867⁴⁷⁰, qu'il ne peut y avoir de prescription là où l'*obligation* n'a ni point de départ, ni échéance, ni débiteur déterminé.

Tout en admettant que « les billets continuent d'être datés », et que « cette date (de fabrication) pourrait servir de point de départ »⁴⁷¹, le doyen Jean Carbonnier soutient que « l'imprescriptibilité, qui s'expliquerait mal si le billet de banque était, comme on l'avait jadis soutenu⁴⁷², un droit de créance du porteur contre l'émetteur, est en harmonie avec l'idée qu'il est une monnaie valant par elle-même »⁴⁷³. Et de poursuivre :

« l'imprescriptibilité est un bon critère pour juger de ce qui est ou n'est pas monnaie privée. Ainsi la loi du 3 janvier 1975 [...] n'a pas été, comme les apparences le faisaient craindre, jusqu'à autoriser les particuliers à battre monnaie en coupures de 100 F, lorsqu'elle a imposé aux banques le paiement de ces petits chèques malgré le défaut de provision : l'obligation du banquier cesse, en effet, un mois après l'émission »⁴⁷⁴.

236. Théorie de la nature incorporelle de la monnaie-papier : argument tiré de l'imprescriptibilité du billet de banque. – Soutenir que le billet de banque ne peut être un bien incorporel, sous prétexte qu'il est imprescriptible et qu'il n'a pas de débiteur déterminé (l'État, la société, ne satisfaisant pas à cette exigence de détermination, selon certains), c'est ignorer que « les propriétés incorporelles [qui, en tant que telles, sont en

⁴⁶⁹ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n° 686, p. 1557.

⁴⁷⁰ Cass. civ. 8 juillet 1867, S. 1867, 1, 317.

⁴⁷¹ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n° 686, p. 1557.

⁴⁷² J. Perroud, *Essai sur le billet de banque*, éd. A. Rousseau, Lyon, 1901.

⁴⁷³ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n° 686, p. 1557. Voir aussi N. Catala, *La nature juridique du paiement*, *op. cit.*, p. 135 : « le billet ne se prescrit pas, quelle qu'ait été la date de son émission. Et cette imprescriptibilité, étrangère aux droits de créance, est un signe de plus que le billet vaut par lui-même, et non en raison d'une promesse de payer qui n'y est plus jamais contenue ».

⁴⁷⁴ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n° 686, p. 1557. Aujourd'hui, l'article L. 131-82 du code monétaire et financier, issu de l'article 73-1 du décret-loi du 30 octobre 1935, tel que modifié par la loi de finances rectificative pour 2001, n° 2001-1276, du 28 décembre 2001, dispose, en son alinéa 1^{er}, que « le tiré doit payer, nonobstant l'absence, l'insuffisance ou l'indisponibilité de provision, tout chèque établi sur une formule délivrée par lui d'un montant égal ou inférieur à 15 euros, le titulaire du compte et le tiré étant en ce cas réputés légalement avoir conclu lors de la délivrance de la formule une convention portant ouverture de crédit irrévocable » ; et, en son alinéa 2, que « l'obligation du tiré résultant des dispositions du présent article n'est pas soumise à la prescription de l'article L. 131-59 ; elle prend fin un mois après la date d'émission du chèque ».

principe imprescriptibles] n'ont pas de débiteur déterminé, puisqu'elles sont opposables à tout le monde »⁴⁷⁵.

Les professeurs Philippe Malaurie et Laurent Aynès précisent que c'est cet anonymat du débiteur qui distingue les propriétés incorporelles d'autres biens incorporels : les droits de créance. Mais si l'on peut ainsi opérer des distinctions au sein des biens incorporels, pourquoi ne pas admettre qu'à mi-chemin entre les « propriétés incorporelles » imprescriptibles mais dépourvues de débiteur déterminé, et les « droits de créance » prescriptibles contre un débiteur déterminé, il puisse y avoir une propriété incorporelle ayant un débiteur déterminé ? Cette propriété incorporelle avec débiteur déterminé ne serait rien d'autre que la monnaie fiduciaire, bien incorporel parmi d'autres. La seule différence subsistant entre monnaie fiduciaire et monnaie scripturale serait l'identification du débiteur, puisque la monnaie scripturale est une propriété incorporelle ayant pour débiteur un banquier teneur de compte, tandis que la monnaie fiduciaire est une propriété incorporelle ayant pour débitrice l'institution émettrice (la banque centrale européenne, par exemple).

237. Si l'on suit les professeurs Philippe Malaurie et Laurent Aynès, qui caractérisent le droit réel comme échappant, faute de débiteur, au risque d'insolvabilité, alors que le droit personnel lui est tout entier soumis, alors la monnaie, scripturale comme fiduciaire, doit plutôt être rangée du côté du droit personnel. C'est évident pour la monnaie scripturale, qui ne vaut que ce que vaut la « créance » d'un client contre son banquier, et par conséquent, ce que vaut le banquier – qui n'est jamais absolument à l'abri de l'insolvabilité. Ce l'est aussi pour la monnaie fiduciaire, qui ne vaut que ce que vaut la réserve d'or de la Banque de France (hier) et la « crédibilité bancaire »⁴⁷⁶ de l'Union européenne (aujourd'hui).

Mais à l'inverse, on peut rapprocher la monnaie scripturale et fiduciaire des droits réels. Le porteur de monnaie fiduciaire est en effet assuré d'acquérir un pouvoir d'achat grâce des billets de banque dont l'institution émettrice est réputée solvable. Le porteur de monnaie scripturale bénéficie de son côté d'un mécanisme de garantie des dépôts qui, sans le soustraire à tout risque d'insolvabilité du banquier teneur de compte, contribue néanmoins à limiter les conséquences d'un tel risque⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les biens*, Defrénois, coll. Droit civil, 5^e éd., 2013, n° 225, p. 84.

⁴⁷⁶ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 676, p. 1536.

⁴⁷⁷ La loi n° 94-679 du 8 août 1994 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier a instauré un mécanisme de garantie des dépôts bancaires prévoyant qu'en cas de défaillance du banquier dépositaire, les déposants peuvent bénéficier d'une

238. Les spécificités de la monnaie fiduciaire, et plus précisément le fait qu'elle ne soit pas soumise à la prescription et que l'institution émettrice conserve sur elle certains attributs de la propriété, interdisent sans doute d'y voir une créance au sens civil. En revanche, rien n'interdit d'y voir une « créance » d'un type différent, puisque notre droit a déjà reconnu l'existence de créances dont les caractères atypiques commandaient de ne pas les assimiler totalement à des créances au sens civil : il s'agit notamment, en droit commercial, des créances cambiaires.

239. Plutôt que de vouloir à tout prix qualifier le droit du porteur d'un billet de banque de propriété pleine et entière, pourquoi ne pas admettre qu'il puisse reposer sur un démembrement de propriété ? La confusion, dans le patrimoine de l'État, et plus précisément de l'institution émettrice de monnaie, de ce qui, initialement, était des dépôts d'or et d'argent, et de ce qui, désormais, est un ensemble de créances (sur les ménages et les entreprises qui sont les acteurs de l'économie, sur les importateurs étrangers ou sur le Trésor) opère un transfert de droits réels investissant l'institution émettrice d'un droit réel d'en user, d'en jouir et d'en disposer en contrepartie duquel elle émet des signes (les billets) qui, représentant le droit à restitution des déposants, sont remis à ces derniers qui, eux-mêmes, les cèdent à des porteurs qui, à leur tour, les font circuler. Tout porteur d'un billet de banque serait donc cessionnaire d'un droit réel « flottant » sur des créances « titrisées ».

Et cette analyse vaut tant pour la monnaie-papier que pour la monnaie métallique.

indemnisation par un fonds de garantie des dépôts – indemnisation qui est aujourd'hui plafonnée à 100 000 euros par déposant et par établissement bancaire adhérent. Sur ce mécanisme de garantie des dépôts, voir *supra* § 164 et s.

Section II. La monnaie métallique.

240. Dans les *Études offertes à J. Flour*, le professeur Paul Didier écrit que « la monnaie est une chose singulière », et se demande aussitôt : « est-elle d'ailleurs, à proprement parler, une chose ? ». À cette question, la réponse qu'il donne est que la monnaie a « au cours des âges, revêtu la forme des choses matérielles les plus diverses : troupeaux, coquillages, lingots, billets ». Mais « les services qu'elle rend ne sont pas ceux des choses qui la matérialisent », autrement dit, « son utilité n'est pas celle d'un troupeau, d'un coquillage ou d'un morceau de papier », car « sa valeur est d'échange, non d'usage ». Et le professeur Paul Didier de reprendre le point de vue des économistes pour qui « la monnaie, toute monnaie, *y compris l'or*, est une créance » (italiques ajoutées). « Comme la créance, en effet, *elle est, non pas une chose, mais la promesse d'une chose*. Elle est même la promesse de toute chose ». Aussi est-ce la raison pour laquelle « pour le juriste, la monnaie est une créance par métaphore »⁴⁷⁸. Ce que le professeur Paul Didier appelle « créance par métaphore » n'est rien d'autre que ce que l'on a qualifié de « créance atypique ». Ce caractère atypique tient à ce que la monnaie n'a pas « un objet déterminé, un débiteur dénommé, une échéance fixée ».

241. Le propos du professeur Paul Didier a l'intérêt d'évoquer l'idée que même la monnaie métallique, même l'or, puisse être un bien incorporel. C'est en effet chose rare dans le discours des juristes⁴⁷⁹ alors que c'est presque un lieu commun dans celui des économistes, des historiens et des ethnographes. Le professeur Rémy Libchaber s'étonne lui aussi de ce décalage : « de ce que la forme de monnaie la plus courante a longtemps été la pièce de métal précieux, les juristes [...] ont souvent déduit que la monnaie et le métal précieux étaient liés par une solidarité nécessaire et obligatoire »⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ P. Didier, « Monnaie de compte et compte bancaire », *Études offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 139.

⁴⁷⁹ Le *Traité juridique de la monnaie et du change* d'A. Mater (Dalloz, 1925) est tout entier fondé sur l'idée que la monnaie métallique est indissociable du métal précieux qu'elle contient. Preuve en est que l'ouvrage ne traite que de la pièce de métal précieux, évinçant même le billet de banque de la qualification de monnaie.

⁴⁸⁰ R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, p. 115.

§ 1. La démonétisation de l'or et des métaux précieux a montré que la valeur de la monnaie métallique ne réside pas dans sa corporalité.

242. Théorie de la nature corporelle de la monnaie métallique : valeur de la monnaie logée dans le support monétaire. – Comme l'écrit M. Hannes Westendorf, « aujourd'hui, toutes les pièces métalliques sont, comme les billets de banque, des monnaies absolues tirant toute leur valeur de l'empreinte et de l'autorité de l'émetteur »⁴⁸¹. Mais ces considérations n'empêchent pas le même Hannes Westendorf d'écrire que la monnaie métallique est « une monnaie absolue qui se matérialise en des meubles corporels »⁴⁸².

243. Théorie de la nature incorporelle de la monnaie métallique : valeur de la monnaie logée dans l'unité monétaire. – Il nous semble qu'il y a là une contradiction flagrante si l'on en tire la conclusion que la monnaie est un bien corporel. Si la monnaie est un bien corporel, sa valeur ne peut résider que dans les meubles corporels – et non dans l'autorité et le crédit de l'institution émettrice. En revanche, tout en étant matérialisée par des *choses* corporelles, la monnaie peut être un bien incorporel si toute sa valeur réside dans l'autorité et le crédit de l'institution émettrice, dans le droit qui est représenté par la chose corporelle, autrement dit dans le crédit de l'émetteur.

En outre, ce caractère « absolu » de la monnaie n'est pas propre à notre époque, et ne date pas de l'abandon de l'étalon-or. Certes, la démonétisation de l'or et des métaux précieux a joué un rôle dans l'abandon de la croyance en l'intrinsèque corporalité de la monnaie. Le professeur Rémy Libchaber explique ainsi que la dévaluation du dollar qui a conduit en 1976 à l'abandon de l'étalon de change-or⁴⁸³ a sans nul doute contribué à ce qu'il n'y ait aujourd'hui « plus personne pour affirmer ouvertement que la monnaie n'est

⁴⁸¹ H. Westendorf, « Les sûretés ayant pour objet des sommes d'argent », *op. cit.*, p. 468. Le doyen Jean Carbonnier relativise quant à lui l'assimilation des pièces métalliques aux billets de banque : si « elles sont, comme les billets de banque, des monnaies absolues, tirant toute leur valeur de l'empreinte et de l'autorité de l'émetteur, elles ont cependant un caractère juridique qui les distingue du billet : ce sont toutes des monnaies d'appoint ». En effet, la monnaie métallique n'est plus qu'une monnaie d'appoint. L'article 11 du règlement CE n° 974/98 du 3 mai 1998, relatif à l'introduction de l'euro, prévoit qu'à l'exception de l'autorité émettrice et des personnes spécifiquement désignées par la législation nationale de l'État membre émetteur, nul n'est tenu d'accepter plus de 50 pièces lors d'un seul paiement. Déjà, depuis le décret du 22 décembre 1959, le pouvoir libératoire des pièces de 5 francs était limité à la somme de 250 francs, et celui des pièces de 1 franc à la somme de 50 francs – ce qui, selon le professeur Pierre-Grégoire Marly, limitait la fongibilité intra-monétaire (*Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens, op. cit.*, pp. 153-154).

⁴⁸² H. Westendorf, « Les sûretés ayant pour objet des sommes d'argent », *op. cit.*, p. 468.

⁴⁸³ On distingue traditionnellement deux systèmes monétaires internationaux : le système de l'étalon-or et le système de l'étalon de change-or. Le système de l'étalon-or repose sur la convertibilité en or des principales monnaies. Il a prévalu jusqu'en 1922. En 1944, il fut décidé lors de la conférence de Bretton Woods d'adopter la référence au dollar – seule monnaie convertible en or. C'est ainsi que naquit le système de l'étalon de change-or reposant sur la convertibilité de toutes les monnaies en dollar, et sur la convertibilité du dollar en or (« *dollar as good as gold* »). Mais en 1971, les États-Unis procédèrent lors de la conférence de Washington à la dévaluation du dollar et à la suspension de sa convertibilité avec l'or. Cette première dévaluation fut suivie d'une seconde dévaluation en 1973 qui conduisit à l'inconvertibilité du dollar avec l'or. Cette inconvertibilité a été entérinée par les accords de la Jamaïque qui, en 1976, ont mis fin au système de l'étalon de change-or.

rien d'autre qu'une variété de marchandise »⁴⁸⁴. Depuis trente-cinq ans, la monnaie n'a en effet plus de lien direct ou indirect avec le métal⁴⁸⁵. Certes, il y a toujours un marché monétaire sur lequel les monnaies se vendent et s'achètent⁴⁸⁶, comme il y a des marchés de marchandises. Certes, la monnaie étrangère est perçue par le droit national comme une marchandise, parce qu'elle n'a pas cours légal, et donc pas de pouvoir libératoire. Mais l'absence de pouvoir libératoire est précisément le signe de ce que la monnaie, même étrangère, est toujours autre chose qu'une marchandise. Car si elle n'était qu'une marchandise, il suffirait de livrer cinq dollars pour éteindre une dette de cinq dollars comme on livre cinq tonnes de blé pour éteindre une dette de cinq tonnes de blé. Si, même lorsqu'on achète des dollars, on ne peut se libérer de sa dette qu'en euros, c'est que le dollar n'est pas une marchandise comme une autre⁴⁸⁷. La question qui se pose à ce stade est de savoir si ce n'est que depuis 1976 que l'on peut considérer que la monnaie métallique est un bien dont la valeur réside dans autre chose que dans le métal qu'elle contient.

244. Distinction entre valeur matérielle (ou commerciale) du support monétaire et valeur faciale (ou nominale) de l'unité monétaire. – Citant le doyen Joseph Hamel qui, lui aussi, soulignait que la valeur des monnaies est « entièrement distincte des

⁴⁸⁴ R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., p. 116.

⁴⁸⁵ Cette affirmation tend, depuis quelques mois, à être remise en cause par certains États américains qui semblent tentés de donner à nouveau cours légal à l'or et à l'argent. En effet, en mai 2011, l'État de l'Utah, dans l'Ouest des États-Unis, a voté une loi faisant des pièces d'or et d'argent une monnaie légale et encourageant le recours à cette monnaie métallique par la défiscalisation des transactions commerciales réalisées par son moyen. Si, d'après les journalistes, « la part de ces métaux dans le commerce local y est restée si infinitésimale que personne, dans l'administration publique de l'Utah, ne peut donner le moindre chiffre quant à leur représentativité », il n'en reste pas moins qu'un texte similaire a été adopté dans l'État de Caroline du Sud et que des initiatives en ce sens émergent en Géorgie, ainsi que dans le Tennessee, le Colorado, l'Iowa et le Minnesota (S. Cypel, « Après l'Utah, d'autres États américains tentés par le retour à la monnaie-or », *Le Monde*, 2 mai 2012).

⁴⁸⁶ Le marché mondial des devises (en anglais : « *FOREign EXchange* », ou FOREX) est le marché sur lequel sont échangées les devises de tous les pays du monde, dans le cadre d'opérations au comptant ou dans le cadre de prêts à court terme. Le jeu de l'offre et de la demande permet de rendre les prix de chaque devise presque identiques, à tout moment, sur toutes les places financières de la planète. Ce marché financier est, en termes de volume global, le deuxième au monde, après celui des taux d'intérêt. Les particuliers sont exclus de ce marché sur lequel seules les banques centrales, les banques commerciales, les entreprises d'assurances et les institutions financières peuvent intervenir. À la différence du marché des titres financiers, le marché des devises est opérationnel 24 heures sur 24, du dimanche soir au vendredi soir, afin de permettre aux opérateurs du monde entier d'intervenir indépendamment des fuseaux horaires. Si, en principe, toutes les devises sont négociées sur le FOREX, seule une quinzaine fait l'objet d'une négociation intensive, et, au sein de cette quinzaine, le dollar américain, l'euro et le yen dominent les transactions.

⁴⁸⁷ Comme le souligne le professeur Pierre-Grégoire Marly, il ne s'agit pas seulement d'une différence entre les supports monétaires, mais d'une différence entre les unités monétaires elles-mêmes, qui apporte une limite à la fongibilité inter-monétaire (*Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, op. cit., p. 156). Cette différence de nature entre les unités monétaires a pu justifier jadis que les juges refusent de compenser deux dettes libellées dans des monnaies différentes (Paris, 5 février 1943, *RTD civ.* 1944, p. 117, obs. H. et L. Mazeaud ; Cass. com. 15 janvier 1973, D. 1973, p. 473, note J. Ghestin). La Cour de cassation a cependant abandonné cette jurisprudence et admet désormais que deux dettes libellées dans des monnaies différentes puissent satisfaire au critère de fongibilité exigé pour la compensation dès lors que les monnaies en question sont convertibles (Cass. com. 28 septembre 2004, pourvoi n° 01-16.986 ; D. 2006, p. 155, obs. D. R. Martin ; *Banque et droit* 2005, p. 69, obs. Th. Bonneau).

propriétés physiques du titre qui les constitue »⁴⁸⁸, le professeur Nicole Catala écrit que « même à l'époque où circulaient encore des pièces d'or ou d'argent, on reconnaissait à celles-ci une valeur bien supérieure à celle du métal lui-même », et que « ce métal se trouvait valorisé par l'estampille de l'État »⁴⁸⁹. C'est l'indice que, non seulement, il faut relativiser le rôle de l'abandon de l'étalon-or dans l'« incorporalisation » de la monnaie métallique, mais c'est aussi l'indice que la valeur de la monnaie métallique a toujours été à rechercher dans autre chose que les métaux qui la composent⁴⁹⁰.

On présente souvent le détachement de la valeur de la monnaie métallique par rapport son contenu (d'or, d'argent ou autre) et par rapport la valeur de sa matérialité comme quelque chose de récent. Mais déjà les Romains qui ne connaissaient pas la monnaie-papier et n'utilisaient la monnaie scripturale qu'à l'état embryonnaire, avaient compris que la valeur de la monnaie ne résidait pas dans sa matérialité, dans la chose corporelle, mais dans autre chose, quelque chose de nécessairement incorporel. « *In pecunia non corpora quis cogitat, sed quantitatem* », disait le *Digeste*⁴⁹¹.

244-1. Cette idée s'est quelque peu perdue, notamment à la faveur de l'institution du franc-argent puis du franc-or, c'est-à-dire du franc convertible en argent et en or⁴⁹². Faisant une petite histoire du franc, le doyen Jean Carbonnier prend pourtant soin de rappeler que « ce qui confère à une chose (pièce métallique ou billet de papier) le caractère juridique de monnaie, c'est qu'elle est reçue dans les paiements non pas pour ce qu'elle représente matériellement, mais en tant qu'équivalent, fraction ou multiple, d'une unité idéale »⁴⁹³. Certes, le franc a été estimé comme valant (matériellement) 5 grammes d'argent au titre de 9/10 (franc de germinal), et même, suite au retour à l'étalon-or impulsé par Raymond Poincaré et instauré par la loi du 25 juin 1928, comme

⁴⁸⁸ J. Hamel, « Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie », *Mélanges Sugiyama*, Tokyo, 1940, p. 88.

⁴⁸⁹ N. Catala, *La nature juridique du paiement*, op. cit., p. 126.

⁴⁹⁰ Certains auteurs estiment que la valeur de toute chose – y compris de la monnaie – se mesure à l'aune du besoin que l'on en a. Selon Étienne de Condillac, « dès que nous avons besoin d'une chose, elle a de la valeur... et son prix est l'estime que nous faisons de sa valeur, lorsque, dans l'échange, nous la comparons avec la valeur d'un autre » (*Le Commerce et le Gouvernement considérés relativement l'un à l'autre*, Bizzarri, 1968, p. 22). De la même manière, Turgot a pu écrire que « le verbe “valoir” exprime cette bonté relative à nos besoins par laquelle les dons et les biens de la nature sont regardés comme propres à nos jouissances, à la satisfaction de nos désirs. On dit qu'un ragoût ne vaut rien quand il est mauvais au goût » (« Valeur et monnaie », in *Collection des principaux économistes*, Paris, 1844, t. III, p. 80). Toutefois, si la valeur des choses était la seule expression du besoin plus ou moins grand et impérieux que l'on en a, les pierres précieuses les plus inestimables n'auraient aucune valeur, sauf à faire de la rareté et des codes esthétiques également des paramètres de la valeur des choses. Le diamant a de la valeur non pas tant en raison du besoin que l'on en a ou de son utilité qu'en raison de *conventions* esthétiques héritées où se mêlent la rareté et l'appréciation éminemment subjective de la beauté.

⁴⁹¹ *Digeste*, 46, 3, 94, 1.

⁴⁹² Notons d'emblée que les pièces métalliques n'étaient pas émises, comme les billets de banque, par la Banque de France, mais frappées par le Trésor public.

⁴⁹³ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 676, p. 1533.

valant (matériellement) 65,5 milligrammes d'or au titre de 900/1000 (franc Poincaré), mais depuis la loi du 1^{er} octobre 1936, cette « définition » du franc a été abrogée⁴⁹⁴ et n'a jamais été remplacée. Depuis cette date, le franc ne peut donc plus être considéré comme valant par sa seule matérialité. Comme l'écrit le doyen Jean Carbonnier, « c'est une monnaie absolue, détachée de toute contre-valeur dont elle serait la représentation : elle n'a de valeur que celle qui lui est assignée par un acte de volonté de l'autorité publique »⁴⁹⁵.

244-2. Mais cet « acte de volonté de l'autorité publique » est-il pour autant constitutif d'un droit, voire d'une créance ? Il semblerait, à lire le doyen Jean Carbonnier, qu'à l'époque de l'euro, plus que jamais, ce soit la bonne analyse, car « pour l'euro, écrit-il, la valeur est moins une affaire d'autorité publique que de *crédibilité bancaire* »⁴⁹⁶ (italiques ajoutées). À partir du moment où, même pour la monnaie métallique, et plus généralement fiduciaire, la valeur de la monnaie repose sur le crédit du banquier, sur la confiance accordée au banquier, on peut légitimement se demander ce qui sépare cette monnaie métallique, ou cette monnaie-papier, de la monnaie scripturale, dont on a montré qu'elle n'était rien d'autre qu'une « créance » atypique, ou plus exactement un droit à restitution à l'encontre d'un banquier. La monnaie métallique et la monnaie-papier ne seraient-elles pas des droits à restitution à l'encontre des banques centrales ?

244-3. C'est à ce stade qu'il faut rappeler l'analyse que l'économiste Frédéric Bastiat faisait de la monnaie au XIX^e siècle. Pour lui, la monnaie ne serait qu'une forme de crédit :

« Vous avez un écu. Que signifie-t-il entre vos mains ? Il y est comme le témoin et la preuve que vous avez, à une époque quelconque, exécuté un travail, dont, au lieu d'en profiter, vous avez fait jouir la société, en la personne de votre client. Cet écu témoigne que vous avez rendu un *service* à la société, et, de plus, il en constate la valeur. Il témoigne, en outre, que vous n'avez pas encore retiré de la société un service *réel* équivalent, comme c'était votre droit. [Autrement dit, il est le titre d'une créance sur la société]. Pour vous mettre à même de l'exercer, quand et comme il vous plaira, la société, par les mains de votre client, vous a donné une *reconnaissance*, un *titre*, un *bon de la République*, un *jeton*, un *écu* enfin, qui ne diffère des titres fiduciaires qu'en ce qu'il porte sa valeur en lui-même, et, si vous savez lire, avec les yeux de l'esprit, les inscriptions dont il est chargé, vous déchiffrez distinctement ces mots : « *Rendez au porteur un service équivalent à celui qu'il a rendu à la société, valeur reçue constatée, prouvée et mesurée par celle qui est en moi-même* » [...] D'après tout ce qui précède, la société peut être considérée comme un immense bazar où chacun va d'abord déposer ses produits, en faire reconnaître et fixer la valeur. Après cela, il est autorisé à prélever sur l'ensemble de tous ces dépôts, des produits à son choix pour une valeur égale »⁴⁹⁷.

⁴⁹⁴ Article 2 de la loi du 1^{er} octobre 1936.

⁴⁹⁵ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 676, p. 1535.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, p. 1536.

⁴⁹⁷ F. Bastiat, *Maudit argent* in *Œuvres complètes*, t. V, éd. Guillaumin, Paris, 1863, pp. 80-81.

On pourrait croire une telle analyse isolée et fantaisiste... mais quand on lit que Joseph Schumpeter aussi, dans son *Histoire de l'analyse économique*, écrit que « les instruments de crédit, ou certains d'entre eux, s'ingèrent dans le système monétaire ; et, de plus, la monnaie à son tour n'est qu'un instrument de crédit, un *droit* qu'on fait valoir sur le seul moyen de paiement qui soit définitif : le bien de consommation »⁴⁹⁸, il y a de quoi remettre en cause bien des idées reçues.

§ 2. Les monnaies primitives étaient conçues comme des droits à restitution contre des particuliers.

245. Origines de la monnaie métallique. – Les historiens et ethnographes ont montré que « les sociétés les plus diverses, en Afrique, en Océanie, ou en Amérique, toutes sociétés qui n'utilisaient pas de pièces de monnaie avant la colonisation, se sont servies, à la place de celles-ci, de pièces de matériaux et de produits locaux qui n'étaient ni de l'or ni de l'argent et dont la valeur n'était pas estimée en fonction de ces deux métaux »⁴⁹⁹. Ces « monnaies primitives », dépourvues d'inscriptions, apparues dans des sociétés ne connaissant ni structure étatique, ni écriture, « sont des moyens de paiement sans servir de moyens d'échange »⁵⁰⁰. Plus précisément, les monnaies primitives représentaient la créance de son porteur sur tel ou tel individu en particulier : elles étaient utilisées par le débiteur pour « payer » soit des amendes, soit des dommages-intérêts (prix du sang versé ou « *wergeld* »), soit le prix d'une personne (et notamment de la fiancée). Entre les mains du créancier victime du dommage, la monnaie représentait la créance de dommages-intérêts. Entre les mains de la famille créancière qui a perdu l'un des siens, la monnaie représentait une créance substituée à la mise à mort du débiteur auteur du meurtre : « le *wergeld* (prix du sang) [...] pourrait être analysé comme le rachat par le meurtrier de son droit de vivre »⁵⁰¹. Entre les mains de la famille de la fille donnée en « mariage », la monnaie représentait la créance de restitution de la fille⁵⁰². Selon M. Alain Testart, « le troc suffit aux sociétés primitives »,

⁴⁹⁸ J. Schumpeter, *Histoire de l'analyse économique*, éd. Gallimard, Paris, 1983, vol. I, p. 446.

⁴⁹⁹ A. Testart (dir.), *Aux origines de la monnaie*, éd. Errance, Paris, 2002, p. 5.

⁵⁰⁰ A. Testart, *Aux origines de la monnaie*, *op. cit.*, p. 38.

⁵⁰¹ *Ibidem*, p. 40.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 40 : « il est tout à fait certain que ces paiements peuvent dans certains cas être analysés comme l'achat de droits sur l'épouse, achat par le mari de droits que détenait le père (droit de rattachement lignager des enfants, droit de toucher des

et « la monnaie se développe autour de ces deux coutumes « presque universelles » que sont le prix de la fiancée et le « *wergeld* »⁵⁰³. On notera que la monnaie, telle qu'elle a d'abord été conçue, servait non pas à acheter des biens, mais à acheter des *droits* sur des personnes⁵⁰⁴ : le droit de ne pas être mis à mort, le droit d'obtenir réparation d'un meurtre, de la violation des tabous du deuil, d'une atteinte à l'honneur, le droit d'obtenir restitution de la fille donnée comme épouse... Comme l'écrit M. Alain Testart :

« La vie primitive se trouve prise dans un gigantesque système de crédit. Comme les dettes et les créances de chacun tendent à se compenser [par le troc et le crédit à court et moyen terme], cela rend superflu l'usage de la monnaie. Mais pour les grosses dépenses, *wergeld*, paiements de mariage ou entrée dans une association prestigieuse, toutes choses qui dépendent de contingences sur le long terme, [...] il n'y a aucune raison qu'ait lieu cette compensation et on comprend également que la monnaie soit ici indispensable [pour le crédit à long terme]. Elle y trouve son rôle, pour ainsi dire naturel, de réserve de valeur »⁵⁰⁵.

On l'aura donc compris : les monnaies primitives sont totalement dépourvues de valeur intrinsèque, matérielle. Toute leur valeur réside dans le droit (bien nécessairement incorporel) qu'elle représente : le droit pour la famille de la victime d'un meurtre d'obtenir une fille de la famille du meurtrier, ou même la vie de l'un de ses membres, ou encore le droit pour la famille de la fille donnée en épouse d'obtenir sa restitution ou d'obtenir bien plus tard « livraison » (en échange) d'une fille de la famille de l'homme ayant pris épouse. Ce qui, dès l'origine, fait la valeur de la monnaie, c'est « la valeur des personnes entre lesquelles elle circule en créant de la dette...elle ne fonctionne pas comme moyen d'acquisition économique, mais comme mode d'enregistrement des biens et des avoirs, comme symbole des dons reçus et *gage des contre-dons à venir* »⁵⁰⁶ (italiques ajoutées).

246. Il faut avoir cela à l'esprit pour comprendre ce qu'est originellement la monnaie métallique, frappée et marquée, qui nous est plus familière, et qui est apparue dans sa fonction de monnaie de compte, en Mésopotamie (au III^e millénaire avant notre ère), dans sa fonction de monnaie de paiement, en Chine (au II^e millénaire avant notre ère), et dans sa double fonction, en Asie mineure, et plus précisément en Lydie (au cours

indemnités pour adultère de l'épouse ou pour séduction de la fille, droit de bénéficier du travail de la femme, etc.). Il y a alors transfert de ces droits du père au mari : le prix de la fiancée est le prix de ce transfert [...] Le bien acquis dans les paiements de mariage est en effet immatériel, consistant en droits sur la personne de la femme ».

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 39.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, p. 41 : « la particularité propre à l'ensemble des biens achetés par la monnaie primitive est que ce sont des biens *associés à la personne*. La monnaie primitive sert à assurer un trafic sur les personnes ».

⁵⁰⁵ *Ibidem*, pp. 41-42.

⁵⁰⁶ A. Caillé, « Monnaie des sauvages et monnaie des modernes », *Bulletin du M.A.U.S.S.*, mars 1987, pp. 49-50.

du VI^e siècle avant notre ère) – avant de s'étendre à la Perse achéménide, à la Grèce ionienne, à la Grèce continentale, à Rome, et à la Gaule (où monnaie est battue vers le III^e siècle avant notre ère)⁵⁰⁷. Ce n'est pas un hasard si les premiers à avoir utilisé la monnaie métallique comme instrument de paiement, à savoir les Chinois, détachaient déjà la valeur de cette monnaie de sa matérialité, et donc de sa corporalité. La monnaie est, pour reprendre la formule de M. Alain Testart, « fiduciaire dans sa conception : les unités monétaires ont beau être en bronze, leur valeur ne correspond pas à la quantité de métal qu'elles recèlent »⁵⁰⁸.

247. Jamais la monnaie n'a donc été conçue, dans les sociétés les plus primitives et les plus anciennes, comme une marchandise au même titre que le blé, par exemple. Sur ce point, nous nous démarquons des positions du professeur Rémy Libchaber qui écrit que, dans les monnaies dites primitives, « l'unité fait corps avec le support, au lieu que dans des systèmes plus élaborés elle en soit détachée »⁵⁰⁹. C'est ignorer les enseignements de l'histoire et de l'ethnographie qui montrent au contraire, que la monnaie est une chose « à part », un titre qui représente des droits. Dire cela n'est pas anodin, car deux courants de pensée se sont opposés sur la question de savoir si la monnaie métallique était une marchandise ou si elle était un « signe » renvoyant à autre chose que sa seule matérialité.

§ 3. La monnaie métallique est-elle une marchandise (bien corporel) ou un signe (bien incorporel) ?

248. De la monnaie-marchandise à la monnaie-signe. – Montesquieu, dans le chapitre II du Livre XXII de *L'Esprit des lois* qu'il consacre à la monnaie, s'intéresse aux monnaies primitives et aux balbutiements de la monnaie frappée en Lydie pour définir la nature de la monnaie. Comme les ethnographes le rappellent au début du XXI^e siècle, le philosophe souligne que la monnaie a d'abord été le *signe* représentant la créance de la famille d'une victime sur celle de l'auteur d'un dommage. Il relève en effet que « les lois des Germains apprécieraient en argent les satisfactions pour les torts

⁵⁰⁷ En France aussi, la monnaie de compte, servant à apprécier la valeur d'un bien ou d'un service, et la monnaie de paiement, servant à se procurer les biens et services ainsi évalués et à éteindre les obligations monétaires, ont pendant longtemps été deux monnaies distinctes. La livre servait à compter et l'écu à payer. Monnaie de compte et monnaie de paiement ont fusionné en une seule monnaie : le franc et, désormais, l'euro.

⁵⁰⁸ A. Testart, *Aux origines de la monnaie*, op. cit., p. 9.

⁵⁰⁹ *Ibidem*, p. 74.

que l'on avait faits, et pour les peines des crimes »⁵¹⁰. Lui aussi avait noté que la monnaie, dès l'origine, représentait un droit sur des personnes. Comme telle, elle ne pouvait pas se réduire à n'être qu'un substitut à des marchandises dans une économie de troc, voire, comme certains l'ont avancé, une marchandise comme les autres. Il note que « les Athéniens, n'ayant point l'usage des métaux, se servirent de bœufs, et les Romains de brebis »⁵¹¹ : ces animaux, isolés ou en troupeaux, servaient de monnaie. Jusque là, c'est la thèse de la monnaie comme marchandise qui semble consacrée. Mais il ajoute, en note, qu'Hérodote « nous dit que les Lydiens trouvèrent l'art de battre la monnaie » [ce que confirme les travaux récents des historiens], que « les Grecs le prirent d'eux », et que « les monnaies d'Athènes eurent pour empreinte leur ancien bœuf »⁵¹². En d'autres termes, la monnaie n'est pas la marchandise elle-même, mais un substitut à la marchandise : elle représente la marchandise, elle en est le *signe*. Au lieu d'échanger des bœufs en chair et en os, les Athéniens eurent l'idée d'éteindre leurs dettes réciproques en échangeant des signes portant l'effigie des bœufs et réputés « valoir » tant de bœufs. D'où le fait qu'en latin, argent se dise « *pecunia* », terme issu de « *pecus* », le troupeau. Du reste, chez les Latins aussi, Montesquieu relève que « non seulement les choses représentaient l'argent par leur nature, mais qu'elles devenaient monnaie comme l'argent même »⁵¹³.

Montesquieu distingue les monnaies réelles des monnaies idéales (Chapitre III du Livre XXII : « Des monnaies idéales »). Montesquieu relève que « la mauvaise foi ou le besoin font qu'on retranche une partie du métal de chaque pièce de monnaie, à laquelle on laisse le même nom : par exemple, d'une pièce du poids d'une livre d'argent, on retranche la moitié de l'argent, et on continue de l'appeler livre [...] Pour lors, la livre est une livre idéale »⁵¹⁴. Cette pratique, appelée le seigneurage, montre qu'il y a quelque chose de plus dans la monnaie qu'un simple poids, qu'une simple quantité d'argent, de cuivre ou de bronze, ou qu'un simple « équivalent » du bœuf. Ce quelque chose de plus fait que la monnaie, dont on savait qu'elle n'était pas une marchandise, n'est pas non plus un substitut aux marchandises, comme le prétendent Turgot ou le chancelier d'Aguesseau.

⁵¹⁰ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Livre XXII « Des lois, dans le rapport qu'elles ont avec l'usage de la monnaie », Chapitre II, « De la nature de la monnaie », GF Flammarion, 1979, p. 75.

⁵¹¹ *Ibidem*, p. 74.

⁵¹² *Ibidem*, p. 74.

⁵¹³ *Ibidem*, p. 75.

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 76.

249. Théorie de la monnaie-marchandise. – Dans ses *Considérations sur les monnaies*, le chancelier d'Aguesseau écrivait en 1777 :

« Et si les jurisconsultes ont distingué la vente et l'échange comme deux espèces différentes de contrat, c'est parce que n'ayant pas assez médité sur la véritable nature de la monnaie, il leur a plu de donner à l'or et à l'argent le nom de prix, et de conserver l'ancien nom de marchandises aux choses que l'on acquiert par le moyen de l'or et de l'argent. Au lieu que s'ils avaient été aussi instruits du commerce qu'ils l'étaient de la Jurisprudence, ils auraient reconnu que, dans la vente, comme dans ce qu'ils appellent permutation, il y a toujours deux marchandises échangées réellement l'une contre l'autre, de l'or ou de l'argent contre du blé par exemple... »⁵¹⁵.

Pour d'Aguesseau, la monnaie est une marchandise comme une autre, que l'on échange contre une autre, et il n'y a guère de différence entre le contrat de vente et le contrat d'échange, puisque la notion de prix ne fait que désigner une marchandise comme une autre. Le seul avantage de la monnaie métallique sur les autres marchandises tient à ce que son usage est « beaucoup plus commode, plus sûr et plus facile »⁵¹⁶ que celui des autres marchandises. Il n'y aurait donc au regard du droit des biens aucune différence de nature entre la monnaie métallique et un troupeau de bœufs : tous deux sont des choses dont la valeur réside tout entière dans leur corporalité, ce sont donc des *biens corporels*⁵¹⁷.

L'exemple que choisit Turgot est à cet égard révélateur : c'est en raisonnant sur les troupeaux de moutons qu'il démontre, dans ses *Réflexions sur la formation et la distribution des richesses*, que la monnaie est une marchandise⁵¹⁸. À lire Turgot, on a l'impression que la monnaie est tout entière née d'une économie de troc et qu'elle est tout entière pétrie de l'idée d'échange de biens, tout n'étant qu'affaire de droits réels – alors que les historiens et les ethnographes montrent aujourd'hui qu'au contraire, elle a émergé dans une économie du crédit tout entière pétrie de l'idée de l'impossibilité d'un

⁵¹⁵ D'Aguesseau, *Considérations sur les monnaies*, cité par J.-M. Poughon, *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. J.-P. Baud, Bibl. dr. priv., t. 194, LGDJ, 1987, n° 205, p. 129, note 21.

⁵¹⁶ *Idem*.

⁵¹⁷ Le professeur Rémy Libchaber cite la définition de la monnaie donnée en 1692 par un certain Jean Boizard, magistrat à la Cour des monnaies : la monnaie est selon cet auteur « une portion de matière à laquelle l'autorité publique a donné une valeur et un poids certain pour servir de prix et évaluer, dans le commerce, l'inégalité de toutes choses » (*Recherches sur la monnaie en droit privé, op. cit.*, p. 116).

⁵¹⁸ Turgot, *Réflexions sur la formation et la distribution des richesses*, GF Flammarion, 1998, § XXXVI : « Dans un pays où il n'y a qu'une race de moutons, on peut facilement prendre la valeur d'une toison ou celle d'un mouton pour la mesure commune des valeurs, et l'on dira qu'une barrique de vin ou une pièce d'étoffe valent un certain nombre de toisons ou de moutons. À la vérité, il y a entre les moutons quelque inégalité, mais quand il s'agit de vendre des moutons, on a soin d'évaluer cette inégalité, et de compter par exemple deux agneaux pour un mouton. Lorsqu'il s'agit d'évaluer toute autre marchandise, on prend pour unité la valeur commune d'un mouton d'âge moyen et d'une force moyenne. De cette sorte, l'énonciation des valeurs en moutons devient *comme un langage de convention*, et ce mot un mouton, dans le langage du commerce, ne signifie qu'une certaine valeur qui, dans l'esprit de ceux qui l'entendent, porte l'idée non seulement d'un mouton, mais d'une certaine quantité de chacune des denrées les plus communes, qui sont regardées comme l'équivalent de cette valeur ; et cette expression finira si bien par s'appliquer à une valeur fictive et abstraite plutôt qu'à un mouton réel, que si par hasard il arrive une mortalité sur les moutons et que, pour en avoir un, il faille donner le double du blé ou du vin qu'on donnait auparavant, on dira qu'un mouton vaut deux moutons, plutôt que de changer l'expression à laquelle on est accoutumé pour toutes les autres valeurs » (italiques ajoutées).

échange de biens, tout n'étant qu'affaire de droits contre des personnes, de droits *personnels*.

250. Théorie de la monnaie-signe. – La distinction que fait Montesquieu entre monnaie réelle et monnaie idéale, ainsi que la pratique du seigneurage, ne peuvent d'ailleurs que conduire au constat que fait le baron de La Brède, à savoir que « la monnaie est un *signe* qui représente la valeur de toutes les marchandises »⁵¹⁹. La monnaie est véritablement un *signe*, et non un substitut à des marchandises. Certes, « on prend quelque métal, pour que le signe soit durable ; qu'il se consume peu par l'usage ; et que, sans se détruire, il soit capable de beaucoup de divisions »⁵²⁰. Mais ce qui compte, c'est moins le métal que le signe, l'effigie, l'empreinte qui y est apposé(e). Le seul métal ne suffit pas à faire la monnaie : « chaque État y met son empreinte, afin que la forme réponde du titre et du poids, et que l'on connaisse l'un et l'autre par la seule inspection »⁵²¹. C'est ce qui explique que le papier puisse être une monnaie : « comme l'argent est le signe des valeurs des marchandises, écrit Montesquieu, le papier est un signe de la valeur de l'argent, et, lorsqu'il est bon, il le représente tellement que, quant à l'effet, il n'y a point de différence »⁵²². Si le seul métal faisait la monnaie, et si la monnaie n'était qu'une marchandise substituée aux autres, alors elle n'aurait pas besoin d'effigies ni d'inscriptions indiquant son poids : il suffirait de la peser à chaque transaction.

C'est précisément la question du poids de la monnaie métallique qui a montré qu'elle ne pouvait se réduire à une marchandise. La pratique du seigneurage a en effet sapé l'idée d'une nécessaire coïncidence entre la valeur de la monnaie métallique et la valeur du poids de métal qu'elle contient. Le seigneurage désigne la pratique, adoptée par ceux qui frappaient les monnaies au Moyen-Âge, consistant à attribuer à ces monnaies une valeur supérieure à celle du métal qu'elles contenaient pour économiser du métal et en tirer ainsi un bénéfice qui fut d'abord censé correspondre à la rémunération du travail d'émission, mais qui, bien vite, fut recherché comme une source d'abondants profits – d'autant que la pesée se fit de plus en plus rare au cours des transactions, avec le développement du monnayage qui a substitué à la pesée

⁵¹⁹ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Livre XXII « Des lois, dans le rapport qu'elles ont avec l'usage de la monnaie », Chapitre II « De la nature de la monnaie », GF Flammarion, 1979, p. 74.

⁵²⁰ *Idem.*

⁵²¹ *Idem.*

⁵²² *Idem.*

l'inscription du poids de métal sur une face de la pièce⁵²³. Dès l'époque médiévale, on dissocia donc la valeur de la monnaie métallique de la valeur de sa matérialité, faisant ainsi nécessairement – quoiqu'inconsciemment – de la monnaie métallique un bien dont la valeur réside dans autre chose que sa seule corporalité, en d'autres termes un bien incorporel.

Et les Français n'ont fait que rester fidèles à cette conception fiduciaire de la monnaie métallique, puisque, dès le Moyen-Âge, « les mutations monétaires s'opéraient soit par diminution du poids de métal précieux contenu dans les pièces en circulation (d'où la légende de Philippe le Bel, le roi faux-monnayeur⁵²⁴ - nous dirions aujourd'hui dévaluateur), soit par un procédé plus intellectuel (le plus courant à partir du XVI^e siècle), l'augmentation du cours des monnaies réelles (le louis, l'écu) exprimé en monnaie de compte (les obligations étant libellées en livres, si un édit vient décider un matin que le louis d'or qui valait précédemment 20 livres en vaudra 24, tout se passe comme si la livre était dévaluée de 20 %) »⁵²⁵.

251. De tous temps, par conséquent la valeur faciale (ou nominale) de la monnaie a été détachée de la valeur de son support matériel, et en particulier de son contenu de métal précieux. Preuve en est qu'en Guinée, l'une des premières régions d'Afrique où l'on utilisa comme monnaie non plus des perles de Venise ou de Bohême, ni même des manilles (bracelets de bronze), des pagnes, et autres cauris (coquillages percés et enfilés), mais de l'or, le seul poids du métal n'absorbait pas la valeur de la monnaie. La pesée s'effectuait avec des poids différents : les poids des chefs, les poids des notables, les poids des femmes... Des considérations sociales (et surtout hiérarchiques) teintaient la pesée de l'or, et faisaient ainsi entrer dans la valeur de la monnaie une variable liée à une symbolique sociale. La stricte valeur pondérale était sujette à une appréciation variable en fonction de l'identité de l'utilisateur. La valeur de la monnaie était moins la valeur du métal que la valeur du métal telle qu'elle était appréciée selon son détenteur.

Bien plus tard, la même idée s'est retrouvée dans le rôle qu'ont pu jouer l'émetteur de la monnaie et l'apposition de son symbole sur les pièces. Ainsi, au

⁵²³ R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., p. 75 : « c'est une véritable révolution dans la conception de la monnaie qui s'opère alors. Tandis que dans un premier temps, la monnaie est le métal, elle n'y est plus ensuite que rattachée. Une pièce d'or d'une livre est une pièce qui a la valeur sociale d'une livre d'or, et non plus forcément une pièce d'or qui pèse effectivement une livre. Une évolution trouve là son point de départ, qui aboutira à priver le support de toute valeur intrinsèque [...] Les pièces ne sont pas systématiquement repesées en raison du prestige du monnayeur, de la confiance qu'on a en lui ». Dès le Moyen-Âge, la valeur de la monnaie réside donc plus dans le crédit de l'émetteur que dans le corps du support.

⁵²⁴ Philippe le Bel avait procédé à une dévaluation de 33 % de l'écu par la fusion de deux anciens écus d'or aboutissant à la création de trois nouveaux écus d'or.

⁵²⁵ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 680, p. 1541.

XVII^e siècle, le crédit accordé au thaler et aux pièces portant son symbole fut tel que, pour subvenir au commerce marseillais avec le Levant, on importait en France des piastres espagnoles, frappées en Amérique du Sud, que l'on envoyait aussitôt à Milan, afin qu'elles y fussent refrappées en thalers, avant de les faire revenir à Marseille pour qu'on les utilisât dans le commerce avec le Levant. Autrement dit, parce que les commerçants du Levant n'avaient foi que dans le thaler, on changeait le symbole apposé sur des pièces (qui, de piastres, devenaient thalers) sans changer les pièces elles-mêmes (et notamment leur poids de métal)⁵²⁶.

À la valeur du métal s'ajoute donc une valeur nominale fondée sur le crédit de l'émetteur – crédit sur lequel sont fondées les « monnaies de mémoire » dont parle le professeur Rémy Libchaber⁵²⁷. Il y a quelque chose d'« imaginaire », d'immatériel dans cette monnaie, et selon d'Aguesseau, cette incorporelité n'est autre que le droit à restitution qu'a tout porteur de pièces de monnaie contre leur émetteur.

252. L'idée selon laquelle la monnaie est un signe ne remonte pas à Montesquieu. Charles du Moulin, dès 1547, soutenait que la monnaie n'était pas une marchandise. Et bien avant, Aristote, avait lui aussi démontré que la monnaie ne pouvait être qu'un signe. Dans le chapitre V du livre V de son *Éthique à Nicomaque*, livre consacré à la justice, le philosophe grec explique que « la monnaie est devenue, *en vertu d'une convention*, pour ainsi dire, un moyen d'échange pour ce qui nous fait défaut »⁵²⁸ (italiques ajoutées). C'est une *convention*, une sorte de « contrat social », qui est au fondement de la monnaie⁵²⁹. Ce qui fait la valeur de la monnaie ne vient pas de sa nature, ni, par conséquent, de ce qu'elle serait une marchandise facilitant le troc, mais vient de la loi. « C'est pourquoi, écrit le philosophe grec, on lui a donné le nom de « *nomisma* », parce qu'elle est d'institution, non pas naturelle, mais légale [la loi se disant « *nomos* » en grec], et qu'il est en notre pouvoir, soit de la changer, soit de décréter qu'elle ne servira plus »⁵³⁰. Si la monnaie, même métallique, est donc un signe,

⁵²⁶ On notera que, plus tard, le thaler de Marie-Thérèse d'Autriche connut un tel crédit dans les régions orientales qu'il s'imposa massivement et durablement comme monnaie de référence (mais aussi objet de parure) sur les rives de la mer Rouge et sur les pistes caravanières du Sahara...

⁵²⁷ R. Libchaber, « L'argent, entre matière et mémoire », *Arch. phil. dr.* n° 42, 1997, p. 122 : « les monnaies de compte sont tout simplement le résidu d'anciennes pièces de métal, qui ont très longuement circulé sur une certaine aire : peu à peu, la frappe cesse pour des raisons contingentes, ce qui conduit la monnaie en circulation à se raréfier », et à n'être plus utilisée que pour « compter », c'est-à-dire pour libeller les dettes en valeur, et non plus pour les payer.

⁵²⁸ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, chapitre V, GF Flammarion, 1965, p. 148.

⁵²⁹ Le « langage de convention » dont parle Aristote doit être rapproché de la description de ce que le professeur Rémy Libchaber appelle la « monnaie-unité de paiement » : « l'unité de paiement est le fait d'un accord passé entre tous les membres du groupe social portant sur l'objet le mieux à même de produire l'extinction des dettes libellées en unités de valeur : en elle-même, l'unité de paiement ne recèle aucune valeur intrinsèque et tout son pouvoir résulte de l'agrément de la communauté où elle circule » (*Recherches sur la monnaie en droit privé, op. cit.*, p. 49).

⁵³⁰ Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, chapitre V, GF Flammarion, 1965, p. 148.

et que sa valeur ne réside pas dans sa matérialité, la question qui se pose est alors de savoir de quoi elle est le signe, et en quoi réside sa valeur. Or Aristote fournit un début de réponse lorsque, corroborant les travaux les plus récents des ethnographes et historiens, il laisse entendre qu'elle est un signe représentant un droit à restitution : « pour la transaction à venir, la monnaie nous sert, en quelque sorte, de garant, et, en admettant qu'aucun échange n'ait lieu sur-le-champ, nous l'aurons à notre disposition en cas de besoin. Il faut donc que celui qui dispose d'argent ait la possibilité de recevoir en échange de la marchandise »⁵³¹. De tels propos confirment non seulement que les sociétés anciennes ont été davantage celles du crédit que du troc – comme le soutiennent historiens et ethnographes – mais aussi que la monnaie est, dès l'origine, un titre représentant un droit de « créance ».

253. Mais on objectera qu'une telle conception ne vaut que lorsque la monnaie est une monnaie privée et que le débiteur de cette « créance » est individu ou un groupe d'individus identifiables, sinon identifiés. Certains avanceront que la monnaie, pour être qualifiée comme telle, ne peut qu'être publique, frappée par les institutions de l'État, et émise par elles, et que, par conséquent, on ne voit pas à quelle « créance » sur l'État un tel signe peut renvoyer. Si l'on peut comprendre, à la rigueur, que le porteur d'un billet a sur la Banque de France une créance de restitution de monnaie métallique (or ou argent), quelle « créance » a-t-il contre l'institution émettrice quand il a précisément entre les mains cet or et cet argent ? Au contraire, on pourrait penser que c'est plutôt l'institution émettrice, qui met gratuitement à sa disposition la monnaie métallique, qui a sur lui une « créance ».

254. Défense de la théorie de la monnaie-signe. – Raisonner ainsi serait se méprendre et oublier un peu vite les réflexions de l'économiste Frédéric Bastiat⁵³² qui, comme d'autres économistes, analyse la monnaie, et notamment la monnaie métallique, comme une créance sur l'État, et sur la société qui l'a instituée par contrat, par « convention » dirait Aristote, pour le travail qu'il a fourni et qui a contribué à l'enrichissement de la société et de l'État. Ces réflexions sont loin d'être isolées, car, comme on l'a vu, Bruno Inzitari analyse lui aussi la monnaie comme un mécanisme contractuel par lequel la population crée la valeur de la monnaie par la vie commerciale, puis, cet enrichissement bénéficiant à l'État – qui se trouve donc débiteur – s'accorde,

⁵³¹ *Ibidem*, p. 149.

⁵³² Voir *supra* (§ 216-2 ; § 221 et § 244-3).

par contrat avec l'État, pour organiser la production et la gestion des titres de créance de restitution⁵³³. De son côté, s'interrogeant sur le fondement de la monnaie, le professeur Gérard Farjat soutient que c'est « l'autorité publique, sans doute, mais aussi la convention sociale » et que la monnaie émise par un État, « instrument essentiel de sa souveraineté et de son poids international, vaut, comme pour tout débiteur, ce que vaut son patrimoine, ou plutôt le crédit que lui attache l'opinion »⁵³⁴. Et le professeur Gérard Farjat de trancher le débat sur la nature de « marchandise » ou de « signe » de la monnaie, en concluant que « la vraie monnaie, ce n'est pas la monnaie gagée sur l'or, qui est un archaïsme, c'est la monnaie-signe, représentative d'une créance sûre, garantie par les autorités publiques »⁵³⁵.

255. C'est une analyse déjà présente chez Montesquieu, qui écrit que « l'État est dans la prospérité selon que, d'un côté, l'argent représente bien toutes choses ; et que, d'un autre, toutes choses représentent bien l'argent, et qu'ils sont signes les uns des autres, c'est-à-dire que, dans leur valeur relative, on peut avoir l'un sitôt que l'on a l'autre »⁵³⁶. En d'autres termes, dans un État aux finances saines, la monnaie émise n'est que le signe des richesses produites : il y a entre elles un rapport d'équivalence. La monnaie métallique qui est distribuée aux citoyens d'un État n'est donc que le titre de créance qu'ils ont à l'égard de cet État pour l'enrichissement qu'ils lui procurent : plus un citoyen produit de richesses profitant à l'État, plus sa créance sur l'État est grande, et plus il reçoit de monnaie métallique en contrepartie des richesses par lui produites.

256. Une telle analyse est aussi celle du professeur Rémy Libchaber lorsqu'il écrit, au sujet des politiques monétaires mises en œuvre par le Trésor que « l'objet de celles-ci est qu'il y ait ajustement global de la masse de biens produite à la masse monétaire en circulation »⁵³⁷. Il y a manifestement un lien entre les richesses produites au sein d'un État et la monnaie qu'il émet : sauf s'il est voleur, un citoyen n'a de monnaie métallique qu'à la hauteur des richesses qu'il produit.

⁵³³ B. Inzitari, *La Moneta, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (« La monnaie, Traité de droit commercial et de droit public de l'économie »), vol. VI, Padoue, 1983, p. 39.

⁵³⁴ G. Farjat, « Nature de la monnaie : une approche de droit économique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, pp. 125 et 128.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 133.

⁵³⁶ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, Livre XXII « Des lois, dans le rapport qu'elles ont avec l'usage de la monnaie », chapitre II, « De la nature de la monnaie », GF Flammarion, 1979, p. 74.

⁵³⁷ R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, p. 143.

Le professeur Paul Didier s'est, lui aussi, interrogé sur le point de savoir ce que cette monnaie-signé pouvait bien signifier, et ses conclusions ne font que corroborer notre propos :

« Elle signifie tous les biens et tous les services dans le commerce. Elle est le joker du jeu économique. C'est pourquoi toute obligation de faire ou de ne pas faire, autrement dit toute obligation de livrer une chose ou de fournir un service, se résout en dommages-intérêts, autrement dit en l'obligation de verser une certaine quantité de monnaie »⁵³⁸.

L'existence et la nature du droit à restitution que la monnaie métallique représente sont donc désormais éclaircies. Mais il convient de réfuter l'argument selon lequel la monnaie ne peut être qu'une institution étatique pour confirmer que la monnaie métallique est bien le titre d'un droit à restitution, comme elle l'a été au temps des sociétés anciennes dont on prétend qu'elles seules ont connu des monnaies privées et que seules des monnaies privées peuvent, à la rigueur, représenter des « créances » contre des débiteurs déterminés.

§ 4. *La monnaie métallique est-elle seulement étatique ?*

257. Théorie étatique de la monnaie (métallique, notamment). – Au XIX^e siècle, l'économiste allemand Georg Friedrich Knapp, dans sa *Théorie étatique de l'argent* (« *Staatliche Theorie des Geldes* »), s'est évertué à montrer que la monnaie ne peut avoir d'existence et de valeur que par l'État, qui seul rend possible le passage d'un système monétaire, d'un instrument monétaire à un autre. Il prend l'exemple du passage d'un système de monnaie métallique fondé sur le bronze à un système de même monnaie fondé sur l'argent : si la monnaie et sa valeur ne consistent que dans la corporalité du bronze, alors les créances monétaires ne seraient éteintes, malgré le passage au système fondé sur l'argent, que par le versement par le débiteur d'une certaine quantité de bronze. Ou encore, il y aurait novation par changement d'objet, le débiteur étant dans l'impossibilité de verser des pièces en bronze. L'exécution de l'obligation de somme d'argent serait donc nécessairement une exécution en nature. Or, si rien de tel ne se produit, c'est parce que l'État assure à tous les porteurs de monnaie métallique la possibilité d'échanger leurs pièces en bronze contre des pièces en argent selon un taux

⁵³⁸ P. Didier, « Monnaie de compte et compte bancaire », *Études offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, p. 140.

de change qu'il fixe. De même, le fait que la monnaie-papier n'ait aucune valeur en soi, mais qu'elle la tienne tout entière de l'État ne ferait que confirmer l'impossibilité d'une monnaie existant en dehors d'un cadre étatique : selon Knapp, la valeur de la monnaie-papier réside tout entière dans l'injonction faite par l'État, d'une part, aux débiteurs d'éteindre des dettes libellées en monnaie-or par le versement de monnaie-papier, et d'autre part, aux créanciers d'accepter ce moyen de paiement⁵³⁹. Après tout, on peut ajouter à l'appui de cette thèse que le droit de battre monnaie a depuis longtemps été perçu comme un droit régalien : Jean Bodin en fait même une condition nécessaire de la souveraineté de l'État dans *La République*⁵⁴⁰.

258. Réfutation de la théorie étatique de la monnaie (métallique, notamment). – La théorie selon laquelle la monnaie métallique, et plus généralement la monnaie fiduciaire, ne pourrait s'épanouir que dans un cadre étatique relève plus de l'idée reçue que du savoir éprouvé⁵⁴¹. Dès le Moyen-Âge, elle fut remise en cause par Nicolas Oresme, dans son *Traité des monnaies*⁵⁴². Savigny⁵⁴³, au XIX^e siècle, puis Arthur Nussbaum⁵⁴⁴, au XX^e siècle, se sont inscrits dans cette lignée critique de la théorie étatique de la monnaie. Pour ce dernier en particulier, la monnaie est une institution moins étatique que sociale. Et c'est à grands renforts d'exemples historiques qu'il montre que la monnaie, pour être privée, n'en est pas moins monnaie.

258-1. L'urgence a pu susciter l'émission d'une monnaie en dehors des cadres étatiques : cela a souvent été le cas lors des siècles. Ainsi, en France, les juges ont

⁵³⁹ Comme le résume bien le professeur Rémy Libchaber, « la détention de monnaie ne correspond à une richesse qu'avec l'assentiment de la société qui seule peut donner valeur au papier » (R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, p. 51).

⁵⁴⁰ J. Bodin, *Les Six livres de la République*, Fayard, 1986, Livre I, chapitre 11.

⁵⁴¹ G. Farjat, « Nature de la monnaie : une approche de droit économique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 103 : « Les juristes vivaient jusqu'à ces dernières années avec des idées simples sur la monnaie [...] La monnaie relevait de l'État quant à sa création. Il est unanimement admis aujourd'hui, notamment par les juristes de droit international public, qu'il existe un système concurrent : un système monétaire et financier " international privé " ». Renvoyant aux analyses des économistes M. Aglietta et A. Orléan (*La violence de la monnaie*, PUF, 1982, p. 165), le professeur Gérard Farjat soutient que « dès le XVIII^e siècle, en Europe, les monnaies d'État ont été concurrencées par la monnaie privée » (*ibidem*, p. 109) : le développement considérable de la lettre de change aurait été la preuve d'un déplacement du pouvoir de création monétaire des États au monde marchand des commerçants et des banquiers. L'auteur va plus loin en soulignant que « le système économique libéral orthodoxe postule l'indépendance du système bancaire par rapport au pouvoir politique sur le plan interne » (*ibidem*, p. 122), et il note que cette autonomie s'est notamment traduite par le statut de droit privé qu'ont (ou ont eu) les banques centrales. Ainsi, avant que la loi du 24 juillet 1936 ne renforce les moyens d'intervention de l'État dans sa gestion, et que la loi du 2 décembre 1945 ne procède à sa nationalisation, la Banque de France était constituée sous forme de société de droit privé, dont le capital était détenu par des actionnaires, et notamment par les « deux cent familles » réputées les plus riches du pays. Selon le professeur Gérard Farjat, malgré le choix fait, après de longs débats, de qualifier la Banque de France d'« institution » dans l'article 1^{er} de la loi n° 73-7 du 3 janvier 1973 sur la Banque de France, celle-ci « reste une société commerciale soumise au droit commercial » (*ibidem*, p. 123). L'auteur note en outre que « la Banque des règlements internationaux – qui se rapproche le plus, substantiellement, d'un établissement public international – est une société anonyme soumise au droit suisse » (*ibidem*, p. 124).

⁵⁴² N. Oresme, *Traité des monnaies*, rééd. La Manufacture, Lyon, 1989.

⁵⁴³ Savigny, *Le droit des obligations*, traduit de l'allemand par C. Gérardin et P. Jozon, éd. A. Durand, 1863.

⁵⁴⁴ A. Nussbaum, *Money in the law national and international*, Foundation Press, Brooklyn, 1950.

reconnu comme monnaie valablement émise la monnaie produite par les villes assiégées lors de la guerre contre la Prusse en 1870-1871⁵⁴⁵. De même, au début de la Première Guerre mondiale, des « bons de chambre de commerce » ont été émis sans intervention de l'État – ce qui a suscité en doctrine de vives controverses quant à la question de savoir s'ils pouvaient, ou non, être considérés comme de la monnaie. Face à la pénurie de monnaie divisionnaire, le ministre du Commerce de l'époque avait en effet donné l'autorisation aux chambres de commerce d'émettre des bons tenant lieu de monnaie d'appoint, portant à la fois la marque de la chambre de commerce émettrice et la valeur en francs pour laquelle ils avaient cours. Ayant tendance à se détériorer aisément, ils furent remplacés par des jetons ne contenant pas du tout de métal précieux, et frappés dans les mêmes conditions que les bons. Ce fut l'État qui, finalement, assura l'émission de ces jetons, face aux réticences des chambres de commerce. Ces jetons n'avaient pas la même valeur ni le même pouvoir libératoire que les bons qui, eux, avaient seulement cours sur le territoire relevant du ressort des chambres de commerce. Un premier courant doctrinal a nié tout caractère monétaire de ces bons et jetons : il est notamment représenté par les professeurs Marcel Planiol et Georges Ripert⁵⁴⁶. Un deuxième courant doctrinal a distingué selon le degré d'intervention de l'État et a reconnu le caractère de monnaie aux jetons, mais l'a refusé aux bons. Un troisième courant doctrinal, représenté par Margaret-Paulette Sigogne, a reconnu le caractère de monnaie tant aux jetons qu'aux bons⁵⁴⁷.

258-2. Mais il y a aussi eu émission de monnaie par des personnes publiques autres que l'État ou par des personnes privées en dehors des situations d'urgence. Ainsi, les billets de banque ont d'abord été une institution privée en Angleterre, avant d'être tardivement accaparée par les autorités publiques, et notamment par l'octroi à la Banque d'Angleterre d'un monopole d'émission en 1844. Or les billets de banque émis par des personnes privées avaient été reconnus comme monnaie dès 1758 par Lord Mansfield dans l'affaire *Miller v. Race*. Ce n'est qu'au milieu du XIX^e siècle que la Banque d'Angleterre parvint à évincer les émetteurs privés grâce au taux d'intérêt avantageux qu'elle versait sur ses billets. Une telle appropriation privée de l'émission de monnaie-papier est difficile à concevoir pour les Français, dont l'État s'est très tôt intéressé à l'émission des billets de banque. Mais, si, dès le milieu du XVIII^e siècle, l'État français

⁵⁴⁵ Dijon, 13 avril 1871 ; Trib. pol. Besançon, 1^{er} avril 1871 et 6 mai 1871 (DP. 1871, III, p. 104).

⁵⁴⁶ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, *Les biens*, par J. Boulanger, LGDJ, 1958, n° 421.

⁵⁴⁷ M.-P. Sigogne, *La théorie juridique de la petite monnaie*, th. Paris, éd. Jouve, 1942.

a suivi de près la production de monnaie-papier, il a tout de même permis à des établissements privés d'émettre leurs propres billets, du moins jusqu'à ce que la Banque de France, créée en 1801, acquière définitivement un monopole d'émission au milieu du XIX^e siècle (1848).

258-3. Autre exemple : entre 1830 et 1864, ce sont des pièces d'or non émises par l'État qui ont circulé en Californie. Au début du XX^e siècle, des marchands d'Abyssinie émettaient des billets à l'effigie de l'impératrice Marie-Thérèse d'Autriche, ayant régné deux siècles auparavant. Au début du XXI^e siècle, et plus précisément en 2008, une monnaie locale fit son apparition dans le Devon, au Royaume-Uni : une livre sterling dite « de Totness » (du nom de la localité où elle fut émise) concurrença la livre sterling produite par les autorités étatiques. Le professeur Rémy Libchaber remonte beaucoup plus loin lorsqu'il souligne qu'après la chute de l'Empire romain, « les souverains issus des vagues d'invasion laissèrent en friche tous les droits sur la monnaie qu'avait patiemment conquis puis exercés l'Empereur, parce qu'ils ne considéraient pas que de tels droits pussent conditionner ou valider leur souveraineté »⁵⁴⁸. À ces époques lointaines, la monnaie a fait l'objet d'une appropriation privée qui est loin d'avoir emporté sa disparition⁵⁴⁹. Ce n'est qu'au terme d'une lutte acharnée qu'un pouvoir étatique centralisé s'est arrogé le monopole d'émission de la monnaie métallique, puis de la monnaie-papier, en même temps que les monopoles des poids et mesures et d'exploitation des mines de métal précieux.

258-4. Autres exemples, appartenant non plus au passé mais au présent : l'initiative prise par les mairies de Toulouse et de Nantes, respectivement en 2011 et en 2012, d'émettre une monnaie locale, sous forme de coupons connus sous le nom de « sols-violette » à Toulouse et de « SoNantes » à Nantes.

La commune de Toulouse a émis 27 000 « sols-violette » qu'elle a garantis en versant à un établissement de crédit une somme équivalente en euros. L'objectif est que ces « sols » soient dépensés dans une cinquantaine de magasins d'économie solidaire de la ville. Pour favoriser la fréquentation de ces magasins et la consommation des produits qu'ils vendent, il est prévu que ces « sols » perdent 2 % de leur valeur s'ils ne sont pas utilisés dans les trois mois suivant leur date d'émission qui y est apposée de façon

⁵⁴⁸ R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., p. 59.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 59 : « le droit de battre monnaie se trouva donc approprié par tous ceux qui à quelque titre que ce soit en avaient l'intérêt et la possibilité [...] C'est ainsi que se développèrent les monnaies des Palais royaux, à côté de celles des différentes cités souvent frappées pour le compte du fisc, de celles qui étaient frappées pendant les séances du tribunal public du mallum, de celles

manuscrite. Cette monnaie locale ne peut donc être ni épargnée ni utilisée à des fins spéculatives⁵⁵⁰.

De son côté, la ville de Nantes entame depuis quelques mois la diffusion d'une monnaie locale baptisée « SoNantes » qui, complémentaire de l'euro et indexée sur ce dernier, a pour but de dynamiser les échanges locaux. En effet, cette monnaie, réservée aux habitants et entreprises de l'agglomération nantaise, permettra de payer des produits, des services voire des primes salariales à leur valeur réelle. Pour pouvoir l'utiliser les habitants et les entreprises de Nantes devront ouvrir un compte auprès du crédit municipal. Comme la monnaie toulousaine, la monnaie nantaise ne pourra pas faire l'objet d'une épargne : cette monnaie d'échange servira uniquement à payer des biens et des services au sein de l'économie nantaise⁵⁵¹.

Force est donc de conclure, suivant le professeur Rémy Libchaber, que « l'État n'est pas un élément nécessaire de la théorie juridique de la monnaie »⁵⁵². Par conséquent, dire que seule la monnaie « privée » peut se concevoir comme un titre de créance, et dire que la monnaie « privée » n'est pas de la monnaie, ne repose sur aucun fondement sérieux.

259. Il n'en reste pas moins que, le plus souvent, les institutions émettrices de monnaie entretiennent quelques liens avec les autorités publiques, et notamment l'État. Dans son fort intéressant article intitulé « Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique », le professeur Élie Alfandari montre, du reste, comment l'État, le plus souvent, juggle l'émission et la circulation de monnaie fiduciaire en exerçant un

qu'évêchés ou abbayes puissants émettaient pour leur usage territorial, enfin de celles, à ne pas oublier, que frappaient certains monnayeurs privés réputés pour la qualité et la fiabilité de leur ouvrage ».

⁵⁵⁰ Voir : <http://www.sol-violette.fr/>.

⁵⁵¹ Voir : <http://www.sonantes.fr/>.

⁵⁵² R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé, op. cit.*, p. 65. Le développement de la monnaie scripturale illustre encore, s'il le faut, l'absence d'une nécessaire immixtion de l'État dans la création de monnaie. En matière de comptes bancaires, il est évident que « l'État ne contrôle pas, ni directement, ni même indirectement, les ouvertures de comptes ou la création de dépôts » (*ibidem*, p. 63). Ou du moins ne les contrôle-t-il qu'*a posteriori* et de façon lointaine. La création de masse monétaire en matière de monnaie scripturale passe par les ouvertures de crédit consenties par les banques : lorsque celles-ci octroient des prêts à des clients qui ne les remboursent que progressivement, et lorsqu'elles prêtent ainsi de l'argent qu'elles n'ont pas, elles doivent se refinancer, notamment au moyen de prêts consentis par la banque centrale. Ce n'est que si la banque centrale constate qu'une banque fait trop d'ouvertures de crédit sans disponibilités que les autorités publiques peuvent réguler la création de monnaie scripturale : la banque centrale peut en effet soit augmenter ses taux d'intérêts pour tous les prêts consentis à toutes les banques, soit limiter le montant des prêts consentis à telle ou telle banque. Le contrôle étatique n'intervient donc que de façon indirecte et qu'*a posteriori*, l'État ne pouvant guère interdire à une banque d'ouvrir des crédits.

contrôle à la fois sur les signes monétaires⁵⁵³ et sur la valeur⁵⁵⁴ de cette monnaie, de la même manière qu'il contrôle indirectement la création de monnaie scripturale⁵⁵⁵.

260. C'est d'ailleurs, selon le même auteur, cette « intervention de l'État [qui] peut modifier certaines fonctions reconnues à la monnaie, et entamer le droit de propriété reconnu aux propriétaires de monnaie »⁵⁵⁶... de sorte qu'il y aurait, selon nous, au fondement de toute monnaie, qu'elle soit fiduciaire ou scripturale, un démembrement de propriété qui résulterait de la confusion de choses fongibles dans le patrimoine de l'institution émettrice ou du banquier teneur de compte, et qui investirait les déposants d'un droit à restitution. Ces déposants qui, jadis, confiaient à l'institution émettrice de monnaie ou à leur banquier, de l'or, de l'argent, et d'autres métaux précieux, et qui, désormais, leur reconnaissent le droit de disposer de leurs créances (sur des entreprises, des ménages, des importateurs étrangers...) se voient remettre, en contrepartie, des signes représentant leurs

⁵⁵³ E. Alfandari, « Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 146. Selon cet auteur, le contrôle de l'État sur le signe métallique ou « papier » de la monnaie fiduciaire se traduit notamment par :

- la prérogative qui est celle de l'État de dénommer et définir la monnaie nationale, d'en préciser l'unité monétaire ainsi que ses multiples et ses subdivisions ;
- le monopole étatique sur l'émission de monnaie fiduciaire qu'il ne fait que *déléguer* à une ou plusieurs banques (les pièces étaient émises par le Trésor public avant de l'être par la Monnaie de Paris, et les billets étaient émis par la Banque de France avant que leur émission ne soit soumise à l'autorisation de la Banque centrale européenne) ;
- la prérogative qui est celle de l'État de donner cours légal à la monnaie fiduciaire et d'imposer aux créanciers de l'accepter en paiement sous peine de sanctions contraventionnelles (article R. 642-3 du code pénal : « le fait de refuser de recevoir des pièces de monnaie ou des billets de banque ayant cours légal en France selon la valeur pour laquelle ils ont cours est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 2^e classe ») ;
- la prérogative qui est celle de l'État de retirer aux instruments monétaires leur cours légal en les démonétisant.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, p. 147 : comme le rappelle le professeur Élie Alfandari, « l'État est maître de la valeur réelle de la monnaie », non seulement parce qu'il oblige « tous les utilisateurs de la monnaie à l'accepter pour sa valeur nominale dans les paiements et à l'inscrire pour sa valeur nominale dans les comptes », mais aussi parce qu'« il a un pouvoir de réévaluation (jamais exercé en France) ou de dévaluation (fréquente, très fréquente) par rapport aux références à l'or quand celles-ci existaient, ou, ce qui demeure, par rapport aux monnaies étrangères ». Au sein de la zone euro, les États membres ont abandonné leur pouvoir de réévaluer ou de dévaluer la monnaie – du moins tant qu'ils choisissent de faire partie de cette zone. À défaut de la dévaluer officiellement, les États peuvent « déprécier » leur monnaie en faisant baisser le pouvoir d'achat réel qu'elle confère, de façon à décourager la thésaurisation et à inciter les épargnants à diriger leurs fonds vers des investissements productifs.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, pp. 148-149 : selon le professeur Élie Alfandari, « la monnaie scripturale, même si elle est créée à l'initiative des banques et établissements assimilés, ne peut être une monnaie purement privée [...] On ne peut comprendre la création de monnaie scripturale que si l'on admet que les banques, qui sont à l'origine de cette création, ont reçu une sous-délégation de la Banque de France [et désormais de la Banque centrale européenne] en raison de la participation à un système contrôlé par elle. Par le jeu des comptes courants à la Banque de France, la monnaie scripturale est un sous-produit de la monnaie émise par la Banque centrale ». S'il est vrai que l'émission de monnaie scripturale n'est fondée sur aucune loi - alors que l'article 34 de la Constitution range l'émission de monnaie dans le domaine législatif -, et s'il est vrai que, sauf exceptions, la monnaie scripturale n'a pas cours légal et peut donc être refusée en paiement par un créancier sans pour autant que ce dernier s'expose à des sanctions, il n'en reste pas moins que « les établissements de crédit ne sont pas entièrement libres de cette création monétaire » et que « le contrôle se déplacera du principe même de l'émission à celui du volume des monnaies émises » (*ibidem*, p. 149). Le contrôle de l'État sur la création de monnaie scripturale prend trois formes que nous avons déjà décrites :

- la limitation du refinancement qui permet à la banque centrale de jouer sur les opérations de réescompte pour juguler le volume des créances mobilisables par les banques commerciales ;
- le système des réserves obligatoires qui, institué en France en 1967, oblige les banques commerciales à maintenir, au crédit du compte courant qu'elles doivent ouvrir auprès de la banque centrale, un volume minimal de monnaie scripturale ;
- l'intervention de la banque centrale sur le marché monétaire.

⁵⁵⁶ *Ibidem*, p. 145. Et d'ajouter : « cela est particulièrement net en ce qui concerne la monnaie fiduciaire, au point d'ailleurs que certains la dénomment monnaie "publique" ; mais nous pensons qu'il en est de même pour la monnaie scripturale, qui n'est pas aussi "privée" que certains veulent le dire ».

droits à restitution (pièces, billets ou inscriptions en compte) qu'eux-mêmes font circuler auprès de porteurs qui, lorsqu'on leur remet de la monnaie métallique, de la monnaie-papier ou de la monnaie scripturale, ne font que devenir cessionnaires de droits à restitution dont ils ont plus ou moins oublié qu'elles l'étaient.

261. Ce qu'il y a en effet de commun aux mécanismes passés et présents de production de monnaie fiduciaire réside dans le fait que cette monnaie est produite par une institution émettrice en contrepartie de « dépôts » translatifs d'un droit de disposer. Jadis, c'était de l'or, de l'argent et divers objets précieux qui étaient transmis à l'institution émettrice en contrepartie de « titres », ou, plus exactement, de « signes » sous format papier (billets) ou métallique (pièces) représentant le droit à restitution des déposants qui eux-mêmes cédaient leur droit à restitution à leurs créanciers. Aujourd'hui, ce sont des créances qui sont transmises à l'institution émettrice qui, en contrepartie, remet aux banques cédantes des « signes » représentant leur droit à restitution – « signes » qui peuvent prendre la forme soit de monnaie fiduciaire soit d'inscriptions au crédit des comptes que les banques cédantes sont tenues d'ouvrir auprès de l'institution émettrice (banque centrale). Et c'est dans cette possibilité qu'a l'institution émettrice de fournir une contrepartie aux créances des banques commerciales qu'elle réescompte en produisant aussi bien de la monnaie fiduciaire que de la monnaie scripturale, que l'on perçoit le lien entre les mécanismes de création de monnaie fiduciaire et scripturale, et, plus encore, l'identité de nature qu'il y a entre ces deux types de monnaie. Car, si la production de monnaie scripturale est partagée entre les banques centrales et les banques commerciales, elle repose néanmoins dans l'un et l'autre cas sur un système de « cessions de créances » en contrepartie desquelles sont émis des « signes » représentatifs de créances (à savoir les inscriptions en compte) qui eux-mêmes circulent de compte à compte : le solde du compte bancaire ouvert par un « déposant » auprès d'un établissement de crédit n'est que la somme, établie à un moment donné, de l'ensemble des inscriptions au crédit et au débit dudit compte qui, elles-mêmes, sont autant de créances (de salaires, de prix, d'honoraires, de loyers...) dont le déposant, titulaire du compte, reconnaît à son banquier dépositaire le droit de disposer (s'il s'agit d'inscriptions au crédit), à charge pour ce dernier de lui en restituer la valeur en acquittant les dettes (liées à un achat, à une location ou encore à une cotisation...) que le même déposant contracte à l'égard du banquier dépositaire lui-même ou à l'égard de tiers (et en

procédant en conséquence à des inscriptions au débit). Le solde résultant de toutes ces cessions de créances qui, lors de leur entrée en compte, perdent leur individualité, forme lui-même un droit à restitution (s'il est positif) dans les rapports entre déposant, titulaire du compte, et banquier dépositaire, et dans l'hypothèse où ledit solde est créditeur, il peut lui-même former l'objet d'une sûreté qui portera alors sur un droit à restitution, donc sur un bien incorporel. Au final, la création monétaire repose sur des cessions de « créances », ou plus exactement de droits à restitution, et la monnaie tout à la fois simplifie ces cessions et fait circuler ces droits à restitution.

Conclusion.

262. Selon le doyen Jean Carbonnier, « pendant longtemps, l'économie politique libérale a eu une influence maîtresse sur les civilistes français, les imprégnant de l'idée que la monnaie est une marchandise comme les autres, chose des particuliers, et non du prince (le *Traité* précité de Mater était tout entier construit sur ce postulat de la monnaie-marchandise) »⁵⁵⁷.

À l'heure actuelle, ce débat semble épuisé : il ne fait pas de doute que la monnaie soit un signe : le code pénal, en son article 442-4, décrit d'ailleurs les instruments monétaires comme des « signes monétaires ». Au demeurant, « la sociologie n'accepte plus aujourd'hui le schéma d'évolution si souvent reproduit depuis la loi *Origo* (*Dig.* 18, 1,1) : la vente, sortant peu à peu du troc par l'insertion d'une tierce marchandise qui jouerait d'abord le rôle de monnaie, puis en prendrait le nom »⁵⁵⁸. Si la sociologie a assurément mis en relief « l'irréductible originalité de la monnaie qui, dès le début, apparaît comme tout autre chose qu'une marchandise », les travaux historiques, ethnographiques et sociologiques n'invitent pas pour autant à partager les vues du doyen Jean Carbonnier pour qui la monnaie est « un symbole lié à des représentations mythiques, à la notion de prestige, de pouvoir, mais aussi de médiation »⁵⁵⁹.

⁵⁵⁷ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, *op. cit.*, n° 680, p. 1544.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, p. 31. Ce que le doyen Jean Carbonnier appelle la « loi Origo » n'est autre que le passage du Digeste où est décrite l'origine du contrat de vente (« *Origo emendi vendendique* »).

⁵⁵⁹ *Ibidem*, p. 31.

263. Nécessaire incorporalité de l'unité de valeur, distincte de l'unité de paiement. – Le professeur Rémy Libchaber, lui aussi, relègue aux oubliettes de l'histoire l'idée que la monnaie puisse être autre chose qu'un signe. Cet auteur admet que la monnaie est un bien incorporel – même si, dans sa thèse de doctorat, le rapport au support matériel reste obscur⁵⁶⁰.

La monnaie comme unité de valeur est, selon l'auteur, nécessairement incorporelle : « commun dénominateur de toutes les valeurs »⁵⁶¹, elle est un signe doté d'une suprême fongibilité, susceptible de se substituer à toutes choses, permettant l'évaluation de toutes choses et donc l'exécution par équivalent des obligations (de faire, de ne pas faire, de donner) dont l'exécution en nature achoppe pour telle ou telle raison... Et c'est la conversion des obligations en nature en obligations de sommes d'argent qui fait sentir à quel point la fonction d'évaluation de la monnaie (unité de valeur) est étroitement et logiquement liée à sa fonction de paiement (unité de paiement)⁵⁶².

La monnaie comme unité de paiement est, elle aussi, incorporelle dans la mesure où elle représente le droit subjectif à voir une dette éteinte par sa remise, que l'auteur distingue encore de la remise des supports monétaires⁵⁶³. Cette conception de la monnaie-unité de paiement correspond tout à fait à l'essence de la monnaie telle que révélée par son usage dans les sociétés premières, à savoir qu'elle est un bien représentant une créance contre un débiteur : c'est le meurtrier qui, en remettant une « pièce », acquiert son droit à continuer de vivre. La monnaie n'est rien d'autre qu'un « *ersatz* », voire un « *deus ex machina* », qui permet de créer des obligations de substitution lorsqu'une obligation en nature ne peut être exécutée – c'est là la fonction

⁵⁶⁰ R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., p. 24 : « par nature, aussi bien l'unité de valeur que l'unité de paiement sont des objets incorporels. Mais toujours par un effet de leur nature, la première demeure absolument rétive à toute matérialisation, tandis que la seconde doit toujours pouvoir se refléter dans des traces matérielles ». La relative confusion du propos du professeur R. Libchaber nous semble notamment tenir au parti qu'il a pris dans sa thèse, au sujet de la propriété de la monnaie comme unité de paiement, de ne pas distinguer entre la propriété de l'unité monétaire (droit à restitution constitutif de la monnaie) et celle du support monétaire (pièce métallique, billet de banque ou écritures comptables). Alors même que la monnaie est présentée comme un bien incorporel, la propriété de la monnaie est décrite comme pouvant porter sur des choses corporelles (métal et papier).

⁵⁶¹ Ph. Malaurie, L. Aynès, *Les obligations*, Paris, Cujas, 1985, p. 436, n° 619. Selon M. Thomas Le Gueut (*Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, p. 146), « l'unité de valeur, dont le contenu est éminemment difficile à cerner, peut à tout le moins être décrite comme une sorte d'outil de représentation mentale de la valeur des choses entre elles qui est socialement accepté à un moment donné sur un territoire donné ».

⁵⁶² P. - G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, op. cit., p. 151 : « l'unité de valeur fixe le *quantum* de l'obligation monétaire que l'unité de paiement permet d'éteindre ». L'obligation monétaire peut dès lors être définie comme l'obligation de transférer la propriété d'une certaine somme de monnaie, ou, plus exactement, la propriété d'unités de paiement dont le montant est déterminé en fonction d'unités de valeur.

⁵⁶³ R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., p. 36 : « les unités de paiement confèrent au débiteur le droit d'éteindre une dette libellée en unités de valeur », et p. 37 : « c'est donc dans la catégorie des droits personnels qu'il faut ranger le droit subjectif ainsi défini ».

d'évaluation de la monnaie qui cristallise tout un entrelacs de considérations sociales, culturelles, symboliques et psychologiques – et qui permet d'exécuter, de « payer » par équivalent les obligations en nature.

Pour le professeur Rémy Libchaber, la monnaie-unité de paiement semble être incorporelle⁵⁶⁴ et la monnaie-unité de valeur aussi, tant l'auteur récuse son assimilation à l'or ou à un quelconque métal⁵⁶⁵.

264. L'unité monétaire, essence de la monnaie ; nature incorporelle de l'unité monétaire (et donc de la monnaie) indépendamment de la diversité des supports monétaires. – Au fond, le professeur Rémy Libchaber semble soutenir, lui aussi, la thèse d'une incorporelité de la monnaie – qu'elle soit scripturale, papier ou métallique. La prise en compte de la corporalité de supports, alors que le même auteur écrit que « la monnaie est par nature indifférente à tout *corpus* »⁵⁶⁶, semble avoir été faite au prix d'une conception unifiée et cohérente de l'incorporelité de la monnaie. **C'est d'ailleurs la confusion entre les unités monétaires (par essence incorporelles) et leurs supports (potentiellement corporels) qui est vraisemblablement à l'origine de la « théorie de la scripturalisation » échaffaudée par le professeur Didier-René Martin⁵⁶⁷. Au rebours de cette théorie, nous soutenons qu'au-delà de ses supports, qui peuvent être des *choses* corporelles (métal ou papier), la monnaie (et, plus exactement, l'unité monétaire qui en fait l'essence) est un *bien* incorporel. Sur ce point, nous rejoignons la conception « unifiée » de la nature juridique de la monnaie que défend notamment M. Thomas Le Gueut qui, à juste titre, écrit qu'« il ne faudrait pas croire que la monnaie puisse être vue, notamment, comme un bien meuble corporel ou incorporel selon que l'on vise, respectivement, la monnaie fiduciaire ou scripturale, car ce serait attribuer à la monnaie la nature juridique de ses supports monétaires »⁵⁶⁸.**

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 38 : « sans risque d'erreur, on peut affirmer la nature fondamentalement incorporelle de cette unité [...] le plus souvent matérialisée par une incorporation à des supports à composante matérielle ».

⁵⁶⁵ *Ibidem*, p. 42 : « définir la monnaie par un poids de métal, c'est transférer le terme de référence de la monnaie au métal. Mais il demeure que le métal, du fait des utilisations non monétaires dont il peut être l'objet, donc de la loi du marché, a un cours commercial qui ne correspond pas forcément au cours légal de la monnaie [...] L'assise métallique de la monnaie est donc, en soi, une fiction dont la visée était de stabiliser psychologiquement le système monétaire en prévoyant une procédure d'alerte, par laquelle le cours légal de la monnaie ne devait pas trop s'écarter de son cours commercial ».

⁵⁶⁶ R. Libchaber, « Gage sur sommes d'argent », étude 269, *Droit des sûretés*, coll. Lamy Droit civil, 2002.

⁵⁶⁷ Dans le même sens : Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, p. 164. L'auteur voit dans la théorie de la scripturalisation « une certaine confusion entre la monnaie et ses supports (monétaires). Si un billet de banque est un support monétaire corporel, il n'empêche que les unités monétaires qui y sont incorporées sont immatérielles ».

⁵⁶⁸ Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, p. 187. Plus de dix avant que Th. Le Gueut ne soutienne sa thèse, le professeur Gauthier Blanluet remettait déjà en cause, jusqu'ici largement admise en doctrine, selon laquelle la monnaie fiduciaire reposerait sur la matière du métal ou du papier et circulerait par tradition, tandis que la monnaie scripturale reposerait sur des inscriptions

Force est de constater que « la monnaie est un objet étrange, qui entre mal dans les catégories du droit civil et déjoue ses mécanismes »⁵⁶⁹, ou encore qu'elle est « un bien exceptionnel », qui « bouleverse les lignes de force traditionnelles du droit civil, et notamment la séparation des droits réels et personnels, de la propriété et de la valeur »⁵⁷⁰. La propriété de la monnaie est déroutante pour les juristes car elle sort des sentiers battus de la propriété classique. Assurément, « la monnaie est une chose susceptible de propriété », mais « ce qui, dans la monnaie, peut être considéré comme l'assiette d'un droit de propriété », ce n'est pas son support, qu'il soit fait de métal, de papier ou d'inscriptions en compte, mais ce sont « des unités monétaires, de nature incorporelle, dont le support, éventuellement matériel, spécifie la quantité »⁵⁷¹ : « la pièce de monnaie, tout comme le billet de banque ou le compte en banque, ne sont que des réceptacles, dépourvus de toute valeur intrinsèque »⁵⁷².

265. Nature de l'unité monétaire : droit à restitution réel plutôt que personnel ; démembrement de propriété (fiduciaire ?) au fondement de la monnaie. – Reste à savoir ce que sont ces unités monétaires. Nous avons montré qu'il s'agissait moins de créances civiles que de « créances atypiques ».

en compte immatérielles et circulerait par virement. Le professeur Gauthier Blanluet suggérait alors que seul le support de la monnaie était matériel ou immatériel et que la monnaie elle-même n'était qu'une « création purement intellectuelle et donc immatérielle » (« La monnaie électronique. Définition – nature juridique », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2001, pp. 128 et s.).

⁵⁶⁹ R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., p. 29.

⁵⁷⁰ Dans sa thèse de doctorat, le professeur Pierre-Grégoire Marly fait sienne la distinction établie par le professeur Rémy Libchaber entre la monnaie-unité de valeur et la monnaie-unité de paiement tout en essayant d'éclaircir le rapport du droit au support matériel. La tentative d'élucidation se solde par la renonciation à une conception unifiée de la monnaie dont l'auteur soutient qu'elle présente, à l'instar des instruments financiers, une « structure hybride » (*Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, LGDJ, 2004, préf. Ph. Delebecque, p. 150). Selon cet auteur, la monnaie est un bien mi-corporel mi-incorporel car composé à la fois d'un support matériel et de droits attachés à ce support, éléments qui sont « inséparables puisque ces droits ne pourraient exister et circuler sans moyen d'expression, de même que les supports détachés des droits qu'ils extériorisent seraient dénués de valeur » (*ibidem*, p. 150). Établissant un parallèle intéressant avec les instruments financiers dématérialisés et inscrits en compte, le professeur Pierre-Grégoire Marly explique que « la monnaie présente une espèce de droit, l'unité monétaire, pour une diversité de supports potentiels, tandis que les instruments financiers, depuis leur dématérialisation, manifestent plusieurs espèces de droits pour un type de support possible, l'inscription en compte » (*ibidem*, p. 150). Toujours est-il que la valeur qui fait que la monnaie est un bien, et pas seulement une chose, réside dans le droit, et non dans le support. Dès lors que la valeur de la monnaie réside dans sa composante incorporelle, il nous semble qu'il faille la regarder comme un *bien* incorporel, même s'il est susceptible d'être transmis au moyen de *choses* corporelles.

⁵⁷¹ J. François, « Retour sur la revendication de sommes d'argent », *D.* 2012, p. 1493.

⁵⁷² *Idem*. Dans le même sens : Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, pp. 139-140 : « l'essence de la monnaie est davantage nichée dans les unités monétaires elles-mêmes que dans les supports corporels ou incorporels leur donnant une existence sensible [...] Grâce à des supports et instruments monétaires de types différents, les monnaies fiduciaire et scripturale permettent chacune à leur manière de faire émerger dans le monde réel des unités de paiement. [...] La propriété de la monnaie est davantage celle des unités monétaires elles-mêmes que celle de leurs divers supports ».

Afin d'illustrer la différence entre les unités monétaires et leurs supports, M. Thomas Le Gueut propose une intéressante comparaison avec l'*instrumentum* et le *negotium*. Comme l'explique l'auteur (*ibidem*, p. 153), « le *negotium* d'un contrat est une chose fondamentalement immatérielle ou incorporelle qui [...] nécessite le plus souvent qu'un *instrumentum* soit établi. [...] Peu importe ainsi le caractère corporel ou incorporel de l'*instrumentum*, l'essentiel est que ce dernier donne une forme sensible au *negotium* dans le monde réel ». Il y aurait entre l'unité monétaire et son support (métallique, papier, scriptural ou électronique) un rapport analogue à celui qu'il y a entre le *negotium* et l'*instrumentum* : le support n'existerait que pour rendre perceptible l'unité monétaire dont la nature serait par essence incorporelle.

On pourra objecter qu'il est confortable de ranger sous l'étiquette « créance atypique » un mécanisme que l'on ne parviendrait pas à qualifier. Mais pourquoi ne pas admettre que la monnaie puisse être une « créance » atypique, qui, sans se confondre avec une créance au sens civil, n'en serait pas moins un bien incorporel ? On admet bien, en droit commercial, l'existence des créances cambiales, et, en droit des sociétés, les actions et parts sociales constituent des formes de « créances » insusceptibles d'être totalement assimilées aux créances civiles. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, les valeurs mobilières doivent, selon le professeur François-Xavier Lucas, « être rangées dans la catégorie des droits de créance » - ce qui, selon le même auteur, ne peut « pas se prêter le moins du monde à la contestation », quand bien même « ce sont des créances d'un genre particulier »⁵⁷³. Les obligations ne correspondent qu'à des créances de remboursement des emprunts obligataires, de même que, *mutatis mutandis*, les titres participatifs, les titres associatifs, les certificats coopératifs d'investissement et les certificats pétroliers représentent des droits de créance au titre de prêts. Quand bien même une action confère des droits extra-patrimoniaux à l'actionnaire (droit de vote, droit à l'information), elle doit, selon le professeur François-Xavier Lucas, être rattachée à la catégorie des créances dans la mesure où « une action confère à son titulaire un certain nombre de droits qui invitent à voir en lui un créancier de la société émettrice, créancier du remboursement de son apport, d'une part du boni de liquidation et du versement d'éventuels dividendes »⁵⁷⁴. Quant aux parts sociales, le même auteur explique qu'elles ont également la nature de droits de créance – ce qui explique d'ailleurs que l'article 1865 du code civil impose qu'elles soient cédées conformément aux formalités de la cession de créance.

Or si, avec le professeur François-Xavier Lucas, on admet que les actions, les parts sociales et les valeurs mobilières sont « certes des créances d'un genre particulier, [...] mais des créances néanmoins »⁵⁷⁵, pour quelle raison y aurait-il lieu de dénier à la monnaie la nature de « créance » *sui generis* sous prétexte que ne pourraient exister que des créances au sens civil du terme ?⁵⁷⁶ Le professeur Rémy Libchaber a pressenti jadis

⁵⁷³ F.-X. Lucas, « Retour sur la notion de valeur mobilière », *Bull. Joly Sociétés* 2000, n° 8-9, p. 765.

⁵⁷⁴ *Idem*.

⁵⁷⁵ *Idem*.

⁵⁷⁶ *Contra* : D. R. Martin, « Valeurs mobilières : défense d'une théorie », D. 2001, pp. 1228 et s. : de la même façon qu'au prix d'une confusion entre le droit réel (incorporel) et la chose (corporelle) qui en est l'objet, le professeur Didier-René Martin analyse la monnaie fiduciaire et scripturale comme un bien corporel reposant sur un démembrement de propriété, de même il qualifie l'action de bien corporel s'enracinant dans le droit réel qu'a l'actionnaire au sein de l'indivision que constituerait l'actif social : « l'action, parcelle de cette propriété commune éminente, constitue, au total, un droit réel démembré. Très démembré sans doute, à l'image d'une simple propriété tréfoncière, mais assez pertinent encore pour soutenir une double vocation, par voie d'accession, aux bénéfices distribués, et, par voie de délibération, au contrôle de la gestion sociale. Ceci, qui situe l'action aux

que la monnaie pouvait être ainsi analysée, lui qui écrit que l'unité monétaire « s'apparente aux actions dématérialisées ou encore aux droits intellectuels »⁵⁷⁷.

La monnaie scripturale est, comme la monnaie fiduciaire, une créance civile qui est devenue une monnaie et qui, par là-même, a perdu les caractères de la créance civile pour devenir une « créance atypique » reposant sur un droit à restitution.

Mais ce droit à restitution est peut-être moins un droit personnel qu'un droit réel résultant d'un démembrement de propriété *sui generis* entre l'institution émettrice ou le banquier, d'une part, et le porteur de monnaie fiduciaire ou scripturale, d'autre part⁵⁷⁸.

De l'octroi aux institutions émettrices d'un droit de disposer à titre provisoire (c'est-à-dire sous la condition d'une restitution par équivalent) d'objets précieux est née la pièce métallique ; de l'octroi aux mêmes institutions émettrices d'un droit de disposer à titre provisoire de créances est né le billet de banque ; de l'octroi à un banquier dépositaire du droit de disposer à titre provisoire de créances entrées en compte est né le droit à restitution constitutif de la monnaie scripturale. C'est toujours l'octroi à autrui (l'institution émettrice ou le banquier) d'un *abusus* provisoire qui fait naître le droit à restitution qui est constitutif de l'unité monétaire. On peut être tenté d'assimiler ce droit à restitution à une créance, mais celle-ci est atypique, car elle repose moins sur un droit personnel à restitution que sur un droit réel correspondant à une forme d'éclatement des attributs de la propriété entre l'institution émettrice ou le banquier⁵⁷⁹, d'une part, et le porteur de monnaie fiduciaire ou scripturale, d'autre part. L'octroi à autrui d'un droit de disposer à titre provisoire a pour effet de provoquer un démembrement de propriété qui fonde l'unité monétaire, le droit à restitution, le

antipodes de la créance, n'en est pas moins vrai pour la part sociale »... Une telle analyse fait néanmoins fi de l'écran de la personnalité morale de la société qui, juridiquement, est seule propriétaire de son actif. À suivre le professeur Didier-René Martin, toutes les sociétés de droit français devraient être requalifiées en « copropriétés », à l'image des copropriétés que constituent les fonds communs de créances (FCC) et de placement (FCP).

⁵⁷⁷ R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, op. cit., p. 38.

⁵⁷⁸ Sans pousser l'analyse jusqu'à fonder le bien incorporel qu'est l'unité monétaire sur un démembrement de propriété *sui generis*, M. Thomas Le Gueut évoque lui aussi la « nature juridique *sui generis* » de l'unité monétaire (*Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, pp. 223 et s.). Le même auteur a pressenti que la monnaie devait être analysée comme un bien incorporel distinct de la pure créance civile, lui qui qualifie les unités monétaires de « choses incorporelles originales » (*ibidem*, p. 187). Dans le même sens : D. Legeais, obs. sous Cass. com. 6 février 2007, *RTD com.* 2007, p. 581 : « la monnaie [scripturale] est un bien incorporel sans pour autant être une créance ».

⁵⁷⁹ Par « banquier », il faut entendre un établissement de crédit ou de paiement, ou encore un établissement assimilé.

bien incorporel qu'est la monnaie. Ce n'est d'ailleurs peut-être pas un hasard si l'on a qualifié de « fiduciaire » une monnaie qui repose sur un démembrement de propriété analogue à celui qui fonde la propriété fiduciaire⁵⁸⁰. De même que le porteur d'une pièce métallique ou d'un billet de banque est « propriétaire » de l'unité monétaire, c'est-à-dire titulaire d'un droit à restitution, sans être pleinement propriétaire des supports qui la représentent et sur lesquels l'institution émettrice conserve des droits (droit de démonétiser, de sanctionner la destruction ou la contrefaçon, etc.), de même le titulaire d'un compte bancaire est « propriétaire » de l'unité monétaire, c'est-à-dire titulaire d'un droit à restitution, sans être pleinement propriétaire des fonds qui sont inscrits en compte et dont le banquier réceptionnaire peut disposer librement, à charge pour lui de les restituer, comme le prévoit expressément l'article L. 312-2 du code monétaire et financier⁵⁸¹. La monnaie scripturale repose sur le droit réel « flottant » qu'a le titulaire du compte sur les incorporalités que constituent des unités monétaires formées de créances entrées en compte, laissées à la libre disposition du banquier teneur de compte et constatées par les supports monétaires que sont les inscriptions en compte. La monnaie fiduciaire (papier ou métallique) repose sur le droit réel « flottant » qu'a le porteur de la pièce ou du billet sur les incorporalités que constituent des unités monétaires formées de créances (sur l'étranger, sur l'économie, etc.) qui sont escomptées et « titrisées » par l'institution émettrice et dont la valeur est constatée, à hauteur d'un certain *quantum*, par les supports monétaires que sont les pièces métalliques et les billets de banque. Le porteur de monnaie métallique, fiduciaire ou scripturale est titulaire d'une sorte de droit réel « planant » qui fonde la monnaie et qui, étant un droit, fait de la monnaie un bien incorporel, d'autant que ce droit réel porte sur des créances, biens immatériels.

266. Au terme de ces développements, il apparaît que « la monnaie, tire, au seuil du troisième millénaire, l'insolente fraîcheur d'un sujet neuf »⁵⁸². Qu'elle soit fiduciaire ou scripturale, la monnaie est un bien dont la valeur réside avant tout dans le « crédit » de celui qui l'émet, autrement dit dans la confiance qu'inspire la banque centrale qui

⁵⁸⁰ Voir *infra* les développements sur la propriété fiduciaire (§ 547 et s.).

⁵⁸¹ Article L. 312-2 du code monétaire et financier : « Sont considérés comme fonds remboursables du public les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous la forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte mais à charge pour elle de les restituer ».

⁵⁸² D. R. Martin, « De la monnaie », *Mélanges Blaise*, Economica, 1995, p. 341.

produit les pièces et les billets ou la banque privée qui tient des comptes. Pour reprendre la formule de l'économiste Jacques Rueff, « émettre de la monnaie, c'est habiller de la valeur de l'une des livrées, pièce métallique, billet de banque, crédit de banque, qui la font accepter par tous les vendeurs d'un marché »⁵⁸³. Cette valeur se confond avec le capital de confiance de celui qui l'émet, confiance dans sa capacité à honorer, si besoin en était, sa dette de restitution des richesses qui lui sont confiées, qui constituent ses réserves, et en contrepartie desquelles sont émises la monnaie métallique, la monnaie-papier ou la monnaie scripturale. Le professeur Jean-Pierre Centi décrit la confiance comme « facteur indispensable de la production monétaire »⁵⁸⁴. Cette confiance fait toute la valeur de la créance qu'ont les déposants à l'égard du banquier émetteur de monnaie scripturale et qu'ont les usagers d'une société à l'égard de la banque centrale émettrice de monnaie fiduciaire⁵⁸⁵. M. Thomas Le Gueut ne dit rien d'autre lorsqu'il écrit que « toute forme monétaire suppose que le corps social ait confiance en la technique particulière employée en vue d'incarner dans le monde réel des unités monétaires immatérielles par nature »⁵⁸⁶.

Dans la mesure où la valeur de la monnaie réside dans la confiance en un « débiteur », si la monnaie fiduciaire peut être une *chose corporelle*, elle ne peut être,

⁵⁸³ J. Rueff, *Réflexions sur l'ordre économique*, 1948, p. 192.

⁵⁸⁴ J. - P. Centi, « Le contrat de dépôt bancaire », *Mélanges Ch. Mouly*, Litec, 1998, vol. II, p. 314. Le même auteur explique que la valeur de la monnaie « se fonde davantage sur le respect d'une procédure que sur la nature intrinsèque du produit ».

⁵⁸⁵ J. Rueff, *Réflexions sur l'ordre économique*, 1948, p. 180 : avec des accents qui n'auraient pas déplu à Shalev Ginossar, l'auteur conçoit la créance des déposants ou des usagers de la monnaie comme une prolongation du droit de propriété de la société sur les richesses produites et confiées aux banques : « la propriété [...] est une faculté de jouissance et de disposition d'une chose. Généralement, cette faculté est directe [...] Mais elle peut aussi être indirecte. Elle est alors [...] qualifiée de créance. Le droit qui la contient et l'attribue à une personne déterminée est [...] qualifié de droit de créance ; mais malgré ce nom spécial, il n'est qu'une forme particulière du droit de propriété [...] Une richesse peut être richesse proprement dite ou créance. Toute monnaie faite d'une richesse proprement dite est qualifiée de monnaie réelle, faite d'une créance, de monnaie fiduciaire. »

⁵⁸⁶ Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, pp. 153-154. *Adde*, pp. 154-155 : « une certaine confiance du corps social est absolument nécessaire au fonctionnement de la monnaie fiduciaire, ce dont rend compte d'ailleurs précisément l'adjectif *fiduciaire*, hérité du mot latin *fiducia* qui signifie confiance. En effet, si certaines choses corporelles faites de métal ou de papier sont acceptées dans les échanges en guise de monnaie, c'est uniquement en vertu de la confiance que le corps social accorde aux « *maîtres de la monnaie* » qui les fabriquent [l'expression « *maîtres de la monnaie* » est empruntée à Savigny qui désignait ainsi l'institution qui créait ou contrôlait l'émission de monnaie]. [...] Dans ces conditions, on comprend bel et bien que toute représentation concrète de la monnaie par incorporation d'unités monétaires dans des supports corporels suppose notamment que les *maîtres de la monnaie*, qui ne s'identifient pas obligatoirement à l'État, jouissent absolument du monopole d'émission des pièces métalliques et des billets de banque et qu'un tel monopole soit garanti par la répression pénale de toute tentative d'émission concurrente de monnaie. [...] C'est parce que les *maîtres de la monnaie* jouissent du monopole d'émission des supports monétaires que sont les pièces métalliques et les billets de banque que le corps social a effectivement confiance en l'identité monétaire de ces types particuliers de choses corporelles faites de métal ou de papier. Mais tout cela ne vaut pas moins au sujet des autres formes monétaires aujourd'hui admises comme telles par le corps social. Si les personnes ont aujourd'hui confiance en la monnaie scripturale, [...] c'est parce que, notamment, seuls les banquiers ont le pouvoir de tenir et d'administrer les comptes de dépôt et que le respect de cet aspect du monopole bancaire est soigneusement contrôlé ». Le « monopole bancaire » est institué par l'article L. 511-5 du code monétaire et financier qui interdit à toute entreprise autre qu'un établissement de crédit de recevoir du public des fonds à vue ou à moins de deux ans de terme et qui fait également défense à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer, à titre habituel, des opérations de banque au sens de l'article L. 311-1 du même code (réception de fonds du public, opérations de crédit et services bancaires de paiement).

aux yeux du droit, qu'un *bien* incorporel, car sa valeur ne réside pas dans la chose mais dans le droit à restitution que la chose signifie⁵⁸⁷.

Il ne s'agit pas ici de verser dans le « tout incorporel » au point d'en arriver, comme les professeurs Jacques Flour, Jean-Louis Aubert et Éric Savaux, à nier la distinction entre biens corporels et biens incorporels, tous les biens étant selon eux des biens incorporels aux yeux du droit⁵⁸⁸. Mais il ne s'agit pas non plus de dire, comme le professeur Nicole Catala, que « la monnaie est un bien qui se distingue de tous les autres », et qu'elle « s'en distingue essentiellement en ce qu'elle n'est pas désirée pour elle-même, mais pour ce qu'elle permet d'obtenir », car « ce que l'on recherche à travers elle, c'est un pouvoir d'achat indifférencié »⁵⁸⁹. Il ne s'agit pas, enfin, de céder à un phénomène de mode, même si le professeur Didier-René Martin reconnaît lui-même qu'« aucun domaine n'échappe tout à fait à cette œuvre d'apesanteur qui pousse les choses à n'être que l'idée d'elles-mêmes »⁵⁹⁰.

267. Intérêt de la théorie de la nature unitaire et incorporelle de la monnaie pour la détermination de son régime d'affectation en garantie. – Il s'agit de donner une définition unitaire et cohérente de la monnaie pour que lui corresponde dans le droit des sûretés un régime unitaire et cohérent. Or soutenir que la monnaie – fiduciaire comme scripturale – est un bien incorporel revient à dire que la monnaie affectée en garantie l'est par la voie d'un nantissement ou d'une fiducie-sûreté.

Le choix du nantissement pour l'affectation en garantie de la monnaie ne crée rien de nouveau pour la monnaie scripturale pour laquelle l'article 2360 du code civil introduit par l'ordonnance n° 2006-346 prévoit un *nantissement* de compte non bloqué... Cela est en revanche nouveau : d'une part, pour la monnaie scripturale qui consiste en un compte bloqué – dont on admet aujourd'hui que, par renvoi de l'article 2355, alinéa 5, du code civil, elle doit être soumise au régime du gage de choses fongibles non confondues (article 2341, alinéa 1^{er}, du code civil) – et d'autre part (et surtout), pour la monnaie fiduciaire et métallique, dont on admet jusqu'à présent qu'elle est affectée en garantie par la voie du gage de choses fongibles (non confondues – article 2341, alinéa 1^{er}, du code civil – ou confondues – article 2341, alinéa 2, du même code). De deux choses l'une : soit on admet

⁵⁸⁷ Dans le même sens : Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, p. 148 : « la monnaie envisagée en tant que bien ne peut correspondre qu'aux unités monétaires ».

⁵⁸⁸ J. Flour, J. – L. Aubert et E. Savaux, *Les obligations*, t. I, *L'acte juridique*, Sirey, 15^e éd., 2012, n° 4, p. 3.

⁵⁸⁹ N. Catala, *La nature juridique du paiement*, *op. cit.*, pp. 148-149

⁵⁹⁰ D. R. Martin, « De la monnaie », *Mélanges H. Blaise*, Economica, 1995, p. 340.

que la monnaie (scripturale, fiduciaire, métallique) est un droit de créance au sens civiliste du terme, sans trait caractéristique – dans quel cas son affectation en garantie obéit au régime du nantissement de créance – ; soit on admet qu'elle est un droit de « créance atypique », ou plus exactement d'un droit réel de restitution portant sur des incorporealités (des créances) – dans quel cas elle fait partie de ces « autres meubles incorporels » dont l'alinéa 5 de l'article 2355 prévoit que leur affectation en garantie répond « aux règles prévues pour le gage de meubles corporels », ce qui ramène aux débats relatifs à la question de savoir si l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire est un gage ordinaire, un « gage irrégulier » ou une fiducie-sûreté.

268. Ces débats ont été ravivés par la rédaction de l'alinéa 2 de l'article 2341 du code civil. En effet, l'alinéa 1^{er} de l'article 2341 du code civil dispose que « lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent », et l'alinéa 2 dispose que « si la convention dispense le créancier de cette obligation, il acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes ». Certains voient dans la rédaction de cet alinéa la consécration de la thèse selon laquelle l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire emporte transfert de propriété des biens gagés quand ceux-ci ne sont pas séparés au sein du patrimoine du constituant, et qu'il s'agit donc d'une fiducie-sûreté. D'autres y voient la consécration de la thèse selon laquelle le transfert de propriété n'est qu'incident, un pur effet de la confusion des choses fongibles au sein d'un patrimoine, et en aucun cas un effet de la sûreté elle-même ou de l'intention des parties, car cette disposition est insérée dans le chapitre relatif au gage. Malgré ce transfert de propriété, la sûreté resterait un gage, un gage « irrégulier ».

269. Dans la mesure où, comme M. Thomas Le Gueut, nous appelons « à la reconnaissance de la nature juridique *sui generis* de la monnaie »⁵⁹¹, il nous semble pertinent de rechercher si, la monnaie fiduciaire étant, comme la monnaie scripturale, une « créance atypique », un droit à restitution, une « propriété incorporelle flottante », elle doit obéir à un régime d'affectation en garantie *sui generis*, qui lui serait propre et ne se confondrait ni avec celui de la fiducie-sûreté, ni avec celui du nantissement de créance, ni avec celui du gage. C'est précisément ce à quoi s'attache la seconde partie de notre travail.

⁵⁹¹ Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, p. 228.

Seconde partie : le régime des sûretés sur la monnaie

TITRE I. DE LA PROPRIÉTÉ TRANSFÉRÉE OU FLOTTANTE

270. Modes d'affectation en garantie de la monnaie depuis la réforme du droit des sûretés de 2006. – Dire que la monnaie, sous quelque forme qu'elle se présente (fiduciaire – métal ou papier – comme scripturale), est un bien incorporel, c'est prendre parti dans le débat relatif au régime auquel son affectation en garantie doit être soumise.

On sait en effet que, depuis la réforme du droit des sûretés opérée par l'ordonnance n° 2006-346, les biens incorporels grevés de sûreté font l'objet d'un nantissement qui, en principe, exclut tout transfert au créancier de la propriété du bien affecté en garantie lors de la constitution de la sûreté. Ce n'est qu'au stade de l'exécution de la sûreté que le transfert au créancier de la propriété du bien affecté en garantie a été rendu soit systématique (si créance garantie et créance nantie sont toutes deux échues, comme l'envisage l'article 2364, alinéa 1^{er}, du code civil), soit plus facile (par la stipulation d'un pacte commissaire susceptible de jouer lorsque la créance garantie est échue et que la créance nantie ne l'est pas, comme l'envisage l'article 2365 du code civil).

On sait aussi que, depuis l'introduction dans notre droit de la fiducie-sûreté par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, complétée par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, et par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, il est possible de céder à titre de garantie la propriété de biens corporels ou incorporels, et notamment de sommes d'argent, comme le suggère implicitement l'article 2372-3, alinéa 3, du code civil¹. L'affectation en garantie de

¹ L'article 2372-1 du code civil dispose que « la propriété d'un bien mobilier *ou d'un droit* peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030 » du même code (italiques ajoutées). Et l'article 2372-3 du code civil ajoute que « la valeur du bien ou du droit cédé est déterminée par un expert désigné à

monnaie fiduciaire ou scripturale emporte alors transfert d'un droit de disposer lors de la constitution de la sûreté.

Et on sait enfin que le propre du gage-espèces – sûreté sur sommes d'argent par excellence – est de transférer au créancier le droit de disposer du bien affecté en garantie dès la constitution de la sûreté. Certains, insistant plus sur le *corpus*, l'aspect matériel du contrat, et donc sur la nature (fongible et/ou consommable) de la monnaie, soutiennent que ce transfert est lié à la nature de l'objet de la sûreté – et non à la volonté des parties – et que le contrat de gage, quoique particulier, « irrégulier » (dit-on), n'est pas dénaturé. D'autres, insistant plus sur l'*animus*, l'aspect intentionnel du contrat, et donc sur la volonté des parties, affirment que ce transfert est lié à la volonté, tacite ou expresse, des parties – et non à la nature de l'objet de la sûreté – et que le contrat de gage change de nature pour devenir une fiducie-sûreté.

271. Utilité pratique de la détermination du régime d'affectation en garantie de la monnaie. – L'enjeu lié à la qualification de la sûreté et à l'application du régime qu'elle emporte, peut être de taille. Par exemple, en cas de procédure collective du constituant, si l'on considère que les sommes d'argent affectées en garantie ont été transférées en pleine propriété au créancier, alors celles-ci ont quitté le patrimoine du constituant et sont insusceptibles de rentrer dans le droit de gage général de ses créanciers, sous réserve des nullités obligatoires ou facultatives de la période suspecte². S'il est devenu pleinement propriétaire des sommes d'argent dès la constitution de la sûreté, le créancier est à l'abri de la procédure. Si l'on considère que les sommes d'argent affectées en garantie n'ont pas été transférées en pleine propriété au créancier

l'amiable ou judiciairement, sauf si elle résulte d'une cotation officielle sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier *ou si le bien est une somme d'argent* » (italiques ajoutées).

² Depuis l'introduction dans le code de commerce d'un 9° à l'article L. 632-1, par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, c'est plus la nullité facultative de la période suspecte (article L. 632-2) qui est à craindre, que la nullité obligatoire de l'article L. 632-1. En effet, alors qu'avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008, tout transfert à un créancier de la propriété de biens ou droits en garantie d'une créance était nul de plein droit dès lors qu'il était intervenu en période suspecte, depuis cette date, ce transfert n'est plus nul lorsqu'il garantit une créance née concomitamment. En d'autres termes, seul le transfert à un créancier de la propriété de biens ou de droits en garantie d'une créance née antérieurement à ce transfert tombe sous le coup des nullités obligatoires de la période suspecte. C'est ce qu'affirme l'article L. 632-1, I, 9° du Code de commerce : est nul de plein droit : « 9° Tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée ». Et c'est ce que confirme l'article L. 632-1, I, 10° du même code : est nul de plein droit : « 10° Tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant ». Reste toutefois à savoir si les sommes d'argent transférées en propriété, à titre de garantie, vont être regardées comme relevant des 9° et 10° de l'article L. 632-1, I, du code de commerce... ou comme relevant du 3° ou 4° du même article (« Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants : 3° Tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement ; 4° Tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession visés par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires »).

lors de la constitution de la sûreté, alors celles-ci sont réputées ne pas avoir quitté le patrimoine du constituant, et rentrent donc dans le droit de gage général de ses créanciers.

272. Mais le créancier bénéficiaire d'un droit de préférence sur les sommes d'argent affectées en garantie peut neutraliser le concours des autres créanciers avec une efficacité proche de celle que lui conférerait un droit de propriété sur les sommes affectées en garantie. En effet, outre son droit de préférence, il pourrait s'opposer à toute action des autres créanciers en revendication desdites sommes d'argent, puisque les juges sont hostiles à l'idée d'une revendication des sommes d'argent confondues dans le patrimoine d'un créancier³. Il pourrait en outre opposer son droit de rétention sur lesdites sommes d'argent pour exiger d'être payé avant tous les autres créanciers du constituant⁴. Il paraît difficile de ne pas lui reconnaître au moins ce droit de rétention lorsque c'est de la monnaie fiduciaire qui lui a été remise lors de la constitution de la sûreté. Si l'on refuse d'admettre que le droit de propriété sur ces pièces et ces billets lui a été transféré lors de la constitution de la sûreté, il faut au moins admettre que cette remise de pièces et de billets fait de la garantie une sûreté avec dépossession. Le créancier a dès lors un droit de rétention qui est insusceptible d'être neutralisé par la procédure collective, puisque l'article L. 622-7, I, alinéa 2, du code de commerce⁵ prévoit que le jugement d'ouverture de la procédure collective n'emporte, de plein droit, inopposabilité du droit de rétention pendant la période d'observation et pendant l'exécution du plan *que* si ce droit de rétention assortit un gage *sans* dépossession⁶.

³ Cass. civ. 25 novembre 1929 (DH. 1929, p. 3 ; *JCP* 1930, II, p. 114) ; Cass. civ. 6 mai 1930 (S. 1930, I, 248 ; DH.1930, p. 412) ; et, plus récemment, Cass. com. 25 mars 1997 (D. 1997, jur. p. 481, note D.R. Martin) ; Paris 14 octobre 1997 (D. 1998, jur. p. 91, note Larroumet) ; Cass. com. 10 mai 2000 (D. 2000, Aj. p. 277, obs. A. Lienhard) ; Cass. com. 13 novembre 2001 (D. 2002, Aj. p. 328) ; Cass. com. 4 février 2003 (D. 2003, p. 1230, obs. A. Lienhard) ; D. *Affaires* 2003, p. 1361 ; *RD bancaire et fin.*, juillet-août 2003, n° 142, obs. D. Legeais) ; Cass. com. 22 mai 2013 (pourvoi n° 11-23.961, D. 2013, p. 1594, note F. Danos et obs. A. Lienhard) ; *Revue des sociétés* 2013, p. 526, note Ph. Roussel-Galle). *Adde* D. R. Martin, « De la revendication des sommes d'argent » (D. 2002, p. 3279) et J. François, « Retour sur la revendication des sommes d'argent » (D. 2012, p. 1493). *Adde* N. Catala, *La nature juridique du paiement*, *op. cit.*, pp. 136-137 qui cite un arrêt du Tribunal civil de Besançon du 25 avril 1955.

⁴ Rappelons que la Cour de cassation juge que le droit de rétention est un droit réel, opposable à tous, y compris aux tiers non tenus à la dette (Cass. 1^{ère} civ. 7 janvier 1992, Bull. civ. I, n° 4, *JCP* G 1992, I, 3583, n° 16, obs. Ph. Delebecque, *RTD civ.* 1992, p. 586, obs. P.-Y. Gautier ; Cass. com. 3 mai 2006, n° 04-15.262, *JCP* G I, 195, n° 15, obs. Ph. Delebecque, *RTD civ.* 2006, pp. 584 et s., obs. Th. Revet). De son côté, le Conseil d'État considère que l'exercice d'un droit de rétention sur un bien appartenant à un tiers étranger à la dette porte une atteinte grave et manifestement illégale au droit de propriété dudit tiers (CE, 2 juillet 2003, *RTD civ.* 2004, note P. Crocq, pp. 324 et s. ; *JCP* G 2004, I, 125, n° 1, obs. H. Périnet-Marquet).

⁵ Article L. 622-7, I, du code de commerce : alinéa 1^{er} : « le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes. Il emporte également, de plein droit, interdiction de payer toute créance née après le jugement d'ouverture, non mentionnée au I de l'article L. 622-17. Ces interdictions ne sont pas applicables au paiement des créances alimentaires » ; alinéa 2 : « de même, il emporte, de plein droit, inopposabilité du droit de rétention conféré par le 4° de l'article 2286 du code civil pendant la période d'observation et l'exécution du plan, sauf si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L. 626-1. » ; alinéa 3 : « il fait enfin obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte commissaire. »

⁶ Article 2286, 4°, du code civil issu de la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008.

272-1. Mais si le créancier bénéficiaire de l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire confondue dans son patrimoine peut être payé par préférence (droit de préférence) et par priorité (droit de rétention), de sorte qu'il est aussi bien loti qu'un propriétaire, il n'en va peut-être pas de même du créancier bénéficiaire de l'affectation en garantie de monnaie scripturale. À défaut de remise, comment manifester alors le maintien du droit de propriété du constituant sur lesdites sommes si ce n'est en procédant à une inscription en compte qui traduise le maintien de ce droit de propriété ? Si les sommes d'argent affectées en garantie font l'objet d'une inscription en compte qui identifie le constituant, alors elles ne sont plus vraiment confondues au sein du patrimoine du créancier. Pourtant, elles peuvent être considérées comme n'étant pas individualisées dès lors qu'elles ne sont pas inscrites sur un compte spécial et bloqué. Si seuls des articles d'un compte courant identifient le constituant (comme auteur du virement par exemple), ou si un compte spécial est créé mais avec la possibilité pour le créancier de disposer des sommes d'argent (compte spécial non bloqué), alors on peut soutenir, comme certains, que la monnaie scripturale affectée en garantie, tout en étant confondue dans le patrimoine du créancier, reste la propriété du constituant – puisque l'on peut l'identifier comme ayant « remis » des sommes d'argent au créancier.

272-2. Mais la question qui se pose alors est de savoir si une telle sûreté est avec ou sans dépossession. Alors que la remise de monnaie fiduciaire fait indubitablement de la garantie une sûreté avec dépossession (à défaut de rendre le créancier propriétaire, comme certains le pensent), le versement de monnaie scripturale avec identification du constituant (soit par des articles de compte, soit par un « compte impersonnel »⁷, ouvert au nom du constituant « pour la seule commodité des écritures »⁸) jette le doute sur le fait que la sûreté doive être considérée comme étant avec ou sans dépossession⁹. Si l'on considère qu'il y a bien dépossession, le créancier sera, comme en cas de remise de monnaie fiduciaire, armé non seulement du droit de préférence, mais aussi d'un droit de rétention opposable à la procédure collective du constituant. Mais si l'on considère que

⁷ Ce sont les termes employés par les juges du droit dans une affaire où un compte spécial avait précisément été ouvert au nom du constituant avec néanmoins la possibilité pour le créancier de disposer des sommes s'y trouvant, le compte ne portant le nom du constituant que par souci d'identification de l'origine des fonds. Mais en l'espèce, une clause traduisait la volonté des parties de transférer la propriété des sommes au créancier dès la constitution de la sûreté. Voir Cass. com. 6 février 2007 (*Rev. Lamy dr. civ.* 2007, n°39, p. 25, obs. D. Legeais ; *RTD civ.* 2007, p. 373, obs. P. Crocq ; *JCP E* 2008, n°2, chron. « Droit des sûretés » de Ph. Simler et Ph. Delebecque ; *Revue des contrats*, 2008, n°2, p. 425, note A. Aynès).

⁸ Voir Cass. com. 6 février 2007 précité.

⁹ Le professeur S. Bros (« Le gage-espèces », *Droit et patrimoine* 2007 n°161, p. 77 ; « Le gage-espèces après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *Rev. Lamy dr. aff.* 2007, n°14, p. 86) estime que l'affectation en garantie d'un compte bloqué ouvert au nom du constituant doit être regardée comme constitutive d'un gage avec dépossession. En effet, « la qualification de gage sans dépossession autoriserait le constituant, par application de l'article 2342 [du Code civil] à les aliéner, ce qui paraît à la fois peu recommandé, et contraire au mécanisme qui postule le blocage des sommes » (S. Bros, *op. cit.*).

l'identification du constituant non seulement maintient son droit de propriété sur les sommes affectées en garantie, mais fait en outre de la sûreté une sûreté sans dépossession... alors le créancier aura toujours un droit de préférence, mais ne pourra plus opposer son droit de rétention à la procédure collective du constituant, puisque, comme on l'a dit, l'ordonnance n°2008-1345 du 18 décembre 2008, en introduisant un alinéa 2 à l'article L. 622-7, I, du code de commerce, a consacré l'inopposabilité à la procédure collective du droit de rétention assortissant les sûretés sans dépossession¹⁰. Le créancier ne pourra pas davantage se prévaloir de l'éventuel pacte comissoire qu'il aurait pris soin de négocier avec le constituant puisque l'alinéa 3 de l'article L. 622-7, I, du code de commerce dispose que le jugement d'ouverture de la procédure collective fait obstacle à la conclusion *et à la réalisation* d'un pacte comissoire.

272-3. Dans cette hypothèse où la sûreté porte sur de la monnaie scripturale, il est essentiel de savoir si la propriété des sommes a été transférée au créancier lors de la constitution de la sûreté, ou si le constituant en procédure collective est resté propriétaire de sommes qui ont été affectées en garantie sans dépossession. Dans la première hypothèse, sous réserve des nullités de la période suspecte, le créancier n'a rien à craindre de la procédure collective du constituant : son droit de propriété le met à l'abri du concours des autres créanciers. Dans la seconde hypothèse, le créancier a tout à craindre de la procédure collective du constituant : privé du droit de propriété, de l'opposabilité de son droit de rétention, et de l'efficacité du pacte comissoire qui aura pu être stipulé, il n'a que son droit de préférence à opposer si d'autres créanciers, privilégiés, viennent le primer lors du classement. Cet exemple suggère l'enjeu qu'il peut y avoir à déterminer si, oui ou non, l'affectation en garantie de sommes d'argent non individualisées emporte transfert de propriété de ces sommes au créancier dès la constitution de la sûreté.

272-4. Un nouveau régime d'affectation en garantie des sommes d'argent (pièces, billets ou écritures en compte) est concevable, qui tiendrait compte de la

¹⁰ Ce droit de rétention reconnu à l'ensemble des créanciers bénéficiaires de sûretés sans dépossession depuis la loi du 4 août 2008 ne l'était auparavant (depuis l'ordonnance du 23 mars 2006) qu'indirectement au créancier bénéficiaire d'un gage sans dépossession grevant des biens que le constituant affectait postérieurement en garantie au profit d'un autre créancier par un gage avec dépossession. L'article 2340, alinéa 2, du code civil dispose en effet que « lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il est régulièrement publié nonobstant le droit de rétention de ce dernier ». La règle qui interdisait ainsi au créancier gagiste avec dépossession postérieur d'opposer son droit de rétention au créancier gagiste sans dépossession antérieur était motivée par le souci de promouvoir le gage sans dépossession, mais était mal justifiée si l'on permettait au créancier chirographaire postérieur d'opposer son droit de rétention au créancier gagiste sans dépossession antérieur – non pas tant lorsque la connexité était matérielle ou juridique (puisque c'était alors le fruit du hasard), que lorsque la connexité était conventionnelle (puisque c'était alors l'intention du constituant de priver d'effet le gage sans dépossession).

nature incorporelle de la monnaie pour la soumettre à un régime propre. Inspiré du nantissement de créance mais purgé des éléments qui rendent ce dernier inadapté à la monnaie, ce régime propre éliminerait toutes les incertitudes théoriques et pratiques en consacrant l'idée d'un démembrement de propriété lié à la nature fongible de la monnaie et non à la volonté des parties. Lors de la constitution de la sûreté, ce démembrement, qui ne saurait donc être assimilé à un transfert en pleine propriété, ménagerait le droit de propriété « flottant » du constituant. Lors de la réalisation de la sûreté, ce démembrement disparaîtrait par reconstitution de la propriété pleine et entière entre les mains du créancier ou du constituant (selon qu'il y a ou non défaillance) – dénouement facilité et vigoureux qui, de ce point de vue, rapprocherait ce nouveau régime d'affectation en garantie de celui de la fiducie-sûreté.

273. Il convient dès lors de proposer un nouveau régime d'affectation en garantie de la monnaie, régime qui, tout en s'inspirant de ceux du nantissement et de la fiducie-sûreté portant sur des créances civiles, se départirait de leurs imperfections, notamment lorsque créancier nanti et débiteur de la créance nantie ne font qu'un.

C'est ce à quoi s'attelle la seconde partie de ce travail, d'abord en faisant une synthèse sur le régime appliqué aux sommes d'argent non confondues dans le patrimoine du créancier ou du tiers convenu (chapitre I), puis en exposant le débat sur l'existence (ou non) d'un transfert de propriété en cas d'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine dudit créancier ou dudit tiers convenu (chapitre II), et enfin en dépassant ce débat pour proposer un nouveau régime, unifié et simplifié, d'affectation en garantie de la monnaie (fiduciaire comme scripturale), susceptible d'évacuer les problèmes pratiques et le flou qu'engendre la confusion des débats théoriques (titre II).

Chapitre I. L'affectation en garantie de sommes d'argent non confondues

274. Au regard des enjeux liés à un éventuel transfert de propriété, l'affectation en garantie de sommes d'argent non confondues ne suscite guère de difficultés. La doctrine s'accorde pour considérer que l'individualisation des sommes d'argent fait obstacle au transfert de leur propriété au créancier puisque celui-ci ne peut en disposer comme de ses biens propres, notamment en les confondant avec d'autres éléments de même nature et de même espèce présents dans son patrimoine. L'individualisation des sommes d'argent maintient la propriété pleine et entière du constituant sur ces sommes puisqu'elles vont pouvoir être identifiées comme n'étant pas celles appartenant au créancier¹¹.

L'enjeu est de savoir comment s'opère cette individualisation, quels en sont les procédés, et quelles en sont les limites. Pour ce faire, il faut distinguer selon que les sommes à individualiser sont de nature fiduciaire ou scripturale.

Section I. La monnaie fiduciaire

275. Affectation en garantie de monnaie fiduciaire non confondue dans le patrimoine du créancier. – S'il est vrai qu'il est de plus en plus rare qu'un débiteur remette à son créancier des sacs de pièces scellés ou des valises de billets fermées pour

¹¹ Si notre étude se concentre sur les solutions énoncées pour le cas des sommes d'argent, il convient de noter que des solutions semblables ont été adoptées pour le cas d'autres biens fongibles, comme les produits pétroliers. Dans sa thèse de doctorat (*Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, LGDJ, 2004, préf. Ph. Delebecque), le professeur Pierre-Grégoire Marly explique que « la remise de biens fongibles à titre précaire dégénère en aliénation fiduciaire », que « pratiquement, lorsque les biens confiés sont confondus avec d'autres semblables entre les mains du détenteur, celui-ci en acquiert la propriété », mais que « pour éluder cette conséquence, il se peut que les contractants stipulent l'infongibilité des choses remises, en dépit de leur mélange » et que « concrètement indiscernables, les biens demeurent alors néanmoins la propriété du remettant » (p. 80). L'auteur cite une affaire « Société Jeanne d'Arc » mettant en cause des quantités d'essences mélangées dans une même cuve, dont le dépôt a été jugé comme n'étant pas translatif de propriété en raison de l'infongibilité convenue par les parties (en appel : Besançon, 5 mai 1943, D. 1945, jur. p. 38, note P. Voirin ; et sur pourvoi : Cass. civ. 7 décembre 1948, S. 1949, I, p. 159, *RTD civ.* 1950, p. 201, obs. J. Carbonnier). Les juges du droit ont estimé que « les dispositions de l'arrêt [qui] indiquent que les contractants faisaient abstraction de la fongibilité naturelle de la chose déposée, n'en envisageaient pas la restitution *in individuo* et assimilaient à un corps certain les quantités à restituer, ne violent aucun texte ; qu'en effet, d'une part, il n'y a pas de dépôt irrégulier si le dépositaire ne peut pas disposer du dépôt pour son propre compte ; [et] que, d'autre part, la fongibilité des choses est sujette à interprétation » (Cass. civ. 7 décembre 1948 précité). C'est en grande partie sur cette décision de justice que l'auteur construit la critique qu'il émet dans sa thèse à l'encontre de la notion de « fongibilité conventionnelle ».

sûreté de sa dette, nous n'approuvons pas le choix du professeur Didier-René Martin qui appelle à oblitérer l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire¹².

L'affectation en garantie de monnaie métallique ou de monnaie-papier est toujours concevable aujourd'hui et a été fréquente par le passé. Aussi est-ce la raison pour laquelle la jurisprudence a eu l'occasion de se prononcer sur la question de savoir si, dans de telles hypothèses, le constituant transférait (ou non) la propriété des pièces et des billets à son créancier.

276. Position de juges du fond. – Pour ce qui est des billets, les juges du fond ont pu juger, dès 1884, que les lettres et numéros qu'ils portaient suffisaient à les identifier¹³. Pour ce qui est des pièces, les juges du fond ont décidé, dès 1891, que l'isolement de pièces de monnaie placées dans un sac scellé empêchait que ces pièces ne se mêlassent aux autres pièces que le créancier avait dans son patrimoine, et qu'il interdisait au créancier de mêler ces pièces aux siennes propres et d'en disposer comme des siennes propres¹⁴.

276-1. Position des juges du droit. – Les juges du droit ont suivi les juges du fond. L'approbation a d'abord été implicite. Ainsi, il a été jugé par la Cour de cassation, statuant en sa chambre civile, le 17 juillet 1929, qu'« en ce qui concerne les choses fongibles telles que les espèces métalliques, la revendication en est en principe impossible, à moins d'une individualisation matérielle et de la parfaite identification des objets réclamés avec ceux que le détenteur a reçus »¹⁵. C'était dire que dès lors que la monnaie métallique (ou papier) est isolée, par quelque procédé que ce soit, au sein du patrimoine de celui qui la reçoit, elle reste la pleine propriété du remettant qui, en vertu de son droit réel de propriété, peut exercer une action en revendication de cette monnaie. La conséquence du défaut d'individualisation a été énoncée, l'année suivante, par la même chambre civile de la Cour de cassation. Il a en effet été jugé par cette chambre, le 6 mai 1930, que « toute somme d'argent se confond, dès lors qu'elle ne peut plus être

¹² D. R. Martin, « De la garantie monétaire », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 43 : critiquant la distinction faite entre monnaie fiduciaire et monnaie scripturale par le groupe de travail réuni, sous la présidence du professeur Michel Grimaldi, pour établir un avant-projet de réforme du droit des sûretés, l'auteur estime que « le temps est révolu de ces pratiques surannées et aristocratiques, rendues désuètes par la "banclarisation". Il n'y a plus de folklore dans le commerce de banque ; et l'on imagine mal, aujourd'hui, qu'une valise de billets soit remise en garantie : non seulement entre particuliers, mais surtout à un établissement de crédit qui devrait alors dénoncer cette opération inhabituelle comme suspecte de blanchiment. Même les humbles dépôts de garantie, notamment locatifs, sont maintenant versés par chèque et l'on voit mal [...] – dès lors que le chèque est encaissé – en quoi la situation du créancier garanti, ou celle du constituant, s'en trouve modifiée par rapport à un versement direct en espèces : distinguer le fiduciaire du scriptural n'a plus grand sens ».

¹³ Amiens, 5 mars 1884, DP. 1885, II, p. 111.

¹⁴ Angers, 18 avril 1891, DP. 1893, II, p. 49.

¹⁵ Cass. civ. 17 juillet 1929, DH. 1929, p. 540 ; S. 1929, I, p. 379.

identifiée, avec les autres valeurs composant le patrimoine de celui qui la reçoit »¹⁶. Cela suppose, *a contrario*, qu'une identification, par quelque moyen que ce soit, de la monnaie fiduciaire remise empêche sa confusion avec la monnaie fiduciaire du récipiendaire, et permet la conservation du droit de propriété du remettant sur cette monnaie fiduciaire.

276-2. L'approbation des juges du droit a ensuite été explicite. Ainsi, dans un arrêt rendu par la Cour de cassation statuant en sa première chambre civile le 25 mai 1976, il a été jugé que 59 paquets de pièces de monnaie américaine en argent remis pour sûreté à un créancier et « scellés par des cachets de cire » constituaient une somme d'argent individualisée dont le constituant n'avait jamais perdu la propriété¹⁷. De même, lorsque 131 souverains d'or sont remis à une banque créancière dans une cassette close et déposée dans un coffre, tout est fait pour interdire au créancier d'en user, et donc d'en disposer – puisque la monnaie est une chose juridiquement consommable au premier usage, pour laquelle l'*usus* ne peut prendre d'autres formes que l'*abusus*. Dès lors, on peut considérer que de telles précautions n'ont d'autre finalité que celle de préserver le droit de propriété du constituant sur ces sommes d'argent, d'identifier leur propriétaire (le constituant) et de signaler aux tiers qu'un autre que le créancier en est propriétaire – et donc de les individualiser en les isolant du patrimoine du créancier. C'est en ce sens que se prononça la Cour de cassation statuant en sa première chambre civile en 1983¹⁸.

277. Position du législateur. – La loi n'a fait que suivre cette jurisprudence bien établie en l'élargissant aux choses fongibles de façon très générale. Les hypothèses rencontrées dans les espèces susmentionnées pourraient en effet toutes entrer dans le champ d'application de l'article 2341, alinéa 1^{er}, introduit dans le code civil par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Ce texte dispose en effet que « lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent », et qu'« à défaut, le constituant peut se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l'article 2344¹⁹ ». Ce

¹⁶ Cass. civ. 6 mai 1930, DH. 1930, p. 412 ; S. 1930, I, 248. On notera qu'en dehors de toute affectation en garantie, la Cour de cassation, statuant en sa chambre des requêtes, avait jugé, dès 1890, que la remise de pièces ou de billets sans identification par isolement dans un coffre ou dans une enveloppe ou par relevé des numéros des billets, emportait confusion desdites sommes dans le patrimoine du dépositaire et transfert du droit d'en disposer à ce dernier, dans le cadre d'une opération qui devait s'analyser alors en prêt de consommation (Req. 2 décembre 1890, DP. 1891, I, p. 420 ; S. 1891, I, p. 273).

¹⁷ Cass. 1^{ère} civ. 25 mai 1976 (Bull. civ. I, n°201, p. 160).

¹⁸ Cass. 1^{ère} civ. 29 novembre 1983 (Bull. civ. I, n° 280 ; D. 1984, IR., p. 308, obs. M. Vasseur). Il s'agissait dans cette affaire de pièces d'or conservées par une banque dans une cassette close déposée dans un coffre.

¹⁹ Ce texte prévoit que « lorsque le gage est constitué avec dépossession, le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé, sans préjudice de dommages-intérêts, si le créancier ou le tiers convenu ne satisfait pas à son obligation de conservation du

texte datant de 2006, dont l'alinéa 1^{er} établit donc à titre de principe que le gage avec dépossession de choses fongibles n'emporte pas transfert du droit de disposer des biens gagés au créancier lors de la constitution de la sûreté, n'est lui-même que l'héritier de l'ancien article 2079 du code civil qui disposait de façon plus générale encore (choses fongibles comme non-fongibles étant concernées) que « jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a lieu, il reste propriétaire du gage, qui n'est, dans la main du créancier, qu'un dépôt assurant le privilège de celui-ci ».

Section II. La monnaie scripturale

278. Compte spécial et individualisation plurale. – Il est difficile d'imaginer pour des écritures en compte qu'elles puissent être isolées dans des sacs scellés ou dans des coffres. De même qu'il a fallu que la remise de monnaie s'adapte à la dématérialisation en substituant le virement à la tradition²⁰, de même il a fallu que l'individualisation de la monnaie s'adapte à la dématérialisation en substituant au sac scellé le compte spécial²¹ (distinct du compte courant) et bloqué – non seulement à l'égard du constituant qui ne peut disposer des sommes qui y sont inscrites, mais aussi à l'égard du créancier, qui ne peut non plus en disposer.

En effet, selon le professeur Pierre-Grégoire Marly, il existe à côté de l'individualisation unitaire qui porte sur un bien particulier, une individualisation plurale qui porte sur un ensemble de biens numériquement distincts des autres, et l'inscription en compte est précisément ce qui réalise cette individualisation plurale en identifiant non pas chaque valeur, mais une certaine quantité de valeurs²².

gage ». Ce n'est que la reprise, sous l'angle de la sanction, de l'obligation de conservation du bien affecté en garantie que l'ancien article 2080, alinéa 1^{er}, du code civil mettait déjà à la charge du créancier en prévoyant que « le créancier répond, selon les règles établies au titre Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, de la perte ou détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence » - l'alinéa 2 du même texte mettant corrélativement à la charge du débiteur une obligation d'indemniser le créancier des « dépenses utiles et nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage ».

²⁰ Pour la démonstration de ce que le virement n'est à la monnaie scripturale que ce que la tradition est à la monnaie fiduciaire : voir *supra* (§ 150-151). En ce sens aussi, mais au sujet de l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier : J. François, note sous Cass. com. 3 juin 1997 (D. 1998, p. 61) : « s'il s'agit d'espèces, le transfert de propriété s'opérera par tradition, et s'il s'agit de monnaie scripturale, par virement de la somme au crédit d'un compte ouvert au nom du créancier, virement qui équivaut en effet à une tradition d'espèces ».

²¹ On ne distinguera pas ici selon que ce sont des sommes d'argent inscrites sur un compte du constituant qui sont virées sur un compte spécial et bloqué ouvert aux fins de l'affectation en garantie ou selon que c'est un compte du constituant, ouvert préalablement à la constitution de la sûreté, qui est affecté en garantie et bloqué (sans sortie des sommes qui y sont inscrites).

²² P. - G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, op. cit., p. 126. Dans le même sens : Ch. Lassalas, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, LGDJ, 1997, p. 114 : « une certaine

§ 1. Les comptes spéciaux en pratique.

279. Notion de comptes « fiduciaires ». – Les banquiers ont souvent recours en pratique à des « comptes fiduciaires ». Il s'agit d'une qualification tout à fait impropre puisque, contrairement à la fiducie-sûreté sur sommes d'argent qui repose sur le transfert au créancier du droit de disposer des sommes remises, le régime des « comptes fiduciaires » est tout entier conçu pour préserver la propriété pleine et entière du remettant sur les sommes en cause.

M. Alain Cerles définit le « compte fiduciaire » comme celui qui est « ouvert chez une banque par un client afin d'y déposer les sommes provenant d'un contrat qui le lie à une tierce personne, que ce soit dans le cadre de ses relations commerciales habituelles, d'opérations du commerce international [...] ou dans le cadre d'un prêt consenti par la banque pour garantir sa position de prêteur au cas d'insolvabilité du client »²³. À titre d'exemple, dans ses relations commerciales habituelles, une entreprise,

quantité de monnaie scripturale ou de valeurs mobilières peut être individualisée. Cette idée s'impose si l'on considère le compte comme un sac et le solde du compte comme un stock de monnaie ou de titres. Le compte est ouvert au nom d'une personne identifiée. Dès lors, il faut admettre que le solde d'un compte est individualisé, car il n'y a aucune différence entre l'exemple des sacs de blé et celui des comptes de valeurs ». Dans la conception objective de la fongibilité qui est celle du professeur Pierre-Grégoire Marly, l'individualisation plurale rend possible l'idée que les sommes inscrites au crédit d'un compte spécial et bloqué soient globalement individualisées tout en étant, dans le même temps, individuellement fongibles : « les sommes bloquées sur un compte ne perdent pas leur fongibilité » (*ibidem*, p. 227).

Il nous semble que cette théorie de l'individualisation plurale est très proche de la théorie « renouvelée » de la fongibilité que défend M. Charles Gijbers dans sa thèse de doctorat (*Sûretés réelles et droit des biens*, 2012, thèse dirigée par M. Grimaldi et soutenue à l'Université de Paris II Panthéon-Assas). Étudiant les sûretés réelles portant sur des choses fongibles, M. Charles Gijbers explique l'exigence d'identification de l'assiette de ces sûretés peut très bien n'être pas abandonnée si l'on admet qu'elle est « satisfaite d'une manière différente, en harmonie avec la nature spécifique de son objet » (*ibidem*, § 543, p. 541), et plus précisément si l'on conçoit que l'identification des choses fongibles « est simplement assurée par la désignation d'une quantité donnée parmi des choses de même espèce et de même qualité détenues en un lieu donné par le débiteur » (*ibidem*, § 546, p. 546).

Non sans partager la conception objective de la fongibilité qui est celle du professeur Pierre-Grégoire Marly, le professeur Anne Laude (« La fongibilité », *RTD com.* 1995, pp. 307 et s., spéc. p. 315) propose de distinguer plutôt entre l'individualisation – qui n'exclurait pas la fongibilité – et l'individualité – qui l'exclurait et la supprimerait systématiquement dans la mesure où, à l'opposé de l'individualité, « la fongibilité fait abstraction des qualités individuelles des biens pour créer l'indifférence entre deux choses ». Mais, selon cet auteur, l'individualité ne résulterait pas de l'apposition, sur une chose fongible, de numéros ou de marques destinés à la distinguer : « le fait que des billets de banque aient des numéros ne les empêche pas d'être fongibles. De même la numérotation éventuelle des valeurs mobilières est insuffisante à la disparition de leur caractère fongible » (*ibidem*, p. 314).

²³ A. Cerles, « Le point de vue du banquier sur la fiducie », *RD bancaire et bourse*, n° 19, mai-juin 1990, p. 117. Dans le cas où le « compte fiduciaire » est ouvert pour garantir un prêt consenti par une banque créancière à son client débiteur, on parle souvent de « retenues de garantie » : des sommes d'argent dues par la banque dépositaire à son client déposant au titre de la convention de compte sont virées du compte courant de ce dernier sur un compte spécial, en garantie des sommes d'argent dues par le client emprunteur à la banque prêteuse au titre d'un contrat de prêt. Au sujet de ces « retenues de garantie », le professeur Pierre Crocq écrit qu'il faut y voir plutôt des nantissements ou des gages, non translatifs de propriété, que des fiducies-sûretés (*Propriété et garantie, op. cit.*, p. 35, note n° 6). L'auteur explique en effet qu'« il ne s'agit pas d'une fiducie au sens strict car la somme d'argent est retenue par la banque et ne lui est pas transférée par le débiteur titulaire du compte », et que « la retenue de garantie, qui correspond à une affectation spéciale d'une somme d'argent, n'est opposable aux tiers qu'à la condition que la somme figure sur un compte spécial ouvert à cet effet », dans la mesure où, « si elle était inscrite au crédit du compte de dépôt

comme une société de vente par correspondance (VPC), peut vouloir isoler les sommes qu'elle doit à une autre entreprise ou à un client, sur un compte spécialement affecté au paiement de son cocontractant et mis à l'abri des saisies susceptibles d'être diligentées par ses propres créanciers.

Cette pratique bancaire ne correspond pas tout à fait à ce que le professeur Michel Grimaldi a pu qualifier de « comptes fiduciaires » au sujet de l'avant-projet de loi de 1991 instituant la fiducie²⁴. Les « comptes fiduciaires » au sens de l'avant-projet de loi 1991 étaient des comptes ouverts à l'occasion de la constitution d'une fiducie aux fins de gestion, pour accueillir des fonds dont la destination était incertaine. Le « compte fiduciaire » était conçu comme permettant à son titulaire d'y déposer des fonds qu'il entendait mettre à l'abri de ses créanciers parce qu'il les destinait, parfois sous condition, à un tiers. Il pouvait s'agir de fonds reçus d'un client à titre d'acompte sur une commande, dont le récipiendaire souhaitait garantir la restitution en cas de défaillance dans la livraison du bien commandé. Il pouvait également s'agir de fonds qui étaient reçus d'un banquier au titre de l'octroi d'un prêt devant bénéficier à des tiers, et pour lesquels il convenait de garantir soit la remise aux tiers en question, soit la restitution au banquier, en cas d'échec du projet. Ces « comptes fiduciaires » étaient conçus comme des comptes spéciaux et bloqués dont le régime était fait pour préserver la propriété pleine et entière du remettant sur les sommes inscrites.

Malgré leur dénomination, ces comptes spéciaux et bloqués n'avaient pas nécessairement une fonction de garantie, et, quand bien même ils pouvaient dans certaines circonstances être assimilés à des sûretés sur sommes d'argent garantissant des créances conditionnelles, ils n'avaient rien de « fiduciaire » puisque leur régime était tout entier conçu pour éviter le transfert au créancier de la propriété des sommes inscrites en compte ou leur confusion dans le patrimoine de ce dernier, et pour maintenir ainsi le droit de propriété du titulaire du compte sur les sommes qui y étaient inscrites.

du débiteur, celui-ci pourrait émettre des chèques qui seraient susceptibles d'anéantir cette garantie car la banque serait obligée de les honorer, ne pouvant opposer l'affectation spéciale aux tiers (Cass. com. 25 mars 1991, *RTD com.* 1991, p. 417, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié) » (*ibid.*).

²⁴ M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois*, 15 et 30 septembre 1991, n° 17 et 18, pp. 897 et 961.

§ 2. *Les comptes spéciaux en jurisprudence.*

280. Les juges du fond comme les juges du droit ont appliqué à l'affectation en garantie de sommes inscrites sur un compte spécial et bloqué les mêmes solutions que celles qu'ils avaient adoptées pour le sac scellé contenant de la monnaie fiduciaire²⁵.

A – En dehors de toute affectation en garantie, la spécialité du compte préserve la propriété pleine et entière du déposant.

281. Tout d'abord, le gage avec dépossession n'étant qu'une forme de contrat de dépôt garantissant une créance – puisque l'ancien article 2079 du code civil disposait que « jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a lieu, il [le débiteur] reste propriétaire du gage qui n'est, dans la main du créancier, qu'un *dépôt* assurant le privilège de celui-ci » (italiques ajoutées) – il est pertinent de citer à son propos la jurisprudence établie en matière de dépôts bancaires sur des comptes spéciaux et bloqués.

Or, comme l'écrit le professeur Didier-René Martin, « une jurisprudence éparse mais constante, du dernier siècle, a justement déduit de cette individualisation des fonds en compte particulier qu'elle préserve la propriété des clients concernés sur lesdits avoirs et leur permet, par conséquent, d'en exercer la revendication dans la procédure de défaillance ouverte à l'encontre du mandataire professionnel »²⁶. Autrement dit, l'admission de l'action en revendication, qui suppose l'existence d'un droit réel à revendiquer, indique que, dès lors que des sommes d'argent sont remises par un client déposant à un banquier dépositaire et inscrites sur un compte spécial et bloqué, le client déposant conserve un droit réel (de propriété) sur lesdits fonds. Il n'y a donc pas de transfert de la propriété pleine et entière de sommes d'argent de celui qui les remet à celui à qui elles sont remises – dans le cadre d'un contrat de dépôt – dès lors que lesdites sommes d'argent sont inscrites sur un compte spécial et bloqué.

²⁵ Hors les cas de création de comptes spéciaux et bloqués, il a pu être jugé que la seule volonté d'individualiser des sommes d'argent inscrites sur un compte courant pouvait suffire à en prévenir la confusion, alors même qu'aucun procédé matériel ne permettait de les identifier. Ainsi, la Cour de cassation, statuant en sa chambre des Requêtes, a admis, le 27 juin 1899, qu'un testateur pouvait, par le seul pouvoir de sa volonté, réserver une somme de 10 000 francs sur son compte courant de façon à l'affecter au prélèvement que son légataire universel avait la charge d'en faire en vue de la construction d'un couvent (S. 1901, I, p. 271). La confusion des sommes d'argent était ainsi empêchée intentionnellement, à défaut de l'être matériellement par la constitution d'un compte spécial.

²⁶ D. R. Martin « De la revendication des sommes d'argent », D. 2002, p. 3279.

I – Les comptes « à rubriques »

282. On notera qu'il en va de même dès lors que le compte – à défaut d'être spécial – est « à rubriques »²⁷. Si la troisième chambre civile de la Cour de cassation a pu refuser de considérer que le droit de propriété du remettant des fonds était préservé du fait de l'existence de « rubriques »²⁸, il n'en reste pas moins que c'est avec constance que la chambre commerciale de la Haute juridiction décide du contraire²⁹. Des « rubriques » d'imputation suffiraient aussi à individualiser des sommes d'argent sous forme d'écritures en compte³⁰.

282-1. S'appuyant sur l'arrêt rendu par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, le 14 mai 1991, le professeur Didier-René Martin montre, dans son article intitulé « Des comptes bancaires à affectation spéciale ouverts à des professionnels »³¹, que la création, par le professionnel titulaire d'un compte, de « rubriques » ou de « sous-comptes » au nom de ses clients permet de préserver le droit de propriété des clients (en tant que mandants) sur les sommes d'argent qu'ils ont remises au professionnel en question (en tant que mandataire)³².

²⁷ *Ibidem* : « il s'agit de l'hypothèse où, en l'absence de toute prescription légale, un professionnel fait ouvrir, sous son nom, des comptes séparés (ou subdivisions de compte) destinés à recevoir respectivement des fonds de même provenance qu'on lui confie, et affectés d'une rubrique (ou sous-intitulé) au nom du mandant concerné. »

²⁸ Cass. 3^e civ. 19 janvier 1994 (D. 1994, jur. p. 576, note D. R. Martin & somm. p. 206, obs. Capoulade ; *Revue Banque* 1994, n° 554, p. 90, obs. J. – L. Guillot). M. Hubert de Vauplane, quant à lui, rapproche les comptes « à rubriques » ou « à affectation spéciale » du patrimoine d'affectation aménagé dans le cadre de la fiducie-gestion par la loi du 19 février 2007 instituant la fiducie (« La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier », *JCP E*, n° 36, septembre 2007, p. 2051). L'auteur explique que ces « comptes ouverts au nom d'un titulaire unique mais faisant état de rubriques au nom de tierces personnes » opèrent « différenciation entre son titulaire et ses bénéficiaires, ces derniers disposant d'un droit direct à restitution du solde créditeur du compte auprès de la banque dépositaire des fonds », et que « cette technique répond à la définition de la fiducie de l'article 2011 du code civil ».

²⁹ Voir notamment Cass. com. 14 mai 1991 (*Revue Banque*, 1991, p. 869, obs. J. – L. Rives-Lange ; D. 1992, jur. p. 13, note D. R. Martin ; D. 1993, somm. p. 56, obs. M. Vasseur ; *RTD com.* 1991 p. 621, obs. M. Cabrillac) ; Cass. com. 22 novembre 1994 (*RJDA* 3/1995, p. 249) ; Cass. com. 10 février 1998 (Bull. civ. IV n°64 ; D. 1998, IR p. 64 ; D. *Affaires* 1998, p. 470 ; *RTD civ.* 1998, p. 703, obs. P. – Y. Gautier). Dans l'arrêt du 10 février 1998, il s'agissait moins d'un compte assorti de sous-comptes que de l'inopposabilité d'une convention de compte. Des mandants avaient confié des sommes d'argent à un mandataire qui les déposait sur un compte bancaire. Le mandataire devenu insolvable, les mandants arguaient de ce qu'ils étaient propriétaires des sommes d'argent – et non créanciers des sommes d'argent. Les juges du droit reconnurent le bien-fondé de leur action non pas tant parce qu'ils étaient propriétaires des sommes d'argent que parce que la convention de compte liant le mandataire au banquier teneur du compte sur lequel étaient versées lesdites sommes d'argent, était inopposable aux mandants.

³⁰ D. R. Martin, note sous Cass. com. 14 mai 1991 (D. 1992, jur. p. 13) : la fongibilité « ne s'épanouit que s'il y a mélange de monnaie d'origines et de statuts différents. Or tel n'est pas le cas des sommes qui transitent en compte spécial. Soustraites, par hypothèse, à toute confusion, leur individualisation préservée les désigne comme un corps certain dont on sait que le mandataire qui les reçoit, dans le cadre de sa procuration, n'acquiert pas la propriété ».

³¹ D. R. Martin, « Des comptes bancaires à affectation spéciale ouverts à des professionnels », *RD bancaire et bourse*, 1992, n° 29, p. 2.

³² Dans le même sens : P. - G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, op. cit., p. 225, note n° 91 : après avoir expliqué que le compte à affectation spéciale collectif qu'est le compte « à rubriques » désigne « un compte ouvert au nom d'un titulaire unique (titulaire facial) mais faisant état de "rubriques" ou sous-comptes ouverts au nom de tierces personnes (titulaires réels) » et que « généralement, le titulaire facial est le mandataire des titulaires réels », le professeur Pierre-Grégoire Marly note que « la mise en place du compte à rubriques va ainsi permettre d'éviter que les sommes perçues par le premier pour le compte des seconds, ne soient confondues dans son patrimoine » et que « ces sommes seront réparties et individualisées dans les sous-comptes au profit des mandants ».

Il a en effet été jugé par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, le 14 mai 1991³³, qu'un banquier teneur de comptes commettait une faute à l'égard des clients (mandants) d'un professionnel (mandataire) en opérant une compensation entre les soldes créditeurs des « sous-comptes » existant au sein du compte dont le professionnel était le « titulaire apparent » et les soldes débiteurs des comptes personnels du professionnel. Autrement dit, même si des sommes d'argent sont remises à un mandataire, et même si celles-ci sont portées au crédit d'un compte dont le mandataire est titulaire, le seul fait que des « sous-comptes » soient créés et qu'ils portent le nom des mandants, permet de préserver le droit de propriété des mandants sur les sommes remises. Comme l'écrit le professeur Didier-René Martin, il y a donc une « distorsion »³⁴ entre la titularité du compte et la propriété des sommes qui sont portées à son crédit. L'aménagement de « sous-comptes » ou de « rubriques » permettrait donc de prévenir le transfert du droit de disposer d'ordinaire attaché à l'inscription de sommes d'argent au crédit d'un compte dont autrui est titulaire.

282-2. À cet égard, le professeur Didier-René Martin met en évidence le contraste entre la solution adoptée par la Cour de cassation le 14 mai 1991 et celle adoptée le 20 avril 1983³⁵. Dans l'un et l'autre cas, des sommes d'argent avaient été remises par des clients-mandants à un professionnel-mandataire, et, dans l'un et l'autre cas, elles avaient été inscrites sur un compte dont le professionnel était titulaire. Mais, alors que dans l'affaire jugée le 14 mai 1991, des « sous-comptes » avaient été créés, aucune rubrique n'avait été aménagée dans l'affaire jugée le 20 avril 1983. Aussi fut-il jugé en 1983 que « les sommes inscrites sur un compte de chèques postaux constituent, dès leur versement, *quelle que soit l'origine des fonds versés*, une créance du titulaire du compte » (italiques ajoutées). En d'autres termes, contrairement à ce qui est jugé quand

³³ Cass. com. 14 mai 1991 (*Revue Banque*, 1991, p. 869, obs. J. -L. Rives-Lange ; D. 1992, jur. p. 13, note D. R. Martin ; D. 1993, somm. p. 56, obs. M. Vasseur ; *RTD com.* 1991 p. 621, obs. M. Cabrillac).

³⁴ D. R. Martin, « Des comptes bancaires à affectation spéciale ouverts à des professionnels », *RD bancaire et bourse*, 1992, n°29, p. 2. Dans sa note sous l'arrêt du 14 mai 1991 (D. 1992, jur. p. 13), le professeur Didier-René Martin conclut que « l'avertissement judiciaire est donc désormais clair : un titulaire de compte peut en cacher un autre, ou, si l'on préfère, le titulaire formel d'un compte, simple mandataire à sa détention et son fonctionnement, peut n'être pas le maître réel des actifs en dépôt ».

³⁵ Cass. 1^{ère} civ. 20 avril 1983 (Cass. 1^{ère} civ. 20 avril 1983, Bull. civ. I, n° 127, p. 110 ; *Deffrénois* 1983, art. 33132, p. 1141, note Ch. Larroumet ; D. 1984, I.R. p. 78, obs. M. Vasseur ; *Banque*, 1984, p. 487, obs. D. R. Martin). Il s'agissait de savoir si le créancier d'un mandataire (agent d'assurances) pouvait diligenter une procédure de saisie-arrêt sur la créance constituée par le solde d'un compte où avaient été inscrites non seulement des sommes appartenant au mandataire, mais aussi des sommes perçues par le mandataire pour le compte de son mandant. La Cour de cassation avait répondu par l'affirmative en niant la nécessité d'opérer une ventilation entre les fonds appartenant au mandataire et ceux appartenant au mandant. Plus exactement, il avait été jugé que « les sommes inscrites sur un compte de chèques postaux constituent, dès leur versement, quelle que soit l'origine des fonds versés, une créance du titulaire du compte [...] qui fait partie de son patrimoine ». C'était le signe, non seulement de ce que le mandataire devient propriétaire des sommes perçues pour le compte de son mandant, mais aussi de ce que le mandataire-déposant n'avait qu'une « créance » de restitution à l'encontre du banquier-teneur de compte-dépositaire.

existent des « rubriques » ou « sous-comptes », l'inscription au compte d'un mandataire de sommes remises par un mandant emporte transfert du droit de disposer desdites sommes en l'absence de « rubrique » ou de « sous-compte » ouvert(e) au nom du mandant³⁶. Un « sous-compte » ouvert au nom de celui qui remet des sommes d'argent permet donc d'individualiser ces sommes et de préserver la propriété pleine et entière du remettant même si le « sous-compte » est créé au sein d'un compte dont est titulaire celui à qui sont remises les sommes d'argent³⁷.

282-3. Cette individualisation des sommes d'argent inscrites en compte au moyen de « rubriques » est particulièrement exploitée par le droit de la copropriété des immeubles bâtis soumis à la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965. Il est recommandé au syndic de copropriété d'ouvrir un compte dit « réglementé » pour y inscrire les sommes reçues des copropriétaires³⁸.

2 – Les livrets d'épargne

283. La question de la préservation du droit réel de propriété du déposant s'est aussi posée au sujet des comptes constitutifs de livrets d'épargne. La Cour de cassation, statuant en sa deuxième chambre civile, a rendu le 8 février 1961 un arrêt ambigu³⁹ où elle a cassé l'arrêt de la cour d'appel de Bastia qui avait jugé que l'épargnant était lié à la caisse d'épargne par un contrat de prêt de consommation (prêt de sommes d'argent), rémunéré par des intérêts, et non par un contrat de dépôt... tant et si bien qu'il fallait, toujours selon les juges du fond, considérer que l'épargnant transférait à la caisse

³⁶ Dans sa note sous l'arrêt Cass. 1^{ère} civ. 20 avril 1983 (*Defrénois* 1983, art. 33132, p. 1141), le professeur Christian Larroumet signale d'ailleurs que « certains procédés pourraient être utilisés pour éviter ce genre d'inconvénients » et que, « notamment, un compte dont la gestion serait assurée par le mandataire, pourrait être ouvert au nom du mandant, ce qui rendrait impossible une saisie-arrêt par les créanciers du mandataire ».

³⁷ D. R. Martin, « Des comptes bancaires à affectation spéciale ouverts à des professionnels », *RD bancaire et bourse*, 1992, n° 29, p. 3 : « la dualité de situation s'observe selon que des fonds, confiés à autrui, sont inscrits à un compte personnel du récepteur ou au compte ouvert sous la rubrique du remettant : ici la somme, mêlée (en général), à des avoirs indubitablement propres au récepteur passe en sa propriété ; là, son identification prolongée comme objet d'appartenance distincte en préserve la propriété du remettant [...] Ainsi soustraites à toute confusion, les sommes ventilées par origine devaient être regardées comme autant de corps certains dont le mandataire qui les reçoit n'acquiert pas la propriété ».

³⁸ F. Crédot & Y. Gérard, *RD bancaire et bourse*, 1991, p. 24, spécialement note 9. Il a été jugé par la Cour d'appel de Paris, les 12 mai et 6 octobre 1995, que les fonds déposés par des copropriétaires auprès d'un syndic de copropriété restaient la propriété des copropriétaires et devaient donc être exclus du gage commun des créanciers du syndic de copropriété mis en redressement judiciaire (CA Paris, 12 mai 1995, D. 1996, somm. p. 94, obs. Ch. Atias ; 6 octobre 1995, D. 1995, I.R. p. 268). Selon le professeur Didier-René Martin, « la prescription d'un tel compte répond à un objectif déclaré et reconnu : protéger les intérêts patrimoniaux des ayant-droits à ces actifs contre les créanciers du professionnel », et « il n'est meilleure protection des remettants que celle de leur propriété sur les fonds en cause » (« Des comptes bancaires à affectation spéciale ouverts à des professionnels », *RD bancaire et bourse*, 1992, n°29, p. 3. *Contra* : G. Cornu, note sous Cass. 2^e civ. 8 février 1961, *RTD civ.* 1961, p. 698).

³⁹ Voir *supra* § 146-1 et s. : Cass. 2^e civ. 8 février 1961 ; *Gaz. Pal.* 1961, II, p. 19 ; *RTD civ.* 1961, p. 698, note G. Cornu.

d'épargne les sommes d'argent qu'il versait sur le compte ouvert auprès d'elle. La Cour de cassation a réfuté ce raisonnement en s'appuyant sur l'article 5, alinéa 3, du code des caisses d'épargne alors en vigueur – texte qui disposait que « toute somme versée à une caisse d'épargne est, au regard de la caisse, la propriété du titulaire du livret ». La solution de la Haute juridiction fut critiquée par le doyen Gérard Cornu qui y vit une erreur d'interprétation du texte en question qui, selon lui, ne faisait que poser une présomption de propriété semblable à celle de l'article 2276, alinéa 1^{er}, du code civil (ancien article 2279, alinéa 1^{er}, du même code). Autrement dit, le texte ne faisait que présumer que la caisse d'épargne acquérait les fonds qui lui étaient versés *a domino*. De la sorte, la caisse d'épargne dégageait sa responsabilité et restait « étrangère aux contestations qui pourraient s'élever à leur sujet entre le titulaire du livret et des tiers »⁴⁰. En somme, le doyen Gérard Cornu soutenait que le caractère de livret d'épargne que pouvait avoir un compte ne suffisait pas à individualiser les sommes d'argent qui y étaient déposées, et, par voie de conséquence, ne préservait pas la propriété pleine et entière de l'épargnant déposant. Le contrat liant l'épargnant à la caisse d'épargne était donc un contrat de dépôt irrégulier. L'argument n'est guère étonnant de la part d'un fervent défenseur de l'effet translatif de propriété attaché à la confusion des choses fongibles, qui écrit ainsi :

« À l'échelon individuel, en tout cas, nulle identification des espèces n'étant réalisée (par la mise en sac ou en coffre au nom de chaque déposant), toutes se fondent indistinctement dans la masse de manœuvre de la Caisse des dépôts ou même des caisses d'épargne, lorsqu'elles sont autorisées à employer elles-mêmes une partie des fonds [...] Or ni la volonté de l'homme ni la loi ne peuvent faire qu'un droit réel subsiste sur une chose de genre non individualisée. Irréalizable, selon nous, même *inter partes*, ce droit réel planant, et comme décroché du réel, l'est a fortiori, *erga omnes* »⁴¹.

284. Pourtant, le doyen Gérard Cornu nuance son propos et reconnaît que les choses fongibles que sont les sommes d'argent, y compris lorsqu'elles prennent la forme d'inscriptions en compte, peuvent faire l'objet aussi bien d'un dépôt irrégulier que d'un dépôt régulier. Il rappelle notamment que « plus rarement », les juges ont admis la préservation du droit réel de propriété du déposant sur les sommes déposées : ainsi en fut-il jugé au sujet de roubles par le Tribunal de la Seine, le 25 mai 1925 (application de

⁴⁰ G. Cornu, note sous Cass. 2^e civ. 8 février 1961 (*RTD civ.* 1961, p. 698).

⁴¹ *Ibidem*. Adde : P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., pp. 203-204, note n° 9 : « un droit réel suppose toujours un bien déterminé et il ne peut y avoir de droit réel ayant pour objet un ensemble déterminé de biens indéterminés ». Dans sa thèse de doctorat, le professeur Stéphane Torck s'attache à justifier le principe d'individualisation de l'objet du droit réel en démontrant que le droit réel doit avoir un objet concrètement déterminé pour permettre et assurer la possession, pour permettre à l'individu qui en est titulaire de désigner l'objet qui lui appartient, et pour permettre aux tiers de reconnaître l'objet sur lequel l'individu exerce un droit réel (S. Torck, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, th. Paris II, 2001).

l'article 1929 du code civil)⁴², et, au sujet de 4000 livres turques or, par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation, le 25 juillet 1938 (application de l'article 1932 du code civil)⁴³. Mais il ajoute que « c'est à condition que les parties aient voulu changer en corps certains des choses fongibles par nature, et que, par des mesures adéquates, l'objet du dépôt reste matériellement individualisé »⁴⁴. Ce ne serait pas le cas du dépôt de sommes d'argent sur un livret de caisse d'épargne pour la bonne et simple raison que les fonds des épargnants ne sont ni mis dans des sacs, ni placés dans des coffres, ni même inscrits sur des comptes bloqués et spéciaux (puisque les caisses d'épargne sont « autorisées à employer elles-mêmes une partie des fonds »⁴⁵). Selon le doyen Gérard Cornu, jamais un épargnant ne voit dans la caisse d'épargne un « bas de laine », qui lui rendrait exactement les espèces qu'il aurait déposées. Pour autant, l'auteur n'exclut pas totalement la possibilité d'« individualiser » les fonds déposés sur les livrets d'épargne afin de conserver le droit réel de propriété de l'épargnant déposant. Il suggère pour ce faire qu'« en vertu d'une espèce de dépôt collectif », les fonds soient considérés comme « la copropriété de l'ensemble des épargnants »⁴⁶. Or le « dépôt collectif » est loin d'être une fiction : comme le doyen Gérard Cornu le fait lui-même remarquer, la théorie du dépôt collectif a été élaborée pour les titres en SICOVAM⁴⁷. On pourrait ajouter aussi que cette théorie du dépôt collectif a connu un succès plus large encore puisque c'est cette théorie qui préside à la gestion des valeurs mobilières par les sociétés d'investissement et les fonds communs de placement (FCP) ainsi qu'à la gestion des titres émis en représentation de créances par les fonds communs de créances (FCC)⁴⁸ – même si la loi parle plutôt de « propriété indivise » des épargnants ou des établissements de crédit que de « copropriété » en matière de fonds communs de placement et de fonds communs de créances.

285. Et en allant plus loin encore, le doyen Gérard Cornu signale qu'il est des fonds dont l'individualisation n'est pas seulement réalisable mais réalisée : ainsi en est-il des fonds déposés auprès des notaires. Ces derniers sont en effet tenus de remettre les fonds reçus de leurs clients à la Caisse des dépôts et consignations qui délivre au

⁴² Trib. Seine 25 mai 1925 (DH. 1925, p. 442).

⁴³ Req. 25 juillet 1938 (*Gaz. Pal.* 1938, II, p. 684).

⁴⁴ G. Cornu, note sous Cass. civ. 8 février 1961 (*RTD civ.* 1961, p. 698).

⁴⁵ *Idem.*

⁴⁶ *Idem.*

⁴⁷ Article 12 du décret du 4 août 1959 ; Paris 16 novembre 1959 (*Gaz. Pal.*, 1960, I, p. 79).

⁴⁸ Pour une critique de cette théorie du dépôt collectif – et du mandat dont elle est souvent assortie pour permettre à l'ancienne SICOVAM (aujourd'hui *Euroclear France*), aux FCP, aux FCC et aux sociétés d'investissement de gérer en mandataires les titres avec des pouvoirs si étendus qu'ils en deviennent parfois exclusifs de ceux du mandant – voir M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois*, 15 septembre 1991, n°17, p. 897.

notaire des bulletins au nom de chaque client. La délivrance de ce bulletin permet une individualisation des fonds qui préserve le droit réel de propriété du client déposant – si ce n'est à l'égard de la Caisse des dépôts et consignations, du moins à l'égard du notaire... tant et si bien qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'officier ministériel, les fonds qui lui ont été remis par les clients ne sont pas considérés comme étant sa propriété, et, par conséquent, sont soustraits au droit de gage de ses créanciers⁴⁹. C'est, du reste, ce qui ressort d'une circulaire de la Caisse des dépôts et consignations du 13 mars 1931 qui énonce que « les créanciers personnels du [notaire] titulaire du compte n'ont aucune action sur ces dépôts qui ne peuvent être regardés comme sa propriété ».

3 – Les comptes spéciaux ouverts par les conseils juridiques

286. La vertu d'individualisation des sommes d'argent attachée au dépôt auprès d'un notaire a, du reste, été rappelée par la Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile, le 29 novembre 1989⁵⁰.

Il s'agissait de fonds successoraux qui avaient été déposés auprès d'un notaire, chargé de la liquidation de la succession, et qui avaient fait l'objet d'une affectation contribuant à leur individualisation. L'un des héritiers demanda des avances au notaire qui procéda à des prélèvements sur les fonds successoraux. Lors du partage de la succession, l'héritier débiteur se reconnut débiteur du capital des avances qui lui avaient été consenties, mais refusa d'en payer les intérêts. Les autres cohéritiers portèrent l'affaire en justice, s'appuyant sur les dispositions du droit des successions et notamment sur les anciens articles 829 et 856 du code civil, le premier imposant à tout héritier de rapporter à la succession les sommes dont il est débiteur, et le second précisant que toute dette rapportée à la succession et née postérieurement à l'institution de l'indivision successorale, porte de plein droit intérêts à compter de sa date de naissance. Dans un arrêt du 23 octobre 1986, la cour d'appel de Paris fit droit à

⁴⁹ Cass. civ. 13 février 1909 (D. 1909, I, p. 421).

⁵⁰ Cass. 1^{ère} civ. 29 novembre 1989 (JCP G 1990, II, 21590, note Ph. Salvage). Déjà, dans un arrêt du 19 février 1985, la première chambre civile de la Cour de cassation avait décidé qu'un compte ouvert par un conseil juridique pour accueillir les fonds reçus de ses clients à l'occasion des actes et des opérations accomplis dans l'exercice de sa profession ne pouvait être saisi par les créanciers dudit conseil juridique. En effet, « ce compte spécial [était] exclusivement affecté à la réception des fonds provenant de la clientèle et détenus à titre précaire, au su de la banque [réceptionnaire], par le titulaire du compte, qui n'en a pas la libre disposition », de telle sorte que « les fonds déposés à ce compte spécial ne faisaient pas partie du patrimoine du conseil juridique et que les créanciers personnels de celui-ci, qui ne pouvaient pas prétendre que ces fonds constituaient leur gage commun, n'étaient pas en droit de saisir ces fonds » (Cass. 1^{ère} civ. 19 février 1985, Bull. civ. I n° 68, pourvoi n° 83-15.536).

l'argumentation de l'héritier débiteur en considérant que les anciens articles 829 et 856 du code civil n'avaient pas à s'appliquer puisque l'héritier était débiteur du notaire liquidateur – et non de l'indivision successorale – dans la mesure où le notaire avait agi de sa propre initiative pour consentir les avances litigieuses⁵¹. La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir qui, du notaire ou de l'indivision successorale, était propriétaire des fonds inscrits en compte. Et la Haute juridiction de répondre que « le notaire n'étant pas propriétaire des fonds qu'il détient pour le compte de l'indivision, l'héritier qui se fait consentir des avances sur ces deniers contracte une dette envers ses coindivisaires », et non à l'égard du notaire lui-même.

287. Si la solution est juste sur le fond, elle a été critiquée, notamment par le professeur Philippe Salvage, pour l'inadéquation du raisonnement des juges aux problèmes qui leur étaient soumis. Les juges du droit ont validé des avances qui avaient été irrégulièrement consenties par le notaire liquidateur et qui auraient donc dû être frappées de nullité⁵². Au regard des enjeux qui nous intéressent, l'arrêt rendu le 29 novembre 1989 par la Cour de cassation statuant en sa première chambre civile a au moins le mérite de montrer que l'inscription en compte de fonds déposés auprès d'un notaire préserve – ou du moins n'entame pas – la propriété pleine et entière du déposant sur les fonds en question. Ce faisant, il ne fait que confirmer une solution adoptée le 21 juin 1983 par la cour d'appel de Paris au sujet des comptes spéciaux ouverts par des conseils juridiques. Les juges du fond avaient en effet jugé dès 1983 que « le compte spécial ne peut être alimenté que par des fonds individualisés comme provenant exclusivement de la clientèle et, du fait de cette affectation exclusive, les fonds remis à ce compte ne sont détenus par son titulaire qu'à titre précaire »⁵³.

⁵¹ Paris 23 octobre 1986 (D. 1987, p. 421, note A. Breton).

⁵² Ph. Salvage, note sous Cass. 1^{ère} civ. 29 novembre 1989 (*JCP G* 1990, II, 21590) : « un notaire, en dehors de l'accord de tous les indivisaires, n'a pas le droit de prêter les fonds d'une indivision qu'il est chargé de liquider, fût-ce à l'un des cohéritiers. Le lui permettre, c'est l'autoriser non seulement à ne pas respecter les obligations de sa charge, mais aussi à tourner les dispositions de l'article 815-11, alinéa 4, du code civil [...] Le prêt aurait dû être frappé de nullité puisque le notaire [...] avait fait une avance sur des fonds qui n'étaient pas à lui. Or, le prêt de la chose d'autrui doit logiquement ouvrir une action en nullité relative à ceux dont la chose a été indûment prêtée ».

⁵³ Paris, 21 juin 1983 (D. 1984, IR. p. 47).

4 – La préservation du droit de propriété du déposant par la spécialité du compte ouvre la voie à la revendication des sommes inscrites sur un compte spécial.

288. En dehors de toute affectation en garantie, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a reconnu, le 25 mars 1997⁵⁴, la possibilité pour le remettant de sommes d'argent de revendiquer leur propriété dès lors que celles-ci étaient restées isolées au sein du patrimoine de celui à qui il les avait remises. Autrement dit, la revendication de sommes d'argent inscrites en compte était admise dès lors que les sommes d'argent n'avaient pas été confondues dans le patrimoine de celui à qui elles avaient été remises. On admettait ainsi que celui qui est propriétaire de sommes d'argent et qui les remet à une autre personne reste pleinement propriétaire desdites sommes d'argent dès lors qu'elles n'ont pas été confondues avec d'autres sommes d'argent appartenant à celui à qui elles ont été remises, et dès lors que, par conséquent, l'effet translatif de « propriété » attaché à la confusion de choses fongibles ne s'est pas produit pour la bonne et simple raison que la confusion des choses fongibles n'avait pas eu lieu. L'absence de confusion des choses fongibles – et notamment des sommes d'argent – exclut tout transfert de propriété, et elle préserve donc le droit réel de propriété de celui qui les a remises⁵⁵. Et il fallait en conclure, pour le cas de l'affectation en garantie de sommes d'argent, que le constituant reste propriétaire des sommes d'argent (qu'il peut donc revendiquer) dès lors que celles-ci n'ont pas été confondues dans le patrimoine du créancier à qui il les a remises et qu'elles sont donc restées individualisées et isolées au sein de ce patrimoine.

288-1. Dans l'affaire jugée par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, le 25 mars 1997, il s'agissait d'un « contrat de kiosque télématique grand public » liant trois sociétés. La première société, éditrice d'un journal d'annonces immobilières, s'engageait à mettre à la disposition de tout utilisateur d'un minitel un service télématique interactif contre rémunération de l'utilisation de ce service. La deuxième société, « centre serveur », s'engageait à fournir les moyens informatiques nécessaires à la mise en place du service télématique. La troisième société s'engageait à assurer la circulation des messages téléphoniques, à recouvrer le coût des prestations

⁵⁴ Cass. com. 25 mars 1997 (Bull. civ. IV, n° 84, p. 73 ; D. 1997, jur. p. 481, note D. R. Martin ; *JCP E* 1997, II, p. 991, note Ph. Pétel ; *RD bancaire et bourse*, mai-juin 1997, p. 127, note M. – J. Campana et J. – M. Calendini ; D. 2000, somm. p. 70, obs. F. Pérochon et D. Mainguy).

⁵⁵ Le professeur Didier-René Martin résume ainsi le sens de l'arrêt : « c'était admettre la revendication de cette chose fongible à condition qu'elle se présentât comme un corps certain ! » (« De la revendication des sommes d'argent », D. 2002, p. 3279).

télématiques, et à reverser à la deuxième société les sommes revenant à la deuxième et à la première société (après avoir prélevé les sommes qui lui revenaient à elle, troisième société). Or la deuxième société fut mise en procédure collective... de sorte que la première société agit en revendication des sommes qui, versées par la troisième société à la deuxième, lui revenaient à elle, première société. Dans un arrêt du 17 juin 1994, la cour d'appel de Paris rejeta l'action en revendication comme irrecevable en « se fondant sur la fongibilité de la monnaie ». Les juges du fond rendirent leur décision sans retenir un moyen soulevé par la première société et pourtant reconnu comme « sérieux », aux termes duquel la première société arguait de ce que le contrat la liant à la deuxième était un contrat de mandat. En vertu de ce contrat de mandat, la deuxième société (mandataire) s'engageait à percevoir et reverser les sommes revenant à la première société (mandant) – après avoir prélevé le « coût de l'hébergement ». Dans son pourvoi, la première société faisait donc valoir qu'elle n'était pas titulaire d'une créance de sommes d'argent à l'encontre de la deuxième (mise en redressement judiciaire), mais qu'elle était pleinement propriétaire des sommes d'argent perçues, pour son compte, par la deuxième société. En d'autres termes, les fonds, selon elle, lui « appartenaient dès l'origine », et « la fongibilité de ces fonds n'était pas de nature à leur imprimer le caractère d'une créance [...] sauf à conférer illégalement à ce mandataire le droit de s'approprier indûment la totalité des fonds de réversion ».

288-2. La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si un mandant pouvait agir en revendication des sommes d'argent confondues et, plus généralement, des choses fongibles confondues dans le patrimoine d'un mandataire qui les a reçues pour son compte. Dans un arrêt de rejet en date du 25 mars 1997, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a répondu par la négative en jugeant, dans ce qui apparaît comme un attendu de principe, que « si le caractère fongible d'un bien ne fait pas par lui-même obstacle à sa revendication, celle-ci ne peut aboutir que dans la mesure où le bien en cause n'a pas été confondu avec d'autres de même espèce ». Autrement dit, si, à titre de principe, la revendication de choses fongibles est reconnue comme étant possible, à titre d'exception, cette revendication est exclue quand les choses fongibles sont confondues dans le patrimoine d'autrui. La Cour de cassation admettait ainsi la revendication de choses fongibles présentes dans le patrimoine d'autrui dès lors que celles-ci étaient individualisées, dès lors qu'elles étaient donc constitutives de corps certains, et dès lors qu'elles n'étaient donc plus vraiment

fongibles⁵⁶. Ce faisant, la Haute juridiction ne faisait que réaffirmer en 1997 un principe qu'elle avait énoncé dès 1898⁵⁷, explicité en 1929⁵⁸, et réitéré en 1970 au sujet des sommes d'argent également, et plus précisément au sujet des pièces métalliques⁵⁹, et qu'elle avait mis en sourdine en 1989⁶⁰.

288-3. C'est à juste titre que le professeur Didier-René Martin se demande à quoi il sert « de proclamer la possible revendication d'une chose fongible si c'est pour n'en pas admettre l'exercice dans le seul cas où la directive trouverait utilement à s'appliquer : l'hypothèse d'une confusion de ladite chose fongible »⁶¹. En effet, « la considération de la fongibilité d'une chose n'a de sens et d'intérêt que dans la confusion à quoi la voue sa vertu », et « s'il ne s'agissait que de la revendication d'une chose non confondue, donc clairement identifiable, il ne serait guère utile de relever qu'elle est aussi fongible »⁶². Si une chose fongible peut, il est vrai, être soit individualisée soit confondue, la précision de son caractère fongible au regard de la possibilité de l'action en revendication n'a d'intérêt que si la chose fongible revendiquée est confondue, puisqu'il a de tout temps été admis que l'on pouvait revendiquer des choses individualisées.

⁵⁶ Le professeur Philippe Pétel (note sous Cass. com. 25 mars 1997, *JCP E* 1997, II, p. 991) déclare que « lorsqu'une chose fongible est individualisée, elle doit être traitée comme un corps certain ». Quant au professeur Christian Larroumet (note sous Paris 14 octobre 1997, *D. jur. p.* 91), il écrit que « lorsque la confusion est évitée entre des choses de la même espèce, l'isolement d'une de ces choses, c'est-à-dire sa séparation de l'ensemble, fait que l'on n'est plus en présence d'une chose fongible [...] C'est parce que la chose n'est plus fongible qu'elle peut être revendiquée, et il n'y a donc pas de possibilité de revendiquer une chose fongible, contrairement à ce qu'affirment faussement la Cour de cassation et la Cour de Paris ».

⁵⁷ Cass. crim. 7 juillet 1898 (*S.* 1900, I, p. 205 ; *DP.* 1900, I, p. 312) : « attendu que si, en principe, le droit de revendication organisé par les articles 574 et s. du code de commerce est exclusivement réservé à des corps certains, et ne peut, par suite, s'exercer sur des espèces monnayées ou sur des billets de banque, il en doit être autrement lorsque ces espèces ou ces billets remis au failli avec une destination spéciale, ou entrés en sa possession à l'aide de la fraude, peuvent être individualisés et sont bien exactement ceux-là mêmes qu'il a reçus ou dont il a réussi à s'emparer ».

⁵⁸ Cass. civ. 17 juillet 1929 (*DH.* 1929, p. 540 ; *S.* 1929, I, p. 379) : « en ce qui concerne les choses fongibles telles que les espèces métalliques, la revendication est en principe impossible, à moins d'une individualisation matérielle et de la parfaite identification des objets réclamés avec ceux que le détenteur a reçus ».

⁵⁹ Dans le même sens, toujours au sujet des sommes d'argent : Cass. com. 4 mai 1970 (*Bull. civ. IV*, n° 140) : « seul le propriétaire d'un corps certain se trouvant entre les mains d'un commerçant, au moment du jugement prononçant la faillite de celui-ci, peut le revendiquer à l'encontre de la masse des créanciers, puisque les espèces, qui sont choses fongibles, ne peuvent faire l'objet d'une telle revendication lorsque, remises au commerçant, elles se sont confondues avec les espèces qu'il possédait déjà ».

⁶⁰ Cass. 1^{ère} civ. 7 février 1989 (*Bull. civ. I*, n° 57 ; *RTD civ.* 1990, p. 109, obs. F. Zenati-Castaing) – où, on le rappelle, il avait été jugé que « l'action en revendication mobilière peut s'exercer sur toutes les catégories de choses et notamment sur les choses fongibles ».

⁶¹ D. R. Martin, note sous Cass. com. 25 mars 1997 (*D.* 1997, p. 481).

⁶² *Idem.*

B – En cas d’affectation en garantie aussi, la spécialité du compte préserve la propriété pleine et entière du constituant.

La solution selon laquelle, en dehors de toute affectation en garantie, « l’individualisation préservée par les comptes vaut déni de la confusion de leur solde, et, dans cette mesure, objection à la fongibilité »⁶³ a été confirmée par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, pour ce qui concerne l’*affectation en garantie* de sommes d’argent sous forme d’écritures en compte⁶⁴.

1 – L’affectation en garantie d’un compte spécial préserve le droit de propriété du constituant et dispense de l’obligation d’évaluer le bien remis en garantie lors de la réalisation de la sûreté (arrêt du 13 juin 1989)

289. Dans un arrêt du 13 juin 1989⁶⁵, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a qualifié de « gage » - par hypothèse non translatif de propriété lors de sa constitution – la sûreté consistant en l’affectation en garantie de sommes d’argent inscrites sur un compte spécial ouvert dans les livres de la banque créancière. Plus exactement, les juges du droit approuvèrent les juges du fond d’avoir considéré que « la garantie convenue valait affectation spéciale au profit de la banque et constituait donc un gage ». Mais ils admirent un aménagement du régime du gage dans le cas où il porte sur de l’argent. L’enjeu était en effet de savoir si, dans ce cas, il doit être procédé à une évaluation des sommes d’argent affectées en garantie avant leur attribution judiciaire. Et la Cour de cassation de juger, comme la cour d’appel, que « c’est par une exacte application des dispositions de l’[ancien] article 2078, alinéa 1^{er}, du code civil » que l’attribution judiciaire est possible « sans recourir à une estimation par experts que la nature [du gage] rendait inutile en l’espèce ». Ainsi, s’il est vrai que l’affectation en garantie de sommes d’argent inscrites sur un compte spécial nécessite de légers aménagements de régime, il n’en reste pas moins qu’elle est clairement qualifiée de gage. Et le simple fait que les juges du fond et les juges du droit ne remettent pas en

⁶³ D. R. Martin, « De la monnaie », in *Mélanges en l’honneur de H. Blaise*, Economica, 1995, pp. 333 et s., et spéc. p. 337.

⁶⁴ Les comptes spéciaux destinés à l’affectation en garantie de monnaie scripturale sont parfois qualifiés de « comptes provision » - notamment lorsqu’il s’agit de comptes spéciaux alimentés par des prélèvements opérés sur les comptes commerciaux du constituant - ou encore de « comptes – retenues sur bordereau d’escompte » - lorsqu’il s’agit de comptes spéciaux alimentés par le pourcentage retenu par le banquier escompteur sur le montant nominal des effets de commerce escomptés. Voir : G. Parleani, « Pluralité de comptes en banque ouverts à un même client », *Jurisclasseur Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 250, 2004, p. 34, n° 160.

⁶⁵ Cass. com. 13 juin 1989 (pourvoi n° 87-16579).

cause le principe même de l'attribution judiciaire – qu'ils prononcent et valident – suppose qu'ils s'accordent pour considérer que le transfert de la propriété des sommes gagées a lieu, non pas au stade de la constitution de la sûreté, mais au stade de sa réalisation, une fois constatée la défaillance du débiteur. L'attribution judiciaire, qui constate le défaut de paiement de la créance garantie et transfère la propriété du bien gagé au créancier, serait inutile et même impossible si la propriété du bien gagé avait été transférée dès la constitution de la sûreté.

2 – L'affectation en garantie d'un compte spécial préserve le droit de propriété du constituant et écarte la prohibition du pacte comissoire (arrêt du 9 avril 1996)

290. Dans un arrêt du 9 avril 1996⁶⁶, la Cour de cassation a également jugé que dès lors que la monnaie scripturale affectée en garantie se trouve sur un compte spécial et bloqué, la propriété des sommes d'argent inscrites sur ce compte n'est pas transférée du constituant au créancier. La sûreté ainsi constituée est un « gage constitué en espèces ». S'il est vrai que la formule retenue par les juges du droit est ambiguë, dans la mesure où des écritures en compte sont assimilées à des « espèces » (autrement dit à de la monnaie métallique ou à de la monnaie-papier), il n'en reste pas moins que l'affectation en garantie de sommes d'argent sous forme scripturale est un « gage » - non translatif de propriété - dès lors que lesdites sommes sont inscrites sur un compte spécial et bloqué. Certes, ce gage est un peu « particulier » dans la mesure où les juges du droit décidèrent dans cet arrêt qu'il n'était pas soumis à la prohibition du pacte comissoire alors en vigueur⁶⁷. Mais cette particularité de régime - tenant à la liquidité congénitale de la monnaie qui fait qu'elle se confond avec sa valeur et n'a pas besoin d'être estimée⁶⁸ - n'affecte pas la nature de la sûreté : une sûreté portant sur des sommes inscrites sur un compte spécial et bloqué est un gage ordinaire, non translatif de propriété.

⁶⁶ Cass. com. 9 avril 1996 (Bull. civ. IV n° 116 ; D. 1996, jur. p. 399, note Ch. Larroumet ; D. 1996 somm. p. 385, obs. S. Piedelièvre ; JCP G 1997, I, 3991, n° 18, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque ; RTD civ. 1996, p. 669, obs. P. Crocq ; Bull. Joly Sociétés 1996 p. 674, note P. Le Cannu).

⁶⁷ Ancien article 2078 du code civil : alinéa 1^{er} : « le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage : sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères » ; alinéa 2 : « toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle ».

⁶⁸ R. Libchaber, « Gage sur sommes d'argent », *Rev. Lamy dr. civ.*, octobre 2002, étude 269 : « la monnaie est le seul bien qui fasse totalement corps avec sa valeur, de telle manière qu'il y ait une identification parfaite entre la dette de monnaie et la dette de la valeur vénale de cette monnaie ».

290-1. En l'espèce, une banque créancière (la banque Worms) avait consenti un prêt à une société débitrice de droit suisse (la société Fipresa) dont le capital était entièrement détenu par un dirigeant qui était également principal animateur d'un groupe de sociétés (Nova Park), et, plus particulièrement, délégataire des pouvoirs conférés au président du conseil d'administration de l'une des sociétés du groupe (la société IHM – « Immobilière Hôtelière Montparnasse »). Or il se trouve que c'est précisément la société au sein de laquelle l'unique actionnaire de la société débitrice bénéficie d'une délégation de pouvoirs du président du conseil d'administration, qui cautionna de façon solidaire le remboursement du prêt octroyé à la société débitrice. Il serait plus exact de dire que cette société « avalisa » les billets à ordre souscrits par la société débitrice... mais l'aval d'effets de commerce n'est rien d'autre qu'une forme de cautionnement garantissant leur paiement par le tireur.

La société caution (IHM) consentit à la banque créancière non seulement un engagement personnel de caution solidaire (engageant ainsi tout son patrimoine mais seulement à hauteur d'un certain montant – 68 millions de francs) mais aussi une sûreté réelle venant garantir son engagement de caution (une somme – de 68 millions de francs – versée sur un compte spécial et bloqué tenu par la banque créancière). Le schéma est donc bien celui d'un cautionnement « hypothécaire », et non celui d'un « cautionnement réel » : la sûreté réelle consentie (portant sur un compte spécial et bloqué) garantissait non pas la dette principale (la dette de remboursement du prêt consenti à la société débitrice) mais la dette de caution (la dette née de la garantie de la dette principale). Autrement dit, la sûreté réelle portant sur le compte spécial et bloqué tenu par la banque Worms – dont on ne sait s'il était ouvert au nom du créancier ou au nom de la caution constituante – n'était pas une sûreté réelle pour autrui mais une sûreté réelle consentie par la caution pour garantir son engagement de caution. L'absence d'autonomie entre la sûreté réelle et l'engagement personnel de caution qu'elle vient garantir interdit de voir dans ce cautionnement hypothécaire une forme de garantie autonome : s'il s'était agi d'une garantie à première demande, les sommes versées sur le compte spécial et bloqué eussent garanti non pas la dette de la caution, mais le contrat de base. Qui plus est, elles n'auraient pas été versées dès la constitution de la garantie : elles l'auraient été seulement lors de l'appel en garantie de la société garante. Enfin, sous réserve de l'abus manifeste, cet appel en garantie aurait pu être autonome par rapport à l'exécution du contrat garanti (le prêt) et donc parfaitement déconnecté d'une défaillance du débiteur garanti. Or ce n'est pas le cas ici : la société garante ne s'engageait à voir la sûreté

réalisée que dans l'hypothèse où le débiteur serait défaillant, et où elle-même ne pourrait faire face à sa dette de garantie. Il est vrai qu'en l'espèce, le risque de ne pouvoir faire face à la dette de garantie était annihilé par l'identité de montant entre la dette de caution garantie par la sûreté réelle (dette plafonnée à 68 millions de francs) et la sûreté réelle (sommes d'argent correspondant à 68 millions de francs). Si débat sur la qualification de la sûreté il devait y avoir, ce n'était ni sur le terrain du cautionnement réel ni sur celui de la garantie autonome⁶⁹... mais plutôt sur celui du paiement anticipé⁷⁰ – tant l'affectation de sommes d'argent versées sur un compte spécial et bloqué en garantie d'une dette de même montant fait figure de paiement anticipé de cette dette.

Près d'un an après la constitution de ces deux sûretés (personnelle et réelle), la société débitrice (Fipresa) fut défaillante... de sorte que la banque créancière (Worms) appela en garantie la société caution (IHM) dont la dette de garantie devint exigible, et qui refusa néanmoins de s'exécuter... tant et si bien que la banque créancière réalisa la sûreté réelle qui lui avait été consentie par la caution (en garantie de son propre engagement) et s'attribua les sommes affectées en garantie, sans passer par un juge (comme l'exigerait une saisie conduisant à une vente en justice ou une attribution en propriété).

La société caution contesta la réalisation de la sûreté : d'abord en arguant de ce que l'octroi du cautionnement (et, par voie d'accessoire, la sûreté sur sommes d'argent) était nul au regard du droit des sociétés ; puis en arguant de ce qu'elle devait être déchargée de son engagement de caution sur le fondement de l'ancien article 2037 du code civil (actuel article 2314 du même code) qui sanctionne par une déchéance partielle ou totale du cautionnement le créancier qui, par son fait, cause un préjudice à une caution en lui faisant perdre le bénéfice de la subrogation dans les sûretés assortissant la dette garantie ; et enfin en arguant de ce que le mode de réalisation de la sûreté réelle (indépendant de tout recours au juge) était nul parce que la clause qui le prévoyait était prohibée par l'ancien article 2078 du code civil (interdisant le pacte comissoire).

⁶⁹ Il est donc exclu d'affirmer, comme le professeur Philippe Delebecque (obs. sous Paris 4 mai 1993 ; *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} septembre 1993, n°9, p. 861), que « la question était peut-être ailleurs » que dans l'évaluation du bien affecté en garantie, qu'« il ne s'agissait ni de gage ni même de fiducie », et qu'« il n'y avait ainsi qu'une seule et même sûreté personnelle que l'on pouvait analyser soit en garantie autonome (elle-même nécessairement plafonnée) soit en cautionnement réel ».

⁷⁰ Le professeur Michel Cabrillac souligne le risque élevé de requalification des sûretés sur sommes d'argent en paiement anticipé, dans son fameux article sur « Les sûretés conventionnelles sur l'argent » (in *Mélanges offerts à J. Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 337).

290-2. Dans un arrêt du 4 mai 1993, la cour d'appel de Paris rejeta l'argumentation de la société caution (IHM), confirmant ainsi le jugement du tribunal de commerce de Paris. La société caution forma alors un pourvoi en soutenant : d'une part, qu'au regard du droit des sociétés (et particulièrement des articles 101 à 105 de la loi du 24 juillet 1966), devait être soumise au contrôle du conseil d'administration d'une société (IHM) la convention consistant dans le cautionnement par ladite société d'une autre société appartenant au même groupe (Fipresa) dans laquelle un dirigeant de la première (même seulement déléataire de pouvoirs conférés par le conseil d'administration) a un intérêt ; et d'autre part, qu'au regard du droit des sûretés (et particulièrement de l'ancien article 2078 du code civil prohibant le pacte commissoire) était nulle la clause d'un acte constitutif d'une sûreté réelle qui permettait au créancier de s'attribuer le bien grevé de sûreté sans passer par un juge.

290-3. Il n'y a pas lieu ici de s'attacher au premier moyen du pourvoi – relatif au droit des sociétés. Retenons seulement que les juges du droit rejetèrent l'argument du demandeur au pourvoi consistant d'une part à critiquer la validité du cautionnement et de la sûreté sur sommes d'argent qui en était l'accessoire au motif qu'ils n'avaient pas été soumis au contrôle du conseil d'administration de la société caution alors même qu'un dirigeant de la société caution était l'unique actionnaire de la société débitrice, et, d'autre part, à rendre la prétendue nullité des conventions opposable au créancier. La Haute juridiction rappela que le contrat de cautionnement lie seulement la caution et le créancier, que le débiteur principal est un tiers à ce contrat, et que la circonstance que la convention passée entre la société caution et la société créancière aurait dû être soumise au contrôle du conseil d'administration de la société caution dans la mesure où un dirigeant de cette même société caution avait des intérêts dans la société débitrice cautionnée, était de nature à n'affecter que les rapports entre caution et débiteur, et nullement les rapports entre caution et créancier. Autrement dit, la nullité qu'encourait l'engagement de la caution pour défaut de régularité dans les rapports entre caution et débiteur, n'affectait nullement la validité de l'engagement de la caution auprès du créancier. L'irrégularité de l'engagement de caution au regard du droit des sociétés régissant les rapports entre caution et débiteur était donc inopposable au créancier et

n'affecte pas la validité du contrat de cautionnement qui ne lie que la caution et le créancier⁷¹.

290-4. Au-delà des enjeux liés au droit des sociétés, **la question posée à la Cour de cassation dans le second moyen était de savoir si, dans un contrat affectant en garantie d'une dette des sommes inscrites sur un compte spécial et bloqué, la clause qui stipule qu'en cas de défaillance du débiteur, le créancier a « la faculté de s'attribuer à due concurrence » les sommes affectées en garantie sans recourir au juge⁷², est nulle, au motif qu'elle constituerait un pacte comissoire prohibé par l'(ancien) article 2078 du code civil.**

À cette question, la Haute juridiction, rejetant le pourvoi, répond par la négative dans un attendu de principe où elle énonce que c'est « à bon droit » que les juges du fond ont pu décider « que n'est pas prohibée par l'[ancien] article 2078 du code civil la stipulation d'attribution d'un gage constitué en espèce par le créancier, à due concurrence du défaut de paiement à échéance ».

290-5. En se prononçant ainsi, les juges du droit ont affirmé que la sûreté sur sommes d'argent consistant dans l'affectation en garantie de sommes inscrites sur un compte spécial et bloqué tenu par le créancier était affranchie de la prohibition du pacte comissoire, faute de présenter un quelconque risque de spoliation pour le constituant. Mais ils ont aussi suggéré que la clause litigieuse organisait une attribution conventionnelle du gage non prohibée – et non une compensation – et que ce pacte comissoire assortissait un gage (ou nantissement) – et non une fiducie-sûreté translatrice d'une propriété pleine et entière pour laquelle il n'y a pas de sens à prévoir la possibilité pour le créancier de s'attribuer un bien lors de la réalisation de la sûreté alors même qu'il en a acquis la propriété dès la constitution de la sûreté. Autrement dit, la solution énoncée quant au régime de la sûreté est un indice pour identifier la nature de la sûreté et la qualifier.

⁷¹ Pour reprendre les termes du professeur Paul Le Cannu, « le contrat de cautionnement reste une convention entre le créancier et la caution ; même rappelé dans le contrat de prêt [contrat garanti], il ne lie pas la caution au débiteur garanti » de sorte que « les articles 101 et suivants [de la loi du 24 juillet 1966, prévoyant le contrôle par le conseil d'administration de certaines conventions passées au nom de la société par l'un de ses dirigeants qui y auraient un intérêt propre distinct voire contraire à celui de la société] ne peuvent s'appliquer que si la société créancière elle-même est dirigée par l'une des personnes visées par l'article 101 » (note sous Cass. com. 9 avril 1996, *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} septembre 1996, n° 9, p. 674). Il eût donc fallu que le dirigeant (par délégation) de la société caution fût donc non pas (ou pas seulement) actionnaire unique de la société débitrice, mais aussi et surtout dirigeant de la société créancière pour que le contrat de cautionnement fût critiqué au regard du droit des sociétés.

⁷² La clause litigieuse prévoyait très exactement dans le paragraphe IV du contrat d'affectation en garantie de sommes d'argent que « dans le cas où, pour une raison quelconque, une somme quelconque serait impayée à son échéance par l'emprunteur, et où IHM ne la réglerait pas sur première demande à la banque en sa qualité de caution, la banque aurait la faculté de s'attribuer à due concurrence le montant de la somme impayée, augmentée au besoin de tous intérêts, frais et accessoires, tel que prévu par l'acte de prêt et le cautionnement souscrit par IHM, mais dans la limite cependant des sommes pour lesquelles IHM a accepté de conférer sa garantie, à savoir le montant de la partie A du prêt, telle que définie à l'exposé ».

a) L'absence de prohibition du pacte comissoire

291. L'ancien article 2078 du code civil disposait que « le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage : sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères » et que « toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus est nulle ».

La jurisprudence était particulièrement sourcilleuse quant au respect de ce texte qui permettait d'invalider les cessions en pleine propriété à titre de garantie déguisées en gage avec pacte comissoire⁷³. La Cour de cassation était particulièrement rigoureuse lorsque c'était un bien meuble corporel qui était ainsi affecté en garantie au mépris de l'ancien article 2078 du code civil⁷⁴.

La prohibition de toute clause d'attribution conventionnelle du bien affecté en garantie en cas de défaillance du débiteur (dite « pacte comissoire ») était motivée par le souci de prévenir la spoliation du constituant (surtout s'il est aussi le débiteur) : si la stipulation d'une telle clause dans l'acte constitutif de la sûreté avait été autorisée, carte blanche aurait été donnée au créancier pour faire pression sur le débiteur afin que ce dernier lui consente une sûreté réelle sur un bien d'une valeur supérieure à la créance garantie, et pour soumettre l'opération garantie à l'octroi d'une telle sûreté. Autoriser le créancier à ériger en conditions de la conclusion du contrat garanti, à la fois l'octroi d'une sûreté sur un bien d'une valeur supérieure au montant de la créance garantie et la stipulation d'une attribution de la propriété du même bien au créancier sans recours au juge, en cas de défaillance du débiteur, c'était autoriser « l'exploitation de la misère par la cupidité », pour reprendre la définition que Troplong donnait du pacte comissoire.

292. Mais, on le devine, le risque de spoliation du constituant *via* la stipulation d'un pacte comissoire n'existait : d'abord que si le bien affecté en garantie était susceptible d'une évaluation subjective et subordonnée à la volonté des parties ; et

⁷³ La requalification par les juges du droit de la cession, à titre de garantie, de la pleine propriété en gage avec pacte comissoire était pourtant périlleuse au regard de l'intention des parties puisqu'une propriété-sûreté emporte transfert de la pleine propriété dès sa constitution, tandis qu'un gage avec pacte comissoire n'emporte transfert de propriété qu'au stade de la réalisation de la sûreté (en cas de défaillance du débiteur).

⁷⁴ Req. 24 mai 1933 (DH. 1933, p. 378 ; S. 1933, I, p. 257, note H. Battifol) ; Cass. com. 13 janvier 1965 (Bull. civ. III n° 41) ; Cass. 1^{ère} civ. 8 juillet 1969 (*Journal de droit international*, 1970, p. 916, note J. Derruppé ; *Revue critique de droit international privé*, 1970, p. 75, note Ph. Fouchard).

ensuite que si la stipulation d'une attribution conventionnelle de la propriété du bien affecté en garantie était concomitante de la constitution de la sûreté.

292-1. En effet, il était permis de douter que la prohibition de la clause constitutive d'un pacte comissoire eût encore un sens quand la clause d'attribution conventionnelle de la propriété du bien affecté en garantie était stipulée postérieurement à la constitution de la sûreté : dans une telle hypothèse, le constituant (souvent également débiteur) n'est plus soumis au moyen de « chantage » qu'est l'octroi du crédit ou, plus généralement, la conclusion du contrat principal. C'est la raison pour laquelle il fut jugé que la stipulation d'un pacte comissoire postérieurement à la constitution de la sûreté réelle échappait à la prohibition énoncée par l'ancien article 2078 du code civil⁷⁵. La prohibition du pacte comissoire n'a donc jamais été absolue : la jurisprudence validait le pacte comissoire conclu postérieurement à la constitution de la sûreté réelle, car le créancier n'était plus alors en mesure d'abuser de la situation de faiblesse du débiteur (qui, par exemple, n'avait plus à craindre le refus d'un prêt – puisqu'il était déjà accordé). Comme l'écrit le professeur Philippe Delebecque, « la prohibition d'un tel pacte n'a rien de systématique. Elle ne s'impose que lorsque le créancier est à même de profiter de la situation et d'en retirer, si l'on ose dire, un avantage excessif »⁷⁶.

292-2. Et il était aussi permis de douter que la prohibition de la clause constitutive d'un pacte comissoire eût encore un sens quand le bien affecté en garantie faisait l'objet d'une évaluation objective, indépendante de la volonté des parties, et insusceptible d'être influencée par elles en quelque façon que cela soit. Dans une telle hypothèse, le constituant ne risque pas d'être spolié par le créancier car l'un et l'autre ne peuvent ignorer une évaluation « officielle » qui s'impose à eux aussi bien après la constitution de la sûreté qu'à la date même de sa constitution. La prohibition a-t-elle un sens dès lors que le bien affecté en garantie est susceptible d'une évaluation impartiale et hors de toute influence des parties ? Dans le cas où il s'agit d'un tel bien, convient-il d'interdire la stipulation d'un pacte comissoire concomitante à la constitution de la sûreté ?

293. Dans son arrêt du 9 avril 1996, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, apporta une réponse négative à cette question, jugeant, dans un attendu de

⁷⁵ Cass. 1^{ère} civ. 17 novembre 1959 ; Cass. com. 5 octobre 2004 (Bull. civ. IV, n° 176 ; D. 2005 pan. 2083, obs. P. Crocq ; *JCP G* 2004, I, 188, n° 17, obs. Ph. Delebecque ; *JCP G* 2004, II, 10191, note S. Piedelièvre ; *Banque et droit*, janvier-février 2005, p. 61, obs. F. Jacob).

⁷⁶ Ph. Delebecque, obs. sous Paris 4 mai 1993 (*Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} septembre 1993, n° 9, p. 861).

principe, que « n'est pas prohibée par l'[ancien] article 2078 du code civil la stipulation d'attribution d'un gage constitué en espèce par le créancier, à due concurrence du défaut de paiement à échéance ».

En levant ainsi la prohibition du pacte comissoire, la Haute juridiction ne faisait qu'appliquer à la monnaie (scripturale en l'occurrence) la solution qu'elle avait adoptée plus d'un siècle auparavant pour d'autres biens faisant l'objet d'une évaluation objective, indépendante de la volonté des parties et de toute influence de leur part : les valeurs mobilières cotées. Quand des valeurs mobilières sont cotées, c'est en effet la confrontation de l'offre et de la demande sur le marché qui détermine leur évaluation et la fixation de leur prix. Aussi est-ce la raison pour laquelle la Cour de cassation avait jugé le 1^{er} juillet 1856 que l'expertise prévue par l'ancien article 2078 du code civil était inutile dans l'hypothèse où le bien affecté en garantie consistait en des valeurs mobilières cotées en bourse⁷⁷.

L'explication de la levée de la prohibition du pacte comissoire est logique : si le bien affecté en garantie fait l'objet d'une évaluation qui s'impose aux parties et qui est hors de portée de leur volonté et de leur influence, comme une cotation officielle, il n'y a plus de risque que le constituant soit spolié par l'attribution conventionnelle au créancier de la propriété du bien affecté en garantie en cas de défaillance du débiteur. En effet, le montant de la créance garantie et la valeur du bien affecté en garantie seront connus tant du créancier que du constituant (souvent aussi débiteur) dès la constitution de la sûreté... de sorte que le constituant ne pourra ignorer, le cas échéant, que la valeur du bien sur lequel il consent une sûreté réelle est supérieure au montant de la créance garantie. Ce sera alors en connaissance de cause qu'il refusera ou acceptera de consentir la garantie demandée.

294. Or si la prohibition du pacte comissoire contemporain de la constitution de la sûreté n'a pas de sens lorsque la valeur du bien affecté en garantie est imposée aux parties par le marché, elle n'a pas plus de sens lorsque la valeur du bien affecté en garantie est imposée aux parties par le bien lui-même quand celui-ci porte sa valeur en lui-même. C'est le cas de la monnaie (métallique, papier ou scripturale) dont le doyen Jean Carbonnier soulignait l'unicité tenant à sa « liquidité congénitale »⁷⁸...

⁷⁷ Cass. civ. 1^{er} juillet 1856 (S. 1856, I, p. 785 ; DP. 1856, I, p. 274). Voir également Req. 4 avril 1867 (D. 1867, I, p. 33 ; S. 1867, I, p. 433). La Cour de cassation a, dans ces deux décisions, estimé que « la cote publique et officielle fourni[ssai]t au juge tous les éléments d'une juste estimation ».

⁷⁸ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 675, p. 1532.

...D'où l'autorisation faite au créancier de convenir dès la constitution de la sûreté qu'il pourra s'attribuer la propriété des sommes d'argent affectées en garantie sur un compte spécial et bloqué lors de la défaillance du débiteur, sans recourir ni à un expert (désigné à l'amiable ou par un juge pour évaluer le bien affecté en garantie) ni à un juge (qui procéderait à la vente en justice du bien affecté en garantie ou déciderait de l'attribuer en propriété au créancier)⁷⁹.

La solution est logique au regard de la jurisprudence antérieure : la Cour de cassation ne fait qu'appliquer en 1996 à l'attribution conventionnelle *via* la stipulation d'un pacte comissoire, ce qui avait été appliqué en 1989 à l'attribution judiciaire⁸⁰. Comme vu plus haut, il avait en effet été jugé par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, le 13 juin 1989, qu'il n'était pas nécessaire - et qu'il était même « inutile » - de procéder à une évaluation à dire d'expert de sommes d'argent affectées en garantie sur un compte spécial, préalablement à leur attribution judiciaire. Et la dispense de recours à un expert était fondée sur la « nature » de l'objet de la garantie.

295. La solution est d'ailleurs si logique que, dès 1991, le professeur Michel Cabrillac en avait eu l'intuition⁸¹. On pourrait presque reprendre le raisonnement des juges du fond (suivis par les juges du droit) en le présentant avec la logique implacable du syllogisme. En majeure : « la prohibition du pacte comissoire a pour but d'éviter la spoliation du débiteur qui a affecté à la garantie de sa dette un gage d'une valeur supérieure et prend tout son sens lorsque se pose le problème de l'évaluation du gage ». En mineure : « [mais] par sa nature, le gage constitué en espèces ne soulève aucune difficulté quant à la fixation du juste prix et rend donc inutiles les deux modes classiques de réalisation du gage ». Et en conclusion : « [donc] les dangers du pacte comissoire étant en l'espèce inexistants, la clause par laquelle IHM [le débiteur constituant] a autorisé la banque Worms [le créancier] à s'attribuer le gage à due concurrence du montant de la somme impayée au titre du prêt dans la limite de la garantie conférée est valable »⁸².

⁷⁹ Comme l'écrit le professeur Paul Le Cannu (note sous Cass. com. 9 avril 1996, *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} septembre 1996, n° 9, p. 674) : « l'attribution contractuelle du bien gagé n'est véritablement dangereuse que si le créancier peut obtenir un avantage indu, par exemple si le pacte a pour but de contourner la prohibition de l'usure. Avec les espèces, aucun problème d'évaluation du gage ne se pose ; il est donc sans danger d'en permettre le virement au compte du créancier lorsque le fait générateur de l'exécution de la sûreté s'est produit ».

⁸⁰ Cass. com. 13 juin 1989 (pourvoi n° 87-16579).

⁸¹ M. Cabrillac, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Mélanges offerts à J. Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 341.

⁸² Voir Paris 4 mai 1993 (*Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} septembre 1993, n°9, p. 861, obs. Ph. Delebecque ; *RTD com.* 1993, p. 554, obs. B. Teyssié et M. Cabrillac).

b) L'absence de transfert de propriété lors de la constitution de la sûreté

296. Mais dire cela suppose que le créancier ne s'est pas vu transférer la propriété des sommes inscrites sur le compte spécial et bloqué lors de la constitution de la sûreté – puisque tout l'intérêt de la clause est de lui permettre d'en acquérir la propriété lors de la réalisation de la sûreté, c'est-à-dire lors de la défaillance du constituant (resté jusque là propriétaire). Dire cela, c'est donc dire que l'affectation en garantie de sommes d'argent inscrites sur un compte spécial et bloqué, tenu par le créancier, ouvert au nom du constituant ou du créancier, est un gage et non une fiducie-sûreté translatrice d'une propriété pleine et entière... D'une prise de parti directe sur le régime de la sûreté, on passe donc insensiblement à une prise de parti indirecte sur la nature de la sûreté.

297. Dans l'affaire jugée le 9 avril 1996 par la Cour de cassation, le plus grand flou notionnel règne autour de la qualification de la sûreté réelle en cause⁸³. Une chose est sûre : il s'agit de l'affectation en garantie de sommes inscrites sur un compte spécial et bloqué tenu par la banque créancière. On ne sait s'il s'agit d'un compte ouvert au nom du constituant ou au nom du créancier : seul le professeur Christian Larroumet affirme que le compte en question était ouvert au nom du créancier⁸⁴.

