



BANQUE DES MEMOIRES

**Master de Droit Privé Général
Dirigé par Monsieur le Professeur Laurent LEVENEUR
2022**

***La cession de somme d'argent à titre de
garantie***

Camille DAVID

**Sous la direction de Monsieur le Professeur Jean-Jacques
ANSAULT**

REMERCIEMENTS

Je remercie Monsieur le Professeur Laurent LEVENEUR de m'avoir permis d'intégrer ce prestigieux master.

Mes remerciements vont également à Monsieur le Professeur Jean-Jacques ANSAULT pour m'avoir laissé le choix de ce sujet et m'avoir conseillée au cours de la rédaction de ce mémoire.

Liste des principales abréviations

Bull. Civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles

Bull. Joly Ent. Diff : Bulletin Joly Entreprises en difficulté

CA : Cour d'appel

Cass. civ. 1^{re} : Cour de cassation, première chambre civile

Cass. civ. 2^e : Cour de cassation, deuxième chambre civile

Cass. civ. 3^e : Cour de cassation, troisième chambre civile

C. civ. : Code civil

C. com : Code de commerce

C. mon. fin. : Code monétaire et financier

CEDH : Cour européenne des droits de l'homme

Cons. const. : Conseil constitutionnel

Chr. : chronique

D. : Recueil Dalloz

D. et patrimoine : Revue Droit et patrimoine

Defrénois : Répertoire du notariat Defrénois

DH : Dalloz hebdomadaire

Éd. : Édition

Fasc. : Fascicule

Gaz. Pal. : Gazette du palais

J.-Cl. : Juris-Classeur (Encyclopédies)

JCP G : Juris-Classeur périodique, édition générale

JCP E : Juris-Classeur périodique, édition entreprises

LPA : Les Petites Affiches

Op. cit. : opere citato

P. : Page

Préc. : Précité

PUF : Presses universitaires de France

RD bancaire et fin. : Revue de droit bancaire et financier

RDC : Revue des contrats

Req. : Chambre des requêtes (Cour de cassation)

RLDC : Revue Lamy droit civil

RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil

Spéc. : Spécialement

Suiv. : Suivants

T. : Tome

Trib. com. : Tribunal de commerce

Vol. : volume

SOMMAIRE

PARTIE 1 : CONSTITUTION D'UNE NOUVELLE PROPRIETE-SURETE... 16

TITRE 1 : APPREHENSION DE LA MONNAIE PAR UNE SURETE-PROPRIETE 16

TITRE 2 : CONDITIONS DE FORMATION 36

PARTIE 2 : UNE SURETE ATTRACTIVE..... 51

TITRE 1 : UN REGIME EMPREINT DE LIBERTE CONTRACTUELLE..... 64

TITRE 2 : UNE REALISATION EFFICACE 36

INTRODUCTION

« Les rapports de la vie contiennent en eux-mêmes les lois qui les doivent régir »¹.

Ces propos de François GENY résonnent encore de nos jours lorsque l'on s'intéresse aux sources du droit français. Ainsi pourrions-nous difficilement contredire que récemment, la loi a à nouveau endossé son « rôle normal [...] ; la consécration des faits acquis »².

1. Nouvelle sûreté – Nouveauté plutôt silencieuse, issue de l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés³, la cession de somme d'argent à titre de garantie a (enfin) vu le jour⁴. Opérant une profonde avancée s'agissant des sûretés sur somme d'argent, la réforme offre un régime propre à ce que la pratique et la jurisprudence présentaient depuis longtemps sous l'appellation « gage-espèces ».

2. Historique – Il semble essentiel de tracer un bref historique recensant les éléments ayant conduit à cette consécration récente. Il faut mettre en lumière deux éléments. Non seulement cette nouveauté constitue un pas de plus vers le retour de la propriété comme objet de sûreté, mais surtout, la cession de somme d'argent à titre de garantie se présente comme l'aboutissement d'un processus légistique intéressant qui montre bien la place de la pratique comme source du droit.

3. Retour de la propriété comme objet de sûreté – Sur le premier point, il convient de remonter au droit romain, qui est bien moins éloigné de notre droit qu'on pourrait le penser s'agissant des sûretés réelles. La figure romaine à rapprocher de notre étude, est celle de la *fiducia cum creditore*, par laquelle le débiteur transférait la propriété d'un bien à son créancier en garantie de sa dette, à charge pour lui de la lui retransférer lorsque la dette était payée⁵. « *Garanties frustrées* »⁶ pour certains, les propriétés-sûretés ont très vite trouvé leurs limites en

¹ F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, t. II, préf. R. SALEILLES, LGDJ, 1919, p. 115, n° 164.

² J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Ernest Flammarion, Paris, 1908, p. 239.

³ Ci-après « l'ordonnance de 2021 ».

⁴ Article 11 VIII de l'ordonnance : « La sous-section 3 est intitulée : "De la cession de somme d'argent à titre de garantie." Elle comprend les articles 2374 à 2374-6 ».

⁵ Sur la *fiducia cum creditore*, lire C. WITZ, *La fiducia en droit privé français*, préf. D. SCHMIDT, Paris, Economica, 1981, p. 24, n° 24.

⁶ H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. III, Sûretés Publicité foncière, 7^e éd. par Y. PICOD, Paris, Montchrestien, 1999, p. 15, n° 6.2.

raison de la restriction du crédit en découlant pour le constituant et du risque de l'aliénation du bien par le créancier. D'autres sûretés se sont donc développées, alternativement à ces propriétés-sûretés, telle que le gage et l'hypothèque. Pourtant, l'avènement de corps de règles régissant les procédures collectives⁷ ont peu à peu fragilisé ces sûretés et l'on a vu, depuis la fin du XXe siècle, un recours croissant à des sûretés plus efficaces, comme les sûretés-propriétés, « *nouve[aux] avatar[s] de l'antique fiducie* »⁸. Après la consécration de la fiducie en 2007⁹, de diverses cessions fiduciaires en droit spécial¹⁰, voilà désormais que le législateur de 2021 inscrit la cession de somme d'argent à titre de garantie dans le Code civil, aux côtés de la cession de créance de droit commun à titre de garantie¹¹. « *Ainsi, archaïsme et modernisme voisinent tant et si bien que le droit des sûretés paraît marqué par une loi de l'éternel retour* »¹².

4. La pratique comme source du droit : le « gage-espèces » – Il faut désormais s'arrêter sur l'histoire des sûretés portant précisément sur des sommes d'argent. Nous ne remonterons pas jusqu'au droit romain, mais seulement jusqu'au siècle dernier, puisque les évolutions technologiques et techniques récentes offrent déjà tant matière à développement. En effet, une réelle mutation de la monnaie s'est opérée par le développement de la monnaie scripturale. Mais surtout, à compter des années 1960, le recours aux comptes bancaires par les ménages s'est intensifié. L'arrivée de la carte bancaire à la fin des années 1970 y a fortement contribué. Dans cet environnement changeant, les garanties ayant pour assiette de la monnaie ont également changé de visage.

La pratique a développé de multiples formes de sûretés sur la monnaie, et ce, sous l'appellation courante de « gage-espèces ». G. CUNIBERTI définissait ce « gage-espèces » comme la « remise d'une somme d'argent par le débiteur à son créancier, à charge pour ce dernier de la lui restituer s'il est payé comme convenu »¹³. Cette appellation a essuyé nombre

⁷ Cette évolution a débuté en 1967 mais s'est accentuée par la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises et la loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles.

⁸ G. MARTY, P. RAYNAUD, P. JESTAZ, *Les Sûretés, La publicité foncière*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1987, p. 10, n° 7.

⁹ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie.

¹⁰ Par exemple, la cession de créances professionnelles à titre de garantie (Dailly) des articles L. 313-24 et suivants du Code monétaire et financier.

¹¹ C. civ., Art. 2373 et suiv.

¹² G. MARTY, P. RAYNAUD, P. JESTAZ, *Les Sûretés...*, *op. cit.*, p. 10, n° 7 ; Sur l'idée d'un droit des sûretés cyclique voir H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, *op. cit.*, t. III, p. 17, n° 6.2 ; sur l'historique des sûretés voir Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., Paris, PUF, 1988, p. 15-20, n° 4-5 ; sur l'historique de la fiducie-sûreté voir Ph. DUPICHOT, « Rapport introductif », in *La fiducie-sûreté*, Association française des fiduciaires, Actes de colloque du 8 oct. 2013, LGDJ, 2015, p. 15-24.

¹³ G. CUNIBERTI, « le gage-espèces (de l'accession en matière monétaire) », *LPA*, n° 221, 5 nov. 1999, p. 4. Il convient de retenir cette définition pour la suite de notre analyse, on y renverra à différentes reprises ; A. BENABENT, Y. GAUDEMET, *Dictionnaire juridique, Tous les mots du droit*, LGDJ, 2022, p. 185, voir « gage-

de critiques, tant en raison de l'emploi du mot « gage » que de celui d'« espèces », dénoncée comme inadaptée à la pratique qu'elle désigne. En effet, il n'a jamais été admis certainement que le « gage-espèces » relevait du régime du gage¹⁴, et, par ailleurs, le terme « espèces » laissait penser, à tort, que seule la monnaie fiduciaire était concernée. En tout état de cause, cette remise d'argent à titre de garantie, fréquente en pratique, s'avère être à l'origine de la création d'une cession de somme d'argent à titre de garantie. En réalité, ce « gage-espèces » développé par la pratique recouvrait de nombreuses situations possibles. Au cours du temps, la remise d'une somme d'argent en garantie a pu s'adapter à l'évolution des formes prises par la monnaie. On trouve désormais des sûretés portant sur de la monnaie scripturale ou fiduciaire, et la question se pose aujourd'hui du développement de sûretés sur de la monnaie électronique. En parallèle, la jurisprudence et la doctrine ont tenté de qualifier juridiquement de telles sûretés, et ce, assez difficilement. On trouvait donc de multiples qualifications juridiques envisagées, comme le gage, le gage-irrégulier, le nantissement, la fiducie-sûreté innommée, ...

L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés¹⁵ a, concernant notre sujet, consacré quelques textes au gage de choses fongibles¹⁶. Les débats ont alors été attisés, non seulement sur la nature juridique de la monnaie mais aussi sur le régime applicable au « gage-espèces ». Certains y ont vu la consécration que le « gage-espèces » relevait bien du régime du gage, d'autres ont persisté à soutenir que cette sûreté est, dans de nombreux cas, une véritable propriété-sûreté¹⁷. Malgré cette incertitude juridique, la pratique a continué à utiliser des sûretés sur sommes d'argent. C'est ainsi que la nécessité d'une appréhension par la loi de ces pratiques s'est peu à peu imposée.

Si la Commission Grimaldi avait proposé en 2005 la création d'un nantissement de monnaie scripturale¹⁸ et d'une généralisation de la propriété cédée à titre de garantie¹⁹, cela n'a pas été

espèces » : On définit également le gage-espèces comme une « somme d'argent remise en garantie à un créancier qui est parfois tenue de la conserver individualisée. Souvent dénommé dans la pratique caution ou cautionnement ».

¹⁴ Voir *infra*, n° 17-21.

¹⁵ Ci-après « l'ordonnance de 2006 ».

¹⁶ C. civ. Art. 2341 (Version en vigueur du 24 mars 2006 au 01 janvier 2022) : « 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. A défaut, le constituant peut se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l'article 2344. 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 ».