Or une telle garantie est qualifiée tant par les parties⁸⁵ que par les juges du fond⁸⁶ de « gage-espèces ». Il faut voir là l'usage de l'expression de « gage-espèces » au sens large, comme désignant toute sûreté sur sommes d'argent (qu'elles soient fiduciaires ou scripturales). En effet, les sommes en question n'étaient pas des pièces ni des billets - autrement dit, n'étaient pas des « espèces » - mais des écritures en compte.

Mais en principe, le « gage-espèces » au sens strict désigne l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier. Or ce n'est pas le cas ici : en l'espèce, les sommes d'argent sont isolées dans le patrimoine de la banque créancière puisqu'elles sont déposées sur un compte spécial et bloqué. Le créancier ne

⁸³ Ce flou notionnel est intentionnel. Le *Rapport* de la Cour de cassation pour l'année 1996 (La Documentation Française 1997, p. 310) précise que « l'arrêt du 9 avril a validé la stipulation d'attribution d'un gage constitué en espèces par une banque créancière d'un prêt non remboursé » mais que « l'arrêt ne prend pas parti entre les diverses justifications fondamentales proposées par la doctrine en faveur de la solution retenue ».

⁸⁴ Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 9 avril 1996 (D. 1996 jur. p. 399) : « il n'est pas précisé par l'arrêt si le compte était ouvert au nom de la caution ou bien au nom de la banque créancière. Cependant, on doit supposer qu'il était ouvert au nom de la banque ».

⁸⁵ Le dirigeant social de la société caution et constituante avait donné son autorisation « en ce qui concerne le prêt, de la contrevaletur en francs suisses de 68 MF, ce montant étant augmenté des intérêts capitalisés servis pendant toute la durée du prêt sur un dépôt de cette somme qui sera effectué à titre de gage-espèces auprès de la banque Worms à la sûreté de la garantie donnée par IHM » (italiques ajoutées).

⁸⁶ Dans leur arrêt du 4 mai 1993, les juges de la cour d'appel de Paris parlent d'un « acte constitutif de gage-espèces » et de « la clause d'attribution du gage-espèces ».

pouvait pas disposer des sommes d'argent à sa guise : ce n'est qu'en cas de défaillance de la caution (postérieure à la défaillance du débiteur principal) que le créancier était autorisé par la clause litigieuse à « *s'attribuer* à due concurrence » (italiques ajoutées) les sommes affectées en garantie. Autrement dit, tant que n'était pas survenue la défaillance du débiteur-constituant, le compte affecté en garantie était bloqué à l'égard du créancier, qui, par exemple, ne pouvait procéder à des retraits. Tant que n'était pas survenue la défaillance du débiteur-constituant, le créancier ne pouvait disposer du bien affecté en garantie comme s'il était le sien... pour la bonne et simple raison que le bien affecté en garantie était resté la propriété du débiteur-constituant et que seule la défaillance de ce dernier autorisait le créancier à *acquérir* la propriété du bien sans recours aux experts ni aux juges. Lorsque les sommes d'argent affectées en garantie sont ainsi isolées dans le patrimoine du créancier de telle sorte que ce dernier n'en acquière pas la propriété lors de la constitution de la sûreté, il ne s'agit pas d'un « gage-espèces » qui, au sens strict, désigne l'affectation en garantie de sommes d'argent qui sont confondues dans le patrimoine d'un créancier qui en acquiert la propriété dès la constitution de la sûreté.

298. Partant, c'est faire preuve de rigueur que de s'abstenir, comme la Cour de cassation, de qualifier la sûreté litigieuse de « gage-espèces » comme le font les parties et les juges du fond en s'en tenant au sens large et flou de l'expression. Dans son arrêt, la Haute juridiction ne parle de « gage-espèces » que lorsqu'elle reprend le pourvoi⁸⁷. Mais quand elle résume les faits et énonce son attendu, elle parle seulement de « sommes *nanties* » (italiques ajoutées), de « contrat de gage », de « *gage* constitué en espèce » (italiques ajoutées). Outre les termes qu'elle choisit, c'est la solution que choisit la Haute juridiction qui témoigne de ce que l'affectation en garantie de sommes inscrites sur un compte spécial et bloqué constitue un gage non translatif de propriété, et non une fiducie-sûreté ni même un gage irrégulier transférant au créancier la propriété pleine et entière du bien affecté en garantie dès leur constitution. En effet, si la clause autorisant le créancier à s'attribuer la propriété du bien sans recours au juge ni aux experts lors de la défaillance du débiteur est valable, cela suppose nécessairement que la propriété du bien était restée entre les mains du constituant jusqu'à cette défaillance, et

⁸⁷ « La société IHM reproche à l'arrêt de n'avoir pas annulé le pacte comissoire stipulé dans l'acte constitutif de gage-espèces... ». Puis, c'est entre guillemets que la Cour de cassation, reprenant les arguments du demandeur au pourvoi, énonce que ce dernier soutient que « la cour d'appel, en jugeant que le créancier avait pu s'attribuer le "gage-espèces" à due concurrence des sommes garanties par la caution... ».

qu'elle n'avait donc pas été transférée au créancier lors de la constitution de la sûreté, même si le compte spécial et bloqué affecté en garantie était tenu par lui.

299. Il est donc abusif d'analyser la sûreté litigieuse en « fiducie-sûreté » ou en propriété-sûreté, comme le fait le professeur Christian Larroumet⁸⁸. Outre le fait que rien n'indique – bien au contraire – que les sommes affectées en garantie étaient inscrites sur un compte ouvert au nom du créancier, la solution adoptée suppose que la sûreté en cause n'avait pas pour effet de transférer une propriété pleine et entière lors de sa constitution – contrairement aux propriétés-sûretés. En effet, le pacte commissaire n'a aucun sens – et ne peut exister – lorsque le créancier est propriétaire du bien dès la constitution de la sûreté, comme c'est le cas dans une propriété-sûreté dont le principe est d'asseoir la sûreté sur le patrimoine du créancier. Dans une propriété-sûreté, il est inutile, absurde et impossible de convenir que le créancier pourra s'attribuer la propriété du bien affecté en garantie sans recours au juge ni à l'expert lors de la défaillance du débiteur puisque, par hypothèse, le créancier est propriétaire dudit bien dès la constitution de la sûreté. En cas de défaillance du débiteur, point n'est besoin de s'attribuer la propriété du bien affecté en garantie : la propriété du créancier, de temporaire, devient simplement définitive, sans aucune formalité⁸⁹. En somme, si

⁸⁸ Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 9 avril 1996 (D. 1996 jur. p. 399) : « la remise d'une somme d'argent à titre de garantie, parce qu'elle suppose nécessairement le transfert de la propriété de cette somme au bénéficiaire de la remise, n'est rien d'autre qu'une fiducie aux fins de sûreté. Par conséquent, une obligation de restitution pèse sur le bénéficiaire (fiduciaire) au profit du remettant (fiduciant) ».

⁸⁹ En ce sens aussi : Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 9 avril 1996 (D. 1996 jur. p. 399) : « il ne peut y avoir de place pour un pacte commissaire, parce que celui-ci suppose l'attribution de la propriété du gage au créancier gagiste à titre de paiement, ce qui laisse entendre qu'il ne l'était pas jusqu'à cette attribution, qui intervient en exécution du pacte, et à défaut de paiement. Or, dans la fiducie, la propriété a déjà été transférée au créancier à titre de garantie. Le pacte commissaire ne correspond manifestement pas à la fiducie. Ce qui est vrai, c'est que l'obligation de restitution du fiduciaire est éteinte en cas de défaut de paiement par le débiteur à l'échéance. Par là même, le transfert de propriété, qui avait vocation à n'être que provisoire, devient définitif [...] Si la confirmation du caractère définitif du transfert de propriété à titre de garantie en cas de non-paiement est de l'essence de la fiducie, il n'est pas nécessaire de stipuler au contrat le mode de réalisation de la sûreté ». *Adde* Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 17 mai 1994 (D. 1995, jur. p. 124) : « la propriété temporaire, inhérente à toute fiducie, deviendra, en fait et non pas en droit, définitive, encore que si la créance garantie vient à être éteinte pour une raison autre que son paiement (par exemple, par l'accomplissement de la prescription au profit du débiteur), cette extinction oblige le propriétaire fiduciaire à restitution à condition que l'action en restitution ne soit pas elle-même prescrite ».

En ce sens aussi : S. Piedelièvre, note sous Cass. com. 9 avril 1996 (D. 1996, p. 385) : « il semble qu'en réalité le pacte commissaire ne puisse pas exister pour les sûretés dénommées gage-espèce. Comme on se trouve en présence de biens fongibles et consommables, la remise des fonds du constituant au créancier, peu importe qu'elle se fasse par la remise de billets de banque ou sous la forme de monnaie scripturale, entraîne nécessairement un transfert de la propriété qui s'opère lors de la constitution de la sûreté [...] Or le pacte commissaire conduit à un transfert de la propriété du bien gagé au moment de la mise en œuvre de la sûreté. À partir du moment où l'on considère que le transfert de propriété s'effectue lors de la constitution du contrat, le pacte commissaire ne peut pas exister, faute d'objet ».

En ce sens aussi : P. Crocq, note sous Cass. com. 9 avril 1996 (*RTD civ.* 1996, p. 669) : « si l'on considère [...] que le gage-espèces constitue une fiducie-sûreté, la question de la prohibition du pacte commissaire ne se pose pas puisque le bien donné en garantie appartient déjà à la banque créancière mais cela ne veut pas dire, pour autant, que celle-ci puisse en retirer un profit injustifié. En application du principe général suivant lequel une sûreté ne peut jamais être une source d'enrichissement indu pour le créancier ou de spoliation pour le débiteur, la réalisation de la sûreté suppose que le créancier-fiduciaire ne puisse conserver définitivement la propriété du bien donné en garantie qu'à la condition de restituer au débiteur-fiduciant une somme égale à la différence existant entre la valeur du bien donné en garantie et le montant de la dette restant due ». Où l'on voit que le contrat en l'espèce peut d'autant moins être qualifié de « fiducie-sûreté » que la Cour de cassation entend précisément d'affirmer la possibilité et la validité d'une clause contractuelle fixant le mode de réalisation de la sûreté.

l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier emporte transfert de la pleine propriété desdites sommes au créancier dès la constitution de la sûreté, le pacte comissoire est impossible puisque ses effets auront été réalisés dès la constitution de la sûreté. Et si l'affectation en garantie de sommes d'argent non confondues dans le patrimoine du créancier n'emporte pas transfert de la propriété desdites sommes – comme la solution le suggère ici – alors le pacte comissoire est possible, valable et utile. Qu'il s'agisse de sommes d'argent confondues ou non dans le patrimoine du créancier, leur affectation en garantie échappe donc à la prohibition du pacte comissoire⁹⁰. Néanmoins, il faut distinguer le cas où le pacte comissoire est possible parce que la propriété des sommes affectées en garantie n'a pas été transférée au créancier avant la défaillance du débiteur (gage), du cas où le pacte comissoire est impossible parce que la propriété des sommes affectées en garantie a été transférée au créancier dès la constitution de la sûreté, avant même la défaillance du débiteur (fiducie-sûreté)⁹¹. La différence prend tout sens au regard de l'action en revendication que voudrait exercer le constituant en cas de procédure collective de son créancier (éventuellement une banque) : s'il y a place pour un pacte comissoire, et s'il n'y a donc pas de transfert de propriété avant la défaillance du débiteur, le constituant peut agir en revendication nonobstant la mise en procédure collective du créancier... tandis que s'il n'y a pas de place pour un pacte comissoire, et s'il y a donc transfert de propriété dès la constitution de la sûreté, le constituant ne peut que déclarer sa créance à la procédure collective du créancier contre qui les poursuites individuelles tendant au paiement d'une somme d'argent sont suspendues⁹².

Le pacte comissoire étant en l'espèce affirmé comme étant possible et valable, l'affectation en garantie de sommes d'argent non confondues dans le patrimoine du créancier et inscrites sur un compte spécial et bloqué ne peut être qu'un gage ordinaire, dépourvu d'effet translatif de propriété lors de sa constitution⁹³. C'est avec raison que

⁹⁰ En ce sens aussi : P. Crocq, note sous Cass. com. 9 avril 1996 (*RTD civ.* 1996, p. 669) : « au regard de la prohibition du pacte comissoire, ce problème de qualification ne se posait guère car la solution est identique que le gage-espèces soit qualifié de gage ou qu'il soit qualifié de fiducie-sûreté ».

⁹¹ Si « fiducie et pacte comissoire entretiennent une intense affinité au point que le second est sans doute un résidu historique de la première, [dans la mesure où] dans les deux cas en effet, le créancier a le droit d'exclure les autres créanciers de la valeur du bien grevé, [le professeur Philippe Dupichot souligne que] la principale différence consist[e] dans le moment du transfert de propriété. *Ab initio* dans le cas de la fiducie et *in fine* dans celui du pacte comissoire » (« Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2006, n° 29 (supplément), p. 17).

⁹² En ce sens aussi : P. Crocq, note sous Cass. com. 9 avril 1996 (*RTD civ.* 1996, p. 669) : « L'enjeu essentiel de ce débat relatif à la qualification apparaîtrait si la banque faisait l'objet d'une mise en redressement ou en liquidation judiciaires, ce qui, aujourd'hui, n'est pas une hypothèse d'école ».

⁹³ Dans la mesure où le postulat de l'effet translatif de propriété du gage est annihilé par la solution adoptée par la Cour de cassation (qui suppose la préservation du droit de propriété du constituant jusqu'à sa défaillance), sont annihilées aussi toutes les conjectures du professeur Christian Larroumet quant au nom sous lequel avait été ouvert le compte grevé de sûreté : « si ce

les professeurs Philippe Simler et Philippe Delebecque font remarquer au professeur Christian Larroumet que « la question de savoir si le gage-espèces est un gage ou une fiducie [...] n'a aucune incidence dans le débat que la Cour de cassation vient de régler »⁹⁴. Même le professeur Pierre Crocq, pourtant fervent tenant de l'analyse de l'affectation en garantie de sommes d'argent comme étant une forme de « fiducie-sûreté » translative d'une propriété pleine et entière, reconnaît qu'« alors que, de manière générale, le gage-espèces doit être qualifié de fiducie-sûreté, parce qu'il opère un transfert de propriété de la somme donnée en garantie au profit du créancier [...] la qualification de gage semblait pouvoir être exceptionnellement retenue ici [...car...] la sûreté avait pour objet des unités monétaires qui du fait de leur individualisation n'étaient pas devenues la propriété du banquier »⁹⁵.

c) L'absence de compensation lors de la réalisation de la sûreté

300. Et c'est bien parce que l'affectation en garantie de sommes inscrites sur un compte spécial et bloqué doit s'analyser en gage – et non en fiducie-sûreté translative d'une propriété pleine et entière – que la réalisation de la sûreté est constitutive d'une attribution en propriété, et non d'une compensation. Là encore, le plus grand flou notionnel règne autour de la qualification du mode de réalisation de la sûreté. Alors que les parties avaient stipulé dans leur pacte commissaire que la banque créancière « aurait

compte avait été ouvert au nom de la caution, la garantie eût consisté en un nantissement de compte, c'est-à-dire en un nantissement de la créance du solde créditeur du compte, un tel nantissement pouvant parfaitement être constitué au profit de l'établissement dans les livres duquel ce compte est ouvert. En revanche, si le compte était ouvert au nom de la banque créancière, il ne pouvait s'agir d'un nantissement de créance. Il n'y avait qu'un pur et simple transfert de la propriété des fonds à la banque créancière ». L'affirmation de l'existence et de la validité du pacte commissaire, et l'affirmation corollaire du maintien du droit réel de propriété du constituant jusqu'à sa défaillance suggèrent ici que le compte spécial et bloqué tenu par la banque créancière était ouvert au nom de la caution constituante... et non pas au nom du créancier.

⁹⁴ Ph. Simler et Ph. Delebecque, obs. sous Cass. com. 9 avril 1996 (*JCP G* 1997, I, 3991, n° 18).

⁹⁵ P. Crocq, note sous Cass. com. 9 avril 1996 (*RTD civ.* 1996, p. 669). Il faut toutefois relever que, dans sa note, le professeur Pierre Crocq relativise (voire nie) la vertu d'individualisation que l'on prête au caractère spécial du compte, considérant qu'il n'y a pas de différence de nature entre l'inscription sur un compte ordinaire et l'inscription sur un compte spécial. En l'absence de différence objective, il n'y aurait donc qu'une différence subjective entre l'inscription sur un compte ordinaire (translative de propriété) et l'inscription sur un compte spécial (non translative de propriété). Or cette différence subjective serait fondée sur une interprétation « divinatoire » (selon le professeur Pierre Crocq) de la volonté des parties. Autrement dit, l'inscription sur un compte spécial ne serait pas nécessairement exclusive de tout transfert de propriété : « il suffirait pour cela de considérer que les parties n'ont pas entendu faire produire à l'inscription en compte davantage d'effets que dans le cas d'un compte ordinaire » (*ibidem*). De tout cela il découle que « le fait que le gage-espèces soit réalisé par un dépôt de somme d'argent sur un compte bloqué n'est donc pas incompatible avec la qualification de fiducie-sûreté » (*ibidem*). Pour une discussion de cette analyse, voir *infra* les développements relatifs à l'analyse de l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues comme étant une sûreté translative d'une propriété pleine et entière (§ 382 et s.).

la faculté de *s'attribuer* à due concurrence le montant de la somme impayée » (italiques ajoutées), les juges de la cour d'appel de Paris n'ont de cesse de parler de « compensation ». Quand ils résument les faits, les juges du droit disent aussi que la banque créancière avait « informé la société IHM [le débiteur constituant] qu'elle avait effectué une *compensation* entre les sommes nanties et sa créance » (italiques ajoutées), mais toute référence à une quelconque compensation disparaît dans l'attendu de principe où ils parlent de « la stipulation d'*attribution* d'un gage constitué en espèce » (italiques ajoutées). C'est le signe que la réalisation du gage dont avaient convenu les parties était bien une attribution en propriété, et non une compensation. S'il y avait eu compensation entre la dette garantie par la sûreté réelle (la dette de garantie pesant sur la caution), et la dette de restitution des sommes affectées en garantie (dette pesant sur le créancier), cela aurait nécessairement supposé que le constituant avait contre le créancier un droit personnel de créance de restitution par équivalent de sommes d'argent. Or, outre le fait qu'une telle compensation est impossible au sens strict de la compensation légale⁹⁶, lorsque le constituant n'a qu'un droit personnel de créance de restitution par équivalent contre un créancier à qui il a transféré la propriété du bien affecté en garantie, elle est absolument exclue lorsque le constituant, comme en l'espèce, n'a pas transféré au créancier la propriété du bien affecté en garantie dès la constitution de la sûreté, préservant ainsi son droit réel de propriété sur ledit bien jusqu'à sa défaillance et jusqu'à ce que le créancier se l'approprie alors sans recours au juge ni à l'expert. Le constituant n'ayant pas perdu son droit réel de propriété sur le bien affecté en garantie, il ne peut avoir de droit personnel de créance de restitution par équivalent contre le créancier. Du reste, le professeur Paul Le Cannu n'analyse pas l'attribution au créancier des sommes ici affectées en garantie comme étant une compensation, mais comme étant un « virement » sur le compte propre du créancier⁹⁷.

301. Il est donc, là encore, tout à fait erroné d'analyser la réalisation de la sûreté litigieuse comme étant une compensation – ce que font pourtant les juges du fond⁹⁸, les

⁹⁶ Voir la note du professeur Christian Larroumet sous Cass. com 17 mai 1994 (D. 1995 jur. p. 124).

⁹⁷ P. Le Cannu (note sous Cass. com. 9 avril 1996, *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} septembre 1996, n° 9, p. 674) : « avec les espèces, aucun problème d'évaluation du gage ne se pose ; il est donc sans danger d'en permettre le *virement* au compte du créancier lorsque le fait générateur de l'exécution de la sûreté s'est produit » (italiques ajoutées).

⁹⁸ Dans leur arrêt du 4 mai 1993, les juges de la cour d'appel de Paris dirent que la banque créancière « avait effectué une *compensation* entre les sommes nanties et sa créance » à l'égard de la société caution (italiques ajoutées).

professeurs Stéphane Piedelièvre⁹⁹, Bernard Teyssié et Michel Cabrillac¹⁰⁰, et, dans une moindre mesure, le professeur Christian Larroumet¹⁰¹.

301-1. Les professeurs Bernard Teyssié et Michel Cabrillac expriment en effet une « réserve sur la qualification de pacte comissoire appliquée à la clause litigieuse » - qualification qui est « accréditée par le terme d'attribution », mais qui « masque en réalité une compensation »¹⁰². Les auteurs affirment que « la compensation a une légitimité incontestable »¹⁰³, sans expliquer en particulier comment le droit réel de propriété du constituant sur les sommes affectées en garantie sur un compte spécial et bloqué aurait été dégradé en droit personnel de créance (seul susceptible d'être compensé avec le droit personnel de créance qu'a le créancier contre le débiteur constituant). Et ils vont même jusqu'à soutenir que « les conditions de la compensation légale peuvent être remplies dans la mesure où sa créance de remboursement et sa dette de restitution sont certaines et liquides »¹⁰⁴... alors même que le professeur Christian Larroumet montre que, même lorsque, comme lui, on analyse le droit du constituant comme étant un droit personnel de créance de restitution contre le créancier gagiste, et non un droit réel de propriété, et que l'on ouvre donc la voie à la compensation de deux droits personnels, la compensation est impossible, faute pour la créance garantie du créancier gagiste et pour la créance de restitution du constituant d'être simultanément exigibles. En effet, si la créance garantie est exigible, le constituant ne peut exiger la restitution par équivalent du bien affecté en garantie : sa créance de restitution n'est donc pas exigible. C'est seulement s'il paie, et donc seulement si la créance garantie est éteinte, qu'il peut exiger la restitution par équivalent du bien affecté en garantie, et que sa créance de restitution est exigible... Mais elle ne peut alors être compensée avec la créance garantie – puisque celle-ci est éteinte¹⁰⁵.

301-2. Or c'est de façon elliptique que les professeurs Bernard Teyssié et Michel Cabrillac passent sur la difficulté en soutenant que, lorsque la créance garantie

⁹⁹ S. Piedelièvre, note sous Cass. com. 9 avril 1996 (D. 1996, p. 385). L'auteur postule, sans beaucoup d'explications, que la réalisation de la sûreté doit s'analyser en « compensation entre la créance garantie et la dette de restitution », de sorte que « les règles spécifiques du contrat de gage n'auront pas à s'appliquer pour de pareilles garanties »... tant et si bien que l'on devrait en conclure que ce n'est pas un gage, mais une fiducie-sûreté.

¹⁰⁰ B. Teyssié et M. Cabrillac, obs. sous Paris 4 mai 1993 (*RTD com.* 1993, p. 554).

¹⁰¹ Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 9 avril 1996 (D. 1996 jur. p. 399).

¹⁰² B. Teyssié et M. Cabrillac, obs. sous Paris 4 mai 1993 (*RTD com.* 1993, p. 554).

¹⁰³ *Idem.*

¹⁰⁴ *Idem.*

¹⁰⁵ Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 9 avril 1996 (D. 1996 jur. p. 399) : « si la créance garantie par la fiducie est exigible, la créance de restitution du fiduciaire envers le fiduciaire ne peut devenir exigible que par le paiement de la créance garantie. Si celle-ci n'est jamais payée, la créance de restitution ne deviendra jamais exigible. Une qualité qui n'existera jamais ne peut rétroagir [...] En réalité, le dénouement de la fiducie-sûreté ne correspond véritablement ni, d'une façon générale, au pacte comissoire, ni, lorsque la garantie est constituée sur une somme d'argent, à la compensation ».

devient exigible, le créancier « a la faculté de renoncer à l'inexigibilité » de sa dette de restitution, « ce qui n'est [selon eux] qu'un mode de renonciation au droit de rétention que nul ne conteste au gagiste »¹⁰⁶... Mais on voit mal, en pratique, un créancier gagiste renoncer à la priorité de paiement que lui confère son droit de rétention, et, *a fortiori*, admettre l'exigibilité de la créance de restitution du constituant alors même que le débiteur est défaillant... tout cela pour satisfaire aux exigences de la compensation légale – même si celle-ci lui confère aussi une priorité de paiement.

301-3. On ne peut, sans incohérence, affirmer comme le professeur Christian Larroumet, d'une part que les conditions de la compensation légale ne sont pas réunies, que « l'arrêt ne dit pas que la stipulation selon laquelle le fiduciaire est dispensé de restitution en cas de non-paiement ne constitue pas un pacte comissoire, mais que cette stipulation échappe à la prohibition du pacte comissoire »; et, d'autre part, que « la Cour de cassation assimile implicitement mais nécessairement la compensation et le pacte comissoire »¹⁰⁷. Le seul fait que la Haute juridiction admette et valide l'existence d'un pacte comissoire suppose que le droit réel de propriété du constituant n'a pas été dégradé en droit personnel de créance de restitution lors de la constitution de la sûreté, mais s'est au contraire maintenu jusqu'à son transfert au créancier lors de sa défaillance, en application du pacte comissoire. On ne peut compenser que deux droits personnels... or l'admission et la validation du pacte comissoire suppose l'existence, dans le patrimoine du constituant, d'un droit réel de propriété, et non d'un droit personnel de créance de restitution par équivalent.

302. Il est donc bien plus juste de rapprocher les effets de l'attribution en propriété de ceux de la compensation sans les identifier pour autant : c'est ce que font les professeurs Philippe Simler et Philippe Delebecque qui, non sans raison, établissent une analogie (mais pas une identité) entre la réalisation de la sûreté en cause avec « la pratique du mandat de recouvrement¹⁰⁸ qui permet au créancier nanti sur une créance de réclamer le paiement [au débiteur de la créance nanti] et d'opposer ensuite à son propre débiteur [le débiteur de la créance garantie] la compensation entre sa créance et sa dette

¹⁰⁶ B. Teysié et M. Cabrillac, obs. sous Paris 4 mai 1993 (*RTD com.* 1993, p. 554). Le professeur Christian Larroumet, dans sa note sous Cass. com. 9 avril 1996 (D. 1996 jur. p. 399), propose, de son côté, la rédaction d'une clause dans le contrat d'affectation en garantie qu'il qualifie de fiducie « aux termes de laquelle il serait stipulé que le fiduciaire sera dispensé de l'obligation de restitution en cas de non-paiement à l'échéance par le fiduciaire ». Autrement dit, la clause n'énoncerait pas la renonciation du créancier à l'inexigibilité de sa dette de restitution, mais purement et simplement l'extinction de sa dette de restitution en cas de défaillance du débiteur.

¹⁰⁷ Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 9 avril 1996 (D. 1996 jur. p. 399).

¹⁰⁸ Validée par la Cour de cassation en 1947 : voir Cass. civ. 30 mai 1947 (S. 1947, I, p. 141 ; *RTD com.* 1948, p. 128, obs. J. Hémar).

de restitution [des sommes versées par le débiteur de la créance nantie] »¹⁰⁹. À défaut de préciser que l'attribution conventionnelle de la propriété du bien affecté en garantie (qui suppose le maintien du droit réel du constituant jusqu'à sa défaillance) ne saurait se confondre avec une compensation (qui suppose la transformation du droit réel du constituant en droit personnel dès la constitution de la sûreté), les auteurs soulignent que la validation du pacte comissoire n'autorise pas à assortir tout nantissement de créance d'un pacte comissoire « dès l'instant que l'estimation d'une créance ne se fait pas sur des critères aussi simples que ceux auxquels on peut avoir recours pour évaluer une somme d'argent »¹¹⁰.

303. Et il est d'autant plus juste de rapprocher cette attribution en propriété de la compensation sans l'identifier pour autant que, quelques mois après cet arrêt du 9 avril 1996, le législateur a appliqué au gage portant sur un compte spécial contenant des valeurs mobilières la solution que les juges du droit ont ici adoptée pour le gage portant sur des sommes d'argent inscrites sur un compte spécial – solution du 9 avril 1996 qui avait elle-même été inspirée par une décision rendue au XIX^e siècle au sujet de l'affectation en garantie de valeurs mobilières cotées en bourse¹¹¹. Le professeur Pierre Crocq souligne en effet que l'article 102 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996, modifiant l'article 29 de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne, et aujourd'hui codifié à l'article L. 211-20, V, du code monétaire et financier (ancien article L. 431-4, V, du même code), prévoit que « le créancier nanti titulaire d'une créance certaine, liquide et exigible peut, pour les titres financiers, français ou étrangers, négociés sur un marché réglementé, les parts ou actions d'organismes de placement collectif, *ainsi que pour les sommes en toute monnaie*, réaliser le nantissement, civil ou commercial, huit jours — ou à l'échéance de tout autre délai préalablement convenu avec le titulaire du compte — après mise en demeure du débiteur » (italiques ajoutées) et que « la réalisation du nantissement intervient selon des modalités fixées par décret ». Or le décret auquel renvoie ce texte de loi prévoit que la réalisation de ce qu'il convient aujourd'hui d'appeler un *nantissement* de compte-titres s'opère « directement par transfert » au compte ordinaire du créancier gagiste – et non par compensation. Plus précisément, l'article D. 211-12 du code monétaire et financier (ancien article D. 431-3 du même

¹⁰⁹ Ph. Simler et Ph. Delebecque, obs. sous Cass. com. 9 avril 1996 (*JCP G* 1997, I, 3991, n° 18).

¹¹⁰ *Idem*.

¹¹¹ Cass. civ. 1^{er} juillet 1856 (S. 1856, I, p. 785 ; DP. 1856, I, p. 274).

code) prévoit que « dans la limite du montant de la créance garantie et, le cas échéant, dans le respect de l'ordre indiqué par le titulaire du compte nanti, la réalisation du nantissement de ce compte prévue aux IV et V de l'article L. 211-20 intervient : 1° Pour les sommes en toute monnaie figurant dans le compte nanti, *directement par transfert en pleine propriété au créancier gagiste* » (italiques ajoutées). Il n'est nullement ici question de compensation, mais bien plutôt d'attribution en propriété sur le mode du pacte commissaire. Du reste, le professeur Pierre Crocq lui-même admet que cela revient « à faire du pacte commissaire le mode légal de réalisation d'un tel gage »¹¹². Autrement dit, la réalisation d'une sûreté portant sur un compte *spécial*¹¹³ où sont déposés aussi bien des titres financiers que des sommes d'argent (correspondant à la gestion des titres financiers nantis) est clairement définie par le législateur comme étant une attribution en propriété – et non comme une compensation. Ce pacte commissaire « légal » et « réglementaire » est plus qu'une consécration « partielle »¹¹⁴ par la loi et le règlement de la solution énoncée par la Cour de cassation le 9 avril 1996. En effet, dans la mesure où le compte spécial affecté en garantie comporte non seulement des titres financiers, mais aussi des sommes d'argent « en toute monnaie » produites par la gestion du compte-titres, on peut admettre que le nantissement de compte-titres est aussi, en partie, une forme d'affectation en garantie de sommes d'argent non confondues, inscrites sur un compte spécial, et, partant, on peut légitimement considérer que le texte du décret complétant le texte de loi offre une consécration directe et totale, et non indirecte et « partielle », de la solution énoncée le 9 avril 1996 par la Cour de cassation au sujet de l'affectation en garantie de sommes d'argent non confondues dans le patrimoine du créancier.

304. De cet arrêt rendu le 9 avril 1996 par la Cour de cassation statuant en sa chambre commerciale, il résulte donc que doit être qualifiée de gage, et plus précisément de gage ordinaire non translatif de propriété, l'affectation en garantie de sommes d'argent inscrites « dans un compte spécial, ouvert au nom du constituant mais affecté à la garantie de la créance du bénéficiaire et dont le solde

¹¹² P. Crocq, obs. sous Cass. com. 9 avril 1996 (*RTD civ.* 1996, p. 954).

¹¹³ Le législateur insiste sur le caractère spécial du compte-titres (autrefois appelé compte d'instruments financiers) : l'article L. 211-20, II, du code monétaire et financier prévoit que « le compte nanti prend la forme d'un compte *spécial* ouvert au nom du titulaire et tenu par un intermédiaire [...] un dépositaire central ou, le cas échéant, l'émetteur ». Et, à défaut d'individualisation par le caractère spécial du compte, l'assiette du nantissement reste individualisée par un procédé informatique : « À défaut d'un compte spécial, sont réputés constituer le compte nanti les titres financiers mentionnés au premier alinéa, ainsi que les sommes en toute monnaie ayant fait l'objet d'une identification à cet effet par un procédé informatique » (article L. 211-20, II, alinéa 2, du code monétaire et financier).

¹¹⁴ P. Crocq, obs. sous Cass. com. 9 avril 1996 (*RTD civ.* 1996, p. 954).

est immobilisé au profit de ce dernier »¹¹⁵. Autrement dit, l'affectation en garantie d'un compte spécial et bloqué tant à l'égard du créancier que du constituant, que la pratique désigne souvent sous l'expression de « compte de garantie », est un gage qui, certes, dépossède le constituant du bien affecté en garantie « du fait de l'indisponibilité du solde »¹¹⁶, mais qui ne le prive pas pour autant de son droit réel de propriété sur ledit bien.

3 – L'affectation en garantie d'un compte spécial préserve le droit de propriété du constituant et ne dispense pas des modalités de constitution prévues pour les sûretés non translatives de propriété (arrêt du 23 avril 2003)

305. Après qu'une solution rendue en matière fiscale et sans doute liée à la spécificité de cette matière a éveillé des doutes¹¹⁷, l'analyse élaborée en 1996 a été confirmée par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, le 23 avril 2003¹¹⁸.

305-1. Il s'agissait du locataire d'un immeuble d'habitation, personne physique non commerçante, qui avait demandé à une banque de se porter caution du paiement des loyers à échoir pendant six ans. La banque avait accepté de s'engager comme caution à la condition que le preneur à bail (débité principal) lui consentît une sûreté réelle - improprement qualifiée par les parties (et par les juges) de « gage-espèces » (il s'agissait du gage-espèces au sens large du terme). Le débiteur principal, constituant de la sûreté sur sommes d'argent, affecta en garantie la somme de 730 000 F, qui fut portée au crédit d'un compte spécial et bloqué, ouvert à son nom, dans les livres de la banque caution. L'inscription des sommes affectées en garantie sur ce compte spécial emportait déposition du constituant. Or il advint qu'une société, créancière du constituant, procéda à une saisie-attribution de toutes les créances que ce dernier avait à l'encontre

¹¹⁵ M. Cabrillac, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Mélanges offerts à J. Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 336.

¹¹⁶ *Ibidem*. L'indisponibilité du solde résultant du blocage du compte est aussi ce qui permet au créancier d'exercer un droit de rétention sur les sommes affectées en garantie. Selon le professeur Michel Cabrillac, « cette prérogative s'exerce sans difficulté, automatiquement même par le jeu du blocage du compte à son profit » (*ibidem*, p. 340).

¹¹⁷ Cass. com. 27 octobre 1998 (D. *Affaires* 1999, p. 170 ; *JCP G* 1999, I, p. 158, n°13, obs. Ph. Delebecque). Il s'agissait d'une société qui avait été autorisée, par l'administration fiscale, à différer le paiement d'impôts, et qui avait, en application de l'article L. 277 du Livre des procédures fiscales, versé des sommes d'argent destinées à garantir le paiement de ces impôts sur un compte à terme ouvert à son nom auprès de la recette des finances. Il fut jugé par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, que « la consignation auprès du comptable du Trésor d'une somme pour assurer le recouvrement de la créance du Trésor public ne constitue pas un contrat de gage ».

¹¹⁸ Cass. com. 23 avril 2003 (*JCP E* 2003, II, 10140, p. 1116 note D. Schmidt et M. Delespaul ; *JCP G* 2003, I, 176 n°19, obs. Ph. Delebecque ; *RD bancaire et fin.*, 2003, p. 291, obs. A. Cerles, et p. 296, obs. J. - M. Delleci).

de la banque caution. La banque caution informa l'huissier qu'un compte spécial était bien ouvert au nom du constituant dans ses livres, mais que ce compte était affecté à la garantie de son recours de caution contre le constituant (débiteur principal cautionné). La société créancière qui diligentait la procédure de saisie-attribution assigna le constituant et la banque caution devant le juge de l'exécution afin que fût constatée l'inopposabilité de la sûreté à son égard.

305-2. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 15 novembre 2001, accueillit la demande de la société créancière en constatant que le contrat d'affectation en garantie ne respectait pas les prescriptions de l'ancien article 2074 du code civil – qui disposait que le « privilège » du créancier gagiste n'avait « lieu à l'égard des tiers qu'autant qu'il y a[vait] un acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré », et ayant donc date certaine. La banque, bénéficiaire de la sûreté que les juges du fond avaient rendue inopposable, forma un pourvoi en développant deux arguments contradictoires. Dans la seconde branche du moyen unique, elle développait l'idée que la sûreté en question devait être qualifiée de « gage », par hypothèse non translatif de propriété lors de sa constitution. Mais, à l'en croire, il s'agissait d'un gage de nature commerciale portant sur une chose corporelle, qui, en tant que tel, échappait au régime édicté par l'ancien article 2074 du code civil – alors qu'elle avait soutenu devant les juges d'appel que le gage était de nature civile. Cette seconde branche du moyen jugée irrecevable pour contradiction des écritures, la Cour de cassation se concentra sur la première branche du moyen unique.

305-3. Dans cette première branche, le demandeur au pourvoi faisait valoir que la sûreté en question ne devait pas être qualifiée de « gage », mais bien plutôt de propriété-sûreté, par hypothèse translative d'une propriété pleine et entière lors de sa constitution. Plus exactement, il était soutenu que « l'opposabilité aux tiers du gage portant sur des espèces consommables et fongibles, dont la remise emporte transfert immédiat de propriété au profit du créancier gagiste, n'est pas subordonnée à l'enregistrement de l'acte sous seing privé qui le constate ». En d'autres termes, le demandeur au pourvoi arguait de ce que le fait que les sommes affectées en garantie étaient inscrites sur un compte spécial ne suffisait pas à les individualiser au sein de son patrimoine, de sorte que la sûreté emportait transfert de la propriété des sommes affectées en garantie dès sa constitution, de sorte qu'elle devait être qualifiée de propriété-sûreté et soustraite au régime du gage en général, et à l'ancien article 2074 du code civil en particulier.

305-4. La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si la sûreté litigieuse était soumise au régime du gage, et plus particulièrement aux dispositions de l'ancien article 2074 du code civil – ce qui supposait de répondre (explicitement ou implicitement) à la question de savoir si ladite sûreté devait être qualifiée de « gage » ou de « fiducie-sûreté » (au sens où celle-ci serait translatrice d'une propriété pleine et entière). Dans un attendu de principe, la Haute juridiction rejette le pourvoi et approuve les juges du fond d'avoir considéré que la sûreté litigieuse était soumise au régime du gage en général, et à l'ancien article 2074 du code civil en particulier : « c'est à bon droit que l'arrêt retient que la dépossession qui a été réalisée par cette inscription n'est pas opposable aux tiers en l'absence d'écrit ayant date certaine ».

305-5. En se prononçant ainsi, la Cour de cassation non seulement tranchait la question du régime applicable à la sûreté, mais suggérait aussi la qualification de la sûreté. Si les dispositions de l'ancien article 2074 du code civil relatif à la constitution du gage devaient être respectées, c'est que l'affectation en garantie de sommes d'argent inscrites sur un compte spécial, bloqué, et qui plus est ouvert au nom du constituant, était un gage, par hypothèse non translatif de propriété lors de sa constitution. Pour reprendre les termes de M^e Delespaul, alors que la banque bénéficiaire de la sûreté soutenait que « la sûreté n'[était] plus véritablement un gage mais plutôt une sûreté-propriété », la Cour de cassation a décidé que « lorsque le bien affecté en gage est et demeure identifiable, il n'y a aucune raison pour que sa propriété soit transférée au créancier »¹¹⁹. En somme, il a été confirmé en 2003 ce qui avait été établi en 1996, à savoir que l'inscription des sommes d'argent affectées en garantie sur un compte spécial, bloqué, et ouvert au nom du constituant, emporte, certes, dépossession du constituant, mais nullement transfert au créancier de la propriété desdites sommes.

¹¹⁹ M. Delespaul & D. Schmidt, note sous Cass. com. 23 avril 2003 (*JCP E* 2003, II, 10140, p. 1116) : « ces sommes étaient isolées sur ce compte et demeuraient identifiables après leur inscription. Étant ainsi individualisées, elles ne pouvaient se fondre dans le patrimoine de la banque bénéficiaire du gage. Dès lors, leur propriété n'a pas été transférée au créancier gagiste. Les modalités de la dépossession ne justifiaient donc pas la requalification du contrat de gage conclu entre les parties en un type particulier de sûreté-propriété ».

4 – L'affectation en garantie d'un compte spécial préserve le droit de propriété du constituant et, en l'absence de pacte comissoire, n'autorise pas le créancier à s'approprier les sommes affectées en garantie sans autorisation du juge (arrêt du 15 novembre 2005)

306. La première chambre civile de la Cour de cassation a eu l'occasion, en 2005, de faire sienne l'analyse développée par la chambre commerciale en 1996 et 2003.

Il s'agissait, dans l'affaire jugée le 15 novembre 2005¹²⁰, de sommes d'argent qui avaient été versées sur un plan d'épargne populaire (PEP) ouvert auprès d'une banque (Crédit maritime mutuel de la Méditerranée). Le titulaire du compte correspondant au PEP avait affecté ce dernier en garantie de toutes les opérations ou sommes pouvant être dues par lui au banquier teneur de compte, notamment au titre du remboursement d'un prêt et d'un découvert bancaire. Le titulaire du PEP s'avéra par la suite défaillant et ne parvint pas à payer les échéances du prêt ni à rembourser le solde débiteur de son compte courant dépassant l'autorisation de découvert. Le banquier teneur de compte, créancier nanti, réalisa alors le nantissement portant sur le PEP en affectant les sommes qui y étaient inscrites, d'autorité, sans solliciter l'autorisation du titulaire du compte (débiteur) ni celle d'un juge, au remboursement des échéances impayées du prêt et du solde débiteur du compte excédant le montant de l'autorisation de découvert. Le titulaire du PEP, débiteur, assigna donc le banquier créancier aux fins de voir rétabli le solde créditeur dudit PEP.

Les juges du fond (cour d'appel de Montpellier), dans un arrêt du 4 mars 2003, condamnèrent le banquier, créancier nanti, à rétablir le solde créditeur du PEP, considérant que, si le pacte comissoire échappait à la prohibition de l'ancien article 2078 du code civil, lorsqu'il assortissait un nantissement portant sur des sommes d'argent, il n'en demeurait pas moins qu'en l'absence de stipulation d'un tel pacte, le créancier nanti ne pouvait s'attribuer le solde créditeur d'un compte spécial sans s'y être fait autoriser en justice.

Le banquier créancier forma alors un pourvoi dans lequel il soutint que l'affectation en garantie d'un compte spécial, tel un plan d'épargne populaire (PEP), constituait un « gage-espèces » emportant, de plein droit, dès sa constitution, transfert de la propriété pleine et entière des sommes inscrites au crédit dudit compte. Il s'appuyait

¹²⁰ Cass. 1^{ère} civ. 15 novembre 2005, Bull. civ. IV, n° 415, pourvoi n° 03-14.208 ; *Rev. Lamy dr. aff.* 2006, 1, obs. J.-L. Vallens.

par ailleurs sur la rédaction des actes de nantissement en cause, dont les stipulations comportaient selon lui un pacte comissoire... de sorte que la réalisation de la sûreté à laquelle il avait procédé était, de son point de vue, conforme aux dispositions de l'ancien article 2078 du code civil.

306-1. La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si l'affectation en garantie de sommes d'argent inscrites sur un compte spécial, tel un plan d'épargne populaire (PEP), emportait ou non transfert de la propriété desdites sommes au créancier dès la constitution de la sûreté, et si, en l'absence de pacte comissoire, le créancier nanti pouvait s'approprier les sommes affectées en garantie sans requérir l'autorisation d'un juge.

306-2. Rejetant le pourvoi, la Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile, a répondu à cette question en deux temps. Dans un premier temps, elle a jugé que « le gage [...] avait été réalisé au moyen de l'inscription de sommes en espèces sur un plan d'épargne populaire, lequel constituait un compte d'épargne rémunéré dont la stabilité devait permettre l'obtention d'exonérations fiscales et d'une prime d'épargne, ce dont il résultait que les sommes d'argent déposées n'étaient ni consommables ni fongibles, [et que] la propriété de ces sommes n'avait pas été transférée » à la banque créancière. Autrement dit, la Cour de cassation a réitéré la solution classique selon laquelle l'affectation en garantie d'un compte spécial, autrement dit de monnaie scripturale non confondue dans le patrimoine du créancier, est dépourvue de tout effet translatif de propriété lors de sa constitution.

Dans un second temps, la Cour de cassation a ajouté que les dispositions contractuelles litigieuses « prévoyaient seulement la possibilité d'une compensation en cas de retrait d'espèces au cours du plan ou à sa clôture sans qu'il soit besoin d'établir un nouvel acte et nullement une compensation immédiate et automatique de l'ensemble des créances en cas de non-paiement ou de solde débiteur de compte ». En d'autres termes, les conventions en cause ne comportaient pas de pacte comissoire... de sorte que le créancier nanti aurait dû solliciter l'autorisation d'un juge pour se faire attribuer la propriété des sommes inscrites sur le compte spécial affecté en garantie. N'ayant pas demandé l'attribution judiciaire, la banque créancière avait donc réalisé sa sûreté en violation des dispositions de l'ancien article 2078 du code civil qui prévoyaient que « le créancier ne [pouvait], à défaut de paiement, disposer du gage sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurerait en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera[it] vendu aux enchères ».

306-3. Indirectement, la Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile, a suggéré en creux que la réalisation de la sûreté par appropriation des sommes affectées en garantie sans autorisation d'un juge aurait été valable si les parties avaient convenu d'une telle attribution conventionnelle de la propriété du compte spécial. Autrement dit, la première chambre civile a fait implicitement sienne la solution énoncée par la chambre commerciale, le 9 avril 1996, selon laquelle le pacte commissaire, dès lors qu'il assortissait une sûreté sur sommes d'argent, n'était pas concerné par les dispositions de l'ancien article 2078 du code civil prévoyant que toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans vente en justice ou attribution judiciaire était nulle¹²¹.

306-4. Si la solution énoncée par la Cour de cassation le 15 novembre 2005 avait jusqu'ici le mérite de la carté, l'incise que la Haute juridiction a cru bon d'introduire dans sa décision et selon laquelle « un pacte commissaire n'aurait pu avoir pour objet que d'autoriser la compensation », était, elle, source de confusion. En effet, dans la mesure où l'on ne peut compenser que deux droits personnels, et dans la mesure où la stipulation d'un pacte commissaire suppose nécessairement que, jusqu'à la réalisation de ce dernier, la propriété pleine et entière des biens affectés en garantie est restée entre les mains du constituant, il est absolument possible d'assimiler ces deux modes de dénouement d'une même sûreté. Le premier suppose que le constituant se soit, lors de la constitution de la sûreté, totalement départi de son droit de propriété (pleine et entière) pour le transférer au créancier et n'avoir plus qu'une créance de restitution potentiellement « compensable » avec la créance garantie. Le second implique nécessairement que, lors de la constitution de la sûreté, le constituant ait conservé la propriété pleine et entière des biens affectés en garantie qui, en cas de défaillance, lors de la réalisation de la sûreté, pourrait être conventionnellement transférée au créancier, jusqu'ici dépourvu de tout droit réel sur les biens en question, sans autorisation d'un juge. Un pacte commissaire ne peut donc « autoriser » une compensation ni être assimilé à une compensation.

306-5. La confusion a néanmoins gagné une partie de la doctrine, puisque le professeur Maxime Julienne a pu écrire au sujet de cet arrêt que « la compensation ici

¹²¹ Cass. com. 9 avril 1996 (Bull. civ. IV n° 116 ; D. 1996, jur. p. 399, note Ch. Larroumet ; D. 1996 somm. p. 385, obs. S. Piedelièvre ; JCP G 1997, I, 3991, n° 18, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque ; RTD civ. 1996, p. 669, obs. P. Crocq ; Bull. Joly Sociétés 1996 p. 674, note P. Le Cannu).

évoquée n'est rien d'autre que l'appropriation des sommes en paiement »¹²², ou encore plus généralement, au sujet du nantissement de créance, que la différence entre compensation et imputation n'est « pas substantielle », car « à bien des égards, la compensation est une forme d'attribution »¹²³ - comme si la compensation de deux droits personnels et l'attribution conventionnelle d'un droit réel (de propriété, en l'occurrence) n'avaient juridiquement aucune raison d'être distinguées.

306-6. Au-delà de cette confusion fort critiquable, il suffit de retenir, à ce stade de notre raisonnement, qu'**il est désormais bien établi en jurisprudence que l'affectation en garantie de monnaie scripturale qui n'est pas confondue dans le patrimoine du créancier, notamment parce qu'elle prend la forme d'un compte spécial tel un plan d'épargne populaire (PEP), n'emporte pas, lors de sa constitution, transfert de la propriété des sommes grevées de sûreté.**

§ 3. Les dispositions législatives relatives à l'affectation en garantie des comptes spéciaux.

307. La loi, quant à elle, est restée générale, pour ne pas dire évasive. L'article 2341, alinéa 1^{er}, du code civil a en effet vocation à s'appliquer à toutes choses fongibles, et à la monnaie en particulier, qu'elle soit fiduciaire ou scripturale. On applique en principe à l'affectation en garantie de sommes inscrites sur un compte spécial, isolé et bloqué (à l'égard du constituant comme du créancier) la règle selon laquelle la propriété des sommes inscrites sur ce compte n'est pas transférée au créancier dès la constitution de la sûreté, mais réservée au constituant jusqu'à la réalisation de la sûreté consécutive à sa défaillance. En pratique, ce compte spécial et bloqué est souvent ouvert par le créancier au nom du constituant, l'identification de ce dernier comme titulaire du compte étant le signe de la préservation de son droit de propriété.

Il faut toutefois noter que la commission Grimaldi avait, dans son avant-projet de réforme du droit des sûretés, envisagé de consacrer des dispositions propres à cette affectation en garantie d'un compte spécial et bloqué. Elles auraient été rassemblées dans une section II du chapitre III relatif au nantissement – section intitulée « Du

¹²² M. Julienne, *Le nantissement de créance*, 2011, thèse dirigée par L. Aynès et soutenue à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, § 97, pp. 61-62.

¹²³ *Ibidem*, § 218, p. 140.

nantissement de monnaie scripturale »¹²⁴. L'article 2341, alinéa 1^{er}, du code civil apparaît aujourd'hui comme une bien maigre consolation au regard du dispositif détaillé que prévoyait l'avant-projet de réforme du droit des sûretés. Le « nantissement de monnaie scripturale » y était défini par l'article 2357 du projet comme « la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation des fonds inscrits sur un compte bloqué ouvert à son nom par un établissement habilité à les recevoir ». Cette seule définition reprend les deux principales techniques d'individualisation de la monnaie scripturale : le blocage du compte et la mention du nom du constituant comme titulaire du compte. L'identification des sommes inscrites en compte aurait été double puisqu'il était prévu par l'article 2358 du projet que « l'acte détermine[rait] la ou les créances garanties et le montant des fonds nantis » et qu'il « identifie[rait] le compte bloqué ». Soulignant le « verrouillage » du compte, l'article 2362 du projet prenait soin de préciser que « ni le constituant, ni aucun tiers, ni le syndic d'une procédure d'insolvabilité, ne [pourrait] retirer les fonds nantis aussi longtemps qu'une créance garantie subsiste »¹²⁵.

Blocage du compte, identification du constituant comme titulaire du compte et identification du montant des sommes inscrites en compte : tout était fait pour empêcher la confusion des sommes inscrites en compte avec des articles de compte du créancier, et pour préserver le droit de propriété du constituant... qui, néanmoins, aurait dû en contrepartie subir, aux termes de ce projet, un dénouement assez rude de la garantie dans l'hypothèse où il aurait été défaillant. Moins audacieux que l'actuel article 2364, alinéa 1^{er}, du code civil – qui, rappelons-le, permet au créancier d'imputer les sommes versées au titre de la créance nantie échue sur la créance garantie lorsque celle-ci est échue – l'article 2363 du projet autorisait tout de même le créancier à « se faire remettre les fonds nantis dans la limite du montant des créances impayées » huit jours après que le débiteur en ait été « dûment » averti. En revanche, l'article 2364 du projet allait aussi

¹²⁴ Il était ainsi distingué, dans l'avant-projet de réforme, entre le nantissement de compte bloqué – assimilé à un nantissement de bien incorporel autre qu'une créance au sens civil du terme – et le nantissement de compte non bloqué – assimilé à un nantissement de créance au sens civil. Seul le nantissement de compte non bloqué a été retenu dans le texte définitif de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 pour constituer, sous l'appellation « nantissement de compte », une variante du nantissement de créance. La distinction fondée sur le caractère ou non bloqué du compte affecté en garantie a été retenue par les auteurs de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés comme *summa divisio* des sûretés sur la monnaie, ce qui revient indirectement à distinguer selon le caractère ou non confondu des sommes affectées en garantie.

¹²⁵ Certains auteurs y ont vu la consécration d'un droit de rétention sur les biens incorporels que constituent les inscriptions en compte. De son côté, le professeur Didier-René Martin tire parti du parallélisme entre les dispositions de ce projet d'article et le droit de rétention du créancier bénéficiaire d'un gage de bien meuble corporel pour souligner « l'irrépressible attraction de la corporalité scripturale qui réduit la prétendue créance de monnaie scripturale à une pure pétition de principe, une vulgate éculée que tout dément, une notion trahie, aussi, par son régime » (« De la garantie monétaire », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 44).

loin que l'actuel article 2364, alinéa 1^{er}, du code civil, et même plus loin que l'actuel article 2365 du code civil (qui ouvre la possibilité du pacte comissoire assortissant un nantissement de créance, mais qui achoppe sur l'interdiction de la réalisation d'un pacte comissoire en procédure collective¹²⁶), puisqu'il prévoyait que « l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre le constituant ou le débiteur demeure sans effet sur la réalisation du nantissement ».

Ainsi, le régime du nantissement de monnaie scripturale, s'il facilitait considérablement le transfert de la propriété des sommes inscrites en compte lors de l'exécution de la sûreté, demeurerait très respectueux des solutions jurisprudentielles selon lesquelles l'affectation en garantie de sommes inscrites sur un compte spécial et bloqué doit être considérée comme étant celle de sommes individualisées, et n'entame donc en rien le droit de propriété du constituant sur lesdites sommes.

308. Si évasive soit-elle, la loi a toutefois précisé le régime de l'affectation en garantie de sommes inscrites sur un compte bloqué à l'égard du créancier, mais pas à l'égard du constituant. L'article 2360 du code civil, introduit par l'ordonnance n° 2006-346 réformant le droit des sûretés, régit en effet le nantissement de compte qu'il faut entendre comme l'affectation en garantie de sommes inscrites sur un compte non bloqué (à l'égard du constituant), c'est-à-dire sur un compte courant où le constituant peut, à sa guise, effectuer des opérations de débit ou de crédit, mais sur lequel le créancier ne peut pas faire de retraits. Le régime de cette sûreté, assimilée à un nantissement de créance, prévoit que le droit du créancier nanti porte sur le « solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté sous réserve de la régularisation des opérations en cours ». Dans la mesure où l'assiette de la sûreté n'est fixée qu'au jour de sa réalisation, cela laisse le constituant libre de débiter ou d'alimenter le compte à sa guise jusqu'à cette date, au risque que le solde du compte soit nul voire négatif au jour de la réalisation de la sûreté – sauf, bien sûr, à stipuler une clause aux termes de laquelle le constituant s'engage à ne pas débiter le compte au-delà d'un certain montant, sous peine de devoir l'alimenter (clause d'arrosage) ou de rendre la dette garantie exigible. Dans la mesure où le constituant reste ainsi libre de débiter et d'alimenter le compte nanti, et dans la mesure où il conserve ainsi le droit d'user, de jouir et de disposer des sommes inscrites sur le compte affecté en garantie (notamment

¹²⁶ Article L. 622-7, I, alinéa 3, du code de commerce.

en effectuant des retraits), il n'y a guère d'autre solution que d'admettre qu'il conserve la propriété des sommes affectées en garantie. Si les sommes affectées en garantie sont confondues, du fait des opérations de débit et surtout de crédit réalisées par le constituant, elles sont confondues au sein du patrimoine du constituant, et non au sein du patrimoine du créancier. La question de l'effet translatif ou acquisitif de propriété attaché à la confusion des choses fongibles *dans le patrimoine d'autrui* ne se pose donc pas.

De tout cela, il faut conclure que l'affectation en garantie de sommes d'argent inscrites sur un compte que le constituant reste libre de mouvoir, doit être qualifiée sùreté non translative de propriété, même si lesdites sommes sont confondues au sein du patrimoine du constituant. S'il y a confusion des sommes d'argent affectées en garantie, c'est bien parce que le constituant en a conservé la propriété et a exercé le droit d'en disposer. Comme le professeur Didier-René Martin¹²⁷, le professeur Michel Cabrillac classe ce mode d'affectation en garantie de monnaie scripturale parmi les sùretés sur des sommes d'argent non confondues, sùretés non translatives de propriété¹²⁸.

Conclusion

309. S'il est vrai que l'individualisation de la monnaie scripturale passe par l'isolement des sommes sur un compte spécial et bloqué, et s'il est vrai que cette individualisation préserve le droit de propriété du constituant sur lesdites sommes, il faut toutefois distinguer le cas où le compte est spécial et bloqué du cas où il est spécial mais non bloqué... car, dans le premier cas, les sommes affectées en garantie restent la propriété du constituant alors que dans le second cas, elles sont susceptibles d'être transférées en propriété au créancier... même si le compte est ouvert au nom du constituant par souci d'identification de l'origine des fonds.

310. C'est en effet ce qu'il ressort de l'arrêt que la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a rendu le 6 février 2007¹²⁹ dans une affaire où un époux avait

¹²⁷ D. R. Martin, « Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires », D. 1987, jur. p. 229.

¹²⁸ M. Cabrillac, « Les sùretés conventionnelles sur l'argent », in *Mélanges offerts à J. Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 337. Évoquant « la convention qui consiste à affecter à la garantie d'une créance du banquier sur son client le solde créditeur d'un compte qui fonctionne normalement, compte-chèques ou compte de dépôt rémunéré », le professeur Michel Cabrillac relève que « dans cette combinaison, le client ne se dessaisit pas d'une somme, car il reste libre de faire fonctionner comme il l'entend le compte générateur de la garantie, de sorte que ce dernier peut ne pas présenter un solde créditeur à l'heure du dénouement ».

¹²⁹ Cass. com. 6 février 2007 (*Rev. Lamy dr. civ.* 2007, n° 39, p. 25, obs. D. Legeais ; *RTD civ.* 2007, p. 373, obs. P. Crocq ; *JCP E* 2008, n° 2, chron. « Droit des sùretés » de Ph. Simler et Ph. Delebecque ; *Revue des contrats*, 2008, n° 2, p. 425, note A. Aynès).

affecté le solde créditeur d'un compte spécial ouvert auprès d'une banque à la garantie des soldes débiteurs de comptes dont lui et son épouse étaient titulaires auprès de cette même banque créancière. Or l'affectation en garantie était assortie d'une autorisation irrévocable pour la banque créancière « de prélever à tout moment les intérêts et capitaux des sommes nanties afin de régulariser le règlement des créances de la banque, sous la seule condition que le cours du dollar atteigne un certain seuil », et de compenser la totalité des soldes débiteurs avec le solde créditeur du compte de l'époux à une certaine date – dont l'époux demanda le report. Or la banque créancière procéda à la compensation à une date antérieure à la date de report demandée par l'époux et, quatre ans plus tard, demanda à l'époux de régler les soldes débiteurs, la compensation n'ayant pas suffi à apurer le passif des époux. L'époux titulaire du compte affecté en garantie refusa de s'exécuter, contesta les conditions de la compensation opérée quatre ans plus tôt par la banque créancière, et argua de ce que cette affectation en garantie devait s'analyser en un nantissement de créance... de sorte que ni l'exigence d'enregistrement et de signification prévue par l'ancien article 2075 du code civil, ni la prohibition du pacte commissaire prévue par l'ancien article 2078 du code civil n'avaient été respectées... Le demandeur au pourvoi soutenait que le caractère spécial du compte suffisait à l'individualisation des sommes d'argent et donc au maintien de son droit de propriété sur ces sommes : « la créance nantie étant identifiable du fait d'une inscription sur un compte spécial ne contenant aucune autre valeur de la même espèce, elle demeurait la propriété du constituant ».

311. Or tant la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 20 mai 2005, que la Cour de cassation, jugèrent que le caractère spécial du compte ne satisfaisait pas à lui seul à l'exigence d'individualisation des sommes dont dépend la préservation du droit de propriété du constituant. L'isolement des sommes d'argent sur un compte spécial ouvert au nom du constituant était indifférent dès lors que les parties avaient convenu que le créancier pouvait « prélever à tout moment les intérêts et capitaux des sommes nanties afin de régulariser le règlement des créances » et compenser la totalité des soldes débiteurs par le solde créditeur du compte de l'époux. Cette liberté reconnue au créancier faisait du compte, certes spécial, un compte bloqué à l'égard du seul constituant, et non à l'égard du créancier – qui pouvait disposer des sommes qui y étaient inscrites, et qui, par conséquent, avait acquis « la propriété effective » de ces sommes dès la constitution de la sûreté. Selon la cour d'appel de Paris, « le constituant acceptait le principe de la dépossession des sommes nanties par leur remise à un compte bloqué ouvert au nom du constituant ». Et selon la Cour de cassation, il

ne s'agissait pas seulement d'une dépossession mais bien d'un transfert de propriété dès lors que le compte n'était pas bloqué à l'égard du créancier. Ainsi, nonobstant le fait que les sommes d'argent soient inscrites sur un compte spécial et ouvert au nom du constituant « pour la seule commodité des écritures », l'interprétation de la volonté des parties conduisit à considérer que celles-ci avaient convenu d'un transfert de propriété des sommes affectées en garantie dès la constitution de la sûreté dès lors que le compte était « impersonnel » (quoiqu'ouvert au nom du constituant) et « purement interne à la banque ».

312. Le caractère spécial du compte ne suffit donc pas à individualiser les sommes d'argent affectées en garantie dès lors qu'il ressort que constituant et créancier n'ont pas entendu rendre ce compte « bloqué » à l'égard du créancier, et dès lors que le créancier peut donc user et disposer des sommes, notamment en opérant une compensation. Le caractère spécial du compte et l'identification du constituant n'empêchent pas la confusion des sommes d'argent dans le patrimoine du créancier dès lors que lui a été conventionnellement reconnue la faculté de « se servir » sur le compte, « sans nécessité d'une autorisation préalable » du constituant. La subordination de cette faculté à l'autorisation préalable du constituant eût sans doute conduit les juges du droit à qualifier la sûreté de nantissement de créance, et non de gage-espèces, puisque cette condition eût traduit la volonté du constituant de préserver son droit de propriété sur les sommes affectées en garantie jusqu'à son éventuelle défaillance. Mais en l'absence de toute condition de ce genre, c'est la qualification de gage-espèces qui fut (maladroitemment¹³⁰) retenue, et, ce qui lui est inhérent, le transfert au créancier du droit de disposer des sommes affectées en garantie dès la constitution de la sûreté.

Mais encore faut-il nuancer le caractère « inhérent » du transfert de propriété dès la constitution du gage-espèces... tant la question est discutée en doctrine et confuse en jurisprudence.

¹³⁰ La Haute juridiction décide en effet que « le nantissement portait sur un gage-espèce » - formule très maladroite puisque le nantissement ne peut « porter » sur un gage-espèces. La sûreté réelle constituée sur le compte est soit le nantissement d'une créance de restitution (sans transfert de propriété des sommes au créancier à la date de constitution de la sûreté), soit un « gage-espèces » (avec transfert de propriété des sommes au créancier à la date de constitution de la sûreté). Et même s'il s'agit d'un gage-espèces, entendu comme « fiducie-sûreté », le créancier a une obligation de restitution (en nature ou par équivalent) des biens dont la propriété lui a été transférée à titre de garantie, si le débiteur constituant paie la créance garantie, car la propriété fiduciaire est, par essence, une propriété temporaire, grevée d'une obligation de restitution, et donc d'une obligation de conservation de la valeur du bien.

Chapitre II. L'affectation en garantie de sommes d'argent confondues

313. Notion de « gage-espèces ». – Au regard du transfert de propriété, l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues pose bien des problèmes. On assimilera la notion de « gage-espèces » à celle d'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier, et non à celle de gage portant sur de la monnaie fiduciaire.

Certains auteurs¹³¹ assimilent la notion de gage-espèces à celle de « gage constitué en espèces, en billets et en pièces de monnaie ». Cette assimilation est erronée puisqu'en pratique on parle aussi bien de « gage-espèces » pour l'affectation en garantie de monnaie scripturale. En revanche, il y a un point commun entre les différentes sûretés sur sommes d'argent qualifiées de « gage-espèces » au sens strict : il réside dans l'absence d'individualisation desdites sommes d'argent et, par conséquent, dans leur confusion au sein du patrimoine du créancier. On ne parle guère de « gage-espèces » pour qualifier l'affectation en garantie de pièces de monnaie isolées dans un sac, de billets isolés dans une enveloppe ou d'écritures inscrites sur un compte spécial et bloqué. Que le « gage-espèces » fasse l'objet d'analyses divergentes (gage ordinaire, gage irrégulier, ou « fiducie-sûreté » assimilée à une propriété-sûreté translatrice d'une propriété pleine et entière), il n'en reste pas moins qu'un trait commun demeure : la confusion des sommes affectées en garantie dans le patrimoine du créancier. Au sens strict, la notion de « gage-espèces » désigne donc l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier. Au sens large, la notion de « gage-espèces » désigne, pour certains, toute sûreté sur sommes d'argent – y compris lorsque ces sommes ne sont pas confondues dans le patrimoine du créancier.

314. Si le « gage-espèces » est si problématique, c'est parce qu'il ne désigne rien d'autre que l'affectation en garantie de sommes d'argent non pas isolées mais confondues dans le patrimoine du créancier – avec tous les problèmes théoriques et

¹³¹ M. Cabrillac (« Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Mélanges offerts à J. Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 333) et G. Cuniberti (« Le gage-espèces (de l'accession en matière monétaire) », *LPA*, 5 novembre 1999, n°221, p. 4). Expriment un parti pris très isolé et très discutable, l'avocat Stéphan Alamowitch (« Le gage-espèces », *LPA*, 26 août 1994, n°102) va même jusqu'à soutenir qu'on ne devrait appeler « gage-espèces » que l'affectation en garantie de sommes d'argent non confondues dans le patrimoine du créancier (notamment sous forme de compte bloqué à l'égard du constituant comme du créancier, peu important que ce compte soit impersonnel ou ouvert au nom du créancier ou du constituant).

pratiques que cette confusion pose. La doctrine est en effet très divisée non seulement quant à l'existence (ou non) d'un transfert de propriété dès la constitution de la sûreté, mais aussi, au sein de ceux qui sont favorables à l'idée d'un tel transfert de propriété, quant à la justification de ce transfert de propriété (consomptibilité de la monnaie ? fongibilité de la monnaie ? confusion des choses de genre dont la monnaie fait partie ? volonté tacite des parties ? volonté expresse des parties ?). C'est l'ensemble de ces débats que l'on va s'attacher à présenter en examinant tout d'abord les arguments de ceux qui soutiennent que l'absence d'individualisation des sommes d'argent emporte le transfert de leur propriété au créancier, dès la constitution de la sûreté (section I), puis les arguments de ceux qui soutiennent que cette absence d'individualisation ne prive pas le constituant de tout droit réel sur lesdites sommes (section II).

Section I. Une propriété transférée ?

315. Justification matérielle ou intentionnelle du transfert du droit de disposer. – Si les auteurs sont partagés sur la question de savoir si l'affectation en garantie de sommes d'argent non individualisées emporte ou non transfert au créancier de la propriété desdites sommes dès la constitution de la sûreté, ils le sont aussi, pour ceux qui soutiennent qu'il y a transfert de propriété dès la constitution de la sûreté, sur la question de savoir quelle est la justification de ce transfert.

315-1. Certains soutiennent qu'il est lié à la nature de l'objet de la sûreté (la monnaie) : ils sont tenants d'une conception matérielle du transfert de propriété. C'est en quelque sorte dans le « *corpus* » que s'ancrerait ce transfert. D'autres soutiennent qu'il est lié à la volonté des parties : ils sont tenants d'une conception intentionnelle du transfert de propriété. C'est en quelque sorte dans l'« *animus* » que s'ancrerait ce transfert.

315-2. Si le courant favorable à la conception matérielle du transfert de propriété s'accorde pour considérer que la nature du contrat de gage ne se trouve pas changée par un transfert de propriété qui ne tient qu'à la nature de l'objet affecté en garantie et qui est plus accidentel qu'essentiel au contrat de gage-espèces, et si ce courant opte pour le maintien de la qualification de « gage » pour désigner

le contrat, nonobstant le caractère « irrégulier » du gage¹³², ce courant se divise sur l'explication de ce transfert de propriété « accidentel » et « irrégulier » : est-il dû à la consomptibilité de la monnaie ? à sa fongibilité ? à sa nature de chose de genre ?

315-3. Si le courant favorable à la conception intentionnelle du transfert de propriété s'accorde pour considérer que la nature du contrat de gage se trouve changée par un transfert de propriété qui tient à la volonté des parties, et qui est donc plus essentiel qu'accidentel, et si ce courant opte pour l'assimilation du contrat de gage-espèces à une « fiducie-sûreté » translative d'une propriété pleine et entière, ce courant se divise sur le caractère exprès ou tacite de la volonté des parties.

§ 1. Le transfert du droit de disposer n'est pas dû à la consomptibilité de la monnaie.

316. Consomptibilité de la monnaie. – La monnaie – qu'elle soit métallique, papier ou scripturale – est une chose consomptible par le premier usage (*primo usu*). Mais il ne s'agit pas là d'une consomptibilité matérielle : on n'a jamais vu un billet de banque s'auto-détruire au moment où on le remet par exemple à son boulanger... Pour reprendre la formule du doyen Jean Carbonnier, la monnaie est étrangère à « ce défaut universel du vieillissement »¹³³. Sa consomptibilité est juridique : tout usage de la monnaie emporte son aliénation¹³⁴. L'*usus* ne fait qu'un avec l'*abusus*. On ne peut user

¹³² En ce sens : L. Guillovard, *Traité du nantissement et du droit de rétention*, Pédone, 1895, n° 29, p. 28 ; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, Librairie de la Société du Recueil général, Paris, 1901, n° 1018 ; G. Baudry-Lacantinerie et P. de Loynes, *Traité théorique et pratique de droit civil – XXVI, Du nantissement*, t. I, Sirey, 3^e éd., 1906, n° 34, p. 22 ; L. Jossierand, *Cours de droit civil positif français*, Sirey, 3^e éd., 1939, n° 1477, p. 902 et n° 1517, p. 926 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII, *Les sûretés réelles*, par E. Becqué, LGDJ, 2^e éd., 1953, n° 71, p. 77 ; Ch. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t. XIII, *Les sûretés personnelles et réelles*, par P. Voirin, éd. Rousseau, 2^e éd., 1948, n° 155 ; L. Lacour et J. Bouteron, *Précis de droit commercial*, t. II, Dalloz, 3^e éd., 1925, n° 1575 ; A. Weill, *Les sûretés – La publicité foncière*, Précis Dalloz 1979, n° 77, p. 78 ; M. Dagot, *Les sûretés*, Thémis Droit privé, PUF, 1981, p. 112 ; J. Dupichot, obs. sous Cass. com. 28 juin 1983, *Gaz. Pal.*, 1984, pan. p. 24 ; Ph. Jestaz, G. Marty et P. Raynaud, *Les sûretés. La publicité foncière*, Sirey, 2^e éd., 1987, n° 66, p. 51 ; F. Zenati-Castaing, *RTD civ.* 1987, p. 614 ; Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, Coll. Droit fondamental, PUF, 1988, n° 231, p. 265 ; F. J. Credot et Y. Gérard, obs. sous Trib. com. Paris, 8 octobre 1990, *RD bancaire et bourse*, 1991, n° 25, p. 96 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés. La publicité foncière*, Précis Dalloz, 6^e éd., 2012, n° 651 et s., pp. 580 et s., spéc. n° 652, p. 582 ; Ph. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, Litec, 4^e éd., 2008, n° 18, pp. 22-23.

¹³³ J. Carbonnier, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, op. cit., n° 686, p. 1557.

¹³⁴ Pour une remise en cause de la consomptibilité non seulement matérielle, mais aussi juridique de la monnaie, voir : Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas, p. 209 : « la soi-disant consomptibilité juridique de la monnaie est une fausse notion. Celle-ci ne procède absolument pas de la nature même des unités monétaires, mais de facteurs juridiques extrinsèques à ces dernières ».

M. Thomas Le Gueut s'inscrit ainsi dans le courant doctrinal qui nie le caractère *juridiquement* consomptible de l'argent. Ce courant compte notamment dans ses rangs le professeur Pierre-Grégoire Marly qui, écrit, dans sa thèse de doctorat que « la monnaie est traditionnellement citée comme l'unique bien civilement consomptible par nature », qu'« on a cependant objecté que

de la monnaie sans en disposer, sans la transférer de notre patrimoine à celui d'un autre, pour la bonne et simple raison que l'argent est fait pour être dépensé. L'économiste Walras disait que « le besoin de monnaie que l'on éprouve n'est pas autre chose que le besoin de biens que l'on achètera avec cette monnaie »¹³⁵ - et, de fait, les économistes assignent deux fonctions à la monnaie : celle d'être un instrument de comparaison des biens et services (unité de compte) et celle d'être un instrument conférant un pouvoir d'achat libérateur soit immédiat (moyen de paiement) soit différé (réserve de valeur). À moins de prendre toutes les précautions pour que la monnaie reste isolée (dans un sac, dans une enveloppe, sur un compte spécial et bloqué), sa consomptibilité juridique commande son transfert d'un patrimoine à un autre, et donc un transfert de propriété.

317. Quasi-usufruit de sommes d'argent. – C'est la raison pour laquelle l'article 587 du code civil – relatif à l'usufruit – prévoit que « si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, *comme l'argent*, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge de rendre, à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité soit leur valeur estimée à la date de la restitution » (italiques ajoutées). L'usufruit – qui n'est que la concession de la faculté d'user (*usus*) et de jouir (*fructus*) de la chose dont un autre est propriétaire (et donc seul détenteur de l'*abusus*) – s'est adapté à la nature consomptible de son objet pour devenir un quasi-usufruit. Lorsque l'*usus* se confond avec l'*abusus* parce que la chose est matériellement consomptible (grains, liqueurs...) ou juridiquement consomptible (argent), alors le quasi-usufruitier reste indirectement tenu de l'obligation de conservation de la substance de la chose grevée d'usufruit, qui est mise à sa charge par l'article 578 du code civil, sous la forme d'une obligation de restitution par équivalent. L'obligation de restitution en nature devient une obligation de restitution par équivalent. L'obligation de conservation de la substance devient une obligation de

l'argent n'a aucune vocation principale à être dépensé et peut tout aussi bien être placé en vue de produire des intérêts », et que « si la consomptibilité de l'argent n'est pas une qualité intrinsèque, force est de conclure à l'absence de consomptibilité juridique par nature » (*Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, op. cit., p. 62, note n° 131).

D'autres auteurs dénie tout caractère consomptible à l'argent au motif que la consomptibilité ne pourrait être que matérielle : c'est le cas de M. Gérard Sousi qui, dans son article sur « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent » (*RTD civ.* 1982, p. 514), ne reconnaît pas à l'argent de caractère consomptible au motif que la consomptibilité s'entendrait uniquement de la consommation matérielle, à l'exclusion de la consommation juridique. Dès lors que l'usage de l'argent entraîne son aliénation, et non sa destruction, dès lors que l'argent est donc tout au plus *juridiquement* consomptible, et non pas *matériellement* consomptible, il ne serait pas « consomptible » au sens strict du terme.

¹³⁵ Cité par E. Barel, Ch. Beaux, E. Kesler, O. Sichel, *Économie politique contemporaine*, Armand Colin, 3^eéd., 2007, préf. M. Pébereau, p. 218.

conservation de la valeur. La prohibition absolue de l'*abusus* est modulée pour devenir une prohibition relative. Alors que l'usufruitier se voit refuser tout droit de disposer, le quasi-usufruitier se voit reconnaître un droit de disposer ponctuel, provisoire et à court terme, mais en aucun cas un droit de disposer définitif et sur le long terme... car l'obligation de restitution par équivalent liée à l'obligation de conservation de la valeur rappelle au quasi-usufruitier qu'il n'est pas investi de l'*abusus*.

Même si l'*abusus* du quasi-usufruitier est donc provisoire, il est indéniable que la consomptibilité juridique de l'argent imprime à l'usufruit un caractère *temporairement* translatif de propriété.

318. Prêt de sommes d'argent. – Et il en va de même pour le prêt de consommation lorsqu'il porte sur des sommes d'argent. L'article 1892 du code civil dispose en effet que « le prêt de consommation est un contrat par lequel l'une des parties livre à l'autre une certaine quantité de choses qui se consomment par l'usage, à la charge pour cette dernière de lui en rendre autant de même espèce et qualité ». Le prêt de sommes d'argent est régi par cette disposition qui met à la charge de l'emprunteur une obligation de restitution non pas en nature, mais par équivalent. L'*usus* de l'objet prêté se confond avec son *abusus*. L'emprunteur n'emprunte de l'argent que pour le dépenser, que pour investir, que pour en disposer. User et disposer ne font qu'un. C'est la raison pour laquelle l'article 1893 du code civil ajoute que « par l'effet de ce prêt, l'emprunteur devient le propriétaire de la chose prêtée »... mais il eût été plus juste d'écrire que l'emprunteur n'est que temporairement propriétaire de la chose prêtée. Il est en effet tenu d'une obligation de restitution qui rend son *abusus* tout à fait provisoire¹³⁶... et donc illusoire. Là encore, la raison d'être de l'argent (être transféré d'un patrimoine à un autre) et sa nature juridiquement consomptible impriment au contrat de prêt de sommes d'argent (prêt de consommation) un caractère temporairement translatif de propriété (dès la formation du contrat¹³⁷).

¹³⁶ Saumaise l'avait bien compris, lui qui expliquait que le prêteur de sommes d'argent conserve la propriété de la somme prêtée, non pas la propriété des supports monétaires, dont il admettait qu'elle était transmise à l'emprunteur, mais la propriété des unités monétaires (voir : Pothier, *Traité du prêt de consommation*, n° 8 et s., in *Œuvres*, t. 8, Thomine et Fortic, Paris, 1821, pp. 89 et s.).

¹³⁷ Que l'on entende par formation du contrat l'accord des volontés des parties – s'il s'agit d'un prêt de sommes d'argent consenti par un établissement de crédit – ou la remise de la chose – s'il s'agit d'un prêt de sommes d'argent consenti par tout autre prêteur qu'un établissement de crédit. La Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile, a en effet consacré le caractère consensuel du contrat de prêt consenti par un établissement de crédit, par souci de faciliter l'exécution forcée de la promesse de prêt. Voir Cass. 1^{ère} civ. 28 mars 2000 (Bull. civ. I, n° 105 ; D. 2000, p. 482, note S. Piédelièvre ; D. 2000, p. 358, obs. Ph. Delebecque ; D. 2001, p. 1615, obs. Jobard-Bachelier ; D. 2002, p. 640, obs. D. R. Martin ; JCP G 2000, II, 10296, concl. Sainte-Rose ; *Defrénois* 2000, p. 720, obs. Aubert ; *Contrats Concurrence Consommation* 2000, n° 106 note L. Leveneur) et Cass. 1^{ère} civ. 27 juin 2006 (*Contrats Concurrence Consommation* 2006 n° 221, note L. Leveneur). Mais cela ne concerne que le contrat de prêt de sommes d'argent consenti par un professionnel du crédit : le contrat de prêt de sommes d'argent consenti par tout autre qu'un professionnel du crédit reste un contrat réel formé par la remise de la chose (Cass. 1^{ère} civ. 7 mars 2006,

318. Thèse liant le transfert du droit de disposer de sommes d'argent affectées en garantie à la consomptibilité de la monnaie. – De là à soutenir que le caractère temporairement translatif de propriété du contrat d'affectation en garantie de sommes d'argent dès la formation du contrat est également dû à la consomptibilité juridique *primo usu* de la monnaie, il n'y a qu'un pas – que franchirent les professeurs Marcel Planiol et Georges Ripert¹³⁸, Henri et Léon Mazeaud¹³⁹, Gabriel Marty, Pierre Raynaud et Philippe Jestaz¹⁴⁰, Philippe Théry¹⁴¹, Pierre Crocq¹⁴², Dominique Legeais¹⁴³ et Jérôme François¹⁴⁴.

Bull. civ. I, n° 138 ; D. 2007, p. 759, obs. D. R. Martin ; JCP G 2006, II, 10109, note S. Piédelièvre ; *Contrats Concurrence Consommation* 2006, n° 128, note L. Leveneur).

¹³⁸ M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII, *Les sûretés réelles*, par E. Becqué, LGDJ, 2^e éd., 1953, p. 84, n° 77. Les auteurs expliquent que lorsque le gage porte sur une somme d'argent, « le contrat s'éloigne du véritable nantissement, car la personne à laquelle l'argent est remis en devient propriétaire puisqu'il s'agit de choses *consomptibles* » (italiques ajoutées).

¹³⁹ H. J., et L. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 1, *Sûretés, publicité foncière*, par Y. Picod, Montchrestien, 7^e éd., 1999, n° 65, pp. 145-146. Ces auteurs expliquent que « quand le gage porte sur une chose consomptible, le créancier, par application des règles générales qui gouvernent les débiteurs de ces choses, devient propriétaire de l'objet engagé et doit restituer une chose équivalente, non la chose elle-même, à moins que la loi ou le contrat ne décident le contraire, auquel cas la chose perd son caractère de consomptibilité », que « l'argent est une chose consomptible » et que « le créancier qui reçoit en gage une somme d'argent (gage improprement appelé cautionnement) devient donc propriétaire des billets ou espèces qui lui sont remis, et n'est tenu de rendre qu'une somme équivalente ».

¹⁴⁰ Ph. Jestaz, G. Marty, P. Raynaud, *Les sûretés. La publicité foncière*, 2^e éd., Sirey, 1987, p. 52, n° 66. Citant un arrêt rendu par la Cour de cassation statuant en sa chambre commerciale le 3 décembre 1957 (*Gaz. Pal.*, 1958, I, p. 244), ces auteurs expliquent que « le gage des choses consomptibles confère au gagiste des droits plus étendus puisqu'il lui confère la propriété même des choses données en gage en l'obligeant à restituer des choses de même nature et de même valeur en qualité et en quantité qui s'apprécie au jour de l'extinction du gage ». Toutefois, ils réservaient un sort particulier au gage de sommes d'argent dont ils semblaient lier le caractère translatif de propriété à la nature consomptible mais aussi *fongible* de la monnaie.

¹⁴¹ Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, Coll. Droit fondamental, PUF, 1988, p. 265, n° 231.

¹⁴² P. Crocq, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 259 : « l'argent est une chose consomptible au sens de chose dont on ne peut faire un premier usage sans en perdre la propriété ». *Adde*, p. 35 : « les gages de sommes d'argent [...] eu égard au caractère fongible et consomptible de l'argent, ou au transfert de la provision qui accompagne la remise d'un chèque, ont toujours pour effet de conférer au créancier la propriété du bien objet de la garantie [de sorte qu'il] s'agit d'aliénations fiduciaires de biens corporels (espèces) ou incorporels (créances) à titre de garantie ». On notera toutefois qu'à la lecture de ces quelques lignes, si la consomptibilité de la monnaie paraît être, pour le professeur Pierre Crocq, un facteur du transfert du droit de disposer, ce dernier semble aussi pouvoir être aussi lié à la fongibilité de la monnaie fiduciaire et, pour la monnaie scripturale, à la règle attachant un effet translatif de propriété au transfert de la provision du chèque. La consomptibilité de l'argent serait donc un facteur non exclusif. Des écrits plus récents le confirment, qui lient le transfert de propriété qu'opère la remise d'une somme d'argent à un créancier, au caractère fongible de la monnaie (P. Crocq, L. Aynès, *Les sûretés, la publicité foncière*, Coll. droit civil, LGDJ, 7^e éd., 2013, n° 505, p. 234).

¹⁴³ D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, *Economica*, 1984, p. 68, note 17.

¹⁴⁴ J. François, « Retour sur la revendication des sommes d'argent », D. 2012, p. 1493. Selon cet auteur, alors que la consomptibilité matérielle des choses remises à un détenteur précaire (quasi-usufructier ou emprunteur) n'aurait pas nécessairement d'effet translatif de propriété, dans la mesure où le détenteur précaire n'est pas tenu d'user (et donc de disposer) des choses matériellement consomptibles qui lui sont remises, la consomptibilité juridique de l'argent emporterait nécessairement transfert de sa propriété au détenteur précaire, dans la mesure où « l'octroi du pouvoir de disposition juridique à autrui le désigne comme propriétaire de la somme remise » (*ibidem*). Pourtant, pas plus que l'emprunteur ou le quasi-usufructier de choses matériellement consomptibles, le détenteur précaire de sommes d'argent n'est tenu de disposer de ces dernières. Qui plus est, quand bien même le détenteur précaire de sommes d'argent disposerait de ces dernières, il serait tenu d'une obligation de restitution qui ferait de son *abusus* non pas un *abusus* définitif, mais un *abusus* temporaire insusceptible d'être assimilé à celui du titulaire d'une propriété pleine et entière. Contrairement à ce que soutient le professeur Jérôme François, la limitation du droit de disposer du détenteur précaire de sommes d'argent n'est pas liée à la vocation alimentaire du quasi-usufruit. Comment justifier alors par une « vocation alimentaire » la limitation du droit de disposer de l'emprunteur de sommes d'argent, tenu d'une obligation de restitution, comme le quasi-usufructier de sommes d'argent ? Cette limitation du droit de disposer tient à une obligation de restitution qui pèse aussi bien sur le détenteur précaire de choses juridiquement consomptibles comme l'argent que sur le détenteur précaire de choses matériellement consomptibles. Il n'y a donc pas lieu de lier à la consomptibilité juridique plutôt qu'à la consomptibilité matérielle l'effet translatif de propriété qui caractérise la remise de choses consomptibles à un détenteur précaire.

319. Critique. – Toutefois, on notera avec M. François Leduc¹⁴⁵ qu'il y a une différence entre le quasi-usufruit et le contrat de prêt d'une part, et le contrat de gage d'autre part. **Alors que le quasi-usufruit et le contrat de prêt n'ont de sens que si le quasi-usufruiteur et l'emprunteur exercent l'usus, le contrat de gage n'a pas pour finalité première d'offrir au créancier gagiste la possibilité d'user de la chose gagée.** Comme l'écrit le professeur Michel Cabrillac, qui, avec d'autres, fonde l'effet translatif de « propriété » du gage de sommes d'argent confondues davantage sur la fongibilité de la monnaie que sur sa consomptibilité, « la remise en garantie est une utilisation qui ne constitue pas une dépense de sorte que l'on peut se demander si, dans cette opération, l'argent est traité comme une chose consomptible »¹⁴⁶. **Autant on prête de l'argent à un emprunteur pour qu'il le dépense, autant on ne remet pas de l'argent à un créancier pour qu'il le dépense**¹⁴⁷. **Le créancier gagiste peut très bien ne pas user des sommes d'argent affectées en garantie...mais le transfert du droit de disposer se produira néanmoins dès la constitution de la sûreté.** La qualité de « propriétaire » du créancier gagiste est indifférente à l'exercice effectif qu'il peut faire d'un droit d'user et de disposer sur la chose gagée : la seule reconnaissance au créancier de ces droits, indépendamment de tout exercice effectif desdits droits, lui confère la qualité de propriétaire¹⁴⁸. Il paraît dès lors peu probable que la consomptibilité juridique de la monnaie, dès son premier usage, soit la justification la plus pertinente de l'existence d'un transfert du droit de disposer lors de l'affectation en garantie de sommes d'argent non individualisées. Et M. François Leduc en veut pour preuve que les juges n'ont guère d'égard à la consomptibilité juridique de la monnaie pour expliquer ce transfert de propriété¹⁴⁹.

320. Outre cet argument fondé sur la finalité du contrat de gage – et, plus généralement, sur la finalité des sûretés qui sont censées rendre une créance plus sûre, et non conférer au créancier l'usage d'un bien de son débiteur – M. François Leduc

¹⁴⁵ F. Leduc, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », *RTD civ.*, 1995, p. 307 : « cette explication de l'effet translatif de propriété exceptionnel résultant de la consomptibilité condamne toute extension de celui-ci aux contrats, tel le gage, qui n'investissent pas l'une des parties de la faculté d'user de la chose d'autrui ».

¹⁴⁶ M. Cabrillac, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Mélanges offerts à J. Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 335, note n° 4.

¹⁴⁷ Dans le même sens : M. Julienne, *Le nantissement de créance*, 2011, thèse dirigée par L. Aynès et soutenue à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, § 213, p. 137.

¹⁴⁸ *Contra* : J. François, « Retour sur la revendication des sommes d'argent », *D.* 2012, p. 1493 : « la consomptibilité est neutralisée si le détenteur précaire n'a pas le droit de faire usage de la chose. Pour cette raison, le dépôt de choses fongibles et consomptibles, dès lors qu'il ne comporte aucune autorisation d'usage pour le dépositaire, n'est en réalité rien d'autre qu'un dépôt de choses simplement fongibles, dépourvu de tout effet translatif ».

¹⁴⁹ Cass. com. 12 novembre 1958 (Bull. civ. IV, n° 387) ; Cass. com. 28 novembre 1989 (Bull. civ. IV, n° 300) ; Cass. com. 13 février 1990 (Bull. civ. IV, n° 45) ; Cass. com. 26 février 1991 (D. 1991 p. 94).

cherche si la menace d'un dépérissement certain et imminent de la chose gagée peut être un facteur contraignant mettant à la charge du créancier non une faculté mais une obligation d'user, et donc de disposer de la chose. En effet, le créancier est tenu d'une obligation de conservation de la chose gagée en vue de sa restitution en nature qui, autrefois, était prévue par l'ancien article 2080 du code civil, et assimilée à l'obligation de veiller sur la chose « en bon père de famille ». Or, il est des cas où l'aliénation s'impose pour conserver non la substance mais la valeur de la chose gagée. Imaginons un stock de fruits (choses consommables) affecté par un producteur à la garantie de la créance du banquier qui a financé la construction de ses serres. Le banquier perd tout intérêt à se faire consentir un gage avec dépossession sur ces choses consommables que sont les fruits s'il ne les revend pas immédiatement à un détaillant ou à une chaîne de grandes surfaces. En quelques jours, les fruits seront gâtés et la sûreté du banquier aura perdu toute sa valeur. Dans ce cas, la finalité du contrat de gage, c'est en effet l'exercice par le créancier du droit d'user et, *a fortiori*, de disposer de la chose gagée. Pour reprendre les termes de M. François Leduc : « l'aliénation n'est-elle pas alors le seul moyen de conserver le gage non en nature (c'est impossible) mais du moins en valeur ? »¹⁵⁰ L'aliénation présente ici les caractères d'un acte conservatoire... même si M. François Leduc souligne avec raison que l'on « peut éprouver quelque réticence à qualifier de conservatoire une aliénation » puisque « l'acte conservatoire est, en effet, un acte de sauvegarde, nécessaire et urgent, c'est-à-dire un acte qui ne compromet pas le fond du droit »¹⁵¹. L'auteur explique à juste titre que l'ancien article 2080 du code civil autorisait le créancier à procéder à des dépenses non seulement nécessaires, mais aussi utiles à la conservation du gage, et que cette « conception large de la conservation » justifiait la reconnaissance au créancier de la faculté d'aliéner la chose gagée. À défaut, on peut songer, comme le suggère M. François Leduc, à fonder cette faculté d'aliéner la chose gagée sur le quasi-contrat qu'est la gestion d'affaires.

321. Mais pour évacuer toutes arguties sur l'existence d'un exercice du droit d'user, non pas facultatif, mais obligatoire pour le créancier bénéficiaire de l'affectation en garantie de sommes d'argent non individualisées, il suffit de se rappeler que la monnaie n'est pas sujette à la menace d'un dépérissement certain et imminent comme les choses matériellement consommables. La consommabilité de la monnaie n'est que

¹⁵⁰ F. Leduc, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », *RTD civ.*, 1995, p. 307.

¹⁵¹ *Idem.*

juridique. Certes, on pourrait arguer de ce que la monnaie dépérit du fait de l'érosion monétaire, et de ce que ce dépérissement, pour être occulté par le nominalisme, n'en est pas moins certain. On pourrait imaginer que le créancier satisfasse à son obligation de conservation de la valeur des sommes d'argent non individualisées affectées en garantie en les employant à l'acquisition d'un bien qui permettrait de fixer une dette de valeur, ou en les aliénant pour acquérir des devises mieux cotées sur le marché monétaire... mais il faudrait pour cela que les sommes d'argent soient affectées à la garantie d'une créance au terme très lointain. L'érosion monétaire étant un phénomène constant et permanent, des sommes d'argent affectées en garantie sont toujours menacées par un dépérissement certain à terme... de sorte que l'exercice par le créancier du droit d'user et donc de disposer de la chose serait toujours obligatoire. Autrement dit, l'affectation en garantie de sommes d'argent – non individualisées comme individualisées – aurait pour essence de mettre à la charge du créancier soit une obligation de substitution de devises plus fortes soit (plutôt) une obligation de remploi desdites sommes. Toute affectation en garantie de sommes d'argent deviendrait alors un gage non plus de sommes d'argent, mais de tout autre bien qui serait susceptible de satisfaire aux exigences du valorisme et qui leur serait subrogé. L'affectation en garantie de sommes d'argent aurait ainsi pour finalité de ne pas exister, de n'exister qu'un instant de raison, ou tout au plus qu'à court terme. Outre le fait qu'aucune obligation de la sorte n'existe aujourd'hui, et qu'il n'en va pas du tout ainsi en pratique, il serait donc absurde de s'appuyer sur l'érosion monétaire pour justifier une obligation pour le créancier d'user et donc de disposer des sommes d'argent affectées en garantie, et pour lier ainsi un transfert de propriété systématique à la consomptibilité de la monnaie¹⁵². Tout au plus peut-on imaginer mettre à la charge du créancier une clause d'arrosage pour pallier l'émoussement de la valeur de la sûreté, qui serait dû à l'érosion monétaire...

Il suffit donc d'avoir à l'esprit la finalité du contrat de gage, et, plus généralement, des sûretés, pour constater que l'existence d'un transfert au créancier de la propriété de sommes d'argent non individualisées affectées en garantie ne peut être liée à la consomptibilité (juridique) de la monnaie ni à la prétendue existence d'un exercice obligatoire du droit d'user (et donc de disposer)

¹⁵² Dans son *Traité juridique de la monnaie et du change*, Mater cite d'ailleurs un arrêt du Parlement de Toulouse du 3 décembre 1594 qui a établi le principe selon lequel le créancier gagiste supporte seul les risques d'altération monétaire des espèces mises en gage (Dalloz, 1925, n° 92, p. 135, note 6).

de la monnaie au nom d'une quelconque menace de dépréciation liée notamment à l'érosion monétaire.

§ 2. Le transfert du droit de disposer est dû à la fungibilité de la monnaie et l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier serait un gage irrégulier.

322. L'article 2341 du code civil, issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 suggère que c'est bien plutôt la fungibilité des choses qui imprime au gage un caractère temporairement translatif de propriété dès sa constitution. Il dispose en effet que c'est « lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses *fungibles* » (italiques ajoutées) que le créancier « acquiert la propriété la propriété des choses gagées » lorsqu'elles ne sont pas individualisées, « à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes ».

323. Distinction entre consomptibilité et fungibilité. – Si les choses fungibles sont souvent également consomptibles et si les choses consomptibles sont souvent également fungibles, fungibilité et consomptibilité sont, en droit français, deux notions bien distinctes¹⁵³. **Alors que la consomptibilité désigne le caractère d'une chose dont**

¹⁵³ Selon le professeur Pierre-Grégoire Marly (*Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens, op. cit.*, p. 81), la confusion parfois commise entre la fungibilité et la consomptibilité, qui n'ont pourtant rien de commun, s'ancre dans le droit romain, et plus précisément dans son contrat de *mutuum* qui était une forme de prêt de consommation et qui portait sur des biens à la fois fungibles et consomptibles. Selon le même auteur, la confusion a été entretenue dans l'ancien droit sous l'influence des canonistes, tant et si bien que Pothier a pu écrire que « toutes ces choses qui se consomment par l'usage qu'on en fait sont aussi connues sous le nom de choses *quae pondere, numera mensurave constant*, c'est-à-dire de choses à l'égard desquelles on considère plutôt une certaine quantité de poids, de nombre ou de mesure que les individus dont cette quantité est composée » (*Du contrat de prêt de consommation*, Bugnet, 1835, t. V, n° 25). Aujourd'hui, les articles 587 et 1892 du code civil perpétuent la confusion en prévoyant la restitution par équivalent (et donc l'identité de pouvoir libératoire) des choses consomptibles qui font l'objet d'un usufruit (dans le premier cas) et d'un prêt de consommation (dans le second cas). Selon le professeur Pierre-Grégoire Marly, il en résulte que « la fungibilité se voit prêter l'effet juridique de la consomptibilité » (*Fongibilité et volonté individuelle...*, *op. cit.*, p. 82).

En droit espagnol et en droit néerlandais, fungibilité et consomptibilité ne font qu'une. Ainsi, l'article 337 du code civil espagnol dispose ainsi que « les biens meubles sont fungibles ou non-fungibles », qu'« à la première espèce appartiennent ceux dont on ne peut faire usage conformément à leur nature sans les consommer, [et qu'] à la seconde appartiennent les autres » (« *Los bienes muebles son fungibles o no fungibles. A la primera especie pertenecen aquellos de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman; a la segunda especie corresponden los demás.* »). À l'inverse, le droit allemand opère, comme le droit français, une distinction très nette entre fungibilité et consomptibilité, et va plus loin encore que le droit français en l'explicitant et en l'inscrivant dans la loi, puisque l'article 91 du *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) définit les choses fungibles (« *Vertretbare Sachen* » – littéralement « les choses qui peuvent se représenter les unes les autres ») comme « les choses mobilières dont, dans les rapports d'affaires, il est d'usage de déterminer le nombre, la mesure ou le poids » (« *Vertretbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind bewegliche Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Maß oder Gewicht bestimmt zu werden pflegen.* »), tandis que les choses consomptibles (« *Verbrauchbare Sachen* ») sont, aux termes de l'article 92 du même code, « les choses mobilières dont l'usage, tel qu'il résulte de leur destination, consiste dans le fait de les consommer ou de les aliéner » (« *Verbrauchbare Sachen im Sinne des Gesetzes sind bewegliche Sachen, deren bestimmungsmäßiger Gebrauch in dem Verbrauch oder in der Veräußerung besteht.* ») ainsi que les « choses mobilières qui font partie d'un ensemble de marchandises placées dans un entrepôt ou stockées par tout autre moyen, dont l'usage, tel qu'il résulte de leur destination, consiste dans l'aliénation individuelle des éléments de l'ensemble » (« *Als verbrauchbar gelten auch bewegliche Sachen, die zu einem*

on ne peut user sans, dans le même temps, soit la détruire (consomptibilité matérielle), soit l'aliéner (consomptibilité juridique), la fongibilité désigne la faculté qu'ont certaines choses de se substituer les unes aux autres sans déperdition de valeur¹⁵⁴. Des choses fongibles peuvent parfaitement n'être pas consomptibles : il en est ainsi des voitures de série, qui, à l'état neuf, sont interchangeable mais dont on peut espérer qu'elles ne se détruisent pas au premier usage qu'on en fait. Des choses consomptibles peuvent parfaitement n'être pas fongibles : il en est ainsi d'une bouteille d'un grand cru millésimé qui disparaît dans les gorges mêmes qui ont englouti le contenu d'une bouteille de vinaigre, ou encore des médicaments et autres produits pharmaceutiques que nous absorbons et dont le caractère fongible a fait débat en jurisprudence¹⁵⁵.

324. Depuis 2006, la loi semble avoir clairement lié le caractère temporairement translatif de propriété du gage à la fongibilité de son objet, et non à sa consomptibilité puisque l'article 2341 du code civil prévoit que le créancier « acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes », « lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses *fongibles* » (italiques ajoutées). C'est parce que la fongibilité est la faculté qu'ont certaines choses de se substituer les unes aux autres sans déperdition de valeur, que le créancier peut s'acquitter de son obligation de conservation de la substance de la chose gagée, commuée en obligation de conservation de la valeur de cette chose, en restituant la chose gagée non en nature, mais par équivalent. La fongibilité est ce caractère de la chose gagée qui permet au créancier de restituer non en nature,

Warenlager oder zu einem sonstigen Sachinbegriff gehören, dessen bestimmungsmäßiger Gebrauch in der Veräußerung der einzelnen Sachen besteht. »).

¹⁵⁴ Citant Planiol et Ripert qui définissaient la fongibilité comme « un rapport d'équivalence entre deux choses en vertu duquel l'une peut remplir la même fonction libératoire que l'autre » (*Traité pratique de droit civil français*, t. III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952. n° 58, p. 163), le professeur Pierre-Grégoire Marly, dans sa thèse de doctorat (*Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, LGDJ, 2004, préf. Ph. Delebecque), décrit la fongibilité comme l'expression du fait « que des choses répondent indifféremment à la même utilité, de sorte qu'elles sont susceptibles de faire fonction les unes des autres » (p. 75).

¹⁵⁵ Des juges du fond (Rouen, 4 avril 1996 - *RJDA* 1996, n° 1543 ; Paris, 3 avril 1998 - *RJDA* 1998, n° 1017 - et 26 juin 1998 - *RTD com.* 2000, p. 180, obs. A. Martin-Serf ; Lyon, 5 novembre 1999 - *RTD com.* 2000, p. 1014, obs. A. Martin-Serf...) ont pu considérer qu'un vendeur de produits pharmaceutiques grevés d'une clause de réserve de propriété pouvait revendiquer des produits qui, présents dans le patrimoine de l'acheteur, apparaissaient interchangeables en raison de leur identité de nature, d'origine, de conditionnement et de marque. D'autres juges du fond ont, au contraire, refusé de reconnaître au vendeur de médicaments avec clause de réserve de propriété le droit de revendiquer dans le patrimoine de l'acheteur des produits conditionnés sous emballages portant une ou plusieurs indications permettant de les individualiser, telles que leur numéro de lot, leur date limite de vente et leur date de fabrication (Paris, 12 mai 2000 - *RTD com.* 2000, p. 1014, obs. A. Martin-Serf). Les juges du droit, quant à eux, refusent de prendre part au débat, estimant que la fongibilité est une question de fait relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond (Req. 16 avril 1866 - D. 1866, I, p. 490 ; Cass. com. 15 février 2000 - D. 2000, Aj. p. 127, obs. A. Lienhard ; 5 mars 2002 - D. 2002, Aj. p. 1139, obs. A. Lienhard ; 15 mars 2005 - D. 2005, Aj. p. 1083, obs. A. Lienhard).

mais par équivalent, et qui l'autorise donc à disposer de la chose gagée sans pour autant craindre d'être sanctionné pour manquement à son obligation de conservation de la chose gagée (prévue par l'article 2344 du code civil, et par l'ancien article 2080 du même code). La fongibilité est donc ce garde-fou qui offre au créancier des prérogatives extraordinaires sur la chose gagée. La fongibilité est ce qui confère temporairement au créancier tous les attributs de la propriété (droit d'user, de jouir, et de disposer).

325. Thèse liant le transfert du droit de disposer des sommes d'argent affectées en garantie à la fongibilité de la monnaie. – L'article 2341 du code civil témoigne d'un parti pris de ses rédacteurs en faveur de la thèse selon laquelle c'est la fongibilité des biens gagés qui justifie l'effet translatif de propriété de leur remise au créancier gagiste. Des auteurs et des praticiens partagent le même point de vue, qui justifient eux aussi le transfert accidentel de la propriété de sommes affectées en garantie au moyen d'un gage-espèces par la nature fongible de l'argent¹⁵⁶.

326. Le parti pris de la loi semble aussi être celui de la jurisprudence. M. François Leduc, dans son article « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? »¹⁵⁷, cite des décisions allant dans ce sens¹⁵⁸.

327. Discussion. – Pourtant, c'est avec une certaine confusion que M. François Leduc, prétendant distinguer choses fongibles et choses de genre, s'appuie

¹⁵⁶ D. R. Martin, « Du gage-espèces », D. 2007, p. 2556 : « le gage-espèces n'est pas une fiducie : il demeure essentiellement un gage – *irrégulier si l'on veut* – dont la fusion de l'assiette dans l'actif du créancier n'est qu'une conséquence de la fongibilité monétaire et non une donnée structurelle de la sûreté. Ainsi sont désamorçées les tentations récentes de réduire ce gage à une fiducie » (italiques ajoutées).

M. Julienne, *Le nantissement de créance*, 2011, thèse dirigée par L. Aynès et soutenue à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, § 341, note n° 1, p. 227 : « quelle que soit la qualification retenue [pour le « gage-espèces »], le transfert de propriété est toujours lié à la fongibilité ».

A. Cerles, « Le point de vue du banquier sur la fiducie », *RD bancaire et bourse*, n° 19, mai-juin 1990, p. 118 : « il existe un gage mal connu mais cependant largement utilisé par les banques. Il s'agit du gage portant sur des espèces [...] Alors que les notions de propriété et de gage s'opposent généralement, le gage-espèces présente la particularité de transférer la propriété des espèces au créancier gagiste, cette particularité résultant de l'objet même du gage – les espèces étant des choses essentiellement fongibles ».

Voir aussi : J. - F. Adelle, « L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie de droit commun ? », *RD bancaire et fin.*, mars 2007, n° 2, étude n° 5 : l'avocat soutient que, dans le régime du gage-espèces, « *en raison de la fongibilité de la monnaie*, la remise d'une somme d'argent au créancier sans obligation pour celui-ci de la conserver et de l'individualiser opère cession fiduciaire de propriété au créancier gagiste qui peut compenser la créance transférée avec la créance garantie sans autorisation du juge » (italiques ajoutées), et que « ce régime semble avoir reçu une consécration discrète dans l'article 2341 nouveau du code civil qui prévoit le gage sur chose fongible avec dépossession et la faculté de stipuler le transfert de propriété au profit du créancier à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes ».

De son côté, le professeur Pierre Crocq semble lier le transfert du droit de disposer à la fois à la consomptibilité et à la fongibilité de la monnaie (*Propriété et garantie*, op. cit., p. 259 ; *Les sûretés, la publicité foncière*, Coll. droit civil, LGDJ, 7^e éd., 2013, n° 505, p. 234).

¹⁵⁷ F. Leduc, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », *RTD civ.*, 1995, p. 307.

¹⁵⁸ Dans un arrêt rendu le 3 décembre 1957, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a jugé que « s'agissant de choses *fongibles* [italiques ajoutées...] le créancier gagiste, s'il ne peut restituer le gage en nature, doit en régler la valeur au débiteur lorsque celui-ci l'a remboursé » (*Gaz. Pal.* 1958, I, 244).

sur l'adage « *genera non pereunt* » pour écarter la fongibilité de la chose gagée comme justification du transfert de propriété. Sa démonstration s'avère même quelque peu artificielle lorsque, s'appuyant sur une distinction entre l'intérieur et l'extérieur, l'auteur décrète que la fongibilité est un caractère de la chose qui lui est imprimé « de l'extérieur », par la perception qu'en ont les êtres humains, plutôt qu'un caractère inhérent de la chose qui relèverait « de l'intérieur », de sa nature même¹⁵⁹. Le droit tout entier étant une construction de l'homme, une construction mentale, et un effort d'abstraction, à ce compte, tout en droit est « extérieur » aux choses.

328. C'est du reste en partant de postulats catégoriquement opposés que le professeur Pierre-Grégoire Marly s'efforce, avec netteté et cohérence, de démontrer, comme M. François Leduc, que la fongibilité de la chose gagée n'est pas à l'origine du transfert de propriété. Contrairement à M. François Leduc, le professeur Pierre-Grégoire Marly soutient que la fongibilité est un caractère inhérent de la chose, qui résulte de sa nature, et qu'en aucun cas, elle n'est un caractère perçu de la chose, qui lui serait attribué par l'être humain. Dans l'optique du professeur Pierre-Grégoire Marly, il n'y a de fongibilité qu'objective : la fongibilité subjective est une contradiction dans les termes. Seules des données matérielles, physiques et sensibles sont propres à rendre des choses spécifiquement et qualitativement identiques¹⁶⁰. Et selon cet auteur, c'est précisément parce que des choses sont objectivement semblables et dotées d'une même valeur libératoire, qu'elles sont interchangeables dans le paiement. Mais cette interchangeabilité au moment du paiement n'aurait d'incidence que dans l'exécution des obligations liant le créancier et le constituant, autrement dit sur le terrain des droits personnels, et non sur celui des droits réels. Par conséquent, la fongibilité serait totalement étrangère au transfert de propriété que l'on prétend lui associer. C'est à tort que l'on aurait induit de la possibilité qui est celle du créancier de satisfaire à son obligation de restitution en rendant soit les choses remises soit des choses objectivement semblables, une faculté pour ce dernier de disposer des choses remises en vertu d'un droit de propriété qui lui aurait été transféré.

329. Quant à l'adage « *genera non pereunt* », en vertu duquel le débiteur de choses de genre, donc de choses fongibles, n'est pas libéré de son obligation de livraison

¹⁵⁹ F. Leduc, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », *RTD civ.*, 1995, p. 307 : « la notion de fongibilité est quelque peu abstraite, extérieure à la chose, puisqu'elle s'entend d'un rapport d'équivalence entre deux choses [...] Or, si la nature de la chose gagée doit parfois commander un effet translatif de propriété du gage, il est loisible de penser que ce phénomène résultera plutôt d'une qualité concrète, intrinsèque de la chose ».

¹⁶⁰ Voir *supra* les développements sur la fongibilité des biens corporels et incorporels (§ 190-194).

ou de restitution par la force majeure, dans la mesure où son obligation peut se reporter sur des biens spécifiquement identiques de son patrimoine, le professeur Pierre-Grégoire Marly explique qu'il doit être interprété comme opérant un transfert des risques, et non de la propriété¹⁶¹. Par ailleurs, il récuse l'application de cet adage au cas où le débiteur de choses de genre est un détenteur précaire, c'est-à-dire notamment au cas où il s'agit d'un créancier gagiste. Selon le professeur Pierre-Grégoire Marly, le détenteur précaire qu'est le créancier gagiste n'est tenu que d'une obligation de moyens renforcée, tant et si bien qu'en l'absence de faute de sa part, et face à un événement fortuit, il est libéré par la force majeure, contrairement au fiduciaire dont l'obligation de restitution est de résultat et dont la responsabilité peut donc être engagée, même en l'absence de faute de sa part¹⁶².

330. À l'instar de cet auteur, on peut en effet légitimement « se demander si la fungibilité justifie réellement qu'un remettant perde au profit du détenteur la propriété du bien qu'il lui confie »¹⁶³. Mais si séduisante soit-elle, la démonstration du professeur Pierre-Grégoire Marly n'emporte que partiellement notre conviction dans la mesure où elle tend à étayer l'absence d'effet translatif de propriété de la fungibilité, dans une perspective qui n'a pour seul horizon que la bifurcation entre la voie du transfert de l'intégralité des attributs de la propriété et celle de l'absence de transfert du moindre attribut de droit réel. Dans son premier mouvement, le raisonnement de l'auteur semble ne pas laisser de place à la possibilité d'une voie intermédiaire sous forme d'un démembrement de propriété : la fungibilité des choses remises ne serait pas la cause du transfert de propriété, parce qu'il n'y aurait pas de transfert de propriété et parce que la restitution par équivalent de choses objectivement identiques à laquelle procède le créancier gagiste ne serait qu'affaire de droits personnels.

¹⁶¹ P. - G. Marly, *Fungibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, op. cit., p. 198.

¹⁶² *Ibidem*, p. 201, et p. 252 : « aliénation fiduciaire et propriété “ flottante ” diffèrent sur la nature de l'obligation de restitution qu'elles engendrent. Dans le premier cas, le débiteur est tenu d'une obligation de résultat. L'inexécution non fautive ne le dégage pas de sa responsabilité, et la disparition fortuite du bien l'oblige en vertu de la règle *genera non pereunt*. Dans le second cas, et conformément au droit commun, le débiteur de choses fungibles est tenu d'une obligation de moyens renforcée. En dépit de l'adage *genera non pereunt*, il est donc libéré par la force majeure qui signale l'absence de faute ». Une telle distinction suppose toutefois que la propriété fiduciaire soit, comme en droit romain, une propriété pleine et entière. Or ce n'est pas le cas de la propriété fiduciaire telle qu'est aujourd'hui conçue en droit français. Voir *infra* les développements sur la consécration d'un droit réel principal planant à travers le régime de la fiducie. (§ 535-589).

¹⁶³ Le professeur Pierre-Grégoire Marly, dans sa thèse de doctorat (*Fungibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, LGDJ, 2004, préf. Ph. Delebecque), s'étonne de ce que l'on admette qu'« une chose confiée en dépôt devienne inopinément la propriété du dépositaire parce qu'elle est fungible » et qu'« un nantissement se mue en sûreté-propriété parce qu'il engage des biens doués de fungibilité », car ce sont, selon lui, « autant d'opérations dont l'économie contredit la qualification et l'intention des parties » (*ibidem*, p. 20). Selon cet auteur, « au regard du droit des biens, la fungibilité est une notion neutre puisqu'elle est sans influence sur le régime du droit de propriété » (*ibidem*, p. 133) dans la mesure où « la fungibilité n'a d'incidence que dans l'exécution des obligations, et non dans l'appropriation des biens » (*ibidem*, p. 83) et où « c'est dans la fonction libératoire que réside l'intérêt exclusif du caractère fungible ou infungible des biens » (*ibidem*, p. 132).

331. Pourtant, dans un second mouvement, le professeur Pierre-Grégoire Marly semble s'orienter vers un possible impact de la fongibilité sur le terrain des droits réels, puisqu'il soutient qu'en écartant conventionnellement l'exigence d'individualisation, « les parties peuvent instituer un droit réel “ flottant ” ou une propriété collective sur un objet indéterminé »¹⁶⁴. Il y a là l'intuition d'un effet réel de la fongibilité des choses remises et confondues qui ne se satisfait ni de la thèse de l'absence de transfert de propriété ni de la thèse d'un transfert de la propriété pleine et entière, mais qui ne va pas jusqu'à discerner dans cet effet réel un démembrement du droit de propriété¹⁶⁵.

332. Dans sa thèse de doctorat, le professeur Stéphane Torck ne caractérise pas non plus le droit réel « flottant » comme résultant d'un démembrement de propriété. En revanche, il établit entre le caractère « flottant » du droit réel et le caractère fongible de son objet un lien que le professeur Pierre-Grégoire Marly se refuse à postuler¹⁶⁶. Pour le professeur Stéphane Torck, la propriété « flottante » n'est rien d'autre que le (seul et unique) mode d'appropriation des choses fongibles¹⁶⁷. Cette analyse s'appuie sur une conception large de la fongibilité devant être entendue comme étant à la fois objective et subjective, naturelle et conventionnelle.

¹⁶⁴ P. - G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, op. cit., p. 205.

¹⁶⁵ Le professeur Pierre-Grégoire Marly n'évoque pas l'hypothèse d'une modulation des effets de la fongibilité selon que la confusion des choses fongibles intervient, ou non, dans le cadre d'une opération de garantie. Or le fait qu'en dehors de toute opération de garantie, « la fongibilité a[it] au profit du cocontractant un effet créateur de dommages et intérêts particulièrement efficient », dans la mesure où « ni le cas fortuit, ni la force majeure ne peuvent libérer le dépositaire, l'emprunteur ou le quasi-usufructier de leur obligation de supporter la charge des risques » (A. Laude, « La fongibilité », *RTD com.* 1995, p. 333), alors même que, comme l'explique le professeur Pierre-Grégoire Marly, le créancier gagiste de choses fongibles confondues est libéré de son obligation de supporter la charge des risques dans l'hypothèse où elles disparaîtraient par cas fortuit ou par force majeure, peut s'expliquer par une différence d'effets de la fongibilité selon la confusion des choses fongibles intervient dans le cadre ou en dehors du cadre d'une opération de garantie. Autrement dit, l'adage « *genera non pereunt* » aurait des effets variables selon que la remise de choses fongibles aurait, ou non, une fonction de garantie.

¹⁶⁶ On notera d'ailleurs que, pour le professeur Stéphane Torck, il ne fait guère de doute que le « transfert » de propriété caractérisant l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues soit lié à la fongibilité de la monnaie. C'est du moins ce qu'il explique dans son article intitulé « Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 » (*RD bancaire et fin.*, janvier 2008, n° 1, étude n° 2). Si l'auteur ne perçoit pas de différence entre l'aspect accidentel du « transfert » de propriété qui caractérise le gage irrégulier, et l'aspect intentionnel du « transfert » de propriété qui sous-tend la fiducie-sûreté, et s'il soutient que la fiducie-sûreté ne se distingue pas foncièrement du gage irrégulier, il n'en demeure pas moins que, selon lui, l'« effet translatif de propriété de la remise de sommes d'argent trouv[e] son fondement dans la fongibilité de la monnaie » (*ibidem*).

¹⁶⁷ S. Torck, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, th. Paris II, 2001. Adde, S. Torck, « La revendication des choses fongibles », *Revue de la recherche juridique*, 1996, pp. 483 et s., spéc. p. 489 : « il semblerait que le droit réel doive franchir une nouvelle étape de son évolution au travers de l'abandon de l'exigence traditionnelle relative au caractère déterminé de son objet, au profit d'un caractère seulement déterminable, qui permettrait notamment, lorsque la propriété évolue dans un cadre contentieux, d'admettre la revendication de choses fongibles sans condition d'identification ». Selon le professeur Stéphane Torck, la règle – désormais en partie obsolète – selon laquelle on ne peut revendiquer des choses fongibles confondues dans le patrimoine d'autrui tient moins au fait qu'on ne pourrait pas prouver que les choses fongibles feraient l'objet d'un droit de propriété, faute de pouvoir les identifier, ou au fait que la confusion de choses fongibles dans le patrimoine d'autrui serait translatrice de propriété, qu'au fait que « dans les relations avec les tiers, la propriété de choses fongibles [serait] subordonnée à leur détention matérielle » (« La revendication des choses fongibles », *Revue de la recherche juridique*, 1996, p. 492). Autrement dit, les choses fongibles feraient l'objet d'un mode d'appropriation particulier en vertu duquel, dans les rapports avec les tiers, leur propriété serait nécessairement liée à leur détention.

333. À l'inverse, pour le professeur Pierre-Grégoire Marly, la fongibilité n'étant que naturelle et objective, et un droit réel « flottant » pouvant porter sur une succession de biens objectivement dissemblables et donc objectivement infongibles, la fongibilité ne peut être le fondement d'une propriété « flottante » dont il faudrait selon lui chercher la justification plutôt du côté de la subrogation réelle¹⁶⁸.

§ 3. Le transfert du droit de disposer n'est pas seulement dû au caractère de « chose de genre » de la monnaie.

334. Thèse excluant tout lien entre le transfert du droit de disposer de sommes d'argent affectées en garantie et le caractère générique de la monnaie. – Selon M. François Leduc, il serait possible d'imaginer que le transfert de propriété de la chose gagée serait moins lié à sa nature de chose de genre qu'à ses conditions de « stockage ». Se fondant toujours sur les mêmes décisions de justice, l'auteur s'évertue à montrer que, si la chose de genre est stockée de telle façon qu'elle est isolée des choses de genre de même nature du créancier, il n'y a pas transfert du droit de disposer. Inversement, si elle est stockée de telle façon qu'elle se confond avec les choses de genre de même nature du créancier, il y a transfert du droit de disposer. Autrement dit, le transfert de « propriété » serait lié non à la nature de chose de genre, mais aux conditions de stockage¹⁶⁹. Et la jurisprudence confirmerait l'idée que la nature de chose de genre de l'objet du gage serait indifférente au transfert de propriété et que, par

¹⁶⁸ P. - G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, op. cit., p. 250 : « la permanence du droit de propriété en dépit des fluctuations de son assiette [qui caractérise le droit réel « flottant »] trouve son fondement ailleurs que dans les biens eux-mêmes [...] Le droit de propriété se déplace du bien aliéné à celui qui le remplace. En réalité, ce déplacement compte une étape intermédiaire : l'aliénation d'une chose procure les deniers servant à l'acquisition d'une autre ». Selon le professeur Pierre-Grégoire Marly, c'est donc « la subrogation [qui] s'étend aux espèces destinées à remplacer le bien primitif par un nouveau. C'est dire que la fongibilité est absente de ce processus puisque le droit réel "flottant" va un temps grever des objets dissemblables tels que la monnaie et toute autre chose ». Mais il convient de souligner que ce raisonnement n'est défendable que pour autant que l'on admet, à rebours de la jurisprudence, que la fongibilité n'est qu'objective, car, dès lors que l'on reconnaît la possibilité d'une fongibilité subjective, ce sont bien des objets conventionnellement semblables qui sont substitués les uns aux autres, et c'est donc bien sur des choses fongibles (subjectivement fongibles) que porte et se reporte le droit réel « flottant ».

¹⁶⁹ F. Leduc, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », *RTD civ.*, 1995, p. 317 : « puisque l'effet translatif de propriété que peut produire le gage quand la chose gagée est initialement une chose de genre est lié aux conditions de stockage de celle-ci, il ne peut être que casuel [...] Il n'en demeure pas moins que le fait que la chose gagée soit à l'origine une chose de genre n'implique pas de façon nécessaire et systématique l'effet translatif de propriété du gage ». Dans le même sens : P. - G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, op. cit., p. 227 : « l'individualité ne tient pas à la nature intrinsèque des biens, mais à l'intention des parties. Ou bien celles-ci acceptent que l'individualité des sommes [remises en garantie] périclite par leur confusion dans le patrimoine du bénéficiaire, et la sûreté est fiduciaire ; ou bien, elles s'accordent pour préserver cette individualité par l'affectation des sommes sur un compte spécial, et la sûreté est un nantissement. Pour résumer, à défaut de clause expresse d'individualisation, les contractants consentent à la confusion des actifs ».

conséquent, le gage de choses de genre serait un gage ordinaire¹⁷⁰. Il fait notamment référence à un arrêt rendu le 28 juin 1982 par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, où il a été jugé que la remise, par un producteur, à une coopérative qui lui fournissait du lait, de fromages produits avec du lait impayé ne constitue pas une dation en paiement, dès lors qu'elle a eu lieu en exécution d'un contrat de gage, la propriété des fromages n'ayant pas été transmise à la coopérative¹⁷¹.

335. Critique. – Deux arguments peuvent être opposés à ces développements.

Le premier est d'ordre ponctuel et concerne l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 28 juin 1982. Il nous semble que, dans cette décision, les juges du droit n'ont fait que rappeler que la coopérative en question, qui, par ailleurs, n'avait pas d'autre stock de fromages dans son patrimoine, n'avait pas acquis la propriété du stock du simple fait de son affectation à la garantie du paiement de la créance du lait fourni, de sorte qu'elle devait passer par la voie de l'attribution judiciaire du gage pour pouvoir se payer de sa créance sur le prix de vente dudit stock. Elle ne pouvait pas arguer de ce que la remise des stocks de fromages valait paiement de la créance de lait fourni.

Le second argument est d'ordre plus général : lorsque M. François Leduc déclare que l'effet translatif de propriété du gage est dû non pas à la nature de chose de genre de l'objet du gage, mais aux conditions de stockage de ces choses de genre, il ne fait, au fond, que décrire avec d'autres mots l'effet translatif de propriété attaché à la confusion des choses fongibles. Il est en effet communément admis que lorsque des choses fongibles appartenant au constituant sont stockées par le créancier dans des conditions telles qu'elles se confondent avec d'autres choses du créancier auxquelles elles peuvent se substituer sans déperdition de valeur, le créancier acquiert le droit de disposer de ces choses fongibles¹⁷². Soit les conditions de stockage sont telles qu'elles ne permettent pas la confusion des choses fongibles dans le patrimoine du créancier, et alors le gage n'emporte pas transfert du droit de disposer lors de sa constitution. Soit les conditions de stockage sont telles qu'elles rendent possible la confusion des choses fongibles dans

¹⁷⁰ Req. 10 mars 1915 (S. 1916, I, 5, à propos de blé), Cass. com. 28 novembre 1989 (Bull. civ. IV, n° 300, à propos de graines), Cass. com. 13 février 1990 (Bull. civ. IV n° 45, à propos de graines de tournesol).

¹⁷¹ Cass. com. 28 juin 1982 (Bull. civ. IV n° 253).

¹⁷² Cass. civ. 6 mai 1930 (S. 1930, I, 248) : « toute somme d'argent ou toute quantité de choses fongibles reçues à un titre quelconque, se confond, dès qu'elle ne peut plus être identifiée, avec les autres valeurs composant le patrimoine de celui qui la reçoit ».

le patrimoine du créancier, et alors le gage emporte transfert du droit de disposer lors de sa constitution.

336. Distinction entre choses fongibles et choses de genre. – Choses de genre et choses fongibles ne désignent qu'une seule et même réalité : ce sont des choses qui ont la faculté de se substituer les unes aux autres sans déperdition de valeur. Les choses de genre sont simplement les choses *objectivement* fongibles : par nature, elles se substituent les unes aux autres sans déperdition de valeur. À côté des choses de genre, il y a, au sein des choses fongibles, depuis que les juges ont offert cette possibilité, les choses *subjectivement* fongibles, c'est-à-dire les choses que les parties, sujets de droits, conviennent de *regarder* comme étant aptes à se substituer les unes aux autres sans déperdition de valeur¹⁷³. Autrement dit, lorsque M. François Leduc parle de « choses de genre » et de « conditions de stockage », ce n'est qu'une paraphrase pour éviter d'employer les mots « choses fongibles » et « confusion »... Il appert donc que le transfert de propriété est en fait lié à la confusion de choses fongibles.

337. Dire cela, c'est donc suggérer que le simple caractère fongible des choses ne suffirait pas à transférer le droit de disposer : il faudrait encore que les choses fongibles soient confondues dans le patrimoine du créancier pour que s'opère ce transfert. Et tant qu'il n'y aurait pas confusion effective dans le patrimoine du créancier, il n'y aurait pas transfert du droit de disposer. Ainsi, des sommes d'argent initialement isolées (et donc non confondues) grâce à un « stockage » dans un sac scellé, dans une enveloppe ou sur un compte spécial et bloqué, ne seraient pas transmises en propriété au créancier lors de leur affectation en garantie, mais pourraient le devenir si le créancier ouvrait le sac scellé ou l'enveloppe, ou s'il débitait le compte. Le transfert de « propriété », qui n'aurait pas eu lieu lors de la constitution de la sûreté, pourrait donc avoir lieu en cours d'exécution du contrat de gage.

338. Tout, dans le régime des sûretés sur sommes d'argent, suggère que cette analyse est la seule pertinente : c'est bien parce que les sommes d'argent sont dès la

¹⁷³ Notre analyse est d'une certaine façon corroborée par la lecture que fait le professeur Anne Laude (« La fongibilité », *RTD com.* 1995, p. 311 et p. 316) de la rédaction de l'article 1291 du code civil qui dispose, en son premier alinéa, que « la compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles *de la même espèce* et qui sont également liquides et exigibles » (italiques ajoutées). Le fait que le législateur ait pris soin de préciser que les choses fongibles dont la compensation est envisagée doivent être « de même espèce » suppose qu'il puisse exister des choses fongibles d'espèces différentes. Il conviendrait donc de distinguer les choses fongibles de même espèce (que nous assimilons aux choses de genre, c'est-à-dire aux choses objectivement fongibles, ou, pour reprendre l'expression du professeur Anne Laude, « celles pour lesquelles les parties n'ont en vue que le groupe auquel elles appartiennent » - *ibidem*, p. 314), des choses fongibles d'espèces différentes (que nous assimilons aux choses subjectivement fongibles et que le professeur Anne Laude désigne comme relevant d'une « fongibilité imparfaite »).

constitution de la sûreté isolées, individualisées de telle façon qu'elles ne peuvent se confondre avec d'autres sommes d'argent qui s'y substitueraient sans déperdition de valeur, qu'il n'y a pas transfert de propriété. C'est bien parce que les sommes d'argent sont, lors de la constitution de la sûreté, remises au créancier de telle façon qu'elles peuvent se confondre avec d'autres pièces, billets ou écritures en compte, qu'il y a transfert du droit de disposer. Et il est tout à fait concevable que, si les conditions d'isolement et d'individualisation des choses fongibles que sont les sommes d'argent venaient, en cours d'exécution du contrat d'affectation en garantie, à n'être plus réunies, le transfert de propriété de ces sommes au créancier se produirait dès leur confusion effective dans le patrimoine de ce dernier, nonobstant l'absence de transfert de propriété lors de la constitution de la sûreté.

La rédaction du texte de l'article 2341 du code civil confirme, depuis 2006, cette analyse : c'est bien parce qu'il y a séparation (« le créancier doit les tenir *séparées* des choses de même nature qui lui appartiennent » - italiques ajoutées) ou pas (« si la convention dispense le créancier de cette obligation ») des choses fongibles (« lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses *fongibles* » - italiques ajoutées) qu'il n'y a pas ou qu'il y a transfert du droit de disposer lors de la constitution de la sûreté.

339. Mais la liberté contractuelle peut permettre aux parties de définir les conditions de stockage, et donc de décider de l'existence ou non d'un transfert de propriété. Le transfert de propriété peut donc être davantage lié à la volonté des parties qu'à la confusion des choses fongibles dans le patrimoine du créancier. Selon M. François Leduc, pour que la thèse d'un lien entre le transfert de propriété et la confusion des choses fongibles dans le patrimoine du créancier soit pertinente, « il faut donc qu'il ne soit au pouvoir ni du gagiste ni du constituant d'écarter l'effet translatif de propriété du gage lorsque sont réunies les circonstances ci-dessus définies »¹⁷⁴. Et l'auteur de se demander si le créancier gagiste et le constituant ont chacun le pouvoir d'écarter le transfert de propriété. Le premier aurait, selon M. François Leduc, non seulement la faculté, mais même l'*obligation* de conserver la propriété du constituant

¹⁷⁴ F. Leduc, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », *RTD civ.*, 1995, p. 318.

sur la chose gagée, en vertu de l'ancien article 2079 du code civil ¹⁷⁵. Le second, en revanche, aurait quant à lui la *faculté* d'écarter le transfert de propriété ¹⁷⁶.

Partant, M. François Leduc en conclut que le transfert de propriété est donc moins lié aux conditions de stockage des choses de genre qu'à la volonté d'une partie au contrat : le constituant.

340. Mais dire cela, c'est dire que c'est donc la volonté des parties – du moins de l'une d'entre elles – qui commande l'effet temporairement translatif de propriété du gage... et c'est donc clairement placer l'affectation en garantie de choses fongibles en général, et de sommes d'argent en particulier, non plus du côté du contrat de gage, mais du côté du contrat de « fiducie-sûreté », entendue comme sûreté translatrice d'une propriété pleine et entière. Ceux qui soutiennent que le « gage-espèces » est un gage, présentant simplement un caractère « irrégulier », lient en effet l'effet temporairement translatif de propriété du gage à la nature de la chose gagée. Ceux qui soutiennent que le « gage-espèces » n'est pas un gage, mais une « fiducie-sûreté », lient l'effet temporairement translatif de propriété du gage à la volonté des parties.

341. Aussi, dire, comme M. François Leduc, que le gage translatif de propriété n'est qu'un mythe, c'est dire que, dès lors que le gage emporte transfert de propriété, il ne s'agit plus d'un gage, mais d'une « fiducie-sûreté ». Dès lors que la confusion des choses fongibles dépend de la volonté des parties, alors le transfert de propriété n'est plus objectif et lié à l'objet du gage, mais subjectif et lié à la subjectivité des parties. On passerait donc par touches successives d'un gage irrégulier dont l'effet translatif de propriété serait dû à la confusion des choses fongibles gagées à une propriété-sûreté dont l'effet translatif de propriété serait dû à la volonté des parties de créer (ou non) les conditions de cette confusion. Mais fonder l'effet translatif de propriété sur une volonté des parties soit tacite soit tout au plus exprimée indirectement fait-il vraiment du gage une propriété-sûreté ?

¹⁷⁵ *Ibidem* : « à peine d'engager sa responsabilité pour violation du texte précité, il lui incombe donc d'assurer en tout état de cause (i.e. même si le contrat est muet à ce sujet) le maintien de l'individualisation de la chose gagée par un stockage isolé de celle-ci, en pratique toujours possible ».

¹⁷⁶ *Ibidem* : « il suffit, en effet, que le constituant manifeste expressément, lors de la conclusion du contrat, sa volonté que la chose gagée fasse l'objet d'un stockage spécifique (dont il lui appartient de déterminer les modalités) assurant le maintien de l'individualisation résultant de sa remise au créancier ».

§ 4. *Le transfert du droit de disposer n'est pas dû à la volonté tacite des parties.*

342. Thèse liant le transfert du droit de disposer des sommes d'argent affectées en garantie à la volonté tacite des parties. – La démonstration de M. François Leduc n'aboutit qu'à constater que le transfert de « propriété » du gage de choses fongibles en général, et de sommes d'argent en particulier, est lié à la volonté tacite des parties, et plus particulièrement du constituant. Soit il définit des conditions de stockage propres à éviter toute confusion avec les choses du créancier aptes à se substituer à la chose gagée sans déperdition de valeur. Soit il ne définit pas de conditions de stockage, ou définit des conditions de stockage impropres à éviter la confusion de la chose gagée avec les choses du créancier aptes à s'y substituer sans déperdition de valeur.

343. Critique. – Le transfert du droit de disposer passe ici par la définition des conditions de stockage : il n'y a pas d'expression claire et univoque de la volonté de transférer la propriété. C'est de la façon dont les parties auront convenu (ou pas) des conditions de stockage de la chose gagée que l'on devrait induire leur volonté de transférer (ou non) sa propriété. Il y a là quelque chose de divinatoire¹⁷⁷.

Même si l'on admet que c'est la volonté des parties qui détermine les conditions de remise de la chose gagée au créancier, conditions dont va dépendre l'effet translatif de propriété du contrat d'affectation en garantie, n'est-il pas excessif de fonder sur une volonté soit inexistante (car non exprimée) soit tacite soit indirecte le changement de nature de ce contrat d'affectation en garantie ?

Si, par exemple, les parties stipulaient une clause dans laquelle il serait énoncé que « la propriété des sommes affectées en garantie du paiement de la créance de M. X... contre M. Y... est transférée à M. X... à la date de signature du présent contrat », il n'y aurait pas de place pour le doute. Une volonté clairement exprimée

¹⁷⁷ F. Leduc, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », *RTD civ.* 1995, p. 320. Du reste, M. François Leduc se pose lui-même la question : « ne peut-on, sans divination, considérer qu'il [le constituant] accepte que son droit de propriété sur la chose gagée s'évanouisse au profit d'une créance de livraison d'une chose équivalente ? [...] Il serait certainement divinatoire de prétendre fonder sur la volonté tacite des parties un effet translatif de propriété systématique du gage dès l'instant qu'il porte sur une chose initialement de genre ou sur une chose fongible. Il paraît difficile d'admettre la présence systématique chez le débiteur d'une volonté implicite qui peut s'avérer contraire à ses intérêts [...] Une telle interprétation de volonté serait, on le voit, contraire à la maxime contenue dans l'article 1162 du code civil ». Cette disposition prévoit en effet qu'en cas de doute, une convention doit être interprétée dans un sens favorable au débiteur de l'obligation.

autorise à qualifier le contrat de propriété-sûreté. Mais lorsque les parties stipulent une clause dans laquelle il est, par exemple, énoncé que « les sommes affectées à la garantie du paiement de la créance de M. X... contre M. Y... sont versées à la date de signature du présent contrat sur un compte spécialement ouvert à cet effet au nom de M. X... auprès de la banque Z... - compte qui pourra être crédité par M. Y... mais ne pourra être débité ni par M. X... ni par M. Y... », force est de constater qu'il y a place au doute. Un compte sur lequel les sommes d'argent ne peuvent être prélevées ni par le constituant ni par le créancier, et qui ne peut être alimenté que par le constituant est-il la propriété du créancier du simple fait qu'il est ouvert à son nom ? La réponse semble devoir être négative. En revanche, si l'on imagine que la clause prévoit que « les sommes affectées à la garantie du paiement de la créance de M. X... contre M. Y... sont versées à la date de signature du présent contrat sur un compte spécialement ouvert à cet effet au nom de M. X... auprès de la banque Z... - compte qui pourra être crédité par M. Y... mais ne pourra être débité que par M. X... », alors on peut inférer de la formule retenue par les parties leur volonté de transférer au créancier le droit de disposer des sommes affectées en garantie dès lors que le compte est ouvert à son nom, et que celui-ci peut procéder à des débits sur ledit compte comme s'il s'agissait d'un compte propre. L'effet translatif de « propriété » résulte alors indirectement de la détermination par les parties des modalités de fonctionnement du compte affecté en garantie, et non d'une volonté, exprimée sans détours, d'en transférer la propriété au créancier. Un tel contrat mérite-t-il la qualification de gage ou celle de propriété-sûreté ?

344. Face au caractère divers, souvent elliptique et abscons, des stipulations contractuelles, la jurisprudence semble bien embarrassée et hésitante. Dans l'arrêt rendu par la Cour de cassation statuant en sa chambre commerciale le 6 février 2007¹⁷⁸, où précisément un compte spécial avait été affecté en garantie, où le compte affecté en garantie avait été ouvert au nom du constituant, mais où les parties avaient convenu de ce que le créancier pourrait y prélever librement une partie des sommes, sans autorisation préalable du constituant, voire la totalité des sommes (pour procéder à une compensation avec la dette de sommes d'argent garantie), les juges du droit ont décidé qu'il s'agissait d'un « nantissement » qui « portait sur un gage-espèces » - gage-espèces qui, au sens strict, est analysé comme une « fiducie-sûreté » translative d'une propriété

¹⁷⁸ Cass. com. 6 février 2007 (*Rev. Lamy dr. civ.* 2007, n° 39, p. 25, obs. D. Legeais ; *RTD civ.* 2007, p. 373, obs. P. Crocq ; *JCP E* 2008, n° 2, chron. « Droit des sûretés » de Ph. Simler et Ph. Delebecque ; *Revue des contrats*, 2008, n° 2, p. 425, note A. Aynès).

pleine et entière. La maladresse de la rédaction de l'attendu de cet arrêt suggère assez l'incertitude qui est celle des juges quant à la portée à donner à une expression de volonté qui n'est qu'indirecte... Parce que les parties ont simplement envisagé la possibilité d'une confusion des sommes d'argent affectées en garantie dans le patrimoine du créancier, et que cette confusion de choses fongibles, non pas voulue mais simplement « non exclue » par les parties, emporte transfert du droit de disposer, il faudrait en conclure que le contrat de gage change de nature pour devenir un contrat de « fiducie-sûreté ». N'y a-t-il pas là un double excès ? D'abord dans l'interprétation des volontés ? Puis dans l'interprétation de la notion de fiducie-sûreté ? Certains commentateurs, dont le professeur Pierre Crocq, répondront par la négative : un transfert de propriété de choses affectées en garantie, même résultant d'une expression de volonté très indirecte, fait de la garantie une « fiducie-sûreté »¹⁷⁹. D'autres commentateurs, parmi lesquels le professeur Dominique Legeais, apporteront plutôt une réponse positive : une volonté tacite et indirecte de transférer la propriété ne peut suffire à requalifier le gage irrégulier en fiducie-sûreté¹⁸⁰.

345. Toutes les certitudes trouvent ici une limite nécessaire dans l'interprétation de la volonté des parties auxquelles on peut faire dire tout et son contraire. Ainsi, on trouvera certains auteurs pour défendre farouchement l'idée que, dès lors que le compte est spécial et bloqué à l'égard du créancier, on doit présumer que les parties ont entendu préserver le droit de propriété du constituant sur les sommes affectées en garantie, et qu'elles ont donc voulu conclure un contrat de gage ordinaire. Mais on trouvera aussi bien d'autres auteurs, comme le professeur Pierre Crocq, pour dénier au caractère spécial et bloqué du compte toute vertu protectrice du droit de propriété du constituant, et pour affirmer que même l'affectation en garantie de sommes d'argent inscrites sur un compte spécial et bloqué doit donc être qualifiée de fiducie-sûreté¹⁸¹. Quand le

¹⁷⁹ Dans sa note sur l'arrêt rendu par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, le 6 février 2007, le professeur Pierre Crocq écrit que la sûreté litigieuse est une fiducie-sûreté alors même que ni les parties ni les juges du droit ne retiennent cette qualification : « cette décision fait clairement ressortir qu'en cas de constitution d'une telle fiducie-sûreté, le créancier peut disposer de la somme donnée en garantie », « cette décision montre qu'il est parfaitement possible de constituer une fiducie-sûreté... » (*RTD civ.* 2007, p. 373, obs. P. Crocq).

¹⁸⁰ Dans sa note sur le même arrêt, le professeur Dominique Legeais écrit qu'« il s'agit d'un arrêt d'espèce non soumis à publication et les termes de la décision sont trop confus pour qu'il soit permis d'en déduire un enseignement définitif quant à la future jurisprudence. Il est tout aussi possible d'y voir la consécration de l'analyse du gage-espèces en gage » (*RTD com.* 2007, p. 581).

¹⁸¹ P. Crocq, note sous Cass. com. 9 avril 1996 (*RTD civ.* 1996, p. 669) : « il est cependant possible de se demander si l'inscription et le blocage de la somme donnée en garantie sur un compte spécial constituent bien une individualisation telle qu'elle empêche le transfert de propriété de se produire [...] On ne voit pas bien pourquoi l'effet de l'inscription devrait être différent selon qu'il s'agit d'un compte ordinaire ou d'un compte spécial, dont le blocage tend essentiellement à restreindre les pouvoirs du seul déposant ».

professeur Pierre Crocq critique une interprétation « quelque peu divinatoire »¹⁸² de la volonté des parties lorsqu'on leur prête l'intention soit de transférer la propriété des sommes affectées en garantie en optant pour une inscription sur un compte ordinaire du créancier, soit de ne pas la transférer en optant pour une inscription sur un compte spécial tenu par le créancier, il ne propose de son côté qu'une interprétation de la volonté des parties en suggérant « de *considérer* que les parties n'ont pas entendu faire produire à l'inscription en compte [spécial] davantage d'effets que dans le cas d'un compte ordinaire » (italiques ajoutées)¹⁸³.

346. En résumé, l'un et l'autre courant doctrinal se fonde sur l'interprétation de la volonté des parties pour justifier son choix de qualifier différemment une même réalité : l'inscription de sommes d'argent affectées en garantie sur un compte spécial traduira, pour les uns, la volonté des parties de constituer un gage ; pour les autres, la volonté des parties de constituer une « fiducie-sûreté ». Autrement dit, toute argumentation fondée sur la volonté des parties et son interprétation ne peut conduire qu'à l'aporie. Mais, de même qu'il est excessif d'abolir, comme le professeur Pierre Crocq, toute distinction entre le compte ordinaire et le compte spécial – qui est nécessairement distinct du premier puisqu'on le crée pour qu'il ait des effets distincts du premier et qu'on lui assigne une affectation « spéciale » –, de même il est excessif de voir systématiquement, dans un contrat dont la finalité est avant tout de servir de garantie, la volonté des parties de transférer au créancier la propriété des choses fongibles formant l'objet de la garantie, dès lors qu'elles n'ont soit pas du tout défini leurs conditions de stockage, soit défini des conditions de stockage telles que l'assiette de la garantie est appelée à se confondre avec des choses fongibles du créancier. À défaut de se garder de toute interprétation excessive de la volonté des parties, on finirait par faire de toute affectation en garantie de choses fongibles confondues une forme d'échange, et de toute affectation en garantie de sommes d'argent une forme de paiement anticipé... alors même que tout le sens des sûretés sur sommes d'argent est de conférer à l'argent une fonction¹⁸⁴ de garantie – et non de paiement¹⁸⁴.

¹⁸² *Ibidem.*

¹⁸³ *Ibidem.*

¹⁸⁴ Il est vrai qu'à l'image des professeurs Michel Cabrillac et Christian Mouly, on peut être surpris de ce que « l'argent qui permet la satisfaction d'un besoin immédiat, soit utilisé comme objet de sûreté » (*Droit des sûretés*, Litec, 9^e éd., 2010, n° 786, p. 591). Mais comme l'explique le professeur Jean Stoufflet, « le paradoxe n'existe [...] que si l'on néglige le facteur temporel », car « l'emploi de la monnaie comme gage devient rationnel ou bien si la dette garantie n'est pas immédiatement exigible, ou bien si la somme d'argent affectée en garantie n'est pas immédiatement disponible » (*RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 42).

347. Un contrat où la volonté des parties de transférer la propriété de la chose gagée est seulement indirecte et tacite est-il vraiment une fiducie-sûreté ? N'est-ce pas plutôt encore un gage irrégulier ?

Certains auteurs évacuent le débat en soutenant que « fiducie-sûreté » et « gage irrégulier » ne sont que deux appellations désignant une même sûreté¹⁸⁵, niant ainsi la nécessité de distinguer selon que les parties ont exprimé la volonté de transférer la propriété de la chose remise en garantie – expression de volonté qui est caractéristique de la « fiducie-sûreté » (si l'on y voit une sûreté translative d'une propriété pleine et entière) – ou qu'elles n'ont pas exprimé cette volonté – le transfert de propriété étant l'effet naturel de la confusion des choses fongibles qui est caractéristique du gage irrégulier.

D'autres auteurs, comme les professeurs Philippe Simler et Philippe Delebecque, soutiennent que, lorsque le transfert du droit de disposer n'est pas directement et expressément voulu par les parties, la garantie ne saurait être qualifiée de « fiducie-sûreté ». Ne pourrait être qualifiée de « fiducie-sûreté » que la convention d'affectation en garantie opérant un transfert *intentionnel* du droit de disposer. Devrait en revanche être qualifiée de gage « irrégulier » l'opération d'affectation en garantie au cours de laquelle survient un transfert *accidentel* du droit de disposer¹⁸⁶.

Le professeur Rémy Libchaber fait sien ce point de vue, lui qui écrit au sujet des contrats prévoyant la remise de certaines choses à charge de restitution, que « pour peu que ces choses soient fongibles ou consommables, cette remise emporte des transferts de propriété subis – *mais non voulus* » (italiques ajoutées)¹⁸⁷. Et l'absence de volonté au fondement de l'effet translatif de propriété vaudrait aussi bien pour le « gage-espèces », que pour le dépôt irrégulier, le prêt de consommation, le prêt de titres, ou le quasi-usufruit.

¹⁸⁵ Le professeur Pierre Crocq invoque ainsi la doctrine suisse dont une partie, selon lui, assimile le gage irrégulier à une forme d'aliénation fiduciaire à titre de garantie (*Propriété et garantie, op. cit.*, p. 261).

¹⁸⁶ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés. La publicité foncière*, Précis Dalloz, 6^e éd., 2012, n° 652, p. 582 : « la sûreté reste un gage, malgré le transfert de propriété dont bénéficie le créancier, car ce transfert n'est pas lié à l'essence de la convention – il ne s'agit pas d'un transfert fiduciaire – mais résulte simplement de la nature des choses, et plus précisément de la nature de l'objet de la convention ».

¹⁸⁷ R. Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois*, 30 août et 15 septembre 2007, n° 15 et 17, p. 1094 et p. 1194. *Contra* : P. - G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, LGDJ, 2004, préf. Ph. Delebecque. Pour le professeur P. - G. Marly, « ce n'est guère la fongibilité des biens remis qui détermine si le débiteur de leur restitution est propriétaire temporaire ou détenteur précaire » (p. 196), car « ce n'est pas la nature de l'objet, mais les conditions de sa possession qui commandent le transfert de propriété. Or ces conditions étant extérieures au bien lui-même, elles sont contrôlables par les parties. C'est donc la volonté qui détermine le caractère fiduciaire ou précaire de la remise » (p. 203). Il en résulte que « l'état de confusion est une circonstance dont la production n'est pas insurmontable, de sorte que l'effet translatif de la remise n'opère pas de droit, mais de fait » (p. 208).

348. D'une part, il nous semble qu'il faille établir une distinction entre la sûreté qui emporte transfert du droit de disposer lors de sa constitution parce que les parties l'ont expressément voulu, et celle qui emporte transfert du droit de disposer lors de sa constitution dans le silence des parties et par l'effet de la seule confusion des choses fongibles. Et d'autre part, il nous semble qu'il faille opter pour la qualification de gage irrégulier et ne pas accorder une place démesurée à l'expression de la volonté des parties quant aux « conditions de stockage » des choses fongibles affectées en garantie, tant c'est non pas la définition de ces conditions mais bien la confusion effective des choses fongibles qui détermine l'effet translatif de propriété de la sûreté. Comme dit plus haut, il se peut très bien que les parties aient convenu de ce que les sommes d'argent affectées en garantie soient isolées des autres sommes d'argent présentes dans le patrimoine du créancier, et que, par mégarde ou à dessein, le créancier, postérieurement à la date de constitution de la sûreté, ouvre l'enveloppe de billets ou le sac scellé de pièces d'or ou bien encore débite le compte spécial mais non bloqué, pour que s'opère le transfert de propriété. La confusion des choses fongibles est donc bien ce en quoi s'ancre le transfert de propriété, plus que la volonté tacite ou très indirectement exprimée des parties¹⁸⁸.

349. C'est, du reste, ce que confirme, malgré lui, M. François Leduc, quand il conclut que l'effet translatif de propriété de l'affectation en garantie de choses fongibles est soumis à trois conditions cumulatives : premièrement, que la chose soit objectivement fongible (une chose de genre) ; deuxièmement, que le créancier gagiste ait, dans son patrimoine, des choses objectivement fongibles avec la chose gagée ; troisièmement, que le contrat de gage soit dépourvu de « stipulation particulière relative aux conditions de stockage, par le créancier, de la chose gagée »¹⁸⁹. C'est bien la confusion (ou le risque de confusion) de choses fongibles dans le patrimoine du créancier – confusion consécutive à l'absence d'expression de volonté – qui emporte

¹⁸⁸ Dans le même sens : M. Julienne, *Le nantissement de créance*, 2011, thèse dirigée par L. Aynès et soutenue à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, § 213, p. 137 : rejetant l'idée que le transfert du droit de disposer puisse résulter du seul caractère fongible ou consommable de la monnaie, l'auteur conclut que « seule la confusion des sommes semble être à même d'en conférer la propriété au gagiste ». Le professeur Maxime Julienne réfute aussi l'idée de M. François Leduc selon laquelle le transfert du droit de disposer s'ancrerait dans une volonté tacite des parties caractéristique d'une opération de « fiducie-sûreté » translatrice d'une propriété pleine et entière. Selon le professeur Maxime Julienne, on peut très bien admettre que l'autorisation faite au créancier de disposer des choses fongibles gagées – qu'implique l'absence d'obligation de tenir ces choses séparées des choses de même nature lui appartenant – soit réputée opérer confusion desdites choses fongibles dans son patrimoine, quand bien même cette confusion ne serait pas effective dès la constitution de la sûreté. Et l'auteur de conclure : « si le code civil admettait vraiment que le simple accord des parties puisse entraîner un transfert de propriété à titre de garantie, la règle ne devrait pas être cantonnée aux seules choses fongibles » (*ibidem*, § 214, note n° 2, p. 138).

¹⁸⁹ F. Leduc, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », *RTD civ.* 1995, p. 320.

alors transfert de propriété. On ne peut induire de l'absence d'expression de toute volonté une volonté existante mais tacite. La confusion de choses fongibles est le principe, l'évènement *normal*, « naturel », qui marque l'affectation en garantie de choses fongibles. Toutefois, cet événement normal peut, à titre d'exception, être écarté par la volonté des parties qui doit alors être existante et exprimée. La volonté des parties n'existe que pour écarter l'effet translatif de propriété de l'affectation en garantie de choses fongibles. Il n'y a pas de volonté des parties lorsque se produit l'effet translatif de propriété de cette affectation en garantie. Sauf à assumer le reproche de l'artificialité, on ne peut prétendre révéler une volonté tacite dans ce qui n'est qu'une absence de volonté.

350. Le texte de l'article 2341 du code civil qui résulte de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 reprend les trois conditions cumulatives énoncées par M. François Leduc. Quant à la première condition, le texte étend le domaine concerné en parlant de choses fongibles (objectivement et subjectivement), et non des seules choses objectivement fongibles (ou choses de genre) : « lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses *fongibles*... » (italiques ajoutées). Quant à la deuxième condition, le créancier a, dans son patrimoine, « des choses de même nature qui lui appartiennent ». Quant à la troisième condition, elle est aussi présente dans ce texte, mais avec la même ambiguïté que dans le propos de M. François Leduc : « si la convention dispense le créancier de cette obligation [de tenir les choses fongibles gagées séparées des choses de même nature qui lui appartiennent] », alors l'effet translatif de propriété se produit. Dire que la convention « dispense » le créancier de l'obligation de tenir les choses fongibles gagées séparées « choses de même nature qui lui appartiennent », c'est faire dire beaucoup à une convention qui, en fait, ne dit le plus souvent rien du tout de cette obligation. La convention peut « dispenser » soit par action (dans ce cas, il y a bien une volonté au fondement de l'effet translatif de propriété), soit par omission (dans ce cas, il n'y a pas du tout de volonté au fondement de l'effet translatif de propriété, mais simplement le cours *normal* des choses, à savoir la confusion de choses fongibles). Là encore, de l'absence de volonté est tirée une volonté tacite. Et parce qu'il y a cet acharnement à vouloir fonder l'effet translatif de propriété sur une volonté, ce qui est le cours *normal*, « naturel », des choses est présenté, à tort de ce point de vue, comme une exception, et comme une exception due à une volonté (« si la convention dispense »).

351. Il eût été plus logique que l'article 2341 du code civil présentât le transfert du droit de disposer comme le principe dans un alinéa premier qui eût pu être ainsi

rédigé : « Lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier acquiert le droit de disposer des choses gagées, à charge de restituer la même quantité des choses équivalentes ». C'est là le cours *normal* et « naturel » des choses : des choses fongibles se confondent de sorte que, lorsqu'elles sont la propriété de deux personnes distinctes, le propriétaire dans le patrimoine duquel a lieu la confusion est réputé avoir le droit de disposer de toutes les choses fongibles, mais reste tenu à l'égard de l'autre propriétaire d'une dette de restitution de choses fongibles à hauteur de la valeur des choses fongibles dont ce dernier a perdu le droit de disposer. Mais cet effet translatif de propriété qui se produit à titre de principe peut être, à titre d'exception, écarté par la volonté des parties. Cette exception aurait dû être présentée dans un alinéa second qui eût pu être ainsi rédigé : « Toutefois, si la convention met à la charge du créancier une obligation de tenir les choses gagées séparées des choses de même nature qui lui appartiennent, le constituant conserve la propriété des choses gagées et peut, en cas de méconnaissance de cette obligation, se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l'article 2344 du code civil ».

352. En toute hypothèse, le texte de l'article 2341 du code civil tel qu'il est aujourd'hui rédigé admet que l'affectation en garantie de choses fongibles – et de sommes d'argent en particulier – puisse être translatrice de propriété – même si c'est davantage à titre d'exception que de principe. Si certains auteurs ont tiré parti de ce que ce transfert au créancier de la propriété des choses gagées avait lieu à titre d'exception et non à titre de principe, pour soutenir que c'était le signe de ce que le gage avec dépossession de choses fongibles n'était en réalité pas du tout translatif de propriété¹⁹⁰, et qu'il n'était donc même pas un gage irrégulier, il n'en reste pas moins que la lecture de l'article 2341 du code civil commande d'admettre que ses rédacteurs ont conçu l'affectation en garantie de choses fongibles comme compatible avec un transfert au créancier de la propriété desdites choses fongibles dès la constitution de la sûreté.

Si ce point est clair, la rédaction de l'article 2341 du code civil ne permet pas, en revanche, d'affirmer avec certitude que ses auteurs ont entendu lier ce transfert de propriété à la confusion des choses fongibles (gage irrégulier) plutôt qu'à une volonté tacite des parties (« fiducie-sûreté ») – même si, de notre point de vue, des indices comme l'insistance sur le caractère fongible des choses gagées et sur la séparation ou l'absence de séparation des choses gagées par rapport aux choses du créancier, tendent à

¹⁹⁰ Voir *infra* les développements sur la propriété flottante (§ 415 et s., § 568 et s., § 596 et s.).

suggérer que l'effet temporairement translatif de propriété caractérisant l'affectation en garantie de choses fongibles est plus lié à la confusion des choses fongibles qu'à une volonté tacite des parties¹⁹¹.

353. Cette rédaction qui n'exclut pas l'idée d'un effet translatif de propriété de l'affectation en garantie de choses fongibles a été, à l'inverse, interprétée par d'autres auteurs comme suggérant que, dès lors que le transfert au créancier de la propriété des choses gagées avait lieu, même à titre d'exception, c'était le signe que le gage avec dépossession de choses fongibles était en principe translatif de propriété, que cet effet translatif de propriété était toujours fondé sur une volonté des parties, moins tacite qu'expresse, et qu'il s'agissait donc ni d'un gage, ni d'un gage irrégulier, mais d'une propriété-sûreté.

§ 5. L'affectation en garantie de monnaie confondue dans le patrimoine du créancier ne peut se dénouer par la compensation à laquelle prétend parvenir la thèse liant le transfert du droit de disposer au transfert d'une propriété pleine et entière.

354. Thèse liant le transfert du droit de disposer des sommes d'argent affectées en garantie à la volonté des parties de transférer une propriété pleine et entière. – Alors que le doute est permis quant à la qualification de la sûreté lorsque les parties n'ont pas du tout indiqué leur volonté de voir la propriété pleine et entière des sommes d'argent affectées en garantie transférée au créancier dès la constitution de la sûreté, ou lorsqu'elles ont stipulé des clauses dont l'effet indirect est d'opérer un tel transfert de propriété, il n'en va pas de même lorsque les parties ont clairement indiqué leur volonté de voir la propriété des sommes d'argent affectées en garantie transférée au créancier dès la constitution de la sûreté. Face à une clause telle que celle, déjà envisagée, qui stipulerait que « la propriété des sommes affectées en garantie du

¹⁹¹ En ce sens aussi : A. Aynès, note sous Cass. com. 6 février 2007 (*Revue des contrats* 2008, n° 2, p. 425) : le professeur Augustin Aynès, qui soutient que le « gage-espèces », entendu comme affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier, est une fiducie-sûreté, soutient également que le gage de choses fongibles confondues décrit à l'article 2341, alinéa 2, du code civil n'est pas une fiducie-sûreté : « il demeure une différence de nature entre les deux garanties. Le gage-espèces, constitutif d'une véritable cession fiduciaire, a pour objet et pour finalité le transfert de propriété à titre de garantie, alors que dans le gage de choses fongibles ce transfert de propriété n'est pas l'objet de la garantie mais la conséquence de ce que les biens affectés en garantie ont été confondus avec d'autres biens de même nature appartenant au créancier ». *Contra* : M. Grimaldi, Rapport de synthèse d'un colloque sur le droit des sûretés, *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 74 ; M. Grimaldi et R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009, p. 670 ; P. Crocq, L. Aynès, *Les sûretés, la publicité foncière*, Coll. droit civil, LGDJ, 7^e éd., 2013, n° 505, p. 234 ; Ph. Dupichot, « Le nantissement, un an après », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 27.

paiement de la créance de M. X... contre M. Y... est transférée à M. X... à la date de signature du présent contrat », il n'y a pas d'hésitation possible quant à la qualification de la garantie : il s'agit d'une fiducie-sûreté, entendue comme propriété-sûreté translatrice d'une propriété pleine et entière. L'expression de volonté est claire et univoque. Or la fiducie-sûreté ainsi définie requiert une telle clarté¹⁹².

355. Un courant doctrinal, notamment représenté par le professeur Michel Cabrillac, soutient que le constituant d'un gage-espèces a toujours la volonté de transférer au créancier la propriété pleine et entière des sommes affectées en garantie lorsqu'aucune précaution n'est prise pour en éviter la confusion dans le patrimoine dudit créancier. Le gage irrégulier ne serait donc que l'autre nom de la « fiducie-sûreté » (présentée comme une propriété-sûreté translatrice d'une propriété pleine et entière)¹⁹³. La notion de « gage irrégulier » serait une expression fallacieuse, une sorte de « litote » forgée par la doctrine à une époque où le droit français répugnait à l'idée de reconnaître l'existence de propriétés-sûretés. La notion de « gage irrégulier » ne serait qu'un mythe recouvrant la réalité de la fiducie-sûreté, mythe nourri par les craintes de la doctrine et par celles des juristes français face à l'épouvantail de la fiducie-sûreté romaine. La qualification de « gage irrégulier » serait donc seulement justifiée par la nécessité de surmonter un « blocage psychologique »¹⁹⁴.

356. Au-delà de cette explication plus psychologique que juridique, le professeur Michel Cabrillac fonde son choix de qualifier de fiducie-sûreté l'affectation en garantie de sommes d'argent (et plus généralement de choses fongibles) confondues dans le patrimoine du créancier, sur une définition du gage présentée comme incompatible avec la réalité des droits du créancier sur l'objet de la garantie. L'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier serait constitutive d'une fiducie, et non d'un gage (même irrégulier), au motif que la propriété fiduciaire du

¹⁹² F. Leduc, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », *RTD civ.* 1995, p. 321 : « un gage qui, dès sa constitution, transfère *conventionnellement* au créancier la propriété de la chose gagée est une contradiction dans les termes. N'en déplaise au juge, il ne s'agit pas d'un véritable gage, mais plutôt d'une fiducie-sûreté, définie comme "le contrat par lequel une personne aliène à une autre personne un bien corporel ou incorporel dans le but de garantir une créance, à charge pour l'acquéreur de retransférer en principe le bien lorsque la garantie n'a plus lieu de jouer" (Cl. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1980, p. 140 et s.) [...] Logiquement, le "gage-espèces" devrait être requalifié en propriété-sûreté fiduciaire ».

¹⁹³ M. Cabrillac, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Mélanges offerts à J. Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 333.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 336 : « en réalité, la remise pure et simple d'une somme en garantie d'une créance correspond à un concept avec lequel nous nous sommes familiarisés : celui de sûreté-propriété [...] L'expression de gage irrégulier a été forgée à une époque où les mentalités étaient allergiques à l'idée de sûreté-propriété [...] Le régime du gage irrégulier ne peut être que celui d'une sûreté-propriété. »

créancier sur les sommes affectées en garantie serait une propriété pleine et entière incompatible avec la superposition d'un droit réel de propriété et d'un droit réel de garantie qui, selon le professeur Michel Cabrillac, définit le gage¹⁹⁵. Autrement dit, « le fait que le constituant ne se dépouille pas seulement de la possession mais aussi de la propriété élève [...] un obstacle incontournable à la qualification de gage »¹⁹⁶.

357. L'analyse de l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier se justifie alors par l'analyse de la propriété fiduciaire comme étant une propriété pleine et entière au sens de l'article 544 du code civil, réunissant donc le *fructus*, l'*usus*, et l'*abusus*. Dès lors que l'on définit le gage comme une superposition de deux droits réels, et dès lors que l'on définit le droit réel du créancier sur les biens affectés en garantie et confondus dans son patrimoine comme étant un droit réel de propriété exclusif de tout autre droit réel, alors il n'y a en effet plus de place pour la qualification de gage.

358. Or le professeur Michel Cabrillac décrit la propriété fiduciaire comme présentant tous les caractères de la propriété pleine et entière. D'abord, le créancier a selon lui le droit de jouir et d'user de la chose – mais rien n'est dit quant au droit de disposer. Ensuite, le créancier aurait un droit de retenir le droit sur la chose, et pas seulement un droit de retenir la chose elle-même : autrement dit, le créancier n'aurait pas besoin d'un droit de rétention, qui est un droit dont le principe même suppose que la chose appartient à autrui et que c'est donc autrui qui a un droit sur la chose retenue. Enfin, lors de la défaillance du débiteur et donc au stade de la réalisation de la sûreté, le créancier n'aurait pas besoin de vendre la chose gagée en justice, ni de s'en faire attribuer la propriété par le juge, ni même de s'en faire attribuer la propriété par convention (pacte comissoire) : sa propriété pleine et entière, jusque là temporaire et grevée d'une obligation de restitution, deviendrait simplement définitive, sans avoir la moindre formalité à accomplir¹⁹⁷.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 335 : « au cœur du concept de gage réside, en effet, la superposition sur le bien grevé d'un droit de propriété qui demeure dans le patrimoine du constituant (et qu'il peut transmettre), et d'un droit réel de garantie qui ne confère au gagiste que des prérogatives limitées ».

¹⁹⁶ *Ibidem*.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 335 : « le créancier ne peut pas faire valoir un droit de rétention sur une chose qui lui appartient et qui, de surcroît, a perdu son identité ; il ne peut pas demander en justice l'attribution d'une propriété qu'il a déjà ; il ne peut pas invoquer le droit de préférence du gagiste, qui n'est que relatif, sur un bien dont il a la propriété exclusive ; à l'inverse, il peut user d'un bien sur lequel le constituant a perdu tout droit ».

359. Propriété pleine et entière sous condition suspensive ou sous condition résolutoire ? – La propriété pleine et entière du créancier serait simplement affectée d'une condition : le défaut de paiement de la créance garantie. Quant à la créance de restitution du constituant, elle serait soumise à la condition du paiement de la dette garantie.

Certains auteurs ont présenté comme étant exclusives l'une de l'autre les analyses tendant à qualifier la créance de restitution du débiteur de droit sous condition résolutoire, d'une part, et la dette de restitution du créancier de droit sous condition suspensive, d'autre part. Ainsi, le professeur Dominique Legeais, dans sa thèse de doctorat sur *Les garanties conventionnelles sur créances*, et plus précisément dans un commentaire de la cession de créance à titre de garantie en droit allemand (« *Sicherungsabtretung* »), privilégie la thèse de la condition résolutoire¹⁹⁸.

À l'inverse, M. Sébastien Praicheux, dans sa thèse de doctorat sur *Les sûretés sur les marchés financiers*, privilégie la thèse de la condition suspensive. Après avoir expliqué que « l'obligation sous condition résolutoire serait l'obligation de transférer la propriété des biens, obligation de faire à la charge du débiteur », que « l'événement futur et incertain serait l'exécution régulière de son obligation par le débiteur » et que « la survenance de la condition résolutoire entraînerait la restitution des biens sans nouveau transfert de propriété », l'auteur soutient que « la thèse de l'obligation personnelle de restitution est à la fois plus claire et plus simple que la précédente : le créancier, à l'échéance de la créance garantie, et à défaut de défaillance de son débiteur, serait obligé personnellement à retransférer la propriété des biens qui composaient l'assiette de la sûreté, à son débiteur », que « l'obligation de retransfert serait donc affectée d'une condition suspensive », que « l'événement futur et incertain qui caractérise la condition pourrait être défini ici comme l'extinction de la créance garantie »¹⁹⁹. Autrement dit, pas davantage que dans la première, il n'y aurait, dans cette seconde hypothèse, de double transfert de propriété, l'un en sens inverse de l'autre.

¹⁹⁸ D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, op. cit., p. 283 : « la "*Sicherungsabtretung*" donne naissance à un rapport fiduciaire entre le créancier et son débiteur. Si le cédant exécute son obligation, il acquiert en effet un droit au retransfert de sa créance. Les parties peuvent aussi prévoir que le transfert de la créance est réalisé sous la condition résolutoire de l'exécution de son obligation par le débiteur. Le cédant, en cas de paiement, redevient alors immédiatement titulaire de la créance cédée ».

¹⁹⁹ S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, op. cit., pp. 290-291.

Mais il n'y a là, selon nous, que deux façons de décrire la même opération juridique. **Soit l'opération est envisagée en considération du paiement, dans quel cas le constituant a une créance de restitution qui est affectée de la condition suspensive du paiement de la créance garantie et le créancier a une dette de restitution qui est soumise à la condition suspensive du paiement. La propriété du créancier est alors soumise à la condition résolutoire du paiement et la propriété du constituant à la condition suspensive du paiement. Soit l'opération est envisagée en considération du défaut de paiement, dans quel cas le constituant a une créance de restitution qui est affectée de la condition résolutoire du non-paiement de la créance garantie et le créancier a une dette de restitution qui est soumise à la condition résolutoire du non-paiement. La propriété du créancier est alors soumise à la condition suspensive du non-paiement et la propriété du constituant à la condition résolutoire du non-paiement**²⁰⁰. En cas de défaut de paiement, la propriété du constituant disparaissant par la réalisation de la condition résolutoire et la propriété du créancier prenant corps par la réalisation de la condition suspensive, seul l'un d'entre eux serait réputé n'avoir jamais cessé d'être propriétaire du bien affecté en garantie depuis la constitution de celle-ci... de sorte que la propriété-sûreté reposerait bien sur le transfert d'une propriété pleine et entière.

360. Dénouement de l'affectation en garantie de monnaie confondue dans le patrimoine du créancier par la voie d'une compensation. – Si la propriété fiduciaire présente tous les caractères de la propriété pleine et entière, et si elle est donc

²⁰⁰ M. Alain Cerles l'a compris, mais en présentant à tort ces deux lectures comme alternatives : selon lui, le « retransfert pourra résulter : soit de la mise en jeu de la condition résolutoire à laquelle le transfert aura été soumis dans le contrat de fiducie, cette mise en jeu anéantissant ce transfert et ayant pour effet de remettre les choses en leur état d'origine [Pour éviter une annulation des actes juridiques que, pendant la durée de la fiducie, la banque aura pu être amenée à effectuer en relation avec le bien fiduciaire, le caractère rétroactif du jeu de la condition résolutoire pourra être écarté par une clause expresse du contrat de fiducie] ; soit d'un pacte de rétrocession conclu dans le contrat de fiducie sous la condition suspensive du remboursement de l'obligation ayant donné lieu à la constitution de la fiducie-sûreté » (« Le point de vue du banquier sur la fiducie », *RD bancaire et bourse*, n° 19, mai-juin 1990, p. 119).

Le professeur Pierre Crocq a montré que ces deux analyses n'étaient pas antithétiques et exclusives l'une de l'autre. Comparant la situation du fiduciaire et du fiduciant à celles des propriétaires d'un bien acquis avec clause de tontine, l'auteur a montré que le constituant de la fiducie-sûreté peut être regardé comme propriétaire du bien remis en fiducie sous la condition résolutoire du défaut de paiement de la dette garantie et que le créancier fiduciaire peut lui aussi être regardé comme propriétaire du bien sous la condition suspensive du défaut de paiement de la dette garantie : « dans le cas de la propriété-garantie, chacun des deux titulaires de droit réel aurait une vocation, suivant qu'il y a paiement ou non, à se voir reconnaître une plénitude de prérogatives sur le bien. La qualification de droit de propriété serait alors justifiée pour chaque droit sur le bien dans la mesure où existe une plénitude potentielle de prérogatives sur le bien [...] Il est vrai que l'on connaît au moins un cas où deux personnes ont à la fois une plénitude actuelle ou potentielle des prérogatives sur un bien. C'est le cas où, pour un même bien, Primus est propriétaire sous condition suspensive et où Secundus est propriétaire sous condition résolutoire. Cependant, dans cette hypothèse, il n'y a jamais à un instant donné qu'un seul des deux protagonistes à être titulaire d'une prérogative sur le bien » (*Propriété et garantie, op. cit.*, p. 194).

exclusive de tout droit réel du constituant sur la chose affectée en garantie, alors il faut admettre que, corrélativement, le constituant n'a plus qu'un droit personnel de créance de restitution par équivalent. Partant, l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier pourrait se dénouer par une compensation entre deux droits personnels : le droit personnel de créance que le créancier a contre le débiteur-constituant au titre de la créance garantie, et le droit personnel de créance que le débiteur-constituant a contre le créancier au titre de la créance de restitution par équivalent. C'est du moins ce qu'avancait le professeur Michel Cabrillac en 1991, affirmant sans la moindre hésitation que la réalisation de la fiducie-sûreté qu'est l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier « s'opère automatiquement et nécessairement par le jeu de la compensation légale qui se produit lorsque la créance garantie devient exigible », et que « la survenance d'une procédure collective en la personne de l'une ou de l'autre des parties ne doit pas faire obstacle à la compensation en raison du lien de connexité établi entre la créance garantie et la créance de remboursement »²⁰¹.

361. Critique. – Il ressort cependant de la jurisprudence et d'une définition stricte de la notion de compensation que le transfert du droit de disposer des sommes d'argent affectées en garantie ne peut s'ancrer dans la volonté expresse du constituant de transférer la propriété pleine et entière desdites sommes d'argent au créancier, pour la bonne et simple raison qu'un tel transfert empêcherait la réalisation de la sûreté.

²⁰¹ M. Cabrillac, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Mélanges offerts à J. Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 339.

Dans le même sens : P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., p. 249 : « on peut considérer qu'il s'opère une compensation entre l'obligation du débiteur de payer sa dette et l'obligation du créancier de transférer la propriété du bien. Cette compensation a pour effet l'extinction, en tout ou partie, de la dette du débiteur par l'équivalent d'une exécution du contrat, cette fois, et non par anéantissement, de la dette du débiteur. Ce mécanisme compensatoire a été expressément reconnu par la jurisprudence en matière de "gage de somme d'argent", lequel constitue en réalité une hypothèse de propriété-sûreté fiduciaire ».

Dans le même sens, mais avec une nuance de taille : M. Cabrillac, Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 9^e éd., 2010, n° 787, p. 593 : « propriétaire des fonds reçus, le créancier a, par là-même, un droit exclusif sur ces derniers. La dette de restitution qu'il a contractée est appelée à se compenser avec la créance garantie, quand bien même le constituant serait sous le coup d'une procédure collective, puisqu'il y a connexité entre elles. La sûreté est ainsi réalisée par un moyen qui assure à son titulaire la priorité absolue ». Toutefois, les professeurs Michel Cabrillac et Christian Mouly ajoutent qu'« il n'y a là qu'une faculté et ce dernier [le créancier] a la possibilité de recourir aux modes de réalisation du droit commun ».

D'autres auteurs se sont montrés beaucoup moins assertifs, à l'instar de M. Alain Cerles (« La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », *Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Banque éditeur, 2000, pp. 39 et s., spéc. p. 44) qui, pour la réalisation du « gage-espèces » ouvre une option entre l'« appropriation conventionnelle des espèces par le créancier, par application d'un pacte commissaire non interdit en pareil cas », et la « compensation entre les créances respectives et réputées connexes du bénéficiaire du gage à l'encontre de l'affectant débiteur – à raison des engagements de ce dernier – et du débiteur vis-à-vis du créancier – au titre de la restitution des espèces nanties ».

A – L’affectation en garantie de sommes d’argent confondues dans le patrimoine du créancier se dénoue par l’exercice d’un droit de préférence, et non par celui d’une priorité ou d’une exclusivité (arrêt du 29 mars 1989).

362. Dès 1989, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale le 29 mars, avait énoncé, implicitement il est vrai, que la sûreté portant sur des sommes d’argent confondues dans le patrimoine du créancier se réalisait par les voies classiques de réalisation du nantissement de créance, et non par la voie de la compensation (qu’elle soit légale, judiciaire, ou conventionnelle)²⁰².

Dans cette affaire, une banque et sa cliente (une société) était liée par trois contrats. Le premier était un contrat d’escompte aux termes duquel la société (cliente) remettait à l’escompte des effets de commerce. Le deuxième était un contrat de prêt aux termes duquel la banque (prêteuse et donc créancière) consentait des avances à la société (emprunteuse et donc débitrice). Le troisième était un contrat de nantissement venant garantir le remboursement du prêt consenti par la banque à la société cliente. Ce contrat de nantissement avait été maladroitement qualifié par les parties – et par les juges – de « gage-espèces », au sens large du terme. Ce contrat de nantissement portait sur des sommes d’argent correspondant à « un certain pourcentage du montant de chaque effet remis à l’escompte par la société [débitrice] » - raison pour laquelle on désigne aussi ce type de contrat comme étant un « accord de retenue ». À la seule lecture de l’arrêt, rien n’indique les modalités précises de l’affectation en garantie de ces sommes d’argent. On ne sait pas si la banque créancière les versait sur un compte spécial et bloqué, sur lequel ni elle ni la société débitrice ne pouvaient effectuer des opérations de débit. On ne sait pas davantage si, à l’inverse, la banque créancière était dispensée d’isoler les sommes affectées en garantie par rapport à son patrimoine, et si elle pouvait donc les verser sur un compte ordinaire, un compte courant où se mêlaient les fonds propres de la banque créancière et les fonds affectés en garantie, et sur lequel la banque créancière pouvait, à sa guise, effectuer des opérations de débit et disposer ainsi des sommes affectées en garantie. En l’absence de précision sur les modalités d’affectation en garantie, il faut toutefois présumer que les sommes affectées en garantie et perçues par la banque créancière étaient confondues au sein de son patrimoine, faute d’être inscrites sur un

²⁰² Cass. com. 29 mars 1989 (D. 1989, p. 457, note D. R. Martin).

compte spécial. À la rigueur, il importe peu de savoir si les sommes affectées en garantie étaient inscrites sur un compte spécial ou non, puisque la généralité de l'attendu rédigé par la Cour de cassation permet d'étendre la solution adoptée à tous les cas d'affectation en garantie de sommes d'argent, qu'elles soient inscrites sur un compte spécial ou sur un compte ordinaire (compte courant). En revanche, il est important de savoir que les parties avaient stipulé dans la convention constitutive du nantissement une clause aux termes de laquelle la banque créancière pouvait réaliser sa sûreté en opérant une compensation entre le montant de la créance de sommes d'argent garantie et le montant des sommes d'argent affectées en garantie. On se trouvait donc, là aussi, face à une convention d'affectation en garantie de sommes d'argent assortie d'une clause de compensation conventionnelle²⁰³.

362-1. Le litige était né de ce que la société débitrice avait été mise en procédure collective (liquidation judiciaire), et de ce que la banque créancière voulait produire la totalité de sa créance de remboursement du prêt à titre privilégié. Or, le montant de la créance de remboursement du prêt (la créance garantie) était supérieur au montant des sommes d'argent affectées en garantie (la valeur du nantissement). Il en résultait donc que la créance de remboursement du prêt était bien une créance garantie par un contrat de nantissement – autrement dit une créance « privilégiée » – mais seulement pour une partie de son montant. Pour le solde correspondant à la différence entre le montant de la créance garantie et le montant des sommes d'argent affectées en garantie, il n'y avait plus de sûreté réelle – la valeur de la garantie ayant déjà été tout entière absorbée par la créance garantie impayée. En d'autres termes, la partie de la créance garantie que le montant des sommes d'argent affectées en garantie ne permettait pas de garantir était constitutive d'une créance sans sûreté, c'est-à-dire d'une créance chirographaire. C'est la raison pour laquelle la banque créancière ne fut admise à déclarer sa créance que pour un montant inférieur à sa production, et se vit ranger parmi les créanciers chirographaires pour la partie de la créance que la valeur de la garantie ne permettait pas de couvrir. Pourtant, en vertu du principe d'indivisibilité des sûretés réelles, la banque créancière prétendait que la totalité du solde de sa créance de remboursement du prêt devait être admise à titre privilégié à la procédure collective de la société débitrice. Sous

²⁰³ Le professeur Didier-René Martin (note sous Cass. com. 29 mars 1989, D. 1989, p. 457) souligne que l'intérêt pratique d'une telle garantie tient à ce que « la constitution d'une telle sûreté est dépourvue, pour le bénéficiaire, de tous soins matériels. Surveillance et garde de la chose engagée sont réduites à la plus simple expression : elles se limitent à l'entretien d'une ligne comptable dans les écritures internes de la banque. De même, la réalisation de la garantie se trouve allégée à l'extrême : jusqu'à due concurrence, une compensation dispense le créancier nanti de restituer les espèces » (*ibidem*).

l'empire du droit des procédures collectives tel que résultant de la loi de 1967, la banque créancière trouvait un intérêt concret à ce que la totalité de sa créance soit admise à titre privilégié : les créances admises « à titre privilégié » échappaient alors à la suspension du cours des intérêts d'ordinaire attachée au jugement d'ouverture de la procédure collective²⁰⁴.

362-2. Dans un arrêt du 4 février 1987, la cour d'appel de Versailles rejeta la prétention de la banque créancière au terme d'un raisonnement en deux temps.

Dans un premier temps, les juges du fond énoncent qu'il y a deux modes de réalisation possibles de ce qu'ils appellent un « gage-espèces » (au sens large de la notion) : « ou bien restituer au débiteur [...] le gage constitué par le montant des sommes retenues et produire à due concurrence, à titre privilégié – le surplus de la créance de la banque étant chirographaire ; ou bien réaliser, à son profit, le gage et en percevoir le prix, par le jeu de la compensation, comme y autorise la convention ».

Dans un second temps, les juges du fond rappellent que, peu important le mode de réalisation de ce qu'ils appellent « gage-espèces », que le créancier choisisse de faire valoir un droit de préférence sur des sommes restituées au débiteur ou qu'il décide d'opérer une compensation conventionnelle entre le montant de la créance garantie et le montant des sommes d'argent affectées en garantie, le solde correspondant à la différence entre les deux montants et pour lequel le créancier n'a pas de droit de préférence, est constitutif d'une créance chirographaire. Ainsi, même si la compensation est retenue comme mode de réalisation de la sûreté, « s'il subsiste encore une créance, après compensation, [la banque] ne peut que produire, à titre chirographaire, n'ayant plus, de ce fait, aucun gage ni aucun droit de préférence ou sûreté pour le surplus de sa créance ». C'était en somme un « avantage exorbitant et contraire au droit des sûretés » que la banque créancière cherchait à s'arroger en « voulant donner à l'ensemble de sa créance le caractère privilégié que son gage ne confère qu'à une partie ». Formant un pourvoi, la banque créancière contesta la décision rendue en appel.

²⁰⁴ M. Cabrillac, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Mélanges offerts à J. Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 340, note 22 : « dans cette espèce, le constituant avait été déclaré en liquidation des biens et les conditions de la compensation légale entre la créance garantie et la retenue de garantie sur escompte que s'était ménagée le banquier étaient remplies. Le syndic aurait voulu que le banquier produisît à titre chirographaire pour la différence entre les deux sommes. La Chambre commerciale l'a autorisé à produire pour la totalité de sa créance à titre privilégié ; ceci lui permettait de bénéficier de la règle, abolie par la réforme de 1985, qui laissait courir les intérêts des créances privilégiées nonobstant l'ouverture de la procédure collective ».

362-3. La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si l'affectation en garantie de sommes d'argent conférait à la créance de sommes d'argent garantie un caractère privilégié pour la totalité de son montant ou seulement pour la fraction de son montant susceptible d'être absorbé par le montant des sommes d'argent affectées en garantie.

Dans un arrêt du 29 mars 1989, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, cassa l'arrêt d'appel au visa de l'ancien article 2073 du code civil qui disposait que « le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilège et préférence aux autres créanciers ». De cette disposition, la Haute juridiction a tiré l'idée que le nantissement garantissait la créance de remboursement du prêt pour le tout, et que le droit de préférence résultant du nantissement était l'accessoire de la totalité du solde de la créance garantie. En conséquence, la créance garantie était, au regard du droit des procédures collectives en vigueur au moment des faits (loi de 1967), une créance privilégiée, et devait donc être admise à titre privilégié à la procédure collective du débiteur pour la totalité de son montant – même si la valeur du nantissement ne suffisait à en garantir qu'une partie²⁰⁵.

362-4. On pourrait s'arrêter là dans l'interprétation de l'attendu énoncé par la Cour de cassation, et écrire, comme le professeur Didier-René Martin, que cet arrêt ne fait que rappeler « un principe nécessaire du droit des sûretés réelles », à savoir qu'« une sûreté répond, jusqu'à sa réalisation, de l'entier montant de la dette correspondante » et que « le bien grevé garantit sans réserve la totalité de la créance à la sûreté de laquelle il est affecté »²⁰⁶.

362-5. Mais il nous semble qu'il faut aller plus loin dans l'interprétation de l'attendu formulé par les juges du droit. En effet, ces derniers ne reprennent pas l'option entre les deux modes de réalisation de la sûreté proposée par les juges du fond. Ils ne reprennent même qu'une des deux branches de l'alternative, celle aux termes de laquelle le nantissement – maladroitement qualifié ici de « gage-espèces » – se réalise par l'invocation d'un droit « de se faire payer sur les sommes données en garantie, par

²⁰⁵ Cass. com. 29 mars 1989 : « le gage dont elle disposait permettait à la banque de se faire payer sur les sommes données en garantie par privilège et préférence aux autres créanciers, pour le montant de sa créance produite, qui revêtait dès lors un caractère privilégié, même si, dans le cas où le montant des sommes données en gage se révélait inférieur au montant de la créance garantie, le créancier doit alors être colloqué pour le surplus à titre de créancier ordinaire ».

²⁰⁶ D. R. Martin (note sous Cass. com. 29 mars 1989, D. 1989, p.457).

privilège et préférence aux autres créanciers ». En d'autres termes, alors que les juges du fond admettaient que l'affectation en garantie de sommes d'argent pouvait se réaliser soit par la restitution desdites sommes au débiteur et l'exercice d'un droit de préférence sur ces dernières (attribution judiciaire, attribution conventionnelle), soit par la compensation entre le montant des sommes d'argent affectées en garantie et le montant de la créance garantie – c'est-à-dire l'exercice d'un droit exclusif permettant un paiement non pas préférentiel mais prioritaire –, les juges du droit posent le principe selon lequel l'affectation en garantie de sommes d'argent ne se réalise que par l'exercice d'un droit de préférence qui permet au créancier de « se faire payer » sur lesdites sommes d'argent – mais en aucun cas d'opérer une compensation.

362-6. En d'autres termes encore, alors que les juges du fond proposaient deux modes possibles de réalisation de la sûreté qui supposaient que celle-ci pouvait être qualifiée ou bien de nantissement (dépourvu d'effet translatif de propriété lors de sa constitution, préservant le droit de propriété du constituant, et conférant au créancier un droit de préférence, non exclusif) ou bien de propriété-sûreté (dotée d'un effet translatif de propriété lors de sa constitution, dégradant le droit réel de propriété du constituant en droit personnel de créance, et permettant donc la compensation entre la créance garantie et la créance de restitution de la garantie), les juges du droit ne conçoivent qu'un seul mode de réalisation de la sûreté correspondant à la seule qualification possible de la sûreté. Ce mode de réalisation de la sûreté, c'est l'exercice d'un droit « de se faire payer » - qui n'est pas nécessairement synonyme de compensation – en vertu d'un droit de préférence (les juges disent « par préférence » aux autres créanciers, et non « par priorité » aux autres créanciers ou « à l'exclusion » de ceux-ci).

Les juges du droit auraient très bien pu rendre leur décision sans préciser que « le gage dont elle disposait permettait à la banque de se faire payer sur les sommes données en garantie, par privilège et préférence aux autres créanciers ». Ils auraient très bien pu se contenter d'énoncer que « le montant de [l]a créance produite [...] revêtait dès lors un caractère privilégié, même si, dans le cas où le montant des sommes données en gage se révélant inférieur au montant de la créance garantie, le créancier doit alors être colloqué pour le surplus à titre de créancier ordinaire ». Si la Haute juridiction prend le temps et le soin de préciser que l'affectation en garantie de sommes d'argent – indépendamment du fait qu'elles soient, ou non, confondues dans le patrimoine du créancier – permet l'exercice par le créancier qui en est bénéficiaire d'un droit de préférence – et non d'une

priorité rendant le droit du créancier exclusif, comme l'avaient laissé entendre les juges d'appel – c'est que la précision est loin d'être anodine, inutile ou casuelle.

On notera par ailleurs, qu'à aucun moment, dans leur attendu, les juges du droit ne qualifient la sûreté en cause autrement que par le terme de « gage » (« le *gage* dont elle disposait », « le montant des sommes données en *gage* » - italiques ajoutées). C'est donc un hasard un peu troublant qui a présidé à la rédaction de cet attendu si on refuse d'y voir une quelconque prise de parti – même implicite – de la cour suprême sur la qualification et le régime de réalisation de la sûreté consistant en l'affectation en garantie de sommes d'argent (confondues, ou non, dans le patrimoine du créancier garanti). Pour notre part, la précision que la Cour de cassation prend la peine de faire dans l'énoncé de la solution, presque sur le mode d'une remarque incidente, est le signe de ce qu'elle infirme le raisonnement des juges d'appel non seulement en ce qui concerne la production de la créance garantie à titre privilégié à la procédure collective du débiteur, mais aussi en ce qui concerne l'option ouverte par eux entre deux modes de réalisation – et donc deux modes de qualification – de la sûreté.

362-7. Il résulte implicitement de cet arrêt du 29 mars 1989 qu'est impossible le choix entre le nantissement et la « fiducie-sûreté » pour qualifier l'affectation en garantie de sommes d'argent (même confondues dans le patrimoine du créancier), que la qualification de fiducie-sûreté doit être évincée, dès lors qu'elle est considérée comme translatrice d'une propriété pleine et entière, et que la réalisation de la sûreté par voie de compensation doit être exclue – même lorsqu'une clause contractuelle la prévoit. Tout permet de le dire à la lecture de l'attendu de cet arrêt... alors que rien n'autorise à dire, comme M. Stéphane Alamowitch, que le créancier peut affecter les espèces « sans formalités ni procédures non plus, à son remboursement », et que « la Cour de cassation lui reconnaît en effet le droit d'opérer une compensation entre ce que lui doit le débiteur et les espèces qu'il retient, par priorité aux droits de tout autre créancier qu'il soit chirographaire, privilégié, ou super-privilégié »²⁰⁷.

362-8. Le raisonnement de M. Stéphane Alamowitch se trahit lui-même. Cet auteur évoque en effet le cas où les sommes affectées en garantie sont inscrites sur un compte tenu par un tiers – et non par le banquier créancier. Or, au sujet de l'affectation

²⁰⁷ S. Alamowitch, « Le gage-espèces », *LPA*, 26 août 1994, n° 102, citant Cass. com. 29 mars 1989 (D. 1989, p. 457, note D.R. Martin).

en garantie de sommes d'argent avec entiercement, il cite un jugement rendu par les juges du fond²⁰⁸ qui refuse au créancier la possibilité de procéder à une compensation lorsque les choses fongibles gagées sont confondues dans le patrimoine d'un tiers qui les détient pour son compte : c'est le tiers détenteur qui est réputé « propriétaire », et non le créancier pour le compte duquel le tiers détenteur conserve les choses fongibles gagées. C'est le signe de ce que le transfert de propriété s'opère moins par la volonté des parties de rendre le créancier « propriétaire », que par la confusion « accidentelle » des choses fongibles dans le patrimoine du dépositaire, puisque le dépositaire devient « propriétaire », même si ce dernier n'est pas le créancier mais simplement un tiers qui les détient pour le compte du créancier. Le créancier n'est donc pas nécessairement le « propriétaire » des choses fongibles gagées et remises.

362-9. Acquiert le droit de disposer des choses fongibles gagées toute personne dans le patrimoine de laquelle s'opère leur confusion, même si cette personne est un tiers au contrat de gage : c'est donc davantage la nature des choses (conception matérielle favorable à la qualification de gage irrégulier) que la volonté des parties (conception intentionnelle favorable à la qualification de « fiducie-sûreté ») qui fonde le transfert de propriété. Et dans la mesure où, en cas d'entiercement, c'est donc la qualification de gage qui prévaut sur celle de « fiducie-sûreté », et où le constituant conserve donc un droit réel de propriété sur les sommes affectées en garantie insusceptible d'être compensé avec le droit personnel de créance formant la créance garantie, la réalisation de la sûreté par voie de compensation est impossible. Mais si l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine d'autrui doit être qualifiée de nantissement lorsqu'elle est constituée avec entiercement, il n'y a pas lieu de la qualifier autrement lorsqu'elle est constituée sans entiercement. Il est en effet incohérent – et inconcevable – de qualifier l'affectation en garantie d'un même bien tantôt de

²⁰⁸ Trib. com. Bourg-en Bresse, 26 mars 1993 : « il convient de distinguer selon que les fonds sont remis directement au créancier ou que le gage est constitué sur des sommes déposées chez un tiers convenu [...] lorsque les fonds sont laissés ou remis à un tiers convenu et non au créancier, le créancier n'a pas de droit exclusif sur ces fonds mais un droit de gage sur la créance de restitution du constituant sur le tiers convenu ». Ce jugement légitime l'appel à la prudence que lance M. Stéphan Alamowitch (« Le gage-espèces », *LPA*, 26 août 1994, n° 102) lorsque les sommes d'argent sont affectées à la garantie de plusieurs créanciers ayant constitué un pool bancaire et qu'elles sont versées sur un compte tenu par seulement l'un d'entre eux : « Tel est le cas lorsqu'un emprunteur remet des espèces à l'agent d'un pool bancaire afin de garantir le prêt consenti par tous les membres du pool » (*ibidem*). Et l'auteur de commenter : « le droit d'affecter les sommes, par priorité sur tout autre créancier, au remboursement de la dette semble disparaître si les espèces ne sont pas directement détenues par le créancier mais le sont par un tiers : la détention par un tiers (« l'entiercement »), fût-ce pour le compte du créancier, n'équivaudrait pas à une véritable rétention des sommes [...] Faute d'une rétention personnelle, il ne serait pas possible d'opérer de plein droit une quelconque compensation ni de recevoir les sommes nanties par voie d'attribution judiciaire par préférence aux créanciers de meilleur rang » (*ibidem*).

« fiducie-sûreté », tantôt de nantissement, selon qu'elle constituée avec ou sans entiercement. Jamais on a vu une sûreté changer de qualification pour les besoins de l'entiercement. Si une sûreté doit incontestablement être qualifiée de gage – même irrégulier – lorsqu'elle est avec entiercement, et que toute réalisation par voie de compensation est alors impossible, c'est que cette sûreté doit aussi être qualifiée de gage – même irrégulier – lorsqu'elle est sans entiercement, et que toute réalisation par voie de compensation est alors également impossible, du moins au sens strict du terme.

B – L'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier ne peut pas se dénouer par la voie de la compensation légale (arrêt du 17 mai 1994).

363. La décision rendue par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, le 17 mai 1994, trois ans après la publication du fameux article du professeur Michel Cabrillac sur les sûretés sur sommes d'argent, regorge d'incertitudes tant certains auteurs ont montré que, juridiquement, la compensation légale validée par la Haute juridiction était impossible à défaut de réunir toutes les conditions requises (et notamment l'exigibilité simultanée des deux créances connexes²⁰⁹), et tant les termes choisis par les juges du droit pour justifier la transformation du droit réel de propriété du constituant en droit personnel de créance de restitution par équivalent ne permettent pas de qualifier la sûreté de « fiducie-sûreté » (si l'on y voit une propriété-sûreté translatrice d'une propriété pleine et entière) plutôt que de gage irrégulier.

363-1. En l'espèce, un contrat de location-gérance de stations-service liait un bailleur (la Société Compagnie générale méditerranéenne de combustibles – ou COGEMCO) à un locataire-gérant (M. Binet). Comme il est d'usage dans les contrats de bail d'immeuble, le locataire-gérant avait remis au bailleur une somme d'argent (en l'occurrence, 60 000 francs) à titre de garantie de l'exécution de ses engagements. L'affaire portait donc sur l'affectation en garantie de sommes d'argent la plus courante et la plus familière : ce que l'on appelle le « dépôt de garantie » ou encore, à tort, la

²⁰⁹ La « connexité » de deux créances peut tenir au fait qu'elles procèdent de la bonne ou mauvaise exécution d'un même contrat, ou de la résolution ou résiliation d'un même contrat, ou encore de contrats distincts mais présentant une cohérence économique caractérisée (convention-cadre et autres ensembles contractuels...).

« caution » ou le « cautionnement »²¹⁰. Pour autant, le plus grand flou règne quant aux modalités de l'affectation en garantie de sommes d'argent dans cette affaire : premièrement, on ne sait pas si ce sont des pièces, des billets ou des sommes inscrites en compte qui ont été remis au bailleur (créancier) par le preneur à bail (débiteur) ; et deuxièmement, dans l'hypothèse, la plus vraisemblable, où c'était de la monnaie scripturale qui aurait été affectée en garantie, rien n'est dit quant au caractère « spécial » ou « ordinaire » du compte sur lequel les sommes affectées en garantie auraient été virées. Autrement dit, on ne peut savoir, à la seule lecture de l'arrêt, si les sommes inscrites en compte et affectées en garantie étaient isolées par rapport au patrimoine du bailleur créancier grâce à un procédé informatique permettant de les individualiser et de conférer un caractère « spécial » et bloqué au compte leur servant de « réceptacle »... ou si ces mêmes sommes étaient confondues dans le patrimoine du bailleur créancier après avoir été virées soit sur son compte ordinaire (et courant), soit sur un compte « spécial » mais ouvert au nom de ce bailleur créancier (et pas au nom du locataire constituant). Il nous semble qu'en l'absence de toute précision sur le caractère spécial et bloqué du compte sur lequel la somme de 60 000 francs aurait été virée, il faille présumer que cette somme avait été inscrite sur un compte du créancier qui était ouvert à son nom et qui était soit dépourvu de caractère spécial (un compte ordinaire, notamment un compte courant, alimenté par d'autres crédits, et débité à la guise du créancier) soit dépourvu de caractère bloqué malgré son éventuel caractère spécial (un compte du créancier ouvert *ad hoc*, alimenté par les seules sommes d'argent remises à titre de garantie, mais susceptible d'opérations de débit à la guise du créancier). En toute hypothèse, l'affaire mettait en jeu, nous semble-t-il, un cas d'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier, et non un cas d'affectation en garantie de sommes d'argent non confondues dans ce patrimoine.

363-2. Ceci posé et les conditions de constitution de la sûreté étant présentées, il convient d'en arriver à l'exécution – problématique – du contrat de location-gérance garanti. Le locataire (débitur constituant) manqua en effet à l'exécution de ses obligations contractuelles envers le bailleur (créancier). Le bailleur (créancier) poursuivit donc en justice le locataire (débitur constituant) et obtint d'abord le

²¹⁰ La Cour de cassation a signalé très tôt le caractère tout à fait inexact de la qualification de « cautionnement » pour ce type de garantie. Dans un arrêt du 29 novembre 1866, la Cour de cassation, statuant en sa chambre criminelle, a précisé qu'« on ne saurait confondre, comme prétend le faire le demandeur, le nantissement avec le cautionnement ; que ces deux contrats diffèrent entre eux, en ce que le gage fait porter la sûreté sur la chose, tandis que le cautionnement la place dans la foi du fidéjusseur » (Cass. crim. 29 novembre 1866, D. 1867, chron. p. 43).

prononcé (en référé) de la résiliation du contrat garanti de location-gérance, puis la condamnation du locataire (débitteur constituant) au versement d'une somme d'argent (plus de 360 000 francs). Ce second jugement, susceptible de voies de recours, fut rendu le 3 décembre 1985. Le mois suivant, le 15 janvier 1986, le locataire (débitteur constituant) fut mis en redressement judiciaire puis en liquidation judiciaire.

Or le bailleur (créancier) ne déclara pas en temps utile à la procédure collective sa créance contractuelle de dommages-intérêts (résultant de la condamnation du locataire-débitteur au paiement d'une somme de 360 000 francs)... de telle sorte qu'en application de l'article 53, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives alors en vigueur (ancien article L. 621-46, alinéa 4, du code de commerce²¹¹), cette dernière était éteinte. Or, si la créance au titre du contrat garanti était éteinte par défaut de déclaration à la procédure collective et défaut de relevé de forclusion, l'affectation en garantie de sommes d'argent (dite « dépôt de garantie ») n'avait plus de cause... C'est pourquoi le liquidateur du locataire (débitteur constituant) agit contre le bailleur (créancier) en remboursement « du montant du dépôt de garantie ».

363-3. Dans un arrêt du 8 novembre 1990, la cour d'appel d'Aix-en-Provence rejeta la demande du liquidateur du locataire (débitteur constituant). Ce dernier forma alors un pourvoi en développant deux arguments.

Dans la première branche du moyen unique, il argua de ce que le locataire (débitteur constituant) avait conservé un droit réel de propriété sur les sommes affectées en garantie, de sorte que, s'il est vrai que le créancier (dépositaire) avait un droit de rétention sur les sommes remises par le débiteur constituant (déposant), il n'en reste pas moins qu'il était impossible d'opérer une compensation entre, d'une part, le droit personnel de créance de dommages-intérêts contractuels du bailleur créancier à l'encontre du locataire débiteur, et, d'autre part, le droit réel de propriété du locataire, débiteur constituant, sur les sommes d'argent affectées en garantie.

Dans la seconde branche du moyen unique, il argua de ce que, même si l'on devait admettre que le droit réel de propriété du locataire constituant sur les sommes d'argent affectées en garantie s'était transformé en droit personnel de créance de restitution par équivalent en raison de la confusion des sommes d'argent dans le

²¹¹ Ancien article L. 621-46, alinéa 4, du code de commerce : « Les créances qui n'ont pas été déclarées et n'ont pas donné lieu à relevé de forclusion sont éteintes ». Depuis la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, dans le silence de loi (codifiée à l'article L. 622-26 du code de commerce), il est admis que les créances non déclarées à la procédure collective du débiteur et non relevées de forclusion ne sont pas éteintes, mais seulement inopposables à la procédure. Les créanciers retrouveraient donc le droit d'agir contre leur débiteur une fois la procédure collective clôturée – sous réserve de l'extinction de leur créance par prescription (voir Cass. com. 3 novembre 2010, pourvoi n° 09-70.312).

patrimoine du créancier, la compensation entre, d'une part, le droit personnel de créance de dommages-intérêts contractuels du bailleur créancier à l'encontre du locataire débiteur, et, d'autre part, le droit personnel de créance de restitution par équivalent du locataire constituant à l'encontre du bailleur créancier, était impossible... parce que la créance de dommages-intérêts contractuels du bailleur créancier à l'encontre du locataire débiteur n'était pas exigible tant que le jugement la constatant n'était pas passé en force de chose jugée. Or, précisément, si, en l'espèce, l'ordonnance rendue en référé avait rendu ladite créance liquide, celle-ci restait, selon le liquidateur, non exigible tant que le jugement de condamnation était susceptible de voies de recours. Or, le jugement étant toujours susceptible de voies de recours à la date de l'ouverture de la procédure collective du locataire (débiteur constituant), la créance de dommages-intérêts contractuels du bailleur créancier à l'encontre du locataire débiteur n'était pas exigible à cette date... de telle sorte qu'elle n'avait pu se compenser avec la créance de restitution par équivalent du locataire constituant à l'encontre du créancier bailleur, et que, n'ayant pas été éteinte par compensation, elle aurait dû être déclarée à la procédure collective du locataire (débiteur constituant) pour ne pas s'éteindre par défaut de déclaration... N'ayant pas été déclarée, la créance garantie était éteinte, selon le liquidateur qui demandait donc l'exécution par le bailleur créancier de son obligation de restitution par équivalent, devenue exigible du fait de l'extinction de la créance garantie.

363-4. La question posée à la Cour de cassation était double. La première question portait sur la qualification de la sûreté, et consistait à demander aux juges du droit si le constituant d'une sûreté portant sur des sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier conserve sur les sommes affectées en garantie un droit réel de propriété semblable à celui qu'a le déposant sur la chose déposée auprès d'un dépositaire, ou bien si le constituant d'une telle sûreté voit son droit réel de propriété transformé en droit personnel de créance de restitution par équivalent. Autrement dit, la première question était de savoir si l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier est un gage non translatif de propriété ou une sûreté translative de propriété (gage irrégulier ou « fiducie-sûreté » assimilée à une propriété-sûreté translative d'une propriété pleine et entière).

La seconde question portait sur la réalisation de la sûreté, et consistait à demander aux juges du droit si, dans l'hypothèse où l'on admettait que l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier

dégraderait le droit réel du constituant en droit personnel de créance de restitution par équivalent, la compensation de ce droit personnel de créance de restitution par équivalent avec le droit personnel de créance du créancier contre le débiteur constituant était possible alors même que le second (la créance garantie, en d'autres termes) n'était pas exigible, faute pour le jugement le constatant d'être susceptible de voies de recours.

363-5. Dans un arrêt de rejet en date du 17 mai 1994, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, répond à la première question dans un attendu de principe où elle juge que l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier emporte transfert de la propriété desdites sommes au créancier, et, par conséquent, transformation du droit réel du constituant sur lesdites sommes en droit personnel de créance de restitution par équivalent. Partant, la Haute juridiction répond à la seconde question en validant la compensation entre le droit de créance du créancier contre le débiteur constituant (la créance garantie) et le droit de créance de restitution par équivalent du débiteur constituant contre le créancier (le « dépôt de garantie ») – considérant que le jugement de condamnation constatant la créance de dommages-intérêts contractuels du créancier suffisait à rendre celle-ci exigible, indépendamment du fait qu'il était susceptible de voies de recours. Les conditions de certitude, de liquidité et d'exigibilité des créances étant réunies dès le 3 décembre 1985, la compensation s'était opérée « de plein droit » à cette date, éteignant la créance garantie... qui n'avait donc pas à être déclarée à la procédure collective du débiteur constituant ouverte le 15 janvier 1986.

Dans son arrêt du 17 mai 1994, la Cour de cassation énonce une solution claire en apparence : l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues emporte transfert de la propriété desdites sommes au créancier lors de la constitution de la sûreté, et, corollairement, transformation du droit réel de propriété du constituant en droit personnel de créance de restitution par équivalent susceptible de se compenser avec le droit personnel de créance né du contrat garanti.

363-6. Mais, à bien y réfléchir, cette solution est en réalité pleine d'incertitudes qui plongent dans une obscurité encore plus épaisse un pan du droit que l'on croit éclairci : outre le fait que la compensation légale au sens strict était juridiquement impossible, faute de voir remplie la condition d'exigibilité des deux créances, la Haute juridiction, en choisissant des termes ambigus, ne tranche pas le débat relatif à la

qualification de l'affectation en garantie de choses fongibles, et en particulier de sommes d'argent, confondues dans le patrimoine du créancier.

363-7. La solution concrète et pratique qu'énonce la Cour de cassation dans son second attendu repose tout entière sur la solution théorique qu'elle énonce dans le premier attendu. Pour pouvoir caractériser une compensation légale entre le droit personnel de créance du bailleur créancier contre le locataire débiteur, d'une part, et, d'autre part, le droit personnel de créance de restitution par équivalent du locataire constituant contre le bailleur créancier, encore faut-il admettre que c'est bien un droit personnel de créance de restitution par équivalent que le locataire constituant a contre le bailleur créancier.

C'est ce que fait la Haute juridiction dans son premier attendu où elle juge, à titre de principe, que « dès l'instant de leur remise à la COGEMCO [le bailleur créancier], les sommes déposées à titre de garantie de l'exécution de ses obligations par le locataire-gérant sont devenues, *en raison de leur nature fongible*, la propriété de la COGEMCO [le bailleur créancier] à l'égard de laquelle M. Binet [le locataire-gérant, débiteur constituant] ne disposait plus que d'un droit de créance » (italiques ajoutées).

Ce faisant, la juridiction suprême consacre clairement la thèse de l'existence d'un transfert de propriété attaché à l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier. Ce transfert au créancier de la propriété des sommes d'argent affectées en garantie se produit dès la constitution de la sûreté (« *dès l'instant de leur remise* », italiques ajoutées) en raison de la fongibilité de son objet. Partant, le créancier ayant acquis un droit réel exclusif sur les sommes affectées en garantie, le droit réel de propriété du constituant (tout aussi exclusif) doit être considéré comme s'évaporant, pour faire place à un droit personnel de créance de restitution par équivalent.

363-8. Une telle analyse avait déjà été suggérée par la Haute juridiction, en particulier dans un arrêt rendu en chambre civile le 6 mai 1930²¹². Il ne s'agissait pas, dans l'affaire jugée en 1930, d'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier. Il s'agissait d'une action en restitution de fonds engagée par l'acheteur (Bayonne) d'un tracteur contre le vendeur (la Société *Agricultural*) mis en procédure collective (alors appelée « faillite »). La vente du

²¹² Cass. civ. 6 mai 1930 (DH. 1930, p. 412 ; S. 1930 I, 248).

tracteur avait été « résiliée » (ou plutôt résolue) pour défaut de conformité du tracteur, qui s'était avéré « inutilisable ». Or l'acheteur, à qui devaient donc être rendues les sommes d'argent par lui versées au titre du paiement du prix de vente, soutenait qu'il devait être payé sur l'actif du vendeur en faillite par préférence aux autres créanciers de ce dernier, et non au marc-le-franc comme un simple créancier chirographaire. Il prétendait avoir conservé un droit réel sur les sommes versées en paiement du prix de vente et confondues dans le patrimoine du vendeur. Dans un arrêt du 8 décembre 1927, la cour d'appel de Paris fit droit à l'argumentation de l'acheteur en jugeant que « par suite de la résiliation de la vente, la somme et l'effet remis à la société [vendeuse] sont devenus sans cause entre ses mains », et « qu'ils ne pouvaient lui être acquis et entrer dans son patrimoine qu'après la livraison à Bayonne [l'acheteur] d'un tracteur conforme à la demande ». Autrement dit, tant que l'acheteur ne s'était pas fait livrer un tracteur conforme, les sommes par lui versées au titre du prix de vente étaient réputées n'être pas tout à fait « entrées » dans le patrimoine du vendeur... de telle sorte qu'elles ne pouvaient constituer le gage commun des créanciers du vendeur, et qu'il fallait en déduire que l'acheteur avait conservé sur elles un droit réel (de propriété ?). Dans un arrêt de cassation en date du 6 mai 1930, la Cour de cassation, statuant en sa chambre civile, réfuta cette analyse en jugeant que les sommes versées par l'acheteur au titre du prix de vente étaient « entrées » dans le patrimoine du vendeur dès l'instant où elles avaient été confondues avec d'autres sommes appartenant à ce dernier. Dans un attendu de principe placé immédiatement après le visa, les juges du droit établirent la règle selon laquelle « toute somme d'argent ou toute quantité de choses fongibles reçues à un titre quelconque [c'est-à-dire à titre de paiement comme à titre de garantie] se confond, dès qu'elle ne peut plus être identifiée, avec les autres valeurs composant le patrimoine de celui qui la reçoit ».

Rien n'est dit pour autant d'un transfert de la propriété des sommes à celui à qui elles sont remises. Il faut le déduire de la deuxième partie de l'attendu, qui énonce que « la personne qui prétend en poursuivre la répétition ne peut invoquer sur cette somme aucun droit de préférence ». Si le remettant ne peut faire valoir aucun droit réel accessoire de préférence (droit réel non exclusif), alors il faut admettre, *a fortiori*, qu'il ne peut faire valoir aucun droit réel principal de propriété (droit réel exclusif). Cela signifie donc que la propriété des sommes confondues dans le patrimoine de celui à qui elles sont remises a été transférée du remettant à ce dernier, et que le remettant n'a plus aucun droit réel (ni principal ni accessoire) sur les sommes qu'il a remises. Force est

alors d'en conclure qu'il n'a plus qu'un droit personnel de créance de restitution par équivalent. Et s'il n'a qu'un droit personnel de créance de restitution par équivalent, alors il doit être traité non pas en créancier privilégié (payé par préférence aux autres parce qu'il est muni d'une sûreté réelle, ou payé par priorité aux autres parce qu'il est propriétaire revendiquant) mais en créancier chirographaire (soumis au concours des autres créanciers et à la distribution au marc-le-franc du prix de vente des actifs du débiteur). C'est ce que déduisent les juges du droit en affirmant « que la somme versée par Bayonne [l'acheteur] à la société [vendeuse] s'est confondue, dès le moment où elle ne pouvait plus être identifiée, avec les autres valeurs de la société, et est devenue, comme ces valeurs, le gage commun de ses créanciers », et « qu'elle ne devait donc être payée à Bayonne [l'acheteur] qu'à titre chirographaire et au marc-le-franc ».

363-9. Dans son arrêt du 17 mai 1994, la Cour de cassation ne fait donc qu'appliquer au cas particulier des sommes d'argent remises à titre de garantie, la solution très générale énoncée dès 1930 pour toutes les choses fongibles remises « à un titre quelconque » (à titre de paiement, à titre de garantie *ou à titre de dépôt...*). C'est cette solution ancienne que feignait d'ignorer le demandeur au pourvoi en prétendant implicitement faire une distinction entre la remise d'une somme d'argent à titre de paiement et la remise d'une somme d'argent à titre de dépôt. Selon lui, « la somme remise à titre de cautionnement [terme tout à fait impropre] par l'une des parties à l'autre a le caractère d'un *dépôt* de garantie et ne devient pas la propriété du *dépositaire* » (italiques ajoutées). Il s'agissait pour lui d'ancrer le contrat de gage dans sa nature profonde de contrat de dépôt (suggérée par l'ancien article 2079 du code civil²¹³) pour mieux affirmer son incompatibilité avec tout transfert de propriété de la chose remise. Du reste, le demandeur fondait son pourvoi sur l'article 1134 du code civil (relatif à la force obligatoire et à l'exécution de bonne foi des conventions), sur l'article 1291 du même code²¹⁴ (relatif à la compensation légale) et surtout sur deux textes relatifs au contrat de dépôt : les articles 1930²¹⁵ et 1932²¹⁶ du code civil. Le premier de

²¹³ Ancien article 2079 du code civil : « jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a lieu, il reste propriétaire de ce gage, qui n'est, dans la main du créancier, qu'un *dépôt* assurant le privilège de celui-ci » (italiques ajoutées).

²¹⁴ Article 1291, alinéa 1^{er}, du code civil : « la compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles ».

²¹⁵ Article 1930 du code civil : « il [le dépositaire] ne peut se servir de la chose déposée sans la permission expresse ou présumée du déposant ».

²¹⁶ Article 1932 du code civil : « le dépositaire doit rendre identiquement la chose même qu'il a reçue. Ainsi le dépôt des sommes monnayées doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il a été fait, soit dans le cas d'augmentation, soit dans le cas de diminution de leur valeur ».

ces textes relatifs au contrat de dépôt prive le dépositaire (ici le créancier) du droit d'user de la chose déposée – et donc, *a fortiori*, du droit d'en jouir et du droit d'en disposer. Le second de ces textes impose la restitution en nature de la chose déposée – en particulier dans le cas des « sommes monnayées »... Si l'on prétendait, comme le demandeur au pourvoi, assimiler l'affectation en garantie de sommes d'argent à un contrat de dépôt, alors il est vrai qu'il aurait été tentant de déduire de ces deux textes que le constituant (déposant) n'avait jamais perdu son droit réel de propriété sur les sommes déposées dont le créancier (dépositaire) n'avait le droit ni d'user ni de disposer, et qu'il devait donc rendre en nature – et non par équivalent²¹⁷.

364. Mais raisonner ainsi, c'était oublier, d'une part, que la solution énoncée en 1930 valait pour toute remise de somme d'argent, et plus généralement de choses fongibles, indépendamment de la nature de la remise : paiement, garantie... *ou dépôt* ; et, d'autre part, que le contrat de dépôt est loin d'être exclusif de tout effet translatif de propriété, puisque l'on savait déjà depuis fort longtemps que le dépôt « irrégulier » pouvait en être pourvu. La démonstration fondée sur l'ancrage du contrat de gage dans sa nature de contrat de dépôt était donc vouée à l'échec tant elle était obsolète au regard des solutions adoptées antérieurement pour le contrat de dépôt lui-même.

Cette démonstration ignorait par ailleurs les différences entre le contrat de gage et le contrat de dépôt²¹⁸. Le professeur Christian Larroumet relève à juste titre que « si dépôt il y avait, il serait irrégulier en raison de son effet translatif [de propriété] », mais ajoute à tort que « la remise d'espèces à titre de garantie ne correspond pas au dépôt dont il est question à l'article 1915 du code civil ». Comme l'explique cet auteur,

²¹⁷ L'argumentation du demandeur au pourvoi est confortée par l'interprétation que le professeur Pierre-Grégoire Marly fait de l'article 1932 du code civil (*Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, *op. cit.*, p. 211, spéc. note n° 23). Selon cet auteur, le mot « ainsi » qui relie le premier alinéa de cet article à son second alinéa, signifie que l'obligation faite par le premier alinéa au dépositaire de « rendre identiquement la chose même qu'il a reçue » s'applique au cas où les choses remises sont les « sommes monnayées » dont fait état le second alinéa, ce qui a pour conséquence que la restitution des « mêmes espèces » doit s'entendre de la restitution des pièces, billets ou chèques qui ont été remis, et non de sommes équivalentes. Cette interprétation serait confirmée, selon le même auteur, par l'obligation faite au dépositaire de restituer la somme déposée dans la monnaie en circulation au jour du dépôt, indépendamment de l'augmentation ou de la diminution de sa valeur (article 1932, alinéa 2, du code civil) alors même que, dans le cadre du contrat de prêt de consommation, l'article 1895, alinéa 2, du code civil oblige l'emprunteur, réputé propriétaire des sommes prêtées, à rembourser le prêteur dans la monnaie en circulation au jour de la restitution (« s'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement »).

²¹⁸ Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 17 mai 1994 (D. 1995, jur. p. 124). En ce sens aussi : P. Crocq, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, n° 305, p. 258 : l'affectation en garantie de sommes d'argent ne serait pas « un véritable contrat de dépôt puisque la restitution n'est qu'une éventualité conditionnée par le paiement de sa dette par le déposant alors que le contrat de dépôt suppose que la restitution puisse avoir lieu *ad nutum*, à première demande, selon l'article 1944 du code civil ». Plus que le caractère essentiel de l'obligation de garde ou que l'intérêt servi, ce serait donc la révocabilité *ad nutum* du contrat de dépôt qui le différencierait d'une affectation en garantie de sommes d'argent où la restitution des sommes remises au créancier dépositaire n'est jamais exigible *ad nutum*, mais seulement en cas de paiement de la créance garantie.

« l'obligation de garde est essentielle dans le dépôt²¹⁹, tandis qu'elle n'est qu'accessoire dans la remise à titre de garantie », et, surtout, « le dépôt est conclu dans l'intérêt du déposant, ce qui justifie le caractère essentiel de l'obligation de garde, la remise d'espèces à titre de garantie a lieu dans l'intérêt du créancier, bénéficiaire de la remise ».

364-1. C'est logiquement dans un second temps que la Cour de cassation tire de l'analyse des modalités de constitution de la sûreté toutes les conséquences pour la définition des modalités de sa réalisation. Si, lors de la constitution de la sûreté, il y a transfert au créancier de la propriété des sommes affectées en garantie, et mutation du droit réel du constituant en droit personnel de créance de restitution par équivalent, alors la compensation de ce droit personnel avec le droit personnel de créance du créancier au titre de la créance garantie devient possible.

364-2. Mais si les juges du droit parlent souvent de « compensation », rien n'est dit quant à la nature de cette compensation : est-elle judiciaire ? conventionnelle ? ou légale ?

Il semble qu'il faille exclure la compensation judiciaire car, en l'espèce, la compensation validée par la Cour de cassation n'avait pas été décidée par un juge. En outre, on sait que la compensation est, pour le juge saisi, une faculté lorsque la condition de liquidité fait défaut à des créances réciproques, et une obligation lorsque, les conditions de liquidité et d'exigibilité faisant défaut aux créances réciproques, leur connexité supplée à l'absence de ces conditions²²⁰. Or, si, en l'espèce, la présence de la condition d'exigibilité était discutée, le caractère liquide des créances à compenser ne faisait aucun doute : le montant des sommes remises à titre de garantie était, sans discussion possible, de 60 000 francs, et le montant de la créance de dommages-intérêts contractuels du bailleur avait été fixé par jugement de condamnation à plus de 360 000 francs.

Rien n'indiquait que l'acte constitutif de la sûreté comportait une clause aménageant une compensation conventionnelle. En tout cas, il n'est fait état d'aucune

²¹⁹ Il est vrai qu'il a été jugé par la Cour de cassation, statuant en sa chambre criminelle, le 29 novembre 1866 « qu'il n'y a dépôt proprement dit qu'autant que la garde de la chose remise est la fin principale du contrat ; que c'est cette fin qui fait le caractère essentiel du contrat de dépôt et le distingue des autres contrats réels ; que si la tradition a eu lieu pour une autre fin, ce n'est plus un contrat de dépôt, mais un contrat d'une autre espèce » (Cass. crim. 29 novembre 1866, D. 1867, chron. p. 43).

²²⁰ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ, Coll. Droit civil, 6^e éd., 2013, n° 1193-1195, p. 661-663.

clause s'en approchant, ni dans le pourvoi, ni dans le résumé des faits et le jugement que mentionnent les juges du droit. Par conséquent, il semble qu'il faille admettre que la compensation qu'évoque la Haute juridiction est la compensation légale prévue aux articles 1289 et suivants du code civil. Le fait que les juges du droit décident que la compensation en cause « s'opère de plein droit » invite aussi à une telle interprétation.

364-3. Si c'est de compensation légale qu'il s'agit, alors il faut examiner si les trois conditions cumulatives exigées (certitude, liquidité et exigibilité) sont réunies. En effet, si la loi admet que « lorsque deux personnes se trouvent débitrices l'une envers l'autre, il s'opère entre elles une compensation qui éteint les deux dettes » (article 1289 du code civil), et que « la compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs [...] jusqu'à concurrence des quotités respectives [des deux dettes] » (article 1290 du code civil), c'est à la condition que les deux dettes aient « également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce, et qui sont également liquides et exigibles » (article 1291 du code civil)²²¹.

364-4. On l'a déjà dit, il ne faisait aucun doute, en l'espèce, que les créances réciproques étaient toutes deux certaines et toutes deux liquides. Restait à déterminer si elles étaient toutes deux exigibles. Or c'est sur ce terrain que le liquidateur du locataire débiteur-constituant place le débat. Selon lui, ni l'ordonnance de référé (marquée d'un caractère provisoire), ni le jugement de condamnation du débiteur (dépourvu de

²²¹ La condition de connexité n'a pas ici été envisagée par les juges car cette condition concerne essentiellement les créances réciproques dont l'un des débiteurs est en procédure collective, et, dans cette hypothèse, seulement les créances réciproques auxquelles font défaut les conditions (de certitude, de liquidité et d'exigibilité) de la compensation légale. L'article L. 622-7, alinéa 1^{er}, du code de commerce dispose en effet *in limine* que « le jugement ouvrant la procédure emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture, à l'exception du paiement par compensation de créances connexes ».

Selon le professeur Arlette Martin-Serf (obs. sous Cass. com. 17 mai 1994, *RTD com.* 1996, p. 531), « la compensation des dettes connexes n'est destinée à jouer que si les conditions de la compensation ne sont pas réunies au jour de l'ouverture de la procédure collective ». Les trois conditions de la compensation légale étant réunies dans l'esprit des juges, la condition de connexité susceptible, en cas de procédure collective, de suppléer au défaut des conditions de la compensation légale, n'a pas été examinée. Il faut toutefois préciser que l'absence d'un tel examen s'explique peut-être moins par la négligence des juges du droit (qui se seraient concentrés sur la compensation légale alors même qu'elle était impossible) que par l'impossibilité de procéder à un tel examen (la compensation des créances connexes étant subordonnée à la déclaration à la procédure collective de la créance candidate à la compensation – déclaration qui faisait précisément défaut en l'espèce).

Le professeur Christian Larroumet, dans sa note sous l'arrêt du 17 mai 1994 (D. 1995, jur. p. 124) ajoute qu'au regard de la jurisprudence antérieure, il aurait, de toute façon, été douteux que les juges du droit constatent la compensation de créances connexes même si la déclaration de la créance à la procédure collective l'avait rendue possible. En effet, s'il est vrai que les juges du fond (Paris 17 novembre 1992, *JCP E* 1992, II, p. 428) et les juges du droit (Cass. com. 15 juin 1993, D. 1993, p. 495) ont admis la compensation d'une créance exigible avec une créance non exigible au titre de la compensation des créances connexes, l'auteur fait remarquer que « la compensation entre créances connexes n'a été admise jusqu'à présent qu'entre des créances dont l'une n'est pas encore exigible, mais le deviendra nécessairement ». Or, précisément, tant que le débiteur ne paie pas la créance garantie, la créance de restitution du constituant ne sera jamais exigible... Bref, « on ne peut donc pas faire rétroagir une condition [d'exigibilité] qui n'existera jamais » (Ch. Larroumet).

En ce sens aussi : D. Bureau, « Le gage-espèces : une sûreté atteignant sa maturité ? », *Droit et patrimoine* 1999, n° 77, p. 29, note 66.

Adde : Ch. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, 2012, thèse dirigée par M. Grimaldi et soutenue à l'Université de Paris II Panthéon-Assas, § 107, p. 103, note n° 463 : « la connexité entre les créances ne change rien à l'affaire. La connexité permet en effet simplement de faire rétroagir l'exigibilité d'une des créances. Mais encore faut-il que cette exigibilité puisse exister un jour, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ».

caractère définitif pour n'être ni passé en force de chose jugée ni insusceptible de voies de recours) n'ont rendu exigible la créance de dommages-intérêts contractuels du créancier à l'encontre du locataire débiteur. Partant, la compensation alléguée n'avait pu avoir lieu à la date du jugement de condamnation du locataire débiteur.

La Cour de cassation rejette cette analyse, considérant que le fait que le jugement de condamnation du locataire débiteur soit encore susceptible de voies de recours, et, par conséquent, dépourvu de la force de chose jugée, ne prive pas d'exigibilité la créance de dommages-intérêts contractuels qu'il constate. Autrement dit, l'existence de voies de recours n'enlève pas à une créance fixée et constatée par un jugement de condamnation ses caractères non seulement liquide mais aussi exigible. Partant, la compensation s'était opérée « de plein droit » dès la date du jugement de condamnation, et avait éteint à cette même date la créance garantie et la créance de restitution des sommes affectées en garantie, à hauteur du montant le plus faible²²² : « la compensation de créances réciproques non sujettes à discussion quant à leur exigibilité et à leur montant s'opère *de plein droit*, à concurrence de la plus faible, à l'instant où la seconde vient à échéance [...] La compensation s'est opérée *de plein droit*, au plus tard à cette date [celle du jugement de condamnation], entre cette créance de la COGEMCO [bailleur créancier], qui n'était affectée ni d'un terme ni d'une condition, et la créance réciproque de M. Binet [locataire constituant], d'un montant de 60 000 F, de sorte que la créance de M. Binet [locataire constituant], d'un montant inférieur à celle de la COGEMCO [bailleur créancier] était éteinte, par voie de compensation, lorsque le redressement judiciaire de M. Binet [locataire constituant] a été ouvert » (italiques ajoutées)²²³.

Si les juges du droit insistent tant sur le fait que la compensation qu'ils valident s'opère de plein droit, c'est qu'il s'agissait bien, dans leur esprit, d'une compensation « par la seule force de la loi » (article 1291 du code civil) – autrement dit d'une compensation légale réunissant tous les critères de certitude, de liquidité, et d'exigibilité

²²² La créance de dommages-intérêts contractuels du créancier s'élevant à plus de 360 000 francs, et la créance de restitution du constituant s'élevant à 60 000 francs, la seconde se trouvait totalement éteinte par voie de compensation, et la première subsistait pour les quelque 300 000 francs restants.

²²³ Comme le fait remarquer le professeur Arlette Martin-Serf (obs. sous Cass. com. 17 mai 1994, *RTD com.* 1996, p. 531), la solution énoncée par les juges du droit le 17 mai 1994 a été aussitôt suivie par les juges du fond, notamment dans un arrêt de la cour d'appel de Versailles du 15 septembre 1994 où a été également opérée une compensation entre, d'une part, la créance de loyers d'un bailleur créancier qui avait été déclarée et admise à la procédure collective du locataire débiteur, et, d'autre part, la dette de restitution par équivalent du « dépôt de garantie » pesant sur le bailleur créancier.

des créances réciproques... Pourtant, le dernier critère (celui d'exigibilité) n'était pas satisfait²²⁴.

364-5. Peut-être lassés, à force d'arguties sur l'exigibilité de la créance garantie (la créance de dommages-intérêts contractuels du bailleur créancier contre le locataire débiteur), les juges du droit semblent avoir négligé de s'interroger sur l'exigibilité de la créance de restitution par équivalent du locataire débiteur-constituant contre le créancier, qu'ils prétendent compenser avec la créance garantie.

Or, comme le montre fort bien le professeur Christian Larroumet²²⁵, ce n'était pas, contrairement à ce qu'argue le demandeur au pourvoi, l'exigibilité de la créance garantie qui était discutable en l'espèce, mais bien plutôt celle de la créance de restitution par équivalent que les juges du droit ont mis à la charge du créancier dans leur premier attendu. En effet, **la créance de restitution par équivalent que le constituant a contre le créancier n'est exigible que lorsque le débiteur (souvent aussi constituant) a payé la dette garantie, et, plus généralement, que lorsque la dette garantie est éteinte (de quelque façon que ce soit, y compris par prescription). Autrement dit, la créance de restitution du débiteur-constituant ne devient exigible que lorsque la créance garantie s'éteint : on ne peut alors les compenser... puisque l'on ne peut compenser une créance devenue exigible avec une créance éteinte. À l'inverse, tant que la créance garantie est exigible, tant que le débiteur n'a pas payé la dette garantie, la créance de restitution du constituant (ou débiteur-constituant) n'est pas exigible : on ne peut compenser la créance garantie (exigible) avec la créance de restitution du constituant (non exigible).**

²²⁴ Il n'y a pas lieu de citer ici comme un « précédent » l'arrêt rendu le 4 mai 1993 par la cour d'appel de Paris (*Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} septembre 1993, n° 9, p. 861, obs. Ph. Delebecque ; *RTD com.* 1993, p. 554, obs. B. Teyssié et M. Cabrillac) et confirmé le 9 avril 1996 par la Cour de cassation (*Bull. civ. IV*, n° 116 ; *D.* 1996, jur. p. 399, note Ch. Larroumet ; *D.* 1996 somm. p. 385, obs. S. Piédelièvre ; *JCP G* 1997, I, 3991, n° 18, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1996, p. 669, obs. P. Crocq ; *Bull. Joly* 1996 p. 674, note P. Le Cannu). Dans l'affaire en question, commentée plus haut, les sommes d'argent affectées en garantie étaient clairement inscrites sur un compte spécial et bloqué. C'est donc à tort que le professeur Christian Larroumet cite comme précédent l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 mai 1993 – d'autant plus que le mode de réalisation de la sûreté validé dans cet arrêt n'était pas une compensation mais un pacte commissoire, et qu'il est fort discutable de deviner dans l'esprit des juges une assimilation entre ces deux modes de réalisation.

²²⁵ Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 17 mai 1994 (*D.* 1995, jur. p. 124) : « il ne peut s'agir de la compensation légale de droit commun des articles 1289 et 1290 du code civil. C'est à tort que l'arrêt rapporté a considéré qu'il s'agissait d'une "compensation de créances réciproques non sujettes à discussion quant à leur exigibilité et à leur montant, (laquelle) s'opère de plein droit, à concurrence de la plus faible à l'instant où la seconde vient à échéance", ce qui ne peut que viser la compensation légale de droit commun. La compensation légale de droit commun ne peut opérer qu'entre des créances réciproques et fongibles, qui sont également liquides et exigibles (article 1291 du code civil). Or la condition d'exigibilité des deux créances ne saurait être remplie en ce qui concerne le transfert fiduciaire. S'il est vrai qu'à l'échéance la créance garantie est exigible, il n'en va pas de même de la créance du remettant envers le fiduciaire. En effet, le fiduciaire est en droit de conserver les sommes à lui remises tant qu'il n'a pas obtenu satisfaction de son débiteur, le remettant. En d'autres termes, tant que le remettant ne s'est pas exécuté envers le fiduciaire, la créance de restitution qu'il a envers celui-ci n'est pas exigible. C'est l'exécution de son obligation par le remettant qui va rendre exigible sa créance de restitution. Dès lors, la compensation légale des articles 1289 et suivants du code civil ne peut être envisagée ».

En l'espèce, on se trouvait dans le cas de figure où le débiteur constituant n'avait pas payé la créance garantie, liquidée et rendue exigible par le jugement de condamnation. Ce débiteur-constituant n'ayant pas payé, il ne pouvait donc exiger la restitution par équivalent des sommes affectées en garantie. Sa créance de restitution contre le créancier n'était pas exigible. C'est donc pour des motifs erronés que la Cour de cassation valide une compensation légale entre une créance exigible et une créance non exigible, compensation qui était impossible faute pour les créances réciproques d'être simultanément exigibles. Qui plus est, le défaut d'exigibilité simultanée des créances réciproques n'était pas seulement ponctuel : il était définitif. Comme on l'a dit plus haut, il n'y a que deux cas de figure alternativement envisageables : soit la créance garantie est éteinte et la créance de restitution devient exigible du fait de cette extinction – dans quel cas on ne peut compenser une créance exigible avec une créance éteinte ; soit la créance garantie est exigible et la créance de restitution n'est pas exigible du fait de cette exigibilité de la créance garantie – dans quel cas on ne peut compenser une créance exigible avec une créance qui ne l'est pas... La compensation légale était absolument impossible, même si la créance de restitution du débiteur-constituant avait été exigible.

364-6. La solution énoncée par la Cour de cassation, d'apparence si claire et juridiquement si irréprochable, est donc mise à bas. Le liquidateur, demandeur au pourvoi, aurait eu tout intérêt à discuter l'exigibilité de la créance du locataire (débiteur constituant) qu'il représentait plutôt que de s'acharner sur celle de la créance de la partie adverse (le bailleur créancier). Sur le terrain de l'exigibilité de la créance du débiteur-constituant, il aurait pu obtenir l'annulation de la compensation litigieuse.

364-7. Il est toutefois des auteurs, comme le professeur Christian Larroumet²²⁶, pour essayer de « sauver » la solution en prétendant qu'il fallait interpréter la volonté des parties – avec bien des présomptions – comme étant favorable à une compensation conventionnelle susceptible de se passer de la condition d'exigibilité de la créance de restitution du débiteur-constituant. Mais, outre le fait que rien dans l'arrêt ne suggère que les parties aient stipulé une clause en ce sens, et qu'il est fort peu probable que le locataire (débiteur constituant) ait eu l'intention de stipuler une telle clause, vu la

²²⁶ Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 17 mai 1994 (D. 1995, jur. p. 124) : « c'est encore la compensation conventionnelle qui paraît le meilleur mode de réalisation de la fiducie-sûreté ayant pour objet une somme d'argent ».

contestation farouche qu'il oppose à toute idée de compensation, il faut souligner que la compensation conventionnelle est regardée avec beaucoup de suspicion par les juges lorsqu'elle intervient peu avant l'ouverture d'une procédure collective. Elle risque fort de tomber sous le coup des nullités de la période suspecte que ce soit au titre des nullités obligatoires (article L. 632-1, I, 4° du code de commerce, visant les modes anormaux de paiement de dettes échues) ou au titre des nullités facultatives (article L. 632-2 du même code, visant le paiement de dettes échues au profit de créanciers ayant eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur).

364-8. La facilité, la simplicité et la rapidité de réalisation des sûretés sur sommes d'argent que vise la Cour de cassation en prenant parti sur leurs modalités de constitution n'est donc même pas au rendez-vous. Si la Haute juridiction était encline à prêter un effet translatif de propriété à l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier, et à réduire le droit réel du constituant à un simple droit personnel de créance de restitution par équivalent, c'était vraisemblablement avant tout pour profiter des avantages qui découlent de tels postulats au stade de la réalisation de la sûreté...

Or les avantages attendus de postulats discutables n'étant même pas possibles, force est de constater qu'il faut peut-être remettre en cause les postulats eux-mêmes d'autant que, si la Cour de cassation fait preuve d'une grande clarté en posant l'existence d'un transfert de propriété contemporain de la constitution de la sûreté et la transformation du droit réel du constituant en droit personnel de créance, elle se montre beaucoup moins claire sur la justification de ce transfert de propriété, ainsi que sur la qualification de la sûreté...

364-9. Certains auteurs, au premier rang desquels les professeurs Michel Cabrillac²²⁷ et Christian Larroumet²²⁸, soutiennent que les postulats énoncés par la Haute juridiction en son premier attendu révèlent que cette dernière conçoit l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier comme une « fiducie-sûreté », entendue comme propriété-sûreté translatrice d'une propriété pleine et entière. C'est en effet « dès l'instant de leur remise » au créancier que les sommes d'argent deviennent sa propriété. On peut interpréter l'expression comme signifiant que c'est dès la formation du contrat, et donc du seul fait de la volonté des parties, que s'opère le transfert au créancier de la propriété des sommes affectées en

²²⁷ M. Cabrillac, obs. sous Cass. com. 17 mai 1994 (*JCP G* 1994, I, 3799, n° 21).

²²⁸ Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 17 mai 1994 (*D.* 1995, jur. p. 124).

garantie. Autrement dit, le transfert de propriété serait justifié par la volonté des parties – expresse ou tacite – et non par la confusion des sommes d’argent, choses fongibles, dans le patrimoine d’autrui. Selon le professeur Michel Cabrillac, « on est en présence, lorsqu’une formule de ce type a été adoptée, non pas d’un véritable gage-espèces, mais d’une sûreté-propiété sur une somme d’argent »²²⁹.

365. Mais ce serait oublier qu’à l’époque où la décision a été rendue par la Haute juridiction, le contrat de gage était un contrat réel, formé par la remise de la chose – tandis qu’il est aujourd’hui un contrat consensuel, formé par l’établissement d’un écrit (article 2336 du code civil), indépendamment de la remise de la chose gagée au créancier. Le contrat était donc moins formé par la volonté des parties que par la remise de la chose qui ne faisait qu’un avec la constitution de la sûreté. Dire que le transfert de propriété des sommes affectées en garanties s’opère « dès l’instant de leur remise » au créancier, c’est donc dire que ce transfert est concomitant de la formation du contrat de gage qui, lui-même, n’est pas nécessairement concomitant de la rencontre des volontés des parties. Pour raisonner par analogie, on sait très bien que, dans le contrat de vente, le transfert de la propriété de la chose vendue (un corps certain) s’opère du seul fait de l’échange des consentements, indépendamment de la remise de la chose vendue à l’acheteur (article 1138, alinéa 2, et article 1583 du code civil)...sauf si la chose vendue est une chose de genre, et plus généralement une chose fongible, dans quel cas le transfert de propriété est, sauf stipulation contraire des parties, retardé à la date de la remise de la chose vendue à l’acheteur (date dite « de livraison »). Le transfert de propriété, dans le contrat de vente, est donc soit concomitant de l’échange des consentements (si la chose vendue est un corps certain) soit concomitant de la remise de la chose (si la chose vendue est une chose fongible).

366. C’est donc moins la volonté des parties et l’échange des consentements qui impriment au contrat de vente ou au contrat de gage un effet translatif de propriété lors de sa formation que la fongibilité de la chose vendue ou remise en garantie. Sauf stipulation contraire des parties, qu’il s’agisse de vente ou d’affectation en garantie de choses fongibles, c’est la remise de la chose qui a un effet translatif de propriété – et non la volonté des parties. Or, de l’aveu même du

²²⁹ M. Cabrillac, obs. sous Cass. com. 17 mai 1994 (*JCP G* 1994, I, 3799, n° 21). Voir aussi en ce sens, M. Cabrillac et Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 9^e éd., 2010, n° 787, p. 593 - étant précisé que, dans la dernière édition du manuel des professeurs Michel Cabrillac et Christian Mouly, il est expliqué que, même si les données du problème de qualification ont été quelque peu modifiées par la réforme du droit des sûretés de 2006, dans la mesure où l’article 2341, al. 2, du code civil confère un caractère translatif de propriété au gage avec dépossession de choses fongibles, l’opération doit néanmoins être qualifiée de sûreté-propiété puisque le créancier gagiste a un droit exclusif et une priorité de paiement absolue sur les fonds reçus.

professeur Christian Larroumet, si la fiducie n'est pas un contrat réel – contrairement au contrat de gage avant 2006 – il n'en reste pas moins que, dès lors qu'elle porte sur des choses fongibles, son effet translatif de propriété, en principe concomitant de l'échange des consentements (si l'objet de la fiducie est un corps certain), est reporté à la date de la remise de la chose – ce qui la place dans la même situation qu'un contrat réel comme l'était le contrat de gage²³⁰. Autrement dit, même dans l'hypothèse où l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier dût être qualifiée de fiducie-sûreté, l'effet translatif de propriété serait attaché non pas à la rencontre des volontés, mais à la remise de la chose ; et le transfert de propriété serait réputé contemporain de la remise de la chose, et non de l'échange des consentements, que ce soit à l'égard des tiers *ou entre les parties*. Cela suggère que le transfert de propriété est plus indépendant de la volonté des parties qu'il ne l'est de la remise de la chose et de la confusion qui en est la conséquence.

367. C'est moins l'essence du contrat formée par la volonté des parties qui justifie le transfert de propriété, que l'« accident » qu'est la confusion des choses fongibles lors de leur remise. En d'autres termes, la sûreté en cause a un effet translatif de propriété qui est moins dû à une volonté expresse ou tacite des parties qu'à la confusion de son objet dans le patrimoine du créancier. La sûreté en cause est moins une « fiducie-sûreté » qu'un gage irrégulier. Il suffit, pour se convaincre de cette interprétation, de citer l'attendu de principe dans lequel les juges du droit énoncent que c'est « en raison de leur nature fongible » que les sommes d'argent affectées en garantie sont transférées en propriété au créancier. Notre analyse rejoint celle du professeur Arlette Martin-Serf²³¹ pour qui cet arrêt lie le transfert de propriété à la fongibilité de la monnaie, objet de la garantie, et pour qui l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier mérite donc moins la qualification de « fiducie-sûreté », que celle de gage irrégulier, et, plus précisément, celle de « nantissement d'espèces ». Si nous ne partageons pas l'avis de cet auteur lorsqu'elle loue la solution de la compensation pour sa simplicité²³², nous partageons en revanche son avis sur

²³⁰ Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 17 mai 1994 (D. 1995, jur. p. 124) : « la fiducie ne devant point être considérée comme un contrat réel, il n'y aurait point de raison d'exiger une mise en possession *inter partes*. Cependant, le transfert de propriété ayant pour objet une chose fongible, il ne peut être réalisé, conformément au droit commun, que par l'exécution d'une obligation de donner, au sens de l'article 1136 du code civil. En effet, seuls les corps certains relèvent de l'application du principe du transfert immédiat de la propriété, énoncé à l'article 1138 du code civil et ce n'est que lorsque la fiducie a pour objet un corps certain que la remise de la chose ne serait point nécessaire *inter partes* ». En ce sens aussi : S. Piedelièvre, obs. sous Cass. com. 3 juin 1997 (D. 1998, p. 104) : « Le seul point commun entre ces deux garanties [le gage et le gage-espèces] est que toutes deux s'analysent en des contrats réels. La propriété des sommes est acquise par le créancier dès leur remise par le constituant ».

²³¹ A. Martin-Serf, obs. sous Cass. com. 17 mai 1994, *RTD com.* 1996, p. 531.

²³² *Ibidem* : « le procédé si fréquent et si rudimentaire que constitue le dépôt de garantie dans les contrats de location permet, sans formalité de constitution – la remise des fonds suffisant à le constituer – de procurer au créancier une véritable sûreté réelle,

le fondement du transfert de propriété : pour le professeur Arlette Martin-Serf, « c'est le caractère fongible du bien remis en garantie qui explique cette priorité absolue conférée au titulaire d'une garantie aussi simple qu'efficace »²³³.

368. Contrairement à ce qu'ont soutenu certains auteurs, l'arrêt rendu le 17 mai 1994 par la Cour de cassation statuant en sa chambre commerciale ne permet pas de qualifier avec certitude l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier de « fiducie-sûreté », au sens où celle-ci serait une véritable propriété-sûreté translatrice d'une propriété pleine et entière. Les termes choisis par la Haute juridiction suggèrent même qu'elle analyse plutôt cette sûreté comme un gage irrégulier dont l'effet translatif de propriété est dû non pas à la consomptibilité juridique de l'argent mais bien plutôt à sa fongibilité (et donc à la confusion des choses fongibles)²³⁴. Nulle part les juges du droit ne lient le transfert au créancier de la propriété des sommes affectées en garantie à la volonté des parties, qu'elle soit expresse ou tacite. Il faut donc lire cette décision comme la consécration – discrète, certes – de la thèse des professeurs Philippe Simler et Philippe Delebecque, pour qui l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier est un gage irrégulier dont l'effet translatif de propriété, ancré dans la fongibilité de l'objet de la garantie, est un caractère plus accidentel qu'essentiel²³⁵.

Il est donc quelque peu excessif de se fonder sur cet arrêt pour soutenir, comme le fait le professeur Christian Larroumet, que la qualification de fiducie-sûreté doit être appliquée à l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues, et que la compensation est un mode privilégié de réalisation d'une sûreté ainsi qualifiée...

un droit exclusif par l'acquisition de la propriété des sommes données en garantie, et une possibilité de compensation de ces sommes avec les dettes garanties ».

²³³ *Ibidem*.

²³⁴ Dans le sens d'une telle analyse, on remarquera que l'arrêt rendu le 15 septembre 1994 par la cour d'appel de Versailles (cité *supra*), où les juges du fond appliquent la solution énoncée par les juges du droit dans une affaire aux circonstances d'espèce similaires, illustre les hésitations, les erreurs et les contradictions que nourrit le flou entretenu autour de la qualification de la sûreté dans l'arrêt du 17 mai 1994. Les juges du fond affirment en effet tour à tour que l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier est un dépôt (« considérant que le dépôt de garantie est, comme son nom l'indique, une somme laissée en dépôt auprès du bailleur pour garantir le paiement des loyers et charges ») et que ce dépôt n'est pas translatif de propriété (« elle [la somme affectée en garantie] n'est pas entrée dans le patrimoine du bailleur »), mais que, néanmoins, le bailleur a une dette de restitution par équivalent. Autrement dit, la propriété des sommes affectées en garantie n'aurait pas été transférée au créancier (bailleur), le débiteur (preneur à bail) aurait donc conservé un droit réel de propriété sur ces sommes, mais ce droit réel de propriété se serait quand même évanoui pour n'être plus qu'un droit personnel de créance de restitution par équivalent. En d'autres termes, le droit de propriété du constituant aurait disparu dans la nature... ce qui suscite la perplexité du professeur Arlette Martin-Serf (obs. sous Cass. com. 17 mai 1994, *RTD com.* 1996, p. 531) qui se demande : « où serait donc passée cette somme qui a quitté le patrimoine du locataire mais n'est pas entrée dans le patrimoine du bailleur ? »

²³⁵ Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, Précis Dalloz, 6^e éd., 2012, n^o 652, p. 582.

C – L’affectation en garantie de sommes d’argent confondues dans le patrimoine du créancier ne peut pas se dénouer par la voie de la compensation conventionnelle (arrêt du 3 juin 1997).

369. La thèse d’une réalisation de l’affectation en garantie de sommes d’argent confondues dans le patrimoine du créancier par voie de compensation légale est d’autant moins probante que, trois ans plus tard, le 3 juin 1997, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, préfère substituer le fondement de la compensation conventionnelle au fondement erroné de la compensation légale, et que, là encore, des auteurs ont démontré l’impossibilité de la compensation conventionnelle alléguée par les juges du droit.

369-1. En l’espèce, les faits étaient très similaires à ceux rencontrés dans l’affaire jugée le 17 mai 1994 par la même chambre commerciale de la Cour de cassation. Il s’agissait d’une société débitrice (la société « L’âge d’or ») qui s’était fait consentir un prêt de sommes d’argent (ou « facilité de trésorerie ») par une banque créancière (la banque Worms). En garantie du remboursement de cette ouverture de crédit, la société débitrice avait consenti à la banque créancière une sûreté portant sur « une certaine somme d’argent productive d’intérêts » (ce sont les termes de l’arrêt). Les parties ont choisi de qualifier cette affectation en garantie de sommes d’argent de « gage de numéraire ». Comme dans l’affaire jugée le 17 mai 1994, rien n’est dit des modalités précises de l’affectation en garantie de sommes d’argent. On ne sait s’il s’agit de pièces, de billets ou d’écritures en compte. Dans le résumé des faits qu’ils proposent, les juges du droit parlent des « espèces constituées en gage » : faut-il en conclure qu’il s’agissait de l’affectation en garantie de monnaie fiduciaire ? Rien n’est moins sûr. Étant donné le montant des sommes affectées en garantie (3 millions de francs en principal, selon le rapport du conseiller rapporteur Jean-Pierre Rémy²³⁶), il y a tout lieu de penser qu’il s’agissait plutôt de monnaie scripturale²³⁷. Surtout, on ne sait rien, à la seule lecture de l’arrêt, de l’existence (ou non) d’une confusion des sommes d’argent affectées en garantie au sein du patrimoine du créancier. S’il est vrai que les parties avaient convenu que les sommes d’argent affectées en garantie étaient productives d’intérêts, et que l’on

²³⁶ J. - P. Rémy, rapport sous Cass. com. 3 juin 1997, *JCP G* 1997, II, n° 22891.

²³⁷ En ce sens aussi : J. François, note sous Cass. com. 3 juin 1997 (*D.* 1998, p. 61) : « bien que l’arrêt ne soit guère explicite sur ce point, il semble que, sous couvert de “gage de numéraire”, la sûreté avait pour objet, non pas des “espèces”, mais le solde créditeur d’un compte bancaire et, plus exactement, d’un compte rémunéré puisque productif d’intérêts ».

peut donc être tenté de penser que le calcul de ces intérêts est facilité par l'inscription des sommes affectées en garantie sur un compte spécial²³⁸, il n'est pas interdit de penser que les sommes affectées en garantie n'étaient pas isolées au sein du patrimoine du créancier. Tout d'abord, il n'est nullement fait état de l'existence d'un compte spécial : en l'absence de toute précision confirmant le caractère « spécial » du compte, il y a tout lieu de penser que la monnaie scripturale affectée en garantie s'est confondue dans le patrimoine du créancier. On notera ensuite que le caractère spécial du compte, même s'il existait, n'est nullement incompatible avec un transfert au créancier de la propriété des sommes inscrites en compte. On a vu, dans l'affaire jugée par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, le 6 février 2007, que l'affectation en garantie de sommes d'argent inscrites sur un compte spécial mais non bloqué à l'égard du créancier avait un effet translatif de propriété. D'une manière générale, si le compte, même spécial, a été ouvert au nom du créancier, il faut considérer que la propriété des sommes affectées en garantie lui a été transférée. Ainsi, même si le compte sur lequel étaient inscrites les sommes affectées en garantie était un compte spécial, il n'est pas inopportun de classer cet arrêt parmi ceux concernant l'effet translatif de propriété de l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier.

369-2. Les modalités de constitution de la sûreté étant présentées, il s'agit désormais de présenter les modalités de sa réalisation. Dans leur attendu, les juges du droit relèvent que « les actes constitutifs de la sûreté dispensaient la banque, en cas de non-paiement à l'échéance, de son obligation de restituer les sommes d'argent dont la propriété lui avait été transférée à titre de garantie ». Autrement dit, en cas de défaut de paiement de la créance garantie, les parties avaient prévu moins une attribution conventionnelle au créancier de la propriété du bien affecté en garantie qu'une extinction de l'obligation de restitution par équivalent pesant sur un créancier dont il faut dès lors admettre qu'il avait acquis la propriété du bien affecté en garantie dès la constitution de la sûreté. Cette clause est donc moins un pacte comissoire (prévoyant une attribution au créancier de la propriété d'un bien dont le constituant serait resté

²³⁸ Sans prendre clairement parti, le professeur Jérôme François, dans sa note sous l'arrêt (D. 1998, p. 61), suggère que les sommes affectées en garantie étaient inscrites sur un compte rémunéré dont le débiteur constituant était titulaire auprès de la banque créancière. Dans cette hypothèse, il y aurait plutôt lieu de penser que les sommes affectées en garantie étaient inscrites sur un compte spécial dont le débiteur constituant n'aurait pas perdu la propriété lors de la constitution de la sûreté – à moins que les sommes inscrites sur le compte spécial n'aient été virées sur un compte interne de la banque créancière ouvert au nom du débiteur constituant pour la seule commodité des écritures... La question est difficile à trancher. Le professeur Jérôme François parle, quant à lui, de « compte déterminé ».

jusqu'alors propriétaire) qu'une clause de compensation conventionnelle (supposant la transformation du droit réel du constituant en droit personnel de créance de restitution par équivalent).

369-3. Or il se trouva précisément que la société débitrice manqua au remboursement du prêt de sommes d'argent qui lui avait été consenti... de telle sorte que la banque créancière lui délivra une assignation en paiement de cette créance et qu'elle chercha à réaliser la sûreté sur sommes d'argent.

Or, très étrangement, alors qu'une clause du contrat prévoyait la réalisation automatique de la sûreté, sans recours au juge, par voie d'extinction de la dette de restitution par équivalent du créancier résultant de sa compensation avec la créance garantie, la banque créancière ne se prévalut pas de cette clause et sollicita l'attribution judiciaire des sommes d'argent affectées en garantie. Qui peut le plus, peut le moins... Mais il est tout de même étrange que la banque créancière ait ainsi préféré le compliqué au simple, si l'on prête vraiment à la clause litigieuse – et à la volonté des parties – l'intention ferme et claire d'organiser une compensation, et donc une réalisation simplifiée, pour ne pas dire automatique, de la sûreté.

369-4. Dans un jugement du 1^{er} octobre 1993, le tribunal de commerce de Paris fit droit à la demande d'attribution du bien affecté en garantie formulée par le créancier. Après ce jugement, la société débitrice fut mise en procédure collective (redressement puis liquidation judiciaire). Dans un arrêt du 13 janvier 1995, la cour d'appel de Paris confirma la décision des juges du premier degré.

369-5. Le liquidateur de la société débitrice forma alors un pourvoi en arguant de ce que, procéduralement, le créancier ne pouvait solliciter l'attribution de la propriété des sommes affectées en garantie sans avoir déclaré la créance garantie à la procédure collective du débiteur constituant²³⁹ ni s'être soumis à la procédure de vérification des créances ainsi qu'à la règle de la suspension des poursuites individuelles tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent²⁴⁰.

370. La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si la banque créancière avait à déclarer la créance garantie à la procédure collective

²³⁹ Article 50 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, ancien article L. 621-43 du code de commerce, actuel article L. 622-24 du même code.

²⁴⁰ Anciens articles 47 et 48 de la loi du 25 janvier 1985, anciens articles L. 621-40 et L. 621-41 du code de commerce, actuels articles L. 622-21 et L. 622-22 du même code.

ouverte contre la société débitrice après le jugement prononçant l'attribution judiciaire au créancier des sommes d'argent affectées en garantie.

Dans un arrêt de rejet en date du 3 juin 1997, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, répond par la négative en jugeant que le jugement prononçant l'attribution judiciaire des sommes affectées en garantie avait rendu la créance garantie certaine, liquide, et exigible... de telle sorte qu'elle pouvait être éteinte par voie de compensation, non pas légale mais conventionnelle, avec la dette de restitution par équivalent pesant sur le créancier, comme les parties l'avaient prévu dans les actes constitutifs de la sûreté, et que la créance garantie étant éteinte au plus tard à la date du jugement d'attribution judiciaire, elle ne pouvait pas être déclarée à la procédure collective ouverte contre le débiteur constituant postérieurement à ce jugement.

La reformulation de l'attendu choisi par la Haute juridiction suffit à elle seule à suggérer l'ambiguïté sur laquelle repose la décision et qui trahit les incertitudes des juges du droit : de même que la banque créancière a jugé préférable de solliciter l'attribution judiciaire des sommes affectées en garantie alors même qu'une clause contractuelle prévoyait une compensation automatique entre la créance garantie et la dette de restitution par équivalent, de même les juges du droit jugent préférable de caractériser les conditions de la compensation légale (liquidité, certitude et exigibilité) alors même que la compensation conventionnelle qu'ils constatent s'en dispense²⁴¹. **Si la juridiction suprême valide la compensation conventionnelle comme mode de réalisation de l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier, elle ne parvient pas à cacher les incertitudes légitimement éveillées par l'irrégularité d'une telle solution.**

371. La solution énoncée le 3 juin 1997 par la chambre commerciale de la Cour de cassation repose sur un postulat : celui selon lequel l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier avait dégradé le droit réel de propriété du constituant en droit personnel de créance de restitution par équivalent. C'est en effet au seul prix de ce présupposé que l'on peut comprendre que deux droits personnels (le droit de créance du créancier et le droit de créance de restitution par équivalent du débiteur constituant) sont appelés à se compenser.

²⁴¹ On rappellera qu'en revanche, le caractère conventionnel de la compensation ne dispense pas de l'exigence de fongibilité des dettes que l'on prétend compenser (Req. 22 novembre 1899, S. 1900, I, p. 385, note R. Mendegrès).

La question était de savoir quel type de compensation était possible. Les juges du droit ont semblé exclure la compensation judiciaire qui est pour le juge saisi une obligation lorsque les créances sont connexes et certaines (mais ni liquides ni exigibles)²⁴² et une simple faculté lorsque les créances sont certaines (mais ni liquides ni exigibles). Les juges du tribunal de commerce de Paris avaient prononcé, en première instance, une attribution judiciaire, et non une compensation judiciaire.

Quant à la compensation légale, les juges du droit l'avaient admise dans une affaire aux circonstances de fait très proches jugée le 17 mai 1994 par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale. En application des articles 1290 et 1291 du code civil, celle-ci ne s'opère « de plein droit par la seule force de la loi » que si les créances réciproques sont cumulativement certaines, liquides et exigibles. Or, si, en l'espèce, « la créance de la banque bénéficiaire de la garantie était devenue certaine, liquide et exigible au plus tard à la date du jugement » prononçant l'attribution judiciaire des sommes d'argent affectées en garantie, il n'en allait pas ainsi de la créance de restitution par équivalent qu'avait le débiteur constituant à l'encontre du créancier. Le professeur Christian Larroumet a montré, au sujet de l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 17 mai 1994, que la créance de restitution par équivalent qu'a le débiteur constituant à l'encontre du créancier ne devient exigible qu'avec l'extinction de la créance garantie. Tant que la créance garantie n'a pas été éteinte par paiement ou par prescription, la créance de restitution par équivalent de la garantie n'est pas (et ne sera jamais) exigible. Il est donc impossible que s'opère une compensation légale entre une créance garantie exigible et une créance de restitution par équivalent non exigible, ou entre une créance garantie éteinte et une créance de restitution par équivalent devenue exigible du fait de cette extinction²⁴³. L'erreur de droit qui a présidé à la solution énoncée en 1994 ne pouvait donc se répéter en 1997. Et le rapport du conseiller rapporteur Jean-Pierre Rémercy montre que les critiques du professeur Christian Larroumet quant au fondement de la solution adoptée en 1994 ont été largement prises en compte dans l'élaboration de la solution de 1997 à laquelle elles ont fortement contribué²⁴⁴... puisque dès 1995, le professeur Christian Larroumet avait suggéré le fondement de la compensation conventionnelle comme étant plus approprié.

²⁴² Cass. 1^{ère} civ. 18 janvier 1967, D. 1967, p. 358, note J. Mazeaud.

²⁴³ Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 17 mai 1994 (D. 1995, jur. p. 124).

²⁴⁴ Cela n'a toutefois pas empêché la Cour de cassation de décider en 2001 que la compensation légale pouvait s'opérer entre la créance garantie formée par les loyers impayés d'un bailleur et la créance de restitution du preneur à bail au titre du dépôt de garantie (Cass. com. 20 mars 2001, Bull. civ. IV, n° 63, pourvoi n° 98-14.124 : « d'un côté, la créance de restitution du dépôt de garantie était

372. Pour profiter de l'efficacité, de la simplicité et de la rapidité qu'offre la compensation comme mode de réalisation des sûretés, il ne restait plus qu'à essayer de caractériser une compensation conventionnelle, car celle-ci s'accommode du défaut des conditions de liquidité et d'exigibilité exigées des créances réciproques par la compensation légale²⁴⁵.

Pour caractériser une compensation conventionnelle, il fallait donc trouver une clause contractuelle organisant, directement ou indirectement, une extinction des créances réciproques nonobstant le défaut d'exigibilité de la créance de restitution par équivalent qu'avait le débiteur constituant à l'encontre du créancier.

Or il se trouvait précisément que cette affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier, autrement dit ce contrat de gage-espèces, qualifié par les parties de « gage de numéraire », comportait une clause qui dispensait « la banque, en cas de non-paiement à l'échéance, de son obligation de restituer les sommes d'argent dont la propriété lui avait été transférée à titre de garantie ». Il se trouvait donc que ce contrat précis comportait une clause prévoyant l'extinction automatique de l'obligation de restitution par équivalent du créancier en cas de défaut de paiement de l'obligation garantie. Cette clause d'extinction de l'obligation de restitution par équivalent revenait à constater une compensation entre la créance garantie (certaine, liquide et exigible) et la dette de restitution par équivalent (certaine, liquide mais non-exigible).

Les juges du droit saisirent donc cette opportunité pour constater une compensation conventionnelle, susceptible de passer outre le défaut d'exigibilité de la créance de restitution par équivalent qu'avait le débiteur constituant à l'encontre du créancier. La compensation s'étant opérée soit dès la date d'exigibilité de la créance garantie soit, « au plus tard », à la date du jugement d'attribution judiciaire, celle-ci, en toute hypothèse, avait eu lieu « dès avant l'ouverture de la procédure collective » contre

certaine, liquide et exigible au 5 janvier 1995, de l'autre, la créance des loyers dus du 25 juillet 1994 au 5 janvier 1995 n'était pas discutée quant à son exigibilité et à son montant, ce dont il résultait que la compensation légale de ces créances réciproques s'était opérée de plein droit, à concurrence de la plus faible, à l'instant où la seconde était venue à échéance »).

²⁴⁵ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ, Coll. Droit civil, 6^e éd., 2013, n° 1192, p. 661.

le débiteur constituant... de telle sorte que « la créance de la banque s'était trouvée éteinte [...] et n'avait pas, dès lors, à être déclarée ».

Mais cette solution n'est claire qu'en apparence, à la fois parce que la Haute juridiction entretient le plus grand flou quant à la date de réalisation effective de la compensation constatée – flou qui n'est pas sans révéler ses incertitudes... – et parce que la possibilité même de la compensation conventionnelle était discutable.

373. Outre les limites pratiques de la solution adoptée – qui tiennent à ce qu'elle ne vaut que pour les contrats de « gage-espèces » (ou contrats d'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier) dans lesquels aura été stipulée une clause organisant directement ou indirectement, expressément ou implicitement, une compensation entre la dette de restitution par équivalent et la créance garantie en cas de non-paiement de celle-ci, il faut souligner ses limites théoriques.

Pour ce qui est des limites que présente la solution en pratique, il faut rappeler que tous les contrats de « gage-espèces » ne comportent pas de clause de compensation conventionnelle. Il est peut-être présomptueux d'affirmer, comme le conseiller rapporteur Jean-Pierre Rémy, que « *tous* ces gages-espèces – et celui en cause ici ne fait pas exception – contiennent une clause aux termes de laquelle le bénéficiaire de la garantie est dispensé de l'obligation de restituer en cas de non-paiement à l'échéance par le constituant » (italiques ajoutées)²⁴⁶. Il est tout à fait concevable que des contractants imprudents ne songent pas à simplifier le mode de réalisation de la sûreté qu'ils constituent en prévoyant davantage que ce que prévoit le régime légal, et encore plus concevable qu'ils ne soient pas assez au fait des subtilités du droit civil pour savoir que la compensation légale ne peut s'opérer entre la créance garantie et la créance de restitution par équivalent de la garantie. Pour ces contractants-là, qui ne stipulent pas de clause de compensation conventionnelle en cas de défaut de paiement de la créance garantie, la réalisation de la sûreté par voie de compensation est impossible – sauf compensation judiciaire (notamment en cas de créances connexes). L'arrêt rendu le 3 juin 1997 par la Cour de cassation statuant en sa chambre commerciale ne règle donc pas leur sort. Et, sauf compensation judiciaire (encore que la possibilité de celle-ci puisse être discutée), il y a tout lieu de penser qu'ils devront recourir non pas à la vente

²⁴⁶ J. – P. Rémy, rapport sous Cass. com. 3 juin 1997, *JCP G* 1997, II, n° 22891. En ce sens aussi : A. Martin-Serf (obs. sous Cass. com. 3 juin 1997, *RTD com.* 1997, p. 686) pour qui la clause dispensant le créancier gagiste de l'obligation de restitution en cas de non-paiement à l'échéance par le débiteur est « une clause de style des contrats bancaires de gage-espèces ».

en justice des sommes affectées en garantie, qui n'aurait aucun sens, mais soit à l'attribution en justice de ces sommes soit à l'attribution conventionnelle de la propriété de ces sommes²⁴⁷. Mais l'attribution conventionnelle au créancier de la propriété des sommes affectées en garantie – ou pacte comissoire – doit faire l'objet d'une clause expresse... et suppose que la propriété des sommes n'ait pas été transférée au créancier avant le défaut de paiement rendant la créance garantie exigible et la sûreté réalisable. En l'absence de clause expresse, l'attribution judiciaire au créancier de la propriété des sommes affectées en garantie peut être sollicitée... mais elle suppose elle aussi que la propriété des sommes n'ait pas été transférée au créancier lors de la constitution ou avant la réalisation de la sûreté. Autrement dit, hors la compensation judiciaire, tous les autres modes de réalisation des sûretés prévus par la loi suppose que l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier n'ait pas d'effet translatif de propriété lors de la constitution de la sûreté²⁴⁸. Les modes de réalisation disponibles pour les contrats d'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier qui sont dépourvus de clause de compensation conventionnelle suggèrent donc que ce type d'affectation en garantie n'a pas d'effet translatif de propriété.

²⁴⁷ *Contra* : M. Cabrillac, obs. sous Cass. com. 3 juin 1997 (*RTD com.* 1997, p. 663) : « cette qualification conduit à s'interroger sur la solution qui devrait prévaloir dans l'éventualité où l'acte constitutif ne prévoirait pas la dispense de restitution. À notre avis, la compensation devrait également être admise parce que les conditions de la compensation légale seraient réunies aussi bien dans l'hypothèse où la créance du banquier deviendrait exigible avant l'ouverture de la procédure du constituant que dans l'hypothèse contraire ; dans cette dernière en effet, le banquier pourrait [...] se prévaloir de la connexité entre les créances réciproques ». Outre le fait que la compensation des créances connexes ne se confond pas avec la compensation légale à laquelle elle a précisément pour but de suppléer lorsque ses conditions de certitude, de liquidité et d'exigibilité ne sont pas réunies au jour de l'ouverture d'une procédure collective contre l'un des deux débiteurs, il faut souligner, d'une part, qu'en cas d'exigibilité de la créance garantie antérieure à l'ouverture de la procédure collective, la compensation légale n'est pas possible, faute d'exigibilité de la créance de restitution par équivalent, et, d'autre part, qu'en cas d'exigibilité de la créance garantie postérieure à l'ouverture de la procédure collective, la compensation des créances connexes est limitée par l'acception très étroite de la connexité qu'a la Cour de cassation (Ch. Larroumet citant notamment Cass. com. 15 juin 1993, D. 1993, p. 495). *Contra* : pour une acception large de la connexité par la Cour de cassation : Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ, Coll. Droit civil, 6^e éd., 2013, n° 1195, p. 663 (citant notamment à propos d'obligations nées de l'exécution d'un même contrat : Cass. com. 19 décembre 1989, Bull. civ. IV, n° 327, D. 1991, p. 60, note J. – P. Sortais ; & Cass. com. 6 janvier 1998, D. *Affaires* 1998, p. 382 ; et à propos d'obligations nées d'un même ensemble contractuel : Cass. com. 9 mai 1995, Bull. civ. IV, n° 130).

²⁴⁸ Le professeur Arlette Martin-Serf (obs. sous Cass. com. 3 juin 1997, *RTD com.* 1997, p. 663) envisage aussi les différents modes de réalisation des affectations en garantie de sommes d'argent mais sans distinguer selon que celles-ci sont confondues ou non dans le patrimoine du créancier. Cet auteur propose donc tour à tour comme modes de réalisation de ce qui, selon elle, est une propriété-sûreté : l'attribution judiciaire (sans expertise), l'attribution conventionnelle (en citant l'arrêt du 9 avril 1996 relatif à l'affectation en garantie de sommes d'argent non confondues dans le patrimoine du créancier), la compensation conventionnelle, la compensation légale et la compensation des créances connexes ! Autrement dit, l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier (ou « gage-espèces au sens strict) pourrait se dénouer aussi bien par des modes de réalisation qui supposent qu'elle soit dépourvue d'effet translatif de propriété lors de la constitution de la sûreté (attribution judiciaire ou attribution conventionnelle de la propriété des biens gagés) que par des modes de réalisation qui supposent qu'elle ait un effet translatif de propriété lors de la constitution de la sûreté (compensation conventionnelle, compensation légale et compensation des créances connexes) !

374. Pour ce qui est des limites théoriques de la solution énoncée le 3 juin 1997, il convient de revenir sur le flou entretenu par la Haute juridiction quant à la date précise de réalisation de la compensation conventionnelle. **La compensation étant conventionnelle, et prévue par les parties pour s'opérer automatiquement à la date d'exigibilité de la créance garantie, « en cas de non-paiement à l'échéance », elle devrait logiquement avoir eu lieu dès le défaut de paiement à l'échéance de la créance garantie. Or ce n'est pas ce que semble juger la Cour de cassation qui reporte la date d'exigibilité de la créance garantie « au plus tard à la date du jugement » prononçant l'attribution judiciaire des sommes affectées en garantie. Soucieux de caractériser la certitude, la liquidité et l'exigibilité de la créance garantie, comme s'il se fût agi d'une compensation légale, et non d'une compensation conventionnelle (pour laquelle la réunion de ces trois critères est indifférente), les juges du droit précisent en effet que la créance garantie était « exigible au plus tard à la date du jugement entrepris ». Il y a là quelque chose de troublant, car ce report de l'exigibilité de la créance garantie aboutit à faire coïncider la date de la réalisation de la compensation conventionnelle avec la date du jugement prononçant l'attribution judiciaire des sommes affectées en garantie. Or cette coïncidence est lourde de sens car elle revient à fixer à une même date la réalisation de la sûreté par deux modes distincts dont l'un (la compensation conventionnelle) suppose que le débiteur constituant n'ait pas plus qu'un droit personnel de créance de restitution par équivalent contre le créancier, du fait du transfert à ce dernier de la propriété des sommes affectées en garantie, et l'autre (l'attribution judiciaire) que le débiteur constituant ait conservé jusqu'à la réalisation de la sûreté son droit réel de propriété sur les sommes affectées en garantie. En effet, à moins de comprendre l'attribution en justice des sommes affectées en garantie comme un jugement rendant définitif un transfert de propriété jusque là provisoire et grevé d'une obligation de restitution par équivalent – ce qu'elle n'est pas – il faut admettre que la réalisation de la sûreté par voie d'attribution judiciaire suppose que la sûreté soit dépourvue d'effet translatif de propriété lors de sa constitution.**

374-1. La présente affaire est à cet égard doublement ambiguë : tout d'abord, le créancier ne s'est pas prévalu de la clause de compensation conventionnelle dispensant du recours au juge et a préféré demander au juge l'attribution des sommes affectées en garantie ; ensuite, les juges du droit ont curieusement retardé la date d'exigibilité de la

créance garantie à la date du jugement prononçant l'attribution judiciaire pour faire coïncider la date de celle-ci avec la date de réalisation de la compensation conventionnelle qui aurait dû, en principe, s'opérer antérieurement. Les parties – ou du moins la banque créancière – se sont donc comportées dans l'exercice de l'action en justice comme si l'affectation en garantie des sommes confondues dans le patrimoine du créancier n'avait pas eu d'effet translatif de propriété lors de la constitution de la sûreté. Est-ce une simple « maladresse » comme tend à le penser le professeur Michel Cabrillac²⁴⁹ ? Rien n'est moins sûr²⁵⁰ ... d'autant que les juges – ou du moins les juges du droit – ont créé de l'ambiguïté en reportant la date normale du mode de réalisation supposant un effet translatif de propriété prêté à la constitution de la sûreté, à la date du mode de réalisation supposant une constitution de la sûreté dépourvue de tout effet translatif de propriété.

En somme, la solution revient à faire coïncider la date de la compensation conventionnelle avec la date de l'attribution judiciaire... alors même que la clause prévoyant la compensation conventionnelle permettait de faire jouer celle-ci dès le défaut de paiement éteignant la dette de restitution par équivalent pesant sur le créancier, et sans avoir à saisir un juge. Est-ce vraiment une compensation conventionnelle qui est validée ? N'est-ce pas plutôt une attribution judiciaire exigeant précisément, pour être prononcée, que la créance garantie soit certaine, liquide et exigible ?

374-2. Pour les besoins de la réponse à la question de droit qui lui était posée, la Cour de cassation n'avait pas à fixer la date précise de la réalisation de la sûreté à partir du moment où cette date était antérieure à l'ouverture de la procédure collective du débiteur constituant. L'extinction de la créance garantie à toute date antérieure au jugement d'ouverture de cette procédure collective dispensait (et même empêchait) la banque créancière de déclarer sa créance à ladite procédure. Le demandeur au pourvoi n'était donc pas fondé en droit à arguer de ce défaut de déclaration pour réclamer la restitution des sommes affectées en garantie – et il l'était d'autant moins qu'en fait la banque créancière avait tout de même, dans le doute, déclaré sa créance (pourtant juridiquement éteinte) à la procédure en question. C'est du moins ce que précise le

²⁴⁹ M. Cabrillac, obs. sous Cass. com. 3 juin 1997, *RTD com.* 1997, p. 663.

²⁵⁰ Le professeur Jérôme François (note sous Cass. com. 3 juin 1997, D. 1998, p. 61) y voit l'expression d'un doute de la banque créancière quant à la validité de la clause stipulée : « curieusement, il semble que le banquier n'ait pas cru bon de le faire jouer puisqu'il avait demandé aux juges du fond que "les espèces" constituées en gage lui fussent attribuées, demande à laquelle il avait au demeurant été fait droit. Le banquier bénéficiaire doutait-il de la validité du pacte ? »

conseiller rapporteur Jean-Pierre Rémerly qui relève que la banque créancière produisait dans ses pièces sa déclaration de créance²⁵¹.

374-3. Pour les besoins de la cohérence et de la rigueur du raisonnement, il eût été souhaitable que la Haute juridiction précise à quelle date exactement la compensation conventionnelle ainsi validée s'était opérée. Or, au vu des quelques indices qu'elle donne, la Cour de cassation se montre plutôt encline à fixer la date de la compensation conventionnelle à la date du jugement prononçant l'attribution judiciaire, dérogeant ainsi aux principes régissant la compensation conventionnelle. Ce refus de prendre clairement parti sur la date de réalisation de la sûreté suggère une réticence à prendre parti sur la nature du mode de réalisation de la sûreté qui, elle-même, trahit un refus de prendre parti sur l'effet translatif de propriété de l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier.

375. Par ailleurs, **à supposer même que la Cour de cassation ait entendu valider dans cet arrêt une compensation conventionnelle, celle-ci s'avérerait impossible si l'on s'en tient à la conception stricte de ce type de compensation que défend une partie de la doctrine.**

375-1. En effet, s'il est communément admis que la compensation conventionnelle peut s'opérer alors même que les créances réciproques ne sont ni liquides ni exigibles, des auteurs, comme le professeur Didier-René Martin, soutiennent que la compensation conventionnelle ne saurait se passer du critère de certitude qui est requis (avec ceux d'exigibilité et de liquidité) pour que s'accomplisse la compensation légale.

Or si l'on admet que l'affectation en garantie de monnaie confondue dans le patrimoine du créancier emporte, lors de la constitution de la sûreté, transfert au créancier d'une propriété pleine et entière des sommes en cause, et corrélativement dégradation du droit réel du constituant en créance de restitution, alors cette créance de restitution est affectée d'une condition. Soit la condition est suspensive, si l'on envisage l'opération en considération du paiement et si l'on fait donc du paiement l'événement qui, éteignant la créance garantie et réalisant la condition suspensive, va permettre à la créance de restitution d'exister et de devenir exigible. Soit la condition est résolutoire, si

²⁵¹ J. - P. Rémerly, rapport sous Cass. com. 3 juin 1997, *JCP G* 1997, II, n° 22891 : « d'emblée ce pourvoi a quelque chose d'irritant dans la mesure où [...] il eût été facile de vérifier que la déclaration litigieuse existait bel et bien (V. production de la banque Worms). En somme ce qui est reproché à la cour d'appel, c'est de ne pas avoir constaté expressément dans l'arrêt l'existence, patente, de ce document, en l'absence de toute contestation. La cassation serait donc assez choquante ».

l'on envisage l'opération en considération du défaut de paiement et si l'on fait donc de la défaillance l'événement qui, rendant la créance garantie exigible et réalisant la condition résolutoire, va anéantir rétroactivement la créance de restitution. Autrement dit, quand la créance garantie s'éteint par paiement (ou par prescription), la créance de restitution existe. Et quand la créance garantie est exigible, la créance de restitution n'existe plus. On ne peut donc, en toute rigueur, compenser deux créances, puisqu'en toute hypothèse, qu'il y ait paiement ou défaillance, seule l'une d'entre elles existe. C'est donc non seulement l'exigibilité mais même la certitude qui fait défaut aux obligations que l'on prétend compenser.

Or, selon le professeur Didier-René Martin, « seules des créances certaines se prêtent à compensation »... de sorte que « ce bricolage analytique n'était pas même susceptible de produire le résultat attendu car la créance de restitution, grevée de la condition suspensive du paiement de la créance garantie, ne pouvait pas servir à une compensation, même conventionnelle »²⁵². D'autres auteurs suggèrent aussi que la compensation conventionnelle, si elle peut s'accommoder du défaut de liquidité et d'exigibilité des créances, ne peut en revanche s'effectuer lorsque l'une des créances à compenser n'est pas certaine²⁵³. C'est aussi ce qui ressort de la rédaction de l'article 229 de la dernière version de l'avant-projet de réforme du droit des obligations qui admet la

²⁵² D. R. Martin, « Du gage-espèces », D. 2007, p. 2556. Le professeur Didier-René Martin, reprenant la démonstration du professeur Christian Larroumet, explique que la créance de restitution du constituant contre le créancier manquait à l'exigence de certitude requise des créances appelées à se compenser (seules en effet peuvent se compenser des créances certaines, liquides, et exigibles). La créance de restitution du constituant est en effet affectée d'une condition suspensive : elle n'est certaine que si le constituant s'acquitte du paiement de la créance qu'a contre lui le créancier. Or, précisément, c'est uniquement si le constituant ne s'en acquitte pas, et, par conséquent, uniquement si cette créance reste incertaine, que le créancier va chercher à se payer de sa créance (certaine et exigible, elle) sur les sommes d'argent affectées en garantie. Autrement dit, si la créance de restitution du constituant devient certaine, c'est que la créance garantie est éteinte. Et si la créance de restitution du constituant reste incertaine, c'est que la créance garantie est certaine, exigible et impayée. Quelle que soit la configuration, la compensation est impossible puisque l'on ne peut compenser ni une créance certaine avec une créance éteinte ni une créance incertaine avec une créance certaine... D'où la critique mordante du professeur Didier-René Martin : « en vérité, cette jurisprudence n'avait qu'une visée de complaisance : permettre au gagiste de "compenser" sa créance garantie et sa dette de restitution des fonds grevés. Or, bien que beaucoup s'y soient laissés prendre, ce bricolage analytique n'était pas même susceptible de produire le résultat attendu car la créance de restitution, grevée de la condition suspensive du paiement de la créance garantie, ne pouvait pas servir à une compensation, même conventionnelle, puisque, à ce stade, elle n'était pas encore certaine : or seules des créances certaines se prêtent à compensation » (*ibidem*).

Adde : s'appuyant sur des décisions de la Cour de cassation du 20 décembre 1837 (S. 1838, I, p. 46) et du 20 janvier 1858 (DP. 1858, I, p. 318), le professeur D. R. Martin explique que « lorsque l'une des dettes est soumise à une condition suspensive, elle ne peut être opposée en compensation jusqu'à la réalisation de la condition, car, en pareil cas, l'existence même de l'obligation est incertaine. [...] Si l'obligation est affectée d'une condition résolutoire, elle demeure exigible tant que cette condition n'est pas réalisée : on pourrait donc l'opposer en compensation, mais cette compensation serait rétroactivement annulée si la condition venait à s'accomplir » (D. R. Martin, L. Andreu, *Jurisclasseur Civil Code*, fasc. « Contrats et obligations. Conditions de la compensation » 2011, § 53).

²⁵³ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, vol. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, Coll. Thémis droit, PUF, 2^e éd., 2010, p. 600. On notera par ailleurs qu'en matière de compensation judiciaire, le juge peut, certes, décider de compenser deux créances ni liquides ni exigibles, mais il ne peut en revanche compenser deux créances dont l'une serait incertaine (Cass. soc. 10 juin 1982, *Defrénois* 1983, p. 332, obs. J. – L. Aubert).

compensation conventionnelle d'obligations futures, mais pas d'obligations purement éventuelles²⁵⁴.

375-2. Le professeur Jérôme François explique lui aussi que la compensation conventionnelle n'était même pas possible en l'espèce. En effet, la compensation conventionnelle, comme la compensation légale, exige que les créances réciproques existent pour qu'elle puisse s'opérer... Or la dette de restitution « est appelée à s'éteindre si la créance garantie devient exigible, et, en sens inverse, à devenir exigible si ladite créance ne naît pas ou s'éteint » tant et si bien qu'« à aucun moment, les deux dettes ne sont appelées à coexister alors que la coexistence de deux dettes réciproques est une condition de la compensation légale comme de la compensation conventionnelle »²⁵⁵.

376. Il faut donc selon nous faire preuve de la plus grande retenue dans l'affirmation de l'existence d'un effet translatif de propriété attaché à la constitution de la sûreté. On ne peut, comme certains auteurs, affirmer avec la plus grande certitude que cet arrêt « consacre implicitement la nature de sûreté-propriété de cette formule [le gage-espèces] et explicitement le mode de réalisation qui en découle : la compensation »²⁵⁶, qu'il fait du gage-espèces « une authentique fiducie sur somme d'argent »²⁵⁷ ou encore que le gage-espèces « est en fait une fiducie-sûreté »²⁵⁸, surtout quand on fonde l'effet translatif de propriété de l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier sur « la nature consommable et fongible des espèces monétaires »²⁵⁹, autrement dit sur l'objet de la garantie et non sur la volonté des parties. Certes, les juges du droit emploient dans leur attendu le terme de

²⁵⁴ Dans sa version du 23 octobre 2013, l'avant-projet de réforme du droit des obligations définit la compensation comme « l'extinction simultanée d'obligations réciproques entre deux personnes » (article 218 de l'avant-projet), soumet la compensation légale à la condition que les obligations soient « fongibles, liquides et exigibles » (article 219 de l'avant-projet) et prévoit des dispositions spécifiques à la compensation conventionnelle, qui s'entend de la situation où les parties conviennent librement « d'éteindre toutes obligations réciproques, présentes ou futures, par compensation », celle-ci prenant alors « effet à la date de leur accord ou, s'il s'agit d'obligations futures, à celle de leur coexistence » (article 229 de l'avant-projet).

²⁵⁵ J. François, note sous Cass. com. 3 juin 1997, D. 1998, p. 61.

²⁵⁶ M. Cabrillac, obs. sous Cass. com. 3 juin 1997, *RTD com.* 1997, p. 663. En ce sens aussi : A. Martin-Serf (obs. sous Cass. com. 3 juin 1997, *RTD com.* 1997, p. 686) : « la qualification de gage appliquée à un gage-espèces se trouve en porte-à-faux avec sa nature de propriété-sûreté : la remise d'une somme d'argent à titre de garantie suppose nécessairement le transfert de la propriété de cette somme au bénéficiaire de la remise, le gagiste, et le constituant devient créancier de sa restitution ».

²⁵⁷ Ph. Dupichot, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Coll. Thèses, éd. Panthéon-Assas, 2005, préf. M. Grimaldi, § 938, pp. 705-706.

Dans le même sens : M. Julienne, *Le nantissement de créance*, 2011, thèse dirigée par L. Aynès et soutenue à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, § 97, pp. 61-62 : « bannie du dépôt, la compensation s'épanouit au contraire naturellement en matière de gage, lequel est par sa nature même un outil destiné à assurer le paiement du créancier [...] Lorsque la sûreté porte sur des espèces monétaires, sa réalisation s'opère par compensation [conventionnelle] entre la créance garantie et la dette de restitution qui pèse sur le gagiste » (voir également § 218, p. 141).

²⁵⁸ J. - P. Rémy, rapport sous Cass. com. 3 juin 1997, *JCP G* 1997, II, n° 22891.

²⁵⁹ *Idem.*

« sûreté », et non celui de « gage » alors même que les parties avaient qualifié la sûreté de « gage de numéraire » : le professeur Michel Cabrillac veut y voir une intention de la Haute juridiction qui aurait « soigneusement évité »²⁶⁰ le terme de gage pour suggérer que l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier était une « fiducie-sûreté » (translative d'une propriété pleine et entière) et non un gage (ordinaire ou irrégulier).

Pour justifier la décision, le magistrat Jean-Pierre Rémerly²⁶¹ cite comme précédent l'arrêt rendu le 9 avril 1996 par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale²⁶². Mais on a vu que cet arrêt validait la stipulation d'un pacte comissoire dans un contrat d'affectation en garantie de sommes d'argent non confondues dans le patrimoine du créancier (pour avoir été inscrites sur un compte spécial et bloqué) – contrat dépourvu d'effet translatif de propriété contemporain de la constitution de la sûreté. S'agissant ici d'un contrat d'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier, la référence à l'affaire jugée le 9 avril 1996 n'est pas pertinente, et l'est d'autant moins que la Cour de cassation y avait validé un mode de réalisation (un pacte comissoire) exclusif de tout transfert de propriété lors de la constitution de la sûreté et donc de toute transformation du droit réel de propriété du constituant en droit personnel de créance de restitution par équivalent²⁶³.

La confusion du propos du magistrat Jean-Pierre Rémerly se trahit elle-même puisque ce dernier, à l'instar du professeur Christian Larroumet, émet des doutes quant à la validité de ce mode de paiement au regard des nullités de la période suspecte²⁶⁴... et

²⁶⁰ M. Cabrillac, obs. sous Cass. com. 3 juin 1997, *RTD com.* 1997, p. 663.

²⁶¹ J. – P. Rémerly, rapport sous Cass. com. 3 juin 1997, *JCP G* 1997, II, n°22891.

²⁶² Cass. com. 9 avril 1996 (Bull. civ. IV, n° 116 ; D. 1996, jur. p. 399, note Ch. Larroumet ; D. 1996 somm. p. 385, obs. S. Piédelièvre ; *JCP G* 1997, I, 3991, n° 18, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1996, p. 669, obs. P. Crocq ; *Bull. Joly* 1996 p. 674, note P. Le Cannu).

²⁶³ Le propos du professeur Jérôme François est quelque peu confus puisque ce dernier, dans sa note sous l'arrêt (D. 1998, p. 61) va jusqu'à assimiler la clause de compensation conventionnelle stipulée par les parties à un pacte comissoire, suggérant ainsi que le débiteur constituant aurait un droit personnel de créance de restitution par équivalent susceptible de compensation, assimilable à un droit réel de propriété insusceptible de compensation mais susceptible d'être transféré par un pacte comissoire. Postuler l'identité des deux modes de réalisation de la sûreté revient en effet à postuler l'identité (voire la coexistence) d'un droit personnel et d'un droit réel...

²⁶⁴ En ce sens aussi : S. Piédelièvre (obs. sous Cass. com. 3 juin 1997, D. 1998, p. 104). Depuis l'introduction dans le code de commerce d'un 9° à l'article L. 632-1, par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, c'est plus la nullité facultative de la période suspecte (article L. 632-2) qui est à craindre, que la nullité obligatoire prévue par l'article L. 632-1. En effet, alors qu'avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 18 décembre 2008, tout transfert à un créancier de la propriété de biens ou droits en garantie d'une créance était nul de plein droit dès lors qu'il était intervenu en période suspecte, depuis cette date, ce transfert n'est plus nul lorsqu'il garantit une créance née concomitamment. En d'autres termes, seul le transfert à un créancier de la propriété de biens ou de droits en garantie d'une créance née antérieurement à ce transfert tombe sous le coup des nullités obligatoires de la période suspecte. C'est ce qu'affirme l'article L. 632-1, I, 9° du code de commerce (est nul de plein droit : « 9° tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire, à moins que ce transfert ne soit intervenu à titre de garantie d'une dette concomitamment contractée »), et c'est ce que confirme l'article L. 632-1, I, 10° du même code (est nul de plein droit : « 10° tout avenant à un contrat de fiducie affectant des droits ou biens déjà transférés dans un patrimoine fiduciaire à la garantie de dettes contractées antérieurement à cet avenant. »). Reste toutefois à savoir si les sommes d'argent transférées en propriété, à titre de garantie, vont être regardées comme relevant des 9° et 10° de l'article L. 632-1, I, du code de commerce... ou comme relevant du 3° ou 4° du même article (« Sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements, les actes suivants : 3° Tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement ; 4° tout paiement

tente de rassurer en précisant qu'« aucune allusion n'est faite *en l'espèce* à une éventuelle nullité pour cause de période suspecte » (italiques ajoutées).

377. Cette confusion témoigne des hésitations des juges du droit quant à l'existence d'un effet translatif de propriété de l'affectation en garantie des sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier, et quant à l'existence d'une transformation du droit réel de propriété du constituant en droit personnel de créance de restitution par équivalent. C'est du reste ce que le professeur Jérôme François reconnaît en commentant cet arrêt du 3 juin 1997 : cet auteur est en effet prudent dans son commentaire où il écrit que la Cour de cassation « *semble* [et seulement *semble*] « avoir raisonné *par référence* [et seulement *par référence*] à la technique de la fiducie » (italiques ajoutées)²⁶⁵. D'emblée, l'auteur prévient que, dans le cas, semblable à celui de l'espèce, où les sommes affectées en garantie sont inscrites sur un compte du débiteur-constituant ouvert auprès du créancier (le banquier teneur de compte), « la qualification de fiducie [...] ne s'impose pas avec une particulière évidence »²⁶⁶.

D – L'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier semble pouvoir être qualifiée de « nantissement » (arrêt du 6 février 2007).

378. Face à tant d'hésitations doctrinales, on comprend que les juges du droit aient pu faire preuve de maladresse et d'incertitude lorsque, de nouveau, ils ont eu à trancher, le 6 février 2007²⁶⁷, un litige relatif à un contrat d'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier comportant une clause de compensation conventionnelle, comme dans l'affaire jugée le 3 juin 1997.

pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession visés par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires ». Le professeur Dominique Bureau (« Le gage-espèces : une sûreté atteignant sa maturité ? », *Droit et patrimoine* 1999, n° 77, p. 22) ne partage pas les craintes des professeurs Christian Larroumet et Stéphane Piedelièvre quant au risque d'annulation de la compensation au titre des nullités de la période suspecte. Selon lui, « la fiducie-sûreté devrait, en outre, logiquement bénéficier de la jurisprudence faisant échapper d'autres formes de propriété-sûretés aux nullités de la période suspecte » (D. Bureau, *op. cit.*). L'auteur renvoie à un arrêt en ce sens, rendu par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, le 28 mai 1996, en matière de cession de créances professionnelles par voie de bordereau Dailly (Cass. com. 28 mai 1996, D. *Affaires* 1996, p. 842 ; *RTD civ.* 1996, p.671, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 1996, p. 508, obs. M. Cabrillac ; *RD bancaire et bourse* 1996, p. 207, obs. M. - J. Campana et J. - M. Calendini).

²⁶⁵ J. François, note sous Cass. com. 3 juin 1997 (D. 1998, p. 61).

²⁶⁶ *Ibidem*.

²⁶⁷ Cass. com. 6 février 2007 (*Rev. Lamy dr. civ.* 2007, n° 39, p. 25, obs. D. Legeais ; *RTD civ.* 2007, p. 373, obs. P. Crocq ; *JCP E* 2008, n° 2, chron. « Droit des sûretés » de Ph. Simler et Ph. Delebecque ; *Revue des contrats*, 2008, n° 2, p. 425, note A. Aynès).

Il s'agissait plus exactement de ce que le professeur Didier-René Martin a décrit, dans son fameux article intitulé « Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires », comme un « accord anticipé de compensation *in futurum* »²⁶⁸. Plus précisément encore, un époux avait affecté le solde créditeur d'un compte spécial ouvert auprès d'une banque, à la garantie des soldes débiteurs de comptes dont lui et son épouse étaient titulaires auprès de cette même banque créancière. Cette affectation en garantie était assortie d'une autorisation faite à la banque créancière de compenser la totalité des soldes débiteurs avec le solde créditeur du compte de l'époux à une date dont ce dernier (l'époux) demanda le report. Or la banque créancière procéda à la compensation à une date antérieure à la date de report demandée par l'époux, et, quatre ans plus tard, demanda à l'époux de régler les soldes débiteurs, la compensation n'ayant pas suffi à apurer le passif des époux. Mais l'époux titulaire du compte affecté en garantie refusa de s'exécuter et contesta les conditions de la compensation opérée quatre ans plus tôt par la banque créancière.

²⁶⁸ D. R. Martin, « Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires », D. 1987, chron. p. 229. Le professeur Didier-René Martin souligne le fait qu'il ne faut pas confondre l'accord de compensation *in futurum* avec l'accord d'unité de comptes malgré l'« amalgame fâcheux » entretenu par la pratique, les tribunaux et même la doctrine. Selon cet auteur, l'accord d'unité de comptes « tend à instaurer un état de droit antithétique à la divisibilité résultant de la règle d'indépendance des comptes » ouverts au nom d'un même titulaire. En effet, alors que le principe est que « chacun des comptes a pour assise juridique un contrat séparé », l'accord d'unité de comptes consiste à convenir que chacun des comptes n'est que la « division fonctionnelle », requise « par la pure commodité », « d'une seule et unique relation globale » entre le banquier et le titulaire des comptes. En d'autres termes, « tout devrait se passer, entre les parties, comme s'il n'existait entre elles qu'un seul compte » - et donc un seul contrat. Mais l'accord d'unité de comptes suppose donc que les comptes concernés présentent « des caractères juridiquement compatibles, c'est-à-dire dont les positions sont juridiquement fongibles ». Or la doctrine est partagée sur deux points. Le premier est celui qui réside dans la question de savoir si un accord d'unité de comptes peut « unir » un compte courant et un compte de dépôt : alors que certains auteurs apportent une réponse positive (X. Marin & M. Vasseur, *Les comptes en banque*, Sirey 1966, n° 289, p. 500), d'autres apportent une réponse négative (Ch. Gavalda & J. Stoufflet, *Droit de la banque*, Thémis, PUF, 1974, n° 413, p. 539). Le second point est celui qui réside dans la question de savoir si l'accord d'unité de comptes exige que le régime des intérêts soit unifié ou s'il s'accommode d'un régime d'intérêts diversifié. En d'autres termes, la question est de savoir si les intérêts débiteurs doivent être calculés à un taux unique sur la base du solde unique d'un compte consolidé, ou s'ils peuvent être liquidés à des taux divers propres à chaque compte et sur la base du solde de chaque compte envisagé séparément. Alors que certains auteurs sont favorables à la seconde branche de l'alternative (X. Marin & M. Vasseur, *Les comptes en banque*, Sirey 1966, n° 289, p. 498 ; J. L. Rives-Lange & M. Contamine-Raynaud, *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 1986, p. 196, note 61), d'autres se prononcent en faveur de la première (D. R. Martin, *op. cit.*). Face aux incertitudes qui entourent l'accord d'unité de comptes, le professeur Didier-René Martin recommande d'opter pour l'accord de compensation *in futurum*. Défini comme « l'accord par lequel la banque et le client conviennent que ses multiples comptes pourront donner lieu, le cas échéant, à compensation de leurs soldes en sens inverse » (D. R. Martin, *op. cit.*), l'accord de compensation *in futurum* présente, selon le professeur D. R. Martin, trois avantages. Le premier est que « la validité de principe » de cette compensation conventionnelle n'est « pas discutable » (D. R. Martin, *op. cit.*) : elle permet de pallier au défaut de la condition d'exigibilité requise pour que s'opère la compensation légale. Le deuxième est que l'accord de compensation peut porter sur « des comptes de toute nature » (D. R. Martin, *op. cit.*) : au prix d'une clause expresse en ce sens, l'accord pourrait même concerner des comptes (de dépôt ou d'épargne) affectés d'un terme. Le troisième est que l'accord de compensation s'accommode donc d'une diversification des régimes de calcul des intérêts débiteurs. Une seule ombre au tableau : outre le fait qu'elle ne peut, bien évidemment, préjudicier à une saisie-attribution du solde créditeur d'un des comptes, une telle compensation pourrait être frappée de nullité si elle survenait pendant la période suspecte, en application de l'article L. 632-1, I, 3° du code de commerce qui sanctionne par une nullité obligatoire « tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement ». Mais cette ombre est vite éclipée par la possibilité, selon le professeur Didier-René Martin, de procéder à la compensation après le jugement d'ouverture de la procédure collective, en se fondant sur la compensation des créances connexes (article L. 622-7, alinéa 1^{er}, *in limine* du code de commerce). Selon le même auteur, l'existence même de l'accord de compensation a été retenue en jurisprudence comme un critère de connexité des créances (Cass. civ. 13 juillet 1942, *JCP G* 1943, II, 2157, note R. Houin ; Cass. com. 14 décembre 1981, D. 1982 IR. p. 336, obs. M. Vasseur ; Trib. com. Lille, 30 mai 1983, D. 1984 IR. p. 266, obs. M. Vasseur). Tous les avantages que présente l'accord de compensation *in futurum* font dire à un auteur qu'il « peut alors avoir pour vertu éventuelle de relayer l'inefficacité de la mise en gage d'un solde [...] dont le régime laisse place à des analyses opposées » (D. R. Martin, *op. cit.*). Et c'est sans doute pour cette raison que les parties à l'affaire jugée le 6 février 2007 ont opté pour une garantie sous la forme d'un tel accord.

378-1. Dans un arrêt du 20 mai 2005, la cour d'appel de Paris fit droit aux arguments de la banque créancière, et rejeta la demande de l'époux tendant à l'annulation de la compensation et à la restitution des sommes présentes sur le compte affecté en garantie à la date de la compensation.

L'époux (débiteur-constituant) forma donc un pourvoi en avançant deux arguments. En premier lieu, il arguait de ce que la sûreté qu'il avait consentie était un nantissement de compte, autrement dit un nantissement de la *créance* de restitution de sommes d'argent qu'un client a contre son banquier, nantissement qui, comme tout nantissement de créance, était soumis à l'accomplissement de certaines règles de constitution (enregistrement et signification), conformément à l'ancien article 2075 du code civil, qui, en l'espèce n'avaient pas été respectées. En second lieu, il arguait de ce que la sûreté consentie étant un nantissement de compte spécial et les sommes inscrites en compte étant individualisées, elle n'emportait pas transfert à la banque créancière de la propriété des sommes affectées en garantie, et était soumise à la prohibition des pactes commissaires ainsi qu'à l'exigence d'une autorisation judiciaire pour toute attribution au créancier nanti de la propriété du bien nanti, conformément à l'ancien article 2078 du code civil. Les deux arguments soutenant le premier moyen revenaient donc à requalifier l'accord de compensation *in futurum* en ce que le professeur Didier-René Martin appelle « l'affectation spéciale en garantie du solde d'un compte particulier »²⁶⁹. Le second moyen, tiré du droit des régimes matrimoniaux, ne présentait guère d'intérêt au regard de la qualification de la sûreté, et ne sera donc pas commenté.

378-2. La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si l'affectation en garantie d'un compte spécial, assortie d'une autorisation pour le créancier de disposer des sommes inscrites en compte, était un nantissement de créance où le constituant, titulaire du compte, conservait la propriété des sommes nanties jusqu'à son éventuelle défaillance, ou bien une forme de cession en pleine propriété de sommes d'argent réalisable par la voie d'une compensation dans la mesure où le constituant perdait la propriété des sommes affectées en garantie pour

²⁶⁹ D. R. Martin, « Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires », D. 1987, chron. p. 229. Après avoir distingué l'accord d'unité de comptes de l'accord de compensation *in futurum*, l'auteur distingue ce dernier de l'affectation en garantie du solde créditeur d'un compte spécial (qu'il s'agisse d'un compte de dépôt, d'un compte d'épargne, ou d'un compte à terme). Le professeur Didier-René Martin souligne qu'une telle affectation en garantie de sommes d'argent est plus problématique que la compensation *in futurum* en raison des incertitudes et des controverses doctrinales qui entourent la qualification de l'objet de la garantie : créance de restitution constitutive d'un bien incorporel ou « avoir en dépôt » constitutif d'un bien corporel ? Alors que certains auteurs sont favorables à l'analyse des sommes inscrites en compte comme étant une « créance de restitution » (X. Marin & M. Vasseur, *Les comptes en banque*, Sirey, 1966), d'autres auteurs sont favorables à l'analyse desdites sommes comme étant des espèces (D.R. Martin, *op. cit.*). C'est précisément sur le terrain de ces débats que le pourvoi tendait à placer le contentieux.

n'avoir plus qu'un droit personnel de créance de restitution par équivalent, et où le créancier acquérait la propriété dès la constitution de la sûreté, à charge pour lui de les restituer au constituant si le débiteur (ici confondu avec le constituant) n'était pas défaillant.

378-3. Dans un arrêt de rejet du 6 février 2007, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, répond maladroitement que « le nantissement portait sur un gage-espèce »²⁷⁰, autrement dit qu'il s'agissait bien ici d'une cession en propriété de la créance de restitution de sommes d'argent que le client-constituant avait contre son banquier (cessionnaire), en garantie du règlement des soldes débiteurs d'autres comptes. Le fait que l'acte constitutif de la sûreté « donnait à la banque, sans nécessité d'une autorisation préalable (...) l'autorisation irrévocable de prélever » des sommes sur le compte affecté en garantie, témoignait en effet de ce que la propriété des sommes inscrites en compte avait bien été transférée à la banque créancière, peu important que celle-ci eusse maintenu le compte cédé au nom du constituant « pour la seule commodité des écritures ». Une telle solution tout d'abord illustre le fait que le caractère spécial du compte où sont inscrites les sommes affectées en garantie ne suffit pas à les individualiser : encore faut-il que le compte soit bloqué non seulement à l'égard du constituant mais aussi à l'égard du créancier. Elle illustre ensuite le désarroi des juges du droit qui, ne sachant plus à quelle qualification s'en tenir face à ce que l'on a coutume d'appeler un « gage-espèces » (au sens large du terme), vont jusqu'à dire qu'un contrat de nantissement (sans effet translatif de propriété) peut « porter » sur un contrat de gage-espèces (assimilé semble-t-il à une « fiducie-sûreté » translative de propriété). La maladresse de la formule retenue par la Haute juridiction peut aussi bien être la marque d'une confusion des notions que celle d'une volonté de ne pas prendre parti sur la qualification de la sûreté litigieuse. Car, si la compensation conventionnelle est validée comme mode de réalisation de la sûreté consistant dans l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier, le flou reste entretenu au sujet de la qualification d'une telle garantie – dont, à la seule lecture de l'attendu, on

²⁷⁰ Un nantissement ne peut « porter » sur un gage-espèce : la sûreté réelle constituée sur le compte est soit le nantissement d'une créance de restitution (sans transfert de la propriété des sommes inscrites en compte au créancier à la date de constitution de la sûreté), soit un gage-espèces assimilé à une fiducie-sûreté (avec transfert de la propriété des sommes inscrites en compte au créancier à la date de constitution de la sûreté).

ne sait toujours pas s'il s'agit d'un nantissement ou d'un « gage-espèces » érigé en synonyme de cession d'une pleine propriété à titre de garantie²⁷¹.

378-4. On ne s'étendra pas longtemps ici sur l'indifférence dont font preuve les juges du droit à l'égard du caractère spécial du compte en cause. De précédents développements ont déjà été consacrés au fait que le caractère spécial du compte affecté en garantie ne suffit pas à isoler les sommes qui y sont inscrites par rapport au patrimoine du créancier, et qu'il faut, pour parvenir à cette individualisation, que le compte soit en outre bloqué tant à l'égard du constituant qu'à l'égard du créancier – ce qui suppose que ni le constituant ni le créancier ne puissent y effectuer des retraits. Or, dès lors que, comme en l'espèce, les parties stipulent dans le contrat une clause aux termes de laquelle le créancier peut « sans nécessité d'une autorisation préalable » du constituant, « prélever à tout moment les intérêts et capitaux des sommes nanties afin de régulariser le règlement des créances de la banque » (italiques ajoutées), il faut admettre que le créancier se voit reconnaître, qui plus est de façon « irrévocable », un droit de disposer des sommes affectées en garantie comparable à celui d'un propriétaire. En d'autres termes, cette clause de compensation conventionnelle impliquait un transfert du droit de disposer des sommes affectées en garantie dès la constitution de la sûreté, et neutralisait donc l'effet préventif de tout transfert de propriété d'ordinaire attaché au caractère spécial du compte²⁷² ainsi qu'au fait que le compte soit ouvert au nom du constituant. Le compte n'était en l'espèce ouvert au nom du constituant que pour la « commodité des écritures » : le constituant n'en était pas pour autant titulaire. Bien au contraire, c'était la banque créancière qui en était titulaire. Même si les sommes affectées en garantie sont inscrites sur un compte spécial, isolé et ouvert au nom du

²⁷¹ C'est donc aller un peu vite en besogne que d'affirmer, comme le professeur Augustin Aynès, que, dans cet arrêt du 6 février 2007, la Cour de cassation aurait consacré l'existence d'une fiducie-sûreté innommée (note sous Cass. com. 26 mai 2010, *Revue des contrats*, 1^{er} octobre 2010, n° 4, p. 1338).

²⁷² P. Crocq, note sous Cass. com. 6 février 2007 (*RTD civ.* 2007, p. 373) : « l'ouverture d'un compte spécial destiné à recevoir la somme donnée en garantie n'est pas incompatible avec la constitution d'un gage-espèces laquelle est expressément analysée par la Cour de cassation comme opérant un transfert de propriété à titre de garantie. Il suffit, pour qu'il en soit ainsi, d'une part, que ce compte spécial soit un compte ouvert "pour la seule commodité des écritures", peu important ici que le nom du constituant de la sûreté soit associé à ce compte (ce qui, en pratique, est inévitable car il faut bien savoir par qui la sûreté a été constituée), et, d'autre part, que les parties aient manifesté leur volonté de conférer au créancier un pouvoir de disposer de la somme donnée en garantie ». Et le professeur Augustin Aynès (note sous Cass. com. 6 février 2007, *Revue des contrats* 2008, n° 2, p. 425) de préciser que la prudence commanderait désormais aux parties de stipuler systématiquement une clause de compensation conventionnelle pour que l'affectation en garantie de sommes d'argent inscrites sur un compte spécial ne soit pas requalifiée en nantissement de créance : « pour éviter tout risque de requalification d'une véritable cession fiduciaire de monnaie en gage de choses fongibles [sous-entendu : non confondues], il est souhaitable de prévoir que le créancier aura immédiatement la libre disposition des sommes quand bien même celles-ci demeureraient individualisées et identifiables dans son patrimoine ». Dès le début des années 1980, le professeur Michel Vasseur (*Droit et économie bancaires*, fasc. 3, Les Cours de droit, 3^e éd., 1982-1983, p. 918) recommandait aux praticiens de faire preuve d'une grande précaution pour que la sûreté sur l'argent ne puisse être qualifiée de nantissement de créance. Et, pour cela, il conseillait de faire sortir les sommes affectées en garantie du compte du client constituant. Autrement dit, il était plus sûr de recourir à l'inscription sur un compte ouvert au nom du créancier plu tôt que de stipuler une clause de compensation conventionnelle.

constituant – autrement dit, même si tout suggère qu’elles sont restées la propriété du constituant –, le seul fait que le créancier puisse, à sa guise, y prélever des sommes d’argent et donc disposer du bien affecté en garantie comme de ses biens propres, sans autorisation préalable du constituant, fait de cette sûreté une sûreté emportant transfert de propriété du bien affecté en garantie *lors de sa constitution*.

379. Pourtant, ce n’est pas la qualification de « fiducie-sûreté » ou de « cession à titre de garantie » qu’a retenue la Cour de cassation dans l’arrêt rendu. Comme le résume bien le professeur Pierre Crocq²⁷³, le choix entre trois qualifications s’offrait à la Haute juridiction : ou bien celle de nantissement du solde d’un compte – si l’on considérait que le fait que le compte affecté en garantie était ouvert au nom du constituant préservait le droit de propriété de ce dernier sur les sommes affectées en garantie et restées pour lui disponibles ; ou bien celle de nantissement de monnaie scripturale – si l’on considérait qu’était déterminant le fait que le compte fût bloqué à l’égard du constituant ; ou bien celle de gage-espèces, assimilé à une « fiducie-sûreté » translatrice d’une propriété pleine et entière – si l’on considérait que le fait que le créancier pût réaliser sa sûreté par une simple compensation était le signe de ce qu’il avait acquis une propriété pleine et entière sur les sommes affectées en garantie. Or, en jugeant que « le nantissement portait sur un gage-espèce », la Cour de cassation a refusé de choisir entre ces trois qualifications. Certes, elle ajoute que « le nantissement portait sur un gage-espèce *et non sur une créance de restitution* » (italiques ajoutées). S’il peut être interprété comme excluant la transformation du droit réel du constituant en droit personnel de créance, et comme consacrant le gage, le fait que les juges du droit précisent que l’objet de la sûreté n’était pas une créance de restitution par équivalent ne suffit pas à évacuer tous les doutes que font naître le premier membre de phrase. Il est vrai que les éléments du régime du nantissement de créance sont écartés – ce qui tend à suggérer que le « gage-espèces » est, dans l’esprit des juges, une « fiducie-sûreté » affranchie du régime du nantissement²⁷⁴. Il est vrai aussi qu’on peut penser que la sûreté se voit refuser la qualification de nantissement de créance – parce que son objet est expressément décrit comme n’étant pas une créance de restitution par équivalent. Mais il

²⁷³ P. Crocq, note sous Cass. com. 6 février 2007 (*RTD civ.* 2007, p. 373).

²⁷⁴ La Cour de cassation écarte les griefs de violation des anciens articles 2075 et 2078 du code civil. Elle juge ainsi non pas tant que le pacte comissoire était valable, mais plutôt que la question du pacte comissoire ne se posait même pas puisqu’un tel pacte est censé attribuer conventionnellement au créancier la propriété du bien affecté en garantie en cas de défaillance du débiteur lors de l’exécution de la sûreté (sans évaluation ni autorisation judiciaire), et que, la sûreté reposant sur un mécanisme fiduciaire, la propriété du bien affecté en garantie avait ici été transférée au créancier dès la constitution de la sûreté. Quant aux

n'en reste pas moins qu'elle reste présentée comme un « nantissement »²⁷⁵. Il faudrait alors convenir de ce que la sûreté est un nantissement qui porte sur un bien – des sommes d'argent inscrites en compte – qui n'est pas constitutif d'une créance. En d'autres termes, il s'agirait d'un nantissement de bien incorporel autre qu'une créance. Et ce bien incorporel autre qu'une créance serait des espèces.

380. C'est à ce stade du raisonnement que l'on voit que l'arrêt pourrait implicitement prendre parti sur la nature de la monnaie scripturale. À en croire le raisonnement de la Cour de cassation, la monnaie scripturale ne serait rien d'autre que des espèces... Mais l'on ne saurait dire avec certitude si ces espèces sont, dans l'esprit des juges, des biens corporels ou des biens incorporels autres que des créances. Il est donc un peu rapide d'écrire, comme le professeur Didier-René Martin, que cet arrêt consacre indubitablement l'analyse de la monnaie scripturale comme étant un bien corporel au même titre que les espèces (monnaie métallique et papier)²⁷⁶. À en croire cet auteur, la Cour de cassation aurait apporté en 2007 la réponse qu'il donnait lui-même dès 1987, à la question de savoir si l'affectation d'un compte spécial à la garantie des soldes débiteurs d'autres comptes porte sur une créance de restitution ou sur des « avoirs en dépôt »²⁷⁷. Stigmatisant le « montage croquignolesque »²⁷⁸ auquel conduit l'analyse de l'objet de la garantie en créance de restitution, l'auteur préconisait dès 1987 de préférer l'analyse « selon laquelle l'affectation en garantie du solde d'un compte, par voie de mise en gage, doit être considérée comme s'appliquant à des valeurs corporelles »²⁷⁹. S'il est vrai que l'objet de la sûreté est explicitement décrit comme

formalités de constitution du nantissement de créance édictées par l'ancien article 2075 du code civil (enregistrement et signification du nantissement au débiteur de la créance nantie), elles sont tout bonnement mises à l'écart.

²⁷⁵ D'une manière générale, les commentateurs sont très prudents au sujet de la qualification de la sûreté. Alors que les professeurs Pierre Crocq (note sous Cass. com. 6 février 2007, *RTD civ.* 2007, p. 373) et Laurent Aynès sont plutôt favorables à l'idée que les juges du droit auraient qualifié la sûreté de « gage-espèces », et donc, indirectement, de fiducie-sûreté, le professeur Dominique Legeais (obs. sous Cass. com. 6 février 2007, *RTD com.* 2007, p. 581) soutient qu'« il est tout aussi possible d'y voir la consécration de l'analyse du gage-espèces en gage ». Les professeurs Philippe Simler et Philippe Delebecque (*JCP E* 2008, n° 2, 1036) souscrivent à cette analyse : « le gage-espèces reste un gage malgré le transfert de propriété dont bénéficie le créancier, car ce transfert n'est pas de l'essence de la convention, mais résulte simplement de la nature des choses ».

²⁷⁶ D.R. Martin, « Du gage-espèces », *D.* 2007, p. 2556 : « revendiquée par le nantissement de créance, menacée par l'avènement de la fiducie, la remise directe d'une somme d'argent en garantie triomphe, en théorie et en pratique, de ces rivalités. Elle constitue un véritable gage d'espèces, fiduciaires ou scripturales, qui doit son régime à la double vertu de son objet : l'argent, d'être, dans tous ses états, corporel et fongible ».

²⁷⁷ D. R. Martin, « Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires », *D.* 1987, chron. p. 229.

²⁷⁸ *Ibidem*. L'analyse de l'objet de la garantie en créance de restitution, préconisée par le demandeur au pourvoi, conduit nécessairement à qualifier la garantie de nantissement de créance, ce qui conduit nécessairement à soumettre la garantie au régime de constitution du nantissement de créance qui exigeait que le créancier nanti signifiât le nantissement au débiteur de la créance nantie. Or le débiteur de la créance nantie étant le banquier teneur de compte également créancier, la qualification de nantissement de créance aboutissait à exiger, comme le demandeur au pourvoi, que le créancier se signifiât à lui-même le nantissement – « montage croquignolesque » (D. R. Martin, *op. cit.*) s'il en est.

²⁷⁹ *Ibidem*.

n'étant pas une créance, il n'en reste pas moins que la sûreté reste décrite comme un nantissement. Or si le terme de « nantissement » était neutre au regard du caractère corporel ou incorporel du bien nanti avant la réforme opérée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, en l'état du droit sur la base duquel les faits sont appréciés, il n'est peut-être pas anodin que les juges du droit aient choisi en 2007 le terme de « nantissement », eux qui n'étaient pas sans ignorer que, depuis 2006, il désignait une sûreté portant sur un bien meuble *incorporel*. Autrement dit, même si le terme de « nantissement » pourrait très bien n'être nullement l'indice du caractère corporel ou incorporel du bien dans la mesure où l'affaire jugée le 6 février 2007 était régie par le droit antérieur à la réforme de 2006, il se pourrait tout aussi bien qu'il soit l'indice – certes, fort discret – du caractère incorporel de la monnaie scripturale. L'arrêt rendu le 6 février 2007 par la Cour de cassation ne s'inscrit donc pas plus dans la veine du courant doctrinal favorable au caractère corporel de la monnaie scripturale²⁸⁰, que dans celle du courant doctrinal favorable au caractère incorporel de cette monnaie²⁸¹.

381. De même, l'arrêt rendu le 6 février 2007 n'apporte pas de réponse claire et tranchée à la question du professeur Dominique Legeais : « s'agit-il d'un gage, d'un gage irrégulier, d'un nantissement de créance, d'un nantissement de bien incorporel, d'un transfert fiduciaire ? »²⁸² S'il ne fait guère de doute qu'elle qualifie l'objet de garantie comme étant des espèces, « la Cour ne se prononce pas sur la qualification de la garantie constituée. S'agit-il d'un transfert fiduciaire portant sur les espèces ou d'un gage transférant la propriété des espèces ? »²⁸³ Selon le professeur Dominique Legeais, « la seconde qualification semble implicitement admise »²⁸⁴. Et il en veut pour preuve que la Haute juridiction avait déjà suggéré une telle analyse dans l'arrêt du 29 mars 1989 précédemment commenté²⁸⁵.

²⁸⁰ Voir notamment : D. R. Martin, « De la monnaie », *Mélanges Blaise*, Economica, 1995, pp. 333 et s. ; « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », D. 1996, chron. pp. 47 et s. ; « Le gage d'actifs scripturaux », D. 1996, chron. pp. 263 et s. ; « L'inscription en compte d'actifs scripturaux », D. 1998, chron. pp. 15 et s. ; « De la revendication de sommes d'argent », D. 2002, chron. pp. 3279 et s. ; « Du corporel », D. 2004, chron. pp. 2285 et s. ; « Du gage-espèces », D. 2007, pp. 2556 et s. Mais aussi : M. Germain, « Sociologie de la dématérialisation », *Arch. phil. dr.*, 1997, n°42, p. 111.

²⁸¹ Voir notamment : Ch. Larroumet, note sous Cass. 1^{ère} civ. 20 avril 1983, *Deffrénois* 1983, p. 1141 ; J. – L. Rives-Lange, « La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique) », *Études de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac*, Litec, 1968, pp. 405 et s. ; R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Bibl. dr. priv. t. 225, LGDJ, 1992, préface P. Mayer. & « Gage sur sommes d'argent », étude 269, *Droit des sûretés*, coll. Lamy Droit civil, 2002 ; D. Doise, « Nantissement de monnaie, de comptes, et de valeurs mobilières », in *Le gage commercial* sous la direction de Ch. Mouly, *RJ com.*, n° spécial, novembre 1994, pp. 30 et s. ; D. Legeais, *RTD com.* 2007, p. 581 : (« la monnaie est un bien incorporel sans pour autant être une créance ») ; P. Didier, « Monnaie de compte et compte bancaire », *Études offertes à J. Flour*, *Deffrénois*, 1979, pp. 139 et s.

²⁸² D. Legeais, « L'avenir du gage-espèces », *Rev. Lamy dr. civ.* 2007, n° 39, p. 25.

²⁸³ *Idem.*

²⁸⁴ *Idem.*

²⁸⁵ Voir *supra* § 362 et s.

§ 6. De récentes évolutions législatives et jurisprudentielles ont remis en cause la thèse du transfert d'une propriété pleine et entière dans le cadre d'une « fiducie-sûreté » innommée.

382. Thèse du transfert d'une propriété pleine et entière lors de la constitution des sûretés sur sommes d'argent. – Les arrêts rendus par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, les 17 mai 1994 et 3 juin 1997, ont été analysés (à tort, selon nous) par certains auteurs comme témoignant de ce que la confusion de sommes d'argent dans le patrimoine d'autrui emportait transfert au créancier de leur propriété pleine et entière. Le constituant d'une sûreté sur sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier serait titulaire d'une créance de restitution par équivalent à l'encontre du créancier.

383. Le professeur Christian Larroumet tire en effet parti de ces décisions de justice pour soutenir que l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier doit s'analyser en « fiducie-sûreté » translatrice d'une propriété pleine et entière, et non en gage (qu'il soit ordinaire et non translatif du droit de disposer, ou irrégulier et translatif du droit de disposer)²⁸⁶. La classification des sûretés sur sommes d'argent qu'opère le professeur Christian Larroumet est sensiblement différente de celle adoptée par le professeur Michel Cabrillac²⁸⁷, reprise par le professeur Rémy Libchaber²⁸⁸ et adoptée ici pour la présentation des débats relatifs au régime actuel de ces sûretés. L'auteur propose non pas une distinction entre l'affectation en garantie de sommes d'argent non confondues dans le patrimoine du créancier, et l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans ce patrimoine, mais une distinction selon que c'est de la monnaie fiduciaire (pièces, billets) ou scripturale (écritures en compte) qui est affectée en garantie.

384. L'expression de « gage-espèces » (qu'il invite à bannir) désigne selon lui l'affectation en garantie d'espèces, de monnaie fiduciaire. Dès lors que c'est de la monnaie scripturale qui est affectée en garantie, il faudrait parler de nantissement de

²⁸⁶ Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 17 mai 1994 (*D.* 1995 jur. p. 124) : « on rappellera simplement que la remise d'une somme d'argent à titre de garantie, parce qu'elle suppose nécessairement le transfert de la propriété de cette somme au bénéficiaire de la remise, n'est rien d'autre qu'une fiducie aux fins de sûreté ».

²⁸⁷ M. Cabrillac, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Mélanges offerts à J. Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 333.

²⁸⁸ R. Libchaber, « Gage sur sommes d'argent », *Rev. Lamy dr. civ.*, octobre 2002, étude 269.

créance. La monnaie scripturale n'étant, comme on l'a montré plus haut, qu'un droit à restitution du client déposant sur le banquier dépositaire, du fait du transfert du droit de disposer attaché à l'entrée en compte des créances, elle ne peut être affectée en garantie que par la voie du nantissement de créance. Autrement dit, l'affectation en garantie de sommes inscrites en compte, qu'elles soient, ou non, confondues dans le patrimoine du créancier, devrait en principe être qualifiée de nantissement de créance et serait donc toujours exclusive de tout transfert de propriété. À l'inverse, l'affectation en garantie de pièces ou de billets devrait toujours être qualifiée de gage si ces espèces sont isolées par rapport au patrimoine du créancier, et de « fiducie-sûreté » si ces espèces sont confondues dans le patrimoine du créancier.

384-1. Pourtant, les choses ne sont pas si simples, car le professeur Christian Larroumet établit une subdivision au sein de l'affectation en garantie de sommes inscrites en compte : il faudrait distinguer, d'une part, l'affectation en garantie de sommes inscrites sur un compte ouvert au nom du constituant, et, d'autre part, l'affectation en garantie de sommes inscrites sur un compte ouvert au nom du créancier. La première devrait être qualifiée de nantissement de créance, et la seconde devrait être qualifiée de « fiducie-sûreté » (entendue comme propriété-sûreté translatrice d'une propriété pleine et entière). On devrait en conclure que l'affectation en garantie de sommes inscrites sur un compte ouvert au nom du créancier doit s'analyser en l'affectation en garantie de créances par la voie d'une cession fiduciaire innommée, distincte de la cession de créances professionnelles à titre de garantie (loi « Dailly » n° 81-1 du 2 janvier 1981) et de la « fiducie-sûreté » sur des créances récemment introduite dans le code civil (lois n° 2007-211 du 19 février 2007 et n° 2009-526 du 12 mai 2009, ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009). En somme, le professeur Christian Larroumet propose trois qualifications pour les sûretés sur sommes d'argent, et, par conséquent, trois régimes distincts : celui du gage (pour la monnaie fiduciaire non confondue), celui d'une fiducie-sûreté conçue comme une propriété-sûreté translatrice d'une propriété pleine et entière (soit pour la monnaie fiduciaire confondue, soit pour la monnaie scripturale inscrite sur un compte ouvert au nom du créancier), et celui du nantissement de créance (pour la monnaie scripturale inscrite sur un compte ouvert au nom du constituant).

384-2. Une fois précisées quelles sont, pour le professeur Christian Larroumet, la définition de la notion de « gage-espèces » et la classification des sûretés sur sommes d'argent, il faut s'attarder sur la définition qu'il donne de la fiducie-sûreté. Pour lui, « il

y a fiducie dès lors que la propriété est transférée à titre de sûreté », et « il peut en être ainsi parce que, s'agissant d'un corps certain non consommable, les parties l'ont voulu ou encore parce que, s'agissant d'une chose fongible et consommable, il n'y a pas de place pour une sûreté n'impliquant pas un transfert de propriété ». Bref, « la fiducie implique un transfert de propriété, et il importe peu que celui-ci soit voulu »²⁸⁹. En d'autres termes, le transfert au créancier de la propriété du bien affecté en garantie s'origine soit dans la volonté expresse des parties (s'il est un corps certain) soit dans la confusion dans le patrimoine du créancier (s'il est une chose fongible).

384-3. Si l'on en croit le professeur Christian Larroumet, il faudrait admettre que le transfert de propriété résultant de la confusion des choses fongibles que sont les sommes d'argent s'opère dans deux contrats lorsque la monnaie est scripturale. Tout d'abord, le client titulaire d'un compte bancaire et le banquier auprès de qui le compte bancaire est ouvert seraient liés par un contrat de dépôt irrégulier en vertu duquel la confusion des sommes d'argent remises au banquier dépositaire entraînerait la dégradation du droit réel de propriété du client déposant en droit personnel de créance de restitution, et, parallèlement, la transmission au banquier dépositaire du droit réel de propriété perdu par le déposant. Ce transfert de propriété s'expliquerait par la confusion des choses fongibles que sont les sommes d'argent au sein du patrimoine du banquier qui les reçoit. Et ce transfert de propriété expliquerait que le compte bancaire doive être regardé comme une créance. C'est donc l'effet translatif de propriété attaché à la confusion des choses fongibles qui ferait du contrat liant le banquier à son client un contrat de dépôt irrégulier, et qui, par la même occasion, ferait de la monnaie scripturale, objet de la garantie, une créance (et donc un bien incorporel)²⁹⁰.

384-4. Mais le professeur Christian Larroumet invoque l'effet translatif de propriété attaché à la confusion de choses fongibles à un second niveau. En effet, c'est non seulement l'objet de la garantie (la monnaie scripturale) qui est régi par le principe de l'effet translatif de propriété attaché à la confusion des choses fongibles, puisque c'est ce principe qui en fait une créance, mais c'est aussi le régime de l'affectation en garantie qui est commandé par le principe de l'effet translatif de propriété attaché à la confusion de choses fongibles, puisque c'est ce principe qui fait d'une telle affectation en garantie une « fiducie-sûreté ». En effet, les sommes d'argent inscrites en compte

²⁸⁹ Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 17 mai 1994 (D. 1995, jur. p. 124).

²⁹⁰ Voir G. Cornu, note sous Cass. civ. 8 février 1961 (*RTD civ.* 1961, p. 698) & Ch. Larroumet, note sous Cass. 1^{ère} civ. 7 février 1984 (D. 1984, p. 638).

seraient, certes, des créances. Mais ces créances seraient fongibles... tant et si bien qu'en cas d'affectation en garantie de sommes d'argent inscrites en compte, l'effet translatif de propriété attaché à la confusion de choses fongibles jouerait à nouveau. Il jouerait cette fois, non pas dans les rapports entre le client déposant et le banquier dépositaire, mais dans les rapports entre le constituant (titulaire d'un compte bancaire qui est aussi le plus souvent le débiteur) et le créancier (qui est soit un tiers soit – le plus souvent – le banquier dépositaire lui-même). Le créancier et le constituant n'étant pas liés par un contrat de dépôt, mais par un contrat de garantie, l'effet translatif de propriété attaché à la confusion de « créances fongibles » ferait du contrat les liant non pas un dépôt irrégulier, mais une « fiducie-sûreté ». Après avoir été invoqué pour qualifier l'objet de la garantie comme étant une créance, l'effet translatif de propriété attaché à la confusion des choses fongibles est invoqué pour qualifier le régime de la garantie comme relevant de la « fiducie-sûreté ».

384-5. Le professeur Pierre Crocq est sans doute le plus radical de tous les tenants de l'analyse de l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier – ou « gage-espèces » au sens strict – comme étant une fiducie-sûreté. À l'en croire, toute affectation en garantie de sommes d'argent, qu'elles soient confondues dans le patrimoine du créancier ou isolées par rapport au patrimoine du créancier, serait une forme de fiducie-sûreté. Selon lui, lorsque de la monnaie scripturale est affectée en garantie sans être confondue dans le patrimoine du créancier, le caractère bloqué du compte ne ferait que « restreindre les pouvoirs du seul déposant »²⁹¹, et son caractère spécial ne suffirait pas à individualiser les sommes affectées en garantie. Autrement dit, l'affectation en garantie de sommes d'argent non confondues dans le patrimoine du créancier ne serait pas nécessairement exclusive de tout effet translatif de propriété lors de la constitution de la sûreté... et mériterait donc la qualification de « fiducie-sûreté », au même titre que l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier. Ce ne serait que par un abus d'interprétation de la volonté des parties que l'on aurait prêté un effet non translatif de propriété à l'inscription sur un compte spécial. Et, selon le professeur Pierre Crocq, il n'y aurait aucune différence objective entre l'inscription sur un compte ordinaire et l'inscription sur un compte spécial, qui justifiât que l'on rendît la première translatif de propriété et la seconde non translatif de propriété. Cette différence entre une

²⁹¹ P. Crocq, note sous Cass. com. 9 avril 1996 (*RTD civ.* 1996, p. 669).

inscription translatrice de propriété et une inscription non translatrice de propriété ne serait que le fruit d'une interprétation erronée de la volonté des parties dont on devrait penser, selon le même auteur, qu'elles ne prêtent pas moins d'effet translatif de propriété à l'inscription sur un compte spécial qu'elles n'en prêtent à l'inscription sur un compte ordinaire, pour la bonne et simple raison qu'elles ne peuvent ignorer que le créancier ne sera pas à même de restituer la chose remise, mais seulement un équivalent²⁹².

384-6. À cet égard, le professeur Pierre Crocq s'appuie sur les propos de M. Frédéric Peltier, qui, dans son article intitulé « Le sort des déposants en cas de faillite de la banque dépositaire »²⁹³, soutient que le dépôt bancaire assorti d'une affectation spéciale est tout aussi translatif de propriété que le dépôt bancaire ordinaire. Pour M. Frédéric Peltier, l'effet translatif de propriété attaché au dépôt en banque de sommes d'argent serait moins lié à l'autorisation donnée au banquier dépositaire d'utiliser pour son propre compte les sommes déposées²⁹⁴, qu'à la fongibilité des sommes d'argent dématérialisées que l'inscription sur un compte spécial ne permettrait pas d'individualiser. Selon cet auteur, « on pourrait imaginer que le dépositaire d'une machine puisse s'en servir pour son propre compte ; en cas de faillite de celui-ci, le déposant pourrait sans difficulté récupérer son bien qui est un corps certain », tandis que « dans le dépôt irrégulier que constitue le dépôt bancaire, la faiblesse du déposant est la conséquence de la fongibilité de la chose déposée avec les autres éléments patrimoniaux de même nature du dépositaire »²⁹⁵. Il en résulterait que, même lorsque le dépôt bancaire reçoit une affectation spéciale et que les sommes d'argent sont inscrites sur un compte spécial, le banquier (créancier ou non) bénéficierait d'un transfert de la propriété des sommes déposées. Évoquant les dépôts affectés utilisés dans les opérations de souscription de valeurs mobilières et dans les opérations de couverture des positions

²⁹² *Ibidem* : « il faut considérer, par une interprétation de la volonté présumée des parties, que dans le cas du compte ordinaire, l'inscription en compte a seulement pour objet de délimiter le *quantum* de la créance de restitution du déposant à l'encontre de la banque, devenue propriétaire de cette somme d'argent, alors que, dans le cas du compte spécial, en raison de l'affectation de celui-ci, elle a pour objet d'individualiser les fonds déposés au sein du patrimoine de la banque et de permettre au déposant d'en demeurer propriétaire. Mais cette interprétation de la volonté des parties est quelque peu divinatoire car le fait qu'il y ait affectation spéciale n'impose pas nécessairement que la sûreté constituée soit un gage. Elle pourrait tout aussi bien se traduire par la constitution d'une propriété-sûreté. Il suffirait pour cela de considérer que les parties n'ont pas entendu faire produire à l'inscription en compte davantage d'effets que dans le cas d'un compte ordinaire [...] Le fait que le gage-espèces soit réalisé par un dépôt de somme d'argent sur un compte bloqué n'est donc pas incompatible avec la qualification de fiducie-sûreté. Tout dépend, ici, de l'interprétation de la volonté des parties ».

²⁹³ F. Peltier « Le sort des déposants en cas de faillite de la banque dépositaire », *RD bancaire et bourse*, 1991, n° 27, pp. 175 et s.

²⁹⁴ Article L. 312-2 du code monétaire et financier, issu de l'article 2 de la loi bancaire du 24 janvier 1984, et inspiré, selon F. Peltier, de l'article 1936 du code civil, relatif au contrat de dépôt.

²⁹⁵ F. Peltier « Le sort des déposants en cas de faillite de la banque dépositaire », *RD bancaire et bourse*, 1991, n° 27, pp. 175 et s.

prises sur les contrats à terme, M. Frédéric Peltier souligne que, même si, dans ces cas de figure, le banquier n'a qu'un rôle de mandataire, « ces dépôts affectés sont, comme les dépôts bancaires *stricto sensu*, inscrits dans des comptes et dans la pratique, bien souvent, constituent un élément du solde du compte bancaire du client », de sorte qu'« en cas de faillite de la banque, lesdits dépôts affectés du fait de la fongibilité des fonds qui les composent subissent le même sort que les dépôts bancaires »²⁹⁶. En somme, « que le déposant verse des fonds sur son compte avec ou sans affectation, le solde du compte, réservé ou non [...] constituera une créance chirographaire »²⁹⁷. Que l'inscription en compte se fasse sur un compte ordinaire (courant notamment) ou sur un compte spécial, elle serait donc translatrice de propriété.

385. Critique. – Il faut néanmoins souligner que, récemment, la jurisprudence et la loi ont sérieusement remis en cause la possibilité d'une « fiducie-sûreté » innommée, translatrice d'une propriété pleine et entière, indiquant ainsi que le mode naturel (et le seul valable ?) d'affectation en garantie des créances autres que professionnelles est moins la cession de créance à titre de garantie (ou fiducie-sûreté sur créances) que le nantissement de créances²⁹⁸.

A – *La réfutation doctrinale.*

386. L'incohérence du raisonnement du professeur Christian Larroumet est pointée par le professeur Jérôme François. Dans sa note sous l'arrêt rendu par la Cour de cassation statuant en sa chambre commerciale le 3 juin 1997²⁹⁹, l'auteur explique en effet que si « on estime que, la monnaie [fiduciaire] étant une chose fongible, le banquier est propriétaire des fonds déposés, le solde créancier d'un compte s'identifiant purement et simplement au *quantum* d'un droit de créance du client sur la banque », lorsque le client constituant affecte son compte à la garantie d'une créance du banquier,

²⁹⁶ *Idem.*

²⁹⁷ *Idem.*

²⁹⁸ Cass. com. 19 décembre 2006 (D. 2007 Aj, p. 76, obs. X. Delpech ; D. 2007 jur. p. 344, note Ch. Larroumet ; D. 2007, p. 961, note L. Aynès ; *RTD civ.* 2007, p. 160, obs. P. Crocq ; *LPA*, 2007, p. 10, note S. Prigent ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2007, n°35, p. 38, note J. -J. Ansault & n°36, p. 29, note D. Houtcieff) ; Cass. com. 26 mai 2010, pourvoi n° 09-13.388 (D. 2010, p. 1340, obs. A. Lienhard ; D. 2010, p. 2201, N. Borga ; *RTD civ.* 2010, p. 597, obs. P. Crocq ; *Droit et patrimoine* 2010, n° 195, p. 96, obs. Ph. Dupichot).

²⁹⁹ J. François, note sous Cass. com. 3 juin 1997 (D. 1998, jur. p. 61).

le constituant grève de sûreté « sa propre créance de restitution, et non des fonds qui ne lui appartiennent plus »³⁰⁰. Cela « interdit de raisonner en termes de fiducie »³⁰¹.

387. Premièrement, on remarquera que le professeur Pierre Crocq était moins radical dans sa thèse intitulée *Propriété et garantie*, où il faisait sienne la distinction opérée initialement par le professeur Michel Cabrillac entre affectation en garantie de sommes d'argent individualisées et affectation en garantie de sommes d'argent confondues³⁰². À l'époque, l'auteur mettait à part « l'hypothèse où une somme d'argent remise à un tiers demeurerait individualisée »³⁰³. En effet, dans les cas où les numéros des billets remis sont relevés, ou dans celui où les fonds sont déposés auprès d'un avocat ou d'un notaire, le professeur Pierre Crocq admettait que les sommes d'argent ne se confondaient pas dans le patrimoine du dépositaire... et que leur propriété n'était pas transférée à ce dernier. Ce n'était que dans les cas où cette individualisation par une affectation spéciale des fonds ou tout procédé permettant leur identification n'était pas réalisée, que l'auteur affirmait que celui qui recevait la somme « en [était] devenu propriétaire, et cela qu'il s'agisse d'un prêt, d'un dépôt, ou d'une constitution de garantie », et que « celui qui a[vait] transféré la somme a cessé de l'être et n'[était] plus titulaire que d'un droit de créance »³⁰⁴. S'appuyant sur la doctrine belge³⁰⁵ et la doctrine suisse³⁰⁶ qui, selon lui, assimilent le gage irrégulier à la cession fiduciaire à titre de garantie, le professeur Pierre Crocq était plus nuancé au sujet de l'effet translatif de propriété de l'affectation en garantie de sommes d'argent, admettant qu'il fallait distinguer selon que celles-ci étaient, ou non, confondues au sein du patrimoine du créancier, et surtout, il était bien plus proche de la position des auteurs favorables à la qualification de « gage irrégulier ».

388. Deuxièmement, on relèvera que, si le professeur Pierre Crocq critique l'abus de l'interprétation des volontés qui aboutit à ce que l'on prête un effet translatif de propriété à une inscription sur un compte ordinaire tandis qu'on le refuse à une inscription sur un compte spécial, sa critique repose elle aussi sur une interprétation de

³⁰⁰ *Idem.*

³⁰¹ *Idem.*

³⁰² P. Crocq, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, n° 306, p. 259.

³⁰³ *Idem.*

³⁰⁴ *Idem.*

³⁰⁵ J. Van Ryn et J. Heenen, *Principes de droit commercial*, t. 4, Bruylant, 1965, n° 2616, p. 185 ; P. Van Ommeslaghe, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », in *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984, pp. 345 et s.

³⁰⁶ B. Foex, *Le numerus clausus des droits réels en matière mobilière*, Coll. juridique romande, Payot, Lausanne, 1987, n° 451, p. 195.

la volonté des parties. En effet, alors que le professeur Pierre Crocq soutient que, naturellement, les parties sont enclines à prêter un effet translatif de propriété à l'inscription en compte, d'autres auteurs, comme Gilles Cuniberti, soutiennent l'inverse. Pour ce dernier, « le fondement de cette interprétation est des plus fragiles. Comme toutes ses semblables, cette volonté tacite est bien difficile à démontrer. Elle l'est même tellement que l'on pourrait plutôt avoir tendance à croire en une volonté inverse », c'est-à-dire, en cas d'affectation en garantie de sommes inscrites en compte, « une volonté de constituer un nantissement »³⁰⁷ - par hypothèse non translatif de propriété. En d'autres termes, la critique d'une interprétation abusive des volontés à laquelle se livre le professeur Pierre Crocq repose elle-même sur un parti pris interprétatif des volontés qui est loin d'être partagé par tous.

389. Troisièmement, on rappellera que le caractère bloqué du compte tend aussi bien à restreindre les pouvoirs du déposant (le constituant) que ceux du créancier (le créancier). Le compte sur lesquelles sont inscrites les sommes affectées en garantie peut très bien être bloqué à l'égard du constituant (déposant) sans l'être à l'égard du créancier (dépositaire) : par exemple, le constituant ne peut pas effectuer des débits sur le compte affecté en garantie tandis que le créancier le peut. Mais le même compte peut également très bien être bloqué à l'égard du créancier (dépositaire) sans l'être à l'égard du constituant (déposant) : par exemple, le constituant peut effectuer des débits sur le compte affecté en garantie tandis que le créancier ne le peut pas³⁰⁸. Et le même compte peut très bien être bloqué tant à l'égard du constituant (déposant) que du créancier (dépositaire) : dans ce cas, ni l'un ni l'autre ne peut débiter le compte affecté en garantie. Il est donc erroné de limiter la fonction de blocage du compte à une restriction des pouvoirs du seul déposant.

B – La réfutation jurisprudentielle.

390. L'évolution récente du droit des sûretés a considérablement remis en cause la possibilité de cessions de créance à titre de garantie en dehors du cadre légal qui les prévoit. Or si l'affectation en garantie de monnaie scripturale confondue dans le patrimoine du créancier doit être qualifiée de cession de créance

³⁰⁷ G. Cuniberti, « Le gage-espèces (de l'accession en matière monétaire) », *LPA*, 1999, n° 221, p. 4.

³⁰⁸ C'est typiquement le cas du nantissement de compte envisagé à l'article 2360 du code civil.

à titre de garantie (ou « fiducie-sûreté sur créance »), alors il faut admettre qu'elle est régie par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 et par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009.

1 – Il n'y a de fiducie-sûreté (notamment sur créances) que prévue par la loi (arrêt du 19 décembre 2006)

391. Dans un arrêt très critiqué du 19 décembre 2006³⁰⁹, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a jugé qu'« en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance ».

Il s'agissait en l'espèce d'un contrat de prêt de sommes d'argent liant un emprunteur (débiteur) à une banque prêteuse (créancière) qui finançait ainsi l'acquisition d'un immeuble par l'emprunteur. En garantie du remboursement du prêt, l'emprunteur-débiteur avait cédé à la banque prêteuse-créancière les créances de loyers dont il était titulaire à l'encontre des locataires de l'immeuble. Ces créances au titre de contrats de bail d'immeuble étaient des créances non-professionnelles. Mais à cette cession de créance à titre de garantie (où les débiteurs cédés étaient les locataires), est venue s'ajouter une cession de créance pure et simple : la banque prêteuse-créancière (banque cédante) céda à une autre banque (cessionnaire) sa créance de remboursement du prêt, et ses accessoires³¹⁰. La banque cessionnaire signifia la cession de créance à l'emprunteur-débiteur (débiteur cédé). Après cette cession de créance « à titre principal » (et non de garantie), l'emprunteur-débiteur cédé fut mis en redressement judiciaire... et la banque-prêteuse cessionnaire chercha à obtenir d'un des locataires (eux-mêmes débiteurs cédés au titre de la cession de créance à titre de garantie) le paiement de créance de loyers. Mais le locataire en question (débiteur cédé au titre de la cession de créance à titre de garantie de la créance principale cédée) refusa de payer la créance de loyers auprès de la banque cessionnaire, arguant de ce que « la cession n'étant stipulée qu'à titre de garantie, [elle] n'avait pas eu pour effet de faire sortir les

³⁰⁹ Cass. com. 19 décembre 2006 (D. 2007 Aj, p. 76, obs. X. Delpech ; D. 2007 jur. p. 344, note Ch. Larroumet ; D. 2007, p. 961, note L. Aynès ; *RTD civ.* 2007, p. 160, obs. P. Crocq ; *LPA*, 2007, p. 10, note S. Prigent ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2007, n° 35, p. 38, note J. -J. Ansault & n° 36, p. 29, note D. Houtcief).

³¹⁰ L'article 1692 du code civil dispose en effet que « la vente ou la cession d'une créance comprend les accessoires de la créance, tels que caution, privilège et hypothèque ». La cession de la créance de remboursement du prêt emportait donc cession des créances de loyers cédées à titre de garantie du paiement de la créance de remboursement du prêt.

créances locatives litigieuses du patrimoine » de l'emprunteur-débiteur cédé avant la mise en redressement judiciaire de celui-ci. Autrement dit, le preneur à bail, demandeur au pourvoi, soutenait que les créances de loyers nées ou échues postérieurement à l'ouverture de la procédure collective du bailleur (qui est aussi l'emprunteur-débiteur cédé) n'étaient pas sorties du patrimoine de ce dernier, devaient constituer le gage commun des créanciers de ce dernier, et, par voie de conséquence, ne pouvaient être payées à un créancier (la banque cessionnaire) du débiteur par priorité ou par préférence aux autres. Un tel raisonnement supposait qu'on ne considérât pas que les créances de loyers nées du contrat à exécution successive qu'est le contrat de bail étaient toutes nées lors de la formation du contrat, mais bien au contraire, qu'elles ne naissaient qu'au fur et à mesure de l'exécution dudit contrat de bail.

392. L'argumentation du demandeur au pourvoi était vouée à l'échec, tant au regard de la loi, qu'au regard de la jurisprudence en la matière. Tout d'abord, comme dit plus haut, la cession d'une créance emporte cession de tous ses accessoires, comme le prévoit l'article 1692 du code civil. Or les créances de loyers cédées en garantie du paiement de la créance cédée (créance de remboursement du contrat de prêt) étaient assurément les accessoires de cette dernière. Ensuite, la jurisprudence élaborée par la cour suprême³¹¹ avait déjà établi qu'en matière de contrats à exécution successive, toutes

³¹¹ Cass. ch. mixte 22 novembre 2002 (D. 2002, Aj. p. 3270, obs. A. Lienhard ; D. 2003, jur. p. 445, note Ch. Larroumet ; D. 2003, somm. p. 1472, obs. G. Taormina ; *RTD civ.* 2003, p. 146, obs. R. Perrot ; *RTD civ.* 2003, p. 331, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2003, p. 148, obs. D. Legeais ; *RTD com.* 2003, p. 367, obs. A. Martin-Serf ; *JCP G* 2003, II, 10033, note D. Houtcieff). Pour une application de cette jurisprudence en cas de procédure collective du cédant d'une créance professionnelle à exécution successive, voir Cass. com. 7 décembre 2004 (D. 2005 Aj. p. 77, obs. A. Lienhard ; D. 2005 jur. p. 230, note Ch. Larroumet ; D. 2005 p. 2078, obs. P. Crocq ; *RTD civ.* 2005 p. 132, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2005 p. 415, obs. A. Martin-Serf ; *RTD com.* 2005, p. 155, obs. M. Cabrillac ; *JCP E* 2005, n° 4, p. 639, obs. Ph. Pétel) & Cass. com. 22 novembre 2005 (D. 2005, p. 3081, obs. X. Delpech ; D. 2006, p. 2855, obs. P. Crocq ; D. 2007, p. 753, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; *RTD com.* 2006, p. 169, obs. D. Legeais ; *JCP G* 2006, I, 139, obs. M. Cabrillac ; *Droit et patrimoine* 2006, p. 128, obs. Ph. Dupichot). Pour une application de cette jurisprudence au regard du cautionnement des créances à exécution successive, voir Cass. com. 8 novembre 2005 (D. 2005 p. 2875, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2006, I, 1000, note D. Legeais ; *LPA*, 5 janvier 2006, n° 4, p. 10, note S. Prigent ; *LPA*, 23 janvier 2006, n° 16, p. 7, note D. Houtcieff ; *Revue des contrats*, 1^{er} avril 2006, n° 2, p. 467 ; *Gaz. Pal.*, 31 décembre 2005, n° 365, p. 12). On sait qu'une procédure collective (sauvegarde, redressement judiciaire, liquidation judiciaire) est ouverte par un jugement d'ouverture (JO) à compter duquel le débiteur a interdiction de payer un certain nombre de créanciers, et essentiellement les créanciers « antérieurs », titulaires de créances nées antérieurement au jugement d'ouverture (art. L. 622-7 du code de commerce) qui doivent déclarer leur créance à la procédure (article L. 622-24 du même code). Mais le débiteur a le droit de payer les créanciers dits « postérieurs » (car titulaires de créances nées postérieurement au jugement d'ouverture) qui sont donc payés au comptant ou à l'échéance, et n'ont donc pas à déclarer leur créance à la procédure sauf s'ils ne sont pas payés de ces créances postérieures – dans quel cas ils doivent déclarer leur créance dans un certain délai et bénéficient d'un privilège (dit « des créanciers postérieurs », ou « de la période d'observation ») leur permettant d'être payés avant les créanciers antérieurs (art. L. 622-17 du code de commerce, ancien art. 40 de la loi de 1985). Avant 2005, le principe était le paiement des créanciers postérieurs, et, en cas de défaut de paiement, l'octroi d'un privilège à ces derniers, dès lors que la créance était née postérieurement au jugement d'ouverture (critère chronologique) peu important qu'elle ait été utile à l'entreprise en difficultés (critère téléologique indifférent). Depuis 2005 le principe est le paiement des créanciers postérieurs dont la créance est née régulièrement et surtout *utile* au « déroulement de la procédure ou de la période d'observation », et, en cas de défaut de paiement, l'octroi d'un privilège à ces derniers, du moins lorsque la créance née postérieurement au jugement d'ouverture résulte de contrats maintenus, car jugés utiles à l'exploitation de l'entreprise débitrice (notion de maintien des contrats en cours – article L. 622-13 du code de commerce). La loi sur les procédures collectives du 26 juillet 2005 a donc consacré la primauté du critère téléologique sur le critère chronologique : les créances postérieures « inutiles » ne sont pas payées au comptant/à l'échéance, doivent être déclarées, et ne bénéficient pas du privilège de la période d'observation. Mais, avant 2005, si on maintenait un contrat à exécution successive (comme un contrat de bail ou de crédit-bail), on risquait de se retrouver avec beaucoup de créances échues postérieurement au jugement d'ouverture, et donc beaucoup de passif soit à payer au comptant / à l'échéance, soit à privilégier (en cas de défaut de paiement au comptant)... d'où l'enjeu de faire en sorte que, par une fiction, toutes les créances d'un contrat à exécution successive échues postérieurement au jugement d'ouverture soient considérées comme antérieures, soumises à la déclaration à la procédure, mais insusceptibles d'être payées au comptant/à l'échéance, et insusceptibles de bénéficier du privilège des créances postérieures. L'enjeu était d'augmenter le passif antérieur (non payé et non

les créances progressivement échues devaient être considérées comme étant nées à la date de formation du contrat – spécialement au regard du droit des procédures collectives. En d'autres termes, les juges du droit avaient déjà décidé que, par exemple dans un contrat de bail, tous les loyers à échoir devaient être considérés comme des créances nées dès la formation du contrat. Ainsi, en cas de procédure collective du bailleur, les créances de loyers échues postérieurement à l'ouverture de la procédure collective étaient réputées être nées à la date de la formation du contrat de bail qui, si elle était antérieure à la date de prononcé du jugement d'ouverture de la procédure collective, faisait donc de ces créances de loyers des créances nées dans le patrimoine du débiteur avant l'ouverture de la procédure collective. Ainsi, si le bailleur, débiteur en procédure collective, avait cédé à un créancier – ne serait-ce qu'à titre de garantie – ses créances de loyers, avant l'ouverture de la procédure collective, celles-ci devaient être considérées comme ayant toutes quitté le patrimoine du bailleur dès la cession. En d'autres termes, il importait peu que des créances de loyers fussent échues après l'ouverture de la procédure collective et que des sommes d'argent initialement dues au débiteur en procédure collective fussent versées à un créancier (cessionnaire) après l'ouverture de la procédure collective au lieu de rentrer dans le gage commun des créanciers, puisque, dès l'instant de la cession (par hypothèse antérieure à l'ouverture de la procédure collective), ces sommes d'argent n'étaient plus dues au débiteur (ensuite mis en procédure collective)... pour la bonne et simple raison que les créances de loyers (même non échues) avaient toutes quitté son patrimoine lors de la cession, fût-elle à titre de garantie.

privilegié), et de diminuer le passif postérieur (payé ou privilégié). C'est pour cette raison, entre autres, qu'est apparue l'idée de considérer que, dans les contrats à exécution successive, toutes les échéances naissent à la date de formation du contrat : dès lors que le contrat aura été conclu antérieurement au jugement d'ouverture, toutes les échéances seront considérées comme nées avec la formation du contrat, antérieurement au jugement d'ouverture, même si elles sont échues postérieurement à ce jugement. Dans des arrêts rendus en chambre mixte le 22 novembre 2002 puis en chambre commerciale 7 octobre 2004, la Cour de cassation a consacré la thèse « volontariste » considérant que l'accord de volontés formé avant le jugement d'ouverture ne peut engendrer que des créances antérieures même si elles sont échues après le jugement d'ouverture. Cette thèse est défendue notamment par le professeur Pierre-Michel Le Corre qui s'appuyait sur la rédaction de l'ancien article L. 621-43 du code de commerce, qui prévoyait qu'étaient soumis à l'interdiction des paiements et à la déclaration « tous les créanciers dont la créance *a son origine* antérieurement jugement d'ouverture » (italiques ajoutées). Des créances nées postérieurement au jugement d'ouverture peuvent avoir leur *origine* dans un contrat antérieur audit jugement. Cette thèse s'opposait à la thèse « matérialiste » considérant que les créances échues postérieurement au jugement d'ouverture sont des créances postérieures. Cette thèse est défendue notamment par le professeur Françoise Pérochon qui s'appuie sur la nouvelle rédaction de l'article L. 622-24 du code de commerce qui parle non plus d' « origine » mais de « naissance » des créances. Dans cette perspective, seules les créances *nées* antérieurement au jugement d'ouverture doivent être soumises à déclaration. Les conséquences de la consécration de la thèse volontariste par la Cour de cassation, le 22 novembre 2002, sont multiples. Pour le créancier, toutes ses créances seront antérieures au jugement d'ouverture (soumises à déclaration, non payées et non privilégiées) dès lors que le contrat à exécution successive est formé avant le jugement d'ouverture. Pour le débiteur, toutes les dettes qui, auparavant étaient futures, deviennent présentes au jour de la formation du contrat. Pour l'éventuelle caution du débiteur, il n'y a plus cautionnement de dettes futures mais cautionnement de dettes présentes, autrement dit, il n'y a plus obligation de couverture, mais obligation de règlement.

393. De tout cela, il résulte que la Haute juridiction ne pouvait que rejeter le pourvoi. Les juges du fond (cour d'appel de Paris) avaient rappelé ces principes le 2 mars 2005, et rejeté en conséquence la demande du locataire. Pourtant, c'est un arrêt de cassation totale que les juges du droit prononcèrent le 19 décembre 2006. Plutôt que d'approuver les juges du fond d'avoir décidé qu'une cession de créances nées d'un contrat à exécution successive emportait cession de toutes les créances (même non échues), et qu'une cession de créances emportait transfert des créances (et de tous leurs accessoires) du patrimoine du cédant à celui du cessionnaire (même si elle n'est qu'une cession à titre de garantie), les juges du droit décidèrent que le principe même de la cession de créances non-professionnelles à titre de garantie n'était pas fondé... au motif qu'il ne serait pas prévu par la loi – qui se limite à organiser la cession de créances *professionnelles* à titre de garantie (loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises, dite « loi Dailly »). En conséquence, l'acte conclu par l'emprunteur-débiteur cédé et la banque créancière cédante était nul (et, *a fortiori*, insusceptible d'être valablement transmis à la banque créancière cessionnaire). Et, à en croire la Haute juridiction, il n'y avait même pas lieu de se demander si toutes les créances non échues mais issues du contrat à exécution successive étaient, ou non, nées lors de la formation du contrat et donc transmises lors de la cession de créances à titre de garantie... puisque cette cession elle-même était impossible, faute d'être prévue par la loi. S'agissant de créances non-professionnelles, les créances auraient dû être affectées en garantie par voie de nantissement de créance, régi alors par les anciens articles 2075 et suivants du code civil au visa desquels la Cour de cassation a rendu sa décision³¹².

³¹² Selon le professeur Christian Larroumet (note sous Cass. com. 19 décembre 2006, D. 2007, p. 344), la prohibition de l'affectation en garantie de créances non-professionnelles par une voie autre que celle du nantissement de créance s'expliquerait par les conséquences concrètes qu'emporte la qualification de nantissement de créance au regard des procédures collectives. En effet, si, en l'espèce, l'emprunteur-débiteur cédé avait affecté en garantie du paiement de la créance de remboursement du prêt dont étaient titulaires d'abord la banque prêteuse cédante puis la banque prêteuse cessionnaire, les créances de loyers dont il était titulaire en tant que bailleur, par la voie d'un nantissement de créance, lesdites créances de loyers n'auraient jamais quitté son patrimoine lors de la constitution de la sûreté. Partant, lorsque la créance de remboursement (créance garantie) aurait été cédée, le nantissement de créance qui en était l'accessoire aurait suivi la créance garantie, et la banque cessionnaire n'aurait eu pour sûreté qu'un nantissement de créance lui conférant non pas un droit exclusif sur les créances de loyers nanties, mais un droit préférentiel. Autrement dit, la banque cessionnaire, titulaire d'un simple droit de préférence sur les créances de loyers (et non d'un droit exclusif), aurait eu à subir le concours des autres créanciers, aurait donc eu à se soumettre à la procédure collective de l'emprunteur-débiteur cédé, et aurait donc vu les sommes d'argent correspondant aux créances de loyers échues après l'ouverture de la procédure collective, rentrer dans le gage commun des créanciers. Et le professeur Christian Larroumet de s'indigner qu'« une fois encore, c'est le droit des procédures collectives qui permet à la chambre commerciale de la Cour de cassation de prendre, sur une question du droit des obligations, une position contestable » (*ibidem*). La Haute juridiction a en effet sacrifié sur l'autel de l'égalité des créanciers et des besoins de l'accroissement de leur gage, la fonction de garantie de la cession de créance de droit commun (articles 1689 et suivants du code civil), en limitant cette dernière à la fonction de contrepartie d'un contrat de vente ou d'échange, ou à la fonction de paiement (datation en paiement), ou encore à la fonction de libéralité (donation). Le professeur Philippe Théry (note sous Cass.com. 19 décembre 2006, *Deffrénois* 2008, art. 38726-2, n° 4, p. 414) se rallie à l'interprétation proposée par le professeur Christian Larroumet et suggère que « la disqualification de la cession en nantissement, sûreté nommée, s'explique probablement par l'idée que les parties ne doivent pas obtenir indirectement – par voie de cession – ce qu'elles ne peuvent obtenir directement – un nantissement qui demeurerait efficace en cas de procédures collectives »

Cette solution, qui fait écho à une jurisprudence ancienne³¹³, a été réitérée par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, le 26 mai 2010.

2 – Toute fiducie-sûreté innommée portant sur des créances doit être requalifiée en nantissement de créances (arrêt du 26 mai 2010)

394. Malgré les nombreuses critiques émises par une doctrine quasi-unanime à l'égard de la solution qu'elle avait retenue dans sa décision du 19 décembre 2006, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a confirmé, par un arrêt du 26 mai 2010³¹⁴, la règle jurisprudentielle selon laquelle des créances ne sauraient être cédées à titre de garantie en dehors des conditions prévues par la loi qui, en l'état du droit applicable à l'espèce, définissait la cession à titre de garantie de créances professionnelles par voie de bordereau Dailly³¹⁵, mais pas encore la fiducie-sûreté sur créances³¹⁶.

394-1. Les faits en cause dans l'affaire jugée le 26 mai 2010 sont semblables à ceux qui ont donné lieu au litige tranché le 19 décembre 2006. Là encore, il s'agissait d'un contrat de prêt de sommes d'argent : une société (créancière) avait en effet consenti à une autre (débitrice) un prêt relais en vue de l'acquisition d'un bien immobilier. En

(*ibidem*). Il note en outre que, même au regard du droit des procédures collectives, la solution est incohérente puisqu'on reconnaît l'opposabilité à la procédure du droit de rétention qui, selon l'auteur, « ne menace pas moins les procédures collectives que la propriété » (*ibidem*). Si l'on admet l'opposabilité à la procédure du droit de rétention, qui bat en brèche le principe d'égalité des créanciers tout autant que la propriété cédée à titre de garantie, alors la logique voudrait en effet que l'on ne refuse pas à la seconde ce que l'on octroie au premier.

³¹³ La Cour de cassation, statuant en sa chambre des Requêtes, a en effet jugé, le 3 juillet 1834, que « l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier tous ses droits à des créances qu'il lui remet pour en disposer comme des choses lui appartenant, mais sous la réserve de la part du débiteur de reprendre tous ses droits à ces créances en remboursant son créancier, un tel acte ne contenant ni stipulation de prix ni dessaisissement, constitue non un transport, mais un simple nantissement » (cité par le professeur Dominique Legeais, in *Les garanties conventionnelles sur créances*, *op. cit.*, p. 136). La Cour de cassation, statuant en sa chambre civile, le 21 mars 1910, avait également approuvé des juges du fond d'avoir décidé qu'une créance cédée à titre de garantie faisait toujours partie de l'actif du cédant qui, en conséquence, conservait le droit d'en poursuivre le recouvrement (D. 1912, I, p. 44).

Cette solution ancienne a pu sembler délaissée par la Cour de cassation dont la chambre commerciale a jugé, le 18 octobre 1983, au sujet d'une convention dont la rédaction confuse faisait état d'un « nantissement de marché privé – cession de créance » et dont les clauses mêlaient les techniques du nantissement et de la cession à titre de garantie, qu'il fallait interpréter la volonté des parties pour déterminer si le transfert de la créance qu'elles envisageaient avait ou non un caractère définitif (Cass. com. 18 octobre 1983, *Revue Banque* 1984, p. 488, note L. - M. Martin ; D. 1984 IR., p. 270, note M. Vasseur ; *Gaz. Pal.*, 1984, I, somm. p. 77, note A. Piedelièvre). Sur cet arrêt, voir également D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, *op. cit.*, p. 146.

³¹⁴ Cass. com. 26 mai 2010, pourvoi n° 09-13.388 (D. 2010, p. 1340, obs. A. Lienhard ; D. 2010, p. 2201, N. Borga ; *RTD civ.* 2010, p. 597, obs. P. Crocq ; *Droit et patrimoine* 2010, n° 195, p. 96, obs. Ph. Dupichot).

³¹⁵ Loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises, dite « loi Dailly ».

³¹⁶ La fiducie-sûreté sur créances résulte de la possibilité désormais ouverte de céder à titre de garantie la « propriété d'un droit », en application de l'article 2372-1 du code civil qui, issu de l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, dispose que « la propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030 ».

garantie du remboursement du prêt, la société emprunteuse-débitrice avait consenti à la société prêteuse-créancière la cession des créances de loyers dont elle était titulaire à l'encontre des locataires de l'immeuble. Comme dans l'affaire jugée en 2006, il s'agissait de créances non-professionnelles qui devaient être réputées nées lors de la formation des contrats à exécution successive qu'étaient les contrats de bail d'immeuble. Après que le premier prêt de sommes d'argent avait été remboursé au moyen d'un second, conclu aux mêmes conditions entre les mêmes parties, la société prêteuse cessionnaire signifia la cession de créances de loyers à l'un des locataires (débitur cédé). Ce dernier décida de verser à la société prêteuse cessionnaire les loyers qu'il devait à la société emprunteuse cédante, à compter de la signification qui lui avait été faite en application de l'article 1690 du code civil. Il fit ainsi jusqu'à l'ouverture à l'encontre de la société emprunteuse cédante d'une procédure de redressement judiciaire, par la suite convertie en liquidation judiciaire. À compter du jugement d'ouverture de la procédure collective de la société emprunteuse cédante, le locataire (débitur cédé) versa ses loyers au mandataire judiciaire, devenu ensuite liquidateur, qui, de son côté, refusa de les reverser à la société prêteuse cessionnaire – ce qui conduisit à la saisine des juges de première instance puis d'appel.

394-2. La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 17 février 2009, récusait le caractère accessoire de la cession des créances de loyers qui, à ses yeux, ne constituait pas une garantie, mais bien plutôt une modalité de l'obligation principale de remboursement du prêt de sommes d'argent. En d'autres termes, les juges d'appel estimèrent que les parties avaient convenu de ce que la société emprunteuse (débitrice) s'acquitterait de son obligation principale de rembourser le prêt consenti non pas en versant elle-même des sommes d'argent, mais en cédant à la société prêteuse (créancière) les sommes d'argent correspondant aux loyers dus par les sous-débiteurs que seraient les locataires. N'étant « ni constitutive d'une sûreté, ni assimilable à une saisie-attribution », cette modalité d'exécution de l'obligation principale de remboursement du prêt devait être en conséquence soumise au principe de l'interdiction du paiement des créances antérieures au jugement d'ouverture de la procédure collective³¹⁷. Conformément à ce principe, la société emprunteuse, débitrice en procédure collective, ne devait pas reverser les loyers cédés au créancier qu'était la société prêteuse, sous peine de violer le principe d'égalité des créanciers. Quant aux

³¹⁷ Article L. 622-7, I, du code de commerce.

locataires (débiteurs cédés), ils devaient se libérer entre les mains des organes de la procédure.

394-3. Saisis du pourvoi de la société prêteuse cessionnaire, les juges du droit prononcèrent la cassation totale de l'arrêt de la cour d'appel de Paris qui avait violé l'article 1690 et les anciens articles 2071, 2073 et 2075 du code civil en niant le caractère accessoire de la cession de créances à titre de garantie qui, selon eux, avait conféré à la société prêteuse cessionnaire la qualité de « créancier nanti ».

Ce faisant, la chambre commerciale de la Haute juridiction a réaffirmé en 2010 la solution qu'elle avait retenue en 2006, non sans une certaine confusion néanmoins... puisque, tout en faisant application de l'article 1690 du code civil, relatif à la cession de créances, et tout en suggérant par la même occasion que la garantie en cause dans cette affaire était bien une cession de créances, elle a qualifié la société prêteuse non pas de « créancier cessionnaire », mais de « créancier nanti », et a ainsi laissé penser qu'une cession de créances à titre de garantie, par hypothèse translatrice de propriété lors de sa constitution, était un nantissement de créances, par hypothèse non translatif de propriété lors de sa constitution.

395. Avant d'examiner plus en détails cette contradiction qui tend à vouer toute cession de créance à titre de garantie à la requalification en nantissement de créance, comme l'avait fait l'arrêt du 19 décembre 2006, il convient d'écarter tout débat pouvant s'évincer de l'analyse des juges d'appel tant il était clair qu'en l'espèce la mobilisation des créances de loyers au bénéfice de la société prêteuse créancière avait une fonction de garantie. Il ne faisait guère de doute non plus que la sûreté constituée, quelle qu'en soit la qualification, portait sur les sommes dues au titre d'échéances d'une unique créance de loyers née du contrat à exécution successive qu'est le contrat de bail d'immeuble. Conformément à la jurisprudence dégagée par la Cour de cassation statuant en chambre mixte le 22 novembre 2002³¹⁸, les loyers dus par le locataire de l'immeuble devaient être

³¹⁸ Cass. ch. mixte 22 novembre 2002 (D. 2002, Aj. p. 3270, obs. A. Lienhard ; D. 2003, jur. p. 445, note Ch. Larroumet ; D. 2003, somm. p. 1472, obs. G. Taormina ; *RTD civ.* 2003, p. 146, obs. R. Perrot ; *RTD civ.* 2003, p. 331, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2003, p. 148, obs. D. Legeais ; *RTD com.* 2003, p. 367, obs. A. Martin-Serf ; *JCP G* 2003, II, 10033, note D. Houtcieff). Pour une application de cette jurisprudence en cas de procédure collective du cédant d'une créance professionnelle à exécution successive, voir Cass. com. 7 décembre 2004 (D. 2005 Aj. p. 77, obs. A. Lienhard ; D. 2005 jur. p. 230, note Ch. Larroumet ; D. 2005 p. 2078, obs. P. Crocq ; *RTD civ.* 2005 p. 132, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2005 p. 415, obs. A. Martin-Serf ; *RTD com.* 2005, p. 155, obs. M. Cabrillac ; *JCP E* 2005, n° 4, p. 639, obs. Ph. Pétel) & Cass. com. 22 novembre 2005 (D. 2005, p. 3081, obs. X. Delpech ; D. 2006, p. 2855, obs. P. Crocq ; D. 2007, p. 753, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; *RTD com.* 2006, p. 169, obs. D. Legeais ; *JCP G* 2006, I, 139, obs. M. Cabrillac ; *Droit et patrimoine* 2006, p. 128, obs. Ph. Dupichot). Pour une application de cette jurisprudence au regard du cautionnement des créances à exécution successive, voir Cass. com. 8 novembre 2005 (D. 2005 p. 2875, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2006, I, 1000, note D. Legeais ; *LPA*, 5 janvier 2006, n° 4, p. 10, note S. Prigent ; *LPA*, 23 janvier 2006, n° 16, p. 7, note D. Houtcieff ; *Revue des contrats*, 1^{er} avril 2006, n° 2, p. 467 ; *Gaz. Pal.*, 31 décembre 2005, n° 365, p. 12).

analysés non pas comme une multiplicité de créances futures, mais comme les échéances d'une seule et unique créance qui, indépendamment du fait de savoir si elle avait été cédée ou nantie, était constitutive d'une créance présente. En d'autres termes, si le droit de la société prêteuse pouvait être regardé ou bien comme un droit de préférence (si on analysait la sûreté comme un nantissement) ou bien comme une propriété pleine et entière (si on analysait la sûreté comme une cession à titre de garantie), il n'en reste pas moins qu'en toute hypothèse, il portait sur l'ensemble des loyers dus par le locataire, qu'ils fussent échus avant ou après le jugement d'ouverture de la procédure collective de la société emprunteuse.

396. La question n'était donc pas de savoir si, au regard de la procédure collective, le droit de la société prêteuse portait sur les seuls loyers versés antérieurement au jugement d'ouverture ou sur l'ensemble des loyers, y compris ceux versés postérieurement audit jugement, mais bien plutôt de savoir quelle était la nature du droit de la société prêteuse : s'agissait-il d'une propriété pleine et entière, acquise dès la constitution de la sûreté et exclusif de tout concours, ou d'un droit de préférence, par hypothèse non-exclusif ?

397. En lisant entre les lignes de l'arrêt rendu le 26 mai 2010, il apparaît que la réponse que donne la Cour de cassation à cette question n'est pas dépourvue d'ambiguïté : tout en invoquant l'article 1690 du code civil, relatif à l'opposabilité aux tiers de la cession de créance, la Haute juridiction qualifie le cessionnaire de « créancier nanti ».

Il est vrai que, comme bon nombre de commentateurs, on peut en déduire que les juges du droit ont entendu requalifier en nantissement de créance toute cession de créance à titre de garantie qui serait réalisée en dehors des cadres prévus par la loi.

398. Si une telle requalification ne fait guère de doute et paraît ainsi condamner toute fiducie-sûreté sur créances qui ne serait pas conclue dans les conditions fixées par les articles L. 313-23 et suivants du code monétaire et financier ou par les articles 2372-1, 2011 et suivants du code civil, il convient néanmoins de noter qu'alors qu'elle reproche à la cour d'appel de ne pas avoir tiré les conséquences légales de ses constatations, la Cour de cassation elle-même ne tire pas les conséquences de la requalification en nantissement de créance puisqu'au prix d'une assimilation tacite et discutable des règles régissant la signification de la cession de créance (article 1690 du

code civil) à celles régissant la signification du nantissement de créance, elle fait produire au nantissement des effets, sinon similaires, du moins très proches de ceux qui résulteraient d'une cession.

La Haute juridiction reconnaît en effet au créancier nanti le droit d'être payé directement par le débiteur de la créance nantie (en l'espèce, le locataire) dès lors qu'il lui a signifié le nantissement – signification qui, en l'état du droit antérieur à 2006, était une condition non seulement d'opposabilité, mais aussi de validité du nantissement. Autrement dit, dès lors que le nantissement avait été signifié et qu'il était ainsi formé, le créancier nanti pouvait percevoir les sommes dues au titre de la créance nantie, indépendamment du fait que la créance garantie ne fût pas encore échue et indépendamment du fait qu'une procédure collective pût ultérieurement être ouverte à l'encontre du débiteur de la créance garantie.

399. Pour le régime qui était celui du nantissement de créance avant la réforme opérée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, la Cour de cassation a ainsi reconnu au créancier nanti un droit de préférence sur la créance nantie qui n'a que peu à envier à l'exclusivité du droit de propriété, ce qui fera, plus loin, l'objet de plus amples observations³¹⁹.

Il suffit, à ce stade, de retenir que les juges du droit se refusent à qualifier de fiducie-sûreté une cession à titre de garantie intervenue en dehors du régime prévu par la loi³²⁰.

C – La réfutation législative : le régime de la fiducie-sûreté fixé par la loi est inadapté à l'affectation en garantie de sommes d'argent.

400. Si critiqué cet état de la jurisprudence soit-il³²¹, il n'y a pas d'autre choix à l'heure actuelle que de se tourner vers ce que propose la loi pour affecter des créances

³¹⁹ Voir *infra* les développements sur les défauts de l'ancien et de l'actuel régime d'affectation en garantie des sommes d'argent. (§ 648 et s. – notamment § 662 – et § 791 et s. – notamment § 795).

³²⁰ *Contra* : P. Crocq, obs. sous Cass. com. 26 mai 2010 (*RTD civ.* 2010, p. 597). S'interrogeant sur le caractère ou non limitatif des dispositions de l'article 2372-1 qui ont été introduites dans le code civil par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, et qui prévoient que « la propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030 », l'auteur explique qu'« un tel caractère limitatif serait tout à fait contestable puisque les auteurs de cet article 2372-1 du code civil ont employé la formule : « la propriété [...] peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu... » au lieu de : « la propriété [...] ne peut être cédée à titre de garantie d'une obligation qu'en vertu » (italiques ajoutées). Mais l'auteur tempère son propos en admettant que « la reconnaissance de ce caractère limitatif pourrait être une explication de l'arrêt ici commenté [à savoir l'arrêt du 26 mai 2010], lequel trouverait alors dans ce nouvel article 2372-1 du code civil une assise légale qui manquait cruellement à l'arrêt rendu le 19 décembre 2006 ».

³²¹ La doctrine est sur ce point quasi-unanime. Les professeurs Christian Larroumet (note sous Cass. com. 19 décembre 2006, D. 2007, p. 344) et Laurent Aynès (note sous Cass. com. 19 décembre 2006, D. 2007, p. 961) formulent à eux deux sept

en garantie³²². Or, si la cession de créance à titre de garantie est admise pour la cession de créances professionnelles (loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, dite « loi Dailly »), et si la liberté contractuelle est exclue, il ne reste plus pour la cession de créances non-professionnelles que la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie en général et la fiducie-sûreté en particulier, complétée par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 (plus précise quant à la fiducie-sûreté). En effet, la première version de l'avant-projet de réforme du droit des obligations qui envisage la cession de créance à titre de garantie de droit commun en son article 1257-1³²³, n'est pas encore de droit positif.

reproches à la solution. Premièrement, elle introduit une distorsion entre la cession de créance à titre de garantie de droit commun et la cession à titre de garantie de créances professionnelles – alors que, fondamentalement, ce sont les mêmes biens (des créances) qui sont affectés en garantie.

Deuxièmement, elle heurte le principe de liberté contractuelle en supposant qu'il faudrait un texte spécial pour autoriser toute opération et qu'à défaut d'un tel texte, tout ce qui n'est pas permis serait interdit alors que l'un des principes du droit français est que tout ce qui n'est pas interdit est permis.

Troisièmement, elle heurte de front la jurisprudence établie par la première chambre civile de la Cour de cassation le 20 mars 2001 (D. 2001, jur. p. 3110, note L. Aynès ; *JCP G* 2002, II, 10124, note I. Goaziou) – où les juges du droit s'étaient montrés implicitement favorables à l'utilisation, dans une fonction de garantie, de la cession de créance civile de droit commun.

Quatrièmement, même si l'on sait que le revirement de jurisprudence est toujours possible, elle est incohérente au regard de la jurisprudence antérieure de la même chambre commerciale, qui avait admis dans un arrêt du 19 janvier 1999 (*RJDA* 1999, n° 477) la validité du pacte comissoire assortissant un nantissement de créance – ce qui, selon le professeur Christian Larroumet, reviendrait potentiellement à une cession de créance à titre de garantie – et qui avait validé une délégation de loyers futurs à titre de garantie dans un arrêt du 4 octobre 2005 (Bull. civ. IV, n° 198 ; D. 2005 Aj. p. 2591, obs. A. Lienhard ; D. 2006, pan. p. 2862, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2006, p. 481, obs. A. Martin-Serf ; *RTD civ.* 2006, p. 319, obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP G*, I, 130, n° 11, obs. M. Cabrillac ; *Deffrénois* 2005 art. 38301, n° 93, p. 2001).

Cinquièmement, la solution prive la pratique (notamment en matière de financement de projets) d'une opération très utile qui associe l'effet de sûreté à l'amortissement du crédit : lorsque la créance est à termes successifs, le créancier se trouve garanti contre la défaillance du débiteur et le débiteur voit diminuer le montant de sa dette car le créancier impute sur le montant de l'encours les sommes reçues au titre des créances cédées en garantie. S'il est vrai que, comme l'écrit le professeur Philippe Théry (*Deffrénois* 2008, art. 38726-2, n° 4, p. 414), « la cession de loyers consentie pour assurer le remboursement de l'emprunt qui a financé l'acquisition ou l'utilisation du produit des ventes d'appartements ou de maisons pour rembourser la banque qui a financé la construction demeure possible », c'est à titre de paiement, et non plus de garantie.

Sixièmement, la solution adoptée par les juges revient à handicaper le droit commun (le droit civil) pour les besoins du droit spécial (le droit des procédures collectives)... alors que la logique eut voulu que les effets perturbateurs du droit commun pour le droit spécial (au regard de la sacro-sainte loi d'égalité des créanciers) fussent simplement neutralisés au sein du droit spécial. La solution du 19 décembre 2006 revient non pas à neutraliser, mais à anéantir les possibilités du droit commun au nom des impératifs du droit spécial. Selon le professeur Laurent Aynès, « si la cession à titre de garantie est possible en droit commun, sans aucun texte spécial, [c'est] au législateur d'en régler les effets – s'il les estime inopportuns – en cas de procédure collective » (note sous Cass. com. 19 décembre 2006, D. 2007, p. 961).

Septièmement, selon ces auteurs, la loi du 19 février 2007 instituant la fiducie ne serait pas conçue pour la fiducie-sûreté – puisqu'à l'époque elle limitait considérablement les conditions permettant d'être constituant (ancien article 2014 du code civil), et qu'aujourd'hui encore, elle limite considérablement les conditions permettant d'être fiduciaire (article 2015 du code civil) – même s'il est vrai que le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté est le plus souvent l'un des établissements de crédit et autres institutions financières visés par ce texte.

³²² Certains auteurs soutiennent néanmoins que l'arrêt rendu le 19 décembre 2006 par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, ne concerne pas l'affectation en garantie des sommes d'argent. Ainsi, l'avocat Jean-François Adelle soutient que cet arrêt « ne semble pas remettre en cause le régime du gage-espèces dans lequel, en raison de la fongibilité de la monnaie, la remise d'une somme d'argent au créancier sans obligation pour celui-ci de la conserver et de l'individualiser opère cession fiduciaire de propriété au créancier gagiste qui peut compenser la créance transférée avec la créance garantie sans autorisation du juge », dans la mesure où « ce régime semble avoir reçu une consécration discrète dans l'article 2341 nouveau du code civil qui prévoit le gage sur chose fongible avec dépossession et la faculté de stipuler le transfert de propriété au profit du créancier à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes » (« L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie de droit commun ? », *RD bancaire et fin.*, mars 2007, n° 2, étude n° 5).

³²³ Article 1257-1 de la première version de l'avant-projet de réforme du droit des obligations : « une créance peut être cédée en propriété sans stipulation d'un prix à titre de garantie. Elle fait retour au cédant lorsque le cessionnaire a été rempli de ses droits

S'il est vrai que, dans un arrêt rendu en chambre commerciale le 6 février 2007, la Cour de cassation a validé l'analyse de l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier comme étant une « fiducie-sûreté » pouvant être constituée sur le fondement du droit commun, c'est en décrivant l'objet de la garantie (les sommes d'argent inscrites sur un compte spécial) comme étant un bien incorporel autre qu'une créance, et non une créance de restitution³²⁴.

401. La loi n° 2007-211 du 19 février 2007 relative à la fiducie est susceptible d'accueillir la fiducie-sûreté sur créances, et donc sur sommes d'argent. L'article 2011 introduit dans le code civil par cette loi dispose en effet que « la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ». Ce texte permet bien évidemment l'organisation d'une fiducie-sûreté : il suffit pour cela que le constituant soit ou bien le débiteur lui-même ou bien un tiers garantissant la dette du débiteur, et que le bénéficiaire soit le créancier. Le plus souvent, le créancier sera aussi fiduciaire (fiducie-sûreté sans entiercement)³²⁵, mais il peut tout aussi bien ne pas l'être (fiducie-sûreté avec entiercement). Et la fiducie-sûreté ainsi constituée peut tout à fait porter sur

ou que l'obligation garantie est éteinte pour une autre cause ». Cette disposition semble avoir été abandonnée dans la version de l'avant-projet de réforme du droit des obligations établie le 23 octobre 2013.

³²⁴ Cass. com. 6 février 2007 (*Rev. Lamy dr. civ.* 2007, n° 39, p. 25, obs. D. Legeais ; *RTD civ.* 2007, p. 373, obs. P. Crocq ; *JCP E* 2008, n° 2, chron. « Droit des sûretés » de Ph. Simler et Ph. Delebecque ; *Revue des contrats*, 2008, n° 2, p. 425, note A. Aynès). Dans cet arrêt, la Haute juridiction jugea que l'affectation en garantie de sommes d'argent inscrites sur un compte spécial était un nantissement portant sur un gage-espèce – et non sur une créance de restitution – dès lors qu'elle était assortie d'une clause de compensation conventionnelle. Elle en conclut que ce type d'affectation en garantie était un mécanisme fiduciaire non soumis au régime du nantissement de créance. Cela revenait à constater l'existence d'une cession à titre de garantie non prévue par la loi... mais une cession à titre de garantie ne portant pas sur une créance. La portée de l'arrêt est donc discutée en doctrine. Si, pour le professeur Pierre Crocq (note sous Cass. com. 6 février 2007, *RTD civ.* 2007, p. 373), il s'agit d'un revirement par rapport à l'arrêt rendu par la même chambre commerciale de la Cour de cassation le 19 décembre 2006, cet avis n'est partagé ni par le professeur Dominique Legeais (note sous Cass. com. 6 février 2007, *RTD com.* 2007, p. 581) ni par le professeur Augustin Aynès (note sous Cass. com. 6 février 2007, *Revue des contrats* 2008, n° 2, p. 425). L'arrêt n'étant pas publié au bulletin, ce serait pour ces deux derniers auteurs un arrêt d'espèce. C'est ainsi que le professeur Dominique Legeais écrit qu'« il s'agit d'un arrêt d'espèce non soumis à publication et les termes de la décision sont trop confus pour qu'il soit permis d'en déduire un enseignement définitif quant à la future jurisprudence » (*RTD com.* 2007, p. 581). Et le professeur Augustin Aynès de se contenter d'un constat : « Deux lectures de notre arrêt sont dès lors possibles. Certains (les plus optimistes !) pourront y voir l'amorce d'un revirement par rapport à l'arrêt du 19 décembre 2006 (en ce sens, v. P. Crocq, *RTD civ.* 2007, p. 374), d'autres la simple démonstration de ce que la fiducie sûreté peut encore exister en dehors des hypothèses expressément organisées par la loi, contrairement à ce que sous-entend l'arrêt du 19 décembre 2006. Sans doute la prudence (le pessimisme ?) commande-t-elle de ne pas surestimer la portée de l'arrêt du 6 février 2007, qui n'a pas été publié au Bulletin » (*Revue des contrats* 2008, n° 2, p. 425).

³²⁵ L'article 2016 du code civil l'autorise : « le constituant ou le fiduciaire peut être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires du contrat de fiducie. »

des créances puisque le contrat de fiducie est décrit par l'article 2011 du code civil comme portant sur des biens et des sûretés mais aussi des *droits*³²⁶.

402. Avant qu'ils ne soient modifiés, les textes relatifs à la fiducie introduits par la loi du 19 février 2007 étaient néanmoins peu adaptés à la fiducie-sûreté (sur créances ou pas) en raison des conditions restrictives dont ils assortissaient la qualité de constituant. L'ancien article 2014 du code civil ne permettait qu'aux « personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés » de constituer une fiducie-sûreté. Entre le 19 février 2007 et le 4 août 2008, les personnes physiques ainsi que les personnes morales non soumises à l'impôt sur les sociétés ne pouvaient donc pas constituer une fiducie-sûreté sur créances sous l'empire du droit français puisque la jurisprudence de la Cour de cassation (élaborée le 19 décembre 2006) invalidait toute fiducie-sûreté sur créances non prévue par la loi, et que la loi ne leur permettait de constituer ni fiducie ni (*a fortiori*) fiducie-sûreté sur créances. Depuis la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008, cet obstacle qui restreignait considérablement le champ des possibles pour la fiducie-sûreté sur créances – dans la mesure où de très nombreux débiteurs-constituants sont des personnes physiques ou des personnes morales non soumises à l'impôt sur les sociétés – a été levé avec l'abrogation pure et simple de l'article 2014 du code civil. De cette abrogation, il résulte donc que la fiducie-sûreté sur créances a retrouvé la possibilité d'être constituée par une personne physique ou par une personne morale non soumise à l'impôt sur les sociétés, et, plus généralement, par toute personne, qu'elle soit physique ou morale, soumise à l'impôt sur les sociétés ou pas (*ubi lex non distinguit...*).

403. Néanmoins, la fiducie-sûreté sur créances n'a pas encore été délivrée de tous les liens qui rendent sa constitution moins libre que celle du nantissement de créance, et son champ d'application moins vaste que celui du nantissement de créance. En effet, le plus souvent, la fiducie-sûreté est sans entiercement, le créancier bénéficiaire se confondant avec le fiduciaire. Or s'il est vrai qu'aujourd'hui les créanciers bénéficiaires sont très majoritairement des banquiers, et qu'ils peuvent donc aussi être les fiduciaires – puisque la qualité de fiduciaire est réservée par l'article 2015 du code civil aux avocats, aux établissements de crédit, aux entreprises d'investissement, aux entreprises

³²⁶ Sans doute motivée par un souci d'éviter du contentieux jouant sur les termes, la rédaction de l'article 2011 du code civil est de ce point de vue maladroite. La mention des « sûretés » en sus des « droits » est inutile... car toute sûreté est un droit (droit de gage général contre un tiers caution, droit de préférence sur un bien). Qui plus est, certains auteurs favorables à la notion de « propriété des créances » considèrent que tout « droit » (de créance en particulier) est un « bien ». Dans cette perspective, il aurait suffi de faire mention d'un transfert de « biens » ou d'un « ensemble de biens ».

d'assurance et plus généralement aux institutions financières – il n'en reste pas moins qu'il est tout à fait envisageable qu'un créancier soit un simple particulier, personne physique ou morale n'entrant dans aucune des catégories énumérées à l'article 2015 du code civil. Dans ce cas, en vertu de la jurisprudence établie par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale le 19 décembre 2006, ce créancier qui n'est ni avocat, ni établissement de crédit, ni entreprise d'investissement, ni entreprise d'assurance ni l'une des autres institutions financières visées par la loi, ne peut être fiduciaire... et n'a d'autre choix que de solliciter du débiteur constituant ou du tiers constituant une fiducie-sûreté sur créances avec entiercement. Pour bien des créanciers, par conséquent, seule est possible la fiducie-sûreté sur créances avec entiercement, nécessitant donc le recours à un fiduciaire (le plus souvent un établissement de crédit) pour notifier la cession de créances à titre de garantie au débiteur cédé³²⁷, et surtout pour percevoir les sommes versées par le débiteur cédé au titre de la créance cédée en garantie. De la prohibition par la jurisprudence de toute affectation en garantie des créances non prévue par la loi, il résulte qu'en application des restrictions de la loi, la forme la plus fréquente de fiducie-sûreté (la fiducie-sûreté sans entiercement) est inaccessible à bon nombre de créanciers... alors que le nantissement de créance est, lui, une forme d'affectation en garantie des créances accessible à tous.

404. À ces restrictions relatives au champ d'application de la fiducie-sûreté sur créances soumise au régime de la fiducie élaboré entre 2007 et 2009, il faut ajouter tous les inconvénients habituellement reprochés à l'actuelle fiducie : le formalisme poussé imposé au contrat par l'article 2018 du code civil, l'extrême exigence des formalités fiscales (article 2019, alinéa 1^{er}, du code civil), ou encore le risque démesuré créé par l'article 2029, alinéa 1^{er}, du code civil pour le créancier qui se serait fait consentir par un constituant personne physique une fiducie en général, et une fiducie-sûreté sur créances en particulier³²⁸.

³²⁷ L'article 2018-2 introduit dans le code civil par la loi du 4 août 2008 dispense en effet la fiducie sur créances en général (et la fiducie-sûreté sur créances en particulier) des modalités d'opposabilité de la cession de créance de droit commun (article 1690 du code civil soumettant l'opposabilité de la cession à tous les tiers soit à la signification de la cession au débiteur cédé, soit à son acceptation par le débiteur cédé dans un acte authentique) en la rapprochant des modalités d'opposabilité simplifiées de la cession de créances professionnelles par voie de bordereau Dailly (article L. 313-27 du code monétaire et financier pour l'opposabilité aux tiers à compter de la date apposée sur le bordereau ; article L. 313-28 du même code pour l'opposabilité au tiers intéressé qu'est le débiteur cédé par notification). L'article 2018-2 du code civil prévoit plus exactement que « la cession de créances réalisée dans le cadre d'une fiducie est opposable aux tiers à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate » et qu'« elle ne devient opposable au débiteur de la créance cédée que par la notification qui lui en est faite par le cédant ou le fiduciaire ».

³²⁸ L'article 2029, alinéa 1^{er}, du code civil dispose en effet que « le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant personne physique... ». Il suffirait donc au constituant de mourir pour que la propriété des biens affectés en garantie reviennent dans le patrimoine transmis à ses héritiers (rapport à sa succession de l'ensemble du patrimoine fiduciaire, actif et passif) ... alors même que le créancier bénéficiaire de la garantie n'aurait pas été intégralement payé. Pour des critiques de cette disposition :

405. À l'évidence, la fiducie envisagée par la loi du 19 février 2007 est mal adaptée à la fonction de sûreté que peut avoir la fiducie – en particulier quand elle a pour objet des créances, et notamment des sommes d'argent. À quoi pourrait alors servir le protecteur de la fiducie visé par l'article 2017 du code civil – si ce n'est à s'assurer que le fiduciaire ne dilapide pas les sommes d'argent versées au titre des créances cédées ? En quoi peut consister la reddition de compte mise à la charge du fiduciaire par l'article 2022 du code civil ? Comment appliquer à la fiducie-sûreté l'article 2030 du code civil qui envisage la fin du contrat faute de bénéficiaire ? La fiducie telle que conçue par la loi du 19 février 2007 est plus une fiducie-gestion qu'une fiducie-sûreté.

406. C'est la raison pour laquelle une ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 (modifiée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009) est venue introduire dans le code civil des dispositions plus spécialement relatives à la fiducie-sûreté au sein d'une section 2 (« De la propriété cédée à titre de garantie ») du chapitre IV du sous-titre II (« Des sûretés sur les meubles ») du titre II (« Des sûretés réelles ») du livre IV (« Des sûretés ») du code civil (articles 2372-1 à 2372-5). Même si certains auteurs soutiennent le contraire³²⁹, l'état de la jurisprudence (arrêt du 19 décembre 2006) et le renvoi par

voir F. Barrière, « La fiducie : brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l'économie », *JCP E* 2008 n° 35, 28 août 2008 : « un tiers bénéficiaire d'une fiducie-sûreté serait au risque de voir sa sûreté disparaître (Rappr. P. Crocq, « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », *D.* 2007, p. 1354, n° 12) alors que sa dette ne serait pas encore échue [...] le décès du constituant ne devrait pas avoir d'incidence sur une fiducie dont le bénéficiaire est un tiers: le contrat devrait se poursuivre dans le temps et il ne devrait pas y avoir "de plein droit" retour du patrimoine fiduciaire à la succession »).

Voir également : M. Grimaldi & R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009, p. 670 : « l'ordonnance [du 30 janvier 2009] n'a pas modifié la règle suivant laquelle « le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant personne physique [...] La modification n'en reste pas moins urgente : une sûreté réelle qui s'éteint par la mort du constituant ne peut satisfaire aucun créancier ; elle est une extravagance ».

Les appels à la modification urgente du professeur Michel Grimaldi et de M^e Reinhard Dammann ont été entendus par le législateur qui, le 12 mai 2009 (loi n° 2009-526), a ajouté un second alinéa à l'article 2372-1 du code civil, aux termes duquel « par dérogation à l'article 2029, le décès du constituant personne physique ne met pas fin au contrat de fiducie constitué en application de la présente section » (c'est-à-dire au contrat de fiducie-sûreté).

³²⁹ M. Grimaldi & R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009, p. 670 : « en même temps qu'ils valident la fiducie-sûreté, ils posent la question de savoir s'ils l'enferment dans le cadre prévu par ces articles 2011 à 2030. La question intéresse notamment le régime juridique du gage-espèces, reconnu en jurisprudence, et de la cession Dailly, prévue par la loi : ces fiducies doivent-elles s'accompagner de la constitution du patrimoine d'affectation prévu par l'article 2011 ? un gage-espèces est-il exclu entre les mains d'un fiduciaire autre qu'une banque, un assureur ou un avocat ? La réponse négative est de loin préférable. Il faut laisser aux parties, dans les limites du droit commun et sous le contrôle du juge, la liberté de recourir à des cessions fiduciaires à titre de garantie plus légères que celles des articles 2011 et suivants, sans patrimoine d'affectation notamment. La lettre des articles 2372-1 et 2488-1 ne l'interdit pas : dire que la propriété d'un bien "peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030 du code civil" ne veut pas dire qu'elle ne peut l'être qu'en vertu d'un tel contrat ».

Dans le même sens : A. Aynès, note sous Cass. com. 26 mai 2010, *Revue des contrats*, 1^{er} octobre 2010, n° 4, p. 1338 (« Rien ne justifie qu'une intervention législative soit requise pour autoriser la mise en œuvre d'une cession fiduciaire "ordinaire", c'est-à-dire sans patrimoine d'affectation. ») ; A. Gourio, « La fiducie-sûreté », *D.* 2009, p. 1944 (« La fiducie-sûreté ne va pas se substituer à des propriétés-sûretés qui donnent toute satisfaction comme la cession Dailly ou le "gage-espèces". Un régime protecteur favorisant les financements bancaires à court terme pour l'une, la simplicité et l'efficacité pour l'autre en font des instruments irremplaçables. »).

Adde : Ph. Dupichot, « Le nantissement, un an après », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 27 : « il semble qu'une solution libérale doive triompher : s'il est certainement possible aux volontés individuelles de conclure des conventions de nantissement translatif

l'article 2372-1 du code civil aux articles 2011 à 2030 du même code (régissant la fiducie) incitent fortement à penser que toute fiducie-sûreté sur créances, et donc sur sommes d'argent, ne peut être constituée que dans les conditions fixées aux articles 2372-1 à 2372-5 du code civil – qui se veulent la simple « adaptation » de la fiducie conçue par la loi du 19 février 2007 au cas de la fiducie-sûreté. Il est vrai que l'article 2372-1, alinéa 1^{er}, du code civil dispose que « la propriété d'un bien mobilier ou d'un droit *peut* être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030 » (italiques ajoutées). Il est vrai que l'on pourrait arguer de ce que le texte de loi prévoit que la propriété d'un droit « *peut* » – et simplement « *peut* » – être cédée à titre de garantie par un contrat de fiducie régi par les articles 2011 à 2030 du code civil, et de ce qu'il aurait fallu que le législateur ait dit « *est* » (« la propriété d'un bien mobilier ou d'un droit *est* cédée à titre de garantie d'une obligation... ») pour que la cession à titre de garantie d'un droit soit impérativement soumise au régime des articles 2011 à 2030 et 2372-1 à 2372-5 du code civil.

407. Mais, dès lors que la fiducie-sûreté organise un transfert de droits réels, il nous semble que la détermination des conditions de ce transfert ne peut être entièrement laissée à la libre appréciation des parties dès lors que l'article 34 de la Constitution confie au législateur le soin de fixer le régime de la propriété et des droits réels. C'est donc en toute logique que la Cour de cassation a pu requalifier des transferts de droits réels qui n'étaient pas prévus par la loi³³⁰.

408. Par ailleurs, les autres dispositions introduites par l'ordonnance du 30 janvier 2009 sont rédigées de telle façon qu'elles font de la soumission de toute fiducie-sûreté aux dispositions desdits articles quelque chose de plus obligatoire que facultatif. L'article 2372-2 du code civil dispose par exemple qu'« en cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité, outre les dispositions

de propriété soumises par renvoi [fondés sur l'article 2355, alinéa 5, du code civil] au droit commun du gage translatif de choses fongibles, il leur est tout aussi loisible de convenir d'une cession fiduciaire consensuelle, hors du cadre de ce gage de choses fongibles [...] À notre connaissance, le gage-espèces "à l'ancienne" continue d'avoir et la faveur et la confiance des opérateurs. [...] L'article 2341, alinéa 2, se contente d'acter d'une variété de fiducie spéciale, et non d'un quelconque gage, même "irrégulier". [...] Simplement, il ne s'agit pas ici de la fiducie des articles 2011 et suivants du code civil, qui seule est à l'origine d'un patrimoine d'affectation ; dans le gage-espèces au contraire, le créancier n'est nullement à la tête d'un patrimoine fiduciaire constitué des sommes remises en garantie : celles-ci se sont en effet fondues dans son patrimoine – unique – par suite de la fongibilité et de la consomptibilité de la monnaie ».

³³⁰ Cass. com. 19 décembre 2006 (D. 2007 Aj, p. 76, obs. X. Delpech ; D. 2007 jur. p. 344, note Ch. Larroumet ; D. 2007, p. 961, note L. Aynès ; *RTD civ.* 2007, p. 160, obs. P. Crocq ; *LPA*, 2007, p. 10, note S. Prigent ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2007, n° 35, p. 38, note J. -J. Ansault & n° 36, p. 29, note D. Houtcieff).

Pour une approbation de cette solution, voir : Ch. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, 2012, thèse dirigée par M. Grimaldi et soutenue à l'Université de Paris II Panthéon-Assas, § 364, pp. 364-368.

prévues à l'article 2018, la dette garantie et la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire ». La portée du texte est large : ainsi rédigé, il a vocation à régir toute fiducie conclue à titre de garantie ; et le renvoi au texte de la loi du 19 février 2007 est clair. La fiducie-sûreté – y compris sur sommes d'argent – ne se voit pas épargnée par le formalisme poussé de tout contrat de fiducie... pas plus qu'elle ne se voit épargnée les formalités fiscales – en particulier lorsque la fiducie-sûreté est rechargeable, comme l'article 2372-5 du code civil en offre la possibilité.

En revanche, les articles 2372-3 et 2372-4 du code civil ont le double mérite : d'une part, de définir enfin le mode de réalisation de la fiducie-sûreté en droit français³³¹ ; d'autre part, d'envisager le cas particulier du mode de réalisation des fiducies-sûretés sur sommes d'argent et des fiducies-sûretés sur créances monétaires³³².

409. Ce n'est pas pour autant que la fiducie-sûreté sur créances telle que conçue par la loi égale l'étendue d'application et la simplicité de régime du nantissement de créance. N'en déplaise au professeur Laurent Aynès³³³, il semble bien que ce soit au nom du *numerus clausus* des droits réels que la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a prohibé, le 19 décembre 2006, toute cession à titre de garantie des créances dont la possibilité et le régime ne seraient pas expressément prévus par la loi. En effet, le droit du cessionnaire n'est pas identique à celui du cédant : la propriété

³³¹ Un certain flou régnait auparavant sur le mode de réalisation d'une fiducie-sûreté – qu'elles portent ou non sur des créances. La jurisprudence (Cass. com. 17 mai 1994, 3 juin 1997, 6 février 2007 – pour n'envisager que la fiducie-sûreté sur sommes d'argent) et la doctrine (en particulier dans diverses notes sous ces arrêts) avaient suggéré, à des degrés divers, que la propriété temporaire et provisoire du créancier, amputée de l'*abusus* (définitif) pourrait, par une forme d'interversion, devenir une propriété pleine et entière, perpétuelle, et surtout réinvestie de l'*abusus* (définitif). C'était en particulier l'analyse des professeurs Christian Larroumet (notes précitées sous Cass.com. 17 mai 1994, 6 avril 1996, 3 juin 1997) et Jérôme François (note précitée sous Cass. com. 3 juin 1997). On notera de ce point de vue que l'article 2372-3, alinéa 1^{er}, du code civil est particulièrement bien rédigé car il ne dit pas que le créancier acquiert la « propriété » du bien ou du droit cédé en garantie « à défaut de paiement de la dette garantie », mais que le créancier acquiert seulement la « libre disposition » du bien ou du droit cédé en garantie. Le législateur a fait preuve de rigueur et de cohérence en gardant à l'esprit que le créancier, lorsqu'il est fiduciaire, est « propriétaire » dès la constitution de la sûreté, mais que cette propriété « fiduciaire » a pour particularité d'être temporaire et d'être amputée de l'attribut d'*abusus* (définitif) qui caractérise la propriété pleine et entière. Tout risque d'enrichissement du créancier à l'occasion de la mutation de la propriété fiduciaire en propriété pleine et entière est écarté par l'article 2372-4 du code civil – qui ne fait qu'explicitier ce qui, pour la plupart des auteurs, est une évidence inutile à mentionner (« si le bénéficiaire de la fiducie a acquis la libre disposition du bien ou du droit cédé en application de l'article 2372-3, il verse au constituant, lorsque la valeur mentionnée au dernier alinéa de cet article excède le montant de la dette garantie, une somme égale à la différence entre cette valeur et le montant de la dette, sous réserve du paiement préalable des dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire. Sous la même réserve, si le fiduciaire procède à la vente du bien ou du droit cédé en application du contrat de fiducie, il restitue au constituant la part du produit de cette vente excédant, le cas échéant, la valeur de la dette garantie. »).

³³² Si le créancier est fiduciaire (fiducie-sûreté sans entiercement), il acquiert le droit de disposer (à titre définitif) des sommes d'argent remises soit par le constituant (fiducie-sûreté sur monnaie fiduciaire) soit par le débiteur cédé (fiducie-sûreté sur monnaie scripturale). Si le créancier n'est pas le fiduciaire (fiducie-sûreté avec entiercement), il se fait remettre les sommes d'argent versées au tiers fiduciaire soit par le constituant (fiducie-sûreté sur monnaie fiduciaire) soit par le débiteur cédé (fiducie-sûreté sur monnaie scripturale) et en a la propriété pleine et entière. Dans l'un et l'autre cas, l'article 2372-3, alinéa 3, du code civil prend soin de préciser que l'expertise n'est pas nécessaire pour réaliser une fiducie-sûreté « si le bien est une somme d'argent ».

³³³ L. Aynès, note sous Cass. com. 19 décembre 2006 (D. 2007, p. 961) : « si la chambre commerciale entend ici raviver un prétendu principe de *numerus clausus* des droits réels, il suffira de rappeler que le droit du cessionnaire est identique à celui du cédant dont il n'est pas un démembrement ».

fiduciaire du cessionnaire n'est pas la propriété pleine et entière du cédant. La propriété fiduciaire est une forme de démembrement de la propriété pleine et entière : si le cessionnaire recueille tous les attributs de la propriété pleine et entière dans son patrimoine (sous réserve de restrictions contractuellement stipulées par les parties), c'est toujours à l'exception de l'*abusus*, et plus précisément de l'*abusus* définitif, qui, lui, reste, désactivé, dans le patrimoine du cédant jusqu'à ce qu'un défaut de paiement de l'obligation principale emporte son transfert dans le patrimoine du cessionnaire. Or, jusqu'à ce que la loi du 19 février 2007 soit adoptée, ce démembrement de propriété et le droit réel qui en résultait (la propriété « fiduciaire ») étaient innommés.

Mais, comme on l'a également montré, et comme le dit le professeur Laurent Aynès, « la loi nouvelle est mal adaptée à la cession de créance à titre de garantie »³³⁴. Même si la loi du 4 août 2008 est venue étendre le champ d'application de la fiducie-sûreté sur créances (et de la fiducie en général) en abrogeant l'article 2014 du code civil qui restreignait considérablement la qualité de constituant, même si l'ordonnance du 30 janvier 2009 est venue utilement préciser le régime de la fiducie quand elle est utilisée à titre de sûreté, et même si la loi du 12 mai 2009 est venue écarter la gênante application de l'article 2029, alinéa 1^{er}, du code civil au cas de la fiducie-sûreté³³⁵, il n'en reste pas moins que les conditions restreignant la qualité de fiduciaire (article 2015 du code civil) sont telles qu'en l'état de la jurisprudence, elles privent les créanciers personnes physiques et les créanciers personnes morales ne correspondant pas aux conditions énoncées, de la possibilité de se faire consentir une fiducie-sûreté sur créances sans entiercement, alors que ces mêmes créanciers peuvent bien sûr se faire consentir un nantissement sur les mêmes créances. Alors qu'il suffit pour constituer un nantissement de créance d'établir un écrit (à peine de nullité) désignant les créances garanties et les créances nanties (article 2356 du code civil), il faut, pour constituer une fiducie-sûreté sur créances, non seulement établir un écrit, mais encore y porter un certain nombre de mentions à peine de nullité (articles 2018 et 2372-2 du code civil)³³⁶.

³³⁴ *Ibidem*.

³³⁵ La loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 a également abrogé l'article 2372-6 qui avait été introduit dans le code civil par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, et qui prévoyait que les articles 2372-1 et suivants édictant le régime de la fiducie-sûreté étaient inapplicables aux fiducies-sûretés constituées par des personnes morales. Sitôt critiquée par la doctrine (M. Grimaldi & R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », D. 2009, p. 670), la disposition autorisait implicitement qu'on l'interprêtât comme interdisant aux personnes morales de conclure un contrat de fiducie (régé par les articles 2011 et suivants du code civil) dès lors qu'il avait une finalité de garantie. Autrement dit, la fiducie-sûreté sur créances en particulier, et la fiducie-sûreté en général, étaient rendues inaccessibles au constituant personne morale.

³³⁶ Ces mentions sont : la désignation des créances cédées à titre de garantie, l'estimation de la valeur des créances (monétaires) cédées à titre de garantie, la désignation de la dette garantie, la durée du transfert, l'identité du/des constituant(s) et du/des fiduciaire(s) et du/des bénéficiaire(s), la mission du/des fiduciaire(s) et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition.

Alors qu'il suffit, pour rendre le nantissement de créance opposable aux *penitus extraneis* d'apposer une date sur le contrat, et, pour le rendre opposable au tiers intéressé qu'est le débiteur de la créance nantie, de le lui notifier (articles 2361 et 2362 du code civil), les formalités de publicité de la fiducie-sûreté sur créances sont requises à peine de nullité et enfermées dans un délai relativement bref d'un mois (article 2019 du code civil).

410. De tout cela, il résulte que, malgré les adaptations que la fiducie a subies depuis son introduction en droit français par la loi du 19 février 2007, le nantissement de créances semble non seulement plus accessible, mais aussi moins lourd et moins contraignant pour affecter des créances monétaires en garantie. Et il n'est pas sûr que « le droit commun, c'est-à-dire la liberté contractuelle et le droit de gage général, continuera à suffire pour expliquer le “gage-espèces”, la réserve de propriété et la cession à titre de garantie, que celle-ci prenne la forme du bordereau Dailly ou celle que prescrit le code civil », ni que « l'entrée de la fiducie dans le code civil le 19 février 2007 n'aura pour conséquence que la nécessité de distinguer désormais la fiducie innommée à effets restreints, de la fiducie du code civil, créatrice d'un patrimoine d'affectation »³³⁷. Une fiducie sur créances « créée de fait », « voisine mais distincte de la fiducie légale »³³⁸, ne nous semble pas envisageable en l'état de la jurisprudence. Sur ce point, nous partageons le point de vue du professeur Rémy Libchaber qui, presque seul contre tous, soutient au sujet de l'arrêt rendu par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, le 19 décembre 2006, qu'« on peut critiquer la dénaturation des intentions des parties, mais non l'exclusion d'une aliénation fiduciaire conventionnelle », pour la bonne et simple raison que « la propriété ne se déplace que selon les modes établis par la loi, et non par la seule force des volontés », et qu'en conséquence, « un transfert fiduciaire de créance doit être autorisé par la loi – ce qui est le cas dans la loi “Dailly” - faute de quoi il est impossible »³³⁹. Or,

³³⁷ L. Aynès, note sous Cass. com. 19 décembre 2006 (D. 2007, p. 961).

³³⁸ *Idem*.

³³⁹ R. Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois*, 30 août et 15 septembre 2007, n° 15 et 17, p. 1094 et p. 1194. Dans le même sens : D. Legeais, « L'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles », *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, pp. 365 et s., spéc. p. 377 : de manière presque prophétique, le professeur Dominique Legeais a écrit dès 1999 qu'« en dehors des cas prévus par la loi, il n'est pas possible aux parties d'utiliser la propriété à des fins de garantie » et que « l'interdiction concerne des opérations sur instruments financiers non prévues par un texte », mais qu'« elle vaut plus généralement pour d'autres opérations telles des cessions de créances réalisées en dehors du cadre fourni par la loi Dailly ».

Contra : M. Grimaldi & R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », D. 2009, p. 670 (« Il faut laisser aux parties, dans les limites du droit commun et sous le contrôle du juge, la liberté de recourir à des cessions fiduciaires à titre de garantie plus légères que celles des articles 2011 et suivants, sans patrimoine d'affectation notamment ») ; Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 19 décembre 2006, D. 2007, p. 344 ; L. Aynès, note sous Cass. com. 19 décembre 2006, D. 2007, p. 961 ; Ph. Dupichot, « Le nantissement, un an après », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 27 et obs. sous Cass. com. 26 mai 2010, *Droit et*

étant donné les restrictions, les exigences et les lourdeurs qui entourent la constitution de la fiducie légale, il nous semble que, tant que l'article 1257-1 de la première version de l'avant-projet de réforme du droit des obligations ne sera pas de droit positif, le nantissement de créance offrira plus d'attraits pour affecter des créances en garantie que n'en proposent les lois des 19 février 2007, 4 août 2008, et 12 mai 2009 ou l'ordonnance du 30 janvier 2009.

411. Ainsi, si l'on a d'analyser les inscriptions sur compte bancaire comme des créances (non-professionnelles, évidemment), comme le fait le professeur Christian Larroumet, le nantissement de créance paraît être un mode d'affectation en garantie de ces créances qui doit être privilégié par rapport à la fiducie-sûreté sur créances dont le champ d'application n'est pas sans limites, et dont le régime (de constitution notamment) est particulièrement formaliste.

412. Il est vrai qu'on pourrait tout aussi bien soutenir que la fiducie-sûreté est un mode d'affectation en garantie des créances à privilégier, au détriment du nantissement de créance. Le professeur Michel Grimaldi souligne en effet que la fiducie-sûreté sur meubles incorporels est une institution relativement ancienne (loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, dite « loi Dailly »), et qu'elle est bien plus développée que la fiducie-sûreté sur meubles corporels³⁴⁰. Il y aurait donc une sorte d'antériorité qui rendrait l'option pour la fiducie-sûreté légitime voire naturelle dès lors qu'il s'agirait d'affecter en garantie des biens incorporels en général, et des créances en particulier. Néanmoins, il nous semble que l'antériorité de la fiducie-sûreté sur créances (professionnelles) est sans commune mesure avec l'antériorité du nantissement de créance : c'est une loi du 2 janvier 1981 qui a consacré la fiducie-sûreté comme mode d'affectation en garantie des créances... tandis que c'est un arrêt du Parlement de Paris du 9 juillet 1698 qui a reconnu la validité du « gage » (à l'époque équivalent du nantissement) des créances³⁴¹. Cette jurisprudence avait, selon Pothier, été confirmée par la Cour des Aides par une décision en date du

patrimoine 2010, n° 195, p. 96 (« La liberté contractuelle, le respect de la volonté des parties et des qualifications (un droit exclusif de propriété n'est pas un droit de préférence...) militent pourtant pour l'admission de fiducies innommées plus légères, dès lors que les parties ne recherchent pas l'ingénierie fiduciaire lourde du patrimoine d'affectation... »).

³⁴⁰ M. Grimaldi & R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », D. 2009, p. 670 : « l'avenir dira si la fiducie-sûreté se développera hors du domaine où elle est apparue, à savoir celui des meubles incorporels, plus spécialement des créances, pour gagner celui des meubles corporels, ou si les sûretés-proprétés continueront d'être pratiquées distributivement et comme naturellement : la réserve de propriété, sur les meubles corporels ; la fiducie-sûreté, sur les meubles incorporels ».

³⁴¹ Troplong, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente*, t. XIX, *Du nantissement, du gage et de l'antichrèse, commentaire du titre XVII, livre III du Code civil*, éd. Charles Hingray, Paris, 1847, n° 264, p. 258.

18 mars 1769³⁴². Plus tard, le code civil a lui aussi envisagé la possibilité d'affecter des créances en gage³⁴³. Et tout au long du XIX^e siècle, la Cour de cassation n'a fait que confirmer la possibilité de gager des biens incorporels, conformément aux dispositions du code civil³⁴⁴.

Conclusion : l'impossible transfert d'une propriété pleine et entière, la nécessaire conservation d'une propriété flottante.

413. Trois enseignements nous paraissent devoir être retenus des précédents développements.

Premièrement, choses de genre et choses fongibles ne sont que des synonymes, la catégorie des choses fongibles (objectivement et subjectivement fongibles) étant simplement plus large que celles des choses de genre (choses objectivement fongibles).

Deuxièmement, le transfert du droit de disposer est moins dû à la volonté des parties, à la nature consomptible de la monnaie ou à la nature de chose de genre ou de chose fongible de la monnaie, objet du gage, qu'à la confusion effective de cette chose fongible avec d'autres choses aptes à s'y substituer sans déperdition de valeur.

414. Troisièmement, la thèse consistant à postuler que l'affectation en garantie de monnaie confondue dans le patrimoine du créancier emporte transfert au créancier de la propriété pleine et entière des sommes concernées, et corrélativement transformation du droit réel de propriété du constituant en droit personnel de restitution, est impropre à rendre compte du dénouement de la sûreté. En effet, si cette thèse devait être adoptée, l'affectation en garantie de monnaie confondue dans le patrimoine du créancier ne pourrait être réalisée par la voie d'une compensation (légale, judiciaire ou conventionnelle) – mode simplifié de règlement des créances que la thèse en question vise pourtant à atteindre au moyen

³⁴² Arrêt cité par Pothier, in M. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, t. V, *Traité du contrat de nantissement*, éd. Plon, Cosse et Marchal, 2^e éd., 1861, n° 6, note 2, p. 394.

³⁴³ L'ancien article 2071 du code civil définissait le nantissement comme « le contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette ». Et l'ancien article 2075 ajoutait que « le privilège énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussitôt enregistré et signifié au débiteur de la créance donnée en gage ».

de l'analyse de la constitution de la sûreté qu'elle propose. On peut donc s'interroger sur la réalité même du *transfert* de propriété allégué...³⁴⁵

³⁴⁴ Req. 11 juin 1846 (DP. 1846, I, p. 252) ; Cass. civ. 19 février 1894 (DP. 1894, I, p. 420).

³⁴⁵ M. Gilles Cuniberti (« Le gage-espèces (de l'accession en matière monétaire) », *LPA*, 1999, n° 221, p. 4) conteste le principe même ce transfert en soutenant que le créancier dans le patrimoine duquel se confondent les choses fongibles que sont les sommes d'argent, acquiert la propriété de ces choses non pas en vertu d'un transfert, mais en vertu d'un mode d'acquisition originaire, par voie d'accession. En d'autres termes, à mi-chemin entre la propriété transférée et la propriété conservée, il y aurait une troisième voie : celle selon laquelle le droit réel de propriété du constituant ne serait ni transféré ni conservé, mais s'évanouirait avec la confusion des choses fongibles dans le patrimoine du créancier... confusion dont naîtrait, au profit du créancier, un droit réel de propriété nouveau, totalement distinct de la propriété pleine et entière du constituant. Ni transféré ni conservé, un droit réel de propriété (celui du constituant) sur les choses fongibles – et notamment les sommes d'argent – s'éteindrait... tandis qu'un autre (celui du créancier) s'éveillerait. À l'appui de cette analyse, M. Gilles Cuniberti cite Demolombe qui a écrit, au sujet de l'accession, qu'« en droit, il n'est pas exact de prétendre que l'un ait acquis, dans le sens technique de ce mot, la propriété de cette même chose que l'autre a perdue. Car, cette chose, civilement, juridiquement, elle a péri ; elle n'existe plus ; elle n'est pas devenue seulement l'accessoire d'une autre chose qui serait la principale ; elle s'y est absorbée et anéantie ! » (Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens : de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, Imprimerie générale, Durand, Hachette, 1875, n° 574).

Section II. Une propriété conservée et flottante ?

415. Thèse liant le transfert du droit de disposer à un démembrement de propriété faisant naître, dans le patrimoine du constituant, une propriété flottante distincte à la fois de la fiducie-sûreté nommée et d'une fiducie-sûreté inommée qui serait translatif d'une propriété pleine et entière. – Dans son article intitulé « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », M. François Leduc s'attache à démontrer que « le gage translatif de propriété est un mythe »³⁴⁶. Pour ce faire, il s'appuie en grande partie sur le texte de l'ancien article 2079 du code civil qui dispose que « jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a lieu, il reste propriétaire du gage qui n'est, dans la main du créancier, qu'un dépôt assurant le privilège de celui-ci ».

Mais depuis 2006, il existe dans le code civil un article 2341 qui dispose en son second alinéa que « si la convention dispense le créancier de cette obligation [de tenir les choses fongibles gagées séparées des choses de même nature], *il acquiert la propriété des choses gagées* à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes » (italiques ajoutées).

416. De deux choses l'une : soit on considère que le gage translatif de propriété n'est plus un mythe, mais bien une réalité, depuis que ce texte mentionne expressément l'acquisition par le créancier de la propriété des choses gagées dès la constitution de la sûreté ; soit on considère que le gage translatif de propriété est toujours un mythe puisque ce second alinéa de l'article 2341 du code civil présente le transfert de propriété dès la constitution de la sûreté comme une exception à la règle de principe énoncée à l'alinéa 1^{er} du même article, selon laquelle « lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent » (sous peine de devoir restituer les choses gagées au constituant et d'indemniser ce dernier), et que le prétendu transfert de propriété n'est en réalité qu'un démembrement de propriété laissant dans le patrimoine du constituant un droit réel « flottant ».

³⁴⁶ F. Leduc, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », *RTD civ.* 1995, p. 307.

Si l'on opte pour la première interprétation, on considérera que l'article 2341 du code civil traduit un parti pris de ses rédacteurs en faveur de la thèse de l'existence d'un transfert de propriété dès la constitution de la sûreté, voire de l'existence d'un lien entre ce transfert de propriété et la fongibilité du bien affecté en garantie³⁴⁷. Si l'on opte pour la seconde interprétation, on considérera que la rédaction de l'article 2341 du code civil ne permet de déceler aucun parti pris de la part de ses rédacteurs puisque la thèse de l'absence de transfert de propriété (article 2341, alinéa 1^{er}, du code civil) cohabite avec celle de l'existence d'un transfert de propriété (article 2341, alinéa 2, du code civil), qui, en y regardant de plus près, n'est peut-être qu'un démembrement de propriété.

417. C'est pour la seconde interprétation que penchent les tenants de l'idée d'une « propriété flottante ».

De ce que l'article 2341 du code civil n'envisage l'effet translatif de propriété du gage avec dépossession de choses fongibles qu'à titre d'exception, et de ce que la jurisprudence soit entretient le flou³⁴⁸ soit maintient la qualification de gage pour l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier, certains auteurs en ont conclu que le « gage-espèces », et plus généralement l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier, et plus généralement encore le gage avec dépossession de choses fongibles, n'étaient pas translatifs d'une propriété pleine et entière.

418. Sanction du créancier disposant à titre définitif de la monnaie confondue dans son patrimoine par les peines prévues pour l'abus de confiance. – Les juges ont en effet décidé de maintenir la qualification de gage pour le

³⁴⁷ Poussant cette interprétation plus loin encore, le professeur Michel Grimaldi, qui a présidé la commission chargée de l'élaboration de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés, soutient que l'article 2341, alinéa 2, du code civil organise un transfert de propriété à charge de restituer qui est constitutif non pas d'un simple gage translatif de propriété (« gage irrégulier ») mais d'une véritable fiducie-sûreté distincte de celle prévue par les articles 2372-1 et suivants du code civil (M. Grimaldi & R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », D. 2009, p. 670, note 13). C'est néanmoins avec une certaine prudence que l'auteur suggère que cette fiducie innommée – ou plutôt « mal nommée » puisqu'elle est présentée comme un gage avec dépossession – devrait être dispensée des dispositions relatives au régime du gage, et notamment du formalisme de sa constitution. Tout en concédant qu'il est « permis de se demander si une fiducie de droit commun ne coexiste pas avec cette fiducie nouvelle », le professeur Dominique Legeais souligne qu'« il existe peut-être un risque de requalification de la sûreté en gage » (« Le gage-espèces après la réforme des sûretés », *Droit et patrimoine* 2007, n° 162, pp. 70 et s.) – requalification à laquelle il s'est d'ailleurs montré plutôt favorable puisque, selon lui, la rédaction de l'article 2341, alinéa 2, du code civil, « invite à considérer qu'il s'agit toujours d'une variété de gage » (« Commentaire de l'ordonnance n° 2006-346 relative aux sûretés : le gage de meubles corporels », *RD bancaire et fin.*, mai-juin 2006, pp. 59 et s., spéc. p. 61). En revanche, le professeur Laurent Aynès avance, avec une certaine assurance, que le gage avec dépossession de choses fongibles du second alinéa de l'article 2341 du code civil, « ressemble à s'y méprendre à la fiducie-sûreté », et qu'il ne faut pas voir, dans la localisation de cette disposition au sein du code civil, le signe que « le législateur aurait soustrait [le gage-espèces] de la propriété fiduciaire pour le soumettre au régime du gage, avec toutes les conséquences de celui-ci, notamment en cas de "faillite" du constituant » (« Le nouveau droit du gage », *Droit et patrimoine* 2007, n° 161, pp. 48 et s.). Dans la même veine, le professeur Philippe Dupichot se montre encore plus assertif (« Le nantissement, un an après », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 27).

³⁴⁸ Voir notamment Cass. com. 6 février 2007 (*Rev. Lamy dr. civ.* 2007, n° 39, p. 25, obs. D. Legeais ; *RTD civ.* 2007, p. 373, obs. P. Crocq ; *JCP E* 2008, n° 2, chron. « Droit des sûretés » de Ph. Simler et Ph. Delebecque ; *Revue des contrats*, 2008, n° 2, p. 425, note A. Aynès) où il a été décidé que « le nantissement portait sur un gage-espèce ».

gage-espèces³⁴⁹ – qui n'est qu'une variante du gage avec dépossession de choses fongibles. Si les chambres civile et commerciale de la Cour de cassation ont pu suggérer leur penchant pour la qualification de gage irrégulier, en soulignant les spécificités de ce gage³⁵⁰, il n'en reste pas moins que la chambre criminelle a, de son côté, clairement affirmé sa préférence pour la qualification de gage (ordinaire) en jugeant que le détournement, par le créancier, de sommes d'argent affectées en garantie devait être qualifié d'abus de confiance au sens de l'ancien article 408 du code pénal (actuel article 314-1 du même code) – ce qui suppose que la chose détournée soit restée la propriété d'un autre que le créancier, et que, par conséquent, les choses fongibles gagées et confondues dans le patrimoine du créancier soient restées la propriété du constituant, nonobstant les effets, sur le terrain des droits réels, qui sont traditionnellement attachés à la confusion de choses fongibles³⁵¹.

419. Distinction entre gage irrégulier translatif d'une propriété pleine et entière et gage emportant démembrement de propriété. – Suivant ce raisonnement, l'affectation en garantie de choses fongibles confondues dans le patrimoine du créancier n'est ni la fiducie-sûreté nommée ni une fiducie-sûreté innommée (qui serait translatrice d'une propriété pleine et entière) ni même un gage irrégulier translatif de propriété (soit en raison de la confusion des choses fongibles soit en raison d'une volonté tacite). Une telle sûreté serait un gage emportant non pas transfert mais démembrement de propriété : ni la volonté (tacite ou expresse) des parties ni même la confusion des choses fongibles n'auraient pour effet de transférer temporairement au créancier la propriété des choses

³⁴⁹ Cass. com. 25 mai 1993 (pourvoi n° 91-13353).

³⁵⁰ Cass. civ. 16 juin 1936 (DH. 1936, p. 411 ; *RTD civ.* 1936 p. 884, obs. H. Solus) énonçant que « si le gage constitué par le débiteur consiste en une somme d'argent, cette somme est affectée immédiatement à l'extinction de la créance que la sûreté garantissait, la créance ne fut-elle devenue exigible qu'après la mise en faillite du débiteur » (italiques ajoutées) ; Cass. com. 29 mars 1989 (D. 1989, p. 457) ; Cass. com. 13 juin 1989 (pourvoi n° 87-16579).

³⁵¹ Que les sommes d'argent affectées en garantie soient confondues, ou non, au sein du patrimoine du créancier, et que l'obligation de conservation du créancier soit une obligation de conservation de la chose elle-même (en cas d'affectation en garantie de sommes d'argent non confondues) ou de la valeur de la chose (en cas d'affectation en garantie de sommes d'argent confondues), la chambre criminelle de la Cour de cassation juge de façon constante que le non-respect volontaire de cette obligation de conservation est constitutif d'un abus de confiance. Voir Cass. crim. 29 novembre 1866 (DP. 1867, I, p. 43) ; Cass. crim. 26 septembre 1867 (DP. 1868, I, p. 42) ; Cass. crim. 14 mai 1875 (DP. 1876, I, p. 45, concl. Barbier) ; Cass. crim. 12 décembre 1890 (DP. 1891, I, p. 325) ; Cass. crim. 20 avril 1901 (DP. 1901, I, p. 369) ; Cass. crim. 31 janvier 1935 (DH. 1935, p. 134) ; Cass. crim. 20 mai 1937 (DH. 1937, p. 429) ; Cass. crim. 9 juillet 1953 (D. 1953, p. 556).

Les professeurs Henri et Léon Mazeaud y voient une manifestation de « l'autonomie du droit pénal » (*Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 1, *Sûretés, publicité foncière*, par Y. Picod, Montchrestien, 1988, 6^e éd, n° 65, p. 146). Mais si le droit pénal est « autonome », il n'est pas pour autant totalement « isolé », car, en matière fiscale, la jurisprudence administrative a fait sienne la position de la chambre criminelle de la Cour de cassation (CE, 5 novembre 1989, « Société Financia » ; *LPA*, 14 mars 1990, concl. Fouquet).

Voir notamment le rapport du conseiller Barbier sous Cass. crim. 14 mai 1875 (DP. 1876, I, 45) : « s'agissant de choses fongibles, il en résulte que celui qui les a reçues en *nantissement* n'a point à les conserver et à les rendre en nature, comme un véritable dépositaire, mais qu'il doit toujours conserver et être prêt à en rendre la valeur, sous peine d'abus de confiance » (italiques ajoutées). La solution adoptée pour le gage dit « irrégulier » contraste avec celle adoptée pour le dépôt « irrégulier » au sujet duquel il a été jugé en 1939 que l'ancien article 408 du code pénal relatif à l'abus de confiance ne lui était pas applicable. Voir Cass. crim. 19 avril 1939 (*Gaz. Pal.*, 1939, I, 963 ; *Revue de science criminelle*, 1939, 514, obs. Donnedieu de Vabres).

affectées en garantie. Il ne faut donc pas confondre la thèse soutenue par le courant doctrinal pour lequel l'affectation en garantie de sommes d'argent (et, plus généralement) de choses fongibles confondues dans le patrimoine du créancier est un gage irrégulier, avec la thèse soutenue par le courant doctrinal pour lequel une telle affectation en garantie est un gage opérant un démembrement de propriété. Selon les tenants de ce second courant, la confusion des choses fongibles dans le patrimoine du créancier n'entamerait pas le droit de propriété du constituant sur les choses fongibles gagées dans la mesure où ce droit de propriété continuerait de « flotter » sur les choses fongibles se trouvant chez le créancier à hauteur de la valeur des choses affectées en garantie. Autrement dit, la confusion des choses fongibles dans le patrimoine du créancier n'aurait pas pour effet d'anéantir le droit réel de propriété du constituant ni de l'investir d'un droit personnel de créance de restitution par équivalent. La confusion des choses fongibles appartenant à deux personnes dans le patrimoine de l'une d'elles ne dégraderait pas en droit personnel le droit réel du propriétaire dans le patrimoine duquel la confusion n'a pas lieu.

§ 1. Les hésitations jurisprudentielles relatives à l'exercice d'une action en revendication de sommes d'argent confondues dans le patrimoine d'autrui, qui serait engagée sur le fondement d'un droit réel planant.

420. Argument tiré du régime de la revendication des choses fongibles grevées d'une clause de réserve de propriété. – Le régime de la revendication des choses fongibles confondues mais grevées d'une clause de réserve de propriété est le principal argument développé par les tenants du maintien de la qualification de gage pour le gage-espèces, c'est-à-dire pour l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier.

421. Cet argument est en particulier développé par le professeur Didier-René Martin³⁵². Le point de départ de son raisonnement est l'article L. 624-16, alinéa 3, du code de commerce (ancien article L. 621-122, alinéa 3, du même code) qui dispose *in fine* que « la revendication en nature peut également s'exercer sur des biens fongibles

³⁵² D. R. Martin, « De la revendication des sommes d'argent », D. 2002, pp. 3279 et s.

lorsque des biens de même nature et de même qualité se trouvent entre les mains du débiteur ou de toute personne les détenant pour son compte ». Ce texte prévoit que celui qui remet des choses fongibles à une personne dans le patrimoine de laquelle ces choses remises se confondent, peut exercer une action en revendication des choses fongibles remises et confondues. Or l'action en revendication s'entend d'une action en revendication d'un droit réel (en l'occurrence, de propriété), et jamais d'un droit personnel. Autrement dit, la possibilité de l'exercice d'une action en revendication suppose que celui qui a remis à autrui des choses fongibles qui ont été confondues dans le patrimoine d'autrui, conserve un droit réel sur ces choses fongibles et ne voit pas son droit réel muter en droit personnel de créance de restitution par équivalent du fait de la confusion des choses fongibles remises. Autrement dit, ce texte paralyse l'effet translatif de propriété d'ordinaire attaché à la confusion de choses fongibles appartenant à deux personnes, et empêche par conséquent la dégradation du droit réel de propriété en droit personnel de créance de restitution par équivalent, à certaines conditions toutefois.

422. La première condition du maintien du droit réel de propriété d'une personne nonobstant la confusion de ses choses fongibles dans le patrimoine d'une autre est que les choses fongibles en question aient été grevées d'une clause de réserve de propriété. Autrement dit, seul le vendeur de meubles grevés d'une clause de réserve de propriété peut, aux termes de ce texte, voir son droit réel de propriété maintenu sur des choses fongibles malgré leur confusion dans le patrimoine d'autrui (et notamment l'acheteur), et, par voie de conséquence, prétendre exercer une action en revendication de ces meubles fongibles. La solution est logique, puisque, sans cela, toute sûreté sous forme de clause de réserve de propriété sur choses fongibles serait privée d'intérêt dès lors que la confusion des choses fongibles grevées de la réserve de propriété dégraderait le droit réel de propriété en droit personnel de créance de restitution par équivalent, et anéantirait donc la sûreté. Il y aurait une contradiction à maintenir le droit de propriété du vendeur sur les choses fongibles jusqu'au paiement intégral du prix, en vertu de la clause de réserve de propriété, tout en admettant que ce droit de propriété aurait été transféré à l'acheteur dès la confusion des choses fongibles dans son patrimoine.

423. Depuis 2008, cette première condition tenant à l'existence d'une sûreté sur les choses fongibles confondues, et plus précisément d'une clause de réserve de propriété, a été élargie puisque l'article L. 624-16, alinéa 1^{er}, du code de commerce, tel qu'il résulte de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du

droit des entreprises en difficulté, ajoute aux choses fongibles grevées d'une clause de réserve de propriété, d'une part les choses fongibles grevées d'une sûreté autre que la réserve de propriété, et plus précisément, les choses fongibles objets d'une fiducie, qui sont transférées dans un patrimoine fiduciaire, et, d'autre part, les choses fongibles grevées d'aucune sûreté mais simplement remises « à titre précaire » à celui dans le patrimoine duquel elles sont confondues.

424. Là encore, la solution est logique puisque, si la volonté des parties de préserver le droit de propriété de celui qui voit ses choses fongibles confondues dans le patrimoine d'autrui n'est pas aussi nette que lorsqu'elles conviennent que lesdites choses fongibles seront grevées d'une clause de réserve de propriété, il n'en reste pas moins que si un constituant remet à un fiduciaire des choses fongibles afin qu'il les transmette à un bénéficiaire, c'est bien parce qu'il entend que la « propriété » du fiduciaire sur les choses fongibles ne sera pas pleine, entière et perpétuelle au sens de l'article 544 du code civil, mais bien plutôt finalisée et temporaire. Le caractère « fictif » de la propriété du fiduciaire est encore plus patent dans l'hypothèse qu'envisage précisément l'article L. 624-16, alinéa 1^{er}, du code de commerce, à savoir celle où le constituant « conserve l'usage ou la jouissance » des biens « transférés » au fiduciaire.

De même, si une personne remet à une autre des choses fongibles à titre précaire, c'est bien parce qu'elle entend que son droit réel de propriété sur lesdites choses fongibles ne sera pas entamé par cette remise : le déposant n'envisage nullement le transfert au dépositaire de son droit de propriété sur la chose déposée au moment de sa remise et de la formation du contrat de dépôt. Qu'il s'agisse donc d'un contrat de vente avec clause de réserve de propriété, d'un contrat de fiducie, ou d'un contrat de remise à titre précaire, la nature du contrat, voire la finalité de la sûreté qui l'assortit, indique que celui qui voit ses choses fongibles confondues dans le patrimoine d'autrui n'a pas envisagé de transférer à autrui la propriété des choses fongibles en question³⁵³.

425. La deuxième condition est qu'il s'agisse de « meubles » fongibles. Mais la notion de « meubles », dans le texte de loi privant la confusion de choses fongibles de

³⁵³ Cette affirmation est plus discutable s'agissant du contrat de fiducie qui suppose que les biens objets du contrat de fiducie soient « transférés » à un fiduciaire. Or ce transfert est, en principe, un transfert en propriété, même si l'article 2011 du code civil reste silencieux et ambigu sur la portée de ce transfert. Toutefois, l'assimilation des choses fongibles transférées dans un patrimoine fiduciaire à la situation des choses fongibles grevées d'une clause de réserve de propriété ou simplement remises à titre précaire (sans aucun transfert de propriété) tend à suggérer soit que le transfert des biens objets d'un contrat de fiducie n'est

son effet translatif de propriété, est discutée. L'article L. 624-9 (ancien article L. 621-115) du code de commerce consacre l'action en revendication de « meubles ». Les articles L. 624-12, L. 624-13 et L. 624-14 (anciens articles L. 621-119, L. 621-120 et L. 621-122) du code de commerce parlent de « marchandises ». Et l'article L. 624-15 (ancien article L. 621-121) du même code évoque le cas des « effets de commerce ou autres titres non payés ». Certains auteurs ont considéré que les choses fongibles grevées d'une clause de réserve de propriété au sens de l'ancien article L. 621-122, alinéa 3, du code de commerce étaient toutes choses fongibles sous forme de « marchandises », à l'exclusion des sommes d'argent. L'article L. 624-18 du même code (ancien article L. 621-124) n'évoque la possibilité pour le vendeur avec clause de réserve de propriété de faire valoir son droit de propriété sur des sommes d'argent confondues dans le patrimoine de l'acheteur que dans le cas où ces sommes se sont substituées, par subrogation réelle, au prix de revente des choses fongibles grevées de la clause de réserve de propriété³⁵⁴. Rien n'est explicitement dit d'un éventuel maintien d'un droit réel de propriété sur des sommes d'argent en dehors du cas où elles constituent le prix de revente de marchandises fongibles auxquelles elles sont subrogées. Cela s'explique

pas un transfert en propriété, soit que la propriété du fiduciaire en question n'est pas une propriété pleine, entière et perpétuelle au sens de l'article 544 du code civil.

³⁵⁴ Et encore, dans l'hypothèse où le prix de revente n'a pas été versé à celui dans le patrimoine duquel les choses fongibles ont été confondues (article L. 624-18 : « peut être revendiqué le prix ou la partie du prix des biens visés à l'article L. 624-16 qui n'a été ni payé, ni réglé en valeur, ni compensé entre le débiteur et l'acheteur à la date d'ouverture du jugement ouvrant la procédure. Peut être revendiquée dans les mêmes conditions l'indemnité d'assurance subrogée au bien »).