¹⁷ Voir *infra*, n° 21.

¹⁸ Art. 2357 et suiv. de l'avant-projet de la commission présidée par le professeur Michel Grimaldi, remis au garde des Sceaux le 31 mars 2005.

¹⁹ Art. 2379 et suiv. de l'avant-projet de la commission présidée par le professeur Michel Grimaldi, remis au garde des Sceaux le 31 mars 2005.

suivi dans l'ordonnance de 2006²⁰. C'est en 2019 que la loi « PACTE » a habilité le Gouvernement à consacrer, dans le Code civil, la cession de somme d'argent à titre de garantie. En effet, au sein de l'article 60 de cette loi figure l'autorisation accordée au Gouvernement, de réformer le droit des sûretés, et notamment de permettre la création d'un « *transfert de somme d'argent au créancier à titre de garantie* »²¹. On ne parlait alors pas de cession mais de simple « transfert ». Cela semblait néanmoins cacher une volonté de classer cette sûreté à venir au sein de celles qui reposent sur un transfert de propriété.

Pour ajouter une touche de légèreté à cette évolution historique, une brève parenthèse mérite d'être faite. Il est pertinent de s'intéresser à l'amendement déposé et adopté devant le Sénat lors de la séance du 31 janvier 2019, au sujet de cette habilitation. Si l'on en croit les dires du ministre de l'économie et des finances en fonction à l'époque, M. Bruno Le Maire, force est de constater que l'objectif était bien moins noble que la consécration d'une sûreté-propriété réglementant le « gage-espèces ». En effet, il expliquait lors des débats qu'il s'agissait d'un « *amendement de simplification* », en ce que « *l'argent placé sur un compte séquestre comme garantie pour un créancier n'est aujourd'hui pas couvert par le droit des sûretés. Si vous adoptez cet amendement, mesdames, messieurs les sénateurs, il le sera* »²². Il va sans dire que cet argumentaire surprend, puisque le séquestre est bien régi depuis 1804 aux articles 1955 et suivants du Code civil. Doit-on comprendre que les dispositions relatives au séquestre vont être mises de côté par les nouveaux textes de 2021 ? Mieux vaut penser que les propos tenus par le ministre ne traduisaient pas sa pensée, et qu'il souhaitait parler de « gage-espèces » plutôt que de « séquestre ».

Ces nouveaux textes ne cachent pas leur vocation première : réglementer ce qui existait déjà en pratique, en vue d'améliorer la sécurité juridique. Le rapport au Président de la République présente ainsi clairement cet objectif en ces termes : « *cette sûreté est aujourd'hui massivement utilisée en pratique mais, faute de régime légal, une incertitude préjudiciable aux opérateurs*

²⁰ Sur les justifications de ces propositions voir Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, *Rapport à monsieur Dominique Perben garde des sceaux, ministre de la justice*, 2005, p. 13-14.

²¹ LOI n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi « Pacte », Art. 60, I : « *Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution, le Gouvernement est autorisé à prendre par voie d'ordonnance, dans un délai de deux ans à compter de la publication de la présente loi, les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires pour simplifier le droit des sûretés et renforcer son efficacité, tout en assurant un équilibre entre les intérêts des créanciers, titulaires ou non de sûretés, et ceux des débiteurs et des garants et à cette fin : (...) 11° Inscrire et organiser dans le code civil le transfert de somme d'argent au créancier à titre de garantie* ».

²² Voir Séance du 31 janvier 2019 au Sénat, débats sur l'article 16 et sur l'amendement n° 261.

économiques existe toujours quant à sa validité et son efficacité »²³. C'est la pratique du « gage-espèces » qui est donc spécifiquement visée²⁴.

5. Droit comparé – A l'étranger la question des sûretés sur sommes d'argent n'a pas toujours été traitée de la même façon. Dans certains pays tels l'Argentine ou le Mexique, le détour par des « *qualifications-subterfuges* »²⁵ a pu se produire. Comme en droit français, on a tenté de faire entrer le « gage-espèces » dans le régime de sûretés déjà existantes, parfois de manière artificielle ou inadéquate. Dans d'autres pays, la reconnaissance d'un transfert de propriété des sommes à titre de garantie a été admis plus facilement par la technique de la fiducie. Cela a notamment été le cas au Brésil ou au Chili où la fiducie n'est pas soumise à la constitution d'un patrimoine fiduciaire, ce qui rend le régime plus adapté aux sûretés portant sur de l'argent²⁶. On peut donc voir que le droit français a évolué et se rapproche de ces derniers pays en consacrant un régime propre permettant la constitution d'une cession de somme d'argent à titre de garantie.

6. Délimitation du sujet – La nouvelle cession de somme d'argent à titre de garantie figure dans le Code civil, dans une section 2 relative à la « *propriété cédée à titre de garantie* », dans le chapitre IV portant sur la « *propriété retenue ou cédée à titre de garantie* ». Tout cela trouve sa place au sein du titre II intitulé « *des sûretés réelles* » et dans le sous-titre II « *des sûretés sur les meubles* ». Ainsi le Code civil présente au sein de son livre IV « *les sûretés* », de nouveaux articles 2374 à 2374-6 offrant une nouvelle forme de sûreté-propriété : la cession de somme d'argent à titre de garantie. C'est à cette nouvelle sûreté que seront consacrés nos développements.

Notre travail portera donc sur l'étude des nouveaux articles 2374 à 2374-6 du Code civil, afin de comprendre la nature, le champ d'application et le régime de la cession de somme d'argent à titre de garantie. Il s'agira donc d'en apprécier la signification, la portée, et surtout

²³ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés.

²⁴ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés, sous-section 4 : « *La sous-section 3 est relative à la cession de somme d'argent à titre de garantie. Il s'agit de consacrer dans le code civil, dans un souci d'attractivité du droit français, de lisibilité et de sécurité juridique, la figure du « gage-espèces ». Cette sûreté, très utilisée en pratique, était en effet jusque-là dépourvue de fondement textuel* ».

²⁵ S. BROS, « Les garanties sur sommes d'argent », in *L'évolution des garanties mobilières dans les droits français et latino-américains*, Actes du congrès de l'Association Andrés Bello du 3 et 4 septembre 2014, C. LARROUMET (dir.), 2016, p. 77-86, spéc. p. 81.

²⁶ Sur la comparaison entre droit français et droit étranger, voir S. BROS, « Les garanties sur sommes d'argent », in *L'évolution des garanties mobilières dans les droits français et latino-américains*, Actes du congrès de l'Association Andrés Bello du 3 et 4 septembre 2014, C. LARROUMET (dir.), 2016, p. 77-86.

la pertinence. Nos propos trouveront appui sur les anciens développements jurisprudentiels et doctrinaux qui existaient au sujet du « gage-espèces », puisque cela permettra également de voir si la cession embrasse parfaitement ce que l'on appelait « gage-espèces ».

Il convient néanmoins d'exclure de notre étude toutes les garanties déjà existantes dans les droits spéciaux qui font parfois l'objet de régimes propres²⁷. L'idée est d'étudier le nouveau régime de droit commun indépendamment des illustrations casuistiques qu'il pourrait englober, et de faire abstraction de son articulation avec les textes spéciaux.

7. Intérêt du sujet – Il y a dans la cession de somme d'argent à titre de garantie, comme dans le « gage-espèces » hier, un frein conceptuel. En effet, si un débiteur remet à son créancier une somme d'argent pour garantir le paiement d'une créance, on comprend mal pourquoi il n'utilise pas cette même somme pour payer sa dette. C'est la raison pour laquelle le « gage-espèces » a parfois été requalifié par la jurisprudence de paiement anticipé²⁸. Cependant cette sûreté s'avère utile non seulement pour garantir des obligations de faire²⁹, mais également dans le cas où l'on veut garantir des opérations qui généreront des créances éventuelles, conditionnelles ou non exigibles. Par ailleurs, le constituant n'a pas toujours d'autres actifs à proposer en garantie. Il faut bien dire que les sûretés sur l'argent ont, de ce point de vue, l'avantage d'être peu onéreuses et faciles à constituer³⁰.

Notre société est baignée dans l'utilisation de sûretés sur de la monnaie. Il convient de dresser un rapide aperçu, non exhaustif, de ce qu'on pourrait raisonnablement faire entrer, ou au moins rapprocher, de la nouvelle cession de somme d'argent à titre de garantie. Dans le quotidien des ménages, il est fréquent de recourir à un « dépôt de garantie », souvent appelé à tort « caution », ne serait-ce que pour des privatisations de restaurants ou de bars, ou pour être preneur d'un bail d'habitation³¹. En outre, les bars sollicitent parfois des « consignes » en garantie de la restitution d'un verre. Mais surtout, les sûretés opérant par une remise d'argent en garantie d'une créance sont très utilisées en droit des affaires. De nombreux secteurs sont

²⁷ Voir par exemple *infra*, note 31-33.

²⁸ Cass. com., 3 nov. 1970, n° 69-14.491.

²⁹ Exemple : le dépôt de garantie.

³⁰ M. CABRILLAC, « les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Mélanges offerts à J. DERRUPPE*, Joly-Litec, 1991, p. 333.

³¹ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 relative aux rapports locatifs.

familiers d'une telle pratique, tels que le secteur assurantiel, financier³², de la construction³³, ou le secteur bancaire³⁴.

Ainsi, en 2022, nous voilà face à de nouveaux textes consacrant et régissant la cession de somme d'argent à titre de garantie. Si cette nouveauté n'intéresse pas outre mesure la doctrine en comparaison à des sûretés largement réformées comme le cautionnement, elle mérite réellement une analyse approfondie. La consécration de la cession de somme d'argent à titre de garantie est une réelle avancée mais elle devra passer l'épreuve de sa réception par les praticiens. C'est là tout l'enjeu de cette nouvelle sûreté dans les années à venir.

Quelle place adoptera cette nouvelle cession à titre de garantie ? A-t-elle vocation à devenir l'unique sûreté sur somme d'argent ? Est-elle respectueuse de la pratique déjà existante ou vient-elle mettre à mal une liberté contractuelle largement autonome depuis tant d'années ? Permet-elle une sécurité juridique à tel point que les parties y auront recours ou viendra-t-elle censurer la pratique, pourtant largement établie ? Mais surtout, le régime adopté est-il adapté ? Cette nouvelle sûreté propriété répond-elle aux attentes et est-elle suffisamment efficace ? Ce sont autant de questions qui animeront les développements à venir.

8. Justification du plan – La particularité de la sûreté étudiée réside dans le fait que la pratique et la jurisprudence avaient parfois admis un transfert de propriété des sommes remises à titre de garantie. Ainsi la consécration de la cession de somme d'argent à titre de garantie présente divers intérêts. On se trouve face à une sûreté nouvelle aux yeux de la loi, qui répond à des règles de constitution désormais établies et qui, surtout, admet expressément un transfert de propriété à titre de garantie de la monnaie. Cette sûreté trouve sa force non seulement dans son efficacité propre aux sûretés-propriétés, mais aussi dans sa grande souplesse de régime, adaptée aux besoins de la pratique.

Il conviendra donc tant d'étudier comment l'ordonnance de 2021 a consacré une nouvelle sûreté-propriété sur somme d'argent répondant à des conditions de constitution particulières (PARTIE 1), que de démontrer que cette sûreté sera attractive pour les praticiens (PARTIE 2).

³² Par exemple : C. mon. fin., Art. L. 211-38.