On notera néanmoins, que, dans le cas d'une remise de choses fongibles à titre précaire, en dehors de toute clause de réserve de propriété, la loi n° 2012-346 du 12 mars 2012 relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet, a beaucoup assoupli la règle selon laquelle le droit de propriété portant sur des choses fongibles se reporte et se maintient sur les sommes d'argent qui résultent de leur revente et qui leur sont subrogées, à la condition que le prix de revente n'ait pas été payé ni réglé en valeur. L'article 4 de la loi n° 2012-346 précitée a en effet introduit dans le code de commerce un article L. 663-1-1 aux termes duquel, lorsque des mesures conservatoires sont ordonnées dans le cadre d'une procédure collective, et qu'elles « portent sur des biens dont la conservation ou la détention génère des frais ou qui sont susceptibles de déperissement » - ce qui peut être le cas de choses éminemment fongibles comme des stocks de pétrole ou des stocks de denrées alimentaires - « le juge-commissaire peut autoriser, aux prix et conditions qu'il détermine, l'administrateur, s'il a été nommé, le mandataire judiciaire ou le liquidateur à les céder ». Or le texte ajoute que « les sommes provenant de cette cession sont immédiatement versées en compte de dépôt à la Caisse des dépôts et consignations », tout se passant comme si le droit de propriété de celui qui avait remis, à titre précaire, des choses fongibles au débiteur en procédure collective, était reporté sur les sommes provenant de leur cession et comme si le droit de propriété de ce dernier était préservé malgré le fait que le prix de revente des choses fongibles ait été payé. S'il est vrai que le second alinéa de l'article L. 663-1-1 semble contredire le premier alinéa du même texte en conférant au juge-commissaire la faculté d'autoriser que l'on dispose de sommes pourtant réputées être la propriété du remettant de choses « susceptibles de déperissement », il n'en reste pas moins que le commentaire de cette disposition que fait Mme la députée F. Guégot, dans son rapport, établit clairement que « la cession des biens concernés – ou d'une partie d'entre eux – est strictement encadrée, dans le respect du droit de propriété, afin de préserver les droits et les intérêts de leur propriétaire » (Rapport n° 4411 sur la proposition de loi n° 4400 relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet, fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, par la députée Françoise Guégot, et enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 février 2012, p. 22). Autrement dit, alors que le dispositif du second alinéa de l'article L. 663-1-1 du code de commerce suppose que le propriétaire de choses « susceptibles de déperissement » et remises à titre précaire à un débiteur en procédure collective, perde son droit de propriété sur les sommes provenant de la cession de ces choses (potentiellement fongibles), le commentaire qui en est fait par l'auteur et rapporteur du texte indique exactement le contraire. Le rapporteur du texte au Sénat n'en a pas été dupe, lui qui, dans son rapport, écrit au sujet de l'article 4 de la loi n° 2012-346 précitée, que « l'affectation du produit de la cession paraît tout à fait déroger, dans le cadre de mesures conservatoires, et porte manifestement atteinte au droit de propriété » (Rapport n° 448 (session 2011-2012), fait au nom de la commission des Lois, par le sénateur Jean-Pierre Sueur, et enregistré à la Présidence du Sénat le 29 février 2012).

dans la mesure où il est difficile d'imaginer un vendeur de sommes d'argent, et encore plus une clause de réserve de propriété sur des sommes d'argent. Mais il est en revanche plus facile d'imaginer qu'un constituant remette des sommes d'argent à un fiduciaire pour qu'il les fasse fructifier au profit d'un bénéficiaire (que ce bénéficiaire se confonde, ou non, avec le fiduciaire). Et il est encore plus facile d'imaginer qu'une personne remette à une autre des sommes d'argent à titre précaire.

426. La troisième condition était que la confusion des choses fongibles ait eu lieu dans le patrimoine d'un acheteur qui vient à faire l'objet d'une procédure collective (redressement ou liquidation judiciaire, et, depuis 2005, sauvegarde). Le texte qui a, le premier, consacré l'absence d'effet translatif de propriété de la confusion de choses fongibles appartenant à deux personnes dans le patrimoine de l'une d'elles, est en effet un texte de droit spécial, celui des procédures collectives, inséré dans le code de commerce. Toutefois, l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés a généralisé la portée spéciale de ce texte en introduisant dans le code civil un article 2369 aux termes duquel « la propriété réservée d'un bien fongible peut s'exercer, à concurrence de la créance restant due, sur des biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur ou pour son compte ». Autrement dit, ce n'est plus dans le seul cas des procédures collectives que l'effet translatif de propriété de la confusion des choses fongibles est paralysé, mais bien dans le cadre du droit commun. On notera cependant qu'hors procédures collectives, la paralysie de l'effet translatif de propriété lié à la confusion des choses fongibles n'est envisagée que dans l'hypothèse où celles-ci ont été grevées d'une clause de réserve de propriété, et non dans celles où elles sont remises à titre précaire ou transférées dans un patrimoine fiduciaire.

427. Droit réel à objet indéterminé. – La consécration par la loi de la possibilité d'un droit réel qui survive à la confusion des choses fongibles qui en sont l'objet, contrarie le principe selon lequel tout droit réel doit avoir un objet déterminé et ne peut porter sur un ensemble de biens indéterminés.

427-1. Pourtant, il s'agit bien d'un droit réel, et non d'un droit personnel. Dans le sillage de certains auteurs qui défendent vigoureusement le principe d'individualisation de l'objet du droit réel, le professeur Anne Laude avait, en 1995, avancé l'idée que ce droit pût être un droit personnel de garantie « renforcé », ce qui permettait de contourner

la difficulté de concevoir un droit réel ayant un objet indéterminé³⁵⁵. Cela revenait à faire d'une sûreté réelle portant sur des biens, un droit de gage général limité mais plaçant le créancier dans une position plus favorable qu'un simple créancier chirographaire.

427-2. Toujours avec le souci de ne pas remettre en cause le dogme de la détermination de l'objet du droit réel, un autre éminent auteur avait suggéré que ce droit pût être un droit réel conditionnel. Dans sa thèse de doctorat, le professeur Michel Cabrillac explique que le gage assorti d'une faculté de remplacement de son objet conférerait au créancier gagiste un droit réel de préférence affecté d'une condition suspensive : cette condition aurait subordonné la naissance du droit réel de préférence à l'individualisation de son objet³⁵⁶.

427-3. Mais le professeur Pierre-Grégoire Marly explique à juste titre dans sa thèse de doctorat que ce droit réel ne peut être conditionnel puisque s'il n'existait qu'à la date de l'individualisation de son objet, autrement dit à la date de restitution des biens fungibles grevés de la clause de réserve de propriété, il ne pourrait servir de fondement à l'action en revendication dans la mesure où il ne prendrait naissance qu'après son exercice³⁵⁷.

428. Argument tiré de la revendication de choses fungibles remises à titre précaire. – De ce que la confusion de choses fungibles dans le patrimoine de l'une des deux personnes à laquelle elles appartiennent se voyait refuser tout effet translatif de propriété sous réserve des trois conditions mentionnées plus haut (initialement l'existence d'une sûreté sous forme de clause de réserve de propriété, la nature fungible des biens grevés de cette sûreté, et la mise en procédure collective de celui dans le patrimoine duquel les choses fungibles sont confondues), le professeur Didier-René Martin en a déduit que, d'une manière plus générale, il fallait remettre en cause l'idée d'un transfert de propriété attaché à la confusion dans un patrimoine de choses fungibles appartenant à deux personnes.

³⁵⁵ A. Laude, « La fungibilité », *RTD com.* 1995, pp. 307 et s., spéc. n° 47 et s.

³⁵⁶ M. Cabrillac, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, th. Montpellier, Sirey, 1954, n° 233 et s.

³⁵⁷ P. - G. Marly, *Fungibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, *op. cit.*, p. 246. Dans le même sens : Ch. Gijssbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, 2012, thèse dirigée par M. Grimaldi et soutenue à l'Université de Paris II Panthéon-Assas, § 545, p. 544.

428-1. L'auteur en a tout d'abord déduit que les sommes d'argent étaient concernées par la paralysie de l'effet translatif de propriété attaché à leur confusion dès lors que les textes de loi n'opéraient pas de distinction au sein des choses fongibles³⁵⁸, mais qu'ils les envisageaient de façon très générale. Dès lors, il fallait, selon lui, admettre le maintien du droit réel de propriété d'une personne sur des sommes d'argent, nonobstant leur confusion dans le patrimoine d'une autre, et, par conséquent, admettre l'exercice par la première d'une action en revendication des sommes d'argent³⁵⁹.

428-2. Puis il a défendu l'idée que les choses fongibles dont la confusion n'avait pas d'effet translatif de propriété étaient non seulement celles grevées d'une clause de réserve de propriété, mais aussi toutes celles dont le propriétaire entendait se réserver la propriété nonobstant leur remise à autrui. Autrement dit, pour le professeur Didier-René Martin, dès lors qu'un contrat par nature (contrat de remise à titre précaire comme le contrat de dépôt) ou par l'effet d'une clause expresse ou d'une sûreté adjointe (clause de réserve de propriété) révélait la volonté du remettant des choses fongibles de ne pas voir son droit de propriété entamé du fait de leur remise à autrui, il convenait de paralyser l'effet translatif de propriété dû à la confusion des choses fongibles dans le patrimoine de celui à qui elles sont remises. Sur ce point, l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 a exaucé les vœux de cet auteur en ajoutant aux biens fongibles dont la confusion est privée d'effet translatif, ceux qui sont simplement « remis à titre précaire au débiteur » en procédure collective (article L. 624-16, alinéa 1^{er}, du code de commerce).

429. Le professeur Didier-René Martin en a conclu que le constituant d'une sûreté consistant en l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier n'était pas dans une situation différente de celle du remettant (et notamment du déposant) de sommes d'argent confondues dans le patrimoine de celui à

³⁵⁸ Le professeur Alain Lienhard souligne lui aussi « la relative ambiguïté des textes qui n'autorisent pas plus la revendication de sommes d'argent qu'ils ne la défendent expressément » (D. 2003, p. 1230). *Contra* : E. Rawach (note sous Cass. com. 10 mai 2000, *LPA*, 2000, n° 258, p. 14, n° 7 et s.) : pour l'auteur de cette note, les dispositions des articles L. 624-9 à L. 624-18 du code de commerce (anciens articles L. 621-115 à L. 621-124 du même code) ne pourraient pas être étendues aux sommes d'argent – sous peine de contrevenir à l'esprit de la loi qui est celui d'un « compromis entre le nécessaire respect du droit de propriété et la protection des droits des créanciers ». Selon le professeur Eid Rawach, l'aménagement spécialement prévu par le législateur pour la revendication des sommes d'argent correspondant au prix de revente des choses fongibles grevées d'une clause de réserve de propriété (article L. 624-18 du code de commerce – ancien article L. 621-124 du même code) montrerait que la revendication des sommes d'argent est une exception, et qu'elle ne peut être exercée que sous cette forme. Le principe serait donc que les sommes d'argent ne peuvent être revendiquées, et l'exception serait qu'elles peuvent l'être quand elles constituent le prix de revente subrogé aux choses fongibles (entendues comme « marchandises ») grevées d'une clause de réserve de propriété, et quand ce prix de revente n'a pas été perçu par l'acheteur-revendeur avant la date d'ouverture d'une procédure collective à son encontre.

³⁵⁹ D. R. Martin « De la revendication des sommes d'argent », D. 2002, p. 3279 : « l'argent est, en pratique, le véritable objet du débat ; c'est donc à son propos que doit s'éprouver l'hypothèse d'une revendication générale des choses fongibles ».

qui elles sont remises (le dépositaire) – dans la mesure où l’ancien article 2079 du code civil relatif au gage disposait que « jusqu’à l’expropriation du débiteur, s’il y a lieu, il [le débiteur] reste propriétaire du gage qui n’est, dans la main du créancier, qu’un *dépôt* assurant le privilège de celui-ci » (italiques ajoutées). Partant, si l’on admet que les sommes d’argent sont concernées par la paralysie de l’effet translatif de propriété d’ordinaire attaché à la confusion des choses fongibles, et si l’on admet que les contrats de remise de choses fongibles à titre précaire (tels les contrats de dépôt) sont concernés par le texte qui prévoit cette paralysie, alors il convient d’admettre que le constituant d’une sûreté sur sommes d’argent conserve la propriété desdites sommes d’argent nonobstant leur confusion dans le patrimoine du créancier qui serait mis en procédure collective. Dès lors, l’exercice par ce constituant d’une action en revendication des sommes d’argent gagées et confondues devient possible.

430. Enjeux liés à la consécration d’une propriété flottante sur sommes d’argent dans le cadre des procédures collectives. – Outre l’enjeu théorique que la revendication de sommes d’argent présente du point de vue de la confusion de choses fongibles, de son effet d’ordinaire translatif de propriété, et de son incidence au regard du régime des sûretés sur des sommes d’argent confondues au sein du patrimoine du créancier, il y a dans la controverse sur la possibilité de revendiquer des sommes d’argent un enjeu plus pratique et propre au droit des procédures collectives : la question de savoir si celui qui a remis des choses fongibles à une personne dans le patrimoine de laquelle elles sont confondues et qui vient à être mise en procédure collective, doit, ou non, être soumis à la règle d’interdiction des paiements des créances antérieures (actuel article L. 622-7 du code de commerce), à l’obligation de déclaration des créances (actuel article L. 622-24 du code de commerce), et surtout à la règle de suspension des poursuites individuelles tendant à la condamnation du débiteur au paiement d’une somme d’argent (actuel article L. 622-21 du code de commerce).

430-1. De ce point de vue, si l’on considère que la confusion des sommes d’argent dans le patrimoine du débiteur n’a pas d’effet translatif de propriété (même si lesdites sommes d’argent ne sont pas grevées d’une clause de réserve de propriété) et n’entame donc pas le droit réel de propriété du remettant-propriétaire, alors ce dernier n’est pas soumis à la suspension des poursuites individuelles et peut exercer une action en revendication de sommes d’argent.

430-2. Si, à l'inverse, on considère que la confusion des sommes d'argent dans le patrimoine du débiteur a un effet translatif de propriété, dégrade le droit réel de propriété du créancier en droit personnel de créance de restitution de sommes d'argent par équivalent, alors le remettant-propriétaire n'est plus qu'un créancier chirographaire comme les autres, soumis à la suspension des poursuites individuelles et à l'interdiction du paiement des créances antérieures – sauf si les sommes d'argent en question sont celles qui constituent tout ou partie du prix de revente de choses fongibles qui n'étaient pas des sommes d'argent (article L. 624-18 du code de commerce). Dans cette seconde hypothèse (celle d'un effet translatif de propriété attaché à la confusion de choses fongibles), alors qu'il faut, *ab initio*, distinguer le créancier chirographaire titulaire d'un droit personnel de créance et d'un droit de gage général sur le patrimoine du débiteur d'un côté, et, de l'autre, le créancier d'une obligation de restitution titulaire d'un droit réel de propriété sur des sommes d'argent remises au débiteur³⁶⁰, il convient *in fine*, lors de la procédure collective, d'assimiler ces deux types de créanciers dès lors que la confusion des sommes d'argent remises au débiteur par le second a transformé son droit réel de propriété en un droit personnel de créance identique à celui du créancier chirographaire.

431. Avant que l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 ne consacre l'argument du professeur Didier-René Martin selon lequel étaient concernés par la paralysie de l'effet translatif de propriété de la confusion des choses fongibles tous les contrats supposant par nature (contrat de dépôt), ou du fait d'une clause expresse en ce sens (contrat de vente avec clause de réserve de propriété), que le remettant des choses fongibles entend conserver leur propriété, les thèses de cet auteur avaient d'ores et déjà connu une certaine reconnaissance.

La jurisprudence avait en effet admis : d'une part que même des contrats de remise à titre précaire (comme le contrat de dépôt) dépourvus de toute clause de

³⁶⁰ Le professeur Didier-René Martin présente la même distinction un peu différemment en opposant le droit « à » une somme d'argent qui est celui du créancier titulaire d'un droit personnel, et le droit « sur » une somme d'argent qui est celui du créancier titulaire d'un droit réel : « une distinction s'impose selon que la somme lui est due à titre de paiement ou à titre de restitution. Au premier cas correspond l'archétype de la créance monétaire qui caractérise un droit "à" une somme d'argent et non "sur" une somme d'argent ; bénéficiaire d'une obligation de donner, le créancier a vocation à se faire transférer la propriété d'une somme d'argent qui ne lui a jamais appartenue précédemment : c'est précisément l'objet du paiement d'opérer ce transfert [...] Cette figure est antinomique à la revendication qui relève de l'exercice d'un droit réel et non d'un droit de créance. Dans le second cas, en revanche, la restitution ne vise pas à l'exécution d'une obligation originelle de *dare*, mais au rétablissement, en la puissance du bénéficiaire, de l'assiette de sa propriété : celui-ci n'a plus vocation, ici, au paiement d'une somme qu'il n'a jamais possédée, mais à la remise d'une somme qui est censée lui appartenir. La voie procédurale d'exercice de son droit n'est pas, alors, l'action en paiement, mais l'action en revendication » (« De la revendication des sommes d'argent », D. 2002, p. 3279).

réserve de propriété étaient concernés par la paralysie de l'effet translatif de propriété dû à la confusion des choses fongibles ; et, d'autre part, que les sommes d'argent, en tant que choses fongibles, étaient concernées par cette disposition du code de commerce privant la confusion de choses fongibles d'effet translatif de propriété, et ouvrant donc au remettant-proprétaire une action en revendication de son droit réel de propriété.

Ce n'est qu'au prix de longues hésitations que la jurisprudence a fini par refuser que la restitution de sommes d'argent puisse être obtenue par la voie d'une action en revendication, notamment dans le cadre d'une procédure collective.

A – Le refus, par la jurisprudence, d'admettre l'exercice d'une action en revendication de sommes d'argent confondues dans le patrimoine d'autrui, en dehors de toute affectation en garantie.

1 – Premiers pas vers le refus de l'action en revendication de choses fongibles confondues dans le patrimoine d'autrui, en dehors de toute affectation en garantie (arrêts des 25 mars et 14 octobre 1997).

432. Le 25 mars 1997, la Cour de cassation statuant en sa chambre commerciale, a admis la possibilité pour le remettant de sommes d'argent de revendiquer leur propriété dès lors que celles-ci étaient restées isolées au sein du patrimoine de celui à qui il les avait remises³⁶¹. Autrement dit, la revendication de sommes d'argent était admise dès lors que les sommes d'argent n'avaient pas été confondues dans le patrimoine de celui à qui elles avaient été remises. On admettait donc que celui qui est propriétaire de sommes d'argent et qui les remet à une autre personne reste propriétaire desdites sommes d'argent dès lors qu'elles n'ont pas été confondues avec d'autres sommes d'argent appartenant à celui à qui elles ont été remises, et dès lors que, par conséquent, l'effet translatif de propriété attaché à la confusion de choses fongibles ne s'est pas produit pour la bonne et simple raison que la confusion des choses fongibles n'avait pas eu lieu.

³⁶¹ Cass. com. 25 mars 1997 (Bull. civ. IV n° 84, p. 73 ; D. 1997, jur. p. 481, note D. R. Martin ; JCP E 1997, II, p. 991, note Ph. Pétel ; RD bancaire et bourse, mai-juin 1997, p. 127, note M. - J. Campana et J. - M. Calendini ; D. 2000, somm. p. 70, obs. F. Pérochon et D. Mainguy).

Au prix d'un paradoxe frisant l'absurde³⁶², la Haute juridiction avait énoncé indirectement, dans cet arrêt du 25 mars 1997, qu'un droit réel de propriété sur des choses fongibles ne survit pas à la confusion desdites choses fongibles dans le patrimoine d'autrui, et confirmé ce qui avait été jugé dès 1930³⁶³, à savoir que ce droit réel de propriété se dégrade alors en droit personnel de créance de restitution par équivalent.

433. Les juges du fond se conformèrent à la position – paradoxale – des juges du droit, notamment dans un arrêt remarqué, rendu par la cour d'appel de Paris, le 14 octobre 1997³⁶⁴.

433-1. Dans cette affaire, il s'agissait une fois encore d'un contrat de mandat, et une fois encore de choses fongibles sous forme de sommes d'argent. Une société cédante avait conclu une convention de cession de créances professionnelles par voie de bordereau Dailly avec une banque cessionnaire. La banque cessionnaire avait donné mandat à la société cédante de percevoir pour son compte les sommes versées par les débiteurs cédés au titre des créances cédées. Il semblerait que la banque cessionnaire n'avait pas recouru à la possibilité qui lui était ouverte par l'article L. 313-28 du code monétaire et financier d'adresser une interdiction de payer au débiteur cédé – interdiction à compter de laquelle ce dernier ne peut valablement se libérer qu'entre les mains du cessionnaire de la créance. Or il advint que la société cédante fut mise en redressement judiciaire alors qu'elle n'avait pas reversé à la banque cessionnaire les sommes d'argent perçues pour son compte. La banque cessionnaire agit donc en revendication des sommes d'argent en question.

433-2. Sa demande fut rejetée par les juges du tribunal de commerce de Paris comme par les juges d'appel qui estimèrent que « dès lors qu'il n'est pas établi que les sommes revenant à la [banque] sur celles versées par les débiteurs cédés à la société [cédante] ont été soustraites à toute confusion avec les autres valeurs composant le patrimoine de cette dernière », la banque « ne peut agir qu'en la seule qualité de créancière de la société [cédante], peu important la qualité de mandataire de celle-ci ».

³⁶² Les commentateurs soulignent presque tous l'incohérence de la solution de la Cour de cassation qui admet la possibilité de l'action en revendication portant sur des choses fongibles dès lors que les choses qui en sont l'objet ne sont pas fongibles. Le professeur Didier-René Martin (note sous Cass. com. 25 mars 1997, D. 1997, p. 481) stigmatise un « raisonnement contradictoire et suranné » révélateur de « l'étonnante gaucherie judiciaire dans le maniement conceptuel et opératoire de la fongibilité ». Le professeur Daniel Mainguy (obs. sous Cass. com. 25 mars 1997 & Paris 14 octobre 1997, D. 2000, p. 70) résume ainsi la solution de la Haute juridiction : « la revendication d'une chose fongible n'est possible que si cette chose n'est pas... fongible ».

³⁶³ Cass. civ. 6 mai 1930 (DH. 1930, p. 412 ; S. 1930 I, 248).

³⁶⁴ Paris 14 octobre 1997 (D. 1998, jur. p. 91, note Ch. Larroumet ; D. 2000, somm. p. 70, obs. F. Pérochon et D. Mainguy ; D. *Affaires* 1997, p. 1394 ; *RTD com.* 1998, p. 423, obs. A. Martin-Serf). Pour une autre application – moins remarquée – de la solution énoncée par la Cour de cassation le 25 mars 1997, voir Paris 12 mai 1998 (*RTD com.* 2000, p. 180, obs. A. Martin-Serf).

Autrement dit, les juges d'appel considèrent que la banque cessionnaire cherchait à obtenir par la voie d'une action en revendication ce qu'elle ne pouvait obtenir par la voie d'une action en paiement – en raison du principe de suspension des poursuites individuelles tendant notamment au paiement d'une somme d'argent (article L. 622-21 du code de commerce)³⁶⁵. Il fallait donc requalifier cette action en revendication en poursuite individuelle, et la soumettre au principe de suspension édicté par l'ancien article 47 de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives.

433-3. Mais requalifier l'action en revendication de sommes d'argent confondues en action en paiement, c'était indirectement mais nécessairement énoncer que le mandant, pourtant devenu titulaire des créances cédées du fait de la cession, n'avait pas de droit réel de propriété sur les sommes d'argent perçues par le mandataire et confondues au sein du patrimoine de ce dernier. Partant, c'était indirectement mais nécessairement rappeler que la confusion, dans le patrimoine d'autrui, de choses fongibles telles des sommes d'argent dégrade le droit réel de propriété de celui à qui elles appartiennent en droit personnel de créance de restitution par équivalent.

434. Le raisonnement de la cour d'appel de Paris reçoit la pleine approbation du professeur Christian Larroumet, pour qui « l'affirmation du principe de la revendication des choses fongibles apparaît comme une contrevérité, n'en déplaise à certains dont l'opinion est une confusion des genres », et pour qui l'article L. 624-16, alinéa 3, du code de commerce autorisant la revendication en nature de choses fongibles grevées

³⁶⁵ Le professeur Daniel Mainguy (obs. sous Cass. com. 25 mars 1997 & Paris 14 octobre 1997, D. 2000, p. 70) suggère que ces deux types d'actions sont sous-tendues par deux types de conceptions de l'argent : l'action en revendication d'une somme d'argent traiterai l'argent comme une chose, et l'action en exécution d'un paiement traiterai l'argent comme une obligation. Il propose d'analyser la tentative de la banque cessionnaire de faire qualifier son action en paiement d'action en revendication comme étant une « fraude à la loi » : « à quoi bon instituer une procédure de suspension des poursuites des créanciers antérieurs à la procédure si certains créanciers, et les plus dangereux, les créanciers de sommes d'argent, peuvent contourner l'article 47 qui interdit d'exercer une obligation, par un autre texte qui envisage l'objet de cette obligation comme une chose pour permettre, comme telle, sa revendication dans les conditions des articles 115 s. ? » Le professeur Alain Lienhard (note sous Cass. com. 10 mai 2000, D. 2000, p. 277) propose aussi de qualifier ce détournement de l'action en revendication de « fraude à la loi » : « un pas de plus aurait pu (pourrait encore) être franchi, et qui n'aurait rien de scandaleux au regard, précisément, de la règle d'égalité entre les créanciers. Il consisterait à poser une interdiction, pour les "créanciers-proprétaires" de sommes d'argent, d'exercer une action en revendication concurrente d'une action en exécution d'une obligation de paiement. Pour audacieuse qu'elle serait, cette création prétorienne trouverait une justification dans la notion de fraude à la loi ; elle permettrait d'éviter que certains des créanciers les plus « dangereux » puissent contourner la suspension des poursuites individuelles et l'obligation de déclarer ». Quant au professeur Eid Rawach (note sous Cass. com. 10 mai 2000, LPA, 27 décembre 2000, n° 258, p. 14), il développe l'idée que l'admission d'une action en revendication des sommes d'argent confondues (mais, semble-t-il, également non confondues) perturberait l'équilibre recherché par le droit des procédures collectives entre, d'une part, le nécessaire respect du droit de propriété, et, d'autre part, la protection des droits des créanciers. Au renfort des droits des créanciers, il sollicite la théorie de l'apparence : la présence des sommes d'argent revendiquées dans le patrimoine du dépositaire ou du mandataire en procédure collective susciterait la croyance légitime des créanciers en la propriété de leur cocontractant sur lesdites sommes d'argent : ils ont « compté sur l'existence de ce bien dans le patrimoine du débiteur lorsqu'ils ont accepté d'entrer en relation avec lui » (E. Rawach, *op. cit.*).

d'une clause de réserve de propriété et confondues dans le patrimoine du débiteur en procédure collective, est une disposition « hérétique »³⁶⁶.

435. L'impossibilité juridique de revendiquer des choses fongibles confondues serait ancrée dans l'impossibilité matérielle d'identifier l'objet du droit de propriété au nom duquel l'action en revendication est exercée. L'entendement et la perception limités de l'être humain rendraient impossible toute distinction au sein des choses aptes à se substituer les unes aux autres sans déperdition de valeur, dès lors que celles-ci sont mêlées. « La revendication d'une chose, écrit le professeur Christian Larroumet, suppose que celle-ci puisse être identifiée, ce qui exige qu'on puisse la distinguer d'autres choses avec lesquelles elle pourrait être confondue »... tant et si bien qu'une chose fongible comme une somme d'argent « fait l'objet d'un paiement, et non pas d'une revendication »³⁶⁷.

2 – Confirmation de l'impossibilité d'agir en revendication de sommes d'argent confondues dans le patrimoine d'autrui, en dehors de toute affectation en garantie (arrêt du 10 mai 2000).

436. Cette solution a été réitérée – quoiqu'implicitement – dans un arrêt rendu par la Cour de cassation statuant en sa chambre commerciale le 10 mai 2000³⁶⁸. Dans cette affaire, l'action en revendication avait été rejetée par les juges du droit au motif que le demandeur au pourvoi n'établissait pas sa qualité de propriétaire des sommes d'argent revendiquées. Mais si la qualité de propriétaire des sommes d'argent a été déniée au demandeur, c'est précisément parce que ces sommes d'argent avaient été confondues dans le patrimoine de celui à qui il les avait remises.

436-1. En l'espèce, un contrat de « stand » avait été conclu entre le propriétaire d'un magasin (concedant) et le concessionnaire du rayon boucherie-charcuterie. Aux termes de ce contrat, les recettes du rayon boucherie-charcuterie étaient perçues par le concedant dans les caisses du magasin puis reversées au concessionnaire, une fois déduite la redevance de concession. Le concedant percevait donc des sommes d'argent pour le compte du concessionnaire, et le concedant en reversait une partie au concessionnaire. Or le concedant (propriétaire du magasin) vint à être placé en

³⁶⁶ Ch. Larroumet, note sous Paris 14 octobre 1997 (D. 1998, jur. p. 91).

³⁶⁷ *Idem.*

³⁶⁸ Cass. com. 10 mai 2000 (D. 2000, Aj. p. 277, obs. A. Lienhard ; *RD bancaire et fin.* 2000, n° 161, p. 235, obs. F. – X. Lucas ; *LPA*, 27 décembre 2000, p. 14, obs. E. Rawach ; *JCP E* 2001, p. 521, note L. Courtot et F. Marmoz).

redressement judiciaire... de sorte que le concessionnaire – à qui des sommes d’argent n’avaient pas été reversées – argua de ce qu’il avait conservé la propriété des sommes d’argent remises au concédant dans la mesure où le contrat faisait état de « sommes encaissées pour son compte ». En suivant son raisonnement, il pouvait, par conséquent, exercer une action en revendication desdites sommes d’argent (diminuées de la redevance de concession) ; et il n’était donc pas astreint à l’obligation de déclaration des créances à la procédure collective ainsi qu’au délai de forclusion de deux mois dans lequel la déclaration de créances était alors enfermée sous peine d’extinction de la créance non déclarée.

436-2. Dans un arrêt du 6 mai 1997, la cour d’appel de Paris refusa de faire droit à l’argumentation du concessionnaire : selon elle, « la demande en revendication de sommes d’argent ne pouvait aboutir dans la mesure où l’argent est une chose fongible qui se trouve nécessairement confondue avec les espèces du débiteur ».

Ce dernier forma donc un pourvoi en arguant de ce qu’il pouvait agir en revendication des choses fongibles que sont les sommes d’argent, en application de l’article L. 624-16, alinéa 3, du code de commerce, et de ce que les sommes d’argent revendiquées n’étaient pas confondues au sein du patrimoine du concédant, en raison du procédé d’enregistrement dont elles avaient fait l’objet (report quotidien du montant des sommes en cause sur un livre de recettes spéciales).

436-3. La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si le concessionnaire était un propriétaire de sommes d’argent que les méthodes de comptabilisation auraient permis d’isoler au sein du patrimoine du concédant en procédure collective – dans quel cas, il était affranchi de l’obligation de déclarer les créances à la procédure collective dans un certain délai – ou bien si le même concessionnaire était un créancier de sommes d’argent que les méthodes de comptabilisation n’auraient pas permis d’isoler au sein du patrimoine du concédant en procédure collective – dans quel cas, il était soumis à l’obligation de déclarer sa créance dans un certain délai.

437. Outre le fait que les sommes d’argent en question n’étaient pas grevées d’une clause de réserve de propriété³⁶⁹, la Haute juridiction considéra, dans un arrêt de

³⁶⁹ Dans son commentaire de l’arrêt, M. Loïc Courtot (*JCP E* 2001, p. 521) souligne à juste titre que la Cour de cassation aurait pu se contenter de répondre au demandeur au pourvoi que l’article L. 624-16, alinéa 3, du code de commerce sur lequel il fondait sa demande n’était pas applicable aux sommes d’argent. Selon l’auteur, « d’une part, l’argent n’est de toute évidence pas une marchandise qui aurait été confiée à titre de dépôt au débiteur par le créancier », et « d’autre part, aucune clause de réserve de propriété n’est alléguée à l’appui de la demande ». En somme, « il aurait été légitime, pour la Cour de cassation, de se contenter de montrer l’inadéquation de l’article 121 de la loi de 1985 aux faits de l’espèce » (L. Courtot, *op. cit.*). Le professeur

rejet du 10 mai 2000, qu'il ne fallait pas lire le contrat en un mandat d'encaissement (contrat manifestant la volonté du remettant de conserver son droit de propriété sur les choses remises), mais qu'il fallait considérer que la perception de sommes d'argent par le concédant, pour le compte du concessionnaire, emportait transfert de leur propriété au premier. Et c'est dans un attendu de principe³⁷⁰ que les juges du droit approuvent les juges du fond d'avoir considéré « à bon droit » que « la société [concessionnaire] était non pas propriétaire des recettes litigieuses mais créancière de sommes d'argent ».

438. Selon le professeur Alain Lienhard, « les modalités d'encaissement et de comptabilisation adoptées (enregistrement du produit des achats du rayon sur une touche spéciale de la caisse et report de ce produit chaque soir sur un livre de recettes spéciales) »³⁷¹ ne suffisaient pas à prévenir la confusion des sommes d'argent dans le patrimoine du concédant. Il eût fallu que les sommes d'argent remises par le concessionnaire au concédant soient inscrites sur un compte bancaire spécial. De tout cela, il faut conclure que les juges du droit ont confirmé dans cet arrêt du 10 mai 2000 que la confusion de sommes d'argent – et plus généralement de choses fongibles – appartenant à deux personnes dans le patrimoine de l'une d'elles a un effet translatif de propriété. Ils n'ont fait que mieux formuler en 2000 ce qui avait été formulé sans cohérence et avec maladresse en 1997³⁷².

439. De là à affirmer, comme M. Loïc Courtot, que la Cour de cassation a, dans cet arrêt, pris parti sur la nature juridique du compte... il y a un pas qu'on se gardera de franchir. Selon ce commentateur, il faudrait conclure de ce que les sommes litigieuses étaient en l'espèce quotidiennement reportées sur un compte entre particuliers, que tout compte – bancaire ou non – serait un « rapport d'obligations entre le titulaire du compte

Eid Rawach aussi (note sous Cass. com. 10 mai 2000, *LPA*, 27 décembre 2000, n° 258, p. 14) s'attache à démontrer que l'article L. 624-16, alinéa 3, du code de commerce est insusceptible de s'appliquer aux sommes d'argent. La première raison serait que les notions d'« espèce » et de « qualité » ne pourraient concerner les sommes d'argent. La deuxième raison serait que l'expression « en nature » n'aurait aucun sens pour les sommes d'argent qui sont insusceptibles de toute altération substantielle modifiant leur nature. La troisième raison serait que l'ensemble du dispositif de revendication de marchandises grevées d'une clause de réserve de propriété aurait vocation à s'appliquer aux « meubles », aux « marchandises », aux « effets de commerce ou autres titres ». La quatrième raison résiderait dans le fait que, même lorsque la loi permet de revendiquer le prix de revente des marchandises grevées d'une clause de réserve de propriété, elle ne le fait que sur le fondement de la subrogation réelle et que parce que ce prix est traité comme une « marchandise » substituée aux « marchandises » revendues et impayées par le revendeur. Aussi est-ce la raison pour laquelle « la revendication du prix doit se faire dans les mêmes conditions que la revendication du bien lui-même » (E. Rawach, *op. cit.*), c'est-à-dire avant d'être compensé en compte courant ou réglé en valeur. Comme le fait très justement remarquer le professeur Eid Rawach, « si le principe même de la possibilité de revendiquer une somme d'argent est admis, nul besoin de fonder la revendication du prix sur la subrogation » (*op. cit.*). En d'autres termes, si la revendication de sommes d'argent était admise, il n'aurait pas été nécessaire de prévoir des dispositions spéciales pour la revendication du prix de revente des marchandises grevées d'une clause de réserve de propriété.

³⁷⁰ *Contra* : pour la portée limitée de l'arrêt : E. Rawach, note sous Cass. com. 10 mai 2000 (*LPA*, 27 décembre 2000, n° 258, p. 14).

³⁷¹ A. Lienhard, obs. sous Cass. com. 10 mai 2000 (D. 2000, Aj. p. 277)

³⁷² En ce sens aussi : E. Rawach, note sous Cass. com. 10 mai 2000 (*LPA*, 27 décembre 2000, n° 258, p. 14).

et son cocontractant »³⁷³. La confusion des sommes d'argent, choses fongibles, dans le patrimoine du concédant qui tenait le « compte » aurait transformé ce « compte » en une créance au sens civil du terme.

3 – Réitération du refus d'admettre la revendication de sommes d'argent confondues dans le patrimoine d'autrui, en dehors de toute affectation en garantie (arrêt du 4 février 2003).

440. La Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a, dans un arrêt du 4 février 2003³⁷⁴, clairement exclu la possibilité pour celui qui, en dehors de toute affectation en garantie, remet à autrui des sommes d'argent, de revendiquer leur propriété lorsque celles-ci ont été confondues dans le patrimoine de celui à qui elles ont été remises.

Dans cette affaire, il s'agissait d'un intermédiaire financier qui avait reçu des sommes d'argent non grevées d'une clause de réserve de propriété et qui avait été placé en redressement judiciaire puis en liquidation judiciaire. Bien que les sommes d'argent remises ne fussent pas grevées d'une clause de réserve de propriété, le demandeur fondait son pourvoi sur l'ancien article L. 621-122 du code de commerce (actuel article L. 624-16 du même code) pour exercer une action en revendication (et en restitution) des sommes d'argent représentant les positions acquises par l'intermédiaire financier au moyen des sommes d'argent remises.

440-1. Les juges du fond³⁷⁵ rejetèrent son argumentation au motif que les sommes d'argent revendiquées ne constituaient pas des « marchandises » au sens de l'ancien article L. 621-122 du code de commerce, que les sommes d'argent revendiquées n'étaient pas identifiables, et, par conséquent, que la confusion des sommes d'argent remises dans le patrimoine de l'intermédiaire financier avait transformé le droit réel de propriété de celui qui les avait remises en droit personnel de créance de restitution par équivalent.

440-2. Se plaçant davantage sur le terrain du droit des procédures collectives que sur celui du droit des biens et de la confusion des choses fongibles, les juges du droit confirmèrent l'arrêt rendu en appel en jugeant qu'« une demande de restitution de fonds

³⁷³ L. Courtot (note sous Cass. com. 10 mai 2000, *JCP E* 2001, p. 521).

³⁷⁴ Cass. com. 4 février 2003 (D. 2003, p. 1230, obs. A. Lienhard).

³⁷⁵ Paris 10 décembre 1999 (*RTD com.* 2000 p. 1014, obs. A. Martin-Serf).

ne peut être formée par voie de revendication, la seule voie ouverte au créancier d'une somme d'argent étant de déclarer sa créance à la procédure collective de son débiteur ». C'était dire, en creux, que la confusion de sommes d'argent dans le patrimoine de celui à qui elles sont remises dégrade le droit réel de propriété de celui qui les a remises en droit personnel de créance et le place donc, au regard du droit des procédures collectives, dans la même situation que n'importe quel créancier chirographaire³⁷⁶.

441. Il ne faut pas négliger que la portée de cet arrêt du 4 février 2003 – qui n'a pas été publié au bulletin – est discutée : le professeur Alain Lienhard, plutôt hostile à l'idée que la confusion de choses fongibles appartenant à deux personnes n'ait pas d'effet translatif de propriété³⁷⁷, écrit lui-même que « la vigueur de cette nouvelle solution reste, certes, à prouver »³⁷⁸.

4 – Une nouvelle confirmation du refus d'admettre la revendication de sommes d'argent confondues dans le patrimoine d'autrui, en dehors de toute affectation en garantie (arrêt du 22 mai 2013).

442. La « vigueur » de la solution du 4 février 2003 a été prouvée dix ans plus tard, dans un arrêt de principe rendu le 22 mai 2013 par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale³⁷⁹.

L'opération juridique en cause dans l'affaire tranchée le 22 mai 2013 n'est pas sans évoquer celle qui a donné lieu à l'arrêt du 10 mai 2000, dans la mesure où elle s'apparentait à une sorte de contrat de mandat d'encaissement, à ceci près que les parties audit contrat n'étaient pas les concédant et concessionnaire d'un rayon de boucherie-

³⁷⁶ Le professeur Didier-René Martin (« De la garantie monétaire », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 46) critique la solution retenue dans cet arrêt qu'il qualifie de « brutal, lapidaire et régressif ».

³⁷⁷ Le parti pris du professeur Alain Lienhard en faveur de l'effet translatif de propriété attaché à la confusion des choses fongibles s'explique plus du point de vue pragmatique des procédures collectives et des conséquences de l'exercice d'une action en revendication au regard du principe d'égalité des créanciers, que du point de vue théorique du droit des biens. L'auteur souligne que l'admission de la revendication par des créanciers de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du débiteur ruinerait le principe d'interdiction des poursuites individuelles tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent (actuel article L. 622-21 du code de commerce). Il fait en outre remarquer que, s'agissant des créanciers d'une obligation de restitution de dépôts, la loi n° 99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière a garanti les droits des déposants de sommes d'argent en créant un fonds de garantie des dépôts destiné à indemniser totalement ou partiellement les clients des établissements de crédit qui viendraient à faire faillite (jusqu'à 100 000 € par déposant et par établissement). De tout cela, il conclut qu'il faudrait « poser une interdiction pour les “créanciers-propriétaires” de sommes d'argent d'exercer une action en revendication concurrente d'une action en exécution d'une obligation de paiement » (D. 2000, p. 277) – interdiction qui serait fondée sur la prohibition de la fraude à la loi. Il y aurait en effet fraude à la loi dès lors que l'on permettrait que « certains des créanciers les plus “dangereux” puissent contourner la suspension des poursuites individuelles et l'obligation de déclarer » (D. 2000, p. 277).

³⁷⁸ A. Lienhard, obs. sous Cass. com. 4 février 2003, D. 2003, p. 1230.

³⁷⁹ Cass. com. 22 mai 2013, pourvoi n° 11-23.961, D. 2013, p. 1594, note F. Danos et obs. A. Lienhard ; *Revue des sociétés* 2013, p. 526, note Ph. Roussel-Galle.

charcuterie, mais des compagnies aériennes et une agence de voyages. En effet, une société exerçant l'activité d'agence de voyages avait conclu en 1995 un contrat aux termes duquel elle était habilitée à vendre des billets d'avion pour le compte de compagnies aériennes (Air France, Royal Air Maroc, Tap Portugal et Iberia Lineas Aereas de España). L'agence de voyages était tenue de reverser le produit de la vente des billets d'avion aux compagnies aériennes pour le compte desquelles elle l'avait encaissé³⁸⁰. Or, durant plus d'un mois et demi (du 1^{er} septembre au 21 octobre 2008), l'agence de voyages n'exécuta pas son obligation de reverser les sommes en question aux compagnies aériennes. Puis, à la fin du mois d'octobre 2008, une procédure de redressement judiciaire fut ouverte à l'encontre de l'agence débitrice, procédure convertie par la suite en liquidation judiciaire... tant et si bien que les compagnies aériennes créancières saisirent le juge-commissaire d'une demande tendant à la restitution des sommes encaissées par l'agence débitrice au titre des billets émis pour leur compte.

442-1. Cette demande ayant échoué devant les juges du fond, les compagnies aériennes créancières formèrent un pourvoi en s'appuyant sur l'article L. 624-16 du code de commerce dont le premier alinéa dispose que « peuvent être revendiqués, à condition qu'ils se retrouvent en nature, les biens meubles remis à titre précaire au débiteur ». Les demanderesses au pourvoi soutenaient que les sommes d'argent, bien qu'ordinairement fongibles, étaient, en l'espèce, individualisées, dans la mesure où elles étaient aisément identifiables au plan comptable dans les livres de l'agence de voyages débitrice qui les détenait à titre précaire, en vertu d'une sorte de contrat de dépôt. Selon les sociétés créancières, les sommes d'argent encaissées par la société débitrice n'étaient pas confondues mais individualisées dans le patrimoine de cette dernière. Elles devaient donc être regardées comme « se retrouvant en nature » dans le patrimoine de la société débitrice, aux fins d'application de l'article L. 624-16 du code de commerce. L'argumentation était destinée à permettre aux compagnies créancières d'être payées avant les autres créanciers, *via* l'action en revendication, et d'échapper ainsi à la discipline de la procédure collective et de la déclaration de créances – déclaration à laquelle elles avaient par ailleurs procédé, sans doute par précaution.

³⁸⁰ En l'espèce, l'article 7-2 du contrat stipulait expressément que toutes les sommes encaissées par l'agence de voyages pour le transport et les services annexes vendus étaient la propriété du transporteur et que ces sommes devaient être gardées en dépôt par l'agent comme propriété du transporteur ou en son nom jusqu'à ce qu'il en ait été rendu compte à ce dernier de façon satisfaisante et que le règlement en ait été effectué.

À l'inverse, le mandataire liquidateur soutenait que l'identification comptable des sommes encaissées ne suffisait pas à les individualiser, que les sommes encaissées étaient confondues dans le patrimoine de la société débitrice et que, comme toute confusion de choses fongibles, cette confusion aurait transformé le droit réel de propriété des compagnies créancières en droit personnel de créance de restitution... Les compagnies créancières devaient donc être regardées non pas comme des « propriétaires » de sommes d'argent, mais comme des créanciers chirographaires soumis à la règle de l'arrêt des poursuites individuelles.

442-2. C'est cette argumentation qui a emporté la conviction des juges du droit lorsqu'ils eurent, le 22 mai 2013, à répondre à la question de savoir si les compagnies créancières pouvaient revendiquer les sommes d'argent encaissées par la société débitrice à titre précaire, si l'identification comptable suffisait à individualiser des sommes d'argent et à préserver le droit réel de propriété de la société pour le compte de laquelle ces sommes avaient été encaissées, ou si cette identification comptable ne suffisait pas à prévenir la confusion des sommes d'argent dans le patrimoine de leur détenteur précaire, et, corrélativement, la transformation du droit réel de propriété de la société pour le compte de laquelle elles avaient été encaissées en droit personnel de créance de restitution devant être déclaré à la procédure collective du détenteur précaire.

442-3. La Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, répondit à la question en réitérant avec force la solution qu'elle avait adoptée le 4 février 2003, jugeant qu'« une demande de restitution de fonds ne peut être formée par voie de revendication, la seule voie ouverte au créancier d'une somme d'argent étant de déclarer sa créance à la procédure collective de son débiteur », et que c'est donc « à bon droit que la cour d'appel en a déduit que les créances litigieuses étaient soumises à déclaration et rejeté les requêtes en revendication ».

Cet arrêt de rejet érige en principe la règle jurisprudentielle selon laquelle la confusion de choses fongibles (notamment de sommes d'argent) dans le patrimoine d'autrui (en particulier d'un détenteur précaire) opère transfert de propriété au profit du maître du patrimoine dans lequel s'effectue la confusion, et, par là-même, transforme le droit réel de propriété de leur propriétaire initial en droit personnel de créance de restitution³⁸¹.

³⁸¹ Contrairement à ce que soutient M. Frédéric Danos (note sous l'arrêt, D. 2013, p. 1594), il ne nous semble pas que la Cour de cassation ait, dans cette décision, posé le « principe d'une impossibilité absolue pour un créancier de revendiquer chez le débiteur la somme d'argent qu'il lui doit ». L'auteur prétend que les juges du droit auraient écarté toute possibilité de

443. Une autre vision des choses est cependant possible, comme l'a montré en 2012 le professeur Jérôme François, dans un article intitulé « Retour sur la revendication des sommes d'argent »³⁸². Selon cet auteur, la règle jurisprudentielle selon laquelle la propriété des choses fongibles serait transférée au détenteur précaire dans le patrimoine duquel elles se confondent « ne saurait satisfaire. La confusion d'une chose avec une autre semblable entre les mains du détenteur n'est qu'une circonstance de fait »³⁸³, à laquelle il n'y aurait nullement lieu d'attacher une règle de fond :

« Cette circonstance de fait devrait tout au plus retentir sur la preuve de l'appartenance des choses confondues qui relève, elle aussi, du fait. Si le remettant ne peut plus prouver son droit à cause de la confusion, son action ne saurait aboutir. Si, au contraire, la preuve demeure possible, l'action en revendication n'a aucune raison d'être écartée. »³⁸⁴

Convaincu de ce que l'obligation de restitution à laquelle est tenu un détenteur précaire relève de la catégorie des droits personnels, et qu'elle ne saurait donc avoir un

revendiquer des sommes d'argent, indépendamment du fait de savoir si ces dernières sont confondues ou individualisées dans le patrimoine d'autrui. Il nous semble plutôt qu'ayant implicitement considéré que l'identification comptable des sommes d'argent encaissées pour le compte des compagnies aériennes créancières ne suffisait pas à les individualiser (comme l'inscription sur un compte spécial, par exemple, aurait pu le faire), la Cour de cassation retient que les sommes d'argent encaissées par l'agence de voyages débitrice sont confondues dans le patrimoine de cette dernière et qu'en conséquence, les compagnies aériennes créancières avaient vu leur droit de propriété (leur droit « sur » les sommes d'argent) se commuer en droit personnel de créance de restitution (droit « à » des sommes d'argent). Si le droit de propriété des compagnies créancières sur les sommes d'argent avait été préservé par l'individualisation de ces dernières grâce à leur inscription sur un compte spécial, la solution n'eût pas été la même. Il va de soi que la décision rendue le 22 mai 2013 ne remet pas en cause la possibilité de revendiquer des sommes d'argent inscrites sur un compte à affectation spéciale (solution pouvant s'induire de plusieurs arrêts : Cass. com 14 mai 1991, pourvoi n° 89-14.287 ; 7 mars 2000, pourvoi n° 96-19.326 ; 17 janvier 2006, pourvoi n° 03-17.129, & Cass. 3° civ. 23 septembre 2009, pourvoi n° 08-18.355). Mais, dans la mesure où, en l'espèce, les sommes d'argent n'avaient pas été versées sur un tel compte, cette solution ne s'imposait pas.

La décision du 22 mai 2013 s'explique avant tout par les enjeux pratiques liés aux procédures collectives qui commandent d'éviter que des personnes réclamant au débiteur la restitution de sommes d'argent utilisent l'action en revendication pour contourner la procédure de déclaration de créances et l'arrêt des poursuites individuelles et primer ainsi des personnes qui demandent le paiement de créances monétaires.

Cette solution ne contredit pas celles qui ont pu être retenues dans le cadre de droits spéciaux, comme le droit immobilier. C'est sur le fondement des dispositions spéciales et dérogatoires de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 réglementant les conditions d'exercice des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, que la même chambre commerciale de la Cour de cassation a pu décider, le 15 février 2011, que « le mandant d'une agence immobilière en liquidation judiciaire n'a pas à déclarer sa créance de restitution résultant des dispositions de la loi du 2 janvier 1970 au passif de la procédure, celle-ci échappant par sa nature aux dispositions de la procédure collective obligeant les créanciers dont la créance est née antérieurement au jugement d'ouverture à déclarer leurs créances au liquidateur » (Cass. com. 15 février 2011, pourvoi n° 10-10.056, D. 2011, p. 590, obs. A. Lienhard, et, p. 988, note D. R. Martin ; *AJDI* 2011, p. 645, obs. M. Thioye ; *RTD civ.* 2011, p. 376, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2011, p. 634, obs. A. Martin-Serf). En effet, dans le cas très particulier des agents immobiliers, le 2° de l'article 3 de la loi du 2 janvier 1970 prévoit que les agents immobiliers doivent, en tant que mandataires, souscrire, auprès d'une entreprise d'assurance ou d'un établissement de crédit, une garantie financière permettant le remboursement des fonds, effets ou valeurs déposés auprès d'eux par leurs mandants. Les mandants créanciers d'agents immobiliers mandataires bénéficient ainsi d'une garantie légale pour leurs créances de restitution de sommes d'argent.

³⁸² J. François, « Retour sur la revendication des sommes d'argent », D. 2012, p. 1493.

³⁸³ *Idem.*

³⁸⁴ *Idem.*

quelconque impact sur le terrain des droits réels³⁸⁵, le professeur Jérôme François propose de distinguer deux cas de figure, l'un ouvrant la voie à l'action en revendication de sommes d'argent confondues dans le patrimoine d'autrui, et l'autre excluant une telle action.

Selon cet auteur, le « propriétaire » de sommes d'argent remises à un détenteur précaire (mandant, gagiste ou autre) pourrait agir en revendication dès lors qu'il s'agirait de monnaie fiduciaire individualisée dans le patrimoine de ce détenteur. Mais il n'y avait guère de doute sur ce sujet puisque, dans cette hypothèse, il s'agirait de la revendication de sommes d'argent non pas confondues mais individualisées.

En revanche, le « propriétaire » de sommes d'argent remises à un détenteur précaire ne pourrait jamais agir en revendication dès lors qu'il s'agirait de monnaie scripturale puisque, par hypothèse, en application de l'article L. 312-2 du code monétaire et financier, les sommes inscrites en compte seraient la propriété non pas du détenteur précaire, mais de son banquier, réceptionnaire des fonds. Selon le professeur Jérôme François, il n'y aurait même pas à distinguer selon que la monnaie scripturale remise au détenteur précaire est confondue avec d'autres sommes inscrites sur son/ses compte(s) ou qu'elle est individualisée par une inscription au crédit d'un compte spécial. Le remettant des sommes d'argent devrait alors agir contre le banquier réceptionnaire des fonds, et non contre le détenteur précaire auquel il a remis les sommes en question.

Si la monnaie scripturale remise au détenteur précaire est inscrite sur un compte à affectation spéciale, le remettant des sommes d'argent devrait, selon le professeur Jérôme François, pouvoir engager une action directe parfaite³⁸⁶ contre le banquier réceptionnaire des fonds, de la même façon que la victime d'un dommage dispose d'une action directe parfaite contre l'assureur de responsabilité de l'auteur dudit dommage³⁸⁷.

En revanche, si la monnaie scripturale remise au détenteur précaire est inscrite sur un compte courant (ou à tout le moins dépourvu d'affectation spéciale), et si elle est donc confondue avec d'autres sommes lui appartenant, le remettant des sommes d'argent devrait pouvoir engager une action directe imparfaite contre le banquier réceptionnaire

³⁸⁵ *Ibidem* : « tandis que l'acte de disposition irrégulièrement accompli par le détenteur précaire d'un corps certain, l'exposant irrémédiablement à un défaut de restitution, consomme l'abus de confiance, le détenteur précaire de choses fongibles peut se rattraper en remplaçant les quantités dissipées », dans la mesure où il est tenu de les conserver non pas *in specie*, mais *in genere*. « La restitution en nature et par équivalent n'est ainsi qu'un élément du régime personnel de la détention précaire, sans rapport avec son statut réel ».

³⁸⁶ L'action directe permet à un créancier d'agir en justice en son nom et pour son propre compte contre le débiteur de son débiteur, c'est-à-dire contre un sous-débiteur. La créance intermédiaire est immobilisée et affectée exclusivement au profit du créancier dès sa naissance dans le cadre d'une action directe parfaite alors qu'elle ne l'est qu'au jour où le créancier prend l'initiative de poursuivre le sous-débiteur dans le cas d'une action directe imparfaite.

³⁸⁷ Article L. 124-3 du code des assurances.

des fonds et opposer ainsi à l'éventuelle procédure collective du détenteur précaire un droit direct à la restitution.

444. Si l'idée que le propriétaire de monnaie métallique ou de monnaie-papier peut agir en revendication contre le détenteur précaire (et notamment le créancier gagiste) dès lors que cette monnaie fiduciaire est individualisée dans le patrimoine de ce dernier, mérite l'approbation, il faut toutefois rejeter l'idée que le propriétaire de monnaie scripturale ne pourrait pas agir en revendication contre le détenteur précaire alors même que les sommes remises seraient inscrites sur un compte spécial propre à les individualiser (et donc à préserver le droit de propriété du remettant). S'il est vrai que, comme l'explique le professeur Jérôme François, la Cour de cassation n'a jamais explicitement consacré la revendication de monnaie scripturale inscrite sur un compte spécial, elle a en revanche décidé à plusieurs reprises, avec constance, qu'un compte spécial ou « à rubriques » permettait d'individualiser la monnaie scripturale et de préserver le droit de propriété de son remettant, de telle sorte que, par exemple, toute convention de fusion de comptes spéciaux ouverts au nom du remettant avec des comptes personnels du détenteur précaire serait inopposable au premier³⁸⁸. Dès lors qu'est préservé le droit de propriété du remettant de sommes d'argent qui sont inscrites sur un compte spécial ou « à rubriques » ouvert à son nom, est également et nécessairement préservée l'action en revendication qu'a le remettant sur les sommes en question.

De la série de décisions qui ont mené à cet arrêt du 22 mai 2013, il semble qu'il faille conclure que les juges du droit se refusent aujourd'hui, malgré quelques hésitations, à remettre en cause la jurisprudence établie par la chambre civile de la Cour de cassation le 6 mai 1930 – jurisprudence aux termes de laquelle la confusion de choses fongibles, et particulièrement de sommes d'argent, appartenant à une personne dans le patrimoine d'une autre emporte transfert de la propriété desdites choses fongibles (ou sommes d'argent) de la première à la seconde, transformant

³⁸⁸ Cass. com 14 mai 1991 (Bull. civ. IV n° 161, pourvoi n° 89-14.287 ; *Revue Banque* 1991, p. 869, obs. J. -L. Rives-Lange ; D. 1992, jur. p. 13, note D. R. Martin ; D. 1993, somm. p. 56, obs. M. Vasseur ; *RTD com.* 1991 p. 621, obs. M. Cabrillac) ; Cass. com. 22 novembre 1994 (pourvoi n° 93-11.016 ; *RJDA* 3/1995, p. 249) ; Cass. com. 10 février 1998 (Bull. civ. IV n°64, pourvoi n° 94-21.596 ; D. 1998, IR p. 64 ; *D. Affaires* 1998, p. 470 ; *RTD civ.* 1998, p. 703, obs. P.-Y. Gautier) ; Cass. com. 7 mars 2000 (Bull. civ. IV n° 46, pourvoi n° 96-19.326 ; *RTD civ.* 2000, p. 862, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 2000, p. 990, obs. M. Cabrillac) ; Cass. com. 17 janvier 2006 (Bull. civ. IV n° 8, pourvoi n° 03-17.129 ; D. 2006, p. 440, obs. X. Delpech ; *RTD com.* 2006, p. 459, obs. D. Legeais), & Cass. 3° civ. 23 septembre 2009 (Bull. civ. III n° 198, pourvoi n° 08 18.355 ; D. 2010, p. 1043, obs. D. R. Martin ; *Banque et droit*, novembre-décembre 2009, p. 36, obs. Th. Bonneau ; *AJDI* 2010, p. 473, obs. P. Capoulade).

ainsi un droit réel de propriété en droit personnel de créance de restitution par équivalent. Les juges du droit semblent avoir fait leur le propos du doyen Gérard Cornu qui, dès 1961, écrivait que « ni la volonté de l'homme ni la loi ne peuvent faire qu'un droit réel subsiste sur une chose non individualisée »³⁸⁹.

Lorsque la confusion, dans le patrimoine d'autrui, de choses fongibles, et notamment de sommes d'argent, intervient en dehors de toute affectation en garantie, la jurisprudence tend à refuser d'appliquer la règle, prévue par la loi, qui paralyse l'effet translatif de propriété attaché à la confusion de choses fongibles lorsque celle-ci intervient dans le cadre d'une opération de garantie. En effet, lorsqu'est stipulée une clause de réserve de propriété, la fonction de garantie prive la fongibilité de son effet translatif de propriété pour ne laisser « survivre qu'une "propriété générique flottante" ouvrant sur une revendication par équivalent en forme de prélèvement sur la masse de choses pareilles dans les actifs du détenteur »³⁹⁰.

Cependant les décisions rendues par la Cour de cassation en 1997, 2000, 2003 et 2013, doivent être confrontées à d'autres décisions de la même juridiction qui ont semblé réserver un sort favorable à l'action en revendication de choses fongibles, et notamment de sommes d'argent, confondues dans le patrimoine de leur réceptionnaire.

B – L'accueil, par la jurisprudence, de l'action en revendication de sommes d'argent confondues dans le patrimoine d'autrui, en dehors de toute affectation en garantie.

1 – Premiers pas timides vers l'admission de l'action en revendication de sommes d'argent confondues dans le patrimoine d'autrui, en dehors de toute affectation en garantie (arrêt du 28 octobre 1986)

445. Le 28 octobre 1986, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a rendu un arrêt³⁹¹ dans une affaire mettant en cause une cession de créances professionnelles par voie de bordereau « Dailly ».

³⁸⁹ G. Cornu, note sous Cass. civ. 8 février 1961, *RTD civ.* 1961, p. 698, n° 4.

³⁹⁰ D. R. Martin « De la revendication des sommes d'argent », *D.* 2002, p. 3279.

³⁹¹ Cass. com. 28 octobre 1986 (*D.* 1986, jur. p. 592, note M. Vasseur ; *JCP G* 1987, II, 20735, obs. J. Stofflet ; *RTD com.* 1987, p. 90, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié).

Une société (« Granel ») ouvrit en 1981 un compte courant auprès d'une banque (« Caisse régionale du crédit agricole du Sud-Ouest »). En 1982, la même société céda à une autre banque (« Banque Pelletier ») la créance qu'elle avait sur un client italien (débiteur cédé), en recourant pour ce faire au régime de la cession de créances professionnelles institué par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, dite « loi Dailly », dont l'article 4 disposait que « la cession [...] prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau ». La cession de créance ne lui ayant pas été notifiée, c'est en toute bonne foi que le débiteur cédé (client de la société cédante) se libéra en 1982 entre les mains de la société cédante, ou plus exactement, entre les mains de la banque de la société cédante (banque réceptrice) à laquelle le débiteur cédé, ignorant la cession de créance, transmit par virement les sommes dues au titre de la créance cédée. Après l'ouverture, à l'encontre de la société cédante, d'une procédure de redressement judiciaire, en 1983, la banque réceptrice fut informée de ce que les sommes qu'elles avaient inscrites en 1982 au crédit du compte courant de la société cédante (devenu entre temps débiteur) provenaient d'une cession de créance professionnelle. La banque cessionnaire (« Banque Pelletier ») demanda à la banque réceptrice de lui virer les sommes provenant de la créance qui lui avait été cédée. La banque réceptrice refusa et la banque cessionnaire agit donc à son encontre, en revendication de ces sommes.

445-1. Dans un jugement du 12 juin 1984, le tribunal de commerce de Dax rejeta la demande de la banque cessionnaire, au motif que les sommes portées au crédit d'un compte perdaient leur individualité en raison de la fongibilité intrinsèque de la monnaie et que toute revendication de sommes non individualisées était donc exclue.

Dans un arrêt du 20 mai 1985, la cour d'appel de Pau fit droit à la demande de la banque cessionnaire, estimant que la convention d'ouverture de crédit en compte courant liant la banque réceptrice à la société cédante était échue en 1982 et que la banque réceptrice n'aurait pas dû inscrire les sommes versées au titre de la créance cédée au crédit du compte courant – qui aurait dû être clôturé –, mais au crédit d'un compte de dépôt distinct qui les aurait individualisées.

La banque réceptrice forma alors un pourvoi en arguant de ce qu'ayant été inscrite au crédit d'un compte courant, la créance cédée avait perdu son individualité pour se fondre dans un solde (au demeurant débiteur) et que « la somme versée [était] insusceptible de revendication par suite de la fongibilité des sommes versées à un compte courant », autrement dit par suite de la confusion des sommes provenant de la

créance cédée avec d'autres sommes figurant sur le compte de la société cédante. Le pourvoi faisait ainsi valoir que « la monnaie [était] une chose essentiellement fongible, qui ne [pouvait] faire l'objet d'une revendication entre les mains de celui qui la dét[enait] » et « qu'en l'absence de disposition expresse, il n'y a[vait] pas lieu de distinguer suivant l'origine des deniers versés à un compte courant, compte de dépôt ou compte d'avance ».

445-2. La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si la confusion des sommes provenant d'une créance cédée par voie de bordereau « Dailly » avec d'autres sommes inscrites sur le compte du cédant interdisait ou non au cessionnaire d'agir en revendication des sommes versées au titre de la créance cédée.

C'est cependant sur un tout autre terrain que s'est placée la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, pour rejeter le pourvoi. Les juges du droit se sont en effet appuyés sur la rédaction de l'article 4 de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 précitée et sur la règle selon laquelle « la cession, qui transfér[ait] au cessionnaire la propriété de la créance professionnelle cédée, pren[ait] effet entre les parties et dev[enait] opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau », pour décider que le virement opéré par la banque réceptrice sur le compte courant de la société cédante avait été effectué au préjudice de la banque cessionnaire qui, n'ayant pas reçu paiement de la créance cédée à son profit, était dès lors fondée à le réclamer. Autrement dit, la cession de créance professionnelle étant réputée opposable à tous les tiers, y compris au banquier du cédant, à la date apposée sur le bordereau qui la constate, le banquier du cédant, réceptrice des fonds versés par le débiteur cédé, ne pouvait refuser de remettre ces fonds au cessionnaire, quand bien même ce dernier n'aurait pas pris soin de notifier la cession de créance au débiteur cédé.

Indirectement, la Cour de cassation reconnaissait ainsi que le droit réel du cédant, transmis au cessionnaire, sur la créance inscrite en compte, subsistait malgré l'entrée en compte, et permettait au cessionnaire d'agir en revendication.

446. Établissant une distinction entre une créance et les sommes versées au titre d'une créance, le professeur Jean Stoufflet se montre très critique à l'égard de la solution adoptée par les juges du droit le 28 octobre 1986, estimant qu'elle « méconnaît les principes régissant les comptes bancaires et la monnaie » et que l'article 4 de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 était totalement « étranger à la situation soumise à la chambre

commerciale »³⁹². Selon cet auteur, cette disposition « est inapplicable quand n'est plus en cause la "propriété" de la créance mais la somme d'argent provenant de son règlement »³⁹³. S'appuyant sur une doctrine quasi-unanime et sur une jurisprudence antérieure³⁹⁴, le professeur Jean Stoufflet soutient que ce qui était en cause dans le litige soumis à la Cour de cassation, ce n'était ni la date d'opposabilité de la cession de créance aux tiers, ni la théorie du compte courant qui postule la perte d'individualité des créances et des dettes qui entrent en compte³⁹⁵, mais la fongibilité (en général, et de la monnaie en particulier) ainsi que les effets de cette dernière, à savoir l'impossibilité de reconnaître des choses fongibles qui se confondent dans le patrimoine d'autrui, et, par suite, l'impossibilité de faire valoir, au moyen d'une action en revendication, un droit de propriété sur ces choses fongibles confondues³⁹⁶.

En dehors de toute opération de garantie, comme c'était le cas dans cette affaire, la fongibilité aurait dû, selon le professeur Jean Stoufflet, se voir reconnaître l'effet de dégrader le droit réel de propriété du cessionnaire sur les sommes versées au titre de la créance cédée en droit personnel de créance de restitution. C'est donc l'action en paiement – et non l'action en revendication – du cessionnaire qui aurait dû être accueillie, le cas échéant complétée par une action en responsabilité pour faute dans l'hypothèse où il aurait pu être démontré que la banque réceptionnaire avait manqué aux devoirs de vigilance et de contrôle mis à la charge des banquiers en recevant les fonds et en les portant au crédit de sa cliente, la société cédante³⁹⁷.

³⁹² J. Stoufflet, obs. sous Cass. com. 28 octobre 1986, *JCP G* 1987, II, 20735.

³⁹³ *Idem*.

³⁹⁴ Le professeur Jean Stoufflet cite en particulier l'arrêt qui a été rendu le 20 avril 1983 par la Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile, et qui a fait plus haut l'objet de quelques commentaires (Cass. 1^{ère} civ. 20 avril 1983, Bull. civ. I, n° 127, p. 110 ; *Defrénois* 1983, art. 33132, p. 1141, note Ch. Larroumet ; D. 1984, I.R. p. 78, obs. M. Vasseur ; *Banque*, 1984, p. 487, obs. D. R. Martin).

³⁹⁵ Le professeur Michel Vasseur (note sous Cass. com. 28 octobre 1986, D. 1986, jur. p. 595) s'accorde avec le professeur Jean Stoufflet pour écarter la théorie du compte courant du débat sur les fondements de la solution. Le professeur Michel Vasseur rappelle que la Cour de cassation, statuant en sa chambre des requêtes, a jugé, le 18 décembre 1933 que « si les inscriptions qui figurent à un compte courant forment un tout indivisible et si, tant que le compte est ouvert, il n'y a ni créance ni dette, ce principe qui règle les rapports entre les parties que lie le contrat de compte courant, ne saurait s'opposer à ce que des tiers, qui n'ont pas participé à ce contrat, établissent qu'un virement y a été opéré à leur préjudice » (Req., 18 décembre 1933, *Gaz. Pal.*, 1934, I, p. 283 ; *RTD civ.* 1934, p. 130). En conséquence, « l'indivisibilité [du compte courant] n'est pas en principe opposable aux tiers [...et] les tiers doivent être admis à extraire un article du compte, si cette inscription y a été opérée à leur préjudice » (M. Vasseur, X. Marin, *Les comptes en banque*, Sirey, 1966, n° 257 *in fine*).

³⁹⁶ J. Stoufflet, obs. sous Cass. com. 28 octobre 1986, *JCP G* 1987, II, 20735 : « la fongibilité de la monnaie jointe à l'effet de fusion qui résulte de la remise en compte – compte de dépôt aussi bien que compte courant – fait obstacle à une telle revendication. La doctrine presque unanime l'exclut. [...] La solution n'est aucunement liée à la théorie du compte courant et à l'indivisibilité qui caractérise ce type de compte. Elle est la conséquence du fait qu'une somme inscrite à un compte se fond dans le compte et n'est pas plus identifiable que les billets placés dans la caisse ou le portefeuille du créancier ».

³⁹⁷ *Ibidem* : « le banquier cessionnaire ne peut, en réalité, se présenter qu'en qualité de *créancier du cédant* contre qui il dispose d'une action en garantie puisque ce cédant a encaissé le montant d'une créance qu'il lui avait transmise. [...] *À l'égard du banquier récepteur* des fonds, le cessionnaire de la créance n'a d'autre action qu'une action en responsabilité civile fondée sur la faute. Deux types de fautes peuvent être retenus. Tout d'abord un manquement au devoir général de vigilance et de discernement qui pèse sur les banquiers [...] Serait aussi fautive la banque qui a manqué, en recevant la somme, à un devoir professionnel particulier de contrôle ».

447. D'un point de vue pratique, la consécration indirecte, « camouflée » (pour reprendre l'expression du professeur Anne Laude³⁹⁸) d'une action en revendication de choses fongibles, et plus précisément de sommes d'argent, confondues dans le patrimoine d'autrui, avait pour conséquence, selon le professeur Jean Stoufflet, de créer « une insécurité pour toute banque réceptrice de fonds qui [du fait de cette solution] se trouve en pratique contrainte d'en vérifier l'origine avant de les considérer comme élément du crédit de son client »³⁹⁹ ... alors même qu'elle est tenue au principe de non-ingérence dans les affaires dudit client.

448. Mais l'appréciation très critique du professeur Jean Stoufflet contraste avec celle, laudative, du professeur Michel Vasseur⁴⁰⁰. Cet auteur approuve sans réserve la solution qui conduit à ce que « personne ne sera autorisé à penser que, pour un banquier, toute somme, d'où qu'elle vienne, reçue du chef de l'un de ses clients, est bonne à prendre et à conserver, tel un butin de guerre »⁴⁰¹. Là où le professeur Jean Stoufflet voit une source d'insécurité juridique pour tout banquier teneur de compte, le professeur Michel Vasseur voit un facteur de sécurité pour tout banquier cessionnaire de créances professionnelles par voie de bordereau « Dailly » - ce dont, selon lui, « dépendaient l'avenir et le succès de la loi “ Dailly ” »⁴⁰². Là où le professeur Jean Stoufflet voit un problème uniquement lié aux effets de la fongibilité en général, et de la fongibilité de la monnaie en particulier, le professeur Michel Vasseur voit un problème lié aux seules conditions d'opposabilité de la cession de créances professionnelles par voie de bordereau « Dailly ». Dans la mesure où l'article 4 de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 disposait que « la cession [...] prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau », et dans la mesure où, au sens de cet article 4, la banque réceptrice (banque du cédant) était un tiers comme les autres⁴⁰³, l'acquisition, par le cessionnaire, de la propriété de la créance cédée à compter de la date indiquée sur le bordereau devait pouvoir déployer tous ses effets à l'égard du tiers qu'est la banque réceptrice, ce qui supposait notamment que le cessionnaire pût faire valoir, au moyen d'une action en revendication, son droit de propriété sur les

³⁹⁸ A. Laude, « La fongibilité », *RTD com.* 1995, p. 335.

³⁹⁹ J. Stoufflet, obs. sous Cass. com. 28 octobre 1986, *JCP G* 1987, II, 20735. Et le professeur Jean Stoufflet de se demander si, dans le même mouvement, les juges du droit n'en viendraient pas à admettre l'action en revendication du cessionnaire contre un tiers auquel le cédant aurait transféré, par virement ou par chèque, les sommes versées au titre de la créance.

⁴⁰⁰ M. Vasseur, note sous Cass. com. 28 octobre 1986, *D.* 1986, jur. p. 592.

⁴⁰¹ *Ibidem*, p. 593.

⁴⁰² *Idem*.

⁴⁰³ À cet égard, le professeur Michel Vasseur (*ibidem*, p. 594) note qu'il résulte clairement des travaux parlementaires ayant conduit à l'adoption de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 que « la cession prend effet *erga omnes* à partir de la date portée sur le bordereau » et qu'« *erga omnes*, c'est tout le monde, sauf les parties à la convention de cession ».

sommes versées à la banque réceptrice au titre de la créance cédée. À cet égard, le professeur Michel Vasseur récuse comme étant une « véritable opération de prestidigitation »⁴⁰⁴ la distinction que fait le professeur Jean Stoufflet entre la créance – dont l’acquisition par le cessionnaire serait opposable aux tiers, et notamment à la banque réceptrice, à compter de la date portée sur le bordereau « Dailly » – et les produits de la créance – dont l’acquisition par le cessionnaire ne serait pas opposable à la banque réceptrice dès lors qu’ils seraient confondus avec d’autres fonds inscrits sur le compte du cédant⁴⁰⁵.

449. Au-delà des querelles sur le fondement de la solution, sur l’interprétation à donner à l’article 4 de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 et sur la possibilité de distinguer entre la propriété d’une créance monétaire et celle des sommes d’argent qui en sont l’objet, force est de constater qu’en dehors de toute opération de garantie, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a admis, le 28 octobre 1986, qu’on puisse revendiquer des choses fongibles, et plus précisément des sommes d’argent, malgré leur confusion dans le patrimoine d’autrui. Et l’on ne peut que se rallier aux propos du professeur Michel Vasseur lorsqu’il conclut que « c’est mener un combat d’arrière-garde inutile et vouloir se voiler les yeux que de brandir [...] la règle suivant laquelle on ne revendique pas une chose fongible, notamment de l’argent »⁴⁰⁶.

C’est sans doute la raison pour laquelle la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a réitéré en 1989 la solution qu’elle avait énoncée en 1986.

2 – Consécration incertaine de l’action en revendication de choses fongibles confondues dans le patrimoine d’autrui, en dehors de toute affectation en garantie (arrêt du 7 février 1989)

450. La Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile, le 7 février 1989 a affirmé, là encore en dehors de toute opération de garantie, que l’action en revendication, supposant l’existence d’un droit réel, pouvait « s’exercer sur toutes les

⁴⁰⁴ *Ibidem*, p. 595.

⁴⁰⁵ Notons qu’en droit anglais, après avoir longtemps fait débat, la distinction entre la créance et les produits de la créance a été condamnée par la Chambre des Lords (*National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Ltd* [2005] UKHL 41). Voir *infra* les développements sur les défauts de l’ancien régime de réalisation du nantissement de créance (§ 791-798).

⁴⁰⁶ M. Vasseur, note sous Cass. com. 28 octobre 1986, D. 1986, jur. p. 595. Là s’arrête néanmoins notre convergence de vues avec le professeur Michel Vasseur qui, très étrangement, ajoute que, dans cette affaire « le banquier cessionnaire ne “revendique” pas »... alors qu’il ne pouvait être contesté qu’en l’espèce, c’était bien une action en revendication, et non une action en paiement, que la banque cessionnaire avait intentée.

catégories de choses, notamment sur les choses fongibles »⁴⁰⁷. Toutefois, cette assertion intervint dans une affaire étrangère aux sommes d'argent et à leur affectation en garantie.

Il s'agissait en effet de 631 tonnes de luzerne qui avait été détournées : les auteurs du détournement vendirent la luzerne (chose fongible) d'autrui à un tiers acquéreur complice – et donc de mauvaise foi – qui invoquait la fonction acquisitive de droit (de propriété) attachée à la possession de bonne foi par l'ancien article 2279, alinéa 1^{er}, du code civil (actuel article 2276 du même code). La luzerne de la victime du détournement s'était confondue dans le patrimoine du tiers acquéreur de mauvaise foi. La victime agit en revendication contre le tiers acquéreur. Les juges du fond comme les juges du droit accueillirent sa demande, mais ni sur le fondement de l'article 2276, alinéa 2, du code civil (ancien article 2279, alinéa 2, du même code – autorisant l'action en revendication de choses perdues ou volées dans un délai triennal courant à compter de la perte ou du vol) ni sur le fondement de l'article 2277, alinéa 1^{er}, du code civil (ancien article 2280, alinéa 1^{er}, du même code – soumettant la restitution, par le possesseur, d'un meuble volé ou perdu à son indemnisation préalable par le véritable propriétaire agissant en revendication). Ces textes ne trouvaient pas à s'appliquer parce que les choses fongibles en question avaient été détournées, et non volées ni même perdues. On pourrait penser que l'action en revendication engagée par le véritable propriétaire de la luzerne aurait donc dû échouer face à la fonction acquisitive de propriété attachée à la possession qu'invoquait le tiers acquéreur. Mais ce serait oublier que le tiers acquéreur possesseur était de mauvaise foi.

L'action en revendication fut donc accueillie... mais sur un mode étrange. Au lieu de condamner le tiers acquéreur à restituer au véritable propriétaire la même quantité de choses fongibles équivalentes (autrement dit 631 tonnes de luzerne), les juges du fond le condamnèrent à restituer au véritable propriétaire la valeur des choses fongibles confondues au sein du patrimoine du tiers acquéreur (autrement dit des sommes d'argent). Arguant de ce que cette restitution par équivalent devait s'analyser en une allocation de dommages-intérêts, le tiers acquéreur, demandeur au pourvoi, critiquait le défaut de base légale de l'arrêt rendu par les juges du fond qui, selon lui, confondaient action en revendication et action en responsabilité civile. Mais les juges du

⁴⁰⁷ Cass. 1^{ère} civ. 7 février 1989 (Bull. civ. I, n° 57 ; *RTD civ.* 1990, p. 109, n° 3, obs. F. Zénati).

droit confirmèrent l'arrêt d'appel et analysèrent l'action engagée par le véritable propriétaire comme étant une action en revendication.

451. Deux idées trouvèrent ainsi une consécration indirecte : d'abord, celle selon laquelle le droit de propriété résiste à la confusion des choses fongibles qui en sont l'objet dans le patrimoine d'autrui ; et ensuite celle selon laquelle ce droit de propriété – droit réel qui n'a donc pas été dégradé en droit personnel malgré la confusion des choses fongibles – permet l'exercice par son titulaire d'une action en revendication de choses fongibles confondues.

451-1. Le professeur Frédéric Zénati-Castaing écrit, dans le commentaire qu'il fait de cette décision⁴⁰⁸, que cette solution se justifie à deux égards : d'une part, parce que « bien qu'interchangeable, une chose fongible peut, à un instant donné, apparaître comme un corps certain »⁴⁰⁹ ; et d'autre part, parce que « ce n'est pas parce que celui qui acquiert la jouissance des choses fongibles en acquiert simultanément la propriété et devient débiteur d'une simple obligation de restituer une chose équivalente que les tiers peuvent se prévaloir de cette interchangeabilité qui ne les concerne pas »⁴¹⁰. Ces propos suffisent à mesurer la portée limitée de cette décision.

451-2. Premièrement, l'action en revendication serait admise, selon l'auteur, uniquement parce que la chose fongible est individualisable par divers procédés qui permettent de la traiter – tout au moins au regard de l'action en revendication – comme un corps certain. Deuxièmement, l'action en revendication serait admise uniquement parce que la dégradation du droit réel du propriétaire de choses fongibles en droit personnel n'aurait lieu que lorsque la confusion des choses fongibles s'opère dans le patrimoine de celui à qui le propriétaire est lié par contrat, et non pas lorsque la confusion des choses fongibles s'opère dans le patrimoine d'un tiers au contrat. Autrement dit, l'effet translatif de propriété attaché à la confusion des choses fongibles appartenant à une personne dans le patrimoine d'une autre ne se produirait que si les deux personnes étaient liées par contrat. Si la confusion des choses fongibles du véritable propriétaire se produisait dans le patrimoine d'un tiers, comme le tiers acquéreur - possesseur de mauvaise foi, le droit de propriété du *verus dominus* résisterait à ladite confusion et permettrait l'exercice de l'action en revendication.

⁴⁰⁸ F. Zenati-Castaing, obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 7 février 1989 (*RTD civ.* 1990, p. 109, n° 3).

⁴⁰⁹ *Idem.*

⁴¹⁰ *Idem.*

Autrement dit, il faudrait distinguer selon que la confusion des choses fongibles remises par un déposant ou par un constituant s'opère dans le patrimoine de celui à qui il les remet (le dépositaire ou le créancier gagiste) – dans quel cas le droit réel de propriété se transformerait en droit personnel de créance de restitution par équivalent – ou que la même confusion s'opère dans le patrimoine d'un tiers – dans quel cas le droit réel de propriété résisterait.

451-3. La distinction paraît douteuse. Et la portée de l'arrêt est d'autant plus incertaine que, si les juges du droit qualifient l'action du véritable propriétaire des choses fongibles comme étant une action en revendication fondée sur un droit réel de propriété, ils traitent la même action comme une action personnelle fondée sur une créance (monétaire) de restitution par équivalent en allouant au véritable propriétaire des sommes d'argent dont le montant correspond à la valeur des choses fongibles confondues. Certes, on peut interpréter ce curieux régime comme le signe de ce que le droit de propriété portant sur les choses fongibles se serait reporté, par subrogation réelle, sur les sommes d'argent correspondant à leur valeur vénale et à leur prix : ce serait alors une action en revendication de sommes d'argent subrogées aux choses fongibles. Mais en l'absence de formule claire de la Cour de cassation sur la nature réelle ou personnelle du droit du véritable propriétaire sur les sommes d'argent qui lui sont allouées, il semble qu'il faille être prudent dans l'interprétation de cet arrêt, et qu'on ne puisse pas, comme le professeur Stéphane Torck, lui conférer le caractère d'arrêt de principe⁴¹¹. Une chose est sûre en revanche : c'est que, malgré le flou qui enveloppe sa portée et son sens, l'arrêt rendu le 7 février 1989 par la Cour de cassation statuant en sa première chambre civile suggère clairement que l'action en revendication de choses fongibles confondues dans le patrimoine d'autrui est possible (au moins lorsqu'autrui n'est pas lié par contrat au revendiquant) ; et, de façon plus brumeuse, que le droit réel du propriétaire de choses fongibles confondues dans le patrimoine d'autrui résiste à cette confusion même lorsqu'il se reporte sur des sommes d'argent substituées auxdites choses fongibles. Ce report du droit réel sur un autre bien ne semble pas devoir s'analyser en une dégradation en un autre droit personnel de créance de restitution par équivalent (créance de sommes d'argent notamment).

C'est ce qu'a semblé confirmer la Cour de cassation dans un arrêt de 1993.

⁴¹¹ S. Torck, « La revendication des choses fongibles », *Revue de la recherche juridique*, 1996, pp. 483 et s., spéc. p. 506.

3 – Réitération de la solution consacrant la possibilité d’agir en revendication de sommes d’argent confondues dans le patrimoine d’autrui, en dehors de toute affectation en garantie (arrêts du 12 octobre 1993)

452. Les affaires jugées le 12 octobre 1993 par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, mettaient de nouveau en cause des cessions de créances professionnelles intervenues par voie de bordereau Dailly⁴¹².

452-1. Dans l’une et l’autre espèce, une société cédante (« Labrechoire » dans le premier cas ; « Voltaire Glaces Entremets » dans le second cas) avait cédé, selon les modalités fixées par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, des créances sur un client (débitteur cédé) à une banque cessionnaire (« Banque populaire Centre Atlantique » dans le premier cas ; « Banco Central Hispano Americano » dans le second cas). Dans l’une et l’autre espèce, le débiteur cédé s’était libéré entre les mains de la banque de la société cédante puisque, dans le premier cas, la cession de créance ne lui avait pas été notifiée, et que, dans le second cas, la cession de créance ne lui avait été notifiée que postérieurement au paiement de la créance cédée. Le débiteur cédé avait transféré les sommes d’argent dues au titre des créances cédées, soit par virement, soit par chèque, à la banque de la société cédante, dite « banque réceptionnaire » (« Banque nationale de Paris » - BNP - dans les deux cas), qui en avait inscrit le montant au crédit du compte de la société cédante. Dans l’une et l’autre espèce, la société cédante fut mise en redressement judiciaire... de sorte que dans l’une et l’autre espèce, la banque cessionnaire « réclama » à la banque réceptionnaire le montant des sommes qui avaient été reçues par elle et qui provenaient des créances cédées – à cette nuance près que, dans la seconde affaire, la banque cessionnaire dirigea sa « réclamation » à la fois contre la banque réceptionnaire et contre la société cédante. Dans l’une et l’autre espèce, la banque réceptionnaire (« BNP ») refusa de verser à la banque cessionnaire les fonds perçus au titre des créances cédées.

452-2. La cour d’appel de Paris, dans un arrêt du 5 avril 1991 (pour la première espèce) et dans un arrêt du 23 mai 1991 (pour la seconde espèce), accueille la demande de la banque cessionnaire – sous cette réserve, dans la seconde affaire, que l’action intentée à l’encontre de la société cédante, en redressement judiciaire, fut rejetée.

⁴¹² Cass. com. 12 octobre 1993 (pourvoi n° 91-15.820, Bull. civ. IV n° 328 ; et pourvoi n° 91-17.751).

La banque réceptrice a alors formé un pourvoi qui, dans les deux affaires, développe des arguments identiques qui peuvent être regroupés entre trois ensembles. Le premier argument soulevé porte sur l'interprétation de l'article 4 de loi n° 81-1 du 2 janvier 1981, qui disposait que « la cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date portée sur le bordereau ». La demanderesse au pourvoi faisait valoir qu'elle n'était pas un tiers au sens de ce texte et que la cession de créance ne lui était donc pas opposable parce que « la qualité de “ tiers ” ne [pouvait] être reconnue qu'à toute personne prétendant être titulaire de la créance cédée » et qu'« en l'espèce, elle ne prétendait pas être titulaire des créances cédées mais avoir reçu de bonne foi des fonds qui lui [avaient] été adressés pour être portés au crédit du compte de sa cliente [la société cédante] ».

Le deuxième argument de la demanderesse au pourvoi était tiré de l'absence (dans le premier cas) ou du caractère tardif (dans le second cas) de la notification de la cession de créance au débiteur cédé : à défaut de notification au moment où le débiteur cédé versait les sommes dues au titre de la créance cédée, le cessionnaire devait, selon la demanderesse au pourvoi, être présumé avoir donné mandat tacite au cédant d'encaisser, pour son compte, les sommes dues au titre de la créance cédée. En vertu de ce mandat tacite, et à défaut d'instructions contraires du cédant (mandataire), le banquier réceptrice dudit cédant-mandataire devait être regardé comme étant « habilité à recevoir les fonds sous forme de virements ou de chèques », et pouvait donc légitimement résister aux demandes du cessionnaire-mandant.

Enfin, le troisième argument de la demanderesse au pourvoi était fondé sur la fungibilité, et, plus précisément, sur l'effet de la confusion, dans le patrimoine d'autrui, de choses fungibles comme la monnaie – confusion qui, en privant les fonds d'individualisation, les rendait « insusceptibles de revendication ». Dans la seconde affaire, la banque réceptrice faisait valoir, en sus, que la confusion des sommes d'argent avait eu lieu dans le patrimoine du cédant et que c'était donc contre le cédant, et non contre la banque réceptrice, que le cessionnaire devait agir : autrement dit, la banque réceptrice, « ayant ignoré la provenance des fonds et les ayant reçus de bonne foi et sans faute aucune de sa part », ne pouvait être tenue, envers le cessionnaire, d'aucune obligation de restitution.

452-3. Plusieurs questions étaient ainsi posées à la Cour de cassation. Il s'agissait en premier lieu de savoir si la confusion de choses fungibles dans le patrimoine d'autrui faisait échec à leur identification et donc à l'action en

revendication intentée par leur propriétaire, ce qui, indirectement, impliquait que la Cour se prononçât au moins implicitement sur la nature de l'action devant être intentée par le cessionnaire par voie de bordereau « Dailly » : action en revendication fondée sur un droit réel de propriété ou action en paiement fondée sur un droit personnel de créance de restitution ?

En deuxième lieu, il s'agissait de savoir si, à défaut de notification à la date du paiement de la créance cédée par le débiteur cédé, le cédant pouvait être reconnu comme ayant reçu mandat tacite de la part du cessionnaire pour percevoir, pour son compte, les fonds versés au titre de la créance cédée.

En troisième lieu, il s'agissait de savoir si le banquier réceptionnaire du cédant était un « tiers » au sens de l'article 4 de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 et si la cession de créance pouvait donc lui être déclarée opposable dès la date apposée sur le bordereau, avec pour conséquence de l'obliger à transférer au cessionnaire les fonds perçus au titre de la créance cédée, qui seraient réputés être la propriété du cessionnaire à compter de la date précitée.

453. C'est en répondant seulement à cette dernière question et en se fondant sur la seule interprétation de l'article 4 de la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 que la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a jugé, dans deux arrêts de rejet du 12 octobre 1993, que le virement des sommes versées par le débiteur cédé, qui avait été opéré par la banque réceptionnaire sur le compte du cédant, avait été effectué au préjudice du cessionnaire qui, n'ayant pas reçu paiement de la créance cédée à son profit, était dès lors fondé à le réclamer. Autrement dit, le banquier réceptionnaire du cédant devait être regardé comme un tiers au sens de l'article 4 de la loi n° 81-1 précitée, et, par conséquent, devait se voir opposer tous les effets de la cession de créance, à commencer par le fait que le cessionnaire devait être regardé comme propriétaire des sommes versées par le débiteur cédé au titre de la créance cédée.

454. Ce faisant, on peut penser, comme les professeurs Michel Cabrillac et Bernard Teyssié que « la chambre commerciale reprend purement et simplement la solution de l'arrêt Pelletier du 28 octobre 1986 », et qu'elle persiste dans la consécration d'un « insolite droit de suite sur une somme d'argent »⁴¹³. C'est même avec la plus ferme assurance que le professeur Anne Laude écrit que « ces arrêts consacrent donc une

⁴¹³ M. Cabrillac, B. Teyssié, obs. sous Cass. com. 12 octobre 1993 (pourvois n° 91-15.820 et n° 91-17.751), *RTD com.* 1994, p. 81. Comme le professeur Jean Stoufflet au sujet de l'arrêt du 28 octobre 1986, les auteurs s'interrogent sur la pertinence de

véritable revendication de choses fongibles, et ce alors même que l'individualisation du bien ne peut avoir lieu, puisque, dès l'instant de son inscription en compte, la somme a perdu son individualité pour devenir un article du compte ». Et à lire cet auteur, il faut en conclure qu'« un bien fongible, voire même « ultra-fongible » comme la monnaie peut désormais être revendiqué »⁴¹⁴.

455. On notera néanmoins qu'il ne résulte pas clairement de la seule lecture des arrêts rendus par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, le 12 octobre 1993, que l'action intentée par le cessionnaire fût une action en revendication fondée sur un droit réel de propriété, plutôt qu'une action en paiement fondée sur un droit personnel de créance de restitution. Dans l'une et l'autre espèce, on apprend des arrêts rendus que la banque cessionnaire « a réclamé » à la banque réceptionnaire le montant des sommes perçus au titre de la créance cédée, et que la banque cessionnaire était « fondée à le réclamer ». Mais on ne sait pas si cette « réclamation » a pris la forme d'une action en revendication ou d'une action en paiement.

456. Qui plus est, dans les deux arrêts, la solution retenue par la Cour de cassation n'est pas fondée sur l'argument, tiré des effets de la fongibilité, qui consiste à soutenir que la confusion de choses fongibles dans le patrimoine d'autrui emporte l'impossibilité de leur identification, donc la dissipation de l'objet du droit réel de propriété, donc la dégradation du droit réel de propriété en droit personnel de créance de restitution, et donc l'impossibilité d'une action en revendication – qui doit nécessairement prendre pour assise un droit réel de propriété.

457. Enfin, il faut signaler que la Cour de cassation, statuant toujours en sa chambre commerciale, est revenue sur cette jurisprudence, notamment dans un arrêt du 4 juillet 1995⁴¹⁵. Dans l'affaire qui fut jugée le 4 juillet 1995 et dont les faits étaient similaires à ceux soumis à la Haute juridiction en 1986 et en 1993, les juges du droit ont choisi de s'appuyer sur les règles des contrats de dépôt⁴¹⁶ et de mandat⁴¹⁷ pour décider que le banquier réceptionnaire, en tant que dépositaire ou mandataire, n'avait reçu les

l'idée que « la sécurité du banquier cessionnaire, qui a la faculté de se la ménager par une notification, [puisse] prévaloir sur celle du banquier réceptionnaire, qui ne peut guère être informé de la cession » (*ibidem*, p. 82).

⁴¹⁴ A. Laude, « La fongibilité », *RTD com.* 1995, p. 336.

⁴¹⁵ Cass. com. 4 juillet 1995, pourvoi n° 93-12.977, D. 1995, jur. p. 488, D. R. Martin et H. Synvet, *JCP E* 1995, II, 1738, note J. Stoufflet, *JCP G* 1995, II, 22553, note D. Legeais, *RTD com.* 1995, p. 822 obs. M. Cabrillac, *RTD civ.* 1996, p. 422, obs. F. Zenati-Castaing.

⁴¹⁶ Article 1933 du code civil : « le dépositaire ne doit restituer la chose déposée qu'à celui qui la lui a confiée, ou à celui au nom duquel le dépôt a été fait, ou à celui qui a été indiqué pour le recevoir ».

⁴¹⁷ Article 1993 du code civil : « tout mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, et de faire raison au mandant de tout ce qu'il a reçu en vertu de sa procuration, quand même ce qu'il aurait reçu n'eût point été dû au mandant ».

sommes versées par le débiteur cédé au titre de la créance cédée qu'au nom et pour le compte du cédant (déposant ou mandant), de sorte qu'il n'était pas tenu de restituer ces sommes au cessionnaire – dont on comprend qu'il devait donc agir contre le cédant, et non pas contre le banquier réceptionnaire⁴¹⁸.

458. Ce n'est pas pour autant que ce revirement de jurisprudence a été suivi par la première chambre civile de la Cour de cassation qui, dans un arrêt du 6 février 1996, a semblé admettre la revendication de choses fongibles, et plus précisément de sommes d'argent confondues dans le patrimoine d'autrui, de sorte que s'est dessinée une divergence de jurisprudence entre les deux chambres de la juridiction suprême.

4 – Confirmation ambiguë de la possibilité d'agir en revendication de sommes d'argent confondues dans le patrimoine d'autrui, en dehors de toute affectation en garantie (arrêt du 6 février 1996)

459. Un arrêt rendu par la Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile, le 6 février 1996⁴¹⁹, semble avoir confirmé la possibilité d'une action en revendication de choses fongibles, et notamment de sommes d'argent.

Il s'agissait de deux personnes physiques qui s'étaient portées cautions du remboursement d'un prêt consenti à un emprunteur (débiteur principal) par une banque créancière. L'emprunteur, débiteur principal, s'engageait à verser 50 000 francs en billets aux deux cautions. Le jour de la signature du contrat de cautionnement, l'emprunteur, débiteur principal, exhiba une enveloppe dont les cautions pensaient qu'elles étaient remplies des billets de banque promis. Elles signèrent donc le contrat, puis se firent remettre l'enveloppe, mais elles découvrirent alors qu'elle était remplie de morceaux de papier. Une rixe éclata. Les forces de l'ordre intervinrent. Et ces dernières remirent à l'une des cautions l'enveloppe remplie des vrais billets – qui fut trouvée sur les lieux. L'emprunteur (débiteur principal) demanda alors en justice la restitution des billets – pourtant confondus dans le patrimoine de la caution.

⁴¹⁸ Un arrêt rendu par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, le 19 décembre 2000 (Cass. com. 19 décembre 2000, pourvoi n° 97-15.011, D. 2001 *Cahier de droit des entreprises*, jur. p. 375, obs. A. Lienhard) s'est inscrit dans la continuité de la jurisprudence établie le 4 juillet 1995, en autorisant le banquier escompteur d'une lettre de change acceptée par le tiré avant que la cession de la même créance ne lui soit notifiée, à conserver les fonds versés par le tiré-débiteur cédé au titre de la créance escomptée puis cédée, au détriment du banquier cessionnaire de ladite créance. Il s'agissait toutefois dans cette affaire davantage d'un conflit d'antériorité de l'opposabilité – et donc de primauté – des droits acquis par les banquiers escompteur et cessionnaire sur une même créance, que d'un conflit entre un banquier cessionnaire d'une créance et un banquier réceptionnaire des produits de ladite créance.

⁴¹⁹ Cass. 1^{ère} civ. 6 février 1996, D. 1996, p. 331, obs. R. Libchaber.

Les juges d'appel firent droit à cette demande, considérant que la possession des cautions était viciée par la violence qui avait présidé à la remise de l'enveloppe : c'était les forces de l'ordre, et non le propriétaire des billets, qui avaient remis l'enveloppe à l'une des deux cautions.

Les juges du droit validèrent le raisonnement des juges du fond d'une façon ambiguë. Selon le professeur Rémy Libchaber⁴²⁰, la Cour de cassation pourrait avoir admis une action en revendication des billets de banque – dont le numéro n'avait pourtant pas été relevé par le débiteur principal revendiquant. En d'autres termes, la Haute juridiction aurait admis une action en revendication de choses fongibles confondues dans le patrimoine d'autrui – et plus précisément une action en revendication de billets de banque confondus dans le patrimoine d'autrui.

Cette analyse est d'autant plus crédible que, cinq ans plus tard, en 2001, la Cour de cassation s'est montrée plus explicite en accueillant favorablement l'action en revendication de monnaie confondue dans le patrimoine de celui à qui elle a été remise.

5 – Confirmation explicite de la possibilité d'agir en revendication de sommes d'argent confondues dans le patrimoine d'autrui, en dehors de toute affectation en garantie (arrêt du 13 novembre 2001)

460. La Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale le 13 novembre 2001⁴²¹, a admis la possibilité pour celui qui a remis à autrui des choses fongibles de revendiquer lesdites choses fongibles malgré leur confusion dans le patrimoine de celui à qui il les a remises, et ce en dehors de toute opération de garantie.

461. Dans l'affaire qui a donné lieu à cet arrêt, les choses fongibles en question n'étaient rien moins que des sommes d'argent. Le contentieux s'est greffé sur un contrat de sous-traitance. Une société sous-traitante avait livré du béton à une société (entrepreneur principal) qui réalisait des travaux publics au profit de deux maîtres d'ouvrage (une régie municipale et un syndicat d'assainissement). Or l'entrepreneur principal fut mis en redressement judiciaire. La société sous-traitante demanda donc à

⁴²⁰ R. Libchaber, note sous Cass.1^{ère} civ. 6 février 1996 (D. 1996, p. 331).

⁴²¹ Cass. com. 13 novembre 2001 (D. 2002, Aj p. 328 ; JCP E 2002, n° 641, note F. Barrière).

l'un des deux maîtres d'ouvrage le paiement de ses factures en invoquant le bénéfice de l'article L. 3253-22 du code du travail (ancien article L. 143-6 du même code)⁴²², et en formant à ce titre une opposition. Le jour même de cette demande, malgré l'opposition formée par le sous-traitant et la défense qui lui était faite de se libérer en d'autres mains que celles de l'opposant, le maître d'ouvrage concerné versa les sommes demandées non pas directement au sous-traitant, mais à l'entrepreneur principal – et ce à titre de séquestre. Rien n'est dit sur les modalités précises du séquestre. À la seule lecture de l'arrêt, il est impossible de savoir si les sommes séquestrées avaient été inscrites sur un compte spécial de l'entrepreneur principal – ce qui aurait eu pour effet de les isoler au sein du patrimoine de ce dernier – ou si, au contraire, elles avaient été inscrites sur un compte ordinaire – ce qui aurait eu pour effet de les confondre au sein de ce même patrimoine. Cependant, en l'absence de précisions sur le caractère spécial (ou non) du compte sur lequel furent versées les sommes, il y a tout lieu de penser, comme dans les affaires jugées les 17 mai 1994 et 3 juin 1997 par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, que les sommes versées avaient été confondues dans le patrimoine de l'entrepreneur principal jouant le rôle de séquestre⁴²³. Le sous-traitant assigna alors l'entrepreneur principal « en demandant que soit constaté son droit d'exclusivité sur la somme séquestrée »⁴²⁴ et que l'entrepreneur principal en procédure

⁴²² Article L. 3253-22 du code du travail : « les sommes dues aux entrepreneurs de travaux publics ne peuvent être frappées de saisie-arrêt ni d'opposition au préjudice soit des salariés, soit des fournisseurs créanciers à raison de fournitures de matériaux de toute nature servant à la construction des ouvrages. Les sommes dues aux salariés à titre de salaire sont payées de préférence à celles dues aux fournisseurs. »

⁴²³ En ce sens aussi : F. Barrière, note sous Cass.com. 13 novembre 2001 (*JCP E* 2002, n° 15, p. 641) : « les faits de l'arrêt ne précisent pas si la somme séquestrée était individualisée ou non. Une individualisation d'une chose séquestrée peut sembler logique, mais cette solution n'est pas inéluctable, des pratiques différentes pouvant exister [...] La généralité des termes de l'attendu de principe ne fait nulle mention de la condition d'individualisation. C'est alors vers l'hypothèse de la chose fongible non individualisée qu'il faut se tourner ». L'auteur de la note prend tout de même soin d'envisager les deux hypothèses pour apprécier le sens et la portée de l'arrêt. Mais, outre le fait que rien, à la lecture de l'arrêt, ne permet de considérer que les sommes séquestrées étaient individualisées au sein du patrimoine du dépositaire, l'arrêt n'aurait qu'une portée très limitée si les dites sommes étaient isolées au sein du patrimoine du dépositaire au moyen d'une inscription sur un compte spécial. En effet, la Cour de cassation avait déjà jugé en 1929 (Cass. civ. 17 juillet 1929) et en 1996 (Cass. com. 9 avril 1996) que l'individualisation des choses fongibles en général, et l'inscription de sommes d'argent sur un compte spécial en particulier, avait pour vertu de préserver le droit réel de leur propriétaire malgré leur remise à autrui. Comme l'écrit très justement M. François Barrière, « la présente décision ne serait alors pas une innovation de fond, car elle serait conforme à la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation » qui considère que « lors du transfert d'une chose fongible dont l'individualisation est préservée, la titularité demeure celle du déposant », et que « le déposant n'est pas seulement créancier, mais est surtout propriétaire, et [qu'] il peut alors revendiquer la chose individualisée, même auprès d'un sujet de droit soumis à une procédure collective » (F. Barrière, *op. cit.*). En somme, dans l'hypothèse où les sommes versées à titre de séquestre auraient été inscrites sur un compte spécial de l'entrepreneur principal jouant le rôle de séquestre-dépositaire, l'absence de concours entre le sous-traitant et les créanciers du séquestre-dépositaire aurait été « la conséquence de l'exclusivité conférée par le droit de propriété » (F. Barrière, *op. cit.*). Il eût été alors tout à fait logique que le sous-traitant pût agir en revendication, le cas échéant en respectant les délais auxquels le droit des procédures collectives soumet l'action en revendication. Mais ce l'est beaucoup moins si, comme nous le pensons, il faut privilégier l'hypothèse où les sommes versées à titre de séquestre ont été confondues dans le patrimoine de l'entrepreneur principal, pour avoir été inscrites sur un compte ordinaire (compte courant...).

⁴²⁴ Ce « droit d'exclusivité » ne résultait pas de l'opposition formée par le sous-traitant ni de l'article L. 3253-22 du code du travail (ancien article L. 143-6 du même code). En effet, ce texte prévoit une opposition qui permet de ne préserver que le privilège mobilier spécial qu'il prévoit également. Le privilège mobilier spécial accordé par l'ancien article L. 143-6 du code du travail n'est nullement un droit exclusif. Ce n'est qu'un droit de préférence, non exclusif du concours avec d'autres créanciers.

collective soit condamné à lui verser les sommes d'argent séquestrées sans qu'il y ait lieu à concours avec d'autres créanciers du même entrepreneur principal. Mais l'entrepreneur principal fit valoir que l'Association pour la gestion du régime de garantie des créances des salariés (plus connue sous l'abréviation A.G.S.) avait avancé le paiement des salaires et que, subrogée dans les droits des salariés (créanciers de salaires), elle bénéficiait du superprivilège de salaires qui devait non seulement concurrencer les droits du sous-traitant, mais même les primer.

462. Dans un arrêt du 20 novembre 1996, la cour d'appel de Metz préféra l'argumentation de l'entrepreneur principal à celle du sous-traitant, en retenant que l'opposition pratiquée par la société sous-traitante n'avait « pas eu pour effet de faire sortir les sommes, objet de l'opposition, du patrimoine » de l'entrepreneur principal, mais seulement de les grever du privilège mobilier spécial prévu par l'ancien article L. 143-6 du code du travail (actuel article L. 3253-22 du même code). En d'autres termes, les juges du fond estimaient que les sommes d'argent, choses fongibles, avaient été confondues au sein du patrimoine de l'entrepreneur principal – dont elles étaient partie intégrante – et que le sous-traitant ne pouvait invoquer aucun droit exclusif sur ces sommes (et notamment aucun droit de propriété). Ce dernier forma donc un pourvoi en invoquant toujours son droit exclusif sur les sommes déposées à titre de séquestre auprès de l'entrepreneur principal.

463. La question posée à la Cour de cassation était donc de savoir si le sous-traitant avait un droit exclusif (de propriété ?) sur les sommes qui lui étaient dues et qui avaient été remises à l'entrepreneur principal à titre de séquestre, malgré la confusion de ces dernières au sein du patrimoine du séquestre. Indirectement, l'enjeu était donc de savoir si un droit de propriété sur des choses fongibles telles que des sommes d'argent pouvait résister à la confusion desdites choses fongibles dans le patrimoine d'autrui.

464. À cette question, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a semblé répondre par l'affirmative dans l'arrêt de cassation totale qu'elle rendit le 13 novembre 2001. En s'appuyant sur l'article 1956 du code civil (relatif au séquestre

Preuve en est, d'une part, que ce privilège mobilier spécial est primé par le superprivilège des salaires et par le privilège des frais de justice, et, d'autre part, que, lorsque plusieurs personnes invoquent le bénéfice de l'ancien article L. 143-6 du code du travail, la distribution a alors lieu entre elles au marc-le-franc sans qu'il y ait lieu de considérer que l'une d'entre elles a formé opposition ou introduit une action avant les autres.

conventionnel)⁴²⁵ et sur l'ancien article L. 143-6 du code du travail, au visa desquels elle énonça sa solution, la Haute juridiction infirma le raisonnement des juges d'appel en jugeant que « le séquestre conventionnel oblige le dépositaire, même en redressement judiciaire à rendre la chose contentieuse déposée entre ses mains à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir, *sans qu'il y ait lieu à concours entre les créanciers de ce dépositaire* » (italiques ajoutées). En d'autres termes, les juges du droit estimèrent que, nonobstant leur confusion dans le patrimoine du séquestre dépositaire, le sous-traitant avait sur les sommes qui lui étaient dues et qui avaient été déposées à titre de séquestre, un droit exclusif de tout concours avec les créanciers de ce séquestre dépositaire, droit exclusif que l'on ne peut qu'assimiler à un droit de propriété⁴²⁶. **Ce faisant, les juges du droit ont suggéré qu'un droit de propriété sur des choses fongibles comme les sommes d'argent (le droit du sous-traitant) résistait à la confusion desdites choses fongibles dans le patrimoine d'autrui (le patrimoine de l'entrepreneur principal – séquestre).** L'entrepreneur principal, séquestre dépositaire, fut donc condamné à verser les sommes d'argent au sous-traitant, et la prétention du créancier de l'entrepreneur principal consistant à faire valoir sur elles un droit de préférence au titre du superprivilège des salaires fut écartée.

465. Autrement dit, le sous-traitant, bénéficiaire du versement des sommes d'argent, a été placé par les juges du droit dans une situation distincte de celle des créanciers titulaires d'un droit personnel de créance contre le dépositaire. Et cette situation est non seulement différente, mais encore plus favorable, puisque le sous-traitant est payé par priorité et n'a pas à subir le concours de créanciers titulaires de droits personnels. Cette situation prioritaire suggère que le sous-traitant a un droit sur des sommes d'argent exclusif de tout concours. Or cette situation d'exclusivité amène à penser que le sous-traitant a un droit qui porte directement sur les sommes d'argent et qui exclut que tout autre que lui ait sur elles un droit concurrent (qu'il s'agisse du dépositaire ou de ses créanciers). Il a un droit sur la chose elle-même, et non un droit contre la personne du dépositaire – puisque, précisément, d'autres ont des droits de gage généraux concurrents sur le patrimoine du dépositaire. Autrement dit, il a un droit

⁴²⁵ Article 1956 du code civil : « le séquestre conventionnel est le dépôt fait par une ou plusieurs personnes, d'une chose contentieuse, entre les mains d'un tiers qui s'oblige de la rendre, après la contestation terminée, à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir. »

⁴²⁶ En ce sens aussi, F. Barrière (note sous Cass. com. 13 novembre 2001, *JCP E* 2002, n° 25, p. 641) : « on voit mal comment justifier que le déposant exerce un droit exclusif autrement que par l'exercice d'un droit de propriété ».

réel⁴²⁷, et non un droit personnel : peu importe la circonstance que le dépositaire soit insolvable, le droit réel portant sur la chose, il ne subit pas les déconvenues de l'insolvabilité de la personne du dépositaire et reste étranger à la procédure d'insolvabilité. On retrouve là la supériorité du droit réel sur le droit personnel, tant célébrée par Demolombe⁴²⁸. Et ce droit réel étant exclusif de tout droit d'un autre sur la chose, il ne peut s'agir que du droit réel de propriété. Partant, les juges du droit, en épargnant au sous-traitant le concours des créanciers titulaires de droits personnels de créance contre l'entrepreneur principal (séquestre-dépositaire), ont implicitement indiqué que ce sous-traitant avait conservé un droit réel de propriété sur des sommes d'argent – choses fongibles – pourtant confondues dans le patrimoine d'autrui.

466. C'est bel et bien ruiner l'idée que la confusion, dans le patrimoine d'une personne, de choses fongibles appartenant à une autre emporte nécessairement transfert de la propriété desdites choses fongibles de la seconde à la première⁴²⁹. En d'autres termes, l'arrêt rendu le 13 novembre 2001 par la Cour de cassation statuant en sa chambre commerciale pourrait heurter de front l'arrêt rendu le 7 février 1984 par la Cour de cassation statuant en sa première chambre civile : si le droit de propriété du déposant de choses fongibles confondues dans le patrimoine du dépositaire résiste à la confusion desdites choses fongibles et ne se dégrade pas en droit personnel de créance de restitution par équivalent, alors, appliquée au cas particulier du dépôt bancaire, une solution aussi générale signifierait que le déposant de sommes d'argent conserverait un droit réel de propriété sur les sommes déposées auprès de son banquier... de sorte que le compte bancaire (quel qu'il soit) ne pourrait plus être analysé comme étant constitutif d'une pure créance

⁴²⁷ En ce sens, F. Barrière (note sous Cass. com. 13 novembre 2001, *JCP E* 2002, n° 25, p. 641) et D. R. Martin (« De la revendication des sommes d'argent », *D.* 2002, p. 3279).

⁴²⁸ Ch. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens : de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, Imprimerie générale, Durand, Hachette, 1875. n° 473 : « le droit réel fait le propriétaire ; le droit personnel ne fait que le créancier. La distance entre l'un et l'autre est énorme. Place au droit réel ! Et que tous les rang s'ouvrent pour lui faire passage, lorsqu'il s'avance, tout puissant et absolu, par sa propre et seule force, sans l'intermédiaire d'aucun débiteur, vers la chose même sur laquelle il porte directement ».

⁴²⁹ Cette analyse suppose que l'on reconnaisse une portée très large à la solution adoptée le 13 novembre 2001 par la chambre commerciale de la Cour de cassation. M. François Barrière, dans sa note sous l'arrêt (*JCP E* 2002, n°15, p. 641), se prononce aussi en faveur d'une interprétation large de la solution : « cette solution, où la Cour de cassation fait prévaloir les principes du séquestre (rendre la chose à la personne désignée pour la recevoir) sur les règles des procédures collectives (l'interdiction du paiement des créanciers antérieurs), rendue en matière de séquestre conventionnel, devrait être étendue au séquestre judiciaire ; aucune distinction de régime entre ces deux types de séquestre ne s'impose à ce titre. Elle devrait également avoir vocation à jouer quel que soit le type de dépôt, séquestre ou non, rien ne justifierait de distinguer entre eux, puisque tous deux obligent de rendre la chose déposée. En effet, l'article 1956 du code civil, visé par la Cour de cassation, et qui prévoit que le séquestre doit rendre la chose litigieuse, n'est qu'une application particulière de l'article 1915 du code civil qui dispose que tout dépositaire doit rendre la chose déposée. Elle devrait enfin s'appliquer quel que soit le type de dépositaire soumis à une procédure collective, y compris lorsque le dépositaire est un établissement de crédit » (F. Barrière, *op. cit.*).

civile, mais devrait bien au contraire être analysé comme étant l'objet d'un droit de propriété⁴³⁰.

467. À défaut d'aller jusque là, une telle solution devrait au moins être interprétée, comme opérant un revirement par rapport à une série d'arrêts rendus par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, le 4 mars 1997, le 25 mars 1997, et le 10 mai 2000⁴³¹. Alors qu'à trois reprises, il avait été jugé par la Haute juridiction que des choses fongibles ne pouvaient être revendiquées auprès d'un débiteur en procédure collective que si elles étaient individualisées, c'est-à-dire si elles n'étaient pas fongibles (paradoxe qui frise l'absurdité !⁴³²), la Haute juridiction semble avoir indirectement et implicitement admis en l'espèce que, le droit de propriété du propriétaire de choses fongibles résistant à la confusion desdites choses fongibles dans le patrimoine d'autrui, ce propriétaire peut, le cas échéant, agir en revendication des choses fongibles confondues malgré la procédure collective de celui dans le patrimoine duquel elles ont été confondues. Si l'on tire toutes les conséquences de la solution énoncée par la Cour de cassation, il serait désormais possible de revendiquer des choses fongibles qui ne sont pas individualisées⁴³³.

468. Toutefois, M. François Barrière est plus nuancé quant au statut du sous-traitant qui se voit ici reconnaître un droit exclusif – dont il semble néanmoins admettre qu'il s'agit d'un droit de propriété. Selon lui, le sous-traitant n'est pas qu'un « propriétaire » de sommes d'argent : le fait que la Cour de cassation dise qu'il n'y a pas lieu à concours « *entre les créanciers* » du dépositaire (italiques ajoutées), et non « *avec les créanciers* » du dépositaire (italiques ajoutées), serait l'indice de ce que le sous-

⁴³⁰ En ce sens : F. Barrière, (note sous Cass.com. 13 novembre 2001, *JCP E* 2002, n° 15, p. 641) : « on peut même se demander si la Cour de cassation ne serait pas revenue également sur son arrêt du 7 février 1984 qui considérait qu'une chose fongible (non individualisée) devient la propriété du dépositaire ».

⁴³¹ F. Barrière, note sous Cass.com. 13 novembre 2001 (*JCP E* 2002, n° 15, p. 641) : « l'absence de précision quant à l'individualisation ou non de la somme séquestrée empêche d'affirmer nettement qu'il s'agit d'un revirement, mais on peut toutefois le penser du fait de la généralité des termes de l'attendu de principe ».

⁴³² La solution n'a rien d'absurde pour les auteurs qui, comme le professeur Pierre-Grégoire Marly, retiennent une définition purement objective de la fongibilité entendue comme l'aptitude des biens de même espèce et de même qualité à se substituer entre eux. Pour ces auteurs, le fait d'individualiser des biens n'implique nullement d'en modifier les qualités substantielles, matérielles, qui en font des biens fongibles. Il n'y a donc rien de contradictoire à affirmer que des biens fongibles (parce qu'objectivement et naturellement substituables) peuvent être individualisés et il n'y a dès lors rien d'inepte à affirmer que seuls les biens fongibles individualisés peuvent être revendiqués (*Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens, op. cit.*, p. 134).

⁴³³ Quoique contraire aux solutions antérieurement adoptées en matière de revendication de choses fongibles, la solution serait, selon M. François Barrière (note sous Cass.com. 13 novembre 2001, *JCP E* 2002, n° 15, p. 641), conforme à la faveur manifestée par des solutions antérieures à l'égard du déposant de choses fongibles remises à un dépositaire en procédure collective. Selon cet auteur, « la Cour de cassation, par cet arrêt, semble poursuivre la création d'un régime dérogatoire des droits du déposant de choses fongibles, lorsque le dépositaire est soumis à une procédure collective [...] Non seulement la loi continue de prévoir certains mécanismes de garanties, mais la jurisprudence vient, en plus, offrir un droit exclusif au profit du déposant-crédancier. Cette solution ne fait toutefois pas double emploi avec la législation prévoyant un mécanisme de garantie au travers d'un fonds d'indemnisation : il se peut, en effet, que l'insolvabilité du débiteur soit telle que le droit exclusif du déposant-crédancier ne puisse pas s'exercer. »

traitant serait inclus dans la catégorie des créanciers du dépositaire *entre* lesquels il y a concours, malgré le caractère exclusif du droit qui lui est reconnu. En somme, le sous-traitant aurait la double qualité (pourtant contradictoire et quasi-oxymorique) de créancier de sommes d'argent et de propriétaire des mêmes sommes d'argent. M. François Barrière en conclut qu'en tant que créancier, le déposant de choses fongibles confondues dans le patrimoine du dépositaire en procédure collective (auquel on peut assimiler le sous-traitant) devrait se soumettre à l'obligation de déclaration des créances (article L. 622-24 du code de commerce)⁴³⁴.

469. Les décisions rendues par la Cour de cassation en 1986, 1989, 1993, 1996 et 2001 montrent combien la Haute juridiction a pu hésiter avant de retenir la solution selon laquelle la confusion de sommes d'argent (et plus généralement de choses fongibles) dans le patrimoine d'autrui dégrade le droit réel de leur propriétaire en droit personnel de créance, le privant ainsi de la possibilité d'agir en revendication. Outre qu'il n'existe pas de prohibition générale de la revendication de choses fongibles⁴³⁵, la jurisprudence ne s'est pas toujours montrée hostile à l'idée qu'une action en revendication puisse être exercée sur le fondement d'une propriété flottante... et une partie de la doctrine s'y montre même très favorable.

⁴³⁴ L'identité d'effets entre la mise en œuvre du droit de propriété sur des choses fongibles confondues (et particulièrement des sommes d'argent confondues) et le fait de diligenter des poursuites individuelles est sous-jacente dans le propos de M. François Barrière qui souligne que « dès lors qu'un créancier bénéficie d'un paiement exclusif, on pourrait arguer que le paiement, lors d'un redressement judiciaire, d'un créancier n'est pas nocif et ne rompt donc pas l'égalité entre créanciers de même rang puisqu'il est le seul à avoir un droit sur cette somme, devant bénéficier d'un paiement exclusif », mais que « cette solution serait, toutefois, en contradiction avec la jurisprudence rendue en matière d'attribution judiciaire d'un gage : le créancier-gagiste ne peut pas obtenir une telle attribution en période de redressement judiciaire car elle équivaldrait à un paiement de créance antérieure, même si cette attribution lui permettrait d'obtenir un paiement exclusif, hors concours » (F. Barrière, note sous Cass. com. 13 novembre 2001, *JCP E* 2002, n° 25, p. 641).

⁴³⁵ Ch. Beudant, P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t. VI, *Les biens*, par P. Voirin, Rousseau, 2^e éd., 1938, n° 86 ; F. Zenati-Castaing et Th. Revet, *Les biens*, PUF, Coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2008, n° 155 et s., pp.242 et s.

§ 2. *L'accueil par la doctrine de l'action en revendication de sommes d'argent confondues dans le patrimoine d'autrui, qui serait engagée sur le fondement d'une propriété flottante.*

470. Les juges du droit ayant semblé avoir consacré en 2001 l'idée que la confusion de sommes d'argent, et plus généralement de choses fongibles – même non grevées d'une clause de réserve de propriété – n'avait pas pour effet d'en transférer la propriété de celui qui les avait remises à celui à qui elles avaient été remises et dans le patrimoine duquel elles étaient confondues, le professeur Didier-René Martin se lança, dès 2002⁴³⁶, dans un vibrant plaidoyer en faveur de la revendication des sommes d'argent, et de l'idée corrélatrice que, de façon générale, la confusion des choses fongibles dans le patrimoine d'autrui n'avait pas d'effet translatif de propriété.

A – Les arguments en faveur de la reconnaissance d'une propriété flottante.

471. Notion de fongibilité. – Le premier argument qu'avance le professeur Didier-René Martin à l'appui de cette thèse, c'est qu'il faut renouveler, en la précisant, la notion de « chose fongible ». Selon lui, la fongibilité ne peut plus s'entendre, comme le pense le professeur Christian Larroumet, de la simple appartenance à une espèce⁴³⁷. Certes, la fongibilité, c'est notamment l'« appartenance à un genre de choses semblables » et une « relation d'identité de cette chose aux autres unités du genre »⁴³⁸. Mais c'est aussi, et surtout « une relation d'équivalence ». Le professeur Didier-René Martin cantonne cette relation d'équivalence à « toutes les choses du même genre, de sorte qu'elles s'en trouvent parfaitement substituables entre elles ou remplaçables les unes par les autres »⁴³⁹.

472. Nous proposons une définition plus large encore de la fongibilité, susceptible d'appréhender non seulement la fongibilité naturelle entre choses de genre (objectivement fongibles), mais aussi la fongibilité conventionnelle entre

⁴³⁶ D. R. Martin « De la revendication des sommes d'argent », D. 2002, p. 3279.

⁴³⁷ Ch. Larroumet, note sous Paris 14 octobre 1997 (D. 1998, jur. p. 91) : « ce qui caractérise une chose fongible, c'est l'appartenance à une espèce, sans qu'il soit possible de distinguer la chose des autres choses de la même espèce ».

⁴³⁸ D. R. Martin « De la revendication des sommes d'argent », D. 2002, p. 3279.

⁴³⁹ *Idem.*

choses subjectivement fongibles : la fongibilité, c'est la faculté qu'ont les choses de se substituer les unes aux autres sans déperdition de valeur.

473. Nous nous accordons néanmoins avec le professeur Didier-René Martin pour conclure de cette idée que la fongibilité est avant tout affaire d'identité de valeur, et que, contrairement à ce que soutient notamment le professeur Christian Larroumet, « il n'est donc pas “ évidemment impossible ” d'imaginer une revendication d'une chose fongible au motif que, étant confondue avec d'autres pareilles, on ne pourrait l'en distinguer, puisque *tous les éléments du lot sont, pour tous offices juridiques, équivalents* »⁴⁴⁰ (italiques ajoutées).

474. **Caractère accidentel du transfert du droit de disposer de choses fongibles confondues dans le patrimoine d'autrui.** – Une fois posée cette définition de la fongibilité, le professeur Didier-René Martin développe un deuxième argument qui fait figure d'argument par défaut. Si la confusion des choses fongibles est un mode d'acquisition de la propriété, il ne s'agit, selon lui, « que d'une acquisition par défaut : c'est faute pour le destinataire de la chose de pouvoir désigner celle qui, dans le lot où elle se trouve, devait lui revenir, qu'on tient le détenteur pour propriétaire du tout »⁴⁴¹. Autrement dit, l'effet translatif de « propriété » attaché à la confusion de choses fongibles n'a lieu que par défaut : il s'agit d'une propriété « mal acquise, au fond et en la forme, qui ne correspond pas à un transfert organisé du titre, par la loi ou la convention »⁴⁴². C'est parce que l'entendement de l'être humain est limité, et que, face à des choses de même espèce aptes à se substituer les unes aux autres, il n'est pas capable de distinguer celles qui appartenaient à l'un de celles qui appartenaient à l'autre, qu'il en est venu à postuler l'existence d'un transfert de propriété que ni la loi ni les parties n'ont prévu, qui n'est nullement nécessaire et qui n'a, dans les faits, jamais lieu. L'entendement de l'être humain aurait eu l'ingéniosité de pallier à ses faiblesses en façonnant l'idée d'un transfert de propriété qui n'est qu'une fiction. Autrement dit, ce transfert de propriété qui n'est envisagé ni par le code civil ni par les parties est une plus une sorte de pis-aller arbitrairement choisi par les juges qu'une vérité éprouvée et irréfutable.

⁴⁴⁰ *Idem.*

⁴⁴¹ *Idem.*

⁴⁴² *Idem.*

475. Transfert d'une pleine propriété assimilée à une expropriation pour cause d'utilité privée. – À la facilité excessive de la solution correspond sa rigueur excessive pour le propriétaire exproprié : c'est là le troisième argument du professeur Didier-René Martin. Le transfert de propriété que l'on attache à la confusion dans le patrimoine d'une personne de choses fongibles appartenant initialement à une autre n'est rien moins, selon lui, qu'une expropriation pour cause d'utilité privée violant l'article 545 du code civil aux termes duquel « nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique, et moyennant une juste et préalable indemnité »⁴⁴³.

476. Analogie avec les privilèges du vendeur et du conservateur de meubles. – « Illégale », la solution serait aussi illogique. Le professeur Didier-René Martin fait en effet remarquer que lorsqu'une personne détient la chose d'un autre, la conserve ou l'améliore (si besoin, en la transformant), on lui reconnaît un droit réel accessoire de préférence sur la chose. C'est, typiquement, le privilège mobilier spécial reconnu par l'article 2332, 3°, du code civil, au conservateur de meubles pour les frais exposés pour la conservation et l'amélioration dudit meuble. On reconnaît aussi un droit réel accessoire de préférence à celui qui introduit une valeur dans le patrimoine d'une autre – qu'il s'agisse d'un meuble (privilège du vendeur de meubles prévu par l'article 2332, 4°, du code civil) ou d'un immeuble (privilège du vendeur d'immeubles prévu par l'article 2374, 1°, du code civil). Si l'on reconnaît un droit réel accessoire de préférence à celui qui introduit une valeur dans le patrimoine de celui à qui il entend céder la propriété de cette valeur, pourquoi ne pas préserver le droit réel principal de propriété de celui qui introduit des choses fongibles dans le patrimoine d'une personne à qui il n'entend pas céder la propriété de ces choses fongibles ?⁴⁴⁴

477. Argument tiré de l'introduction en droit français de la réserve de propriété. – Le cinquième argument du professeur Didier-René Martin procède aussi par analogie : il s'agit de montrer que la réserve de propriété, non seulement accueillie,

⁴⁴³ *Ibidem* : « s'avise-t-on alors de l'effet démesuré que, par cette expropriation d'intérêt privé, on prête ainsi à une petite cause (le mélange fortuit, casuel de biens) ? Faut-il raisonner en l'espèce comme au cas de perte de la chose, quand, loin d'être perdue, l'assiette de la propriété se trouve seulement mêlée à un ensemble générique plus large qui offre, par hypothèse, matière à son rétablissement ? »

⁴⁴⁴ *Ibidem* : « l'idée de valorisation du patrimoine, qui justifie par ailleurs une préférence, ne suggère-t-elle pas, ici, une défense plus active encore des intérêts du propriétaire initial ? »

mais même célébrée par notre droit, a bouleversé les lignes du droit des obligations et du droit des biens – autant, sinon plus, que ne le ferait la consécration de la résistance du droit de propriété à la confusion dans le patrimoine d'autrui des choses fongibles sur lesquelles il porte. Il est vrai que l'accueil favorable que la jurisprudence⁴⁴⁵ puis la loi⁴⁴⁶ ont fait à la réserve de propriété a produit, pour reprendre les termes du professeur Didier-René Martin, « une défiguration de “ l'économie ” de la vente »⁴⁴⁷. Avant d'en conclure avec le professeur Pierre Crocq que la réserve de propriété était irréductible aux contours classiques du droit des obligations, et qu'elle était une modalité *sui generis* du contrat de vente⁴⁴⁸, la doctrine s'est divisée sur le point de savoir si l'effet suspensif du transfert de propriété produit par la clause résultait d'un terme suspensif⁴⁴⁹ ou d'une condition suspensive⁴⁵⁰. Et lorsque la nature de sûreté de la clause de réserve de propriété fut définitivement établie en jurisprudence⁴⁵¹, il fallut alors admettre que le

⁴⁴⁵ Cass. civ. 28 mars & 22 octobre 1934 (consécration de l'opposabilité de la clause de réserve de propriété si le vendeur s'en prévaut ostensiblement).

⁴⁴⁶ Loi n° 80-335 du 12 mai 1980 relative aux effets des clauses de réserve de propriété dans les contrats de vente, puis loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises.

⁴⁴⁷ D. R. Martin « De la revendication des sommes d'argent », D. 2002, p. 3279.

⁴⁴⁸ P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., p. 115 : « la clause de réserve de propriété n'est ni un terme ni une condition ni une obligation de donner liée à l'exécution d'une obligation de payer. C'est une modalité conventionnelle affectant le moment d'exécution d'un effet légal du contrat de vente. »

⁴⁴⁹ Le terme est un événement certain alors que le non-paiement par l'acheteur avec clause de réserve de propriété (débitéur du prix) est un événement incertain... Mais, selon le professeur Jacques Ghestin, les parties considèreraient comme certain le paiement par le débiteur. Cet auteur écrit que « pour qu'il puisse s'agir d'une condition, il faut tout d'abord que l'événement soit objectivement incertain », alors que « dans la vente à crédit, le paiement du prix n'est pas envisagé comme une simple éventualité, mais comme une certitude » (J. Ghestin et B. Desché, *La vente*, LGDJ, 1990, n° 599, p. 662). Si l'on se place du point de vue des parties au contrat pour qualifier le paiement de certain, alors il ne peut s'agir, selon nous, que d'un événement *subjectivement* certain... qui peut très bien être *objectivement* incertain et donc constitutif d'une condition plutôt que d'un terme. Selon le professeur Pierre Crocq, le raisonnement du professeur Jacques Ghestin repose sur une confusion entre l'existence de l'obligation de payer et l'exécution de cette obligation, car « s'il est certain que l'obligation de payer existe, il n'est pas certain qu'elle soit effectivement exécutée. Or c'est de l'exécution de l'obligation de payer, et non de son existence, que dépend le transfert de propriété » (*Propriété et garantie*, op. cit., p. 110).

⁴⁵⁰ La condition est une modalité affectant l'existence de l'obligation, et non son exécution. Le complet paiement du prix par l'acheteur-débitéur ne peut être considéré comme une modalité affectant l'obligation de transférer la propriété puisque cette obligation de donner existe au même titre que l'obligation de payer qui en est la contrepartie. Le complet paiement du prix par l'acheteur-débitéur n'affecte que l'exécution de l'obligation de donner, et ne peut donc être regardé comme une condition. Le professeur Alain Ghozi pense néanmoins que c'est une condition suspensive car il est impossible de revendiquer dans un contrat à terme sans passer d'abord par une action en résolution – alors même que le régime de la réserve de propriété pose que l'exercice de la revendication n'empêche pas résolution. Selon le professeur Alain Ghozi, seule la condition permet de délier le vendeur du contrat, de le rendre pleinement propriétaire, et donc de lui ouvrir le droit de revendiquer le bien pour le vendre.

⁴⁵¹ Cass. com. 9 mai 1995 (*Revue des Procédures collectives* 1995, p. 487, obs. B. Soinne; *RTD civ.* 1996, p. 441, obs. P. Crocq) & Cass. com. 23 janvier 2001 (Bull. civ. IV n° 23 ; D. 2001, Aj. p. 702, obs. A. Lienhard ; *RTD civ.* 2001 p. 398, obs. P. Crocq). Et encore, cette définition de la réserve de propriété comme sûreté, souhaitée par le professeur Christian Larroumet, est-elle discutée au regard de solutions jurisprudentielles difficilement compatibles avec une telle définition. Outre l'argument selon lequel la réserve de propriété n'est pas, contrairement à une sûreté, une obligation adjointe à l'obligation principale mais résulte de l'obligation principale elle-même, il a été jugé que la mise en œuvre de la réserve de propriété n'a pas pour effet l'extinction de la créance principale. En effet, si la réserve de propriété est, aux yeux des juges (Cass. com. 15 mars 1988) un accessoire de la créance, elle ne disparaît pas toujours du fait de l'extinction de la créance du vendeur : ainsi a-t-il été jugé par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, les 29 janvier 1991, 20 octobre 1992 (D. 1993 somm. p. 288, obs. F. Pérochon), 9 janvier 1996 (D. 1996 jur. p. 184, note F. Derrida ; D. *Affaires* 1996 p. 603, note Ch. Larroumet ; *RTD com.* 1997 p. 331, obs. A. Martin-Serf ; *RTD civ.* 1996 p. 436, obs. P. Crocq), et 11 mars 1997 (D. 2000 somm. p. 77, obs. D. Mainguy) que le vendeur-créancier conserve sa garantie alors même que la créance garantie est éteinte faute de déclaration à la procédure collective de l'acheteur-débitéur. Le vendeur n'a donc pas à déclarer sa créance pour mettre en œuvre la réserve de propriété – même s'il a tout intérêt à le faire s'il veut obtenir le paiement du reliquat des sommes pouvant lui être dues. Il a aussi été jugé que le vendeur n'a pas à mentionner la réserve de propriété dans sa déclaration de créance. Et il a enfin été jugé que le vendeur peut exercer une action en revendication auprès du sous-acquéreur même si l'acheteur (qui est aussi le revendeur-débitéur) n'a pas déclaré sa créance à la procédure collective du sous-acquéreur (Cass. com. 21 février 2006 ; D. 2006 Aj. p. 718,

droit réel principal de propriété pût être utilisé comme garantie – comme l’est le droit réel accessoire.

478. Alors que le professeur Pierre Crocq défend l’idée que la propriété, utilisée à titre de sûreté, présente les caractères de la propriété ordinaire (dont l’exclusivité), d’autres auteurs, comme le professeur Michel Grimaldi, soutiennent que le droit de propriété utilisé à titre de sûreté n’est pas le droit de propriété ordinaire. En effet, une propriété sans droit de disposer qui retrouve le droit de disposer en cas d’inexécution de son obligation par l’acheteur-débiteur peut-elle être une propriété ordinaire ? Si le vendeur-propriétaire se paie de sa créance sur le bien, c’est que sa propriété n’est pas ordinaire. Si le vendeur peut revendre le bien sans avoir résolu la vente, c’est parce qu’il agit alors non en propriétaire, mais en créancier muni de sûreté, donc d’un droit de préférence, donc d’un droit de saisie.

479. On ne s’étendra pas davantage ici sur des débats qui seront amplement détaillés plus loin, car il s’agit simplement de donner un bref aperçu de l’ampleur des controverses doctrinales sur la réserve de propriété pour illustrer l’argument du professeur Didier-René Martin selon lequel la réception dans notre droit d’une figure juridique qui en bouleverse tant les lignes devrait encourager la réception du concept de propriété générique et flottante qui résulte de l’abandon de l’effet translatif de propriété attaché à la confusion de choses fongibles et qui entraîne l’admission de l’action en revendication de choses fongibles confondues – dans la mesure où la réception d’un tel concept ne provoquerait guère plus de confusion dans notre droit que n’en provoque la réserve de propriété.

480. Distinction entre la titularité d’un droit réel et l’exercice de ses attributs. – La consécration d’une « subpropriété »⁴⁵² dissociant le titre de propriété de l’exercice des attributs du droit de propriété invite d’autant plus à la consécration d’une « surpropriété »⁴⁵³ dissociant le titre de propriété de son assiette qu’elle n’est pas la seule figure opérant une telle dissociation en droit français. C’est là le sixième argument – toujours fondé sur l’analogie – que développe le professeur Didier-René Martin. Il fait remarquer que « la réserve de propriété sur des biens destinés à la revente emporte

obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2006 p. 659, obs. A. Martin-Serf). Tout cela fait dire au professeur Pierre Crocq que la réserve de propriété n’est pas une véritable sûreté.

⁴⁵² D. R. Martin, « La propriété, de haut en bas », *D.* 2007, p. 1977.

⁴⁵³ *Idem.*

dissociation du titre de propriété des biens, conservé par le vendeur, et de l'ensemble des attributs (*usus, fructus* et *abusus*) transmis à l'acheteur », et que « l'acquéreur est [investi], par démembrement de la propriété du vendeur, d'un droit réel global réunissant toutes les prérogatives de la propriété, détachées cependant de leur titre fondateur qui, par convention légalement permise, reste l'apanage du réservataire »⁴⁵⁴. Autrement dit, « à celui-ci la propriété éminente, en titre (la *proprietas*), à celui-là la “ propriété efficiente ”, à vif (la *potestas*) »⁴⁵⁵. Or, si l'article 544 du code civil n'impose pas que le propriétaire en titre soit celui qui exerce les prérogatives du droit de propriété (droit d'user, de jouir et de disposer), il n'y a pas de raison alors que l'usufruitier, qui est titulaire d'un droit réel principal d'usufruit lui conférant le droit d'user et de jouir (article 578 du code civil), soit nécessairement celui qui, *effectivement*, exerce l'*usus* et le *fructus* sur la chose. Malgré l'absence d'exercice effectif des prérogatives que lui confère son droit réel démembré, l'usufruitier conserve le titre qui lui permet d'user et de jouir. Il a en effet été jugé par la Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile le 14 janvier 1997, et en sa troisième chambre civile le 7 avril 2004, que lorsque l'usufruitier d'un bien immobilier en concède à autrui *gratuitement* (renonciation au *fructus*) l'usage et l'habitation (renonciation à l'*usus*), il n'en conserve pas moins la qualité d'usufruitier⁴⁵⁶. Dès lors, si la loi comme la jurisprudence admettent que l'on puisse découpler le titre d'un droit réel principal de l'exercice de ses attributs, pourquoi ne pas admettre que l'on dissocie le droit réel principal de son assiette ?

481. Analogie avec le « trust ». – *Last but not least* : le professeur Didier-René Martin tire son septième argument de la consécration dans les systèmes juridiques étrangers – et plus précisément anglo-saxons – d'un « droit réel planant et comme décroché du réel »⁴⁵⁷. Il ne s'agit pas tant du *trust* que de la *floating charge*⁴⁵⁸.

Il est vrai que le droit du *trust* consacre, à la marge, l'idée qu'un droit réel puisse « planer » sur un ensemble de biens. Si le *trust* ne sera pas ici amplement étudié, dans la mesure où il correspond à l'hypothèse où le mécanisme fiduciaire est utilisé aux fins de gestion plus que de sûreté, il convient néanmoins d'en dire quelques mots.

⁴⁵⁴ *Idem*.

⁴⁵⁵ *Idem*.

⁴⁵⁶ Cass. 1^{ère} civ. 14 janvier 1997 (*RTD civ.* 1998, p. 414, obs. F. Zenati-Castaing ; D. 1997, jur. p. 607, note V. Barabé-Bouchard) ; Cass. 3^e civ. 7 avril 2004 (*JCP G* 2004, I, 171 p. 1903, obs. H. Périnet-Marquet ; D. 2004, somm. p. 2469, obs. N. Reboul-Maupin).

⁴⁵⁷ L'expression est empruntée au doyen Gérard Cornu (*RTD civ.* 1961, p. 698, n° 4).

⁴⁵⁸ Pour une étude plus approfondie de la *floating charge* et de sa réception en droit français, voir *infra* les développements relatifs au gage sur stocks (§ 509-534).

481-1. Cette institution s'est développée au Moyen-Âge, en Angleterre, pour permettre, notamment aux seigneurs partant en croisade, de transmettre des biens à des personnes qualifiées de « *cestui que use* », au terme de l'écoulement d'un délai pendant lequel les biens transmis étaient administrés par des personnes de confiance, dénommées « *feoffees* ». La responsabilité du « *feoffee* » au titre de sa gestion des biens transmis n'était ni légale ni contractuelle ni délictuelle ni quasi-délictuelle : il n'était tenu moralement que par la seule confiance que lui témoignait la personne qui lui remettait les biens. Les éventuels manquements du « *feoffee* » ne pouvaient donc être sanctionnés sur le fondement de la *Common Law*... de sorte que ce sont les juridictions statuant en équité, au premier rang desquelles la *Court of Chancery*, qui ont pris l'initiative de sanctionner ces manquements au nom du droit du « *cestui que use* » à se voir remettre les biens transmis conformément à la mission confiée au « *feoffee* ».

481-2. Alors qu'en *Common Law*, le « *feoffee* » était regardé comme le propriétaire des biens transmis, puisque le « *cestui que use* » n'avait pas de droit susceptible de justifier des limitations aux pouvoirs du « *feoffee* » sur les biens confiés, en *Equity*, le « *cestui que use* » avait un droit réel qui grevait et limitait le droit réel du « *feoffee* », lequel ne pouvait donc constituer un droit de propriété plein et entier, mais seulement un démembrement de propriété. En conséquence, les biens transmis en vertu d'un *trust* ne faisaient pleinement partie ni du patrimoine du « *feoffee* », ni de celui du « *cestui que use* » : ils constituaient donc un patrimoine d'affectation, sans maître unique.

481-3. C'est dans la droite ligne de la conception anglo-saxonne du *trust* que l'article 2 de la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance prévoit que « lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un *trustee* dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé », « les biens du *trust* constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du *trustee* ». Or le professeur Pierre Crocq fait remarquer que « si le *trustee* ne respecte pas ses obligations (*breach of trust*), la jurisprudence a protégé le bénéficiaire du *trust* par le recours à la subrogation réelle et par la reconnaissance à son profit d'un droit de suite [...de sorte que...] ses droits se reportent automatiquement sur les avoirs que le *trustee* a pu acquérir avec les deniers du *trust* [...et qu'] ainsi, dans le cas où le *trustee* mélange les fonds du *trust* et les siens sur son compte bancaire et en dépense une partie, l'argent

restant est censé être celui du *trust* et le bénéficiaire se voit reconnaître le droit de revendiquer (*right to trace*) à concurrence des fonds du *trust* »⁴⁵⁹.

Autrement dit, le droit réel du bénéficiaire, lorsqu'il porte sur des choses fongibles en général, et sur des sommes d'argent en particulier, résiste à la confusion de ces choses ou sommes dans le patrimoine du *trustee* pour « planer » sur les biens mélangés⁴⁶⁰ voire se reporter sur les investissements réalisés par le *trustee* au moyen des choses ou sommes qu'il s'est indûment appropriées⁴⁶¹.

B – L'analogie avec la floating charge.

482. Le même principe sous-tend le régime de la *floating charge* dont le professeur Didier-René Martin ne donne guère de définition. Il se contente de dire que ce n'est pas une « propriété pour le compte d'autrui » mais plutôt une « dualité de propriété (celle du détenteur et celle du destinataire de choses confondues) [...] où l'assiette de l'un, déterminée, en permet l'exercice de tous les attributs, l'assiette de l'autre, simplement déterminable, le réduit à un droit latent », de sorte que « l'un vaut titre de plein exercice, [et] l'autre titre à revendiquer ». Autrement dit, la *floating charge* serait l'exhumation « d'un droit de propriété “ flottant ” sur un ensemble circonscrit de choses fongibles et susceptible de se réaliser, à tout moment, par la délivrance volontaire ou forcée de son assiette d'exercice ». S'il est vrai que, pour la *floating charge*, « flotter n'est pas un destin juridique » et qu'elle se dénoue bien « par une demande de rétablissement de l'assise du droit en suspens »⁴⁶², il convient néanmoins de préciser la notion.

483. La *floating charge* est, comme toute *charge*, une sûreté réelle sans dépossession. Contrairement à ce que suggère le professeur Didier-René Martin, la *floating charge* ne confère pas au créancier un droit réel principal de propriété, mais un droit réel accessoire de préférence.

483-1. Elle se distingue en cela du *mortgage* que l'on traduit en général tout à fait improprement par « hypothèque » - improprement parce qu'initialement, le *mortgage*

⁴⁵⁹ P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., pp. 158-159.

⁴⁶⁰ *Re Hallet's Estate* [1880] Ch. D 696, CA.

⁴⁶¹ *Re Oatway* [1903] 2 Ch. 356, CA.

⁴⁶² D. R. Martin « De la revendication des sommes d'argent », D. 2002, p. 3279.

transférait au créancier la propriété du bien fourni en garantie à condition que ce droit de propriété fût de nouveau transféré au débiteur si celui-ci s'acquittait dûment de ses obligations. Il n'y avait donc dans le *mortgage* absolument rien de la faveur qu'accorde l'hypothèque française au débiteur constituant en ne le privant ni de son droit de propriété ni de la possession de l'immeuble hypothéqué. En revanche, il y a, dans le *mortgage*, tout de la rigueur de la fiducie et de l'aliénation fiduciaire du droit romain⁴⁶³.

483-2. La *floating charge* se distingue aussi du *pledge* qui est une sûreté réelle avec dépossession qui correspondrait à notre gage avec dépossession ou à notre antichrèse : en aucun cas le *pledge* ne transfère la propriété du bien gagé ou nanti au créancier.

483-3. Enfin, au sein des *charges* – sûretés réelles sans dépossession qui, contrairement au *mortgage* et au *pledge*, sont des sûretés créées par l'*Equity* et non par la *Common Law* – il faut distinguer la *fixed charge* de la *floating charge*. La *fixed charge* est une sûreté sans dépossession conférant au créancier non pas un droit réel principal de propriété sur des biens dont le débiteur conserve la possession, mais un droit réel accessoire de préférence sur ces biens. La particularité de ce droit réel est qu'il est « présent » : il ne peut grever que des biens présents dans le patrimoine du débiteur à la date de constitution de la sûreté, individualisés ou individualisables, et il est donc insusceptible de se reporter sur des biens à venir ou sur des biens qui seraient substitués à ceux initialement grevés de sûreté⁴⁶⁴. Comme l'explique bien M. Elland-Goldsmith, « ce type de sûreté ne peut porter sur l'actif circulant d'une entreprise sans entraîner sa paralysie totale, car l'entreprise serait obligée pour vendre les produits de sa fabrication ou pour utiliser sa trésorerie, de demander à chaque fois l'autorisation du créancier »⁴⁶⁵.

⁴⁶³ Dans le même sens : M. Elland-Goldsmith, « Les sûretés sur sommes d'argent : le droit anglais », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 46 : « le droit anglais connaît deux modalités de création d'une sûreté sur un bien incorporel : la cession à titre de garantie (*mortgage*) et l'accord des parties pour l'affecter en garantie (*charge*). *Mortgage* et *charge* peuvent porter sur des biens de toute nature aussi bien présents que futurs, et peuvent donc porter sur des créances de somme d'argent, et notamment sur la créance d'une entreprise sur une banque, matérialisée par le solde créditeur d'un compte ».

⁴⁶⁴ Lord Justice Atkin souligna en 1924 que le principal trait caractéristique d'une *charge* est que le créancier acquiert grâce à elle un droit *présent* (*present right*) d'avoir le bien grevé mis à sa disposition comme garantie : « je pense qu'il ne fait aucun doute que, quand dans une opération les deux parties manifestent l'intention de rendre un bien présent ou futur disponible comme garantie pour le paiement d'une dette, et d'octroyer au créancier un droit présent d'avoir le bien grevé mis à sa disposition, il s'agit d'une sûreté sans dépossession (*charge*), même si le droit présent qui est envisagé peut n'être exercé qu'à une date future, et même si le créancier n'acquiert aucun droit de propriété, absolu ou spécial, ni aucun droit de possession, mais seulement celui de voir la garantie rendue disponible par le jugement d'un tribunal » (*National Provincial Bank v. Charnley* [1924] 1 KB 431, CA : « *I think there can be no doubt that where in a transaction for value both parties evince an intention that property, existing or future, shall be made available as security for the payment of a debt, and that the creditor shall have a present right to have it made available, there is a charge, even though the present legal right which is contemplated can only be enforced at some future date, and though the creditor gets no legal right of property, either absolute or special, or any legal right to possession, but only gets a right to have the security made available by an order of the Court* »).

⁴⁶⁵ Intervention de Michael Elland-Goldsmith lors d'un colloque organisé le 23 janvier 2006 par l'Association Européenne pour le Droit Bancaire et Financier (A.E.D.B.F. –France) sur le thème : « Gage-espèces, nantissement de compte bancaire, faut-il réformer les sûretés sur sommes d'argent ? »

483-4. À l'inverse, la *floating charge*, créée par la pratique des commerçants anglais, fut consacrée par les juges britanniques à la fin du XIX^e siècle⁴⁶⁶ comme une sûreté réelle sans dépossession conférant au créancier un droit réel accessoire de préférence sur des biens ou des ensembles de biens présents mais aussi à venir et sur les biens ou ensembles de biens objectivement ou subjectivement fongibles qui seraient substitués à ceux initialement grevés de sûreté⁴⁶⁷.

484. La *floating charge* est appelée à se dénouer par un processus de « cristallisation ». Il ne s'agit pas là de réaliser la sûreté soit en faisant vendre les biens du débiteur et en permettant au créancier de se payer sur leur prix de vente, soit en attribuant au créancier la propriété des biens ou ensembles de biens substitués aux biens ou ensembles de biens initialement grevés de sûreté. Il s'agit simplement de « fixer » l'assiette, jusqu'alors fluctuante, de la sûreté en transformant la *floating charge* en *fixed charge*. La *floating charge* est donc une sûreté dont la réalisation est « à double détente »⁴⁶⁸. Dans un premier temps, lorsque survient un événement défini soit par la loi soit par les parties⁴⁶⁹, la *floating charge* se cristallise⁴⁷⁰ en se transformant en *fixed*

⁴⁶⁶ *Holroyd v. Marshall* [1862] 10 HL Cas 191 (à propos de biens futurs) ; et surtout *Re Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Company* [1870] 5 Ch App 318 (à propos de biens indéterminés substitués aux biens initialement grevés de sûreté). Dans ce second jugement, Lord Justice Giffard souligna que l'« entreprise » (*undertaking*) grevée de sûreté devait s'entendre de « tous les biens de la société, non seulement ceux qui existaient à la date de la constitution de la garantie, mais aussi ceux qui ont pu, par la suite, devenir la propriété de la société » (« *I have no hesitation in saying that in this particular case, and having regard to the state of this particular company, the word "undertaking" had reference to all the property of the company, not only which existed at the date of the debenture, but which might afterwards become the property of the company* »).

⁴⁶⁷ Au-delà de la différence entre *fixed charge* et *floating charge* qui tient à leur assiette, il y a, entre ces deux sûretés, des différences de régime, notamment en matière de procédures collectives. Comme l'explique M. Elland-Goldsmith (« Les sûretés sur sommes d'argent : le droit anglais », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 46) :

« - les hypothèses dans lesquelles la *floating charge* peut être annulée dans la faillite du constituant sont plus nombreuses que pour une *fixed charge* ;

- si, avec certaines catégories de *fixed charges*, elle doit faire l'objet d'une publicité pour être opposable aux tiers, la *floating charge*, même publiée, sera inopposable à ceux avec qui le constituant aura pu traiter pendant la période précédant la *crystallisation* : ce n'est que le corollaire de la faculté de libre disposition reconnue à ce dernier ;

- contrairement à la *fixed charge*, la *floating charge* est primée par les privilèges dont sont assorties certaines créances, notamment les salaires ; en outre, une loi récente réserve aux créanciers chirographaires, en cas de faillite du constituant, un pourcentage du produit de la réalisation des actifs sur lesquels porte la *floating charge* ;

- dans l'hypothèse de l'ouverture d'une procédure de redressement (*administration*) à l'égard du constituant d'une *floating charge*, l'*administrator* peut utiliser les actifs couverts par la *floating charge* pour financer le redressement de l'entreprise et les coûts de la procédure ».

⁴⁶⁸ F. Lemaître, *La floating charge : un gage sans dépossession de choses fongibles ? Étude comparée de la floating charge et des sûretés mobilières françaises*, Mémoire de master 2 Droits de *Common Law* dirigé par le professeur M. Goré et soutenu en juin 2007, Université de Paris II Panthéon-Assas.

⁴⁶⁹ Il peut s'agir notamment d'une baisse de la valeur de l'assiette de la sûreté au-delà d'un seuil conventionnellement fixé par les parties, ou de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur.

⁴⁷⁰ Le terme de « cristallisation » a été pour la première fois employé dans l'affaire *Evans v Rival Granite Quarries Ltd* [1910] 2 KB 979, CA. Mais, sans être nommée, la notion existait dès 1870 puisque, dans l'affaire *Re Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Company* [1870] 5 Ch App 318, Lord Justice Giffard écrit : « le titulaire de la garantie ne peut interférer soit tant que l'intérêt dû n'a pas été payé, soit tant que l'échéance n'est pas survenue pour le paiement du principal de la dette, et que le principal n'a pas été payé. Je pense que l'objet et le sens de la garantie étaient que la société puisse poursuivre son activité pendant l'intervalle de temps et, plus encore, que, durant cet intervalle, le titulaire de la garantie ne serait pas autorisé à demander des comptes sur les profits réalisés, ou sur l'administration par la société du bien grevé pour les besoins ordinaires de son activité. Je ne fais pas allusion à des actes tels que la vente ou la constitution de sûretés avec transfert de propriété, mais à l'affectation ordinaire des fonds qui ont été reçus par la société à l'occasion du cours ordinaire de son activité. Je ne vois pas de difficulté ou d'inconvénient à donner effet à un tel contrat. Mais, au moment où la société est mise en redressement judiciaire, et

charge et en gagnant ainsi une assiette déterminée sur laquelle les droits du créancier sont définitivement fixés – ce qui restreint la liberté qu’avait le débiteur d’en user et surtout d’en disposer (l’autorisation préalable du créancier est dès lors requise). Dans un second temps, lorsque survient la défaillance du débiteur, la *floating charge*, transformée en *fixed charge*, est réalisée soit par la vente des biens grevés et le paiement du créancier sur leur prix de vente, soit par leur attribution en propriété au créancier⁴⁷¹. Aux termes d’un jugement de Lord Justice Buckley⁴⁷², la cristallisation est en effet la fiction juridique par laquelle la fiction de sûreté qu’est la *floating charge* devient réalité en grevant (en tant que *fixed charge*) chacun des biens qui sont compris dans son assiette telle que décrite dans l’acte constitutif et dont le débiteur est propriétaire au moment de la cristallisation. L’effet de la cristallisation consiste, d’une part, en ce que le créancier révèle (et non pas acquiert) un droit réel présent (qu’il avait dès la constitution de la sûreté) sur les biens ou ensembles de biens grevés, et d’autre part, et corrélativement, en ce que la révélation de ce droit se fait sous la forme de l’exercice d’un droit de contrôle qui exige du débiteur constituant qu’il demande l’autorisation du créancier pour disposer des biens grevés, de sorte que ce dernier perd la liberté de disposer desdits biens, y compris pour les besoins ordinaires de son activité commerciale.

que ses biens doivent être réalisés, à ce moment-là, les droits des parties en question sont fixés » (« *the debentureholder could not interfere until either the interest which was due was unpaid, or until the period had arrived for the payment of his principal, and that principal was unpaid. I think the meaning and object of the security was this, that the company might go on during that interval, and, furthermore, that during the interval, the debentureholder would not be entitled to any account of mesne profits, or of any dealing with the property of the company in the ordinary course of carrying on their business. I do not refer to such things as sales and mortgages of property, but to the ordinary application of funds which came into the hands of the company in the usual course of business. I see no difficulty or inconvenience in giving effect to this instrument. But the moment the company comes to be wound up, and the property has to be realised, that moment the rights of these parties, beyond all question, attach* »).

⁴⁷¹ Le même principe de réalisation en deux temps régit les « conventions de contrôle de compte bancaire » (Account Control Agreements) connues en droit américain. Lors de la constitution de la sûreté, il n’est reconnu au créancier qu’un contrôle potentiel sur le compte affecté en garantie. Lorsqu’avant l’échéance de la créance garantie surviennent certains événements décrits par les parties à la convention, le contrôle du créancier peut gagner en force et en réalité, sans pour autant être total : le créancier peut se voir reconnaître un simple « droit de regard » sur la gestion du compte nanti par le constituant. Enfin, à l’échéance de la créance garantie, le contrôle du créancier s’actualise et devient pleinement effectif : il réalise sa sûreté en gérant le compte en lieu et place du constituant. T. Kamman et C. Lhenry (« La garantie sur les comptes bancaires (*Security Interest in a Deposit Account*) de l’article 9 du UCC », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 50) expliquent ainsi que « la *security interest in a deposit account* ne donne pas immédiatement de pouvoir directif sur l’objet de la garantie », que cette garantie « consiste simplement en la capacité du créancier gagiste de notifier à tout moment à la banque sa prise de gestion du compte » et que « le créancier ne prendra le pouvoir effectif sur le compte afin d’en disposer pleinement qu’au moment où il notifiera à la banque réceptionnaire la réalisation de sa sûreté (*Activation Notice*) » (*ibidem*). Mais ces mêmes auteurs ajoutent qu’« entre le moment où la garantie est créée et celui où elle est réalisée, notamment à l’occasion de la survenance de certains événements témoignant de la fragilité financière du débiteur (baisse de notation, non-respect des ratios financiers), la convention peut donner un pouvoir au créancier sur les fonds sans pour autant qu’il en prenne pleine possession. Les contractants peuvent ainsi prévoir que le créancier aura un droit de regard sur l’utilisation des fonds, voire même que son consentement sera nécessaire à leur sortie » (*ibidem*).

⁴⁷² *Evans v. Rival Granite Quarries Ltd* [1910] 2 KB 979, CA.

485. Il faut d'emblée noter que la cristallisation ne doit pas être confondue avec l'exécution proprement dite de la sûreté : en cristallisant, la sûreté « devient » et reste sûreté. Ce n'est pas parce que l'événement catalyseur de la cristallisation est survenu que la sûreté fixe qu'est devenue la sûreté flottante est mise à exécution au sens où le droit réel du créancier est réalisé. L'exécution de la *floating charge*, c'est sa cristallisation. L'exécution de la *floating charge* cristallisée, et par là même devenue *fixed charge*, c'est la réalisation du droit réel du créancier par la vente du bien grevé et l'exercice d'un droit de préférence, ou par l'attribution en propriété dudit bien au créancier. C'est parce que « l'exécution » de la sûreté se fait en deux temps qu'il nous semble tout à fait justifié de parler de la *floating charge* comme d'une « sûreté à double détention ». La « cristallisation » ne fait que transformer la sûreté flottante en sûreté fixe réalisable en *Equity* sur les biens qui sont dans le patrimoine de la société débitrice à la date de la cristallisation. Cela peut inclure les biens qui seront acquis dans le futur s'ils entrent dans l'assiette de la sûreté, c'est-à-dire s'ils relèvent de la catégorie de biens grevés.

486. Si la proposition a été émise, au début des années 1980, de faire en sorte que la loi prévoie et énumère limitativement tous les événements susceptibles de provoquer la cristallisation de la *floating charge*, cette suggestion n'a pas été retenue dans le *Companies Act* du 8 novembre 2006. Aussi la cristallisation de la *floating charge* reste-t-elle de source à la fois légale et (surtout) conventionnelle. L'événement susceptible de provoquer cette « cristallisation », tel qu'une défaillance dans le paiement du principal de la dette ou des intérêts, est d'ordinaire mentionné dans le contrat garanti. Il s'agit alors d'une cristallisation conventionnelle. Pour déterminer quel(s) événement(s) provoquera ou provoqueront la cristallisation, sur notification à la société débitrice, les parties au contrat de sûreté disposent d'une liberté contractuelle presque totale, qui n'est limitée que par la nécessité de réserver au débiteur constituant une marge de liberté suffisante pour que la sûreté constituée ne s'apparente pas à une *fixed charge* mais reste une *floating charge*. Ainsi, cet événement ne pourra être l'un des actes que le débiteur constituant est susceptible d'accomplir pour les besoins ordinaires de son commerce – sinon, le contrôle du créancier serait trop étroit, ou du moins assez étroit pour que la garantie ainsi constituée ait perdu « l'esprit » de la *floating charge*. Si la vente des biens grevés relève de ces actes accomplis pour les besoins ordinaires du commerce et donc *a priori* insusceptibles de provoquer la cristallisation, un défaut de paiement des intérêts échus de la dette principale peut, en revanche, être

conventionnellement stipulé comme provoquant la cristallisation. La cristallisation peut aussi être un effet attaché par la loi à des événements tels que la cessation d'activités de la société débitrice – et il s'agit alors d'une cristallisation légale. De fait, la liquidation judiciaire est l'un des cas de cristallisation légale : l'article 127 de la loi sur l'insolvabilité (*Insolvency Act*) de 1986 dispose que tout acte de disposition sur les biens de la société – et notamment ceux grevés d'une sûreté sans dépossession – est nul dès lors qu'il est accompli après le commencement de la procédure de liquidation⁴⁷³.

487. Ces développements sur la *floating charge*, loin d'être digressifs, nous paraissent nécessaires à la bonne compréhension de l'argument du professeur Didier-René Martin tiré de l'existence dans les droits étrangers – et surtout dans le droit anglais (*floating charge*) et dans le droit américain (*floating lien*) – du concept de « droit

⁴⁷³ Pour mieux comprendre le fonctionnement d'une telle sûreté, on peut proposer un exemple emprunté à Alison Clarke et Paul Kohler dans leur ouvrage sur le droit anglais des biens (Al. Clarke et P. Kohler, *Property Law, Commentary and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, Collection Law in context, 2005, pp. 156-157). En venant aux sûretés grevant un ensemble de biens « variable » (*fluctuating body of assets*), les auteurs écrivent qu'« en utilisant une *floating charge*, une entreprise commerciale peut consentir à un prêteur une sûreté grevant tous ses biens d'un type particulier (*assets of a particular type*), plutôt que des biens déterminés [nous dirions « corps certains »] (*specific assets*) dont elle vient à être propriétaire à un moment donné ». Et de donner un exemple concret : « un fabricant d'automobiles peut consentir à celui qui lui a prêté de l'argent, une *floating charge* sur tout son stock d'automobiles dont la production est achevée sans pour autant consentir au prêteur une sûreté grevant spécialement (*specific charge*) chacune des voitures en question. Une sûreté spéciale (*specific charge*) – habituellement appelée *fixed charge* [« sûreté fixe »] par opposition à la *floating charge* [« sûreté flottante »] – grevant une automobile est un droit réel sur l'automobile (*property interest in the car*) qui est potentiellement réalisable (*enforceable*) et opposable à toute personne qui achète ladite automobile. Ainsi, si le prêteur était titulaire d'une « sûreté fixe » sur chacune des automobiles dont l'entreprise a achevé la production, ce serait fort peu pratique : à chaque fois que l'entreprise voudrait vendre l'automobile, elle aurait à demander au prêteur de libérer précisément cette automobile [et elle seule] de la sûreté qui la grève (et à prouver à l'acheteur qu'elle a effectivement procédé à cette mainlevée). L'avantage d'une *floating charge* sur le stock d'automobiles tient à ce qu'elle ne confère pas au prêteur un droit réel sur chacune des automobiles en particulier [nous dirions sur chacun des corps certains que constituent les automobiles comme biens individualisés], de sorte que l'entreprise est libre de poursuivre son activité consistant à fabriquer et à vendre des automobiles sans avoir à demander l'autorisation du prêteur à chaque fois qu'elle veut en vendre une. La sûreté « flotte » (*floats*) sur l'ensemble des biens (*over the body of assets*) sans grever l'un d'entre eux individuellement à un moment donné (*without attaching to any particular one at any particular time*). Il faut reconnaître que ce n'est pas d'une grande utilité pour le prêteur. La raison pour laquelle un prêteur se fait consentir une sûreté sur une automobile tient à ce que, si l'entreprise manque à son obligation de rembourser le prêt que la sûreté garantit, le prêteur a alors un droit se rapportant à la propriété de l'automobile (*property interest in the car*) [nous dirions un « droit de préférence »] qui l'autorise à vendre l'automobile et à se payer sur le prix de vente pour éteindre sa créance. S'il est titulaire d'une *floating charge* sur un stock d'automobiles, il n'est pas titulaire d'un droit de préférence suffisant sur chacune des automobiles en particulier pour lui permettre d'agir ainsi. Mais ce problème est évité par le procédé de « cristallisation » : à la survenance d'un événement déterminé (*specified event*) – tel que, par exemple, la mise en liquidation de l'entreprise ou un incident de paiement du capital de l'emprunt – la sûreté qui flottait sur le stock d'automobiles dont les éléments variaient (*over the fluctuating stock of cars*) se cristallise et se transforme automatiquement en sûreté fixe (*fixed charge*) sur chacune des automobiles dont l'entreprise est à cette date propriétaire. Le prêteur peut alors procéder à la vente de chacune des automobiles s'il le souhaite ou exercer tous les recours qui sont ouverts à un créancier gagiste » (« *So, for example, a car manufacturer can grant to its lender a floating charge over all its stock of completed cars, without giving a lender a specific charge over any one of the cars. A specific charge (usually called a fixed charge to distinguish it from a floating charge) over a car is a property interest in the car, potentially enforceable against anyone who buys the car. So, if the lender was to have a fixed charge over each of the company's completed cars, this could be highly inconvenient: every time the company wanted to sell a car to a buyer, it would have to ask the lender to give up its charge over that car (and prove to the buyer that it had done so). The advantage of a floating charge over the stock of cars is that it does not give the lender a property interest in any specific car, so the company is free to carry on its business of making and selling cars without having to ask the lender every time it wants to sell one. The charge floats over the body of assets, without attaching to any particular one at any particular time. Admittedly, this is not of itself very much use to the lender. The reason a lender takes a charge over a car is so that, if the company fails to repay the loan that the charge secures, the lender has a property interest in the car that enables it to sell the car for itself and take the proceeds of sale to pay off the debt. If it has a floating charge over the stock of cars, it has no sufficient property interest in any specific car to enable it do this. However, this problem is avoided by the device of "crystallisation": on the happening of a specified event (for example, the business goes into liquidation, or fails to make a loan repayment to the lender) the floating charge over the fluctuating stock of cars crystallises and is transformed automatically into a fixed charge over each car then owned by the business at that point in time. The lender can then go ahead and sell each car as chargee if it wants, or exercise any of the remedies available to a chargee »).*

réel flottant ». Si d'autres droits ont admis qu'un droit réel accessoire (de préférence) pouvait « flotter » sur un ensemble de choses fongibles confondues, pourquoi ne pas admettre qu'un droit réel principal (de propriété) puisse « flotter » sur un ensemble de choses fongibles confondues ? Après tout, la *floating charge* du droit anglais plonge ses racines dans le droit romain sur les fondements duquel notre droit s'est également constitué. Il suffit de lire le *Digeste* pour constater que les Romains avaient eux aussi conçu un droit réel « planant »⁴⁷⁴.

488. Le droit romain admettait en effet qu'un droit réel de préférence sur des choses fongibles susceptibles de se confondre, de varier au cours du temps et de se substituer les unes aux autres, pût se reporter sur les biens acquis en remplacement des biens grevés de sûreté sortis du patrimoine du débiteur, et se cristalliser sur les biens existant dans le patrimoine du débiteur à la survenance d'un événement déterminé (notamment la mort du débiteur).

489. De là à admettre que le droit réel de propriété d'un constituant ou d'un déposant sur des choses fongibles susceptibles de se confondre et de se substituer les unes aux autres puisse résister à la confusion desdites choses fongibles et éventuellement se reporter sur d'autres choses fongibles, pour finir par retrouver une assiette fixe à la date de la restitution des choses fongibles par le créancier gagiste ou le dépositaire, il n'y a qu'un pas⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ *Digeste*, XX, I, 34 : « *Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur, et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit eas que in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia quae ibi deprehenduntur creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae. Respondit : ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur* » (« Un débiteur donne sa boutique en gage à son créancier. On a demandé si ce gage n'avait aucun effet, ou si, par le terme de boutique, il fallait entendre que le débiteur avait voulu engager les marchandises qui étaient dedans. Et dans le cas où le débiteur aurait vendu ces marchandises, et les aurait remplacées à mesure, on a demandé si, après sa mort, le créancier pouvait tenter l'action hypothécaire pour se faire attribuer tout ce qui se trouverait dans la boutique, quoique ce ne soit plus les mêmes marchandises, mais qu'on y en ait introduit d'autres depuis le contrat. Le jurisconsulte répond qu'il appert que toutes les marchandises qui se trouvent dans la boutique au temps de la mort du débiteur sont engagées au profit du créancier »).

⁴⁷⁵ D. R. Martin « De la revendication des sommes d'argent », D. 2002, p. 3279 : « La survivance du droit réel doit s'entendre ici non pas d'une propriété de la chose confondue même, mais d'une propriété à valoir, à due concurrence, sur l'ensemble des choses fongibles où elle se mélange dans l'actif du détenteur. Où l'on peut parler alors de "droit réel planant" pour désigner cette propriété, provisoirement non allotie, qui plane sur la masse présente et future d'un genre déterminé de choses au sein du patrimoine-cible du détenteur soumis à restitution. Détachée du réel si l'on veut, en ce qu'elle a un objet abstrait (une quantité d'un tout générique), cette propriété n'en est pas moins, au sens propre, virtuelle : elle réunit les conditions essentielles à sa réalisation. Momentanément privée de l'exercice de ses attributs, par dilution contingente de son objet, elle caractérise la survivance du titre réel à la confusion mobilière. Ce titre même qui ouvre, à son titulaire, la voie de la revendication ».

C – L'application à l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues.

490. Le professeur Didier-René Martin a tiré le fil de la bobine de la « propriété générique » pour proposer une extension de son application – cette fois au contrat de gage, et plus précisément à l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier. Traitant « du gage-espèces »⁴⁷⁶ entendu au sens large comme l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier, l'auteur y développe l'idée que le gage n'étant qu'une forme de dépôt, et le gage-espèces n'étant qu'une forme de dépôt en garantie de sommes d'argent, la confusion des sommes d'argent remises en garantie par le débiteur-déposant, dans le patrimoine du créancier-dépositaire, n'aurait pas pour effet de transformer le droit réel de propriété du débiteur-déposant en droit personnel de créance de restitution par équivalent.

491. S'agissant de sommes d'argent sous forme d'écritures en compte, il souligne que le caractère incorporel que l'on prête (selon lui à tort) à la monnaie sous cette forme s'oppose à tout effet translatif de propriété dû à leur confusion... pour la simple et bonne raison qu'il n'y aurait pas, selon lui, de choses incorporelles qui puissent être fongibles⁴⁷⁷. Il en conclut que, dès lors que l'on reconnaît un effet translatif de propriété à la confusion d'écritures en compte dans le patrimoine d'autrui, cela signifie que l'on traite les écritures en compte (et donc la monnaie scripturale) comme un bien corporel... Autrement dit le syllogisme serait le suivant : seules les choses corporelles sont fongibles (majeure), or on donne à la confusion d'écritures en compte les mêmes effets qu'à la confusion de choses fongibles (mineure), donc les écritures en comptes sont des choses fongibles, et, par conséquent, corporelles (conclusion)⁴⁷⁸. Nous nous sommes

⁴⁷⁶ D. R. Martin, « Du gage-espèces », D. 2007, p. 2556.

⁴⁷⁷ *Ibidem* : « de plus si le bénéficiaire de la garantie acquiert la propriété des sommes remises, ce ne peut être, dans l'hypothèse visée, que par l'effet acquisitif originaire de la confusion de choses fongibles. Mais il est alors contradictoire de prêter cet effet à un bien incorporel [...] par essence, les créations de l'esprit, même articulées sur des données objectives, ne sont pas fongibles ».

⁴⁷⁸ *Ibidem* : alors que, selon certains auteurs, « la sûreté constituée sur cet actif [écritures en compte confondues] devrait s'entendre d'un banal nantissement de créance [...] chacun est bien conscient que ce qui est alors affecté en garantie, dans l'hypothèse visée, n'est pas ladite créance, mais l'objet même sur lequel elle porterait : la somme d'argent ». Et le professeur Didier-René Martin en veut pour preuve que le nantissement de créance, tel que conçu depuis 2006, ne se réalise pas par compensation, mais par imputation. En effet, que la créance garantie soit échue (article 2364, alinéa 1^{er}, du code civil) ou non (article 2364, alinéa 2, du code civil), les sommes d'argent qui sont versées au créancier au titre de la créance nantie et qui constituent donc les sommes d'argent affectées en garantie sont *imputées* sur la créance garantie soit immédiatement (si la créance garantie est échue) soit après « passage » sur un compte spécial (si la créance garantie est échue après la créance nantie). Il y a là *imputation, et non compensation*. Ce serait le signe, pour le professeur Didier-René Martin, de ce que ce ne sont pas des créances que l'on compense. Il y aurait d'un côté une créance (la créance garantie) et, de l'autre, des choses corporelles éteignant la créance comme dans une dation en paiement. Rien de plus logique, pour l'auteur, puisque l'on ne peut compenser le droit de revendication du constituant du nantissement de créance (action portant sur un droit réel) avec le droit de créance du créancier (action portant sur un droit personnel).

déjà attachés à réfuter cet argument, en montrant notamment que les valeurs mobilières – dont le caractère incorporel n’est pas contesté en doctrine (sauf par le professeur Didier-René Martin) – pouvaient être traitées comme des choses fongibles susceptibles de faire l’objet d’une « propriété de valeur »⁴⁷⁹, notamment dans le cadre de l’usufruit portant sur un portefeuille de valeurs mobilières⁴⁸⁰. Ce n’est donc pas cet argument qui doit, selon nous, être retenu pour étayer la thèse selon laquelle la confusion de sommes d’argent d’un constituant-déposant dans le patrimoine d’un créancier-dépositaire n’emporte pas transfert d’une propriété pleine et entière.

492. L’autre argument développé par le professeur Didier-René Martin est sujet à caution : selon lui, les arrêts ayant consacré l’effet translatif de propriété de l’affectation en garantie de sommes d’argent confondues dans le patrimoine du créancier (ou « gage-espèces »)⁴⁸¹ ne l’auraient fait que par « complaisance ». Les juges du droit, en particulier dans l’arrêt du 3 juin 1997⁴⁸², auraient fait primer la pratique sur la théorie en faisant primer la recherche d’une réalisation facile de la sûreté par voie de compensation conventionnelle entre la créance garantie et la créance de restitution par équivalent sur la stricte observation des règles du droit patrimonial. Et le professeur Didier-René Martin de railler les juges du droit – après le professeur Christian Larroumet⁴⁸³ – au motif de ce que ces derniers ne s’étaient même pas préoccupés de savoir si les conditions de la compensation étaient réunies, et la compensation recherchée possible.

D – La notion de droit réel planant ne peut être fondée sur la théorie de l’accession.

493. Acquisition (et non transfert) du droit de disposer des choses fongibles, et notamment des sommes d’argent, confondues dans le patrimoine d’autrui. – La farouche hostilité du professeur Didier-René Martin à l’idée que la confusion des choses

⁴⁷⁹ Expression du professeur Laurent Aynès, dans sa note sous Cass. 1^{ère} civ. 12 novembre 1998 (D. 1999, p. 167).

⁴⁸⁰ Voir *supra* les développements sur l’incorporalité de la monnaie scripturale (§ 178-196).

⁴⁸¹ Cass. com. 17 mai 1994 (D. 1995 jur. p. 124, note Ch. Larroumet ; *JCP G* 1994, I, 3799, n° 21, obs. M. Cabrillac ; *RTD com.* 1996 p. 531, obs. A. Martin-Serf) ; Cass. com. 9 avril 1996 (D. 1996, jur. p. 399, note Ch. Larroumet) ; Cass. com. 3 juin 1997 (*JCP G* 1997, II, n° 22890, rapport de J. - P. Rémy ; D. 1998, jur. p. 61, note J. François et somm. p. 104 obs. S. Piedelièvre ; *RTD com.* 1997 p. 663, obs. M. Cabrillac, et, p. 686, obs. Martin-Serf).

⁴⁸² Cass. com. 3 juin 1997 (*JCP G* 1997, II, n° 22890, rapport de J. - P. Rémy ; D. 1998, jur. p. 61, note J. François et somm. p. 104, obs. S. Piedelièvre ; *RTD com.* 1997 p. 663, obs. M. Cabrillac, et, p. 686, obs. Martin-Serf) : « la propriété des sommes avait été transférée à titre de garantie ».

⁴⁸³ Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 9 avril 1996 (D. 1996, jur. p. 399) et note sous Cass. com. 17 mai 1994 (D. 1995 jur. p. 124).

fongibles en rende propriétaire le dépositaire dans le patrimoine duquel elle s'opère, semble s'être quelque peu émoussée entre 2002 et 2007... Cinq ans après son réquisitoire contre cette thèse, le professeur Didier-René Martin admet que la confusion des choses fongibles d'une personne dans le patrimoine d'une autre en rende la seconde propriétaire. Mais s'il concède du terrain sur le principe, c'est pour mieux en découdre sur le fondement : celui dans le patrimoine duquel s'opère la confusion (le créancier gagiste et, plus généralement, le dépositaire) ne deviendrait pas propriétaire par l'effet d'un transfert de propriété, mais par voie d'accession, mode d'acquisition originaire de la propriété. Il ne faudrait pas parler d'« effet translatif » de propriété dû à la confusion de choses fongibles, mais d'« effet acquisitif » de propriété dû à une telle confusion.

494. L'idée que la propriété serait acquise non par transfert (qui supposerait la perte par le constituant – et plus généralement par le déposant – de son titre de propriété) mais par accession (qui n'anéantirait pas le titre de propriété du constituant – et plus généralement du déposant) permettrait d'expliquer que le constituant (ou déposant) ne perde pas son droit de propriété par l'effet de la confusion de ses choses fongibles, et en particulier de ses sommes d'argent, dans le patrimoine d'autrui. Le fait que le dépositaire, et en particulier le créancier gagiste de sommes d'argent confondues, acquiert la propriété par accession, et non par transfert, autoriserait à penser que des choses fongibles confondues dans un même tout puissent faire l'objet de deux droits de propriété – pourtant exclusifs par principe. Et les deux droits de propriété ne s'excluraient pas l'un l'autre pour la bonne et simple raison que, détachés de leur assiette, « planants », « flottants », ils n'auraient pas d'emprise sur des biens en particulier et n'entreraient donc pas matériellement et concrètement en conflit⁴⁸⁴.

⁴⁸⁴ L'auteur explique que « cette solution est traditionnellement analysée comme une appropriation originaire résultant du seul fait – juridique – de la confusion de choses fongibles chez leur *accipiens* et non d'un acte de transfert de la propriété du remettant desdites choses à leur récepteur ». Cette analyse de la confusion de choses fongibles dans le patrimoine de celui à qui elles sont remises comme mode d'accession est réitérée par le professeur Didier-René Martin dans son commentaire d'un arrêt rendu le 3 mai 2006 par la Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile, à propos d'un contrat de mandat supposant la remise de sommes d'argent (voir *infra* § 504 et s.). Il y explique que la confusion de choses fongibles opérant acquisition de la propriété par accession – et non par transfert – le droit de propriété du remettant des choses fongibles survit à ladite confusion et à la naissance du droit de propriété de leur détenteur : l'accession autoriserait la cohabitation de deux droits de propriété sur une même assiette. S'agissant en outre non pas d'une disparition de l'assiette du droit de propriété du remettant, mais d'une dilution de l'assiette de son droit de propriété, ce droit de propriété peut survivre sur une assiette diluée – d'autant que le remettant des choses fongibles n'a jamais entendu abdiquer son droit de propriété. « Délestée de son assiette, sa propriété s'en trouve comme allégée, aérienne, suspendue, en apesanteur, mais juridiquement préservée dans son principe et apte, par conséquent, à imposer une reconstitution de son support [...] Où l'on voit qu'en dépit de l'appropriation originaire de ces fonds, par le mandataire, perdure celle du mandant, désincarnée, certes, réduite au bois d'un sceptre, mais dont le doigt levé qui le surmonte vaut encore titre et signale le droit au retour d'une mainmise » (D. R. Martin, « La propriété, de haut en bas, D. 2007, p. 1977).

495. À l'appui de la démonstration du professeur Didier-René Martin, il faut dire qu'il est vrai que le droit français n'a pas toujours été hostile à l'idée qu'un même bien puisse faire l'objet de deux droits de propriété superposés et non démembrés.

Outre la distinction de l'Ancien droit entre le domaine éminent et le domaine utile, et l'« appétit » qu'avaient, avant la Révolution française, les jurisconsultes pour les propriétés enchevêtrées, on peut noter la célèbre jurisprudence forgée il n'y a pas si longtemps que cela par la Cour de cassation dans son fameux arrêt d'assemblée plénière relatif à l'« étang Napoléon »⁴⁸⁵. Certes, quoique cela puisse se discuter⁴⁸⁶, des biens immobiliers ne sont pas des choses fongibles. Mais il s'agit davantage de faire référence à cet arrêt pour montrer que des droits de propriété peuvent avoir la même assiette sans s'exclure.

496. En l'espèce, il s'agissait d'un étang qui constituait une propriété privée. Or, la mer venant, par un phénomène naturel, à le recouvrir en 1872, l'étang fut alors incorporé au domaine public maritime. Mais plusieurs décennies après, en 1942, la mer se retira... de sorte que les héritiers des anciens propriétaires agirent en revendication de leur droit de propriété sur ledit étang. Or les juges du droit, réunis en assemblée plénière, accueillirent l'action en revendication au motif que « le propriétaire qui a été privé de ses droits par la perte de son immeuble par le seul effet des forces de la nature se trouve réintégré dans sa propriété lorsque, de la même manière, l'obstacle qui l'en avait privé a disparu »⁴⁸⁷.

497. Autrement dit, malgré l'existence d'une propriété publique sur un bien pendant près de soixante-dix ans, la propriété privée antérieure n'avait pas été anéantie... de sorte qu'elle pouvait être reconstituée. Comme l'ont fait remarquer les commentateurs, cela « implique que l'incorporation du bien au domaine public avait laissé subsister la propriété privée initiale à l'état latent ou potentiel »⁴⁸⁸. Il n'en faut pas plus pour que le professeur Didier-René Martin y voie la confirmation de ce que deux droits de propriété sur un même bien peuvent cohabiter (l'un à l'état latent, l'autre en superficie) – d'autant que l'apparition du second droit de propriété, qu'il s'agisse de l'« étang Napoléon » ou des choses fongibles confondues, est due à un phénomène naturel : l'avancée des eaux provoquant une incorporation au domaine public maritime

⁴⁸⁵ Cass. Ass. plén. 23 juin 1972 (*JCP G* 1973, II, 17331, note G. Goubeaux et Y. Jégouzo).

⁴⁸⁶ Cass. 3^e civ. 17 juillet 1968 (Bull. civ. III n° 354 ; *RTD civ.* 1969, p. 37, obs. G. Cornu).

⁴⁸⁷ Cass. Ass. plén. 23 juin 1972 (*JCP G* 1973, II, 17331, note G. Goubeaux et Y. Jégouzo).

⁴⁸⁸ G. Goubeaux et Y. Jégouzo, note sous Cass. Ass. plén. 23 juin 1972 (*JCP G* 1973, II, 17331).

dans le premier cas, la confusion de choses équivalentes dont l'unicité est indifférente, dans le second cas.

498. Dès lors que le professeur Didier-René Martin admet que la confusion des choses appartenant au constituant (et plus généralement au déposant) dans le patrimoine du créancier gagiste (et plus généralement du dépositaire) en rend le second propriétaire par voie d'accession, il n'est plus possible de voir dans l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues une fiducie-sûreté qui serait translatrice d'une propriété pleine et entière en vertu de la volonté des parties. Ce serait bien plutôt un gage emportant l'acquisition, par le créancier, d'un droit de disposer, cette acquisition résultant, non de la volonté des parties, mais de la fongibilité de la monnaie⁴⁸⁹.

499. Cette idée que la confusion des choses fongibles soit acquisitive (et non translatrice) de propriété a été développée par M. Gilles Cuniberti⁴⁹⁰ avant de l'être par le professeur Didier-René Martin. Comme ce dernier, M. Gilles Cuniberti s'attache à démontrer que « le gage-espèces pourrait demeurer en toute hypothèse un gage sans pour autant heurter tous les principes de notre droit des biens »⁴⁹¹. Après avoir écarté l'idée que l'acquisition originaire de la propriété puisse s'expliquer par le jeu de la fonction acquisitive de droits de l'article 2276, alinéa 1^{er}, du code civil (ancien article 2279, alinéa 1^{er}, du même code), au juste motif que le créancier gagiste, détenteur précaire, n'a pas l'*animus* du possesseur dans la mesure où il ne peut pas ignorer qu'un autre que lui (le constituant) est propriétaire de la chose remise en gage⁴⁹², M. Gilles Cuniberti s'interroge sur la possibilité d'une acquisition originaire de la propriété par voie d'accession.

500. L'article 566 du code civil dispose en effet que « lorsque deux choses appartenant à différents maîtres, qui ont été unies de manière à former un tout, sont néanmoins séparables, en sorte que l'une puisse subsister sans l'autre, le tout appartient au maître de la chose qui forme la partie principale, à la charge de payer à l'autre la

⁴⁸⁹ D. R. Martin, « Du gage-espèces », D. 2007, p. 2556 : « le gage-espèces n'est pas une fiducie : il demeure essentiellement un gage – irrégulier si l'on veut – dont la fusion de l'assiette dans l'actif du créancier n'est qu'une conséquence de la fongibilité monétaire et non une donnée structurelle de la sûreté. Ainsi sont désamorçées les tentations récentes de réduire ce gage à une fiducie » (italiques ajoutées).

⁴⁹⁰ G. Cuniberti, « Le gage-espèces (de l'accession en matière monétaire) », *LPA*, 5 novembre 1999, n° 221, p. 4.

⁴⁹¹ *Ibidem*.

⁴⁹² En ce sens aussi : D. Doise, « Nantissement de monnaie, de compte et de valeurs mobilières, in *Le gage commercial, Revue de jurisprudence commerciale* 1994, pp. 30 et s., spécialement p. 35 où l'auteur explique que le créancier gagiste n'a pas l'*animus domini*, faute d'avoir la volonté de se comporter sur la chose comme un propriétaire, de façon absolue et perpétuelle, sans être astreint à une obligation de restitution ou de reddition de comptes.

valeur, estimée à la date du paiement, de la chose qui a été unie ». Il est vrai que ce texte pourrait très bien expliquer l'acquisition par le créancier gagiste (et plus généralement le dépositaire) du droit de disposer de choses fongibles du constituant (et plus généralement du déposant) confondues dans son patrimoine. Les choses fongibles appartiennent en effet à « différents maîtres » (le constituant ou déposant d'une part, et le créancier ou dépositaire d'autre part). Les choses fongibles se confondent de manière à former un tout. Et celui dans le patrimoine duquel a lieu la confusion (créancier ou dépositaire) a à sa charge l'obligation de « payer » la « valeur » des choses fongibles à celui qui les a remises. Dans le cadre d'un gage de sommes d'argent, il ne s'agirait pas d'un « paiement » mais d'une restitution de la valeur des choses fongibles remises, estimée à la date de ladite restitution. Dans la mesure où tous les meubles sont visés par ce texte, et dans la mesure où il a vocation à s'appliquer tant à une union de choses du fait de la nature qu'à une union de choses voulue par l'homme⁴⁹³, force est de conclure « que la théorie de l'accession doit être considérée comme applicable en matière monétaire »⁴⁹⁴.

501. Et ces arguments de droit des biens plutôt favorables à l'idée d'un droit de propriété flottant sont confortés par des arguments tirés du droit des procédures civiles d'exécution.

M. Gilles Cuniberti souligne en effet que, lorsqu'une créance monétaire est frappée d'insaisissabilité, il importe peu que les sommes d'argent qui y correspondent soient confondues avec d'autres, car l'insaisissabilité des sommes d'argent se reporte alors à due concurrence sur le solde du compte où elles ont été inscrites et mélangées avec d'autres⁴⁹⁵. Autrement dit, le droit de propriété du débiteur sur la créance monétaire frappée d'insaisissabilité est préservé de toute action de tous ses créanciers ou seulement de certains d'entre eux, même si les biens sur lesquels il porte sont confondus avec d'autres⁴⁹⁶. Certes, il y a dans ce cas confusion de choses fongibles au sein d'un seul et

⁴⁹³ En application de l'article 546 du code civil, le droit d'accession concerne en effet aussi bien l'accession résultant de la nature des choses que celle résultant de la volonté de l'homme : « la propriété d'une chose, soit mobilière, soit immobilière, donne droit sur tout ce qu'elle produit, et sur ce qui s'y unit accessoirement, *soit naturellement, soit artificiellement* » (italiques ajoutées).

⁴⁹⁴ G. Cuniberti, « Le gage-espèces (de l'accession en matière monétaire) », *LPA*, 5 novembre 1999, n° 221, p. 4.

⁴⁹⁵ Article R. 112-5 du code des procédures civiles d'exécution (ancien article 44 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution).

⁴⁹⁶ Une fraction des rémunérations du travail est en effet déclarée insaisissable par la loi, pour des considérations d'ordre alimentaire. La fraction correspondant au montant mensuel du revenu de solidarité active est absolument insaisissable (par quelque créancier que ce soit). Une autre fraction est insaisissable par les créanciers autres que ceux d'aliments. « Mais cette protection serait peu efficace si elle ne devait pas survivre au versement des sommes concernées sur un compte. Aussi l'insaisissabilité des créances se reporte-t-elle, en pareil cas, à due concurrence sur le solde du compte [...] Concrètement, ce

même patrimoine – et non dans le patrimoine d’autrui. Mais il n’en reste pas moins qu’on admet la possibilité d’une insaisissabilité « flottante ». Autre exemple cité par M. Gilles Cuniberti, et tiré cette fois de l’article R. 162-9 du code des procédures civiles d’exécution⁴⁹⁷, « la qualité, pour des fonds déposés sur un compte joint, de gains et salaires gagnés par l’époux commun en biens du débiteur n’est pas perdue du seul fait de leur fusion avec d’autres fonds »⁴⁹⁸.

502. Critique. – L’idée que le droit de disposer de choses fongibles puisse être acquis par voie d’accession (et non transféré) est contestable à deux titres.

502-1. Tout d’abord, on peut soulever une objection majeure à l’application de la théorie de l’accession à l’affectation en garantie de choses fongibles confondues dans le patrimoine du créancier : cette théorie ne s’applique pas quand les deux maîtres sont liés par un contrat. Or créancier et constituant sont liés par le contrat de gage comme dépositaire et déposant sont liés par le contrat de dépôt. À cette objection, M. Gilles Cuniberti réplique qu’il ne conviendrait d’exclure le jeu de la théorie de l’accession que si le contrat traite de la question, directement ou indirectement, et que, dès lors qu’il ne s’y intéresserait pas, il faudrait faire place à son application⁴⁹⁹. Il note, du reste, que l’existence du contrat de bail ne fait pas obstacle au jeu de la théorie de l’accession en faveur du propriétaire du terrain (le bailleur) sur lequel autrui (le preneur à bail) fait des constructions et plantations puisque l’article 555 du code civil permet au propriétaire du terrain (bailleur) de devenir propriétaire des constructions et plantations (contre indemnisation). M. Gilles Cuniberti y voit la preuve que « le contrat de bail, ne s’intéressant pas à la question de la propriété, mais seulement à celle de la détention du bien, il n’empêche pas l’accession de jouer »⁵⁰⁰. Si l’argumentation de l’auteur est

report se traduit par la faculté pour le titulaire du compte saisi de demander la mise à disposition des sommes insaisissables versées au compte, déduction faite des opérations venues entre-temps au débit ; mise à disposition qui doit intervenir immédiatement ou bien après expiration du délai de quinze jours prévu pour la régularisation des opérations en cours, selon que les sommes insaisissables proviennent d’une créance à échéance périodique ou non [...] À cela s’ajoute que le titulaire d’un compte saisi bénéficie de plein droit de la mise à disposition immédiate, dans la limite du solde créditeur, d’une somme à caractère alimentaire correspondant au montant forfaitaire du revenu de solidarité active pour un allocataire » (Cl. Brenner, *Voies d’exécution*, Dalloz, 6^e éd., 2011, n° 70, pp. 41-42).

⁴⁹⁷ Ancien article 48 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d’exécution pour l’application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d’exécution.

⁴⁹⁸ G. Cuniberti, « Le gage-espèces (de l’accession en matière monétaire) », *LPA*, 5 novembre 1999, n° 221, p. 4.

⁴⁹⁹ G. Cuniberti, « Le gage-espèces (de l’accession en matière monétaire) », *LPA*, 5 novembre 1999, n° 221, p. 4 : « Mais cette préséance n’existe que si le contrat s’intéresse au moins implicitement à la question. Or nous avons soutenu que, dans notre cas de figure, les parties ont entendu conclure un contrat de gage et n’ont donc pris parti que sur la seule possession ».

⁵⁰⁰ *Ibidem*.

convaincante sur ce point, elle l'est beaucoup moins sur les deux autres limites de l'application de la théorie de l'accession.

502-2. D'une part, il a été jugé par des juges du fond que la théorie de l'accession par adjonction n'était pas applicable aux biens meubles incorporels⁵⁰¹... ce qui est très ennuyeux si l'on admet que la monnaie est un bien incorporel sous toutes ses formes, et à tout le moins sous sa forme scripturale. S'il est vrai que des auteurs comme les professeurs Pierre-Yves Gautier⁵⁰² ou Philippe Théry⁵⁰³ militent pour une application de la théorie de l'accession aux biens meubles incorporels, il n'en reste pas moins que d'autres, comme le professeur Christian Larroumet⁵⁰⁴, s'y opposent nettement. Et c'est évacuer un peu vite le débat que de postuler, comme Gilles Cuniberti, que la monnaie scripturale est un bien incorporel dont la nature particulière explique la particularité de sa soumission au régime des meubles corporels.

502-3. D'autre part et surtout, la théorie de l'accession peut – et même tend – à donner lieu à des arguties sans fin pour savoir qui, d'entre le constituant et le créancier, a la *pars major* ou la *pars minor*, et pour déterminer ainsi qui, d'entre le constituant et le créancier, est propriétaire par voie d'accession. L'article 566 du code civil prévoit en effet que c'est celui qui est le « maître de la chose qui forme la partie principale », qui acquiert la propriété du tout. Si le créancier a dans son patrimoine plus de choses fongibles que la quantité de choses fongibles gagées, il n'y a guère de problème : ayant la « partie principale » du tout, il sera réputé propriétaire du tout – et donc des choses fongibles gagées et confondues. Mais si le créancier a, dans son patrimoine, moins de choses fongibles qu'il n'en reçoit en vertu du gage, alors la théorie de l'accession exige que ce soit le constituant qui soit considéré comme propriétaire du tout : autrement dit, le constituant acquerrait la propriété des choses fongibles appartenant au créancier du fait de la confusion des choses fongibles gagées avec celles du créancier.

Une telle situation est inconcevable en matière d'affectation en garantie de sommes d'argent... car la sûreté enrichirait alors le constituant. On ne comprendrait guère qu'un constituant, surtout s'il est le débiteur de la dette garantie, s'enrichît en consentant une sûreté. M. Gilles Cuniberti souligne lui-même cette aberration à laquelle

⁵⁰¹ Metz 16 mai 1991 (jurisdata n° 041149) ; Paris 13 janvier 1993 (D. 1993, p. 1990).

⁵⁰² P. - Y. Gautier, « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéens et des Sabiniens », D. 1988, chron. p. 152.

⁵⁰³ Ph. Théry, Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les Biens, la publicité foncière*, Cujas, 4^e éd., 1998, n° 441.

⁵⁰⁴ Ch. Larroumet, *Droit civil*, t. II, *Les biens, droits réels principaux*, Economica, 5^e éd., 2006, n° 968, note 2.

pourrait conduire l'explication de l'effet acquisitif de propriété de la confusion des choses fongibles par la théorie de l'accession par adjonction⁵⁰⁵.

Il n'ignore pas non plus toutes les difficultés qui résulteraient de la situation où il n'y aurait ni *pars major* ni *pars minor*, mais quantité égale de choses fongibles confondues appartenant au créancier (ou dépositaire) et au constituant (ou déposant)⁵⁰⁶. Il faudrait alors imaginer une propriété indivise sur les choses fongibles confondues. Mais l'idée d'une propriété indivise entre créancier et constituant, et, *a fortiori*, celle d'une propriété exclusive du constituant sur l'ensemble des choses fongibles confondues (gagées et non gagées) sont difficilement concevables.

502-4. L'explication de l'effet acquisitif de propriété de la confusion des choses fongibles par la théorie de l'accession conduirait à des arguties sans fin sur la *pars major* et la *pars minor*, et sur la rédaction des clauses du contrat d'affectation en garantie de choses fongibles, et de sommes d'argent en particulier⁵⁰⁷. Il convient donc d'exclure cette analyse.

⁵⁰⁵ G. Cuniberti, « Le gage-espèces (de l'accession en matière monétaire) », *LPA*, 5 novembre 1999, n°221, p. 4 : « Si les espèces versées par le débiteur devaient se fondre avec d'autres espèces d'un montant moindre, c'est le débiteur qui deviendrait le propriétaire de l'ensemble des fonds. Par la même occasion, il augmenterait sa dette vis-à-vis du créancier à hauteur des sommes acquises par accession. Mais pourrait-on alors analyser de nouveau la garantie comme un gage, avec toutes les conséquences que cela comporte ? ».

⁵⁰⁶ *Ibidem* : « Il pourrait par exemple s'agir d'un banquier ayant viré les espèces sur un compte déjà crédité d'un montant égal, ou encore ayant viré plusieurs dépôts de garantie d'un montant égal sur un même compte ».

⁵⁰⁷ *Ibidem* : pour une illustration de ces discussions sur la validité des clauses selon leurs rédactions : « seront efficaces les clauses stipulant que les sommes virées sur un compte du créancier deviendront sa propriété quand bien même le compte n'aurait pas été crédité de sommes supérieures, car c'est la propriété du tout que la volonté tenterait de régir. En revanche, une clause prévoyant que les sommes données en gage demeurerait en toute hypothèse la propriété du débiteur pourrait ne produire aucun effet si ces sommes venaient à être fondues avec d'autres d'un montant plus important et appartenant au créancier : les parties auraient alors essayé de soumettre une fraction du tout à un régime particulier sans avoir préalablement individualisé celle-ci ».

§ 3. *La discrète et indirecte consécration jurisprudentielle d'un droit réel principal planant en dehors de toute affectation en garantie.*

503. Si l'argument tiré de l'accueil par la loi de la revendication de choses fongibles confondues mais grevées d'une clause de réserve de propriété a été écarté par la jurisprudence qui refuse d'inclure la monnaie dans les choses fongibles en question, il n'en reste pas moins que les juges du droit ont indirectement consacré la résistance du droit de propriété à la confusion de sommes d'argent appartenant à une personne dans le patrimoine d'une autre – et qu'ils ont donc ouvert la voie à leur revendication.

504. En effet, dans un arrêt en date du 3 mai 2006, la Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile, a jugé que, dans le cadre d'un contrat de mandat, hors de toute procédure collective, hors de toute réserve de propriété, et hors de toute opération de garantie, lorsqu'un mandant, auteur d'une procuration bancaire, autorise à un mandataire à utiliser les sommes d'argent figurant sur son compte, cette autorisation n'entraîne pas « renonciation du mandant à la propriété des fonds retirés [et] n'opère pas de ce fait tradition »⁵⁰⁸, nonobstant la confusion des sommes d'argent utilisées dans le patrimoine du mandataire. Le mandant réclamait en l'espèce au mandataire le remboursement d'un retrait de sommes d'argent effectué sur son compte. Le mandant arguait de ce qu'il s'agissait d'un contrat de prêt – donc dépourvu de toute intention libérale. Le mandataire arguait au contraire de ce qu'il s'agissait d'un don – donc d'une libéralité. Les juges du fond accueillirent les arguments du mandataire. Les juges du droit accueillirent ceux du mandant en soulignant que l'autorisation délivrée au mandataire d'utiliser les fonds figurant sur le compte du mandant n'était pas motivée par une intention d'en transférer la propriété audit mandataire. Tout en énonçant qu'une procuration bancaire était exclusive de toute intention libérale, les juges du droit suggérèrent implicitement que la remise de sommes d'argent par un mandant et leur confusion dans le patrimoine du mandataire n'entamaient pas le droit de propriété du mandant sur ces fonds⁵⁰⁹.

⁵⁰⁸ Cass. 1^{ère} civ. 3 mai 2006, pourvoi n° 04-20.423, D. 2006 Aj. p. 1526, obs. V. Avena-Robardet.

⁵⁰⁹ Du moins est-ce ainsi que le professeur Didier-René Martin interprète la solution (« La propriété, de haut en bas », D. 2007, p. 1977).

505. Il nous semble toutefois qu'il faille être prudent, et que cette solution, pour être un indice de ce que les juges du droit auraient admis que le droit de propriété de celui qui remet des sommes d'argent – et plus généralement des choses fongibles – n'est pas dégradé en droit personnel de créance de restitution par équivalent du fait de la confusion desdites sommes d'argent (ou choses fongibles) dans le patrimoine de celui à qui elles sont remises, n'en reste pas moins qu'un indice.

506. La consécration de la résistance du droit réel de propriété à la confusion des choses fongibles est très indirecte et très implicite dans cet arrêt : elle reste à confirmer. L'enjeu central dans le litige tranché par la Cour de cassation était celui de la charge de la preuve : alors que la cour d'appel d'Aix-en-Provence, dans un arrêt du 24 juin 2004, avait estimé que la charge de la preuve de ce que l'autorisation d'utiliser les fonds était dépourvue de caractère libéral, pesait sur le mandant, la Haute juridiction a jugé que la preuve du caractère libéral de cette autorisation incombait au mandataire. C'est d'ailleurs en visant l'article 1315 du code civil, relatif à la charge de la preuve, que la Cour de cassation décide qu'« il appartient à celui qui a obtenu dans ces conditions les sommes provenant du compte d'établir l'intention libérale qui aurait animé le mandant ».

La solution peut tout aussi bien s'expliquer au regard des règles du contrat de mandat. On sait en effet qu'aux termes de l'article 1988 du code civil « le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration » et que « s'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès ». Autrement dit, en l'absence de mandat exprès autorisant le retrait des fonds et un acte de disposition sur ces derniers, les initiatives du mandataire peuvent très bien être remises en cause par le mandant qui n'aurait consenti, par la procuration, qu'un mandat général. Tout dépend donc de la rédaction de la procuration. Si elle ne pouvait être lue comme un mandat exprès autorisant la réalisation par le mandataire d'actes de disposition sur les biens du mandant, alors de tels actes de disposition (retrait et confusion des fonds dans le patrimoine du mandataire) pouvaient très bien être remis en cause – et le droit de propriété du mandant rétabli – sur le fondement des règles du contrat de mandat⁵¹⁰.

⁵¹⁰ De son côté, Mme Valérie Avena-Robardet (obs. sous Cass. 1^{ère} civ. 3 mai 2006, D. 2006, Aj. p. 1526) commente la solution sous l'angle du droit des biens, et plus précisément du régime de la possession – puisqu'une disposition du code civil relative à la possession *corpore alieno* était également au visa de l'arrêt. L'article 2257 du code civil (ancien article 2231 du même code) dispose en effet que « quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire ». Cette présomption permettait en l'occurrence de « protéger le [mandant], possesseur *corpore alieno*, contre toute tentative d'appropriation illicite de la chose par le [mandataire] détenteur précaire ».

507. Il n'en reste pas moins qu'il faut reconnaître que la solution est troublante dès lors que le bien du mandant concerné par l'acte de disposition est un bien fongible – et non un corps certain⁵¹¹. Nonobstant l'irrégularité de l'acte du mandataire sur le bien du mandant, la confusion des sommes d'argent dans le patrimoine du mandataire aurait dû dégrader le droit réel de propriété du mandant en droit personnel de créance de restitution par équivalent... or la Cour de cassation semble décider du contraire. De là à écrire, comme le professeur Didier-René Martin que cet arrêt du 3 mai 2006 consacre « le titre d'une propriété, provisoirement privée d'objet, en suspens, telle une auréole, au-dessus de la masse qui doit lui rendre son assise »⁵¹², il y a un pas. De l'aveu même de l'auteur, la question de la transformation du droit réel de propriété en droit personnel de créance de restitution par équivalent du fait de la confusion des choses fongibles objets du droit n'était pas la question de droit qu'avait à trancher la Haute juridiction⁵¹³.

508. Si le rejet par nombre d'auteurs de la possibilité de revendiquer des sommes d'argent, notamment sur le fondement de l'article L. 624-16, alinéa 3, du code de commerce, était motivé, comme l'écrit l'un d'entre eux, par « l'absence d'un régime juridique identique au *trust* du droit anglo-saxon dans le système juridique français »⁵¹⁴, alors ce rejet n'a plus lieu d'être depuis que le législateur a consacré une fiducie dessinée sur le modèle du *trust* et fondée sur un droit réel principal « planant », après avoir consacré un droit réel accessoire « planant » à travers le régime du gage sur stocks.

⁵¹¹ Comme l'écrit le professeur Didier-René Martin, « d'un point de vue général, la solution ne surprend pas. C'est exactement celle qui se fut appliquée si la chose retirée par le mandataire avait été un corps certain. Mais du point de vue plus spécial des choses fongibles, elle se révèle plus hardie » (« La propriété, de haut en bas », D. 2007, p. 1977).

⁵¹² *Ibidem*. *Adde* : « À la figure classique de la propriété *relayée* par une créance de remboursement, la Cour de cassation substitue celle d'une propriété *prolongée* : en consacrant la survivance de la propriété du mandant sur "les fonds retirés", elle dénie en l'espèce l'hypothèse de la succession d'une simple créance de somme d'argent à la propriété antérieure desdits fonds ».

⁵¹³ *Ibidem* : « ne statuant pas exactement sur le titre en vertu duquel le mandant poursuivait ici le remboursement des "fonds retirés", il ne lui était donc pas donné l'occasion d'y voir un titre de créance ».

⁵¹⁴ E. Rawach, note sous Cass. com. 10 mai 2000 (*LPA*, 27 décembre 2000, n° 258, p. 14). Se référant au professeur François-Xavier Lucas, l'auteur ajoute que reconnaître au mandant un droit de revendiquer les sommes d'argent détenues pour son compte par le mandataire en se fondant sur sa qualité de propriétaire, c'est bien reconnaître que l'un et l'autre sont titulaires d'un droit de propriété. Autrement dit, la consécration en droit français de la revendication de choses fongibles – et particulièrement de sommes d'argent – confondues dans le patrimoine d'autrui supposerait la consécration préalable d'un démembrement de la propriété aboutissant à investir deux personnes d'un droit de propriété sur un même bien ou sur un même ensemble de biens.

§ 4. La consécration légale d'un droit réel accessoire planant à travers le régime du gage sur stocks.

509. Introduction en droit français d'un droit réel à objet indéterminé. – Plus que l'argument tiré de la neutralisation de l'effet translatif de propriété dû à la confusion des choses fongibles (autres que les sommes d'argent), qui est organisée par les articles L. 624-16 du code de commerce et 2369 du code civil, c'est l'argument tiré de la consécration récente en droit français d'un droit réel planant qu'il faut, selon nous, soulever.

510. L'intuition du professeur Didier-René Martin selon laquelle l'idée d'un droit réel planant inspiré de la *floating charge* anglaise devait être accueillie dans notre droit mérite d'être développée et étayée. Or, outre le fait que le droit romain, dont le droit français se veut l'héritier, avait conçu un tel droit réel planant⁵¹⁵, il faut noter que, depuis 2006, même s'il s'agit d'un droit réel accessoire de préférence, et non d'un droit réel principal de propriété, le droit français a admis la possibilité d'un droit réel flottant dans le régime légal du gage sur stocks – qui n'est qu'une forme particulière de gage sans dépossession de choses fongibles – rendant ainsi obsolète la position des professeurs Christian Atias, Philippe Théry et Pierre Crocq, pour qui un droit réel ne peut porter que sur un bien déterminé⁵¹⁶ – et non sur un ensemble de biens indéterminés.

⁵¹⁵ Voir *supra* les développements sur la *floating charge* (§ 482-489).

⁵¹⁶ Ch. Atias, *Droit civil : les biens*, Litec, 11^e éd., 2011, n° 74, p. 57 ; Ph. Théry, Ph. Malaurie et L. Aynès, *Les Biens, la publicité foncière*, Cujas, 4^e éd., 1998, n° 363 ; et P. Crocq, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 262 : « étant un pouvoir immédiat de réalisation ou de jouissance, le droit réel suppose que ce bien soit individualisé ou qu'il puisse être individualisé sans qu'il soit nécessaire de passer par l'intermédiaire d'un autre que le titulaire du droit [...] un droit réel ne saurait exister sur un bien non individualisé lorsque l'individualisation dépend d'autrui car le rapport entre le sujet de droit et l'objet ne peut plus être immédiat. Ceci peut être classiquement illustré par le fait que la vente de choses de genre n'opère transfert de propriété qu'une fois effectuée l'individualisation du bien vendu. »

511. Rappelons la définition de la *floating charge* telle que la donne Lord Justice Romer en 1903. Selon le juge anglais, une sûreté réelle sans dépossession sera qualifiée de « *floating charge* » :

- 1 – s’il s’agit d’une sûreté ayant pour assiette un ensemble de biens présents et futurs ;
- 2 – si cet ensemble de biens est tel que, au cours de l’activité commerciale ordinaire, il est susceptible de varier dans ses composantes au fil du temps (« *a class of assets changing from time to time* ») ;
- 3 – si l’on envisage, jusqu’à ce qu’une étape future soit franchie par ou pour le compte des parties intéressées à la sûreté, de permettre à la société constituante de poursuivre son activité ordinaire en ce qui concerne l’ensemble de biens grevés (« *if you find that by the charge it is contemplated that, until some future step is taken by or on behalf of those interested in the charge, the company may carry on its business in the ordinary way as far as concerns the particular class charged* »)⁵¹⁷.

512. Cette définition posée, qu’est-ce qui au fond différencie la *floating charge* du gage sur stocks ? Le gage sur stocks introduit dans le code de commerce aux articles L. 527-1 à L. 527-11 par l’ordonnance du 23 mars 2006 n’est-il pas une *floating charge* à la française ? Et le gage sans dépossession de droit commun, érigé en « gage modèle » par les auteurs de la réforme, lorsqu’il porte sur des biens fongibles (article 2342 du code civil), n’est-il pas une forme de *floating charge* ?⁵¹⁸

Le gage sur stocks est bien une sûreté réelle mobilière sans dépossession, comme la *floating charge*. Et, comme la *floating charge*, il garantit des crédits consentis à une entreprise commerciale. Mais à sa différence, le constituant peut être tant une personne morale (de droit privé), qu’une personne physique agissant pour les besoins de son activité professionnelle. À sa différence aussi, le créancier est nécessairement un établissement de crédit : même si, en pratique, c’est souvent le cas, le créancier qui est

⁵¹⁷ *Re Yorkshire Woolcombers Association, Houldsworth v. Yorkshire Woolcombers Association Ltd* [1903], 2 Ch 284, 295, CA Aff’d sub nom *Illingworth v. Houldsworth* [1904], AC 355, 358 HL. À rapprocher de la définition qu’en donne Lord Macnaghten dans la même affaire *Illingworth v. Houldsworth* : « une sûreté spéciale [ou sûreté fixe], à mon sens, est celle qui, sans rien de plus, grève des biens certains et déterminés, ou capables d’être individualisés et déterminés, tandis qu’une sûreté flottante est “ambulatoire” et variable par nature, pour ainsi dire “planant” sur les biens qu’elle est censée grever jusqu’à ce qu’un événement survienne ou qu’un acte soit commis qui fait qu’elle se pose sur l’assiette de la sûreté et la ceint. » (« *A specific charge, I think, is one that without more fastens on ascertained and definite property or property capable of being ascertained and defined; a floating charge, on the other hand, is ambulatory and shifting in its nature, hovering over, and so to speak, floating with the property which it is intended to affect until some event occurs or some act is done which causes it to settle and fasten on the subject of the charge...* »).

⁵¹⁸ F. Lemaître, *La floating charge : un gage sans dépossession de choses fongibles ? Étude comparée de la floating charge et des sûretés mobilières françaises*, Mémoire de master 2 Droits de *Common Law* dirigé par le professeur M. Goré et soutenu en juin 2007, Université de Paris II Panthéon-Assas.

titulaire d'une *floating charge* grevant des stocks n'est pas nécessairement, en droit anglais, un établissement de crédit.

A – L'assiette de la sûreté.

513. D'abord, quant à l'assiette de la sûreté, comme la *floating charge* le fait le plus souvent, le gage sur stocks greève des biens meubles corporels, des « stocks » ; comme elle, il a pour assiette des biens qui sont susceptibles de « varier au cours du temps », autrement dit d'être remplacés et de faire l'objet de rotations. Il a pour assiette des choses fongibles, des biens interchangeable, susceptibles d'être substitués les uns aux autres sans déperdition de valeur. Comme pour la *floating charge*, les biens grevés (« stocks de matière premières et d'approvisionnement, produits intermédiaires, résiduels et finis »⁵¹⁹), peuvent être présents et/ou futurs⁵²⁰. Comme la *floating charge*, le droit de préférence du créancier gagiste de stocks se reporte de plein droit sur les éléments de stocks au gré de leur sortie du patrimoine de l'entreprise et de leur entrée dans ce patrimoine. L'article L. 527-5 du code de commerce, tout en précisant que « les stocks constituent, jusqu'au remboursement total des sommes avancées, la garantie de l'établissement de crédit », pose en effet un principe de « subrogation réelle » (au sens large du terme)⁵²¹ en disposant que « le privilège du créancier passe de plein droit des stocks aliénés à ceux qui leur sont substitués ». Le principe de « subrogation réelle » contribue à donner cette idée que le gage « flotte » sur les stocks, et que, comme une *floating charge*, il greève l'ensemble des stocks sans grever chacun des éléments de stock en particulier, de sorte que si, aux termes de l'alinéa 3 de l'article L. 527-5 du code de commerce, « le créancier peut, à tout moment et à ses frais, faire constater l'état des stocks engagés » (le débiteur étant tenu par les dispositions de l'article L. 527-7 de « tenir à la disposition du créancier un état des stocks engagés ainsi que la comptabilité de toutes les opérations les concernant »), il n'en reste pas moins que son autorisation n'est pas requise pour céder chacun des éléments de stock en particulier, comme si ces derniers n'étaient grevés d'aucune sûreté. On retrouve là le caractère « latent », « endormi » de la *floating charge* : tout se passe comme si le gage sur stocks était, lui

⁵¹⁹ Article L. 527-3 du code de commerce.

⁵²⁰ Article L. 527-1 du code de commerce.

⁵²¹ Dans cette perspective, la subrogation réelle désignerait tout mécanisme par lequel un bien est substitué à un autre, sans qu'il y ait nécessairement « un quelconque lien de provenance économique entre eux » (Ch. Gijsbers, *Sûretés réelles et droit des biens*, 2012, thèse dirigée par M. Grimaldi et soutenue à l'Université de Paris II Panthéon-Assas, § 547, pp. 546-547).

aussi, une « fiction de sûreté » susceptible de devenir réalité lors de la survenance d'un événement de nature à menacer non pas tant l'intégrité que la valeur de l'assiette de la garantie. Car, si « le débiteur est responsable de la conservation des stocks *en quantité* et en qualité » (article L. 527-6, italiques ajoutées), l'article L. 527-7 prend soin de préciser que le débiteur « s'engage à ne pas diminuer de son fait la valeur des stocks » (alinéa 2), et que le créancier peut donner corps à son contrôle « virtuel » en mettant en demeure le débiteur notamment de rétablir la garantie « lorsque l'état des stocks fait apparaître une diminution de 20 % de leur *valeur* telle que mentionnée dans l'acte constitutif » (alinéa 3, italiques ajoutées). C'est la valeur des biens, plus que les biens eux-mêmes, qui constitue l'assiette de la garantie.

514. Si la consistance en valeur de la partie du patrimoine du débiteur qui se trouve grevée s'apprécie à la date de la constitution du gage sur stocks, cette consistance en valeur s'apprécie à la date de la cristallisation de la *floating charge* (et non à celle de sa constitution). Dès la constitution du gage sur stocks, le débiteur a une obligation de conservation de la valeur des stocks. Ce n'est en théorie qu'à la date de la transformation de la *floating charge* en *fixed charge* que le débiteur a une obligation de conservation de la valeur des stocks, même si, en pratique, il est possible aux parties de convenir par exemple que la diminution de 20 % de la valeur des stocks – ou même que toute diminution de la valeur des stocks – entraînera la cristallisation de la *floating charge* et fera ainsi naître à la charge du débiteur une obligation de conservation de la valeur qui, dans cette hypothèse, existera nécessairement dès la date de constitution de la *floating charge*, du fait des stipulations de la convention.

515. Pour ce qui est de l'assiette de la sûreté, toutes ces similitudes que le gage sur stocks présente avec la *floating charge* sont aussi partagées par le gage sans dépossession de choses fongibles de droit commun au sujet duquel l'article 2342 du code civil dispose que « lorsque le gage sans dépossession a pour objet des choses fongibles, le constituant peut les aliéner si la convention le prévoit, à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes ». On retrouve dans l'article 2342 du code civil cette idée d'une rotation des choses fongibles grevées de sûreté, et donc d'un report de plein droit du droit réel accessoire de préférence du créancier gagiste. Des auteurs ont, avec le professeur Dominique Legeais, reproché au gage sur stocks de « faire double emploi avec le nouveau gage sans dépossession du code

civil »⁵²² dès lors que ce dernier porte sur des choses fongibles⁵²³. Le professeur Dominique Legeais montre bien dans son ouvrage dans quelle mesure le gage sans dépossession de droit commun peut très bien servir à gager des stocks en évitant de recourir à un gage sur stocks « beaucoup plus contraignant et moins attractif pour le créancier »⁵²⁴. Il n'est donc pas interdit de penser que la *floating charge* puisse aussi être rapprochée du gage sans dépossession de droit commun. Et la comparaison est d'autant plus légitime que le gage sans dépossession de droit commun, lorsqu'il porte sur des choses fongibles, est susceptible d'avoir une assiette qui ne se limite pas aux seuls stocks, mais qui, comme celle de la *floating charge*, peut comprendre tous biens fongibles. De ce point de vue, l'analogie entre la sûreté anglaise et le gage sans dépossession de choses fongibles est encore plus pertinente que celle avec le gage sur stocks, précédemment exposée.