³³ Par exemple : C. civ., Art. 1799-1 ; CCH., Art. L. 231-4 III.

³⁴ Le gage-espèces est notamment utilisé en garantie de contrats de prêts. Pour de nombreux exemples, voir D. LEGEAIS, E. PICCHAT, « Le gage-espèces et la cession de créance : quelles opportunités », *Deffrénois*, n° 48, 25 nov. 2021, p. 25 ; S. BROS, « Le gage-espèces », *Dr. et patrimoine*, 2007, p. 77 et suiv., n° 161.

PARTIE 1 :

CONSTITUTION D'UNE NOUVELLE PROPRIETE-SURETE

Les nouveaux textes relatifs à la cession de somme d'argent à titre de garantie consacrent expressément la possibilité de transférer la propriété de monnaie pour garantir une créance (TITRE 1). En intégrant le Code civil, cette sûreté doit désormais répondre à des exigences de formation (TITRE 2). *Etude des nouveaux articles 2374 à 2374-2 du Code civil*

TITRE 1 : APPREHENSION DE LA MONNAIE PAR UNE SURETE-PROPRIETE

Les nouveaux textes étudiés ont pour objet de consacrer une sûreté-propriété sur somme d'argent. L'ordonnance de 2021 reconnaît enfin la possibilité d'offrir en garantie cette assiette, aussi particulière et complexe soit-elle (CHAPITRE 1). Le choix effectué est celui de la consécration d'une sûreté transférant la propriété à titre de garantie. Ce transfert de propriété de somme à titre de garantie représentait une véritable lacune législative alors qu'il était largement pratiqué dans l'esprit des parties. (CHAPITRE 2) - *Etude de l'article 2374 nouveau du Code civil.*

CHAPITRE 1 : UNE ASSIETTE PARTICULIERE : UNE SOMME D'ARGENT

L'assiette de la nouvelle cession de somme d'argent à titre de garantie n'est pas anodine. L'argent revêt une nature particulière fortement débattue (Section 1). Par le passé, les sommes d'argent ont été offertes en garantie par différentes techniques, plus ou moins incertaines (Section 2). Comprendre et circonscrire ce qu'est une « somme d'argent » est déterminant pour connaître le champ d'application de la sûreté analysée.

SECTION 1 : Nature débattue d'une assiette protéiforme

Partant du nouvel article 2374 du Code civil, il faut orienter notre étude sur l'assiette de la sûreté. Il s'agit donc de relever la diversité des formes que peut prendre la monnaie (I), mais également de tenter de lui attribuer une nature juridique (II).

I- Une assiette protéiforme

Le nouvel article 2374 du Code civil, point de départ de la sûreté étudiée, dispose que « *la somme d'argent, soit en euro soit en une autre monnaie peut être cédée à titre de garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures* ».

9. « Somme d'argent » et monnaie – L'assiette étudiée est donc « *une somme d'argent* ». Il convient d'ores et déjà d'opérer un premier rapprochement, sur lequel se fondera l'ensemble de nos développements. Entre argent et monnaie, la limite peut sembler floue. C'est précisément en effaçant toute différence entre ces concepts qu'il faut débiter ces propos. Les études juridiques et économiques portent généralement sur la monnaie, bien plus que sur l'argent. Doit-on déduire de l'appellation « *cession de somme d'argent à titre de garantie* » une assiette particulière, distincte de ce qu'on pourrait communément appeler monnaie ? Il ne nous semble pas. La distinction terminologique ne provient que de pures considérations philosophiques. En effet, « *aux économistes la monnaie et aux sociologues, l'argent* » diront certains³⁵, puisque l'argent serait marqué par le « *sceau de l'immoralité* »³⁶. Il conviendra de rapprocher, les tenant ainsi comme équivalentes, les notions d'argent et de monnaie, entendues comme « *instrument légal de paiement, c'est-à-dire instrument officiellement reconnu comme pouvant éteindre les obligations de sommes d'argent* »³⁷. Au soutien de ce postulat, l'article 2374 du Code civil exprime clairement que la somme d'argent peut être libellée « *en une autre monnaie* ». Partant, notre étude portera indifféremment sur la cession de monnaie ou de somme d'argent à titre de garantie, afin d'éviter des distinctions superfétatoires.

10. Devise – La sûreté analysée porte sur une « *somme d'argent* » qui peut être libellée « *en euro* » ou « *en une autre monnaie* ». Le constituant d'une telle sûreté peut donc remettre en garantie une somme libellée en monnaie, quelle qu'en soit la devise. D'aucuns diront qu'il s'agit d'une dérogation à la règle du cours légal posée par l'article 1353-3 nouveau du Code civil³⁸. En effet, le caractère international de l'opération n'est nullement requis pour constituer une

³⁵ M. GROSSEGEORGE, « La monnaie des économistes et l'argent des sociologues », *Idées économiques et sociales*, vol. 182, n° 4, 2015, p. 4-5, consulté en ligne : <https://www.cairn.info/revue-idees-economiques-et-sociales-2015-4-page-4.htm>.

³⁶ S. BROS, « Gage sur somme d'argent », *Lamy Droit des sûretés*, juin 2010, fasc. n° 268.

³⁷ R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 13^e éd., Paris, LexisNexis, 2022, p. 369, voir « monnaie ».

³⁸ C. civ., Art. 1343-3 alinéa 1 : « *Le paiement, en France, d'une obligation de somme d'argent s'effectue en euros* ».

cession d'une somme d'argent à titre de garantie libellée en monnaie étrangère³⁹. On peut néanmoins opposer qu'il ne s'agit pas vraiment d'un paiement comme l'entend cet article. La constitution de la sûreté peut, certes, déboucher sur un paiement, mais sa vocation première n'est que la garantie d'une créance, comme en dispose expressément l'article 2374 nouveau du Code civil. Et même en admettant que la mise en œuvre de la sûreté, en cas de défaillance, puisse se rapprocher d'un paiement, elle n'en constitue pas vraiment un⁴⁰.