516. Le gage sans dépossession de droit commun a deux points communs avec la *floating charge* que n'a pas le gage sur stocks. Tout d'abord, il peut porter sur tout bien meuble (et pas seulement sur des stocks) : comme la *floating charge*, il peut grever le matériel, l'outillage, le mobilier du débiteur – tout ce que les Anglais désignent généralement par « *assets* » ; ensuite, il peut être consenti à tout créancier (et pas seulement à un établissement de crédit) en garantie de toute créance (et pas seulement d'une créance résultant d'un crédit). Il peut même s'agir de créances futures - pourvu qu'elles soient déterminables (article 2333, alinéa 2, du code civil). Mais le gage sans

⁵²² D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit... op. cit.*, n° 491, p. 339.

⁵²³ Depuis un arrêt rendu le 19 février 2013 par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, le gage sur stocks ne peut plus être considéré comme faisant « double emploi » avec le gage sans dépossession du code civil. Alors que la grande majorité de la doctrine, suivie par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 3 mai 2011 (n° 10/13656 ; D. 2012, p. 1913, obs. D. R. Martin, *RTD civ.* 2011, p. 785, obs. P. Crocq), estimait que les praticiens avaient le choix entre le régime du gage sur stocks (fixé dans le code de commerce) et celui du gage sans dépossession de choses fongibles (fixé par le code civil), dans la mesure où le champ d'application restreint du premier se fondait totalement dans celui, plus large, du second, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a décidé du contraire le 19 février 2013 (pourvoi n° 11-21.763 ; D. 2013, p. 493, obs. R. Dammann et G. Podeur, et, p. 1363, note M. Bourassin). La Cour de cassation a jugé que « s'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du code de commerce, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession ». Outre l'esprit de la loi, la préservation de la liberté contractuelle et le souci d'une certaine efficacité économique, tout invitait à adopter la solution contraire et à maintenir la possibilité d'une option entre le régime spécial et le régime de droit commun. La maxime « *specialia generalibus derogant* » ne pouvait pas justifier une préférence pour le droit spécial puisqu'en l'espèce, le droit spécial n'était pas postérieur, mais concomitant au droit commun. L'article L. 527-1 du code de commerce ne fait de l'application du droit spécial qu'une *faculté* lorsque le créancier est un établissement de crédit et le débiteur une personne morale de droit privé ou une personne physique agissant dans le cadre de son activité professionnelle. Enfin, un arrêté du 1^{er} février 2007 relatif à la nomenclature visée à l'article 2, 6°, du décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession suggère que le gage sans dépossession de choses fongibles de droit commun pouvait porter sur des stocks, puisque, parmi les 17 catégories de choses pouvant faire l'objet d'un tel gage, figurent les produits liquides non comestibles (catégorie 14), les produits textiles (catégorie 15), les produits alimentaires (catégorie 16) et d'« autres » produits (catégorie 17).

⁵²⁴ D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit... op. cit.*, n° 491, p. 339.

dépossession a aussi des différences avec la *floating charge* que n'a pas le gage sur stocks : certaines sont d'ordre technique, concernent les modalités (plus souples) de constitution et d'inscription de la sûreté. D'autres tiennent au principe même de la sûreté qui, contrairement à la *floating charge*, peut être constituée par d'autres personnes que des personnes morales, et qui, contrairement au gage sur stocks, n'est pas nécessairement et exclusivement consentie par une entreprise commerciale pour les besoins de son activité (qu'elle soit sous forme sociale ou individuelle) : elle peut être consentie par des personnes physiques en dehors de leurs activités professionnelles, par des personnes morales de droit privé comme de droit public.

B – La constitution de la sûreté.

517. Pour ce qui est de la constitution de la sûreté : comme la *floating charge*, la constitution du gage sur stocks requiert la rédaction d'un écrit dans lequel sont décrites les « caractéristiques » (*particulars*) de la sûreté, et comme pour la *floating charge*, l'inscription du gage sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce⁵²⁵, et sur le registre des sociétés (*Registrar of Companies*) en Angleterre, est exigée à titre de validité. Qui plus est, les Anglais, après un long débat de presque vingt ans, ont envisagé de rendre cette inscription attributive de rang, comme les Français ont fait de la date d'accomplissement de cette formalité de publicité un critère de classement des sûretés (article 9 du décret du 23 décembre 2006).

C – Les effets de la sûreté.

518. Pour ce qui est des effets et de la réalisation de la sûreté, la « fiction » juridique de la cristallisation anglaise pourrait trouver un équivalent dans le gage sur stocks français, puisque l'article L. 527-7, alinéa 3, du code de commerce contient l'idée qu'un événement tel que, par exemple, la diminution de plus de 20 % de la valeur des stocks grevés telle que mentionnée dans l'acte constitutif, est susceptible de « cristalliser » le gage au sens où il devient susceptible d'être réalisé soit par remboursement partiel des sommes prêtées en proportion de la diminution constatée, soit

⁵²⁵ Article 2 du décret n° 2006-1803 du 23 décembre 2006 relatif au gage des stocks.

par remboursement total et anticipé de la créance garantie alors considérée comme échue.

519. Le premier effet que le gage sur stocks et la *floating charge* ont en commun est de ne pas déposséder le débiteur constituant. Mais, alors que, sauf stipulation contraire, le régime de la *floating charge* ne prévoit aucune obligation à la charge du constituant jusqu'à la cristallisation de la sûreté en *fixed charge* qui survient soit comme conséquence d'un événement convenu par les parties soit comme effet attaché par la loi à un événement, le régime du gage sur stocks français est moins libéral et plus soucieux de la protection des intérêts du créancier gagiste. Comme pour toute sûreté sans dépossession, une obligation de conservation pèse sur le constituant d'un gage sur stocks. L'article L. 527-6 du code de commerce dispose que « le débiteur est responsable de la conservation des stocks en quantité et en qualité dans les conditions prévues à l'article 1137 du code civil ». Dans la mesure où l'assiette du gage sur stocks est fongible, il s'agit d'une obligation de conservation non pas tant des biens initialement grevés (qui sont appelés à être aliénés puis remplacés) que de leur valeur. Cette obligation n'est pas inhérente à la *floating charge* mais peut très bien être mise à la charge du débiteur par convention entre les parties – car, si la consistance en valeur de la partie du patrimoine du débiteur qui se trouve grevée s'apprécie à la date de la constitution du gage sur stocks, cette consistance en valeur s'apprécie à la date de la cristallisation de la *floating charge* (et non à celle de sa constitution). Dès la constitution du gage sur stocks, le débiteur a une obligation de conservation de la valeur des stocks. Ce n'est en théorie qu'à la date de la transformation de la *floating charge* en *fixed charge* que le débiteur a une obligation de conservation de la valeur des stocks, même si, en pratique, il est possible aux parties de convenir par exemple que la diminution de 20 % de la valeur des stocks – ou même toute diminution de la valeur des stocks – entraînera la cristallisation de la *floating charge* et fera ainsi naître à la charge du débiteur une obligation de conservation de la valeur qui, dans cette hypothèse, existait nécessairement dès la date de constitution de la *floating charge*, du fait des stipulations de la convention.

520. Ce qui en France est imposé par loi relève en Angleterre d'une faculté laissée à la discrétion des parties. La *floating charge* peut donc avoir sur ce point les mêmes effets qu'un gage sur stocks, mais alors que ces effets sont facultatifs et négociés en Angleterre, ils sont obligatoires et imposés en France. Certes, tous les effets ne sont pas imposés : il est simplement possible (et pas obligatoire) de désigner un gardien des

stocks⁵²⁶. Mais il est indéniable que beaucoup d'effets sont imposés, et que beaucoup plus d'obligations destinées à assurer la conservation de la valeur des biens grevés sont mises à la charge du constituant. Aux termes de l'article L. 527-7 du code de commerce, il doit tenir « à la disposition du créancier un état des stocks engagés ainsi que la comptabilité de toutes les opérations les concernant » (alinéa 1^{er}). Aux termes de l'alinéa 2 de ce même article, il doit s'engager « à ne pas diminuer de son fait la valeur des stocks ». L'alinéa 3 dispose que « lorsque l'état des stocks fait apparaître une diminution de 20 % de leur valeur telle que mentionnée dans l'acte constitutif, le créancier peut mettre en demeure le débiteur, soit de rétablir la garantie, soit de rembourser une partie des sommes prêtées en proportion de la diminution constatée ». Toutes ces obligations sont concevables dans une *floating charge*... mais elles y sont laissées à la discrétion des parties.

521. Le deuxième effet que la *floating charge* et le gage sur stocks ont en commun, c'est de se réaliser en deux temps : dans un premier temps, le droit de préférence du créancier sur l'assiette de la sûreté, jusqu'alors plutôt lâche et lointain, se resserre lors de la survenance d'un événement conventionnellement ou légalement prévu (« cristallisation »), et « plane à moindre altitude » au-dessus des biens fongibles grevés de sûreté ; et dans un second temps, le droit de préférence du créancier sur l'assiette de la sûreté est réalisé par la vente en justice des biens grevés sur lesquels il « atterrit ». En lisant l'alinéa 3 de l'article L. 527-7 du code de commerce, on peut en effet se demander si le législateur français n'a pas assorti le gage sur stocks d'une « cristallisation légale ». Le texte ne fait rien d'autre que de prévoir qu'un événement (le franchissement à la baisse du seuil de 20 % de la valeur des biens grevés telle que mentionnée dans l'acte) va automatiquement permettre un contrôle plus étroit du créancier gagiste sur l'assiette de la sûreté. Ce contrôle peut prendre la forme d'une mise en demeure « soit de rétablir la garantie, soit de rembourser une partie des sommes prêtées » à concurrence de la diminution de valeur constatée. Il n'est, à ce stade, absolument pas question de réaliser la sûreté en faisant vendre tous les biens qu'elle greève. Il s'agit simplement de resserrer le contrôle du créancier soit afin d'obtenir que soit reconstituée en valeur l'assiette de la sûreté, soit afin d'obtenir un remboursement partiel de la dette principale, autrement dit une exécution *partielle* de l'obligation principale. Il n'est pas pour autant question de réaliser la sûreté ni totalement ni même partiellement. Ce n'est que « s'il ne lui est pas

⁵²⁶ Article L. 527-1 du code de commerce : « un gardien peut être désigné dans l'acte de gage ».

donné satisfaction », autrement dit si, dans un second temps, le débiteur constituant ne veut pas ou ne peut pas se conformer à la mise en demeure qui lui a été adressée par le créancier, c'est-à-dire s'il ne veut ou ne peut reconstituer l'assiette du gage pour la valeur qui était celle mentionnée dans l'acte constitutif, ou s'il ne veut ou ne peut procéder à l'exécution partielle de l'obligation principale (par exemple sous forme de remboursement partiel de sommes d'argent), que « le créancier peut exiger le remboursement total de la créance, considérée comme échue ». Ce n'est donc que dans un second temps que l'obligation principale devient exigible, non pas seulement en partie, mais en totalité. Ce n'est que dans un second temps que, du fait de l'exigibilité de l'obligation garantie, la garantie devient elle-même susceptible de réalisation.

522. En quoi un tel mécanisme diffère-t-il en son principe du mécanisme de « double détention » qui fait la quintessence et l'originalité de la *floating charge* ? Le principe de « réalisation » de la *floating charge* consiste bien à se transformer, par « cristallisation » de sûreté flottante en sûreté fixe, aux termes de la jurisprudence *Evans v. Rival Granite Quarries Ltd*⁵²⁷. La sûreté flottante (*floating charge*) est bien celle qui permet au débiteur constituant de garder la libre administration et la libre disposition des biens grevés sans autorisation pour ce faire ni contrôle aucun du créancier titulaire de la sûreté. La sûreté fixe (*fixed charge*) est bien celle qui confère au créancier un contrôle sur les biens grevés : s'il n'est pas dépossédé, le débiteur ne peut plus les administrer ni en disposer librement sans, pour ce faire, requérir l'autorisation du créancier. La *floating charge* se réalise, « s'exécute », en se transformant à la survenance d'un événement donné en une *fixed charge*, c'est-à-dire en une autre sûreté sans pour autant que celle-ci soit elle-même mise à exécution. La « cristallisation » ne fait que conférer au créancier, suite à la survenance d'un événement, un droit de contrôle sur l'assiette de la sûreté qu'il n'avait pas jusqu'alors : il n'est question à ce stade ni d'exigibilité de l'obligation garantie ni de réalisation ou de mise à exécution de la garantie.

Comme une *floating charge*, le gage sur stocks « flotte » sur les stocks, permettant au débiteur de les administrer et d'en disposer librement puisqu'il peut les vendre sans contrôle ni autorisation du créancier gagiste. Les biens cédés sont remplacés, les stocks étant fongibles, et la sûreté se reportant sur les éléments substitués. La diminution de 20 % de la valeur des stocks (article L. 527-7, alinéa 3, du code de commerce) opère comme l'événement provoquant la cristallisation de la *floating*

⁵²⁷ *Evans v. Rival Granite Quarries Ltd* [1910] 2 KB 979, CA.

charge : de lointain, voire inexistant, le contrôle du créancier gagiste devient étroit : il peut adresser une mise en demeure au débiteur constituant alors même que la créance garantie n'est pas exigible. Cette mise en demeure n'emporte pas réalisation de la sûreté : de « flottant », le gage sur stocks devient simplement « fixe » en ce sens que le contrôle du créancier gagiste s'est renforcé.

523. La différence nous paraît donc mince, entre les effets d'une *floating charge* et les effets du gage sur stocks décrits à l'alinéa 3 de l'article L. 527-7 du code de commerce. Ce que prévoit ce texte, les parties qui conviennent de constituer une *floating charge* auraient tout à fait pu le prévoir, sans violer le mécanisme de cette sûreté, mais en épousant au contraire son principe.

524. Les effets du gage sans dépossession de droit commun sont plus proches de ceux d'une *fixed charge* que d'une *floating charge*. En effet, l'absence de dépossession fait naître des obligations à la charge du constituant qui n'ont rien de commun avec la libre administration et la libre disposition des biens dont jouit le constituant d'une *floating charge*.

Dans le régime du gage sans dépossession de choses fongibles de droit commun, même s'il n'y a pas dépossession, le « contrôle » indirect du créancier sur l'assiette de la garantie est maintenu grâce à la faculté qu'il a, aux termes de l'alinéa 2 de l'article 2344 du code civil, de « se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou [de] solliciter un complément de gage si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage ». Il n'y a ici aucune idée de sûreté « à double détente » : la sûreté est d'emblée « cristallisée ». Toute défaillance à l'obligation de conservation de la valeur des biens grevés de sûreté peut provoquer la déchéance du terme de la dette garantie, autrement dit l'exigibilité de cette dette, et donc, l'« exigibilité » de la sûreté qui est d'emblée « réalisable ». Il n'y a là aucune étape intermédiaire entre le défaut de conservation de la valeur de l'assiette et la faculté de mettre la sûreté à exécution – si ce n'est le complément de gage dont la demande est alternativement ouverte au créancier par l'alinéa 2 de l'article 2344. On pourrait alors arguer, en se fondant sur l'alinéa 2 de l'article 2344, que la sûreté est « à double détente » puisque l'événement que constitue le manquement du débiteur à son obligation de conservation de la valeur de la chose gagée provoque non pas l'exigibilité de la dette garantie, mais simplement la création dans le chef du créancier d'un droit de demander une « restauration » de l'assiette du

gage. C'est bien la possibilité pour le créancier de resserrer son contrôle sur l'assiette de la garantie qui est offerte, non la possibilité de mettre la sûreté à exécution.

Il est vrai que l'analogie est tentante. Mais elle nous semble toutefois limitée à deux égards. La première limite tient à la rédaction même du texte de l'alinéa 2 de l'article 2344 : s'il est vrai que le créancier n'a que la faculté de resserrer son contrôle sur l'assiette du gage, cette faculté n'est qu'une branche de l'alternative. Un choix lui est offert : il peut très bien, au même titre, exiger l'exécution de l'obligation principale, et donc de la sûreté. Il nous paraît donc inexact d'assimiler les effets du gage sans dépossession de droit commun à ceux de la *floating charge* quand les facultés du créancier de mettre la sûreté à exécution ou de simplement resserrer son contrôle sur son assiette sont mises sur le même plan. La deuxième limite tient au caractère très général de l'événement que, dans cette hypothèse, on voudrait assimiler à l'événement catalyseur de la cristallisation : il s'agit de tout manquement à l'obligation de conservation de la valeur de la chose gagée, sans seuil précis quant au degré ou à la nature du manquement. Il n'y a là rien de comparable à la précision de l'alinéa 3 de l'article L. 527-7 du code de commerce qui prévoit que l'événement catalyseur de la cristallisation sera survenu dès que la valeur des stocks gagés aura diminué de plus de 20 % par rapport à la valeur mentionnée dans l'acte constitutif.

525. L'alinéa 2 de l'article 2344 du code civil nous paraît donc d'application et de portée trop larges pour que l'on puisse assimiler les effets d'un gage sans dépossession de droit commun à ceux d'une *floating charge*. Il est de portée trop large parce qu'il confère au créancier un droit de contrôle trop large sur l'assiette de la sûreté : en l'absence de toute précision quant au degré ou à la nature du manquement du débiteur à son obligation de conservation des biens grevés, il permet au créancier d'invoquer ses dispositions dès lors par exemple que la valeur de l'assiette des biens grevés aurait diminué de 1 % par rapport à la valeur telle que mentionnée dans l'acte constitutif. Et il permet alors au créancier de demander non pas seulement un « complément de gage », mais l'exécution de l'obligation principale voire de la sûreté elle-même.

D – Conclusion.

526. On pourrait aller plus loin, en avançant que le nantissement de compte bancaire non bloqué (ou compte courant), tel que conçu par les auteurs de la réforme du droit des sûretés de 2006, organise aussi une sorte de *floating charge* sur des choses fongibles incorporelles : les créances entrées en compte. L'article 2360 du code civil définit en effet le nantissement de compte non bloqué comme le nantissement d'une créance qui « s'entend du solde créditeur, provisoire ou définitif au jour de la réalisation de la sûreté sous réserve de la régularisation des opérations en cours ». Autrement dit, le droit réel accessoire de préférence du créancier plane là aussi sur des écritures en compte confondues, se reportant des sommes d'argent inscrites au débit du compte à celles inscrites au crédit... avec le risque d'être privé de toute assiette à la date de réalisation de la sûreté puisque le régime légal du nantissement de compte non bloqué ne met aucune obligation de conservation de la valeur du compte nanti à la charge du débiteur. La loi prévoit seulement que le droit réel accessoire de préférence du créancier nanti, de « flottant » devient fixe « au jour de la réalisation de la sûreté » (article 2360, alinéa 1^{er}, du code civil), et que, « planant » au-dessus d'une assiette constituée de sommes d'argent confondues et substituées les unes aux autres, il « atterrit » sur le « solde créditeur, provisoire ou définitif » qui est celui du compte « au jour de la réalisation de la sûreté » et « sous réserve de la régularisation des opérations en cours ». Ces similitudes entre nantissement de compte non bloqué et *floating charge* du seul point de vue de l'assiette des deux sûretés, avaient conduit le professeur Didier-René Martin à relever l'analogie à l'époque où le projet de réforme du droit des sûretés n'était qu'en gestation. Il constate ainsi que le nantissement de compte bancaire « à objet indéterminable [...] évoque un peu la *floating charge* anglo-saxonne »⁵²⁸.

527. Mais *quid* si le solde du compte nanti est débiteur au jour de la réalisation de la sûreté ? Le droit réel de préférence du créancier nanti est alors privé de toute assiette. C'est un risque que prend aussi en droit anglais le créancier bénéficiaire d'une *floating charge* car, comme dit plus haut, la sûreté anglaise, en soi, n'impose pas au constituant

⁵²⁸ Intervention du professeur Didier-René Martin, lors d'un colloque organisé le 23 janvier 2006 par l'Association Européenne de Droit Bancaire et Financier (A.E.D.B.F. – France) sur le thème : « Gage-espèces, nantissement de compte bancaire, faut-il réformer les sûretés sur sommes d'argent ? ». L'auteur poursuit ainsi : « le nantissement de créance a pour objet un solde de compte. Il s'agit d'un solde éventuel : le compte cible n'est pas bloqué et il continue à fonctionner, en débit et en crédit, sur les ordres et directives du constituant, de sorte que le solde demeure susceptible de toutes les variations, à la hausse comme à la baisse. Un peu comme le solde d'un compte courant, les positions peuvent être aussi bien débitrices que créditrices ».

d'obligation de conservation de la valeur des biens affectés en garantie – sauf stipulation des parties en ce sens. Lors de la réalisation de la sûreté, la valeur de l'assiette sur laquelle le créancier nanti peut faire valoir son droit de préférence n'est pas la valeur de l'assiette initiale – le solde du compte nanti au jour de la constitution de la sûreté – mais celle de l'assiette telle qu'elle est à la date de réalisation de la sûreté – autrement dit le « solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté sous réserve de la régularisation des opérations en cours » (article 2360, alinéa 1^{er}, du code civil). Cette particularité du nantissement de compte bancaire en fait la seule sûreté réelle mobilière française à avoir ceci de commun avec la *floating charge* que l'assiette de la sûreté n'est ni en nature ni par équivalent l'assiette initiale ou « originelle », telle qu'elle se trouvait être au jour de la constitution de la sûreté, mais l'assiette telle qu'elle se trouve être au jour de sa réalisation – peu importe que la valeur des biens grevés ait varié, et notamment diminué, entre la date de constitution et la date de réalisation⁵²⁹. Ce point commun tend à convaincre de ce que le droit français du nantissement tend, consciemment ou inconsciemment, à s'inspirer du régime anglais de la *floating charge*.

528. Toutefois, il nous semble excessif et erroné de voir dans le nantissement de compte bancaire non bloqué une forme de *floating charge* à la française, pour la bonne et simple raison que les deux sûretés n'ont en commun que les principes définissant leur assiette. Le régime de constitution et de réalisation du nantissement de compte bancaire non bloqué est loin de présenter avec la *floating charge* toutes les similitudes que présente au contraire le régime du gage sur stocks. En particulier, la réalisation du nantissement de compte bancaire non bloqué ne s'opère pas selon un mécanisme de « double détente » et de « cristallisation » comparable à celui de la *floating charge* et du gage sur stocks : l'article 2360, alinéa 1^{er}, du code civil montre bien que la fixation de l'assiette du droit réel accessoire de préférence du créancier nanti a lieu « au jour de la réalisation de la sûreté ». Autrement dit, le resserrement du contrôle du créancier nanti sur les biens grevés de sûreté se confond avec la réalisation de la sûreté : il n'y a pas, comme dans le gage sur stocks, cette étape intermédiaire d'« atterrissage » du droit réel planant du créancier sur l'assiette de la sûreté sans réalisation de cette dernière pour

⁵²⁹ Le professeur Rémy Libchaber (« Gage sur sommes d'argent », *Rev. Lamy dr. civ.*, octobre 2002, étude 269) qui, à tort, selon nous, classe ce nantissement de compte bancaire non bloqué parmi les affectations en garantie de sommes d'argent individualisées, signale (à raison, en revanche) qu'en pratique, « le titulaire du compte prend souvent l'engagement de laisser un solde créditeur minimum sur son compte de manière à ne pas faire disparaître le principe même du gage ».

autant. Or cette étape de « cristallisation » est une caractéristique essentielle de la *floating charge*.

529. Face à tant de similitudes de régime entre gage sur stocks et *floating charge*, on ne peut que regarder comme marginales les quelques différences tenant au fait que la *floating charge* n'est ouverte qu'aux entreprises commerciales, aux « sociétés » (*companies*) dotées de la personnalité morale, tandis que le gage sur stocks français peut être constitué tant par des sociétés dotées de la personnalité morale que par des entreprises individuelles dirigées par des personnes physiques, ou tenant au fait que le gage sur stocks ne peut être consenti qu'à un certain type de prêteurs (les plus fréquents, à savoir les établissements de crédit), ou encore au fait que les mentions à porter dans l'acte constitutif ne sont pas tout à fait les mêmes et que les délais d'inscription sur le registre (15 jours en France / 21 jours en Angleterre) varient. Le gage sur stocks créé en 2006 n'est-il pas la « reconnaissance en France d'une sûreté anglaise » qu'annonçait Mme Frédérique Dahan dix ans plus tôt, en 1996⁵³⁰ ?

Comment ne pas reconnaître dans le gage sur stocks cette « sûreté de l'avenir » dont, au début des années 1980, les professeurs Jean Stoufflet et Dominique Legeais devinaient les contours dans « l'hypothèque étendue à l'ensemble des biens », et plus précisément dans la « sûreté sans dépossession qui n'entrave pas l'exploitation du constituant, pouvant être assortie d'une stipulation de fongibilité et grever l'actif du débiteur sans l'immobiliser, [et] susceptible d'une publicité efficace grâce aux procédés modernes de traitement de l'information »⁵³¹ ?

Comment ne pas reconnaître dans le droit réel du créancier bénéficiaire d'un gage sur stocks le droit réel « flottant » qu'au début des années 2000, le professeur Pierre-Grégoire Marly définissait comme un droit qui « grève, pour une fraction abstraite, un ensemble dont le contenu est affecté d'une dynamique de roulement »⁵³² ?

⁵³⁰ F. Dahan, « La *floating charge* : reconnaissance en France d'une sûreté anglaise », *Journal de Droit International*, 1996, p. 381. Il nous semble que l'époque est révolue, où l'on pouvait avancer, comme Mme Frédérique Dahan, que « l'institution [qu'est la *floating charge*] ne se laisse appréhender directement par aucun schéma de droit français ». L'auteur présentait du reste ce changement lorsqu'elle écrivait : « l'examen de certaines sûretés françaises présentant des traits communs permet de dégager une notion sous l'égide de laquelle la *floating charge* pourrait trouver à évoluer. En effet dans le cas d'un gage sur bien corporel futur, de sûretés sans dépossession portant sur des biens fongibles, le droit dont est titulaire le créancier n'est pas un droit réel pur et simple, mais un droit qualifié d'éventuel » (italiques ajoutées).

⁵³¹ J. Stoufflet, propos liminaires à la thèse de D. Legeais sur *Les garanties conventionnelles sur créances*, *op. cit.*, pp. 2-3.

⁵³² P. - G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, *op. cit.*, p. 239. L'auteur explique que, lorsqu'un droit réel est « flottant », « l'objet du droit réel est doublement indéterminé : d'une part, la partie appropriée n'est pas identifiée à l'intérieur du tout ; d'autre part, le tout lui-même n'est pas identifié dans la mesure où sa composition est destinée à fluctuer ».

530. Au-delà des similitudes de régime, il y a surtout une similitude de nature : *floating charge* comme gage sur stocks, gage sans dépossession de choses fongibles de droit commun et, dans une moindre mesure, nantissement de compte bancaire non bloqué, confèrent au créancier gagiste un droit de préférence, droit réel accessoire, « flottant ». Dans toutes ces sûretés, le droit réel accessoire du créancier gagiste sans dépossession porte sur une valeur, et non sur des biens : il est détaché de toute assiette. Il plane au-dessus de choses fongibles confondues, substituées les unes aux autres, sans cesse aliénées et remplacées, avec néanmoins un filet de sécurité (qui n'existe toutefois pas pour le nantissement de compte bancaire non bloqué) : l'obligation de conservation de la valeur mise à la charge du constituant – obligation qui n'est elle-même que la conséquence de la fongibilité des biens puisque la fongibilité est précisément la faculté des choses de se substituer les unes aux autres *sans déperdition de valeur*.

531. Il est donc fini le temps où l'on pouvait écrire, comme le professeur Pierre Crocq, que la règle de la nécessaire individualisation de l'objet du droit réel « s'oppose à ce que notre droit connaisse des sûretés réelles à contenu indéterminé comme les *floating charges* »⁵³³. Contrairement à ce qu'écrivait le doyen Gérard Cornu en 1961, la loi a fait « qu'un droit réel subsiste sur une chose de genre non individualisée »⁵³⁴. Loin d'être « irréalisable », ce « droit réel planant et comme décroché du réel »⁵³⁵ est aujourd'hui une réalité.

532. À vrai dire, la jurisprudence, dans le passé, avait d'ores et déjà donné corps à ce droit réel accessoire planant, non pour des gages sans dépossession mais pour des gages avec dépossession (et, le cas échéant, entiercement). D'anciens arrêts des juges du droit comme des juges du fond avaient, dès le début du XX^e siècle, consacré le report du droit réel accessoire de préférence du créancier gagiste sur des stocks substitués aux stocks initialement grevés, et ce en dehors de toute action en revendication⁵³⁶.

532-1. Dans son arrêt du 10 mars 1915, la Cour de cassation, statuant en sa chambre des Requêtes, a jugé que lorsqu'un gage porte sur des choses fongibles, le droit

⁵³³ P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., n° 312, p. 267.

⁵³⁴ G. Cornu, note sous Cass. 2^e civ. 8 février 1961 (*RTD civ.* 1961, p. 698).

⁵³⁵ *Idem*.

⁵³⁶ Req. 10 mars 1915 (S. 1916, I, p. 5, note C. Lyon-Caen, à propos de blé), Cass. com. 28 novembre 1989 (Bull. civ. IV, n° 300, à propos de graines), Cass. com. 13 février 1990 (Bull. civ. IV n° 45, à propos de graines de tournesol).

du créancier gagiste peut porter d'avance sur les marchandises remises en remplacement de la partie du stock dont le constituant aura disposé, en raison de leur fongibilité⁵³⁷.

Il s'agissait dans cette affaire de warrants endossés au profit d'une banque créancière en garantie du remboursement d'un prêt, et portant sur des stocks de blé déposés par l'emprunteur dans un magasin général (entiercement). Les parties ayant convenu du remplacement des stocks de blé initialement affectés en garantie par des stocks plus frais, la Banque de France qui avait escompté les warrants, fit valoir son droit de gage sur les stocks de blé présents dans le magasin général à la date de la liquidation judiciaire de l'emprunteur. Mais le liquidateur s'y opposa, arguant de ce que le droit de gage de la banque créancière initiale, et donc de la Banque de France, s'était éteint avec la disparition des stocks de blé initialement grevés et leur remplacement par d'autres stocks.

532-2. La Cour de cassation a décidé que « la règle selon laquelle le privilège du créancier gagiste ne subsiste qu'autant que le gage a été mis en la possession du créancier ou du tiers convenu entre les parties, n'est pas applicable dans sa rigueur lorsque les marchandises données en gage sont, non des corps certains devant être individuellement restitués, mais des choses fongibles destinées dans l'intention des parties, et suivant la convention elle-même, à être remplacées par d'autres de même nature et en égale quantité ».

532-3. Par la suite, les juges du fond ont appliqué des solutions semblables, par exemple au cas du gage portant sur des marchandises déposées dans un local loué par le créancier au débiteur. En effet, la cour d'appel d'Angers, dans un arrêt du 21 février 1936, a jugé que « le remplacement des marchandises désignées *in genere*, remplacement qui avait été prévu à la convention d'entre les parties en termes clairs et précis, remplacement qui, en cette matière commerciale, était parfaitement valable, n'a pu modifier en rien la validité du gage et a laissé subsister celui-ci dans son intégralité »⁵³⁸.

⁵³⁷ Req. 10 mars 1915, S. 1916, I, p. 5, note C. Lyon-Caen ; *RTD civ.* 1916, p. 163, obs. R. Demogue. *Adde* : P. - G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, *op. cit.*, p. 242 : « il résulte que le droit réel du créancier gagiste peut valablement porter sur un ensemble fluctuant sans que la pérennité du nantissement ne soit compromise ». Le professeur Anne Laude (« La fongibilité », *RTD com.* 1915, pp. 307 et s., spéc. p. 326) émet des critiques quant au choix fait de justifier par la subrogation réelle le fait que le droit de préférence du créancier gagiste sur les marchandises qui sortent du magasin général se reporte sur celles qui y entrent. Selon cet auteur, « la subrogation réelle se produit lorsqu'un bien vient prendre la place d'un autre et ne peut donc se concevoir que pour les biens individualisés », alors qu'« en l'espèce, l'individualisation de l'objet remis en gage était tout à fait relative puisque les parties avaient seulement déposé dans un magasin général une certaine quantité de blé d'une certaine qualité », de sorte que « le défaut d'individualisation paraissait être un obstacle à la subrogation supposant qu'un bien déterminé vienne exactement prendre la place d'un autre » (*ibidem*, p. 326).

⁵³⁸ Angers, 21 février 1936, S. 1936, II, p. 76.

533. Le législateur a entériné ces solutions jurisprudentielles en introduisant dans la partie du code de commerce consacrée aux dépôts en magasins généraux et aux warrants un article L. 522-24, dont les alinéas 2 et 3 prévoient que « les marchandises fongibles déposées en magasin général et sur lesquelles il a été délivré un récépissé et un warrant peuvent être remplacées par des marchandises de même nature, de même espèce et de même qualité », que « la possibilité de cette substitution doit être mentionnée à la fois sur le récépissé et sur le warrant » et que « les droits et privilèges du porteur du récépissé et du porteur du warrant sont reportés sur les marchandises substituées »⁵³⁹.

534. Si aujourd'hui la loi consacre l'existence d'un droit réel accessoire planant pour le gage sans dépossession de choses fongibles, et si jadis la jurisprudence et le législateur ont consacré l'existence d'un droit réel accessoire planant pour le gage avec dépossession de choses fongibles, pourquoi ne pas consacrer un droit réel principal planant pour le gage avec dépossession de choses fongibles ?

§ 5. La consécration légale d'un droit réel principal planant à travers le régime de la fiducie.

535. Outre la consécration légale d'un droit réel accessoire planant à l'occasion de l'élaboration du régime du gage sur stocks, c'est la consécration légale d'un droit réel principal planant, à l'occasion de l'élaboration du régime de la fiducie, qui nous semble inciter à rejeter comme obsolète la thèse défendue par le professeur Pierre Crocq selon laquelle un droit ne pourrait être réel que s'il portait sur un bien individualisé - à défaut de quoi il ne pourrait être que personnel⁵⁴⁰. L'auteur explique en effet qu'« étant un pouvoir immédiat de réalisation ou de jouissance sur un bien, le droit réel suppose que ce bien soit individualisé ou qu'il puisse être individualisé sans qu'il soit nécessaire de passer par l'intermédiaire d'un autre que le titulaire du droit »⁵⁴¹.

⁵³⁹ Ce texte est issu du décret n° 53-966 du 30 septembre 1953 relatif à la substitution des marchandises fongibles déposées dans les magasins généraux.

⁵⁴⁰ P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., n° 312-313, pp. 262-268.

⁵⁴¹ *Ibidem* : « ainsi, il est possible d'avoir un droit réel, quel qu'il soit, sur un corps certain. De même, il est possible d'avoir un droit réel sur des biens non individualisés lorsque l'individualisation ne dépend que du titulaire du droit : le propriétaire d'une tonne de blé contenue dans un silo lui appartenant a, sans aucun doute, un droit réel sur chacun des grains. En revanche, un droit

536. Pourtant, même à l'époque où le professeur Pierre Crocq écrivait ces lignes, il existait des sûretés réelles, conférant un droit réel accessoire de préférence, sur un ou des ensembles de biens indéterminés et n'appartenant pas au titulaire de ce droit de préférence. Ainsi en est-il des privilèges généraux qui confèrent aux créanciers qui en sont titulaires un droit réel accessoire de préférence sur tous les biens mobiliers et immobiliers du débiteur – biens qui, de l'aveu du professeur Pierre Crocq lui-même, sont alors « envisagés dans leur ensemble et non pas un ou plusieurs biens déterminés *ab initio* »⁵⁴².

537. Mais l'on ne peut que se rendre à l'évidence lorsque le droit réel dont la loi envisage le caractère « planant » n'est pas un simple droit réel accessoire, mais un véritable droit réel principal. C'est ce que font, selon nous, les textes relatifs à la fiducie : la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, complétée par la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008, par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 et par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009. En effet, des dispositions de ces textes concordent pour suggérer que le constituant d'une fiducie (ou « fiduciaire ») conserve un droit réel de propriété sur les biens, droits ou sûretés qui sont « transférés » au(x) fiduciaire(s) et qui constituent le « patrimoine fiduciaire ».

A – Le flou autour de la nature du transfert des biens, droits ou sûretés formant le patrimoine fiduciaire.

538. Nature ambiguë du transfert des biens, droits ou sûretés formant l'objet d'une fiducie. – Rien, dans le texte de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, n'indique expressément que les biens, droits ou sûretés transférés par le(s) constituant(s) au(x) fiduciaire(s) font l'objet d'un transfert *en pleine propriété*. L'article 2011 du code civil dispose que « la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants *transfèrent* des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de

réel ne saurait exister sur un bien non individualisé lorsque l'individualisation dépend d'autrui car le rapport entre le sujet de droit et l'objet ne peut plus être immédiat [...] À l'opposé du droit réel, le droit personnel ne confère pas de prérogative sur un bien déterminé. Si l'objet premier du droit n'est certes pas un bien, mais une prestation du débiteur, il ne serait toutefois pas exact d'affirmer que le droit personnel ne confère aucun pouvoir sur les biens du débiteur. En cas d'inexécution, et donc à titre subsidiaire, le créancier peut saisir les biens de son débiteur et les faire vendre pour obtenir une exécution par équivalent [...] Le droit réel confère des prérogatives sur un bien nécessairement déterminé *ab initio* alors que le droit personnel ne peut conférer de prérogatives que sur un ensemble de biens déterminés (l'ensemble est déterminé, le patrimoine de telle personne, mais non pas les biens qui font partie de cet ensemble) ».

⁵⁴² *Ibidem*, p. 268.

biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires... » (italiques ajoutées). Sans doute plus à dessein que par négligence, le législateur a soigneusement évité de qualifier la nature du « transfert » qui s'opère dans un contrat de fiducie. Or il n'est pas évident qu'il s'agisse d'un transfert *en pleine propriété* : le droit français connaît aussi des transferts de la simple détention ou de la possession d'un bien⁵⁴³ ou d'attributs du droit de propriété (usufruit).

539. Et ce flou qui entoure la nature du « transfert » constitutif de la fiducie semble d'autant plus volontaire que, déjà, en 1991, l'avant-projet de loi relatif à la fiducie⁵⁴⁴ prévoyait d'introduire dans le code civil un article 2062 aux termes duquel « la fiducie est un contrat par lequel un constituant *transfère* tout ou partie de ses biens et droits à un fiduciaire » (italiques ajoutées). À l'époque déjà, le professeur Michel Grimaldi montrait la plus grande prudence quant à la nature du transfert opéré par la fiducie et quant à la nature du droit réel acquis par le fiduciaire : l'auteur définissait la fiducie comme « l'acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire, acquiert d'une autre, le fiduciaire, un *droit patrimonial*... »⁵⁴⁵ (italiques ajoutées). Ce « droit patrimonial » n'était pas identifié – et n'est toujours pas identifié, faute d'être un droit réel nommé. Et plus de quinze ans après un premier projet qui se refusait à prendre

⁵⁴³ R. Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois*, 30 août et 15 septembre 2007, n° 15 et 17, p. 1094 et p. 1194 : l'auteur note que l'article 2011 du code civil emploie le terme de « transfert », qui est un « terme neutre, fort peu juridique, qui ne dit pas s'il s'agit d'un transfert de propriété, de la constitution d'un droit réel, d'une mise en possession ou d'une détention ». Dans les travaux préparatoires, le sénateur Henri de Richemont avait suggéré que le texte en cause énonce que « le fiduciaire [deviendrait] titulaire ou propriétaire des droits transférés ». Dans le texte final, ce souci de clarification a été abandonné, comme le signale le professeur Rémy Libchaber : « quant aux droits sur la masse fiduciaire, enfin, sur lesquels la loi a refusé de prendre parti : on ne sait si c'est la propriété elle-même que le constituant transfère ou une propriété fiduciaire, voire un droit spécialement aménagé par la loi – qui ne s'avouerait pas comme tel [...] Dans l'ensemble de ces dispositions civiles comme fiscales, il n'est jamais dit que le fiduciaire est devenu propriétaire ; tout au contraire, la loi semble bâtie entièrement sur l'idée d'une propriété maintenue entre les mains du constituant ». L'auteur tire parti des dispositions fiscales de la loi du 19 février 2007 qui, selon lui, attestent du caractère non translatif de propriété de la fiducie : « il est rare que le droit français admette des mutations, gratuites ou onéreuses, sans les taxer [...] Le régime fiscal reste étrangement muet sur ce point, comme si la question de l'enregistrement ne se posait que de façon marginale. En effet, le contrat de fiducie est soumis à la formalité de l'enregistrement moyennant un droit fixe de 125 € [...] Les droits frappant la mutation des biens mis en fiducie ne sont pas évoqués, parce qu'il n'y en a pas : le constituant ne cesse d'être propriétaire qu'avec le dénouement, si le bénéficiaire est un tiers ; mais tout le long de l'exécution, il l'est demeuré » - du moins au regard du droit fiscal. Cette analyse est encore confirmée par le fait que les impôts directs sur les résultats d'exploitation de la masse fiduciaire sont, certes, calculés et constatés dans le patrimoine fiduciaire, mais payés par le constituant... Le professeur Rémy Libchaber le souligne avec force : « c'est lui qui sera redevable de l'impôt au titre des résultats d'exploitation et des plus-values de cession. Comment ne pas voir que sous le couvert de la neutralité fiscale, le constituant n'a jamais cessé d'être propriétaire ? ».

Cette neutralité fiscale de l'aliénation fiduciaire n'est, d'une part, pas propre à la fiducie-sûreté française, et, d'autre part, pas nouvelle ni limitée aux cessions à titre de garantie régies par les articles 2011 et suivants du code civil. En effet, bien avant l'introduction en droit français de la fiducie, par la loi du 19 février 2007, le professeur Pierre Crocq notait qu'« une comparaison avec la fiscalité anglo-saxonne des *trusts* à utilisation familiale [allait] dans le sens de la neutralité [fiscale] » et que « le droit fiscal luxembourgeois de la fiducie, inspiré du droit allemand, [retenant] une solution similaire » (*Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 140). Par ailleurs, au sujet des sûretés boursières assimilées à des aliénations fiduciaires, M. Sébastien Praicheux explique qu'« alors qu'en principe, le transfert définitif de propriété à titre de sûreté donne lieu à imposition, cette imposition n'a pas lieu si la sûreté en question prend la forme d'un instrument financier-sûreté » (*Les sûretés sur les marchés financiers*, *op. cit.*, p. 406).

⁵⁴⁴ Pour un commentaire exhaustif de cet avant-projet de loi, voir M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois*, 15 septembre et 30 septembre 1991, n° 17 et 18, p. 897 et p. 961.

⁵⁴⁵ *Ibidem*.

clairement parti sur la nature du transfert dont font l'objet les biens et droits concernés par un contrat de fiducie, le législateur a adopté en 2007 un texte qui entretient toujours le silence sur ce point. C'est peut-être le signe que l'esprit de la loi et la volonté du législateur sont hostiles à l'idée que l'on assimile ce transfert au transfert de propriété que l'on a habituellement en tête quand on parle de donation (article 938 du code civil) ou de vente (article 1583 du même code).

B – Le démembrement de la propriété du constituant résultant de la formation du patrimoine fiduciaire.

540. Patrimoine d'affectation. – En sus du fait que rien n'indique dans la loi que les biens et droits transférés par le constituant au fiduciaire fassent l'objet d'un transfert de propriété « ordinaire », tout suggère que ces biens et droits ne sont pas des éléments « ordinaires » du patrimoine du fiduciaire. En effet, les biens et droits formant le « patrimoine fiduciaire » ont un statut « à part » qui en fait une masse autonome et distincte du « patrimoine *du* fiduciaire ». Si transfert de propriété il y a, il ne peut s'agir d'un transfert de propriété ordinaire, au sens des articles 938 ou 1583 du code civil. L'article 2011 du code civil dispose en effet que les fiduciaires tiennent les biens ou droits qui leur ont été transférés par le constituant « séparés de leur patrimoine propre ». Qu'est-ce qu'un transfert de propriété qui aboutit à ce que les biens ou droits qui en sont l'objet quittent un patrimoine pour ne pas entrer dans un autre ? Assurément, un tel transfert, à supposer qu'il puisse être qualifié de « transfert de propriété », ne peut se confondre avec le transfert de propriété ordinaire. Le silence de la loi invitait déjà à remettre en cause l'idée que le transfert décrit à l'article 2011 du code civil était un transfert de propriété. Mais le texte de la loi achève d'en convaincre en distinguant clairement le patrimoine fiduciaire du patrimoine *du* fiduciaire.

541. Les biens et droits transférés par le contrat de fiducie n'entrent pas dans le patrimoine du fiduciaire qui doit les en tenir « séparés ». Preuve en est encore que l'article 2024 du code civil prévoit expressément que les biens et droits transférés par le contrat de fiducie et formant le patrimoine fiduciaire ne répondent pas du droit de gage général qu'ont les créanciers du fiduciaire et qui leur permet de chercher à se faire payer sur n'importe quel élément d'actif du patrimoine de ce dernier. Ce texte dispose en effet que « l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de

liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire »⁵⁴⁶. Si le fiduciaire avait, sur les biens et droits qui lui ont été transférés par le constituant, un droit de propriété « ordinaire », ses créanciers devraient avoir la possibilité de chercher à se faire payer sur ces biens et droits comme sur tout élément d'actif présent dans le patrimoine du fiduciaire, en vertu du droit de gage général qui leur est reconnu par l'article 2284 du code civil (ancien article 2092 du même code). Or tel n'est pas le cas. Force est d'en conclure soit que la « propriété » du fiduciaire sur les biens et droits formant le patrimoine fiduciaire n'est pas une propriété ordinaire (la *plena in re potestas* de l'article 544 du code civil), soit que le fiduciaire n'a acquis aucun droit réel de propriété (ordinaire ou fiduciaire) du fait du « transfert » opéré par le contrat de fiducie. À l'égard du fiduciaire – et de lui seul – on peut penser que le patrimoine fiduciaire est constitutif d'un patrimoine d'affectation car le lien entre les éléments d'actif et de passif (qui forment un patrimoine) n'est pas la personne du fiduciaire, mais la finalité économique qu'ils servent (autrement dit leur « affectation ») – tant et si bien que les créanciers qui pourront chercher à se faire payer sur les éléments d'actif du patrimoine fiduciaire seront non pas les créanciers *du fiduciaire*, mais les créanciers dont la créance est née pour « servir » l'actif du patrimoine fiduciaire (c'est-à-dire, essentiellement les créances nées à l'occasion de la gestion et de la conservation de cet actif).

542. En revanche, à l'égard du constituant, le patrimoine fiduciaire ne peut être considéré comme étant constitutif d'un patrimoine d'affectation⁵⁴⁷. Si un patrimoine se

⁵⁴⁶ Une disposition semblable existait déjà dans l'avant-projet de loi de 1991. À ce sujet, le professeur Michel Grimaldi (« La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois*, 15 septembre et 30 septembre 1991, n° 17 et 18, p. 897 et p. 961) avait établi une analogie intéressante entre la situation du patrimoine fiduciaire et celle du bien indivis. Comme le patrimoine fiduciaire, le bien indivis ne peut servir à payer tous les créanciers avant le partage de l'indivision. Sauf à provoquer le partage (article 815-17, alinéa 3, du code civil), les créanciers (personnels) *des indivisaires* ne peuvent saisir ni le bien indivis, ni une quote-part du bien indivis correspondant aux droits de l'indivisaire débiteur sur le bien indivis – puisque ceux-ci ne sont pas liquidés avant le partage (article 815-17, alinéa 2, du code civil). En revanche, aux termes de l'article 815-17, alinéa 1^{er}, du code civil, peuvent se payer par prélèvement sur l'actif, avant tout partage de l'indivision et donc avant toute liquidation des droits des indivisaires sur le bien indivis, les créanciers « antérieurs à l'indivision » (ceux dont la créance est née avant l'état d'indivision du bien), ainsi que les créanciers *de l'indivision* (ceux dont la créance est née pour la gestion ou la conservation des biens indivis), auxquels on assimile les créanciers personnels des indivisaires qui ont recueilli le consentement unanime des indivisaires pour la constitution d'une sûreté réelle sur le bien indivis (pour le cas de l'hypothèque, voir Cass. com. 19 décembre 2000 avec, notamment, la note de Ph. Théry, *Deffrénois*, 15 août 2001, n° 15-16, p. 943). Autrement dit, l'actif qu'est le bien indivis fait l'objet d'une affectation prioritaire au paiement du passif né de sa gestion et de sa conservation, comme l'actif du patrimoine fiduciaire fait l'objet d'une affectation prioritaire au paiement du passif né de sa gestion et de sa conservation...

⁵⁴⁷ Dans le même sens: M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois*, 15 septembre et 30 septembre 1991, n° 17 et 18, p. 897 et p. 961 : au sujet d'un autre texte (celui de l'avant-projet de loi de 1991 censé introduire la fiducie en droit français), l'auteur écrit que « contrairement aux apparences, ce n'est pas le patrimoine du fiduciaire, mais celui du fiduciaire (ou du bénéficiaire) dont l'unicité est brisée par la fiducie [...] Car, s'il est vrai que cette unicité signifie que l'on répond de ses dettes sur tous ses biens, ce ne peut être, pour des raisons de bon sens, que sur les biens dont on est riche. Or ce n'est pas le fiduciaire, mais le fiduciaire, qui est riche des biens mis en fiducie. C'est donc lui, et lui seul, qui les tient hors du gage naturel de ses créanciers. Autrement dit, l'unicité du patrimoine trouve une limite naturelle, et ne subit donc d'atteinte qu'apparente, là où un même individu, tel le fiduciaire, est « propriétaire » de deux catégories de biens : de biens dont il est riche, et de biens dont la valeur appartient à autrui. Elle connaît, en revanche, une limite artificielle, et subit une atteinte réelle, là où un même individu, tel le fiduciaire, est riche de plusieurs biens, mais dont certains figurent dans un patrimoine tiers ». Le régime de la fiducie tel qu'il a été conçu en 2007 semble consacrer cette analyse en rendant perméable la frontière entre le patrimoine du constituant et le patrimoine fiduciaire (que ce soit au profit des créanciers du constituant – si le contrat de fiducie est un contrat en cours susceptible d'être résilié lors de la procédure collective du constituant – ou au profit

définit comme étant une universalité de droit, c'est-à-dire comme un ensemble formé d'un actif et d'un passif corrélatif – à la différence d'une universalité de fait qui est un ensemble formé seulement d'actifs –, alors le « patrimoine » fiduciaire est un « patrimoine » imparfait. *Ab initio*, lors de la formation du contrat de fiducie, le « patrimoine » fiduciaire n'est pas un patrimoine – en ce sens qu'il n'est pas formé d'un actif et d'un passif corrélatif. En effet, il est impossible pour un constituant de transférer à un fiduciaire des éléments de passif en concluant un contrat de fiducie. Le législateur, soucieux de prohiber les opérations dites de *defeasance*, a exclu que le constituant puisse transférer au fiduciaire autre chose que des « biens », « droits », ou « sûretés » (ou « ensemble de biens, de droits ou de sûretés »). Or les biens, droits et sûretés sont des éléments d'actif, et non pas de passif. Autrement dit, le constituant ne peut détacher de son patrimoine des éléments de passif (des dettes) en concluant un contrat de fiducie. Le constituant ne « crée » donc pas un patrimoine distinct du sien, avec un actif et un passif corrélatifs, lors de la conclusion du contrat de fiducie. Au stade de la formation du contrat de fiducie, le « patrimoine » fiduciaire n'est pas une universalité de droit, mais, tout au plus, une universalité de fait. En ce sens, il n'est donc pas un patrimoine, car il n'est composé que d'éléments d'actif, et d'aucun élément de passif. Au stade de la formation du contrat, le constituant ne constitue donc pas un nouveau patrimoine qu'il détacherait du sien et transférerait au fiduciaire.

543. Ce n'est qu'au stade de l'exécution du contrat de fiducie qu'est susceptible d'apparaître un passif corrélatif des éléments d'actif formant le « patrimoine fiduciaire ». L'universalité de fait qu'était le patrimoine fiduciaire lors de la formation du contrat peut donc devenir une universalité de droit lors de son exécution. Il suffit pour cela que le fiduciaire soit amené, dans le cadre de sa mission, à faire des dépenses pour gérer et entretenir les éléments d'actif qui lui ont été transmis, et que naissent ainsi des dettes liées à la gestion et à la conservation des actifs formant le patrimoine fiduciaire – qui devient alors un véritable patrimoine. Si ce patrimoine peut, à l'égard du fiduciaire, être considéré comme un patrimoine d'affectation, constitue-t-il, pour autant, un patrimoine d'affectation à l'égard du constituant ? Si un patrimoine d'affectation est,

des créanciers du patrimoine fiduciaire – du moins de sa gestion et de sa conservation comme le prévoit l'article 2025, alinéa 2, du code civil)... et en rendant hermétique la frontière entre le patrimoine fiduciaire et le patrimoine du fiduciaire (article 2024 du code civil).

dans la théorie allemande⁵⁴⁸, un patrimoine où le lien entre les éléments d'actif et de passif est la finalité économique qu'ils servent – à la différence de la théorie française qui place dans la personne le lien entre les éléments d'actif et de passif formant le patrimoine –, alors force est de constater qu'à l'égard du constituant, le patrimoine fiduciaire n'est pas un patrimoine d'affectation. Outre le fait qu'au stade de la formation du contrat, le patrimoine fiduciaire n'est même pas un patrimoine, et le fait que l'impossibilité pour le constituant d'être le fiduciaire condamne toute autonomisation d'une masse d'actifs dont l'affectation l'isolerait au sein du patrimoine du constituant, il faut souligner qu'au stade de l'exécution du contrat, comme le prévoit l'article 2025, alinéa 2, du code civil, à défaut de stipulation contractuelle contraire, lorsque les éléments d'actif du patrimoine fiduciaire ne suffisent pas à absorber les éléments de passif du même patrimoine, ce sont les éléments d'actif du patrimoine du constituant qui, à titre subsidiaire, en répondent. En effet, si, en application de l'article 2025, alinéa 1^{er}, du code civil, « le patrimoine fiduciaire ne peut être saisi que par les titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion de ce patrimoine »⁵⁴⁹, il n'en reste pas moins qu'« en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, le patrimoine du constituant constitue le gage commun de ces créanciers, sauf stipulation contraire du contrat de fiducie mettant tout ou partie du passif à la charge du fiduciaire » (article 2025, alinéa 2, du code civil). Dès lors, sauf stipulation contractuelle contraire, le lien entre l'actif formant le patrimoine fiduciaire et le passif qui lui est corrélatif, n'est pas la finalité économique qu'ils servent (leur « affectation ») mais la personne du constituant :

⁵⁴⁸ L'allemand Alois von Brinz, qui a théorisé la notion de patrimoine d'affectation, emploie le terme allemand de « *Zweckvermögen* », autrement dit de « richesse (*Vermögen*) dotée d'un but, d'une finalité (*Zweck*) » (« *Das Zweckvermögen* », Deichert, 1888).

⁵⁴⁹ Le professeur Rémy Libchaber (« Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois*, 30 août et 15 septembre 2007, n° 15 et 17, p. 1094 et p. 1194) explique en outre au sujet de cette disposition que, contrairement à ce qui peut sembler être le cas de prime abord, elle n'isole même pas le patrimoine fiduciaire du patrimoine du constituant en affectant prioritairement des actifs à l'absorption d'un passif (né de la conservation et de la gestion du patrimoine fiduciaire). En effet, outre le fait que le patrimoine fiduciaire est réduit par l'article 2025, alinéa 2, du code civil à une sorte de « bénéfice de discussion » par affectation prioritaire des actifs du patrimoine fiduciaire au désintéressement des créanciers de sa gestion et de sa conservation, le principe même de cette affectation prioritaire peut être remis en cause si le contrat de fiducie est rangé dans la catégorie des contrats en cours dans la procédure collective à laquelle pourrait être soumis le constituant. Or ce pourrait bien être le cas au regard de la jurisprudence établie en matière de réserve de propriété. Il a en effet été jugé à plusieurs reprises que la vente avec clause de réserve de propriété était un contrat en cours si le transfert de propriété n'avait pas été réalisé au jour du jugement d'ouverture de la procédure collective de l'acheteur (Cass. com. 9 avril 1991, Bull. civ. IV n° 127, *JCP E* 1991, I, 102, n° 12, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel, D. 1992, somm. p. 257, obs. F. Derrida ; Cass. com. 28 février 1995, *JCP E* 1995, I, 487, n° 11, obs. Ph. Pétel ; Cass. com. 22 octobre 1996, Bull. civ. IV n° 253 ; Cass. com. 1^{er} février 2000, Bull. civ. IV n° 23). Non seulement les créanciers de la gestion et de la conservation du patrimoine fiduciaire peuvent chercher à se payer sur le patrimoine du constituant en cas d'insuffisance du patrimoine fiduciaire, mais encore, les créanciers du constituant pourraient, selon le professeur Rémy Libchaber, chercher à se payer sur le patrimoine fiduciaire en invoquant le caractère contractuel de la fiducie, et en demandant donc la résiliation des contrats en cours (articles L. 622-13 et suivants du code de commerce). L'auteur s'interroge : « face à ce contrat en cours, quelle sera l'attitude de l'administrateur et celle du juge-commissaire ? S'il leur est loisible de l'interrompre, ce qui suppose qu'il n'ait pas été accepté par le bénéficiaire (article 2028, alinéa 1^{er}, du code civil), les biens devront faire retour au patrimoine du constituant, ce qui déjouerait l'objectif de garantie. Pour éviter de pouvoir considérer

répondent du passif relevant du patrimoine fiduciaire non pas les seuls actifs présents dans le patrimoine fiduciaire et affectés à la même finalité économique que ce passif, mais également les actifs présents dans le patrimoine du constituant et qui n'ont de commun avec ce passif que la personne du constituant... En d'autres termes, s'il y a d'avoir un lien entre un actif et un passif, c'est moins la finalité économique servie par le patrimoine fiduciaire que la personne du constituant...

544. On est donc contraint d'admettre que le patrimoine fiduciaire n'a jamais vraiment quitté le patrimoine du constituant, et que les éléments de passif du patrimoine fiduciaire correspondant aux créances nées de la gestion et de la conservation des éléments d'actif de ce dernier font partie plutôt du patrimoine du constituant que d'un patrimoine d'affectation qui en serait complètement distinct. Le fait qu'à défaut de stipulation contractuelle contraire, les éléments d'actif du patrimoine du constituant répondent – même à titre subsidiaire – des éléments de passif du patrimoine fiduciaire, montre que le lien entre l'actif et le passif formant le patrimoine fiduciaire est moins la finalité économique à laquelle ils sont affectés que la personne du constituant. Partant, le patrimoine fiduciaire ne peut être considéré comme étant constitutif d'un patrimoine d'affectation à l'égard du constituant puisque, lors de la formation du contrat, il n'est même pas un patrimoine (mais seulement une universalité de fait composée uniquement d'éléments d'actif), et que, lors de l'exécution du contrat, ses éléments de passif ont pour gage non pas ses seuls éléments d'actif, mais les éléments d'actif du patrimoine du constituant – dont la personne est donc le lien (certes, subsidiaire) entre actif et passif⁵⁵⁰.

545. Dire cela, c'est donc dire que les biens ou droits formant l'actif du patrimoine fiduciaire n'ont jamais vraiment quitté le patrimoine du constituant, et qu'ils ne cessent jamais d'en faire partie, même au stade de l'exécution du contrat de fiducie⁵⁵¹. Sauf exception contractuelle, le principe est que les éléments d'actif qui

la fiducie comme un contrat en cours, il faudrait qu'elle ait épuisé ses effets au profit du bénéficiaire, devenu titulaire d'un droit intangible, véritablement considéré comme acquis ».

⁵⁵⁰ Le patrimoine fiduciaire ne serait susceptible de constituer un patrimoine d'affectation tant à l'égard du fiduciaire qu'à l'égard du constituant, que dans l'hypothèse visée à l'article 2025, alinéa 3, du code civil, c'est-à-dire dans l'hypothèse (improbable) où le contrat de fiducie aurait limité l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire, et où cette clause de limitation du droit de gage des titulaires de créances nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire aurait été expressément acceptée par ces derniers (ce qui n'est pas impossible en théorie, mais difficilement imaginable en pratique).

⁵⁵¹ On pourrait avoir plus de doutes quant à l'idée que les biens et droits transférés par le constituant au fiduciaire ne quittent jamais le patrimoine du premier pour gagner celui du second si, comme l'envisage l'article 2025, alinéa 2, *in fine* du code civil, une clause contractuelle mettait tout ou partie du passif fiduciaire à la charge du fiduciaire. Dans cette hypothèse, les éléments d'actif du patrimoine du fiduciaire répondraient des éléments de passif du patrimoine fiduciaire, de sorte que le lien subsidiaire entre l'actif et le passif serait non pas la finalité économique servie par ces éléments, mais la personne du fiduciaire – dont il faudrait par conséquent admettre que son patrimoine (le patrimoine *du* fiduciaire) inclut le patrimoine fiduciaire même si ce dernier en est « séparé » conformément aux dispositions de l'article 2011 du code civil. Dans ce cas, on serait tenté, en

répondent du passif correspondant à la gestion et à la conservation des biens et droits transférés au fiduciaire sont, à titre principal, ces mêmes biens et droits transférés, et, à titre subsidiaire, les biens et droits formant l'actif du constituant. L'affectation de l'actif du patrimoine fiduciaire au paiement du passif du patrimoine fiduciaire n'est donc qu'une affectation prioritaire qui n'empêche nullement les créanciers représentant ce passif de chercher à se payer à titre subsidiaire sur le restant de l'actif du patrimoine du constituant. Il y a donc simplement affectation prioritaire de certains actifs du constituant au paiement d'un certain passif. Mais cette affectation prioritaire ne fait pas pour autant des actifs concernés les éléments d'un patrimoine distinct. L'absorption du passif fiduciaire par les autres actifs du constituant à titre subsidiaire sauve l'unité du patrimoine du constituant dont le patrimoine fiduciaire fait partie, malgré l'affectation prioritaire de ses actifs au gage de son passif. Cette affectation prioritaire ne suffit pas à rendre le constituant titulaire de deux patrimoines distincts : son patrimoine, et un patrimoine d'affectation. Il ne s'agit tout au plus que d'un « bénéfice de discussion » comparable à celui que la loi du 11 février 1994 a accordé aux entrepreneurs individuels⁵⁵². Il faut donc admettre que le constituant conserve sur eux soit un droit réel de propriété, soit, à tout le moins, un droit réel *sui generis* – nonobstant leur « transfert » au fiduciaire.

conséquence, de considérer que les biens et droits transférés par le constituant sont véritablement *entrés* dans le patrimoine du fiduciaire, et qu'ils lui ont été transférés *en propriété*. On se trouverait donc face à une fiducie à géométrie variable : avec patrimoine d'affectation si les stipulations contractuelles correspondent à l'hypothèse visée par l'article 2025, alinéa 3, du code civil ; sans patrimoine d'affectation si elles sont telles qu'elles correspondent aux hypothèses visées par l'article 2025, alinéas 1 et 2, du code civil ; avec transfert de propriété au fiduciaire si les stipulations contractuelles correspondent à l'hypothèse visée par l'article 2025, alinéa 2, *in fine* (du même code) ; mais sans transfert de propriété si le contrat est rédigé de telle façon qu'il correspond à l'hypothèse envisagée par l'article 2025, alinéa 2, *in limine* (du même code). En ce sens, le législateur aurait laissé le soin de définir la nature du « transfert » visé à l'article 2011 du code civil, non pas à la jurisprudence (comme le suggère le professeur Rémy Libchaber – voir R. Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois*, 30 août et 15 septembre 2007, n° 15 et 17, p. 1094 et p. 1194), mais aux parties elles-mêmes...

⁵⁵² La loi n° 94-126 du 11 février 1994 sur l'initiative et l'entreprise individuelle (dite « loi Madelin ») a, certes, permis à l'entrepreneur individuel dont les biens personnels seraient saisis par le titulaire d'une créance liée à son activité professionnelle, de demander que l'exécution forcée (la saisie) soit d'abord diligentée sur les biens affectés à cette activité. Mais elle n'a pas créé un patrimoine d'affectation car, en cas d'insuffisance des biens affectés à l'activité professionnelle, tous les autres biens de l'entrepreneur individuel continuent de répondre, à titre subsidiaire, de la dette. Donc c'est seulement une sorte de bénéfice de discussion qui est reconnu par la loi...et nullement un patrimoine d'affectation. La loi n° 2003-721 du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique (dite « loi Dutreil ») aboutit aussi à créer une sorte d'affectation prioritaire, mais en creux cette fois. Les articles L. 526-1 à L. 526-4 du code de commerce reconnaissent en effet à l'entrepreneur individuel, moyennant une déclaration volontaire publiée à la conservation des hypothèques, la possibilité de déclarer insaisissables ses droits sur l'immeuble où est fixée sa résidence principale. Mais, outre le fait qu'en pratique une telle déclaration est rare car dissuasive pour des créanciers méfiants qui subordonnent en général l'octroi d'un crédit à son absence, l'insaisissabilité en question ne vaut qu'à l'égard des créanciers professionnels de l'entrepreneur individuel, et encore seulement ceux dont la créance est née postérieurement à la publication de ladite déclaration. Cette insaisissabilité, loin de créer un patrimoine d'affectation, conduit seulement à affecter les droits de l'entrepreneur individuel sur sa résidence principale prioritairement au paiement de ses créanciers non-professionnels et de ses créanciers professionnels dont la créance est née avant la publication de ladite déclaration. La loi du 19 février 2007 instituant la fiducie ne fait que prévoir une affectation prioritaire d'éléments d'actif au paiement d'un certain passif semblable à celles qu'ont prévu, pour l'entrepreneur individuel, les lois du 11 février 1994 et du 1^{er} août 2003. Mais, comme ces deux lois, elle ne crée en aucun cas un patrimoine d'affectation – du moins à l'égard du constituant, et à titre de principe (car les exceptions contractuellement prévisibles peuvent démentir ce principe...).

546. De deux choses l'une : soit le fiduciaire n'acquiert aucun droit réel de propriété ordinaire sur les biens et les droits qui lui sont transférés, et le constituant conserve sur eux un droit réel de propriété ordinaire (avec tout ce que cela comporte d'exclusivité) ; soit le fiduciaire acquiert un droit réel de propriété *fiduciaire* sur les biens et les droits qui lui sont transférés, et le constituant conserve sur eux un droit réel innommé, *sui generis*, et rendu possible par la spécificité de la propriété fiduciaire dont on doit alors admettre qu'elle n'est pas aussi exclusive que la propriété ordinaire de l'article 544 du code civil. Dans la mesure où il semble difficile de ne pas reconnaître un droit réel minimal au fiduciaire qui, sous réserve de la mission telle qu'elle est définie dans le contrat de fiducie (article 2018, 6°, du code civil), peut avoir le droit d'user, de jouir, et surtout de disposer à titre provisoire de la chose qui lui a été transférée⁵⁵³, et dans la mesure où il semble tout aussi difficile de reconnaître au constituant la propriété pleine et entière des biens transférés dont il peut certes user et jouir (si un contrat de mise à disposition le prévoit) mais pas disposer librement, il faut convenir de ce que la seconde proposition paraît plus convaincante que la première. Dans cette perspective, il faudrait donc admettre que le constituant d'une fiducie conserve un droit réel (à définir et à qualifier) sur les éléments d'actif qu'il transfère au fiduciaire et qui, en cours d'exécution du contrat, sont appelés à former le patrimoine fiduciaire. Ce qui ménagerait une place pour ce droit réel et le rendrait possible, ce serait le caractère « spécial », et, plus précisément « fiduciaire », de la propriété du fiduciaire sur les biens et droits qui lui transférés en vertu du contrat de fiducie.

C – Un démembrement de propriété laissant au moins au constituant le droit de disposer à titre définitif.

547. Il reste alors à définir les caractères de cette propriété fiduciaire distincte de la propriété ordinaire (ou « *plena in re potestas* ») dont on sait que l'article 544 du code civil la présente comme perpétuelle, absolue et exclusive.

⁵⁵³ L'article 2018, 6°, du code civil relatif au contenu du contrat de fiducie impose, à peine de nullité, la définition par les parties de l'étendue des « pouvoirs d'administration *et de disposition* » reconnus au fiduciaire (italiques ajoutées).

548. Caractère temporaire de la propriété fiduciaire. – Tout d’abord, contrairement à la propriété ordinaire de l’article 544 du code civil, la propriété fiduciaire n’est pas perpétuelle mais temporaire. Sans nous attarder à ce stade sur le caractère temporaire de la propriété fiduciaire, notons simplement que, même si la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, revenant à la solution proposée dans l’avant-projet de loi de 1991, a porté la durée maximale du transfert opéré par le contrat de fiducie à 99 ans (au lieu des 33 ans prévus par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007)⁵⁵⁴, il n’en reste pas moins que la propriété fiduciaire reste dépourvue de tout caractère de perpétuité. C’est encore plus net dans le cas où la fiducie est utilisée non dans sa fonction de gestion, mais dans sa fonction de sûreté, puisque, dans cette hypothèse où le créancier est bénéficiaire, et aussi souvent fiduciaire (sauf entiercement), l’obligation de restitution qui pèse sur lui devient exigible avec le paiement de la créance garantie... dont il est rare que le créancier bénéficiaire admette qu’il ait lieu 99 ans (ou même simplement 33 ans) après la formation du contrat.

549. Caractère finalisé de la propriété fiduciaire. – Ensuite, contrairement à la propriété ordinaire de l’article 544 du code civil, la propriété fiduciaire n’est pas absolue, mais finalisée⁵⁵⁵. La fiducie est à géométrie variable non seulement parce que la rédaction du contrat retenue par les parties va déterminer la constitution (ou non) du patrimoine fiduciaire en patrimoine d’affectation (article 2025, alinéa 3, du code civil), ou encore le maintien (ou non) d’un lien entre le patrimoine fiduciaire et le patrimoine du constituant (article 2025, alinéa 2, du code civil), mais aussi parce que la rédaction du contrat retenue par les parties va déterminer l’étendue et le contenu de la propriété fiduciaire. L’article 2018 du code civil dispose en effet que « le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité : [...] 6° la mission du ou des fiduciaires et l’étendue de leurs pouvoirs d’administration et de disposition »⁵⁵⁶. Les contours de la propriété

⁵⁵⁴ Sur ce point, la loi du 4 août 2008 n’a fait que reprendre la durée du contrat de fiducie qui avait été envisagée dans l’avant-projet de loi de 1991 – dont l’article 2063, alinéa 2, disposait que le contrat de fiducie « détermine la durée de la fiducie qui ne peut excéder 99 ans à compter de la date du contrat ».

⁵⁵⁵ L. Kaczmarek (« Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l’opération », D. 2009, p. 1845) parle de « propriété affectée », au sens où elle s’exerce sur un patrimoine d’affectation et ne saurait donc être assimilée à la propriété pleine et entière s’exerçant sur un patrimoine où l’ensemble de l’actif répond de l’ensemble du passif. M. Laurent Kaczmarek soutient que la fiducie, qu’elle ait une finalité de gestion ou de garantie, n’est tissée que « d’obligations personnelles qui traduisent son exercice dans l’intérêt d’autrui » (*ibidem*) : le constituant et le bénéficiaire n’auraient que des droits personnels à l’encontre du fiduciaire qui, pour sa part, jouirait donc d’un droit réel exclusif sur le patrimoine fiduciaire. Outre que cette analyse ignore la distinction essentielle entre les fonctions de gestion et de sûreté de la fiducie, elle fait fi d’un certain nombre de dispositions du code civil qui attestent que le législateur a entendu maintenir un droit réel dans le patrimoine du constituant dont le patrimoine fiduciaire n’apparaît que comme une excroissance.

⁵⁵⁶ Cette disposition fait dire au professeur Rémy Libchaber (« Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois*, 30 août et 15 septembre 2007, n° 15 et 17, p. 1094 et p. 1194) que « c’est précisément parce qu’il [le fiduciaire] n’est

fiduciaire vont donc dépendre de la volonté des parties : si ces dernières souhaitent permettre au fiduciaire d'aliéner les biens ou droits transférés, elles stipuleront alors une clause reconnaissant au fiduciaire le droit de disposer des biens ou droits transférés (à condition de les remplacer). Mais si le constituant ne le souhaite pas, le fiduciaire peut très bien se voir dénier ce droit de disposer – qui ne sera pas pour autant reconnu au constituant... car tous les attributs de la propriété pleine et entière sur les biens ou droits transférés qui ne sont pas reconnus au fiduciaire ne reviennent pas pour autant au constituant. Ces attributs (ou ces « pouvoirs » sur la chose) sont alors mis en sommeil et neutralisés pendant toute la durée de l'exécution du contrat⁵⁵⁷. Tout se passe donc comme si la propriété fiduciaire n'était qu'une propriété livrée à la liberté contractuelle, et plus précisément à la liberté du constituant qui taillerait ainsi une « propriété sur mesure » en fonction des finalités qu'il poursuit. La fiducie n'est qu'une façon pour le constituant d'organiser à sa guise la propriété des biens ou droits transférés, en sélectionnant ce qui, dans les potentialités de la propriété pleine et entière, lui convient, et en éliminant ce qui, au sein de ces potentialités, ne lui convient pas.

550. Mais la liberté contractuelle, le pouvoir de déconstruction du constituant et la propriété fiduciaire (du fiduciaire) ont toujours une limite – qui est précisément le contenu minimal et le noyau dur de la propriété du constituant : le fiduciaire n'a jamais sur les biens et droits transférés un *abusus* définitif. Si le fiduciaire peut en effet se voir reconnaître le pouvoir de disposer des biens ou droits transférés, c'est toujours à charge de les remplacer – et donc toujours avec une obligation de emploi résultant d'une obligation de conservation de la valeur qui elle-même résulte d'une obligation de « représentation » (ou de restitution). La propriété fiduciaire aura beau avoir été contractuellement façonnée par les parties de telle sorte qu'elle reprenne tous les

pas propriétaire que la liste de ses pouvoirs doit être spécialement dressée ». Le fait que la limitation des pouvoirs du fiduciaire prévue par les parties (et surtout par le constituant) soit inopposable aux tiers (article 2023 du code civil : « dans ses rapports avec les tiers, le fiduciaire est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire... »), n'est en aucun cas le signe de ce qu'il disposerait, *inter partes*, d'une propriété fiduciaire, mais à l'égard des tiers, d'une propriété pleine et entière. Dès 1991, le professeur Michel Grimaldi faisait en effet remarquer que « la réalité du pouvoir se vérifie moins à l'efficacité de l'acte qu'à l'absence de sanction » (« La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois*, 15 septembre et 30 septembre 1991, n° 17 et 18, p. 897 et p. 961). Or, même si un acte passé par le fiduciaire en excès de ses pouvoirs est maintenu à l'égard des tiers, le fiduciaire s'expose à des sanctions civiles, voire pénales.

⁵⁵⁷ En ce sens aussi : M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois*, 15 septembre et 30 septembre 1991, n° 17 et 18, p. 897 et p. 961 : « le fiduciaire n'acquiert pas nécessairement tous les pouvoirs d'un propriétaire. L'étendue de ses pouvoirs d'administration comme de disposition relève de la liberté contractuelle. Si, donc, le constituant ne peut plus jamais rien faire, le fiduciaire ne peut pas toujours tout faire : la fiducie peut faire tomber certains pouvoirs en léthargie ».

attributs de la propriété pleine et entière, elle ne sera toujours dotée que d'un *abusus* provisoire, et il lui manquera toujours l'*abusus* définitif⁵⁵⁸. Et c'est précisément dans l'absence de transfert du droit de disposer de façon définitive des biens et droits transférés par le contrat de fiducie, autrement dit dans l'absence de transfert du droit d'en anéantir la valeur, que réside et subsiste le droit réel du constituant. Cette limite de la propriété fiduciaire est ce qui fait tout le contenu d'une « propriété » concurrente et flottante, celle du constituant. L'impossibilité d'octroyer au fiduciaire le droit de disposer définitivement et irrémédiablement des biens ou droits qui lui sont transférés permet la survie d'un droit réel du constituant qui, pour être réduit à presque rien, entretient, sur un mode certes fantomatique, le souvenir de sa propriété pleine et entière, car, comme l'a rappelé le Conseil constitutionnel en 1998, le droit de disposer à titre définitif est ce qui constitue l'essence même du droit de propriété⁵⁵⁹.

551. Et ce souvenir, loin d'être fantomatique, peut se révéler bien vivant lorsque, non contente d'être finalisée, la propriété fiduciaire est même contrôlée. Dès lors que le fiduciaire a une obligation de « représentation » (ou de restitution), et une obligation de conservation de la valeur, le constituant doit pouvoir contrôler l'exécution de cette obligation. C'est l'article 2017 du code civil qui offre au constituant la possibilité de mettre la propriété fiduciaire « sous surveillance ». Ce texte l'autorise en effet à désigner « à tout moment », « un tiers chargé de s'assurer de la préservation de ses intérêts dans le cadre de l'exécution du contrat »⁵⁶⁰. La faculté pour le constituant de désigner un protecteur de la fiducie (article 2017 du code civil), la faculté pour les parties au contrat de fiducie de mettre à la charge du fiduciaire une reddition de comptes sur l'exécution de sa mission et d'en définir les modalités (article 2022 du même code), et la faculté de demander en justice la déchéance ou la substitution du fiduciaire s'il « manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés » (article 2027 du même code), sont autant d'exemples de la possibilité qu'a le constituant de donner corps au droit réel fantomatique qu'il a conservé sur les biens transférés au fiduciaire. Le droit

⁵⁵⁸ M. Foex, *Le numerus clausus des droits réels en matière mobilière*, Coll. juridique romande, Payot, Lausanne, 1987, n° 270, p. 131 : « le droit réel de propriétaire fiduciaire respectant ses obligations n'a de propriété que le nom. Il est vidé de sa substance, de son élément fondamental : le droit de disposer. En d'autres termes : seul un propriétaire fiduciaire violant ses obligations contractuelles se comporte comme un propriétaire ».

⁵⁵⁹ Cons. constit., 29 juillet 1998, n° 98-403 DC (D. 1999, jur. p. 269, note W. Sabete ; D. 2000, somm. p. 61, obs. J. Trémeau). Le considérant n° 40 de cette décision énonce que « l'exercice du droit de disposer librement de son patrimoine [...] est lui-même un attribut essentiel du droit de propriété ».

⁵⁶⁰ L'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie a même fait de cette faculté de désigner un « protecteur de la fiducie » une faculté d'ordre public, insusceptible d'être écartée par une stipulation contractuelle contraire, lorsque le constituant est une personne physique (article 2017, alinéa 2, du code civil).

réel de propriété fiduciaire est exercé avec le concours et sous le contrôle du droit réel du constituant⁵⁶¹.

552. Caractère non-exclusif de la propriété fiduciaire. – Enfin, force est donc d'admettre que la propriété fiduciaire trouve une limite (qui lui donne tout son sens) dans ce droit réel concurrent du constituant, et que, contrairement à la propriété ordinaire de l'article 544 du code civil, la propriété fiduciaire n'est donc pas « exclusive », mais concurrente.

Le fait que la propriété fiduciaire empêche que l'intégralité des attributs de la propriété pleine et entière soit exercée *exclusivement* par une seule personne ne signifie pas pour autant que ceux des attributs de la propriété qui sont reconnus au fiduciaire ne sont pas exercés exclusivement par lui et que ceux de ces attributs qui sont laissés au constituant ne sont pas exercés exclusivement par ce dernier. Dire que la propriété fiduciaire organise un démembrement de la propriété pleine et entière qui est incompatible avec l'exercice exclusif de l'ensemble des attributs de celle-ci ne signifie pas qu'au sein du démembrement, l'exercice de tels ou tels attributs par le fiduciaire ou par le constituant ne puisse pas être exclusif. Le professeur Michel Grimaldi a montré que c'est précisément la confusion entre l'exercice exclusif de certains attributs de la propriété (qui caractérise la propriété fiduciaire) et l'exclusivité de l'exercice de l'ensemble des attributs de la propriété (qui caractérise la propriété pleine et entière) qui a pu expliquer que la propriété fiduciaire ait été indûment assimilée à la propriété pleine et entière⁵⁶².

L'exclusivité dont jouit le fiduciaire est toute relative : l'exclusivité de l'exercice des pouvoirs sur le bien ne suffit pas à rendre exclusif le droit réel de propriété du

⁵⁶¹ R. Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois*, 30 août et 15 septembre 2007, n° 15 et 17, p. 1094 et p. 1194 : « le fiduciaire n'est pas libre à l'égard de la chose, alors que c'est précisément par la liberté que la propriété se définit [...] Le constituant a la possibilité de veiller sur la façon dont le fiduciaire gère "sa" chose, et il pourra au besoin nommer un tiers chargé d'en surveiller les destinées. L'exercice de ces contrôles empiète sur l'une des prérogatives les mieux établies du propriétaire : l'exclusivisme [...] Par la surveillance dont il est l'objet, le fiduciaire se trouve précisément soumis à certains tiers – exactement comme un usufruitier, exposé aux contrôles du nu-propriétaire ».

⁵⁶² M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois*, 15 septembre et 30 septembre 1991, n° 17 et 18, p. 897 et p. 961 : « C'est précisément cette exclusivité que la fiducie emprunte à la propriété. Dans la fiducie-gestion, nul autre que le fiduciaire ne peut gérer le bien [...] Et c'est dans cette exclusivité de gestion que cette variété de fiducie trouve sa raison d'être : ce dont il s'agit, c'est de permettre au fiduciaire de gérer comme un propriétaire ordinaire, et donc d'interdire de gestion tout autre que lui. Dans la fiducie-sûreté, nul autre que le fiduciaire ne peut obtenir le paiement de sa créance sur le bien fiduciaire. Le créancier fiduciaire exclut, évince tout autre créancier, même en cas de faillite ». En cas de fiducie-gestion, au moins, l'objet du contrat de fiducie « se trouve faire l'objet de deux exclusivités » : une « exclusivité de gestion » (celle du fiduciaire) et une « exclusivité économique » (celle du constituant ou du bénéficiaire). À l'exclusivité économique dont parle le professeur Michel Grimaldi correspond le droit de disposer à titre définitif, droit réel conservé par le constituant jusqu'au dénouement de la fiducie. À l'exclusivité de gestion dont parle le même auteur, correspondent tous les autres droits contenus dans la propriété ordinaire – sous réserve de limitations contractuelles. Force est de constater que deux droits réels cohabitent sur la chose... et que la propriété fiduciaire ne peut donc en aucun cas être regardée comme aussi exclusive que la propriété pleine et entière.

fiduciaire. Qu'il s'agisse de fiducie-gestion ou de fiducie-sûreté, la loi prive le fiduciaire du pouvoir de détruire le(s) bien(s) ou droit(s) transféré(s), d'en anéantir la valeur, et donc d'en disposer à titre définitif. Que le bénéficiaire soit le constituant ou un tiers, la fiducie-gestion n'a de sens que si le fiduciaire agit « dans un but déterminé *au profit* d'un ou plusieurs bénéficiaires » (italiques ajoutées). La fiducie-gestion n'a d'autre sens que de confier à un fiduciaire la mise en valeur des biens ou droits qui lui sont transférés. À défaut d'obligation d'amélioration (de « fructification ») pèse à tout le moins sur le fiduciaire une obligation de conservation de la valeur des biens ou droits qui lui ont été transférés. Quand le bénéficiaire est un créancier, qu'il soit lui-même fiduciaire (fiducie-sûreté sans entiercement) ou qu'il soit distinct du fiduciaire (fiducie-sûreté avec entiercement), la fiducie-sûreté n'a de sens que si le fiduciaire est en mesure de restituer (en nature ou au moins par équivalent) les biens ou droits qui lui ont été transférés en garantie du paiement d'une créance, lorsque le débiteur s'acquitte de ce paiement. La fiducie-sûreté est inconcevable sans la mise à la charge du fiduciaire d'une obligation de restitution (en nature ou par équivalent) des biens ou droits qui lui ont été transférés, et sans l'obligation de conservation de la valeur des biens affectés en garantie qui est le corollaire de la première obligation. Cette obligation de conservation de la valeur et cette obligation de restitution trouvent leur fondement dans le principe suivant lequel un créancier ne saurait s'enrichir en se faisant consentir une sûreté. Les obligations de restitution et de conservation de la valeur des biens affectés en garantie empêchent cet enrichissement du créancier – qui est souvent aussi le fiduciaire. Or ce principe de prohibition de l'enrichissement du fiduciaire est commun à la fiducie-sûreté et à la fiducie-gestion. Le professeur Michel Grimaldi explique que le propre de la fiducie, c'est précisément d'organiser un transfert de biens ou de droits d'un patrimoine à un autre, et plus précisément du patrimoine du constituant à celui du fiduciaire, sans qu'il en résulte pour autant un enrichissement du fiduciaire⁵⁶³. Et si, précisément, le fiduciaire ne s'enrichit pas en se voyant transférer des biens et/ou des droits constitutifs d'un patrimoine fiduciaire⁵⁶⁴, c'est que le droit d'en disposer de façon définitive et

⁵⁶³ M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois*, 15 septembre et 30 septembre 1991, n° 17 et 18, p. 897 et p. 961 : à la différence de la propriété ordinaire, « la propriété fiduciaire n'est un élément ni de richesse, ni de crédit. Jamais le fiduciaire ne fait les fruits siens, ni ne peut aliéner à son profit : sa propriété ne lui procure aucun revenu, ni n'accroît son capital, de sorte que les plus ou moins-values ne sont pas pour lui [...] Au cas de fiducie-sûreté, c'est de sa créance qu'il est riche, et non point de la propriété fiduciaire, qui conforte cette créance mais n'y ajoute aucun supplément de richesse [...] La formule selon laquelle la fiducie serait un contrat translatif de propriété est à manier avec prudence puisqu'elle n'opère aucun transfert de richesse ».

⁵⁶⁴ Sous réserve, bien sûr, de la rémunération que le contrat de fiducie peut lui octroyer au titre de l'exécution du contrat.

irréversible lui est refusé, c'est que l'*abusus* qu'il pourra exercer sur ces biens et/ou droits sera toujours provisoire, temporaire, et jamais définitif, c'est que ces biens et/ou droits ne quittent au fond jamais le patrimoine du constituant qui, à travers l'absence de transfert au fiduciaire de l'*abusus* définitif, conserve sur eux un droit réel, réduit à l'état de fantôme, puisque l'*abusus* définitif ne peut pas davantage être exercé par le constituant. Tant que les biens ou droits transférés sont entre les mains du fiduciaire, l'*abusus* définitif est une fonction de la propriété pleine et entière qui s'évanouit. C'est une borne de la propriété fiduciaire qui est aussi le vestige de la propriété pleine et entière, et qui, en creux, construit le droit réel du constituant, quitte à n'être qu'un squelette. La fonction « *abusus* définitif » de la propriété pleine et entière ressuscite seulement lorsque les biens et/ou droits transférés ne sont plus entre les mains du fiduciaire : soit qu'ils ont été transférés à un tiers bénéficiaire parce que le but poursuivi a été réalisé (fiducie-gestion au profit d'un tiers), soit qu'ils ont été transférés à un tiers bénéficiaire parce que la créance garantie est échue (fiducie-sûreté avec entiercement), soit qu'ils ont été transférés au constituant bénéficiaire parce que le but poursuivi a été réalisé (fiducie-gestion au profit du constituant), soit qu'ils ont été transférés au fiduciaire bénéficiaire parce que la créance garantie est échue (fiducie-sûreté sans entiercement), soit qu'ils ont été représentés au constituant qui aurait révoqué le contrat (non accepté par le bénéficiaire), soit que le constituant personne physique est décédé avant le terme du contrat ou avant la réalisation du but poursuivi⁵⁶⁵. Dès que les biens ou droits transférés au fiduciaire cessent d'être entre ses mains, quel qu'en soit le titulaire (constituant, fiduciaire ou tiers bénéficiaire), la propriété pleine et entière se reconstitue en retrouvant l'*abusus* définitif dont le passage par l'intermédiaire de la propriété fiduciaire avait privé aussi bien le constituant que le fiduciaire.

553. Droit réel flottant du fiduciaire. – On objectera que ce droit réel n'est qu'un fantôme, qu'un mirage, qu'une chimère tant il est réduit à rien – ou presque. Ce n'est qu'un droit à restitution qui, sauf contrat de mise à disposition lui conférant les droits d'usage et de jouissance de la chose transférée en fiducie, n'octroie même pas au constituant l'*usus* et le *fructus*, et qui, en toute hypothèse, le prive de l'*abusus* provisoire. C'est un droit réel vidé de contenu et privé d'assiette, un droit réel « aérien » et étheré, en somme un droit réel « planant ». Que les biens transférés soient des corps

⁵⁶⁵ Sauf si le constituant personne physique a constitué une fiducie-sûreté. L'article 2372-1, alinéa 2, du code civil écarte en effet l'application de l'article 2029, alinéa 1^{er}, du même code à la fiducie constituée aux fins de garantie.

certaines ou des choses fongibles, le constituant conserve sur eux un droit réel planant dont le « fantôme » prend corps si leur valeur ne suffit pas à désintéresser les titulaires de créances nées de leur gestion et de leur conservation. Dans une telle hypothèse, c'est sur d'autres biens présents dans le patrimoine du constituant que ces créanciers peuvent chercher à se payer... comme si les biens transférés n'avaient jamais cessé de faire partie du patrimoine du constituant malgré leur transfert au fiduciaire et leur affectation prioritaire au paiement desdits créanciers. Ce n'est pas non plus un hasard si l'article 2030 du code civil prévoit que « lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant ». S'il est vrai que l'absence de bénéficiaire ne concerne pas l'utilisation de la fiducie comme sûreté, puisque, par hypothèse, il y a toujours dans ce cas un créancier bénéficiaire, il n'en reste pas moins que cette disposition est encore un signe de ce que le constituant conserve, à l'état « planant », un droit réel principal de propriété sur les biens transférés. À défaut de ce droit, on comprendrait mal pourquoi le patrimoine fiduciaire est, *de plein droit*, rapporté au patrimoine ou à la succession du constituant. Tout se passe comme si le constituant conservait donc sur l'actif du patrimoine fiduciaire un droit réel principal de propriété concurrent du droit réel principal de propriété fiduciaire. Ce droit réel principal du constituant a beau être privé d'assiette, privé d'*abusus* provisoire (et souvent aussi d'*usus* et de *fructus*), et privé de forme d'expression autre que la soustraction de l'*abusus* définitif à la propriété fiduciaire, il n'en survit pas moins au « transfert » des biens et droits qu'organise le contrat de fiducie au profit du fiduciaire⁵⁶⁶.

554. Démembrement de propriété. – L'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, complétée par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, a implicitement consacré cette analyse de la fiducie en général, et de la fiducie-sûreté en particulier, comme constitutive d'un démembrement de propriété. Sous réserve des stipulations contractuelles et des velléités du constituant d'organiser un démembrement de propriété « sur mesure », ce démembrement de propriété passe, au maximum, par le transfert au fiduciaire de tous les attributs de la propriété à l'exception de l'*abusus* – qui, lui, reste dans le patrimoine du constituant sans pouvoir être exercé par ce dernier, mais qui suffit,

⁵⁶⁶ Dès 2007, le professeur Rémy Libchaber (« Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois*, 30 août et 15 septembre 2007, n° 15 et 17, p. 1094 et p. 1194) a avancé l'idée que la fiducie du droit français pût être non translatrice de propriété.

si fantomatique qu'il soit, à maintenir le constituant en sa qualité de propriétaire. Or l'article 2372-3, alinéa 1^{er}, introduit dans le code civil par l'ordonnance du 30 janvier 2009, prévoit précisément que la fiducie-sûreté sans entiercement se réalise par l'acquisition par le fiduciaire de l'*abusus* (le texte dit : « la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie »). En d'autres termes, le législateur a déclaré que la fiducie-sûreté sans entiercement se réalise par la reconstitution d'une propriété... dont il faut nécessairement admettre qu'elle était jusque là démembrée... La loi établit presque explicitement que la propriété fiduciaire n'est pas la propriété pleine et entière, et, par là-même, que la fiducie est un démembrement de la propriété au même titre que l'usufruit.

De même que, dans l'usufruit, l'*usus* et le *fructus* sont transférés à un usufruitier et quittent ainsi le patrimoine du nu-propriétaire pourtant réputé titulaire d'une propriété pleine et entière, simplement grevée d'une charge, de même, dans la fiducie, certains attributs de la propriété – choisis au gré du constituant et/ou du fiduciaire – sont transférés à un fiduciaire, sous réserve du droit de disposer à titre définitif (*abusus*), et quittent ainsi le patrimoine d'un constituant pourtant titulaire d'un droit réel réduit à un *abusus* inactif.

555. Fiducie-sûreté rechargeable. – Autre indice – cette fois plus explicite – de ce que le constituant de la fiducie-sûreté conserve un droit réel de propriété pleine et entière dans son patrimoine, malgré sa réduction à un droit de disposer à titre définitif qu'il est impossible d'exercer : l'article 2372-5 du code civil permet au constituant d'affecter la propriété du bien ou du droit cédé à titre de garantie, à la garantie d'autres créances ou d'autres créanciers... alors même qu'il a pourtant cédé cette « propriété » à un créancier initial au titre d'une créance garantie initiale. L'article 2372-5 du code civil introduit en effet en droit français une fiducie-sûreté rechargeable conçue sur le modèle de (feu) l'hypothèque rechargeable de l'article 2422 du même code⁵⁶⁷. Aux termes de

⁵⁶⁷ Le professeur Michel Grimaldi (M. Grimaldi & R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », D. 2009, p. 670) parle de la fiducie-sûreté rechargeable comme d'un « clone de l'hypothèque rechargeable ». Non seulement elle est une sûreté qui peut être affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées dans l'acte constitutif – c'est-à-dire non seulement à la garantie de créances futures, mais aussi et surtout à la garantie de créances éventuelles – même si ces créances sont celles d'autres créanciers que le créancier initial, mais, au-delà de cette identité de principe, il y a aussi une identité de régime. Comme pour l'hypothèque, le caractère rechargeable doit faire l'objet d'une clause expresse dans l'acte constitutif qui, comme pour l'hypothèque, est complété par des conventions de recharge soumises aux mêmes conditions de forme, d'enregistrement et de publicité que lui (article 2372-5, alinéa 3, du code civil). Comme pour l'hypothèque, c'est la date d'enregistrement de l'acte constitutif et de la convention de recharge qui permet d'établir l'ordre des créanciers bénéficiaires de la sûreté. En revanche, à la différence de l'hypothèque, la fiducie-sûreté peut être rechargée non pas dans la limite d'une somme prévue dans l'acte constitutif (article 2422, alinéa 2, du code civil), mais dans la limite de la valeur du patrimoine fiduciaire telle qu'elle est estimée au jour de la recharge (article 2372-5, alinéa 2, du code civil) – ce qui ne présente pas de risque

l'article 2372-5, alinéa 1^{er} du code civil, « la propriété cédée en application de l'article 2372-1 peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément ». Pour que, sans encourir le reproche d'avoir affecté en garantie la chose d'autrui, le constituant d'une fiducie-sûreté puisse affecter en garantie un bien ou un droit dont il a pourtant cédé la propriété, il faut nécessairement supposer que le constituant a conservé sur le bien ou droit cédé un minimum de droit réel... pour ne pas dire un droit réel principal de propriété. Si le constituant peut affecter un bien ou droit dont il a cédé la propriété à la garantie d'une autre créance que la créance initiale, indépendamment du fait que cette autre créance soit celle du même créancier que le créancier initial ou celle d'un autre créancier⁵⁶⁸, c'est nécessairement qu'il n'a pas cédé *toute* la propriété du bien ou du droit lors de la constitution de la première fiducie-sûreté. Il n'a donc pu céder qu'un « morceau » d'une propriété démembrée qui n'est autre que ce que l'on nomme la propriété fiduciaire. C'est parce qu'il a conservé dans son patrimoine le droit de disposer à titre définitif du bien ou du droit affecté en garantie (*abusus*) qu'il peut exploiter la fonction de garantie de richesses dont il n'a pas abdiqué la propriété en les transférant à un fiduciaire. Loin de se limiter à un *abusus* endormi, le fantôme de la propriété pleine et entière dans le patrimoine du constituant prend corps lorsque celui-ci entend conférer un caractère rechargeable à la fiducie-sûreté.

556. C'est alors que l'on perçoit avec netteté que le constituant d'une fiducie en général, et d'une fiducie-sûreté en particulier, conserve sur l'objet du contrat de fiducie qu'il transfère au fiduciaire un « droit réel planant ». La fiducie-sûreté rechargeable n'est possible – et ne peut s'expliquer – que parce que le constituant d'une fiducie conserve dans son patrimoine un droit réel principal de propriété « planant » malgré le transfert de son objet à un fiduciaire, droit réel qui cohabite avec le droit réel de propriété fiduciaire et qui permet au constituant d'éviter que tout son crédit soit absorbé et épuisé par la constitution d'une sûreté-propriété en garantie d'une seule créance. L'instauration de la fiducie-sûreté rechargeable témoigne de ce qu'il ne reste plus

d'emballlement du crédit et de surendettement lorsque le patrimoine fiduciaire consiste en des sommes d'argent, mais peut constituer un tel risque lorsque ledit patrimoine fiduciaire consiste en des biens, notamment immobiliers, susceptibles d'être surestimés, comme le note le professeur Pierre Crocq (« La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des *subprimes* en France ? », D. 2009, p. 716 – *contra* : A. Gourio, « La fiducie-sûreté », D. 2009, p. 1944).

⁵⁶⁸ Article 2372-5, alinéa 2, du code civil : « Le constituant peut l'offrir en garantie, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier, encore que le premier n'ait pas été payé ».

grand-chose de l'exclusivisme des propriétés-sûretés en général, et de la fiducie-sûreté en particulier... et de ce que les propriétés-sûretés se rapprochent irrésistiblement des sûretés non translatives de propriété (notamment sans dépossession), comme l'hypothèque... ou le nantissement – que l'on a donc tort de leur opposer systématiquement⁵⁶⁹.

557. La loi n° 2007-211 du 19 février 2007, complétée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, et la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, a ainsi consacré l'existence d'un droit réel principal « planant » à travers le droit réel de propriété concurrent dont elle investit le constituant et auquel le droit réel de propriété du fiduciaire permet de faire une place en raison de son caractère non-exclusif. Tous ces textes ont consommé le divorce entre le droit français de la fiducie et une conception « exclusive » de la propriété fiduciaire inspirée de la *fiducia* romaine... pour rapprocher la fiducie d'un démembrement de la propriété inspiré du *trust* anglo-saxon⁵⁷⁰.

D – Les initiatives du législateur allant dans le sens de la consécration expresse d'une propriété fiduciaire distincte de la propriété pleine et entière.

558. Fiducie et « sukuk ». – En matière de fiducie-gestion, la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers a failli inscrire dans

⁵⁶⁹ En ce sens aussi : M. Grimaldi & R. Dammann (« La fiducie sur ordonnances », D. 2009, p. 670) : « s'agissant de l'hypothèque, nul n'a jamais douté qu'un même immeuble pût faire l'objet de plusieurs hypothèques, car il n'y a rien d'insolite à ce qu'un propriétaire constitue sur sa chose plusieurs droits réels que la loi ordonne [...] En revanche, s'agissant de la fiducie-sûreté, on pouvait éprouver quelque peine à admettre qu'un même bien pût faire l'objet de plusieurs fiducies-sûretés, pour la bonne raison que celui qui a cédé son droit n'en est plus titulaire et ne peut donc plus le céder une nouvelle fois : d'où, traditionnellement, le grief de gaspillage du crédit que l'on fait aux propriétés-sûretés, pour conclure à la supériorité des sûretés traditionnelles. L'admission de la fiducie-rechargeable rend ce grief sans objet et contourne l'obstacle conceptuel : ce n'est pas la propriété qui est cédée plusieurs fois, c'est la propriété cédée qui est affectée à la garantie de nouvelles créances. Mais, du même coup, il se confirme, d'une part, que la propriété fiduciaire est bien différente de la propriété ordinaire, et, d'autre part, que les propriétés-sûretés subissent invinciblement l'attraction du régime des sûretés, pour le meilleur (lorsqu'il s'agit de prévenir un gaspillage du crédit, comme ici, ou d'admettre leur transmission avec la créance garantie) ou pour le pire (lorsque la discipline de la faillite s'en empare) ».

⁵⁷⁰ Le professeur Michel Grimaldi (« La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois*, 15 septembre et 30 septembre 1991, n° 17 et 18, p. 897 et p. 961) explique que la fiducie romaine assimilait la propriété fiduciaire à la propriété pleine et entière tandis que la fiducie anglo-saxonne a bâti la propriété fiduciaire sur un dédoublement de la propriété avec, d'un côté, la *legal property* (ou le *legal interest*) reconnue par la *Common Law* au *trustee* (fiduciaire) et, de l'autre, l'*equitable property* (ou l'*equitable interest*) reconnue par l'*Equity* au *beneficiary*, appelé aussi *cestuy que trust* (bénéficiaire). De son côté, le professeur Pierre Crocq voit dans la dissociation des attributs de la propriété qu'opère le *trust* non pas tant l'effet d'un démembrement de la propriété que celui de la distinction entre la *Common Law* et l'*Equity* (*Propriété et garantie, op. cit.*, p. 155).

le marbre de la loi l'existence d'une propriété « fiduciaire » d'une nature différente de celle de la propriété pleine et entière de l'article 544 du code civil.

En effet, dans sa version telle qu'adoptée définitivement par les deux Assemblées, ce texte comportait, en son article 16, une disposition visant à compléter l'article 2011 du code civil par un second alinéa ainsi rédigé : « le fiduciaire exerce la *propriété fiduciaire* des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie. » (italiques ajoutées).

559. Selon les professeurs Pierre Crocq et Laurent Aynès, il s'agissait de « modifier la notion de fiducie afin de permettre son utilisation pour accueillir la finance islamique et émettre des *sukuk* sur le fondement du droit français »⁵⁷¹. Il est vrai que l'article 16 résultait d'un amendement adopté en première lecture au Sénat, à l'initiative de la commission des Finances de la Haute assemblée, dont le rapporteur, le sénateur Philippe Marini, assignait clairement à la disposition en cause l'objectif de permettre l'émission, sur la place financière de Paris, de « *sukuk* » qu'il définissait comme des « obligations islamiques », et plus précisément, comme « des titres représentant pour leur titulaire un titre dont la rémunération et le capital sont indexés sur la performance d'un ou plusieurs actifs détenus par l'émetteur, affectés au paiement de la rémunération et au remboursement des “ *sukuk* », [...] le ou les actifs concernés [pouvant être] des actifs tangibles ou l'usufruit de ces actifs tangibles », et « leur porteur bénéfici[ant] d'un droit indirect sur ce ou ces actifs qu'il peut exercer en cas de défaillance de l'émetteur »⁵⁷².

560. Dans son rapport sur le texte de loi, le sénateur Philippe Marini explique que, pour introduire les *sukuk* en droit français en s'inspirant du choix fait au Royaume-Uni, de les assimiler à des *trusts*, c'est-à-dire à des fiducies-gestions conférant au souscripteur un droit réel sur les actifs sous-jacents qui serait concurrent du droit réel

⁵⁷¹ P. Crocq, L. Aynès, « La fiducie préservée des audaces du législateur », D. 2009, p. 2559.

⁵⁷² Rapport n° 442 (2008-2009) fait au nom de la Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, par le sénateur Philippe Marini, JO Sénat, annexe du procès-verbal de la séance du 27 mai 2009, p. 81. Le sénateur Ph. Marini souligne que la finance islamique, qui « a pour objet de développer des services bancaires et des produits financiers compatibles avec les prescriptions de la loi coranique », c'est-à-dire conformes aux cinq principes de l'islam financier dont le respect est contrôlé par un « conseil de conformité à la Charia » (*ibidem*, p. 78), a connu, depuis sa naissance dans les années 1970, un grand essor qui l'a conduite à s'étendre des pays de tradition musulmane aux États-Unis et à l'Europe, notamment à la faveur de l'augmentation des cours du pétrole et de l'accroissement des liquidités qui en découle pour les pays du Golfe persique. En 2009, selon le sénateur Philippe Marini, « le marché de la finance islamique représenterait environ 700 milliards de dollars » (*ibidem*, p. 78). En Europe, le Royaume-Uni a été « pionnier » en matière d'adoption de mesures juridiques et économiques destinées à accueillir, en la transposant et en l'adaptant à son ordre interne, la finance islamique. Or, comme le soulignent les professeurs Pierre Crocq et Laurent Aynès, le Royaume-Uni a choisi de fonder les *sukuk* dans la technique du *trust*, « car cela permet de donner au souscripteur une *equitable ownership* sur les actifs sous-jacents et ainsi de respecter l'un des principes de la *chari'a* qui veut que les porteurs de *sukuk* aient un droit réel sur ces actifs et qu'ils participent ainsi au risque de l'activité financée » (« La fiducie préservée des audaces du législateur », D. 2009, p. 2559).

de l'émetteur desdits *sukuk*, la fiducie constitue « un instrument approprié mais imparfait »⁵⁷³. En effet, comme le notent les professeurs Pierre Crocq et Laurent Aynès, si « la fiducie est ce qui ressemble le plus au *trust* », « elle présente l'inconvénient de ne conférer aucun droit réel à son bénéficiaire sur les biens figurant dans le patrimoine fiduciaire »⁵⁷⁴.

Il convenait donc, selon le sénateur Philippe Marini, de « renforcer l'attractivité de la place financière de Paris »⁵⁷⁵ et de mettre fin à une forme d'« attentisme », en procédant à une « intervention législative limitée »⁵⁷⁶, et « subordonnée au respect d'un principe de neutralité fiscale, juridique et budgétaire », qui, en toute hypothèse, « ne nécessiterait pas un “ bouleversement ” du droit positif »⁵⁷⁷. Il suffisait, selon le sénateur Ph. Marini, de s'inspirer du droit anglo-saxon pour forger un « nouveau concept de propriété » permettant de reconnaître au bénéficiaire d'une fiducie-gestion « un droit sur les actifs du patrimoine fiduciaire »⁵⁷⁸.

561. C'est en affirmant ne faire qu'« expliciter ce qui est déjà en germe dans l'article 2011 du code civil », que le sénateur Philippe Marini proposait de « préciser que le fiduciaire acquiert la propriété fiduciaire des biens, c'est-à-dire qu'il acquiert non la propriété de l'article 544 du code civil (*usus, fructus, abusus*), mais une propriété

⁵⁷³ Rapport n° 442 (2008-2009) fait au nom de la Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, par le sénateur Philippe Marini, *JO Sénat*, annexe du procès-verbal de la séance du 27 mai 2009, p. 82 : « en effet, un financement par émission de *sukuk* via une fiducie n'est, *a priori*, conforme aux principes de la loi coranique que si le titulaire du *sukuk*, donc le bénéficiaire de la fiducie, dispose d'un droit équivalent en termes économiques à un droit de propriété sur les actifs placés dans le patrimoine fiduciaire. Or la conception française de la fiducie ne reconnaît pas actuellement un tel droit au bénéficiaire de la fiducie, qui n'a d'action en justice possible qu'à l'encontre du fiduciaire sans corrélation avec les actifs placés dans le patrimoine fiduciaire, actifs qui sont au demeurant réputés gérés dans l'intérêt du bénéficiaire. De même, le droit français actuel ne connaît pas la division anglo-saxonne entre la propriété juridique (*legal ownership*) et la propriété bénéficiaire ou économique (*beneficial ownership*) ».

⁵⁷⁴ P. Crocq, L. Aynès, « La fiducie préservée des audaces du législateur », *D.* 2009, p. 2559.

⁵⁷⁵ Rapport n° 442 (2008-2009) fait au nom de la Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, par le sénateur Philippe Marini, *JO Sénat*, annexe du procès-verbal de la séance du 27 mai 2009, p. 79.

Les retombées financières et économiques attendues étaient d'autant plus grandes que, comme le notait le sénateur Philippe Marini, la communauté musulmane établie en France est la première d'Europe, avec près de 5,5 millions de personnes, contre 2,5 millions au Royaume-Uni. Une recommandation de l'Autorité des marchés financiers en date du 2 juillet 2008 sur la cotation des « *sukuk* » sur Euronext Paris ainsi qu'une instruction fiscale du 25 février 2009 sur le régime fiscal applicable aux opérations de « *murabaha* » (opérations d'achat au comptant suivies de reventes à terme) et aux « *sukuk* » (et notamment à la déductibilité de la rémunération versée à leur titre) pouvaient d'ailleurs être perçues comme une invitation faite au législateur à aménager un régime permettant l'émission d'instruments financiers conformes aux principes de la finance islamique.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 80 : selon le sénateur Philippe Marini, notre droit, en son état actuel, permettrait d'ores et déjà la création d'organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM) satisfaisant les critères de la finance islamique, et la plupart des « frottements juridiques et fiscaux » liés à l'introduction, dans notre droit, de produits financiers conformes au Coran et à la Sunna, pourraient être traités par de simples modifications réglementaires voire infra-réglementaires, relevant notamment de la pure pratique administrative.

⁵⁷⁷ Rapport n° 442 (2008-2009) fait au nom de la Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, par le sénateur Philippe Marini, *JO Sénat*, annexe du procès-verbal de la séance du 27 mai 2009, p. 80.

⁵⁷⁸ *Ibidem*, p. 82.

d'un nouveau type, une propriété avec charge »⁵⁷⁹. Reprenant une distinction, proposée pour la fiducie-sûreté, entre « propriété de la valeur » (ou « propriété juridique ») et une « propriété de l'utilité » (ou « propriété économique »)⁵⁸⁰, le sénateur Philippe Marini imaginait que « le fiduciaire dispose[rait] certes des attributs juridiques de la propriété, mais ne [pourrait] exercer ce droit que dans les limites et sous les conditions posées par le contrat de fiducie en faveur du ou des bénéficiaires » et que « le fiduciaire bénéficierait de la propriété juridique des biens alors que le bénéficiaire bénéficierait de la propriété économique des mêmes biens », jusqu'à ce que « selon les stipulations du contrat de fiducie, et en cas de défaillance du fiduciaire, les investisseurs se [voient] transférer la propriété juridique des actifs »⁵⁸¹.

562. Là où le sénateur Philippe Marini ne voyait qu'une « intervention législative limitée » ayant seulement vocation à « expliciter » le sens et la portée du transfert de biens, de droits ou de sûretés dont fait état l'article 2011 du code civil, les professeurs Pierre Crocq et Laurent Aynès ont vu « une véritable révolution du droit des biens ou plutôt une contre-révolution puisqu'elle impliquait un retour au droit des biens antérieur à la Révolution française » qui aurait pu, selon eux, être évitée en trouvant une solution « dans le droit spécial des instruments financiers sans bouleverser le droit commun de la fiducie » ni « modifier la nature juridique d'absolument toutes les fiducies, fiducies-gestions comme fiducies-sûretés », « pour répondre aux seuls besoins particuliers de la finance islamique »⁵⁸².

563. Selon nous, si l'initiative du législateur était critiquable, ce n'était pas, comme le soutiennent les professeurs Pierre Crocq et Laurent Aynès, parce qu'elle aurait conduit à reconnaître l'existence d'une propriété démembrée, conférant des droits réels concurrents aux parties à la fiducie, à côté d'une propriété pleine et entière dont elle serait distincte, mais parce qu'elle aurait conduit à n'octroyer de droits réels concurrents qu'au fiduciaire et au bénéficiaire, alors même que, comme on l'a montré, le démembrement de propriété qu'opère la fiducie, qu'elle ait une finalité de gestion ou de

⁵⁷⁹ *Ibidem*, pp. 82-83.

⁵⁸⁰ Cette distinction a notamment été proposée par le professeur Ch. Goyet, dans sa thèse intitulée *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire* (Bibl. dr. priv., t. 180, LGDJ, 1983, n° 354 et s., pp. 191 et s.), par le professeur Claude Witz (*La fiducie en droit privé français*, Economica, 1980, n° 156, p. 144), ou encore par les professeurs Gabriel Marty, Pierre Raynaud et Philippe Jestaz (*Les sûretés, la publicité foncière*, Sirey, 2^e éd., 1987, p. 334, n° 536 : « le débat se réduit pour l'essentiel à savoir si la propriété, lorsqu'elle remplit une fonction économique de garantie, mérite du même coup la qualification juridique de sûreté, avec toutes les conséquences de droit attachées à cette notion »).

⁵⁸¹ Rapport n° 442 (2008-2009) fait au nom de la Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, par le sénateur Philippe Marini, *JO Sénat*, annexe du procès-verbal de la séance du 27 mai 2009, p. 83.

⁵⁸² P. Crocq, L. Aynès, « La fiducie préservée des audaces du législateur », *D.* 2009, p. 2559.

garantie, confère des droits réels non seulement au fiduciaire, mais surtout au constituant. La rédaction retenue pour le second alinéa qu'il était envisagé d'introduire à l'article 2011 du code civil aurait, si ce n'est ignoré, du moins largement minimisé le droit réel « planant » que conserve le constituant sur le patrimoine fiduciaire.

564. Il serait fallacieux de tirer parti de ce que le Conseil constitutionnel a censuré l'article 16 de la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009, dans sa décision n° 2009-589 DC du 14 octobre 2009⁵⁸³, pour prétendre que l'introduction en droit français d'un nouveau type de propriété aurait été jugé non conforme à des règles et principes de valeur constitutionnelle, et notamment à l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui fait de la propriété « un droit inviolable et sacré », dont « nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité ». Ce n'est pas pour des motifs de fond, que le Conseil constitutionnel a censuré l'article 16 de la loi du 19 octobre 2009 précitée, mais pour des motifs d'ordre procédural. L'amendement dont résultait l'article 16 constituait en effet un « cavalier législatif » qui ne présentait « aucun lien, même indirect » avec les dispositions qui figuraient dans le texte initial de la proposition de loi, avait été adoptée par le Parlement « selon une procédure contraire à la Constitution », et notamment à son article 45.

565. Dans sa décision du 14 octobre 2009, le Conseil constitutionnel ne s'est pas posé la question de savoir si « sauf à violer la Constitution, il ne peut pas y avoir, pour un même bien et au même moment, deux formes de propriété différentes en droit français »⁵⁸⁴. Contrairement à ce que soutiennent d'ailleurs les professeurs Pierre Crocq et Laurent Aynès, la question ne se serait pas posée en ces termes puisque le législateur, à en croire le sénateur Ph. Marini, n'aurait envisagé de n'octroyer au fiduciaire que *certain*s des attributs juridiques de la propriété, les autres revenant au bénéficiaire. En d'autres termes, ce n'est pas la superposition de deux propriétés qu'organisait l'article 16 de la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009, mais bien plutôt un démembrement de propriété d'un type nouveau qui aurait emporté la mise en concurrence de deux droits réels dont la réunion entre les mains d'une des parties à l'opération de fiducie aurait reconstitué une unique propriété pleine et entière. Il est vrai que le rapport du sénateur

⁵⁸³ Cons. constit., 14 octobre 2009, n° 2009-589 DC (D. 2009, Actualité législative p. 2412, obs. A. Lienhard).

⁵⁸⁴ P. Crocq, L. Aynès, « La fiducie préservée des audaces du législateur », D. 2009, p. 2559.

Philippe Marini fait état d'une « propriété juridique » qui aurait été attribuée au fiduciaire tandis qu'une « propriété économique » l'aurait été au bénéficiaire, mais il s'agit là de formules métonymiques qui recouvrent en réalité des droits réels qui, quoique répartis entre le fiduciaire et le bénéficiaire, ne constituent que des attributs d'une unique propriété.

566. Les professeurs Pierre Crocq et Laurent Aynès le reconnaissent d'ailleurs à demi-mot lorsqu'ils concèdent que « le bénéficiaire, lui, pouvait être qualifié de propriétaire puisque, titulaire d'un droit réel sur le bien pendant la durée de la fiducie, il avait vocation, à la fin de la fiducie, comme un nu-propriétaire, à recouvrer la plénitude des prérogatives sur ce bien », « sa propriété étant [simplement] grevée par un droit réel sur la chose d'autrui conféré au fiduciaire »⁵⁸⁵. C'est bien là l'aveu qu'en dépit des ambiguïtés contenues dans le rapport du sénateur Philippe Marini, l'intention du législateur était bien de mettre en concurrence non pas deux propriétés distinctes, mais deux droits réels qui résultaient d'un démembrement et dont l'addition formait une seule et unique propriété. Si, selon nous, cette initiative n'avait en soi, rien de critiquable, en revanche la propension du législateur à mettre sur le même plan fiducie-sûreté et fiducie-gestion pouvait prêter à discussion, car, s'il l'on peut, à la rigueur, concevoir qu'en matière de fiducie-gestion, le bénéficiaire puisse être regardé comme le titulaire du droit de disposer à titre définitif, donc comme celui qui aurait vocation à recouvrer la propriété pleine et entière du bien, donc comme le véritable propriétaire – encore que cette analyse soit tout à fait discutable –, en revanche, en matière de fiducie-sûreté, ainsi qu'on l'a montré, c'est le constituant qui est titulaire du droit de disposer à titre définitif, qui a vocation à recouvrer la propriété pleine et entière du bien affecté en garantie et qui doit donc, jusqu'à la réalisation de la sûreté, être regardé comme le véritable propriétaire. On comprend donc mal les professeurs Pierre Crocq et Laurent Aynès, lorsqu'ils écrivent qu'il aurait été « dangereux » que « le créancier fiduciaire ne soit plus considéré comme un véritable propriétaire »⁵⁸⁶, car dès lors que, dans le cadre d'une fiducie-sûreté, le créancier fiduciaire est également le bénéficiaire, et dès lors que le législateur envisageait de conférer au bénéficiaire la qualité de « véritable propriétaire » du bien, en lui reconnaissant la vocation à en recouvrer la

⁵⁸⁵ *Idem*.

⁵⁸⁶ *Ibidem* : « dans le cas d'une fiducie-sûreté sans dépossession, quelle différence aurait-on pu faire entre un créancier fiduciaire, qui n'est pas pleinement propriétaire du bien donné en garantie et qui ne le deviendra qu'au jour de la défaillance du débiteur, et un créancier gagiste ou hypothécaire, qui a un droit réel sur le bien grevé et qui peut en devenir propriétaire en cas de défaillance du débiteur par l'effet d'une attribution judiciaire ou d'un pacte commissaire ? ».

propriété pleine et entière, leur conception de la fiducie-sûreté, qui attribue au créancier un droit de propriété plein et entier, était, d'une certaine façon, « sauvée ».

567. Il nous paraît bien plus dangereux que le législateur ait envisagé de situer le démembrement de propriété qu'opère la fiducie entre le fiduciaire et le bénéficiaire, à l'exclusion du constituant, alors que, selon nous, la fiducie opère bien un démembrement de propriété, mais circonscrit ce démembrement aux rapports entre constituant et fiduciaire.

S'il est possible de débattre des titulaires des droits réels résultant du démembrement, il est en revanche indéniable qu'en matière de fiducie, le législateur s'oriente vers la consécration d'un démembrement de propriété d'un type nouveau et constitutif d'une « propriété fiduciaire ».

E – Une fiducie-sûreté nommée conciliant « propriété » fiduciaire du créancier et propriété « flottante » du constituant.

568. Une propriété amputée non pas du droit d'user... . – Certains auteurs ont analysé la propriété flottante du constituant en creux, comme résultant des imperfections de la propriété du créancier, qui seraient liées notamment au fait que la propriété de ce dernier sur les sommes d'argent affectées en garantie et confondues serait dépourvue d'*usus*⁵⁸⁷.

569. ... mais du droit de disposer. – Toutefois, ce n'est pas sur le terrain de l'*usus* que se place le professeur Rémy Libchaber pour déduire lui aussi de la singularité de la propriété du créancier l'existence d'une propriété flottante du constituant. Si la propriété du créancier est singulière – et non pleine et entière au sens de l'article 544 du code civil – c'est, selon le professeur Rémy Libchaber, non pas parce qu'elle serait amputée de l'*usus*, mais bien plutôt parce qu'elle serait dépourvue de l'*abusus*.

570. La propriété du créancier est grevée d'une obligation de conservation de la valeur qui est le corollaire de l'obligation de restitution et qui ampute cette propriété de l'*abusus* dont est assortie la propriété pleine et entière de l'article 544 du code civil.

⁵⁸⁷ J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 797 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, Précis Dalloz, 6^e éd., 2012, n° 652, p. 582 ; D. Doise, « Nantissement de monnaie, de comptes et de valeurs mobilières », in *Le gage commercial, RJ com.* 1994, pp. 30 et s., n° 11.

Même si le créancier peut aliéner les choses fongibles gagées, c'est toujours avec l'obligation de les remplacer pour conserver la valeur initiale du gage⁵⁸⁸. Autrement dit, si la propriété fiduciaire peut retrouver un « *abusus* » temporaire, ce dernier ne sera jamais définitif comme dans la propriété pleine et entière : le créancier ne peut, sous peine de poursuites, anéantir définitivement la valeur des choses gagées en procédant à leur destruction comme le lui permettrait la propriété pleine et entière de l'article 544 du code civil. Cet *abusus* temporaire n'est qu'une fiction d'*abusus* qui ne remet pas en cause le fait que la propriété fiduciaire soit amputée de l'*abusus* (entendu comme pouvoir de détruire définitivement et irrémédiablement la valeur de la chose). Cette propriété présente un certain nombre d'attributs qui en font un droit réel *sui generis* à mi-chemin entre le droit réel accessoire de préférence et le droit réel principal de propriété. Ce droit réel « spécial »⁵⁸⁹, l'auteur lui donne le nom de « propriété fiduciaire », indiquant par là que la propriété fiduciaire n'est pas la « *plena in re potestas* » de l'article 544 du code civil – contrairement à ce que soutiennent les auteurs favorables à l'analyse de l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier comme étant une « fiducie-sûreté » translatrice d'une propriété pleine et entière.

571. Droit de rétention du créancier fiduciaire. – Cette propriété « fiduciaire » confère au créancier un droit de retenir la chose, mais pas un droit de retenir le droit sur la chose. La propriété « fiduciaire » est en effet assortie d'un droit de rétention⁵⁹⁰. La propriété pleine et entière n'a pas besoin d'un droit de rétention car le propriétaire au sens de l'article 544 du code civil a sur la chose un titre qui rend impossible toute action en revendication émanant d'un autre que lui. Or si l'on admet que le créancier gagiste peut opposer au constituant un droit de rétention, cela suppose qu'il a le droit de retenir la chose pour faire échec à une action en revendication émanant d'un autre que lui : il ne peut donc ignorer qu'un autre a sur la chose un titre de propriété. Et si l'on admet que le constituant peut agir en revendication des choses fongibles gagées et confondues dans le

⁵⁸⁸ Voir notamment le rapport du conseiller Barbier sous Cass. crim. 14 mai 1875 (DP. 1876, I, p. 45) cité *supra* : « s'agissant de choses fongibles, il en résulte que celui qui les a reçues en nantissement n'a point à les conserver et à les rendre en nature, comme un véritable dépositaire, mais qu'il doit toujours conserver et être prêt à en rendre la valeur, sous peine d'abus de confiance. Il aura pu, comme dit le pourvoi, faire emploi de la somme, mais il n'aura pu la dissiper, l'anéantir, en l'appliquant à ses besoins, sans aucunes ressources pour les remplacer ».

⁵⁸⁹ R. Libchaber, « Gage sur sommes d'argent », *Rev. Lamy dr. civ.*, octobre 2002, étude 269.

⁵⁹⁰ R. Libchaber, « Gage sur sommes d'argent », *Rev. Lamy dr. civ.*, octobre 2002, étude 269 : « aussi sûrement il [le créancier gagiste] serait obligé de transférer les deniers en cas de paiement, aussi sûrement il peut refuser de le faire dans le cas où il ne s'estime pas payé, en vertu d'un droit qui est l'exacte contrepartie du droit de rétention ». En ce sens aussi : S. Alamowitch, « Le gage-espèces », *LPA*, 26 août 1994, n° 102.

patrimoine du créancier gagiste, cela suppose que c'est lui – le constituant – qui en a conservé la propriété pleine et entière. Autrement dit, la propriété pleine et entière rend inutile le droit de rétention pour le constituant. Le droit de rétention n'a de sens que lorsque l'on prétend retenir une chose sur laquelle on n'a pas de titre de propriété : il permet alors au créancier fiduciaire de retenir la chose nonobstant le titre que le constituant a sur elle et en vertu duquel ce dernier agit en revendication. Dire cela, c'est donc suggérer que, sous cet angle au moins, la propriété fiduciaire est davantage un droit réel accessoire qu'un droit réel principal⁵⁹¹, et qu'elle ne peut donc s'identifier à la propriété pleine et entière de l'article 544 du code civil.

572. Réalisation de la fiducie-sûreté par la reconstitution d'une propriété démembrée. – La propriété « fiduciaire » disparaît par « interversion de titre »⁵⁹². Si la propriété fiduciaire devient perpétuelle lors de la défaillance du débiteur, sans que le créancier n'ait à « faire ordonner en justice la vente du bien gagé » (article 2346 du code civil), ni à solliciter l'attribution judiciaire en propriété du bien gagé (article 2347 du code civil), ni à solliciter l'attribution conventionnelle en propriété du bien gagé par un pacte comissoire (article 2348 du code civil), c'est moins parce que la même propriété change de durée (de temporaire, elle deviendrait définitive) que parce que la propriété change de nature (de fiduciaire, elle devient pleine et entière)⁵⁹³. De même que le détenteur précaire voit ses droits sur la chose changer de nature lorsqu'il devient possesseur par interversion de titre, de même le créancier gagiste voit ses droits sur la chose changer de nature (et non simplement de durée) lorsque sa propriété fiduciaire se commue en propriété pleine et entière.

573. La propriété fiduciaire du créancier n'est pas la propriété pleine et entière de l'article 544 du code civil : elle ne se commue en propriété pleine et entière qu'en cas de défaillance du débiteur. La propriété fiduciaire serait donc un droit réel « bâtard », allant

⁵⁹¹ R. Libchaber, « Gage sur sommes d'argent », *Rev. Lamy dr. civ.*, octobre 2002, étude 269 : l'auteur refuse néanmoins toute assimilation générale du droit réel fiduciaire au droit réel accessoire : « le droit réel fiduciaire qui se substitue au droit réel accessoire du gage est plus puissant dans ses effets ».

⁵⁹² *Ibidem* : lorsque le professeur Rémy Libchaber parle d'« interversion de titre », c'est au sens large, et non au sens strict de l'article 2268 du code civil (ancien article 2238 du même code). Il s'agit d'évoquer, par analogie, le changement de statut (de « titre ») du créancier gagiste qui, de titulaire d'une propriété fiduciaire, devient titulaire d'une propriété pleine et entière, et qui, de propriétaire temporaire, devient propriétaire définitif ; et qui, de titulaire d'un droit réel accessoire, devient titulaire d'un droit réel principal. Il ne s'agit nullement de la contradiction (matérielle ou juridique) qui est opposée par le détenteur précaire au droit du propriétaire et qui permet à ce détenteur précaire de devenir possesseur et de faire courir le délai de prescription acquisitive attaché à la possession.

⁵⁹³ *Contra* : Ch. Larroumet (note sous Cass. com. 17 mai 1994, D. 1995, jur. p. 124) – pour qui la propriété fiduciaire du créancier gagiste, propriété pleine et entière, devient simplement définitive par extinction de l'obligation de restitution lorsque le débiteur est défaillant – ce qui rend inutile toute attribution judiciaire mais aussi conventionnelle des choses fongibles gagées et confondues dans le patrimoine du créancier.

« au-delà du droit réel accessoire classique en matière de gage », puisqu'« il ne s'analyse pas seulement en un droit sur la valeur de la chose, mais aussi en un droit à sa propriété pleine et entière », mais néanmoins « soumis aux mêmes contraintes qu'en matière de gage, puisque seul le défaut de paiement pourra en déclencher les effets »⁵⁹⁴.

L'intérêt qu'il y a à distinguer la propriété fiduciaire de la propriété pleine et entière tient à ce que, si la propriété fiduciaire du créancier n'est pas la propriété pleine et entière de l'article 544 du code civil, cela suppose que cette dernière est nécessairement restée entre les mains d'un autre que le créancier : le constituant (qui, le plus souvent, est aussi le débiteur)⁵⁹⁵. Dès lors qu'on postule que la propriété fiduciaire du créancier ou du dépositaire n'est pas la « *plena in re potestas* » de l'article 544 du code civil, on fait place à la possibilité d'une propriété pleine et entière flottante qu'aurait conservée le constituant ou le déposant. La redéfinition de la notion de propriété fiduciaire conduit donc à l'affirmation de sa compatibilité et de sa cohabitation avec une propriété flottante.

574. Comme l'avaient pressenti certains auteurs il y a plus de vingt ans⁵⁹⁶, la propriété fiduciaire est un nouveau démembrement de propriété, *sui generis*. C'est du reste comme un démembrement du droit de propriété que des droits étrangers ont toujours conçu la fiducie, qu'elle ait une finalité de gestion ou de garantie. Le professeur Pierre Crocq rapporte ainsi que les Québécois ont préféré faire de la propriété fiduciaire un droit réel *sui generis* plutôt que de dénaturer le droit de propriété⁵⁹⁷.

⁵⁹⁴ R. Libchaber, « Gage sur sommes d'argent », *Rev. Lamy dr. civ.*, octobre 2002, étude 269.

⁵⁹⁵ *Ibidem* : « une telle analyse en termes de droit réel suppose que la pleine propriété, celle de l'article 544 du code civil, soit demeurée dans le patrimoine du débiteur [...] Cette propriété flottante, qui est bien celle du débiteur constituant du gage, est donc grevée d'un droit réel spécifiquement affecté : la propriété fiduciaire du créancier ».

⁵⁹⁶ M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois*, 15 septembre et 30 septembre 1991, n° 17 et 18, p. 897 et p. 961. *Adde* : F. Peltier, « La fiducie – perspectives pour les banques », *Banque et droit*, n° 12, juillet-août 1990, p. 167 : « le droit patrimonial dont dispose le fiduciaire, outre son caractère temporaire, n'est pas un droit de propriété classique. En effet, même si les biens transférés au fiduciaire ne font plus partie du patrimoine du constituant et intègrent celui du premier dans lequel ils forment une masse séparée, il s'agit d'une sorte de démembrement de ce droit dans la mesure où, dans la plupart des cas, le fiduciaire est limité dans son action par une série d'obligations, voire d'interdictions, parmi lesquelles figure généralement celle d'aliéner le patrimoine objet du contrat ».

Au sujet d'une autre forme de propriété-garantie qu'est le crédit-bail, le professeur Charles Goyet écrivait dans sa thèse de doctorat, publiée en 1983, que « la nécessité de restaurer les droits du créancier contient une dynamique qui brise ce qui l'entrave... Le besoin d'une garantie nouvelle exerce ainsi sur les institutions traditionnelles une pesée qui les déforme. Sa satisfaction complète dans le respect de la cohérence de l'ordre juridique devrait conduire à organiser un droit de la propriété envisagée dans sa fonction de garantie. Dès lors, ce travail vient à son heure. Fondé sur la certitude qu'une relation aux biens simple et générale est contenue dans les institutions complexes ou particulières étudiées, il propose de manifester ce qui est latent sous la forme d'une propriété double ou divisée » (*Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Bibl. de dr. priv., t. 180, LGDJ, 1983, n° 424, p. 233).

Enfin, au sujet d'une autre forme de propriété-garantie qu'est la réserve de propriété, le professeur Philippe Théry s'interrogeait dès 1988 sur l'existence d'un démembrement de propriété : « plus que de la théorie des obligations, la question ne relève-t-elle pas du droit des biens ? La vente avec réserve de propriété n'opère-t-elle pas entre acquéreur et vendeur un véritable démembrement de la propriété ? Car, après tout, il est bien difficile de réduire le droit de l'acquéreur à une détention précaire... Le contrat de vente lui a transmis certaines des prérogatives de la propriété relativement à l'usage de la chose. Le vendeur n'aurait plus la pleine propriété, mais seulement la possibilité de " recouvrer la plénitude de son droit en cas de défaillance du débiteur " » (*Sûretés et publicité foncière*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1988, n° 330, p. 353 et n° 334, p. 358).

⁵⁹⁷ P. Crocq, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 62. L'article 1261 du code civil québécois prévoit que « le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel », même si, aux termes de l'article 1278 du même code, « le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire [...] et... exerce tous les droits afférents au patrimoine et peut prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation. Il agit à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration ».

§ 6. Réfutation de la thèse selon laquelle la propriété fiduciaire n'est pas constitutive d'un démembrement de propriété.

575. Thèse assimilant la propriété fiduciaire à la propriété pleine et entière. –

Ce raisonnement heurte de front la démonstration faite par le professeur Pierre Crocq dans sa thèse intitulée *Propriété et garantie*⁵⁹⁸. L'auteur y démontre que la propriété, lorsqu'elle a une fonction de garantie, ne cesse pas d'être pleine et entière et que le droit réel du vendeur avec réserve de propriété ou du fiduciaire n'est rien d'autre que le droit de propriété tel que défini par l'article 544 du code civil⁵⁹⁹. La réserve de propriété comme la cession de la propriété à titre de garantie n'entraîneraient aucun démembrement du droit de propriété. Et dans le cas particulier où l'affectation en garantie des sommes d'argent serait assimilée à une fiducie-sûreté, le créancier fiduciaire aurait sur les sommes affectées en garantie un droit de propriété plein et entier tandis que le constituant n'aurait qu'un droit personnel de créance de restitution des sommes remises.

576. La fiducie au sens où l'entend le professeur Pierre Crocq est celle du droit romain, à savoir la *fiducia cum creditore* en vertu de laquelle un débiteur transférait à son créancier la propriété d'un bien corporel en garantie du paiement d'une dette, à charge pour ce créancier d'en retransférer la propriété au débiteur. L'auteur fait remarquer que, pendant longtemps, la seule échéance de la dette garantie ne suffisait pas à éteindre l'obligation de restitution du créancier : c'est la *lex commissaria* qui a permis au créancier qui n'était pas payé à l'échéance de devenir définitivement propriétaire du bien remis en garantie en l'affranchissant de l'obligation de restitution dès l'échéance

⁵⁹⁸ P. Crocq, *Propriété et garantie*, *op. cit.*.

⁵⁹⁹ *Ibidem*, p. 7 : « la fonction nouvelle assumée par le droit de propriété n'a pas eu d'influence sur celui-ci, en l'état actuel du droit positif [...] le fiduciaire se voit transférer une propriété pleine et entière et le bénéficiaire n'est titulaire que d'un droit personnel au retransfert du bien ». Adde, p. 476 : « il vaut mieux conserver une propriété-garantie non démembrée [...] et se contenter de la régler de manière à éviter les excès et les complications qu'a connus le droit allemand ». Dans le même sens : Cl. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1980, préf. D. Schmidt.

Le professeur Claude Witz définit la fiducie comme « l'acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire, rendu titulaire d'un droit patrimonial, voit l'exercice de son droit limité par une série d'obligations, parmi lesquelles figure généralement celle de transférer le droit au bout d'une certaine période soit au fiduciaire soit à un tiers bénéficiaire » (*op. cit.*, p. 15) et il ajoute que « si, économiquement, le fiduciaire ne peut jouir du bien comme pourrait le faire un propriétaire, juridiquement, les attributs du droit de propriété ne sont nullement scindés entre deux titulaires : les prérogatives attachées au droit de propriété reposent sur la seule tête du fiduciaire, le fiduciaire ou le tiers bénéficiaire ne bénéficiant que de droits personnels à l'encontre du fiduciaire » (*ibidem*). ».

Dans le même sens : J. Ghestin, « Propos d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », D. 1981, chron. p. 10 (« ce n'est pas parce que la propriété peut jouer le rôle d'une sûreté, en tant que garantie du paiement d'une créance, que le mécanisme permettant cette fonction transforme cette propriété en une sûreté réelle, au sens propre du terme »).

Dans le même sens : D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, *op. cit.*, p. 130 : « la propriété peut très bien être détournée de sa finalité première et être utilisée exclusivement à des fins de garantie. Pour autant, il n'y aurait nullement création d'un droit réel non prévu par la loi. En effet, aucun démembrement *sui generis* du droit de propriété ne serait opéré ».

Dans le même sens aussi : S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, p. 233.

survenue⁶⁰⁰. Mais assimiler la fiducie-sûreté à la *fiducia cum creditore* du droit romain et le droit du créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté au droit du fiduciaire romain est d'autant moins pertinent pour l'affectation en garantie des sommes d'argent, dont on a montré qu'elles étaient des biens incorporels, que, de l'aveu même du professeur Pierre Crocq, la *fiducia cum creditore* « ne pouvait porter que sur des biens corporels en raison de l'incessibilité des créances en droit romain »⁶⁰¹.

577. Compatibilité des caractères finalisé et temporaire de la propriété fiduciaire avec le caractère absolu et perpétuel de la propriété pleine et entière. –

Partant ainsi d'une définition « romaine » de la fiducie, le professeur Pierre Crocq démontre que les limitations du droit réel du fiduciaire sont compatibles avec les caractères absolu et perpétuel du droit de propriété. Les atteintes au caractère absolu du droit de propriété dans ses utilisations à des fins de garantie s'inscriraient, selon lui, « dans la logique de l'évolution du droit de propriété qui est ainsi marquée par une distorsion entre la valeur symbolique du droit de propriété [qui survivrait] et la réalité effective des prérogatives du propriétaire » qui, elles, se réduiraient comme une peau de chagrin⁶⁰². Quant au caractère temporaire de la propriété du fiduciaire (qui, dans le cadre d'une fiducie-sûreté, est le créancier), le professeur Pierre Crocq soutient qu'elle serait conciliable avec le caractère perpétuel du droit de propriété dans la mesure où le droit de propriété doit s'entendre d'un droit à la plénitude des pouvoirs sur un bien dans le long terme, nonobstant d'éventuelles limitations ou pertes de pouvoirs ponctuelles. Autrement dit, le caractère temporaire du droit réel du créancier fiduciaire sur le bien affecté en garantie ne remettrait pas en cause le caractère perpétuel du droit de propriété, dès lors que le créancier fiduciaire aurait un droit à recouvrer définitivement la propriété du bien affecté en garantie lors de la défaillance du débiteur – qui est donc présumée acquise.

578. Critique. – Une telle interprétation suppose que l'évolution « normale » de la fiducie-sûreté à l'aune de laquelle est définie la nature du droit réel du fiduciaire sur le bien affecté en garantie est la défaillance du débiteur, alors que la défaillance du débiteur constitue l'évolution « pathologique » d'une sûreté. On ne saurait définir le

⁶⁰⁰ P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., p. 3, note 6 : la *lex commissaria* « est une clause de déchéance d'après laquelle le débiteur se trouve privé de la faculté de payer ce qu'il doit s'il ne l'a pas fait dans un certain délai fixé par la convention [...] De droit commun, aucun terme n'était fixé dans le *pactum fiduciae* pour le paiement de la dette : lors donc que le débiteur venait à s'acquitter (même bien postérieurement à l'échéance), le créancier fiduciaire devait lui retransférer la propriété de la *res fiduciaria*. »

⁶⁰¹ *Ibidem*, p. 3.

⁶⁰² *Ibidem*, p. 76.

droit réel du fiduciaire lors de la constitution de la sûreté comme un droit à recouvrer définitivement la propriété du bien affecté en garantie en considérant par avance comme un fait acquis la défaillance du débiteur au stade de la réalisation de la sûreté, dans le seul but de créer une apparence de perpétuité et de sauver ainsi la qualification de droit de propriété pour un droit réel qui n'est pas perpétuel.

579. L'argument du professeur Pierre Crocq est d'autant plus discutable qu'il peut être retourné : si, comme le soutient cet auteur, la jurisprudence a établi que « lorsque les attributs de la propriété sont démembrés et exercés par deux sujets de droit différents, le propriétaire est toujours celui des deux qui a vocation à recouvrer *in fine*, c'est-à-dire lorsque le démembrement cesse, une plénitude de prérogatives sur le bien »⁶⁰³, on peut très bien considérer que c'est le constituant qui a un droit à recouvrer définitivement la propriété du bien affecté en garantie lors de l'extinction de la dette garantie. En effet si, comme l'écrit le professeur Pierre Crocq, « le créancier a une vocation à recouvrer la plénitude de ses prérogatives en cas de défaut de paiement par le débiteur », et s'« il peut donc bien être considéré comme un propriétaire »⁶⁰⁴, on peut en dire autant du constituant, qui a vocation à recouvrer la plénitude de ses prérogatives en cas de paiement de la dette garantie par le débiteur et qui peut donc fort bien rester propriétaire du bien affecté en garantie.

580. Cette interprétation mérite d'autant plus d'être privilégiée qu'elle définit les droits réels du constituant et du fiduciaire en prenant comme hypothèse l'évolution « normale » de la sûreté, celle qui correspond au cas où le débiteur n'est pas défaillant et où la dette garantie est éteinte. Dans cette hypothèse, c'est en effet le constituant qui a vocation à recouvrer définitivement la propriété du bien affecté en garantie et qui doit donc être regardé comme le titulaire du droit de propriété si, comme le professeur Pierre Crocq, on définit le caractère perpétuel du droit de propriété comme « la possibilité de recouvrer la plénitude des pouvoirs » sur un bien⁶⁰⁵. Autrement dit, le droit réel du constituant s'accommode tout aussi bien – voire même mieux – des atteintes au caractère perpétuel du droit de propriété inhérentes au mécanisme fiduciaire, que le droit

⁶⁰³ P. Crocq, L. Aynès, « La fiducie préservée des audaces du législateur », D. 2009, p. 2559, citant un arrêt rendu par la Cour de cassation, statuant en sa troisième chambre civile, le 8 janvier 2009 et ayant rappelé que, dans le cadre d'un usufruit, seul le nu-propriétaire est le véritable propriétaire, dans la mesure où il est appelé, lors de l'extinction de l'usufruit, à recouvrer la plénitude des prérogatives sur le bien dont il est partiellement dépossédé en cours d'usufruit (Cass. 3^e civ. 8 janvier 2009, pourvoi n° 08-12.649, D. 2009, pan. 2309, obs. B. Mallet-Bricout ; *JCP G* 2009 I, p. 127, n° 10, obs. H. Périnet-Marquet ; *RTD civ.* 2009, p. 346, obs. Th. Revet ; *Droit et patrimoine* 2009, p. 88, obs. J. – B. Seube).

⁶⁰⁴ P. Crocq, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 81.

⁶⁰⁵ *Ibidem*, p. 80 : « le droit de propriété peut parfaitement se voir amputé de ses prérogatives traditionnelles. Il demeure pour autant un droit de propriété dans la mesure où la possibilité de recouvrer la plénitude des pouvoirs demeure alors qu'elle n'existe pas pour les droits réels sur la chose d'autrui. »

réel du fiduciaire ne s'en accommode. Ainsi, s'il y a d'y avoir dans la fiducie-sûreté un « propriétaire » au sens de l'article 544 du code civil, ce dernier est à chercher plutôt du côté du constituant que de celui du créancier fiduciaire. C'est la raison pour laquelle il ne nous semble pas choquant, mais bien au contraire pertinent, de reconnaître au constituant un droit réel et de voir dans la propriété fiduciaire un démembrement de propriété⁶⁰⁶.

581. Restriction des droits du créancier fiduciaire par une obligation de restitution résultant d'une obligation personnelle à l'égard du constituant ou d'un droit réel du constituant sur la chose grevée ? – Le professeur Pierre Crocq reconnaît que face aux restrictions au droit de disposer du fiduciaire, « la question peut se poser de savoir s'il s'agit d'une obligation personnelle ou d'une obligation réelle »⁶⁰⁷ qui entame son droit réel. Si le professeur Pierre Crocq choisit de voir dans le droit du constituant de la fiducie une obligation personnelle limitant l'exercice du droit de propriété plein et entier du fiduciaire sans le démembrement⁶⁰⁸, on peut tout aussi bien y voir un droit réel principal qui, résultant du démembrement du droit de propriété, grève le droit réel du fiduciaire d'une charge réelle, et donc l'entame⁶⁰⁹. Le professeur Pierre Crocq le concède, du reste :

« Il est parfaitement possible d'envisager la réalisation de l'affectation et du caractère accessoire par la reconnaissance, au profit du débiteur, d'un droit réel au transfert de la propriété en cas de paiement, et, à la charge du créancier, d'une obligation réelle de ne pas aliéner le bien. Dans ce cas, le droit de propriété du créancier se trouve démembré à proportion du droit reconnu au profit du débiteur. »⁶¹⁰

⁶⁰⁶ Le professeur Pierre Crocq reconnaît lui-même que le créancier et le débiteur « peuvent, *a priori*, être qualifiés de propriétaire du bien puisque l'un et l'autre ont une vocation à recouvrer la plénitude des prérogatives sur le bien, l'un en cas de paiement, l'autre en cas de défaut de paiement [...] Dans ce cas, aucun des deux protagonistes n'ayant, en principe, le pouvoir de disposer du bien, et le débiteur ayant, en principe, la jouissance du bien loué, ce sont les prérogatives de ce dernier qui apparaissent les plus importantes. Le débiteur doit alors être considéré comme propriétaire et le créancier comme bénéficiaire d'un nouveau droit réel sur la chose d'autrui (le choix du débiteur est d'autant plus justifié que c'est lui qui doit devenir propriétaire en cas d'issue normale de l'opération ; le créancier ne demeurera propriétaire qu'en cas de non-remboursement, c'est-à-dire dans les hypothèses pathologiques). » (*ibidem*, p. 204).

⁶⁰⁷ *Ibidem*, p. 78, note n° 1.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, p. 77 : « la limitation peut aussi résulter d'une acceptation par le propriétaire d'une obligation personnelle de ne pas jouir ou de ne pas disposer du bien qui ne porte pas atteinte au droit de propriété ». *Adde*, p. 81 : « lorsque le propriétaire du bien, objet de la propriété-garantie, se contente de se rendre débiteur d'obligations personnelles de ne pas disposer et de transférer la propriété du bien en cas de paiement, il n'y a pas modification du droit de propriété [...] Le pouvoir de jouir ou de disposer suppose que l'on puisse s'engager à ne pas jouir ou à ne pas disposer et cet engagement n'affecte que l'exercice du droit de jouir ou de disposer, il n'en remet pas en cause l'existence. »

⁶⁰⁹ L'obligation réelle du créancier fiduciaire n'est en effet que l'autre face du droit réel du constituant (ou fiduciaire). Selon S. Ginossar (*Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, Paris, 1960, n° 38, p. 100) : « l'obligation réelle n'est pas simplement un aspect accidentel ni même naturel du droit réel : elle est le droit réel, vu du côté passif [...] L'obligation réelle est essentiellement l'autre face du droit réel, celui-ci étant nécessairement corrélatif et constitutif de celle-là, et réciproquement. »

⁶¹⁰ P. Crocq, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 78.

582. Le premier argument que mobilise le professeur Pierre Crocq pour qualifier le droit du constituant de la fiducie de droit personnel mettant corrélativement à la charge du fiduciaire des obligations personnelles restreignant l'exercice de son droit de propriété non démembré, est tiré du droit comparé. L'auteur note qu'en Belgique, au Luxembourg, au Japon et en Suisse, les doctrines et jurisprudences vont en ce sens⁶¹¹. Mais là encore, l'argument peut être retourné, puisque l'auteur concède lui-même que « la conception est légèrement différente en droit allemand où le bénéficiaire de la fiducie est considéré comme ayant non un véritable droit réel mais un droit « quasi-réel » »⁶¹². Autrement dit, en droit allemand, dans l'hypothèse de la fiducie-gestion, les limitations du droit réel du fiduciaire sont motivées par l'existence d'un droit « quasi-réel » du bénéficiaire. Et il en va de même dans l'hypothèse de la fiducie-sûreté : les mêmes limitations au droit réel du fiduciaire y sont justifiées par l'existence d'obligations réelles qui ne sont que le corollaire du droit « quasi-réel » du constituant (ou fiduciaire). Le caractère « quasi-réel » du droit du constituant se manifeste particulièrement en cas de procédure collective du créancier fiduciaire - tandis que le droit réel principal du créancier fiduciaire, qui, de prime abord, semble proche d'un droit de propriété, se commue en droit réel accessoire de préférence en cas de procédure collective du constituant. En effet, en cas de procédure collective ouverte à l'encontre du créancier fiduciaire, le constituant se voit reconnaître, en droit allemand, des droits d'opposition et de distraction des biens affectés en garantie qui n'ont rien à envier au droit de revendication reconnu en droit français au titulaire d'un droit de propriété. Et en cas de procédure collective ouverte à l'encontre du constituant, le créancier fiduciaire ne se voit pas reconnaître un droit de revendication mais un simple droit de priorité comparable à celui d'un créancier gagiste. C'est bien le signe qu'en droit allemand, comme dans les droits anglo-saxons, la propriété fiduciaire est conçue comme un démembrement de propriété conférant au constituant comme au créancier fiduciaire des droits réels *sui generis*, qualifiés de « quasi-réels »⁶¹³.

⁶¹¹ *Ibidem*, p. 85.

⁶¹² *Ibidem*, p. 85, note n° 6 citant U. Blaurock, avec le concours de Cl. Witz, « Les opérations fiduciaires en droit allemand », in *Les opérations fiduciaires*, colloque de Luxembourg des 20 et 21 octobre 1984, FEDUCI, LGDJ, 1985, pp. 233 et s.

⁶¹³ P. Crocq, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, pp. 151-152 : « en droit allemand, le fiduciaire n'a pas un véritable droit réel qui le protège, mais il a plus qu'un droit personnel, il a un droit personnel teinté de réalité, un droit quasi-réel [...] En principe, en droit allemand, le créancier fiduciaire, est pleinement propriétaire du bien cédé à titre de garantie et le débiteur, fiduciaire, n'a qu'un droit personnel à la restitution en cas de paiement [...] Cependant, cette claire distinction des droits de chacun s'obscurcit lorsque fiduciaire ou fiduciaire font l'objet d'une mesure d'exécution ou d'une procédure collective [...] Au droit de propriété du créancier est substitué un droit de gage occulte et au droit personnel du débiteur est substitué un droit de propriété grevé. Le droit personnel du débiteur fiduciaire se transforme en un droit de propriété lorsque le créancier-fiduciaire fait l'objet de poursuites de la part de ses créanciers. Le ou les biens objets de la garantie sont effet considérés par le droit allemand comme un patrimoine distinct (« *Sondervermögen* ») de celui du créancier-fiduciaire [...] En cas de saisie des biens du créancier fiduciaire,

583. Le professeur Pierre Crocq rétorque, d'une part, que le seul fait qu'un droit personnel soit assorti d'effets réels n'en fait pas un droit réel, comme l'illustre en droit français l'opposabilité du contrat de bail à l'acquéreur du bien loué, et, d'autre part, que le droit réel du créancier fiduciaire allemand confère une préférence absolue qui n'a rien à envier à l'exclusivité du droit réel du propriétaire. Mais là encore, ces arguments peuvent être retournés. L'opposabilité du contrat de bail à l'acquéreur du bien loué reconnu en France à la fois par la loi⁶¹⁴ et par la jurisprudence⁶¹⁵, tend à faire de l'obligation pour l'acquéreur de louer le bien acquis une obligation réelle qui pèse sur lui à raison de la naissance de son droit réel de propriété sur le bien loué, de la même façon que pèse sur l'acquéreur d'un bien immobilier hypothéqué l'obligation réelle de payer la dette du vendeur si l'hypothèque n'a pas été purgée⁶¹⁶. L'exemple choisi par le professeur Pierre Crocq montre bien que c'est plutôt du côté des obligations réelles que du côté des obligations personnelles qu'il faut chercher les justifications des limites apportées au droit réel du fiduciaire. Par ailleurs, la préférence absolue reconnue en droit allemand au créancier fiduciaire lors de la procédure collective du constituant peut être rapprochée aussi bien de l'exclusivité du droit de propriété que de la priorité que confère désormais le régime de réalisation du nantissement de créance au créancier nanti, pourtant titulaire d'un droit réel accessoire de préférence sur le bien nanti, et non d'un droit de propriété.

la jurisprudence [...] reconnaît au débiteur-fiduciant le droit de faire opposition à cette saisie (« *Drittwiderrspruchsklage* »), ce qui est tout à fait comparable à l'action en revendication d'un propriétaire s'opposant à une saisie en droit français. De même, lors d'une procédure collective frappant le créancier-fiduciaire, [la loi] reconnaît au débiteur-fiduciant un droit de distraction des biens objets de la fiducie. La reconnaissance de ce droit de revendication au profit du débiteur est difficilement compatible avec la nature personnelle de son droit. Elle suppose que soit reconnu que le débiteur devient, en cas de saisie ou de procédure collective à l'encontre du créancier, propriétaire du bien, que sa « propriété économique » se transforme en propriété juridique. De même, le droit de propriété du créancier fiduciaire se transforme en droit de gage dans l'hypothèse où une procédure collective est ouverte à l'encontre du débiteur-fiduciant. En cas de liquidation judiciaire ouverte à l'encontre du débiteur, qui est le plus souvent resté en possession du bien (le transfert de propriété s'étant opéré au moyen d'un constitut possessoire) [...] le créancier fiduciaire ne dispose pas, à la différence du vendeur sous réserve de propriété simple, du droit d'agir en revendication (« *Aussonderungsrecht* ») [...] La jurisprudence ne lui reconnaît que la possibilité d'exercer le droit de priorité (« *Absonderungsrecht* ») d'un créancier gagiste. [...] Le droit du créancier apparaît donc comme un droit à contenu variant entre la pleine propriété, à laquelle il ne correspond pas totalement, et le droit de gage (mais il faut noter que ce droit de gage confère une préférence absolue) dont il se rapproche beaucoup. »

⁶¹⁴ Article 1743, alinéa 1^{er}, du code civil : « si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier, le métayer ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine. »

⁶¹⁵ Req. 6 mars 1861, DP. 1861, I, p. 417.

⁶¹⁶ L'article 2461 du code civil reconnaît en effet au créancier hypothécaire un droit de suite sur l'immeuble hypothéqué lorsqu'il dispose que « les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrits sur un immeuble le suivent en quelques mains qu'il passe pour être payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions ». Le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué – par lequel il faut entendre l'ayant-cause à titre particulier du débiteur (acheteur, donataire ou légataire) – a donc l'obligation de payer la dette garantie par l'hypothèque au titre du droit réel qu'il acquiert sur l'immeuble hypothéqué, comme le prévoit l'article 2462 du code civil (« Si le tiers détenteur ne remplit pas les formalités qui seront ci-après établies pour purger sa propriété [c'est-à-dire les formalités de la procédure de purge des hypothèques prévue aux articles 2475 et suivants du même code], il demeure, par l'effet seul des inscriptions, obligé comme détenteur à toutes les dettes hypothécaires, et jouit des termes et délais accordés au débiteur originaire »).

584. *Numerus clausus* des garanties réelles. – Le second – et principal – argument que développe le professeur Pierre Crocq pour justifier les limitations du droit de propriété du fiduciaire par l’existence d’obligations personnelles plutôt que par celle d’obligations réelles, consiste dans le principe de *numerus clausus* des garanties réelles, dont le fondement s’ancre, selon M. Sébastien Praicheux, dans le principe d’égalité des créanciers chirographaires⁶¹⁷. Selon le professeur Pierre Crocq, ce principe interdit la création d’une nouvelle sûreté réelle comportant un démembrement de propriété ou l’octroi au créancier d’un nouveau droit réel de préférence que n’aurait pas explicitement prévu le législateur et qui résulterait de la seule volonté des parties⁶¹⁸.

585. Toutefois, le même auteur fournit dans sa thèse de doctorat deux arguments permettant de surmonter l’obstacle conceptuel du *numerus clausus* des droits réels accessoires. Le premier d’entre eux tient au fait que le principe de *numerus clausus* des droits réels principaux a lui-même été remis en cause, si ce n’est délaissé, par la jurisprudence. En effet, le principe a longtemps été admis qu’il ne pouvait être créé par convention de nouveaux droits réels principaux, et en particulier des démembrements du droit de propriété autres que ceux prévus par le législateur. L’article 543 du code civil, qui dispose qu’« on peut avoir sur les biens ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre », était interprété comme interdisant toute création d’un droit réel ne figurant pas dans la loi⁶¹⁹. Mais, comme le fait remarquer le professeur Pierre Crocq, outre le fait que le caractère limitatif de l’article 543 du code civil n’a rien d’évident à la seule lecture du texte, et le fait que cette disposition n’énumère même pas tous les droits réels prévus par le code civil, la Cour de cassation, statuant en sa chambre des requêtes, a jugé, dans son fameux arrêt « Caquelard » du 13 février 1834, que « ni ces articles [544, 546 et 552 du code civil] ni aucune autre loi n’excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit

⁶¹⁷ S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi, p. 235.

⁶¹⁸ P. Crocq, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, pp. 190, 205 et 474.

⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 197 : « L’énumération des droits réels par l’article 543 du code civil aurait un caractère limitatif ainsi que l’avait affirmé Treilhard lors des travaux préparatoires du Code ». Le caractère limitatif du nombre des droits réels simplifiait leur régime de publicité et facilitait leur prévisibilité. *Adde*, p. 198 : « L’énumération serait limitative en raison de la volonté manifestée par les rédacteurs du code civil, dans son article 686, de tirer un trait sur le système de l’Ancien régime caractérisé par la multiplicité des domaines et des charges ». L’article 686 du code civil, relatif aux servitudes, prévoit en effet qu’« il est permis aux propriétaires d’établir sur leurs propriétés, ou en faveur de leurs propriétés, telles servitudes que bon leur semble, *pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds*, et pourvu que ces services n’aient d’ailleurs rien de contraire à l’ordre public » (italiques ajoutées). Il s’agissait de bannir à jamais toute possibilité d’instituer des servitudes pesant sur les personnes et de renouer ainsi avec le servage.

ordinaire de propriété est susceptible »⁶²⁰. La Haute juridiction a ainsi admis que les parties à une convention peuvent opérer des démembrements du droit de propriété comme bon leur semble⁶²¹. Le professeur Pierre Crocq l'explique par le caractère absolu du droit de propriété, absolutité qui légitime la répartition *ad libitum* des attributs de la propriété et le façonnement de droits réels *sui generis*. Par analogie, on pourrait donc admettre que ce qui vaut pour les droits réels principaux vaut *a fortiori* pour les droits réels accessoires et qu'il n'y a pas plus de *numerus clausus* pour les garanties réelles qu'il n'y en a pour les droits réels⁶²².

586. C'est la raison pour laquelle un certain nombre d'auteurs ont contesté le principe du *numerus clausus* des garanties réelles – et c'est là le second argument pouvant être tiré des travaux du professeur Pierre Crocq. Aux auteurs qui soutiennent, en dépit des solutions admises en jurisprudence, qu'il existe un *numerus clausus* des droits réels principaux et, *a fortiori*, un *numerus clausus* des droits réels accessoires⁶²³, le professeur Christian Mouly a répondu que « les sûretés réelles sont de création contractuelle libre »⁶²⁴.

Le professeur Pierre Crocq, pour sa part, évacue le problème du *numerus clausus* des garanties réelles, dont il reconnaît qu'il existe, en soutenant qu'il ne s'applique pas au mécanisme fiduciaire puisque, dans la perspective qui est la sienne, ce dernier n'est

⁶²⁰ Req. 13 février 1834, DP. 1834, I, p. 118 ; S. 1834, I, p. 205 ; F. Terré et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 1, Dalloz, 12^e éd., 2008, n° 65, pp. 421 et s.

⁶²¹ Avant d'être consacré par la loi en 1902 et désormais codifié aux articles L. 451-1 et suivants du code rural et de la pêche maritime, le droit d'emphytéose a ainsi été créé par la jurisprudence (Cass. civ. 24 août 1857, DP. 1857, I, p. 326 ; 26 janvier 1864, DP. 1864, I, p. 83).

⁶²² La Cour de cassation, statuant en sa troisième chambre civile, a d'ailleurs récemment rendu une décision tendant à nier l'existence d'un *numerus clausus* des garanties réelles, en validant l'utilisation d'une vente à réméré aux fins de garantie d'un contrat de prêt (Cass. 3^e civ. 21 mai 2014, pourvoi n° 12-23.607 ; *Gaz. Pal.* 3 juillet 2014, n° 184, p. 11, note M. Mignot).

⁶²³ Ch. Aubry et Ch. Rau, *Cours de droit civil français*, t. 2, par É. Bartin, 6^e éd., 1935, § 224 bis, p. 620, et § 172, n° 59 ; Ch. Beudant et P. Lerebours-Pigeonnière, *Cours de droit civil français*, t. IV, par P. Voirin, Rousseau, 2^e éd., 1938, n° 70, p. 63 ; H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1 *Obligations : théorie générale*, par F. Chabas, Montchrestien, 8^e éd., 1991, n° 755, pp. 885 et s. ; H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 2 *Les biens*, par F. Chabas, Montchrestien, 7^e éd., 1989, n° 1287, p. 4 ; F. Terré, « L'évolution du droit de propriété depuis le Code civil », in *Droits*, n° 1, « Destins du droit de propriété », PUF 1985, pp. 33-34 ; Cl. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1980, n° 84, p. 76 ; F. Zenati-Castaing, Th. Revet, *Les biens*, PUF, Coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2008, n° 296-297, pp. 458-461, et n° 313-314, pp. 473-479 ; J. Ghestin, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », D. 1981, chron., p. 1 et spéc. n° 36, p. 10 : « admettre que la propriété est une sûreté reviendrait à créer une nouvelle sûreté. Or une telle possibilité paraît douteuse en l'état actuel du droit positif ».

⁶²⁴ Ch. Mouly, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *Études dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, pp. 529 et s., spéc. p. 548 : « dans un système de liberté des conventions, d'autonomie de la volonté [...] comment pourrait-on admettre une règle telle que « pas de sûreté sans texte » ? ». *Adde*, dans le sens de la remise en cause du principe du *numerus clausus* des garanties réelles : Ch. Atias, *Droit civil : les biens*, Litec, 11^e éd., 2011, n° 76, pp. 58-62 ; P. Crocq et L. Aynès, *Les biens, la publicité foncière*, Coll. Droit civil, LGDJ, 7^e éd., 2013, n° 406, pp. 176-177 ; Ph. Jestaz, G. Marty et P. Raynaud, *Les sûretés, la publicité foncière*, Sirey, 2^e éd., 1987, n° 8, p. 8 ; M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952, n° 48, p. 54 ; J. Stoufflet, « L'usage de la propriété à des fins de garantie », in *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984, p. 321 ; A. Weill, F. Terré, et Ph. Simler, *Droit civil, les biens*, Précis Dalloz, 3^e éd., 1985, n° 41, p. 47.

pas constitutif d'un démembrement de propriété, et que, par conséquent, il n'emporte pas création d'un nouveau droit réel et d'une nouvelle sûreté réelle⁶²⁵.

587. Si, dans la perspective qui est la nôtre, le principe du *numerus clausus* des garanties réelles est également un faux problème, c'est pour des raisons distinctes de celles avancées par le professeur Pierre Crocq. En effet, quand bien même on refuserait, comme les professeurs Henri et Léon Mazeaud⁶²⁶, de remettre en cause les principes de *numerus clausus* des garanties réelles voire même des droits réels, en invoquant le fait que seul le législateur peut créer de nouveaux droits réels principaux et accessoires, ces principes ne sont pas un obstacle, de notre point de vue, puisque, précisément, c'est le législateur qui, en 2007 et en 2009, a organisé un démembrement de propriété *sui generis* en introduisant la fiducie dans le code civil et en faisant de la « propriété » fiduciaire une propriété concurrente de la propriété flottante du constituant.

A – La distinction entre « propriété de la valeur » et « propriété de l'utilité » est peu adaptée au cas de l'affectation en garantie de sommes d'argent.

588. Distinction entre propriété « juridique » de la valeur et propriété « économique » de l'utilité. – En essayant de démontrer que l'utilisation de la propriété dans sa fonction de garantie n'a d'influence ni actuelle ni potentielle sur le droit de propriété et qu'elle n'emporte pas son démembrement, le professeur Pierre Crocq entend réfuter la distinction qui a été proposée entre une « propriété de la valeur » (ou « propriété juridique ») et une « propriété de l'utilité » (ou « propriété économique »)⁶²⁷. L'affectation de la propriété d'un bien en garantie d'une dette entraînerait, selon certains auteurs, un démembrement de la propriété, la propriété de la valeur du bien revenant au créancier et la propriété de son utilité revenant au débiteur⁶²⁸. Cette distinction est

⁶²⁵ P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., p. 190.

⁶²⁶ H. L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 2 *Les biens*, par F. Chabas, Montchrestien, 7^e éd., 1989, n° 1287, p. 4 : « puisque deux personnes ne sont plus en présence, mais une personne et une chose, il ne peut appartenir qu'au législateur de définir les pouvoirs que l'homme est en droit d'exercer sur une chose. Il a donc donné une énumération limitative des droits réels. »

⁶²⁷ Cette distinction a notamment été proposée par le professeur Charles Goyet, dans sa thèse intitulée *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire* (Bibl. dr. priv., t. 180, LGDJ, 1983, n° 354 et s., pp. 191 et s.), par le professeur Claude Witz (*La fiducie en droit privé français*, *Economica*, 1980, n° 156, p. 144), ou encore par les professeurs Gabriel Marty, Pierre Raynaud et Philippe Jestaz (*Les sûretés, la publicité foncière*, Sirey, 2^e éd., 1987, p. 334, n° 536 : « le débat se réduit pour l'essentiel à savoir si la propriété, lorsqu'elle remplit une fonction *économique* de garantie, mérite du même coup la qualification *juridique* de sûreté, avec toutes les conséquences de droit attachées à cette notion »).

⁶²⁸ Le professeur Pierre Crocq rapproche cette « propriété de l'utilité » des droits réels médiévaux connus sous les noms de « saisine » ou de « tenure » qui, comme les domaines utile et éminent, s'inscrivaient dans un enchevêtrement de droits réels avec lequel la Révolution française a entendu rompre (*Propriété et garantie*, op. cit., p. 147).

surtout valable pour la réserve de propriété : c'est dans le cadre de ce type de sûretés que le vendeur-créancier conserve la valeur du bien qu'il vend en s'en réservant la propriété jusqu'à complet paiement de la créance du prix de vente par l'acheteur-débiteur et que l'acheteur-débiteur jouit du bien et l'utilise quand bien même il n'en est pas encore propriétaire⁶²⁹.

589. Mais dans le cadre d'une fiducie-sûreté en général, sauf convention de mise à disposition, et dans le cadre d'une fiducie-sûreté sur sommes d'argent en particulier, sauf inscription des sommes d'argent remises en garantie sur un compte spécial susceptible d'être mouvementé par le constituant, c'est, le plus souvent, tout l'inverse qui se produit : le créancier jouit des sommes d'argent affectées en garantie qu'il peut utiliser et dont il peut disposer, à condition de les remplacer par des sommes d'un montant équivalent, et le constituant conserve un droit à restitution de la valeur des sommes remises en garantie, droit à restitution que les uns qualifient de « personnel » en le réduisant à une créance et que d'autres qualifient de « réel » en y voyant le reliquat d'un droit de propriété que l'*abusus* temporaire reconnu au créancier ne suffit pas à anéantir. En d'autres termes, pour les sûretés qui font l'objet de notre étude, la « propriété de la valeur » (ou « propriété juridique ») revient plutôt au constituant (souvent également débiteur) qu'au créancier, et la « propriété de l'utilité » (ou « propriété économique ») plutôt au créancier qu'au constituant (le cas échéant débiteur). Ce n'est d'ailleurs pas un hasard si le professeur Pierre Crocq développe son raisonnement sur la dissociation de la valeur et de l'utilité après avoir « mis à part le cas des dépôts de garantie »⁶³⁰.

⁶²⁹ Article 2367, alinéa 1^{er}, du code civil : « la propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie ».

⁶³⁰ P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., p. 282. Le professeur Pierre Crocq reconnaît lui-même que la distinction entre une « propriété de la valeur » qui reviendrait au créancier et une « propriété de l'utilité » qui reviendrait au constituant est inadaptée au « cas du dépôt de garantie d'une somme d'argent qui, parce qu'il a pour objet un bien fongible et consommable, ne pourrait à la fois conférer une propriété-garantie et permettre une dissociation de la valeur et de l'utilité (celui qui a l'usage d'une chose consommable en ayant nécessairement aussi la propriété) » (*ibidem*, p. 279). Selon le même auteur, la seule sûreté sur la monnaie qui permet de laisser l'usage des sommes affectées en garantie au constituant n'est autre que la garantie autonome (*ibidem*, p. 279, note n° 4). Mais, outre le fait que la garantie autonome est, comme nous l'avons montré plus haut, une sûreté personnelle qui ne peut être qualifiée de sûreté sur la monnaie à proprement parler – sauf à considérer que toute sûreté se réalisant par le versement de sommes d'argent au créancier, y compris le cautionnement, est une sûreté sur la monnaie –, on signalera qu'il est possible de laisser au constituant l'usage de sommes d'argent affectées en garantie, par exemple dans le cadre du nantissement de compte (article 2360 du code civil) et plus généralement lorsque les sommes sont inscrites sur un compte spécial susceptible d'être mouvementé par le constituant.

Par ailleurs, si le professeur Pierre Crocq nie toute pertinence de la distinction entre « propriété de la valeur » et « propriété de l'utilité » pour le cas particulier de l'affectation en garantie des sommes d'argent, il nous semble que cette distinction revêt une pertinence certaine dès lors que l'on accepte d'allotir le constituant (le cas échéant débiteur) de la « propriété de la valeur » et le créancier de la « propriété de l'utilité ».

590. Différence de nature entre propriété cédée à titre de garantie et propriété retenue à titre de garantie ? – Outre le fait que le postulat dont part le professeur Pierre Crocq pour mieux le combattre et le réfuter dans son ouvrage ne correspond pas à la configuration classique des sûretés sur la monnaie, le raisonnement mené par l'éminent auteur prend le parti d'exclure certaines sûretés sur sommes d'argent. En excluant du champ de son étude les cas où la propriété est transférée en garantie non pas au créancier lui-même mais à un tiers, l'auteur exclut nombre de « dépôts de garantie » utilisés en droit boursier⁶³¹. Par ailleurs, lorsqu'il évoque les sûretés sur sommes d'argent entrant dans le champ de son étude, le professeur Pierre Crocq signale d'emblée que le professeur Claude Witz, dans sa thèse intitulée *La fiducie en droit privé français*⁶³², ne mentionne pas ces sûretés que, fidèle à la doctrine dominante, il regarde comme des gages. Le professeur Pierre Crocq lui-même reconnaît que « la remise d'une somme d'argent à titre de garantie est une pratique très fréquente qui est analysée comme un gage par le législateur, par une fraction de la jurisprudence et par une grande partie de la doctrine »⁶³³. Et lorsque le même auteur propose de requalifier une sûreté en « gage de somme d'argent », c'est pour lui assigner non pas le régime de la fiducie-sûreté, avec transfert de propriété voulu par les parties lors de sa constitution et confusion des sommes affectées en garantie dans le patrimoine du créancier, mais bien au contraire le régime du gage, avec préservation du droit de propriété du constituant lors de sa constitution et individualisation des sommes affectées en garantie par inscription sur un compte spécial⁶³⁴.

⁶³¹ P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., p. 13 : l'auteur explique que lorsque la propriété est transférée à titre de garantie à un tiers, « le créancier ne se voit pas conféré un droit de propriété à titre de garantie, mais un droit à l'appropriation de l'objet de la garantie et ce même si l'efficacité de cette garantie est rendue certaine par le fait que le débiteur ait, lui, cessé d'être propriétaire ». Aussi est-ce la raison pour laquelle le professeur Pierre Crocq choisit d'exclure de son étude les « dépôts de garantie effectués auprès d'un autre que le créancier, comme [...] dans le domaine financier, les dépôts de garantie exigés des opérateurs auprès du MATIF ainsi que ceux versés par les sociétés de bourse à leur chambre de compensation, la Société des bourses françaises, en garantie de leurs achats ou ventes de titres (ces divers dépôts de garantie [étant] la suite logique du "cautionnement" exigé depuis longtemps des agents de change). »

⁶³² Cl. Witz, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1980.

⁶³³ P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., p. 257.

⁶³⁴ P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., p. 285, note n° 2 : l'auteur évoque une affaire jugée par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, le 15 octobre 1991 (*RD bancaire et bourse* 1992, p. 56, n° 1, obs. F. - J. Crédot et Y. Gérard ; *JCP G* 1991, IV, p. 438 ; *JCP G* 1992, I, 3583, n° 18, obs. Ph. Delebecque). Dans cette affaire, il avait été constitué un nantissement de bons de caisse en vertu duquel le créancier pouvait encaisser, pour le compte du débiteur, des sommes versées par les débiteurs de ce dernier en remboursement des bons et, le cas échéant, imputer ces sommes sur le montant de la créance garantie. Autrement dit, il s'agissait là d'un nantissement de créances avec faculté pour le créancier d'imputer les sommes versées au titre des créances nanties sur le montant de la créance garantie. Or le créancier avait imputé les sommes versées au titre des créances nanties avant que la créance garantie ne devînt exigible. La Cour de cassation condamna le créancier pour avoir procédé à l'imputation des sommes litigieuses avant l'exigibilité de la créance garantie mais ne remit pas en cause le principe même de réalisation de la sûreté par imputation. Or, sur ce dernier point, le professeur Pierre Crocq soutient qu'« il aurait fallu considérer que le nantissement s'était transformé en un gage de somme d'argent et que la banque n'avait pas à restituer la somme perçue, mais à l'inscrire sur un compte particulier jusqu'à l'échéance de la dette garantie » (italiques ajoutées).

591. Outre les prémisses et le champ de la thèse du professeur Pierre Crocq, ce sont également ses développements et ses conclusions qui ne sont guère pertinents pour le sujet qui nous préoccupe. En effet, le professeur Pierre Crocq met sur le même plan la propriété retenue à titre de garantie et la propriété cédée à titre de garantie, en fondant en grande partie son raisonnement sur la première plutôt que sur la seconde, pour démontrer que la propriété-garantie, qu'elle soit retenue ou cédée, n'est pas constitutive d'un démembrement de la propriété. Or il n'est pas certain que sous l'angle du droit des biens, la propriété retenue à titre de garantie puisse être assimilée à la propriété cédée à titre de garantie et qu'il s'agisse, dans ces deux formes de propriété-garantie, d'une propriété de même nature. On peut très bien imaginer que la propriété cédée à titre de garantie entraîne un démembrement du droit de propriété tandis que la propriété réservée ou retenue à titre de garantie n'en entraîne pas. C'est du reste ce qu'affirment certains auteurs allemands qui, cités par le professeur Pierre Crocq, rapprochent la fiducie-sûreté du gage sans dépossession⁶³⁵.

B – Le droit du créancier sur le bien affecté en garantie a historiquement tendance à évoluer du droit réel principal de propriété au droit réel accessoire de préférence.

592. Évolution inéluctable des propriétés-sûretés en sûretés non translatives de propriété ? – Le professeur Pierre Crocq lui-même montre que les tentatives faites pour renouer avec la rigueur idéale de la fiducie romaine se sont traduites par des assouplissements progressifs du régime des sûretés allant dans le sens d'un démembrement de la propriété entre constituant et créancier et, plus souvent, dans le sens de la reconnaissance au bénéfice du créancier d'un simple droit réel accessoire de préférence sur le bien affecté en garantie. Prenant l'exemple du *mortgage* du droit anglais, l'auteur montre que toute l'histoire du droit des sûretés est animée par ce mouvement de balancier partant de la cession de la propriété à titre de garantie, évoluant ensuite vers l'octroi au créancier d'un simple droit de préférence sur le bien affecté en garantie, revenant vers l'attribution au créancier d'un droit exclusif sur ce bien et s'en

⁶³⁵ R. Serick, *Les sûretés réelles mobilières en droit allemand*, LGDJ, Coll. Droit des affaires, 1990, pp. 141 et s., cité par P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., p. 154, note n° 1 : « ce qui conduit M. Serick à affirmer que l'on ne peut, en droit allemand, avoir une conception unitaire de la propriété réservée et de la fiducie-sûreté [...] Selon cet auteur, il y a dans le premier cas un véritable droit de propriété et dans le second davantage une forme de gage sans dépossession. »

éloignant à nouveau au profit de solutions moins rigoureuses pour le débiteur comme pour ses autres créanciers⁶³⁶.

593. Le professeur Pierre Crocq explique ainsi qu'en droit anglais, le *mortgage* a d'abord été conçu pour renouer avec la *fiducia cum creditore* du droit romain, mais que, pour les besoins du constituant comme de ses créanciers, de fiducie-sûreté sur les immeubles il s'est peu à peu transformé en simple hypothèque⁶³⁷. Au XV^e siècle, le *mortgage* reposait sur le transfert par le débiteur (« *mortgagor* ») au créancier (« *mortgagee* ») de la propriété d'un immeuble en garantie du paiement d'une dette. En cas de paiement de cette dette, la propriété de l'immeuble était retransférée en sens inverse. En cas de défaillance du débiteur à l'échéance de la créance garantie, le créancier devenait définitivement propriétaire de l'immeuble, indépendamment des éventuelles capacités du débiteur à rembourser cette dette ultérieurement. Au XVII^e siècle, le droit personnel du débiteur consistant dans sa créance de restitution de l'immeuble affecté en garantie s'est commué en droit réel sur ledit immeuble, à l'initiative des juridictions de l'*Equity*, qui étaient soucieuses d'atténuer la rigueur de la sûreté pour le débiteur et qui réduisirent donc le droit réel de propriété du créancier à une charge réelle concurrençant le droit réel que le débiteur n'avait, à leurs yeux, jamais perdu⁶³⁸. Ces mêmes juridictions reconnurent également au débiteur défaillant à l'échéance de la créance garantie, le droit de demander au créancier de lui retransférer ses droits réels sur le bien s'il était en mesure de rembourser l'intégralité de sa dette après l'échéance et s'il indemnisait le créancier du retard pris dans le remboursement. Puis, au XX^e siècle, la loi sur la propriété de 1925 (*Law of Property Act*) a fait du débiteur le seul titulaire du droit réel principal de propriété sur l'immeuble affecté en garantie, et du créancier le titulaire d'un droit réel accessoire de préférence sur cet

⁶³⁶ Dans le même sens : L. Aynès, « Les garanties du financement », *Rapport de synthèse au 82^e congrès des notaires de France*, Nice, Defrénois, 1986, art. 33779, pp. 911-912 : « l'histoire du gage le montre : de la fiducie romaine au warrant ou au nantissement des droits sociaux, chacune des étapes nous éloigne progressivement de la source [...] Mais, comme ailleurs, le progrès technique rend fragile l'institution : plus elle prend de distance avec sa matrice, plus elle devient artificielle, plus elle risque de s'évanouir et appelle un retour aux origines. Voyez le gage : plus il se dématérialise, plus il perd de son efficacité et fait le lit de la fiducie, d'où il vient ». *Adde* : B. Oppetit, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, pp. 317 et s.

⁶³⁷ P. Crocq, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 23 : « le *mortgage*, jusqu'au début du XX^e siècle, en droit anglais, peut être considéré comme une aliénation fiduciaire d'un immeuble à titre de garantie [...] Cependant, le *mortgage* a subi une évolution à raison de la jurisprudence des juridictions d'équité qui a finalement entraîné sa transformation, en 1925, en un droit réel sur la chose d'autrui plus proche de notre hypothèque » ; et, p. 159 : « l'évolution historique du *mortgage* [...] est particulièrement intéressante pour nous car elle montre comment, au nom de la protection du débiteur, la propriété-garantie peut être démembrée puis finalement ramenée à une sûreté réelle traditionnelle. »

⁶³⁸ *Thornborough v. Baker*, 1675, discours de Lord Nottingham : « en équité, le droit du créancier (*mortgagee*) porte principalement sur la valeur monétaire, et son droit sur l'immeuble [affecté en garantie] n'est qu'une garantie pour obtenir le paiement des sommes dues » (« *In natural justice and equity, the principal right of the mortgagee is to the money, and his right to the land is only as a security for the money* »), cité par P. Crocq, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 160, citant lui-même *Cheshire and Burn's, Modern law of real property*, Butterworths, 13th ed., London, 1982, p. 618.

immeuble. De fiducie-sûreté transférant au créancier la pleine propriété de l'immeuble affecté en garantie au XV^e siècle, le *mortgage* est ainsi devenu un démembrement de propriété conférant au débiteur et au créancier des droits réels concurrents au XVII^e siècle, pour n'être plus au XX^e siècle qu'une hypothèque préservant le droit de propriété du débiteur et allottissant le créancier d'un simple droit de préférence.

594. De même, en droit français, les créances ont commencé à être affectées en garantie par la voie du nantissement⁶³⁹ avant de l'être surtout par la voie de la cession à titre de garantie plutôt que par celle du nantissement⁶⁴⁰. Puis les aliénations fiduciaires des créances ont été soumises à un droit proportionnel d'enregistrement qui ne frappait pas les nantissements de créances (soumis à un droit fixe) et a donc rendu ces derniers plus attractifs que les premières⁶⁴¹. Une fois ce droit d'enregistrement supprimé par la loi n° 63-254 du 15 mars 1963 portant réforme de l'enregistrement, du timbre et de la fiscalité immobilière, et une fois les insuffisances du nantissement de créances apparues avec la multiplication des procédures collectives⁶⁴², le besoin s'est fait sentir de renouer avec la cession de créances à titre de garantie, ce qui s'est d'abord fait timidement avec l'ordonnance n° 67-838 du 28 septembre 1967 portant réforme du crédit aux entreprises, puis franchement avec la loi n° 81-1 du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises et la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, qui ont notamment organisé la cession à titre de garantie de créances professionnelles. Mais au moment même où la cession de créances à titre de

⁶³⁹ Voir l'arrêt du Parlement de Paris du 9 juillet 1698 cité par Troplong (*Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente*, t. XIX, *Du nantissement, du gage et de l'antichrèse, commentaire du titre XVII, livre III du Code civil*, éd. Charles Hingray, Paris, 1847, n° 264, p. 258) ainsi que l'arrêt de la Cour des Aides du 18 mars 1769 cité par Pothier (in M. Bugnet, *Œuvres de Pothier*, t. V, *Traité du contrat de nantissement*, éd. Plon, Cosse et Marchal, 2^e éd., 1861, n° 6, note 2, p. 394).

⁶⁴⁰ Quelques arrêts rendus par la Cour de cassation au XIX^e siècle ou au cours de la première moitié du XX^e siècle en témoignent : Req. 12 décembre 1831 (S. 1832, I, p. 275) ; Cass. civ. 23 février 1869 (DP. 1869, I, p. 196) ; Cass. civ. 4 janvier 1947 (DP. 1947, I, p. 134). A. Cerles (« La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », *Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Banque éditeur, 2000, pp. 39 et s., spéc. pp. 40-41) cite également un arrêt rendu par la cour d'appel de Guadeloupe le 21 mai 1855 qu'il présente « comme l'un des tout premiers ayant validé l'utilisation de la cession de créance comme moyen de garantie ».

⁶⁴¹ Selon A. Cerles (« La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », *Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Banque éditeur, 2000, pp. 39 et s., spéc. p. 41), « l'abandon de la cession de créance à titre de garantie fut d'ordre exclusivement fiscal et nullement juridique », mais il fut tel que « les praticiens oublièrent totalement, en dépit de son incontestable sécurité, la cession de créance comme moyen de garantie pour ne retenir que le nantissement ».

⁶⁴² Ont notamment contribué à l'affaiblissement du nantissement de créances et, plus généralement, des sûretés non translatives de propriété en cas de procédure collective :

- la loi n° 73-1194 du 27 décembre 1973 tendant à assurer, en cas de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, le paiement des créances résultant du contrat de travail, qui a augmenté la partie des salaires bénéficiant du super-privilege ;
- la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, qui a notamment accordé aux sous-traitants le bénéfice d'une action directe ;
- la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, dont l'article 40 a privilégié le paiement du passif né postérieurement à l'ouverture de la procédure collective sur celui du paiement antérieur, quand bien même ce dernier était assorti de sûretés.

Cette série de textes réduisant l'efficacité des sûretés traditionnelles a conduit Lucien Martin à parler de « sûretés traquées » pour un « crédit détraqué » (« Sûretés traquées, crédit détraqué », *Revue Banque*, 1975, n° 346).

garantie retrouvait son lustre d'antan, certains auteurs la vouaient aux gémonies, parmi lesquels le professeur Dominique Legeais qui, dans sa thèse de doctorat sur *Les garanties conventionnelles sur créances*, appelle à l'abandon du modèle allemand de l'aliénation fiduciaire au profit du modèle anglo-saxon de l'hypothèque mobilière⁶⁴³. Comme le professeur Pierre Crocq, le professeur Dominique Legeais met en évidence un mouvement de flux et de reflux qui anime l'histoire des sûretés et qui les porte tantôt vers le droit de préférence, tantôt vers la propriété fiduciaire, mais à la différence du premier, le second auteur en tire parti pour promouvoir l'éviction des fiducies-sûretés au profit des sûretés réelles conférant un droit réel accessoire et reposant sur un mécanisme de publicité conçu sur le modèle hypothécaire⁶⁴⁴.

Il faut croire que le professeur Dominique Legeais a été partiellement entendu puisque le raffermissement du nantissement de créances opéré par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés semble avoir impulsé le retour en grâce du droit de préférence, au détriment de la cession, à titre de garantie, d'une propriété pleine et entière que ni la jurisprudence⁶⁴⁵ ni le régime de la fiducie-sûreté institué par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 n'ont contribué à promouvoir.

⁶⁴³ D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1986, préf. Ph. Rémy. Pour promouvoir le modèle anglo-saxon de l'hypothèque mobilière au détriment du modèle allemand de la fiducie-sûreté, le professeur Dominique Legeais s'appuie sur les exemples allemand et néerlandais. Il note en effet que la doctrine allemande elle-même, au tournant des années 1980, s'interrogeait sur l'opportunité du système de l'aliénation fiduciaire qui était alors au fondement du droit allemand du crédit. Dans l'ouvrage précité (p. 332), il cite ainsi M. Uwe Blaurock (« Les opérations fiduciaires en droit allemand », in *Les opérations fiduciaires*, colloque de Luxembourg des 20 et 21 octobre 1984, FEDUCI, LGDJ, 1985, pp. 233 et s.) qui écrivait alors que « la reconnaissance de garanties sans dépossession revêtant la forme de la fiducie-sûreté, a[vait] pour une grande part contribué au relèvement de l'économie allemande au lendemain de la seconde guerre mondiale, alors que d'autres moyens de garantie du crédit faisaient défaut », mais que « depuis, le bon vin a[vait] tourné vinaigre », de sorte que « lorsqu'on songe, dans d'autres pays, à développer la fiducie-sûreté, il faudrait sans doute prendre en considération les actuelles propositions de réforme en vue de limiter en Allemagne l'efficacité des sûretés sans dépossession ». Le professeur Dominique Legeais ajoute que le droit néerlandais, fortement inspiré par le droit allemand et prompt à en épouser les évolutions, prohibe la cession de propriété lorsqu'elle a une fonction de garantie. Il est vrai que l'ancien code civil néerlandais, en son article 3.4-2-2, - qui est cité par le professeur Dominique Legeais (*op. cit.*, p. 333, note 37) - comme le nouveau code civil néerlandais, en l'article 84, alinéa 3, de son livre III, prévoit que « tout acte juridique qui a pour seul but de transférer la propriété d'un bien à titre de garantie, ou qui tend à éviter que le bien n'entre dans le patrimoine de l'acquéreur, n'est pas un titre valable de transfert de la propriété de ce bien » (en néerlandais : « *Een rechtshandeling die ten doel heeft een goed over te dragen tot zekerheid of die de strekking mist het goed na de overdracht in het vermogen van de verkrijger te doen vallen, is geen geldige titel van overdracht van dat goed* » ; et en anglais : « *a juridical act performed with the intention to transfer property merely to provide security for a debt or performed without the intention of bringing the property into the patrimony (capital) of the acquirer, is no valid legal basis for a transfer of that property* »).

⁶⁴⁴ D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, *op. cit.*, p. 336 : « l'histoire des garanties enseigne en effet que les progrès de ce droit ont toujours été réalisés par la substitution d'un régime hypothécaire à un régime reposant sur le gage ou le transfert d'un bien en propriété [...] La protection du créancier n'est pas assurée par la détention d'un bien ou la reconnaissance d'un droit de propriété. Elle l'est par la seule publication d'un droit qui devient opposable *erga omnes*. [...] Elle permet la constitution de plusieurs droits ayant pour support un même bien. Elle laisse au constituant la maîtrise de ses prérogatives sur le ou les biens qui forment l'assiette de la garantie. [...] Ainsi, en copiant le système allemand, en voulant introduire dans notre droit des principes et mécanismes telles la réserve de propriété ou les aliénations fiduciaires, le législateur français paraît faire fausse route ».

⁶⁴⁵ Cass. com. 19 décembre 2006 (D. 2007 Aj, p. 76, obs. X. Delpech ; D. 2007 jur. p. 344, note Ch. Larroumet ; D. 2007, p. 961, note L. Aynès ; *RTD civ.* 2007, p. 160, obs. P. Crocq ; *LPA*, 2007, p. 10, note S. Prigent ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2007, n° 35, p. 38, note J. -J. Ansault & n° 36, p. 29, note D. Houtcieff) ; Cass. com. 26 mai 2010, pourvoi n° 09-13.388 (D. 2010, p. 1340, obs. A. Lienhard ; D. 2010, p. 2201, N. Borga ; *RTD civ.* 2010, p. 597, obs. P. Crocq ; *Droit et patrimoine* 2010, n° 195, p. 96, obs. Ph. Dupichot).

595. Toute fiducie-sûreté, toute cession d'un droit réel principal de propriété à titre de garantie, serait ainsi condamnée par une sorte de loi de l'évolution des sûretés à se commuer en un démembrement de propriété impliquant la cession de certains attributs seulement du droit de propriété, voire en un droit de préférence, droit réel accessoire excluant tout démembrement et toute cession de la propriété⁶⁴⁶.

§ 7. Conclusion : un démembrement de propriété constitutif d'un quasi-usufruit à titre de garantie.

596. Sans discerner dans le droit réel « flottant » un démembrement de propriété, le professeur Pierre-Grégoire Marly note dans sa thèse de doctorat que la propriété « flottante » est utilisée soit à titre de garantie soit à titre de gestion⁶⁴⁷. Ce faisant, il fait un rapprochement entre le droit réel « flottant » du vendeur de choses fongibles grevées d'une clause de réserve de propriété, ainsi que le droit réel « flottant » du constituant ou du créancier d'un gage ou d'une fiducie-sûreté portant sur des choses fongibles⁶⁴⁸, et le

⁶⁴⁶ Assez récemment, c'est même le droit des marchés financiers, pourtant friand des « remises en pleine propriété » à titre de garantie, qui a illustré cette « théorie de l'évolution des sûretés ». En effet, à peine le législateur avait-il instauré, par la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, les aliénations fiduciaires en garantie des opérations financières réalisées sur les marchés réglementés (article 49 de la loi précitée) et sur les marchés de gré à gré (article 52 de la loi précitée), qu'une sûreté non translatrice de propriété susceptible de garantir les mêmes opérations connut un retour en grâce à travers le nantissement de compte d'instruments financiers que la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques s'empessa de promouvoir. Le recours à ce nantissement (à l'époque qualifié de « gage ») était souhaité par les praticiens, à l'instar de M. Stéphane Plais qui explique que « sur les marchés des dérivés de gré à gré, les intervenants devant fournir une garantie réclamaient de façon croissante la mise en place de gages de compte d'instruments financiers en lieu et place de remises fiduciaires », notamment parce que « le débiteur est seulement dessaisi des titres dans le cas d'un gage alors qu'un « *collateral* » classique implique un transfert en pleine propriété » (« Réflexions sur le gage de compte d'instruments financiers en couverture d'opérations de dérivés de gré à gré », *Banque et droit*, n° 87, janvier-février 2003, p. 3). La faveur bénéficiant au nantissement de compte d'instruments financiers pour la couverture des obligations découlant de conventions-cadres de produits dérivés était également liée, entre autres, à des motifs fiscaux puisque « la garantie sous forme de remise en pleine propriété [pouvait] s'avérer coûteuse sur le plan fiscal, la neutralité fiscale n'étant assurée que si un certain nombre de conditions [étaient] respectées : la remise [devait] concerner une action qui, pendant la période de garantie, ne [devait] pas détacher de dividende ouvrant droit à avoir fiscal ou faire l'objet, par exemple, d'un amortissement, d'un échange ou d'une conversion » (*ibidem*). Mais au-delà de ces considérations fiscales, la différence de nature entre le nantissement et la fiducie-sûreté pouvait justifier l'attachement des praticiens au premier et leur distance vis-à-vis de la seconde. À la question de savoir si les articles 49 et 52 de la loi n° 96-597 préfiguraient une généralisation de la cession fiduciaire, le professeur Laurent Aynès répondait à l'époque que « la réponse [était] douteuse » et que « les sûretés traditionnelles [...], notamment le nantissement, dont la Cour de cassation renforçait l'efficacité en cas notamment de liquidation judiciaire, [avaient] donc encore de beaux jours devant elles » (G. Kolifraith et L. Aynès, « Les remises en pleine propriété à titre de garantie : confirmation de la licéité des cessions fiduciaires en droit français », *D. Affaires* 1998, pp. 1573 et s., spéc. p. 1577).

⁶⁴⁷ Selon le professeur Pierre-Grégoire Marly, la propriété flottante dotée d'une fonction de gestion « éviterait ainsi que la remise de biens à charge de restitution par équivalent ne se traduisît systématiquement par un transfert temporaire de propriété », car « le droit réel du remettant embrasserait alors une masse indéterminée de biens transitant à l'endroit du gestionnaire » (*Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, LGDJ, 2004, préf. Ph. Delebecque, p. 247, note n° 195).

⁶⁴⁸ S'il s'agit d'un gage sans dépossession de choses fongibles, comme un gage sur stocks, c'est le constituant qui peut disposer des biens affectés en garantie : pour reprendre la formule du professeur Pierre-Grégoire Marly, « le droit réel "flottant" [du

droit réel du nu-propiétaire de valeurs mobilières grevées d'un quasi-usufruit dans une finalité de gestion. L'auteur ne pousse cependant pas la comparaison jusqu'à identifier dans la propriété flottante une forme de démembrement de propriété proche de celui qui s'opère dans le quasi-usufruit.

597. Il est pourtant intéressant de comparer le droit réel du constituant d'une sûreté sur sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier avec le droit réel du nu-propiétaire qui, dans le cadre du quasi-usufruit, pour être réduit à presque rien, n'en reste pas moins un droit réel aux yeux de loi, de la jurisprudence, et de la doctrine unanime.

Jean-Baptiste-Victor Proudhon écrivait au sujet du quasi-usufruit de l'article 587 du code civil que « ce n'est que par une espèce de fiction que l'obligation où il [l'usufruitier] est de restituer une valeur égale, tient lieu du droit de nue-propiété dans les mains de l'héritier [et plus généralement du nu-propiétaire, puisque tous les usufruits ne sont pas successoraux...] »⁶⁴⁹. Le régime du quasi-usufruit a abouti à ce que l'on admette que tout le droit réel de nue-propiété – qui n'est qu'un droit réel principal de propriété grevé d'une charge conférant temporairement à autrui les droits d'user et de jouir – réside dans l'obligation de restitution et l'obligation corollaire de conservation de la valeur, qui sont mises à la charge du quasi-usufruitier.

598. Pourquoi, dès lors, ne pas admettre que tout le droit réel principal de propriété du constituant ne réside pas aussi dans l'obligation de restitution, et l'obligation corollaire de conservation de la valeur, mises à la charge du créancier gagiste ? Pourquoi vouloir à tout prix transformer le droit réel principal de propriété du constituant en droit personnel de créance de restitution par équivalent, alors même que les mêmes causes produisent en principe les mêmes effets et que, dans des circonstances similaires, on refuse de transformer le droit réel principal de propriété du nu-propiétaire en droit personnel de créance de restitution par équivalent ? On a déjà montré que le

créancier] va donc grever un stock sans compromettre la rotation de ses composantes » (*Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens, op. cit.*, p. 247). Mais à l'inverse, s'il s'agit d'un gage avec dépossession ou d'une fiducie-sûreté portant sur des choses fongibles, comme des sommes d'argent, c'est le créancier qui peut disposer des biens affectés en garantie.

⁶⁴⁹ J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, t. I, éd. V. Lagier, Dijon, 2^e éd., 1836, n° 2, p. 3. *Adde* : P. Crocq, *Propriété et garantie, op. cit.*, p. 284 : « l'usufruitier est, en réalité, propriétaire et le nu-propiétaire n'est plus que titulaire d'un droit personnel à la restitution du montant de la créance qui a été payé [à l'usufruitier] ». Néanmoins, il a toujours été admis que le droit du nu-propiétaire était un droit réel et que le droit réel du quasi-usufruitier de créances ou de sommes d'argent n'était pas un droit de propriété.

créancier gagiste bénéficiaire d'une affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans son patrimoine a, comme le quasi-usufruitier, le droit d'user, de jouir, et de disposer provisoirement de la chose remise. Pourquoi, dans le cas du gage, vouloir à tout prix prêter un effet translatif de propriété et privatif de droit réel à la confusion des choses fongibles et juridiquement consommables... alors qu'il n'est pas contesté que la même consommabilité (et souvent la même confusion de choses fongibles) n'a aucun effet translatif de propriété ni privatif de droit réel dans le cas du quasi-usufruit ?

599. Longtemps, les praticiens ont cherché à atteindre les effets d'une fiducie encore inconnue du droit français en recourant, autant que possible, à l'usufruit de choses consommables par le premier usage, dit « quasi-usufruit ». Le détournement de cette « figure primordiale des montages patrimoniaux au-delà du domaine successoral où l'article 587 du code civil l'avait figée », fait même dire au professeur Rémy Libchaber que le quasi-usufruit est la « véritable incarnation de la fiducie irrégulière »⁶⁵⁰. C'est donc dans un démembrement de la propriété que la pratique a trouvé la figure la plus proche de la fiducie. Aux termes de l'article 578 du code civil, ce démembrement consiste pour un propriétaire (alors qualifié de nu-propriétaire) à concéder à autrui le droit d'user (*usus*) et de jouir (*fructus*) de sa chose. Mais la propriété est écartelée, « démembrée », en ce sens que le propriétaire conserve le droit de disposer de la chose grevée d'usufruit (*abusus*) : l'usufruitier ne peut porter atteinte à la substance de la chose dont il use et jouit. Toutefois, lorsque l'usage de la chose grevée d'usufruit ne peut être dissocié de sa disposition, parce qu'elle est matériellement ou juridiquement consommable dès le premier usage, l'article 587 du code civil reconnaît alors à

⁶⁵⁰ R. Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois*, 30 août et 15 septembre 2007, n° 15 et 17, p. 1094 et p. 1194. L'auteur met en exergue un étonnant paradoxe : les fiducies cachées du code civil ont connu davantage de succès dans les relations entre professionnels (le monde des affaires) que dans les relations entre non-professionnels – auxquelles elles étaient pourtant destinées. Ainsi en est-il allé du quasi-usufruit utilisé par les sociétés. À rebours, les fiducies apparentes du code civil n'ont guère de succès ni dans les relations entre professionnels – auxquelles elles n'étaient pas destinées – ni dans les relations entre non-professionnels – auxquelles elles étaient pourtant destinées. Ainsi en est-il allé des substitutions fidéicommissaires, des libéralités résiduelles (*legs de residuo*) ou encore de la vente à réméré.

Les substitutions fidéicommissaires sont des mécanismes permettant à un disposant de prier (« fidéicommissaire ») le gratifié de donner ou d'accomplir quelque chose en faveur d'un tiers : il s'agit, pour le disposant, d'imposer à un « premier gratifié » (autrefois appelé le « grevé de substitution ») de conserver les biens donnés ou légués puis de les transmettre, à son décès, à un « second gratifié » (jadis connu sous le nom d'« appelé »). Prohibées depuis 1804, les substitutions fidéicommissaires sont de nouveau permises depuis la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, sous la forme des « libéralités graduées » (articles 1048 à 1056 du code civil).

Admis par la jurisprudence, le *legs de residuo*, quant à lui, permettait à un testateur d'imposer à un premier légataire de transmettre, à son décès, le reste (*residuum*) des biens légués à un tiers, « second légataire ». La loi du 23 juin 2006 a partiellement repris le régime du *legs de residuo* à travers les libéralités résiduelles (articles 1057 à 1061 du code civil). À la différence de ce qui prévaut dans le cadre des substitutions fidéicommissaires, le premier légataire n'a pas l'obligation de conserver les biens légués : délié de toute clause d'inaliénabilité, il a pour seule obligation de transmettre « ce qui reste ».

Enfin, la vente à réméré est une vente assortie d'une faculté de rachat : l'article 1659 du code civil autorise le vendeur à stipuler un pacte par lequel il se réserve la possibilité de reprendre la chose vendue, moyennant la restitution du prix principal et le remboursement des frais de la vente, des réparations qui ont été nécessaires ou qui ont contribué à l'amélioration de la chose vendue (dans la limite de l'augmentation de valeur constatée).

l'usufruitier (dit alors « quasi-usufruitier ») le droit de disposer de la chose à titre provisoire, et sous la condition de la remplacer par un bien de même valeur⁶⁵¹.

600. Dans la mesure où la fiducie a précisément aussi pour finalité de conférer au fiduciaire des droits sur la chose d'autrui, allant du simple droit d'en user et de l'administrer au droit d'en disposer à titre provisoire, les praticiens ont eu l'idée de chercher dans le régime du quasi-usufruit ce que la loi ne proposait pas, faute de reconnaître la fiducie. C'est donc dans un démembrement de la propriété que les praticiens ont reconnu la figure la plus proche de la fiducie. Ce peut être l'indice de ce que la fiducie elle-même n'est rien d'autre qu'un démembrement de la propriété, sur le modèle de l'usufruit et de sa variante, le quasi-usufruit.

601. Et si le droit civil français s'accommode fort bien de l'idée que le droit réel principal de propriété d'un nu-propiétaire survive à travers la simple obligation de restitution par équivalent mise à la charge du quasi-usufruitier, alors il n'y a pas lieu de refuser obstinément que le droit réel principal du constituant d'une fiducie (et notamment d'une fiducie-sûreté) survive à travers la simple obligation de restitution par équivalent mise à la charge du fiduciaire (et notamment du créancier fiduciaire).

602. Pourquoi alors introduire (sans le nommer) un nouveau démembrement de propriété en droit français alors que le démembrement de la propriété sous forme de quasi-usufruit permettait déjà d'obtenir des effets proches de ceux de la fiducie ?

La raison en est que le démembrement légal de la propriété opéré par l'usufruit et le quasi-usufruit est beaucoup moins souple que le démembrement de la propriété opéré par la fiducie. Lorsqu'un propriétaire consent à autrui un droit d'usufruit sur sa chose, il ne peut céder à l'usufruitier (ou au quasi-usufruitier) moins de droits que les droits d'user (*usus*) et de jouir (*fructus*) de cette chose. À l'inverse, le constituant d'une fiducie peut choisir – à sa guise – les droits qu'il cède au fiduciaire : il peut très bien lui céder le droit d'user de la chose sans lui céder pour autant le droit d'en jouir. En définissant le contenu de la propriété fiduciaire, le constituant d'une fiducie taille une « propriété sur mesure », susceptible de (presque) tous les aménagements contractuels possibles... là où le nu-propiétaire subit le régime légal de l'usufruit sans pouvoir définir le contenu des droits réels de l'usufruitier.

⁶⁵¹ Article 587 du code civil : « si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer [...] l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge de rendre, à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité soit leur valeur estimée à la date de la restitution ».

603. Pour cette raison, la fiducie est un démembrement de la propriété *sui generis*⁶⁵². Pas plus qu'on ne peut réduire la fiducie à un transfert en détention assorti d'un mandat extrêmement large confié au fiduciaire, comme le suggère le professeur Rémy Libchaber⁶⁵³, on ne peut réduire la fiducie à un quasi-usufruit qui ne dirait pas son nom. S'il est vrai que, comme un nu-proprétaire, le constituant d'une fiducie conserve un droit réel réduit à rien (ou presque), il n'en reste pas moins que le fiduciaire a, contrairement à l'usufruitier ou au quasi-usufruitier, des « prérogatives à géométrie variable »⁶⁵⁴.

⁶⁵² Le professeur Rémy Libchaber (« Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois*, 30 août et 15 septembre 2007, n° 15 et 17, p. 1094 et p. 1194) rappelle en effet qu'il convient de qualifier le droit du fiduciaire comme étant un droit réel sur la chose qui lui est transférée, et en aucun cas comme étant un droit personnel – même si ce droit naît de la conclusion d'un contrat. Mais dès lors que le droit du fiduciaire est un droit réel qui n'est ni un droit de propriété pleine et entière, ni un droit d'usufruit, ni un droit d'usage ou d'habitation, ni une servitude, ni un droit de superficie, alors c'est un droit réel nouveau... Or, comme il le rappelle, « il faut des lois pour créer des droits réels nouveaux, surtout des droits réels qui profitent bien moins à leur titulaire qu'au propriétaire ».

⁶⁵³ Le professeur Rémy Libchaber (« Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois*, 30 août et 15 septembre 2007, n° 15 et 17, p. 1094 et p. 1194) souligne avec insistance qu'un aménagement des règles du mandat eût suffi à proposer « une alternative crédible à la fiducie-gestion » : « cette prétendue propriété [du fiduciaire] identifie davantage le fiduciaire à un détenteur qui aurait reçu par mandat la possibilité de gérer les biens, et peut-être même de les vendre – possibilité que l'on eût pu organiser simplement sans solliciter pour cela la propriété [...] C'est la figure du mandat qui est alors convoquée, mais un mandat aménagé de manière à ce que le mandataire puisse éventuellement disposer de la faculté de vendre les biens gérés et de pratiquer des emplois – au nom et pour le compte du mandant. Un mandat encore aménagé de sorte que le mandant ne puisse plus gérer ses propres biens : peut-être une irrévocabilité spéciale, nouvellement conçue, le permettrait-elle. De même, en matière de sûreté, rien n'interdit de confier les biens amenés à garantir la dette entre les mains d'un tiers, sans nul autre droit que de les conserver, pour les remettre au créancier au cas où le paiement ne serait pas effectué. À nouveau, les ressources du droit français suffisent, le mandat ne devant qu'être aménagé pour que le tiers puisse investir le créancier de la propriété des biens, en cas de besoin ».

En d'autres termes, il aurait suffi d'une part, de modifier l'article 1988 du code civil pour faire en sorte que le mandataire puisse disposer des biens du mandant sur le simple fondement d'un mandat général (sans avoir besoin d'un mandat exprès), et d'autre part, de modifier l'article 2003 du code civil, et surtout l'article 2004 du même code, pour faire en sorte qu'en certains cas, le mandant ne puisse pas « révoquer sa procuration quand bon lui semble » (article 2004). Mais, dès 1991, le professeur Michel Grimaldi (« La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois*, 15 septembre et 30 septembre 1991, n° 17 et 18, p. 897 et p. 961) soulignait que, même rendu irrévocable par une clause d'irrévocabilité, le mandat n'aurait jamais le caractère exclusif de la fiducie, parce qu'il permet au mandant « d'accomplir lui-même les actes juridiques que le mandataire a pour mission de passer » (*ibidem*). Le même auteur dénonce plus généralement les tentatives légales et jurisprudentielles de réduire la fiducie à des figures déjà connues du droit français : le mandat pour la fiducie-gestion (lois sur les fonds communs de placement et sur les fonds communs de créances), le gage avec pacte commissaire pour la fiducie-sûreté (jurisprudence), et le legs avec charge pour la fiducie-libéralité (jurisprudence).

⁶⁵⁴ R. Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois*, 30 août et 15 septembre 2007, n° 15 et 17, p. 1094 et p. 1194.

Conclusion : Pour la reconnaissance d'un nouveau démembrement du droit de propriété.

604. Si nous convenons avec le professeur Pierre Crocq de ce que la « fiducie-sûreté », dans une stricte conception héritée du droit romain, suppose que soit transféré au créancier un droit de propriété plein et entier au sens de l'article 544 du code civil, nous ne pouvons néanmoins que constater que la « fiducie-sûreté » telle qu'elle existe dans le droit positif ne repose pas sur l'affectation en garantie d'un droit de propriété plein et entier, mais sur un démembrement du droit de propriété *sui generis* aménageant, au profit du constituant, un droit réel « planant », et rendant compatible l'exercice de ce droit réel planant avec l'exercice du droit de disposer à titre temporaire (*abusus provisoire*) qui est reconnu au créancier.

605. De deux choses l'une : soit on admet, comme les professeurs Rémy Libchaber et Didier-René Martin⁶⁵⁵, que la « fiducie-sûreté » repose sur un démembrement du droit de propriété, et l'affectation en garantie de sommes d'argent (par hypothèse confondues dans le patrimoine du créancier) peut être qualifiée de fiducie-sûreté, quoique son régime ne corresponde pas à celui prévu par le droit positif pour la fiducie-sûreté en général ; soit on refuse, comme le professeur Pierre Crocq, d'entendre par « fiducie-sûreté » autre chose que l'affectation en garantie d'un droit de propriété plein et entier, et il faut alors trouver un autre nom pour qualifier le démembrement de propriété qui caractérise l'affectation en garantie de sommes d'argent (par hypothèse confondues dans le patrimoine du créancier).

La première branche de l'alternative a l'inconvénient de créer un risque de confusion sur le régime applicable à l'affectation en garantie de sommes d'argent et d'emporter l'application d'un régime inadapté. La seconde branche de l'alternative a l'inconvénient de laisser innommée la sûreté qui repose sur ce démembrement de propriété *sui generis*.

⁶⁵⁵ D. R. Martin, « De la garantie monétaire », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 46 : « l'aliénation fiduciaire en garantie ne repose pas vraiment sur un transfert de la propriété souveraine, mais sur un simple démembrement de ses attributs opératoires. Auquel cas, le constituant de la sûreté monétaire hors compte ne perdrait pas tout à fait sa relation *réelle* aux fonds affectés. Moins qu'un gagiste, mais plus qu'un aliénateur, il conserverait un titre de propriété résiduel, planant, qui lui permettrait, en cas de non-retour des fonds après complet paiement de la dette garantie, d'exercer, contre le créancier désintéressé, non pas une action personnelle en restitution, mais une action réelle de revendication ». Et le professeur Didier-René Martin de proposer le concept de « fiducie monétaire de garantie » (*ibidem*).

606. Une solution de compromis peut être trouvée en tirant parti de l'existence, dans le patrimoine du constituant, d'un droit réel planant pour choisir la qualification de « nantissement » dès lors qu'il n'y a pas, lors de la constitution de la sûreté, un transfert de l'intégralité des attributs du droit de propriété, et en tirant parti de l'inadaptation du régime actuel de la fiducie-sûreté pour proposer un nouveau régime d'affectation en garantie, propre aux sûretés sur la monnaie.

607. Le « nantissement de monnaie », tout en laissant dans le patrimoine du constituant le droit de disposer à titre définitif des sommes affectées en garantie (*abusus*) et le droit d'en percevoir les fruits (*fructus*), opérerait un démembrement de propriété *sui generis* par lequel le créancier acquerrait les droits d'user de ces sommes (*usus*) ainsi que d'en disposer et d'en percevoir les fruits à titre provisoire (*abusus et fructus provisoires*)⁶⁵⁶. Dû à la fongibilité de la monnaie, ce démembrement de propriété est très proche de celui qu'opère le quasi-usufruit. On pourrait presque le qualifier de « quasi-usufruit à titre de garantie », dont l'objet, la monnaie, n'est lui-même qu'un bien incorporel résultant d'un démembrement de propriété dû à la fongibilité, puisque, comme on l'a montré, la monnaie repose sur le droit réel de son porteur sur des créances confondues dans le patrimoine de la banque centrale ou d'une banque commerciale à la suite d'une opération d'escompte, de réescompte ou d'entrée en compte.

608. En dehors de toute affectation en garantie comme en cas d'affectation en garantie, le droit réel de propriété se démembre lorsque son objet fongible est confondu dans le patrimoine d'autrui. De même que le quasi-usufruit réduit le droit réel du nu-propiétaire à une créance de restitution sans pour autant en faire un droit personnel⁶⁵⁷, le « nantissement de monnaie » réduirait le droit réel de propriété du constituant à un droit réel démembré entrant en concurrence avec celui du créancier.

⁶⁵⁶ Par le passé, des auteurs ont déjà suggéré que les sûretés réelles présentées comme conférant un droit réel accessoire de préférence à leur bénéficiaire, opéraient en réalité un démembrement du droit réel sur lequel elles portaient. C'est du moins l'analyse que font de l'hypothèque les professeurs Gabriel Baudry-Lacantinerie et Paul de Loynes (*Traité théorique et pratique de droit civil*, vol. 26, *Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée*, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 2^e éd., 1899, n° 894). Le professeur Marc Mignot (« L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », *RD bancaire et fin.*, janvier-février 2010, étude n° 2, pp. 17 et s., spéc. p. 18) souligne que « cette conception a d'ailleurs été transposée au nantissement de créance qui aurait pour conséquence de démembrer la créance nantie en conférant au créancier le droit au paiement retiré au constituant ». Voir notamment : J. – P. Apprill, « Le nantissement des créances et des comptes » in *Le gage commercial, études de droit commercial*, Dalloz, 1953, p. 495.

⁶⁵⁷ J.-B.-V. Proudhon, *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, t. I, éd. V. Lagier, Dijon, 2^e éd., 1836, 2^e éd., n° 2, p. 3 : « ce n'est que par une espèce de fiction que l'obligation où il [l'usufruitier] est de restituer une valeur égale, tient lieu du droit de nue-propiété dans les mains de l'héritier [comprendre le nu-propiétaire, puisque tous les usufruits ne sont pas successoraux...] ».

609. Comme l'explique le professeur Anne Laude, il existe bel et bien une « unité des effets » de la fongibilité⁶⁵⁸, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon que la confusion de choses fongibles dans le patrimoine d'autrui s'opère dans le cadre d'une opération de garantie ou en dehors de toute opération de garantie. Dans le cadre d'une affectation en garantie, « la fongibilité entraîne une dissociation du droit de propriété » et « suscite la concurrence de deux droits réels », « parce qu'elle justifie le droit de disposer tout en autorisant dans le même temps le propriétaire initial à exercer son action en revendication »⁶⁵⁹.

Il en va de même en dehors du cadre d'une affectation en garantie. Jadis, la confusion de biens dans le patrimoine de l'institution émettrice de pièces et de billets a fait naître une dissociation du droit de propriété entre, d'une part, les porteurs de monnaie fiduciaire, investis d'un droit réel sur des unités monétaires correspondant à la valeur des biens remis, et, d'autre part, l'institution émettrice, investie d'un attribut de la propriété sur les biens remis, dont elle avait le droit de disposer à la condition d'en conserver la valeur en remettant aux porteurs des supports monétaires dont elle se réservait la maîtrise. Aujourd'hui, la confusion de créances dans le patrimoine du banquier teneur de compte fait naître une dissociation du droit de propriété entre, d'une part, le « porteur » de monnaie scripturale, titulaire du compte et investi d'un droit réel sur son solde créditeur, et, d'autre part, le banquier teneur de compte, investi du droit de disposer des créances remises à la condition d'en conserver la valeur en les inscrivant au crédit du compte du « porteur » de monnaie scripturale, sous forme d'inscriptions en compte dont il se réserve la maîtrise⁶⁶⁰, et de restituer cette valeur en acquittant (dans la limite du solde créditeur) les dettes du porteur de monnaie scripturale qui sont constatées par des inscriptions au débit du compte.

⁶⁵⁸ A. Laude, « La fongibilité », *RTD com.* 1995, pp. 307 et s., spéc. p. 322.

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 329.

⁶⁶⁰ De son côté, le professeur Anne Laude explique que ce qui, de prime abord, peut être perçu comme la concurrence de deux droits réels sur un même bien, n'est en fait que l'exercice de deux droits réels de propriété pleins et entiers sur un bien « plural », c'est-à-dire sur deux biens ou ensembles de biens : ceux initialement remis et ceux substitués à ces derniers. En dehors de toute affectation en garantie, que ce soit dans le cadre d'un contrat de dépôt ou de prêt de consommation, ou dans le cadre d'un quasi-usufruit, il n'y aurait donc pas concurrence, sur un même bien ou ensemble de biens, de deux droits réels résultant d'un démembrement d'une unique propriété, mais exercice de deux droits de propriété sur deux biens ou ensembles de biens. Selon le professeur Anne Laude (« La fongibilité », *RTD com.* 1995, pp. 336-337), si « le dépositaire a acquis le transfert de la titularité d'un droit de propriété direct sur la chose, mais dont l'exercice est en concurrence avec le droit du propriétaire initial qui est dans l'expectative d'en retrouver la jouissance matérielle », « cette concurrence de deux droits identiques reflète "l'éclatement" du droit réel de propriété qui découle précisément de la nature particulière du bien. En effet, ce dédoublement de propriété provient du fait que la fongibilité suscite aussi un dédoublement du bien, l'existence de deux choses, l'une originelle et une autre susceptible de venir en remplacement et de lui être substituée. Autrement dit, on a deux choses, donc deux propriétaires distincts qui exercent concurremment des droits de même nature parce que précisément ces deux choses sont amenées à faire fonction l'une de l'autre, à ne faire qu'une. La fongibilité suppose la superposition de deux droits de propriété sur deux choses distinctes qui sont amenées à se réduire à une unité. Ce faisant, elle ne traduit pas l'appropriation collective d'un bien mais est au contraire la consécration du droit individuel de la propriété qui s'affirme et s'exerce sur un bien fongible ayant un "caractère plural", puisque composé de deux éléments, la chose originelle et la chose substituée ».

TITRE II. PISTES POUR UN NOUVEAU RÉGIME D’AFFECTATION EN GARANTIE DE LA MONNAIE

610. Théorie classique : régime dual d’affectation en garantie de la monnaie. – Dans son article sur « Les sûretés conventionnelles sur l’argent »¹, considéré comme « fondateur »², le professeur Michel Cabrillac pose le principe d’une dualité de nature des sûretés sur sommes d’argent, selon que les sommes d’argent affectées en garantie sont, ou non, confondues dans le patrimoine du créancier. Cette présentation duale des sûretés sur sommes d’argent a été reprise par le professeur Rémy Libchaber, dans son article sur le « Gage sur sommes d’argent »³, et a également structuré notre exposé des débats actuels sur le régime de l’affectation en garantie de la monnaie – débats qui, en somme, tournent autour de la question de savoir s’il y a, ou non, transfert au créancier de la propriété pleine et entière des sommes affectées en garantie lors de la constitution de la sûreté.