En tout état de cause, il semble adéquat que l'euro ne soit pas requis pour la constitution d'une telle sûreté. Le choix de devise, ainsi laissé à la discrétion des parties, contribue à l'attractivité du droit français, objectif poursuivi par la réforme de 2021⁴¹. Cela permet aux opérateurs économiques étrangers et français de constituer une cession de somme d'argent à titre de garantie dans la monnaie qui leur sied.

11. Formes de la monnaie – La monnaie peut prendre différentes formes. Tout d'abord, elle peut se présenter sous forme fiduciaire. Cela regroupe la monnaie métallique (pièces), et la monnaie papier (billets de banque). Aujourd'hui néanmoins, la monnaie prend plus communément la forme d'une inscription en compte, que l'on nomme monnaie scripturale⁴². Il faut enfin ajouter que, dans les dernières décennies, se sont développées les monnaies électroniques et la « crypto-monnaie ». Ces dernières formes retiennent ici toute notre attention. En effet, si la cession de somme d'argent à titre de garantie a vocation à appréhender la monnaie scripturale et fiduciaire sans l'ombre d'un doute, rien n'est moins certain s'agissant de la monnaie numérique.

Par le terme de monnaie électronique on désigne la « *monnaie constituée par des signes gravés sur un support électronique* »⁴³. Il convient d'en distinguer deux types.

³⁹ A. AYNES, L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, 15^e éd., Paris, coll. Droit Civil, LGDJ, 2021, p. 496, n° 481 : « *Il y a là une dérogation indirecte à la règle du cours légal (C. civ., Art. 1343-3), puisqu'en cas de réalisation de la sûreté les sommes affectées en garantie serviront au désintéressement du créancier* ».

⁴⁰ Selon l'article 1342 du Code civil, « *le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due* ». On ne peut pas vraiment dire que la réalisation de la sûreté, dans sa dimension la plus négative (la défaillance du débiteur), s'apparente à une volonté du débiteur d'exécuter volontairement son obligation par le biais de la réalisation de la sûreté.

⁴¹ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés : « *Le renforcement de l'attractivité du droit français, notamment sur le plan économique, constitue le troisième objectif poursuivi par la réforme. L'accroissement de la sécurité juridique et de l'efficacité des sûretés précédemment mentionnées y participent pleinement* ».

⁴² Définition de la monnaie scripturale comme « *Moyen de paiement constitué par les dépôts à vue dans les banques ou aux chèques postaux.* », G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., Paris, PUF, 2022, p. 671-672.

⁴³ *ibid.*

Lorsque celle-ci est émise par des institutions publiques et banques centrales, on lui accorde le statut de monnaie⁴⁴. Certains estiment même que la monnaie électronique ainsi conçue n'est qu'un type de monnaie scripturale⁴⁵. En ce sens, il est permis de penser que cette forme de monnaie entre dans le champ de l'assiette délimitée par l'article 2374 du Code civil⁴⁶. On peut néanmoins émettre une réserve, en ce que la monnaie électronique est parfois perçue comme une créance⁴⁷. De ce point de vue, on peut se demander si elle n'entre pas davantage dans le régime de la cession de créance à titre de garantie⁴⁸. Il convient d'écarter ces débats pour l'instant⁴⁹.

Le second type de monnaie électronique, que l'on appelle communément « crypto-monnaie » ou « monnaie virtuelle », est une monnaie électronique privée. On citera à titre d'exemple le bitcoin. De prime abord, la « crypto-monnaie » paraît intégrer la catégorie des sommes d'argent. Pourtant, elle ne doit pas être comprise dans les « *autres formes de monnaie* » visées à l'article 2374 puisqu'elle est dépourvue du statut juridique de monnaie⁵⁰. Ainsi rejoignons-nous en ce sens l'analyse selon laquelle « *aucune restriction n'est exprimée quant à la nature de la monnaie éligible, qui peut donc être fiduciaire, scripturale et sans doute même électronique. Encore faut-il cependant qu'il s'agisse... d'une monnaie. Cela conduit à exclure les "crypto-monnaie" »*⁵¹.

Par conséquent, notre étude sera focalisée sur une assiette pouvant se présenter sous forme de monnaie fiduciaire ou scripturale, intégrant dans cette dernière forme la monnaie électronique émise par des institutions publiques, mais excluant les crypto-monnaies. Ayant délimité cela, la caractérisation de la nature juridique de cette assiette dimorphe n'est pas aisée.

⁴⁴ C. mon. fin., L. 315-1.

⁴⁵ La monnaie électronique est parfois vue comme le « *prolongement de la monnaie scripturale* », voir F. LEMAITRE, *La monnaie comme objet de sûretés*, préf. M. GRIMALDI, LGDJ, 2017, p. 91, n° 68 ; Résolution n° 106 adoptée par le Sénat le 20 avril 1999 sur les propositions de directives du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès à l'activité des institutions de monnaie électronique et son exercice, ainsi que la surveillance prudentielle de ces institutions; et modifiant la directive 77/780/CEE visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédits et son exercice (n° E-1158). Parfois même, elle est perçue comme s'éloignant de la qualification même de monnaie, voir D.-R. MARTIN, « De la (fausse) monnaie électronique », *RD bancaire et fin.*, janvier 2003, p. 65.

⁴⁶ Les auteurs commencent à soulever la question de la sûreté applicable à un euro numérique. Voir A. d'ORNANO, « Un projet d'euro numérique », *Revue critique de droit international privé*, 2022 p. 161.

⁴⁷ C. mon. fin. L. 315-1.

⁴⁸ C. civ. Art. 2373 à 2373-3.

⁴⁹ On peut supposer que ces questions rejoignent les mêmes controverses que celles relatives aux sûretés applicables à la monnaie scripturale, prise sous son aspect de créance. Voir *infra*, n° 18.

⁵⁰ C. mon. fin. Art. L. 54-10-1.

⁵¹ A. HONTEBEYRIE, B. EVVA, « La consécration légale de la cession de somme d'argent à titre de garantie », *Revue Banque*, avril 2021, p. 68-72, spéc. p. 69.

II- La nature controversée de la monnaie

12. Caractéristiques de la monnaie – La monnaie possède des caractéristiques qui trouvent une résonance particulière lorsqu'elle fait l'objet d'une garantie. En effet, le principe de nominalisme monétaire implique que, lorsqu'une sûreté porte sur de la monnaie et se réalise, l'assiette n'a nullement besoin d'être évaluée.

De plus, la monnaie est un bien fongible par nature. En effet, les unités monétaires sont des choses de genre puisqu'elles sont interchangeable et remplaçables par des choses de même nature, quantité et qualité, à savoir d'autres unités monétaires⁵². Cela a conduit à de nombreux débats sur les sûretés dont la monnaie pouvait faire l'objet et sur la propriété des sommes. En effet, une fois transmise à titre de garantie au bénéficiaire, la monnaie risque de se confondre avec les autres unités monétaires du récipiendaire.

La monnaie est également considérée comme un bien consommable qui, lorsque l'on en fait usage, se trouve détruit ou, plus exactement, aliéné⁵³.

13. Débats sur la nature de la monnaie – Assiette polymorphique, la monnaie a fait et fait encore l'objet de nombreux débats quant à sa nature juridique. S'arrêter sur cette nature trouve son intérêt dans notre étude, afin de comprendre l'articulation de la cession de somme d'argent à titre de garantie avec les autres sûretés pouvant porter sur la monnaie.

Selon une position classique, la monnaie fiduciaire est un bien meuble corporel et la monnaie scripturale, un bien meuble incorporel. Une autre partie de la doctrine voit néanmoins dans les deux types de monnaie un bien incorporel⁵⁴. Certains auteurs estiment à l'inverse que sous n'importe quelle forme, la monnaie est un bien corporel⁵⁵.

En réalité, c'est essentiellement la qualification de la monnaie scripturale qui soulève des difficultés. En effet, elle est parfois vue comme une créance de restitution du dépositaire contre

⁵² CARBONNIER disait en ce sens que la fongibilité « existe entre les instruments monétaires et tous les autres biens en ce sens que, tous biens étant appréciables en argent, la monnaie a vocation à les remplacer tous dans l'exécution des obligations. » J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, t. III, 19^e éd. refondue, Paris, PUF, 2000, p. 98, n° 53.

⁵³ Pour une position inverse, voir R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. MAYER, Bibliothèque de droit privé, 1992, p. 106, n° 132 : « Mais au moins peut-on convenir qu'il ne faut appeler objets consommables par l'usage, si l'on veut être un peu rigoureux, que les objets qui n'ont aucune vocation autre que d'être consommés. » Or, la monnaie n'a pas comme seule vocation le paiement. « Si la monnaie est consommable lorsqu'on la regarde au travers de la vente, elle ne l'est plus dans le prêt ».

⁵⁴ F. LEMAITRE, *op. cit.*, p. 129 ; M. JULIENNE, « Les sûretés sur la monnaie au lendemain de l'ordonnance du 15 septembre 2021 », *RDC*, n° 4, déc. 2021, p. 101-108, spéc. p. 101.

⁵⁵ D.-R. MARTIN, « Du gage-espèces », *D.* 2007, p. 2556.

le teneur de compte⁵⁶, ce qui diffère sensiblement de sa perception comme unité monétaire. De ce point de vue, il est important de s'interroger sur cet aspect afin de savoir si la monnaie scripturale relève du régime de la cession de somme d'argent à titre de garantie ou de celui de la cession de créance à titre de garantie⁵⁷. A cet égard, l'approche de Freddy LEMAITRE semble pertinente. Il considère que, même envisagée sous un aspect de créance, la monnaie reste une créance singulière, une « *créance atypique* » méritant un régime propre⁵⁸.

Il faut finalement se résigner à admettre une dualité de nature de la monnaie scripturale, sans trancher en faveur de l'une ou l'autre des conceptions. C'est notamment ce que traduit la position du législateur et de la jurisprudence. Le premier traite le nantissement de compte comme un nantissement de créance particulier⁵⁹, alors que la jurisprudence a pu considérer qu'une sûreté portant sur un compte était un « *nantissement [qui] portait sur un gage espèce et non sur une créance de restitution* »⁶⁰.

14. Avis – Afin de concilier les positions, on retiendra qu'en principe, lorsqu'elle constitue l'assiette d'une sûreté, la monnaie scripturale doit être vue comme un bien meuble incorporel, différent de la créance de restitution qu'a le déposant contre le dépositaire. Cependant, une exception demeure au regard de la loi. Lorsque la sûreté porte sur le solde d'un compte en cours de fonctionnement, l'objet de la sûreté sera perçu sous son aspect de créance, conformément à l'article 2360 du Code civil. Alors, il est probable que le régime de la cession de somme d'argent ne trouve pas à s'appliquer dans ce cas. Enfin, sous sa forme fiduciaire, la monnaie sera considérée comme un bien meuble corporel⁶¹.

Après avoir pris acte des formes plurielles de monnaie et tenté de définir leur nature juridique, il faut désormais appréhender les diverses formes de sûretés dont la monnaie a pu faire l'objet en pratique.

⁵⁶ Sur la présentation de ce qu'il appelle la « conception personnaliste », voir T. LE GUEUT, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, préf. H. SYNDET, LGDJ, 2016, p. 99-102, n° 147-149.