611. Théorie proposée : régime unitaire d’affectation en garantie de la monnaie. – Il s’agit maintenant de dépasser l’aporie théorique et d’éliminer la perplexité, la méfiance et les interrogations des praticiens auxquelles conduit cette conception duale des sûretés sur sommes d’argent en proposant une conception unifiée de leur nature et de leur régime⁴. Pour être cohérente et viable, cette conception unifiée des sûretés sur sommes d’argent se doit aussi de dépasser l’aporie théorique (également source d’incertitudes pour les praticiens) à laquelle conduit la conception duale de la nature de la monnaie – dont les conséquences aberrantes ont été renforcées par la *summa divisio* biens corporels/biens incorporels sur laquelle s’est fondée la réforme des sûretés opérée en 2006 pour définir des régimes d’affectation en garantie distincts.

¹ M. Cabrillac, « Les sûretés conventionnelles sur l’argent », in *Mélanges offerts à J. Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 333.

² R. Libchaber, « Gage sur sommes d’argent », *Rev. Lamy dr. civ.*, octobre 2002, étude 269.

³ *Idem*.

⁴ D. Bureau, « Le gage-espèces : une sûreté atteignant sa maturité ? », *Droit et patrimoine* 1999, n° 77, p. 23, note 15 : « une sûreté, pour être utilisée par la pratique, devrait logiquement être... sûre. Et elle ne l’est normalement que si elle est parfaitement identifiée, afin de permettre la mise en œuvre de son régime particulier [...] *Le gage-espèces ne peut parvenir à maturité que si l’on y découvre une notion unitaire*, par élagage de tout ce qui n’entrerait pas dans son domaine » (italiques ajoutées).

612. Il nous semble qu'il est possible de faire place à un régime unique d'affectation en garantie de la monnaie qui tienne compte de la nature incorporelle de celle-ci. Si l'on refuse de se résigner à l'aberration consistant à prétendre qu'un même bien (la monnaie) peut être tantôt corporel tantôt incorporel, et si l'on reconnaît la nature incorporelle de la monnaie sous toutes ses formes (qu'elle soit métallique, papier, ou scripturale), alors, dans l'état du droit des sûretés établi par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 et par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, la monnaie, bien incorporel, peut être affectée en garantie par la voie du nantissement ou par celle de la fiducie-sûreté⁵.

613. Au stade de la constitution de la sûreté, le nantissement exclut tout transfert de la propriété des sommes affectées en garantie lors de sa constitution. Et si l'on analyse la propriété fiduciaire comme un démembrement de la propriété pleine et entière opérant transfert au fiduciaire de tous les attributs de la propriété à l'exception de l'*abusus* (sous réserve d'aménagements contractuellement stipulés par les parties), et, corrélativement, maintien dans le patrimoine du constituant d'un *abusus* désactivé, alors la fiducie exclut elle aussi tout transfert de la propriété pleine et entière des sommes affectées en garantie lors de sa constitution. Il n'y a donc peut-être pas (ou plus) lieu de regarder le nantissement et la fiducie-sûreté comme des sûretés antithétiques aux effets contradictoires. En faisant de la fiducie en général une fiducie non translatrice de propriété, et en rapprochant en particulier la fiducie-sûreté des sûretés non translatrices de propriété, les lois n° 2007-211 du 19 février 2007, n° 2008-776 du 4 août 2008 et n° 2009-526 du 12 mai 2009, ainsi que l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 ont plus que jamais rendu possible à la fois la réconciliation des camps doctrinaux adverses (favorables ou hostiles au transfert de propriété concomitant de la constitution de la sûreté) et l'élaboration d'un régime unique et unifié d'affectation en garantie des sommes d'argent.

614. Au stade de l'exécution de la sûreté, bien des auteurs soulignent que l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 a défini un régime du nantissement de créance qui, à compter de la notification du nantissement à ce tiers intéressé qu'est le débiteur de la créance nantie, confère au créancier nanti, sur les créances

⁵ L'article 2372-3, alinéa 3, introduit dans le code civil par l'ordonnance du 30 janvier 2009 fait expressément référence à la possibilité, pour une fiducie-sûreté, de porter sur des sommes d'argent (« La valeur du bien ou du droit cédé est déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, sauf [...] si le bien est une somme d'argent »).

monétaires affectées en garantie, un droit qui n'a rien à envier à l'exclusivité du droit du créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté. C'est ainsi que le professeur Philippe Théry, pourtant hostile à cette idée, reconnaît que « les auteurs, dans leur grande majorité, estiment que les effets du nantissement sont aujourd'hui beaucoup plus énergiques que par le passé, de sorte que la “ dégradation ” de la cession [à titre de garantie] en nantissement n'aurait guère d'importance »⁶.

Comme l'écrivait le professeur Christian Larroumet dès 2007, le régime actuel du nantissement de créance « efface en grande partie la distinction entre le nantissement et la cession à titre de garantie »⁷. Si, en devenant non translatif de propriété, la fiducie s'est rapprochée du nantissement au stade de la constitution de la sûreté, le nantissement – de créance tout au moins – s'est rapproché de la fiducie au stade des effets de la sûreté, en conférant au créancier nanti un droit qui n'a rien à envier à l'exclusivité du droit du créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté.

615. Néanmoins, la faiblesse du postulat d'une fiducie non translatif de propriété tient à ce qu'il repose sur une analyse de la propriété fiduciaire qui est loin d'être partagée par tous... Quitte à exclure tout effet translatif de propriété lors de la constitution de la sûreté sur sommes d'argent, autant alors la qualifier de nantissement – dont le caractère non translatif de propriété ne fait pas débat – plutôt que de la qualifier de fiducie-sûreté.

616. Nous pensons qu'il faut refuser l'alternative entre l'analyse de la monnaie comme étant constitutive d'une créance au sens civil, susceptible d'être affectée en garantie par la voie du nantissement de créance, avec des aménagements particuliers pour le cas où les sommes d'argent seraient inscrites sur un compte courant non bloqué (nantissement de compte prévu par l'article 2360 du code civil), et l'analyse présentant la monnaie comme étant un bien incorporel autre qu'une créance, dont le régime d'affectation en garantie devrait être, par renvoi de l'article 2355, alinéa 5, du code civil, calqué sur celui du gage – ce qui, en raison des dispositions de l'article 2341 du code civil relatif au gage de choses fongibles, nous replongerait dans les débats sans fin quant à l'existence d'un effet translatif de propriété lors de la constitution de la sûreté.

⁶ Ph. Théry, note sous Cass. com. 19 décembre 2006 (*Deffrénois* 2008, art. 38726-2, n° 4, p.414), faisant notamment référence aux professeurs Christian Larroumet, Laurent Aynès et Pierre Crocq.

⁷ Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 19 décembre 2006 (D. 2007, p. 344).

Nous pensons par ailleurs qu'il faut proposer un régime d'affectation en garantie propre à la monnaie⁸, qui serait unifié en ceci qu'il s'appliquerait à la monnaie sous toutes ses formes (métallique, papier, et scripturale), et qui serait respectueux de la nature incorporelle de la monnaie sous toutes ses formes en ceci qu'il prendrait la forme d'un nantissement – nécessairement exclusif de tout transfert au créancier de la propriété pleine et entière du bien nanti lors de sa constitution.

617. Autrement dit, toute affectation en garantie de sommes d'argent devrait être qualifiée de nantissement – parce que la monnaie est un bien incorporel. Et parce que le nantissement est une sûreté réelle exclusive de tout effet translatif ou acquisitif de propriété au profit du créancier nanti lors de sa constitution, les sommes d'argent affectées en garantie seraient toujours réputées rester la propriété du constituant, même dans l'hypothèse où elles seraient confondues avec d'autres choses semblables du créancier nanti, puisque l'on a vu que le droit français fait désormais place à la possibilité d'un droit réel principal « planant »⁹, susceptible de résister à la dégradation du droit réel en droit personnel que l'on a associée à la confusion, dans le patrimoine d'autrui, des choses fongibles que sont les sommes d'argent.

618. En somme, toute affectation en garantie de sommes d'argent (pièces, billets, écritures en compte) serait un nantissement. Que les sommes d'argent affectées en garantie soient isolées au sein du patrimoine du créancier nanti (pièces placées dans un sac scellé, billets placés dans une enveloppe ou inscriptions sur un compte spécial et bloqué ouvert au nom du constituant), ou confondues au sein du patrimoine du créancier nanti (pièces et billets remis sans réceptacle, inscriptions sur un compte spécial et bloqué seulement à l'égard du constituant, inscriptions sur un compte spécial et bloqué ni à l'égard du constituant ni à l'égard du créancier, virement sur le compte courant du créancier, virement sur un compte quelconque du créancier où figurent d'autres sommes), que la monnaie affectée en garantie soit, ou non, séparée de la monnaie du créancier, le constituant ne perdrait jamais

⁸ La nécessité d'aménager un régime d'affectation en garantie propre à la monnaie est, du reste, légitimée par les propos du professeur Philippe Théry qui, critiquant les dispositions de l'ordonnance de 2006, a déjà souligné la nécessité d'élaborer un régime d'affectation en garantie propre aux créances de sommes d'argent : « pourquoi n'avoir pas simplement distingué les créances de sommes d'argent des autres meubles, corporels ou incorporels, tous soumis au même régime ? » (note sous Cass. com. 19 décembre 2006, *Deffrénois* 2008, art. 38726-2, n° 4, p.414). De la créance de somme d'argent à la somme d'argent, il n'y a en effet qu'un pas. Et si la première mérite, selon cet auteur, un régime d'affectation en garantie propre, alors la seconde ne le mérite pas moins. Il semblerait en effet plus judicieux d'adopter une nouvelle *summa divisio* structurant les sûretés réelles sur biens meubles : d'un côté, les sûretés portant sur la monnaie et, de l'autre, les sûretés portant sur tous les biens meubles corporels et incorporels autres que la monnaie.

⁹ Voir *supra* les développements relatifs à la fiducie (§ 535-595).

son droit réel de propriété sur les sommes nanties, et pourrait donc toujours agir en revendication – même dans le cadre de la procédure collective à laquelle pourrait être soumis le créancier, à condition toutefois d’agir dans le respect des délais¹⁰. Nul besoin dès lors de se lancer dans des arguties sans fin quant à la qualification et au régime de la sûreté. Nul besoin de se demander si la sûreté est un gage ordinaire, un gage irrégulier ou une fiducie. Nul besoin de se demander si le constituant a un droit réel ou personnel contre le créancier nanti et s’il est un propriétaire revendiquant ou un créancier chirographaire. Nul besoin de se demander, comme beaucoup de praticiens, si le « gage-espèces » existe encore : l’institution d’un régime d’affectation en garantie propre à la monnaie évincerait tous les débats qui tournent aujourd’hui autour de la question de savoir si le « gage-espèces » se cache derrière le gage avec dépossession de choses fongibles confondues de l’article 2341, alinéa 2, du code civil (introduit par l’ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006) ou s’il se cache derrière la fiducie introduite par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 et aménagée dans sa fonction de sûreté par l’ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 (articles 2372-1 et suivants du code civil). S’il est vrai que « la qualification du gage-espèces a bien été abordée lors des travaux de la Commission présidée par le professeur Michel Grimaldi, aucune disposition spécifique n’a finalement été adoptée », et « le terme ne figure d’ailleurs même pas dans l’ordonnance, ni l’expression de sûreté sur l’argent »¹¹. L’aménagement exprès d’un régime d’affectation propre à la monnaie permettrait de conjurer un silence qui plonge les praticiens dans le doute, et la doctrine dans des controverses sempiternelles.

619. Le professeur Rémy Libchaber écrit à juste titre que « la loi est fille du besoin »¹². Ce n’est pas « pour la satisfaction des juristes » que l’on propose un nouveau régime d’affectation en garantie des sommes d’argent, mais pour éradiquer les doutes des praticiens appelés tous les jours à rédiger des contrats qu’ils qualifient – souvent improprement – de « gage-espèces ». Le principe de sécurité juridique¹³ commande

¹⁰ L’article L. 624-9 du code de commerce enferme l’exercice de l’action en revendication des meubles dans un délai de trois mois suivant la publication du jugement ouvrant la procédure.

¹¹ S. Bros, « Le gage-espèces », *Droit et patrimoine* 2007 n° 161, p. 77. *Adde* : « Le gage-espèces après l’ordonnance du 23 mars 2006 », *Rev. Lamy dr. aff.* 2007, n° 14, p. 86.

¹² R. Libchaber, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois*, 30 août et 15 septembre 2007, n° 15 et 17, p. 1094 et p. 1194.

¹³ Rappelons que, si ce principe n’a pas de valeur constitutionnelle (Cons. constit., décision n° 96-385 DC du 30 décembre 1996), il a néanmoins été érigé au rang de principe général du droit par le Conseil d’État (CE 24 mars 2006, « Société KPMG », requête n° 288460, et, plus nuancé, CE 30 mars 2007, « Société ENEL », requête n° 289687), ainsi qu’au rang de principe général du droit communautaire par la Cour de Justice de l’Union Européenne (CJCE, 8 avril 1976, « Defrenne », Recueil 1976 p. 455 ;

l'élaboration d'un régime clair et unifié d'affectation en garantie de la monnaie, quelle que soit sa forme (fiduciaire ou scripturale), qui, une fois le contrat rédigé, ne permette plus aux praticiens de se demander encore si la rédaction qu'ils ont retenue a, ou non, transféré au créancier la propriété des sommes d'argent affectées en garantie, si elle va, ou non, permettre au constituant d'agir en revendication, et si le créancier va, ou non, pouvoir réaliser la sûreté en procédant à une simple compensation.

14 juillet 1977, « Bavaria », Recueil 1977 p. 1517 ; 3 mai 1978, « Töpfler », Recueil 1978 p. 1019). La Cour Européenne des Droits de l'Homme a également jugé que ce principe était implicitement contenu dans la notion de « procès équitable » définie à l'article 6 §1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin contre France* ; 16 décembre 1992, *Gouffre de la Pradelle contre France* ; 24 mars 2006, *Achour contre France* ; 10 octobre 2006, *Pessino contre France*).

Chapitre I. Le maintien dans le patrimoine du constituant d'une propriété entière ou démembrée lors de la constitution du nantissement de monnaie.

620. L'ancien régime d'affectation en garantie des sommes d'argent présentait des défauts que l'actuel régime a entendu corriger (section I). Mais, comme on l'a montré, le dispositif d'affectation en garantie des sommes d'argent aujourd'hui en vigueur reste largement perfectible, car il n'a pas éliminé toutes les incertitudes que nourrissait déjà l'ancien dispositif, au premier rang desquels l'incertitude qui porte sur l'existence ou non d'un transfert de la propriété des sommes lors de leur remise en garantie.

621. Il est proposé d'y remédier en instituant une unique sûreté sur la monnaie qui, en cas de confusion des sommes affectées en garantie, opérerait lors de sa constitution un démembrement de propriété *sui generis*, en transmettant au créancier le droit d'user (*usus*), de jouir (*fructus*) et de disposer provisoirement des sommes affectées en garantie tout en maintenant dans le patrimoine du constituant le droit d'en jouir et d'en disposer à titre définitif (*abusus*). Sorte de « quasi-usufruit à titre de garantie », cette sûreté ne pourrait être assimilée ni à l'aliénation fiduciaire du droit romain, puisqu'elle ne conférerait pas au créancier l'intégralité de la propriété mais seulement certains de ses attributs, ni à la fiducie-sûreté du droit français, puisqu'elle n'obéirait pas au même régime. N'emportant pas de transfert de la propriété au sens strict, cette sûreté devrait être qualifiée de nantissement, avec ceci de particulier que ce nantissement réaliserait un démembrement de la propriété à titre de garantie investissant le créancier non pas de la pleine propriété des sommes remises mais seulement du droit d'en disposer à titre temporaire¹⁴ (section II).

¹⁴ Un tel régime d'affectation en garantie nous paraît répondre au vœu formulé par le professeur Maxime Julienne, au sujet du nantissement de créance, de voir émerger une sûreté qui reconnaîtrait « au créancier le droit de disposer des fonds – et s'avère[r]ait en cela d'une souplesse appréciable – tout en concédant au constituant un droit de regard sur l'utilisation des sommes qui ont vocation à lui revenir par la suite » (*Le nantissement de créance*, 2011, thèse dirigée par L. Aynès et soutenue à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, § 216, p. 139).

Section I. L'actuel régime de constitution des sûretés sur sommes d'argent ne remédie que partiellement aux défauts et incertitudes de l'ancien.

622. En l'état du droit, comme il a été montré, les sûretés choisies pour affecter des sommes d'argent en garantie varient selon qu'il s'agit de monnaie fiduciaire ou scripturale, selon que l'on voit ou non dans la monnaie scripturale une créance au sens civil du terme, et selon que la monnaie remise en garantie est confondue avec la monnaie du créancier ou tenue séparée de celle-ci. Le spectre des sûretés possibles s'étend ainsi du gage de choses fongibles non confondues (article 2341, alinéa 1^{er}, du code civil) à la fiducie-sûreté sur sommes d'argent (article 2372-3, alinéa 3, du code civil), en passant par le nantissement de biens incorporels autres que les créances (article 2355 du code civil, et, par renvoi, article 2341, alinéa 1^{er}, du même code), le nantissement de créance (articles 2356 et suivants du code civil), le nantissement de compte (article 2360 du code civil) et le gage de choses fongibles confondues (article 2341, alinéa 2, du code civil).

C'est dire si l'actuel régime d'affectation en garantie des sommes d'argent n'a pas éliminé toutes les incertitudes et imperfections qu'il a héritées de l'ancien.

§ 1. Les défauts de l'ancien régime d'affectation en garantie des sommes d'argent.

623. Avant la réforme des sûretés opérée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, des articles publiés par un certain nombre de praticiens ont montré à quel point l'ancien régime d'affectation en garantie de la monnaie était confus : gage, nantissement de créance et « gage-espèces » étaient perçus comme des notions proches, tantôt parfaitement interchangeables, tantôt susceptibles de distinctions aussi subtiles que variables.

624. Classification tripartite. – Les avocats Philippe Pinsolle et Christophe Dugué ont exposé au début des années 1990 l'extrême complexité du sujet¹⁵. Alors

¹⁵ Ph. Pinsolle et Ch. Dugué, « Affectation en garantie par une banque des actifs de sa clientèle », *Banque et droit*, 1993, n° 27, p. 6.

qu'ils annonçaient deux techniques d'affectation en garantie des sommes d'argent, ces praticiens décrivaient trois formes de sûretés.

624-1. La première, qualifiée de « gage-espèces » consistait dans le virement à un compte spécial, ouvert dans les livres d'une banque, d'une somme que le banquier se devait de restituer une fois la dette garantie acquittée. Selon les auteurs précités, « il n'agi[ssai]t pas en réalité d'un gage au sens juridique du terme mais d'un transfert de propriété à titre de garantie »¹⁶. En d'autres termes, ce gage, quoiqu'en principe non translatif de propriété, quoique conçu pour individualiser les sommes remises à titre de garantie par affectation à un compte spécial, et quoique censé préserver le droit de propriété du constituant sur les sommes affectées en garantie, se transformait en fiducie-sûreté avec transfert d'une propriété pleine et entière au profit du créancier. Comme tel, il était affranchi, selon les mêmes auteurs, des règles de constitution du gage¹⁷. Mais ce gage/fiducie-sûreté était aussi qualifié de « paiement anticipé »¹⁸.

624-2. La deuxième forme de sûreté consistait dans le nantissement de la créance du client sur son banquier, matérialisée par l'existence d'un solde créditeur du compte nanti. Ce nantissement de créance, à distinguer d'un nantissement de compte, constituait, selon les avocats Philippe Pinsolle et Christophe Dugué, « un véritable gage au sens juridique du terme »¹⁹. Cette sûreté, exclusive de tout transfert de propriété, obéissait aux règles de constitution, au demeurant mal adaptées, du gage civil²⁰ ou commercial²¹.

624-3. La troisième forme de sûreté, dénommée « nantissement de compte », était décrite comme une garantie hybride, à mi-chemin entre le gage-espèces et le nantissement de créance. Cette sûreté empruntait au gage-espèces le principe du virement de monnaie scripturale à un compte spécial, mais elle avait ceci de commun avec le nantissement de créance que les sommes inscrites en compte demeuraient la

¹⁶ *Ibidem*, p. 8.

¹⁷ Anciens articles 2073 à 2084 du code civil et 91 à 93 du code de commerce.

¹⁸ Quant aux modalités de réalisation de la sûreté, les praticiens expliquaient qu'elles se limitaient à l'absence de restitution des sommes affectées en garantie « en application des dispositions de la convention de gage-espèces [...] qu'à la condition et à concurrence du paiement de la dette garantie » (Ph. Pinsolle et Ch. Dugué, « Affectation en garantie par une banque des actifs de sa clientèle », *Banque et droit*, 1993, n° 27, p. 8).

¹⁹ *Ibidem*, p. 8.

²⁰ Au sujet du gage garantissant une créance civile, MM. Philippe Pinsolle et Christophe Dugué expliquent que « l'[ancien] article 2074 du code civil, applicable en matière civile et imposant l'établissement d'un écrit mentionnant l'espèce et la nature des biens donnés en gage (donc le montant de la créance remise en gage) rend[ait] très difficile la constitution d'un gage civil sur le solde d'un compte bancaire qui, par hypothèse, [était] fluctuant » (*ibidem*, p. 8).

²¹ Le nantissement commercial de créances était régi par les anciens articles 2074 du code civil et 91 à 93 du code de commerce (établissement d'un écrit enregistré et signification au débiteur).

propriété du constituant. De l'aveu même des praticiens, « le régime juridique d'un tel gage [était] totalement incertain, en particulier en ce qui concern[ait] sa réalisation »²².

625. Classification quadripartite. – De leur côté, les professeurs Michel Cabrillac et Christian Mouly²³ distinguaient, à la fin des années 1990, quatre formes de sûretés sur sommes d'argent selon une classification qui ne correspondait pas à celle retenue par les avocats Philippe Pinsolle et Christophe Dugué. Selon les éminents auteurs, il fallait distinguer selon que les sommes d'argent étaient affectées à la garantie d'une créance dont était titulaire un banquier qui aurait également eu la qualité de dépositaire desdites sommes, ou que les sommes d'argent étaient affectées à la garantie d'une créance dont était titulaire un créancier « quelconque ».

625-1. Dans la première hypothèse, celle où le créancier est également le banquier dépositaire des fonds affectés en garantie, la sûreté pouvait être qualifiée soit de nantissement, si les fonds étaient inscrits au crédit d'un compte spécial ouvert au nom du constituant, soit de fiducie-sûreté (entendue comme propriété-sûreté translatrice d'une propriété pleine et entière), si les fonds étaient prélevés sur un compte du constituant pour être inscrits au crédit d'un compte interne du créancier et confondus avec d'autres sommes d'argent²⁴.

625-2. Dans la seconde hypothèse, il fallait, selon les professeurs Michel Cabrillac et Christian Mouly, opérer une sous-distinction selon que les sommes affectées en garantie étaient « remises directement » au créancier ou qu'elles étaient remises à un banquier qui aurait eu la qualité de dépositaire sans avoir celle de créancier.

Par « remise directe » au créancier, les professeurs Michel Cabrillac et Christian Mouly désignaient en fait l'hypothèse où les billets de banque ou sommes inscrites en compte étaient remis au créancier sans que ce dernier ait interdiction de les confondre au sein de son patrimoine. Dans ce cas, sans prendre parti sur la qualification de la sûreté qui pouvait, selon eux, être désignée aussi bien comme une « sûreté-propriété », que comme un « gage irrégulier » ou « quasi-gage » (par analogie avec le « quasi-usufruit »), les professeurs Michel Cabrillac et Christian Mouly estimaient que

²² Ph. Pinsolle et Ch. Dugué, « Affectation en garantie par une banque des actifs de sa clientèle », *Banque et droit*, 1993, n° 27, p. 8.

²³ M. Cabrillac, Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 9^e éd., 2010, n° 787-788, pp. 592-595. Cette dernière édition du manuel des professeurs Michel Cabrillac et Christian Mouly maintient la distinction élaborée par eux à la fin des années 1990.

²⁴ *Ibidem*, n° 697, p. 556.

le créancier acquérait la propriété pleine et entière des sommes affectées en garantie, en vertu d'un transfert de propriété qu'ils liaient à la fongibilité de la monnaie²⁵.

Lorsqu'à l'inverse, les sommes affectées en garantie étaient inscrites au crédit d'un compte spécial et bloqué tenu par un banquier qui n'était que dépositaire, « tiers convenu » et non pas créancier, les professeurs Michel Cabrillac et Christian Mouly entretenaient le flou sur la qualification de garantie qui, à les lire, pouvait s'analyser aussi bien comme un gage que comme un nantissement de créance ou un « nantissement de monnaie scripturale »²⁶.

626. Les trois régimes possibles d'affectation en garantie de la monnaie dans le droit des sûretés antérieur à la réforme de 2006. – Il est possible d'y voir plus clair dans ce désordre conceptuel qui plongeait la qualification et le régime des sûretés sur la monnaie dans l'incertitude et dans l'incohérence, en distinguant trois modes d'affectation en garantie des sommes d'argent – distinction qui, somme toute, rendait le choix entre les différents types de sûretés plus limité qu'il ne l'est aujourd'hui :

- le « gage-espèces », analysé tantôt comme un gage irrégulier tantôt comme une aliénation fiduciaire, s'il s'agissait de remettre en garantie de la monnaie fiduciaire ou scripturale confondue dans le patrimoine du créancier ;
- le gage « classique », s'il s'agissait de remettre en garantie de la monnaie fiduciaire non confondue dans le patrimoine du créancier ;
- le nantissement de créance, s'il s'agissait de remettre en garantie de la monnaie scripturale non confondue dans le patrimoine du créancier.

²⁵ *Ibidem*, n° 696, pp. 554-555. Alors même qu'il pouvait s'agir aussi bien d'une fiducie-sûreté innommée que d'un gage irrégulier, les professeurs Michel Cabrillac et Christian Mouly en concluaient que les formalités requises pour la constitution du gage n'étaient pas nécessaires « et que la remise (fût-ce sous sa forme scripturale) [était] suffisante ».

²⁶ *Ibidem*, n° 696, pp. 555-556 : « la dépossession est réalisée par le transfert des fonds dans un compte à affectation spéciale, un compte bloqué qui peut éventuellement produire des intérêts, lesquels, sauf convention contraire, doivent être attribués au constituant. Bien qu'il soit propriétaire des fonds ainsi isolés, le constituant ne peut pas faire de retrait sur ce compte (objet d'un droit de rétention du gagiste) ; son solde n'est pas susceptible, du fait de son affectation, d'entrer en compensation avec ceux des autres comptes du constituant ou toute autre créance que le banquier pourrait avoir sur ce dernier [...] Ce dépôt peut être l'objet de plusieurs gages successifs au profit de plusieurs personnes [...] Le gagiste n'a pas sur les fonds un droit exclusif, mais seulement le « privilège » du gagiste. Il peut éviter d'être primé par des créanciers de rang préférable en demandant l'attribution judiciaire sans qu'une expertise soit nécessaire, attribution judiciaire qui est au demeurant le seul mode de réalisation forcée qui soit concevable, la vente étant absurde. Cette formule peut-elle être analysée en un nantissement de créance (celle du constituant déposant sur la banque) ou en un nantissement de monnaie scripturale ? [...] L'enjeu concret du débat est [...] considérable, qui concerne les formalités de constitution ; la première analyse impose l'établissement d'un écrit ayant date certaine et la signification à la banque, lourdes formalités qui sont superfétatoires avec la seconde analyse ».

Et les professeurs Michel Cabrillac et Christian Mouly de prendre prudemment parti : « on considère de plus en plus volontiers que la monnaie scripturale constituée par les avoirs en comptes bancaires a une existence autonome et ne peut pas être réduite à une simple créance sur la banque ; qu'elle est un bien susceptible d'être transmis par un jeu d'écritures équivalant à la tradition ».

627. Pour ce qui est de la constitution des sûretés sur sommes d'argent, c'est le nantissement de créance qui présentait les principaux défauts de l'ancien régime d'affectation en garantie.

A – Les défauts de l'ancien régime de constitution du gage.

628. Le « gage-espèces » portant sur de la monnaie fiduciaire ou scripturale confondue dans le patrimoine du créancier se formait par la seule remise de la chose, sans que soit exigée la moindre formalité au titre de sa validité ou de son opposabilité²⁷.

629. Toutefois, il n'en allait ainsi que si l'on voyait dans le « gage-espèces » une aliénation fiduciaire. Si ce dernier était qualifié de gage irrégulier, il devait alors être fait application du régime de constitution du gage de droit commun qui régissait par ailleurs l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire non confondue dans le patrimoine du créancier.

630. Condition de validité : remise de la chose. – Ce gage de droit commun se formait par la remise de la chose, qui était exigée à titre de validité de la sûreté. C'est en effet ce qui résultait de la lecture combinée des anciens articles 2073 et 2076 du code civil. La première de ces dispositions reconnaissait au créancier gagiste un droit de préférence, en prévoyant que « le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet par privilège et préférence aux autres créanciers ». La seconde disposition liait la naissance et la survie du privilège à la possession de la chose en ajoutant que « dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les

²⁷ En ce sens : S. Piedelièvre, *Les sûretés*, Armand Colin, coll. Coursus, 1^{ère} éd., 1996, n° 258, p. 149 : l'auteur affirme que, s'agissant d'un gage-espèces conçu comme une fiducie-sûreté innommée, « les formalités du gage n'ont pas à être respectées ». L'auteur a par la suite nuancé son propos, estimant que, depuis la réforme du droit des sûretés opérée en 2006, il est « possible de considérer que l'article 2341 du code civil qui prévoit la possibilité d'un gage translatif de propriété vise par voie de conséquence le gage-espèce » et qu'en conséquence, les règles de constitution du gage, comme l'exigence d'un écrit, doivent être respectées (*Droit des sûretés*, Ellipses, 2008, n° 411, pp. 253-254).

Un arrêt rendu le 23 avril 2003 par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a toutefois semé le doute, en déclarant que la dépossession du constituant réalisée par l'inscription des sommes affectées en garantie au crédit d'un compte spécial n'était pas opposable aux tiers, en l'absence d'écrit ayant date certaine (Cass. com. 23 avril 2003, *JCP G* 2003, II, 10140, note D. Schmidt et Delespaul ; *JCP G* 2003, I, 176, n° 19, obs. Ph. Delebecque). Il faut néanmoins noter que, dans cette espèce, il ne s'agissait pas à proprement parler d'un « gage-espèces » puisque le caractère spécial du compte permettait d'identifier et d'isoler la monnaie scripturale remise en garantie qui, par là même, n'était pas confondue dans le patrimoine du créancier. La sûreté en cause dans cette affaire était plutôt un nantissement de créance qu'un « gage-espèces ».

parties ». Avant 2006, sauf cas particuliers expressément prévus par la loi²⁸, il n'y avait donc de gage qu'avec dépossession et, le cas échéant, entiercement.

631. Condition d'opposabilité : enregistrement. – Le gage « classique » n'était opposable aux tiers que si était accomplie une formalité d'enregistrement. L'ancien article 2074 du code civil disposait en effet que le privilège du créancier gagiste « n'a[vait] lieu à l'égard des tiers qu'autant qu'il y a[vait] un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des biens donnés en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesures ». Toutefois l'exigence d'un enregistrement *ad probationem* souffrait un tempérament lorsque le gage présentait un caractère commercial, et non civil. Dans l'hypothèse où le gage était constitué soit par un commerçant soit par un non-commerçant mais à l'occasion d'un acte de commerce, la validité du gage entre les parties comme son opposabilité aux tiers se prouvaient conformément à l'article L. 110-3 du code de commerce qui dispose qu'« à l'égard des commerçants, les actes de commerce peuvent se prouver par tous moyens à moins qu'il n'en soit autrement disposé par la loi ». La preuve étant libre en matière commerciale, bon nombre d'affectations en garantie de sommes d'argent non confondues dans le patrimoine du créancier qui

²⁸ Ces exceptions étaient principalement les suivantes :

- le nantissement de fonds de commerce (institué par la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce) et le nantissement de fonds artisanal (institué par la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat), qui sont régis par les articles L. 142-1 et suivants du code de commerce, et qui peuvent avoir un caractère conservatoire (loi n° 55-1475 du 12 novembre 1955 relative aux mesures conservatoires, modifiée par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution ; ancien article 252 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi du 9 juillet 1991 précitée ; article R. 532-2 du code des procédures civiles d'exécution) ;
- le nantissement des droits d'exploitation des œuvres cinématographiques, institué par la loi du 22 février 1944 relative à la publicité des actes, conventions et jugements en matière de cinématographie, et régi par les articles L. 123-1, L. 123-2 et L. 124-1 et suivants du code du cinéma et de l'image animée ;
- le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement (institué par la loi n° 51-59 du 18 janvier 1951) qui est régi par les articles L. 525-1 et suivants du code de commerce ;
- le nantissement de parts sociales qui, pour les parts de sociétés civiles, est régi par les articles 1866 et suivants du code civil, et qui, pour les parts de sociétés à responsabilité limitée (SARL), ne fait pas l'objet de dispositions spécifiques, et qui peut être ordonné par le juge à titre conservatoire (loi du 9 juillet 1991 précitée ; ancien article 253 du décret du 31 juillet 1992 précité ; article R. 532-3 du code des procédures civiles d'exécution) ;
- le nantissement du droit d'exploitation des logiciels (institué par la loi n° 94-361 du 10 mai 1994) qui est régi par l'article L. 132-34 du code de la propriété intellectuelle ;
- le gage de compte d'instruments financiers, qui, institué par la loi du 2 juillet 1996, est devenu le nantissement de comptes-titres, régi par l'article L. 211-20 du code monétaire et financier, et qui a été inspiré par le nantissement judiciaire conservatoire des valeurs mobilières (loi du 9 juillet 1991 précitée ; ancien article 254 du décret du 31 juillet 1992 précité ; article R. 532-4 du code des procédures civiles d'exécution).

Quant aux warrants, ils ne sont pas à proprement parler des gages sans dépossession, mais constituent, comme le gage sur véhicule automobile (articles 2351 à 2353 du code civil), des gages avec dépossession fictive. En effet, le warrant agricole (institué par une loi du 30 avril 1906 et régi par les articles L. 342-1 à L. 342-17 du code rural et de la pêche maritime), le warrant hôtelier (institué par une loi du 8 août 1913 et régi par les articles L. 523-1 à L. 523-15 du code de commerce), le warrant pétrolier (institué par une loi du 21 avril 1932 et régi par les articles L. 524-1 à L. 524-21 du code de commerce), le warrant industriel (institué par une loi du 12 septembre 1940) et le warrant sur marchandises (institué par une ordonnance du 6 août 1945 et régi par les articles L. 522-1 à L. 522-40 du code de commerce) emportent dépossession du constituant. Il s'agit :

- soit d'une dépossession réelle par entiercement (dépôt dans un magasin général) ;
- soit d'une dépossession fictive par remise d'un titre – dans quel cas le porteur du warrant (créancier ou endossataire) était considéré comme étant en possession réelle de la chose warrantée, puisque la Cour de cassation, statuant en sa chambre civile, avait jugé, le 22 avril 1918, au sujet d'un warrant agricole, que le warrant était la représentation légale de la chose warrantée et qu'il conférerait une possession équivalente à la possession réelle (D. 1919, I, p. 33, note H. Capitant).

s'effectuaient, dans un cadre commercial, selon les modalités prévues pour le gage de droit commun, se trouvaient affranchies de l'obligation d'enregistrement à laquelle était subordonnée l'opposabilité des gages civils.

632. Le législateur a tenté de favoriser l'attraction du régime du gage sur l'affectation en garantie des sommes d'argent en créant dans le code civil un article 2075-1 ancien qui disposait que « le dépôt ou la consignation de sommes, effets ou valeurs, ordonnée judiciairement à titre de garantie ou à titre conservatoire, emport[ait] affectation spéciale et privilège de l'[ancien] article 2073 ». C'était soumettre les nombreux cautionnements, séquestres et consignations, prévus notamment par le droit pénal et le droit douanier, au régime du gage de droit commun.

633. Mais dans la mesure où beaucoup d'auteurs et de praticiens analysaient la monnaie scripturale comme étant constitutive d'une créance au sens civil du terme, le gage de droit commun n'était pas conçu comme le seul mode d'affectation en garantie des sommes d'argent non confondues dans le patrimoine du créancier. C'est ainsi que l'affectation en garantie de monnaie scripturale non confondue dans le patrimoine du créancier s'est trouvée soumise au régime du nantissement de créance qui, à l'époque, n'était qu'une variante du régime du gage de droit commun puisque les notions de « gage » et de « nantissement » étaient toutes deux appliquées aux sûretés mobilières conférant un droit de préférence au créancier et que leur périmètre n'était pas encore limité aux biens corporels pour la première et aux biens incorporels pour la seconde²⁹.

²⁹ Dans son très intéressant article intitulé « De la garantie monétaire » (*RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 43), le professeur Didier-René Martin explique que, contrairement à ce qu'ont pu soutenir certains auteurs, l'usage avait été pris, par le passé, d'employer le terme de « nantissement » plutôt que de celui de « gage », non pas tant lorsque l'objet de la sûreté était un bien meuble incorporel, que lorsque la sûreté était sans dépossession. La liste (établie plus haut) des sûretés mobilières qui, avant la réforme de 2006, n'emportaient pas dépossession du constituant, par exception au principe régissant le gage, confirme que la plupart d'entre elles étaient qualifiées de « nantissements ». Le professeur Didier-René Martin soutient que « nantir, c'est remettre quelque chose à quelqu'un pour assurance, ou sûreté, d'une dette », que « le mot a donc un sens générique qui lui fait embrasser, selon [l'ancien] article 2072 [du code civil], aussi bien le gage de chose mobilière que l'antichrèse [portant sur un immeuble] », mais qu'« il a cependant subi, au cours du XX^e siècle, une inflexion de sens [...de sorte que...] la caractéristique commune à ces sûretés réside dans le mode de leur opposabilité : elle est assurée non par la dépossession du constituant, mais par une mesure de publicité [et] de sorte que s'est instauré l'usage, maintenant séculaire, de réserver l'appellation de gage à la sûreté mobilière avec dépossession, et celle de nantissement à la sûreté mobilière sans dépossession » (*ibidem*). Le professeur Didier-René Martin en tire parti pour critiquer le choix fait par la « commission Grimaldi », dans son avant-projet de réforme, et par les auteurs de l'ordonnance inspirée par cet avant-projet, de réserver la qualification de « gage » aux sûretés portant sur des meubles corporels et celle de « nantissement » aux sûretés portant sur des meubles incorporels, car, selon lui, ce qui, pour une sûreté, justifie la qualification de « nantissement », « c'est d'être articulée sur une mesure de publicité, et non d'être relative à un bien incorporel » (*ibidem*, p. 44).

B – Les défauts de l'ancien régime de constitution du nantissement de créance.

634. Si le régime du nantissement de créance, conçu alors comme un simple « gage sur créance », partageait avec celui du gage de droit commun un certain nombre de similitudes, et s'il avait notamment l'avantage de dispenser les parties au contrat de la formalité de l'enregistrement prévue par l'ancien article 2074 du code civil, dès lors qu'il s'agissait de nantir une créance de nature commerciale, puisqu'en application de l'article L. 110-3 du code de commerce, les actes de commerce peuvent, à l'égard des commerçants, se prouver par tous moyens, il n'en reste pas moins qu'il présentait quelques spécificités, dont quelques inconvénients qui lui étaient propres³⁰.

1 – La signification à titre d'opposabilité puis de validité du nantissement

635. L'ancien article 2075 du code civil prévoyait que « lorsque le gage s'établi[ssai]t sur des meubles incorporels, tels que les créances mobilières, l'acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, [était] signifié au débiteur de la créance donnée en gage, ou accepté par lui dans un acte authentique ». Ainsi, que la créance nantie fût de nature civile ou commerciale, le constituant et le créancier n'étaient pas dispensés de recueillir, dans un acte authentique, l'acceptation du débiteur

³⁰ On ne s'attardera pas ici sur le problème de la mise en possession de la créance nantie. Dans sa thèse de doctorat sur *Les garanties conventionnelles sur créances*, le professeur Dominique Legeais signale que « cette soumission presque totale du nantissement de créance au droit commun du gage ne va pas sans poser quelques problèmes », car « on ne peut réaliser de manière identique la mise en possession d'un bien corporel et celle d'un bien incorporel » (*op. cit.*, p. 25). Dans le silence de la loi, la jurisprudence est très tôt venue préciser que la mise en possession de la créance nantie pouvait s'entendre de la remise au créancier de l'acte établissant l'existence de la créance (Req. 11 juin 1846, S. 1846, I, p. 444, DP. 1846, I, p. 252 ; Cass. civ. 27 janvier 1908, S. 1910, I, p. 537, note Naquet). Mais, en premier lieu, les conditions de la mise en possession ont été interprétées avec une grande souplesse par les juges qui, par exemple, se sont contentés, lorsque la tradition matérielle du titre de créance était impossible faute pour la créance nantie de n'être ni liquide ni totalement affectée en garantie, de la signification du nantissement au débiteur de la créance nantie. C'est ainsi qu'il a été jugé par la Cour de cassation statuant en sa première chambre civile, le 10 mai 1983, que « si le privilège ne subsist[ait] sur la chose donnée en gage qu'autant que celle-ci a[vait] été mise et [était] restée en possession du créancier conformément à l'[ancien] article 2076 du code civil, cette mise en possession [était] suffisamment réalisée, au cas où le gage port[ait] sur une créance, et où la tradition [était] matériellement impossible, par la signification au débiteur de la créance donnée en gage » (Cass. 1^{ère} civ. 10 mai 1983, Bull. civ. I, n° 141, D. 1984, p. 433, note Légier, *Defrénois* 1983, p. 1393, note A. Piedelièvre). C'était se satisfaire d'une condition de publicité du nantissement de créance pour apprécier le respect de ses conditions de validité.

En second lieu, l'assimilation de la remise du titre de créance à la mise en possession du droit de créance revenait à assimiler le titre et le droit. Le professeur Dominique Legeais, dans sa thèse de doctorat, admet que « lorsqu'il y a gage sur créance, il n'y a pas véritablement remise du droit puisque celui-ci n'est pas incorporé au titre », mais il minimise la difficulté en expliquant que « cette fiction – la remise du document équivalente à la remise du droit – n'exclut pourtant pas l'existence d'une mise en possession » puisque « de telles fictions existent déjà », comme la remise des clefs pour la mise en possession d'un immeuble, et que c'est la conséquence naturelle de l'impossibilité de transposer aux biens incorporels les règles définies pour la mise en gage des biens corporels (*Les garanties conventionnelles sur créances, op. cit.*, p. 42). Il n'en reste pas moins qu'il s'agissait là d'un « bricolage » prétorien qui ne parvenait à dissimuler ni l'inadéquation du régime du nantissement à son objet, la créance, ni le fait que l'on faisait « comme si » le droit était incorporé au titre. Or d'éminents auteurs ont rappelé que « le droit ne s'incorpore pas dans le titre », que « ce n'est donc pas avoir une maîtrise utile sur la créance que d'en avoir le titre en mains », et que « la détention matérielle du titre est en soi un fait neutre, sans conséquence » (M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, *Les biens*, par J. Boulanger, LGDJ, 1958, p. 342).

de cette créance nantie, ou de signifier à ce dernier le nantissement, pour que la sûreté fût rendue opposable à ce tiers intéressé ainsi qu'aux autres tiers (*penitus extranei*). Il s'agissait d'aligner le régime d'opposabilité du nantissement de créance sur celui des cessions de créances pour lesquelles l'article 1690 du code civil prévoit que « le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur [...ou...] par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique ».

636. Mais, outre le fait qu'il conduisait à une publicité très imparfaite³¹, un tel alignement des régimes d'opposabilité des nantissements et des cessions de créance pouvait avoir des conséquences absurdes lorsque c'était de la monnaie scripturale qui était réputée former la créance nantie. En effet, si, dans certains cas, le créancier auquel le constituant remettait de la monnaie scripturale pouvait être un banquier autre que le sien, il n'en reste pas moins que, très fréquemment, le créancier auquel était remise la monnaie scripturale, c'est-à-dire la « créance nantie », était le banquier du constituant. Dans cette dernière hypothèse, le banquier, créancier nanti, se voyait remettre par son client (le constituant) une « créance » de restitution dont lui-même était le débiteur, tant et si bien qu'aux fins d'opposabilité de la sûreté ainsi constituée, le banquier, créancier nanti, devait se signifier à lui-même (débiteur de la créance nantie) le nantissement³². Lorsqu'il portait sur de la monnaie scripturale, le nantissement de créance obéissait donc à un régime dont les lourdeurs frisaient l'absurdité et trahissaient le fait que la monnaie scripturale ne pouvait être traitée comme une créance au sens civil du terme.

³¹ Dans la mesure où la condition d'opposabilité du nantissement de créance était soit sa signification au débiteur de la créance nantie, soit son acceptation par ce dernier dans un acte authentique, les tiers devaient quérir des informations auprès du débiteur de la créance nantie. C'est ce qui fit dire au professeur Dominique Legeais que « la publicité de ces garanties [était], pour ainsi dire, inexistante », puisque « c'est seulement auprès du débiteur du constituant que des informations [pouvaient] être obtenues » et qu'« il [fallait] donc des investigations délicates, au caractère aléatoire, incompatibles avec les exigences de sécurité du commerce juridique » (D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, *op. cit.*, p. 176). D'autres auteurs étaient allés jusqu'à qualifier le nantissement de créance de « sûreté occulte » : outre ceux de Michel Cabrillac et de Christian Mouly (*Droit des sûretés*, Litec, 9^e éd., 2010, n° 774, note 11, p. 581), voir les développements de P. Crocq, (*Propriété et garantie*, *op. cit.*, p. 292). Ce dernier auteur explique que « dans le cas des créances, le seul élément de fixité est la personne du débiteur », que « c'est seulement par rapport à lui que la publicité peut être organisée, par les [anciens] articles 1690 et 2075 du code civil en matière de cession et de nantissement de créances », et que « le législateur a estimé que d'éventuels cessionnaires ou bénéficiaires d'un nantissement se renseigneraient auprès du débiteur de la créance pour savoir si elle n'a pas déjà fait l'objet d'une autre cession ou d'un autre nantissement » (*ibidem*). C'est ce qui fit dire aux professeurs Philippe Malaurie, Laurent Aynès et Philippe Stoffel-Munck que « le débiteur jou[ait] le rôle d'un centre de renseignements, un quasi-conservateur des hypothèques » (*Les obligations*, LGDJ, Coll. Droit civil, 6^e éd., 2013, n°1415, pp. 755-756). Mais dans la mesure où, en pratique, les tiers ne se renseignaient qu'au moment où eux-mêmes procédaient à la signification, soit après la cession ou après la constitution du nantissement, la cession et la sûreté restaient largement occultes.

³² D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, *op. cit.*, p. 53.

637. L'inconvénient lié à l'obligation pour le créancier nanti de signifier le nantissement de créance au banquier débiteur de la créance nantie, qui, bien souvent, était aussi le créancier nanti, n'a fait que s'accroître lorsque la jurisprudence a érigé en condition de validité du nantissement ce qui, à l'origine, n'en était qu'une condition d'opposabilité³³.

La première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 6 janvier 1994, suivie par la chambre commerciale (dans des arrêts du 28 janvier 1997 et du 23 janvier 2001), a en effet transformé la condition d'opposabilité du nantissement qu'était initialement la signification au débiteur de la créance nantie prévue par l'ancien article 2075 du code civil, en condition de validité à laquelle furent donc soumises l'efficacité du contrat entre les parties, et, par voie de conséquence, la naissance du droit réel accessoire de préférence du créancier nanti³⁴. Il fut en effet jugé par la Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile, que la signification exigée par l'[ancien] article 2075 du code civil n'était pas une simple mesure de publicité, mais bien l'une des conditions substantielles de la naissance du droit réel au profit du créancier gagiste, et que tant qu'elle n'avait pas été faite, le créancier ne pouvait exercer aucun des droits reconnus au créancier gagiste, pouvant tout au plus se prévaloir d'une promesse de gage³⁵. Et la chambre commerciale n'a fait qu'abonder dans le même sens en jugeant que « le gage qui porte sur des meubles incorporels ne confère de droit réel au créancier gagiste qu'autant que l'acte conclu entre les parties a été enregistré puis signifié au débiteur de la créance gagée, ou accepté par lui dans un acte authentique »³⁶. S'il est vrai que, pour justifier cette jurisprudence, on peut avancer qu'un droit réel qui n'est pas opposable n'est guère différent d'un droit réel qui n'existe pas, en particulier lorsqu'il s'agit pour un créancier d'opposer un droit réel accessoire de préférence venant en concours avec d'autres droits réels accessoires de préférence sur le(s) même(s) bien(s), il n'en reste pas moins, lorsque le nantissement de créance portait sur de la monnaie scripturale, l'évolution de la condition de la « signification à soi-même » de

³³ N. Borga, note sous Cass. com. 26 mai 2010 (D. 2010, p. 2201) : « avant la réforme du 23 mars 2006, le nantissement devait non seulement figurer sur un écrit, mais également être signifié au débiteur de la créance nantie. C'était là une condition de validité du nantissement et non simplement d'opposabilité ».

³⁴ Cass. 1^{ère} civ. 6 janvier 1994 (Bull. civ. I n° 4, *Defrénois* 1994, p. 1175, obs. L. Aynès) ; Cass. com. 28 janvier 1997 (Bull. civ. IV, n° 35, *JCP G* 1997, II, 22791, rapp. J. - P. Rémy, *JCP G* 1997, I, 4033, n° 19, obs. Ph. Delebecque, D. 1997, somm. p. 214, obs. A. Honorat, D. 1998, somm. p. 140, obs. Jobard-Bachellier) ; Cass. com. 23 janvier 2001 (Bull. civ. IV, n° 20, D. 2001, Aj. p. 779, obs. A. Lienhard, *JCP G* 2001, I, 315, n° 17, obs. Ph. Delebecque, *Defrénois* 2001, p. 942, obs. Ph. Théry).

³⁵ Cass. 1^{ère} civ. 6 janvier 1994 (Bull. civ. I n° 4, *Defrénois* 1994, p. 1175, obs. L. Aynès).

³⁶ Cass. com. 23 janvier 2001 (Bull. civ. IV, n° 20, D. 2001, Aj. p. 779, obs. A. Lienhard, *JCP G* 2001, I, 315, n° 17, obs. Ph. Delebecque, *Defrénois* 2001, p. 942, obs. Ph. Théry).

condition d'opposabilité en condition de validité de la sûreté n'a fait qu'alourdir et fragiliser son régime.

638. La « signification à soi-même » à laquelle conduisait l'affectation en garantie de monnaie scripturale par la voie du nantissement de créance a fait l'objet des critiques unanimes à la fois des praticiens et de la doctrine³⁷.

Selon le professeur Dominique Legeais, l'ancien régime du nantissement de créance était désuet et inadapté parce qu'« en 1804, la créance n'était pas [...] considérée comme un instrument ordinaire de crédit », de sorte que « les rédacteurs du code [civil] n'ont pas eu conscience de l'intérêt que pouvait présenter un droit favorisant le développement d'un crédit assis sur les créances », et qu'ils se sont « contentés de transposer [aux créances] les dispositions relatives à la mise en gage des meubles corporels », oblitérant ainsi presque totalement les spécificités des garanties sur créances³⁸.

2 – La remise de la chose à titre de validité du nantissement

639. L'un des principaux reproches faits à l'ancien régime de constitution du gage était sa nature de contrat réel, et les complexités de régime qui en découlaient. Si la nature de contrat réel du contrat de gage avait l'avantage de ne requérir la rédaction d'un écrit (et son enregistrement) qu'à titre d'opposabilité (ancien article 2074 du code civil), elle avait l'inconvénient d'imposer la remise de la chose à titre de validité. Il fallait donc une mise en possession du créancier, comme le prévoyait l'ancien article 2076 du code civil : « dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties ».

640. En conséquence, si le bien affecté en garantie était un meuble corporel, la tradition était requise à titre de validité – avec l'aménagement possible d'une tradition feinte. Si le bien affecté en garantie était un meuble incorporel, et plus précisément une créance, la signification du nantissement au débiteur de la créance nantie, en principe

³⁷ D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, *op. cit.*, p. 12 : « la procédure de signification ou d'acceptation du débiteur de la créance nantie dans un acte authentique, imposée par l'[ancien] article 2075 du code civil, est en effet très lourde. Le respect de cette formalité interdit pratiquement la constitution d'une garantie portant sur plusieurs créances. L'[ancien] article 2075 du code civil paraît d'autant plus critiquable que la publicité de l'opération qui est réalisée est bien imparfaite et n'assure pas une réelle sécurité des relations juridiques. Le nantissement de créance conçu par les rédacteurs du code civil ne peut donc satisfaire les impératifs de sécurité et de rapidité du commerce juridique ».

³⁸ *Ibidem*, p. 10.

requis à titre d'opposabilité, était réputée équivaloir à la tradition requise à titre de validité – ce qui, en pratique, aboutissait à une aberration déjà soulignée : le créancier, qui était (et est encore) souvent le banquier teneur de compte du débiteur constituant, se voyait consentir une sûreté sur un compte du débiteur tenu par lui-même, de telle sorte qu'en tant que créancier nanti, il devait se signifier à lui-même (débiteur de la créance nantie) l'affectation en garantie des sommes inscrites en compte³⁹.

Il a en effet été jugé par la Cour de cassation, statuant en sa première chambre civile, le 10 mai 1983, que la mise en possession du gagiste est suffisamment réalisée par la signification au débiteur de la créance donnée en gage, au cas où le gage porte sur une créance et où la tradition est matériellement impossible (parce que, par exemple, la créance n'est ni constatée ni constatable dans un titre)⁴⁰.

641. Des incohérences du « nantissement sur soi-même »⁴¹, le professeur Christian Larroumet tirait parti pour louer la simplicité de constitution d'une fiducie-sûreté innommée et translatrice d'une propriété pleine et entière, et justifier le choix d'appliquer cette qualification à l'affectation en garantie de sommes d'argent,

³⁹ M. Vasseur & X. Marin, *Les comptes en banque*, t. I, Sirey, 1966, n° 288, p. 498 : le banquier créancier-preneur de compte devait « s'adresser à lui-même la signification de l'acte de constitution de gage ; créancier-gagiste, il n'a sur son gage de droits opposables aux tiers qu'après s'être signifié à lui-même, débiteur de la créance mise en gage, la constitution du gage ».

⁴⁰ Cass. 1^{ère} civ. 10 mai 1983 (Bull. civ. I n° 141 ; D. 1984 p. 433, note G. Légier ; *Defrénois* 1983, art. 33161, p. 1393, obs. A. Piedelièvre). Le professeur Pierre Crocq (*Propriété et garantie*, op. cit., p. 292) interprète cette décision comme ayant « affirmé que la possession exigée était celle de l'état de créancier et non celle de la créance elle-même, qui serait impossible », et il soutient que « l'absence de possibilité de tradition (faute de matérialisation de la créance dans un titre) est la marque de l'absence de possibilité de possession véritable de la créance et [que] le droit se satisfait de la mise en possession de la qualité de créancier réalisée par la signification ». Il s'agit là d'une analyse sous-tendue par un parti pris défavorable à la thèse selon laquelle les biens incorporels en général, et les créances en particulier, peuvent faire l'objet d'une possession. Ce parti pris est partagé par les professeurs Michel Cabrillac et Christian Mouly qui ont pu affirmer, par le passé, que « la double exigence (de mise en possession initiale et permanente) s'appliqu[ait] non seulement aux meubles corporels mais aussi aux meubles incorporels », qu'« on [pouvait] s'en étonner, puisque ces derniers ne [pouvaient] être l'objet d'une véritable possession », et que « c'[était] en réalité un substitut de la possession qui, au prix d'un abus de langage, [était] ici pris en considération : le pouvoir de fait susceptible d'être exercé sur ces meubles, comme, par exemple, le pouvoir de percevoir une créance ou celui de faire valoir les prérogatives attachées aux parts sociales » (*Droit des sûretés*, Litec, 9^e éd., 2010, n° 739, pp. 553-554). On a néanmoins montré plus haut que la thèse selon laquelle les biens incorporels, parmi lesquels les créances, étaient insusceptibles de possession, prêtait à discussion. Voir *supra* les développements sur la possession du billet de banque (§ 225 et s.).

⁴¹ Le professeur Jérôme François (note sous Cass. com. 3 juin 1997, D. 1998, p. 61) résume assez bien les absurdités du régime du « nantissement sur soi-même » : « d'un côté, on ne voit pas comment les formalités de constitution normalement applicables au nantissement de créance pourraient être étendues [au « nantissement sur soi-même »]. On sait, en effet, que l'[ancien] article 2075 du code civil, auquel il n'est pas dérogé en matière commerciale, prévoit qu'à l'instar de la cession de créance, le nantissement doit être signifié au débiteur de la créance ou accepté par lui dans un acte authentique. Or ces formalités n'ont aucun sens lorsque le débiteur de la créance nantie est également le créancier garanti. D'un autre côté, la créance nantie et la créance garantie étant par hypothèse réciproques, le mécanisme compensatoire aura vocation à présider au dénouement du nantissement sur soi-même, un tel mode de réalisation étant en revanche étranger au nantissement de créance classique. Plus exactement, eu égard au lien de garantie tissé entre les deux créances, le régime de la compensation des dettes connexes devrait être appliqué ».

Dans le même sens : M. Cabrillac, Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 9^e éd., 2010, n° 788, p. 595. Les professeurs Michel Cabrillac et Christian Mouly s'interrogent sur la qualification du « nantissement sur soi-même » : « l'opération correspond-elle à un nantissement de créance, le banquier recevant en gage une créance sur lui-même, ou, comme nous le pensons, correspond-elle à un nantissement de monnaie scripturale ? » Prétendant que « le problème n'a pas d'incidence sur la valeur de la sûreté, car, de toute façon, le banquier a une dette de restitution qu'il peut compenser avec la créance garantie lorsqu'elle vient à échéance, ce qui lui assure une priorité absolue » - ce dont nous avons montré que c'était impossible si l'on s'en tenait à une définition stricte de la notion de compensation (légale et conventionnelle) -, les éminents auteurs n'en cachent pas moins « l'incertitude sur les formalités que requiert la constitution d'un tel gage [...et qui] incite les banques à délaisser le nantissement, lorsque les modalités de l'opération le leur permet, pour recourir à des conventions de compensation ou à des conventions d'unité ou de fusion de comptes, qui ne sont soumises à aucun formalisme et dont la jurisprudence a reconnu, en règle générale, la validité et l'opposabilité aux tiers ».

particulièrement lorsqu'elle portait sur de la monnaie scripturale, qu'elle fût ou non confondue dans le patrimoine du créancier⁴². L'application, à l'affectation en garantie de monnaie scripturale, de la qualification de « fiducie-sûreté », permettait d'éviter que soit requise, à titre de validité au moins, une signification par le créancier à lui-même de ladite affectation en garantie.

642. De son côté, le professeur Dominique Legeais louait les progrès que l'endossement pignoratif⁴³ avait fait réaliser à cette affectation en garantie de créances bien particulières que sont les effets de commerce, et appelait en conséquence à s'inspirer de la simplicité de constitution du gage sur ces effets pour réformer le régime du nantissement de créance⁴⁴.

643. L'inadéquation de l'ancien régime de constitution du nantissement de créance à son objet s'ancrait, selon le professeur Dominique Legeais, dans la perception unitaire de la sûreté qui était celle des rédacteurs du code civil, alors même que, selon le même auteur, la nature du nantissement de créance, à l'instar du cautionnement réel, était mixte : s'il est vrai que le créancier nanti a un droit de préférence sur le « bien » que constitue la créance nantie dans le patrimoine du constituant, il n'en reste pas moins que ce « bien » consiste en un droit personnel, à savoir un droit de gage général sur le patrimoine du débiteur de la créance nantie⁴⁵.

⁴² Ch. Larroumet, note sous Cass. com. 17 mai 1994 (D. 1995, jur. p. 124) : « s'il s'agit d'une fiducie, il n'est point nécessaire de respecter les règles relatives à la constitution du gage. En particulier, les prescriptions de l'[ancien] article 2074 du code civil n'ont pas à être observées en matière civile. Quant à l'exigence d'une mise en possession effective du créancier nanti ([ancien] article 2076 du code civil et [ancien] article 92 du code de commerce), elle est une condition du gage en raison de ce que celui-ci apparaît comme un contrat réel. Par conséquent, elle est nécessaire non seulement quant à l'opposabilité du gage aux tiers, ce qui n'est que l'application du principe énoncé aux articles 1141 et 2279 du code civil, mais encore et surtout *inter partes*. La fiducie ne devant point être considérée comme un contrat réel, il n'y aurait point de raison d'exiger une mise en possession *inter partes* ».

⁴³ Le professeur R. Bonhomme (*Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8^e éd., 2009, n° 691-692, pp. 772-773) explique que l'endossement des effets de commerce, et en particulier de la lettre de change, est en principe translatif de propriété, mais que, s'il en est fait mention expresse sur le titre, cet endossement peut être pignoratif (du latin *pignus* : le gage), et emporter non pas transfert de propriété de la créance cambiaire, mais seulement affectation en garantie de cette créance. Le même auteur écrit que « dans ce schéma, à vrai dire peu courant, l'endosseur est le constituant du gage (emprunteur) tandis que l'endossataire est le créancier gagiste (banquier prêteur) » et que « l'endossement pur et simple étant présumé translatif, la nature pignorative de l'endossement doit être expressément mentionnée sur le titre », en application de l'article L. 511-13, alinéa 4, du code de commerce qui propose les formules « valeur en garantie », « valeur en gage » ou « toute autre mention impliquant un nantissement ».

⁴⁴ D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, op. cit., p. 185 : « comparé au formalisme nécessaire à la constitution du nantissement de créance, celui exigé pour la mise en gage des effets constitue un progrès évident ».

⁴⁵ D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, op. cit., p. 175 : « l'analyse classique selon laquelle le gage sur créance, comme tout gage, est une sûreté réelle peut, pensons-nous, être remise en cause. Tout comme le cautionnement réel, le gage sur créance nous paraît avoir une nature mixte. C'est une sûreté réelle parce que, d'une part, il y a vraiment affectation d'un bien du débiteur, la créance, au paiement de sa dette, et que, d'autre part, le gage confère à son titulaire un droit de préférence. Mais c'est aussi une garantie personnelle car il y a adjonction d'un autre débiteur à celui qui est, à titre principal, tenu au paiement de la dette. C'est, pensons-nous, pour avoir ignoré cette double nature de gage sur créance que les rédacteurs du code civil n'ont pas su résoudre les difficultés propres à cette opération [...] Le régime juridique du gage sur créance aurait été plus satisfaisant si les rédacteurs avaient pris conscience de ce que, par son mécanisme, cette opération est beaucoup plus proche du cautionnement que d'un gage portant sur un bien corporel ».

Il ne peut être nié que le nantissement de créance a ceci de singulier qu'il repose sur la reconnaissance, au profit du créancier, d'un droit réel accessoire (droit de préférence) dont l'objet est un droit personnel (droit de créance). Sans écarter l'idée que les défauts de l'ancien régime de constitution du nantissement aient pu être liés à la mauvaise appréhension de cette spécificité, il ne nous semble pas pour autant souhaitable de remettre en cause la frontière entre droit réel et droit personnel, ni de faire du nantissement de créance une sûreté personnelle dont l'objet serait de fournir au créancier nanti un droit de gage général à l'égard d'un second débiteur (le débiteur de la créance nantie) – dans la limite toutefois du montant de la créance nantie. À ce compte en effet, il pourrait tout aussi bien être soutenu que toute garantie autonome, dans la mesure où elle est appelée à se réaliser à travers le versement, par le garant, de sommes d'argent, devrait être qualifiée non pas de sûreté personnelle, mais de sûreté réelle, et plus précisément de sûreté sur sommes d'argent. Si séduisante soit-elle, la mise en évidence de la ténuité des frontières entre droit réel et droit personnel nous semble conduire à créer de la confusion là où les choses sont claires, plutôt qu'à apporter un éclairage là où les choses sont obscures.

644. Les propositions de réforme du régime de constitution du nantissement de créance que propose le professeur Dominique Legeais en conclusion de sa thèse de doctorat ne paraissent pas davantage convaincantes puisqu'elles se limitent, d'une part, au maintien de l'exigence de remise du titre de créance, et, d'autre part, à la substitution d'une notification (par lettre recommandée avec avis de réception) à la formalité de la signification. Quant à la condition de validité qu'est la remise de l'original du titre de créance, l'auteur explique que « cette formalité ne permet en aucun cas de réaliser une

Certains auteurs ont d'ailleurs soutenu que le nantissement de créance n'était en réalité qu'une sûreté personnelle, au même titre que le cautionnement, dans la mesure où le créancier nanti n'acquiert avec cette sûreté qu'un droit personnel de créance à l'encontre d'un second débiteur (le débiteur de la créance nantie) et dans la mesure où le créancier nanti ne peut jouir du droit qu'il tire du nantissement que de façon indirecte, par l'intermédiaire de la personne du débiteur de la créance nantie dont le paiement donne un contenu réel au droit du créancier nanti qui, sans cela, resterait largement virtuel (voir, en ce sens, J. Mestre, E. Putman, et M. Billiau, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 774).

À l'inverse, d'autres auteurs soutiennent que, quand bien même il aurait des effets d'ordre personnel, le nantissement de créance reste une sûreté réelle (voir, en ce sens, Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, Précis Dalloz, 6^e éd., 2012, n° 642, p. 574). Ainsi, à la question de savoir si un droit réel de préférence portant sur un droit personnel – la créance nantie – a un sens, le professeur Marc Mignot répond par l'affirmative et décrit le nantissement de créance comme « une sûreté réelle donnant principalement naissance à un droit réel sur la créance, et secondairement à un droit personnel contre le débiteur de la créance garantie » (« L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », *RD bancaire et fin.*, janvier-février 2010, étude n° 2, pp. 17 et s.). Il est vrai que le paiement préférentiel que confère le nantissement de créance ainsi que la restriction au pouvoir du constituant de disposer de la créance nantie qu'il emporte lors de sa constitution, en rendant cette créance indisponible, militent en faveur de la thèse selon laquelle le nantissement de créance est une sûreté réelle.

mise en possession du créancier », mais qu'« elle paraît cependant utile pour éviter les fraudes »⁴⁶. Quant au remplacement de la signification par une notification, il est vrai que « le formalisme, et donc le coût de la formalité, sera moindre », mais, de l'aveu même du professeur Dominique Legeais, « la publicité qui sera ainsi réalisée par la notification est tout aussi imparfaite que celle aujourd'hui réalisée par la signification »⁴⁷.

Le législateur n'a néanmoins pas manqué, en 2006, de mettre en œuvre le léger progrès que représente la substitution de la notification à la signification⁴⁸.

§ 2. Les défauts de l'actuel régime d'affectation en garantie des sommes d'argent.

645. Les cinq régimes possibles d'affectation en garantie de la monnaie dans le droit des sûretés postérieur à la réforme de 2006. – Alors que, dans l'ancien régime d'affectation en garantie des sommes d'argent, seules trois options s'offraient⁴⁹, ce sont cinq options qui s'ouvrent aux praticiens dans le cadre de l'actuel régime d'affectation en garantie des sommes d'argent⁵⁰ :

1° le gage de biens corporels, et plus précisément le gage de choses fongibles confondues (article 2341, alinéa 2, du code civil) ou non (article 2341, alinéa 1^{er}, du même code) pour l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire confondue ou non dans le patrimoine du créancier – si l'on conçoit la monnaie fiduciaire comme un bien corporel⁵¹ ;

⁴⁶ D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, op. cit., p. 346.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ La notification (qui peut se faire par simple lettre recommandée avec avis de réception) est une formalité moins lourde et moins chère que la signification (qui doit se faire par acte authentique établi et délivré par un huissier de justice, acte qualifié d'« exploit d'huissier »).

⁴⁹ Il s'agit :

1° du « gage classique » pour l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire non confondue dans le patrimoine du créancier ;

2° du nantissement de créance pour l'affectation en garantie de monnaie scripturale non confondue dans le patrimoine du créancier ;

3° de la fiducie-sûreté innommée (connue sous le nom de « gage-espèces ») pour l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale confondue dans le patrimoine du créancier.

⁵⁰ C'est ce qui fait dire au professeur Dominique Legeais (« Le gage-espèces après la réforme des sûretés », *Droit et patrimoine* 2007, n° 162, pp. 70-73, spéc. p. 70) que « la réforme, au lieu d'apporter des réponses, multiplie les sources d'interrogations ». Dans le même sens : S. Torck, « Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 », *RD bancaire et fin.*, janvier 2008, n° 1, étude n° 2 : « l'ordonnance du 23 mars 2006 [...] en laissant à la loi sur la fiducie le soin de régir le transfert de propriété à titre de garantie de monnaie scripturale, a laissé un vide que la loi sur la fiducie n'a qu'imparfaitement comblé et que l'ordonnance elle-même pourrait bien avoir creusé davantage ».

⁵¹ En ce sens : Ph. Dupichot, « Le nantissement, un an après », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 27. L'auteur s'appuie sur l'arrêté du 1^{er} février 2007 relatif à la nomenclature mentionnée au 6° de l'article 2 du décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession de biens meubles *corporels*.

2° le nantissement de biens incorporels autres que les créances, dont le régime, par renvoi de l'article 2355, alinéa 5, du code civil est aligné sur celui du gage de biens corporels fongibles, pour l'affectation en garantie de la monnaie scripturale confondue ou non dans le patrimoine du créancier – si l'on conçoit la monnaie scripturale comme un bien incorporel autre qu'une créance⁵² ;

3° le nantissement de compte (article 2360 du code civil) pour l'affectation en garantie de monnaie scripturale non confondue dans le patrimoine du créancier – si l'on conçoit la monnaie scripturale comme une créance et si le compte n'est pas bloqué ;

4° le nantissement de créance (articles 2356 et suivants du code civil) pour l'affectation en garantie de monnaie scripturale non confondue dans le patrimoine du créancier – si l'on conçoit la monnaie scripturale comme une créance et si le compte est bloqué⁵³ ;

L'article 1^{er} de cet arrêté comporte en effet une catégorie 10 intitulé « Monnaies » - ce qui tendrait à suggérer, selon cet auteur, que la monnaie, si ce n'est scripturale, du moins fiduciaire, serait un bien corporel.

Adde : S. Torck, « Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 », *RD bancaire et fin.*, janvier 2008, n° 1, étude n° 2 : « la remise de monnaie fiduciaire en garantie au créancier relève bien de la qualification de gage ».

En un sens, si l'on suit le professeur Anne Laude lorsqu'elle explique que la fongibilité est une façon de réduire les biens à leur valeur (« La fongibilité », *RTD com.* 1995, pp. 307 et s., spéc. pp. 318-320), tout gage de choses fongibles serait un gage en valeur et donc une sûreté sur sommes d'argent, et, inversement, toute sûreté sur sommes d'argent serait un gage de choses fongibles, et même un gage de la chose la plus éminemment fongible, devant donc être soumis à l'article 2341 du code civil. Selon cet auteur, les biens fongibles sont des « biens destinés à la circulation, et qui, pour cette raison, ne sont considérés que pour leur valeur », de sorte que ce n'est « pas sur un élément concret du patrimoine du débiteur que le créancier reçoit un droit préférentiel, mais sur une valeur de ce patrimoine envisagé sur un plan immatériel », et que « le gage sur choses fongibles serait par nature un gage en valeur » (*ibidem*, pp. 318-319). Le professeur Anne Laude en veut pour preuve que la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a pu juger, en 1957, que « s'agissant de choses fongibles ou de denrées périssables, le créancier gagiste, s'il ne peut restituer le gage en nature, doit en régler la valeur au débiteur, quand celui-ci l'a remboursé » (Cass. com. 3 décembre 1957, *Gaz. Pal.* 1958, p. 244). Il faudrait y voir la déclinaison en jurisprudence du principe, énoncé dans la loi, qui veut que le quasi-usufructier de choses consommables (et fongibles) rende au nu-propriétaire leur valeur (article 587 du code civil) ou que l'emprunteur de choses consommables (et fongibles) rende au prêteur leur valeur, s'il est dans l'impossibilité de lui restituer l'objet du prêt de consommation (article 1903 du code civil). Dans la mesure où « ce rapport en valeur implique une estimation monétaire des biens et repose sur le fait que toute chose recèle en elle une valeur marchande, une valeur d'échange, et a donc un équivalent monétaire » (*ibidem*, pp. 319-320), et dans la mesure où « la valeur monétaire ou financière remplace la valeur matérielle d'un bien » (*ibidem*), toute sûreté sur choses fongibles serait au fond une sûreté sur sommes d'argent.

⁵² En ce sens : S. Torck, « Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 », *RD bancaire et fin.*, janvier 2008, n° 1, étude n° 2 : la « monnaie scripturale figure ces autres biens incorporels de l'article 2355, alinéa 5, du code civil qui méritent d'être soumis aux règles sur le gage de biens meubles corporels ». Mais, dans le même temps, et non sans incohérence, l'auteur soutient que l'affectation en garantie de monnaie scripturale inscrite sur un compte bloqué relève du régime de la fiducie-sûreté.

⁵³ *Contra* : S. Torck, « Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 », *RD bancaire et fin.*, janvier 2008, n° 1, étude n° 2. Selon cet auteur, l'affectation en garantie de monnaie scripturale inscrite sur un compte bloqué obéirait à « un régime spécifique distinct du nantissement de créance », et, plus précisément, au régime de la fiducie-sûreté. À la différence de l'affectation en garantie de monnaie scripturale inscrite sur un compte en cours de fonctionnement, qui, elle, obéirait à la variante du régime du nantissement de créance qu'est celui du nantissement de compte, l'affectation en garantie de monnaie scripturale inscrite sur un compte bloqué ne saurait, selon le professeur Stéphane Torck, être soumise au régime du nantissement de créance, pour une raison mystérieuse qui laisse à penser que la monnaie scripturale changerait de nature selon qu'elle est inscrite sur un compte bloqué ou en cours de fonctionnement, ce que l'avant-projet de réforme du droit des sûretés élaboré par la commission Grimaldi avait le tort, selon nous, de suggérer en creux, en refusant d'assimiler le « nantissement de monnaie scripturale » au « nantissement de créance » auquel était par ailleurs assimilé le nantissement de compte mouvant. L'analyse du professeur Stéphane Torck qui tend à soustraire le nantissement de compte bloqué au régime du nantissement de créance ne fait que perpétuer le choix fait par la

5° la fiducie-sûreté sur sommes d'argent (articles 2372-1 et suivants, et, par renvoi, les articles 2011 et suivants du code civil) pour l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale confondue dans le patrimoine du créancier⁵⁴.

646. Si l'on distingue selon que la monnaie affectée en garantie est ou non confondue dans le patrimoine du créancier, on retrouve l'option entre cinq qualifications et cinq régimes d'affectation en garantie :

- la monnaie non confondue dans le patrimoine du créancier peut être affectée en garantie 1° par la voie du gage de choses fongibles non confondues (article 2341, alinéa 1^{er}, du code civil) ; ou 2° par la voie du nantissement de compte, si les sommes sont inscrites sur un compte non bloqué (article 2360 du code civil) ; ou 3° par la voie du nantissement de créance, si les sommes sont inscrites sur un compte bloqué (articles 2356 et suivants du code civil) ;
- la monnaie confondue dans le patrimoine du créancier peut être affectée en garantie 1° par la voie du gage de choses fongibles confondues (article 2341, alinéa 2, du code

commission Grimaldi dont il admet pourtant lui-même qu'il était contestable « puisque l'on ne voit pas pourquoi cette monnaie scripturale revêtirait une nature particulière lorsque le compte est bloqué et serait une simple créance de restitution lorsque le compte est en cours de fonctionnement » (*ibidem*).

⁵⁴ Le professeur Michel Grimaldi (Rapport de synthèse d'un colloque sur le droit des sûretés, *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 74) soutient pour sa part que l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale confondue dans le patrimoine du créancier, que l'on connaît sous l'appellation de « gage-espèces », serait une fiducie-sûreté innommée qui subsisterait à côté de la fiducie-sûreté introduite dans le code civil et qui, quoiqu'étant une fiducie-sûreté et une sûreté innommée, se nicherait en réalité dans le gage avec dépossession de choses fongibles confondues dont le régime est décrit au second alinéa de l'article 2341 du code civil. Selon l'éminent auteur, puisque « le renvoi de l'article 2355 conduit tout droit à l'article 2341 qui, à propos du gage sur choses fongibles avec dépossession (ce qu'est le "gage-espèces"), prévoit que, si le créancier est dispensé de tenir les choses gagées séparées des choses de même nature qui lui appartiennent (ce qui est le cas dans le "gage-espèces"), il en "acquiert la propriété", il faut en conclure que dès lors qu'il y a transfert de propriété, c'est que l'on se trouve, non plus en présence d'un gage, que l'article 2333 définit comme une sûreté conférant un simple droit de préférence, mais d'une fiducie-sûreté », et que « cette fiducie-sûreté, validée en marge de la loi sur la fiducie, ne relève pas des règles, notamment de forme, applicables au gage » (*ibidem*).

Nous ne partageons pas cette lecture des textes qui conduit à rendre le second alinéa de l'article 2341 du code civil totalement autonome par rapport à l'ensemble des dispositions qui l'entourent, et qui invite à lire cet alinéa comme étant absolument indépendant non seulement de la section (« Du droit commun du gage ») mais même du chapitre (« Du gage de meubles corporels ») dans lesquels il s'inscrit. Une telle interprétation aboutit à isoler, voire même à dispenser, le gage avec dépossession de choses fongibles confondues, du régime auquel le législateur a voulu le soumettre, à savoir celui du droit commun du gage, et elle va jusqu'à nier la qualification que le législateur a donnée à ce gage en l'insérant dans le chapitre sur le « gage de meubles corporels » puisqu'elle en fait une fiducie-sûreté, alors même que, si telle avait été son intention, le législateur aurait parfaitement pu inscrire une telle fiducie-sûreté dans la section 2 (« De la propriété cédée à titre de garantie ») du chapitre IV (« De la propriété retenue ou cédée à titre de garantie ») du titre II (« Des sûretés réelles ») du livre IV (« Des sûretés ») du code civil. Concevoir le « gage-espèces » comme une fiducie-sûreté innommée et déliée de toutes les règles de constitution et de réalisation du gage, et affirmer le reconnaître dans le gage avec dépossession de choses fongibles confondues, c'est faire du second alinéa de l'article 2341 du code civil une sorte d'« électron libre » déployant son régime et ses effets au gré des parties au contrat et au mépris de la place qui lui a été assignée par le législateur.

Même les auteurs qui, comme le professeur Philippe Dupichot, sont tentés de reconnaître le « gage-espèces » dans le second alinéa de l'article 2341 du code civil admettent qu'« il n'est pas impossible que cette fiducie innommée ait été "rattrapée" par les dispositions relatives au gage de choses fongibles. Il se pourrait ainsi qu'un gage-espèces avec transfert de propriété *ab initio* implique, dorénavant, la rédaction d'un contrat solennel de gage de choses fongibles » (« Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2006, n° 29 (supplément), p. 17). C'est là l'aveu que le second alinéa de l'article 2341 du code civil ne saurait être lu indépendamment des dispositions qui l'environnent.

civil) ; ou 2° par la voie de la fiducie-sûreté sur sommes d'argent (articles 2372-1 et suivants, et, par renvoi, les articles 2011 et suivants du code civil).

647. Classification tripartite. – Il est néanmoins possible d'opérer une classification tripartite⁵⁵ :

1° en regroupant les qualifications de gage et de nantissement de biens incorporels autres que les créances qui, toutes deux, conduisent à l'application du régime du gage de choses fongibles (confondues ou non dans le patrimoine du créancier) ;

2° en regroupant les qualifications de nantissement de créance et de nantissement de compte dans la mesure où le second n'est qu'une variante du premier et où la distinction semble porter sur le caractère ou non bloqué du compte sur lequel sont inscrites les sommes nanties, et en aucun cas sur le caractère ou non confondu des sommes affectées en garantie qui, n'ayant pas quitté le patrimoine du constituant, ne peuvent être confondues dans celui du créancier ;

3° et en maintenant dans une troisième catégorie la fiducie-sûreté sur sommes d'argent qui, de son côté, suppose nécessairement que les sommes affectées en

⁵⁵ Comme l'explique le professeur Didier-René Martin (« De la garantie monétaire », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, pp. 45-46), l'avant-projet de réforme du droit des sûretés, tel que conçu par la « commission Grimaldi », et notamment par le professeur Hervé Synvet qui en fut membre (H. Synvet, « Le nantissement des meubles incorporels », *Droit et patrimoine* 2005, n° 140, p. 71), reposait lui aussi sur une classification tripartite des sûretés sur sommes d'argent.

Tout d'abord, l'affectation en garantie de monnaie scripturale non confondues dans le patrimoine du créancier nanti devait prendre la forme d'un « nantissement de monnaie scripturale » que le professeur Didier-René Martin qualifie de « gage de compte » et qui correspond à une sûreté portant sur un compte bloqué ouvert au nom du constituant. Selon le professeur Didier-René Martin, « la formule convient tout spécialement à l'affectation en garantie d'un compte d'épargne » (« De la garantie monétaire », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 45). Alors que, selon le même auteur, cette affectation en garantie aurait pu prendre la forme d'une fiducie-sûreté par laquelle le constituant aurait viré les sommes engagées sur un compte interne de la banque dépositaire et créancière, les auteurs de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés avaient préféré préserver le droit de propriété du constituant au nom duquel le compte nanti devait être ouvert, tout en octroyant au créancier nanti un droit exclusif sur ledit compte, non pas au titre d'un droit de propriété, mais au titre de ce que le professeur Didier-René Martin analyse comme un « droit de rétention ». Le projet d'article 2362 interdisait en effet « tout retrait des fonds, par quiconque, tant que la créance garantie subsist[ait], ce qui – par un droit de rétention qui ne s'avou[ait] pas ! – met[tait] le créancier garanti à l'abri de toute prétention concurrente durant la phase de garantie de la sûreté » (*ibidem*).

Ensuite, l'affectation en garantie de monnaie scripturale non confondues dans le patrimoine du créancier nanti devait aussi pouvoir prendre la forme d'un « nantissement de compte » - ce dernier devant s'entendre de l'affectation en garantie d'un compte non bloqué dont le fonctionnement serait laissé à la discrétion du constituant. Ce « nantissement de compte » correspond à celui qui, en droit positif, figure à l'article 2360 du code civil.

Enfin, l'affectation en garantie de monnaie scripturale ou fiduciaire confondues dans le patrimoine du créancier n'a pas fait l'objet de dispositions dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés établi par la « commission Grimaldi ». Ce que le professeur Didier-René Martin appelle le « gage de fonds » correspond à « la figure archaïque, biblique, de la sûreté monétaire » (*ibidem*) qu'est le gage-espèces. Selon le même auteur, « la Commission [Grimaldi] a estimé ne pas devoir [aborder] le gage de fonds pour ne pas empiéter sur la compétence d'une commission voisine dédiée à la fiducie. Mais cette abstinence même révèle, en creux, son intuition que l'affectation en garantie d'une somme déterminée d'argent devrait constituer, en principe, une fiducie-sûreté, c'est-à-dire un transfert de propriété des fonds à seule fin de garantie » (*ibidem*). Il est vrai qu'avant la réforme des sûretés opérée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 et l'introduction de la fiducie-sûreté en droit français par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, et avant les arrêts rendus par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, les 19 décembre 2006 et 26 mai 2010, le « gage-espèces », communément assimilé à l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale confondues dans le patrimoine du créancier, était regardé comme une fiducie-sûreté innommée et translatrice d'une propriété pleine et entière.

garantie soient, si ce n'est confondues, tout au moins susceptibles de confusion dans le patrimoine du créancier.

A – Les défauts de l'actuel régime de constitution du gage, du nantissement de créance et du nantissement de compte.

648. Si, en l'état du droit, le régime de constitution du gage, applicable au nantissement de biens incorporels autres que les créances, et le régime de constitution du nantissement de créance, applicable au nantissement de compte, paraissent, à première vue, affranchis des défauts qui caractérisaient les anciens régimes de constitution du gage et du nantissement de créance et qui rendaient ces derniers inadéquats pour l'affectation en garantie de sommes d'argent, il n'en reste pas moins que des imperfections subsistent, en particulier pour les nantissements de créance et de compte⁵⁶.

1 – L'écrit à titre de validité et la date à titre d'opposabilité

649. À l'actuel régime d'affectation en garantie des sommes d'argent, il ne peut pas être fait le reproche formulé à l'encontre de leur ancien régime d'affectation en garantie, à savoir celui d'ériger en condition de validité la remise au créancier de l'objet de la sûreté, qu'il s'agisse de la remise matérielle de monnaie fiduciaire non confondue (régime du gage « classique »), ou de la remise dématérialisée (par voie de signification) de monnaie scripturale non confondue (régime du nantissement de créance), ou encore de la remise, matérielle ou dématérialisée, de monnaie fiduciaire ou scripturale confondue dans le patrimoine du créancier (qui s'imposait dès lors qu'on faisait du « gage-espèces » un gage irrégulier plutôt qu'une aliénation fiduciaire innommée).

En effet, l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés a fait des contrats de gage et de nantissement des contrats consensuels, au même titre que le

⁵⁶ On ne reviendra pas, à ce stade, sur les difficultés découlant de la rédaction du second alinéa de l'article 2341 du code civil qui, alors même que le gage est une sûreté non translatrice de propriété, prévoit que, si la convention dispense le créancier gagiste de tenir les choses fongibles gagées séparées des choses de même nature qui lui appartiennent, « il acquiert *la propriété* des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes » (italiques ajoutées). On a déjà expliqué que cette rédaction ambiguë conduit à s'interroger sur le point de savoir si la sûreté opérerait transfert au créancier gagiste d'un droit de propriété plein et entier et si ce « gage irrégulier » ne cachait pas au fond une fiducie-sûreté innommée et translatrice d'une propriété pleine et entière, ou si, à l'inverse, s'apparentant à la fiducie-sûreté nommée, le gage de choses fongibles confondues opérerait un démembrement de propriété laissant dans le patrimoine du constituant un droit réel « flottant » et conférant au créancier gagiste, à titre provisoire, « la libre disposition » (et la « propriété ») des choses gagées – formule qui eût été plus claire si l'intention des rédacteurs de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 était de concilier le caractère « exorbitant » des droits du créancier gagiste avec le caractère non translatif de propriété qui est celui du gage.

contrat de fiducie, qui sont donc formés non plus par la remise de la chose mais par l'établissement d'un écrit constatant la rencontre des volontés des parties⁵⁷.

650. La remise de la chose est requise non plus à titre de validité mais à titre d'opposabilité (article 2337 du code civil) – ce qui permet de faire place à un gage sans dépossession (où une inscription sur un registre est substituée à la remise de la chose pour les besoins de l'opposabilité aux tiers) à côté du gage avec dépossession (où la remise de la chose ne sert plus qu'à rendre le contrat opposable aux tiers)⁵⁸.

651. Quant au nantissement de biens incorporels, il obéit au même régime que le gage toutes les fois qu'il ne porte pas sur une créance. Et quand il porte sur une créance, le nantissement est, lui aussi, formé par un écrit requis à titre de validité⁵⁹. Contrairement à ce qui vaut pour le gage, l'écrit, avec la date qu'il comporte, suffit à lui seul à rendre le nantissement de créance opposable aux tiers⁶⁰.

652. En faisant de la date portée sur l'acte de nantissement de créance la condition d'opposabilité de la sûreté aux tiers, l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 a en grande partie remédié aux imperfections qui affectaient l'ancien régime du nantissement de créance et le rendaient occulte. S'il est vrai que la publicité de cette sûreté n'est pas aussi parfaite que celle du gage pour lequel la dépossession ou la publication sur un registre spécial sont particulièrement efficaces, il n'en reste pas moins que, dans le régime actuel du nantissement de créance, le créancier nanti n'a plus à aller enquêter auprès de ce « quasi-conservateur des hypothèques »⁶¹ qu'était jadis le débiteur de la créance nantie (c'est-à-dire, en matière de sûretés sur sommes d'argent, le banquier) pour savoir si la monnaie scripturale nantie a déjà fait l'objet d'une autre affectation en garantie. Il lui suffit d'interroger le constituant et de consulter le contrat de nantissement. Les droits de préférence des créanciers bénéficiaires de nantissements

⁵⁷ Article 2336 du code civil : « le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature ».

Au sujet de l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire – qu'elle assimile à un bien corporel – le professeur Sarah Bros (« Le gage-espèces », *Droit et patrimoine* 2007 n° 161, p. 77 ; & « Le gage-espèces après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *Rev. Lamy dr. aff.* 2007, n° 14, p. 86.) déplore l'abandon du caractère réel du contrat de gage : « quelle serait la sanction du bénéficiaire qui n'a pas séparé la monnaie remise à titre de garantie "des choses de même nature qui lui appartient" ? Serait-il déchu de sa sûreté ? Mais il aurait déjà dépensé l'argent ! L'obliger à restituer à titre de sanction, même s'il n'est pas payé à l'échéance, ne servirait à rien, puisqu'il dispose d'un droit de rétention sur les sommes remises à titre de garantie jusqu'à son paiement (code civil, article 2286, 1°). Quant à la dépossession, prévue par l'article 2337, alinéa 2, du code civil, à titre d'opposabilité, elle réalise la constitution même du gage, lorsqu'il porte sur du numéraire, de sorte que l'on peut s'interroger sur l'opportunité de l'abandon du caractère réel du gage, du moins lorsqu'il s'agit d'un gage de monnaie fiduciaire ».

⁵⁸ Article 2337 du code civil, alinéa 1^{er} : « le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite » ; alinéa 2 : « il l'est également par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet ». Article 2338 du code civil : « le gage est publié par une inscription sur un registre spécial... ».

⁵⁹ Article 2356 du code civil : « à peine de nullité, le nantissement de créance doit être conclu par écrit ».

⁶⁰ Article 2361 du code civil : « le nantissement d'une créance, présente ou future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte ».

⁶¹ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ, Coll. Droit civil, 6^e éd., 2013, n° 1415, pp. 755-756.

sur de la monnaie scripturale prennent ainsi rang selon la date des contrats de nantissement.

653. En outre, lorsque le créancier nanti est également le débiteur de la créance nantie constitutive de la monnaie scripturale, il n'est plus requis à titre de validité de la sûreté, ni même à titre d'opposabilité aux tiers, qu'il se signifie le nantissement à lui-même. Le lourd formalisme de la signification a du reste été abandonné au profit de la formalité allégée qu'est la notification.

2 – La « notification à soi-même »

654. L'article 2362 du code civil fait d'une notification la condition d'opposabilité du nantissement au tiers particulier, « intéressé » qu'est le débiteur de la créance nantie⁶². Par conséquent, dans l'hypothèse où l'on soumettrait au régime du nantissement de créance l'affectation en garantie de monnaie scripturale non confondue dans le patrimoine du créancier, les aberrations liées à la « signification à soi-même » que l'on pouvait rencontrer dans le régime du « nantissement sur soi-même »⁶³, se perpétueraient mais résulteraient désormais d'une « notification à soi-même ».

⁶² Article 2362 du code civil : « pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l'acte. À défaut, seul le constituant reçoit valablement paiement de la créance ». Le formalisme exigé pour rendre le nantissement de créance opposable au débiteur de la créance nantie a, par là-même, été considérablement allégé puisqu'il n'est plus nécessaire de le lui signifier par exploit d'huissier (une simple notification par lettre recommandée avec avis de réception suffit désormais) ou de le faire intervenir dans un acte authentique (une simple intervention dans un acte sous seing privé suffit désormais). Signalant les cas où des ensembles de créances ayant une multitude de débiteurs sont nanties et où la pratique veut alors que le créancier nanti ne notifie le nantissement que lorsque le débiteur de la créance garantie connaît des difficultés de paiement, « afin de ne pas troubler la quiétude des débiteurs des créances nanties », le professeur Philippe Dupichot recommande « d'insérer dans la notification une mention calquée sur celle de la notification Dailly et priant le débiteur [de la créance nantie] d'aviser le créancier de tout désaccord éventuel sur l'existence et la valeur des créances nanties » (« Le nantissement, un an après », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 27).

⁶³ On notera qu'en droit anglais, le « nantissement sur soi-même » a également suscité bien des difficultés aux juristes, au point que la question de savoir si une sûreté (« charge ») pouvait porter sur le solde créditeur d'un compte ouvert chez le créancier de l'obligation garantie a été, outre-Manche, l'un des principaux enjeux des débats autour des sûretés sur sommes d'argent, à en croire M. Michael Elland-Goldsmith (« Les sûretés sur sommes d'argent : le droit anglais », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 47). Comme l'explique cet auteur, « le solde d'un compte s'analyse en effet en droit anglais comme une créance détenue sur la banque teneuse de compte : peut-on dès lors concevoir une charge assise sur une créance détenue sur le bénéficiaire même de la sûreté ? » (*ibidem*). À cette question, des juges de première instance ont répondu, en 1987, qu'une « charge » consentie à un banquier ayant pour objet la dette de restitution de ce même banquier à l'égard du constituant était « conceptuellement impossible » (*Re Charge Card Services Ltd* [1987] Ch. 150). D'après le raisonnement des juges de première instance, tel que transcrit par M. Michael Elland-Goldsmith (« Les sûretés sur sommes d'argent : le droit anglais », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 47), « la créance était, dans les rapports entre créancier et débiteur, une simple obligation, et non un bien susceptible de constituer l'assiette d'une sûreté. Une sûreté doit être susceptible de réalisation, or celle que les parties avaient voulu créer ne l'était pas : le créancier ne pouvait ni vendre une créance sur lui-même, ni se l'approprier sans qu'elle s'éteigne par confusion. En définitive, ce que les parties appelaient « charge » n'était qu'un droit de compensation contractuelle » (*ibidem*). La position des juges de première instance a été infirmée par celle des juges de la juridiction suprême en 1998 : la Chambre des Lords a en effet validé, dans un *obiter dictum*, la possibilité de consentir au profit d'un banquier une sûreté réelle sur la créance dont il est lui-même débiteur (*Re Bank of Credit and Commerce International S.A.* n° 8 [1998] A.C. 214). M. Michael Elland-Goldsmith (« Les sûretés sur sommes d'argent : le droit anglais », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 47) explique toutefois que « l'impact de cet arrêt est [...] assez faible. Certes, la création d'une charge est parfois justifiée. Toutefois, dans la plupart des cas où le compte est ouvert chez elle, la banque sera aussi bien, voire mieux protégée en tirant partie de la compensation qu'en créant une charge, le droit anglais reconnaissant au créancier de très larges possibilités de compensation, même lorsque son débiteur est en

655. Il est vrai, néanmoins, que les conséquences de l'omission de cette « notification à soi-même » peuvent, de prime abord, paraître moins lourdes que celles qui résultaient du défaut d'accomplissement de la « signification à soi-même ». En effet, dans la mesure où la notification n'est requise qu'à titre d'opposabilité du nantissement au seul débiteur de la créance nantie formant la monnaie scripturale affectée en garantie, le créancier nanti (qui est banquier, par hypothèse) peut fort bien regarder comme parfaitement inutile l'accomplissement d'une formalité destinée à l'informer qu'il doit se libérer de sa dette de restitution entre ses propres mains, et non entre celles de son client (qui est débiteur de la créance garantie et créancier de la créance nantie).

656. Pourtant l'omission de la notification à soi-même pourrait avoir des conséquences si le banquier-créancier nanti n'était pas le seul à avoir eu des droits sur la créance nantie et si d'autres créanciers de son client avaient acquis sur la monnaie scripturale formant la créance nantie des privilèges ou des droits de préférence primant son propre droit. Par exemple, dans l'hypothèse où la monnaie scripturale formée par la créance de restitution du client (débiteur-constituant) à l'encontre de son banquier aurait été affectée par ledit client à la garantie d'une de ses dettes à l'égard d'un fournisseur, avant d'être affectée par le même client à la garantie d'une de ses dettes (de remboursement d'un prêt, par exemple) à l'égard de son banquier, et dans l'hypothèse où le fournisseur aurait notifié le premier nantissement au banquier (débiteur de la créance nantie) avant que ce même banquier ne se soit notifié à lui-même le second nantissement dont il est bénéficiaire, alors le banquier, quoique titulaire d'un droit de préférence sur la créance de restitution dont il est également le débiteur, devrait verser les sommes d'argent au fournisseur avant que de se payer sur ces sommes. Le banquier devrait ainsi se libérer entre les mains du fournisseur avant que de se libérer entre ses propres mains. Cet exemple qui, pour correspondre à une situation particulière, peut très bien ne pas être qu'un cas d'école, montre que la « notification à soi-même » n'est pas dénuée de tout intérêt quand le débiteur de la créance nantie a lui-même un droit de préférence sur cette créance nantie.

faillite. L'avantage, avant tout, du recours à la compensation est que, n'étant pas une sûreté – même si elle joue une fonction semblable – elle n'est pas visée par la disposition de l'*Insolvency Act* qui empêche toute réalisation de sûretés en cas d'ouverture d'une procédure de redressement (*administration*). Encore faut-il que soit possible cette « compensation » entre la créance du banquier qui est garantie et la créance de restitution du déposant contre le banquier qui est affectée en garantie. Or, en droit français, cette « compensation » n'est pas possible si elle doit prendre la forme de la compensation légale, judiciaire ou conventionnelle.

657. La solution serait la même si l'on reconnaissait au créancier nanti un droit de rétention naissant, non pas à compter de la notification du nantissement, mais dès la constitution du nantissement, en admettant que ce dernier soit assorti du droit de rétention bénéficiant aux gages sans dépossession en application du 4° de l'article 2286 du code civil. Dans l'exemple précédemment évoqué, le tiers créancier qui aurait notifié le premier nantissement serait réputé titulaire d'un droit de rétention dès la constitution de la sûreté – alors même que les sommes nanties seraient inscrites au crédit d'un compte tenu par le banquier – et il pourrait opposer ce droit de rétention au banquier qui se serait notifié à lui-même le second nantissement avant que le premier lui ait été notifié. À l'inverse, dès lors qu'il aurait obtenu de son client un nantissement conclu avant celui consenti au fournisseur, le banquier disposerait d'un droit de rétention opposable au fournisseur indépendamment du fait qu'il ne se soit pas notifié le nantissement à lui-même ou qu'il ne se le soit notifié qu'après avoir reçu notification de la part du fournisseur. Admettre que le nantissement de créance serait assorti d'un droit de rétention dès sa constitution, en vertu du 4° de l'article 2286 du code civil, reviendrait donc à priver sa notification d'une grande partie de son intérêt.

658. Dès lors que l'on exclut que le 4° de l'article 2286 du code civil concerne le nantissement de créance, l'enjeu de la « notification à soi-même » peut avoir un intérêt si l'on considère que la monnaie scripturale doit être affectée en garantie par la voie du nantissement de compte.

Ce nantissement n'est en effet qu'une variante du nantissement de créance – ce qui laisse à penser que les rédacteurs de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés étaient enclins à voir dans la monnaie scripturale une créance du titulaire du compte à l'égard du banquier teneur de compte.

Par ailleurs, ce nantissement épouse en tous points le régime de constitution du nantissement de créance de droit commun. Il n'y a guère que l'assiette de ce nantissement qui fasse l'objet d'une disposition spécifique. L'article 2360 du code civil prend en effet soin de préciser que « lorsque le nantissement porte sur un compte, la créance nantie s'entend du solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté sous réserve de la régularisation des opérations en cours, selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution », ou du solde du compte à la date du jugement d'ouverture, en cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de

redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers contre le constituant.

659. La rédaction de l'article 2360 du code civil invite d'ailleurs à voir dans le nantissement de compte un mode d'affectation de la monnaie scripturale lorsqu'elle n'est pas confondue dans le patrimoine du créancier. En effet, si rien n'est dit du caractère spécial ou non du compte nanti, il n'en reste pas moins que les droits du créancier sur le compte nanti ne sont fixés qu'au jour de la réalisation de la sûreté ou du jugement d'ouverture de la procédure collective du constituant, de sorte qu'il paraît très difficile de reconnaître au créancier un droit d'user, de jouir et de disposer à titre provisoire des sommes inscrites au crédit du compte nanti avant la date d'exécution de la sûreté (ou la date d'ouverture de ladite procédure collective). Il est vrai que l'assiette du nantissement est susceptible de varier, de sorte que la monnaie scripturale affectée en garantie peut paraître confondue. L'article 2360 du code civil ne fait pas mention expresse du caractère ou non bloqué du compte nanti, mais le fait que la créance nantie s'entende d'un solde « sous réserve de la régularisation des opérations en cours » suggère que le compte peut fort bien fonctionner, qu'il peut être mouvementé au crédit comme au débit par son titulaire (c'est-à-dire par le constituant), et qu'il peut donc s'agir d'un compte courant. Néanmoins, si la monnaie scripturale est ainsi confondue, c'est au sein du patrimoine du constituant, et non au sein du patrimoine du créancier⁶⁴.

⁶⁴ Le professeur Didier-René Martin (« De la garantie monétaire », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 45) y voit d'ailleurs une menace pour les droits du créancier nanti, qui motive sa critique d'un nantissement de compte dont il juge l'« efficacité par trop aléatoire » (*ibidem*). L'auteur s'interroge en particulier sur l'expression « au jour de la réalisation de la sûreté » : « la formule signifie-t-elle que le seul solde dont puisse se prévaloir le créancier garanti est le solde existant lorsqu'il exécute sa sûreté en prélevant la somme disponible ? Si tel était le cas, on peut craindre qu'en prévision de l'échéance prochaine de la dette garantie, le constituant réduise ou supprime le solde grevé. Corrélativement, la formule signifie-t-elle, aussi, que la captation d'un solde, en exécution de la sûreté, épuise le gage et ne permet pas, en cas d'insuffisance, d'appréhender un solde ultérieur ? » (*ibidem*). Selon nous, la réponse à la première question est positive. S'il est vrai que, dans l'hypothèse où les parties se contenteraient de soumettre leur sûreté aux dispositions légales relatives au nantissement de compte, sans ajouter une clause conventionnelle imposant au constituant de maintenir au crédit dudit compte un montant minimal, le risque existe qu'à l'approche de l'échéance de la créance garantie, le constituant soit tenté d'anéantir l'objet de la sûreté en rendant le solde du compte nanti nul voire négatif, il n'en reste pas moins qu'il résulte clairement des dispositions du premier alinéa de l'article 2360 du code civil que le seul solde dont puisse se prévaloir le créancier nanti est celui qui existe lorsqu'il exécute sa sûreté. En cas d'insuffisance, il pourra toujours chercher à se payer sur les autres biens du débiteur au titre du droit de gage général dont il dispose sur le patrimoine de ce dernier en application de l'article 2284 du même code.

Si l'on compare le nantissement de compte du droit français à la « convention de contrôle de compte bancaire » (« *Account Control Agreement* ») qui connaît depuis longtemps un certain succès aux États-Unis, et qui repose, elle aussi, sur l'affectation en garantie d'un compte non bloqué que le constituant reste libre de mouvementer, on voit mal pourquoi le nantissement de compte français aurait plus de difficultés à se développer que son « homologue » américain. La liberté de gestion reconnue au constituant titulaire du compte nanti n'a pas empêché le recours à cette sûreté outre-Atlantique. Il a suffi de prévoir des clauses qui, librement négociées par les parties, ont organisé la préservation des droits du créancier nanti. Ainsi, M. Ted Kamman et Mme Claire Lhenry indiquent qu'« il faut prévoir des dispositions pour éviter que le compte ne soit vidé entre la date de conclusion de la convention et le moment où le créancier prend en main la gestion du compte » et que « le créancier doit s'assurer dans la convention que le débiteur s'engage à ne pas ouvrir d'autres comptes sans le notifier au créancier bénéficiaire de façon à lui permettre de conclure une convention de contrôle sur le nouveau compte [...] et que] la banque teneuse de compte s'engage à ne pas conclure de convention au profit d'un autre créancier sur les comptes nantis » (« La garantie sur les comptes bancaires (« *Security Interest in a Deposit Account* ») de l'article 9 du UCC », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 50). Par ailleurs, afin d'éviter que les délais incompressibles tenant aux procédures bancaires ne permettent au constituant d'anéantir

660. Le régime du nantissement de compte ne paraît pouvoir s'appliquer qu'à l'affectation en garantie de monnaie scripturale non confondue dans le patrimoine du créancier. C'est la raison pour laquelle il convient de recourir soit au régime du gage de choses fongibles soit à celui de la fiducie-sûreté sur sommes d'argent pour affecter en garantie de la monnaie scripturale confondue dans le patrimoine du créancier.

B – Les défauts de l'actuel régime de constitution de la fiducie-sûreté sur sommes d'argent.

661. La fiducie-sûreté, telle qu'organisée en droit français par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, peut porter sur des droits, ce qui comprend notamment les créances, en particulier les créances monétaires et cette créance « atypique » qu'est la monnaie, qu'elle soit fiduciaire ou scripturale. L'article 2372-3, alinéa 3, confirme implicitement que la monnaie peut être affectée en garantie par la voie de la fiducie-sûreté, lorsqu'il dispense les parties de procéder à l'évaluation, par un expert, de la valeur du bien ou du droit cédé à titre de garantie, « si le bien est une somme d'argent ».

l'objet de la garantie, lors de la réalisation de la sûreté, une fois que la banque teneuse de compte a reçu du créancier la notification de prise de gestion du compte (*Activation Notice*), M. Ted Kamman et Mme Claire Lhenry proposent de prévoir « que la banque teneuse de comptes accepte de bloquer l'accès du débiteur à son compte dès réception de la notification tout en bénéficiant d'un délai plus long pour mettre en œuvre les autres ordres du créancier (par exemple concernant le transfert des fonds...) » et que « les banques réceptionnaires mettent à la disposition exclusive du créancier une clé électronique qui bloque à distance l'accès du débiteur à ses comptes » (*ibidem*).

Sur le modèle américain, des clauses de blocage provisoire des comptes en fonctionnement nantis dans le cadre de financements structurés tendent à se développer : en vertu de ces clauses, le banquier teneur de compte se voit reconnaître le pouvoir de bloquer le compte nanti lors de la réalisation d'un événement susceptible d'affecter la solvabilité du débiteur ou reflétant une dégradation de sa situation (non-respect de ratios financiers, exigibilité anticipée de dettes autres que celle garantie par le nantissement). Sur les conditions de régularité de ce blocage provisoire et sur la difficulté pour le banquier teneur de compte de concilier la préservation des intérêts de son client (débiteur, titulaire du compte nanti) avec ceux du créancier nanti, voir : Myriam Roussille et Antoine Arsac, « Blocage d'un compte bancaire nanti – Réflexions sur la tenue de compte », *RD bancaire et fin.*, mai 2014, étude n° 10.

En revanche, c'est ignorer les règles régissant le fonctionnement du compte courant bancaire, et notamment le principe d'incorporation des créances et des dettes dans un solde unique, celui qui est arrêté à titre provisoire ou définitif par l'établissement teneur de compte, que de prétendre, comme le fait le professeur Didier-René Martin, transposer « aux avoirs sur un compte désigné, la classique retenue de garantie » (*ibidem*). Cet auteur prétend en effet que les inscriptions au crédit du compte courant, et les soldes créditeurs qui en résultent, seraient autant de créances qu'il serait possible de distinguer. Et il en conclut que « s'il s'agit d'un gage corporel de solde – et non plus d'un nantissement de créance – il devient possible de laisser au créancier garanti le soin de procéder à la dépossession du constituant à tout moment à sa convenance. Donc d'appréhender à tout instant – à titre conservatoire et en conscience des difficultés naissantes du débiteur – un ou des soldes créditeurs à concurrence des droits garantis » (*ibidem*). Selon le professeur Didier-René Martin, « rien n'empêche de confier au créancier gagiste de choses corporelles futures (les soldes créditeurs) l'initiative d'individualiser l'assiette de sa garantie par prélèvements, éventuellement successifs, continus ou discontinus, sur plusieurs soldes créditeurs reconstitués » (*ibidem*). Mais permettre ainsi au créancier nanti de réaliser sa sûreté par fractions, à titre simplement conservatoire, contribuerait à gêner, voire à paralyser, le fonctionnement du compte courant nanti alors même que l'intérêt du « nantissement de compte » tel qu'institué par l'article 2360

662. La Cour de cassation, par deux décisions rendues par sa chambre commerciale, le 19 décembre 2006 et le 26 mai 2010, a laissé entendre que toute cession de propriété à titre de garantie ne pouvait être valable que si elle empruntait le régime des fiducies-sûretés nommées, c'est-à-dire prévues par la loi (cession de créances professionnelles à titre de garantie par voie de bordereau « Dailly » instituée par le code monétaire et financier, fiducie-sûreté instituée par le code civil...) ⁶⁵. La Haute juridiction a ainsi voué les fiducies-sûretés innommées à la requalification, et, par la même occasion, condamné l'affectation en garantie de monnaie scripturale ou fiduciaire qui serait soumise au régime, désormais révolu, de cette fiducie-sûreté innommée à laquelle certains ont assimilé le « gage-espèces ».

Toute aliénation fiduciaire à titre de garantie semble devoir obéir aux régimes prévus par la loi, et notamment au régime fixé par les articles 2372-1 et suivants du code civil.

663. Or, sans même revenir sur les ambiguïtés rédactionnelles ou substantielles qui peuvent conduire à se demander si la fiducie-sûreté du code civil transfère vraiment un droit de propriété plein et entier au fiduciaire ou si elle n'opère pas plutôt un démembrement de la propriété entre constituant et fiduciaire⁶⁶, force est de constater que le régime de constitution de la fiducie-sûreté, tel qu'il est aménagé par le code civil, est inadapté à l'affectation en garantie de monnaie confondue dans le patrimoine du créancier, qu'il s'agisse de monnaie fiduciaire ou de monnaie scripturale, d'une part, en raison du caractère excessivement lourd de son formalisme, et, d'autre part, en raison du caractère excessivement restrictif de certaines de ses conditions de fond.

du code civil, est de concilier l'affectation en garantie et la relative liberté de gestion du compte affecté en garantie – compromis que n'autorise pas le nantissement d'un compte bloqué.

⁶⁵ Voir *supra* les développements sur la réfutation jurisprudentielle de la thèse du transfert d'une propriété pleine et entière dans le cadre d'une « fiducie-sûreté » innommée (§ 391-398). *Adde* : Cass. com. 19 décembre 2006 (D. 2007 Aj, p. 76, obs. X. Delpech ; D. 2007 jur. p. 344, note Ch. Larroumet ; D. 2007, p. 961, note L. Aynès ; *RTD civ.* 2007, p. 160, obs. P. Crocq ; *LPA*, 2007, p. 10, note S. Prigent ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2007, n°35, p. 38, note J. -J. Ansault & n°36, p. 29, note D. Houtcieff) ; Cass. com. 26 mai 2010, pourvoi n° 09-13.388 (D. 2010, p. 1340, obs. A. Lienhard ; D. 2010, p. 2201, N. Borga ; *RTD civ.* 2010, p. 597, obs. P. Crocq ; *Droit et patrimoine* 2010, n° 195, p. 96, obs. Ph. Dupichot).

⁶⁶ Voir *supra* les développements sur la consécration légale d'un droit réel principal planant à travers le régime de la fiducie (§ 535-595).

1 – Des conditions formelles trop nombreuses

664. Alors qu'à la faveur des récentes réformes, les régimes de constitution du gage et du nantissement ont évolué dans le sens d'un allègement de leur formalisme qui, par contrecoup, s'est révélé propice à l'affectation en garantie de sommes d'argent par la voie de ces sûretés, le régime de constitution de la fiducie-sûreté s'est alourdi lorsque cette dernière est passée du statut de sûreté innommée à celui de sûreté nommée. Par contrecoup, si le régime de constitution de la fiducie-sûreté tel que prévu par le code civil devait lui être appliqué, l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale perdrait la simplicité et la souplesse qui caractérisaient le régime de constitution du « gage-espèces » (entendu comme cession à titre de garantie innommée), pour se soumettre à des conditions de forme particulièrement contraignantes et inappropriées.

665. La lourdeur du régime de constitution de la fiducie-sûreté ne tient pas tant à l'exigence d'un écrit comportant, à peine de nullité, certaines mentions, qu'à l'exigence de son enregistrement⁶⁷ (à titre de validité) voire, dans certains cas, à celle du recours à l'acte notarié.

665-1. L'article 2372-1 du code civil prévoit que « la propriété d'un bien mobilier ou d'un droit peut être cédée à titre de garantie d'une obligation en vertu d'un contrat de fiducie conclu en application des articles 2011 à 2030 », et l'article 2372-2 du même code ajoute qu'« en cas de fiducie conclue à titre de garantie, le contrat mentionne à peine de nullité, outre les dispositions prévues à l'article 2018, la dette garantie et la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire ».

665-2. En application des articles 2372-1 et 2372-2 du code civil, et des dispositions auxquelles elles renvoient, le contrat de fiducie-sûreté doit être conclu par écrit, à peine de nullité. L'article 2012 du code civil dispose en effet que « la fiducie est établie par la loi ou par contrat » et qu'« elle doit être expresse ».

665-3. Exigé à titre de validité, l'écrit doit en outre comporter un certain nombre de mentions requises, elles aussi, à peine de nullité. L'article 2018 du code civil prévoit

⁶⁷ Cet enregistrement est soumis à un droit fixe de 120 euros.

en effet que « le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité : 1° les biens, droits ou sûretés transférés [...] ; 2° la durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat ; 3° l'identité du ou des constituants ; 4° l'identité du ou des fiduciaires ; 5° l'identité du ou des bénéficiaires ou, à défaut, les règles permettant leur désignation ; 6° la mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition ». Toujours à peine de nullité, l'article 2372-2 ajoute à ces mentions celle de la dette garantie et celle de la valeur estimée du bien ou du droit transféré dans le patrimoine fiduciaire.

665-4. Pour le cas où la fiducie-sûreté porte sur de la monnaie fiduciaire ou scripturale, il ne paraît pas choquant que soit exigé un écrit : les régimes du gage (article 2336 du code civil) et du nantissement de créance (article 2356 du même code) imposent eux aussi l'établissement d'un écrit. Il ne paraît pas davantage choquant que cet écrit doive désigner la dette garantie, les sommes d'argent affectées en garantie (qui, par hypothèse, portent leur valeur en elles-mêmes), la durée de la cession à titre de garantie, l'identité du constituant, l'identité du fiduciaire (qui, sauf cas particulier de l'entiercement, est en général également bénéficiaire) et l'étendue des pouvoirs de disposition du fiduciaire sur les sommes affectées en garantie. En revanche, la sanction par la nullité de l'absence de l'une de ces mentions dans le contrat de fiducie-sûreté paraît particulièrement lourde.

666. Pour ce qui est des conditions d'opposabilité aux tiers de la fiducie-sûreté sur créances, on ne peut qu'approuver le législateur d'avoir aligné le régime de constitution de la fiducie-sûreté sur l'actuel régime du nantissement de créance, et d'avoir ainsi poursuivi le lent mais sûr rapprochement des deux sûretés. De même que l'article 2361 du code civil prévoit que « le nantissement d'une créance, présente ou future, [...] devient opposable aux tiers à la date de l'acte », de même l'article 2018-2 du même code dispose que « la cession de créances réalisée dans le cadre d'une fiducie est opposable aux tiers à la date du contrat de fiducie ou de l'avenant qui la constate ». Si l'on conçoit la monnaie fiduciaire et scripturale, ou tout au moins la monnaie scripturale, comme une créance, alors son affectation en garantie par la voie de la fiducie-sûreté sur créances monétaires du code civil n'a, du point de vue des formalités d'opposabilité, rien à envier aux améliorations, en termes de simplicité et de publicité, qui résultent de l'actuel régime du nantissement de créance.

Néanmoins, dans la mesure où, en matière d'opposabilité au débiteur de la créance affectée en garantie, le régime de la fiducie-sûreté sur créances a été aligné sur celui du nantissement de créance⁶⁸, les difficultés engendrées par l'exigence de la « notification à soi-même » sont les mêmes, que l'on choisisse d'affecter la monnaie en garantie par la voie du nantissement ou par celle de la fiducie-sûreté.

667. Le régime de la fiducie-sûreté est en revanche plus contraignant que celui du nantissement de créance (et du gage), en ce qu'il impose, à titre de validité, et non seulement d'opposabilité, l'enregistrement du contrat d'affectation en garantie, et, le cas échéant, de ses avenants et de la convention de rechargement.

L'article 2019 du code civil dispose en effet qu'« à peine de nullité, le contrat de fiducie et ses avenants sont enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France », et que, de la même manière, « la transmission des droits résultant du contrat de fiducie [...doit...] à peine de nullité, donner lieu à un acte écrit enregistré dans les mêmes conditions »⁶⁹.

667-1. Lorsque la fiducie-sûreté est rechargeable⁷⁰, ce que l'on pourrait fort bien imaginer si elle devait porter sur des sommes d'argent, notamment en droit des marchés financiers où cela éviterait la constitution successive de plusieurs sûretés pour la garantie des obligations financières ou pour celle des obligations de payer dans les systèmes de paiement, de règlement et de livraison des instruments financiers, l'article 2372-5 du code civil prévoit qu'« à peine de nullité, la convention de rechargement établie selon les dispositions de l'article 2372-2 est enregistrée sous la forme prévue à l'article 2019 » et qu'il s'agit là d'une disposition d'ordre public. Tout l'intérêt que pouvait avoir le caractère rechargeable de la sûreté est ainsi anéanti par la lourdeur d'une formalité d'enregistrement dont l'omission encourt une sanction particulièrement sévère.

⁶⁸ On notera en effet que, de même que l'article 2362 du code civil dispose que « pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié », de même l'article 2018-2 du même code prévoit que la cession de créances réalisée dans le cadre d'une fiducie « ne devient opposable au débiteur de la créance cédée que par la notification qui lui en est faite par le cédant ou le fiduciaire ». Pour la cession de créance soumise au régime de la fiducie, le législateur a ainsi substitué la notification à la lourde formalité de la signification qui continue d'être exigée à titre d'opposabilité lorsque la cession de créance est soumise au régime « de droit commun » prévu par l'article 1690 du code civil.

⁶⁹ Pour les besoins de l'enregistrement, l'article 2020 du code civil prévoit la constitution d'un registre national des fiducies.

⁷⁰ L'article 2372-5 du code civil a étendu à la fiducie-sûreté la possibilité de rechargement jusqu'alors cantonnée à l'hypothèque : « la propriété cédée en application de l'article 2372-1 peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoit expressément. Le constituant peut l'offrir en garantie, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier, encore que le premier n'ait pas été payé. Lorsque le constituant est une personne physique, le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge ».

667-2. L'obligation faite par les articles 2019 et 2372-5 du code civil d'enregistrer au service des impôts, dans un délai d'un mois à compter de leur date, le contrat de fiducie-sûreté, et, le cas échéant, ses avenants et sa convention de rechargement, rend le régime de la fiducie-sûreté du code civil très inadapté à l'affectation en garantie de sommes d'argent qui, d'une façon générale, requiert souplesse et rapidité : on n'imagine pas un seul instant les institutions participant aux systèmes interbancaires de paiement et aux systèmes de règlement et de livraison d'instruments financiers, ni les investisseurs-donneurs d'ordre, les prestataires de services d'investissement, ou encore les adhérents à la chambre de compensation enregistrer systématiquement les dépôts de garantie, couvertures et appels de marges dans un délai d'un mois à compter de leur constitution.

668. Un dernier élément du régime de constitution de la fiducie-sûreté peut nuire à son attractivité dans le cas précis où il s'agirait d'affecter en garantie de la monnaie scripturale inscrite sur un compte commun à deux époux ou aux membres d'une indivision. L'article 2012 du code civil prévoit en effet en son second alinéa que « si les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux ou d'une indivision, le contrat de fiducie est établi par acte notarié à peine de nullité ».

668-1. Il résulte de cette disposition que toute affectation en garantie, par la voie de la fiducie-sûreté du code civil, de sommes inscrites non seulement au crédit d'un compte joint ou indivis⁷¹ dont sont titulaires des époux ou les membres d'une indivision, mais aussi au crédit d'un compte personnel alimenté par les actifs de la communauté conjugale⁷², devrait conduire à l'établissement d'un acte authentique, et plus précisément d'un acte notarié, - et ce à peine de nullité de la sûreté.

⁷¹ Dans le cadre d'un compte indivis (ou « collectif »), chaque cotitulaire du compte est conjointement créancier ou débiteur à l'égard du banquier teneur de compte (sauf disposition contraire de la convention compte instaurant une solidarité), et chaque cotitulaire ne peut mouvoir le compte qu'avec l'accord unanime de tous les autres cotitulaires (sauf s'ils ont désigné parmi eux un mandataire). Dans le cadre d'un compte joint, un principe de solidarité régit les rapports entre les cotitulaires du compte et le banquier teneur de compte : il s'agit à la fois d'une solidarité active (chaque cotitulaire peut mouvoir seul le compte), et d'une solidarité passive (chaque cotitulaire du compte est, le cas échéant, débiteur de l'intégralité du solde négatif du compte à l'égard du banquier qui peut donc demander paiement à n'importe lequel des cotitulaires sans avoir à diviser ses poursuites). La solidarité caractérisant le compte joint ne joue pas dans les rapports entre les cotitulaires du compte et les tiers, ni dans les rapports entre cotitulaires du compte (sauf convention contraire), et elle ne joue dans les rapports entre les cotitulaires du compte et le banquier teneur de compte qu'autant qu'elle n'a pas été révoquée. Une fois la solidarité dénoncée par l'un de ses cotitulaires, le compte joint se commue de fait en compte indivis.

⁷² Dans le cadre du régime de la communauté légale, l'article 1401 du code civil dispose que « la communauté se compose activement des acquêts faits par les époux ensemble ou séparément durant le mariage, et provenant tant de leur industrie personnelle que des économies faites sur les fruits et revenus de leurs biens propres ». Les sommes d'argent provenant des gains et salaires des époux ou encore de la vente de biens communs (meubles ou immobiliers), mais aussi celles des tirées de leurs biens propres (loyers d'immeubles loués, dividendes produits par des parts ou actions dans des sociétés...), sont donc réputées constituer des biens communs. Elles peuvent néanmoins être inscrites au crédit d'un compte personnel. L'article 221 du code

668-2. La lourdeur du formalisme caractérisant le régime de constitution de la fiducie-sûreté, tel qu'organisé par le code civil, atteint ici son comble et achève de convaincre de ce que ce régime n'est pas adapté à l'affectation en garantie de monnaie, qu'elle soit scripturale ou fiduciaire.

2 – Des fiduciaires trop peu nombreux

669. Pour ce qui concerne les conditions de fond devant être réunies pour constituer une fiducie-sûreté, il ne s'agit pas de revenir, à ce stade, sur le hiatus sous-jacent au régime de la fiducie institué par le code civil, dont on ne peut dire avec certitude s'il confère au fiduciaire un droit de propriété plein et entier ou seulement un droit réel résultant du démembrement d'une propriété qui resterait entre les mains du constituant. On notera simplement que cette ambiguïté revêt un caractère particulièrement aigu et confine à la contradiction lorsque c'est de la monnaie qui doit être affectée en garantie par la voie d'une fiducie-sûreté. Alors même que le transfert au créancier de la propriété des sommes d'argent affectées en garantie ne devrait se produire que dans l'hypothèse où ces sommes seraient confondues au sein de son patrimoine, et alors même qu'il ne devrait donc être recouru au régime de la fiducie-sûreté que dans l'hypothèse la monnaie fiduciaire ou scripturale affectée en garantie serait confondue au sein du patrimoine du créancier fiduciaire, l'article 2372-1 du code civil, qui prévoit la possibilité de céder la propriété d'un droit à titre de garantie, en vertu d'un contrat de fiducie, renvoie à l'article 2011 du même code qui définit la fiducie comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, *les tenant séparés de leur patrimoine propre*, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires » (italiques ajoutées). Autrement dit, alors qu'en principe, la fiducie-sûreté ne peut être envisagée que pour l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale *confondue* dans le patrimoine du créancier fiduciaire, l'article 2011 du code

civil dispose en effet, en son premier alinéa, que « chacun des époux peut se faire ouvrir, sans le consentement de l'autre, tout compte de dépôt et tout compte de titres en son nom personnel ». Et ce texte instaure, en son second alinéa, une présomption de pouvoir jouant dans les rapports entre l'époux titulaire du compte et le banquier, en vertu de laquelle « à l'égard du dépositaire, le déposant est toujours réputé, même après la dissolution du mariage, avoir la libre disposition des fonds et des titres en dépôt ».

civil fait obligation à ce même créancier, qui, dans la configuration d'une fiducie-sûreté, est à la fois fiduciaire et bénéficiaire de la cession de propriété, de tenir la monnaie fiduciaire ou scripturale affectée en garantie séparée de son patrimoine propre... Le régime de la fiducie-sûreté, qui ne peut être retenu pour l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale que si celle-ci est confondue dans le patrimoine du créancier, ne peut donc, en l'état du droit, être appliqué que si la monnaie fiduciaire ou scripturale affectée en garantie n'est pas confondue dans le patrimoine du créancier fiduciaire, et que si elle en est isolée, par exemple par une inscription au crédit d'un compte spécial qui, en principe, préserve la propriété du constituant et prévient tout transfert de propriété.

670. Au-delà de cette contradiction non négligeable qui, sur le fond, rend impossible en théorie, et fort douteuse en pratique, l'application du régime de constitution de la fiducie-sûreté à l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues, c'est la définition restrictive des fiduciaires qui rend ce régime de constitution inadéquat à cette affectation en garantie. En effet, l'article 2015 du code civil dispose qu'outre les membres de la profession d'avocat, « seuls peuvent avoir la qualité de fiduciaires les établissements de crédit mentionnés à l'article L. 511-1 du code monétaire et financier, les institutions et services énumérés à l'article L. 518-1 du même code, les entreprises d'investissement mentionnées à l'article L. 531-4 du même code ainsi que les entreprises d'assurance régies par l'article L. 310-1 du code des assurances ». S'il est vrai que les sûretés sur sommes d'argent sont souvent consenties à des créanciers exerçant la profession de banquier ou de prestataire de services d'investissement, il n'en reste pas moins que c'est loin d'être toujours le cas : le créancier peut fort bien être le propriétaire bailleur d'un immeuble à usage d'habitation, le vendeur d'un immeuble, ou encore le cédant ou le cessionnaire partie à un contrat de prêt de titres, et dans toutes ces hypothèses, il peut s'agir aussi bien d'une personne morale que d'une personne physique. La soumission de l'affectation en garantie des sommes d'argent au régime de la fiducie-sûreté impliquerait, dans ces trois dernières hypothèses, que la monnaie fiduciaire ou scripturale affectée en garantie soit remise par le constituant à un tiers fiduciaire appartenant à l'une des catégories définies par l'article 2015 du code civil, avant d'être transférée au créancier bénéficiaire de la sûreté en cas de défaut de paiement de la dette garantie. Autrement dit, pour tous les cas où le créancier bénéficiaire de l'affectation en garantie de sommes d'argent n'aurait pas en outre la qualité de fiduciaire au sens de l'article 2015 du code civil, l'application du

régime de la fiducie-sûreté prévu par le code civil, conduirait à exiger qu'il soit recouru à un entiercement.

671. Le recours systématique à la fiducie-sûreté avec entiercement, pour le seul besoin de satisfaire aux exigences de l'article 2015 du code civil, rend le régime de l'aliénation fiduciaire organisé par le code civil particulièrement lourd et inadéquat s'il doit être appliqué à l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale.

672. Alors qu'avant les récentes réformes relatives aux sûretés et à la fiducie, c'était le régime de constitution d'une fiducie-sûreté innommée, réputée transférer une propriété pleine et entière et connue sous le nom de « gage-espèces » qui semblait le plus adapté à l'affectation en garantie des sommes d'argent, sauf si l'on considérait que le « gage-espèces » n'était qu'un gage irrégulier et qu'il devait donc être soumis au régime du gage de droit commun, et alors qu'auparavant, les régimes de constitution du gage « classique » et du nantissement de créance présentaient des lourdeurs peu appropriées à l'affectation en garantie des sommes d'argent, la situation semble aujourd'hui s'être inversée.

À la faveur de la réforme du droit des sûretés opérée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, le régime de constitution du gage s'est allégé et simplifié, tandis que le régime de constitution du nantissement de créance a été purgé de la plupart de ses défauts, dont il ne reste plus que celui de la « notification à soi-même », qui ne surgit au demeurant que lorsque la créance nantie est formée de monnaie scripturale et que le banquier, créancier nanti, est également débiteur de la créance nantie.

En revanche, en devenant une sûreté nommée, la fiducie-sûreté a vu son régime de constitution considérablement alourdi par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 et par le renvoi fait aux dispositions relatives à la fiducie introduites notamment par les lois n° 2007-211 du 19 février 2007 et n° 2008-776 du 4 août 2008.

673. Du point de vue de la constitution des sûretés, c'est aujourd'hui le régime du gage, applicable au gage de choses fongibles qui, si l'on s'en tient aux seules conditions de forme, paraît le plus approprié à l'affectation en garantie de sommes d'argent, en raison de son formalisme léger et de sa publicité simple et efficace. Mais encore faut-il

nuancer cette conclusion par des considérations tenant au fond : d'une part, en raison de la rédaction équivoque du second alinéa de l'article 2341 du code civil qui conduit à des analyses divergentes et à des controverses sans fin sur le point de savoir si le gage avec dépossession de choses fongibles est un gage ou une fiducie-sûreté déguisée et innommée, et s'il transfère ou démembre la propriété des choses gagées, et, d'autre part, en raison de ce que le régime du gage en général, et du gage de choses fongibles en particulier, est censé s'appliquer à l'affectation en garantie de biens corporels – ce que la monnaie, bien incorporel, n'est pas.

674. Il est vrai néanmoins que la seconde objection de fond peut être levée si l'on considère que la monnaie n'est pas une créance au sens civil du terme, et que, définie comme une créance « atypique », elle rentre dans la catégorie des biens incorporels autres que les créances « civiles », biens pour lesquels le cinquième et dernier alinéa de l'article 2355 du code civil prévoit que leur nantissement est « soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels ». Au regard de la nature incorporelle de la monnaie, il n'y aurait alors aucun inconvénient à soumettre l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale au régime de constitution du gage, et plus précisément au régime de constitution du gage de choses fongibles. L'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale non confondue dans le patrimoine du créancier pourrait être soumise aux dispositions de l'article 2342 du code civil, qui sont relatives au gage sans dépossession de choses fongibles et qui sont adaptées à l'affectation en garantie de sommes inscrites au crédit d'un compte non bloqué (peu importe qu'il soit, ou non, spécial), ainsi qu'aux dispositions de l'article 2341, alinéa 1^{er}, du code civil, qui sont relatives au gage avec dépossession de choses fongibles et qui sont adaptées à l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire non confondue dans le patrimoine du créancier et à l'affectation en garantie de sommes inscrites au crédit d'un compte spécial et bloqué. L'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale confondue dans le patrimoine du créancier pourrait être soumise aux dispositions de l'article 2341, alinéa 2, du code civil, qui sont relatives au gage avec dépossession de choses fongibles... mais qui laissent entière la question de savoir si c'est un droit de propriété plein et entier qui est transféré au créancier, ou seulement un droit réel grevant la propriété démembrée du constituant.

675. Plutôt que de s'engager dans cette voie qui ne nous semble pas apporter une solution à l'ensemble des problèmes théoriques et pratiques que rencontre

aujourd'hui l'affectation en garantie de sommes d'argent, il nous semble préférable de tirer parti des dispositions du cinquième et dernier alinéa de l'article 2355 du code civil en les interprétant dans un autre sens. En effet, si la monnaie, qu'elle soit fiduciaire ou scripturale, est un bien incorporel, et si elle n'est pas une créance au sens civil du terme, alors il nous semble qu'elle pourrait faire partie de ces « autres meubles incorporels » qui n'ont pas à être soumis « aux règles prévues pour le gage de meubles corporels », pour la bonne et simple raison qu'ils font l'objet de « dispositions spéciales ». Et ces « dispositions spéciales » ne seraient autres que celle du « nantissement de monnaie », institué pour se substituer à toutes les qualifications et à tous les régimes, divers et variés, auxquels est aujourd'hui soumise l'affectation en garantie des sommes d'argent.

Section II. L'affectation en garantie de sommes d'argent, confondues ou non, par la voie d'un nantissement de monnaie opérant non pas un transfert mais un démembrement de propriété, lèverait toute ambiguïté.

676. Plutôt que de laisser aux praticiens le soin de deviner s'ils doivent soumettre la garantie sur la monnaie qu'ils envisagent aux règles de constitution du gage, du nantissement (de créance ou de compte), ou encore de la fiducie-sûreté, il conviendrait de leur proposer un unique mode d'affectation en garantie des sommes d'argent, sous la forme d'un « nantissement de monnaie » qui, en cas d'individualisation des sommes nanties, maintiendrait l'intégralité des attributs du droit de propriété dans le patrimoine du constituant, et qui, en l'absence d'une telle individualisation, opérerait un démembrement du droit de propriété et une répartition de ses attributs telle qu'indépendamment des variations dans l'attribution des droits d'user et de jouir, le créancier serait nécessairement investi d'un droit de disposer à titre provisoire et le constituant nécessairement investi d'un droit de disposer à titre définitif. Comme expliqué plus haut, le principe du *numerus clausus* des droits réels principaux et accessoires ne se heurte nullement à la création, par la loi, de ce démembrement de propriété d'un type nouveau⁷³.

⁷³ G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Les sûretés - La publicité foncière*, Sirey, 2^e éd., 1987. Il y a plus de vingt ans, le professeur Philippe Jestaz, constatant, au sujet de l'aliénation fiduciaire, que « le créancier a une propriété désincarnée qui se réduit à un droit sur la valeur du bien, [qu'il...] n'a en outre qu'un abus restreint car l'obligation où il se trouve de retransférer

677. La comparaison des différents régimes qui, en l'état du droit, s'offrent aux praticiens pour affecter en garantie des sommes d'argent, selon la qualification retenue, a montré que c'était le régime de constitution du gage qui, du strict point de vue des conditions de forme, était le mieux à même de convenir aux exigences de simplicité, de rapidité et de sécurité juridique qui sont associées à l'affectation en garantie de la monnaie. C'est donc de ce régime de constitution qu'il convient de s'inspirer pour définir les modalités de constitution du « nantissement de monnaie » qui, étant un nantissement de meubles incorporels, sans se confondre toutefois avec le nantissement de créance, pourrait voir son régime fixé dans une section II au sein du chapitre III (« Du nantissement de meubles incorporels ») du sous-titre II (« Des sûretés sur les meubles ») du titre II (« Des sûretés réelles ») du livre IV (« Des sûretés ») du code civil. Cette section trouverait ainsi sa place après l'article 2366 et comporterait un certain nombre de dispositions aux nouveaux articles 2366-1 et suivants du code civil.

678. Le choix d'introduire les dispositions relatives au « nantissement de monnaie » dans le code civil, plutôt que dans le code monétaire et financier, est intimement lié à l'ambition d'ériger lesdites dispositions en règles générales ayant vocation à régir, sous réserve d'adaptations ponctuelles, toute affectation en garantie de monnaie, indépendamment de la matière (financière, boursière, pénale, douanière...) et du contexte dans lesquels elle intervient. Or le code civil est précisément celui où sont inscrits les principes généraux appelés à gouverner les matières de droit privé, sans préjudice d'aménagements prévus dans des codes et textes spéciaux pour tenir compte de la spécificité de certaines matières.

À cet égard, nous nous démarquons du parti pris du professeur Didier-René Martin qui s'est indigné de ce que l'avant-projet de réforme du droit des sûretés établi par la « commission Grimaldi » proposait d'inscrire le « nantissement de monnaie scripturale » dans le code civil (articles 2357 à 2364 nouveaux) et de déplacer le « nantissement

la propriété lors du paiement lui interdit les actes de disposition », et qu'il « ne pourrait au mieux céder la chose qu'à la condition de transmettre en même temps sa créance » (*op. cit.*, p. 335, n° 537), proposait de reconnaître plutôt un nouveau droit réel, arguant de ce que « les prétendus obstacles fondés soit sur l'idée de *numerus clausus*, soit sur la valeur éminente du droit de propriété reposent sur des affirmations de caractère dogmatique plus que sur une véritable démonstration », et de ce que « la propriété n'échappe au concours [des autres créanciers] que dans sa définition actuelle », tant et si bien que « si l'on veut qu'elle concoure désormais, dans une certaine mesure, avec les autres sûretés, il n'y a qu'à le décider : cela fait partie des attributions du législateur et la doctrine sera bien obligée de suivre ! » (*op. cit.*, pp. 361-362, n° 559).

d'instruments financiers » du code monétaire et financier au code civil (articles 2365 à 2378 nouveaux). Le professeur Didier-René Martin prétendait que toute disposition relative à la monnaie devait trouver sa place dans le code monétaire et financier⁷⁴.

679. Si l'on retient les avantages du régime de constitution du gage pour déterminer celui du nantissement de monnaie, alors il convient d'en faire un contrat consensuel, formé non pas par la remise matérielle ou dématérialisée des sommes d'argent, mais par un écrit qui, quoique requis à titre de validité, ne devra pas être empreint d'un formalisme excessif.

680. On peut s'interroger sur l'opportunité d'appliquer au nantissement de monnaie les conditions d'opposabilité du gage, dans la mesure où, s'il n'y a pas dépossession du constituant - ce qui est le cas lorsque les sommes d'argent affectées en garantie sont inscrites sur un compte spécial dont il est titulaire -, la création d'un registre spécial et l'inscription de tout nantissement de monnaie correspondant sur ce registre paraissent inutilement lourdes et complexes. Il conviendra alors de se demander dans quelle mesure les conditions d'opposabilité du nantissement de créance peuvent être appliquées au nantissement de monnaie.

681. Enfin, il faudra écarter le défaut majeur du régime de constitution du gage de choses fongibles qui tient au flou entretenu par la rédaction du second alinéa de l'article 2341 du code civil sur la nature du droit et l'étendue des pouvoirs du créancier bénéficiaire d'une garantie portant sur des sommes d'argent confondues au sein de son patrimoine.

⁷⁴ Le professeur Didier-René Martin (« De la garantie monétaire » (*RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 43) voit dans la dichotomie qui a été établie par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 et qui oppose « gage » de meubles corporels et « nantissement » de meubles incorporels, une « manœuvre subreptice » pour mettre à bas sa théorie de la scripturalisation : « le nantissement de créance, qualifié de sûreté sur bien meuble incorporel, ne constitue qu'un subterfuge habile pour attirer à sa suite les pseudo-nantissements de monnaie scripturale et d'instruments financiers. Car le but recherché est d'inscrire dans la loi le caractère prétendument incorporel de ces actifs monétaires et financiers [...] À cet objectif se rattachent et la tentative de délocalisation, dans le code civil, du gage de compte d'instruments financiers, et l'essai de réglementation du gage monétaire qui devrait pourtant trouver place, aussi, dans le code "monétaire" et financier » (*ibidem*, p. 44). *Adde* : D. R. Martin, « Quel gâchis ! », *RD bancaire et fin.*, mai-juin 2005, p. 73 : « la monnaie et les instruments financiers ont pour siège naturel le code monétaire et financier où la cohérence, l'efficacité, le bon sens et l'harmonie des choses commandent d'y loger tout ce qui les concerne ».

§ 1. L'exigence d'un écrit à titre de validité.

682. L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés a opportunément fait du gage de meubles corporels et du nantissement de meubles incorporels des contrats consensuels formés non plus par la remise (matérielle ou dématérialisée) de la chose affectée en garantie, mais par la rédaction d'un écrit requis à titre de validité. Il convient d'appliquer la même exigence au « nantissement de monnaie ».

Par ailleurs, il est souhaitable de limiter le nombre de mentions à porter sur cet écrit, en prenant exemple sur ce que le code civil prévoit pour le gage ou le nantissement de créance, et en écartant le formalisme excessif du régime de la fiducie-sûreté qui conduit à multiplier les mentions et à sanctionner leur omission par la nullité.

683. En s'inspirant de la rédaction des articles 2336 et 2356 du code civil, il peut être envisagé de n'imposer dans l'acte constitutif que la désignation de la dette garantie, la mention de la nature fiduciaire ou scripturale des sommes nanties ainsi que l'indication du montant des sommes nanties.

683-1. L'indication de ce montant ne paraît guère susceptible de causer des difficultés pour l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire puisque, par hypothèse, il est connu, tant dans le cas où les pièces et billets sont individualisés par un contenant quelconque qui reste en la possession du constituant que dans le cas où ils sont remis au créancier nanti ou à un tiers convenu pour être soit isolés soit confondus dans le patrimoine de ces derniers. Nonobstant leur confusion dans le patrimoine du créancier nanti ou du tiers convenu, le montant des pièces et/ou billets affectés en garantie est au moins connu à la date de leur remise.

683-2. En revanche, le montant des sommes nanties peut être indéterminé si les sommes affectées en garantie sont inscrites sur un compte courant ou spécial non bloqué, et si, à l'instar de ce qui est aujourd'hui prévu pour le nantissement de compte, le droit de préférence du créancier nanti porte sur le solde créditeur, provisoire ou définitif, de ce compte, à la date de la réalisation de la sûreté ou à la date du jugement d'ouverture, contre le constituant, d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou de traitement des situations de surendettement des particuliers, sous réserve de la régularisation des opérations en cours. Dans cette hypothèse, il faudra substituer à l'indication du montant des sommes nanties,

l'indication des éléments permettant d'identifier le compte sur lequel sont inscrites les sommes nanties (numéro de compte, code banque, code guichet...).

684. On peut imaginer que le « nantissement de monnaie » fasse l'objet d'une convention de rechargement qui devra, elle aussi, être établie par écrit, à peine de nullité. En effet, il est des constituants, notamment des institutions financières ou prestataires de services d'investissement, qui sont appelés à constituer fréquemment des sûretés sur sommes d'argent pour garantir leur obligation de payer dans le cadre des systèmes interbancaires de paiement et des systèmes de règlement et de livraison d'instruments financiers. Il en est de même pour les investisseurs-donneurs d'ordre qui sont clients d'adhérents à la chambre de compensation et qui doivent très fréquemment constituer des sûretés sur sommes d'argent, qui sont qualifiées de « couvertures » et qui sont susceptibles d'être elles-mêmes complétées par des « appels de marges ». Pour le cas où l'affectation en garantie de monnaie, en principe plutôt scripturale que fiduciaire, intervient dans le cadre du droit des marchés financiers, on peut donc trouver un intérêt à revêtir le « nantissement de monnaie » d'un caractère rechargeable : la convention de rechargement pourra éviter la constitution successive d'une multitude de nantissements et fera en quelque sorte office de « convention-cadre » en vertu de laquelle le nantissement initial, une fois son assiette reconstituée au gré des succès des opérations financières initialement garanties, pourra garantir d'autres opérations financières au bénéfice d'autres créanciers que le créancier nanti originaire. Assorti d'une clause « d'arrosage » obligeant le constituant à compléter son assiette si jamais celle-ci se révélait insuffisante pour garantir les obligations financières contractées, le « nantissement de monnaie rechargeable » nous semble pouvoir accueillir ces sûretés boursières si particulières que sont les couvertures et les appels de marge⁷⁵.

685. D'un point de vue théorique, il ne nous semble pas y avoir d'obstacle à attribuer au « nantissement de monnaie » un caractère rechargeable. Dans la mesure où l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 a d'ores et déjà ouvert la possibilité de

⁷⁵ La « convention de rechargement » nous paraît plus intéressante qu'une seule clause d'arrosage en ce sens que les sommes nanties pourront servir à garantir non seulement des dettes présentes et futures à l'égard d'un créancier originaire, mais aussi des dettes simplement éventuelles à l'égard d'autres créanciers que le créancier originaire. Tout en s'en inspirant, il nous semble donc qu'il faille aller plus loin que la clause d'arrosage dont la « commission Grimaldi », dans son avant-projet de réforme du droit des sûretés, avait prévu de doter le nouveau « nantissement d'instruments financiers » pour lequel le projet d'article 2374 prévoyait que, dans certains cas, « des instruments financiers supplémentaires [pourraient] être inscrits au crédit du compte spécial » affecté en garantie et que « les instruments financiers supplémentaires [seraient] réputés nantis à la date de la déclaration de nantissement » - date de déclaration qui, à la différence de la date de la convention de rechargement envisagée, n'aurait pas donné rang à la sûreté, le projet d'article 2371 prévoyant que « le rang des nantissements [serait] déterminé par l'ordre de réception des déclarations, sauf convention contraire entre les créanciers intéressés » (italiques ajoutées).

conférer un caractère rechargeable à une sûreté réelle sans dépossession ni effet translatif de propriété, à savoir l'hypothèque⁷⁶, on ne voit pas pour quelle raison l'on se refuserait à reconnaître un caractère rechargeable au « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier, qui, tout comme l'hypothèque, ne confère au créancier bénéficiaire de la sûreté qu'un droit réel accessoire de préférence sur un bien dont la propriété pleine et entière reste entre les mains du constituant. En outre, dans la mesure où l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 est allée jusqu'à permettre d'assortir d'une convention de rechargement une fiducie-sûreté⁷⁷ qui, selon l'analyse qui en est faite, transfère au fiduciaire soit un droit réel principal de propriété plein et entier, soit un droit réel principal résultant du démembrement d'une propriété restée entre les mains du constituant, on ne voit pas pour quelle raison il faudrait refuser de reconnaître un caractère rechargeable au « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier, qui ne confère au créancier nanti qu'un droit réel principal résultant du démembrement de la propriété pleine et entière restée entre les mains du constituant.

686. D'un point de vue pratique, il convient de s'inspirer des dispositions relatives à l'hypothèque et à la fiducie-sûreté rechargeables pour déterminer les modalités du « nantissement de monnaie rechargeable ». Tout en écartant le recours à la forme notariée prévue pour l'hypothèque rechargeable et l'exigence, à peine de nullité, de l'enregistrement prévu pour la fiducie-sûreté rechargeable, il est envisageable de prévoir que le « nantissement de monnaie » pourra être ultérieurement affecté à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément. Dans ce cas, le constituant pourra l'offrir en garantie, dans la limite du montant disponible au jour de la recharge, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier encore que le premier n'ait pas été payé.

⁷⁶ Ancien article 2422 du code civil : « [al. 1^{er}] l'hypothèque peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément. [al. 2] le constituant peut alors l'offrir en garantie, dans la limite de la somme prévue dans l'acte constitutif [...] non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier encore que le premier n'ait pas été payé. [al. 3] la convention de rechargement qu'il passe, soit avec le créancier originaire, soit avec le nouveau créancier, revêt la forme notariée ».

Sur l'hypothèque rechargeable, voir notamment : M. Grimaldi, « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », D. 2006, p. 1294 ; Ph. Dupichot, « La réforme du régime hypothécaire », D. 2006, p. 1291.

⁷⁷ Article 2372-5 du code civil : « [al. 1^{er}] la propriété cédée en application de l'article 2372-1 peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément. [al. 2] le constituant peut l'offrir en garantie, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier, encore que le premier n'ait pas été payé. Lorsque le constituant est une personne physique, le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge. [al. 3] à peine de nullité, la convention de rechargement établie selon les dispositions de l'article 2372-2 est enregistrée sous la forme prévue à l'article 2019. La date d'enregistrement détermine, entre eux, le rang des créanciers ». Sur la fiducie-sûreté rechargeable, voir notamment : M. Grimaldi & R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », D. 2009, p. 670 ; P. Crocq, « La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des *subprimes* en France ? », D. 2009, p. 716 ; A. Gourio, « La fiducie-sûreté », D. 2009, p. 1944.

687. Le professeur Dominique Bureau imaginait que « la constitution de cette sûreté sera[it] d'une grande simplicité, puisqu'elle se réalisera[it] par le versement de la somme, sous quelque forme que ce soit »⁷⁸.

Il est vrai que si l'on exige un écrit pour toute affectation en garantie de sommes d'argent, on se prive de la simplicité de la constitution qui était celle de la fiducie-sûreté innommée connue sous le nom de « gage-espèces » et tant célébrée par le professeur Michel Cabrillac.

688. Néanmoins, un formalisme minimal, limité à l'exigence d'un écrit à titre de validité, a pour avantage considérable de faire échapper la sûreté à tout risque de requalification – et notamment au risque de requalification en paiement anticipé. Car l'inconvénient majeur que présentait la soumission de l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier au régime de cette fiducie-sûreté innommée qu'était le « gage-espèces », c'était le risque qu'à défaut d'écrit en éclairant la finalité, le versement des sommes d'argent par le constituant de la sûreté fût interprété par le juge comme un paiement anticipé.

Le professeur Michel Cabrillac signale lui-même ce risque, qu'il estime particulièrement élevé lorsque la créance garantie est certaine et liquide, mais non-exigible⁷⁹. Et une fois le versement de sommes d'argent requalifié en paiement anticipé surgissait un nouveau risque : celui de voir la sûreté analysée comme un paiement anticipé devant être annulé sur le fondement des nullités obligatoires de la période suspecte, en cas de procédure collective du constituant. L'article L. 632-1, I, du code de commerce dispose en effet que « sont nuls, lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements » un certain nombre d'actes parmi lesquels (3°) « tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement ».

⁷⁸ D. Bureau, « Le gage-espèces : une sûreté atteignant sa maturité ? », *Droit et patrimoine* 1999, n° 77, p. 22. Adde : M. Cabrillac, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Mélanges offerts à J. Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 337 : « La constitution de la sûreté-propriété est fort simple, car il faut admettre qu'elle est réalisée par le versement de la somme sous quelque forme que ce soit et qu'elle ne requiert pas les formalités nécessaires pour établir un gage. Il suffit donc que, dans la commune intention des parties, les fonds versés soient affectés à la garantie d'une créance de l'*accipiens* sur le remettant avec l'obligation pour le premier de rembourser la somme versée au cas où la créance concernée ne naîtrait pas, s'éteindrait ou serait d'un montant moins élevé que cette somme ».

⁷⁹ M. Cabrillac, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Mélanges offerts à J. Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 337 : « cette simplicité a pour rançon la fragilité de la qualification de sûreté, qui peut être refusée au profit de la qualification de paiement anticipé ».

Dans le même sens : S. Piedelièvre, *Droit des sûretés*, Ellipses, 2008, n° 409, pp. 252-253 : « le “gage-espèces” se distingue d'institutions voisines, qu'il s'agisse de la dation en paiement, car ici, malgré la remise de la somme d'argent, le débiteur n'est pas libéré [...] ou du paiement anticipé qui exclut, par définition, toute restitution des sommes remises, même si des risques de requalification existent lorsque la créance garantie est certaine mais n'est pas encore exigible ».

L'absence d'écrit requis à titre de validité de l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier avait, certes, une vertu simplificatrice... mais faisait peser sur le constituant le risque de requalification du versement qu'il avait effectué en paiement anticipé, et (surtout) sur le créancier le risque de voir sa sûreté purement et simplement annulée et anéantie en cas de procédure collective du constituant.

§ 2. *L'exigence d'une date à titre d'opposabilité.*

689. L'alignement du régime de constitution du « nantissement de monnaie » sur celui du gage nous semble devoir s'arrêter à la condition *ad validitatem* de l'écrit. En effet, l'application au « nantissement » du formalisme *ad probationem* du gage peut s'avérer lourd et inapproprié. S'il est vrai que la publicité consistant dans la seule dépossession du constituant au profit du créancier gagiste ou d'un tiers (gage avec entiercement) a le mérite d'être simple et efficace⁸⁰, il n'en reste pas moins que, dans bien des cas, parmi lesquels celui où les sommes nanties seraient inscrites au crédit d'un compte spécial dont le titulaire serait le constituant, l'affectation en garantie de sommes d'argent peut fort bien se passer d'une dépossession du constituant. Dans ces hypothèses, si on alignait ses conditions d'opposabilité sur celles du gage sans dépossession, le « nantissement de monnaie » devrait être publié par une inscription sur un registre spécial⁸¹. Or, au regard du grand nombre d'occasions dans lesquelles un « nantissement de monnaie » sans dépossession est susceptible de devoir être constitué, il est inconcevable d'obliger les parties à renseigner un fichier dont la taille et la fréquence de mise à jour pourraient être considérables – avec le risque qu'en dépit des prouesses informatiques, il soit obsolète à la date à laquelle il sera consulté.

690. Il semble par conséquent préférable de s'inspirer des conditions d'opposabilité du nantissement de créance pour définir celles du « nantissement de monnaie ». Or l'article 2361 du code civil a beaucoup allégé le formalisme du nantissement de créance en prévoyant que « le nantissement d'une créance, présente ou

⁸⁰ L'article 2337, alinéa 2, du code civil dispose que le gage est opposable aux tiers « par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet ».

⁸¹ L'article 2337, alinéa 1^{er}, du code civil prévoit en effet que « le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite », et l'article 2338 du même code ajoute que « le gage est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités sont réglées par décret en Conseil d'État ».

future, prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte ». Autrement dit, l'opposabilité aux tiers du nantissement de créance est désormais dispensée de la formalité de l'enregistrement imposée par l'article 1328 du code civil qui dispose que « les actes sous seing privé n'ont de date contre les tiers que du jour où ils ont été enregistrés »⁸².

691. On peut donc fort bien concevoir que le « nantissement de monnaie » soit également opposable aux tiers, sans enregistrement lui donnant date certaine, à compter de la seule date de son établissement, date qui devra figurer sur l'acte constitutif. Il reviendra par conséquent aux créanciers (actuels ou potentiels) du constituant de se renseigner auprès de lui pour savoir si une partie de la monnaie fiduciaire qu'il détient est grevée d'un « nantissement de monnaie » ou si les sommes inscrites sur son compte courant, ou encore sur un compte spécial, bloqué ou non, dont il est titulaire, font l'objet d'un tel nantissement⁸³.

692. Il est vrai qu'à ce compte, la publicité du « nantissement de monnaie » n'est pas parfaite et que ce nantissement risque fort d'être une sûreté occulte. Mais il nous semble que ce défaut est consubstantiel aux sûretés sur l'argent qui, par essence, est fait pour circuler à une vitesse qui rend son affectation en garantie difficilement susceptible d'être appréhendée par un système de publicité poussé, contraignant et exhaustif.

693. Suppression de la notification en cas d'affectation en garantie de monnaie scripturale. – La publicité du « nantissement de monnaie » sera d'autant moins parfaite et la sûreté d'autant plus occulte qu'il convient, selon nous, d'écarter la notification prévue par le régime du nantissement de créance pour rendre ce nantissement opposable au tiers « intéressé » qu'est le débiteur de la créance nantie⁸⁴. L'article 2362 du code

⁸² Le professeur Philippe Dupichot (« Le nantissement, un an après », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 27) nuance la portée pratique de la suppression théorique de l'enregistrement conférant date certaine. Tout en saluant la règle énoncée par l'article 2361 du code civil, qui ne subordonne pas l'opposabilité aux tiers du nantissement à l'accomplissement d'une formalité, l'auteur souligne que, si, en théorie, une date certaine n'est plus exigée, à défaut d'écrit enregistré ou d'acte authentique, « *penitus extranei* et créanciers chirographaires du constituant peuvent toujours certainement rapporter par tous moyens la preuve de l'inexactitude de la date », de sorte que « l'enregistrement continue donc d'être pratiquement indispensable pour conférer date certaine au nantissement et prévenir toute contestation de ce chef ».

⁸³ De la même manière, la convention de rechargement deviendra opposable aux tiers à la date de son établissement, date qui devra être indiquée sur ladite convention. C'est cette date qui déterminera entre eux le rang des créanciers nantis bénéficiant d'une recharge.

⁸⁴ On notera que l'érection de la date du « nantissement de monnaie » en condition d'opposabilité dudit nantissement à tous les tiers, y compris au tiers intéressé qu'est le teneur du compte sur lequel sont inscrites les sommes nanties, est d'autant moins extravagante que l'avant-projet de réforme du droit des sûretés établi par la « commission Grimaldi » optait pour une solution approchante dans le cadre du régime du « nantissement de monnaie scripturale ». Ce nantissement, qui devait s'entendre uniquement du nantissement d'un compte bloqué ouvert au nom du constituant, était conçu pour devenir « opposable aux tiers à la date de l'information prévue par l'article 2368 [de l'avant-projet, c'est-à-dire à la date de déclaration de nantissement] » (article 2360 de l'avant-projet). Et, dans le souci d'éradiquer les absurdités liées à la « notification à soi-même », l'article 2359 du même avant-projet ajoutait que « l'établissement teneur de compte [était] informé du nantissement

civil dispose en effet que « pour être opposable au débiteur de la créance nantie, le nantissement de créance doit lui être notifié ou ce dernier doit intervenir à l'acte ».

693-1. La mise à l'écart de l'exigence de notification va de soi quand l'affectation en garantie porte sur de la monnaie fiduciaire puisque, dans cette hypothèse, la « créance nantie » est une créance dont on a oublié qu'elle l'était et que le « débiteur de la créance nantie » n'est autre que l'institution émettrice, et, derrière elle, l'autorité étatique.

693-2. En revanche, la mise à l'écart de l'exigence de notification va moins de soi quand l'affectation en garantie porte sur de la monnaie scripturale car, dans cette hypothèse, la « créance nantie » est une créance dont on n'a pas encore tout à fait oublié qu'elle l'était, et le « débiteur de la créance nantie » est l'établissement de crédit teneur du compte au crédit duquel sont inscrites les sommes nanties. On a vu qu'en l'état du droit, la monnaie scripturale était majoritairement conçue comme une créance et que, lorsqu'elle n'était pas confondue au sein du patrimoine du créancier, elle pouvait être affectée en garantie par la voie du nantissement de créance (si le compte nanti est bloqué) ou par la voie de sa variante, le nantissement de compte (si le compte nanti n'est pas bloqué). On a vu que l'exigence de notification ne posait pas de difficultés dans l'hypothèse où le banquier débiteur de la créance de restitution qui est constitutive de la monnaie scripturale nantie n'était pas lui-même titulaire d'un nantissement portant sur

par écrit, sauf s'il [était] le créancier nanti ». Nulle notification n'était prévue par cet avant-projet, pas même au bénéfice du débiteur de la créance nantie qu'est l'établissement teneur de compte. La seule date de la déclaration de nantissement suffisait à rendre la sûreté opposable à tous les tiers, le tiers intéressé qu'est l'établissement teneur de compte bénéficiant seulement d'une information par écrit. Nous proposons d'adopter la même solution en allant un peu plus loin dans la réduction des formalités de constitution du nantissement portant sur de la monnaie, c'est-à-dire en dispensant les parties d'informer par écrit le débiteur de la créance nantie qu'est l'établissement teneur du compte sur lequel sont inscrites les sommes nanties.

Cette solution est d'ailleurs proche de celle qui prévaut pour l'affectation en garantie des comptes bancaires en droit américain. M. Ted Kamman et Mme Claire Lhenry (« La garantie sur les comptes bancaires (« *Security Interest in a Deposit Account* ») de l'article 9 du UCC », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 49) expliquent que l'une des modalités d'affectation en garantie des comptes bancaires prévues par le paragraphe 104 de l'article 9 du Code de commerce uniforme (« *Uniform Commercial Code* ») consiste dans l'établissement d'une « convention de contrôle de compte bancaire » (« *Account Control Agreement* ») à laquelle sont parties le constituant, le créancier et la banque réceptrice des fonds (si elle n'est pas elle-même le créancier). Cette convention, qui reconnaît au créancier un pouvoir de contrôle potentiel sur le compte, qu'il pourra mettre en œuvre à tout moment en gérant ledit compte en lieu et place du constituant qui en est titulaire, ne nécessite l'accomplissement d'aucune formalité pour être opposable aux tiers. Comme le notent M. Ted Kamman et Mme Claire Lhenry, « c'est une exception au principe général de notification applicable aux autres garanties de droit américain. Pour rendre une "*security interest*" opposable aux tiers, on a normalement recours à l'enregistrement d'un formulaire appelé "*UCC Financing Statement*" auprès de l'État compétent. Cette notification publique de l'existence d'une sûreté n'est au contraire ni nécessaire ni suffisante pour rendre opposable aux tiers une "*security interest in a deposit account*". En effet, le UCC considère que le contrôle conféré par le "*security agreement*" octroie *de facto* un pouvoir nécessaire et suffisant pour assurer l'opposabilité de son droit aux tiers » (*ibidem*). Les auteurs suggèrent que « cette exceptionnelle absence de condition de notification se justifie par le fait que tout créancier doit supposer que le compte est probablement déjà l'objet d'un nantissement, ne serait-ce que par la banque réceptrice [...] En conséquence, le créancier doit, soit mener de plus amples investigations au préalable, soit postuler l'existence d'un nantissement sur le compte dans son analyse de crédit » (*ibidem*, p. 50). En d'autres termes, l'affectation en garantie d'un compte bancaire peut, en droit américain, se passer de toute formalité, et à la notification au tiers intéressé qu'est l'établissement teneur de compte, il peut être substitué une simple clause, insérée soit dans la convention de nantissement à laquelle le teneur de compte, quoique n'étant pas le créancier nanti, est associé comme partie, soit dans la convention de compte à laquelle le teneur de compte est partie, à la fois en tant que dépositaire des fonds et en tant que créancier nanti.

cette créance, puisque, dans cette hypothèse, il n'avait qu'à se libérer entre les mains du créancier nanti qui, parmi les tiers ayant cette qualité, lui aurait notifié le nantissement en premier. Mais on a également vu que cette exigence de notification pouvait conduire à une situation absurde dans l'hypothèse où le banquier, débiteur de la créance nantie qu'est la monnaie scripturale, était lui-même titulaire d'un droit de préférence sur cette créance en vertu d'un nantissement. En effet, dans cette hypothèse, pour ne pas avoir à se libérer entre les mains d'un tiers qui serait également bénéficiaire d'un nantissement sur la créance constituée par la monnaie scripturale, il devrait se notifier le nantissement à lui-même⁸⁵.

694. Octroi au créancier nanti d'un droit de rétention dès la constitution du nantissement. – Néanmoins, depuis qu'il a été ajouté à l'article 2286 du code civil un 4° en vertu duquel « peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : [...] 4° celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession », il est possible d'arguer de ce que, le nantissement de créance étant lui-même une sûreté sans dépossession, le créancier nanti devrait, par analogie, bénéficier d'un droit de rétention sur les sommes versées au titre de la créance nantie, non pas seulement à compter de la notification en vertu de laquelle « seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêts », mais dès la naissance du droit de préférence du créancier nanti sur la créance affectée en garantie, autrement dit, dès la date de constitution du nantissement de créance. Par conséquent, un créancier nanti (Primus) pourrait se prévaloir d'un droit de rétention et l'opposer à un tiers (Secundus) qui, quoiqu'ayant notifié en premier, aurait conclu le contrat de nantissement dont il se prévaut à une date postérieure à celle de l'acte constitutif en vertu duquel le premier créancier nanti (Primus) fait valoir un droit de rétention. Au tiers (Secundus) qui arguerait de ce que les sommes dues au titre de la créance nantie devraient lui être versées par le débiteur de la créance nantie à qui il aurait notifié son droit en premier, ou encore de ce que ces sommes lui auraient déjà été versées par le débiteur de la créance nantie, qu'elles seraient donc « en sa possession », et qu'en

⁸⁵ Même si, à l'époque où il était exigé, non seulement à titre d'opposabilité mais aussi à titre de validité de la sûreté, une signification au débiteur de la créance, les professeurs Michel Vasseur et Xavier Marin ont pu écrire que « cette formalité exige des complications et des frais », mais qu'« elle ne se heurte à aucune impossibilité juridique » (M. Vasseur & X. Marin, *Les comptes en banque*, t. I, Sirey, 1966, n° 288, p. 498), il n'en reste pas moins que la notification du nantissement au débiteur de la créance nantie n'a aucun sens lorsque le créancier nanti est le banquier teneur du compte sur lequel sont inscrites les sommes nanties. Le régime de constitution du « nantissement de monnaie » devra donc s'affranchir de la notification à soi-même lorsqu'il revêt la forme d'un nantissement sur soi-même.

application du 1° de l'article 2286 du code civil, il pourrait se prévaloir du droit de rétention reconnu à « celui à qui la chose a été remise jusqu'au paiement de sa créance », le créancier nanti (Primus) pourrait désormais rétorquer que son propre droit de rétention est né, en application du 4° dudit article 2286, dès la naissance de son droit de préférence, c'est-à-dire avant la naissance du droit de rétention dont se prévaut le tiers (Secundus) en invoquant soit la notification, soit le versement des sommes par le débiteur de la créance nantie. La naissance du droit de rétention du créancier nanti, concomitamment à celle de son droit de préférence, pourrait ainsi faire échec au droit de rétention dont se prévaudrait un créancier nanti concurrent en invoquant une possession des sommes nanties, qui serait « réelle », si elles lui avaient été versées, ou « fictive », si la notification commandait leur versement.

695. Il n'y aurait à cela rien de choquant puisque ce serait une forme de transposition au nantissement de créance du principe énoncé par l'article 2340 du code civil en matière de gage. Ce texte dispose en effet que, « lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il est régulièrement publié, nonobstant le droit de rétention de ce dernier ». Depuis que le créancier gagiste sans dépossession antérieur s'est vu reconnaître un droit de rétention, par le 4° de l'article 2286 du code civil, c'est non seulement un droit de préférence, mais également un droit de rétention qu'il peut opposer au créancier gagiste avec dépossession postérieur.

696. De tout cela il résulte que les inconvénients liés au caractère occulte de la sûreté et à la suppression de la notification aux fins d'opposabilité du « nantissement de monnaie » scripturale au débiteur de la créance nantie qu'est le banquier teneur de compte, peuvent être, si ce n'est effacés, du moins très largement atténués si l'on reconnaît au bénéficiaire d'un « nantissement de monnaie » un droit de rétention prenant naissance dès la constitution de la sûreté. Il conviendrait donc de compléter l'article 2286 du code civil par un 5° ajoutant à la liste de ceux qui peuvent se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose : « 5° celui qui bénéficie d'un nantissement de monnaie »⁸⁶.

⁸⁶ Au sujet du droit de rétention, nous partageons le point de vue du professeur Didier-René Martin qui a pu écrire qu'« une sûreté mobilière sans rétention constitue, dans la débâcle des affaires du débiteur, une garantie factice » (« Quel gâchis ! », *RD bancaire et fn.*, mai-juin 2005, p. 72).

697. D'un point de vue théorique, il n'y aurait pas d'inconvénient à assortir le « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier d'un tel droit de rétention, puisque, dans cette hypothèse, le constituant conserverait la propriété pleine et entière des sommes affectées en garantie et que le créancier nanti ne serait titulaire que d'un droit de préférence sur ces sommes, qui n'exclut ni ne double un droit de rétention, comme l'illustrent, entre autres, les actuels régimes du gage (avec ou sans dépossession) et du nantissement de créance. Il n'y aurait pas davantage d'inconvénient à reconnaître un droit de rétention au créancier bénéficiaire d'un « nantissement de monnaie » portant sur des sommes confondues dans son patrimoine puisque, contrairement au fiduciaire, il se verrait reconnaître sur ces sommes non pas un droit de propriété plein et entier rendant inutile le droit de rétention (puisque celui qui retient le titre sur sa propre chose ne peut, dans le même temps, retenir une chose qui serait à autrui), mais seulement certains des attributs d'un droit de propriété démembré dont le constituant serait resté titulaire. Dans la mesure où, à l'instar de l'usufruitier qui est seulement titulaire d'un droit réel principal grevant la propriété restée entre les mains du nu-proprétaire, le créancier bénéficiaire d'un « nantissement de monnaie » confondue dans son patrimoine serait titulaire de certains attributs de la propriété, et non de la propriété pleine et entière, il n'y aurait aucune incohérence à ce qu'il ait un droit de retenir la chose sur laquelle autrui (le constituant) a un titre de propriété.

698. D'un point de vue pratique, l'octroi d'un droit de rétention au créancier bénéficiaire d'un « nantissement de monnaie » aurait pour effet, lorsque la monnaie affectée en garantie serait scripturale, de lui conférer, en vertu d'une priorité, un droit exclusif sur les sommes nanties qui, contrairement à ce qui est communément admis aujourd'hui en cas d'application du régime du nantissement de créance, naîtrait non pas à compter d'une notification au banquier teneur du compte nanti, mais dès la date de constitution du « nantissement de monnaie », date qui rendrait ainsi la sûreté opposable à tous, y compris au banquier teneur de compte. Dans ces conditions, la notification du nantissement au banquier deviendrait inutile. Et, par voie de conséquence, le banquier qui se ferait consentir par son client un nantissement sur la monnaie scripturale constituée par le solde d'un compte qu'il tient, n'aurait plus à se notifier la sûreté à lui-même pour éviter d'avoir à se libérer entre les mains d'un créancier nanti. Il aurait un droit de rétention sur la créance dont il est le débiteur dès la constitution de la sûreté, ce qui lui permettrait de refuser de verser les sommes nanties à tout créancier dont le droit de préférence sur ces sommes serait né après le sien.

699. Il peut être rétorqué que le régime du « nantissement de monnaie » ainsi conçu ne serait guère différent, au fond, de celui d'une aliénation fiduciaire conférant au créancier un droit de propriété plein et entier. Il est vrai que le « nantissement de monnaie » et la cession de monnaie à titre de garantie investiraient tous deux le créancier d'un droit exclusif. Néanmoins, c'est le fondement de l'exclusivité qui est décisif, d'un point de vue tant théorique que pratique. Alors que l'exclusivité du droit du créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté innommée serait fondée sur la propriété, l'exclusivité du droit du créancier bénéficiaire d'un « nantissement de monnaie » serait fondée sur la priorité. Alors que, comme on l'a montré, le fondement de l'exclusivité qui consiste dans la propriété ne résiste pas à l'examen théorique⁸⁷ et risque donc de générer des incertitudes et des confusions en pratique, le fondement de l'exclusivité qui consiste dans la priorité conférée par le droit de rétention n'achoppe pas sur des écueils théoriques et est donc propre à réduire, voire à éliminer, l'insécurité juridique en pratique. Le maintien, dans le patrimoine du constituant, d'une propriété entière ou démembrée, selon que la monnaie affectée en garantie est isolée ou confondue dans le patrimoine du créancier nanti, rend possible la reconnaissance, au profit de ce créancier, d'un droit de rétention sur la monnaie nantie, puisqu'il n'aurait pas sur elle un titre de propriété, et qu'il retiendrait ainsi, non pas sa propre chose, mais la chose d'un autre (le constituant).

§ 3. Le maintien, dans le patrimoine du constituant, d'une propriété entière ou démembrée selon que la monnaie affectée en garantie est isolée ou confondue dans le patrimoine du créancier nanti.

700. L'idéal d'une qualification unique et d'un régime unique pour l'affectation en garantie de sommes d'argent nous semble pouvoir être atteint. Le « nantissement de monnaie » que nous proposons a le mérite de substituer une qualification unique aux innombrables qualifications que l'affectation en garantie de la monnaie est aujourd'hui susceptible de revêtir. Il ne sera plus besoin de parler de « dépôts de garantie », de « gage-espèces », de « cautionnements », de « séquestres », de « remises en pleine propriété », de « gages de choses fongibles »,

⁸⁷ Voir *supra* la réfutation de la thèse selon laquelle la « propriété-garantie » n'est pas constitutive d'un démembrement de propriété (§ 575 et s.).

de « nantissements de créance », de « nantissements de compte », de « fiduciaires-sûretés sur créances ou sur sommes d'argent » etc. Toute affectation en garantie de sommes d'argent devra être qualifiée de « nantissement de monnaie ».

701. En revanche, il ne nous semble pas possible de surmonter l'intrinsèque dualité de régime des sûretés sur sommes d'argent tenant à leur confusion ou à leur absence de confusion dans le patrimoine du créancier bénéficiaire de ces sûretés.

Néanmoins, il nous semble possible de cantonner cette dualité au sein d'un régime d'affectation en garantie de la monnaie qui serait unifié en ce sens qu'il n'y aurait plus à distinguer selon qu'il y a ou non transfert au créancier de la propriété des sommes affectées en garantie, et qu'au contraire, la propriété de ces sommes serait, en toute hypothèse, maintenue dans le patrimoine du constituant. Que la monnaie fiduciaire ou scripturale affectée en garantie soit ou non confondue dans le patrimoine du créancier, le « nantissement de monnaie » serait dépourvu d'effet translatif de propriété lors de sa constitution.

702. À l'actuelle dichotomie opposant, d'une part, l'affectation en garantie de sommes d'argent non confondues qui, qualifiée tantôt de gage, tantôt de nantissement de créance, tantôt de nantissement de compte, serait dépourvue d'effet translatif de propriété, et, d'autre part, l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues qui, qualifiée tantôt de gage irrégulier, tantôt de fiduciaires-sûreté, emporterait transfert de propriété, serait substituée une nouvelle dichotomie opposant, d'une part, l'affectation en garantie de sommes d'argent non confondues qui laisserait dans le patrimoine du constituant une propriété pleine et entière, grevée du droit réel accessoire de préférence reconnu au créancier nanti, et, d'autre part, l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues qui laisserait dans le patrimoine du constituant une propriété démembrée, dont seuls certains attributs seraient transmis au créancier nanti qui serait ainsi bénéficiaire, non seulement d'un droit de rétention, mais aussi d'un droit de disposer à titre provisoire.

Dans la mesure où l'affectation en garantie des sommes confondues dans le patrimoine du créancier opérerait démembrement, et non transfert, de la propriété

de ces sommes, la qualification de « nantissement » pourrait être maintenue : la propriété n'aurait pas quitté le patrimoine du constituant⁸⁸.

A – L'absence de démembrement de propriété en cas nantissement de monnaie non confondue dans le patrimoine du créancier nanti.

703. Après avoir défini le « nantissement de monnaie » comme l'affectation, en garantie d'une obligation, de monnaie fiduciaire ou scripturale sur laquelle un créancier acquerra le droit de se faire payer par préférence aux autres créanciers du constituant, et après avoir précisé, d'une part, qu'il pourra être consenti par le débiteur ou par un tiers – dans quel cas ce tiers n'aura d'action que sur les sommes affectées en garantie – et, d'autre part, qu'il ne pourra porter sur des sommes d'argent appartenant à autrui, sous peine de nullité et d'indemnisation du créancier de bonne foi, il conviendra de distinguer la répartition des droits réels entre constituant et créancier nanti selon que la monnaie affectée en garantie est, ou non, confondue dans le patrimoine du second⁸⁹.

704. Plutôt que d'envisager la confusion des sommes affectées en garantie dans le patrimoine du créancier nanti comme une exception, il nous semble qu'il faut en faire la règle, et prendre ainsi le contrepied de la logique qui a présidé à la rédaction de l'article 2341 du code civil, relatif au gage avec dépossession de choses fongibles, dont le premier alinéa fait de l'absence de confusion de ces choses fongibles, dans le patrimoine du créancier gagiste, le principe, tandis que son second alinéa fait de cette confusion l'exception – alors même qu'en pratique, la confusion est plutôt la norme.

L'hypothèse où la monnaie fiduciaire ou scripturale affectée en garantie ne sera pas confondue dans le patrimoine du créancier nanti sera ainsi envisagée comme une

⁸⁸ À cet égard, le nouveau régime que l'on propose pour l'affectation en garantie de la monnaie évite l'écueil sur lequel se serait échoué, à en croire le professeur Didier-René Martin, l'avant-projet de réforme du droit des sûretés établi par la « commission Grimaldi ». Ne traitant pas expressément de l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire – vraisemblablement assimilée au gage –, cet avant-projet distinguait, pour l'affectation en garantie de monnaie scripturale, entre le nantissement d'un compte non bloqué, qui était assimilé à un nantissement de créance dont il n'était conçu que comme une variante, et le nantissement d'un compte bloqué, qui, qualifié de « nantissement de monnaie scripturale », faisait l'objet de dispositions spécifiques, ce qui pouvait suggérer que la créance monétaire constitutive du compte en fonctionnement était d'une nature différente de la créance monétaire constitutive du compte bloqué. C'est du moins ainsi que le professeur Didier-René Martin interprétait l'avant-projet de réforme (« De la garantie monétaire, *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 44). Si le nouveau régime d'affectation en garantie de la monnaie que l'on propose perpétue une différence de régime selon que la monnaie affectée en garantie est, ou non, confondue dans le patrimoine du créancier nanti ou du tiers convenu, il a au moins le mérite de reposer sur une définition unifiée et cohérente de la monnaie comme étant une propriété incorporelle, indépendamment de sa forme fiduciaire ou scripturale et, pour la monnaie scripturale, indépendamment de son inscription en compte bloqué ou « ouvert ».

⁸⁹ Pour ménager la possibilité de constituer un « nantissement de monnaie » avec entierement, il pourra être fait alternativement mention du créancier nanti et du tiers convenu.

dérogation au principe selon lequel les sûretés sur sommes d'argent portent sur des sommes non individualisées.

705. Dans cette hypothèse, le créancier nanti n'aura, sur les sommes affectées en garantie, qu'un droit réel accessoire de préférence. Et le constituant conservera le droit réel principal de propriété, plein et entier. L'octroi au créancier nanti du droit de percevoir les fruits des sommes nanties et de les imputer sur les intérêts, ou, à défaut, sur le capital de la dette garantie n'aura pas pour effet de lui conférer un des attributs du droit réel principal de propriété, puisque ce droit de jouir (*fructus*) ne sera reconnu au créancier qu'à titre provisoire, et que le « nantissement de monnaie » sera régi, comme toutes les sûretés, par le principe selon lequel un créancier ne peut s'enrichir en se faisant consentir une sûreté. En autorisant le créancier nanti à percevoir les fruits des sommes nanties, il ne s'agit pas d'entamer le droit réel principal de propriété du constituant, puisqu'une convention contraire qui priverait le créancier nanti de ce droit, sera toujours possible. Il s'agit seulement d'appliquer au « nantissement de monnaie » les règles qui sont prévues pour le gage par l'article 2345 du code civil⁹⁰ et dont il n'a jamais été prétendu qu'elles avaient pour effet de transformer le droit réel accessoire de préférence du créancier gagiste en attribut du droit réel principal de propriété.

706. Dans un souci de clarté, les différentes formes de l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale non confondue pourront être déclinées dans le dispositif législatif.

Il devra être expressément prévu que, lorsque le nantissement porte sur de la monnaie fiduciaire non confondue dans le patrimoine du créancier nanti, les sommes nanties devront être isolées par tout moyen propre à assurer leur individualisation : sac, enveloppe scellée, coffre-fort, relevé des numéros des billets...

À cet égard, il devra être précisé qu'à l'instar de ce qui prévaut pour le régime du gage⁹¹, le constituant pourra réclamer la restitution des sommes nanties, sans préjudice de dommages-intérêts, si le créancier nanti ne satisfait pas à l'obligation de conservation des sommes nanties, qui se traduit notamment par l'obligation de ne pas dégrader ou supprimer les moyens propres à assurer leur individualisation. L'ouverture, par le

⁹⁰ Article 2345 du code civil : « sauf convention contraire, lorsque le détenteur du bien gagé est le créancier de la dette garantie, il perçoit les fruits de ce bien et les impute sur les intérêts ou, à défaut, sur le capital de la dette ».

⁹¹ Article 2344, alinéa 1^{er}, du code civil : « lorsque le gage est constitué avec dépossession, le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé, sans préjudice de dommages-intérêts, si le créancier ou le tiers convenu ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage ».

créancier, du sac, de l'enveloppe scellée ou du coffre-fort dans lesquels seraient placés les pièces ou billets remis en garantie, pourrait l'exposer à l'obligation de restituer en nature, ou, à défaut par équivalent, les sommes nanties, et, le cas échéant, de verser au constituant des dommages-intérêts⁹².

707. Lorsque le nantissement porte sur de la monnaie scripturale non confondue dans le patrimoine du créancier nanti, les sommes nanties devront être inscrites au crédit d'un compte spécial.

707-1. Si le nantissement porte sur des sommes qui, quoique non confondues dans le patrimoine du créancier nanti, sont néanmoins inscrites au crédit d'un compte spécial ouvert à son nom, alors il s'agit d'un nantissement avec dépossession de monnaie scripturale non confondue. Dans ce cas, la préservation du droit de propriété du constituant sur les sommes affectées en garantie commande qu'il soit prévu que le compte ouvert au nom du créancier soit bloqué jusqu'au jour de la réalisation du nantissement. À défaut de blocage du compte nanti, le créancier nanti pourrait arguer de qu'il serait titulaire du compte pour user et disposer des sommes qui y seraient inscrites, au mépris de la règle selon laquelle le constituant peut réclamer la restitution des sommes nanties, sans préjudice de dommages-intérêts, si le créancier nanti ne satisfait pas à l'obligation de conservation des sommes nanties.

707-2. Si le nantissement porte sur des sommes qui sont inscrites au crédit d'un compte spécial ouvert au nom du constituant, alors il s'agit d'un nantissement sans dépossession de monnaie scripturale non confondue dans le patrimoine du créancier nanti. Dans ce cas, il devra être distingué selon que le compte nanti sera, ou non, bloqué, c'est-à-dire selon que le constituant se verra, ou non, reconnaître le droit de mouvementer, au crédit comme au débit, le compte ouvert à son nom.

707-3. L'hypothèse où les sommes nanties seraient inscrites au crédit d'un compte bloqué ouvert au nom du constituant correspond au mode d'affectation en garantie que l'on a aujourd'hui coutume de soumettre au régime du nantissement de créance. Dans cette hypothèse, le blocage du compte tout à la fois détermine l'assiette

⁹² De la même manière, dans l'hypothèse improbable (car fort risquée pour le créancier) où la monnaie fiduciaire affectée en garantie ne serait ni confondue dans le patrimoine du créancier ni même remise à ce dernier, mais seulement isolée au sein du patrimoine du constituant, qui pourrait être tenté de détériorer voire d'éliminer les éléments d'individualisation des sommes affectées en garantie, il conviendra de faire application de la règle prévue aujourd'hui pour le gage, en vertu de laquelle le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de sûreté si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation de l'objet de la sûreté (article 2344, alinéa 2, du code civil).

du droit de préférence du créancier nanti et garantit ce dernier contre d'éventuelles initiatives tendant à diminuer voire à anéantir l'objet de la sûreté, qui émaneraient d'un constituant qui se prévaudrait de ce que le compte nanti serait ouvert à son nom.

707-4. L'hypothèse où les sommes nanties seraient inscrites au crédit d'un compte non bloqué ouvert au nom du constituant correspond au mode d'affectation en garantie que l'on a aujourd'hui coutume de soumettre au régime du nantissement de compte. Dans cette hypothèse, l'absence de blocage du compte constitue une menace pour le droit de préférence du créancier nanti qui risque d'être privé d'objet si la convention de nantissement n'oblige pas le constituant à maintenir un montant minimal sur le compte nanti. Il conviendra donc de préciser, en premier lieu, que, dans cette hypothèse, l'objet du droit de préférence du créancier nanti s'entendra du solde créditeur, provisoire ou définitif, à la date de la réalisation du nantissement ou, le cas échéant, à la date de l'ouverture, contre le constituant, d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers, sous réserve de la régularisation des opérations en cours, selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution. En second lieu, il conviendra d'appliquer au nantissement de monnaie la règle aujourd'hui prévue pour le gage, selon laquelle le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou exiger que l'assiette de la sûreté soit complétée, si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation de l'objet du nantissement⁹³.

708. La présentation détaillée, dans un dispositif législatif, de toutes les variantes de l'affectation en garantie de monnaie non confondue dans le patrimoine du créancier nanti sera de nature à éliminer les incertitudes qui rendent aujourd'hui les praticiens incertains et perplexes.

La diversité des formes de l'affectation en garantie de monnaie non confondue, notamment lorsqu'il s'agit de monnaie scripturale, ne remet pas en cause le facteur d'unité de leur régime qui consiste en ce que, dans toutes ces hypothèses, il sera reconnu au créancier nanti un même droit réel accessoire de préférence sur les sommes nanties – outre le droit de rétention déjà évoqué.

⁹³ Article 2344, alinéa 2, du code civil : « lorsque le gage est constitué sans dépossession, le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de gage si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage ».

Ce droit réel n'est donc pas tout à fait le même que celui qui sera reconnu au créancier nanti en cas d'affectation en garantie de monnaie confondue au sein de son patrimoine.

B – Le démembrement de propriété en cas de nantissement de monnaie confondue dans le patrimoine du créancier nanti.

709. La confusion des sommes d'argent dans le patrimoine du créancier sera la règle en cas d'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale. Par conséquent, sauf si la convention fait expressément obligation au créancier de tenir les sommes nanties séparées de celles qui lui appartiennent, en utilisant tout moyen propre à les individualiser, s'il s'agit de monnaie fiduciaire, ou en les inscrivant au crédit d'un compte spécial, s'il s'agit de monnaie scripturale, les sommes affectées en garantie seront réputées avoir été confondues avec celles qui appartiennent au créancier nanti. Ce sera notamment le cas si le constituant remet des pièces ou des billets au créancier nanti sans que ce dernier les place dans un contenant spécifiquement destiné à leur conservation. Ce sera également le cas si les sommes remises par le constituant sont inscrites au crédit d'un compte courant ou spécial sur lequel auront été préalablement déposées des sommes appartenant au créancier nanti. Et ce sera encore le cas si les sommes nanties sont inscrites sur un compte spécial ouvert au nom du créancier nanti, - compte qui, quoique ne comportant pas déjà des sommes lui appartenant, ne serait pas bloqué et permettrait donc au créancier nanti de « puiser » librement dans l'assiette du nantissement.

710. Dans toutes ces hypothèses, le créancier nanti acquerra le droit de disposer à titre provisoire des sommes nanties, à charge pour lui d'en restituer le montant par équivalent, une fois la créance garantie échue et payée.

L'octroi au créancier nanti d'un droit de disposer, à titre provisoire, des sommes nanties confondues dans son patrimoine résulte d'un démembrement *sui generis* de la propriété du constituant. Ce démembrement, tout en maintenant dans le patrimoine du constituant les droits de jouir (*fructus*) et de disposer (*abusus*) à titre définitif des sommes affectées en garantie, confère au créancier nanti non seulement les droits d'user (*usus*) des sommes nanties et d'en percevoir les fruits à titre provisoire (*fructus* provisoire), mais aussi le droit d'en disposer à titre également provisoire (*abusus* provisoire). On a vu que, lorsque la monnaie affectée en

garantie ne serait pas confondue au sein du patrimoine du créancier nanti, ce dernier aurait le droit d'en percevoir les fruits et de les imputer sur les intérêts, ou, à défaut, sur le capital de la dette garantie, sur le modèle de ce qui, pour le gage, est aujourd'hui prévu par l'article 2345 du code civil. Lorsque la monnaie affectée en garantie est confondue dans le patrimoine du créancier nanti, il n'y a pas lieu de ne pas reconnaître à ce dernier le même droit d'en percevoir les fruits et de les imputer sur les intérêts, ou, à défaut, sur le capital de la dette garantie. Comme pour ce qui prévaut dans les actuels régimes du gage et du nantissement de créance, et comme pour ce qui prévaudra dans le régime proposé d'affectation en garantie de la monnaie non confondue, il s'agira d'un « *fructus* provisoire », d'un droit de jouir à titre temporaire qui, en aucun cas, ne remettra en cause le principe selon lequel un créancier ne peut s'enrichir en se faisant consentir une sûreté. Le « *fructus* » sera provisoire en ce sens que les fruits ne demeureront pas acquis au créancier nanti en sus des sommes versées en paiement de la créance garantie, mais s'imputeront sur les intérêts, ou, à défaut, sur le capital de la dette garantie.

711. En matière de gage comme en matière de « nantissement de monnaie » non confondue, on a constaté que la reconnaissance au créancier nanti d'un droit de jouir à titre provisoire n'entamait pas la propriété pleine et entière du constituant et ne transformait pas le droit réel accessoire de préférence du créancier nanti en attribut d'un droit réel principal.

On pourrait dès lors penser qu'il en irait de même pour le droit de disposer à titre provisoire que l'on propose de reconnaître au créancier bénéficiaire d'un « nantissement de monnaie » confondue dans son patrimoine. De même que le caractère provisoire du « *fructus* » octroyé au créancier nanti laisserait intacte la propriété pleine et entière du constituant, de même le caractère provisoire de l'« *abusus* » reconnu au créancier nanti n'empièterait pas sur cette propriété pleine et entière, ni ne convertirait le droit réel accessoire de préférence du créancier nanti en attribut d'un droit réel principal.

712. Si cette analyse nous paraît tout à fait défendable, il n'en reste pas moins que l'octroi d'un droit d'aliéner, même à titre provisoire, conduit à ménager au créancier nanti une prérogative si exorbitante au regard du droit commun des sûretés réelles, qu'il rapproche le « nantissement de monnaie » confondue d'une opération juridique comme le quasi-usufruit, autrement dit d'une forme de démembrement de propriété.

Le quasi-usufruit est cette opération où l'usufruitier qui s'est vu consentir le droit d'user (*usus*) et de jouir (*fructus*), à titre définitif, d'un bien dont autrui a le droit de

disposer (*abusus*) à titre définitif, acquiert en outre le droit d'en disposer à titre provisoire (*abusus* provisoire) en raison de la nature consomptible (et/ou fongible ?) du bien grevé d'usufruit⁹⁴. Dans le cadre d'un quasi-usufruit, le démembrement de propriété tient à l'octroi à l'usufruitier des droits d'user et de jouir à *titre définitif* du bien dont le nu-propiétaire a le droit de disposer à titre définitif. Le démembrement de propriété ne tient pas, en principe, à la faculté exceptionnellement reconnue à l'usufruitier de disposer à titre provisoire du bien grevé d'usufruit. Mais il n'en reste pas moins que cette faculté tend à modifier à la marge la répartition des attributs de la propriété entre nu-propiétaire et usufruitier, de telle façon que le quasi-usufruit peut s'analyser comme une variante de l'usufruit et comme un démembrement de propriété légèrement différent du démembrement qui en est la matrice.

713. Si l'on soutient que, dans le cadre d'un quasi-usufruit, l'octroi à l'usufruitier d'un droit de disposer à titre provisoire n'est pas ce qui génère le démembrement de propriété et qu'il ne modifie en rien le démembrement de propriété résultant de la reconnaissance, à l'usufruitier, des droits d'user et de jouir, alors on soutiendra que, dans le cadre d'un « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti, la faculté ouverte au créancier de disposer à titre provisoire des sommes nanties n'opère pas démembrement de la propriété pleine et entière restée entre les mains du constituant, et, par voie de conséquence, ne confère au créancier aucun droit réel en sus du droit réel accessoire de préférence qu'il tient du nantissement (outre le droit de rétention).

714. Si à l'inverse, on soutient que, dans le cadre d'un quasi-usufruit, l'octroi à l'usufruitier d'un droit de disposer à titre provisoire dénature le démembrement de propriété constitutif de l'usufruit pour en créer une variante, alors on soutiendra que, dans le cadre d'un « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti, la faculté ouverte au créancier de disposer à titre provisoire des sommes nanties opère démembrement de la propriété pleine et entière restée entre les mains du constituant, et, par voie de conséquence, investit le créancier nanti d'un attribut de la propriété restée entre les mains du constituant, droit réel qui vient s'ajouter au droit réel accessoire de préférence et au droit de rétention qu'il tient du nantissement.

⁹⁴ Article 587 du code civil : « si l'usufruit comprend des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme l'argent, les grains, les liqueurs, l'usufruitier a le droit de s'en servir, mais à la charge de rendre, à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et qualité soit leur valeur estimée à la date de la restitution ».

715- C'est cette seconde option qui doit, selon nous, être retenue, au regard des prérogatives exorbitantes du droit commun des sûretés réelles, qui sont celles du créancier bénéficiaire d'un « nantissement de monnaie » confondue dans son patrimoine. En effet, hors le cas de la fiducie-sûreté – dont on a montré qu'en l'état du droit, elle pouvait s'analyser comme opérant plutôt un démembrement qu'un transfert de la propriété du bien affecté en garantie⁹⁵ –, il n'est pas d'usage que le créancier bénéficiaire d'une sûreté réelle puisse librement disposer, même à titre provisoire, du bien grevé de sûreté qu'il a, en principe, l'obligation de conserver.

716. L'étendue exceptionnelle des prérogatives du créancier bénéficiaire d'un « nantissement de monnaie » confondue dans son patrimoine, ou d'un gage avec dépossession de choses fongibles confondues dans son patrimoine, commande, à notre sens, de ne pas analyser le droit du créancier comme un simple droit de préférence, le cas échéant assorti d'un droit de rétention, qui n'aurait rien de différent, rien de plus ni de moins que le droit de préférence du créancier bénéficiaire d'un gage avec dépossession ordinaire ou d'une antichrèse. La spécificité qui est celle du droit du créancier lorsqu'il peut librement disposer, même à titre provisoire, du bien grevé de sûreté, rend ce droit irréductible au simple droit de préférence. Cette spécificité requiert, selon nous, que soit reconnue l'existence d'un démembrement de propriété *sui generis* qui reproduirait, dans le cadre d'une affectation en garantie, la répartition des droits réels organisée par le quasi-usufruit. Tout en investissant le créancier bénéficiaire d'un « nantissement de monnaie » confondue dans son patrimoine, ou d'un gage avec dépossession de choses fongibles confondues dans son patrimoine, d'un droit de disposer à titre provisoire (en plus des droits d'user, de jouir à titre provisoire, et de retenir la chose), ce démembrement *sui generis* laisserait dans le patrimoine du constituant une propriété « flottante », formée des droits de jouir et de disposer à titre définitif.

717. Dans la mesure où ce démembrement de propriété *sui generis*, - que l'on pourrait, s'il fallait le nommer, appeler la « propriété flottante » -, n'investit pas le créancier de la propriété pleine et entière, mais seulement, à titre provisoire, de l'un de ses attributs (*l'abusus*), il conviendra, dans le dispositif législatif, de ne pas employer la formulation équivoque qui a été retenue par les rédacteurs du second alinéa de l'article 2341 du code civil. S'agissant du gage avec dépossession de choses fongibles

⁹⁵ Voir *supra* les développements sur la consécration légale d'un droit réel planant à travers le régime de la fiducie (§ 535-595).

confondues, pour lequel s'opère le même démembrement de propriété *sui generis* que pour le « nantissement de monnaie » confondue, ce texte dispose que le créancier gagiste « *acquiert la propriété* des choses gagées » (italiques ajoutées). Or ce n'est pas le cas : le créancier bénéficiaire d'un gage avec dépossession de choses fongibles confondues dans son patrimoine, à l'image du créancier bénéficiaire d'un « nantissement de monnaie » confondue dans son patrimoine, n'acquiert que l'un des attributs de la propriété, et qui plus est seulement à titre provisoire. Il conviendra donc de s'inspirer plutôt de la rédaction du premier alinéa de l'article 2372-3 du code civil qui dispose qu'à défaut de paiement de la dette garantie, « le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, *acquiert la libre disposition* du bien ou du droit cédé à titre de garantie » (italiques ajoutées)⁹⁶. À la différence toutefois du texte relatif à la fiducie-sûreté, les dispositions relatives au « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier prévoieront que c'est au stade de la constitution de la sûreté, et non à celui de sa réalisation, que le créancier nanti acquerra, à titre provisoire, le droit de disposer des sommes nanties.

718. Au total, le créancier bénéficiaire d'un « nantissement de monnaie » confondue dans son patrimoine jouira sur ces sommes d'un droit de préférence, ainsi que du droit d'user des sommes nanties, des droits d'en jouir et d'en disposer à titre provisoire, et enfin d'un droit de les retenir. De son côté, le constituant conservera une propriété « flottante » résidant dans les droits de jouir, et surtout de disposer des sommes nanties à titre définitif. Le fait que ce « quasi-usufruit à titre de garantie », assorti d'un droit de rétention, maintienne la quintessence du droit de propriété, à savoir l'*abusus*, dans le patrimoine du constituant, rend possible et légitime le maintien de la qualification de « nantissement », puisqu'il n'y a pas transfert de propriété et que le droit du créancier nanti de disposer à titre provisoire des sommes nanties n'exclut pas qu'il puisse avoir un droit de préférence sur ces mêmes sommes.

⁹⁶ On notera à cet égard, qu'assez paradoxalement, les rédacteurs de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 ont retenu, pour décrire ce qui n'est qu'un démembrement de propriété, une formule (« acquiert la propriété ») suggérant que le créancier bénéficiaire du gage avec dépossession de choses fongibles confondues acquérait une propriété pleine et entière, et que, par conséquent, la sûreté en question, quoiqu'en principe non translatrice de propriété, était en fait une fiducie-sûreté. À l'inverse, les rédacteurs de l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 ont retenu, pour décrire ce qui devrait être un transfert de propriété, une formule (« acquiert la libre disposition ») suggérant que le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté n'acquerrait certains attributs de la propriété pleine et entière (l'*abusus*) qu'au stade de la réalisation de la sûreté, et que, par conséquent, la sûreté en question, quoiqu'en principe translatrice de propriété lors de sa constitution, opérait en fait un démembrement de propriété.

Si l'on admet des sûretés qui transfèrent la propriété pleine et entière du bien grevé au créancier, pourquoi ne pas concevoir des sûretés qui démembrement la propriété du bien grevé pour en transmettre seulement certains attributs au créancier ?

719. La protection que trouve le créancier dans la rédaction d'un écrit évinçant toute possibilité de requalification du versement des sommes d'argent en paiement anticipé – en cas de procédure collective du constituant – est contrebalancée par la protection que trouve le constituant dans l'affirmation de la préservation de son droit réel de propriété « flottante » en cas d'octroi exprès au créancier de la faculté de disposer à titre provisoire des sommes d'argent affectées en garantie.

Si, comme on l'a vu, le régime actuel d'affectation en garantie des sommes d'argent non confondues dans le patrimoine du créancier exclut tout transfert de la propriété desdites sommes au créancier lors de la constitution de la sûreté, et si, comme on l'a aussi vu, le droit français, sous l'influence de certains auteurs, s'oriente vers la reconnaissance, au profit du constituant ou du déposant, d'un droit réel « planant » qui résiste à la confusion des sommes d'argent, et plus généralement des choses fongibles, dans le patrimoine du créancier ou du dépositaire, alors il faut admettre qu'il n'y a rien d'absurde à proposer qu'à l'avenir, toute affectation en garantie de sommes d'argent, qu'elles soient ou non isolées dans le patrimoine du créancier à qui elles sont remises, exclue tout effet translatif de propriété au profit du créancier, et donc toute dégradation du droit réel du constituant en droit personnel de créance de restitution par équivalent. Le principe du maintien du droit réel de propriété « flottante » du constituant et de son report de plein droit sur une quantité de choses fongibles équivalentes présentes dans le patrimoine du créancier nanti est propice à l'unification du régime d'affectation en garantie des sommes d'argent. Désormais, qu'elles soient confondues ou non dans le patrimoine du créancier, le constituant n'en perdrait jamais la propriété, qui, devenue « flottante », se reporterait sur les autres sommes d'argent qui y sont présentes, qui « planerait » sur une assiette fluctuante jusqu'à l'exigibilité de la dette garantie, et qui, enfin, serait allotie sur une assiette fixe après paiement de la dette garantie. Le créancier aurait alors l'obligation de verser au constituant les sommes formant cette assiette fixe.

720. Outre l'avantage tiré de l'unification du régime d'affectation en garantie des sommes d'argent, l'exclusion de tout effet translatif de la propriété de la monnaie

affectée en garantie au profit du créancier, lors de la constitution de la sûreté, aurait le mérite d'offrir une relative protection au constituant.

Dès 1991, le professeur Michel Cabrillac, comparant les mérites des qualifications de gage et de fiducie, reconnaissait que « le gage assure une meilleure protection au constituant »⁹⁷.

Le professeur Pierre Crocq lui-même admettait que l'intérêt qu'il y avait à voir dans la propriété fiduciaire un démembrement du droit de propriété en une « propriété de la valeur » et une « propriété de l'utilité » et, par là-même, à reconnaître au constituant un droit réel sur les biens affectés en garantie, consistait en ce que le constituant se trouvait ainsi mieux armé face aux abus auxquels pourrait se livrer un créancier investi de la pleine propriété⁹⁸.

721. En premier lieu, le constituant, ayant conservé un droit réel de propriété sur les sommes d'argent affectées en garantie, qu'il s'agisse de pièces déposées dans un sac scellé, ou de sommes virées sur le compte courant du créancier, pourra agir en revendication des sommes nanties. N'ayant pas vu son droit réel de propriété muter en droit personnel de créance de restitution par équivalent, le constituant ne sera donc pas un simple créancier chirographaire son créancier... de sorte qu'en cas de procédure collective de ce dernier, il ne sera pas soumis à l'interdiction des paiements des créances nées avant le jugement d'ouverture de la procédure (article L. 622-7 du code de commerce), ni à la suspension des poursuites individuelles tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent (article L. 622-21, I, 1° du même code), ni à l'obligation de déclaration des créances à la procédure (article L. 622-24 du même code).

722. Il est vrai que l'admission de la transformation du droit réel de propriété du constituant en droit personnel de créance de restitution par équivalent du bien transféré en propriété au créancier avait ceci de tentant qu'elle semblait ouvrir la voie à une compensation des créances connexes. L'article L. 622-7 du code commerce interdit en

⁹⁷ M. Cabrillac, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Mélanges offerts à J. Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 341.

⁹⁸ P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., pp. 149-150 : l'auteur explique que lorsque l'on fait du créancier le propriétaire du bien affecté en garantie, il y a un risque que celui-ci en dispose avant l'échéance de la dette garantie, au détriment du débiteur, alors que « dans ces hypothèses d'abus, le démembrement de la propriété-garantie pourrait être envisagé comme un remède : d'une part, il semble assurer la protection du débiteur par la reconnaissance à son profit d'un droit réel à la jouissance du bien et à recouvrer la pleine propriété de celui-ci ; d'autre part, la réduction du droit du créancier à un droit réel limité à la valeur du bien [...] permet de justifier le mécanisme de la subrogation réelle [...] qui va protéger le créancier en lui permettant de reporter son droit de propriété sur la créance du prix de vente du bien ou la créance d'indemnité d'assurance ».

Adde : J. Derruppé, « De la fiducie au crédit-bail », *Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, PUF, 1983, pp. 450-451 : « avec l'aliénation fiduciaire, les facteurs sont inversés : investi de la propriété, le créancier n'a plus rien à craindre ; c'est le débiteur qui doit redouter la non-restitution ; c'est lui qui se remet à la *fides* de son créancier. »

effet le paiement des créances antérieures, sous réserve du paiement par compensation de créances connexes. Or si le constituant avait un droit personnel de créance de restitution par équivalent contre le créancier, et si le créancier en procédure collective avait contre le constituant un droit personnel de créance, le constituant aurait pu être payé de sa créance de restitution par équivalent, par priorité à tous les autres créanciers, en invoquant l'extinction, par compensation, de sa dette à l'égard du créancier en procédure collective. Mais il faut rappeler que, comme l'ont montré les professeurs Christian Larroumet, Jérôme François et Didier-René Martin⁹⁹, les conditions pour une telle compensation légale ne sont pas réunies, la simultanéité de l'exigibilité des deux créances, pourtant connexes, étant impossible¹⁰⁰. L'assimilation du droit du constituant d'une sûreté sur sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier à un droit personnel de créance de restitution par équivalent n'était donc pas si protectrice du constituant – qui pouvait être « sacrifié » en cas de procédure collective de son créancier.

723. En second lieu, si l'on refuse de reconnaître un caractère personnel au droit du constituant, on met ce dernier à l'abri de la fraude du créancier. En effet, même si la jurisprudence a posé le principe selon lequel le détournement ou la destruction volontaire, par le créancier, des sommes d'argent affectées en garantie était passible des peines prévues pour le délit d'abus de confiance, sans distinguer selon que lesdites sommes étaient isolées par rapport au patrimoine du créancier ou confondues dans ce dernier (ce qui suggérait qu'une telle sûreté était bien non translatrice de propriété), certains auteurs ont suggéré que le délit d'abus de confiance n'était pas constitué lorsque les sommes d'argent affectées en garantie étaient confondues dans le patrimoine du créancier, faute pour le constituant d'avoir perdu le droit réel de propriété qu'il avait sur elles. C'est notamment le cas du professeur Michel Cabrillac qui écrit que le constituant, assimilé à un créancier chirographaire, « n'est pas – ou ne devrait pas être – protégé par la loi pénale » au motif que « le délit d'abus de confiance, qui sanctionne le défaut de restitution du créancier gagiste, ne lui est applicable ni sur le fondement du contrat de gage, ni sur celui d'un des autres contrats énumérés par l'[ancien] article 408 du code

⁹⁹ Voir *supra* (§ 363 et s.), et Ch. Larroumet, notes sous Cass. com. 17 mai 1994 (D. 1995, jur. p. 124) et sous Cass. com. 9 avril 1996 (D. 1996, jur. p. 399).

¹⁰⁰ Sur ce point, la reconnaissance au profit du constituant d'un simple droit personnel de créance de restitution n'était pas nécessairement plus avantageuse pour le créancier. En effet, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a jugé le 23 janvier 1990 qu'un créancier bénéficiaire d'un « dépôt de garantie » qui n'avait pas déclaré la créance garantie à la procédure collective du débiteur-constituant, ne pouvait se prévaloir du bénéfice de la compensation de sa créance à l'encontre du débiteur avec la créance de restitution que le débiteur avait à son encontre – alors qu'il s'agit là de créances connexes (*RTD com.* 1990, p. 479, obs. Y. Chaput).

pénal »¹⁰¹. Le postulat du maintien dans le patrimoine du constituant d'un droit de propriété sur les sommes d'argent qu'il affecte en garantie, indépendamment de leur isolement ou de leur confusion dans le patrimoine du créancier nanti, permet au premier de demander la sanction de la fraude du second sur le terrain du droit pénal.

724. Ce postulat a aussi pour effet sinon protecteur, du moins favorable au constituant, de lui réserver les droits d'user et de jouir de la chose affectée en garantie, même s'il exerce ces droits pour ainsi dire *corpore alieno*, c'est-à-dire par l'entremise du créancier.

Alors que le régime dual d'affectation en garantie des sommes d'argent conduisait parfois à considérer que les fruits (c'est-à-dire les intérêts) produits par les sommes affectées en garantie appartenaient au créancier, véritable propriétaire, et donc titulaire du droit de jouir à titre définitif, dans l'hypothèse où elles étaient confondues au sein de son patrimoine¹⁰², tandis qu'ils appartenaient au constituant, véritable propriétaire, et donc titulaire du droit de jouir à titre définitif, dans l'hypothèse où elles n'étaient pas confondues dans le patrimoine du créancier, le régime unifié par le postulat de la préservation du droit réel de propriété « flottante » du constituant d'un « nantissement de monnaie », confondue ou non dans le patrimoine du créancier nanti, conduit à poser un principe selon lequel, sauf convention contraire des parties, les intérêts produits par les sommes affectées en garantie seront toujours produits au bénéfice du constituant et devront donc s'imputer sur l'assiette du nantissement. Autrement dit, le sort des intérêts produits par les sommes d'argent affectées en garantie sera laissé à la liberté contractuelle. Mais à défaut de stipulation expresse fixant leur sort, et fixant notamment le taux des intérêts, les sommes affectées en garantie seront réputées produire des intérêts au taux légal, et lesdits intérêts seront réputés revenir au

¹⁰¹ M. Cabrillac, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Mélanges offerts à J. Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 339.

¹⁰² Le professeur Pierre Crocq soutient à l'inverse que « la fiducie-sûreté étant une garantie accessoire, et même une sûreté, la règle d'imputation [en vertu de laquelle le créancier impute les fruits, c'est-à-dire les intérêts, des sommes affectées en garantie sur le montant de la créance garantie] doit donc lui être appliquée dans les cas exceptionnels où le débiteur ne conserve pas l'usage du bien objet de l'aliénation fiduciaire à titre de garantie » (*Propriété et garantie*, op. cit., p. 444). Mais l'auteur lui-même relève que, dans le régime d'un certain nombre de « dépôts de garantie » qu'il analyse comme des fiducies-sûretés, le constituant est privé des intérêts produits par les sommes remises à titre de garantie, et que c'est donc le créancier qui fait siens ces intérêts. Ainsi, alors même que la loi (article 1153, alinéa 2, du code civil) fait de l'argent un bien frugifère, en matière de baux d'habitation, l'article 22 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs dispose que le dépôt de garantie prévu par le contrat de location pour garantir l'exécution par le locataire de ses obligations locatives « ne porte pas intérêt au bénéfice du locataire », du moins jusqu'à ce que le locataire soit en droit d'exiger sa restitution, notamment en cas de non-renouvellement du bail arrivé à échéance. Le professeur Pierre Crocq convient de ce que « même en se conformant à la fiction du nominalisme monétaire et en considérant qu'il n'y a pas de différence entre le montant versé initialement et le même montant restitué quelques années plus tard, il y a spoliation du débiteur puisque le créancier a la possibilité de faire fructifier la somme remise et de tirer un profit de la sûreté, privant ainsi le débiteur des fruits du bien donné en garantie » (*ibidem*, p. 445).

constituant et, par voie de conséquence, s'adjoindre aux sommes affectées en garantie. En cas de paiement de la dette garantie, le créancier devra allouer le constituant de sommes d'argent correspondant au montant des sommes affectées en garantie augmenté des sommes dues au titre des intérêts au taux conventionnel, ou, à défaut, au taux légal. Ce n'est là que la généralisation à toute affectation en garantie de sommes d'argent de la solution valant jusqu'alors pour la seule affectation en garantie de sommes d'argent non confondues dans le patrimoine du créancier. Dans le cas où les sommes d'argent non confondues étaient des écritures en compte, le professeur Michel Cabrillac écrivait déjà à leur propos que « si le compte spécial produit des intérêts (il peut être un compte sur livret ou un compte à terme), les parties peuvent leur donner l'affectation qu'elles désirent ; [mais qu'] à défaut d'une convention particulière, ils doivent être versés au compte spécial à titre d'accessoires du capital et inclus dans l'assiette du gage »¹⁰³.

Par ailleurs, en pratique, même les contrats prévoyant l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier contiennent parfois des stipulations mettant à la charge du créancier le versement, au constituant, d'une « indemnité d'immobilisation » correspondant aux intérêts produits par la somme affectée en garantie. Tout en prévoyant le transfert « en pleine propriété » des sommes affectées en garantie au profit du créancier bénéficiaire, ces contrats reconnaissent au constituant un droit aux fruits produits par les sommes affectées en garantie, au nom d'un « démembrement de propriété » opéré entre le constituant et le créancier bénéficiaire. Même présenté comme une « indemnité d'immobilisation » des sommes remises en garantie qui serait la contrepartie du droit, reconnu au créancier, de disposer librement de ces sommes, ce droit aux fruits témoigne de ce que l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues opère moins un transfert qu'un démembrement de la propriété de l'objet de la sûreté. Ainsi, même les contrats dits « de gage-espèces » qui stipulent un transfert de propriété lors de la constitution de la sûreté portant sur des sommes d'argent, ne parviennent pas à se départir de l'idée que le constituant conserve certains des attributs de la propriété des sommes affectées en garantie (en particulier le *fructus*), et que la propriété, présentée comme transférée au créancier, est en réalité démembrée entre ce dernier et le constituant.

¹⁰³ M. Cabrillac, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Mélanges offerts à J. Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 340.

725. Reconnaître un démembrement de propriété *sui generis* présente des intérêts non seulement pour la protection du constituant, mais aussi pour celle du créancier. Au sujet du mécanisme fiduciaire, le professeur Pierre Crocq lui-même le reconnaît¹⁰⁴, tout en s'évertuant à minimiser l'intérêt qu'il y a à octroyer au constituant un droit réel.

725-1. Selon le professeur Pierre Crocq, si la reconnaissance d'un droit réel au profit du constituant présente des avantages quant à la nécessité ou à l'absence de nécessité pour le tiers acquéreur du bien remis en garantie de connaître l'existence de ce droit¹⁰⁵ et quant à la nature de la sanction obtenue à l'encontre de ce tiers acquéreur¹⁰⁶, elle est indifférente quant à la nécessité de publier ce droit¹⁰⁷ et ne présente qu'un intérêt limité dans les rapports du constituant avec les créanciers du fiduciaire¹⁰⁸.

Qui plus est, elle n'a aucun intérêt en droit pénal depuis que la notion d'abus de confiance a été redéfinie en 1994¹⁰⁹.

¹⁰⁴ P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., p. 161 : « alors que les droits étrangers ont démembré le droit de propriété dans le seul but d'assurer la protection du débiteur, nous allons voir que, curieusement, celui-ci présenterait en droit français un intérêt bien moindre pour la protection du débiteur que pour celle du créancier ».

¹⁰⁵ Si le constituant n'a qu'un droit personnel de créance de restitution, le créancier fiduciaire investi du droit de propriété peut valablement céder les sommes d'argent remises en garantie sans que le constituant puisse agir contre le tiers acquéreur – sauf si ce dernier avait connaissance de l'existence du contrat de fiducie-sûreté lorsqu'il a acquis les sommes. Si le constituant a un droit réel sur les sommes d'argent affectées en garantie, le droit de ce dernier est opposable au tiers acquéreur auquel le créancier, en vertu de la règle « *nemo plus juris* », n'a pu transmettre qu'un droit réel grevé d'une obligation réelle. Le constituant peut donc agir en revendication contre le tiers acquéreur, indépendamment du fait que ce dernier ait, ou non, eu connaissance de l'existence du droit réel du constituant.

¹⁰⁶ Si le droit du constituant est de nature réelle, alors le juge n'a pas d'autre choix que de prononcer une réparation en nature en cas d'atteinte à ce droit, et notamment de sanctionner par la nullité la cession par le fiduciaire des sommes d'argent affectées en garantie. Si le droit du constituant était de nature personnelle, le juge pourrait choisir entre une réparation en nature et une réparation par équivalent (octroi de dommages-intérêts). Toutefois, en matière de sûretés sur la monnaie, la distinction entre droit réel et droit personnel n'a, de ce point de vue, qu'un faible intérêt puisque, que la réparation soit en nature ou par équivalent, elle se traduit par le versement au constituant de sommes d'argent dont seul le montant est susceptible de varier puisque la réparation en nature suppose la restitution de l'exact montant des sommes affectées en garantie tandis que la réparation par équivalent peut, en théorie, passer par l'allocation de dommages-intérêts d'un montant égal ou inférieur à celui des sommes affectées en garantie, même si, en pratique, le montant des dommages-intérêts correspondra très probablement au montant des sommes affectées en garantie.

¹⁰⁷ L'opposabilité du droit du constituant sur les sommes d'argent remises en garantie, qui sont des meubles, n'est pas conditionnée par l'obligation de procéder à une mesure de publicité, et « de ce point de vue, il n'y a pas de différence entre un droit personnel et un droit réel » (*ibidem*, p. 163).

¹⁰⁸ Le caractère « limité » de l'intérêt qu'il y a à reconnaître au constituant un droit réel sur le bien affecté en garantie tient, selon le professeur Pierre Crocq, au fait que, le plus souvent, le constituant conserve la détention du bien faisant l'objet d'une fiducie-sûreté, en vertu d'une convention de mise à disposition, tant et si bien qu'il peut opposer aux créanciers du créancier fiduciaire un droit de rétention, sa détention présentant un lien de connexité juridique et matérielle avec sa créance de restitution à l'encontre du créancier fiduciaire. Néanmoins, si ce raisonnement est valable pour bon nombre de fiducies-sûretés, il ne l'est pas pour la plupart des fiducies-sûretés portant sur des sommes d'argent, qui passent par la dépossession du constituant.

¹⁰⁹ Dans sa rédaction antérieure à 1994, le texte du code pénal sanctionnant l'abus de confiance définissait cette infraction au regard de la nature des contrats (limitativement énumérés) ayant conduit à la remise de la chose détournée. L'ancien article 408 du code pénal disposait en effet que « quiconque aura détourné ou dissipé, au préjudice du propriétaire, possesseur ou détenteur, des effets, deniers, marchandises, billets, quittances ou tous autres écrits contenant ou opérant obligation ou décharge, qui ne lui auraient été remis *qu'à titre de dépôt, ou pour un travail salarié*, à la charge de les rendre ou représenter, ou d'en faire un usage ou un emploi déterminé, sera puni des peines portées dans l'article 406 » (italiques ajoutées). Le contrat de gage était alors assimilé au contrat de dépôt, ce à quoi invitait l'ancien article 2079 du code civil qui prévoyait que « jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a lieu, il reste propriétaire du *gage, qui n'est, dans la main du créancier, qu'un dépôt* assurant le privilège de celui-ci » (italiques ajoutées). Mais depuis 1994, le texte du code pénal qui sanctionne l'abus de confiance ne fait plus référence à une liste limitative de contrats ayant permis la remise de la chose détournée, et la mention du contrat de dépôt a notamment été abandonnée. L'article 314-1 du code pénal définit l'abus de confiance comme « le fait par une personne de détourner, au préjudice d'autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu'elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d'en faire usage déterminé ». Selon le professeur Pierre Crocq, il ne serait désormais plus nécessaire d'assimiler à un contrat de gage ou de nantissement l'affectation en garantie de sommes d'argent que le créancier aurait détournées, pour les seuls besoins de la sanction de ce créancier par les peines prévues pour l'abus de confiance. Il ne serait donc

725-2. L'auteur soutient en revanche que l'analyse du mécanisme fiduciaire comme étant constitutif d'un démembrement de propriété, et la reconnaissance d'un droit réel au bénéfice du constituant, profitent paradoxalement davantage au créancier qu'au constituant. Dans cette perspective, le droit du créancier n'étant plus un droit réel de propriété plein et entier sur un ou plusieurs bien(s) déterminé(s) mais un droit réel portant sur la valeur du ou des bien(s) initialement remis en garantie, il serait conceptuellement plus aisé de justifier le report du droit réel du créancier sur un ou des bien(s) autre(s) que ceux initialement affecté(s) en garantie et de légitimer ainsi « une application extensive de la subrogation réelle » allant dans le sens d'une protection accrue du créancier¹¹⁰.

726. Au terme de ces développements, il apparaît que, s'il devait être introduit dans une nouvelle section du chapitre III du sous-titre II du titre II du livre IV du code civil, le dispositif organisant le régime de constitution du « nantissement de monnaie » pourrait se présenter ainsi :

« *Section 2*

« *Du nantissement de monnaie*

« *Art. 2366-1.* – Le nantissement de monnaie est l'affectation, en garantie d'une obligation, de monnaie fiduciaire ou scripturale sur laquelle un créancier acquiert le droit de se faire payer par préférence aux autres créanciers du constituant.

« *Art. 2366-2.* – Le nantissement de monnaie peut être consenti par le débiteur ou par un tiers ; dans ce dernier cas, le créancier n'a d'action que sur les sommes affectées en garantie.

« Le nantissement de sommes appartenant à autrui est nul. Il peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque le créancier a ignoré que les sommes appartenissent à autrui.

plus nécessaire de voir dans le constituant le propriétaire des sommes affectées en garantie, ni, *a fortiori*, de lui reconnaître un droit réel sur ces sommes. Il suffirait d'appliquer aux cas où les sommes affectées en garantie ont été détournées par le créancier les solutions dégagées par la jurisprudence en matière de dépôt irrégulier de sommes d'argent, aux termes desquelles l'abus de confiance n'est pas constitué par le simple fait pour le dépositaire (ou en l'espèce pour le créancier) d'employer les fonds remis, mais par le fait d'en disposer en ayant conscience de l'impossibilité future de les restituer (Cass. crim. 25 février 1843, S. 1843, I, p. 207 ; Cass.crim. 16 février 1934, S. 1935, I, p. 116 ; Cass. crim. 22 février 1935, DH. 1935, p. 212 ; Cass. crim. 1^{er} mars 1935, S. 1935, I, p. 158).

¹¹⁰ P. Crocq, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, pp. 183-184.

« *Art. 2366-3.* – Le nantissement de monnaie est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la créance garantie, l'indication de la nature fiduciaire ou scripturale des sommes nanties, ainsi que celle de leur montant. Ce montant peut, le cas échéant, s'entendre du solde d'un compte, provisoire ou définitif, à la date de la réalisation du nantissement ou, le cas échéant, à la date du jugement d'ouverture contre le constituant d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers, sous réserve de la régularisation des opérations en cours, selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution.

« Les créances garanties peuvent être présentes ou futures ; dans ce dernier cas, elles doivent être déterminables.

« *Art. 2366-4.* – Le nantissement de monnaie prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte.

« *Art. 2366-5.* – Le créancier ou le tiers convenu acquiert, à titre provisoire, le droit de disposer des sommes nanties qui sont confondues avec les sommes qui lui appartiennent.

« Par dérogation au premier alinéa, la convention peut prévoir que les sommes nanties sont tenues séparées des sommes qui appartiennent au créancier ou au tiers convenu. Dans ce dernier cas, le créancier ou le tiers convenu ne peut disposer des sommes nanties, même à titre provisoire, et le constituant peut en réclamer la restitution, sans préjudice de dommages-intérêts, s'il n'est pas satisfait à cette obligation de conservation.

« *Art. 2366-6.* – Lorsque le nantissement porte sur de la monnaie fiduciaire et que la convention prévoit que les sommes nanties sont tenues séparées des sommes qui appartiennent au créancier, les sommes nanties sont isolées par tout moyen propre à assurer leur individualisation.

« *Art. 2366-7.* – Lorsque le nantissement porte sur de la monnaie scripturale et que la convention prévoit que les sommes nanties sont tenues séparées des sommes qui appartiennent au créancier, les sommes nanties sont inscrites sur un compte spécial ouvert au nom du créancier ou du constituant.

« Lorsque le compte spécial est ouvert au nom du créancier, il est bloqué jusqu'au jour de la réalisation du nantissement.

« Lorsque le compte spécial est ouvert au nom du constituant, il peut être bloqué jusqu'au jour de la réalisation du nantissement ou continuer d'être mouvementé par le constituant jusqu'à ce jour.

« Dans le cas où le compte spécial ouvert au nom du constituant n'est pas bloqué, les sommes nanties s'entendent du solde créditeur, provisoire ou définitif, à la date de la réalisation du nantissement ou, le cas échéant, à la date du jugement d'ouverture contre le constituant d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers, sous réserve de la régularisation des opérations en cours, selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution. Le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter le nantissement de sommes complémentaires si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation des sommes nanties.

« *Art. 2366-8.* – Qu'elles soient confondues avec les sommes qui appartiennent au créancier nanti ou au tiers convenu ou qu'elles soient tenues séparées de celles-ci, les sommes nanties peuvent être ultérieurement affectées à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci prévoie expressément cette faculté de rechargement.

« Dans ce cas, les sommes nanties ne peuvent être affectées à la garantie d'une nouvelle dette que dans la limite du montant disponible au jour de la recharge.

« La date de la conclusion de la convention de rechargement détermine, entre eux, le rang des créanciers.

« Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non-écrite.

« *Art. 2366-9.* – Sauf convention contraire, le créancier perçoit les fruits des sommes nanties et les impute sur les intérêts, ou, à défaut, sur le capital de la dette garantie. »

§ 4. *Les modifications à apporter en conséquence au régime de constitution des sûretés sur sommes d'argent d'hier et d'aujourd'hui.*

727. Une fois esquissées les grandes lignes d'un nouveau régime de constitution des garanties sur la monnaie fiduciaire ou scripturale, il convient de montrer comment ce nouveau régime pourrait s'appliquer aux sûretés sur sommes d'argent d'hier et d'aujourd'hui, et quelles adaptations pourraient être envisagées pour certaines d'entre elles, notamment afin de tenir compte de la qualité particulière du créancier appelé à bénéficier du nantissement de monnaie.

A – La constitution des sûretés sur sommes d'argent en droit pénal, fiscal et douanier.

728. La particularité des sûretés sur sommes d'argent constituées en matière pénale, fiscale ou douanière tient à ce que le créancier qui en bénéficie est une autorité publique, et plus précisément l'État, et que ces sûretés revêtent un caractère non pas conventionnel, mais judiciaire ou légal.

1 – Le nantissement de monnaie judiciaire

729. Le « cautionnement » susceptible d'être ordonné par le juge d'instruction ou par le juge des libertés et de la détention, en garantie de l'exécution d'obligations prévues dans le cadre d'un contrôle judiciaire, revêt un caractère judiciaire. Le régime du « nantissement de monnaie » judiciaire pourra s'inspirer de celui du « nantissement de monnaie » conventionnel, mais s'en distinguera nécessairement sur certains points.

730. L'étude (conduite au début de ce travail) de l'actuel régime du « cautionnement » du droit pénal, tel que fixé aux articles 142 à 142-3 du code de procédure pénale, a montré qu'il s'agissait d'une affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale qui, en l'absence de toute mention d'une individualisation par tout moyen, et notamment par l'inscription au crédit d'un compte spécial, est susceptible d'être confondue au sein du patrimoine du créancier ou du tiers convenu (Trésor public...). On pourra donc considérer que la propriété des sommes affectées en garantie

sera démembrée et que le créancier ou le tiers convenu aura le droit de disposer, à titre provisoire, des sommes nanties.

731. Néanmoins, il est inconcevable de soumettre ce « nantissement de monnaie » judiciaire aux règles de constitution du « nantissement de conventionnel ». S'agissant d'une sûreté ordonnée par un juge, il n'y aura pas lieu de faire d'un écrit la condition de validité du nantissement.

732. Seules seront applicables au « nantissement de monnaie » judiciaire prévu par le code de procédure pénale, les dispositions nouvelles du code civil qui définiront le nantissement de monnaie (article 2366-1 nouveau), préciseront quels pourront en être les constituants (article 2366-2 nouveau), et reconnaîtront au créancier nanti le droit de disposer à titre provisoire des sommes nanties confondues dans son patrimoine (article 2366-5, alinéa 1^{er}, nouveau) ainsi que d'en percevoir les fruits à titre provisoire (article 2366-9 nouveau).

2 – Le nantissement de monnaie légal en droit fiscal et douanier

733. Étant prévue par des textes communautaires, législatifs et réglementaires, la constitution des sûretés sur sommes d'argent du droit fiscal et douanier n'est pas laissée à la liberté contractuelle : ces garanties, dont les bénéficiaires ont une qualité particulière, puisqu'il s'agit des autorités publiques, ne peuvent être consenties en vertu d'une convention.

734. À l'instar de ce qui a été montré pour le « nantissement de monnaie » judiciaire en droit pénal, il conviendra d'écarter pour les « cautionnements » et « consignations » du droit fiscal et douanier certaines des modalités de constitution du « nantissement de monnaie » conventionnel qui figureront dans les nouvelles dispositions du code civil, en particulier l'exigence d'un écrit à titre de validité. Pour le reste, ces « nantissements de monnaie » légaux pourront se voir appliquer les règles nouvelles du code civil relatives à la définition du « nantissement de monnaie » (article 2366-1 nouveau), à ses constituants (article 2366-2 nouveau), et au droit, pour le créancier nanti, de jouir à titre provisoire des sommes nanties (article 2366-9 nouveau).

735. S'agissant du « cautionnement » exigé des comptables publics en application de l'article 60 de la loi de finances n° 63-156 pour l'année 1963, rien n'est dit de

l'éventuelle individualisation ou absence d'individualisation des sommes affectées en garantie. On sait seulement qu'« avant d'être installés dans leur poste, les comptables publics sont tenus de constituer des garanties » (article 60, II, de la loi précitée). Dans le silence de la loi, c'est donc plutôt le régime du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti, que celui du « nantissement de monnaie » non confondue dans ce patrimoine, qu'il faudra appliquer au « cautionnement » requis des comptables publics. En conséquence, les autorités publiques créancières pourront disposer à titre provisoire des sommes nanties, le comptable public n'ayant plus dans son patrimoine qu'une propriété démembrée ou « flottante ».

736. Il n'en ira pas de même des sommes versées par un contribuable en garantie du paiement d'impositions dont il conteste le bien-fondé ou le montant. En application de l'article R. 277-1 du livre des procédures fiscales, les garanties d'un sursis de paiement d'impositions « peuvent être constituées par un versement en espèces qui sera effectué à un compte d'attente au Trésor ». Autrement dit, la monnaie scripturale (et non fiduciaire) affectée en garantie par le contribuable ne sera pas confondue dans le patrimoine de l'administration fiscale créancière, mais séparée de ce patrimoine et inscrite au crédit d'un compte spécial, qualifié de « compte d'attente » dont on peut penser que, même s'il est ouvert dans les livres du créancier nanti (le Trésor), il l'est au nom du constituant, selon le procédé courant des comptes à rubriques. Par conséquent, l'affectation de sommes d'argent en garantie du paiement d'impositions s'apparente à un « nantissement de monnaie » scripturale non confondue dans le patrimoine du créancier, dont le régime peut lui être appliqué. L'administration fiscale créancière n'aura donc pas le droit de disposer à titre provisoire des sommes nanties sur lesquelles elle ne bénéficiera que d'un droit de rétention, d'un droit de préférence, et d'un droit de jouir à titre provisoire (article 2366-5, alinéa 2, nouveau du code civil). Le contribuable constituant conservera la propriété pleine et entière des sommes nanties inscrites au crédit d'un compte qui sera vraisemblablement ouvert à son nom et bloqué jusqu'à la date de la réalisation de la sûreté (article 2366-7, alinéa 3, nouveau du code civil).

La rédaction de l'alinéa 2 de l'article R. 227-1 du livre des procédures fiscales devra être modifiée en conséquence, et énoncer que « ces garanties [du paiement d'impositions] peuvent être constituées *par un nantissement de monnaie inscrite au crédit d'un compte spécial et bloqué ouvert, dans les livres du Trésor, au nom du constituant*, par des créances sur le Trésor, par la présentation d'une caution, par des valeurs mobilières, des marchandises déposées dans des magasins agréés par l'État et

faisant l'objet d'un warrant endossé à l'ordre du Trésor, par des affectations hypothécaires, par des nantissements de fonds de commerce ».

737. En matière douanière, la rédaction des articles 193 et 194 du code des douanes communautaire et celle des articles 56 et 59 du code des douanes communautaire modernisé ne permettent pas de déterminer si les « dépôts d'espèces » ou « chèques de banque » constitués en garantie des dettes douanières peuvent être assimilés au « nantissement de monnaie » fiduciaire ou scripturale confondue ou non confondue dans le patrimoine des autorités douanières créancières. L'article 59.2 du code des douanes communautaire modernisé se contente de préciser que la sûreté « doit être constitué[e] d'une façon conforme aux dispositions de l'État membre dans lequel la garantie est exigée ». Par conséquent, hormis les dispositions nouvelles du code civil relatives aux conditions de validité (écrit) et d'opposabilité (date) du « nantissement de monnaie » conventionnel, il pourra être fait application aussi bien du régime du « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier nanti, que de celui du « nantissement de monnaie » confondue dans ce patrimoine. Dans le silence des textes, il paraît préférable d'opter pour le second régime dont on a indiqué qu'il devait s'appliquer à titre de principe aux sûretés sur l'argent. Sauf dispositions spéciales contraires, les autorités douanières se verraient ainsi investies du droit de disposer à titre provisoire des sommes nanties en garantie de dettes douanières, et le constituant n'en conserverait que la propriété démembrée, réduite au droit d'en jouir et d'en disposer à titre définitif.

B – La constitution des sûretés sur sommes d'argent en droit immobilier.

738. Sauf le cas particulier des sûretés sur sommes d'argent qui sont constituées dans le cadre des ventes sur adjudication de biens immobiliers, et qui peuvent être analysées comme des « nantissements de monnaie » légaux en droit immobilier (ou plus exactement des procédures de saisie immobilière), l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale revêt en général un caractère conventionnel lorsqu'il s'agit d'acquérir ou de louer un bien immobilier.

1 – Le nantissement de monnaie conventionnel

739. Si c'est la loi qui mentionne l'existence d'un certain nombre de « dépôts de garantie » en droit immobilier et qui, dans certains cas, encadre leur régime, il n'en reste pas moins que la constitution de ces sûretés sur sommes d'argent est toujours facultative, et laissée à la libre appréciation des parties qui peuvent convenir d'y recourir comme de ne pas y recourir. Aussi ces « dépôts de garantie » ont-ils un caractère conventionnel qui rend tout à fait concevable l'idée qu'on leur applique le nouveau régime du « nantissement de monnaie » conventionnel fixé par le code civil.

740. Pour ce qui concerne tout d'abord le « dépôt de garantie » susceptible d'être exigé du locataire par le bailleur d'un immeuble à usage d'habitation, l'étude de son régime menée au début de ce travail¹¹¹ a montré qu'à titre de principe, il constituait une forme d'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale confondue dans le patrimoine du créancier, sauf si, exceptionnellement, les sommes remises par le preneur à bail étaient séparées du patrimoine du bailleur par tout moyen propre à assurer leur individualisation, et notamment par inscription au crédit d'un compte spécial, ouvert au nom du constituant ou du créancier. Sauf convention contraire, le « dépôt de garantie » s'apparente donc à un « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier.

740-1. Au stade de la constitution de cette sûreté, il n'y aura aucune difficulté à lui appliquer les conditions de validité et d'opposabilité du « nantissement de monnaie » conventionnel (telles que fixées aux articles 2366-3 et 2366-4 nouveaux du code civil) : il suffira que la clause du contrat de bail d'immeuble à usage d'habitation stipulant la constitution d'un « dépôt de garantie » désigne la / les créance(s) garantie(s), la nature fiduciaire ou scripturale des sommes nanties, ainsi que leur montant. La date apposée sur le contrat de bail d'immeuble rendra la sûreté opposable aux tiers, y compris au banquier teneur du compte sur lequel seraient inscrites les sommes nanties, si c'est de la monnaie scripturale qui est affectée en garantie. Il n'y aura pas davantage de difficultés à appliquer au « dépôt de garantie » assortissant le contrat de bail d'immeuble à usage d'habitation les dispositions nouvelles du code civil définissant le nantissement de

¹¹¹ Voir *supra* les développements sur les sûretés sur sommes d'argent dans le cadre de la location d'un immeuble à usage d'habitation (§ 38-41).

monnaie conventionnel (article 2366-1 nouveau), précisant qui peut le constituer (article 2366-2 nouveau), et reconnaissant au créancier nanti (en l'occurrence le bailleur) le droit de disposer à titre provisoire des sommes nanties confondues dans son patrimoine (article 2366-5 nouveau).

740-2. Quelques aménagements devront néanmoins être apportés au « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti lorsqu'il garantira les obligations du preneur d'un bail d'immeuble à usage d'habitation. En premier lieu, s'agissant du montant des sommes nanties, il ne pourra être supérieur à un mois de loyer en principal, conformément aux dispositions de l'article 22 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs. En second lieu, s'agissant de la perception des fruits produits par les sommes nanties, il faudra envisager une adaptation si l'on veut respecter les règles établies par les sixième et septième alinéas de l'article 22 précité, qui privent le constituant du droit de jouir à titre définitif des sommes nanties jusqu'à leur restitution par le bailleur, dans un délai maximal d'un à deux mois à compter de la remise des clés par le locataire, et qui l'allottissent à nouveau de ce droit de percevoir (désormais sous forme de majorations de 10 %, et non plus d'intérêts au taux légal) les fruits produits par les sommes nanties, à défaut de leur restitution par le bailleur dans ce délai. Dans le cas d'un « nantissement de monnaie » garantissant l'exécution des obligations locatives du preneur d'un bail d'immeuble à usage d'habitation, il devra en conséquence être renvoyé à l'ensemble des dispositions nouvelles du code civil qui fixeront le régime du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti, à l'exception de celle qui confèrera au créancier nanti un droit de jouir à titre provisoire des sommes nanties (article 2366-9 nouveau). Mais dans la mesure où cette dernière disposition admettra elle-même que l'on puisse déroger au principe qu'elle énonce par une convention contraire, il n'y aura pas lieu de mentionner, à l'article 22 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, et notamment à son sixième alinéa, une dérogation expresse aux règles du code civil relatives à la perception des fruits.

740-3. Quant aux « dépôts de garantie » susceptibles d'être prévus dans le cadre de contrats de bail avec option d'achat, il n'y a pas lieu, sauf convention contraire organisant l'individualisation des sommes affectées en garantie, de ne pas leur appliquer l'intégralité des règles de constitution du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti, y compris la règle selon laquelle le créancier nanti peut percevoir, à titre provisoire, les intérêts produits par les sommes nanties.

741. Pour ce qui concerne ensuite les « dépôts de garantie » susceptibles d'être constitués dans le cadre de contrats de vente d'immeubles construits, à construire ou à rénover, ou dans le cadre de contrats préliminaires à ces derniers, ou encore dans le cadre de contrats préliminaires aux contrats de location-accession portant sur des immeubles, l'étude de leur régime¹¹² a montré qu'ils se traduisaient presque toujours par l'inscription de monnaie scripturale au crédit d'un compte spécial et bloqué ouvert au nom du constituant. Il conviendra donc de leur appliquer le régime de constitution du « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier nanti.

741-1. En matière de ventes à terme d'immeubles à construire ou à rénover, l'article L. 261-12 du code de la construction et de l'habitation prévoit que le contrat « peut seulement stipuler que des dépôts de garantie seront faits, à mesure de l'avancement des travaux, à un *compte spécial ouvert au nom de l'acquéreur* par un organisme habilité à cet effet », et que « *les fonds ainsi déposés sont incessibles, insaisissables et indisponibles* dans la limite des sommes dues par l'acheteur, sauf pour le paiement du prix » (italiques ajoutées). Les modalités de constitution de cette sûreté suggèrent qu'elle peut être assimilée à un « nantissement de monnaie » scripturale non confondue dans le patrimoine du créancier nanti et portant plus précisément sur un compte spécial, bloqué et ouvert au nom du constituant.

741-2. En matière de contrats de construction de maisons individuelles avec fourniture de plan, l'article L. 231-4, III, du code de la construction et de l'habitation dispose que « le contrat peut stipuler qu'un dépôt de garantie sera effectué à un *compte spécial ouvert au nom du maître de l'ouvrage* par un organisme habilité » et que « *les fonds ainsi déposés sont indisponibles, incessibles et insaisissables* jusqu'à la réalisation de toutes les conditions » (italiques ajoutées). Autrement dit, là encore, tout indique que cette sûreté pourra se voir appliquer le régime de constitution du « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier nanti, nantissement qui prendra plus précisément la forme de l'affectation en garantie d'un compte spécial, bloqué et ouvert au nom du constituant. Seul un élément du régime de constitution du « nantissement de monnaie » scripturale non confondue dans le patrimoine du créancier nanti méritera d'être adapté : le montant des sommes nanties indiqué dans l'acte

¹¹² Voir *supra* les développements sur les sûretés sur sommes d'argent assortissant l'achat d'un bien immobilier dans le cadre d'une vente amiable (§ 42-49).

constitutif de la sûreté qui, en application de l'article L. 231-4, III, du code de la construction et de l'habitation, ne pourra excéder 3 % du prix de la construction projetée tel qu'il est énoncé au contrat.

741-3. En matière de contrats préliminaires aux contrats de vente d'immeubles à construire ou à rénover, qu'il s'agisse de contrats de vente à terme ou en l'état futur d'achèvement, l'article L. 261-15 du code de la construction et de l'habitation définit le pré-contrat comme celui par lequel, « en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué à un *compte spécial*, le vendeur s'engage à réserver à un acheteur un immeuble ou une partie d'immeuble » et ajoute que « *les fonds déposés en garantie sont indisponibles, incessibles et insaisissables* jusqu'à la conclusion du contrat de vente » (italiques ajoutées). Là encore, la garantie se présente comme un nantissement de monnaie scripturale inscrite sur un compte spécial, bloqué, et ouvert au nom du constituant auquel peut être appliqué, dans son intégralité, le régime de constitution du « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier nanti.

741-4. Enfin, en matière de contrats préliminaires aux contrats de location-accession portant sur des immeubles, l'article 3 de la loi n° 84-595 du 12 juillet 1984 définissant la location-accession à la propriété immobilière décrit le pré-contrat comme celui « par lequel, en contrepartie d'un dépôt de garantie effectué par l'accédant à un *compte spécial*, le vendeur s'engage à réserver à l'accédant un immeuble ou une partie d'immeuble » et ajoute que les fonds déposés « sont *disponibles, incessibles et insaisissables* jusqu'à la conclusion du contrat de location-accession » (italiques ajoutées). L'affectation en garantie de sommes inscrites au crédit d'un compte spécial, bloqué et ouvert au nom du constituant conduit à l'application intégrale du régime de constitution du « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier nanti – à ceci près que l'article 3 de la loi précitée fixe une limite maximale au montant des sommes nanties, qui ne pourra excéder 5 % du montant du prix de l'immeuble faisant l'objet du contrat.

742. Dans toutes ces hypothèses, et sous les réserves indiquées, l'application du régime de constitution du « nantissement de monnaie » (scripturale) non confondue dans le patrimoine du créancier nanti ne devrait pas faire l'objet de difficultés, qu'il s'agisse des dispositions nouvelles du code civil définissant le nantissement (article 2366-1 nouveau), ses constituants (article 2366-2 nouveau), ses conditions de validité (l'écrit prévu par l'article 2366-3 nouveau) et d'opposabilité (la date mentionnée par l'article 2366-4 nouveau), ou de celles reconnaissant au créancier nanti le droit de percevoir à

titre provisoire les fruits des sommes nanties (article 2366-9 nouveau). Le créancier nanti se verra en revanche dénier le droit de disposer à titre provisoire des sommes nanties dont la propriété ne sera pas démembrée, mais restera au contraire pleine et entière entre les mains du constituant. En revanche, le créancier nanti bénéficiera non seulement d'un droit de préférence mais aussi d'un droit de rétention sur les sommes nanties.

743. Il ne semble pas que l'on puisse en dire autant du « dépôt de garantie » remis au notaire par l'acquéreur d'un immeuble construit, en garantie de la bonne exécution des obligations qu'il contracte dans une promesse synallagmatique de vente (ou « compromis de vente »). En toute hypothèse, il s'agit là d'une sûreté avec entiercement, puisque les sommes affectées en garantie sont remises par l'acquéreur-constituant non pas au vendeur-créancier, mais à un tiers convenu : le notaire qui, lui-même, les verse sur un compte ouvert à son nom auprès de la Caisse des dépôts et consignations. S'il est vrai que la monnaie scripturale affectée en garantie fait l'objet d'une relative individualisation, dans la mesure où elle est inscrite au crédit du compte spécialement ouvert au nom du notaire auprès de la Caisse des dépôts et consignations, il n'en reste pas moins que cette monnaie scripturale est susceptible de se confondre avec les sommes pouvant déjà figurer sur le compte ouvert au nom du notaire, par exemple celles qui auront pu être versées par ce dernier suite à la conclusion de précédents compromis de vente portant sur d'autres immeubles. Par conséquent, le « dépôt de garantie » assortissant la conclusion d'une promesse synallagmatique de vente d'immeuble construit se traduit par l'affectation en garantie de monnaie scripturale confondue non pas dans le patrimoine du créancier nanti, mais dans celui du tiers convenu qu'est le notaire. Cette sûreté s'apparente donc à un « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti ou plutôt, en l'espèce, du tiers convenu, et doit se voir appliquer le régime de constitution de ce dernier.

744. Pour ce qui est de l'application à ce « dépôt de garantie » des conditions de validité et d'opposabilité du « nantissement de monnaie », il ne semble pas y avoir de difficultés : la constitution de la sûreté sera constatée par écrit dans une clause de l'acte de compromis de vente, sur lequel est nécessairement apposée une date, ne serait-ce que pour faire courir le délai de rétractation ouvert à l'acquéreur. Qu'il s'agisse des dispositions nouvelles du code civil qui définiront le « nantissement de monnaie » conventionnel (article 2366-1 nouveau), l'identité de ses constituants (article 2366-2

nouveau), ou ses conditions de validité et d'opposabilité (articles 2366-3 et 2366-4 nouveaux), le régime de constitution du nantissement de monnaie confondue dans le patrimoine du créancier nanti paraît tout à fait pouvoir s'appliquer au « dépôt de garantie » assortissant la promesse synallagmatique de vente d'immeuble construit. Les dispositions nouvelles du code civil reconnaissant au créancier nanti ou au tiers convenu le droit de disposer à titre provisoire des sommes nanties (article 2366-5, alinéa 1^{er}, nouveau), ainsi que de jouir, également à titre provisoire, de leurs fruits (article 2366-9 nouveau) pourront également s'appliquer à ce « dépôt de garantie ».

745. Il résulte des précédents développements que, sous réserve de légères adaptations à la marge, le régime de constitution du « nantissement de monnaie » conventionnel semble convenir aux diverses sûretés conventionnelles sur l'argent que connaît le droit immobilier, qu'elles portent sur de la monnaie fiduciaire ou scripturale, confondue ou non dans le patrimoine du créancier nanti. Les aménagements du régime du « nantissement de monnaie » que l'on propose devront être plus conséquents pour ce qui concerne le « nantissement de monnaie » légal du droit immobilier.

2 – Le nantissement de monnaie légal en droit immobilier

746. Le « chèque de banque » exigé par les articles 74 et 95 du décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006 relatif aux procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble n'a un caractère ni conventionnel, - puisqu'il est *imposé*, à défaut de caution bancaire irrévocable, pour enchérir ou pour surenchérir dans le cadre d'une vente sur adjudication intervenant à l'issue d'une procédure de saisie immobilière -, ni judiciaire - puisqu'il n'est pas ordonné par le juge. Dans la mesure où la constitution de cette garantie est rendue obligatoire dans le cadre d'une vente en justice, on pourrait être tenté de la qualifier de « judiciaire », au sens où elle intervient au sein d'une procédure conduite sous l'autorité du juge. Mais s'il est vrai que c'est un décret qui mentionne la possibilité pour l'enchérisseur ou pour le surenchérisseur de constituer une garantie de paiement sous forme de « chèque de banque » rédigé à l'ordre du séquestre ou du consignataire, il n'en reste pas moins que les dispositions du décret ont été prises pour l'application de la loi, et plus précisément de l'article 2205 du code civil qui dispose que « sous réserve des incapacités tenant aux fonctions qu'elle exerce,

toute personne peut se porter enchérisseur si elle justifie de garanties de paiement ». Autrement dit, le « chèque de banque » remis par l'enchérisseur ou le surenchérisseur au tiers convenu qu'est le séquestre ou le consignataire constitue en réalité une sûreté légale.

747. Cette sûreté est, à n'en pas douter, une sûreté avec entierement puisque ses bénéficiaires ne sont pas le séquestre ou le consignataire à qui sont remises les sommes affectées en garantie, mais le débiteur à l'encontre duquel est diligentée une procédure de saisie immobilière (créancier du prix de vente de l'immeuble) ainsi que les créanciers de ce débiteur (appelés à participer à la distribution du prix de l'immeuble).

748. S'il ne fait pas de doute que la monnaie scripturale affectée en garantie ne peut être confondue dans le patrimoine des créanciers, puisque, jusqu'à l'éventuelle défaillance de l'enchérisseur déclaré adjudicataire, elle ne leur est pas remise, rien n'indique en revanche que les sommes remises en garantie ne puissent pas faire l'objet d'une confusion au sein du patrimoine du tiers convenu qu'est le séquestre ou consignataire. À défaut de dispositions contraires, il convient donc de considérer que le séquestre ou le consignataire peut confondre les sommes remises par l'enchérisseur ou par le surenchérisseur avec celles qui sont susceptibles de figurer déjà sur ses comptes. Par conséquent, le « nantissement de monnaie » légal prévu par la procédure de saisie immobilière s'apparente à un « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti, ou, plus exactement, du tiers convenu.

749. La nature légale de la sûreté empêche qu'on lui applique tous les éléments du régime de constitution du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti ou du tiers convenu. En particulier, il ne pourra être fait application des dispositions nouvelles du code civil prévoyant l'établissement d'un écrit à titre de validité (article 2366-3 nouveau). Par ailleurs, les articles 74 et 95 du décret n° 2006-936 précité fixent un seuil minimal au montant des sommes à affecter en garantie, qui est fixé, pour l'enchère, à « 10 % du montant de la mise à prix, sans que le montant de cette garantie puisse être inférieur à 3 000 euros », et, pour la surenchère, au « dixième du prix principal de la vente ».

750. En revanche, il n'y a pas lieu de ne pas renvoyer, pour la détermination du régime de constitution de ce « nantissement de monnaie » légal, aux règles qui, conçues pour le « nantissement de monnaie » conventionnel, définissent le nantissement (article 2366-1 nouveau), précisent quels peuvent en être les constituants (article 2366-2 nouveau), reconnaissent au créancier nanti (ou au tiers convenu) le droit de percevoir à

titre provisoire les intérêts produits par les sommes nanties (article 2366-9 nouveau), et enfin investissent le créancier nanti (ou le tiers convenu) du droit de disposer à titre provisoire des sommes nanties.

751. Ce « nantissement de monnaie » légal que constitue la remise, par l'enchérisseur ou le surenchérisseur, d'un « chèque de banque » au séquestre ou au consignataire, devra donc être analysé comme opérant un démembrement de la propriété de la monnaie scripturale affectée en garantie sur laquelle l'enchérisseur ou le surenchérisseur n'aura plus qu'une propriété « flottante » formée par les droits d'en jouir et d'en disposer à titre définitif.

C – La constitution des sûretés sur sommes d'argent en droit des marchés financiers.

752. L'étude des différentes formes de sûretés sur sommes d'argent menée au début de ce travail a montré que l'appropriation de ces sûretés par le monde des affaires avait tendu à en faire des garanties conférant au créancier le droit d'en disposer à titre provisoire. L'analyse du régime des sûretés sur sommes d'argent du droit des marchés financiers a toutefois pu remettre en cause l'assertion communément admise, selon laquelle elles seraient toujours translatives d'une propriété pleine et entière lors de leur constitution.

Si le régime de constitution du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti paraît approprié à ces sûretés, dans la mesure où il permettrait d'investir le créancier nanti (la Banque de France, les adhérents à la chambre de compensation, le prêteur de titres) du droit de disposer à titre provisoire des sommes nanties, sans pour autant que cela soit analysé comme un transfert de propriété, il convient néanmoins de vérifier si son application mérite ou non quelques adaptations.

1 – Le nantissement de monnaie garantissant les obligations de paiement dans les systèmes de paiement, de règlement et de livraison d'instruments financiers

753. Dans la phase de compensation des transactions financières, qui, contrairement à la compensation du droit civil, est multilatérale et déliée de toute condition de réciprocité, il est d'abord organisé une liquidation générale des positions

dans les relations entre la chambre de compensation et ses adhérents, qui permet de dégager un solde de titres à livrer ou de sommes à régler pour chaque adhérent, puis une liquidation particulière des positions dans les relations entre les adhérents à la chambre de compensation et les investisseurs, qui permet de livrer à chaque donneur d'ordres les titres ou les sommes qui lui sont dus.

754. Le paiement des sommes dues ainsi que le règlement et la livraison des titres financiers qui sont dus s'effectuent par l'intermédiaire de systèmes dits « de paiement, de règlement et de livraison d'instruments financiers ». En France, ces systèmes sont gérés à la fois par le dépositaire central « Euroclear » - pour ce qui concerne les titres financiers - et par la banque centrale, la Banque de France - pour ce qui concerne les sommes d'argent. Outre ces gestionnaires, participent à ces systèmes la chambre de compensation (« LCH Clearnet »), les adhérents à la chambre de compensation, et les acteurs des marchés financiers, qu'il s'agisse d'établissements de crédit, d'entreprises d'investissement, ou d'institutions financières telles que la Caisse des dépôts et consignations.

755. Or l'article L. 330-2 du code monétaire et financier prévoit en son I que « les règles de fonctionnement, la convention-cadre ou la convention type régissant tout système [de règlements interbancaires ou de règlement et de livraison d'instruments financiers] peuvent exiger des institutions participant, directement ou indirectement, à un tel système ou à un système lié par un accord d'interopérabilité, des garanties constituées et susceptibles de réalisation conformément aux dispositions de l'article L. 211-38 ou *l'affectation spéciale* des valeurs, titres, effets, créances ou *sommes d'argent* pour satisfaire aux obligations de paiement découlant de la participation à un tel système ou à un système lié par un accord d'interopérabilité » (italiques ajoutées). Le même texte ajoute, en son II, que « les règles de fonctionnement, la convention-cadre ou la convention-type précisent les modalités de constitution, d'affectation, de réalisation ou d'utilisation des biens ou droits constitués en garantie ».

756. Pour ce qui concerne le règlement et la livraison des titres financiers, les règles de fonctionnement du dépositaire central (« Euroclear ») ne distinguent pas selon que les titres inscrits en compte sont remis, ou non, à titre de garantie. Au sein du titre 5 de ces règles de fonctionnement, consacré au fonctionnement des « comptes courants », l'article 5.1 prévoit qu'« Euroclear France ouvre un ou plusieurs comptes courants de titres financiers à chaque adhérent » ; et qu'« à chaque titre financier détenu par un adhérent, correspond au moins un compte courant de titres financiers ». Or, les règles de

fonctionnement des comptes courants de titres financiers confèrent des pouvoirs étendus au dépositaire central. En effet, si l'article 5.6 organise une simple tenue de compte en prévoyant que « les comptes courants de titres financiers ouverts à l'adhérent sont crédités des titres financiers virés au bénéfice de l'adhérent ou déposés par ce dernier chez Euroclear France » et que « les comptes courants de titres financiers ouverts à un adhérent sont débités des titres financiers virés de son compte ou retirés à sa demande », l'article 5.7 précise que « les ordres de virement de compte à compte sont soit émis directement par l'adhérent titulaire du compte à débiter, *soit générés automatiquement, pour le compte de ce dernier, par le dépositaire central* » (italiques ajoutées). Autrement dit, le dépositaire central aurait, dans une certaine mesure, un pouvoir de disposer des titres inscrits sur le compte de l'adhérent, dès lors qu'il le ferait pour le compte de ce dernier. Les articles 5.9 et 5.10 ne font que confirmer cette analyse en indiquant, pour le premier, qu'« à l'issue de la journée comptable, Euroclear France en sa qualité de dépositaire central : [1°] - dispose de la dernière position de titres financiers mise à jour par le système ESES France [système de règlement et de livraison d'instruments financiers], pour chaque participant compensateur titres et pour chacun des titres financiers admis, ainsi que de l'ensemble des mouvements titres justifiant l'évolution de cette position de Titres Financiers ; [2°] - enregistre l'ensemble de ces mouvements et arrête les soldes comptables des comptes courants de titres financiers », et en indiquant, pour le second, qu'« Euroclear France communique quotidiennement, à chaque adhérent, le relevé des opérations intervenues sur ses comptes courants » et que « ce relevé indique notamment, pour chaque compte courant mouvementé, l'ancien solde, les mouvements enregistrés à son débit ou à son crédit et le nouveau solde qui en résulte ». La rédaction de ces textes suggère que le dépositaire central a tout le loisir de mouvementer les comptes courants de titres financiers des adhérents à la chambre de compensation, et rien ne semble lui interdire de les débiter alors même que les titres inscrits ne seraient remis qu'à titre de garantie.

757. On peut en dire autant des règlements de sommes d'argent. Il existe en France deux systèmes interbancaires de paiement : un système de montant élevé et un système de paiement de détail. Le système de montant élevé est appelé « TARGET 2-Banque de France », et constitue une composante du système européen

« TARGET 2 »¹¹³. Le système de paiements de détail est appelé « CORE ». Que leur montant soit faible ou élevé, les paiements sont tous réglés par inscription au crédit sur les comptes des adhérents ouverts dans les livres de la Banque de France. Et la banque centrale semble bénéficier de toute latitude pour mouvementer les comptes ouverts dans ses livres, que les sommes inscrites soient, ou non, remises à titre de garantie.

758. Pourtant, ont progressivement été mis en place des mécanismes de garantie des obligations de paiement résultant de la participation à des systèmes de règlement-livraison, qui ont contribué à récuser l'idée que les sommes d'argent affectées en garantie puissent être regardées comme parfaitement confondues au sein du patrimoine de la banque centrale.

759. Tout d'abord, ces mécanismes de garantie ont privilégié l'instauration d'un mécanisme « assurantiel », et rendu ainsi subsidiaire la constitution de garanties individuelles. Afin de protéger les marchés financiers contre la défaillance du participant présentant le solde débiteur le plus élevé, il a été constitué un fonds de garantie commun et permanent pour chacun des systèmes, complété en tant que de besoin par des garanties individuelles¹¹⁴.

760. Les garanties individuelles sont complémentaires et temporaires. Elles portent sur des sommes d'argent puisqu'elles se présentent sous la forme de remises d'avoirs consistant uniquement en inscriptions au crédit sur les comptes des adhérents ouverts dans les livres de la Banque de France, l'utilisation d'autres types d'actifs ayant été écartée pour des raisons de coût de gestion et de rapidité de mobilisation. Ces garanties sont exigées des participants dont les opérations risqueraient d'être mises en suspens, car elles conduiraient à présenter un solde débiteur supérieur au montant total du fonds commun permanent. Elles sont déposées par ces participants en fonction des prévisions de leur volume d'opérations dans le système.

761. Or, selon des auteurs ayant travaillé au service de surveillance des systèmes de paiement et de titres, au sein de la direction des systèmes de paiement de la Banque

¹¹³ L'acronyme « TARGET » signifie en anglais : « *Trans-european Automated Real-time Gross settlement Express Transfer* », c'est-à-dire littéralement « système de transfert trans-européen, automatisé et instantané des règlements de gros montants ».

¹¹⁴ Ch. Sampic, F. Hervo, « La protection des systèmes nets de paiement et de titres à règlement différé : les exemples du SIT et de Relit », *Revue de la stabilité financière*, n° 3, novembre 2003, p. 137 : « les contributions déposées dans le fonds de garantie permanent de chacun des systèmes sont affectées au profit de l'ensemble des participants et peuvent être réalisées pour couvrir le défaut de paiement du solde débiteur dans le système de l'un ou de plusieurs des participants. Le montant total du fonds commun permanent est défini en fonction des soldes débiteurs enregistrés dans le système au cours de la période précédant la constitution du fonds (de six à douze mois). En effet, il est fait en sorte qu'il couvre la majeure partie (entre 85 % et 95 %) des soldes débiteurs constatés, de façon à limiter le recours aux garanties individuelles [...] Le montant total et les contributions au fonds seront ajustés périodiquement pour tenir compte de l'évolution des soldes débiteurs des participants ».

de France, « les sommes ainsi remises en garanties complémentaires individuelles par le participant ne peuvent être réalisées que pour couvrir le défaut de paiement, par ce participant, de son solde débiteur dans le système, à l'exclusion du solde d'un autre participant ou de toute autre affectation »¹¹⁵. Cela inviterait donc à penser que la monnaie scripturale affectée en garantie des obligations de paiement dans les systèmes de règlement-livraison serait individualisée dans le patrimoine de la banque centrale, en raison de la destination qui lui est assignée.

762. Pourtant, les mêmes auteurs écrivent, au sujet du régime de ces garanties, que « le cadre juridique des garanties constituées au profit des systèmes de paiement et de règlement-livraison de titres est très sécurisé en droit français », que « les actifs sont remis, *en pleine propriété* et à titre de garantie, par le participant au gestionnaire des garanties, ce dernier agissant comme mandataire de tous les autres participants, conformément à l'[ancien] article L. 330-2 du code monétaire et financier » (italiques ajoutées), et que « ces remises sont opposables sans formalité aux créanciers des participants et du gestionnaire »¹¹⁶.

Autrement dit, nonobstant l'affectation spéciale des garanties complémentaires individuelles au règlement du solde débiteur du constituant dans les systèmes de paiement et de règlement-livraison d'instruments financiers, la banque centrale acquerrait la « pleine propriété » des sommes remises en garantie. Mais ces auteurs se fondent sur l'ancienne rédaction de l'article L. 330-2 du code monétaire et financier pour justifier leur analyse. Dans sa rédaction actuelle, cet article L. 330-2 ne fait plus mention que de « l'affectation spéciale » de sommes d'argent.

763. L'application du régime du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier (ou du tiers convenu) aux garanties complémentaires individuelles pouvant être exigées des participants aux systèmes de paiement interbancaire, et de règlement-livraison d'instruments financiers, est susceptible de clarifier le statut juridique de la monnaie scripturale affectée en garantie sans pour autant remettre en cause les pratiques de la banque centrale qui reçoit les fonds, mais bien plutôt en les harmonisant avec celles du dépositaire central chargé de la tenue des comptes de titres financiers.

¹¹⁵ Ch. Sampic, F. Hervo, « La protection des systèmes nets de paiement et de titres à règlement différé : les exemples du SIT et de Relit », *Revue de la stabilité financière*, n° 3, novembre 2003, p. 137.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 139.

763-1. Premièrement, le fait que le constituant demeurera titulaire de la propriété « flottante » des sommes affectées en garantie de ses obligations de paiement, et, comme tel, investi des droits d'en jouir et d'en disposer à titre définitif, confortera l'idée que la banque centrale ne pourra les utiliser pour couvrir le défaut de paiement d'autres participants au système de règlement-livraison.

763-2. Deuxièmement, le fait que la banque centrale – qui est moins le créancier nanti que le tiers convenu chargé de percevoir les sommes pour le compte des autres participants au système, qui, eux, peuvent être créanciers du participant défaillant – pourra disposer à titre provisoire des sommes affectées en garantie, permettra à la Banque de France d'inscrire ces sommes sur le compte du participant ouvert dans ses livres et de les mêler aux sommes y figurant déjà. De même que le dépositaire central « Euroclear » peut mouvementer les comptes courants de titres financiers des adhérents à la chambre de compensation sans avoir à distinguer selon qu'ils comportent, ou non, des titres remis en garantie, de même la banque centrale pourra mouvementer les comptes ouverts auprès d'elle sans avoir à distinguer selon que les sommes remises par le participant au système de paiement et de règlement-livraison d'instruments financiers ont, ou non, une fonction de garantie.

763-3. Troisièmement, le fait que le régime de constitution du « nantissement de monnaie » proposé fasse de la date de l'acte constitutif la seule condition d'opposabilité de la sûreté à tous les tiers, y compris au banquier teneur de compte, correspond à la pratique qui a émergé en raison de l'ancienne rédaction de l'article L. 330-2 du code monétaire et financier, et qui a tendu à rendre les garanties complémentaires individuelles opposables aux créanciers des participants et du gestionnaire du système sans que doive être accomplie la moindre formalité. L'ensemble du régime de constitution du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti (ou d'un tiers convenu) paraît par conséquent applicable à la constitution des garanties complémentaires individuelles des systèmes de paiement interbancaire et de règlement-livraison d'instruments financiers.

764. Par souci de fluidification optimale des opérations, on peut néanmoins imaginer que le formalisme de l'écrit exigé à titre de validité – pourtant déjà très réduit

– soit encore davantage allégé¹¹⁷ et qu’il puisse être dérogé à la règle selon laquelle, en vertu d’un droit de jouir à titre provisoire, le créancier nanti perçoit les intérêts produits par les sommes affectées en garantie. Si, dans le cadre des systèmes de paiement interbancaire et de règlement-livraison d’instruments financiers, la constitution de garanties complémentaires individuelles est en principe exceptionnelle, compte tenu du caractère subsidiaire du mécanisme, il n’en reste pas moins qu’il pourra être envisagé que les avoirs en monnaie de banque centrale remis en garantie ne soient pas immédiatement restitués au participant-constituant, une fois le risque de défaillance évité, mais bien plutôt affectés en garantie de nouvelles obligations de paiement, en vertu d’une sorte de convention de rechargement dont l’utilité sera encore plus manifeste pour la garantie des obligations financières des donneurs d’ordres et des autres acteurs des marchés financiers.

2 – Le nantissement de monnaie garantissant les obligations financières

765. Outre les sûretés sur sommes d’argent exigées des acteurs des marchés financiers à raison de leur participation aux « institutions » des marchés que sont les systèmes de paiement interbancaire et de règlement-livraison d’instruments financiers, il existe des sûretés sur sommes d’argent qui sont exigées des acteurs des marchés financiers, et plus précisément des donneurs d’ordre et des adhérents à la chambre de compensation, à raison des opérations qu’ils réalisent sur les marchés.

Ces garanties, qualifiées de « couvertures », prennent la forme d’une sûreté initiale (le « dépôt de garantie »), le cas échéant complétée par des compléments de sûreté (les « appels de marge »).

766. On a vu qu’en l’état du droit, l’article L. 211-36 du code monétaire et financier donnait une définition très large des obligations financières susceptibles d’être garanties par de telles sûretés. Il s’agit en effet des « obligations financières résultant

¹¹⁷ Il semble toutefois difficile de supprimer purement et simplement l’exigence de l’écrit, dans la mesure où l’article 3 de la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juin 2002, concernant les contrats de garantie financière, exige que la constitution des garanties financières puisse « être attestée par écrit ». En revanche, en application de ce même article 3, il est défendu aux États membres d’imposer « que la constitution, la validité, la conclusion, l’opposabilité ou l’admissibilité à titre de preuve d’un contrat de garantie financière ou la constitution d’instruments financiers ou d’espèces en garantie en vertu d’un contrat de garantie financière soient subordonnées à l’accomplissement d’un acte formel ». La réduction de la condition d’opposabilité à la date portée sur l’acte constitutif s’inscrit dans la logique d’allègement du formalisme lié à la formation et à l’exécution des contrats de garantie financière que souhaitent les institutions européennes. En revanche, l’écrit pourrait, en matière boursière, n’être exigé qu’à titre de preuve (*ad probationem*) au lieu de l’être à titre de validité (*ad validitatem*).

d'opérations sur instruments financiers lorsque l'une au moins des parties à l'opération est un établissement de crédit, une société de financement, un prestataire de services d'investissement, un établissement public, une collectivité territoriale, une institution, une personne ou entité bénéficiaire des dispositions de l'article L. 531-2¹¹⁸, une chambre de compensation, un établissement non résident ayant un statut comparable, une organisation ou organisme financier international dont la France ou la Communauté européenne est membre », mais aussi des « obligations financières résultant de tout contrat donnant lieu à un règlement en espèces ou à une livraison d'instruments financiers lorsque toutes les parties appartiennent à l'une des catégories de personnes » susmentionnées, et enfin des « obligations financières résultant de tout contrat conclu dans le cadre d'un système » de paiement interbancaire ou de règlement-livraison d'instruments financiers. Le champ des obligations susceptibles d'être garanties par des « couvertures » est d'ailleurs d'autant plus large que la notion même d'« instruments financiers » au sens de l'article L. 211-36 est étendue, entre autres, aux contrats d'option, aux contrats à terme ferme, ou encore aux contrats d'échange, à condition que, lorsque ces instruments doivent être réglés par livraison physique, ils fassent l'objet d'un enregistrement par une chambre de compensation reconnue ou d'appels de couverture périodiques.

767. L'article L. 211-38 du code monétaire et financier fixe le régime des « couvertures » appelées à garantir ces obligations financières variées, et énonce, en son I, qu'« à titre de garantie des obligations financières présentes ou futures mentionnées à l'article L. 211-36, les parties peuvent prévoir des *remises en pleine propriété*, opposables aux tiers sans formalités, d'instruments financiers, effets, créances, contrats ou *sommes d'argent, ou la constitution de sûretés sur de tels biens ou droits* » (italiques ajoutées). Dans la mesure où l'article L. 211-38 offre un choix entre la cession à titre de garantie de la propriété de sommes d'argent et la constitution de sûretés sur ces sommes d'argent, rien n'interdit d'imaginer que la constitution de « nantissements de monnaie » puisse s'ajouter aux « remises en pleine propriété » de sommes d'argent, sans s'y substituer. Une telle solution conduirait cependant à faire cohabiter des fiducies-sûretés sur sommes d'argent « spéciales », distinctes de celles du code civil, et des « nantissements de monnaie », avec toutes les incertitudes et toutes les

¹¹⁸ Il s'agit, notamment, de l'État, de la Caisse de la dette publique, de la Caisse d'amortissement de la dette sociale, de la Banque de France, des entreprises d'assurance et de réassurance régies par le code des assurances, et des organismes de placement collectif.

confusions qui peuvent en résulter pour les praticiens du droit. Plutôt que de faire du « nantissement de monnaie » une option supplémentaire, il conviendrait de le substituer aux « remises en pleine propriété » de sommes d'argent.

768. Si l'on devait remplacer ces remises par des « nantissements de monnaie », alors il conviendrait de modifier la rédaction du premier alinéa du I de l'article L. 211-38 du code monétaire et financier, qui, dans sa version actuelle, n'autorise guère de doutes quant au fait que ces remises opèrent transfert au créancier d'un droit de propriété plein et entier, et non d'un attribut d'un droit de propriété démembré. La nouvelle rédaction du premier alinéa du I de l'article L. 211-38 précité devrait prévoir qu'« à titre de garantie des obligations financières présentes ou futures mentionnées à l'article L. 211-36, les parties peuvent prévoir des remises en pleine propriété, opposables aux tiers sans formalités, d'instruments financiers, effets, créances, ou contrats, ou la constitution de sûretés sur de tels biens ou droits, *ainsi que des nantissements de monnaie régis par le code civil* ».

769. Dans le souci de préserver la faculté actuellement reconnue au créancier de disposer des sommes remises en garantie, il conviendrait de soumettre les sûretés sur sommes d'argent garantissant des obligations financières au régime du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti (ou d'un tiers convenu), et d'investir ainsi le créancier d'un droit de disposer à titre provisoire des sommes affectées en garantie dont la propriété (démembrée) resterait néanmoins entre les mains d'un constituant titulaire des droits de jouir et de disposer à titre définitif des sommes en question. Le choix du régime du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti, plutôt que de celui du « nantissement de monnaie » non confondue dans ce patrimoine, s'impose d'autant plus que, sauf convention contraire, rien n'interdit au créancier de confondre les sommes remises en garantie avec celles qui lui appartiennent.

770. L'application du régime du « nantissement de monnaie » confondue aux sûretés sur sommes d'argent constituées en garantie d'obligations financières apparaît d'autant plus possible que le régime proposé pour la constitution de ce nantissement n'apparaît pas foncièrement incompatible avec le régime actuel de constitution des « couvertures », tel que fixé par l'article L. 211-38 du code monétaire et financier.

770-1. Le premier alinéa du I de cet article L. 211-38 prévoit que les « remises en pleine propriété » de sommes d'argent garantissant des obligations financières sont « opposables aux tiers sans formalités ». Dans la mesure où le régime proposé pour la constitution du « nantissement de monnaie » fait de la date portée sur l'acte constitutif du nantissement la seule condition d'opposabilité de la sûreté à tous les tiers – y compris au banquier teneur de compte lorsqu'il s'agit de monnaie scripturale –, en excluant l'accomplissement de toute autre formalité, il ne paraît pas incongru d'appliquer les conditions d'opposabilité du « nantissement de monnaie » aux sûretés sur sommes d'argent garantissant les obligations financières.

770-2. Il ne paraît pas davantage saugrenu d'appliquer à ces sûretés la condition de validité du « nantissement de monnaie » qu'est la rédaction d'un écrit contenant la désignation de la créance garantie, l'indication de la nature fiduciaire ou scripturale des sommes nanties, ainsi que celle de leur montant. En effet, en l'état du droit, si le 1^o du II de l'article L. 211-38 du code monétaire et financier dispose que la constitution et l'opposabilité des garanties relatives aux obligations financières mentionnées aux 2^o et 3^o de l'article L. 211-36¹¹⁹ « ne sont subordonnées à aucune formalité » et qu'« elles résultent du transfert des biens et droits en cause, de la dépossession du constituant ou de leur contrôle par le bénéficiaire ou par une personne agissant pour son compte », il n'en reste pas moins que le 2^o de ce même II ajoute aussitôt que « l'identification des biens et droits en cause, leur transfert, la dépossession du constituant ou le contrôle par le bénéficiaire *doivent pouvoir être attestés par écrit* » (italiques ajoutées). Autrement dit, l'exigence d'un écrit existe déjà en droit positif pour la constitution de « couvertures » garantissant bon nombre d'obligations financières. Il ne serait donc pas choquant d'appliquer aux sûretés sur sommes d'argent constituées en garantie de ces obligations la rédaction de l'écrit requis à titre de validité du « nantissement de monnaie », d'autant que le formalisme de cet écrit est réduit et que, pour les besoins spécifiques des sûretés boursières, il pourrait être envisagé de l'alléger encore davantage.

¹¹⁹ Il s'agit des obligations financières résultant de tout contrat conclu dans le cadre d'un système de paiement interbancaire ou de règlement-livraison d'instruments financiers, ainsi que des obligations financières résultant de tout contrat donnant lieu à un règlement en espèces ou à une livraison d'instruments financiers lorsque toutes les parties appartiennent à l'une des catégories de personnes suivantes : établissement de crédit, société de financement, prestataire de services d'investissement, établissement public, collectivité territoriale, institution, personne ou entité bénéficiaire des dispositions de l'article L. 531-2 du code monétaire et financier, chambre de compensation, établissement non résident ayant un statut comparable, organisation ou organisme financier international dont la France ou la Communauté européenne est membre.

770-3. Outre les dispositions nouvelles du code civil définissant le « nantissement de monnaie » (article 2366-1 nouveau), précisant les qualités de ses constituants (article 2366-2 nouveau), et fixant ses conditions de validité (article 2366-3 nouveau) ainsi que d’opposabilité (article 2366-4 nouveau), il est tout à fait envisageable d’appliquer aux sûretés sur sommes d’argent garantissant les obligations financières la disposition nouvelle du code civil prévoyant que le créancier ou le tiers convenu acquiert, à titre provisoire, le droit de disposer des sommes nanties qui sont confondues avec les sommes qui lui appartiennent (article 2366-5 nouveau). En effet, en l’état du droit, le premier alinéa du III de l’article L. 211-38 du code monétaire et financier dispose que « l’acte prévoyant la constitution des sûretés mentionnées au I peut définir les conditions dans lesquelles le bénéficiaire de ces sûretés peut utiliser ou aliéner les biens ou droits en cause, à charge pour lui de restituer au constituant des biens ou droits équivalents ». L’article 2366-5 nouveau du code civil ne fera que prévoir au profit du créancier bénéficiaire d’un « nantissement de monnaie » le même droit de disposer à titre provisoire des biens affectés en garantie, en retenant une formulation qui, pour être différente de celle du III de l’article L. 211-38 précité, se veut néanmoins plus rigoureuse au regard de l’analyse théorique de l’affectation en garantie de la monnaie.

771. L’application du régime du « nantissement de monnaie » confondue aux sûretés sur l’argent constituées en garantie d’obligations financières pourrait encore gagner en attractivité si ce « nantissement » pouvait revêtir un caractère rechargeable. Or la possibilité d’assortir le « nantissement de monnaie » d’une convention de rechargement apparaît d’autant plus envisageable que ce nantissement pourra être constitué en garantie de créances non seulement présentes et futures – pourvu que ces créances futures soient déterminables (article 2366-3 nouveau du code civil) – mais aussi purement éventuelles. Pour que le « nantissement de monnaie » puisse garantir des créances non seulement futures et déterminables, mais aussi éventuelles et indéterminables, il suffirait d’exiger des parties qu’elles stipulent expressément dans l’acte constitutif que les sommes nanties pourront être ultérieurement affectées à la garantie de créances autres que celles mentionnées dans cet acte.

771-1. On notera en premier lieu que le fait d’assortir le « nantissement de monnaie » d’une faculté de rechargement et de permettre ainsi à son constituant d’affecter les sommes nanties à la garantie de plusieurs dettes au fur et à mesure que les

premières dettes sont honorées et que l'assiette de la sûreté se reconstitue, n'est nullement incompatible, d'un point de vue théorique, avec la répartition des droits réels entre constituant et créancier nanti. En effet, si le « nantissement de monnaie » porte sur de la monnaie non confondue dans le patrimoine du créancier nanti, le constituant aura conservé la propriété pleine et entière des sommes nanties sur lesquelles le créancier nanti n'aura lui-même acquis qu'un droit de préférence (outre son droit de rétention). Or le code civil a déjà comporté une sûreté réelle qui tout en investissant le créancier privilégié d'un droit de préférence, autoriserait le constituant à affecter le bien grevé à la garantie de plusieurs dettes, même éventuelles, alors même que le premier créancier privilégié n'aurait pas été payé. Il s'agit bien sûr de (feu) l'hypothèque rechargeable prévue par l'ancien article 2422 du code civil. Il paraît tout aussi viable de conférer un caractère rechargeable au « nantissement de monnaie » portant sur de la monnaie confondue dans le patrimoine du créancier nanti, quand bien même ce dernier aurait acquis, en raison du démembrement de la propriété opéré lors de la constitution de la sûreté, le droit réel *sui generis* de disposer à titre provisoire des sommes nanties. En effet, dans la mesure où le code civil comporte d'ores et déjà, en son article 2372-5, une fiducie-sûreté rechargeable qui, tout en investissant le créancier fiduciaire du droit de disposer à titre provisoire des biens affectés en garantie, permet au constituant d'affecter la « propriété » desdits biens à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif, alors qu'il l'a en principe « cédée » au créancier lors de la constitution de la sûreté, il ne paraît pas choquant de permettre au constituant d'un « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti d'affecter les sommes nanties à la garantie de dettes futures ou simplement éventuelles puisque, contrairement au constituant d'une fiducie-sûreté, il sera réputé avoir conservé la « propriété flottante » des sommes nanties sur lesquelles le créancier nanti n'aura qu'un droit de disposer à titre provisoire. Il n'y aurait pas lieu de refuser un caractère rechargeable à une propriété démembrée dont l'attribut essentiel (l'*abusus* à titre définitif) est restée entre les mains du constituant, alors que l'on reconnaît d'ores et déjà ce caractère rechargeable à une propriété cédée dont le constituant est réputé n'avoir conservé aucun attribut. Le fait que le « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti n'opère qu'un démembrement – et non un transfert – de la propriété des sommes nanties et qu'il n'investisse le créancier nanti que d'un droit de disposer à titre provisoire des sommes en question, ménage un espace théorique à la fois pour l'existence d'un droit de préférence au profit du créancier nanti, et pour l'existence d'un

droit réel « flottant » permettant au constituant d'affecter les sommes nanties à la garantie de plusieurs dettes alors même que leur propriété est démembrée.

771-2. On notera en deuxième lieu que la possibilité théorique du « nantissement de monnaie rechargeable » pourrait présenter bien des intérêts pratiques, en particulier lorsqu'il s'agirait d'affecter des sommes d'argent à la garantie d'obligations financières. En effet, les « couvertures », qu'il s'agisse des dépôts de garantie ou des appels de marge, sont des sûretés sur sommes d'argent très fréquemment demandées, quotidiennement, et bien souvent plusieurs fois par jour, aux donneurs d'ordre. L'obligation qui pourrait en résulter d'établir un acte constitutif pour chaque affectation en garantie de sommes d'argent serait inconciliable avec la rapidité et la fréquence qui caractérisent la constitution de ce type de garanties. Aussi est-ce la raison pour laquelle il paraît utile de rendre possible, en vertu d'un « nantissement de monnaie » rechargeable, l'affectation des sommes initialement remises à la garantie de multiples obligations, alors même qu'elles n'auraient pas été prévues par l'acte constitutif du nantissement, pourvu que le constituant s'acquitte de ses obligations financières originelles et qu'au fur et à mesure, l'assiette du nantissement se retrouve ainsi disponible pour la garantie d'obligations financières nouvelles. Plutôt que de constituer de nombreux dépôts de garantie et appels de marge, une seule et unique sûreté sur sommes d'argent serait constituée et son assiette, reconstituée progressivement, tant que le constituant n'est pas défaillant, pourrait garantir de nombreuses obligations – pourvu que le montant des sommes initialement nanties soit suffisant et qu'un complément de sûreté ne soit pas nécessaire.

771-3. Afin d'encadrer les modalités de conclusion de la convention de rechargement et d'utilisation de la recharge, il conviendrait de prévoir, tout d'abord que les sommes initialement nanties ne pourront être ultérieurement affectées à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif que si cet acte prévoit expressément cette faculté de rechargement ; ensuite que ces sommes ne pourront être affectées à la garantie d'une nouvelle dette que dans la limite du montant disponible au jour de la recharge ; et enfin que la date de conclusion de la convention de rechargement déterminera entre eux le rang des créanciers nantis. On pourrait imaginer que, dans le cas des sûretés boursières, le formalisme de la convention de rechargement soit minimal, pour ne pas dire réduit à une simple mention informatique. En toute hypothèse, il conviendra d'assortir ces dispositions relatives au rechargement du « nantissement de monnaie » d'un caractère d'ordre public afin que le caractère rechargeable de la sûreté

ne conduise ni à la spoliation des créanciers (impayés) ni à celle du constituant (surendetté).

771-4. Si le caractère rechargeable du « nantissement de monnaie » est susceptible d'être particulièrement utile lorsqu'il s'agira de garantir des obligations financières et lorsque le nantissement portera donc sur de la monnaie (plutôt scripturale que fiduciaire) confondue dans le patrimoine du créancier nanti ou d'un tiers convenu, rien n'interdit d'imaginer qu'un « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier nanti, portant par exemple sur un compte spécial, bloqué ou non, ouvert au nom du créancier ou du constituant, puisse revêtir un caractère rechargeable. Rien ne s'oppose non plus à ce qu'un « nantissement de monnaie » garantissant un prêt de titres présente lui aussi un caractère rechargeable.

3 – Le nantissement de monnaie garantissant le prêt de titres

772. Le dernier alinéa de l'article L. 211-22 du code monétaire et financier décrit très clairement les sûretés garantissant l'évolution de la valeur des titres prêtés comme étant translatives de propriété lors de leur constitution, la propriété transférée s'entendant d'une propriété pleine et entière. Ce texte dispose en effet que « les parties [au contrat de prêt de titres financiers] peuvent convenir de remises complémentaires, *en pleine propriété*, d'espèces ou de titres financiers, pour tenir compte de l'évolution de la valeur des titres financiers prêtés » (italiques ajoutées).

773. Si l'étude des sûretés sur sommes d'argent constituées en garantie de prêts de titres, qui a été menée au début de ce travail, a montré que, par le passé, leur nature translatrice de propriété a pu prêter à discussion, il n'en reste pas moins qu'en l'état du droit, la rédaction du dernier alinéa de l'article L. 211-22 du code monétaire et financier paraît difficilement conciliable avec l'application du régime de constitution du « nantissement de monnaie » qui, s'il porte sur de la monnaie non confondue dans le patrimoine du créancier, maintient un droit de propriété plein et entier dans le patrimoine du constituant, et qui, s'il porte sur de la monnaie confondue dans le patrimoine du créancier, opère un démembrement de propriété qui ne peut être assimilé au transfert d'espèces « en pleine propriété » dont fait état le dernier alinéa de l'article L. 211-22 précité.

774. Si le régime de constitution du « nantissement de monnaie » devait être appliqué aux remises d'espèces en garantie de prêts de titres, il conviendrait alors de modifier la rédaction du dernier alinéa de l'article L. 211-22 du code monétaire et financier de façon à ce qu'il dispose que « les parties peuvent convenir de remises complémentaires, en pleine propriété, de titres financiers *ou constituer des nantissemements de monnaie, dans les conditions prévues par le code civil, pour tenir compte de l'évolution de la valeur des titres financiers prêtés* ».

775. Si l'on envisageait d'appliquer le régime du « nantissement de monnaie » proposé aux remises de monnaie fiduciaire ou scripturale garantissant les prêts de titres, alors il conviendrait de choisir celui du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti (ou d'un tiers convenu), d'une part parce que cela préserverait la faculté aujourd'hui reconnue au créancier (prêteur ou emprunteur des titres prêtés selon que l'évolution de leur valeur est favorable ou défavorable) de disposer des sommes affectées en garantie (même si, désormais, il ne pourrait plus le faire qu'à titre provisoire), et d'autre part parce que rien n'interdit audit créancier de confondre les sommes remises en garantie avec les sommes qui lui appartiennent.

776. L'application du régime du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti aux sûretés sur sommes d'argent garantissant les prêts de titres aurait pour premier avantage de mieux rendre compte de la répartition des droits réels sur les sommes affectées en garantie. Si, dans leur régime actuel, la loi confère un caractère pleinement translatif de propriété à ces sûretés, le créancier n'en est pas moins obligé de restituer au constituant les sommes remises, en cas d'évolution inverse de la valeur des titres financiers prêtés ou en cas de rétrocession ou de reprise des titres financiers prêtés sans évolution de leur valeur. Il pèse donc sur le créancier une obligation de restitution. Les sûretés sur sommes d'argent garantissant les prêts de titres constitueraient donc une fiducie-sûreté spéciale, une aliénation fiduciaire du code monétaire et financier distincte de la fiducie-sûreté du code civil. Mais on a vu, d'une part, que la fiducie-sûreté pouvait tout aussi bien s'analyser comme un démembrement de propriété *sui generis* conférant au créancier fiduciaire un droit de disposer à titre provisoire des sommes affectées en garantie, mais aussi une obligation réelle de restituer des sommes équivalentes, et, d'autre part, que certains auteurs analysaient les sûretés garantissant les prêts de titres, dans l'ancien régime qui était le leur, soit comme étant translatives de propriété lorsqu'elles portaient sur de la monnaie, mais uniquement en

raison de la nature fongible de l'argent – ce qui en faisait des gages irréguliers plutôt que des fiducies-sûretés –, soit comme étant non translatives de propriété lorsqu'elles portaient sur des titres financiers – ce qui en faisait des nantissements¹²⁰.

777. Faire des sûretés garantissant les prêts de titres des sûretés qui opèrent un démembrement de propriété et qui, tout en investissant le créancier d'un droit de disposer à titre provisoire des sommes ou titres affectés en garantie, maintiennent dans le patrimoine du constituant un droit de propriété « flottant », aurait l'avantage de concilier la pratique, qui reconnaît au créancier le pouvoir de disposer des biens remis, avec l'analyse théorique, qui, au-delà des changements dans la rédaction des textes applicables, tend à associer à ces garanties un transfert de propriété seulement accidentel, voire inexistant.

778. Outre la clarification théorique, l'application du régime du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti aux sûretés sur sommes d'argent garantissant les prêts de titres aurait pour deuxième avantage de soumettre ces sûretés à des modalités de constitution adaptées. Le formalisme épuré de l'écrit exigé à titre de validité du « nantissement de monnaie » (article 2366-3 nouveau du code civil) pourrait fort bien convenir à l'affectation de sommes d'argent en garantie des prêts de titres. On peut en dire autant de la condition d'opposabilité du « nantissement de monnaie », à savoir la date de l'acte constitutif (article 2366-4 nouveau du code civil), qui, elle aussi, serait tout à fait appropriée à ce type de garanties dont l'exigence de rapidité rend difficilement concevable l'accomplissement de formalités lourdes et complexes. Enfin, le choix laissé aux parties de reconnaître ou non au créancier nanti un droit de jouir à titre provisoire des sommes nanties en percevant leurs intérêts et en les imputant sur les intérêts ou le capital de la créance garantie (article 2366-9 nouveau du code civil) n'aurait rien d'extravagant pour les sûretés en garantie de prêts de titres dont on a vu, au début de ce travail, que, lorsqu'elles portaient sur des titres, elles pouvaient laisser au constituant l'*usus* et le *fructus*, par exemple en l'autorisant à exercer les droits de vote attachés aux titres affectés en garantie. Par analogie, on pourrait imaginer que le constituant d'une sûreté sur sommes d'argent garantissant un prêt de titres puisse percevoir les intérêts des sommes remises en garantie – ce que permet le régime de constitution du « nantissement de monnaie » proposé.

¹²⁰ R. Allouche et F. Peltier, « Le nouveau régime des prêts de titres », *RD bancaire et bourse*, janvier – février 1992, n° 29, pp. 8 et s.

779. Ce régime permet aussi d'affecter de la monnaie fiduciaire ou scripturale à la garantie de plusieurs créances, présentes ou futures, en vertu d'une convention de rechargement. C'est là le troisième avantage que présenterait l'application du régime du « nantissement de monnaie » aux sûretés sur sommes d'argent garantissant des prêts de titres : une fois le caractère rechargeable de la sûreté expressément stipulé dans l'acte constitutif, les sommes remises pourraient être affectées à la garantie de plusieurs prêts de titres et/ou, dans le cadre d'une même opération de prêt de titres, à la garantie de plusieurs variations de cours, sans qu'il y ait lieu, à chaque évolution du cours des titres financiers prêtés, soit de rétrocéder les sommes remises soit, à l'inverse, de constituer une nouvelle sûreté sur sommes d'argent.

À bien des égards, l'application du régime de constitution du « nantissement de monnaie » aux sûretés sur l'argent constituées en garantie de prêts de titres paraît opportune. Il reste désormais à savoir si l'on peut en dire autant de son régime de réalisation.

Chapitre II. L'attribution de la propriété entière ou la reconstitution de la propriété démembreée lors de la réalisation de la sûreté.

780. Le professeur Sarah Bros écrit à juste titre, au sujet de l'affectation en garantie de la monnaie, que « la logique de cette forme de garantie, c'est le temps »¹²¹. Les sûretés sur sommes d'argent sont des sûretés pressées. Elles sont pressées d'en finir. Et elles sont si pressées d'en finir qu'elles n'ont de sens que celui de court-circuiter les procédures civiles d'exécution qui, d'ordinaire, président à la réalisation des sûretés, et qui sont en quelque sorte le prolongement naturel, l'appendice du droit des sûretés. Les sûretés sur sommes d'argent sont des sûretés qui n'ont au fond pour finalité que de court-circuiter non seulement les procédures civiles d'exécution, mais aussi les autres sûretés, en profitant de la facilité de réalisation qui est la leur. En un sens, toutes les sûretés réelles sont des sûretés sur sommes d'argent, puisqu'il faut évaluer le bien gagé pour se l'attribuer en propriété ou pour le vendre, et que la finalité d'une sûreté réelle n'est rien d'autre que sa réalisation par la vente du bien affecté en garantie et le paiement du créancier sur les sommes d'argent recueillies lors de cette vente. Mais les sûretés sur sommes d'argent ont ceci de différent et d'avantageux par rapport aux autres sûretés réelles qu'elles évitent le passage par l'évaluation et par la vente en justice, et plus généralement, tout passage par les procédures civiles d'exécution. Les sûretés sur sommes d'argent sont des sûretés qui se sont affranchies des voies d'exécution, qui s'en passent volontiers, et qui, par là-même, ont consommé le divorce entre le droit des sûretés et le droit des procédures civiles d'exécution.

781. Il faut donc prendre en compte cet « esprit » qui anime les sûretés sur sommes d'argent pour dessiner les contours de leur mode de réalisation. Or si cet « esprit » peut être tenté par la compensation entre la dette du débiteur et la dette de restitution du créancier, compensation dont l'ancien et l'actuel régimes d'affectation en garantie des sommes d'argent entretiennent l'idéal, la rigueur

¹²¹ S. Bros, « Le gage-espèces », *Droit et patrimoine* 2007 n° 161, p. 77 ; & « Le gage-espèces après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *Rev. Lamy dr. aff.* 2007, n° 14, p. 86.

juridique ne s'en satisfait pas (section I). C'est la raison pour laquelle il est proposé de réconcilier l'« esprit » des sûretés sur sommes d'argent avec la lettre de la loi en suggérant que, dès lors que toute affectation en garantie de monnaie confondue repose sur un démembrement de propriété, sa réalisation s'opère automatiquement et sans formalités par la reconstitution de la propriété démembrée dans le patrimoine du créancier, en cas de défaillance du débiteur garanti (section II).

Section I. L'actuel régime de réalisation des sûretés sur sommes d'argent n'a que partiellement remédié aux défauts et incertitudes de l'ancien.

782. Alors qu'au stade de sa constitution, le « nantissement de monnaie » devrait, selon nous, s'inspirer des actuels régimes de constitution du gage et du nantissement de créance, pour ce qui est de ses conditions de validité, et de l'actuel régime de constitution du nantissement de créance (sous réserve de la notification au débiteur de la créance nantie), pour ce qui est de ses conditions d'opposabilité, mais en aucun cas de l'actuel régime de constitution de la fiducie-sûreté, il nous semble qu'au stade de sa réalisation, le « nantissement de monnaie » devrait s'inspirer de l'actuel régime de réalisation de la fiducie-sûreté en cas d'affectation en garantie de monnaie confondue dans le patrimoine du créancier nanti, et, sous certaines réserves, de l'actuel régime de réalisation du nantissement de créance, en cas d'affectation en garantie de monnaie non confondue dans ce patrimoine, mais en aucun cas de l'actuel régime de réalisation du gage.

§ 1. Les défauts de l'ancien régime d'affectation en garantie des sommes d'argent.

783. Pour ce qui est de l'exécution des sûretés sur sommes d'argent, c'est la fiducie-sûreté innommée qualifiée de « gage-espèces » qui, avant la réforme opérée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, suscitait le plus de difficultés, non pas tant sur le plan pratique que sur le plan théorique.

Rappelons qu'avant cette réforme, les sommes d'argent étaient essentiellement affectées en garantie par la voie du gage de droit commun (pour la monnaie fiduciaire non confondue dans le patrimoine du créancier), ou par celle du nantissement de créance (pour la monnaie scripturale non confondue dans le patrimoine du créancier) ou enfin par celle du « gage-espèces » (pour la monnaie fiduciaire ou scripturale confondue dans le patrimoine du créancier) – cette dernière sûreté étant assimilée tantôt à un gage irrégulier tantôt à une aliénation fiduciaire innommée.

784. Le dénouement du gage de droit commun ainsi que celui du nantissement de créance, qui, à l'époque, n'était qu'une variante du gage, posaient un certain nombre de problèmes qui, contrairement à ceux soulevés par le « gage-espèces », étaient d'ordre moins théorique que pratique.

785. Cinq dénouements possibles de l'affectation en garantie de la monnaie dans le droit des sûretés antérieur à la réforme de 2006. – La réalisation des sûretés sur la monnaie suscitait, comme leur constitution, une grande perplexité chez les praticiens qui, à l'image des avocats Philippe Pinsolle et Christophe Dugué, hésitaient entre cinq dénouements possibles en cas d'affectation en garantie de monnaie scripturale¹²².

785-1. La première voie envisagée, mais rapidement exclue, était celle de la vente aux enchères, mais les professionnels convenaient de ce que « l'intérêt pratique de procéder à la vente aux enchères d'une créance certaine, liquide et exigible [était] des plus limités »¹²³.

785-2. La deuxième voie dont la possibilité théorique était admise mais qui laissait les praticiens dubitatifs, était celle de l'attribution judiciaire de la créance gagée, « bien que ce procédé de réalisation appar[ût] peu adapté à la nature particulière d'une créance du constituant sur le créancier gagiste »¹²⁴. Face à ces dispositifs insatisfaisants, la pratique avait façonné des techniques permettant au créancier d'affecter directement les sommes affectées en garantie au paiement de la créance garantie.

¹²² Ph. Pinsolle et Ch. Dugué, « Affectation en garantie par une banque des actifs de sa clientèle », *Banque et droit*, 1993, n° 27, p. 6.

¹²³ *Ibidem*, p. 9.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 9.

785-3. La troisième voie résidait donc dans la stipulation d'une clause de compensation conventionnelle du montant de la créance nantie avec le montant de la créance garantie mais les praticiens redoutaient son annulation sur le fondement de la prohibition des pactes comissoires¹²⁵.

785-4. La quatrième voie était donc celle de la compensation légale dont le caractère « automatique » permettait de dispenser les parties de stipuler une clause expresse de compensation et de faire échapper la réalisation de la sûreté à la prohibition du pacte comissoire. Mais cette compensation légale achoppait, selon Philippe Pinsolle et Christophe Dugué, sur deux difficultés de taille. D'une part, l'accomplissement de la compensation légale supposait que fussent réunies, en application de l'article 1291 du code civil, les conditions de fongibilité, de liquidité et d'exigibilité des créances réciproques, or la créance formée par le solde du compte nanti n'était pas exigible au moment de la défaillance du constituant, de sorte qu'il aurait fallu que l'acte constitutif de la sûreté la rendît expressément exigible. D'autre part, l'interdiction faite au créancier de « disposer du gage » avait pour effet d'empêcher sa dette de restitution de devenir exigible.

785-5. Enfin, la cinquième voie envisagée consistait dans le mandat donné au banquier teneur de compte de percevoir le montant de la créance affectée en garantie¹²⁶. Cette modalité de réalisation permettait de contourner la prohibition du pacte comissoire mais les praticiens semblaient lui préférer encore la convention d'unité de comptes qui permettait au banquier créancier de bénéficier d'une garantie dont la constitution et la réalisation seraient faciles et efficaces.

786. Classification tripartite. – Face à tant de confusion, nous nous proposons de mettre en relief les défauts des anciens régimes de réalisation des sûretés sur la monnaie en reprenant la classification tripartite (gage, nantissement de créance et « gage-espèces ») adoptée pour la description de leurs anciens régimes de constitution.

¹²⁵ Anciens articles 2078 du code civil et 93 du code de commerce.

¹²⁶ Dans un arrêt du 30 mai 1947, la Cour de cassation, statuant en sa chambre civile, a validé la clause permettant au banquier bénéficiaire d'un nantissement formé par la créance que son débiteur avait sur lui-même, d'être le mandataire de son client pour recevoir le paiement de la créance nantie (S. 1947, I, p. 141 ; *RTD com.* 1948, p. 128, obs. J. Hémar).

A – Les défauts de l'ancien régime de réalisation du gage.

787. Le gage classique comme le nantissement de créance étaient régis par l'ancien article 2079 du code civil qui prévoyait que « jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a lieu, il rest[ait] propriétaire du gage, qui n'[était], dans la main du créancier, qu'un dépôt assurant le privilège de celui-ci ». Si cette disposition avait le mérite d'établir clairement la nature des droits réels du constituant et du créancier, en affirmant que le premier restait titulaire du droit réel de propriété sur l'objet gagé jusqu'à la réalisation de la sûreté, et que le second n'était titulaire, jusqu'à ladite réalisation, que d'un « privilège », autrement dit d'un droit réel accessoire de préférence sur cet objet gagé, ce qui excluait tout transfert de propriété lors de la constitution de la sûreté, il n'en reste pas moins que la volonté du législateur de préserver le droit de propriété du constituant jusqu'à la mise en œuvre de procédures lourdes d'estimation par experts, puis d'attribution judiciaire ou d'exécution forcée (vente aux enchères), générait des complexités inutiles et absurdes pour le cas où le gage ou nantissement portait sur de la monnaie fiduciaire ou scripturale.

788. Prohibition du pacte comissoire. – L'ancien article 2078 du code civil disposait en effet, en son premier alinéa, que « le créancier ne [pouvait], à défaut de paiement, disposer du gage : sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera[it] en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera[it] vendu aux enchères ». Ce texte interdisait ainsi l'attribution conventionnelle de la propriété du bien gagé ou nanti pouvant résulter d'un pacte comissoire, et il faisait des procédures civiles d'exécution forcée, ou, à tout le moins, du recours au juge, le passage obligé de la réalisation de la sûreté, sans que l'on pût se dispenser d'une évaluation à dire d'experts par une clause de voie parée, y compris en cas de vente en justice ou d'attribution judiciaire du bien en cause. Le second alinéa de l'ancien article 2078 du code civil frappait expressément de nullité les pactes comissoires et clauses de voie parée, en indiquant que « toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités ci-dessus [était] nulle ».

789. De telles modalités de réalisation étaient particulièrement inadaptées aux cas où le gage ou nantissement portait sur de la monnaie fiduciaire ou scripturale qui, portant sa valeur en elle-même, n'avait pas besoin d'être évaluée à dire d'experts. La

prohibition de la clause de voie parée n'avait alors aucun sens. Quant à la prohibition du pacte comissoire, qui contraignait le créancier bénéficiaire d'un gage ou nantissement portant sur de la monnaie fiduciaire ou scripturale non confondue dans son patrimoine à saisir un juge pour se voir attribuer les sommes, voire, théoriquement, à « vendre » des sommes d'argent aux enchères – ce qui, dans la très grande majorité des cas, relevait du non-sens puisque le produit de la vente était identique à son objet –, cette prohibition paraissait tout aussi infondée dans la mesure où elle alourdissait et ralentissait sans nécessité l'exécution de la sûreté¹²⁷.

790. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence est venue « corriger » les incohérences du régime de réalisation des gages et nantissements de créance pour les cas où ils portaient sur de la monnaie, en exonérant le « gage-espèces » au sens large, c'est-à-dire toute affectation en garantie de sommes d'argent, confondues ou non dans le patrimoine du créancier, de la prohibition des clauses de voie parée et des pactes comissoires¹²⁸.

B – Les défauts de l'ancien régime de réalisation du nantissement de créance.

791. Quand bien même le dénouement des gages et nantissements portant sur de la monnaie avait gagné en simplicité grâce à la jurisprudence, l'exécution du nantissement de créance continuait de présenter une difficulté propre. En effet, si, en application de l'ancien article 2079 du code civil, le constituant était réputé resté propriétaire du bien nanti jusqu'à son éventuelle défaillance, il devait alors percevoir le capital et les intérêts de la créance nantie si ceux-ci venaient à être versés avant l'échéance de la créance garantie. Or c'était impossible, d'une part parce que, le nantissement étant formé par la mise en possession du créancier, c'était à ce dernier que le débiteur de la créance nantie devait verser les sommes dues au titre de cette créance dès lors que le nantissement lui avait été signifié ou qu'il l'avait accepté, et, d'autre

¹²⁷ D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, op. cit., p. 12 : « la prohibition du pacte comissoire, comme celle de la clause de voie parée, ne se justifient pas vraiment lorsqu'une créance est nantie. La créance ayant une valeur nominale connue, le débiteur n'a pas besoin d'une protection particulière ».

¹²⁸ Voir les arrêts commentés *supra* (§ 290 et s.) : Cass. com. 9 avril 1996 (Bull. civ. IV n° 116 ; D. 1996, jur. p. 399, note Ch. Larroumet ; D. 1996 somm. p. 385, obs. S. Piédelièvre ; JCP G 1997, I, 3991, n° 18, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque ; RTD civ. 1996, p. 669, obs. P. Crocq ; Bull. Joly 1996 p. 674, note P. Le Cannu) et 3 juin 1997 (Bull. civ. IV n° 165, JCP G, 1997, II, n° 22890 rapport de J. - P. Rémy ; D. 1998, jur. p. 61, note J. François et somm. p. 104 obs. S. Piédelièvre ; RTD com. 1997 p. 663, obs. M. Cabrillac, et, p. 686, obs. Martin-Serf).

part, parce qu'en conséquence, l'ancien article 2081 du code civil autorisait le créancier à imputer les intérêts versés au titre de la créance nantie sur les intérêts (ou, à défaut, sur le capital) qui lui étaient dus au titre de la créance garantie¹²⁹. À supposer même que ce fût possible, la perception par le constituant du capital et des intérêts de la créance nantie versés avant l'échéance de la créance garantie représentait une menace certaine pour le droit de préférence du créancier nanti puisque le constituant se serait alors trouvé susceptible de disposer des sommes perçues au titre de la créance nantie en fraudant les droits du créancier nanti.

792. Perception, par le créancier nanti, des sommes versées au titre de la créance nantie avant l'échéance de la créance garantie, en vertu d'un mandat ou d'une délégation. – Avant la réforme des sûretés de 2006, la question se posait donc de savoir qui, du créancier nanti ou du constituant, devait percevoir les sommes d'argent versées par le débiteur de la créance nantie. Si ce dernier n'avait pas été informé du nantissement de créance, il était en principe en droit d'ignorer que les sommes qu'il devait verser à son créancier (le constituant) avaient été grevées d'un droit de préférence au profit d'un créancier de son créancier (le créancier nanti). Il n'y aurait donc eu rien de choquant à ce que, dans ce cas, il se libérât entre les mains du constituant (son créancier) – d'autant que le nantissement de créance n'opérant pas transfert de la « propriété » des créances nanties au profit du créancier nanti lors de la constitution de la sûreté, le constituant était réputé demeurer « propriétaire » des créances nanties. Le constituant ayant toutefois grevé sa « propriété » des créances nanties d'un droit de préférence au profit du créancier nanti, il fut suggéré qu'en vertu d'une sorte de mandat, le créancier nanti (mandataire) pouvait percevoir les sommes versées au titre des créances nanties pour le compte du constituant (mandant)¹³⁰, ou qu'en vertu d'une

¹²⁹ Ancien article 2081 du code civil : « s'il s'agit d'une créance donnée en gage, et que cette créance porte intérêts, le créancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus. Si la dette pour sûreté de laquelle la créance a été donnée en gage ne porte point elle-même intérêts, l'imputation se fait sur le capital de la dette ». Dans sa thèse de doctorat sur *Les garanties conventionnelles sur créances*, le professeur Dominique Legeais note qu'il s'agissait là d'une dérogation au droit commun du gage car « lorsque le gage porte sur une chose frugifère et si les fruits ne sont pas susceptibles de se détériorer ou de se perdre, le gagiste doit les conserver comme il conserve le gage à titre d'accessoire » (*op. cit.*, p. 65).

¹³⁰ La doctrine a tenté de sortir l'affectation en garantie de monnaie scripturale de la situation inextricable à laquelle conduisait l'application stricte du régime du nantissement de créance en imaginant l'octroi, par le constituant, d'un mandat d'encaisser au profit du créancier nanti aux termes duquel ce dernier se trouvait donc en droit de percevoir les sommes versées au titre de la créance nantie alors même que la créance garantie ne serait pas arrivée à échéance (voir *supra* les développements sur l'absence de compensation dans l'affaire jugée le 9 avril 1996 par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale § 290 et s.).

La jurisprudence a suivi ce raisonnement. En effet la Cour de cassation, statuant en sa chambre civile, a jugé, le 30 mai 1947 (S. 1947 I, 140 ; *RTD com.* 1948, p. 128, obs. J. Hémar) que « n'est pas prohibée au sens de l'[ancien] article 2078 du code civil la clause qui permet au créancier de recevoir le montant de la créance engagée, lorsqu'elle s'applique non au droit de créance lui-même, mais aux deniers provenant de son paiement extinctif, le droit conféré au créancier gagiste d'encaisser la créance mise en gage, qu'on le considère comme découlant du mandat ou comme imputation de paiement, n'opérant pas transfert de propriété

délégation, le créancier nanti (délégataire) pouvait percevoir les sommes versées par le débiteur délégué par le constituant (délégant)¹³¹.

793. Si, à l'inverse, le débiteur de la créance nantie avait été informé du nantissement de créance, l'idée fut avancée qu'il avait l'obligation de se libérer entre les mains du créancier nanti, dont il ne pouvait ignorer que ce dernier avait un droit de préférence sur les sommes versées. Mais le créancier nanti, n'ayant qu'un droit de préférence sur les sommes versées au titre de la créance nantie, et non un droit exclusif de propriété, il était contesté que ce dernier pût, au mépris de la prohibition du pacte commissaire, s'approprier les sommes qui lui étaient versées par le débiteur de la créance nantie.

794. En somme, avant 2006, on se trouvait face à une situation où personne ne pouvait recevoir le paiement, « le constituant parce qu'il en a[vait] affecté la valeur à son créancier, ce dernier parce que s'il a[vait] un droit sur la créance, il n'[était] pas devenu pour autant créancier à la place du constituant »¹³².

et ne pouvant constituer une présomption de mutation ». Dans cet arrêt, la Cour de cassation a admis la validité de la clause du nantissement de créance donnant mandat ou délégation au créancier nanti pour percevoir les sommes versées au titre de la créance nantie avant l'échéance de la créance garantie, alors même qu'une telle clause revenait à l'autoriser à s'attribuer l'objet du nantissement avant l'exigibilité de son droit, au mépris de la prohibition du pacte commissaire établie par l'ancien article 2078 du code civil. La décision de la Haute juridiction repose sur une distinction entre la créance de sommes d'argent et les sommes d'argent qui en sont l'objet : une clause conférant au créancier nanti la qualité de mandataire afin de permettre la perception des sommes dues au titre de la créance nantie avant l'exigibilité de la créance garantie aurait pour effet d'attribuer audit créancier nanti non pas la créance monétaire elle-même, mais les sommes d'argent sur lesquelles elle porte. Et assez curieusement, il ne fallait ni déduire ni induire du fait que le créancier nanti imputât les sommes versées au titre de la créance nantie sur les sommes qui lui étaient dues au titre de la créance garantie, que la propriété des sommes versées au titre de la créance nantie avait été transférée au créancier nanti.

Notons qu'à l'inverse, en droit anglais, au sujet d'une *floating charge*, la jurisprudence a refusé de distinguer entre la créance et les produits de la créance pour grever de sûreté l'une et pas les autres (*National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Ltd* [2005] UKHL 41, s'inspirant de l'opinion émise par le *Privy Council* dans l'affaire *Agnew v. Inland Revenue Commissioner* [2001] UKPC 28, pour renverser la jurisprudence établie par la cour d'appel dans l'affaire *Re New Bullas Trading Ltd* [1994] 1 BCLC 485).

Au sujet de la pratique des banquiers anglais – désormais condamnée par la jurisprudence – tendant à combiner une *fixed charge* sur les créances avec une *floating charge* sur les produits d'encaissement de ces créances, voir F. Lemaître, *La floating charge : un gage sans dépossession de choses fongibles ? Étude comparée de la floating charge et des sûretés mobilières françaises*, Mémoire de master 2 Droits de *Common Law* dirigé par le professeur M. Goré et soutenu en juin 2007, Université de Paris II Panthéon-Assas, pp. 78 et s. ; et M. Elland-Goldsmith, « Les sûretés sur sommes d'argent : le droit anglais », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 47.

Selon le professeur Dominique Legeais, la solution qui avait été admise en droit français et dont il reconnaît le caractère sybillin, « paraît avoir été retenue dans le seul but d'éviter la requalification de la convention » (*Les garanties conventionnelles sur créances*, *op. cit.*, p. 104). On notera, avec le professeur Dominique Legeais, que la technique du mandat utilisée pour justifier le droit du créancier nanti de percevoir les sommes versées par le débiteur de la créance nantie à la place du constituant a également été utilisée, à l'inverse, dans le cadre de la cession de créance à titre de garantie, pour permettre au débiteur cédant de percevoir les sommes versées par le débiteur cédé pour le compte du créancier cessionnaire. Cet auteur explique en effet dans sa thèse que « lorsque le cessionnaire ne veut pas se charger du recouvrement de la créance, un mandat est alors donné au cédant de recouvrer le montant de la créance pour le compte du cessionnaire », ce qui, selon lui, est susceptible de révéler « la nature véritable de la convention intervenue entre les parties », puisque « l'existence d'une clause de mandat peut [...] constituer un indice de l'existence d'un nantissement déguisé sous l'apparence d'une cession » (*Les garanties conventionnelles sur créances*, *op. cit.*, p. 123).

¹³¹ P. Crocq, V° Nantissement, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, n° 29 et suivants.

¹³² M. Grimaldi et R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », D. 2009, p. 670. Face à cette situation inextricable, le professeur Dominique Legeais louait le renforcement des prérogatives reconnues au créancier qui caractérisait le régime de réalisation du gage des effets de commerce, connu sous le nom d'endossement pignoratif. En effet, « que la créance garantie soit exigible

795. Par un arrêt qui, quoique rendu le 26 mai 2010, concerne le régime applicable au nantissement de créance en l'état du droit antérieur à la réforme des sûretés de 2006, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a créé de nouvelles confusions en voulant éliminer les anciennes¹³³. Sans revenir de façon exhaustive sur les faits en cause, qui ont été décrits plus haut¹³⁴, rappelons brièvement qu'il s'agissait de qualifier la sûreté consentie par un emprunteur qui avait mobilisé, au bénéfice du prêteur, des créances de loyers qu'il avait à l'encontre des locataires de l'immeuble dont le prêt de sommes d'argent ainsi garanti avait pour but de financer l'acquisition.

795-1. Non sans confusion, la Cour de cassation a décidé que cette sûreté, qui n'obéissait pas au régime de la cession de créances professionnelles à titre de garantie prévu par la loi, devait s'analyser non pas comme une fiducie-sûreté innommée, mais comme un nantissement de créance, tout en faisant application des dispositions relatives à la cession de créance de droit commun, et plus particulièrement de l'article 1690 du code civil. En d'autres termes, toute cession de créance à titre de garantie qui n'était pas prévue par la loi était disqualifiée en nantissement de créance, mais le régime du nantissement de créance, et plus précisément ses effets, étaient calqués sur ceux de la cession de créance¹³⁵.

antérieurement ou postérieurement à la créance incorporée dans le titre, les droits reconnus au créancier diffèrent notablement de ceux dont est titulaire le bénéficiaire d'un nantissement de créance », car « si la dette garantie n'est pas encore exigible quand la dette cambiaire le devient, le créancier encaisse la traite, et son droit se transporte de la lettre de change sur les espèces en représentant la valeur » (*Les garanties conventionnelles sur créances, op. cit.*, p. 185). Le professeur R. Bonhomme explique en effet que, lorsqu'un effet de commerce fait l'objet d'un endossement pignoratif, le créancier, endossataire et porteur, en tant que gagiste, est « titulaire d'un droit autonome, de nature réelle, sur l'effet, ce qui lui permet de bénéficier à titre personnel de l'inopposabilité des exceptions » et qu'il bénéficie d'un droit de rétention « tant sur le titre que sur les fonds versés par le tiré » (*Entreprises en difficulté – Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8^e éd., 2009, n° 691-692, pp. 772-773).

¹³³ Cass. com. 26 mai 2010, pourvoi n° 09-13.388 (D. 2010, p. 1340, obs. A. Lienhard ; D. 2010, p. 2201, N. Borga ; *RTD civ.* 2010, p. 597, obs. P. Crocq ; *Droit et patrimoine* 2010, n° 195, p. 96, obs. Ph. Dupichot).

¹³⁴ Voir *supra* les développements sur la réfutation jurisprudentielle de la thèse du transfert d'une propriété pleine et entière dans le cadre d'une « fiducie-sûreté » innommée (§ 391-399).

¹³⁵ C'est sans doute la raison pour laquelle, dans cette affaire, la Cour de cassation ne s'est même pas posée la question de savoir si la perception par le créancier nanti des sommes versées par le débiteur de la créance nantie (autrement dit, le locataire) était constitutive d'une attribution conventionnelle de la propriété de la créance qui, en l'état du droit antérieur à la réforme de 2006, pouvait être annulée sur le fondement de la prohibition du pacte comissoire énoncée à l'ancien article 2078 du code civil (qui n'est pas visé). Dans sa note sous l'arrêt (D. 2010, p. 2201), M. Nicolas Borga propose une autre explication pour justifier l'absence du visa de l'ancien article 2078 du code civil. Selon lui, la Cour de cassation aurait fait application de la jurisprudence constante qui l'a conduite à écarter la prohibition du pacte comissoire quand le bien affecté en garantie porte sa valeur en lui-même, ce qui est le cas de la monnaie, des instruments financiers faisant l'objet d'une cote officielle ou encore des créances monétaires comme celles qui étaient ici en cause (pour le cas de la monnaie, voir l'arrêt précité Cass. com. 9 avril 1996, D. 1996, p. 399, note Ch. Larroumet ; D. 1996, p. 385, obs. S. Piedelièvre ; *RTD civ.* 1996, p. 669, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 1996 p. 509, obs. M. Cabrillac ; *RTD com.* 1997, p. 135, obs. B. Bouloc). En traitant le nantissement de créance comme une fiducie-sûreté translatrice de propriété lors de sa constitution, et en écartant par conséquent la prohibition du pacte comissoire, la Cour de cassation s'est, en toute logique, abstenue de s'interroger sur la validité de la perception des sommes par le créancier nanti alors même qu'elle constitue, dans les faits, une forme de pacte comissoire, et qu'en droit positif, elle aurait donc pu être invalidée au regard du droit des procédures collectives. M. Nicolas Borga note à juste titre que, « si le pacte comissoire n'est plus banni en droit commun, il reste proscrit en droit des procédures collectives puisque l'article L. 622-7, I, alinéa 3, du code de commerce dispose que le jugement d'ouverture fait obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte comissoire »

795-2. Dans son arrêt du 26 mai 2010, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a ainsi considéré que, de même que le débiteur cédé devait se libérer entre les mains du cessionnaire à compter de la signification de la cession de créance, le débiteur nanti devait se libérer entre les mains du créancier nanti à compter de la signification du nantissement de créance qui, en l'état du droit antérieur à la réforme de 2006, était une condition non seulement d'opposabilité, mais aussi de validité dudit nantissement.

795-3. Par conséquent, dans le cadre de l'ancien régime du nantissement de créance, il apparaît, depuis 2010 uniquement, que le créancier nanti avait le droit de se faire payer directement par le débiteur de la créance nantie, avant même que la créance garantie fût échue, pourvu qu'il eût signifié le nantissement de créance, ce qu'en principe il ne pouvait manquer de faire puisqu'il s'agissait d'une condition de validité de la sûreté. Dans la mesure où le créancier nanti pouvait retenir les sommes qui lui avaient été versées au titre de la créance nantie jusqu'à complet paiement de la créance garantie, son droit de préférence se voyait doté d'une efficacité très proche de celle d'un droit exclusif comme pouvait l'être le droit de propriété du cessionnaire d'une créance¹³⁶.

795-4. Cette efficacité était d'autant plus grande que, dans son arrêt du 26 mai 2010, la Haute juridiction a admis que, dès lors que le créancier nanti avait le droit de percevoir les sommes versées au titre de la créance nantie à compter de la signification du nantissement au débiteur de cette créance, il importait peu que le débiteur de la créance garantie fût ensuite mis en procédure collective. En conséquence, si, comme c'était le cas dans l'affaire jugée le 26 mai 2010, le nantissement portait sur une créance née d'un contrat à exécution successive conclu antérieurement au jugement d'ouverture

(D. 2010, p. 2201). Et l'auteur de conclure que, « si tel avait véritablement été son désir, la Cour de cassation aurait pu tout autant qu'en 2006 [arrêt du 19 décembre] priver d'efficacité une telle cession de créance requalifiée » et que « par le régime juridique dont elle dote ce nantissement, la Cour de cassation atténue largement l'effet de la requalification à laquelle elle procède », de sorte que « l'on peut alors se demander ce qui différencie, en droit positif, nantissement de créance et cession fiduciaire de créance à titre de garantie » (*ibidem*).

¹³⁶ Le professeur Augustin Aynès soutient que le créancier nanti s'est ainsi vu reconnaître un droit de rétention, en sus de son droit de préférence, et que le régime du nantissement de créance antérieur à la réforme opérée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 se trouverait ainsi rapproché de celui postérieur à cette réforme (note sous Cass. com. 26 mai 2010, *Revue des contrats*, 1^{er} octobre 2010, n° 4, p. 1338). Il faut reconnaître, avec le professeur Pierre Crocq (D. 2011, p. 406) que les services de documentation de la Cour de cassation semblent avoir donné raison au professeur Augustin Aynès dans la mesure où le résumé qui précède la mention de l'arrêt du 26 mai 2010 au *Bulletin* indique que « le prêteur avait la qualité de créancier nanti lui conférant un droit de rétention ». Le professeur Pierre Crocq y voit la conclusion heureuse de la « controverse relative à la possibilité d'un droit de rétention sur un bien incorporel » - « heureuse car elle correspond à l'évolution du droit de rétention qui peut être aujourd'hui conçu comme un pouvoir de blocage susceptible de s'exercer sur n'importe quel bien, même si, dans le cas d'une créance, ce droit de rétention n'aura qu'une efficacité nécessairement limitée car celle-ci suppose que le débiteur de la créance nantie respecte l'obligation qui lui est faite par la signification ou la notification de ne payer que le bénéficiaire du nantissement ».

de la procédure collective du débiteur de la créance garantie, l'ensemble des sommes dues par le débiteur de la créance nantie au titre des multiples échéances de cette créance devait être versé au créancier nanti, que ces échéances fussent antérieures ou postérieures au jugement d'ouverture de ladite procédure collective. C'était ainsi un pan potentiellement non négligeable de l'actif du débiteur de la créance garantie à l'encontre duquel était ouverte une procédure collective, qui était soustrait au gage commun des créanciers.

796. Quoiqu'applicable au nantissement de créance constitué sous l'empire du droit antérieur à 2006, cette solution, qui n'a été énoncée qu'en 2010, paraît avoir été définie à la lumière du régime du nantissement de créance tel qu'il résulte de la réforme opérée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés¹³⁷.

797. Au sujet de l'ancien régime de réalisation du nantissement de créance, le professeur Dominique Legeais notait à juste titre que, dans l'hypothèse où la créance nantie venait à échéance avant la créance garantie, tout nantissement de créance se transformait alors en sûreté sur sommes d'argent¹³⁸. Mais il décrivait le dénouement de cette sûreté sur sommes d'argent avec une incertitude qui, à l'époque, caractérisait la quasi-totalité des écrits sur le sujet. À la lecture des développements qu'il y consacre dans sa thèse de doctorat, on ne parvient pas à savoir si les sommes versées au créancier nanti, au titre de la créance nantie, avant l'échéance de la créance garantie, devaient être tenues séparées du patrimoine du créancier nanti par leur inscription sur un compte spécial préservant le droit de propriété du constituant, ou si ces sommes étaient transférées en pleine propriété au créancier nanti dès leur versement et donc confondues au sein de son patrimoine, ce qui, en dépit de la prohibition du pacte comissoire, emportait alors la mutation systématique du nantissement de créance en « gage-

¹³⁷ P. Crocq, obs. sous Cass. com. 26 mai 2010 (*RTD civ.* 2010, p. 597) : « ce faisant, la Cour consacre au profit du bénéficiaire d'un nantissement de créance constitué avant l'entrée en vigueur de la réforme du droit des sûretés, l'existence d'un droit exclusif à recevoir le paiement de la créance nantie qui n'a été expressément reconnu que par ladite réforme [...] ce qui est parfaitement justifié en l'espèce. Ce faisant, la Cour de cassation tranche [...] une controverse doctrinale qui, sous l'empire du droit ancien, opposait, d'un côté, les auteurs qui considéraient que la reconnaissance d'un droit de se faire payer la créance nantie n'était pas possible car elle se heurtait à la prohibition du pacte comissoire, et, de l'autre, ceux qui considéraient que la prohibition du pacte comissoire n'avait pas de sens ici, dans la mesure où la valeur du bien donné en nantissement est parfaitement déterminée, et que le droit de percevoir le paiement de la créance nantie pouvait procéder directement de la signification du nantissement au débiteur de cette créance puisque l'accomplissement de cette formalité transférait au créancier l'équivalent de la possession de ladite créance. C'est cette seconde opinion qui a été retenue par l'ordonnance du 23 mars 2006 et c'est également celle qui est ici consacrée par l'arrêt commenté sous l'empire du droit ancien ».

¹³⁸ D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, *op. cit.*, pp. 68-69 : « il ne doit pas y avoir disparition du gage lors de l'échéance de la créance nantie. Pour qu'il en soit ainsi, le gage constitué sur la créance doit se reporter sur les sommes reçues. Le nantissement de créance se transforme alors en nantissement de compte ou en nantissement d'espèces [...] Le créancier nanti est titulaire d'un droit de gage qui ne porte plus sur une créance mais sur des espèces. L'attribution du gage s'en trouve facilitée ».

espèces »¹³⁹. Si le professeur Dominique Legeais semble opter pour la première solution en invoquant le fait que, dans la pratique, « tous les actes de nantissement consentis à des banques contiennent des clauses autorisant le gagiste à percevoir les sommes dues et à les affecter à un compte spécial »¹⁴⁰, il n'exclut pourtant pas que le nantissement de créance portant sur des sommes d'argent non confondues dans le patrimoine du créancier, puisse être réalisé par la voie d'une compensation¹⁴¹, comme ce qui était admis pour le « gage-espèces » portant sur des sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier, et qui donnait pourtant lieu à bien des interrogations.

798. En effet, si la jurisprudence et la doctrine étaient parvenues à aménager le régime d'exécution du gage et du nantissement de créance pour trouver des réponses aux problèmes pratiques que posait son application stricte à l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire et scripturale, elles étaient en revanche restées impuissantes à définir un cadre juridique solide pour la réalisation du « gage-espèces » entendu comme fiducie-sûreté.

C – Les défauts de l'ancien régime de réalisation du « gage-espèces », entendu comme fiducie-sûreté innommée.

799. Dans le cas où les sommes d'argent affectées en garantie étaient confondues au sein du patrimoine du créancier, le dénouement de la sûreté passait, en cas de

¹³⁹ *Ibidem*, p. 68, note n° 17. Après avoir avancé que le créancier nanti auquel « l'argent est remis, en devient propriétaire, puisqu'il s'agit de choses consommables, et non un simple détenteur » et souligné dans le même temps que ce créancier nanti « s'oblige à restituer au terme convenu une somme égale à celle remise si l'obligation garantie a été exécutée », l'auteur, qui semblait avoir reconnu qu'il s'agissait d'un « gage-espèces », tente de sauver la qualification de gage en démontrant que « le recouvrement de la créance par le créancier nanti n'est que l'exécution de son obligation de conservation du gage », que « le créancier exerce alors un droit propre et n'agit nullement en qualité de mandataire du constituant », et que « la prérogative ainsi reconnue ne heurte aucun des principes applicables au gage » puisqu'« il est admis que si la chose gagée est périssable, le créancier doit la vendre et que la restitution portera alors sur une chose semblable » et que « si le gage porte sur une chose consommable, le gagiste n'est pas tenu de la conserver ».

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 69 : « le créancier ne se voit pas pour autant reconnaître le droit de disposer du gage. Il a l'obligation de consigner les sommes reçues sur un compte spécial productif d'intérêts. Les droits du constituant sont ainsi préservés ».

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 70 : « à l'échéance de la créance garantie, si le débiteur n'exécute pas son obligation envers le créancier nanti, ce dernier a la possibilité de s'attribuer de plein droit les sommes figurant sur le compte [spécial]. Une compensation s'effectue entre les créances exigibles des deux parties. Pour refuser ce droit, on ne saurait invoquer la prohibition du pacte commissoire. L'[ancien] article 2078 du code civil suppose nécessairement qu'un créancier veuille se faire attribuer un bien ou le faire vendre. Tel n'est pas le cas puisque c'est une somme d'argent qui constitue le support du gage ». *Adde*, p. 70, note n° 24 : « les conventions contiennent des clauses ainsi rédigées : « la banque, de plein droit, pourra, lorsqu'il conviendra, affecter les sommes au règlement de la créance ou des créances, qu'elle a ou pourra avoir à l'encontre du client ; de convention expresse, la banque attributaire du gage, de plein droit, appliquera les sommes ainsi encaissées ou à encaisser au règlement à due concurrence de ses créances à l'encontre du client, sans qu'elle ait donc à procéder aux formalités prévues par l'article 2078 du code civil ». Ou encore, p. 186 : « la clause suivante est pratiquement de style : " il est expressément entendu que, dans la mesure où la banque deviendra créancière de quelque somme que ce soit à mon égard, la réalisation du gage s'opérera par compensation de plein droit à due concurrence, au fur et à mesure de leur exigibilité, entre les créances de la banque à mon encontre et le montant de la somme figurant au crédit du compte de nantissement ". »

En d'autres termes, le professeur Dominique Legeais soutenait que la sûreté qui, lors de sa constitution, était un nantissement de créance, pouvait parfaitement être, au stade de sa réalisation, une aliénation fiduciaire dénommée « gage-espèces ».

défaillance du débiteur, par l'application automatique et immédiate des sommes dont le créancier devait la restitution au constituant, à la dette du débiteur de la créance garantie.

800. Les juges, comme bon nombre d'auteurs, ont cru que la réalisation de cette cession de propriété à titre de garantie innommée, qualifiée de « gage-espèces », pouvait être analysée comme une compensation entre la dette garantie (dette du débiteur à l'égard du créancier) et la dette de restitution du créancier à l'égard du débiteur – ce qui supposait que l'on analysât le droit du débiteur sur les sommes d'argent affectées en garantie comme un droit personnel de créance de restitution.

801. Ce droit à restitution, constitutif d'une créance dans le patrimoine du débiteur, était assorti d'une condition résolutoire dont la réalisation affectait son existence même. Le droit qu'avait le débiteur à se voir restituer les sommes affectées en garantie ne devenait certain et définitif que s'il payait la créance garantie à son échéance. En cas de défaillance, son droit à restitution, né du transfert de propriété concomitant de la constitution de la garantie, se trouvait rétroactivement anéanti et était réputé n'avoir jamais existé.

Réciproquement, la dette de restitution mise à la charge du créancier était affectée d'une condition suspensive. Le créancier n'avait l'obligation personnelle de restituer au débiteur les sommes affectées en garantie que dans l'hypothèse où ce dernier payait la créance garantie à son échéance. La naissance de l'obligation de restitution se trouvait ainsi suspendue à la réalisation du paiement à l'échéance de la créance garantie.

802. De l'existence de ces deux obligations affectées de conditions résultait une question. Celle-ci n'était pas de savoir s'il fallait faire prévaloir la condition résolutoire sur la condition suspensive, puisque ces deux conditions n'étaient au fond que les deux faces d'une même créance, et qu'elles affectaient deux obligations distinctes dont l'une était nécessairement inexistante au moment où l'autre existait.

803. Impossible compensation entre la dette garantie et la dette de restitution. – La question était bien plutôt de savoir s'il était possible de compenser la dette garantie (dette du débiteur) avec la dette de restitution (dette du créancier) des sommes affectées en garantie, en cas de défaillance à l'échéance de la dette garantie.

Or l'« application » des sommes affectées en garantie sur le montant de la créance garantie ne pouvait s'expliquer ni par le mécanisme de la compensation légale¹⁴² ni par celui de la compensation conventionnelle¹⁴³, entre la dette garantie et la dette de restitution du créancier, puisque la dette garantie arrivée à échéance était, par hypothèse, certaine dans son principe et exigible, et que la dette de restitution du créancier, affectée d'une condition suspensive, ne pouvait naître et devenir exigible qu'avec l'extinction de la dette garantie et qu'une fois née, on ne pouvait compenser la dette de restitution existante avec la dette garantie éteinte.

804. Tout au plus cette « application » pouvait-elle trouver un fondement dans l'attribution conventionnelle au créancier de la propriété des sommes affectées en garantie – encore que cette attribution, constitutive d'un pacte comissoire, fût prohibée. Il est vrai néanmoins que la jurisprudence avait écartée l'application de la prohibition du pacte comissoire à l'affectation en garantie de sommes d'argent.

805. Mais l'idée d'une attribution conventionnelle de la propriété de la monnaie affectée en garantie, au stade de la réalisation de la sûreté, n'était concevable que si l'on refusait de voir dans le « gage-espèces » une sûreté translatrice d'une propriété pleine et entière lors de sa constitution – ce qu'impliquait pourtant nécessairement son assimilation à une aliénation fiduciaire. Le seul fondement théorique viable du régime de réalisation de la sûreté supposait donc que fût remise en cause, et même niée, la nature fiduciaire de cette même sûreté, ou, à tout le moins, que l'aliénation fiduciaire fût analysée comme opérant, lors de sa constitution, non pas un transfert, mais un démembrement de la propriété du bien affecté en garantie.

806. Cette analyse est étayée par la démonstration du professeur Jérôme François qui distinguait trois hypothèses¹⁴⁴.

806-1. La première hypothèse était celle où, regardant la monnaie scripturale comme un bien corporel ou comme un bien incorporel autre qu'une créance, on faisait de son affectation en garantie un gage. Si l'on considérait que la sûreté était un gage, alors il n'y avait selon lui que deux modes de réalisation possibles : soit l'attribution

¹⁴² Voir *supra* (§ 290 et s. ; § 363-368) les commentaires des arrêts : Cass. com. 17 mai 1994 (D. 1995 jur. p. 124, note Ch. Larroumet ; *JCP G* 1994, I, 3799, n° 21, obs. M. Cabrillac ; *RTD com.* 1996 p. 531, obs. A. Martin-Serf) ; Cass. com. 9 avril 1996 (D. 1996, jur. p. 399, note Ch. Larroumet).

¹⁴³ Voir *supra* (§ 369-377) le commentaire de l'arrêt : Cass. com. 3 juin 1997 (*JCP G* 1997, II, n° 22890 rapport de J.-P. Rémy ; D. 1998, jur. p. 61, note J. François et somm. p. 104 obs. S. Piedelièvre ; *RTD com.* 1997 p. 663, obs. M. Cabrillac, et, p. 686, obs. A. Martin-Serf).

¹⁴⁴ J. François, note sous Cass. com. 3 juin 1997 (D. 1998, p. 61).

judiciaire de la propriété du bien gagé, soit l'attribution conventionnelle de la propriété du bien gagé – pacte comissoire dont, s'agissant de la monnaie et des autres biens qui portent leur valeur en eux-mêmes, la possibilité avait été validée par la jurisprudence.

806-2. La deuxième hypothèse était celle où l'on faisait de la monnaie scripturale une créance devant être affectée en garantie par la voie du nantissement de créance. Dans ce cas, il y avait trois modes de réalisation possibles. Si c'était un nantissement consenti à un créancier qui n'était pas le banquier débiteur de l'obligation de restitution constitutive de la monnaie scripturale affectée en garantie, les modes de réalisation de la sûreté restaient soit l'attribution conventionnelle de la propriété du bien nanti (pacte comissoire) soit son attribution judiciaire.

Mais si c'était un nantissement consenti à un créancier qui était le banquier débiteur de l'obligation de restitution constitutive de la monnaie scripturale affectée en garantie, le mode de réalisation de la sûreté était, selon le professeur Jérôme François, la compensation des créances connexes, qui est susceptible de jouer aussi bien en l'absence qu'en présence d'une procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur constituant¹⁴⁵.

À en croire le professeur Jérôme François, il fallait donc considérer que, dans le cas d'un « nantissement sur soi-même », simple variante du nantissement de créance, la sûreté ne se dénouait pas par une compensation (légale, judiciaire ou conventionnelle) au sens strict, mais par une compensation de créances connexes.

Il est vrai que la réalisation du « nantissement sur soi-même » par la voie de la compensation des créances connexes aurait l'avantage de permettre la réalisation de la sûreté en cas de procédure collective du débiteur constituant – puisque l'article L. 622-7 du code de commerce interdit le paiement des créances nées antérieurement au jugement d'ouverture, sous certaines réserves, parmi lesquelles celle des créances connexes, dont

¹⁴⁵ *Ibidem* : « d'un autre côté, la créance nantie et la créance garantie étant par hypothèse réciproques, le mécanisme compensatoire aura vocation à présider au dénouement du nantissement sur soi-même, un tel mode de réalisation étant en revanche étranger au nantissement de créance classique. Plus exactement, eu égard au lien de garantie tissé entre les deux créances, le régime de la compensation des dettes connexes devrait être appliqué ».

Cette analyse se trouve dans une certaine mesure confortée par la jurisprudence. Dans un arrêt du 18 février 1986, la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, a en effet admis la compensation entre la dette de restitution d'une banque qui résultait d'un dépôt de fonds à terme (ou « bon de caisse ») fait auprès d'elle, et la créance de cette même banque qui résultait du solde débiteur du compte courant du déposant, alors même que ce dernier avait été mis en liquidation judiciaire, compensation motivée par la connexité des deux créances (Cass. com. 18 février 1986, Bull. civ. IV, n° 21, D. 1987, somm. p. 50, obs. A. Honorat). Dans la mesure où la connexité a ainsi été caractérisée entre des créances procédant de contrats distincts, Mme Adrienne Honorat y voit le signe de ce que « la connexité qui, dans les procédures collectives, permet de faire échec à l'interdiction de la compensation, soit après le jugement de règlement judiciaire ou de liquidation des biens, soit pendant la période suspecte, ne cesse de voir son domaine élargi » (obs. sous Cass. com. 18 février 1986, D. 1987, somm. p. 50).

le paiement par compensation est admis. Toutefois, cet avantage serait soumis à la condition que le créancier déclare sa créance à la procédure collective du débiteur constituant – ce qui n’était le cas ni dans l’affaire jugée le 17 mai 1994, ni dans celle jugée le 3 juin 1997. En effet, tous les auteurs (Michel Cabrillac, Christian Mouly, Marie-Jeanne Campana et Jean-Michel Calendini, pour ne citer qu’eux) sont catégoriques sur ce point : la créance connexe candidate à la compensation doit avoir été déclarée à la procédure collective pour bénéficier des règles de faveur prévues par le droit des procédures collectives¹⁴⁶. Ce n’est que dans l’hypothèse où les conditions d’une compensation légale seraient par ailleurs réunies que la compensation légale des créances (connexes comme non connexes) pourrait s’opérer en cours de procédure collective, nonobstant l’absence de déclaration à la procédure collective de la créance candidate à la compensation. Le professeur Jérôme François est l’un des rares auteurs à dispenser la créance candidate à la compensation des créances connexes de toute déclaration à la procédure¹⁴⁷.

Pour évacuer l’aléa lié à l’existence ou au défaut de déclaration de créance à la procédure collective du constituant, le professeur Jérôme François¹⁴⁸ et d’autres auteurs¹⁴⁹ suggèrent de substituer au « nantissement sur soi-même » une convention de compensation *in futurum*, autrement dit une convention de fusion de comptes qui, par

¹⁴⁶ Voir notamment : M. Cabrillac, Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 9^e éd., 2010, n° 787, p. 593, note n° 10. *Adde* : M. - J. Campana et J. - M. Calendini, obs. sous Cass. com. 17 mai 1994, *RD bancaire et bourse*, janvier-février 1995, n° 47, p. 41 : renvoyant à des arrêts rendus par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, les 23 janvier 1990 (Bull. civ. IV, n° 17), 15 octobre 1991 (Bull. civ. IV, n° 290) et 25 mai 1993 (D. 1993, IR, p. 165), les auteurs expliquent que « la jurisprudence a toujours affirmé la nécessité d’une déclaration préalable pour donner droit au créancier de se prévaloir de la compensation [des créances connexes] ».

¹⁴⁷ J. François, note sous Cass. com. 3 juin 1997 (D. 1998, p. 61) : « aucune déclaration n’est requise lorsque les créances candidates à la compensation sont liquides et exigibles dès avant le jugement d’ouverture. Il en est ainsi lorsque le partenaire du débiteur faisant l’objet de la procédure se prévaut de la compensation légale des dettes non connexes. *A fortiori*, doit-il en aller de même sous le régime de la compensation des dettes connexes ». L’auteur cite à l’appui de ses assertions deux arrêts : l’un dispensant la créance candidate à la compensation légale de toute déclaration à la procédure collective (Cass. com. 29 novembre 1988, Bull. civ. IV, n° 325, D. 1989, somm. p. 235, obs. J. - L. Aubert) ; l’autre dispensant la créance candidate à la compensation des créances connexes de toute déclaration à la procédure collective (Cass. com. 18 juillet 1989, Bull. civ. IV, n° 227 ; *JCP E* 1991 II n° 108, note M. Goré).

¹⁴⁸ J. François, note sous Cass. com. 3 juin 1997 (D. 1998, p. 61) : « le nantissement sur soi-même se rapprocherait sensiblement de la technique des conventions de compensation *in futurum* par lesquelles deux parties, réciproquement créancières et débitrices l’une de l’autre, peuvent décider d’affecter la dette de l’une à la garantie du règlement de la créance de l’autre. En effet la jurisprudence [Cass. civ. 13 juillet 1942, *JCP G* 1943, II, n° 2157, note R. Houin] tend à admettre que de telles conventions créent un lien de connexité artificiel entre les obligations concernées, pour en conclure à l’application du régime favorable de la compensation des dettes connexes ». Pourquoi ne pas alors inscrire dans la loi une compensation *in futurum* assortissant toute affectation de monnaie scripturale à la garantie de la créance du banquier dont la dette de restitution est constitutive de cette monnaie ?

¹⁴⁹ M. - J. Campana et J. - M. Calendini, obs. sous Cass. com. 17 mai 1994, *RD bancaire et bourse*, janvier-février 1995, n° 47, p. 41 : il conviendrait selon ces auteurs de « réfléchir à des mécanismes contractuels reposant sur la mise en place de rapports synallagmatiques générant des dettes réciproques dont l’effet se produirait avant le jugement d’ouverture : il n’y a pas alors à se préoccuper de la connexité des dettes qui en sont issues (par exemple [...] une convention de fusion entre les différents comptes d’une entreprise passée entre celle-ci et sa banque) ».

hypothèse, n'aurait plus la nature de sûreté, quand bien même elle en aurait la fonction¹⁵⁰.

807. Réalisation *sui generis*. – La troisième hypothèse était celle où l'on faisait de la monnaie une créance devant être affectée en garantie par la voie de la fiducie-sûreté. Dans ce cas, il fallait admettre que la sûreté ne se dénouait ni par la compensation légale, ni par la compensation judiciaire, ni par la compensation conventionnelle mais par un mode de réalisation propre et *sui generis* : l'extinction de l'obligation de restitution du créancier en cas de défaut de paiement de la créance garantie par le débiteur constituant¹⁵¹.

En d'autres termes, de même que la propriété pleine et entière, réduite à la nue-propriété du fait de la charge qu'est l'usufruit constitué sur la chose, redevient la propriété pleine et entière qu'elle n'avait jamais cessé d'être avec l'extinction de l'usufruit, de même la propriété du créancier, réduite à la propriété fiduciaire, c'est-à-dire à une propriété temporaire, du fait de la charge qu'est l'obligation de restitution par équivalent pesant sur le créancier, redevient la propriété pleine et entière en retrouvant son caractère définitif et perpétuel avec l'extinction du droit à restitution du constituant. L'extinction de ce droit à restitution en cas de défaut de paiement de la créance garantie opérerait donc une sorte d'interversion des caractères de la propriété du créancier sur la chose affectée en garantie, qui, de temporaire, deviendrait définitive.

Selon le professeur Jérôme François, on peut imaginer que cette extinction du droit à restitution en cas de défaut de paiement – qui était expressément stipulée dans l'affaire jugée le 3 juin 1997 par la Cour de cassation statuant en sa chambre commerciale – n'ait même pas à être stipulée par les parties pour s'opérer. Ce mode de réalisation de la fiducie-sûreté, qui lui serait propre, aurait un caractère automatique, et donc particulièrement rigoureux pour un débiteur constituant simplement négligent.

¹⁵⁰ Le professeur G. Parleani signale néanmoins que, si la jurisprudence est encline à admettre la connexité de créances reliées par un contrat de garantie (Cass. civ. 18 octobre 1938, DH. 1938, p. 593 ; Cass. com. 2 février 1970, Bull. civ. IV, n° 38 ; Cass. com. 16 juin 1970, Bull. civ. IV n° 199), « la convention de compensation reste à coup sûr d'un maniement délicat » (« Pluralité de comptes en banque ouverts à un même client », *Jurisclasseur Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 250, 2004, p. 29, n° 138).

¹⁵¹ J. François, note sous Cass. com. 3 juin 1997 (D. 1998, p. 61) : « il est permis de penser que l'extinction de l'obligation de restitution incombant au bénéficiaire, en cas de défaillance du constituant, est l'expression d'un mode de réalisation propre à la fiducie-sûreté, et inhérent à celle-ci, consistant en la transformation automatique du droit de propriété temporairement acquis à titre de garantie en un droit de propriété définitif sur le bien grevé ».

807-1. Mais si l'on suit ce raisonnement, on voit mal comment les rapports entre le constituant et le créancier bénéficiaire de la fiducie-sûreté pourraient n'être tissés que de droits personnels (créance garantie, créance de restitution des sommes affectées en garantie, dette de restitution de ces mêmes sommes). Dès lors que la réalisation de la sûreté passe par une modification des caractères du droit réel du créancier, il paraît difficile de ne pas admettre que les rapports entre constituant et créancier bénéficiaire de la fiducie-sûreté sont tout au moins formés de droits personnels teintés de caractères réels, si ce n'est entièrement constitués de droits réels, plutôt que de droits personnels. Indépendamment du fait de savoir si l'obligation de restitution du créancier est une simple obligation réelle née à raison de son droit réel principal de propriété sur les sommes affectées en garantie, ou si elle est une charge réelle grevant le droit réel du constituant, dans le cadre d'un véritable démembrement de la propriété, force est d'admettre que les rapports entre constituant et créancier bénéficiaire de la fiducie-sûreté n'ont pas qu'une nature personnelle.

807-2. Certains tenants de la thèse selon laquelle l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues constitue une forme d'aliénation fiduciaire se trahissent d'ailleurs eux-mêmes. Ainsi, M. Sébastien Praicheux écrit que « le débiteur ne recouvre pas la propriété de son bien au moyen d'un nouveau transfert de propriété, mais en conséquence de l'extinction du droit *réel* du créancier sur le bien qui lui était remis à titre de sûreté » (italiques ajoutées)¹⁵². Autrement dit, tout se passe comme si la fiducie-sûreté que serait le « gage-espèces » reposait non pas sur le transfert d'un droit réel de propriété plein et entier, mais sur un démembrement de la propriété conférant au créancier fiduciaire un droit réel sur les sommes affectées en garantie, droit réel qui constituerait une charge grevant la propriété restée entre les mains du constituant. C'est ce qui expliquerait que le mécanisme de l'attribution conventionnelle de la propriété des sommes affectées en garantie, si imparfait fût-il, fût mieux à même d'appréhender le dénouement d'un « gage-espèces » que ne le pouvait la compensation, qu'elle fût légale, judiciaire ou conventionnelle. L'attribution conventionnelle de propriété (ou pacte comissoire) revient à déplacer un droit de propriété plein et entier du patrimoine du constituant à celui du créancier, ce qui, sans se confondre avec elle, s'inscrit dans une logique plus proche de la reconstitution d'un droit de propriété démembré, sur la tête du

¹⁵² S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, op. cit., p. 292.

constituant ou sur celle du créancier, que de la compensation entre deux droits personnels.

807-3. De l'attribution conventionnelle de la propriété de la monnaie remise en garantie à la reconstitution d'une propriété démembrée entre les mains du créancier, il y a un pas qui, s'il peut être franchi, repose néanmoins sur des fondements conceptuels différents. Or, au sein de ces fondements, le démembrement de propriété nous paraît mieux à même de justifier les prérogatives du créancier sur les sommes affectées en garantie que ne le pourrait le maintien d'un droit de propriété plein et entier entre les mains du constituant jusqu'à la défaillance de ce dernier.

807-4. En toute hypothèse, on ne peut se contenter d'une liberté de choix au nom d'une liberté contractuelle qui déguiserait une aporie. C'est pourtant cette liberté de choix qu'offre le professeur Jérôme François en imaginant que « les parties seraient libres de recourir à la formule de leur choix, c'est-à-dire de considérer le compte comme une créance, en se plaçant sous le régime de la compensation des dettes connexes, ou comme une monnaie, en recourant à la formule du gage de monnaie scripturale »¹⁵³. Cette liberté serait porteuse de davantage de confusion qu'il n'en existe déjà autour du régime d'affectation en garantie de la monnaie.

808. Conclusion. – Dans sa thèse de doctorat sur *Les garanties conventionnelles sur créances*, le professeur Dominique Legeais se montre critique à l'égard du mouvement qui a conduit à remédier aux défauts du régime de réalisation du nantissement de créance en instaurant un mode parallèle d'affectation en garantie des créances sous la forme de la cession (à titre de garantie) des créances professionnelles mise en œuvre par les lois n° 81-1 du 2 janvier 1981 et n° 84-46 du 24 janvier 1984.

808-1. Dans sa recherche d'un nouveau droit des garanties sur créances, le professeur Dominique Legeais explique que, dans les années 1980, deux voies s'offraient au législateur. La première, inspirée du droit allemand, consistait à poursuivre dans le sillage de la loi facilitant le crédit aux entreprises et de la loi relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit et, par voie de conséquence, à étendre la cession de propriété à titre de garantie. La seconde, inspirée du droit

¹⁵³ J. François, note sous Cass. com. 3 juin 1997 (D. 1998, p. 61).

américain, consistait à rénover les sûretés non translatives de propriété pour en renforcer l'efficacité¹⁵⁴.

808-2. Entre la continuité que représentait l'extension du système de l'aliénation fiduciaire, et l'innovation qu'était à ses yeux l'institution d'un système d'hypothèque mobilière portant sur des créances, le professeur Dominique Legeais avait choisi la seconde branche de l'alternative¹⁵⁵. Selon cet auteur, le remède aux imperfections du nantissement de créance ne résidait pas dans la multiplication des sûretés sur les créances, mais dans une réforme du régime du nantissement qui, pouvant s'inspirer notamment de l'efficacité du mode de réalisation de la mise en gage des effets de commerce, et notamment du droit de rétention reconnu au créancier bénéficiaire d'un endossement pignoratif, aurait conduit à modifier, au profit du créancier nanti, la hiérarchie des droits des créanciers sur les créances nanties, plutôt qu'à instituer une sûreté dont l'effet translatif de propriété lors de sa constitution ne correspondrait pas, en général, à la volonté des parties¹⁵⁶.

809. Le régime actuel de réalisation des sûretés sur sommes d'argent montre que le professeur Dominique Legeais n'a été que partiellement entendu, car s'il est vrai que

¹⁵⁴ D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, op. cit., p. 275 : « deux voies paraissent s'offrir au législateur français. Celui-ci peut, en premier lieu, s'engager plus avant dans la voie empruntée depuis quelques années. Alors, la fonction de garantie conférée au droit de propriété ne serait plus, comme elle l'est aujourd'hui, limitée à certaines hypothèses. [...] Une deuxième voie est tout aussi concevable. Suivant en cela les législateurs américain et québécois, le législateur français pourrait reconstruire notre droit des garanties sur des principes totalement nouveaux. L'hypothèque serait alors la principale garantie mobilière ; elle pourrait avoir pour assiette les créances, mais aussi les meubles corporels ». Les avantages que le professeur Dominique Legeais identifie dans le régime du *security interest* tel qu'organisé par l'article 9 du code de commerce uniforme américain (*Uniform commercial code* – UCC) sont de deux ordres :

- en premier lieu, ils tiennent à l'étendue de ses objets qui peuvent être aussi bien des meubles corporels que des meubles incorporels, et, au sein des meubles incorporels, aussi bien des meubles incorporels purs (qualifiés de « *general intangibles* » et comprenant les créances non titrisées ou encore les droits de propriété littéraire, artistique et industrielle) que des meubles semi-incorporels (c'est-à-dire les créances titrisées, comme les effets de commerce, les actions ou les obligations) et qui, comme dans le cadre d'une « *floating charge* », peuvent être substitués les uns aux autres dans la mesure où l'assiette de la sûreté est flottante et où le droit du créancier se reporte des biens initialement grevés au produit (« *proceed* ») de leur vente, de leur échange ou de leur transformation ;

- en second lieu, ils tiennent aux effets de la sûreté qui confère au créancier qui en est bénéficiaire un droit de préférence qui prime celui de tous les créanciers dont le privilège est né après la date à laquelle le « *security interest* » est devenu opposable, sous réserve du droit de rétention du créancier mis en possession du bien grevé – cette dernière limite au droit du créancier titulaire du *security interest* n'en étant pas vraiment une quand la sûreté porte sur des créances puisque, dans cette hypothèse, le créancier peut demander au débiteur de la créance nantie de lui verser directement les sommes dues au titre de cette créance, sans passer par l'intermédiaire du constituant, de sorte qu'il se trouve en situation d'exercer un droit de rétention sur les sommes versées.

¹⁵⁵ En ce sens aussi : M. Pédamon, « La réserve de propriété en droit allemand », *Gaz. Pal.*, 1981, p. 9 : « le système de l'aliénation fiduciaire ne constitue pas une potion magique propre à remédier les maux de notre économie et à lui redonner toute sa vigueur [...] Les juristes allemands, en raison des inconvénients de leur système de garanties, en envisagent sérieusement l'abandon. Le système américain de l'hypothèque mobilière est considéré par eux avec beaucoup d'intérêt ».

¹⁵⁶ D. Legeais, *Les garanties conventionnelles sur créances*, op. cit., pp. 255-256 : « une opération qui, de par ses caractères, est fondamentalement un nantissement, est qualifiée de cession de créance à titre de garantie, à seule fin de renforcer les droits du créancier. Un même résultat aurait, pensons-nous, pu être atteint en modifiant la hiérarchie des créanciers titulaires de privilèges ». *Adde*, p. 267 : si l'on prend en considération « la volonté des parties qui ont voulu constituer une garantie sur créances, [...] c'est le nantissement qui constitue l'opération de garantie par nature ».

le créancier nanti bénéficie désormais d'un droit de rétention sur la créance nantie et les sommes versées au titre de cette créance, il n'en reste pas moins que le législateur a multiplié les modes d'affectation en garantie des créances, en instituant, à côté du nantissement de créance et de la cession (à titre de garantie) de créances professionnelles, la fiducie-sûreté sur créances.

§ 2. Les défauts de l'actuel régime d'affectation en garantie des sommes d'argent.

810. Rappelons qu'en l'état du droit, le régime de réalisation du gage a vocation à s'appliquer à l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale, si l'on regarde les pièces, les billets et les écritures en compte comme des biens corporels, - et ce, que la monnaie affectée en garantie soit ou non confondue dans le patrimoine du créancier, puisque le régime du gage (avec ou sans dépossession) concerne aussi bien les choses fongibles confondues dans le patrimoine du créancier que celles qui en sont tenues séparées. Le régime de réalisation du gage est également susceptible de s'appliquer si l'on voit dans la monnaie un bien incorporel autre qu'une créance, puisque, dans cette hypothèse, le cinquième et dernier alinéa de l'article 2355 du code civil renvoie « aux règles prévues pour le gage de meubles corporels ».

En revanche, si l'on analyse la monnaie scripturale comme constitutive d'une créance au sens civil du terme, alors c'est le régime de réalisation du nantissement de créance qui s'applique à son affectation en garantie, lorsqu'elle n'est pas confondue dans le patrimoine du créancier. Ce régime est applicable au cas où la monnaie scripturale est inscrite sur un compte non bloqué, et où l'on parle alors de « nantissement de compte ».

Enfin, si l'on estime que la monnaie fiduciaire ou scripturale, dès lors qu'elle est confondue dans le patrimoine du créancier, doit être soumise, en cas d'affectation en garantie, non pas au régime du gage, fût-il celui du gage avec dépossession de choses fongibles confondues, mais au régime de la fiducie-sûreté, alors ce sont les règles de réalisation de la fiducie-sûreté nommée qui seront appelées à s'appliquer.

A – Les défauts du régime de réalisation du gage de choses fongibles, confondues ou non dans le patrimoine du créancier.

811. L'actuel régime de réalisation du gage, qui, à défaut d'exception prévue par la loi, doit en principe s'appliquer au cas où le gage porte sur des choses fongibles, comme des sommes d'argent, est aujourd'hui celui qui, parmi les divers régimes de réalisation envisageables, apparaît le moins approprié à l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale, qu'elle soit, ou non, confondue dans le patrimoine du créancier.

812. Vente en justice. – Le premier mode de réalisation possible est celui de la vente en justice du bien affecté en garantie, « selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution, sans que la convention de gage puisse y déroger ». Il va de soi que ce mode de réalisation est totalement inadapté à l'affectation en garantie de sommes d'argent, qui, par hypothèse, a pour objet des biens qui portent leur valeur en eux-mêmes, et dont tout l'intérêt est d'éviter au créancier le recours au juge et aux procédures civiles d'exécution pour la réalisation de sa sûreté. La vente en justice de monnaie fiduciaire ou scripturale n'aurait aucun sens puisque le produit de la vente serait identique à son objet – sauf hypothèses marginales où seraient affectés en garantie des pièces et/ou des billets « de collection » (talents, statères, sesterces, louis d'or, napoléons...).

813. Attribution judiciaire. – Le deuxième mode de réalisation envisageable est tout aussi inadapté à l'affectation en garantie de sommes d'argent : il s'agit de l'attribution en justice de la propriété du bien grevé de sûreté. L'article 2347 du code civil prévoit en effet, en son premier alinéa, que « le créancier peut aussi faire ordonner en justice que le bien lui demeurera en paiement ». S'il est concevable que la propriété des sommes affectées en garantie soit attribuée au créancier en cas de défaillance du débiteur de la dette garantie, il l'est en revanche beaucoup moins que le créancier soit contraint de saisir le juge pour pouvoir s'approprier la monnaie affectée en garantie. Si l'attribution judiciaire a l'avantage de ne pas imposer le passage par les voies des procédures civiles d'exécution, elle a l'inconvénient de maintenir la saisine du juge aux fins de réalisation de la garantie, alors que la finalité des sûretés sur sommes d'argent

est de permettre au créancier de se payer plus rapidement qu'il ne le ferait en mettant en œuvre un droit de préférence sur un bien d'une autre nature.

Il faut néanmoins souligner que le principe énoncé par le second alinéa de l'article 2347 du code civil, aux termes duquel « lorsque la valeur du bien [gagé] excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée », devra être adapté et appliqué au « nantissement de monnaie ». Il ne s'agit là que de la traduction du principe selon lequel un créancier ne peut s'enrichir en se faisant consentir une sûreté.

814. Attribution conventionnelle. – Le troisième et dernier mode de réalisation du gage consiste en l'attribution conventionnelle de la propriété du bien gagé.

L'article 2348 du code civil dispose qu'« il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé ». Les rédacteurs de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 ont ainsi validé les clauses des conventions de gage connues sous le nom de « pactes commissaires ». Ce faisant, l'actuel régime de réalisation du gage a rompu avec la prohibition de tels pactes, qui figurait à l'ancien article 2078 du code civil.

L'analyse des défauts de l'ancien régime de réalisation de la fiducie-sûreté innommée couramment qualifiée de « gage-espèces » nous a conduit à conclure que l'attribution conventionnelle de la propriété des sommes affectées en garantie, particulièrement lorsqu'elles étaient confondues au sein du patrimoine du créancier, était, à défaut de fondement plus adéquat, le mode de réalisation qui était, d'un point de vue théorique, le plus propre à rendre compte du dénouement, en pratique, de l'affectation en garantie de monnaie.

815. Néanmoins, il s'agit là d'un pis-aller, car le régime de l'attribution conventionnelle du bien gagé n'est pas parfaitement adapté au cas où le bien grevé de sûreté est de la monnaie.

815-1. Tout d'abord, si l'on conçoit tout à fait l'application, aux sûretés sur sommes d'argent, du troisième et dernier alinéa de l'article 2348 du code civil, qui prévoit que, lorsque la valeur du bien gagé « excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée », on imagine en revanche plus difficilement l'application à ces

sûretés du deuxième alinéa du même texte, qui dispose que « la valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier » et que « toute clause contraire est réputée non écrite ». Curieusement, les rédacteurs de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 n'ont pas prévu d'exception à l'obligation d'évaluation du bien grevé de sûreté, lorsque ce dernier est une somme d'argent, alors même que les rédacteurs de l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 ont dispensé les parties à un contrat de fiducie-sûreté de l'obligation d'une évaluation à dire d'expert judiciaire ou amiable, lors de la réalisation de la garantie, « si le bien est une somme d'argent »¹⁵⁷. On peut penser qu'il s'agit, au pire d'un oubli, au mieux d'une omission volontaire de la part des rédacteurs de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, qui ont estimé que, la monnaie portant sa valeur en elle-même, la question de son évaluation ne se posait même pas. Il n'en reste pas moins que, pour apaiser les inquiets, il eût été préférable que la loi en dise trop plutôt que pas assez.

815-2. Ensuite, au-delà du doute que cette question de l'évaluation fait planer sur la validité des clauses de voie parée dans les conventions d'affectation en garantie de sommes d'argent, c'est surtout le caractère conventionnel de l'attribution de la propriété du bien gagé qui paraît insuffisant au regard des exigences des sûretés sur sommes d'argent. À nos yeux, dans un souci de rapidité et d'efficacité, l'attribution de la propriété de la monnaie affectée en garantie ne devrait pas dépendre des conventions, des formules rédactionnelles diverses et variées que sont susceptibles de retenir les parties, ou encore des oublis dont elles sont capables. L'attribution de la propriété des sommes affectées en garantie, qu'elles soient confondues ou non dans le patrimoine du créancier nanti, devrait être automatique, et, par conséquent, prévue par la loi. Autrement dit, le « pacte comissoire » devrait être légal quand l'objet de la garantie est de la monnaie fiduciaire ou scripturale. L'attribution de la propriété des sommes affectées en garantie serait donc légale, et non pas conventionnelle.

816. Enfin, l'enjeu de conférer un caractère légal, et non conventionnel, à l'attribution au créancier de la propriété de la monnaie fiduciaire ou scripturale, confondue ou non dans son patrimoine, est d'autant plus important qu'à supposer même que l'attribution conventionnelle fût le mode de réalisation « le moins pire » pour les sûretés sur sommes d'argent, celle-ci est, en l'état du droit, susceptible d'être paralysée

¹⁵⁷ Article 2372-3, alinéa 3, du code civil.

en cas de procédure collective du constituant, en application de l'article L. 622-7, I, alinéa 3, du code de commerce, qui dispose que le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde « fait obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte comissoire » et qui est applicable aux jugements d'ouverture des procédures de redressement et de liquidation judiciaires, par renvoi des articles L. 631-14 et L. 641-3 du code de commerce. Autrement dit, si elle était soumise au régime de réalisation du gage de choses fongibles, et plus particulièrement à sa réalisation par voie d'attribution conventionnelle, toute affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale, confondue ou non dans le patrimoine du créancier, pourrait être paralysée dès lors qu'une procédure collective serait ouverte à l'encontre du constituant.

817. Certains auteurs, dont le professeur Didier-René Martin¹⁵⁸, ont argué de ce que le régime de réalisation du gage précédemment décrit ne devait pas être entendu comme s'appliquant au cas où le gage porterait sur des choses fongibles, et notamment des sommes d'argent. Dans ce cas, alors même qu'aucune exception ni aucun régime de réalisation spécifique ne sont prévus par la loi, il conviendrait de s'exonérer des règles fixées par le code civil au profit d'une réalisation simple et énergique : l'affectation en garantie de monnaie, tout au moins lorsqu'elle est confondue dans le patrimoine du créancier, se dénouerait par la « pure application, à due concurrence, des fonds engagés, à la créance garantie, devenue exigible et demeurée impayée ».

818. Cette analyse, outre le fait qu'elle bâtit un régime de réalisation des sûretés sur sommes d'argent dans le silence de la loi - qu'elle prétend combler sans possibilité d'erreur d'interprétation - ne règle pas le problème du fondement de leur réalisation puisque la notion d'« application » des sommes remises en garantie à la créance garantie ne correspond pas à un mécanisme juridique connu. S'agit-il d'une compensation ? Pourquoi ne pas avoir alors employé le terme de « compensation » ? S'agit-il d'une attribution conventionnelle ou légale de la propriété des sommes remises en garantie ?

¹⁵⁸ D. R. Martin, « Du gage-espèces », D. 2007, pp. 2256 et s. : « l'épreuve de ce régime légal révèle qu'il ne s'accorde pas exactement à l'économie de cette sûreté : en particulier, les modes de réalisation du gage qu'il prévoit n'ont, à son propos, aucun sens. Qu'il s'agisse en effet de la vente en justice du bien gagé (article 2346), de son attribution judiciaire en paiement (article 2347) ou de son appropriation conventionnelle pour une valeur déterminée à dire d'expert, on voit que ces procédés sont inadéquats à l'hypothèse d'une acquisition *ab initio* et originaire, par le créancier, de la propriété des fonds à lui remis en gage. Le législateur n'a pas prévu le mode de réalisation d'un gage qu'il n'ignore pourtant pas : celui qui porte sur les choses fongibles non séparées et confondues dans les actifs du créancier garanti (article 2341 al. 2). Pareille omission – par économie de moyen – s'explique sûrement par l'évidence de la solution : la réalisation s'opère par pure application, à due concurrence, des fonds engagés à la créance garantie, devenue exigible et demeurée impayée ».

819. Pour tenter d'éclaircir la notion, le professeur Didier-René Martin procède à un rapprochement avec l'actuel régime de réalisation du nantissement de créance qui a, selon nous, instauré un véritable « pacte comissoire légal »¹⁵⁹. En effet, dire que « la réalisation s'opère par pure application, à due concurrence, des fonds engagés à la créance garantie, devenue exigible et demeurée impayée », ce n'est dire rien d'autre que ce qu'énonce l'article 2364, alinéa 1^{er}, du code civil, qui dispose que « les sommes payées au titre de la créance nantie s'imputent sur la créance garantie lorsqu'elle est échue », et qui doit être lu en lien avec l'article 2366 qui prévoit que « s'il a été payé au créancier nanti une somme supérieure à la dette garantie, celui-ci doit la différence au constituant ».

B – Les défauts du régime de réalisation des nantissements de créance et de compte.

820. En l'état du droit, lorsque la monnaie scripturale affectée en garantie n'est pas confondue dans le patrimoine du créancier, la sûreté est susceptible de se dénouer par une forme de « pacte comissoire légal », sans qu'il y ait lieu à distinguer selon que les sommes remises en garantie sont inscrites au crédit d'un compte bloqué (nantissement de créance) ou d'un compte non bloqué (nantissement de compte). En effet, l'article 2364, alinéa 1^{er}, du code civil prévoit que, lorsque la créance garantie est échue, « les sommes payées au titre de la créance nantie s'imputent sur la créance garantie ».

¹⁵⁹ *Ibidem* : « en cas de défaillance du débiteur, et sous réserve de mise en demeure, le créancier affecte les fonds au remboursement de sa créance (article 2364, al. 2, *in fine*). Il se les approprie donc en paiement – légalement et de son seul chef – comme il le ferait, conventionnellement, de l'objet d'un gage corporel à valeur prédéterminée. [...] En cas de gage avec dépossession de choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent (article 2341, al. 1er). S'il n'en est pas expressément dispensé par le constituant, la loi laisse à leur accord le soin de fixer les modalités de cette séparation destinée, encore, à préserver la propriété du constituant sur les fonds engagés [...] Il est probable que les parties conviendront d'un versement de la somme sur un compte bancaire ouvert au nom du créancier, sous rubrique du constituant, et notamment d'un compte à terme productif d'intérêts, prorogable et résiliable à discrétion. Ainsi se trouverait rétablie, comme précédemment, l'hypothèse que la sûreté soit [...] regardée comme un nantissement de créance de solde. [...] À l'instar de ce que l'article 2364 permet au créancier nanti, il affecterait ainsi, de sa seule initiative, les fonds au remboursement de sa créance ».

Le professeur Didier-René Martin en conclut que le dénouement d'un gage de choses fongibles confondues au sein du patrimoine du créancier ressemble à s'y méprendre à celui d'un nantissement de créance où créance garantie et créance nantie sont échues : « cette issue, seule concevable, évoque alors irrésistiblement celle du nantissement de créance lui-même. [...] Hors le cas, improbable, où il se fait attribuer la créance donnée en nantissement (article 2365), le créancier ainsi garanti parvient au dénouement forcé de sa sûreté par une double opération : la perception des sommes payées au titre de la garantie puis leur affectation au remboursement de sa créance devenue exigible dans la limite des sommes impayées [...] Que cette perception précède (article 2364 al. 1er) ou suive (al. 2) l'exigibilité de la créance garantie, elle a toujours pour effet de rendre le créancier propriétaire des deniers reçus et fongibles, par confusion avec ses propres avoirs et sous réserve de restitution au constituant du trop-perçu. Où l'on voit que le nantissement de créance de somme d'argent et le gage-espèces se réalisent exactement de la même manière : par application, instantanée ou différée, au règlement de la créance garantie, des fonds reçus par son titulaire – à titre de gage ou de paiement de la créance garantie – et devenus sa propriété par acquisition originaire, dans le premier cas, et par dation, dans le second » (italiques ajoutées).

821. Droit préférentiel ou exclusif à compter de la notification ? – D'une façon plus générale, l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés a clarifié et rendu plus efficaces tout à la fois les modalités de réalisation du nantissement de créance¹⁶⁰ – applicables au nantissement de compte – et les droits reconnus au créancier nanti avant même la réalisation de la sûreté. L'ordonnance a distingué selon que le débiteur de la créance nantie est, ou non, informé du nantissement de créance par la voie d'une notification (articles 2362 et 2363 du code civil), et en investissant le créancier nanti d'un droit exclusif sur les sommes versées par le débiteur de la créance nantie, au titre de cette dernière, à compter de la notification du nantissement.

822. S'inspirant du régime établi par l'article L. 313-28 du code monétaire et financier en matière de cession de créances professionnelles par voie de bordereau Dailly, l'ordonnance de 2006 a distingué l'opposabilité du nantissement de créance aux tiers non intéressés (*penitus extranei*) de l'opposabilité dudit nantissement au tiers intéressé qu'est le débiteur de la créance nantie – dont il faut admettre, avec le professeur Philippe Théry, qu'il n'est « pas un tiers ordinaire »¹⁶¹. Si le nantissement est opposable aux premiers sans formalité (par la seule apposition d'une date de signature sur le contrat, en application de l'article 2361 du code civil), il l'est au second par la voie d'une notification emportant interdiction faite au débiteur de la créance nantie de payer son créancier (le constituant), sur le modèle de l'interdiction de payer le cédant d'une créance professionnelle (article L. 313-28 du code monétaire et financier).

823. L'article 2362, alinéa 1^{er}, du code civil dispose que « pour être opposable au débiteur de la créance nantie », lorsque ce dernier n'est pas intervenu à l'acte, « le nantissement de créance doit lui être notifié ». Le second alinéa du même article prévoit qu'à défaut de notification, « seul le constituant reçoit valablement paiement de la

¹⁶⁰ Rappelons que l'article 2364 du code civil définit les modalités de réalisation du nantissement de créance lorsque la créance nantie est exigible, et que l'article 2365 du même code définit ses modalités de réalisation lorsque la créance nantie n'est pas exigible. Lorsque la créance nantie est exigible et que la créance garantie l'est aussi, l'article 2364, alinéa 1^{er}, assure au créancier nanti un paiement direct par le débiteur de la créance nantie. Lorsque la créance nantie est exigible mais que la créance garantie ne l'est pas, l'article 2364, alinéa 2, du code civil confère au créancier nanti une certaine maîtrise sur la créance nantie puisqu'il perçoit alors les sommes dues au titre de la créance nantie et les verse sur un compte spécial dont il a le contrôle.

Lorsque la créance nantie n'est pas exigible et que la créance garantie est exigible, l'article 2365 du code civil offre au créancier nanti une option : soit celle d'attendre paisiblement l'échéance de la créance nantie pour être payé directement par le débiteur de cette créance (article 2365, alinéa 2), soit celle de s'assurer la maîtrise de la créance nantie en s'en faisant attribuer la propriété soit par le juge soit par un pacte commissaire stipulé dans la convention de nantissement (article 2365, alinéa 1^{er}).

De ce que l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 a ainsi « verrouillé » la réalisation du nantissement de créance pour en assurer au créancier nanti la plus grande maîtrise, le professeur Philippe Dupichot (« Le nantissement, un an après », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 27), conclut que la sûreté « a incontestablement retrouvé une efficacité qui devrait lui permettre de s'imposer comme une sûreté efficace, et ce même en cas de procédure collective ».

¹⁶¹ Ph. Théry, note sous Cass. com. 19 décembre 2006 (*Defrénois* 2008, art. 38726-2, n° 4, p. 414).

créance nantie ». Selon le professeur Philippe Théry, l'adverbe « valablement » tel qu'employé dans l'article 2362 du code civil « ne peut se rapporter qu'au caractère libératoire du paiement effectué par le débiteur : le débiteur paie valablement parce qu'il paie le seul créancier qu'il connaît »¹⁶², conformément à l'article 1240 du code civil¹⁶³. En revanche, selon le même auteur, cela ne signifie pas que le constituant reçoive *valablement* le paiement de son débiteur « puisque la somme qu'il reçoit n'est rien d'autre que la valeur qu'il a affectée au profit du créancier. Au mieux, il reçoit ce paiement pour le compte du créancier »¹⁶⁴.

824. Mais non contente de régler la situation des droits des deux créanciers (le constituant et le créancier nanti) en l'absence de notification, l'ordonnance de 2006 a également réglé la situation des droits du créancier en cas de notification. L'article 2363, alinéa 1^{er}, du code civil dispose en effet que, dans cette hypothèse, « après notification, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêts ». De ce que le créancier nanti est décrit par la loi comme étant le seul à pouvoir percevoir les sommes versées au titre de la créance nantie, les auteurs en ont déduit qu'il avait sur celles-ci non plus un simple droit de préférence, mais un véritable droit exclusif opposable à tous les autres créanciers du constituant¹⁶⁵.

Le problème est de savoir quel est le fondement de cette exclusivité¹⁶⁶ : est-ce la nature du droit – qui serait un droit de propriété ? Ou est-ce un lien de connexité résultant de la notification – qui conférerait au créancier nanti une sorte de droit de rétention sur les sommes à lui versées par le débiteur de la créance nantie ?

¹⁶² *Idem.*

¹⁶³ L'article 1240 du code civil dispose que « le paiement fait de bonne foi à celui qui est en possession de la créance est valable, encore que le possesseur en soit par la suite évincé ».

¹⁶⁴ Ph. Théry, note sous Cass. com. 19 décembre 2006 (*Deffrénois* 2008, art. 38726-2, n° 4, p.414).

¹⁶⁵ R. Allouche et R. Richard, « Les garanties dans les financements à effet de levier », *RD bancaire et fin.*, n° 3, mai 2008, dossier 21 : « le mode de réalisation du nantissement de compte est alors très intéressant pour le créancier nanti, puisque ce dernier dispose d'un véritable droit à paiement direct contre le teneur de compte. En effet, en cas de défaillance du débiteur, le solde du compte nanti (à concurrence du montant de sa créance), "sous réserve de la régularisation des opérations en cours", devient une créance exigible, sans qu'il n'y ait besoin de recourir à un mécanisme translatif de propriété [...] Le créancier nanti prime les saisies-attributions ou les avis à tiers détenteurs qui interviendraient de manière postérieure à l'acte, ainsi que les autres créanciers nantis postérieurs, et ce y compris dans le cadre de procédures collectives, lorsque l'acte de constitution est antérieur au jugement d'ouverture. »

¹⁶⁶ Tout en reconnaissant au créancier nanti un « droit exclusif de recevoir le paiement », le professeur Laurent Aynès ne propose pas de fondement précis susceptible de justifier cette exclusivité dont il écrit qu'elle place le nantissement de créance « à mi-chemin du gage et de la cession fiduciaire » dans la mesure où « le droit au paiement, attaché à la notification au débiteur de la créance nantie, fait passer de l'octroi d'une préférence [...] à celui d'une exclusivité » (« Le nantissement de créance, entre gage et fiducie », *Droit et patrimoine* 2007, n° 162, pp. 66 et s.).

825. Avant que ne soit adoptée la loi de modernisation de l'économie n° 2008-776 du 4 août 2008, la majorité des auteurs penchait pour l'analyse du droit du créancier nanti comme étant un droit exclusif proche du droit de propriété d'un créancier fiduciaire. C'est ce que fit dire au professeur Hervé Synvet que le nantissement de créance conférait au créancier des droits semblables à ceux que lui conférerait une cession, « dans la mesure où l'*accipiens* désigné est le créancier nanti, [et où] celui-ci est rempli de ses droits » de sorte qu'« il n'est plus nécessaire de lui ménager une préférence »¹⁶⁷. Pourtant, le nantissement de créance étant une sûreté sans dépossession, il était difficile d'imaginer, avant la loi du 4 août 2008 précitée, que ce dernier conférât au créancier nanti un droit de rétention sur les sommes versées au titre de la créance nantie, du moins en l'absence de texte le lui reconnaissant expressément.

826. Cette analyse était donc contestée par d'autres auteurs, au premier rang desquels le professeur Philippe Théry, pour qui la notification prévue aux articles 2362 et 2363 du code civil ne permettait en aucun cas d'investir le créancier nanti d'un droit exclusif sur les sommes versées par le débiteur des créances nanties, au détriment des autres créanciers du constituant. S'il est vrai que l'article 2363 du code civil dispose qu'« après la notification, seul le créancier nanti reçoit *valablement* paiement de la créance donnée en nantissement » (italiques ajoutées), l'adverbe *valablement* doit être compris dans le même sens que celui qu'il a dans l'article 2362 du même code, à savoir que le paiement (fait au créancier nanti) est libératoire pour le débiteur de la créance nantie. En aucune façon, l'adverbe *valablement* ne signifierait ici que seul le paiement fait au créancier nanti est valable. Ainsi, « déduire de l'article 2363 que le paiement ne peut être valablement fait à personne, sinon au créancier nanti, revient à solliciter abusivement le texte »¹⁶⁸. Selon le professeur Philippe Théry, lorsque deux nantissements de créance sont successivement constitués sur une ou plusieurs créances identiques, le fait que le second créancier nanti perçoive les sommes versées par le

¹⁶⁷ H. Synvet, « Le nantissement de meubles incorporels », *Droit et patrimoine* 2005, n° 140, p.64. Dans le même sens : L. Aynès, « Le nantissement de créance, entre gage et fiducie », *Droit et patrimoine* 2007, n° 162, pp. 66 et s., spéc. p. 69 ; M. Cabrillac, Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 9^e éd., 2010, n° 782, pp. 586-587.

¹⁶⁸ Ph. Théry, note sous Cass. com. 19 décembre 2006 (*Defrénois* 2008, art. 38726-2, n° 4, p.414). *Contra* : P. Crocq, obs. sous Cass. com. 26 mai 2010 (*RTD civ.* 2010, p. 597). Tirant parti de la solution retenue par la Cour de cassation, statuant en sa chambre commerciale, le 26 mai 2010, le professeur Pierre Crocq explique que « la reconnaissance de l'opposabilité de ce droit au paiement exclusif à la liquidation judiciaire du constituant de cette sûreté, laquelle regroupe l'ensemble des créanciers de ce constituant, suppose nécessairement, si on applique la même solution sous l'empire de l'ordonnance du 23 mars 2006, que l'article 2363 du code civil ne se contente pas de régler les rapports entre le débiteur de la créance nantie et les seules parties au contrat de nantissement. Il s'agit donc bien là, ainsi que l'ont soutenu plusieurs auteurs qui étaient membres de la Commission Grimaldi à l'origine de ce texte [...] d'un texte qui a pour objet de conférer au bénéficiaire du nantissement une situation d'exclusivité opposable aux tiers et qui donne au nantissement de créance une efficacité très proche de celle d'une cession Dailly ».

débiteur de la créance nantie (ou des créances nanties) parce qu'il est le seul à avoir notifié un nantissement à ce dernier ou parce qu'il a notifié le nantissement dont il est bénéficiaire avant celui qui a pourtant été constitué en premier, ne signifie nullement qu'il est le seul à pouvoir se payer sur les sommes versées au titre d'un prétendu droit exclusif conféré par la notification. Quoiqu'ayant seul perçu les sommes versées au titre des créances nanties, il ne peut pour autant transformer son droit de préférence sur ces sommes en droit exclusif, ni, par conséquent, échapper au concours avec les autres créanciers du constituant, et en particulier avec le créancier bénéficiaire du premier nantissement. « Ce n'est pas l'article 2363 qui fixe les droits de celui qui reçoit le paiement, mais l'article 2361 », écrit le professeur Philippe Théry¹⁶⁹.

827. L'auteur tire également parti de la rédaction de l'article 2364, alinéa 2, du code civil qui fait obligation au créancier qui reçoit paiement des sommes dues au titre de la créance nantie (échue) avant l'échéance de la créance garantie, de conserver ces sommes sur un compte spécial, et de ne réaliser sa sûreté, une fois la créance garantie échue, que « huit jours après mise en demeure restée sans effet ». Ce serait le signe de ce que le droit du créancier nanti sur les sommes qu'il perçoit au titre de la créance nantie n'est pas un droit exclusif, puisqu'il ne lui est pas permis de mêler ces sommes à celles figurant dans son patrimoine propre, ni, *a fortiori*, d'en disposer.

Qui plus est, le professeur Marc Mignot fait remarquer que, si le droit du créancier nanti avait été exclusif, le législateur n'aurait pas eu besoin d'inscrire à l'article 2365 du code civil la possibilité d'une attribution judiciaire ou conventionnelle de la créance nantie¹⁷⁰.

828. Selon le professeur Marc Mignot, le courant doctrinal qui reconnaît au créancier nanti un droit exclusif sur la créance nantie à compter de la notification procède d'une mauvaise interprétation de la notion d'indisponibilité. S'il est vrai, selon lui, que la notification a pour effet de rendre la créance nantie indisponible comme le

¹⁶⁹ Ph. Théry, note sous Cass. com. 19 décembre 2006 (*Defrénois* 2008, art. 38726-2, n° 4, p.414). Et l'auteur d'ajouter : « si cette lecture des textes est admise, il faut se demander si, en dépit du nantissement et de son opposabilité, certains créanciers privilégiés ne pourraient exercer leurs droits sur la créance nantie, ceux en tout cas dont les privilèges priment la préférence résultant du gage ».

¹⁷⁰ M. Mignot, « L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », *RD bancaire et fin.*, janvier-février 2010, étude n° 2, pp. 17 et s, spéc. p. 24. On fera remarquer que la lecture que fait le professeur Marc Mignot des articles 2364 et 2365 du code civil nous paraît erronée. L'auteur explique notamment que l'article 2364, alinéa 1^{er}, aurait vocation à s'appliquer au cas où la créance garantie est échue et que la créance nantie ne l'est pas – alors que cette disposition régit la situation où créance garantie et créance nantie sont échues. Qui plus est, il est contradictoire de démontrer que la notification ne confère pas de paiement prioritaire – ce qui suppose que le droit du créancier bénéficiaire d'un nantissement constitué en premier mais notifié en second devrait l'emporter sur le droit du créancier bénéficiaire d'un nantissement constitué en second mais notifié en premier – pour achever son raisonnement en affirmant que « le nantissement ayant fait l'objet d'une notification au débiteur de la créance nantie en premier l'emporte sur les autres » (*ibidem*, p. 26).

ferait une saisie conservatoire, elle ne rend pas pour autant cette créance nantie totalement insaisissable par les autres créanciers du constituant. L'indisponibilité, au demeurant attachée à la plupart des sûretés réelles dès leur constitution, ne devrait pas être confondue avec l'exclusivité : la première confère au créancier nanti un paiement préférentiel tandis que la seconde confère à ce créancier un paiement prioritaire¹⁷¹.

829. Il n'y aurait donc pas lieu, selon les professeurs Philippe Théry et Marc Mignot, de postuler que le nantissement de créance accorde au créancier plus de droits que n'importe quelle autre sûreté réelle, autrement dit plus qu'un droit de préférence¹⁷².

830. Droit de rétention à compter de la notification. – Dans la mesure où la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 a assorti tout gage sans dépossession d'un droit de rétention au profit du créancier bénéficiaire de la sûreté, en introduisant un 4° à l'article 2286 du code civil, on peut penser que, par analogie, le créancier bénéficiaire d'un nantissement de créance, sûreté sans dépossession, jouit aussi d'un droit de rétention sur les sommes versées par le débiteur de la créance nantie. Cette analyse avait, du reste, été suggérée par certains auteurs avant même l'adoption de la loi du 4 août 2008¹⁷³. Autrement dit,

¹⁷¹ *Ibidem*. Le professeur Marc Mignot distingue entre l'indisponibilité résultant de la seule constitution du nantissement de créance et existant donc avant la notification, de l'indisponibilité « renforcée » résultant de la notification. Avant la notification, la seule constitution du nantissement, en rendant la créance indisponible, emporte trois effets :

- interdire au constituant de disposer de la créance nantie, par exemple en la cédant ou en opérant une novation par changement de créancier ;
- empêcher l'effet attributif de la saisie-attribution ou de l'avis à tiers détenteur, sans pour autant rendre la saisie impossible ;
- interdire au débiteur de la créance nantie d'opposer au créancier nanti certaines causes d'extinction de la créance nantie (par remise de dette, novation ou transaction) – sous réserve de l'extinction liée au paiement fait au constituant, à une dation en paiement, à une compensation, à la prescription ou à la confusion.

Après la notification, cette indisponibilité est renforcée dans la mesure où le débiteur de la créance nantie ne peut opposer au créancier les causes d'extinction de la créance nantie liées à une remise de dette, à une novation, à une transaction, à une compensation, à une dation en paiement ou au paiement fait au constituant, et dans la mesure où le débiteur de la créance nantie ne peut verser les sommes dues au titre de la créance nantie qu'au créancier nanti – ce qui n'interdit pas pour autant à d'autres créanciers du constituant de diligenter des saisies sur la créance nantie (*contra* : S. Torck, « Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 », *RD bancaire et fin.*, janvier 2008, n° 1, étude n° 2 : « tant que dure le nantissement, aucune saisie n'est possible sur le compte »). Le « pouvoir de blocage » reconnu au créancier nanti ne serait pas lié à un quelconque droit de rétention, mais à une initiative – la notification – qui aurait des effets similaires à ceux d'une saisie conservatoire de créance qui, comme la jurisprudence l'a précisé, n'exclut pas une saisie-attribution ultérieure de la même créance par un autre créancier (Cass. 2° civ. 28 février 2006, Bull. civ. II, n° 59 ; 18 janvier 2007, Bull. civ. II, n° 17).

¹⁷² Ph. Théry, note sous Cass. com. 19 décembre 2006 (*Defrénois* 2008, art. 38726-2, n° 4, p.414) : « comment la notification ferait-elle acquérir au créancier un droit exclusif alors que le débiteur n'est pas défaillant ? Ce droit exclusif, s'il existait, ne rendrait-il pas inutiles le pacte commissaire et l'attribution judiciaire ? [...] Pour quelle raison aurait-on écarté, à propos du nantissement de créances, la technique habituelle de protection du créancier titulaire d'une sûreté réelle, c'est-à-dire le droit de préférence ? »

¹⁷³ L. Aynès, P. Crocq, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Coll. droit civil, LGDJ, 7° éd., 2013, n° 536, p. 266 : « la notification constitue, en effet, l'exercice d'un pouvoir de blocage de la créance, conféré par la réforme du droit des sûretés au créancier nanti et qui constitue une forme de droit de rétention, ce droit de rétention conférant au créancier nanti un droit exclusif de recevoir le paiement ». Dans le même sens : M.-N. Jobard-Bachelier, M. Bourassin, V. Brémond, *Droit des sûretés*, Sirey 2007, n° 1804. *Contra* : Ph. Théry (note précitée sous Cass. com. 19 décembre 2006) écrivant, avant la loi du 4 août 2008 : « l'idée que la notification confère au créancier nanti un droit de rétention est très discutable. L'article 2286 du code civil, qui gouverne le droit de rétention, envisage une "chose" [...] La lettre du texte n'en permet pas l'extension aux droits incorporels, à moins que le législateur ne l'ait expressément prévu ». L'argument soulevé par le professeur Philippe Théry reste valable malgré l'adoption de la loi du 4 août 2008, puisque celle-ci a introduit à l'article 2286 du code civil un 4° qui vise le « gage sans

même si l'analyse du droit du créancier comme étant un droit de propriété semblable à celui d'un créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté ne convainc pas, il est permis d'exclure désormais le raisonnement du professeur Philippe Théry et, plus largement toute remise en cause de l'exclusivité du droit du créancier nanti, sur le fondement du droit de rétention¹⁷⁴. Force est donc d'en conclure que même si ce n'est pas un droit semblable à celui de la propriété fiduciaire qui rend le droit du créancier nanti exclusif et opposable à tous, c'est au moins un droit de rétention qui lui garantit cette exclusivité¹⁷⁵.

831. Le mode de réalisation du nantissement de créance (et du nantissement de compte) corrobore l'exclusivité du droit du créancier nanti sur les sommes perçues au titre des créances monétaires affectées en garantie, puisque l'article 2364, alinéa 1^{er}, du code civil prévoit que, lorsque la créance garantie est échue, « les sommes payées au titre de la créance nantie s'imputent sur la créance garantie ». Sorte de « pacte comissoire légal » assortissant tout nantissement de créance, l'« imputation », sur la créance garantie échue, des sommes versées au titre de la créance nantie place le créancier nanti dans une situation d'exclusivité comparable à celle que lui conférerait la compensation.

832. Mais si, en termes d'efficacité, l'« imputation » des sommes versées au titre de la créance nantie sur celles dues au titre de la créance garantie est proche de la compensation entre la dette garantie du débiteur-constituant à l'égard du créancier et la dette de restitution du créancier à l'égard du débiteur-constituant, l'une et l'autre

dépossession », et que le gage est une sûreté qui, depuis 2006, ne grève que des biens meubles *corporels*. Toutefois, l'esprit de loi – qui veut rendre efficaces et attractives les sûretés sans dépossession, quelles qu'elles soient – ainsi que la soumission du nantissement de tout bien incorporel autre qu'une créance au régime du gage – résultant du renvoi opéré par l'article 2355, alinéa 5, du code civil – incitent à préférer une lecture extensive de l'article 2286, 4^o, du code civil, et pour la reconnaissance d'un droit de rétention au profit de toute sûreté sans dépossession – y compris le nantissement de créance. D'autant que la loi a déjà consacré l'exercice d'un droit de rétention sur des biens meubles incorporels avec l'article L.211-20, IV, *in fine* du code monétaire et financier (relatif au droit de rétention assortissant le nantissement de compte de titres financiers).

¹⁷⁴ Dans le même sens : Ph. Dupichot, « Le nantissement, un an après », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 27 (« de solides arguments militent pour la reconnaissance au créancier nanti d'un pouvoir de blocage qui confine à la reconnaissance d'un droit de rétention – inexpugnable – sur un bien incorporel » ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, Précis Dalloz, 6^e éd., 2012, n° 645, pp. 575-576.

¹⁷⁵ Ce faisant, le nantissement de créance, dans son régime actuel, ne présente plus la faiblesse qui était la sienne, dans son ancien régime, et qui, selon le professeur Dominique Legeais, expliquait la préférence des praticiens pour la cession de créance à titre de garantie. Selon cet auteur, « si les rédacteurs d'actes ont cherché à faire produire à la cession [de créance] une fonction de garantie, c'est parce qu'elle présente de nombreux avantages sur le nantissement qui, en l'état de notre droit, constitue une sûreté peu satisfaisante pour les parties [en l'absence de reconnaissance d'un droit de rétention au créancier nanti]. Le cessionnaire, à la différence du créancier gagiste, évite la loi du concours. Il n'est pas non plus soumis à la procédure longue et formaliste de réalisation du gage » (*Les garanties conventionnelles sur créances*, *op. cit.*, pp. 108-109). Les praticiens n'ont aujourd'hui plus à craindre le risque d'inefficacité qui était associé au nantissement de créance à l'époque où ces lignes ont été écrites et où il n'était pas assorti d'un droit de rétention.

reposent sur des fondements radicalement différents. La compensation suppose que le créancier soit traité, avant même l'échéance de la créance garantie, comme le propriétaire des sommes versées au titre de la créance affectée en garantie, tandis que l'« imputation » suppose que le constituant soit traité comme le propriétaire de ces sommes jusqu'à la date de la réalisation de la sûreté pour défaut de paiement de la créance garantie échue. L'« imputation » constitue en fait une forme d'attribution légale, au créancier nanti, de la propriété des sommes versées au titre de la créance nantie. Et cette attribution légale a des effets proches de ceux de la compensation, si ce n'est similaires à ces derniers, sans pour autant encourir tous les reproches que la doctrine a adressés à la compensation qui, juridiquement, est peu rigoureuse, voire impossible.

833. La très grande proximité des effets de l'« imputation » et de la compensation a conduit certains auteurs à minimiser la différence entre le régime actuel du nantissement de créance (ou de compte) et l'ancien régime de la fiducie-sûreté innommée qualifiée de « gage-espèces »¹⁷⁶. Le professeur Didier-René Martin soutient ainsi qu'« il est tentant de penser que cette similitude rend assez vaine, au fond, la distinction entre le nantissement d'une créance monétaire et un gage d'espèces fiduciaires ou scripturales »¹⁷⁷.

Certains praticiens ont même appelé de leurs vœux l'alignement du régime de la fiducie-sûreté sur celui des sûretés non translatives de propriété au regard des procédures collectives¹⁷⁸. Et la loi a exaucé leurs vœux¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Voir *supra* les développements sur les défauts de l'actuel régime de réalisation du gage de choses fongibles (§ 811-819).

¹⁷⁷ D. R. Martin, « Du gage-espèces », D. 2007, pp. 2556 et s. Le professeur Didier-René Martin argue que « sous cette similitude, c'est le nantissement de créance qui emprunte son mode de réalisation au gage-espèces [entendu comme fiducie-sûreté], et non l'inverse ».

Dans sa note sous l'arrêt Cass. com. 26 mai 2010 (« L'attrait d'une cession fiduciaire requalifiée », D. 2010, p. 2201), M. Nicolas Borga fait sienne l'analyse du professeur Didier-René Martin et soutient que « l'on peut alors se demander ce qui différencie, en droit positif, nantissement de créance et cession fiduciaire à titre de garantie. Sur le terrain de la constitution de ces garanties sur créances, le rapprochement a largement été initié par la réforme du droit des sûretés. En prévoyant que le nantissement « prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte » et qu'il est opposable au débiteur de la créance nantie à compter de la notification qui lui en est faite, les rédacteurs de l'ordonnance du 23 mars 2006 se sont inspirés de la règle connue en matière de cession Dailly. Notons que la cession fiduciaire de créance telle qu'organisée par le code civil est soumise aux mêmes règles par l'article 2018-2 issu de la loi de modernisation de l'économie ».

D'autres auteurs, comme le professeur Maxime Julienne, ont même formulé le souhait que le nantissement de créance se voie appliquer le régime de réalisation du « gage-espèces », que l'auteur croit identifier dans le gage avec dépossession de choses fongibles régi par l'article 2341 du code civil (*Le nantissement de créance*, 2011, thèse dirigée par L. Aynès et soutenue à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, § 211 et s., pp. 136 et s.).

¹⁷⁸ J. - F. Adelle, « L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie de droit commun ? », *RD bancaire et fin.*, n° 2, mars 2007, étude n° 5 : l'avocat admet que « la généralisation de la sûreté-propriété est susceptible de fragiliser le redressement des entreprises en procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire car elle favorise le paiement de créanciers antérieurs bénéficiant de cessions en garantie de créances futures avant la fin de la période d'observation et, de ce fait, prive les entreprises de l'utilisation des moyens nécessaires à leur redressement », mais propose pour y remédier que « le droit de la faillite homogénéise, ou du moins rapproche, le traitement des sûretés-propriétés et du gage ».

¹⁷⁹ L'article L. 622-13 du code de commerce, qui pose le principe du maintien des contrats en cours au jour de l'ouverture d'une procédure de sauvegarde et qui, par renvoi de l'article L. 631-14 du même code, est applicable à la procédure de redressement judiciaire, prévoit que ses dispositions ne concernent pas le contrat de fiducie, « à l'exception de la convention en exécution de laquelle le débiteur conserve l'usage ou la jouissance de biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire ». L'article

834. Néanmoins, pour ce qui concerne les créances monétaires, d'autres auteurs soulignent que, pour être de plus en plus ténue, la distinction entre le nantissement de créance et la cession à titre de garantie n'en est pas moins réelle. Ainsi, le professeur Pierre Crocq montre que la possibilité, pour le débiteur de la créance affectée en garantie, d'opposer une exception de compensation n'est pas la même selon qu'il s'agit d'un nantissement ou d'une fiducie-sûreté. Dans le cadre d'une cession à titre de garantie, lorsqu'il n'a pas accepté la cession, le débiteur de la créance cédée ne peut plus opposer au créancier cessionnaire l'exception de compensation qu'il aurait pu invoquer dans ses rapports avec le débiteur de la créance garantie, si les créances cédée et garantie ne sont pas connexes¹⁸⁰ et si les conditions de la compensation n'ont été réunies qu'après la notification de la cession¹⁸¹, c'est-à-dire qu'après que la cession lui est devenue opposable. Dans le cadre d'un nantissement de créance, le débiteur de la créance nantie peut toujours opposer au créancier nanti l'exception de compensation tenant à ses rapports avec le constituant puisque ce dernier reste titulaire de la créance jusqu'à la réalisation de la sûreté, « peu important ici que les conditions légales de la compensation soient réunies avant ou après que le nantissement lui a été notifié et peu important également que le débiteur de la créance nantie soit, ou non, intervenu à l'acte de nantissement »¹⁸².

L. 622-23-1 du même code ajoute que « lorsque des biens ou droits présents dans un patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance, aucune cession ou aucun transfert de ces biens ou droits ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêté du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture » et que « cette interdiction est prévue à peine de nullité de la cession ou du transfert ». Autrement dit, la réalisation d'un contrat de fiducie aux fins de gestion ou de sûreté peut être paralysée par le droit des procédures collectives lorsque le contrat est assorti d'une convention de mise à disposition aux termes de laquelle le constituant n'est pas dépossédé des biens ou droits transférés. C'est là une importante limite à la spécificité de la fiducie-sûreté dont le propre était précisément de pouvoir être réalisée nonobstant la procédure collective susceptible d'affecter le constituant. Au regard du droit des procédures collectives, la loi a ainsi amorcé un rapprochement entre le régime de la fiducie-sûreté et celui des sûretés non translatives de propriété.

¹⁸⁰ Cela résulte *a contrario* de l'arrêt Cass. com. 15 juin 1993, D. 1993, p. 495, note Ch. Larroumet ; D. 1994, p. 18, obs. L. Aynès ; *RTD com.* 1993, p. 696, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

¹⁸¹ Cela résulte *a contrario* de l'arrêt Cass. com. 14 décembre 1993 (D. 1994, p. 269, note Ch. Larroumet ; *RTD com.* 1994, p. 332, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

¹⁸² P. Crocq, obs. sous Cass. com. 26 mai 2010 (*RTD civ.* 2010, p. 597). Dans le même sens : N. Borga, note sous Cass. com. 26 mai 2010 (D. 2010, p. 2201). Ce dernier propose de remédier à la différence de traitement entre créancier cessionnaire et créancier nanti au regard de l'exception de compensation. Après avoir écarté le mécanisme de la délégation, qui interdirait au débiteur de la créance nantie (délégué) d'opposer au créancier nanti (délégataire) les exceptions tirées soit de ses rapports avec le constituant (délégant) soit des rapports entre créancier nanti (délégataire) et constituant (délégant), mais qui supposerait la création d'une nouvelle obligation, M. Nicolas Borga suggère de reconnaître au créancier nanti une sorte d'action directe parfaite à l'encontre du débiteur de la créance nantie, qui, une fois le nantissement notifié, permettrait au premier d'immobiliser la créance nantie à son profit et d'interdire au débiteur de la créance nantie à la fois de se libérer en d'autres mains que les siennes et d'opposer les exceptions tirées de ses rapports avec le constituant. Une telle action directe permettrait de rapprocher la situation du créancier nanti de celle du cessionnaire puisque ni le débiteur de la créance nantie ni le débiteur cédé ne pourraient, sauf créances connexes, opposer d'exceptions, notamment de compensation, une fois que le nantissement ou la cession leur auraient été notifiés.

835. Un autre auteur avance l'idée qu'il pourrait y avoir entre le nantissement de créance et la cession à titre de garantie une autre différence de régime, en matière de déclaration de créance à la procédure collective du cédant ou du constituant. M. Nicolas Borga explique que, si l'on devait retenir pour la propriété cédée à titre de garantie la même solution que celle qui l'a été pour la propriété retenue à titre de garantie¹⁸³, alors le créancier cessionnaire devrait être dispensé de déclarer la créance garantie à la procédure collective du cédant dont le patrimoine est censé ne plus comprendre la créance cédée à titre de garantie. En revanche, il ne devrait pas, selon nous, être dispensé de déclarer sa créance à la procédure collective du débiteur cédé dont il est un créancier chirographaire parmi d'autres. Pour ce qui est du nantissement de créance, dans la mesure où il s'agit d'une sûreté qui est l'accessoire d'une créance garantie, et dans la mesure où, lors de la constitution de la sûreté, la créance nantie ne quitte pas le patrimoine du constituant, il paraît difficile de dispenser le créancier nanti qui souhaiterait agir contre le débiteur de la créance nantie, de déclarer la créance garantie à la procédure collective du constituant, en particulier lorsqu'il n'a pas notifié le nantissement au débiteur de la créance nantie. Et il semble tout aussi difficile d'admettre que le créancier nanti puisse agir contre le débiteur de la créance nantie alors qu'il n'aurait pas informé les organes de la procédure collective dudit débiteur du droit de préférence dont il jouit sur les sommes dues.

836. Si la réforme du régime de réalisation du nantissement de créance (et de compte) opérée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 a contribué à rapprocher grandement les effets du nantissement de créance de ceux d'une fiducie-sûreté, il n'en reste pas moins qu'il subsiste entre ces deux modes d'affectation en garantie des différences qui peuvent justifier l'utilité du recours au régime de la fiducie-sûreté dont l'efficacité et la clarté peuvent être appréciables au stade de la réalisation de la garantie portant sur de la monnaie (fiduciaire ou scripturale) confondue dans le patrimoine du créancier.

¹⁸³ Il a en effet été jugé que le vendeur impayé agissant en revendication de la propriété des biens vendus, au titre d'une clause de réserve de propriété, pouvait se prévaloir de cette garantie alors même que la créance du prix de vente dont elle était l'accessoire n'avait pas été déclarée à la procédure collective de l'acheteur et qu'en l'état du droit alors applicable, elle était donc éteinte (Cass. com. 9 janvier 1996, D. 1996, note F. Derrida ; *RTD civ.* 1996, p. 436, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 1997, p. 331, obs. A. Martin-Serf ; *JCP E* 1996, I, p. 554, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel, et p. 571, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque ; *D. Affaires* 1996, p. 603, note Ch. Larroumet).

C – Les défauts du régime de réalisation de la fiducie-sûreté sur sommes d’argent.

837. Lorsque la monnaie, fiduciaire ou scripturale, est confondue dans le patrimoine du créancier, son affectation en garantie est susceptible d’être soumise au régime de la fiducie-sûreté. Or, depuis l’entrée en vigueur de l’ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, la réalisation de la fiducie-sûreté, jusque là livrée aux propositions et aux débats de la doctrine, est expressément décrite aux articles 2372-3 et 2372-4 du code civil, quand la fiducie-sûreté porte sur un meuble. Ces textes consacrent la thèse proposée en 1997 par le professeur Jérôme François, d’un mode de dénouement *sui generis* de la fiducie-sûreté¹⁸⁴. Ils opèrent une distinction selon que la fiducie-sûreté est avec ou sans entiercement, autrement dit selon que le créancier bénéficiaire se confond (ou non) avec le fiduciaire.

838. Fiducie-sûreté sans entiercement. – Dans l’hypothèse où le créancier bénéficiaire est aussi le fiduciaire, l’article 2372-3, alinéa 1^{er}, prévoit qu’« à défaut de paiement de la dette garantie et sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le fiduciaire, lorsqu’il est le créancier, acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie ». Autrement dit, lorsque la fiducie-sûreté est sans entiercement, la fiducie-sûreté ne se réalise ni par la compensation légale ni par la compensation conventionnelle mais par un mécanisme propre à la fiducie-sûreté. Ce mécanisme est moins une interversion de la propriété qui, de temporaire, deviendrait définitive – comme le suggérait le professeur Jérôme François¹⁸⁵ – que la reconstitution entre les mains du fiduciaire d’une propriété démembrée.

839. Dans la perspective qui est la nôtre et qui consiste à analyser la fiducie comme opérant un démembrement de propriété au cours duquel la propriété pleine et entière est vidée de la quasi-totalité de ses attributs – transférés à la propriété fiduciaire – pour n’être plus d’une coquille vide formée du seul *abusus* – non transféré mais

¹⁸⁴ J. François, note sous Cass. com. 3 juin 1997 (D. 1998, p. 61). En ce sens aussi : A. Aynès, note sous Cass. com. 6 février 2007 (*Revue des contrats* 2008, n° 2, p. 425) ; & D. Bureau (« Le gage-espèces : une sûreté atteignant sa maturité ? », *Droit et patrimoine* 1999, n° 77, p. 22) : « la compensation conventionnelle – pouvant autoriser une compensation entre des créances dont l’une n’est pas exigible – serait le meilleur mode de réalisation de la fiducie-sûreté ayant pour objet une somme d’argent. C’est d’ailleurs à ce mécanisme de compensation conventionnelle que s’est référée la Cour de cassation dans sa décision en date du 3 juin 1997. On relèvera cependant qu’en présence d’une aliénation fiduciaire, la compensation conventionnelle n’est peut-être même pas nécessaire : l’essence de la fiducie-sûreté étant, en effet, de permettre au fiduciaire de conserver la propriété du bien à lui remis tant qu’il n’obtient pas satisfaction de son débiteur ; s’il n’obtient jamais satisfaction, il n’aura jamais à restituer ».

¹⁸⁵ *Ibidem*.

néanmoins insusceptible d'être exercé par le titulaire de la propriété « flottante » –, la répartition des attributs de la propriété entre le constituant et le fiduciaire est en effet plus importante que la différence de durée entre la propriété fiduciaire (temporaire) et la propriété pleine et entière (perpétuelle). Or c'est précisément sur le démembrement de propriété qu'insiste l'article 2372-3, alinéa 1^{er}, du code civil – au détriment de la différence de durée. Ce texte prévoit en effet que la fiducie-sûreté sans entiercement se réalise non pas par la transformation de la propriété temporaire en propriété perpétuelle, mais par l'octroi au fiduciaire de l'*abusus* définitif dont il était jusqu'ici privé : « le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, *acquiert la libre disposition* du bien ou du droit cédé à titre de garantie »¹⁸⁶ (italiques ajoutées). Si le contrat de fiducie-sûreté avait pu reconnaître au fiduciaire le droit de disposer de la chose affectée en garantie, c'était nécessairement sous la condition de la remplacer en vertu d'une obligation de restitution qui est aussi une obligation de conservation de la valeur. Cet *abusus* provisoire n'est pas l'*abusus*. L'*abusus*, resté dans le patrimoine du constituant et neutralisé, est ce qui manquait à la propriété fiduciaire pour être une propriété pleine et entière. Aussi est-il naturel que la fiducie-sûreté se réalise par son transfert plutôt que par le passage du temporaire au perpétuel, qui n'en est que la conséquence. Ainsi l'article 2372-3, alinéa 1^{er}, du code civil non seulement consacre un mode de réalisation propre à la fiducie-sûreté, distinct des analyses civilistes classiques fondées sur la compensation (dont la jurisprudence et une partie de la doctrine avaient montré le caractère inapproprié), mais encore invite à adopter l'analyse de la propriété fiduciaire comme constitutive d'un démembrement de propriété.

840. Fiducie-sûreté avec entiercement. – Les alinéas 2 et 3 de l'article 2372-3 du code civil envisagent quant à eux la réalisation de la fiducie-sûreté dans l'hypothèse où le créancier bénéficiaire n'est pas le fiduciaire. Lorsque la fiducie-sûreté est avec entiercement, elle se réalise toujours par la remise au créancier bénéficiaire du bien ou du droit affecté en garantie... mais cette remise peut se faire soit en nature soit par équivalent, si le contrat de fiducie-sûreté le prévoit. Dans l'un et l'autre cas, le mécanisme de réalisation de la fiducie-sûreté avec entiercement ne diffère pas

¹⁸⁶ Le professeur Michel Grimaldi souligne à raison que « cette transmutation n'est pas différente de celle que connaît la propriété réservée, lorsque le créancier réservataire impayé demande la restitution du bien afin de "recouvrer le droit d'en disposer". » (M. Grimaldi et R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », D. 2009, p. 670).

foncièrement de celui d'une fiducie-sûreté sans entiercement. Au lieu d'acquérir une propriété fiduciaire (donc démembrée) commuée en propriété pleine et entière lors de la défaillance du débiteur, le créancier acquiert directement une propriété pleine et entière lors de la défaillance du débiteur – le démembrement de propriété ayant été jusque là organisé entre le tiers fiduciaire et le constituant. Qu'il s'agisse du bien lui-même (remise en nature) ou de son prix (remise par équivalent), l'alinéa 2 de l'article 2372-3 du code civil précise bien que le créancier bénéficiaire peut, lors de la réalisation de la fiducie-sûreté, « librement disposer » de ce qui lui est remis en nature ou par équivalent.

841. Restitutions. – On ne peut que louer la rapidité et l'efficacité du mode de réalisation de la fiducie-sûreté. La simplicité du principe fondateur (la reconstitution d'une propriété démembrée par le transfert de l'*abusus* définitif au créancier bénéficiaire, sans autre formalité) peut paraître amoindrie par les « complications » inévitables qu'engendrent la distinction entre fiducie-sûreté sans entiercement et la fiducie-sûreté avec entiercement (remise ou non de la chose affectée en garantie), mais aussi et surtout la nécessité de prévenir l'enrichissement du créancier bénéficiaire lors de la réalisation de la sûreté. Comme en matière de nantissement, il faudra déterminer la valeur du bien ou du droit cédé à titre de garantie en recourant à un « expert désigné à l'amiable ou judiciairement ». Mais cette « complexité » n'est qu'une chimère lorsque l'objet de la garantie est une somme d'argent – puisque l'article 2372-3, alinéa 3, du code civil précise opportunément que cette évaluation à dire d'expert n'a pas lieu d'être « si le bien est une somme d'argent ». Quant à la restitution de la différence entre la valeur du bien ou du droit affecté en garantie et le montant de la créance garantie, que l'article 2372-4 du code civil met à la charge du créancier, il n'y a pas lieu d'y voir une « complexité ». C'est la pure application du principe de non-enrichissement du créancier qui se fait consentir des sûretés.

À tous ces égards, le régime de réalisation de la fiducie-sûreté organisé par l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 et la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 mérite donc d'être approuvé.

842. Réserve liée à une convention contraire. – Néanmoins, les textes régissant la réalisation de la fiducie-sûreté méritent d'être critiqués sur un point : ils laissent à la discrétion des parties toute latitude pour écarter le régime de réalisation de la sûreté qu'ils édictent. L'article 2372-3, alinéa 1^{er}, du code civil précise en effet que la

fiducie-sûreté se réalise par la reconstitution dans les mains du créancier d'une propriété pleine et entière... « sauf stipulation contraire du contrat de fiducie ». Autrement dit, les parties pourraient refuser que la propriété démembrée et « flottante » du constituant se reconstitue automatiquement en propriété pleine et entière dans le patrimoine du créancier (fiduciaire ou non) lors de la défaillance du débiteur. On pourrait alors imaginer que le créancier soit contraint, en vertu de dispositions contractuelles, de vendre le bien affecté en garantie pour se payer sur le prix – ce qui n'aurait aucun sens quand l'objet du contrat de fiducie-sûreté est une somme d'argent – ou de recourir au juge pour s'en faire attribuer la propriété – ce qui ralentirait l'exécution des sûretés sur sommes d'argent, dont l'intérêt est d'éviter le passage par le juge et par les procédures civiles d'exécution. La simplicité que présente la reconstitution d'une propriété démembrée, de plein droit et sans la moindre formalité, devrait être d'ordre public. La réalisation du « nantissement de monnaie » devrait idéalement obéir à des règles dont la simplicité justifierait qu'elles soient d'ordre public – à la différence de la liberté contractuelle à laquelle est livré le régime de réalisation de la fiducie-sûreté.

843. La définition d'un mode réalisation propre à la fiducie-sûreté peut être interprétée comme interdisant toute assimilation du gage de choses fongibles confondues de l'article 2341, alinéa 2, du code civil à une fiducie qui ne dirait pas son nom. En effet, le professeur Augustin Aynès, qui analyse l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues (ou « gage-espèces ») comme une fiducie-sûreté, a soutenu en 2008 que la fiducie-sûreté et le gage de choses fongibles – même confondues dans le patrimoine du créancier – n'ont pas le même mode de réalisation : la première se réalise selon lui par simple conversion de la propriété fiduciaire en propriété ordinaire, pleine et entière, lors de la défaillance du débiteur ; et le second, toujours selon le même auteur, se réalise nécessairement par l'attribution conventionnelle de la propriété du bien gagé en vertu d'un pacte comissoire – à défaut d'attribution judiciaire. Autrement dit, s'il est nécessaire de passer par une attribution judiciaire ou par une attribution conventionnelle de la propriété du bien affecté en garantie, lors de la défaillance du débiteur, c'est que cette propriété n'a pas été transférée au créancier lors de la constitution de la sûreté, même lorsqu'il s'agit d'un gage de choses fongibles confondues dans le patrimoine du créancier tel que décrit à l'article 2341, alinéa 2, du code civil. De cette différence de régimes de réalisation, le professeur Augustin Aynès a tiré un argument favorable au choix du régime de la fiducie-sûreté pour l'affectation en

garantie de sommes d'argent confondues dans le patrimoine du créancier : en effet, si cette affectation en garantie doit être qualifiée de gage de choses fongibles au sens de l'article 2341, alinéa 2, du code civil, si elle ne peut être réalisée, de la façon la plus simple, que par un pacte comissoire, et si la mise en œuvre du pacte comissoire est paralysée en procédure collective¹⁸⁷, alors mieux vaut, il est vrai, qualifier l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues de fiducie-sûreté, puisque celle-ci peut être réalisée nonobstant la procédure collective du constituant, sans formalités, par simple conversion d'une propriété fiduciaire en propriété pleine et entière¹⁸⁸. Les ordonnances n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 et n° 2009-112 du 30 janvier 2009 ont confirmé ce qui, en 2007, sous la plume du professeur Augustin Aynès, n'était que des supputations relatives au mode de réalisation de la fiducie-sûreté.

Ainsi, lorsque la monnaie fiduciaire ou scripturale affectée en garantie est confondue dans le patrimoine du créancier, on peut, dans un souci d'efficacité, préférer le choix du régime de réalisation de la fiducie-sûreté à celui du régime du gage de choses fongibles confondues.

844. L'intérêt qu'il peut y avoir à s'inspirer du régime de réalisation de la fiducie-sûreté pour définir les modalités de réalisation du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti, n'a pas été diminué par les restrictions qui ont été apportées à la possibilité de réaliser une fiducie-sûreté en cas de procédure collective du constituant par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté.

845. Le principal attrait que l'on trouvait jusqu'ici au régime de la fiducie-sûreté et qui consistait à permettre sa réalisation nonobstant la procédure collective du constituant, a été écorné par ce texte qui a cantonné l'efficacité de la fiducie-sûreté à la procédure de liquidation judiciaire ou au cas d'échec du plan de sauvegarde ou du plan

¹⁸⁷ Articles L. 622-7, L. 631-14 et L. 641-3 du code de commerce.

¹⁸⁸ A. Aynès, note sous Cass. com. 6 février 2007 (*Revue des contrats* 2008, n° 2, p. 425) : « il demeure une différence de nature entre les deux garanties. Le gage-espèces, constitutif d'une véritable cession fiduciaire, a pour objet et pour finalité le transfert de propriété à titre de garantie, alors que dans le gage de choses fongibles ce transfert de propriété n'est pas l'objet de la garantie mais la conséquence de ce que les biens affectés en garantie ont été confondus avec d'autres biens de même nature appartenant au créancier. C'est la raison pour laquelle, à défaut de paiement à l'échéance, le créancier bénéficiaire d'un nantissement de monnaie ne peut conserver la propriété des espèces que par l'effet d'un pacte comissoire (...) À l'inverse, dans le gage-espèces, le créancier conserve la propriété définitive des sommes à défaut de paiement de la créance garantie, sans transfert, au seul titre du dénouement ordinaire du gage-espèces (...) La distinction est essentielle quant aux effets des deux mécanismes, en particulier en cas de procédure collective du constituant. En pareille hypothèse, le pacte comissoire ne peut être mis en oeuvre (C. com., art. L. 622-7 et L. 631-14). Il est donc essentiel de savoir si la garantie en cause est un nantissement de monnaie assorti d'un pacte comissoire, privé d'effet, ou un véritable gage-espèces permettant au créancier de conserver définitivement la propriété des espèces affectées en garantie malgré l'ouverture de la procédure ».

de redressement, et qui a neutralisé la fiducie-sûreté en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire – du moins lorsqu'elle a pour objet des biens ou droits dont le débiteur constituant en procédure collective a conservé l'usage et la jouissance, malgré leur transfert au fiduciaire, en vertu d'un contrat de mise à disposition (article L. 622-23-1 du code de commerce¹⁸⁹).

846. Mais cette paralysie de la fiducie-sûreté assortie d'un contrat de mise à disposition et portant donc *a priori* sur des biens ou droits utiles au maintien de l'activité de l'entreprise ne concerne pas la fiducie-sûreté sur sommes d'argent. Dans la mesure où elles concernent les cas où le(s) bien(s) affecté(s) en garantie est (ou sont) mis à la disposition du constituant qui en conserve l'usage et la jouissance, et donc, potentiellement, les cas où les sommes d'argent affectées en garantie seraient restées dans le patrimoine du constituant, les restrictions à la possibilité de réaliser une fiducie-sûreté ne peuvent s'appliquer à l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale, puisqu'en l'état du droit, celle-ci est, par hypothèse, confondue dans le patrimoine du créancier lorsqu'on envisage son affectation en garantie par la voie d'une fiducie-sûreté.

847. Comme le notent le professeur Michel Grimaldi et M^e Reinhard Dammann, « le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté portant sur des sommes d'argent ou des instruments financiers ne sera pas soumis à la suspension des poursuites »¹⁹⁰. Les récentes modifications du droit de la fiducie et du droit des procédures collectives n'ont donc pas entamé l'avantage que présente, pour un créancier, l'application du régime de la fiducie-sûreté à l'affectation en garantie de sommes d'argent confondues dans son patrimoine, à savoir celui de rester à l'écart de la procédure collective du constituant¹⁹¹.

¹⁸⁹ Article L. 622-23-1 du code de commerce : « lorsque des biens ou droits présents dans un patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance, aucune cession ou aucun transfert de ces biens ou droits ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêté du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Cette interdiction est prévue à peine de nullité de la cession ou du transfert. ».

¹⁹⁰ M. Grimaldi & R. Dammann, « La fiducie sur ordonnances », D. 2009, p. 670. Les auteurs soulignent l'avantage que présente donc la fiducie-sûreté sur titres financiers par rapport au nantissement de compte-titres de l'article L. 211-20 du code monétaire et financier. Alors que le créancier bénéficiaire d'un nantissement de compte-titres doit se soumettre à la procédure collective du constituant (et donc à la suspension des poursuites individuelles), le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté sur titres financiers (dont le constituant ne conserve pas l'usage et la jouissance) peut réaliser la sûreté en restant à l'écart de cette procédure collective.

¹⁹¹ On rappellera que le pacte comissoire qui peut assortir une sûreté réelle comme le nantissement de créance est, par opposition, paralysé en cas de procédure collective du constituant – qu'il s'agisse d'une procédure de sauvegarde (article L. 622-7, I, alinéa 3 du code de commerce), de redressement judiciaire (article L. 631-14 du même code) ou de liquidation judiciaire (article L. 641-3 du même code). Cette paralysie est particulièrement critiquée par le professeur Pierre Crocq qui demande : « à quoi sert [...] un pacte comissoire que l'on ne peut pas invoquer en cas de défaillance du constituant ? » (P.Crocq, « La réforme des sûretés mobilières », in *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, Éditions juridiques et techniques (EJT), Coll. Droit et procédures, 2006, pp. 17 et s.).

Mais elles n'ont pas non plus apporté de réponse aux interrogations relatives à l'analyse, en termes civilistes, du mode de réalisation de la fiducie-sûreté sur sommes d'argent¹⁹².

848. Le régime actuel du nantissement de créance aménage au profit du créancier nanti, d'une part la possibilité de faire valoir un droit de rétention sur les sommes versées au titre de la créance nantie lorsqu'elle est échue avant la créance garantie, et, d'autre part, la possibilité de réaliser rapidement et efficacement la sûreté en imputant, en vertu d'une sorte de « pacte comissoire légal », les sommes versées au titre de la créance nantie sur la créance garantie lorsque cette créance garantie est échue avant la créance nantie. Ces aménagements ont conduit, *de facto*, à exaucer le vœu, émis il y a près de trente ans par le professeur Dominique Legeais, de renforcer le régime de réalisation du nantissement de créance par la modification de la hiérarchie des droits des créanciers sur la créance nantie, puisque le droit de rétention confère au créancier une priorité qui confine à l'exclusivité¹⁹³.

Mais dans le même temps, ils ont rendu moins attractive l'institution de sûretés concurrentes, comme la fiducie-sûreté sur créances dont le régime de constitution et de réalisation laisse en outre à penser qu'elle opère moins un transfert qu'un démembrement de la propriété des créances affectées en garantie.

¹⁹² On notera également qu'il n'a pas été apporté de réponse quant à la question de savoir si la créance garantie par la fiducie-sûreté en général, et par la fiducie-sûreté sur sommes d'argent en particulier, doit être, ou non, déclarée à la procédure collective du constituant. Le professeur Michel Grimaldi et M^e Reinhard Dammann (« La fiducie sur ordonnances », D. 2009, p. 670) proposent deux analyses sans trancher en faveur de l'une plutôt que l'autre. Soit on raisonne par analogie avec la réserve de propriété – au sujet de laquelle il a été décidé que l'action en revendication du vendeur avec réserve de propriété est possible nonobstant l'absence de déclaration de la créance garantie à la procédure collective de l'acheteur débiteur (voir *supra* § 477, note 451 ; § 835, note 183). Soit on insiste sur la fonction de garantie de la propriété qui a été cédée – dans quel cas, comme toute sûreté, la fiducie-sûreté doit être regardée comme l'accessoire d'une créance qui doit être déclarée à la procédure collective du débiteur. Il semblerait toutefois que l'article L. 626-30, alinéa 4, du code de commerce – relatif aux comités de créanciers – invite à préférer la première branche de l'alternative à la seconde. Ce texte dispose en effet que « pour l'application des dispositions qui précèdent aux créanciers bénéficiaires d'une fiducie constituée à titre de garantie par le débiteur, sont seules prises en compte, lorsqu'elles existent, celles de leurs créances non assorties d'une telle sûreté ». En d'autres termes, les créanciers bénéficiaires d'une fiducie-sûreté ne sont associés à la procédure collective (et n'ont donc à la subir) que s'ils ont contre le débiteur d'autres créances non garanties par une fiducie-sûreté, ou que si la valeur liquidative du patrimoine fiduciaire ne suffit pas à les désintéresser et qu'ils restent donc, après la réalisation de la fiducie-sûreté, créanciers chirographaires d'un solde correspondant à la différence entre le montant de la créance garantie et la valeur liquidative du patrimoine fiduciaire.

¹⁹³ Ces aménagements correspondent d'ailleurs, dans les grandes lignes, aux propositions de réforme du régime de réalisation du gage sur créance que faisait le professeur Dominique Legeais en conclusion de sa thèse de doctorat sur *Les garanties conventionnelles sur créances*. L'auteur imagine en effet dans cet ouvrage que « si la créance gagée est exigible avant la créance garantie, c'est le créancier nanti qui recevra paiement », qu'« il convient donc que les sommes reçues soient préalablement affectées à un compte spécial » et que « le créancier gagiste en deviendra définitivement propriétaire si son débiteur n'exécute pas l'obligation » (*op. cit.*, p. 347). À l'inverse, « lorsque la créance garantie sera exigible et que le constituant n'aura pas exécuté son obligation, le créancier pourra [selon le professeur Dominique Legeais] recouvrer la créance nantie ou en disposer sans avoir à obtenir une quelconque autorisation judiciaire », de sorte qu'il « évitera par là-même la loi du concours », puisque « les formalités de réalisation qui sont exigées par le code civil pour tous les gages ne se justifient nullement si c'est une créance qui est nantie » (*ibidem*). L'actuel régime de réalisation du nantissement de créance confère rétrospectivement aux paroles du professeur Dominique Legeais un caractère quasi-prophétique, tant presque tout ce que prévoient les articles 2363 à 2366 du code civil figure dans ses propositions (perception directe des sommes versées au titre de la créance nantie par le créancier nanti, affectation de ces sommes sur un compte spécial jusqu'à l'échéance de la créance garantie, imputation de ces sommes à l'échéance de la créance garantie, validation du pacte comissoire...).

849. Le temps est donc venu, tout au moins pour l'affectation en garantie des « créances » atypiques que sont les sommes d'argent, de mener à son terme le mouvement de rapprochement entre les droits du créancier nanti et ceux du créancier cessionnaire d'une créance à titre de garantie en retenant ce que le régime de réalisation du nantissement de créance peut avoir d'avantageux, lorsque la monnaie affectée en garantie n'est pas confondue dans le patrimoine du créancier, et en empruntant au régime de réalisation de la fiducie-sûreté ce qu'il peut avoir d'intéressant, lorsque la monnaie affectée en garantie est confondue dans le patrimoine du créancier.

Section II. Le dénouement du nantissement de monnaie par l'attribution automatique de la propriété des sommes nanties, ou sa reconstitution automatique, si elle est démembrée, allierait simplicité, efficacité et sécurité juridique.

850. L'analyse des différents régimes qui, en l'état du droit, sont susceptibles de s'appliquer à la réalisation de l'affectation en garantie des sommes d'argent a montré que, si le régime de réalisation du gage – qui s'applique sans exception au gage de choses fongibles – était particulièrement inadapté aux sûretés sur sommes d'argent, le régime de réalisation des nantissements de créance et de compte pouvait être une source d'inspiration lorsque la monnaie affectée en garantie n'était pas confondue dans le patrimoine du créancier nanti, et que celui de la fiducie-sûreté pouvait également être une piste intéressante pour définir le régime de réalisation du nantissement portant sur de la monnaie confondue dans le patrimoine du créancier nanti.

851. Le régime de réalisation du « nantissement de monnaie » sera donc dual. Lorsque la monnaie fiduciaire ou scripturale affectée en garantie ne sera pas confondue dans le patrimoine du créancier nanti, et que sa propriété n'aura pas été démembrée, mais qu'elle sera au contraire restée, pleine et entière, dans le patrimoine du constituant, le « nantissement de monnaie » se dénouera par une attribution légale de la propriété des sommes nanties, constitutive d'une sorte de

« pacte comissoire légal » et insusceptible d'être mise en échec par la procédure collective du constituant.

852. Lorsque la monnaie fiduciaire ou scripturale affectée en garantie sera confondue dans le patrimoine du créancier nanti, et que sa propriété aura donc été démembrée, pour n'être plus qu'une « propriété flottante » dans le patrimoine du constituant, le « nantissement de monnaie » se dénouera par la reconstitution de la propriété pleine et entière entre les mains du créancier nanti auquel seront automatiquement transférés les droits de jouir (*fructus*) et de disposer (*abusus*) à titre définitif – sous réserve bien sûr qu'il ne s'enrichisse pas à cette occasion.

853. Il y a, derrière cette irréductible dualité du régime de réalisation du « nantissement de monnaie » selon qu'il porte sur de la monnaie confondue ou non confondue dans le patrimoine du créancier nanti, une unité qui tient à ce que la propriété pleine et entière des sommes nanties, qu'elles soient ou non confondues, n'est acquise au créancier nanti qu'à la date de la réalisation de la sûreté.

§ 1. L'attribution légale de la propriété de la monnaie non confondue dans le patrimoine du créancier nanti.

854. On a vu que le « nantissement de monnaie » emportait, à titre de principe, transfert au créancier nanti d'un droit de disposer à titre provisoire des sommes nanties confondues dans son patrimoine, le constituant restant investi d'une « propriété flottante », mais, qu'à titre d'exception, le « nantissement de monnaie » préservait la propriété pleine et entière du constituant dès lors que les sommes nanties n'étaient pas confondues dans le patrimoine du créancier nanti, soit que la monnaie fiduciaire ait été individualisée par tout moyen, soit que la monnaie scripturale ait été inscrite au crédit d'un compte spécial.

855. Dans l'hypothèse où le nantissement portera sur de la monnaie fiduciaire ou scripturale non confondue dans le patrimoine du créancier nanti, le constituant conservera la propriété pleine et entière de la monnaie affectée en garantie jusqu'à son éventuelle défaillance à l'échéance de la créance garantie. De son côté, le créancier nanti n'aura qu'un droit réel accessoire de préférence sur les sommes nanties, assorti d'un droit de rétention ainsi que, sauf convention contraire, d'un droit de jouir à titre provisoire de leurs fruits.

Au stade de la réalisation du « nantissement de monnaie » portant sur des sommes non confondues dans le patrimoine du créancier nanti, c'est un droit de propriété plein et entier qu'il faudra transférer du constituant au créancier nanti, dont le droit réel accessoire de préférence se commuera ainsi en droit réel principal de propriété sur les sommes correspondant au montant du principal et des intérêts de la créance garantie.

856. Pour opérer ce transfert d'un droit de propriété plein et entier du constituant au créancier nanti, il résulte de l'analyse des anciens et actuels régimes susceptibles de s'appliquer à la réalisation des sûretés sur sommes d'argent, que la vente en justice comme l'attribution judiciaire ou conventionnelle de la propriété des sommes nanties doivent être écartées, en raison notamment de leur lourdeur, de leur lenteur voire de leur possible paralysie en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant.

857. L'étude de l'actuel régime de réalisation des nantissements de créance et de compte, qui est susceptible de s'appliquer à l'affectation en garantie de monnaie scripturale non confondue, a montré que l'attribution, en vertu de la loi, de la propriété des sommes affectées en garantie, à l'échéance de la créance garantie, pouvait constituer un mode de réalisation à la fois rapide, efficace (y compris en cas de procédure collective du constituant) et juridiquement viable. C'est donc du « pacte comissoire légal » institué par le premier alinéa de l'article 2364 du code civil qu'il convient de s'inspirer pour esquisser le régime de réalisation du « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier nanti.

858. Il conviendra néanmoins d'adapter ce « pacte comissoire légal », conçu pour le nantissement d'une créance au sens civil du terme, à la nature particulière de la « créance » qu'est la monnaie fiduciaire ou scripturale.

858-1. L'article 2364, alinéa 1^{er}, du code civil dispose que « les sommes payées au titre de la créance nantie s'imputent sur la créance garantie lorsqu'elle est échue ». Pour l'application de ce principe d'attribution légale de la propriété des sommes nanties à l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire, il conviendra bien sûr d'écarter la formule : « les sommes payées au titre de la créance nantie » pour préférer la formule : « les sommes nanties ». Par ailleurs, l'hypothèse où la créance nantie pourrait venir à échéance après la créance garantie ne pourra être envisagée s'agissant de monnaie

fiduciaire, puisque celle-ci n'a plus d'« échéance » depuis l'instauration définitive de son cours forcé¹⁹⁴.

858-2. Cette hypothèse d'une échéance de la créance nantie postérieure à celle de la créance garantie sera également écartée lorsque la monnaie affectée en garantie sera de la monnaie scripturale. Même si le solde du compte nanti – fût-il provisoire – est analysé comme une créance certaine, liquide et exigible, la créance nantie formée par la monnaie scripturale est nécessairement échue lorsque la créance garantie vient à échéance.

858-3. Il conviendra également d'écarter pour l'affectation en garantie de monnaie scripturale non confondue le délai de réalisation prévu par le second alinéa de l'article 2364 du code civil¹⁹⁵. Ce texte dispose en effet que, dans l'attente de l'échéance de la créance garantie, « le créancier nanti conserve [les sommes versées au titre de la créance nantie] à titre de garantie sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité à les recevoir, à charge pour lui de les restituer si l'obligation garantie est exécutée », et qu'« en cas de défaillance du débiteur de la créance garantie *et huit jours après une mise en demeure restée sans effet*, le créancier affecte les fonds au remboursement de sa créance dans la limite des sommes impayées » (italiques ajoutées). Si cette disposition est applicable aux créances monétaires, elle n'a guère de sens pour l'affectation en garantie de monnaie scripturale non confondue dans le patrimoine du créancier, qui, dès la constitution de la sûreté, prend la forme de sommes inscrites au crédit d'un compte spécial ouvert auprès d'un établissement habilité à les recevoir¹⁹⁶.

858-4. Par ailleurs, l'obligation faite au créancier nanti de mettre le débiteur de la créance garantie en demeure, puis d'attendre huit jours pour réaliser la sûreté – délai qui, par contrecoup, rend utile la stipulation du pacte commissaire prévu par l'article 2365, alinéa 1^{er}, du code civil – paraît excessivement lourde lorsque la créance nantie s'entend de monnaie scripturale. Rappelons au demeurant qu'il y a quelque incohérence à prévoir, au premier alinéa de l'article 2364 du code civil, que le nantissement de

¹⁹⁴ Voir *supra* les développements sur la monnaie-papier et la nature du droit constaté par le billet de banque (§ 209 et s.).

¹⁹⁵ Ce faisant, nous ne retenons pas l'option qui avait été choisie par la « commission Grimaldi », dans son avant-projet de réforme du droit des sûretés, au sujet du « nantissement de monnaie scripturale » - lequel désignait le nantissement d'un compte bloqué ouvert au nom du constituant. Le projet d'article 2363 prévoyait en effet qu'« en cas de défaillance du débiteur, et huit jours après que celui-ci [eût] été dûment averti, le créancier [pouvait] se faire remettre les fonds nantis dans la limite du montant des créances impayées ». Ce délai de réalisation nous paraît peu conforme à la rapidité attendue de l'exécution des sûretés sur sommes d'argent.

¹⁹⁶ On admet néanmoins que le caractère spécial (et éventuellement bloqué) du compte sur lequel le créancier nanti est invité, par le second alinéa de l'article 2364 du code civil, à verser les sommes perçues au titre de la créance nantie, ne résulte pas de la lettre de la loi. Comme le note cependant le professeur Philippe Dupichot (« Le nantissement, un an après », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 27), « il serait prudent (mais ce n'est là nulle obligation) de comptabiliser sur un compte spécial et si possible bloqué » les sommes versées au titre de la créance nantie.

créance se réalise, dès l'échéance de la créance garantie, par l'imputation immédiate, sur la créance garantie arrivée à échéance, des sommes versées au titre de la créance nantie, puis, au second alinéa du même article, que ce nantissement se réalise, une fois la créance garantie échue, par l'imputation différée, sur la créance garantie, des sommes versées au titre de la créance nantie, à l'expiration d'un délai de huit jours après mise en demeure restée sans effet. L'attribution légale de la propriété des sommes versées au titre de la créance nantie qui est organisée par le premier alinéa de l'article 2364 du code civil nous semble rendre inutiles tant le recours à la mise en demeure et l'attente d'un délai de huit jours qui sont prévus par la seconde phrase du second alinéa de l'article 2364, que les attributions judiciaire et conventionnelle de la propriété des sommes versées au titre de la créance nantie qui sont ouvertes par le premier alinéa de l'article 2365.

859. Toutes ces incertitudes devront être éliminées dans le cadre du régime de réalisation du nantissement portant sur de la monnaie scripturale non confondue dans le patrimoine du créancier nanti : la loi devra prévoir l'attribution immédiate au créancier nanti de la propriété des sommes affectées en garantie et inscrites au crédit d'un compte spécial¹⁹⁷.

Ainsi, pour s'appliquer tant à la monnaie fiduciaire qu'à la monnaie scripturale, et pour tenir compte de la particularité de cette créance qu'est la monnaie, le dispositif fixant le régime de réalisation du « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier nanti sera rédigé de telle façon qu'il prévoiera qu'à défaut de paiement de la dette garantie, le créancier nanti deviendra, de plein droit et sans formalité, propriétaire des sommes nanties à concurrence du montant dû au titre de la dette garantie.

860. Attribution automatique et immédiate de la propriété des sommes nanties, sous réserve des restitutions. – Il faut en effet préciser que le créancier nanti ne sera, en vertu de loi, allotté automatiquement et immédiatement de la propriété des

¹⁹⁷ À cet égard, nous partageons les vues du professeur Didier-René Martin qui, au sujet du « nantissement de monnaie scripturale » figurant dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés établi par la « commission Grimaldi », écrivait que « cette vocation exclusive du créancier à la perception des sommes affectées en garantie constitu[ait] une excellente solution » (« De la garantie monétaire », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 45). Selon cet auteur, « cette remarquable faculté, exorbitante du droit commun, le [plaçait] clairement hors concours, puisque, à due concurrence de ce qui lui [était] dû, la somme réclamée et remise n'échappera[it] à son droit de rétention que pour devenir instantanément sa propriété », ce qui, selon lui, « tend[ait] d'ailleurs à devenir une constante des sûretés à objet monétaire » (*ibidem*). En proposant l'attribution immédiate, en vertu de la loi, de la propriété des sommes affectées en garantie, au créancier nanti par ailleurs muni d'un droit de rétention, nous ne faisons que reprendre cette « faculté exorbitante du droit commun » et exaucer ainsi les vœux du professeur Didier-René Martin.

sommes nanties, que dans la limite du montant qui lui est dû au titre de la créance garantie. Il s'agit là de faire respecter le principe selon lequel le créancier ne peut s'enrichir en se faisant consentir une sûreté.

La conséquence de ce principe amène à envisager une disposition fixant le régime des éventuelles restitutions. Lors de la réalisation du nantissement de monnaie, l'appropriation automatique et immédiate des sommes nanties par le créancier nanti ne dispensera pas ce dernier de restituer au constituant l'éventuelle différence entre le montant de ces sommes et celui dû par le débiteur de la créance garantie. Cette différence pourra notamment être liée au fait que, sauf convention contraire, le créancier bénéficiaire d'un « nantissement de monnaie » sera titulaire d'un droit de jouir à titre provisoire des sommes nanties, qu'il sera donc autorisé à percevoir leurs fruits et que les intérêts ainsi produits auront pu accroître l'assiette de la sûreté après sa constitution. Aussi conviendra-t-il de prévoir que, lorsque le montant des sommes nanties excède le montant dû au titre de la créance garantie, la somme égale à la différence sera versée au constituant, ou qu'elle sera consignée, s'il existe d'autres créanciers titulaires d'un droit de préférence¹⁹⁸.

861. Néanmoins, on peut imaginer que le créancier nanti aura pu exposer des frais, notamment de tenue de compte, pour les besoins de l'affectation en garantie. Par exemple, lorsque la monnaie remise en garantie est scripturale et qu'elle est inscrite au crédit d'un compte spécial ouvert au nom du créancier nanti qui est, de ce fait, amené à acquitter des frais bancaires, ou lorsque la monnaie est remise en garantie d'obligations financières ou d'obligations de payer dans les systèmes de paiement, de règlement et de livraison d'instruments financiers, et que la tenue de compte prise en charge par les prestataires de services d'investissement est facturée, il devra être fait en sorte que le créancier nanti ne supporte pas définitivement les frais liés à la tenue de compte, c'est-à-dire les frais de conservation de l'objet du nantissement. À cette fin, il conviendra de s'inspirer des dispositions de l'article 2343 du code civil qui prévoit que « le constituant doit rembourser au créancier ou au tiers convenu les dépenses utiles ou nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage ». Adapté au « nantissement de monnaie », cette obligation pourra être ainsi énoncée : « le constituant

¹⁹⁸ Le même principe est énoncé, pour le gage, par les articles 2347 et 2348 du code civil, et, pour les nantissements de créance et de compte, par l'article 2366 du même code.

rembourse au créancier ou au tiers convenu les dépenses utiles ou nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation des sommes nanties ».

862. Caractère d'ordre public des modalités de réalisation du nantissement de monnaie non confondue dans le patrimoine du créancier nanti. – Les règles fixant le régime de réalisation du « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier nanti devront être d'ordre public. Il est en effet souhaitable de ne pas retenir, pour le « nantissement de monnaie », l'option qui a été choisie, pour la fiducie-sûreté, et qui consiste à permettre aux parties de déroger, par convention, aux modalités de réalisation de la sûreté prévues par la loi. Rappelons que l'article 2372, alinéa 1^{er}, du code civil dispose qu'à défaut de paiement de la dette garantie, « le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie », « sauf stipulation contraire du contrat de fiducie ». En matière de « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier nanti, la réalisation de la sûreté par voie d'attribution légale de la propriété des sommes nanties au créancier nanti, en cas de défaillance du débiteur à l'échéance de la créance garantie, sera d'ordre public et toute clause contraire sera réputée non écrite.

863. C'est là la condition de l'efficacité du « nantissement de monnaie » en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant. En effet, si les parties dérogent au principe d'attribution immédiate et automatique de la propriété des sommes nanties au créancier nanti, à défaut de paiement de la créance garantie, pour prévoir, non pas tant la vente en justice des sommes nanties ou l'attribution judiciaire de leur propriété – ce qui est fort peu probable compte tenu de l'allongement des délais de réalisation qui en résulterait –, mais l'attribution conventionnelle de leur propriété, le cas échéant assortie de conditions, alors la réalisation du « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier nanti risque d'être mise en échec par la paralysie des pactes commissaires organisée par l'article L. 622-7, I, alinéa 3, du code de commerce. Rappelons que ce texte dispose que le jugement d'ouverture d'une procédure de sauvegarde « fait obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte commissaire », et qu'il est applicable, par renvoi des articles L. 631-14 et L. 641-3 du même code, aux jugements d'ouverture des procédures de redressement et de liquidation judiciaires. En cas de procédure collective du constituant, l'efficacité du « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier nanti, commande donc que

sa réalisation par la voie d'une attribution légale, et non conventionnelle, de la propriété des sommes nanties, soit revêtue d'un caractère d'ordre public¹⁹⁹.

864. Droit de rétention. – Notons qu'en revanche, la priorité de paiement que le droit de rétention confèrera au créancier nanti ne sera pas susceptible d'être remise en cause en cas de procédure collective du constituant. Il est vrai qu'en application de l'article L. 622-7, I, alinéa 2, du code de commerce, le jugement d'ouverture de la procédure de sauvegarde « emporte, de plein droit, inopposabilité du droit de rétention conféré par le 4° de l'article 2286 du code civil pendant la période d'observation et l'exécution du plan, sauf si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L. 626-1 », et que cette inopposabilité du droit de rétention reconnu au créancier bénéficiaire d'un gage sans dépossession vaut aussi en cas de redressement judiciaire (par renvoi de l'article L. 631-14)²⁰⁰. Mais cette neutralisation du droit de rétention du créancier gagiste sans dépossession dans le cadre des procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire du constituant ne pourra être étendue au droit de rétention du créancier bénéficiaire d'un « nantissement de monnaie », puisque le droit de rétention sur les sommes nanties sera reconnu à ce dernier par le 5° de l'article 2286 du code civil, et non par son 4°. Ainsi, l'exclusivité conférée, en vertu d'un droit de rétention, c'est-à-dire d'une priorité de paiement, au créancier qui se fait consentir en premier un nantissement sur des sommes d'argent ne sera pas remise en cause par la procédure collective ouverte à l'encontre du constituant... de sorte que le « nantissement de monnaie », qu'il porte sur de la monnaie fiduciaire ou scripturale, confondue ou non dans le patrimoine du créancier nanti, n'aura presque rien à envier, en termes d'efficacité, à l'aliénation fiduciaire²⁰¹.

¹⁹⁹ On notera que, dans son avant-projet de réforme du droit des sûretés, la « commission Grimaldi » avait également conféré un caractère d'ordre public aux modalités de réalisation du « nantissement de monnaie scripturale » - par lequel il fallait entendre le nantissement d'un compte bloqué ouvert au nom du constituant - puisque le projet d'article 2364 mettait l'exécution de ce nantissement à l'abri de la procédure collective du constituant en prévoyant expressément que « l'ouverture d'une procédure d'insolvabilité contre le constituant [...] demeure[rait] sans effet sur la réalisation du nantissement ».

²⁰⁰ Le droit de rétention reconnu au créancier bénéficiaire d'un gage sans dépossession est en revanche opposable dans le cadre de la procédure de liquidation judiciaire puisque l'article L. 641-3, alinéa 1^{er}, du code de commerce dispose que « le jugement qui ouvre la liquidation judiciaire a les mêmes effets que ceux qui sont prévus en cas de sauvegarde par les premier et troisième alinéas du I et par le III de l'article L. 622-7 », mais pas ceux qui sont prévus par le deuxième alinéa du I du même article L. 622-7.

²⁰¹ Seul un élément, relevé par le professeur Pierre Crocq au sujet des régimes actuels de la cession de créance à titre de garantie et du nantissement de créance (obs. sous Cass. com. 26 mai 2010, *RTD civ.* 2010, p. 597), pourrait constituer une faiblesse du « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier nanti. En effet, ce nantissement préserve le droit de propriété du constituant sur les sommes nanties. Autrement dit, lorsqu'il s'agit de monnaie scripturale, le constituant reste titulaire d'un droit de propriété plein et entier sur les sommes nanties, et il reste donc, à l'égard du banquier teneur du compte sur lequel sont inscrites les sommes, le seul titulaire d'une créance de restitution. On pourrait donc imaginer que le banquier teneur de compte qui, par ailleurs, aurait une créance à l'égard du constituant, par exemple au titre du remboursement d'un prêt, oppose au créancier nanti une exception de compensation entre sa dette de restitution à l'égard du constituant (qui forme la monnaie

865. Il conviendrait que l'efficacité du « nantissement de monnaie » soit la même en cas d'ouverture, à l'encontre du constituant, d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers. Le fait que la propriété de la monnaie fiduciaire ou scripturale non confondue dans le patrimoine du créancier soit attribuée à ce dernier en vertu de la loi et que le créancier jouisse, toujours en vertu de la loi, d'un droit de rétention sur la monnaie affectée en garantie devrait mettre la réalisation du « nantissement de monnaie » à l'écart du champ des actes ou paiements susceptibles d'être annulés par le juge d'instance en application de l'article L. 333-2-1 du code de la consommation²⁰². Il devrait d'ailleurs en être de même de la réalisation du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti.

§ 2. La reconstitution de la propriété démembrée de la monnaie confondue dans le patrimoine du créancier nanti.

866. L'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale emportera, sauf convention contraire, confusion des sommes remises en garantie dans le patrimoine du créancier. Le « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier

scripturale affectée en garantie) et sa créance à l'égard du même constituant. Dans la mesure où le constituant serait réputé rester propriétaire des sommes nanties jusqu'à la réalisation du nantissement de créance, cette exception de compensation pourrait être soulevée jusqu'à cette date, peu important que le nantissement soit devenu opposable au banquier teneur de compte dès sa constitution. Il est néanmoins possible pour le constituant de convenir aussi bien dans la convention de compte régissant le compte sur lequel sont inscrites les sommes nanties, que dans le contrat de prêt qu'il conclut avec le banquier teneur de compte, que ce dernier s'engage à renoncer à invoquer cette exception de compensation. Cette analyse ne tient au demeurant que si l'on fait de la monnaie scripturale une pure créance civile susceptible d'être compensée avec un droit personnel à remboursement.

²⁰² Rappelons que l'article L. 333-2-1 du code de la consommation dispose que « tout acte ou tout paiement effectué en violation des articles L. 331-3, L. 331-3-1, L. 331-6, L. 331-7, L. 331-7-1 et L. 331-7-3 peut être annulé par le juge du tribunal d'instance, à la demande de la commission [de surendettement des particuliers], présentée pendant le délai d'un an à compter de l'acte ou du paiement de la créance ». L'article L. 331-3-1 du code de la consommation prévoit, en son premier alinéa, que « la décision [de la commission de surendettement] déclarant la recevabilité de la demande emporte suspension et interdiction des procédures d'exécution diligentées à l'encontre des biens du débiteur ainsi que des cessions de rémunération consenties par celui-ci et portant sur les dettes autres qu'alimentaires ». Ce texte ajoute que, sans pouvoir excéder deux ans, la suspension des procédures civiles d'exécution et l'interdiction des cessions de rémunération durent notamment jusqu'à l'approbation du plan conventionnel de redressement ou jusqu'au jugement d'ouverture d'une procédure de rétablissement personnel avec liquidation judiciaire. Mais le nantissement de monnaie n'est concerné ni par cette suspension et ni par cette interdiction : le propre des sûretés sur sommes d'argent est en effet de permettre de réaliser une sûreté sans avoir recours aux procédures civiles d'exécution. Et l'attribution légale de la propriété des sommes nanties ne relève assurément pas d'une cession de rémunération.

Quant à l'interdiction faite au débiteur, par le deuxième alinéa de l'article L. 331-3-1, « de faire tout acte qui aggraverait son insolvabilité, de payer, en tout ou partie, une créance autre qu'alimentaire [...] née antérieurement à la suspension [des poursuites] ou à l'interdiction [de céder ses rémunérations], de désintéresser les cautions qui acquitteraient des créances nées antérieurement à la suspension ou à l'interdiction, [et] de faire un acte de disposition étranger à la gestion normale du patrimoine », sauf autorisation donnée par le juge du tribunal d'instance, elle ne devrait pas constituer un obstacle à la réalisation du « nantissement de monnaie » dès lors que ce dernier ne constitue pas un paiement anticipé, et qu'il relève de la gestion normale du patrimoine.

Quant à l'interdiction faite aux créanciers, par le même deuxième alinéa de l'article L. 331-3-1, « de prendre toute garantie ou sûreté », elle ne concerne pas non plus la réalisation du « nantissement de monnaie » - dont seule la constitution serait prohibée.

nanti opérera alors un démembrement de la propriété des sommes nanties. Outre les droits d'être préféré sur les sommes nanties, de les retenir et de percevoir, à titre provisoire, leurs fruits, le créancier nanti se verra reconnaître le droit d'en disposer à titre provisoire. De son côté, le constituant conservera les droits de jouir et de disposer à titre définitif des sommes nanties : ce *fructus* et cet *abusus* formeront dans son patrimoine une propriété « flottante ».

Au stade de la réalisation du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti, c'est donc une propriété démembrée qu'il faudra reconstituer entre les mains du créancier nanti, dont le droit réel *sui generis* se commuera ainsi en propriété pleine et entière sur les sommes correspondant au montant du principal et des intérêts de la créance garantie.

867. Reconstitution d'une propriété démembrée. – Le principal élément, dans le cadre de cette reconstitution de la propriété démembrée des sommes nanties, étant le transfert au créancier nanti du droit de disposer à titre définitif des sommes nanties, il est possible de dessiner les contours du régime de réalisation du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti en s'inspirant de l'actuel régime de réalisation de la fiducie-sûreté qui, paradoxalement, semble organiser la reconstitution d'une propriété démembrée alors que c'est en principe une propriété pleine et entière qui devrait être transférée au créancier dès la constitution de la garantie, s'il s'agissait vraiment d'une aliénation fiduciaire au sens romain du terme.

868. Le premier alinéa de l'article 2372-3 du code civil dispose en effet qu'« à défaut de paiement de la dette garantie, et sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, *acquiert la libre disposition* du bien ou du droit cédé à titre de garantie » (italiques ajoutées). Cette rédaction suggère que la fiducie-sûreté se réalise par le transfert, de plein droit et sans formalité, au créancier fiduciaire, du droit de disposer du bien ou du droit affecté en garantie sans avoir à le remplacer par un bien ou un droit équivalent. Cela suppose nécessairement que, jusqu'à la défaillance du débiteur de la créance garantie, le droit de disposer à titre définitif de ce bien ou de ce droit soit resté dans le patrimoine du constituant, et que, par conséquent, la fiducie-sûreté ait reposé sur le démembrement d'une propriété que sa réalisation permet de reconstituer. La formule : « acquiert la libre disposition » paraît donc particulièrement opportune pour décrire la réalisation du « nantissement de

monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier qui, lui aussi, repose sur un démembrement de propriété laissant entre les mains du constituant l'*abusus* définitif.

869. Cette formule est préférable à celle qui a été retenue par les rédacteurs de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 pour décrire les droits du créancier bénéficiaire d'un gage avec dépossession de choses fongibles confondues dans son patrimoine. L'article 2341, alinéa 2, du code civil prévoit en effet que, dans cette hypothèse, le créancier gagiste « *acquiert la propriété* des choses gagées, à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes » (italiques ajoutées), suggérant ainsi qu'en dépit de la nature non translatrice de propriété du gage, c'est un droit de propriété plein et entier qui est transféré au créancier gagiste lors de la constitution de la sûreté, et que la réalisation d'un tel gage passerait par l'extinction de l'obligation personnelle du créancier gagiste de restituer au constituant « la même quantité de choses équivalentes ». Le « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti opérant non pas transfert, mais démembrement de la propriété des sommes nanties, c'est une rédaction autre que celle choisie pour le gage de choses fongibles confondues dans le patrimoine du créancier gagiste, qu'il convient de retenir pour déterminer les modalités de sa réalisation.

Cette formule autre pourrait être celle employée pour fixer l'actuel régime de réalisation de la fiducie-sûreté.

870. Toutefois, l'application, au « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti, du régime de réalisation de la fiducie-sûreté nécessitera quelques adaptations, tout au moins sur deux points.

870-1. Le premier point concerne la description du transfert du droit de disposer à titre définitif des sommes nanties. Plutôt que de se placer du point de vue du créancier, comme les rédacteurs de l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 ont choisi de le faire, et plutôt que de laisser à penser que la sûreté pourrait se réaliser par commutation d'une propriété pleine et entière temporaire en propriété pleine et entière perpétuelle, et corrélativement par extinction d'une obligation seulement personnelle de restitution du bien affecté en garantie, il nous semble qu'il convient de se placer du point de vue du constituant et de prévoir expressément que le « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti se réalisera par la perte, pour le constituant, du droit réel de disposer à titre définitif des sommes nanties qui, jusqu'à la réalisation de la garantie, était resté dans son patrimoine. En d'autres termes, il devra être énoncé que,

lorsque le créancier aura usé de son droit de disposer à titre provisoire des sommes nanties confondues dans son patrimoine, le constituant perdra, à compter de la défaillance du débiteur et à concurrence du montant dû au titre de la dette garantie, son droit réel « flottant » sur les sommes acquises par le créancier en remplacement des sommes initialement nanties.

870-2. Le second point concerne l'option entre deux dénouements qu'ouvre l'actuel régime de réalisation de la fiducie-sûreté en cas d'entiercement. Le second alinéa de l'article 2372-3 du code civil dispose en effet que « lorsque le fiduciaire n'est pas le créancier, ce dernier peut exiger de lui la remise du bien, dont il peut alors librement disposer, ou, si le contrat de fiducie le prévoit, la vente du bien ou du droit cédé et la remise de tout ou partie du prix ». Il va de soi que, s'agissant de l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale, il n'y aurait guère de sens à imposer au fiduciaire qui ne serait pas créancier de vendre les sommes remises en garantie, puisque le produit de la vente (le prix) serait identique à son objet. Aussi, en cas d'entiercement, c'est-à-dire lorsque le « nantissement de monnaie » portera sur des sommes confondues non pas dans le patrimoine du créancier nanti, mais dans celui d'un tiers convenu, la sûreté se réalisera de la façon suivante : le tiers convenu remettra les sommes initialement nanties ou des sommes équivalentes au créancier nanti qui pourra librement en disposer, sans avoir à les remplacer.

871. Restitutions. – En revanche, il paraît souhaitable de s'inspirer de l'actuel régime de réalisation de la fiducie-sûreté en matière d'évaluation (ou plutôt de dispense d'évaluation) du bien affecté en garantie ainsi qu'en matière de restitutions. Comme on l'a vu, contrairement à ce qui prévaut dans l'actuel régime du gage, l'article 2372-3, alinéa 3, du code civil écarte l'obligation de faire évaluer le bien ou le droit cédé à titre de garantie par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent. Il va de soi que ce principe devra être repris dans le cadre du régime du « nantissement de monnaie » fiduciaire ou scripturale, confondue ou non dans le patrimoine du créancier nanti. De la même façon, le régime des restitutions fixé par l'article 2372-4 du code civil en matière de fiducie-sûreté devra inspirer le régime des restitutions dans le cadre du « nantissement de monnaie » qui, somme toute, sera le même, que la monnaie affectée en garantie soit confondue ou non dans le patrimoine du créancier nanti.

871-1. Le premier alinéa de l'article 2372-4 du code civil prévoit qu'en cas de fiducie-sûreté sans entiercement, « si le bénéficiaire de la fiducie a acquis la libre disposition du bien ou du droit cédé en application de l'article 2372-3, il verse au constituant, lorsque la valeur mentionnée au dernier alinéa de cet article excède le montant de la dette garantie, une somme égale à la différence entre cette valeur et le montant de la dette, sous réserve du paiement préalable des dettes nées de la conservation ou de la gestion du patrimoine fiduciaire ». Concernant la fiducie-sûreté avec entiercement, le second alinéa du même texte ajoute que « sous la même réserve, si le fiduciaire procède à la vente du bien ou du droit cédé en application du contrat de fiducie, il restitue au constituant la part du produit de cette vente excédant, le cas échéant, la valeur de la dette garantie ».

871-2. Comme le « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier nanti, le « nantissement de monnaie » confondue dans ce patrimoine sera régi par le principe selon lequel, lorsque le montant des sommes nanties excédera le montant dû au titre de la dette garantie, la somme égale à la différence sera versée au constituant (ou consignée, s'il existe d'autres créanciers privilégiés) sous réserve que le constituant rembourse au créancier nanti ou au tiers convenu les dépenses utiles ou nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation des sommes nanties, notamment les frais bancaires de tenue de compte. L'obligation faite au créancier nanti de restituer au constituant la différence entre le montant des sommes nanties et celui des sommes dues au titre de la créance garantie, alors même qu'une fois la sûreté réalisée, il sera devenu propriétaire des sommes nanties, ne remet en cause ni le démembrement de propriété antérieur à l'exécution de la sûreté ni la plénitude de la propriété postérieure à cette exécution. En effet, le créancier nanti, fût-il titulaire d'attributs d'un droit de propriété démembrement jusqu'à la réalisation de la sûreté, n'a, jusqu'à cette date, qu'un droit *provisoire* de jouir des sommes nanties, et d'en percevoir les intérêts. Le caractère provisoire de ce droit l'oblige, même après qu'il est devenu pleinement propriétaire des sommes nanties, à restituer au constituant, c'est-à-dire à celui qui était investi du droit de jouir à titre définitif, les fruits produits par les sommes nanties qui, entre la date de constitution de la sûreté et celle de sa réalisation, ont pu augmenter son assiette. Quand bien même la différence entre le montant des sommes nanties et celui des sommes dues au titre de la créance garantie ne résulterait pas des fruits produits par les sommes nanties mais existerait dès la constitution du nantissement, le principe selon lequel un créancier ne peut s'enrichir en se faisant consentir une sûreté, fût-elle fondée sur un

démembrement de propriété, commande qu'une fois devenu pleinement propriétaire des sommes nanties, le créancier ne puisse être allotti de la propriété de sommes dont le montant serait supérieur à celles dues au titre de la créance garantie.

872. Neutralisation de l'éventuelle procédure collective du constituant. – Enfin, il paraît également souhaitable que la réalisation du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti soit épargnée par la procédure collective du constituant, plus encore que peut l'être la réalisation de la fiducie-sûreté.

872-1. S'il est vrai que l'article 2024 du code civil, applicable à la fiducie-sûreté par renvoi de l'article 2372-1 du même code, prévoit que « l'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire au profit du fiduciaire n'affecte pas le patrimoine fiduciaire », il n'en reste pas moins qu'en application de l'article L. 622-23-1 du code de commerce, la possibilité pour le créancier bénéficiaire d'une fiducie-sûreté de mettre en œuvre ses droits sur le(s) bien(s) ou droit(s) affecté(s) en garantie est paralysée en cas de procédure collective ouverte à l'encontre du constituant resté en possession de l'objet de la sûreté en vertu d'une convention de mise à disposition²⁰³. On a néanmoins exclu qu'une fiducie-sûreté assortie d'une convention de mise à disposition puisse porter sur des sommes d'argent puisque le régime de la fiducie-sûreté n'est en principe applicable à l'affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale que si celle-ci est confondue dans le patrimoine du créancier, et que les sommes sont donc en la possession du créancier.

872-2. La réalisation du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti devra, comme celle du « nantissement de monnaie » non confondue dans ce patrimoine, être totalement soustraite à la procédure collective du constituant, ne serait-ce que parce que l'usage fait des sûretés sur sommes d'argent confondues, dans le domaine du droit des marchés financiers, commande, dans l'intérêt des marchés dans leur ensemble, que l'exécution de ces sûretés ne soit pas entravée par la défaillance d'un donneur d'ordre ou d'un prestataire de services d'investissement isolé.

²⁰³ Article L. 622-23-1 du code de commerce : « lorsque des biens ou droits présents dans un patrimoine fiduciaire font l'objet d'une convention en exécution de laquelle le débiteur constituant en conserve l'usage ou la jouissance, aucune cession ou aucun transfert de ces biens ou droits ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêté du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Cette interdiction est prévue à peine de nullité de la cession ou du transfert ».

873. Droit de rétention. – À l’instar de ce qui a été proposé pour le « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier, le droit de rétention reconnu au créancier bénéficiaire d’un « nantissement de monnaie » confondue dans son patrimoine sera opposable à la procédure collective du constituant. Dans la mesure où ce droit de rétention sera conféré par le 5° (nouveau) de l’article 2286 du code civil à tout créancier bénéficiaire d’un « nantissement de monnaie », sans égard au fait que la monnaie affectée en garantie soit ou non confondue dans le patrimoine du créancier nanti, il ne sera pas concerné par les dispositions du deuxième alinéa du I de l’article L. 622-7 du code de commerce.

874. Caractère d’ordre public des modalités de réalisation du nantissement de monnaie confondue dans le patrimoine du créancier nanti. – À l’instar de ce qui a été envisagé pour le « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier, les règles fixant le régime de réalisation du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti devront revêtir un caractère d’ordre public. La réalisation de ce nantissement par la reconstitution automatique et immédiate, entre les mains du créancier nanti, de la propriété démembrée des sommes nanties ne pourra être écartée par une clause contraire. Si les parties venaient à organiser elles-mêmes le transfert au créancier nanti du droit de disposer à titre définitif des sommes nanties et à l’assortir de conditions, la convention pourrait être interprétée comme aménageant une attribution conventionnelle de la propriété des sommes nanties (alors même que la propriété de ces sommes est démembrée depuis la constitution de la sûreté), et elle pourrait donc encourir la paralysie des pactes commissaires prévue par l’article L. 622-7, I, alinéa 3 du code de commerce. Il est donc essentiel, pour l’efficacité de la sûreté, que, lors de la défaillance du débiteur de la créance garantie, la reconstitution de plein droit et sans formalité de la propriété démembrée et la transformation de la propriété « flottante » en propriété pleine et entière soient d’ordre public.

875. Neutralisation des procédures de traitement des situations de surendettement des particuliers. – Comme la réalisation du « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier nanti, la réalisation du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine de ce dernier ne devrait pas être mise en échec par l’ouverture d’une procédure de traitement des situations de

surendettement des particuliers – qui ne devrait d’ailleurs pas davantage porter atteinte au droit de rétention du créancier nanti. La reconstitution automatique et immédiate, d’ordre public et en vertu de la loi, de la propriété démembrée des sommes nanties, entre les mains du créancier nanti, n’entre ni dans le champ de la suspension des procédures civiles d’exécution, ni dans celui de l’interdiction des cessions de rémunération : elle ne constitue ni un paiement anticipé, ni un acte de disposition étranger à la gestion normale du patrimoine ni, bien évidemment, une constitution de sûreté. Dès lors, la réalisation du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti n’a pas à être interdite sur le fondement de l’article L. 331-3-1 du code de la consommation, ni annulée sur celui de l’article L. 333-2-1 du même code.

876. On a montré que le régime actuel du nantissement de créance parvient à préserver la spécificité du nantissement par rapport à la cession à titre de garantie, tout en dotant néanmoins le premier d’éléments du régime de réalisation de la seconde au point que la frontière entre nantissement de créances et fiducie-sûreté sur créances devient de plus en plus ténue.

Le nantissement de monnaie que l’on propose d’instituer doit relever le même défi, à savoir, d’une part, préserver l’essence du nantissement de créance qui est d’être dépourvu d’effet translatif de propriété lors de sa constitution²⁰⁴, et, d’autre part, lui assurer une efficacité de réalisation comparable à celle de la fiducie-sûreté²⁰⁵.

À cette fin, le nantissement de monnaie sera réalisé :

- soit par le transfert automatique, immédiat et de plein droit de la propriété des sommes affectées en garantie, du constituant au créancier nanti, lorsque ces sommes ne seront pas confondues au sein du patrimoine du créancier nanti ;
- soit par la reconstitution automatique, immédiate et de plein droit de la propriété démembrée des sommes affectées en garantie entre les mains du constituant, si la dette garantie est payée à l’échéance, ou entre les mains du créancier nanti, si la dette garantie

²⁰⁴ Dans sa thèse sur *Les garanties conventionnelles sur créances* (*op. cit.*, p. 125), le professeur Dominique Legeais loue la supériorité du nantissement de créance sur la cession de créance à titre de garantie, qui, selon lui, réside dans le respect de la volonté des parties et dans la préservation du crédit : « transférer au créancier prêteur un droit de créance ne constitue-t-il pas en effet pour le débiteur une forme de gaspillage du crédit ? Cela n’est-il pas en outre contraire à la volonté des parties ? Le débiteur cédant, principalement, ne souhaite-t-il pas, dans la majorité des cas, rester le titulaire de la créance, ne serait-ce que parce qu’il est en rapport d’affaires constant avec le débiteur cédé ? »

²⁰⁵ Dans sa thèse sur *Les garanties conventionnelles sur créances* (*op.cit.*, p. 126), le professeur Dominique Legeais loue la supériorité de la cession de créance à titre de garantie sur le nantissement de créance, qui, selon lui, réside dans « la mise en œuvre de la garantie [qui] s’opère selon des modes simplifiés », de sorte que « les lourdes formalités de réalisation du gage sont évitées ».

n'est pas payée à l'échéance, lorsque les sommes affectées en garantie seront confondues au sein du patrimoine du créancier nanti.

877. En l'absence de confusion des sommes nanties au sein du patrimoine du créancier nanti, l'attribution de la propriété des sommes nanties au créancier nanti qui ne serait pas payé à l'échéance de la créance garantie aurait l'immense avantage de permettre, en vertu d'une sorte de « pacte comissoire légal » comparable à celui qui existe aujourd'hui dans le régime du nantissement de créance (article 2364, alinéa 1^{er}), une réalisation rapide et efficace de la sûreté qui serait affranchie de l'évaluation à dire d'expert, de la vente en justice, de l'attribution judiciaire de la propriété des sommes nanties et de l'attribution conventionnelle de la propriété de ces sommes (que les parties ne songent pas toujours à prévoir)²⁰⁶.

878. L'inutilité de l'évaluation à dire d'expert s'impose avec évidence lorsque le bien affecté en garantie porte sa valeur en lui-même, ce qui est le cas de la monnaie, pour laquelle la jurisprudence a, de longue date, écarté l'exigence d'évaluation²⁰⁷, et pour laquelle le régime actuel de la fiducie-sûreté sur sommes d'argent (article 2372-3, alinéa 3, du code civil) écarte également cette exigence²⁰⁸, au même titre que pour les instruments financiers dont la valeur résulte d'une cotation officielle sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier²⁰⁹.

²⁰⁶ On notera qu'une solution proche a été adoptée en droit américain. M. Ted Kamman et Mme Claire Lhenry expliquent en effet que la sûreté portant sur un compte bancaire qui est consentie par un constituant n'ayant pas la qualité de consommateur, et dont le régime est décrit à l'article 9 du Code de commerce uniforme (*Uniform Commercial Code - UCC*), « est réalisée par un paiement direct dans les mains du créancier auquel le UCC confère le droit de diriger les fonds dans le compte de son choix » et qu'« aucune formalité n'étant nécessaire, avec une *security interest in a deposit account*, on n'a pas besoin d'aller devant le juge pour saisir le compte et disposer des fonds » (« La garantie sur les comptes bancaires (*Security Interest in a Deposit Account*) de l'article 9 du UCC », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 48).

²⁰⁷ Cass. com. 13 juin 1989 (pourvoi n° 87-16579).

²⁰⁸ On notera néanmoins que, dans l'hypothèse où l'on considérerait que l'affectation en garantie de la monnaie doit être soumise au régime du gage, fût-il un gage de choses fongibles, l'article 2348, alinéa 2, du code civil écarte expressément l'exigence d'évaluation pour les instruments financiers faisant l'objet d'une cotation officielle sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier, mais pas pour les sommes d'argent.

²⁰⁹ Il est opportun que le régime de réalisation des sûretés sur la monnaie soit aligné sur celui des sûretés sur les instruments financiers dans la situation où les sûretés sur sommes d'argent sont utilisées en droit boursier, particulièrement en complément de sûretés sur les instruments financiers, comme ce peut être le cas dans le cadre du nantissement de comptes-titres dont l'assiette peut être formée à la fois de titres financiers et de sommes en toute monnaie qui en seraient les fruits (article L. 211-20 du code monétaire et financier). Or, pour les instruments financiers officiellement cotés, il est depuis longtemps admis que, dans la mesure où ils « ont un cours constaté sur un marché financier qui rend leur prix déterminable au sens de l'article 1129 du code civil », « les règles de réalisation de la sûreté se trouvent [...] modifiées [...] la vente aux enchères est inutile, ainsi que le recours à un expert pour évaluer cet instrument » (S. Praicheux, *Les sûretés sur les marchés financiers*, op. cit., p. 344).

Néanmoins, la question du recours à l'expert désigné à l'amiable ou judiciairement pour l'évaluation des instruments financiers qui ne font pas l'objet d'une cote officielle est longtemps restée en suspens. M. Sébastien Praicheux écrit ainsi que « sur les marchés de gré à gré, l'existence par définition d'une multitude de prix à chaque instant rend difficile l'évaluation de ce cours par les parties », de sorte qu'« on pourrait songer à ce qu'un tiers procède à l'évaluation de la valeur de la dette des opérateurs » (*ibidem*, p. 351). Si la question paraît réglée pour les instruments financiers faisant l'objet d'une internationalisation systématique, suite à l'instauration d'obligations de transparence pré- et post-négociation, elle reste entière pour le gré à gré, qu'il soit pur ou intermédiaire.

De son côté, M. Sébastien Praicheux semble favorable à la suppression de l'évaluation à dire d'expert et de la vente aux enchères aussi bien pour les instruments financiers qui, faisant l'objet d'une inscription en compte obligatoire, peuvent être affectés en garantie par la voie du nantissement de comptes-titres, mais qui, étant négociés de gré à gré, ne peuvent faire l'objet d'une

879. Au terme des ces développements, il apparaît que, s'il devait être introduit dans une nouvelle section du chapitre III du sous-titre II du titre II du livre IV du code civil, le dispositif organisant le régime de réalisation du « nantissement de monnaie » pourrait se présenter ainsi :

« *Art. 2366-10.* – À défaut de paiement de la dette garantie, le créancier devient, de plein droit et sans formalité, propriétaire des sommes nanties à concurrence du montant dû au titre de la dette garantie.

« Lorsque le créancier ou le tiers convenu a usé de son droit de disposer à titre provisoire des sommes nanties confondues avec les sommes qui lui appartiennent, le constituant perd, à compter de la défaillance du débiteur et à concurrence du montant dû au titre de la dette garantie, son droit sur les sommes acquises par le créancier ou le tiers convenu en remplacement des sommes initialement nanties.

« Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite.

« *Art. 2366-11.* – Lorsque le montant des sommes nanties excède le montant dû au titre de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au constituant ou, s'il existe d'autres créanciers privilégiés, est consignée.

« Le constituant rembourse au créancier ou au tiers convenu les dépenses utiles ou nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation des sommes nanties. »

§ 3. Les modifications à apporter en conséquence au régime de réalisation des sûretés sur sommes d'argent d'hier et d'aujourd'hui.

Les contours d'un nouveau régime de réalisation des garanties sur la monnaie fiduciaire ou scripturale ainsi dessinés, il convient de montrer comment ce nouveau régime pourrait s'appliquer aux sûretés sur sommes d'argent d'hier et d'aujourd'hui, et quelles adaptations pourraient être envisagées pour certaines d'entre elles.

cotation officielle, que pour les instruments financiers qui, à l'instar des produits dérivés, ne font pas l'objet d'une inscription en compte obligatoire, ne peuvent donc être affectés en garantie par la voie du nantissement de comptes-titres et ne sont pas officiellement cotés, faute d'être négociés de gré à gré (*ibidem*, p. 352).

A – La réalisation des sûretés sur sommes d'argent en droit pénal, fiscal et douanier.

1 – Le nantissement de monnaie judiciaire en droit pénal

880. Dans la mesure où le « cautionnement » prévu par le code de procédure pénale constitue, comme on l'a vu, une affectation en garantie de monnaie fiduciaire ou scripturale confondue dans le patrimoine du créancier nanti ou du tiers convenu, ce « nantissement de monnaie » judiciaire se réalisera par la reconstitution, entre les mains du créancier nanti, de la propriété pleine et entière des sommes nanties.

881. Jusqu'au défaut de représentation de la personne mise en examen aux actes de la procédure, ou jusqu'à l'inexécution des obligations du contrôle judiciaire ou du jugement, la propriété des sommes nanties est démembrée entre le constituant et le créancier nanti (l'État). La survenance de l'un de ces trois événements provoquera la reconstitution immédiate et automatique de la propriété pleine et entière des sommes nanties dans le patrimoine de l'État, et, corrélativement la perte pour le constituant de son droit réel sur les sommes acquises en remplacement par le créancier nanti ou par le tiers convenu. Les dispositions actuelles de l'article 142-2 du code de procédure pénale qui prévoient qu'en cas de survenance de l'un des trois événements précités, les sommes remises à titre de garantie restent « acquise[s] à l'État » s'accordent parfaitement avec les modalités de réalisation du « nantissement de monnaie » conventionnel portant sur des sommes confondues dans le patrimoine du créancier (telles qu'elles seront décrites à l'article 2366-10 nouveau du code civil).

882. Jusqu'au jugement de condamnation, la propriété des sommes d'argent affectées à la garantie des droits des victimes ou des créanciers d'une dette alimentaire est démembrée entre le constituant et ces créanciers. Le prononcé d'un jugement de condamnation provoquera la reconstitution immédiate et automatique de la propriété pleine et entière des sommes nanties dans le patrimoine des créanciers (conformément aux dispositions de l'article 2366-10 nouveau du code civil). Là encore, les dispositions actuelles de l'article 142-3 du code de procédure pénale sont compatibles avec le régime de réalisation du « nantissement de monnaie » conventionnel portant sur des sommes confondues dans le patrimoine du créancier nanti (ou d'un tiers convenu).

Il apparaît donc que, contrairement à ce qui a été constaté pour son régime de constitution, le régime de réalisation du « nantissement de monnaie » judiciaire pourra

être intégralement soumis au régime de réalisation du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti (ou d'un tiers convenu).

2 – *Le nantissement de monnaie légal*

883. Les « nantissements de monnaie » légaux du droit fiscal et douanier comportent des particularités, tenant notamment à la qualité de leurs bénéficiaires, aux prérogatives de puissance publique qui sont celles des administrations fiscale et douanière, et au caractère obligatoire de la constitution des garanties prévues par les textes communautaires, législatifs ou réglementaires. Ces particularités justifient que le régime de constitution du « nantissement de monnaie » conventionnel ne soit que partiellement appliqué aux « nantissements de monnaie » légaux.

884. Il semble en revanche que rien ne s'oppose à ce que le régime de réalisation du « nantissement de monnaie » conventionnel soit appliqué dans son intégralité aux « nantissements de monnaie » légaux.

884-1. En effet, s'agissant du « cautionnement » qui est exigé des comptables publics par le II de l'article 60 de la loi de finances n° 63-156 pour l'année 1963, et dont on a vu qu'à défaut de dispositions contraires, il portait sur de la monnaie fiduciaire ou scripturale confondue dans le patrimoine du créancier – qui se voyait par là-même investi du droit d'en disposer à titre provisoire –, on peut tout à fait envisager qu'il se dénoue par la reconstitution automatique et immédiate de la propriété pleine et entière entre les mains du créancier nanti – c'est-à-dire entre les mains des autorités publiques. L'efficacité et la rapidité de réalisation du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti s'inscrivent pleinement dans la logique de sanction qui motive l'appropriation des garanties d'un comptable public qui aurait manqué à ses obligations.

884-2. Cette même logique de sanction préside à la réalisation, par les autorités douanières, des sûretés sur sommes d'argent constituées en garantie des dettes douanières. On a vu que, dans le silence du code des douanes communautaire, du code des douanes communautaire modernisé et du code des douanes national, les « dépôts en espèces », « chèques de banque » et autres « consignations » emportaient vraisemblablement transfert aux autorités douanières du droit de disposer à titre provisoire des sommes affectées en garantie, et, par voie de conséquence,

démembrement de la propriété de ces sommes. L'immédiateté et l'automaticité de la reconstitution de la propriété démembrée, qui caractérisent la réalisation du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti, pourraient fort bien convenir à la réalisation des garanties des dettes douanières lorsque ces garanties portent sur de la monnaie fiduciaire ou scripturale.

884-3. En revanche, il faudra appliquer au « nantissement de monnaie » garantissant le paiement d'impositions les règles de réalisation du « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier nanti, puisque la garantie du paiement de dettes fiscales passe par l'inscription de monnaie scripturale au crédit d'un compte spécial et bloqué ouvert, dans les livres du créancier nanti (le Trésor), au nom du constituant. Dans la mesure où ce « nantissement de monnaie » légal est très proche du « nantissement de monnaie » conventionnel portant sur de la monnaie scripturale non confondue dans le patrimoine du créancier nanti, il pourra se dénouer par l'attribution légale, de plein droit et sans formalité, de la propriété des sommes nanties à l'administration fiscale créancière. Profitant d'un droit de rétention opposable à la procédure collective du constituant et d'une attribution légale de la propriété des sommes nanties insusceptible d'être mise en échec par la paralysie des pactes commissaires associée aux jugements d'ouverture des procédures collectives, l'administration fiscale trouvera, dans le régime de réalisation du « nantissement de monnaie » conventionnel portant sur des sommes non confondues dans le patrimoine du créancier, des atouts conformes à ses prérogatives de puissance publique.

B – La réalisation des sûretés sur sommes d'argent en droit immobilier.

885. On a montré que, sous certaines réserves tenant soit à une limite maximale de montant, soit à la nature légale de la sûreté, le régime de constitution du « nantissement de monnaie » que l'on propose pouvait fort bien s'appliquer :

- d'une part, aux « nantissements de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti (ou du tiers convenu) que constituent les « dépôts de garantie » assortissant les promesses synallagmatiques de vente d'immeubles construits ou les contrats de bail d'immeuble à usage d'habitation, ou encore le « chèque de banque » exigé de l'enchérisseur et du surenchérisseur intervenant dans une vente sur adjudication d'un immeuble ;

- et, d'autre part, aux « nantissements de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier nanti que constituent les « dépôts de garantie » assortissant les contrats de construction de maisons individuelles avec fourniture de plan et les contrats préliminaires aux contrats de vente d'immeubles à construire ou aux contrats de location-accession portant sur des immeubles.

L'enjeu est maintenant d'examiner si l'application à ces sûretés du régime de réalisation du « nantissement de monnaie », confondue ou non, dans le patrimoine du créancier nanti, rencontre, elle aussi, peu de difficultés.

1 – Le nantissement de monnaie conventionnel

886. Le code de la construction et de l'habitation décrit les modalités de réalisation des « nantissements » de monnaie non confondue dans le patrimoine du créancier nanti que constituent les « dépôts de garantie » assortissant les contrats de construction de maisons individuelles avec fourniture de plan et les contrats préliminaires aux contrats de vente d'immeubles à construire ou aux contrats de location-accession portant sur des immeubles.

887. Pour ce qui concerne les « dépôts de garantie » pouvant être constitués dans le cadre de contrats de construction de maisons individuelles avec fourniture de plan, l'article L. 231-4, III, du code de la construction et de l'habitation prévoit, en son deuxième alinéa, qu'une fois réalisées les conditions suspensives susceptibles d'affecter les obligations contractées²¹⁰, les sommes remises en garantie « viennent s'imputer sur les premiers paiements prévus par le contrat », et, en son troisième alinéa, que ces sommes « sont immédiatement restitué[e]s au maître de l'ouvrage, sans retenue ni pénalité, si toutes les conditions suspensives ne sont pas réalisées dans le délai prévu au contrat ou si le maître de l'ouvrage exerce la faculté de rétractation prévue à l'article L. 271-1 ».

²¹⁰ Aux termes du I de l'article L. 231-4 du code de la construction et de l'habitation, ces conditions suspensives peuvent être les suivantes : « a) l'acquisition du terrain ou des droits réels permettant de construire si le maître de l'ouvrage bénéficie d'une promesse de vente ; b) l'obtention du permis de construire et des autres autorisations administratives, le maître de l'ouvrage étant tenu de préciser la date limite de dépôt de la demande ; c) l'obtention des prêts demandés pour le financement de la construction ; d) l'obtention de l'assurance de dommages ; e) l'obtention de la garantie de livraison ». Le texte ajoute que « le délai maximum de réalisation des conditions suspensives ainsi que la date d'ouverture du chantier, déterminée à partir de ce délai, sont précisés par le contrat ».

887-1. Il faut donc distinguer deux situations : celle où les conditions suspensives ne sont pas réalisées, sans que la faute puisse en être imputée au maître de l'ouvrage (débitteur constituant) – dans quel cas la sûreté se dénoue par la restitution des sommes affectées en garantie au constituant qui n'en avait jamais perdu la propriété ; et celle où les conditions suspensives sont réalisées – dans quel cas le constituant n'a pas de dette et ne peut donc être défaillant.

887-2. Dans ce dernier cas, au lieu de prévoir la restitution des sommes affectées en garantie au constituant (maître de l'ouvrage) qui serait en toute hypothèse tenu, par la suite, de verser des sommes au créancier (constructeur) au titre du contrat de construction, la loi organise une simplification des règlements en prévoyant l'imputation directe des sommes remises en garantie sur les sommes dues au titre du contrat. Il n'en reste pas moins que la réduction du nombre de versements ne doit pas occulter le fait que les sommes remises en garantie ne sont pas versées au créancier au titre de la sûreté et d'une quelconque défaillance du maître d'ouvrage, mais au titre du contrat : ce n'est pas en tant que « sommes remises en garantie » qu'elles sont versées au créancier, ni dans le cadre d'une réalisation de la sûreté. Le versement des sommes affectées en garantie au titre de l'exécution de la sûreté interviendrait dans l'hypothèse où les conditions suspensives assortissant le contrat de construction garanti ne seraient pas réalisées en raison d'une faute imputable au constituant (maître de l'ouvrage). Dans ce dernier cas, il n'y aurait guère de difficultés à appliquer à la réalisation du « dépôt de garantie » constitué dans le cadre de contrats de construction de maisons individuelles avec fourniture de plan, le régime de réalisation proposé pour le « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier nanti, à savoir l'attribution légale, immédiate et automatique, au créancier nanti, de la propriété des sommes affectées en garantie.

888. On peut en dire autant des « dépôts de garantie » pouvant être constitués dans le cadre de contrats préliminaires aux contrats de vente d'immeubles à construire. Pour ces « dépôts », l'article L. 261-15 du code de la construction et de l'habitation prévoit, en son quatrième alinéa, que les fonds déposés en garantie « sont restitués, dans le délai de trois mois, au déposant si le contrat n'est pas conclu du fait du vendeur, si la condition suspensive prévue à l'article L. 312-16 du code de la consommation n'est pas

réalisée²¹¹ ou si le contrat proposé fait apparaître une différence anormale par rapport aux prévisions du contrat préliminaire ». Autrement dit, si l'inexécution de l'obligation du débiteur constituant est imputable au créancier vendeur ou si le défaut de réalisation de la condition suspensive affectant l'obligation du débiteur constituant n'est pas imputable à ce dernier, alors, n'ayant pas de dette et ne pouvant, *a fortiori*, être défaillant, le constituant se voit restituer les sommes affectées qu'il a affectées en garantie et dont il n'a jamais perdu la propriété. Ce n'est que dans l'hypothèse où le défaut de conclusion du contrat ou le défaut de réalisation d'une condition suspensive pourrait lui être imputé que la sûreté serait réalisée. Dans cette dernière hypothèse, on ne voit pas ce qui pourrait gêner l'application à cette sûreté du régime de réalisation du « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier nanti, c'est-à-dire l'attribution, en vertu de la loi, de plein droit et sans formalité, de la propriété pleine et entière des sommes nanties au vendeur-créancier.

889. Il en va également ainsi des « dépôts de garantie » pouvant être prévus dans le cadre de contrats préliminaires aux contrats de location-accession portant sur des immeubles. L'article 3 de la loi n° 84-595 du 12 juillet 1984 définissant la location-accession à la propriété immobilière indique que ces contrats doivent comporter « l'indication que les fonds déposés en garantie seront, à la signature du contrat, restitués à l'accédant ou imputés sur les premières redevances », que « faute d'indication dans le contrat préliminaire, les fonds seront restitués à l'accédant » et qu'« ils sont restitués sans frais à l'accédant si le contrat n'est pas conclu au plus tard trois mois après la signature du contrat préliminaire si l'immeuble est achevé à la date de cette signature, ou dans les deux mois suivant l'achèvement de l'immeuble dans le cas contraire ». Là encore, la loi s'est contentée de déterminer les modalités de restitution des sommes affectées en garantie en l'absence de défaillance de l'accédant, étant remarqué que l'éventuelle imputation de ces sommes sur les premières redevances ne constituent évidemment pas une réalisation de la sûreté, puisque les sommes d'argent

²¹¹ Figurant au chapitre II du titre I^{er} du livre III du code de la consommation, relatif au crédit immobilier, l'article L. 312-16 prévoit, en son premier alinéa, que lorsque l'acte écrit constatant une opération d'acquisition, en propriété ou en jouissance, de construction, de réparation ou d'entretien d'un immeuble à usage d'habitation « indique que le prix est payé, directement ou indirectement, même partiellement, à l'aide d'un ou plusieurs prêts [immobiliers], cet acte est conclu sous la condition suspensive de l'obtention du ou des prêts qui en assument le financement », et que « la durée de validité de cette condition suspensive ne pourra être inférieure à un mois à compter de la date de la signature de l'acte ou, s'il s'agit d'un acte sous seing privé soumis à peine de nullité à la formalité de l'enregistrement, à compter de la date de l'enregistrement ». Le second alinéa du même article L. 312-16 ajoute que « lorsque la condition suspensive prévue au premier alinéa du présent article n'est pas réalisée, toute somme versée d'avance par l'acquéreur à l'autre partie ou pour le compte de cette dernière est immédiatement et intégralement remboursable sans retenue ni indemnité à quelque titre que ce soit », et qu'« à compter du quinzième jour suivant la demande de remboursement, cette somme est productive d'intérêts au taux légal majoré de moitié ».

seraient alors versées au créancier non pas au titre de la garantie, mais au titre du contrat de location-accession. Dans le silence de loi, on peut donc concevoir qu'en cas de défaillance de l'accédant, c'est-à-dire en cas de non-conclusion du contrat de location-accession en raison d'une faute imputable à l'accédant, la réalisation de ce « dépôt de garantie » puisse obéir au régime de réalisation proposé pour le « nantissement de monnaie » non confondue dans le patrimoine du créancier nanti, et rien ne semble s'opposer à ce que la propriété des sommes affectées en garantie soit alors attribuée immédiatement et automatiquement, en vertu de la loi, au vendeur-créancier.

890. Ce sera en revanche une réalisation par voie de reconstitution de la propriété démembrée qui devra être appliquée aux « nantissements de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti ou du tiers convenu que constituent les « dépôts de garantie » prévus dans le cadre du bail d'immeuble à usage d'habitation ou dans le cadre d'une vente à l'amiable d'un immeuble. En effet, dans la mesure où, comme on l'a vu, rien n'interdit au bailleur créancier (dans le premier cas) ou au notaire (dans le second cas) de mêler les sommes d'argent remises en garantie par le preneur à bail (dans le premier cas) ou par l'acquéreur (dans le second cas), et de disposer à titre provisoire des sommes ainsi confondues, la réalisation de ces sûretés devra passer par la reconstitution, de plein et sans formalité, de la propriété démembrée des sommes affectées en garantie. La simplicité, la rapidité et l'efficacité de ce mode de réalisation conviennent particulièrement aux « dépôts de garantie » constitués à l'occasion de la conclusion d'un contrat de bail d'immeuble à usage d'habitation : en cas d'inexécution par les locataires de leurs obligations locatives, les bailleurs pourront se payer sur les sommes remises en garantie sans avoir à recourir au juge et aux procédures civiles d'exécution.

891. On pourrait en dire autant pour les « dépôts de garantie » constitués par les acquéreurs de biens immobiliers, si le notaire n'avait pas l'obligation de ne remettre les sommes affectées en garantie au vendeur-créancier qu'avec l'accord écrit de l'acquéreur-constituant, et si, à défaut d'accord écrit, il n'était autorisé à débloquer les sommes consignées qu'en vertu d'une décision de justice. Les obligations mises à la charge du tiers convenu qu'est le notaire dans le cadre de l'affectation de monnaie en garantie des engagements pris par l'acquéreur dans un compromis de vente d'immeuble empêchent l'application à cette sûreté du régime de réalisation du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti.

Il n'en va pas de même pour le nantissement de monnaie légale que constitue la remise de sommes d'argent par l'enchérisseur ou le surenchérisseur participant à une vente sur adjudication d'un immeuble.

2 – Le nantissement de monnaie légale en droit immobilier

892. Rien n'interdisant au séquestre ou au consignataire de confondre les sommes affectées en garantie par l'enchérisseur ou le surenchérisseur avec d'autres sommes lui ayant été remises, et tout autorisant ainsi le séquestre ou le consignataire à disposer à titre provisoire de ces sommes, dont la propriété se trouve donc démembrée et réduite, dans le patrimoine du constituant, à un droit réel « flottant », l'exécution du « nantissement de monnaie » légal de la procédure de saisie immobilière devra être soumise au régime de réalisation du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti.

893. Or, dans la mesure où l'article 74 du décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006 précise, en son dernier alinéa, que « lorsque l'adjudicataire est défaillant, la somme versée [...] *est acquise* aux créanciers participant à la distribution et, le cas échéant, au débiteur pour leur être distribuée avec le prix de l'immeuble » (italiques ajoutées), et dans la mesure où les dispositions réglementaires en vigueur organisent d'ores et déjà la formation, entre les mains du (ou des) créancier(s), d'un droit de propriété plein et entier, sans la moindre formalité, ni le moindre recours au juge, il y a lieu de considérer que le régime de réalisation du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti, par simple reconstitution automatique et immédiate de la propriété démembrée, pourra s'appliquer sans difficultés aux sûretés sur l'argent dont la constitution est requise dans le cadre de la procédure de saisie immobilière.

C – La réalisation des sûretés sur sommes d'argent en droit des marchés financiers.

894. La réalisation des « contrats de garantie financière avec constitution de sûreté » prévus par l'article 2-1 c) de la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juin 2002, concernant les contrats de garantie financière, par la voie d'une reconstitution, de plein droit et sans formalités, de la propriété, jusque là démembrée, des sommes affectées en garantie, paraît tout à fait conforme à la définition

donnée de ces contrats qui, tout en permettant au constituant de conserver la pleine propriété des sommes ou instruments financiers remis en garantie, investissent le créancier « preneur » d'un « droit d'utilisation » équivalent au droit de disposer à titre provisoire que l'on propose de reconnaître au créancier bénéficiaire d'un « nantissement de monnaie » confondue dans son patrimoine.

Si les « contrats de garantie financières avec constitution de sûreté » du droit communautaire sont susceptibles de se fondre en tous points dans le régime de constitution et de réalisation du « nantissement de monnaie » confondue, il convient de vérifier que ce soit également le cas des sûretés sur sommes d'argent garantissant les prêts de titres, les obligations financières, ainsi que celles liées à la participation à un système de paiement interbancaire ou de règlement-livraison d'instruments financiers.

1 – Le nantissement de monnaie garantissant les obligations de paiement dans les systèmes de paiement, de règlement et de livraison d'instruments financiers

895. De même que la mise en œuvre du fonds de garantie commun et permanent constitué pour pallier la défaillance d'un participant au système de paiement et de règlement-livraison d'instruments financiers exige simplicité et rapidité²¹², compte tenu des risques que la défaillance dudit participant fait encourir aux autres participants et à l'ensemble du marché, de même la réalisation des garanties individuelles

²¹² Ch. Sampic, F. Hervo, « Revue de la stabilité financière », *Banque de France*, n° 3, novembre 2003, p. 139 : « La défaillance d'un participant restera définie [...] comme la situation où un participant n'est pas en mesure (de manière temporaire ou définitive) d'honorer son solde débiteur dans le système (après prise en compte du montant de la garantie complémentaire individuelle qu'il avait éventuellement déposée). [...] Afin de remédier à une défaillance [...] le gestionnaire du fonds, agissant comme mandataire de l'ensemble des participants, prélève, à hauteur du montant à couvrir, les espèces nécessaires sur le fonds de garantie permanent. La somme prélevée est imputée en priorité sur la contribution du participant défaillant, puis, le cas échéant, sur les contributions au fonds des autres participants. Chaque participant non défaillant détiendra alors à l'égard du participant défaillant une créance à hauteur de sa quote-part dans le fonds de garantie permanent. Afin d'éviter les risques d'abus, le recours au fonds sera fortement pénalisé. Le participant défaillant ne pourra participer de nouveau au système qu'après avoir réglé sa dette et les pénalités prévues. S'il est dans l'incapacité de le faire, les participants non défaillants seront tenus de contribuer de manière à reconstituer la valeur totale du montant du fonds de garantie permanent. Les dispositifs de protection des systèmes français ont fait l'objet de discussions approfondies avec la profession bancaire et offrent finalement une combinaison des principes "survivants payeurs" et "défaillant payeur", permettant à la fois de limiter les coûts de la sécurisation et d'introduire un élément de flexibilité. L'inconvénient de cette combinaison est qu'elle n'élimine pas l'éventualité d'une annulation des opérations échangées dans le système. En effet, il n'est pas exigé de chaque participant qu'il couvre a priori et individuellement la totalité des risques qu'il fait courir au système ("défaillant payeur"), ni que l'ensemble des participants s'engagent à prendre en charge le règlement des participants défaillants, quel que soit le montant des sommes à couvrir ("survivants payeurs"). En cas de défaillance simultanée de plusieurs participants, il n'est donc pas exclu que le montant des garanties constituées puisse être insuffisant pour payer les soldes débiteurs de ces derniers. Dans ce cas de figure, toutefois extrêmement peu probable, l'agent de règlement rejettera l'ensemble des soldes du système, à charge pour celui-ci de "détricoter" les opérations correspondantes et de réaliser une nouvelle compensation en rejetant les opérations des participants défaillants ».

complémentaires de ce fonds, constituées sous forme de sûretés sur des avoirs en monnaie banque centrale, doit répondre à un double souci d'efficacité et de célérité.

896. Or le régime proposé de réalisation du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti ou d'un tiers convenu paraît correspondre à ces exigences. En cas de défaillance d'un participant et d'insuffisance du fonds de garantie commun et permanent, les « nantissements de monnaie » confondue que sont les garanties complémentaires individuelles se réaliseront par la reconstitution automatique et immédiate de la propriété des sommes nanties entre les mains du tiers convenu qu'est le gestionnaire des fonds, pour le compte des créanciers nantis (c'est-à-dire les autres participants au système). Il suffira au gestionnaire des fonds d'imputer les sommes affectées en garantie, qui, dès l'instant de la défaillance du constituant, seront devenues sa propriété pleine et entière, sur le solde débiteur du participant défaillant.

897. Comme celle du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti ou d'un tiers convenu, la réalisation des garanties complémentaires individuelles pourra s'effectuer nonobstant l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du participant défaillant ou du gestionnaire du système. Si les créanciers participant au système devaient, comme le créancier bénéficiaire d'un « nantissement de monnaie », être investis d'un droit de rétention opposable à la procédure collective, et, le cas échéant, exercé par l'entremise de la banque centrale, cela leur conférerait également un droit exclusif au paiement en vertu d'une priorité qui neutraliserait la procédure collective du participant ou du gestionnaire avant même le constat de leur défaillance.

898. Ainsi, l'application à ces garanties du régime de réalisation du « nantissement de monnaie » proposé ne remettra pas en cause la neutralisation des procédures collectives et des procédures civiles d'exécution organisée par l'article L. 330-2 du code monétaire et financier, dont le III prévoit que « les dispositions du livre VI du code de commerce ou celles équivalentes régissant toutes procédures judiciaires ou amiables ouvertes hors de France ainsi que toutes procédures civiles d'exécution ou tout exercice d'un droit d'opposition ne font pas obstacle à l'application des articles L. 330-1 et L. 330-2 » et qu'« aucun créancier d'une institution participant, directement ou indirectement, à un tel système, ou selon le cas, du tiers qui a constitué les garanties dans le système, du gestionnaire du système lui-même, ou du gestionnaire

d'un système lié par un accord d'interopérabilité, ne peut se prévaloir d'un droit quelconque sur ces garanties, même sur le fondement des dispositions susmentionnées ».

Rien ne s'oppose donc à ce que soit appliqué au « nantissement de monnaie » garantissant les obligations de paiement dans les systèmes de paiement interbancaire et dans les systèmes de règlement et de livraison d'instruments financiers, les règles d'exécution du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti (ou d'un tiers convenu)²¹³.

2 – Le nantissement de monnaie garantissant les obligations financières

899. Si le régime de constitution du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti (ou d'un tiers convenu) nous a paru pouvoir s'appliquer aux sûretés sur sommes d'argent garantissant les obligations financières au prix de quelques adaptations mineures, on ne peut en dire autant du régime de réalisation de ce nantissement – du moins si l'on estime que le mode de réalisation de ces sûretés doit rester le même que celui qui est aujourd'hui fixé par l'article L. 211-38 du code monétaire et financier.

900. Cet article L. 211-38 dispose en effet au premier alinéa de son III que l'acte constitutif des sûretés garantissant des obligations financières « peut permettre au bénéficiaire de compenser sa dette de restitution des biens ou droits équivalents avec les obligations financières au titre desquelles les sûretés ont été constituées, lorsqu'elles sont devenues exigibles ». Autrement dit, le régime actuel de réalisation de ces sûretés repose sur l'idée que, la pleine propriété des biens affectés en garantie ayant été transférée au créancier lors de leur constitution, il n'y aurait plus entre le débiteur constituant et le créancier qu'un rapport de droits personnels formé par les obligations financières garanties d'une part, et l'obligation de restitution du créancier d'autre part, et que ces droits personnels seraient susceptibles de se compenser. Or, on a montré, tout

²¹³ Le régime proposé pour le « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier (ou du tiers convenu) est, du reste, conforme aux prescriptions de l'article 4 de la directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 juin 2002, concernant les contrats de garantie financière. Cet article 4 exige en effet que les États membres veillent à ce que les moyens de mettre à exécution un contrat de garantie financière avec constitution de sûreté ne soient pas soumis à l'obligation: « a) que l'intention de réaliser la garantie ait été notifiée préalablement ; b) que les conditions de la réalisation de la garantie soient approuvées par un tribunal, un officier public ou ministériel ou une autre personne ; c) que la réalisation de la garantie s'effectue par enchères publiques ou selon toute autre forme prescrite, ou d) qu'un délai supplémentaire se soit écoulé ». Autrement dit, toute obligation de mettre en demeure le débiteur-constituant et d'attendre l'écoulement d'un certain délai après mise en demeure restée sans effet doit être écartée, comme elle l'est dans le régime de réalisation du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier que l'on propose.

au moins s'agissant des sommes d'argent, que cette compensation était une illusion, puisque la dette de restitution du créancier ne pouvait devenir exigible tant que l'obligation garantie (financière en l'espèce) n'était pas éteinte.

901. Néanmoins, l'application, aux sûretés sur sommes d'argent garantissant des obligations financières, du régime de réalisation du « nantissement de monnaie » confondue, par voie de reconstitution automatique et immédiate de la propriété démembrée des sommes nanties, peut être moins incompatible avec leur actuel régime de réalisation qu'il n'y paraît de prime abord.

901-1. En effet, le dénouement de ces sûretés par voie de compensation n'est qu'une faculté pouvant être prévue dans l'acte constitutif, et en aucun cas une obligation. Qui plus est, pour ce qui concerne les sûretés garantissant les obligations financières mentionnées aux 2° et 3° de l'article L. 211-36 du code monétaire et financier, le 3° du II de l'article L. 211-38 du même code prévoit que « la réalisation de telles garanties intervient à des conditions normales de marché, par compensation, *appropriation ou vente, sans mise en demeure préalable*, selon les modalités d'évaluation prévues par les parties dès lors que les obligations financières couvertes sont devenues exigibles » (italiques ajoutées). Autrement dit, la compensation n'est pas le seul mode de réalisation aujourd'hui envisagé pour ce type de garanties, et si la vente doit être écartée lorsque des sommes d'argent sont affectées en garantie, l'« appropriation », sans mise en demeure préalable, tend à se rapprocher d'un dénouement par reconstitution de plein droit et sans formalité d'une propriété démembrée – à ceci près qu'en cas d'appropriation, le créancier acquiert un droit de propriété dont il n'avait aucun attribut, alors qu'en cas de démembrement de propriété, il acquiert les éléments de la pleine propriété qui lui manquaient.

901-2. Le rapprochement entre le mode de réalisation des sûretés garantissant les obligations financières prévu par l'article L. 211-38 du code monétaire et financier, d'une part, et, d'autre part, le régime de réalisation du « nantissement de monnaie » confondue que l'on propose, peut être encore approfondi dans la mesure où tous deux ont pour point commun de mettre le dénouement de la sûreté à l'abri de la procédure collective du constituant. L'opposabilité à cette procédure de son droit de rétention et le caractère immédiat et automatique de la reconstitution de la propriété démembrée placent le créancier bénéficiaire d'un « nantissement de monnaie » dans une situation aussi enviable que celle d'un créancier bénéficiaire de sûretés sur l'argent constituées en

application de l'article L. 211-38 du code monétaire et financier dont le I prévoit, en son premier alinéa, qu'elles sont « réalisables, même lorsque l'une des parties fait l'objet d'une des procédures prévues par le livre VI du code de commerce, ou d'une procédure judiciaire ou amiable équivalente sur le fondement d'un droit étranger, ou d'une procédure civile d'exécution ou de l'exercice d'un droit d'opposition ».

901-3. Enfin, la description que le premier alinéa du III de l'article L. 211-38 précité fait du report du droit du constituant sur les biens acquis en remplacement, lorsque le bénéficiaire des sûretés est autorisé à utiliser ou aliéner les biens initialement affectés en garantie, n'est pas sans évoquer la « propriété flottante » que l'on propose de reconnaître au constituant d'un « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti ou d'un tiers convenu. En effet, ce texte dispose que, lors de la restitution au constituant de biens équivalents à ceux initialement remis en garantie, « les sûretés concernées portent alors sur les biens ou droits équivalents ainsi restitués comme si elles avaient été constituées dès l'origine sur ces biens ou droits équivalents ».

902. La reconstitution, de plein droit et sans formalité, de la propriété des sommes nanties entre les mains du bénéficiaire de la sûreté garantissant des obligations financières, nonobstant la procédure collective susceptible d'affecter le constituant, satisferait aux exigences de rapidité, de simplicité et d'efficacité qui sont celles des sûretés du droit des marchés financiers.

903. Au terme de ces développements qui ont tenté de montrer que le régime de constitution et de réalisation du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti (ou d'un tiers convenu) était adapté, sous réserve de quelques aménagements, à l'affectation de sommes d'argent en garantie d'obligations financières, il s'offre une alternative :

- soit on estime que la spécificité de la matière boursière justifie que les modalités de constitution et de réalisation des « couvertures » continuent d'être définies par les règles régissant chaque marché, au même titre que les méthodes et paramètres de calcul du montant des dépôts de garantie et des appels de marge – dans quel cas il conviendra de prévoir au quatrième alinéa de l'article 2355 du code civil que le nantissement

conventionnel qui porte sur la monnaie est régi par la nouvelle section du chapitre concerné sauf « dispositions spéciales »²¹⁴ ;

- soit on admet que les « couvertures » du droit des marchés financiers peuvent globalement être soumises au régime de constitution et de réalisation du « nantissement de monnaie » qui sera fixé par le code civil, sous réserve d'adaptations, notamment pour ce qui concerne la fixation du montant des sommes nanties – dans quel cas il conviendra de modifier certaines règles définies par les entreprises de marché, à l'exception de celles régissant les méthodes et paramètres de calcul du montant des dépôts de garantie et des appels de marge.

3 – *Le nantissement de monnaie garantissant le prêt de titres*

904. À supposer que la rédaction du dernier alinéa de l'article L. 211-22 du code monétaire et financier soit modifiée de telle façon qu'il ne soit plus fait référence à la possibilité de convenir de « remises complémentaires, *en pleine propriété*, d'espèces » mais à celle de constituer des nantissements de monnaie dans les conditions prévues par le code civil, l'application du régime du « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti (ou d'un tiers convenu), aux sûretés sur sommes d'argent garantissant des prêts de titres, conduirait à faire réaliser ces sûretés par la voie d'une reconstitution immédiate et automatique de la propriété des sommes affectés en garantie entre les mains du créancier nanti, qu'il s'agisse du prêteur de titres si les sommes garantissaient une évolution favorable du cours des titres prêtés, ou de l'emprunteur des titres si les sommes garantissaient une évolution défavorable du cours des titres prêtés.

905. Outre le fait que le créancier bénéficiaire de la remise en garantie des sommes d'argent se verrait reconnaître un droit de rétention opposable à la procédure collective du constituant, la rapidité et l'efficacité d'un tel mode de réalisation seraient de nature à rendre particulièrement attractive la constitution de sûretés sur sommes d'argent en garantie de prêts de titres. Une réalisation de plein droit et sans formalités

²¹⁴ Le régime de constitution et de réalisation du « nantissement de monnaie » que l'on propose nous paraît néanmoins justifier des dérogations moins nombreuses et moins étendues que n'en exige actuellement le régime des sûretés sur sommes d'argent. Il est cependant difficile de contredire le professeur Dominique Legeais lorsqu'il souligne qu'en droit des marchés financiers, « plus que dans d'autres domaines, les garanties doivent [...] satisfaire aux exigences de rapidité et d'efficacité de la pratique », que « les opérateurs ne peuvent donc se satisfaire du formalisme et des procédures nécessaires à la constitution et à la mise en jeu des sûretés réelles classiques », et que « les garanties boursières ont donc pour ces raisons toujours été soumises à des règles dérogatoires » (« L'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles », *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, pp. 365 et s., spéc. p. 367).

répond en effet aux besoins de sécurité et de célérité des investisseurs ayant recours à ce type d'opérations financières.

Le fait que cette réalisation expresse ne soit pas exclusive d'éventuelles restitutions (article 2366-11 nouveau du code civil) est également propice à satisfaire des investisseurs qui souhaitent une sûreté qui, pour être énergique, ne soit pas pour autant inique.

906. Parce que, comme l'écrit le professeur Pierre Crocq, « il est permis de penser qu'une évolution allant dans le sens d'une restauration de l'efficacité des sûretés traditionnelles et des droits du créancier dans le cas d'une procédure collective ferait diminuer l'intérêt de la propriété-garantie »²¹⁵, le régime de réalisation du nantissement de monnaie qui est proposé poursuit les mêmes fins que celles qui ont présidé à l'institution dans notre droit de la fiducie-sûreté, à savoir le souci de mettre en œuvre simplement et rapidement le droit de priorité du créancier²¹⁶.

907. Ce nouveau régime unifié de l'affectation en garantie des sommes d'argent nous semble réfuter la thèse du professeur Michel Cabrillac qui affirmait que « l'édification d'une construction cohérente et génératrice de clarté [...] passe par la reconnaissance de la coexistence d'une sûreté-propriété et d'un gage ordinaire, dont les régimes respectifs et sensiblement différents peuvent être aisément déterminés »²¹⁷. Outre le fait que notre long exposé des débats relatifs à la nature, à la qualification et au régime de l'affectation en garantie de sommes d'argent (en particulier confondues dans le patrimoine du créancier) a montré que les différents régimes d'affectation en garantie de la monnaie étaient loin d'être « aisément déterminés », il nous semble avoir montré que la consécration d'un unique nantissement de monnaie (fiduciaire comme scripturale) est tout aussi « cohérente et génératrice de clarté » – sinon plus – que la résignation à une dualité de nature des sûretés sur sommes d'argent.

²¹⁵ P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., p. 321.

²¹⁶ M. Giovanoli, « Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire suisse », in *La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens*, colloque organisé par le Centre d'études juridiques françaises de l'Université de la Sarre, Paris, 29 novembre 1990, *Bull. Joly* 1991, n° 4 bis, p. 31, et spéc. p. 43 : « par rapport au gage par nantissement, le seul avantage de l'aliénation à fin de sûreté avec dépossession du débiteur est de permettre la réalisation privée de la sûreté. » - cité par P. Crocq, *Propriété et garantie*, op. cit., p. 454, note n° 7.

²¹⁷ M. Cabrillac, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Mélanges offerts à J. Derruppé*, Joly-Litec, 1991, p. 341.

Conclusion

908. S'il a pu être proposé une définition unitaire de la monnaie tendant à en faire un bien corporel et appelant en conséquence à unifier son régime d'affectation en garantie en l'ancrant dans celui du gage de meubles corporels¹, il semble tout aussi concevable, voire plus fondé, d'analyser la monnaie comme un bien incorporel devant être affecté en garantie par la voie d'un nantissement de biens meubles incorporels, indépendamment de sa forme fiduciaire ou scripturale.

909. La monnaie fiduciaire n'est en effet qu'une créance dont on a oublié qu'elle l'était. Les pièces et les billets de banque ne sont que les titres représentatifs d'un droit à restitution qui, initialement, portait sur l'or et les métaux précieux déposés auprès de l'institution émettrice, et qui, désormais, porte sur les créances sur l'État (et plus précisément le Trésor), sur l'économie (et plus précisément les entreprises et les ménages), et enfin sur l'extérieur (et plus précisément les importateurs étrangers), dont la banque centrale émettrice devient cessionnaire en les escomptant et réescomptant, avant de les « céder » elle-même aux porteurs de pièces et de billets.

910. Si la monnaie métallique et la monnaie-papier sont qualifiées de monnaie « fiduciaire » (*fiducia*, en latin, désignant la « confiance »), c'est parce qu'elles reposent sur la *confiance* qu'ont eue jadis les déposants porteurs de pièces et de billets dans la capacité de l'institution émettrice à leur restituer leurs dépôts, et qu'ont aujourd'hui les porteurs de pièces et de billets dans la capacité de la banque centrale émettrice à recouvrer les créances dont elle devient cessionnaire. Curieusement, la production de monnaie « fiduciaire » repose sur un mécanisme lui-même « fiduciaire » au sens où la confusion, dans le patrimoine de la banque centrale émettrice, des créances cédées investit ladite banque du droit d'en disposer tout en préservant dans le patrimoine des

¹ C'est là le parti pris, abondamment commenté, du professeur Didier-René Martin. Voir notamment : « De la monnaie », *Mélanges Blaise*, Economica, 1995, pp. 333 et s. ; « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », D. 1996, chron. pp. 47 et s. ; « Le gage d'actifs scripturaux », D. 1996, chron. pp. 263 et s. ; « L'inscription en compte d'actifs scripturaux », D. 1998, chron. pp. 15 et s. ; « De la revendication de sommes d'argent », D. 2002, chron. pp. 3279 et s. ; « Du corporel », D. 2004, chron. pp. 2285 et s. ; « Du gage-espèces », D. 2007, pp. 2556 et s.

cédants un droit à restitution d'une valeur dont les pièces et les billets sont précisément les titres représentatifs. Il faut y voir un effet de la fongibilité qui, en dehors de toute affectation en garantie, a pour effet de transformer le droit réel principal de propriété en droit à restitution (selon nous plus réel que personnel).

911. Dès lors qu'il n'y a, au fondement de la monnaie métallique et de la monnaie-papier, que des créances et que ce qui fait la valeur des pièces et des billets, ce sont les droits à restitution de la valeur de ces créances, il y a tout lieu d'admettre que la monnaie fiduciaire est une propriété incorporelle. Dès lors qu'elle est un bien incorporel, la monnaie fiduciaire peut être affectée en garantie par la voie d'un nantissement – puisque, depuis la réforme du droit des sûretés opérée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, c'est la qualification retenue pour l'affectation de biens meubles incorporels.

912. Néanmoins, ce nantissement ne pourra être celui des créances dans la mesure où le droit à restitution sur lequel repose la monnaie fiduciaire ne saurait se confondre avec une créance au sens civil du terme : il s'agit d'une créance d'un type particulier, quasi-cambiaire, sans prescription ni débiteur déterminé – si ce n'est l'institution émettrice.

913. À la différence de la monnaie fiduciaire, la monnaie scripturale est une créance dont on n'a pas encore tout à fait oublié qu'elle l'était. La doctrine majoritaire s'accorde en effet à regarder les sommes inscrites en compte comme les « titres » représentatifs de la dette de restitution du banquier teneur de compte à l'égard du client déposant, d'une part, et, d'autre part, à assimiler la créance de restitution du client déposant à une créance au sens civil du terme dans la mesure où le banquier est, certes, une personne morale, mais une personne morale de droit privé, liée au déposant par une convention de compte, et par conséquent un débiteur presque comme un autre. Les spécificités du droit à restitution constaté par le solde d'un compte bancaire commandent selon nous d'y voir plutôt un droit réel à restitution de la valeur des créances entrées en compte.

914. En un sens, nous nous associons, dans une certaine mesure, au mouvement de pensée du professeur Didier-René Martin qui tend à estomper la distinction entre monnaie fiduciaire et monnaie scripturale. La monnaie scripturale est appelée tôt ou tard à subir le même sort que la monnaie fiduciaire. Alors même que cette monnaie est moins ancienne et que sa dématérialisation la plus poussée n'a été atteinte qu'avec l'émergence

de l'informatique, on commence déjà à oublier qu'elle était originellement une créance, non pas à l'encontre de l'État, d'une entité publique ou d'une institution émettrice, mais à l'encontre d'une entité privée : l'établissement de crédit teneur de compte. Quoiqu'ayant pour débiteur une entité privée déterminée, en la personne du banquier teneur de compte, la créance de restitution constitutive de monnaie scripturale se démarque d'une créance au sens civil du terme dans la mesure où son débiteur est tenu d'offrir des garanties de solvabilité exorbitantes du droit commun, que sanctionnent l'agrément exigé des établissements de crédit et que renforcent l'institution du Fonds de garantie des dépôts.

915. En revanche, à la différence du professeur Didier-René Martin, nous estimons que ce qu'il y a de commun entre la monnaie fiduciaire et la monnaie scripturale n'est pas d'être un bien corporel mais d'être un droit à restitution de la valeur des créances cédées, constitutif en tant que tel d'un bien incorporel, sans être pour autant susceptible d'assimilation à une créance au sens civil du terme. La monnaie scripturale est une créance dont on doit oublier qu'elle l'est, ou plus exactement, dont on doit admettre que ses spécificités commandent d'en faire une « créance » atypique au même titre que la monnaie fiduciaire.

916. La monnaie scripturale a, par ailleurs, ceci de commun avec la monnaie fiduciaire qu'elle repose elle aussi sur un mécanisme « fiduciaire » au sens où la confusion des sommes déposées dans le patrimoine du banquier teneur de compte, octroie au banquier le droit de disposer des sommes en question (comme le prévoit l'article L. 312-2 du code monétaire et financier), tout en maintenant dans le patrimoine du déposant le droit de se voir restituer leur valeur – droit que constatent les inscriptions en compte et qui explique que le déposant puisse utiliser le solde de son compte bancaire pour payer ses dettes, ce qui n'est pas sans faire penser à la façon dont le constituant d'une fiducie-sûreté rechargeable affecte son droit à restitution des biens grevés à la garantie d'autres dettes que celles initialement assorties de la fiducie-sûreté. Ce transfert du droit de disposer est un effet qu'exerce la fongibilité sur le droit de propriété qu'en dehors de toute affectation en garantie, elle est susceptible de démembrer.

917. Qu'elle soit fiduciaire ou scripturale, la monnaie est une créance qui, sans pouvoir être assimilée à une créance au sens civil du terme, n'en constitue pas moins un

bien incorporel devant être affecté en garantie par la voie d'un nantissement de biens meubles incorporels autres que les créances.

Ce nantissement pourra être qualifié de « nantissement de monnaie » et faire l'objet, au sein du chapitre du code civil consacré au nantissement de meubles incorporels, de dispositions spéciales regroupées dans une section qui lui sera consacrée.

Notre étude a montré que ce « nantissement de monnaie » pourra, sous réserve de quelques adaptations motivées par le caractère légal, judiciaire ou financier de la sûreté, constituer l'unique mode d'affectation en garantie de la monnaie.

Néanmoins, notre étude a également montré que, s'il est possible de concevoir une nature unitaire de la monnaie et une unique sûreté pour son affectation en garantie, il paraît difficile de proposer un régime d'affectation en garantie autre que dual, tant la confusion ou l'absence de confusion de la monnaie remise en garantie dans le patrimoine du créancier (ou du tiers convenu) modifie la répartition des droits entre le constituant et le bénéficiaire de la garantie.

918. Lorsque la monnaie affectée en garantie ne sera pas confondue dans le patrimoine du créancier nanti (ou du tiers convenu), le « nantissement de monnaie » n'emportera ni transfert ni démembrement de la propriété des sommes nanties lors de sa constitution, mais l'octroi au créancier nanti d'un simple droit de préférence – que viendra renforcer un droit de rétention.

919. Lorsque la monnaie affectée en garantie sera confondue dans le patrimoine du créancier nanti (ou du tiers convenu), le « nantissement de monnaie » emportera, lors de sa constitution, non pas transfert mais démembrement de la propriété des sommes nanties entre un créancier nanti bénéficiaire d'un droit réel de disposer à titre provisoire des sommes en question (outre son droit de rétention), et un constituant titulaire d'un droit réel d'en disposer à titre définitif. Il faut y voir une conséquence de la fongibilité qui, dans le cadre d'une affectation en garantie, a pour effet de transformer le droit réel principal de propriété non pas en droit personnel de créance de restitution, mais en droit réel « planant », et d'opérer ainsi non pas un transfert, mais un démembrement du droit réel de propriété. Autrement dit, dans le cadre d'un « nantissement de monnaie » confondue dans le patrimoine du créancier nanti, le démembrement de propriété caractéristique du mécanisme « fiduciaire » sur lequel repose la monnaie fiduciaire et scripturale se rejoue, dans le cadre de l'affectation en garantie de cette monnaie. En

raison de la fongibilité de son objet, la sûreté opérera un démembrement de la propriété de son objet qui, lui-même, résulte d'un démembrement de propriété.

920. La dualité du régime proposé pour l'affectation en garantie de la monnaie ne sera que relative dans la mesure où le constituant d'un « nantissement de monnaie » sera réputé resté titulaire de la propriété de la monnaie remise en garantie, que celle-ci soit confondue ou non dans le patrimoine du créancier nanti (ou du tiers convenu). En l'absence de confusion dans ce patrimoine, il s'agira d'une propriété pleine et entière. En cas de confusion dans ce patrimoine, il s'agira d'une propriété « flottante ».

921. L'avantage théorique d'un « nantissement de monnaie » est triple : premièrement, il prend en compte la nature incorporelle de cette monnaie au regard du droit des biens en retenant la qualification de « nantissement » ; deuxièmement, il ne remet pas en cause la règle éprouvée et consacrée par la jurisprudence selon laquelle la confusion de choses fongibles dans un patrimoine permet au maître de ce patrimoine de disposer à titre provisoire des choses confondues ; troisièmement, il évince tout débat sur l'existence ou non d'un transfert de propriété en cas d'affectation en garantie de sommes d'argent, en postulant que, certes il y a bien transfert d'un droit de disposer à titre provisoire, mais que ce droit de disposer à titre provisoire n'est en rien assimilable au transfert de propriété caractérisant la fiducie puisqu'il n'est pas voulu par les parties, mais lié à la nature fongible de l'objet de la sûreté. Contrairement à la cession de propriété à titre de garantie, ce transfert de l'*abusus* provisoire laisse subsister dans le patrimoine du constituant un droit réel « flottant » ou « planant » qui consiste dans l'*abusus* définitif. Du point de vue des effets et de l'exécution de la sûreté, le « nantissement de monnaie » aura une efficacité semblable à celle du « gage-espèces », sans pour autant avoir ses inconvénients théoriques.

922. À cette relative clarté théorique s'ajoute l'avantage pratique de la sécurité juridique. En effet, l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés a consacré à la fois le gage de choses fongibles confondues dans le patrimoine du créancier et le nantissement de créance dont le nantissement de compte n'est qu'une variante, et l'on a cru reconnaître le « gage-espèces » dans le gage de choses fongibles confondues dans le patrimoine du créancier, dans la mesure où l'article 2341, alinéa 2, du code civil instaure au bénéfice du créancier un transfert de propriété des choses fongibles gagées. Mais l'existence parallèle d'un régime d'affectation en garantie du

compte courant non bloqué² et, plus généralement des créances, a entretenu le doute : la monnaie scripturale étant considérée par la grande majorité de la doctrine comme une créance, et le « gage-espèces » pouvant porter sur de la monnaie scripturale – ce qui est même le cas le plus fréquent – le régime du « gage-espèces » pouvait tout aussi bien être celui, non translatif de propriété, du nantissement de créance ou du nantissement de compte que celui, translatif de propriété, du gage de choses fongibles.

923. L'introduction dans notre droit de la fiducie par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 et les multiples aménagements de son régime par les lois n° 2008-776 du 4 août 2008 et n° 2009-526 du 12 mai 2009 ainsi que les ordonnances n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 et n° 2009-112 du 30 janvier 2009 n'ont fait qu'accroître le doute quant au régime applicable au « gage-espèces », dont beaucoup d'auteurs considèrent qu'il constitue l'une des « fiducies innommées » apparues dans notre droit bien avant l'institution de la fiducie par la loi du 19 février 2007. Reposant sur un transfert fiduciaire, le « gage-espèces » devrait logiquement être régi par les dispositions relatives à la fiducie-sûreté nommée, d'autant que l'une d'entre elles, l'article 2372-3, alinéa 3, du code civil suggère incidemment et en creux que le bien transféré en vertu d'un contrat de fiducie aux fins de sûreté peut être une somme d'argent.

924. Néanmoins, les avis divergent, d'une part sur l'existence ou non d'un transfert de propriété lors de la constitution du « gage-espèces » et, d'autre part, au sein de ceux qui admettent le caractère translatif de propriété de l'affectation en garantie de sommes d'argent, sur le régime applicable au « gage-espèces ». C'est ainsi qu'on a pu lire que « la fiducie-sûreté ne va pas se substituer à des propriétés-sûretés qui donnent toute satisfaction comme la cession Dailly ou le “gage-espèces” », et qu'« un régime protecteur favorisant les financements bancaires à court terme pour l'une, la simplicité et l'efficacité pour l'autre en font des instruments irremplaçables »³.

925. Comme le fait remarquer un auteur, « l'on peut douter qu'il soit de bonne politique d'avoir en droit positif plusieurs instruments tendant à jouer un rôle identique »⁴. C'est la raison pour laquelle il est proposé de remédier à la confusion qui entoure l'affectation en garantie des sommes d'argent en instituant un nouveau dispositif unifié et applicable à la monnaie sous quelque forme qu'elle se présente (fiduciaire ou

² Article 2360 du code civil.

³ A. Gourio, « La fiducie-sûreté », D. 2009, p. 1944.

⁴ N. Borge, « L'attrait d'une cession fiduciaire requalifiée », note sous l'arrêt Cass. com. 26 mai 2010, D. 2010, p. 2201.

scripturale), dont les règles de constitution seraient simples et dont les modalités de réalisation seraient rapides et efficaces.

On peut en effet réconcilier les auteurs qui soutiennent que la constitution d'une sûreté sur de la monnaie emporte transfert de propriété, avec ceux qui nient l'existence d'un transfert de propriété au profit d'un droit de propriété « planant » du constituant, si l'on adopte l'idée du « nantissement de monnaie ».

926. Ce « nantissement de monnaie » sera la seule sûreté utilisable pour affecter en garantie des sommes d'argent, que la matière soit civile ou bousière. Ses règles de constitution évincent tout débat sur l'existence ou non d'un transfert de propriété des sommes affectées en garantie lors de la constitution de la sûreté.

Comme tout nantissement, ce nantissement de monnaie fiduciaire ou scripturale, n'emportera pas transfert de propriété au profit du créancier nanti : il investira ce dernier du seul droit de disposer à titre provisoire des sommes nanties, non pas parce que les parties l'auraient voulu, comme dans le cadre d'une fiducie-sûreté, mais, par accident, en raison de la nature fongible de son objet qui provoquerait un démembrement de propriété d'un type nouveau, comparable à celui du quasi-usufruit. Le constituant conservera un droit réel qui, assimilable à un droit réel « planant » ou « flottant », consistera dans le droit de disposer à titre définitif de la monnaie nantie.

En cas de défaillance du constituant, la reconstitution de la propriété pleine et entière s'effectuera automatiquement entre les mains du créancier, sans qu'il y ait besoin de procéder à une attribution judiciaire ou conventionnelle, ni même d'invoquer une compensation légale, judiciaire ou conventionnelle entre la créance garantie et une dette de restitution du créancier – ce qui met le créancier à l'abri de la procédure collective susceptible d'affecter le constituant et remédie aux difficultés qui avaient pu conduire certains auteurs à qualifier l'apport de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 de « négligeable » en matière de sûretés sur la monnaie⁵.

927. Ce « nantissement de monnaie » nous paraît revêtir les quatre qualités de la sûreté idéale décrite par les professeurs Philippe Malaurie et Laurent Aynès pour qui

⁵ S. Torck, « Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 », *RD bancaire et fin.*, janvier 2008, n° 1, étude n° 2 : « en ne suivant pas les propositions de la commission Grimaldi, le gouvernement n'a pas fait œuvre créatrice ; pire, il aura laissé subsister des difficultés théoriques et pratiques qui caractérisent le droit français des garanties sur sommes d'argent depuis que l'évolution des techniques d'affectation auront promu les garanties portant sur le compte, sacrifiant qui plus est les droits des créanciers dans la procédure collective frappant le débiteur par le refus de placer hors concours le créancier démuné de la propriété des sommes mises en garantie ».

cette sûreté doit être « d'une constitution simple et peu onéreuse ; adaptée à la dette qu'elle garantit (afin d'éviter l'abus de sûreté gaspillant le crédit) ; efficace donnant au créancier la certitude d'être payé à l'échéance si le débiteur ne s'exécute pas ; d'une réalisation simple pour éviter la lenteur de frais inutiles »⁶.

928. L'institution du « nantissement de monnaie » relevant du niveau législatif, les dispositions relatives à ce dernier pourraient trouver leur place au sein d'une nouvelle section (« Du nantissement de monnaie ») du chapitre III (« Du nantissement de meubles incorporels ») du sous-titre II (« Des sûretés sur les meubles ») du titre II (« Des sûretés réelles ») du livre IV (« Des sûretés ») du code civil.

Les dispositions du code civil ne seraient nullement exclusives d'autres dispositions législatives, figurant dans d'autres codes ou au sein de textes non codifiés. Il conviendrait en effet de modifier les textes de loi prévoyant des sûretés sur la monnaie au sein du code monétaire et financier, du code de procédure pénale, du code de la construction et de l'habitation, de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et de la loi n° 84-595 du 12 juillet 1984 définissant la location-accession à la propriété immobilière.

929. Outre les textes législatifs, il conviendrait d'introduire ou de modifier des dispositions dans les textes réglementaires, qu'ils figurent dans des codes, comme par exemple dans la partie réglementaire du livre des procédures fiscales (article R. 277-1), ou dans des textes non codifiés, comme c'est le cas du décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006 relatif aux procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble.

Enfin, au niveau infra-réglementaire, il pourrait aussi s'avérer nécessaire de prévoir ou de modifier des dispositions, notamment au sein du Règlement de l'Autorité des marchés financiers (AMF), au sein des règles de fonctionnement du dépositaire central (« Euroclear France ») et au sein des règles définies par les entreprises de marché. Les stipulations de certaines conventions-types ou conventions-cadres pourraient également être complétées ou modifiées.

Tant dans les textes législatifs que dans les textes réglementaires ou infra-réglementaires, il pourrait fort bien être procédé à des renvois seulement partiels

⁶ Ph. Malaurie, L. Aynès, *Cours de droit civil*, t. IX, *Les sûretés. La publicité foncière*, Cujas, 10^e éd., 2001, n° 8. *Adde* : P. Crocq, L. Aynès, *Les sûretés, la publicité foncière*, Coll. Droit civil, LGDJ, 7^e éd., 2013, n° 8, p. 7.

aux dispositions du code civil relatives au « nantissement de monnaie », à des dérogations à ces dispositions voire même à des adaptations desdites dispositions, si la matière le justifie.

930. Pour ce qui concerne les seuls textes de nature législative, le dispositif instituant le « nantissement de monnaie » pourrait se présenter ainsi :

PROPOSITION DE LOI

instituant le nantissement de monnaie

Article 1^{er}

Le chapitre III du sous-titre II du titre II du livre IV du code civil est ainsi modifié :

1° L'avant-dernier alinéa de l'article 2355 est ainsi rédigé :

« Le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par la première section du présent chapitre. Le nantissement conventionnel qui porte sur la monnaie est régi, à défaut de dispositions spéciales, par la seconde section du présent chapitre. » ;

2° Après l'article 2355, sont insérés une division et un intitulé ainsi rédigés :

« Section 1

« Du nantissement de créance »

3° Après l'article 2366, sont ajoutés une division et un intitulé ainsi rédigés :

« Section 2

« Du nantissement de monnaie

« *Art. 2366-1.* – Le nantissement de monnaie est l'affectation, en garantie d'une obligation, de monnaie fiduciaire ou scripturale sur laquelle un créancier acquiert le droit de se faire payer par préférence aux autres créanciers du constituant.

« *Art. 2366-2.* – Le nantissement de monnaie peut être consenti par le débiteur ou par un tiers ; dans ce dernier cas, le créancier n'a d'action que sur les sommes affectées en garantie.

« Le nantissement de sommes appartenant à autrui est nul. Il peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque le créancier a ignoré que les sommes appartinssent à autrui.

« *Art. 2366-3.* – Le nantissement de monnaie est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la créance garantie, l'indication de la nature fiduciaire ou scripturale des sommes nanties, ainsi que celle de leur montant. Ce montant peut, le cas échéant, s'entendre du solde d'un compte, provisoire ou définitif, à la date de la réalisation du nantissement ou, le cas échéant, à la date du jugement d'ouverture contre le constituant d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers, sous réserve de la régularisation des opérations en cours, selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution.

« Les créances garanties peuvent être présentes ou futures ; dans ce dernier cas, elles doivent être déterminables.

« *Art. 2366-4.* – Le nantissement de monnaie prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte.

« *Art. 2366-5.* – Le créancier ou le tiers convenu acquiert, à titre provisoire, le droit de disposer des sommes nanties qui sont confondues avec les sommes qui lui appartiennent.

« Par dérogation au premier alinéa, la convention peut prévoir que les sommes nanties sont tenues séparées des sommes qui appartiennent au créancier ou au tiers convenu. Dans ce dernier cas, le créancier ou le tiers convenu ne peut disposer des sommes nanties, même à titre provisoire, et le constituant peut en réclamer la restitution, sans préjudice de dommages-intérêts, s'il n'est pas satisfait à cette obligation de conservation.

« *Art. 2366-6.* – Lorsque le nantissement porte sur de la monnaie fiduciaire et que la convention prévoit que les sommes nanties sont tenues séparées des sommes qui appartiennent au créancier, les sommes nanties sont isolées par tout moyen propre à assurer leur individualisation.

« *Art. 2366-7.* – Lorsque le nantissement porte sur de la monnaie scripturale et que la convention prévoit que les sommes nanties sont tenues séparées des sommes qui

appartiennent au créancier, les sommes nanties sont inscrites sur un compte spécial ouvert au nom du créancier ou du constituant par un établissement habilité à les recevoir.

« Lorsque le compte spécial est ouvert au nom du créancier, il est bloqué jusqu'au jour de la réalisation du nantissement.

« Lorsque le compte spécial est ouvert au nom du constituant, il peut être bloqué jusqu'au jour de la réalisation du nantissement ou continuer d'être mouvementé par le constituant jusqu'à ce jour.

« Dans le cas où le compte spécial ouvert au nom du constituant n'est pas bloqué, les sommes nanties s'entendent du solde créditeur, provisoire ou définitif, à la date de la réalisation du nantissement ou, le cas échéant, à la date du jugement d'ouverture contre le constituant d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers, sous réserve de la régularisation des opérations en cours, selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution. Le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter le nantissement de sommes complémentaires si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation des sommes nanties.

« *Art. 2366-8.* – Qu'elles soient confondues avec les sommes qui appartiennent au créancier nanti ou au tiers convenu ou qu'elles soient tenues séparées de celles-ci, les sommes nanties peuvent être ultérieurement affectées à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci prévoie expressément cette faculté de rechargement.

« Dans ce cas, les sommes nanties ne peuvent être affectées à la garantie d'une nouvelle dette que dans la limite du montant disponible au jour de la recharge.

« La date de la conclusion de la convention de rechargement détermine, entre eux, le rang des créanciers.

« Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non-écrite.

« *Art. 2366-9.* – Sauf convention contraire, le créancier perçoit les fruits des sommes nanties et les impute sur les intérêts, ou, à défaut, sur le capital de la dette garantie.

« *Art. 2366-10.* – À défaut de paiement de la dette garantie, le créancier devient, de plein droit et sans formalité, propriétaire des sommes nanties à concurrence du montant dû au titre de la dette garantie.

« Lorsque le créancier ou le tiers convenu a usé de son droit de disposer à titre provisoire des sommes nanties confondues avec les sommes qui lui appartiennent, le constituant perd, à compter de la défaillance du débiteur et à concurrence du montant dû au titre de la dette garantie, son droit sur les sommes acquises par le créancier ou le tiers convenu en remplacement des sommes initialement nanties.

« Les dispositions du présent article sont d'ordre public et toute clause contraire à celles-ci est réputée non écrite.

« *Art. 2366-11.* – Lorsque le montant des sommes nanties excède le montant dû au titre de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au constituant ou, s'il existe d'autres créanciers privilégiés, est consignée.

« Le constituant rembourse au créancier ou au tiers convenu les dépenses utiles ou nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation des sommes nanties. »

Article 2

Le code civil est ainsi modifié :

1° Après le 4° de l'article 2286, il est inséré un 5° ainsi rédigé :

« 5° Celui qui bénéficie d'un nantissement de monnaie » ;

2° À l'article 2350, les mots : « de l'article 2333 » sont remplacés par les mots : « des articles 2333 et 2366-1 ».

3° L'article 2360 est abrogé ;

4° À la fin de la première phrase du dernier alinéa de l'article 2372-3, les mots : « ou si le bien est une somme d'argent » sont supprimés.

Article 3

Le code monétaire et financier est ainsi modifié :

1° Au dernier alinéa de l'article L. 211-22, les mots : « d'espèces ou de titres financiers » sont remplacés par les mots : « de titres financiers ou constituer des nantissements de monnaie dans les conditions prévues aux articles 2366-1 à 2366-11 du code civil » ;

2° Au premier alinéa du I de l'article L. 211-38, les mots : « contrats ou sommes d'argent, ou la constitution de sûretés sur de tels biens ou droits » sont remplacés par les mots : « ou contrats, ou la constitution de sûretés sur de tels biens ou droits, ainsi que des nantissements de monnaie régis par les articles 2366-1 à 2366-11 du code civil » ;

3° Au premier alinéa du I de l'article L. 330-2, les mots : « créances ou sommes d'argent » sont remplacés par les mots : « ou créances ou des nantissements de monnaie régis par les articles 2366-1 à 2366-11 du code civil ».

Article 4

Le code de procédure pénale est ainsi modifié :

1° Au treizième alinéa de l'article 138, les mots : « fournir un cautionnement » sont remplacés par les mots : « constituer un nantissement de monnaie » ;

2° L'article 142 est ainsi modifié :

a) Le premier alinéa est ainsi rédigé : « Lorsque la personne mise en examen est astreinte à constituer un nantissement de monnaie ou d'autres sûretés, ce nantissement de monnaie ou ces sûretés garantissent : » ;

b) À la première phrase du sixième alinéa, les mots : « cautionnement ou des sûretés » sont remplacés par les mots : « nantissement de monnaie ou des autres sûretés » ;

3° Au premier alinéa de l'article 142-1, le mot : « cautionnement » est remplacé par les mots : « nantissement de monnaie » ;

4° L'article 142-2 est ainsi modifié :

a) Au premier alinéa, le mot : « cautionnement » est remplacé par les mots : « nantissement de monnaie » ;

b) Au second alinéa, le mot : « cautionnement » est remplacé par les mots : « nantissement de monnaie » ;

5° Au premier alinéa de l'article 142-3, le mot : « cautionnement » est remplacé par les mots : « nantissement de monnaie » ;

6° Au deuxième alinéa de l'article 706-45, les mots : « dépôt d'un cautionnement » sont remplacés par les mots : « constitution d'un nantissement de monnaie ».

Article 5

Le code de la construction et de l'habitation est ainsi modifié :

1° Au troisième alinéa de l'article L. 231-3, les mots : « le remboursement du dépôt de garantie » sont remplacés par les mots : « la restitution du nantissement de monnaie » ;

2° L'article L. 231-4 est ainsi modifié :

a) Au II, le mot : « dépôt » est remplacé par le mot : « nantissement de monnaie » ;

b) À la première phrase du premier alinéa du III, les mots : « dépôt de garantie » sont remplacés par les mots : « nantissement de monnaie » ;

c) À la seconde phrase du premier alinéa du III, les mots : « de ce dépôt » sont remplacés par les mots : « des sommes nanties » ;

d) Au deuxième alinéa du III, les mots : « les fonds ainsi déposés » sont remplacés par les mots : « les sommes ainsi nanties » ;

e) Au troisième alinéa du III, les mots : « les fonds déposés en garantie » sont remplacés par les mots : « les sommes nanties », et le mot : « restitués » est remplacé par le mot : « restituées » ;

3° L'article L. 261-12 est ainsi modifié :

a) La première phrase du second alinéa est remplacée par deux phrases ainsi rédigées :

« Le contrat de vente à terme peut seulement stipuler que des nantissements de monnaie seront constitués, à mesure de l'avancement des travaux, dans les conditions prévues aux articles 2366-1 à 2366-11 du code civil. Les sommes nanties sont inscrites à un compte spécial ouvert au nom de l'acquéreur par un organisme habilité à cet effet. » ;

b) À la seconde phrase du second alinéa, les mots : « les fonds ainsi déposés » sont remplacés par les mots : « les sommes ainsi nanties » ;

4° L'article L. 261-15 est ainsi modifié :

- a) Au premier alinéa, les mots : « dépôt de garantie effectué » sont remplacés par les mots : « nantissement de monnaie avec inscription des sommes nanties » ;
- b) Au troisième alinéa, les mots : « les fonds déposés en garantie » sont remplacés par les mots : « les sommes nanties » ;
- c) À l'avant-dernier alinéa, les mots : « ils sont restitués » sont remplacés par les mots : « elles sont restituées ».

Article 6

La loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 est ainsi modifiée :

1° Au douzième alinéa de l'article 3, les mots : « dépôt de garantie » sont remplacés par les mots : « nantissement de monnaie » ;

2° L'article 22 est ainsi modifié :

- a) La première phrase du premier alinéa est ainsi rédigée : « Lorsqu'un nantissement de monnaie régi par les articles 2366-1 à 2366-11 du code civil est prévu par le contrat de location pour garantir l'exécution de ses obligations locatives par le locataire, son montant ne peut être supérieur à un mois de loyer en principal. » ;
- b) À la seconde phrase du premier alinéa, les mots : « dépôt de garantie » sont remplacés par les mots : « nantissement de monnaie » ;
- c) Au deuxième alinéa, les mots : « dépôt de garantie » sont par deux fois remplacés par les mots : « nantissement de monnaie », et après la référence : « l'article 7 » sont insérés les mots : « de la présente loi » ;
- d) À la première phrase du sixième alinéa, les mots : « dépôt de garantie » sont remplacés par les mots : « nantissement de monnaie » ;
- e) Au septième alinéa, les mots : « dépôt de garantie » sont remplacés par les mots : « nantissement de monnaie » ;

f) À la première phrase du dernier alinéa, les mots : « dépôt de garantie » sont remplacés par les mots : « nantissement de monnaie » ;

3° À l'article 22-1-1, les mots : « dépôt de garantie » sont remplacés par les mots : « nantissement de monnaie ».

Article 7

La loi n° 84-595 du 12 juillet 1984 définissant la location-accession à la propriété immobilière est ainsi modifiée :

1° L'article 3 est ainsi modifié :

a) Au premier alinéa, les mots : « dépôt de garantie effectué » sont remplacés par les mots : « nantissement de monnaie avec inscription des sommes nanties » ;

b) Après le mot : « que », la fin du deuxième alinéa est ainsi rédigée : « les sommes nanties seront, à la signature du contrat, restituées à l'accédant ou imputées sur les premières redevances. Faute d'indication dans le contrat préliminaire, les sommes nanties seront restituées à l'accédant. » ;

c) Au troisième alinéa, les mots : « fonds déposés en garantie » sont remplacés par les mots : « sommes nanties », le mot : « ils » est par deux fois remplacé par le mot : « elles », et le mot : « restitués » est remplacé par le mot : « restituées » ;

2° À l'article 22, le mot : « dépôt » est remplacé par le mot : « nantissement de monnaie ».

Bibliographie

TRAITÉS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

- Sur le droit des sûretés postérieur à la réforme du 23 mars 2006 :

ANCEL, Pascal, *Droit des sûretés*, LexisNexis, 6^e éd., 2011.

AYNÈS, Laurent & CROCQ, Pierre, *Les sûretés – la publicité foncière*, Coll. droit civil, LGDJ, 7^e éd., 2013.

CABRILLAC, Michel, MOULY, Christian, CABRILLAC, Séverine & PÉTEL, Philippe, *Droit des sûretés*, Litec, 9^e éd., 2010.

JOBARD-BACHELLIER, Marie-Noëlle, BOURASSIN, Manuella & BRÉMOND, Vincent, *Droit des sûretés*, Sirey, 2^e éd., 2010.

LEGEAIS, Dominique, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 9^e éd., 2013.

MIGNOT, Marc, *Droit des sûretés*, Montchrestien, 2^e éd., 2010.

PICOD, Yves, *Droit des sûretés*, PUF, coll. Thémis, 2^e éd., 2011.

PIEDELIEVRE, Stéphane, *Droit des sûretés*, Ellipses, 2008.

SIMLER, Philippe, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, Litec, 4^e éd., 2008.

SIMLER, Philippe & DELEBECQUE, Philippe, *Les sûretés – la publicité foncière*, Précis Dalloz, 6^e éd., 2012.

- Sur le droit des sûretés antérieur à la réforme du 23 mars 2006 :

AYNÈS, Laurent & MALAURIE, Philippe, *Cours de droit civil*, t. IX, *Les sûretés. La publicité foncière*, Cujas, 10^e éd., 2001.

BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel & LOYNES (de), Paul, *Traité théorique et pratique de droit civil – XXVI, Du nantissement*, t. I, 2^e éd., Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, Paris, 1899, & 3^e éd. Sirey, 1906.

- BEUDANT, Charles & LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paul, *Cours de droit civil français*, t. XIII, *Les sûretés personnelles et réelles*, par P. Voirin, Rousseau, 2^e éd., 1948.
- BUGNET, M., *Œuvres de Pothier*, t. V, *Traité du contrat de nantissement*, Plon Cosse et Marchal, 2^e éd. 1861.
- DAGOT, Michel, *Les sûretés*, Thémis Droit privé, PUF, 1981.
- GUILLOUARD, Louis, *Traité du nantissement et du droit de rétention*, Pédone, 1895.
- JESTAZ, Philippe, RAYNAUD, Pierre & MARTY, Gabriel, *Les sûretés, la publicité foncière*, Sirey, 2^e éd., 1987.
- MAZEAUD, Jean, Henri et Léon, *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 1, *Sûretés, publicité foncière*, par V. Ranouil et F. Chabas, Montchrestien, 6^e éd, 1988.
- MESTRE, Jacques, BILLIAU, Marc & PUTMAN Emmanuel, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996.
- PIEDELIEVRE, Stéphane, *Les sûretés*, Armand Colin, coll. Coursus, 1^{ère} éd., 1996.
- PLANIOL, Marcel & RIPERT, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII, *Les sûretés réelles*, par E. Becqué, LGDJ, 2^e éd., 1953.
- TROPLONG, Raymond-Théodore, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, depuis et y compris le titre de la vente*, t. XIX, *Du nantissement, du gage et de l'antichrèse, commentaire du titre XVII, livre III du Code civil*, éd. Charles Hingray, Paris, 1847.
- THÉRY, Philippe, *Sûretés et publicité foncière*, Coll. Droit fondamental, PUF, 1^{ère} éd., 1988, et 2^e éd., 1998.
- WEILL, Alex, *Les sûretés – La publicité foncière*, Précis Dalloz, 1979.

- Sur la monnaie :

- AGLIETTA, Michel & ORLÉAN, André, *La violence de la monnaie*, PUF, 1982.
- AGUESSEAU (d'), Henri-François, *Considérations sur les monnaies*.
- ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, Livre V, chapitre V, GF Flammarion, 1965.
- BASTIAT, Frédéric, *Maudit argent* in *Œuvres complètes*, t. V, éd. Guillaumin, Paris, 1863.
- BAREL, Étienne, BEAUX, Christophe, KESLER, Emmanuel & SICHEL, Olivier, *Économie politique contemporaine*, Armand Colin, 3^e éd., 2007, préf. M. Pébereau.
- CONDILLAC (de), Étienne, *Le Commerce et le Gouvernement considérés relativement l'un à l'autre*, Bizzarri, 1968.

- DIDIER, Paul, *Droit commercial*, t. III, *La monnaie, les valeurs mobilières, les effets de commerce*, Thémis droit privé, PUF, 1^{ère} éd., 1999.
- GÉNÉREUX, Jacques, *Introduction à l'économie*, éd. du Seuil, Coll. Points, série Économie 3^e éd., 2001.
- GOUX, Jean-Joseph, *Économie et symbolique : Freud, Marx*, Seuil, 1973.
- HAMEL, Joseph, *Cours de doctorat : droit civil approfondi, recherches sur la théorie juridique de la monnaie*, Cours de droit 1938-1939.
- INZITARI, Bruno, *La Moneta, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* (« La monnaie, Traité de droit commercial et de droit public de l'économie »), vol. VI, Padoue, 1983.
- MATER, André, *Traité juridique de la monnaie et du change*, Dalloz, 1925.
- MISTRAL, Jacques, *Guerre et paix entre les monnaies*, Fayard, 2014.
- NUSSBAUM, Arthur, *Money in the law national and international*, Foundation Press, Brooklyn, 1950.
- ORESME, Nicolas, *Traité des monnaies*, rééd. La Manufacture, Lyon, 1989.
- RUEFF, Jacques, *Réflexions sur l'ordre économique*, 1948.
- SCHUMPETER, Joseph, *Histoire de l'analyse économique*, vol. I, éd. Gallimard, Paris, 1983.
- TESTART, Alain (dir.), *Aux origines de la monnaie*, éd. Errance, Paris, 2002.
- TURGOT, Anne-Robert-Jacques, *Réflexions sur la formation et la distribution des richesses*, GF Flammarion, 1998.

- Autres ouvrages juridiques :

- ATIAS, Christian, *Droit civil : les biens*, LexisNexis, 11^e éd., 2011.
- AUBRY, Charles & RAU, Charles, *Droit civil français*, t. 2, *Les biens*, par P. Esmein, Librairies techniques, 7^e éd., 1961.
- AUBRY, Charles & RAU, Charles, *Cours de droit civil français*, t. 2, par É. Bartin, Marchal & Billard, 6^e éd, 1935.
- AUBRY, Charles & RAU, Charles, *Droit civil français*, t. 6, *Contrats civils divers, quasi-contrats, responsabilité civile*, par A. Ponsard, Librairies techniques, 7^e éd., 1975.
- AYNÈS, Laurent & MALAURIE, Philippe, *Les biens*, Defrénois, coll. Droit civil, 5^e éd., 2013.
- AYNÈS, Laurent, MALAURIE, Philippe & STOFFEL-MUNCK, Philippe, *Les obligations*, LGDJ, Coll. Droit civil, 6^e éd., 2013.

- BAUDRY-LACANTINERIE, Gabriel, *Précis de droit civil*, Librairie de la Société du Recueil Général, Paris, 1901.
- BEUDANT, Charles & LEREBOURS-PIGEONNIÈRE, Paul, *Cours de droit civil français*, t. VI, *Les biens*, par P. Voirin, Rousseau, 2^e éd., 1938.
- BONNEAU, Thierry, Coll. Domat droit privé, LGDJ, 10^e éd., 2013.
- BOULAT, Pierre-Antoine & CHABERT Pierre-Yves, *Les swaps : technique contractuelle et régime juridique*, éd. Masson, Paris, 1992.
- BOZÉRIAN, Jules-François, *La bourse, ses opérations et ses opérateurs*, 1859.
- BRENNER, Claude, *Voies d'exécution*, Dalloz, coll. Cours, 6^e éd., 2011.
- BUGNET, M., *Œuvres de Pothier*, t. V, *Du contrat de prêt de consommation*, 1835.
- CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, t. III, *Les biens : monnaie, immeubles, meubles*, Thémis droit privé, PUF, 12^e éd., 1988.
- CARBONNIER, Jean, *Droit civil*, vol. II, *Les biens, les obligations*, Coll. Quadrige, PUF, 19^e éd., 2004.
- CLARKE, Alison & KOHLER, Paul, *Property Law, Commentary and Materials*, Cambridge, Cambridge University Press, Collection Law in context, 2005.
- CORNU, Gérard, MALINVAUD, Philippe & Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9^e éd., 2011.
- CRÉPON, Théophile, *De la négociation des effets publics et autres*, éd. F. Pichon, 2^e éd., 1891.
- CROZET, Yves, BELLETANTE, Bernard, GOMEZ, Pierre-Yves, LAURENT, Bernard, *Dictionnaire de banque et bourse*, Armand Colin, Coll. Cursus, 1993.
- DANY, A., *Manuel pratique des opérations commerciales et des documents commerciaux*, éd. Berger-Levrault, 3^e éd., 1907.
- DEMOLOMBE, Charles, *Cours de Code Napoléon*, t. IX, *Traité de la distinction des biens : de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, Imprimerie générale, Durand, Hachette, 1875.
- FABRE-MAGNAN, Muriel, *Droit des obligations*, vol. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, Coll. Thémis droit, PUF, 2^e éd., 2010.
- FLOUR, Jacques, AUBERT, Jean-Luc & SAVAUX, Éric, *Les obligations*, t. I, *L'acte juridique*, Sirey, 15^e éd., 2012.
- GAUDEMET, Paul-Marie & MOLINIER, Joël, *Finances publiques*, t. I, *Budget et Trésor*, Montchrestien, 7^e éd., 1996.
- GAVALDA, Christian & STOUFFLET, Jean, *Droit de la banque*, Thémis, PUF, 1974.

- GHESTIN, Jacques & DESCHÉ, Bernard, *La vente*, LGDJ, 1990.
- GHESTIN, Jacques, *Traité de Droit civil, Les biens*, par BERGEL, Jean-Louis, BRUSCHI, Marc & CIMAMONTI, Sylvie, LGDJ, 2^e éd., 2010.
- GHESTIN, Jacques, *Traité de droit civil, Les principaux contrats spéciaux*, par HUET, Jérôme, DECOCQ, Georges, GRIMALDI, Cyril, et LÉCUYER, Hervé, LGDJ, 3^e éd., 2012.
- GRUA, François, *Les contrats de base de la pratique bancaire*, Litec, 2000.
- JOSSERAND, Louis, *Cours de droit civil positif français*, Sirey, 3^e éd., 1939.
- JULLIOT de LA MORANDIÈRE, Léon, RODIÈRE, René & HOUIN, Roger, *Droit commercial*, Précis Dalloz, 1968.
- LACOUR, Léon & BOUTERON, Jacques, *Précis de droit commercial*, t. II, Dalloz, 3^e éd., 1925.
- LARROUMET, Christian, *Droit civil*, t. II, *Les biens, droits réels principaux*, Economica, 5^e éd., 2006.
- LYON-CAEN, Charles, & RENAULT, Louis, *Traité de droit commercial*, t. IV, éd. F. Pichon, 1893.
- MARIN, Xavier & VASSEUR, Michel, *Les comptes en banque*, Sirey, 1966.
- MAZEAUD, Jean, Henri et Léon, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1 *Obligations : théorie générale*, par F. Chabas, Montchrestien, 8^e éd., 1991, & *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 2 *Les biens*, par F. Chabas, Montchrestien, 7^e éd., 1989.
- MAZEAUD, Jean, Henri et Léon, *Leçons de droit civil*, t. 3, *Sûretés, publicité foncière*, vol. 1, par Y. Picod, Montchrestien, 7^e éd., 1999, & *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 2, par M. de Juglart, Montchrestien, 4^e éd., 1974.
- MERLE, Philippe, *Droit commercial : sociétés commerciales*, Précis Dalloz, 17^e éd, 2014.
- MOLLOT, *Bourses de commerce, agents de change et courtiers*, éd. Cotillon, 3^e éd. 1853.
- PÉROCHON, Françoise & BONHOMME, Régine, *Entreprises en difficulté, Instruments de crédit et de paiement*, LGDJ, 8^e éd., 2009.
- PLANIOL, Marcel & RIPERT, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, *Les contrats civils*, par R. Savatier, LGDJ, 1932.
- PLANIOL, Marcel & RIPERT, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, *Les biens*, par M. Picard, LGDJ, 1952.
- PLANIOL, Marcel & RIPERT, Georges, *Traité pratique de droit civil français*, t. III, *Les biens*, par J. Boulanger, LGDJ, 1958.

- POTHIER, *Traité du prêt de consommation*, in *Œuvres*, t. 8, Thomine et Fortic, Paris, 1821, pp. 89 et s.
- PROUDHON, Jean-Baptiste-Victor, *Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation*, t. I, éd. V. Lagier, Dijon, 2^e éd., 1836.
- RIPERT, Georges & ROBLOT, René, *Traité de droit commercial*, t. I, vol. II, par M. Germain, LGDJ, 19^e éd., 2009.
- RIPERT, Georges & ROBLOT, René, *Traité de droit commercial*, t. II, *Valeurs mobilières, effets de commerce*, par M. Germain et Ph. Delebecque, LGDJ, 15^e éd., 1996.
- RIVES-LANGE, Jean-Louis & CONTAMINE-RAYNAUD, Monique, *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 1986.
- RODIÈRE, René & RIVES-LANGE, Jean-Louis, *Droit bancaire*, Précis Dalloz, 3^e éd., 1980.
- SAVIGNY (von), Friedrich-Karl, *Le droit des obligations*, traduit de l'allemand par C. Gérardin et P. Jozon, éd. A. Durand, 1863.
- SERICK, Rolf, *Les sûretés réelles mobilières en droit allemand*, LGDJ, Coll. Droit des affaires, 1990.
- THALLER, Edmond, *Traité élémentaire de droit commercial*, éd. Rousseau, 3^e éd., 1904.
- THALLER, Edmond, & PERCEROU, Jean, *Traité élémentaire de droit commercial*, éd. Rousseau, 8^e éd., 1931.
- THÉRY, Philippe, MALAURIE, Philippe & AYNÈS, Laurent, *Les Biens, la publicité foncière*, Cujas, 4^e éd., 1998.
- VAN RYN, Jean & HEENEN, Jacques, *Principes de droit commercial*, t. 4, Bruylant, 1965.
- VASSEUR, Michel, *Droit et économie bancaires*, fasc. 3, Les Cours de droit, 3^e éd., 1982-1983, p. 918.
- WALDMANN, Abel, *La profession d'agent de change, ses droits et ses responsabilités*, éd. F. Pichon, 1888.
- WEILL, Alex, TERRÉ François & SIMLER, Philippe, *Droit civil, les biens*, Précis Dalloz, 3^e éd., 1985.
- ZÉNATI-CASTAING, Frédéric & REVET, Thierry, *Les biens*, PUF, Coll. Droit fondamental, 3^e éd., 2008.

- Ouvrages littéraires et philosophiques :

BODIN, Jean, *Les Six livres de la République*, Fayard, 1986.

CLAUDEL, Paul, « Religion du signe », *Connaissance de l'Est*, éd. Gilbert Gadoffre, Mercure de France, 1973.

MONTESQUIEU (de), Charles-Louis, *De l'Esprit des lois*, Livre XXII « Des lois, dans le rapport qu'elles ont avec l'usage de la monnaie », Chapitre II, « De la nature de la monnaie », GF Flammarion, 1979.

SAINT-SIMON (de), Louis, *Mémoires*, t. VI, La Pléiade, 1986.

THÈSES

AYNÈS, Augustin, *Le droit de rétention. Unité ou pluralité*, Economica, 2005, préf. Ch. Larroumet.

BARRIÈRE, François, *La réception du trust au travers de la fiducie*, thèse dirigée par le professeur Michel Grimaldi et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas en 2001.

CABRILLAC, Michel, *La protection du créancier dans les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession*, th. Montpellier, Sirey, 1954.

CATALA, Nicole, *La nature juridique du paiement*, LGDJ, 1961, Bibl. dr. priv., t. 25, préf. J. Carbonnier.

CROCQ, Pierre, *Propriété et garantie*, LGDJ, 1995, Bibl. dr. priv., t. 248, préf. M. Gobert.

DUPICHOT, Philippe, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, Coll. Thèses, éd. Panthéon-Assas, 2005, préf. M. Grimaldi.

FOEX, Bénédict, *Le numerus clausus des droits réels en matière mobilière*, Coll. juridique romande, Payot, Lausanne, 1987.

GAUDEMET, Antoine, *Contribution à l'étude juridique des dérivés*, 2008, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas.

GIJSBERS, Charles, *Sûretés réelles et droit des biens*, 2012, thèse dirigée par M. Grimaldi et soutenue à l'Université de Paris II Panthéon-Assas.

GINOSSAR, Shalev, *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, Paris, 1960.

GOYET, Ch., *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*, Bibl. dr. priv., t. 180, LGDJ, Paris, 1983.

HUMBERT, Henri, *Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles*, Domat-Montchrestien, 1940.

JULIENNE, Maxime, *Le nantissement de créance*, 2011, thèse dirigée par L. Aynès et soutenue à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

- LASSALAS, Christine, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, LGDJ, coll. des thèses de l'École doctorale de Clermont-Ferrand, 1997, préf. J. Soutfflet.
- LE GUEUT, Thomas, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, 2012, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas.
- LEGEAIS, Dominique, *Les garanties conventionnelles sur créances*, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1986, préf. Ph. Rémy.
- LIBCHABER, Rémy, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, 1992, Bibl. dr. priv., t. 225, préf. P. Mayer.
- LOTTI, Brigitte, *Le droit de disposer du bien d'autrui pour son propre compte – Contribution à la distinction de la propriété et des droits réels*, 1999, thèse dirigée par D. R. Martin et soutenue à l'Université de Paris XI.
- MARLY, Pierre-Grégoire, *Fongibilité et volonté individuelle. Étude sur la qualification juridique des biens*, LGDJ, 2004, préf. Ph. Delebecque.
- PARANCE-BOURINET, B., *La possession des biens incorporels*, th. Paris I, 2003.
- PÉLISSIER, Anne, *Possession et meubles incorporels*, th. Montpellier I, 2000, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque des thèses », vol. 8, 2001.
- PERROUD, Jean, *Essai sur le billet de banque*, éd. A. Rousseau, Lyon, 1901.
- PETRIZI, E. - A., *La monnaie scripturale*, éd. Sirey, Paris, 1933.
- POUGHON, Jean-Michel, *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. J.-P. Baud, Bibl. dr. priv., t. 194, LGDJ, 1987.
- PRAICHEUX, Sébastien, *Les sûretés sur les marchés financiers*, Revue Banque Édition, 2004, préf. A. Ghozi.
- RAYNOUARD, Arnaud, *La dématérialisation des titres, étude sur la forme scripturale*, 1998, thèse soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas.
- ROBINE, David, *La sécurité des marchés financiers face aux procédures collectives*, LGDJ, 2003, Bibl. dr. priv., t. 400, préf. P. Le Cannu.
- ROUSSILLE, Myriam, *La compensation multilatérale*, Dalloz, 2006, préf. J. Béguin, avant-propos J. - J. Daigre.
- SIGOGNE, Margaret-Paulette, *La théorie juridique de la petite monnaie*, th. Paris, éd. Jouve, 1942.
- TORCK, Stéphane, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, 2001, thèse dirigée par H. Synvet et soutenue à l'Université Paris II Panthéon-Assas.
- WITZ, Claude, *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1980.

MÉMOIRES

WESTENDORF, Hannes, « Les sûretés ayant pour objet des sommes d'argent », *Annales du droit luxembourgeois*, vol. 13, éd. Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 460 et s.

ARTICLES, CHRONIQUES, NOTES, OBSERVATIONS ET COMMENTAIRES

- Articles juridiques :

ADELLE, Jean-François, « L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie de droit commun ? », *RD bancaire et fin.*, mars 2007, n° 2, étude n° 5.

AGBAYISSAH, Séna, « Le transfert de propriété à fin de garantie sur les marchés réglementés », *JCP E* 1996 I, n° 46, p. 603.

ALAMOWITCH, Stephan, « Le gage-espèces », *LPA*, 26 août 1994, n° 102.

ALFANDARI, Élie, « Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, pp. 135 et s.

ALFANDARI, Élie, « Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté », *D.* 1996, p. 277.

ALLOUCHE, René & PELTIER, Frédéric, « Le nouveau régime des prêts de titres », *RD bancaire et bourse*, janvier – février 1992, n° 29, p. 8.

ALLOUCHE, René & RICHARD, Raphaël, « Les garanties dans les financements à effet de levier », *RD bancaire et fin.*, n° 3, mai-juin 2008, dossier 21, p. 90.

APPRILL, Jean-Pierre, « Le nantissement des créances et des comptes » in *Le gage commercial, études de droit commercial*, Dalloz, 1953, p. 495.

AUCKENTHALER, Franck, « Les incertitudes juridiques de la pension livrée », *JCP* 1991, p. 3509.

AUCKENTHALER, Franck, « Compensation, remise en garantie, cession : le nouveau régime des créances afférentes aux opérations sur instruments financiers (article 52 de la loi du 2 juillet 1996) », *JCP E* 1996 I, n° 28, p. 594.

AVOUT (d'), Louis, « Quelques observations sur la valeur des publicités réelles en droit français (ou, pourquoi, en matière de meubles, l'inscription ne vaut pas titre) », *D.* 2008, p. 888.

- AYNÈS, Laurent, « Les garanties du financement », *Rapport de synthèse au 82^e congrès des notaires de France*, Nice, Defrénois, 1986, art. 33779, pp. 911 et s.
- AYNÈS, Laurent, « Le nantissement de créance, entre gage et fiducie », *Droit et patrimoine* 2007, n° 162, pp. 66 et s.
- BARRIÈRE, François, « La fiducie : brèves observations sur sa refonte et sa retouche par la loi de modernisation de l'économie », *JCP E* 2008, 28 août 2008, n° 35.
- BLANLUET, Gauthier, « La monnaie électronique. Définition – nature juridique », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2001, pp. 128 et s.
- BLATTER, Jean-Pierre, « Bail à loyer – Locations soumises à la loi du 6 juillet 1989 – Dépôt de garantie », *Jurisclasseur civil*, art. 1708 à 1762, 1992, fascicule n° 150.
- BLAUROCK, Uwe, « Les opérations fiduciaires en droit allemand », in *Les opérations fiduciaires*, colloque de Luxembourg des 20 et 21 octobre 1984, FEDUCI, LGDJ, 1985, pp. 233 et s.
- BONNEAU, Thierry, « Les fonds communs de placement, les fonds communs de créances et le droit civil », *RTD civ.* 1991, pp. 1 et s.
- BOURASSIN, Manuella, « La force d'attraction du gage des stocks », *D.* 2013, p. 1363.
- BROS, Sarah, « Le gage-espèces après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *Rev. Lamy dr. aff.* 2007, n° 14, p. 86.
- BROS, Sarah, « Le gage-espèces », *Droit et patrimoine* 2007, n°161, p. 77.
- BUREAU, Dominique, « Le gage-espèces : une sûreté atteignant sa maturité ? », *Droit et patrimoine*, 1999, n° 77, p. 22.
- CABRILLAC, Michel, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », *Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Joly-Litec, 1991, pp. 333 et s.
- CATALA, Nicole, « De la nature juridique du droit de rétention », *RTD civ.* 1967, pp. 9 et s.
- CAUSSE, Hervé, « Prêts de titres et titres de créances négociables après la loi du 26 juillet 1991 », *JCP E* 1992 I, p. 125.
- CAUSSE, Hervé, « Principe, nature et logique de la « dématérialisation » », *JCP E* 1992, n° 194, p. 530.
- CERLES, Alain, « Le point de vue du banquier sur la fiducie », *RD bancaire et bourse*, n° 19, mai-juin 1990, p. 117.
- CERLES, Alain, « La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », *Mélanges en l'honneur de Michel Vasseur*, Banque éditeur, 2000, pp. 39 et s.
- CRÉDOT, Francis-Jean & GÉRARD, Yves, *RD bancaire et bourse*, 1991, p. 24.

- CROCQ, Pierre, « La réforme des sûretés mobilières », in *Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, Éditions juridiques et techniques (EJT), Coll. Droit et procédures, 2006, pp. 17 et s.
- CROCQ, Pierre, « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », D. 2007, p. 1354.
- CROCQ, Pierre, « Sûretés réelles : les apports des textes d'application de la réforme des sûretés », *Rev. Lamy dr. civ.*, supplément au n° 46, février 2008, pp. 9 et s.
- CROCQ, Pierre, « La nouvelle fiducie-sûreté : une porte ouverte sur une prochaine crise des *subprimes* en France ? », D. 2009, p. 716.
- CROCQ, Pierre & AYNÈS, Laurent, « La fiducie préservée des audaces du législateur », D. 2009, p. 2559.
- CROCQ, Pierre, « V° Nantissement », *Répertoire de droit civil*, Dalloz.
- CUNIBERTI, Gilles, « Le gage-espèces (de l'accession en matière monétaire) », *LPA*, 5 novembre 1999, n° 221, pp. 4 et s.
- DABIN, Jean, « Une nouvelle définition du droit réel », *RTD civ.* 1962, pp. 20 et s.
- DAHAN, Frédérique, « La *floating charge* : reconnaissance en France d'une sûreté anglaise », *Journal de Droit International*, 1996, p. 381.
- DAIGRE, Jean-Jacques, « De quelques aspects du "système de paiement Moneo" », in *Mélanges offerts à Paul Didier, Études de droit privé*, Economica, 2008, pp. 139 et s.
- DANOS, Frédéric, « L'impossible revendication des sommes d'argent dues à titre de restitution », D. 2013, p. 1594.
- DECHEIX, Pierre, « La fiducie ou du sens des mots », D. 1997, chron. pp. 35-36.
- DERRIDA, Fernand, « La dématérialisation du droit de rétention », *Mélanges offerts à M. le Professeur Pierre Voirin*, LGDJ, 1966, p. 177.
- DERRUPPÉ, Jean, « De la fiducie au crédit-bail », *Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, PUF, 1983, pp. 450 et s.
- DIDIER, Paul, « Monnaie de compte et compte bancaire », *Études offertes à J. Flour*, Defrénois, 1979, pp. 139 et s.
- DOISE, Dominique, « Nantissement de monnaie, de comptes, et de valeurs mobilières », in *Le gage commercial* sous la direction de Ch. Mouly, *RJ com.*, numéro spécial, novembre 1994, pp. 30 et s.
- DROSS, William & MALLET-BRICOUT, Blandine, « L'avant-projet de réforme du droit des biens », D. 2009, p. 508.

- DUBERTRET, Matthieu & MANGENET, Dominique, « Réforme du droit des titres : commentaire de l'ordonnance du 8 janvier 2009 », D. 2009, p. 448 (à propos de l'ordonnance n° 2009-15).
- DUPICHOT, Philippe, « La réforme du régime hypothécaire », D. 2006, p. 1291.
- DUPICHOT, Philippe, « Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés », *Rev. Lamy dr. civ.*, 2006, n° 29 (supplément), p. 17.
- DUPICHOT, Philippe, « Le nantissement, un an après », *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 27.
- EKELAND, Ivar, « La valeur de l'argent », *Arch. phil. dr.*, n° 42, 1997, pp. 25 et s.
- ELLAND-GOLDSMITH, Michael, « Gage-espèces, nantissement de compte bancaire, faut-il réformer les sûretés sur sommes d'argent ? », *Rapport du colloque de l'Association Européenne pour le Droit Bancaire et Financier (A.E.D.B.F. –France) du 23 janvier 2006*.
- ELLAND-GOLDSMITH, Michael, « Les sûretés sur sommes d'argent : le droit anglais », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 46.
- FRANÇOIS, Jérôme, « Les créances sont-elles des biens ? », *Christian Larroumet, Liber amicorum, Economica*, 2010, pp. 149 et s.
- FRANÇOIS, Jérôme, « Retour sur la revendication des sommes d'argent », D. 2012, p. 1493.
- GAUTIER, Pierre-Yves, « L'accession mobilière en matière d'œuvres de l'esprit : vers une nouvelle querelle des Proculéens et des Sabinien », D. 1988, chron. pp. 152 et s.
- GERMAIN, Michel, « Sociologie de la dématérialisation », *Arch. phil. dr.*, 1997, n° 42, p. 110.
- GHESTIN, Jacques, « Propos d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », D. 1981, chron. p. 1.
- GINOSSAR, Shalev, « Pour une meilleure définition du droit réel et du droit personnel », *RTD civ.* 1962, pp. 573 et s.
- GIVORD François, « Bail à loyer – Bail commercial – Loyer – Fixation originaire du loyer », *Jurisclasseur civil*, art. 1708 à 1762, fasc. 1400, 1987.
- GOURIO, Alain, « La fiducie-sûreté », D. 2009, p. 1944.
- GOUTAY, Philippe, « Titre négociable et opposabilité », in *Mélanges AEDBF-France*, vol. 1, 1997, p. 201.
- GOUTAY, Philippe, « Dématérialisation des titres : la portée de l'inscription des actions sur le registre des transferts de la société », D. *Affaires* 1997, p. 1173.
- GRIMALDI, Michel, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Deffrénois*, 15 et 30 septembre 1991, n° 17 et n° 18, pp. 897 et 961.

- GRIMALDI, Michel, « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *D.* 2006, p. 1294.
- GRIMALDI, Michel, Rapport de synthèse d'un colloque sur le droit des sûretés, *LPA*, 27 mars 2008, n° 63, p. 74.
- GRIMALDI, Michel & DAMMANN, Reinhard, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009, pp. 670 et s.
- GRUA, François, « Monnaie : substituts de la monnaie », *Jurisclasseur civil*, art. 1235 à 1270, 1997, fasc. 50.
- GRUA, François, « Le dépôt de monnaie en banque », *D.* 1998, chron. pp. 259 et s.
- GRUA, François, « Qu'est-ce qu'un compte en banque ? », *D.* 1999, chron. pp. 255 et s.
- HAMEL, Joseph, « Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie », *Mélanges Sugiyama*, 1940, p. 87.
- HAMEL, Joseph, « L'aval en pension », *Banque*, 1957, p. 707.
- HUET, Jérôme, *Jurisclasseur civil*, art. 533 à 536, fasc. N.
- JEANTIN, Michel, « Le droit financier des biens », *Prospectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin*, Dalloz, 1999, pp. 3 et s.
- KACZMAREK, Laurent, « Propriété fiduciaire et droits des intervenants à l'opération », *D.* 2009, p. 1845.
- KAMMAN, Ted & LHENRY, Claire, « La garantie sur les comptes bancaires (*Security Interest in a Deposit Account*) de l'article 9 du UCC », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 50.
- KOLIFRATH, Gilles & AYNÈS, Laurent, « Les remises en pleine propriété à titre de garantie : confirmation de la licéité des cessions fiduciaires en droit français ? », *D. Affaires* 1998, pp. 1573 et s.
- LAPASSE (de), Patrice, « Le nouveau régime des opérations de pension », *Bulletin de la Banque de France*, n° 7, 1994, p. 101.
- LASSALAS, Christine, « La monnaie scripturale », *Mélanges AEDBF-France*, t. II, Banque éditeur, 1999, p. 246.
- LAUDE, Anne, « La fongibilité », *RTD com.* 1995, pp. 307 et s.
- LEDUC, Fabrice, « Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? », *RTD civ.* 1995, pp. 307 et s.
- LEGEAIS, Dominique, « L'apport du droit des marchés financiers au droit des garanties réelles », *Mélanges Michel Cabrillac*, Litec, 1999, pp. 365 et s.

- LEGEAIS, Dominique, « Commentaire de l'ordonnance n° 2006-346 relative aux sûretés : le gage de meubles corporels », *RD bancaire et fin.*, mai-juin 2006, pp. 59 et s.
- LEGEAIS, Dominique, « Le gage-espèces après la réforme des sûretés », *Droit et patrimoine* 2007, n° 162, pp. 70 et s.
- LEGEAIS, Dominique, « L'avenir du gage-espèces », *Rev. Lamy dr. civ.* 2007, n° 39, p. 25.
- LIBCHABER, Rémy, « L'argent, entre matière et mémoire », *Arch. phil. dr.*, n° 42, 1997.
- LIBCHABER, Rémy, « Le dépôt d'instruments financiers », *Droit et Patrimoine*, mai 2000, n° 82.
- LIBCHABER, Rémy, « Gage sur sommes d'argent », étude 269, *Droit des sûretés*, coll. Lamy Droit civil, 2002.
- LIBCHABER, Rémy, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois*, 30 août et 15 septembre 2007, n° 15 et n° 17, p. 1094 et p. 1194.
- LUCAS, François-Xavier, « Retour sur la notion de valeur mobilière », *Bull. Joly Sociétés* 2000, n° 8-9, p. 765.
- LUCAS DE LEYSSAC, Claude, & LACAZE, Xavier, « Le paiement en ligne », *JCP G* 2001, I, 302, pp. 477 et s.
- LUNEL-JURGENSEN, Aline & GUÉRANGER, François, « Le réméré, la pension et le prêt de titres », *Revue Banque*, février 1992, n° 524, pp. 144 et s.
- MARTIN, Didier-René, « Des techniques d'affectation en garantie des soldes des comptes bancaires », *D.* 1987, chron. pp. 230 et s.
- MARTIN, Didier-René, « Des comptes bancaires à affectation spéciale ouverts à des professionnels », *RD bancaire et bourse*, 1992, n° 29, p. 2.
- MARTIN, Didier-René, « De la monnaie », *Mélanges Blaise*, Economica, 1995, pp. 333 et s.
- MARTIN, Didier-René, « De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) », *D.* 1996, chron. pp. 47 et s.
- MARTIN, Didier-René, « Le gage d'actifs scripturaux », *D.* 1996, chron. pp. 263 et s.
- MARTIN, Didier-René, « L'inscription en compte d'actifs scripturaux », *D.* 1998, chron. pp. 15 et s.
- MARTIN, Didier-René, « Valeurs mobilières : défense d'une théorie », *D.* 2001, pp. 1228 et s.
- MARTIN, Didier-René, « De la revendication de sommes d'argent », *D.* 2002, pp. 3279 et s.
- MARTIN, Didier-René, « De la (fausse) monnaie électronique », *RD bancaire et fin.*, 2003, p. 65.
- MARTIN, Didier-René, « Du corporel », *D.* 2004, chron. pp. 2285 et s.

- MARTIN, Didier-René, « Quel gâchis ! », *RD bancaire et fin.*, mai-juin 2005, pp. 73 et s.
- MARTIN, Didier-René, « La théorie de la scripturalisation », *D.* 2005, chron. pp. 1702 et s.
- MARTIN, Didier-René, « Gage-espèces, nantissement de compte bancaire, faut-il réformer les sûretés sur sommes d'argent ? », *Rapport du colloque de l'Association Européenne pour le Droit Bancaire et Financier* (A.E.D.B.F. –France) du 23 janvier 2006.
- MARTIN, Didier-René, « De la garantie monétaire », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, pp. 43 et s.
- MARTIN, Didier-René, « La propriété, de haut en bas », *D.* 2007, pp. 1977 et s.
- MARTIN, Didier-René, « Du gage-espèces », *D.* 2007, pp. 2556 et s.
- MARTIN, Didier-René, « Revendication monétaire : un progrès », *D.* 2011, p. 988.
- MARTIN, Didier-René, ANDREU, Lionel, *Jurisclasseur Civil Code*, fasc. « Contrats et obligations. Conditions de la compensation » 2011, & fasc. « Contrats et obligations. Effets de la compensation. Compensation judiciaire et compensation conventionnelle », 2013.
- MARTIN, Lucien M., « Sûretés traquées, crédit détraqué », *Revue Banque*, 1975, n° 346.
- MIGNOT, Marc, « L'indisponibilité de la créance nantie : une pièce manquante essentielle du dispositif législatif issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 », *RD bancaire et fin.*, janvier-février 2010, étude n° 2, pp. 17 et s.
- MOULY, Christian, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *Études dédiées à René Roblot*, LGDJ, 1984, pp. 529 et s.
- NAJJAR, Ibrahim, « La “ couverture ” du marché à terme », *D.* 1993, chron. pp. 45 et s.
- OMMESLAGHE (Van), Pierre, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », in *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984, pp. 345 et s.
- OPPETIT, Bruno, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », in *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, pp. 317 et s.
- PARLÉANI, Gilbert, « Pluralité de comptes en banque ouverts à un même client », *Jurisclasseur Banque – Crédit – Bourse*, fasc. 250, 2004.
- PÉDAMON, Michel, « La réserve de propriété en droit allemand », *Gaz. Pal.*, 1981, p. 9.
- PELTIER, Frédéric & BROCHARD, A., « Les fondements juridiques de la sécurité du MATIF », *Banque et droit*, n° 2, janvier-février 1989, pp. 26 et s.
- PELTIER, Frédéric, « Le sort des déposants en cas de faillite de la banque dépositaire », *RD bancaire et bourse*, 1991, n° 27, pp. 175 et s.
- PINSOLLE, Philippe & DUGUÉ, Christophe, « Affectation en garantie par une banque des actifs de sa clientèle », *Banque et droit*, 1993, n° 27, p. 6.

- PLAIS, Stéphane, « Réflexions sur le gage de compte d'instruments financiers en couverture d'opérations de dérivés de gré à gré », *Banque et droit*, n° 87, janvier-février 2003, p. 3.
- PLANCKEEL Frédéric, « La transmission du dépôt de garantie avec le bail », *L'actualité juridique droit immobilier (AJDI)* 2010, p. 861.
- PRÉVAULT, Jacques, « Surenchère sur alinéation volontaire », *Jurisclasseur Procédure civile*, fasc. 896, 1997.
- PUTMAN, Emmanuel, Commentaire de la thèse d'A. Gaudemet intitulée *Contribution à l'étude juridique des dérivés*, *RTD civ.* 2010, p. 404.
- PUTMAN, Emmanuel, Commentaire de la thèse de M. Roussille intitulée *La compensation multilatérale*, *RTD civ.* 2010, p. 655.
- REYGROBELLET, Arnaud, « Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés », *RTD civ.* 1999, p. 305.
- REVET, Thierry, « Le Code civil et le régime des biens : questions pour un bicentenaire », *Droit et Patrimoine*, mars 2004, n° 124, pp. 20 et s.
- RIPERT, Georges, « Les donations de valeurs mobilières et le calcul de la quotité disponible », *RTD civ.* 1911, pp. 5 et s.
- RIVES-LANGE, Jean-Louis, « La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique) », *Études de droit commercial à la mémoire de H. Cabrillac*, Litec, 1968, p. 406.
- ROUSSEL-GALLE, Philippe, « On ne revendique pas les sommes d'argent, on les déclare ! », *Revue des sociétés* 2013, p. 526.
- ROUSSILLE, Myriam & ARSAC, Antoine, « Blocage d'un compte bancaire nanti – Réflexions sur la tenue de compte », *RD bancaire et fin.*, mai 2014, étude n° 10.
- RUET, Laurent, « La couverture, condition essentielle de la formation des ordres de bourse à terme », *Bull. Joly Bourse*, novembre-décembre 2000, pp. 521 et s.
- SAMPIC, Christine & HERVO, Frédéric, « La protection des systèmes nets de paiement et de titres à règlement différé : les exemples du SIT et de Relit », *Revue de la stabilité financière*, n° 3, novembre 2003, p. 137.
- SOUSI, Gérard, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *RTD civ.* 1982, p. 514.
- STOUFFLET, Jean, « L'usage de la propriété à des fins de garantie », in *Les sûretés*, colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984, p. 319.
- STOUFFLET, Jean, « Dépôts et comptes en monnaie étrangère », *Mélanges offerts à Jean Derruppé*, Joly-Litec, 1991, pp. 183 et s.
- STOUFFLET, Jean, « Les sûretés sur sommes d'argent ? », *RD bancaire et fin.*, mars-avril 2006, p. 42.

- SYNVET, Hervé, « Le nantissement des meubles incorporels », *Droit et patrimoine* 2005, n° 140, p. 64.
- TERRÉ, François, « L'évolution du droit de propriété depuis le code civil », in *Droits*, n° 1, « Destins du droit de propriété », PUF, 1985, pp. 33 et s.
- TORCK, Stéphane, « La revendication des choses fongibles », *Revue de la recherche juridique*, 1996, pp. 483 et s.
- TORCK, Stéphane, « Les garanties réelles mobilières sur biens fongibles après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés », *RD bancaire et fin.*, juillet-août 2006, pp. 39 et s.
- TORCK, Stéphane, « Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 », *RD bancaire et fin.*, janvier-février 2008, pp. 8 et s.
- VAUPLANE (de), Hubert & BOUERE, Jean-Pierre, « Réflexions sur les conséquences apportées par la dématérialisation sur la portée de l'inscription en compte et la nature juridique de la relation entre le teneur de comptes et son client », *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 617.
- VAUPLANE (de), Hubert, « La couverture des opérations en bourse : une sûreté hybride », *RD bancaire et bourse*, n° 70, novembre-décembre 1998, pp. 197 et s.
- VAUPLANE (de), Hubert, « La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier », *JCP E*, n° 36, septembre 2007, p. 2051.
- VINCKEL, François, « Comptes courants d'associés », *Jurisclasseur Sociétés Traité*, 2010, fasc. n° 36-20.
- WITZ, Claude, « Les transferts fiduciaires à titre de garantie », in *Les opérations fiduciaires*, colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, LGDJ, 1985, p. 55 et s.
- ZÉNATI, Frédéric, Commentaire de la loi n° 87-416 du 17 juin 1987 sur l'épargne, *RTD civ.* 1987, p. 614.

- Articles économiques :

- BRAUNBERGER, Gerald, « La responsabilité de la monnaie de réserve » (« *Die Verantwortung der Leitwährung* »), *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 6 octobre 2010, traduit de l'allemand par Rachel Bouyssou, in « La guerre des monnaies », *Problèmes économiques*, La Documentation française, n° 3011, 19 janvier 2011, pp. 19 et s.
- CAILLÉ, Alain, « Monnaie des sauvages et monnaie des modernes », *Bulletin du M.A.U.S.S.*, mars 1987, pp. 49-50.
- CENTI, Jean-Pierre, « Le contrat de dépôt bancaire », *Mélanges Ch. Mouly*, Litec, 1998, vol. II, p. 305.

COHEN, Benjamin, « L'avenir des monnaies de réserve », *Finances et développement*, Fonds monétaire international, septembre 2009, in « La guerre des monnaies », *Problèmes économiques*, La Documentation française, n° 3011, 19 janvier 2011, pp. 23 et s.

FARJAT, Gérard, « Nature de la monnaie : une approche de droit économique », *Droit et monnaie : états et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, pp. 101 et s.

SAPIR, Jacques, « La crise de la dette est-elle irréversible ? Réquisitionnons les banques centrales ! », *Le Monde*, 2 décembre 2011, p. 23.

TURGOT, Anne-Robert-Jacques, « Valeur et monnaie », in *Collection des principaux économistes*, Paris, 1844, t. III, p. 80.

- Articles de presse :

AÏT-KACIMI, Nessim, « Le bitcoin, la devise qui bouleverse les certitudes », *Les Échos*, 12 février 2014.

CESSOU, Sabine, « Les néerlandais partagés sur un abandon de la monnaie unique », *La Tribune*, 18 novembre 2011, p. 4.

COLLOMP, Florentin, « Un lord anglais lance un prix pour organiser la sortie de l'euro », *Le Figaro Économie*, 19 octobre 2011, p. 19.

CYPEL, Sylvain, « Après l'Utah, d'autres États américains tentés par le retour à la monnaie-or », *Le Monde*, 2 mai 2012.

FAYE, Olivier, « Jacques Cheminade, le candidat hors-cadre », *La Croix*, 5 avril 2012, p. 25.

FOURNIER, Audrey, « Comment la France veut réguler le bitcoin », *Le Monde*, 11 juillet 2014.

GODIN, Romaric, « Soyons confiants : l'euro est là pour durer », *La Tribune*, 2 janvier 2012, p. 3 ; & « Ce néerlandais qui veut le retour du florin », *La Tribune*, 6 mars 2012, p. 15.

PORTES, Thierry, « En Finlande, la crise de l'euro s'invite dans la présidentielle », *Le Figaro*, 21 janvier 2012, p. 9.

PRANDI, Massimo, « Sortie de l'euro : le scénario catastrophe », *Les Échos*, 12 septembre 2011, in « Crise de la dette : menaces sur l'euro ? », *Problèmes économiques*, La Documentation française, n° 3029, 26 octobre 2011, pp. 13 et s.

PRANDI, Massimo, « Une sortie de la Grèce de l'euro provoquerait vingt ans de crise », *Les Échos*, 16 février 2012, p. 8.

REVERCHON, Antoine, « L'euro, un "handicap" pour les Français », *Le Monde*, 6 décembre 2011, p. 15.

ROBEQUAIN, Lucie, « Le retour au franc provoquerait un séisme économique et social », *Les Échos*, 13 décembre 2011, p. 2.

TEXTES EUROPÉENS ET INTERNATIONAUX ET AUTRES TEXTES OFFICIELS

Directive 98/26/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titres.

Directive 2002/47/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juin 2002 concernant les contrats de garantie financière.

Directive 2003/6/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 sur les opérations d'initiés et les manipulations de marché, dite directive « abus de marché ».

Directive 2004/39/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 concernant les marchés d'instruments financiers, modifiant les directives 85/611/CEE et 93/6/CEE du Conseil et la directive 2000/12/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 93/22/CE du Conseil.

Instruction SBF/DIM n° 94-3, 27 avril 1994, *Bull. Joly Bourse*, 1994, § 64, p. 344, note H. de Vauplane.

Recommandation n° 86-01 concernant les contrats de location avec option d'achat ou contrats de location avec promesse de vente de biens de consommation, B.O.C.C.R.F. du 11 mars 1986.

Règlement (CE) n° 974/98 du 3 mai 1998, du Conseil, concernant l'introduction de l'euro.

Règlement (CE) n° 450/2008 du Parlement européen et du Conseil, du 23 avril 2008, établissant le code des douanes communautaire (codes des douanes modernisé).

TRAVAUX PARLEMENTAIRES, RÉPONSES MINISTÉRIELLES ET RAPPORTS DIVERS

- Rapports parlementaires :

Rapport n° 410 (1990-1991) sur le projet de loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier par le sénateur Roger Chinaud, *JO Sénat*, annexe au procès-verbal de la séance du 20 juin 1991.

Rapport n° 254 (1995-1996) fait au nom de la Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur le projet de loi de modernisation des activités financières, par le sénateur Philippe Marini, *JO Sénat*, annexe du procès-verbal de la séance du 6 mars 1996.

Rapport n° 2692 fait au nom de la commission des Finances, de l'Économie et du Plan sur le projet de loi de modernisation des activités financières, par le député Jean-Jacques Jegou, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mars 1996.

Rapport n° 11 (2006-2007) fait au nom de la commission des Lois sur la proposition de loi instituant la fiducie, par le sénateur Henri de Richemont, enregistré à la Présidence du Sénat le 11 octobre 2006.

Rapport n° 442 (2008-2009) fait au nom de la Commission des Finances, du contrôle budgétaire et des comptes économiques de la Nation sur la proposition de loi, adoptée par l'Assemblée nationale, tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, par le sénateur Philippe Marini, *JO Sénat*, annexe du procès-verbal de la séance du 27 mai 2009.

Rapport n° 4411 sur la proposition de loi n° 4400 relative aux mesures conservatoires en matière de procédures de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire et aux biens qui en font l'objet, fait au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, par la députée Françoise Guégot, et enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 28 février 2012.

Rapport n° 448 (session 2011-2012), fait au nom de la commission des Lois, par le sénateur Jean-Pierre Sueur, et enregistré à la Présidence du Sénat le 29 février 2012.

- Réponses ministérielles :

J.O.A.N. (Q) 31 janvier et 28 mars 1953, pp. 590 et 1513.

- Rapports :

Travaux de la Commission de réforme du Code civil [1946-1947], Sirey 1948, p. 781.

Rapport du Conseil National du Crédit et du Titre, *Les problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres*, mai 1997.

Rapport du groupe de travail sur les monnaies virtuelles, *L'encadrement des monnaies virtuelles : recommandations visant à prévenir leurs usages à des fins frauduleuses ou de blanchiment*, juin 2014.

JURISPRUDENCE ET COMMENTAIRES DE DÉCISIONS DE JUSTICE

- Arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme :

CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin contre France*.

CEDH, 16 décembre 1992, *Gouffre de la Pradelle contre France*.

CEDH, 20 novembre 1995, *Pressos Compania Naviera SA contre Belgique*, JCP G 1996, I, 3910, n° 38, obs. F. Sudre.

CEDH, 28 octobre 1998, *Aït Mouhoub contre France*.

CEDH, 4 juin 2002, *Wessels-Bergervoet contre Pays-Bas*, JCP G 2002, I, 157, n° 22, obs. F. Sudre.

CEDH, 18 juin 2002, *Onervildiz contre Turquie*, JCP G 2002, I, 157, n° 23, et Grands arrêts de la CEDH n° 56.

CEDH, 6 octobre 2005, *Maurice contre France & Draon contre France*, RTD civ. 2005, p. 798, obs. Th. Revet.

CEDH, 24 mars 2006, *Achour contre France*.

CEDH, 10 octobre 2006, *Pessino contre France*.

CEDH, 9 janvier 2007, *Aubert et autres contre France*, Revue des contrats, 2007/2, p. 477, obs. A. Debet.

- Arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne :

CJCE, 8 avril 1976, « Defrenne », Recueil 1976 p. 455.

CJCE, 14 juillet 1977, « Bavaria », Recueil 1977 p. 1517.

CJCE, 3 mai 1978, « Töpfler », Recueil 1978 p. 1019.

- Décisions du Conseil constitutionnel :

Cons. constit., 4 juillet 1989, n° 89-254 DC, D. 1990, p. 209, note F. Luchaire ; *RTD civ.* 1990, p. 519, obs. F. Zénati.

Cons. constit., 30 décembre 1996, décision n° 96-385 DC.

Cons. constit., 29 juillet 1998, n° 98-403 DC, D. 1999, jur. p. 269, note W. Sabete ; D. 2000, somm. p. 61, obs. J. Trémeau.

Cons. constit., 14 octobre 2009, n° 2009-589 DC, D. 2009, Actualité législative p. 2412, obs. A. Lienhard.

- Arrêts de la Cour de cassation :

- Chambre civile

Cass. civ. 20 décembre 1837, S. 1838, I, p. 46.

Cass. civ. 1^{er} juillet 1856, S. 1856, I, p. 785 ; DP. 1856, I, p. 274.

Cass. civ. 19 janvier 1857, S. 1859, I, p. 421.

Cass. civ. 8 juillet 1867, D. 1867, I, p. 289 ; S. 1867, I, p. 317.

Cass. civ. 24 août 1857, DP. 1857, I, p. 326.

Cass. civ. 26 janvier 1864, DP. 1864, I, p. 83.

Cass. civ. 23 février 1869, DP 1869, I, p. 196.

Cass. civ. 12 mars 1869, D. 1869, I, p. 470.

Cass. civ. 2 février 1873, S. 73, I, p. 97, note Labbé.

Cass. civ. 4 juillet 1876, DP. 1877, I, p. 33.

Cass. civ. 19 février 1894, DP. 1894, I, p. 420.

Cass. civ. 24 juin 1903, D. 1903, I, p. 472.

Cass. civ. 27 janvier 1908, S. 1910, I, p. 537, note Naquet.

Cass. civ. 13 février 1909, D. 1909, I, p. 421.

Cass. civ. 21 mars 1910, D. 1912, I, p. 44.

Cass. civ. 22 avril 1918, D. 1919, I, p. 33, note H. Capitant.

Cass. civ. 14 décembre 1921, DP. 1922, I, p. 13.

Cass. civ. 17 mai 1927, D. 1928, I, p. 25, note Capitant.

Cass. civ. 17 juillet 1929, DH. 1929, p. 540 ; S. 1929, I, p. 379.

Cass. civ. 31 décembre 1928, S. 1930, I, p. 41, note Hubert.

Cass. civ. 25 novembre 1929, DH. 1929, p. 3 ; *JCP* 1930, II, p. 114.

Cass. civ. 6 mai 1930, DH. 1930, p. 412 ; S. 1930 I, p. 248.

Cass. civ. 16 juin 1931, *Gaz. Pal.* 1931, II, p. 495.

Cass. civ. 28 mars & 22 octobre 1934.

Cass. civ. 31 janvier 1935, DH. 1935, p. 134.

Cass. civ. 16 juin 1936, DH. 1936, p. 411 ; *RTD civ.* 1936, p. 884, obs. H. Solus.

Cass. civ. 18 octobre 1938, *DH* 1938, p. 593.

Cass. civ. 13 juillet 1942, *JCP G* 1943, II, 2157, note R. Houin.

Cass. civ. 4 janvier 1947, *DP* 1947, I, p. 134.

Cass. civ. 30 mai 1947, S. 1947, I, p. 141 ; *RTD com.* 1948, p. 128, obs. J. Hémard.

Cass. civ. 7 décembre 1948, S. 1949, I, p. 159 ; *RTD civ.* 1950, p. 201, obs. J. Carbonnier.

Cass. civ. 29 novembre 1954, Bull. civ. 1954, III, p. 278.

Cass. civ. 28 mai 1957, Bull. civ. 1957, III, p. 149.

Cass. civ. 7 juillet 1959, Bull. civ., 1959, I, n° 342, p. 285.

Cass. civ. 27 janvier 1965, *JCP* 1966, II, 14852, note Ch. Gavalda.

- Première chambre civile

Cass. 1^{ère} civ. 2 mars 1960, Bull. civ. I, n° 141.

Cass. 1^{ère} civ. 22 mai 1962, D. 1965, p. 58, note R. Rodière.

Cass. 1^{ère} civ. 12 juillet 1966, Bull. civ. I, 1966, n° 424 ; D. 1966, p. 614, note J. Mazeaud.

Cass. 1^{ère} civ. 18 janvier 1967, D. 1967, p. 358, note J. Mazeaud.

Cass. 1^{ère} civ. 2 décembre 1968, *JCP* 1969, II, 15775, note A. Besson.

Cass. 1^{ère} civ. 8 juillet 1969, *Journal de droit international*, 1970, p. 916, note J. Derruppé ; *Revue critique de droit international privé*, 1970, p. 75, note Ph. Fouchard.

Cass. 1^{ère} civ. 25 mai 1976, Bull. civ. I, n° 201, p. 160.

Cass. 1^{ère} civ. 9 février 1977, Bull. civ. I 1977, n° 75, p. 58.

- Cass. 1^{ère} civ. 4 novembre 1981**, Bull. civ. I 1981, n° 328, p. 277 ; *Defrénois* 1982, 1378, obs. G. Champenois.
- Cass. 1^{ère} civ. 20 avril 1983**, Bull. civ. I, n° 127, p. 110 ; *Defrénois* 1983, art. 33132, p. 1141, note Ch. Larroumet ; D. 1984, IR, p. 78, obs. M. Vasseur ; *Banque*, 1984, p. 487, obs. D. R. Martin.
- Cass. 1^{ère} civ. 10 mai 1983**, Bull. civ. I, n° 141, D. 1984, p. 433, note G. Légier ; *Defrénois* 1983, art. 33161, p. 1393, note A. Piedelièvre.
- Cass. 1^{ère} civ. 29 novembre 1983**, Bull. civ. I, n° 280 ; D. 1984, IR., p. 308, obs. M. Vasseur.
- Cass. 1^{ère} civ. 7 février 1984**, D. 1984, p. 638, note Ch. Larroumet ; *Defrénois* 1984, art. 33427, p. 1387, note Ch. Larroumet.
- Cass. 1^{ère} civ. 19 février 1985**, Bull. civ. I n° 68, pourvoi n° 83-15.536.
- Cass. 1^{ère} civ. 7 février 1989**, Bull. civ. I, n°57 ; *RTD civ.* 1990, p. 109, obs. F. Zenati-Castaing.
- Cass. 1^{ère} civ. 29 novembre 1989**, *JCP G* 1990, II, 21590, note Ph. Salvage.
- Cass. 1^{ère} civ. 4 avril 1991**, Bull. civ. I, n° 129, p. 86 ; *Revue des sociétés*, 1991, p. 737, note P. Didier.
- Cass. 1^{ère} civ. 7 janvier 1992**, Bull. civ. I, n° 4, p. 3 ; *RTD civ.* 1992, p. 586, note P. - Y. Gautier ; *RTD civ.* 2004, p. 324, note P. Crocq ; *JCP G* 1992, I, 3583, n° 16, obs. Ph. Delebecque.
- Cass. 1^{ère} civ. 16 juillet 1992**, Bull. civ. I, n° 238.
- Cass. 1^{ère} civ. 24 mars 1993**, Bull. civ. I, n°126 ; *JCP G* 1993, II, 22085, note F. Greffe.
- Cass. 1^{ère} civ. 23 juin 1993**, Bull. civ. I, n° 229, *RTD com* 1993, p. 694, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; D. 1994, jur. p. 27, note D. R. Martin et somm. p. 330, obs. M. Vasseur ; *Defrénois* 1994, art. 35746, p. 344 ; obs. Ph. Delebecque.
- Cass. 1^{ère} civ. 6 janvier 1994**, Bull. civ. I n° 4, *Defrénois* 1994, p. 1175, obs. L. Aynès.
- Cass. 1^{ère} civ. 9 janvier 1996**, Bull. civ. I, n° 28.
- Cass. 1^{ère} civ. 6 février 1996**, D. 1996, p. 331, obs. R. Libchaber.
- Cass. 1^{ère} civ. 14 janvier 1997**, *RTD civ.* 1998, p. 414, obs. F. Zenati-Castaing ; D. 1997, jur. p. 607, note V. Barabé-Bouchard.
- Cass. 1^{ère} civ., 6 mai 1997**, Bull. civ. I, n° 144.
- Cass. 1^{ère} civ. 12 novembre 1998**, Bull. civ. I, n° 315, D. 1999, p. 167, note L. Aynès, et, p. 633, note D. Fiorina ; *JCP G* n° 10027, note S. Piédelièvre ; *RTD civ.* 1999, p. 422, obs. F. Zénati.
- Cass. 1^{ère} civ. 30 mars 1999**, D. 2000, somm. p. 457.

Cass. 1^{ère} civ. 11 mai 1999, Bull. civ. I, n° 157.

Cass. 1^{ère} civ. 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 105 ; D. 2000, p. 482, note S. Piédelièvre ; D. 2000, p. 358, obs. Ph. Delebecque ; D. 2001, p. 1615, obs. Jobard-Bachelier ; D. 2002, p. 640, obs. D. R. Martin ; *JCP G* 2000, II, 10296, concl. Sainte-Rose ; *Deffrénois* 2000, p. 720, obs. Aubert ; *Contrats Concurrence Consommation* 2000, n° 106 note L. Leveneur.

Cass. 1^{ère} civ. 20 mars 2001, D. 2001, jur. p. 3110, note L. Aynès ; *JCP G* 2002, II, 10124, note I. Goaziou.

Cass. 1^{ère} civ. 15 novembre 2005, Bull. civ. IV, n° 415, pourvoi n° 03-14.208 ; *Rev. Lamy dr. aff.* 2006, 1, obs. J.-L. Vallens.

Cass. 1^{ère} civ. 7 mars 2006 ; Bull. civ. I, n° 138 ; D. 2007, p. 759, obs. D. R. Martin ; *JCP G* 2006, II, 10109, note S. Piédelièvre ; *Contrats Concurrence Consommation* 2006, n° 128, note L. Leveneur.

Cass. 1^{ère} civ. 3 mai 2006, pourvoi n° 04-20.423 ; D. 2006 Aj. p. 1526, obs. V. Avena-Robardet.

Cass. 1^{ère} civ. 27 juin 2006, *Contrats Concurrence Consommation* 2006 n° 221, note L. Leveneur.

- Deuxième chambre civile

Cass. 2^e civ. 8 février 1961, *Gaz. Pal.* 1961, II, 19 ; *RTD civ.* 1961, p. 698, note G. Cornu, et p. 734, obs. P. Raynaud.

Cass. 2^e civ. 28 février 2006, Bull. civ. II, n° 59.

Cass. 2^e civ. 18 janvier 2007, Bull. civ. II, n° 17.

- Troisième chambre civile

Cass. 3^e civ. 17 juillet 1968, Bull. civ. III, n° 354 ; *RTD civ.* 1969, p. 37, obs. G. Cornu.

Cass. 3^e civ. 30 janvier 1979, Bull. civ. III, n° 27.

Cass. 3^e civ. 28 mars 1990, *Deffrénois* 1991, art. 34917, obs. J. - L. Aubert ; D. 1991, p. 187, note R. Cabrillac ; D. 1991, somm. p. 158, obs. G. Paisant.

Cass. 3^e civ. 19 janvier 1994, D. 1994, jur. p. 576, note D. R. Martin & somm. p. 206, obs. Capoulade ; *Revue Banque* 1994, n° 554, p. 90, obs. J. - L. Guillot.

Cass. 3^e civ. 7 avril 2004, *JCP G* 2004, I, 171 p. 1903, obs. H. Périnet-Marquet ; D. 2004, somm. p. 2469, obs. N. Reboul-Maupin.

Cass. 3^e civ. 10 mars 1998, *Revue de droit immobilier* 2000, p. 610, obs. F. Collart Dutilleul.

Cass. 3^e civ. 16 décembre 1998

Cass. 3^e civ. 8 janvier 2009, pourvoi n° 08-12.649, D. 2009, pan. 2309, obs. B. Mallet-Bricout ; *JCP G* 2009 I, p. 127, n° 10, obs. H. Périnet-Marquet ; *RTD civ.* 2009, p. 346, obs. Th. Revet ; *Droit et patrimoine* 2009, p. 88, obs. J. – B. Seube.

Cass. 3^e civ. 23 septembre 2009, pourvoi n° 08-18.355, D. 2009, p. 2428 ; D. 2010, p. 1043, obs. D. R. Martin ; *AJDI* 2010, p. 473, obs. P. Capoulade ; *Banque et droit*, novembre-décembre 2009, p. 36, obs. Th. Bonneau.

Cass. 3^e civ. 21 mai 2014, pourvoi n° 12-23.607 ; *Gaz. Pal.* 3 juillet 2014, n° 184, p. 11, note M. Mignot.

- Chambre commerciale

Cass. com. 20 avril 1948, D. 1948, I, p. 375.

Cass. com. 3 décembre 1957, *Gaz. Pal.*, 1958, I, p. 244.

Cass. com. 12 novembre 1958, Bull. civ. IV, n° 387.

Cass. com. 19 janvier 1960, Bull. civ. III, n° 30.

Cass. com. 13 janvier 1965, Bull. civ. III n° 41.

Cass. com. 2 février 1970, Bull. civ. IV, n° 38.

Cass. com. 4 mai 1970, Bull. civ. IV, n° 140.

Cass. com. 16 juin 1970, Bull. civ. IV n° 199.

Cass. com. 15 janvier 1973, D. 1973, p. 473, note J. Ghestin.

Cass. com. 13 novembre 1973, D. 1974, p. 10, chron. J.-L. Rives-Lange.

Cass. com. 18 février 1980, Bull. civ. IV, n° 86.

Cass. com. 17 novembre 1981, D. 1982, I, p. 257, obs. M. Vasseur ; *JCP G* 1982, II, 19766, note J. Stoufflet et Y. Chaput.

Cass. com. 14 décembre 1981, D. 1982 IR. p. 336, obs. M. Vasseur.

Cass. com. 28 juin 1982, Bull. civ. IV n° 253.

Cass. com. 20 décembre 1982, D. 1983, p. 365, note M. Vasseur.

Cass. com. 26 janvier 1983, D. 1983, IR, p. 469, obs. M. Vasseur ; *RTD com.* 1984, p. 129, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

Cass. com. 28 juin 1983, *Gaz. Pal.*, 1984, pan. p. 24, obs. J. Dupichot.

Cass. com. 18 octobre 1983, *Revue Banque* 1984, p. 488, note L. - M. Martin ; D. 1984 IR., p. 270, note M. Vasseur ; *Gaz. Pal.*, 1984, I, somm. p. 77, note A. Piedelièvre.

Cass. com. 18 février 1986, Bull. civ. IV, n° 21, D. 1987, somm. p. 50, obs. A. Honorat.

Cass. com. 28 octobre 1986, D. 1986, jur. p. 592, note M. Vasseur ; *JCP G* 1987, II, 20735, obs. J. Stoufflet ; *RTD com.* 1987, p. 90, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

Cass. com. 13 janvier 1987, Bull. civ. IV, n° 15, pourvoi n° 85-13.997, *Revue de jurisprudence fiscale* 1987, p. 202.

Cass. com. 15 mars 1988.

Cass. com. 22 novembre 1988, Bull. civ. IV, n° 322.

Cass. com. 29 novembre 1988, Bull. civ. IV, n° 325, D. 1989, somm. p. 235, obs. J. - L. Aubert.

Cass. com. 24 janvier 1989, Bull. civ. IV, n° 39.

Cass. com. 29 mars 1989, D. 1989, p. 457, note D.-R. Martin.

Cass. com. 13 juin 1989, pourvoi n° 87-16.579.

Cass. com. 18 juillet 1989, Bull. civ. IV, n° 227 ; *JCP E* 1991 II n° 108, note M. Goré.

Cass. com. 28 novembre 1989; Bull. civ. IV, n° 300.

Cass. com. 19 décembre 1989, Bull. civ. IV, n° 327, D. 1991, p. 60, note J. – P. Sortais.

Cass. com. 23 janvier 1990, Bull. civ. IV, n° 17; *RTD com.* 1990, p. 479, obs. Y. Chaput.

Cass. com. 13 février 1990, Bull. civ. IV, n° 45.

Cass. com. 29 janvier 1991.

Cass. com. 26 février 1991, D. 1991 p. 94.

Cass. com. 25 mars 1991, *RTD com.* 1991, p. 417, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

Cass. com. 9 avril 1991, Bull. civ. IV n° 127, *JCP E* 1991, I, 102, n° 12, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel, D. 1992, somm. p. 257, obs. F. Derrida.

Cass. com. 14 mai 1991, pourvoi n° 89-14.287 ; *Revue Banque*, 1991, p. 869, obs. J.-L. Rives-Lange ; D. 1992, jur. p. 13, note D. R. Martin ; D. 1993, somm. p. 56, obs. M. Vasseur ; *RTD com.* 1991 p. 621, obs. M. Cabrillac.

Cass. com. 15 octobre 1991, Bull. civ. IV, n° 290, *RD bancaire et bourse* 1992, p. 56, n° 1, obs. F. - J. Crédot et Y. Gérard ; *JCP G* 1991, IV, p. 438 ; *JCP G* 1992, I, 3583, n° 18, obs. Ph. Delebecque.

Cass. com. 17 décembre 1991, pourvoi n° 90-12.144, Bull. civ. IV n° 389 ; *RTD com.* 1992, p. 651, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié ; *Revue Banque*, n° 527, mai 1992, p. 529, obs. J.-L. Rives-Lange.

Cass. com. 20 octobre 1992, D. 1993 somm. p. 288, obs. F. Pérochon.

Cass. com. 12 janvier 1993, pourvoi n° 90-17.015.

Cass. com. 25 mai 1993, pourvoi n° 91-13.353, D. 1993, IR, p. 165.

- Cass. com. 15 juin 1993**, D. 1993, p. 495, note Ch. Larroumet ; D. 1994, p. 18, obs. L. Aynès ; *RTD com.* 1993, p. 696, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.
- Cass. com. 12 juillet 1993**, Bull. civ. IV, n° 292, p. 207 ; *Deffrénois* 1993, art. 35674, n° 5, obs. H. Hovasse.
- Cass. com. 12 octobre 1993**, pourvoi n° 91-15.820, Bull. civ. IV n° 328 ; et pourvoi n° 91-17.751, *RTD com.* 1994, p. 81, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.
- Cass. com. 23 novembre 1993**, *Bull. Joly* 1994, p. 93, note D. Lepeltier.
- Cass. com. 14 décembre 1993**, D. 1994, p. 269, note Ch. Larroumet ; *RTD com.* 1994, p. 332, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.
- Cass. com. 17 mai 1994**, D. 1995, jur. p. 124, note Ch. Larroumet ; *RTD com.* 1996, p. 531, obs. A. Martin-Serf ; *JCP G I*, 3799, n° 21, obs. M. Cabrillac ; *RD bancaire et bourse*, janvier-février 1995, n° 47, p. 41, obs. J. Campana et J. - M. Calendini.
- Cass. com. 18 octobre 1994**, Bull. civ. IV n° 309, *Bull. Joly Sociétés* 1994, n° 12, p. 199, note J. -C. Hallouin.
- Cass. com. 22 novembre 1994**, pourvoi n° 93-11.016, *RJDA* 3/1995, p. 249.
- Cass. com. 28 février 1995**, *JCP E* 1995, I, 487, n° 11, obs. Ph. Pétel.
- Cass. com. 9 mai 1995**, Bull. civ. IV, n° 130 ; *Revue des Procédures collectives* 1995, p. 487, obs. B. Soinne ; *RTD civ.* 1996, p. 441, obs. P. Crocq.
- Cass. com. 4 juillet 1995**, pourvoi n° 93-12.977, D. 1995, jur. p. 488, D. R. Martin et H. Synvet, *JCP E* 1995, II, 1738, note J. Stoufflet, *JCP G* 1995, II, 22553, note D. Legeais, *RTD com.* 1995, p. 822 obs. M. Cabrillac, *RTD civ.* 1996, p. 422, obs. F. Zenati-Castaing.
- Cass. com. 9 janvier 1996**, D. 1996 jur. p. 184, note F. Derrida ; D. *Affaires* 1996 p. 603, note Ch. Larroumet ; *RTD com.* 1997 p. 331, obs. A. Martin-Serf ; *RTD civ.* 1996 p. 436, obs. P. Crocq ; *JCP E* 1996, I, p. 554, obs. M. Cabrillac et Ph. Pétel, et p. 571, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque.
- Cass. com. 9 avril 1996**, Bull. civ. IV n° 116 ; D. 1996, jur. p. 399, note Ch. Larroumet ; D. 1996 somm. p. 385, obs. S. Piedelièvre ; *JCP G* 1997, I, 3991, n° 18, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 1996, p. 669, obs. P. Crocq ; *Bull. Joly Sociétés* 1996, p. 674, note P. Le Cannu ; *RTD com.* 1996 p. 509, obs. M. Cabrillac ; *RTD com.* 1997, p. 135, obs. B. Bouloc.
- Cass. com. 28 mai 1996**, D. *Affaires* 1996, p. 842 ; *RTD civ.* 1996, p.671, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 1996, p. 508, obs. M. Cabrillac ; *Revue de droit bancaire et la Bourse* 1996, p. 207, obs. M. - J. Campana et J. - M. Calendini).
- Cass. com. 22 octobre 1996**, Bull. civ. IV n° 253.

Cass. com. 28 janvier 1997, Bull. civ. IV, n° 35, *JCP G* 1997, II, 22791, rapp. J. - P. Rémy ; *JCP G* 1997, I, 4033, n° 19, obs. Ph. Delebecque ; D. 1997, somm. p. 214, obs. A. Honorat ; D. 1998, somm. p. 140, obs. Jobard-Bachellier.

Cass. com. 11 mars 1997, D. 2000 somm. p. 77, obs. D. Mainguy.

Cass. com. 25 mars 1997, Bull. civ. IV, n° 84, p. 73 ; D. 1997, jur. p. 481, note D.-R. Martin ; *JCP E* 1997, II, p. 991, note Ph. Pétel ; *RD bancaire et bourse*, mai-juin 1997, p. 127, note M. – J. Campana et J. – M. Calendini ; D. 2000, somm. p. 70, obs. F. Pérochon et D. Mainguy.

Cass. com. 3 juin 1997, D. 1998, jur. p. 61, note J. François ; D. 1998, somm. p. 104, obs. S. Piedelièvre ; *JCP G* 1997, II, n° 22891, rapport J.-P. Rémy ; *RTD com.* 1997, p. 663, obs. M. Cabrillac, et, p. 686, obs. A. Martin-Serf.

Cass. com. 10 juin 1997, Bull. civ. IV n° 186 ; *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 859, note J. - J. Daigre ; D. 1999, jur. p. 89, note H. Causse ; *Banque et droit*, septembre – octobre 1997, p. 30, note H. de Vauplane ; *Droit des sociétés* 1997, p. 18, obs. H. Hovasse.

Cass. com. 7 octobre 1997, *RTD com.* 1998, p. 189, note M. Cabrillac ; *JCP E* 1998, n°9, p. 319, Ch. Gavaldà et J. Stoufflet ; *JCP E* 1998, n°6, p. 226, note D. Legeais ; *RD bancaire et bourse*, 1998, n° 65, p. 17, note M. Contamine-Raynaud.

Cass. com. 6 janvier 1998, D. *Affaires* 1998, p. 382.

Cass. com. 10 février 1998, Bull. civ. IV n° 64, pourvoi n° 94-21.596 ; D. 1998, IR p. 64 ; D. *Affaires* 1998, p. 470 ; *RTD civ.* 1998, p. 703, obs. P. – Y. Gautier.

Cass. com. 19 mai 1998, Bull. civ. IV, n° 161 ; D. 1998, jur. p. 551, note D. R. Martin ; *RTD com.* 1999, p. 170, obs. M. Cabrillac.

Cass. com. 27 octobre 1998, D. *Affaires* 1999, p. 170 ; *JCP G* 1999, I, p. 158, n° 13, obs. Ph. Delebecque ; D. 1999, somm. p. 244, obs. M. – N. Jobard-Bachellier.

Cass. com. 17 novembre 1998, pourvoi n° 96-14.296, *RTD civ.* 1999, p. 156, obs. P. Crocq.

Cass. com. 19 janvier 1999, *RJDA* 1999, n° 477.

Cass. com. 1^{er} février 2000, Bull. civ. IV n° 23.

Cass. com. 15 février 2000, D. 2000, Aj. p. 127, obs. A. Lienhard.

Cass. com. 7 mars 2000, Bull. civ. IV n° 46, pourvoi n° 96-19.326, *RTD civ.* 2000, p. 862, obs. P.-Y. Gautier ; *RTD com.* 2000, p. 990, obs. M. Cabrillac.

Cass. com. 10 mai 2000, D. 2000, Aj. p. 277, obs. A. Lienhard ; *LPA*, 27 décembre 2000, n° 258, p. 14, obs. E. Rawach ; *RD bancaire et fin.* 2000, n° 161, p. 235, obs. F. – X. Lucas ; *JCP E* 2001, p. 521, note L. Courtot et F. Marmoz).

- Cass. com. 19 décembre 2000**, pourvoi n° 97-15.011, D. 2001 *Cahier de droit des entreprises*, jur. p. 375, obs. A. Lienhard ; *Defrénois* 15 août 2001, n° 15-16, p. 943, note Ph. Théry.
- Cass. com. 23 janvier 2001**, Bull. civ. IV, n° 20, D. 2001, Aj. p. 779, obs. A. Lienhard, *JCP G* 2001, I, 315, n° 17, obs. Ph. Delebecque, *Defrénois* 2001, p. 942, obs. Ph. Théry.
- Cass. com. 23 janvier 2001**, Bull. civ. IV n° 23 ; D. 2001, Aj. p. 702, obs. A. Lienhard ; *RTD civ.* 2001 p. 398, obs. P. Crocq.
- Cass. com. 13 novembre 2001**, D. 2002, Aj. p. 328 ; *JCP E* 2002, n° 641, note F. Barrière.
- Cass. com. 5 mars 2002**, D. 2002, Aj. p. 1139, obs. A. Lienhard.
- Cass. com. 22 octobre 2002**, *RD bancaire et fin.*, janvier – février 2003, p. 36, obs. H. Le Nabasque, *RTD com.* 2003, p. 324, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard, *JCP E* 2003, p. 398, note A. Denis-Fatome.
- Cass. com. 4 février 2003**, D. *Affaires* 2003, p. 1361 ; D. 2003, p. 1230, obs. A. Lienhard ; *RD bancaire et fin.*, juillet-août 2003, n° 142, obs. D. Legeais.
- Cass. com. 25 février 2003**, Bull. civ. IV, n° 27 ; *RTD com* 2003, p. 555, obs. M. Cabrillac.
- Cass. com. 23 avril 2003**, *JCP E* 2003, II, 10140, p. 1116 note D. Schmidt et M. Delespaul ; *JCP G* 2003, I, 176 n°19, obs. Ph. Delebecque ; *RD bancaire et fin.*, 2003, p. 291, obs. A. Cerles, et p. 296, obs. J. - M. Delleci.
- Cass. com. 28 septembre 2004**, pourvoi n° 01-16.986 ; D. 2006, p. 155, obs. D. R. Martin ; *Banque et droit* 2005, p. 69, obs. Th. Bonneau.
- Cass. com. 5 octobre 2004**, Bull. civ. IV, n° 176 ; D. 2005 pan. 2083, obs. P. Crocq ; *JCP G* 2004, I, 188, n° 17, obs. Ph. Delebecque ; *JCP G* 2004, II, 10191, note S. Piedelièvre ; *Banque et droit*, janvier-février 2005, p. 61, obs. F. Jacob.
- Cass. com. 5 octobre 2004**, Bull. civ. IV, n° 180 ; *Banque et droit*, n° 99, janvier-février 2005, p. 68, obs. Th. Bonneau ; *RTD com.* 2005, p. 153, obs. M. Cabrillac.
- Cass. com. 7 décembre 2004**, D. 2005 Aj. p. 77, obs. A. Lienhard ; D. 2005 jur. p. 230, note Ch. Larroumet ; D. 2005 p. 2078, obs. P. Crocq ; *RTD civ.* 2005 p. 132, obs. J. Mestre et B. Fages ; *RTD com.* 2005 p. 415, obs. A. Martin-Serf ; *RTD com.* 2005, p. 155, obs. M. Cabrillac ; *JCP E* 2005, n° 4, p. 639, obs. Ph. Pétel.
- Cass. com. 15 mars 2005**, D. 2005, Aj. p. 1083, obs. A. Lienhard.
- Cass. com. 4 octobre 2005**, Bull. civ. IV, n° 198 ; D. 2005 Aj. p. 2591, obs. A. Lienhard ; D. 2006, pan. p. 2862, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2006, p. 481, obs. A. Martin-Serf ; *RTD civ.* 2006, p. 319, obs. J. Mestre et B. Fages ; *JCP G*, I, 130, n° 11, obs. M. Cabrillac ; *Defrénois* 2005 art. 38301, n° 93, p. 2001.

Cass. com. 8 novembre 2005, D. 2005 p. 2875, obs. A. Lienhard ; *JCP E* 2006, I, 1000, note D. Legeais ; *LPA*, 5 janvier 2006, n° 4, p. 10, note S. Prigent ; *LPA*, 23 janvier 2006, n° 16, p. 7, note D. Houtcieff ; *Revue des contrats*, 1^{er} avril 2006, n° 2, p. 467 ; *Gaz. Pal.*, 31 décembre 2005, n° 365, p. 12.

Cass. com. 22 novembre 2005, D. 2005, p. 3081, obs. X. Delpech ; D. 2006, p. 2855, obs. P. Crocq ; D. 2007, p. 753, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; *RTD com.* 2006, p. 169, obs. D. Legeais ; *JCP G* 2006, I, 139, obs. M. Cabrillac ; *Droit et patrimoine* 2006, p. 128, obs. Ph. Dupichot.

Cass. com. 17 janvier 2006, Bull. civ. IV n° 8, pourvoi n° 03.17-129, D. 2006, p. 440, obs. X. Delpech ; *AJDI* 2006, p. 914, obs. P. Capoulade ; *RTD com.* 2006, p. 459, obs. D. Legeais.

Cass. com. 21 février 2006, D. 2006 Aj. p. 718, obs. A. Lienhard ; *RTD com.* 2006 p. 659, obs. A. Martin-Serf.

Cass. com. 7 mars 2006, Bull. civ. IV n° 62 ; D. 2006 p. 2897, note Kuhn ; *JCP G* 2006, I, p. 178 n° 3, obs. H. Périnet-Marquet ; *JCP G* 2006, II, 10143, note G. Loiseau ; *Deffrénois* 2007, p. 70, obs. J. Honorat ; *RTD civ.* 2006, p. 348, obs. Th. Revet.

Cass. com. 3 mai 2006, n° 04-15.262, *JCP G* I, 195, n° 15, obs. Ph. Delebecque ; *RTD civ.* 2006, pp. 584 et s., obs. Th. Revet.

Cass. com. 19 décembre 2006, D. 2007 Aj, p. 76, obs. X. Delpech ; D. 2007 jur. p. 344, note Ch. Larroumet ; D. 2007, p. 961, note L. Aynès ; *RTD civ.* 2007, p. 160, obs. P. Crocq ; *LPA*, 2007, p. 10, note S. Prigent ; *Rev. Lamy dr. civ.* 2007, n°35, p. 38, note J. -J. Ansault & n°36, p. 29, note D. Houtcieff ; *Deffrénois* 2008, art. 38726-2, n° 4, p. 414, note Ph. Théry.

Cass. com. 6 février 2007, *Rev. Lamy dr. civ.* 2007, n° 39, p. 25, obs. D. Legeais ; *RTD com.* 2007, p. 581, obs. D. Legeais ; *RTD civ.* 2007, p. 373, obs. P. Crocq ; *JCP E* 2008, n° 2, chron. « Droit des sûretés » de Ph. Simler et Ph. Delebecque ; *Revue des contrats*, 2008, n° 2, p. 425, note A. Aynès.

Cass. com. 5 février 2008, pourvoi n° 07-11010.

Cass. com. 16 septembre 2008, Bull. civ. IV, n° 155, D. 2008, Aj. p. 2345, obs. A. Lienhard.

Cass. com. 12 janvier 2010, pourvoi n° 08-20.241 ; *Gaz. Pal.*, chron. « Entreprises en difficulté », 17 avril 2010, n° 107, p. 18, note R. Bonhomme ; *JCP E* 2010, n° 12, chron. M. Cabrillac.

Cass. com. 26 mai 2010, pourvoi n° 09-65.812 ; D. 2010, p. 1412, obs. A. Lienhard ; D. 2011, p. 406, obs. P. Crocq ; *RTD civ.* 2010, p. 595, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2010, p. 596, obs. D. Legeais ; *RD bancaire et fin.* 2010, n° 141, obs. D. Legeais, et n° 176,

obs. A. Cerles ; *Droit et patrimoine* 2010, n° 195, p. 94, obs. Ph. Dupichot ; *Revue des contrats* 2010, n° 4, p. 1338, obs. A. Aynès.

Cass. com. 26 mai 2010, pourvoi n° 09-13.388, D. 2010, p. 1340, obs. A. Lienhard ; D. 2010, p. 2201, N. Borga ; *RTD civ.* 2010, p. 597, obs. P. Crocq ; *Droit et patrimoine* 2010, n° 195, p. 96, obs. Ph. Dupichot.

Cass. com. 3 novembre 2010, pourvoi n° 09-70.312, D. 2010, p. 2645, obs. A. Lienhard ; D. 2011, p. 2075, obs. F. - X. Lucas ; *RTD com.* 2011, obs. A. Martin-Serf ; *JCP E* 2011, n° 10, obs. M. Cabrillac.

Cass. com. 15 février 2011, pourvoi n° 10-10.056, D. 2011, p. 590, obs. A. Lienhard, et, p. 988, note D. R. Martin ; *AJDI* 2011, p. 645, obs. M. Thioye ; *RTD civ.* 2011, p. 376, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2011, p. 634, obs. A. Martin-Serf.

Cass. com. 22 mai 2013, pourvoi n° 11-23.961, D. 2013, p. 1594, note F. Danos et obs. A. Lienhard ; *Revue des sociétés* 2013, p. 526, note Ph. Roussel-Galle.

- Chambre criminelle

Cass. crim. 25 février 1843, S. 1843, I, p. 207.

Cass. crim. 29 novembre 1866, DP. 1867, I, p. 43 ; S. 1867, I, p. 188.

Cass. crim. 26 septembre 1867, DP. 1868, I, p. 42 ; S. 1868, I, p. 139.

Cass. crim. 14 mai 1875, DP. 1876, I, p. 45, concl. Barbier.

Cass. crim. 12 décembre 1890, DP. 1891, I, p. 325.

Cass. crim. 7 juillet 1898, S. 1900, I, p. 205 ; DP. 1900, I, p. 312.

Cass. crim. 20 avril 1901, DP. 1901, I, p. 369.

Cass. crim. 23 octobre 1925, DH. 1925, p. 649 ; *Gaz. Pal.*, 1925, II, p. 757.

Cass. crim. 20 juin 1931, Bull. crim. n° 183.

Cass. crim. 16 février 1934, S. 1935, I, p. 116.

Cass. crim. 31 janvier 1935, DH. 1935, p. 134.

Cass. crim. 22 février 1935, DH. 1935, p. 212.

Cass. crim. 1^{er} mars 1935, S. 1935, I, p. 158.

Cass. crim. 20 mai 1937, DH. 1937, p. 429.

Cass. crim. 19 avril 1939, *Gaz. Pal.*, 1939, I, 963 ; *Revue de science criminelle*, 1939, 514, obs. Donnedieu de Vabres.

Cass. crim. 9 juillet 1953, D. 1953, p. 556.

Cass. crim. 10 janvier 1956, Bull. crim. n° 33.

Cass. crim. 21 février 1968, D. 1968, somm. p. 94.

Cass. crim. 4 juin 1975, Bull. crim. n° 143, p. 393.

Cass. crim. 22 novembre 1978, D. 1979, IR. p. 215, obs. Puech.

Cass. crim. 13 décembre 1978, D. 1980, IR. p. 13, obs. M. Vasseur.

Cass. crim. 30 mai 1996, Bull. crim. n° 224 ; *Revue des Sociétés* 1996, p. 806, note B. Bouloc ; *RTD civ.* 1998, p. 137, note F. Zenati-Castaing ; *Banque et droit*, 1996, n° 48, p. 30, note F. Peltier et H. de Vauplane ; *Bull. Joly Bourse* 1996, p. 597, note P. Le Cannu ; *RJDA* 1996, n° 8, p. 728, concl. J. - P. Dintilhac ; *LPA*, 18 novembre 1996, n° 139, p. 7, note Ch. Lassalas.

Cass. crim. 20 juillet 2011, pourvoi n° 10-81.726, D. 2011, p. 2114, obs. M. Bombléd et, p. 2244, note J. Lasserre Capdeville ; *RD bancaire et fin.* 2011, n° 185, obs. F.-J. Crédot et T. Samin ; *RTD com.* 2011, p. 805, obs. B. Bouloc.

- Chambre sociale

Cass. soc. 3 juillet 1953, Bull. civ. IV, n° 536.

Cass. soc. 12 mai 1965, D. 1965, p. 652.

Cass. soc. 10 juin 1982, *Defrénois* 1983, p. 332, obs. J. – L. Aubert.

- Chambre des Requêtes

Req. 10 avril 1814, S. 1814, I, p. 553.

Req. 12 décembre 1831, S. 1832, I, p. 275.

Req. 13 février 1834, DP. 1834, I, p. 118 ; S. 1834, I, p. 205 ; F. Terré et Y. Lequette, *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 12^e éd., 2008, n° 65, pp. 421 et s.

Req. 11 juin 1846, DP. 1846, I, p. 252 ; S. 1846, I, p. 444.

Req. 13 décembre 1854, DP. 1855, I, p. 118.

Req. 17 mai 1855, DP. 1855, I, p. 247.

Req. 20 janvier 1858, DP. 1858, I, p. 318.

Req. 6 mars 1861, DP. 1861, I, p. 417.

Req. 16 avril 1866, D. 1866, I, p. 490.

Req. 4 avril 1867, D. 1867, I, p. 33 ; S. 1867, I, p. 433.

Req., 4 août 1880, DP. 1881, I, p. 113.

Req. 27 novembre 1882, DP. 1883, I, p. 199.

Req. 2 décembre 1890, DP. 1891, I, p. 420 ; S. 1891, I, p. 273.

Req. 25 novembre 1891, DP. 1892, I, p. 296.

Req. 5 décembre 1893.

Req. 31 mai 1897, DP. 1897, I, p. 1552.

Req. 27 juin 1899, S. 1901, I, p. 271.

Req. 22 novembre 1899, S. 1900, I, p. 385, note R. Mendegris.

Req. 6 mai 1901, DP. 1903, I, p. 381, S. 1905, I, p. 318.

Req. 10 mars 1915, S. 1916, I, p. 5, note C. Lyon-Caen ; *RTD civ.* 1916, p. 163, obs. R. Demogue.

Req. 30 mars 1926, DH. 1926, p. 217 ; *Gaz. Pal.*, 1926, II, p. 51.

Req. 24 avril 1929, D. 1929, I, p. 283.

Req. 11 juin 1929, S. 1929, I, p. 372.

Req. 17 juillet 1929, DH. 1929, p. 540 ; S. 1929, I, p. 379.

Req. 25 novembre 1929, D. 1930, I, p. 3.

Req. 3 mars 1930, DP. 1930, I, p. 210 ; S. 1931, I, p. 249, note P. Esmein.

Req. 24 mai 1933, DH. 1933, p. 378 ; S. 1933, I, p. 257, note H. Battifol.

Req., 18 décembre 1933, *Gaz. Pal.*, 1934, I, p. 283 ; *RTD civ.* 1934, p. 130.

Req. 25 juillet 1938, *Gaz. Pal.* 1938, II, p. 684.

- Chambre mixte

Cass. ch. mixte 22 novembre 2002, D. 2002, Aj. p. 3270, obs. A. Lienhard ; D. 2003, jur. p. 445, note Ch. Larroumet ; D. 2003, somm. p. 1472, obs. G. Taormina ; *RTD civ.* 2003, p. 146, obs. R. Perrot ; *RTD civ.* 2003, p. 331, obs. P. Crocq ; *RTD com.* 2003, p. 148, obs. D. Legeais ; *RTD com.* 2003, p. 367, obs. A. Martin-Serf ; *JCP G* 2003, II, 10033, note D. Houtcieff.

- Assemblée plénière

Cass. Ass. plén. 23 juin 1972, *JCP G* 1973, II, 17331, note G. Goubeaux et Y. Jégouzo.

- Arrêts du Conseil d'État :

CE, 25 novembre 1968, *JCP* 1970, II, 16337, note M. Cozian.

CE, 8 mai 1981, requête n° 19171 ; *Recueil Lebon*, p. 17.

CE, 5 novembre 1989, « Société Financia » ; *LPA*, 14 mars 1990, concl. Fouquet.

CE, 2 juillet 2003, *RTD civ.* 2004, note P. Crocq, pp. 324 et s. ; *JCP G* 2004, I, 125, n° 1, obs. H. Périnet-Marquet.

CE, 24 mars 2006, « Société KPMG », requête n° 288460 ; *Recueil Lebon*, p. 154.

CE, 30 mars 2007, « Société ENEL », requête n° 289687.

- Arrêts de cours d'appel :

Dijon, 13 avril 1871, DP. 1871, III, p. 104.

Amiens, 5 mars 1884, DP. 1885, II, p. 111.

Angers, 18 avril 1891, DP. 1893, II, p. 49, note A. Boistel.

Paris 5 février 1898, D. 1898, II, p. 172.

Paris, 26 janvier 1925, S. 1925, II, p. 97, note Chavegrin.

Paris, 9 novembre 1933, S. 1934, II, p. 125.

Paris, 2 janvier 1935, *Droit financier* 1936, p. 21.

Angers, 21 février 1936, S. 1936, II, p. 76.

Paris, 5 février 1943, *RTD civ.* 1944, p. 117, obs. H. et L. Mazeaud.

Besançon, 5 mai 1943, D. 1945, jur. p. 38, note P. Voirin.

Rennes, 9 mai 1946, D. 1947, p. 55.

Paris 16 novembre 1959, *Gaz. Pal.*, 1960, I, p. 79.

Paris, 21 juin 1983, D. 1984, IR. p. 47.

Paris 23 octobre 1986, D. 1987, p. 421, note A. Breton.

Paris, 20 décembre 1988, D. 1989, somm. p. 87, obs. M. Cabrillac.

Metz, 16 mai 1991, jurisdata n° 041149.

Paris, 17 novembre 1992, *JCP E* 1992, II, p. 428.

Paris, 13 janvier 1993, D. 1993, p. 1990.

Paris, 4 mai 1993, *Bull. Joly Sociétés*, 1^{er} septembre 1993, n°9, p. 861, obs. Ph. Delebecque ; *RTD com.* 1993, p. 554, obs. B. Teyssié et M. Cabrillac.

Paris, 16 mars 1995, « Truffier », *Bull. Joly Bourse* 1995, p. 193, note S. Mouy et H. de Vauplane.

Paris, 12 mai 1995, D. 1996, somm. p. 94, obs. Ch. Atias.

Paris, 6 octobre 1995, D. 1995, I.R. p. 268. **Rouen, 4 avril 1996**, *RJDA* 1996, n° 1543.

Paris, 25 octobre 1996, *Jurisdata* n° 1996-022939.

Paris, 14 octobre 1997, D. 1998, jur. p. 91, note Ch. Larroumet ; D. 2000, somm. p. 70, obs. F. Pérochon et D. Mainguy ; D. *Affaires* 1997, p. 1394 ; *RTD com.* 1998, p. 423, obs. A. Martin-Serf).

Paris, 3 avril 1998, *RJDA* 1998, n° 1017.

Paris, 12 mai 1998, *RTD com.* 2000, p. 180, obs. A. Martin-Serf.

Paris, 26 juin 1998, *RTD com.* 2000, p. 180, obs. A. Martin-Serf.

Lyon, 5 novembre 1999, *RTD com.* 2000, p. 1014, obs. A. Martin-Serf.

Paris 10 décembre 1999, *RTD com.* 2000 p. 1014, obs. A. Martin-Serf.

Paris, 12 mai 2000, *RTD com.* 2000, p. 1014, obs. A. Martin-Serf.

- Jugements de première instance :

Trib. pol. Besançon, 1^{er} avril 1871 et 6 mai 1871, DP. 1871, III, p. 104.

Trib. civ. Saint Omer, 15 avril 1892, DP. 1893, II, p. 433.

Trib. Seine 25 mai 1925, DH. 1925, p. 442.

Trib. Luçon, 17 novembre 1930, *Gaz. Pal.*, 1931, I, p. 76.

Trib. com. Seine, 2 mai 1941, *JCP* 1942, II, p. 1811, obs. Rodière.

Trib. com. Lille, 30 mai 1983, D. 1984 IR. p. 266, obs. M. Vasseur.

Trib. com. Paris, 22 mai et 6 septembre 1990, *Banque*, octobre 1990, n° 509, p. 990, obs. J. - L. Rives-Lange.

Trib. com. Paris, 8 octobre 1990, *RD bancaire et bourse*, 1991, n° 25, p. 96, obs. F.-J. Credot et Y. Gérard.

Trib. com. Bourg-en Bresse, 26 mars 1993.

- Cours britanniques :

Chambre des Lords, *Holroyd v. Marshall* [1862] 10 HL Cas 191.

Chambre des Lords, *Illingworth v. Houldsworth* [1904], AC 355, 358 HL.

Chambre des Lords, *Re Bank of Credit and Commerce International S.A.* n° 8 [1998] A.C. 214.

Chambre des Lords, *National Westminster Bank plc v. Spectrum Plus Ltd* [2005] UKHL 41.

Conseil privé de la Reine (*Privy Council*), *Agnew v. Inland Revenue Commissioner* [2001] UKPC 28.

Cour d'appel, *Re Panama, New Zealand and Australian Royal Mail Company* [1870] 5 Ch App 318.

Cour d'appel, *Re Hallet's Estate* [1880] Ch. D 696, CA.

Cour d'appel, *Re Oatway* [1903] 2 Ch. 356, CA.

Cour d'appel, *Re Yorkshire Woolcombers Association, Houldsworth v. Yorkshire Woolcombers Association Ltd* [1903], 2 Ch 284, 295, CA.

Cour d'appel, *Evans v. Rival Granite Quarries Ltd* [1910] 2 KB 979, CA.

Cour d'appel, *National Provincial Bank v. Charnley* [1924] 1 KB 431, CA.

Cour d'appel, *Re New Bullas Trading Ltd* [1994] 1 BCLC 485.



Annexe : exemple de contrat d'affectation en garantie de la monnaie

Dated [...]

X

(as the Grantor)

represented by...

And

Y

(as the Beneficiary)

represented by...

FORM OF
BANK ACCOUNT PLEDGE AGREEMENT

FORM OF BANK ACCOUNT PLEDGE AGREEMENT

BETWEEN :

- (1) X, a société anonyme incorporated under the laws of France, having its registered office at ..., with a share capital of..., registered with the Register of Commerce and Companies of Paris under number..., duly represented by [...], duly authorized for the purpose hereof (the **"Grantor"**);
- (2) Y, a société anonyme incorporated under the laws of France, having its registered office at ..., with a share capital of..., registered with the Register of Commerce and Companies of Paris under number..., duly represented by [...], duly authorized for the purpose hereof (the **"Beneficiary"**);

the Grantor and the Beneficiary hereinafter jointly referred to as the **"Parties"** and individually as a **"Party"**.

WHEREAS

- A) The Grantor and the Beneficiary have entered into a guarantee agreement dated [...] (the **"Guarantee Agreement"**), pursuant to which the Grantor has agreed to guarantee to the Beneficiary the payment of the Guaranteed Amount (as defined in the Guarantee Agreement) in accordance with the terms set forth in the Guarantee Agreement.
- B) Given the Sub Investment Grade Ratings granted to the Grantor by [Fitch and/or Moody's and/or S&P] respectively on [dates] (as those terms are defined in the Guarantee Agreement), in compliance with Section [8.1] of the Guarantee Agreement, the Grantor has agreed to grant to the Beneficiary a security interest in the form of pledge over a bank account under the terms set forth in this Agreement.

NOW, THEREFORE, THE PARTIES HERETO HEREBY AGREE AS FOLLOWS :

1. Definitions and interpretation

1.1 The following words and expressions shall have the following meanings :

"Agreement" means this agreement.

"Credit Balance" means any and all sums standing to the credit of the Pledged Account from time to time.

"Pledge" means the pledge (nantissement) created over the Credit Balance of the Pledged Account (solde) by virtue of the Agreement, during the Security Period.

“**Pledge Account**” means the bank account opened in the Grantor’s name and designated as [...]

“**Guarantee Agreement**” has the meaning ascribed to that term in the Recitals hereof.

“**Security Period**” means the period beginning on the date hereof and ending on the earlier of [1] the Final Maturity Date and [2] the date on which the Grantor’s Minimum Investment Grade Rating is restored by each of Fitch, Moody’s and S&P.

- 1.2 Any capitalized terms used in this Agreement without being defined shall have the meaning assigned to them in the Guarantee Agreement.
- 1.3 Save as otherwise expressly provided, references in this Agreement to this Agreement or any other document shall be construed as a reference to this Agreement (and all documents related thereto) or such other document as the same may from time to time be amended, varied, supplemented and/or replaced.

2. Pledge

- 2.1 As security for the complete payment of the Guaranteed Amount, pursuant to articles 2355 *et sequitur* of the French Civil Code, the Grantor hereby pledges to the Beneficiary its rights in respect of the Credit Balance of the Pledged Account in accordance with the terms of the Agreement.
- 2.2 The Grantor hereby undertakes that at any time during the Security Period, the Credit Balance shall be [at least equal to the Guaranteed Amount].
- 2.3 Notwithstanding Section 2.2, it is hereby expressly acknowledged between the Parties that during the Security Period, the Grantor shall freely use the Pledged Account and, in particular, may, upon its discretion, transfer any amount from the Pledged Account to any account it will deem appropriate, as long as the resulting Credit Balance is equal [at least equal to the Guaranteed Amount].

3. Guaranteed Obligations

- 3.1 The Pledge shall secure all amounts due and payable, at any time, by the Grantor to the Beneficiary pursuant to the Guaranteed Obligations, during the Security Period.

4. Enforcement

4.1 If the Grantor has not paid the Guaranteed Amount to the Beneficiary after the expiry of the Remedy period, the Beneficiary shall be entitled to exercise all rights, actions and privileges on the Pledged Account as granted to a secured creditor by the provisions of articles 2355 *et sequitur* of the French Civil Code.

5. Terms and Release

5.1 The Beneficiary shall, at the request of the Grantor, release and cancel the Pledge upon occurrence of any of the following events :

- a) The Guaranteed Amount being entirely repaid;
- b) The Guaranteed Agreement and the payment obligations hereunder are terminated;
- or
- c) As otherwise permitted by the Guarantee Agreement.

5.2 In connection with any release or cancellation described in Section 5.1, the Beneficiary shall do all such acts and things as are requested by the Grantor in order to release and cancel the Pledge.

6. Costs and Expenses

6.1 All costs and expenses arising out of, or in connection with, the execution, delivery and performance of this Agreement, as well as registration fees, stamp duties, notification fees, taxes and charges, present or future, shall be borne by the Grantor.

7. Assignment

7.1 No Party may, without prior written notice of the other Parties, assign the benefit of all or any of its rights or obligations under this Agreement, nor any benefit arising under or out of this Agreement.

8. Successors and Assigns

8.1 This Agreement shall be binding upon and inure to the benefit of the Parties hereto and their respective successors-in-law and assignees.

9. Notices

9.1 All notices and other communications provided to any Party under this Agreement shall be served in accordance with the provisions of Section [...] of the Guarantee Agreement.

10. Governing Law and Jurisdiction

10.1 This Agreement will be governed by, and construed in accordance with, French Law. The *Tribunal de commerce* of Paris has exclusive jurisdiction to settle any dispute arising out of or in connection with this Agreement.

Executed in [...], in [...] original copies

On [...]

Index

Les numéros renvoient aux pages, et non aux paragraphes.

<p style="text-align: center;">A</p> <p>Accession 516, 518, 520</p> <p>Accession mobilière 453</p> <p>Action directe</p> <p style="padding-left: 20px;">imparfaite 477</p> <p style="padding-left: 20px;">parfaite 477</p> <p>Appel de marge 74, 75, 685, 768</p> <p style="padding-left: 20px;">sur le marché à terme 79</p> <p style="text-align: center;">B</p> <p>Bail</p> <p style="padding-left: 20px;">avec option d'achat 48</p> <p style="padding-left: 20px;">d'immeuble à usage d'habitation 43</p> <p>Banque</p> <p style="padding-left: 20px;">centrale 118, 208</p> <p style="padding-left: 20px;">commerciale 118, 208</p> <p>Billet de banque 219, 227</p> <p style="padding-left: 20px;">cause 229</p> <p style="padding-left: 20px;">imprescriptibilité 254</p> <p style="padding-left: 20px;">inconvertibilité 223</p> <p>Bitcoin 213</p> <p style="text-align: center;">C</p> <p>Carte bancaire 139, 142</p> <p>Caution</p> <p style="padding-left: 20px;">en droit immobilier 43</p> <p>Cautionnement</p> <p style="padding-left: 20px;">en droit de la presse 34</p> <p style="padding-left: 20px;">en droit du travail 31</p> <p style="padding-left: 20px;">en droit fiscal 38, 669, 757</p>	<p style="padding-left: 20px;">en droit pénal 35, 668, 756</p> <p>Chèque 142, 206</p> <p style="padding-left: 20px;">de banque 57, 677, 679</p> <p style="padding-left: 20px;">de garantie 27</p> <p style="padding-left: 20px;">encaissement 137, 139</p> <p style="padding-left: 20px;">provision 137, 138</p> <p style="padding-left: 20px;">remise 137, 138</p> <p>Choses de genre 355, 361</p> <p>Choses fongibles</p> <p style="padding-left: 20px;">confusion 146, 147, 173, 197, 357, 362, 369, 390, 401, 427, 457, 467, 471, 472, 489, 501, 514</p> <p style="padding-left: 20px;">définition 198, 361</p> <p style="padding-left: 20px;">revendication 309, 457, 491, 498, 523</p> <p>Clause de réserve de propriété . 457, 458, 460, 462, 463, 502, 504, 571, 580, 586</p> <p>Clause de voie parée 701, 719</p> <p>Compensation 166, 327, 329</p> <p style="padding-left: 20px;">conventionnelle 379, 398, 406, 408, 409, 411, 413, 415, 417, 420, 709</p> <p style="padding-left: 20px;">définition 45</p> <p style="padding-left: 20px;">des créances connexes 660, 710</p> <p style="padding-left: 20px;">en droit des marchés financiers 96, 679</p> <p style="padding-left: 20px;">in futurum 122, 418, 419, 711</p> <p style="padding-left: 20px;">légale 123, 385, 389, 398, 709</p> <p>Comptable public 37, 669, 757</p> <p>Compte</p> <p style="padding-left: 20px;">à rubriques 302, 303, 478, 670</p> <p style="padding-left: 20px;">à terme 119</p> <p style="padding-left: 20px;">à vue 170</p> <p style="padding-left: 20px;">chèque 126</p> <p style="padding-left: 20px;">courant 121, 153</p> <p style="padding-left: 20px;">courant non bloqué 119</p> <p style="padding-left: 20px;">d'attente 38, 670</p>
---	---

de dépôt	121, 123, 124, 126, 153
de garantie.....	332
droit au compte.....	161
entrée en compte	122, 123, 153
fiduciaire	299
inscription en compte.....	178, 181, 185
nantissement de compte.....	163
ouvert par un conseil juridique (notaire).....	307
sous-compte	169, 302, 304
spécial	121, 126, 151, 301, 312, 428, 478
spécial bloqué	313, 314, 322, 332, 338, 674, 675
spécial non bloqué	342, 419
sur livret	119, 146, 304
Consignation.....	39
Consomptibilité	346, 350, 351, 353
Contrat à exécution successive	434, 436, 438, 705
Contrefaçon (délict de)	251
Contrôle judiciaire	35
Convention de rechargement.....	629, 630, 639, 689, 695
Cours forcé	222, 223
Cours légal.....	160
Couverture	73, 685, 688, 766, 769
sur des marchés réglementés.....	82
sur les marchés de gré à gré.....	87
Créances	
cession de créance à titre de garantie	432
cession de créances à titre de garantie	433, 436, 439, 442, 584, 626, 704
cession de créances non professionnelles	626
cession de créances professionnelles... ..	467, 479, 488, 584, 714
monétisation.....	233
sur le Trésor.....	237
sur l'économie.....	236
sur l'extérieur.....	235
Cristallisation.....	509, 510, 511, 531

D

Débit	55
Délégation	144, 703
Délict	
d'abus de confiance	661

Dématérialisation	171, 180, 183, 187, 195, 209
Démonétisation	249, 258
Dépôt	
à vue	135
bancaire.....	134
de fonds.....	134, 162, 167, 169
irrégulier.....	147, 166, 170, 427
régulier.....	151, 166, 171, 393
Dépôt de garantie	
bail avec option d'achat.....	673
bail d'immeuble à usage d'habitation	44, 672, 762
contrat de construction de maisons individuelles	
avec fourniture de plan	52, 674, 759
contrat préliminaire au contrat de vente d'immeuble	
à construire	54, 675, 760
en droit des marchés financiers.....	74, 685, 768
promesse de location-accession	56, 674, 675, 761
Vente d'immeuble à construire ou à rénover .	50, 674
Vente d'immeuble construit.....	49, 674, 676, 762
Détitrisation	223
Dévaluation	258
Don manuel	139, 155, 156, 190
Droit	
au compte.....	161
de la propriété intellectuelle.....	196
de rétention	188
de rétention sur un bien incorporel	188
d'expectative	130
Droit de rétention.....	568, 623, 645, 646, 726, 745, 752

E

Escompte	230, 231, 236
Étalon	
de change-or.....	258
or 260	

F

Fiducie	542, 544, 545, 547
Fiducie-gestion	556, 563
Fiducie-sûreté.....	363, 368, 373, 401, 415, 425, 426, 556, 591, 625, 627, 628, 631, 712, 731, 736

rechargeable	559, 560, 629, 640
sur créances	437, 444, 445, 729
Finance islamique	562, 564
Fixed charge	508
Floating charge	507, 511, 526, 531, 533, 535, 537
Floating lien	513
Fonds de garantie des dépôts	167
Fongibilité	198, 202, 353, 356, 482, 500, 593

G

Gage	
de choses fongibles avec dépossession	455, 634, 658, 734, 748
de choses fongibles sans dépossession	530, 634
irrégulier	346, 368, 373, 401, 457, 603
sur stocks	525, 526, 535
Gage-espèces	598, 602, 604, 605, 633, 697, 708
notion	23, 203, 205, 344, 420, 425, 426
Garantie	
de paiement d'impositions	39
de paiement de dettes douanières	671
de paiement des dettes douanières	40, 757
de paiement d'impositions	670, 758
des dépôts bancaires et financiers	167, 168
des obligations financières	90
des prêts de titres	100, 692, 693, 694, 769
financière avec constitution de sûreté	110
financière avec transfert de propriété	110
Garantie autonome	28
Gestion d'affaires	250

I

Indemnité d'immobilisation	
Vente d'immeuble construit	49
Indemnité d'immobilisation	
Gage-espèces	22, 663
Individualisation	
plurale	298
unitaire	298
Instruments de paiement	119, 138
Instruments monétaires	218

Interdiction bancaire	143
Internalisation systématique	64

M

Mandat	
de recouvrement	329
Mandat de recouvrement	702
Marché	
à livrées	67
à terme	66
à terme conditionnel	66
à terme ferme	66
au comptant	66
de financement	65
de gré à gré	62, 65
dérivé	65
différentiel	67
organisé	62
primaire	67
réglementé	62, 63
secondaire	67
Marché monétaire	238
Masse monétaire	234
Monétisation	233
Monnaie cryptographique	213
Monnaie électronique	210, 211, 212
Monnaie étatique	273
Monnaie fiduciaire	
cours légal	224
destruction	250
imprescriptibilité	254
possession	240
propriété	248
revendication	240
Monnaie métallique	257
Monnaie primitive	262, 264
Monnaie privée	270, 273
Monnaie scripturale	117, 119, 120, 121, 128, 207
cours légal	143, 160
création	208
possession	158
pouvoir libératoire	136

propriété	129
Monnaie-marchandise.....	265, 266
Monnaie-papier	218, 227
Monnaie-signé	265, 267, 271
Monnayage.....	267
Mortgage.....	507, 582, 584

N

Nantissement

de compte.....	163, 340, 537, 538, 602, 623, 625
de comptes-titres	68
de créances.....	29, 30, 433, 439, 444, 448, 595, 602, 604, 607, 608, 642, 701, 704, 710, 724, 729
de monnaie scripturale	165, 339, 340, 604
sur soi-même	610, 611, 612, 621, 622, 710
Nominalisme.....	160
Numerus clausus des droits réels	577, 579, 635

O

Ordre de virement	137, 157
-------------------------	----------

P

Pacte commissoire	326, 328, 330, 410, 701, 709, 727, 740
prohibition.....	317, 318, 319, 320
Patrimoine d'affectation.....	546, 547, 549
Pension livrée	103
Pledge	508
Possession	
d'un bien incorporel	241, 243
Prêt	
de consommation.....	170, 348
de titres	98
Privilège général	543
Propriété	
de la monnaie fiduciaire	248
de la monnaie scripturale	129
de la valeur	579
de l'utilité	579
des créances	131
économique	566, 579

fiduciaire.....	374, 449, 546, 551, 553, 554, 555, 559, 560, 562, 567, 568, 569, 574, 596
flottante	165, 171, 174, 358, 455, 457, 479, 504, 542, 557, 560, 567, 586, 658, 684, 732, 739, 747
juridique	566, 579
réserve de propriété.....	457, 458, 460, 462, 463, 502, 504, 571, 580

Q

Quasi-usufruit.....	200, 587, 588, 592, 655
---------------------	-------------------------

R

Réescompte.....	230, 231
Revendication	
action en revendication	166, 458, 468, 517
de choses fongibles	309, 457, 485, 491, 501, 523
de sommes d'argent	167, 309, 464, 466, 468, 469, 472, 474, 481, 483, 484, 493, 500, 660
Risque	
de contrepartie	67
systémique	67
transfert des risques.....	357

S

Seigneurage.....	265, 267
Séquestre	39, 494, 678, 763
Solde.....	121
définitif.....	122
disponible	133
provisoire	122
Sukuk	562
Surenchère	57
Sursis de paiement.....	43
Système	
de règlement-livraison.....	70, 680, 682, 764
multilatéral de négociation organisé	63

T

Titre	
au porteur.....	180, 182, 183

nominatif	181, 182, 183
Titrisation	250
Tradition	155, 156, 189, 191, 192, 193, 611
Trust	505, 562

U

Unité	
de paiement	280
de valeur	280
Unités monétaires	218

V

Valeurs mobilières	
dépôt	171
inscription en compte	181, 185, 186
notion	180
usufruit du portefeuille	200
Vente	
à terme d'un immeuble	50
en l'état futur d'achèvement	50
sur adjudication	57
Virement	155, 156, 189, 190, 191, 192, 193



Résumé :

Partant du constat que l'affectation en garantie de la monnaie est aujourd'hui susceptible de revêtir de multiples qualifications et d'obéir à des régimes tout aussi divers, selon que la monnaie est analysée comme un bien corporel ou incorporel et selon que les sommes affectées en garantie sont ou non confondues dans le patrimoine du créancier, cet essai propose d'adopter une conception unifiée de la monnaie susceptible de la soumettre à un régime simplifié d'affectation en garantie qui, sans faire fi de l'irréductible dualité tenant au caractère individualisé ou non des sommes d'argent, est appelé à remplacer les actuels gage de choses fongibles, nantissement de compte, nantissement de créance ou fiducie-sûreté sur créances et sommes d'argent, par un unique nantissement de monnaie.

Les modalités de constitution de ce nantissement seront propres à évincer les sempiternelles querelles sur le caractère ou non translatif de propriété du « gage-espèces » puisque la confusion des sommes nanties dans le patrimoine du créancier nanti opérera un démembrement de propriété sui generis qui, s'apparentant à un quasi-usufruit à titre de garantie, ne conférera au créancier ni un simple droit de préférence, ni un droit de propriété plein et entier, ni même un droit comparable à celui d'un fiduciaire, mais un droit de disposer à titre provisoire grevant temporairement la propriété restée entre les mains du constituant.

Ses conditions de constitution ainsi clarifiées, le nantissement de monnaie pourra se réaliser plus rapidement et plus efficacement par la reconstitution de la propriété démembrée entre les mains du constituant ou du créancier nanti, selon que la dette garantie aura ou non été payée, sans même qu'il soit besoin de s'interroger sur le fait de savoir s'il faut recourir à l'attribution judiciaire ou conventionnelle ou à la compensation.

Descripteurs : Monnaie, Nantissement, Gage-espèces, Fiducie-sûreté, Choses fongibles

Title and Abstract :*Money used as security*

As the law stands, security rights in money are likely to be subject to different legal treatment, depending on whether money is regarded as a tangible asset or as an intangible asset, and depending on whether sums of money as a guarantee are assimilated with the secured creditor's property or not. Taking this observation as its starting point, our essay suggests adopting a unified approach of legal nature of money, that is likely to justify that money should be subject to a simplified security regime. Without ignoring that it is bound to be dual, depending on whether sums of money as a guarantee are separated from the secured creditor's property or not, this security regime would be called upon to replace the present fungible assets, bank account and receivables pledge agreements, and also security trust on receivables and money, with a single money pledge agreement.

The rules of the lodging of this money pledge agreement will be designed to eliminate the never-ending debates as to whether the "cash collateral" vests ownership of the encumbered money in the secured creditor, or not. Indeed, the assimilation of the encumbered sums of money with the secured creditor's property will involve a sui generis division of the ownership rights that will be like an irregular usufruct by way of collateral, and that will grant the creditor neither mere preferential rights, nor ownership rights, nor any right similar to that of a security trustee, but the right to dispose of money provisionally. This right of disposal will encumber temporarily the ownership rights that will remain in the hands of the grantor of the security.

The rules of its lodging being therefore clarified, the rights granted by the money pledge agreement will be enforced more quickly and more effectively since the divided ownership of money will be reconstructed in the hands of the grantor of the security or in the hands of the secured creditor, depending on whether the secured debt will be paid or not, and without there being a need to wonder if the rights granted by the pledge have to be enforced either through judicial or contractual award of the right of ownership, or through legal, judicial or contractual compensation.

Keywords : Money, Pledge, Cash collateral, Trust by way of security, Fungible assets