⁵⁷ Concevoir la monnaie comme une créance ne nous inquiète pas outre mesure, car elle peut toujours être compatible avec une cession à titre de garantie, la propriété des créances étant largement admise. Voir CEDH, 9 déc. 1994, *Raffineries Grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, n° 13427/87 ; Cons. Const., 10 juin 2010, n° 2010-607 DC. Cependant, prise sous cette conception, la monnaie semblerait intégrer davantage le régime nouvellement consacré de cession de créance à titre de garantie des articles 2373 et suivants du Code civil.

⁵⁸ F. LEMAITRE, *op. cit.*, p. 155, n° 110 : Freddy LEMAITRE estime que c'est une créance en ce qu'elle est une promesse de satisfaction. Atypique parce qu'elle n'est pas une créance civile.

⁵⁹ C. civ., Art. 2360.

⁶⁰ Cass. Com., 6 fév. 2007, n°05-16.649.

⁶¹ BROS, Sarah, « Le gage-espèces », *Dr. et patrimoine*, 2007, p. 80, n° 161.

SECTION 2 : D'anciens « gage-espèces » multiples et éparpillés

Le rapport au Président de la République énonce qu'à travers la cession de somme d'argent à titre de garantie, la réforme permet « *de consacrer dans le code civil, dans un souci d'attractivité du droit français, de lisibilité et de sécurité juridique, la figure du "gage-espèces". Cette sûreté, très utilisée en pratique, était en effet jusque-là dépourvue de fondement textuel* ». On comprend cela aisément puisque le « gage-espèces » revêtait diverses apparences (I) ayant conduit à rendre difficile son appréhension uniforme par les sûretés alors existantes (II).

I- Les diverses formes de « gage-espèces »

15. Définition large du « gage-espèces » – Sous sa définition la plus large, le « gage-espèces » englobe quatre techniques différentes de remises de monnaie à titre de garantie. En effet, cela comprend la remise de monnaie fiduciaire au créancier, le transfert de monnaie scripturale dans le compte du créancier, l'affectation d'un compte en cours de fonctionnement en garantie d'une dette, et cette affectation sur un compte bloqué⁶². Il va ici s'agir de déterminer si toutes ces formes de « gage-espèces » entrent, de prime abord, dans le champ d'application de la cession de somme d'argent à titre de garantie.

16. Définition stricte du « gage-espèces » – Dominique LEGEAIS considère que « *constitue le véritable gage-espèces* », le cas de « *la monnaie scripturale remise au créancier qui va le plus souvent inscrire les sommes à un compte ouvert à son nom mentionnant l'identité du client* »⁶³. Cependant, il convient de rapprocher ce cas de la remise de monnaie fiduciaire au créancier, lorsqu'elle est confondue dans son patrimoine⁶⁴. En effet, dans ces deux cas, la monnaie se confond alors dans le patrimoine du bénéficiaire en raison de sa fongibilité.

Si la cession de somme d'argent à titre de garantie a pour but de régler ce qui existait en pratique sous l'appellation « gage-espèces », doit-on retenir la lecture stricte ou la lecture élargie de ce mécanisme ? En réalité, il convient de voir qu'aux yeux de la majorité de la doctrine, plusieurs de ces garanties semblaient déjà réglementées par les sûretés présentes dans le Code civil.

⁶² S. BROS, « Le gage-espèces », *D. et patrimoine*, n° 161, 2007, p. 77-81 reprenant l'avant-projet Grimaldi de 2005.

⁶³ D. LEGEAIS, « le gage-espèces après la réforme des sûretés », *D. et patrimoine*, sept. 2007, n° 162, p. 70-72, spéc. p. 72.

⁶⁴ On utilisera « somme séparée du patrimoine » par opposition à « somme confondue dans le patrimoine ».

II- Un environnement juridique désordonné

Il convient de faire une brève présentation des débats relatifs à l'appréhension par le droit des quatre catégories de « gage-espèces » évoquées ci-dessus. Historiquement, ces controverses sont nées autour de la question du transfert de propriété de la somme remise en garantie⁶⁵.

17. La remise de monnaie fiduciaire et gage – Il faut commencer par s'intéresser à la qualification de la remise de monnaie fiduciaire au créancier en garantie d'une dette. Ce cas ne se présente que peu fréquemment, ne porte que sur de faibles montants et est peu propice aux contentieux⁶⁶ mais, pourtant, on en trouve encore quelques exemples dans notre quotidien. A titre d'exemple, il est possible d'évoquer la pratique de la « consigne » dans les bars⁶⁷. Il faut dire que dans l'hypothèse d'une remise de monnaie fiduciaire au créancier, la somme sera rarement conservée séparée du reste du patrimoine de ce dernier⁶⁸. Il est communément admis que cette forme constitue un gage soumis à l'article 2341 du Code civil, traitant du gage de choses fongibles. Cela implique ainsi que la propriété des sommes est transférée au gagiste uniquement si ces dernières ne sont pas individualisées⁶⁹.

18. Monnaie scripturale et nantissement de créance – A l'égard de la monnaie scripturale, il faut bien dire que les débats ont été beaucoup plus animés et n'ont jamais conduit à un consensus. Les partisans de la conception de la monnaie scripturale comme une créance de restitution estimaient que la sûreté s'y rapportant devait être le nantissement de créance, répondant ainsi à un régime particulier. En réalité, le législateur n'a entendu consacrer cette idée que pour le nantissement de compte à l'article 2360 du Code civil, c'est-à-dire pour appréhender la remise en garantie du solde d'un compte en cours de fonctionnement. Cette hypothèse ne semble donc pas entrer dans le régime de la cession de somme d'argent à titre de garantie puisque cette sûreté a bien un « *fondement textuel* » au sens du rapport. Dès lors, il

⁶⁵ Cass. civ., 17 juillet 1929, DH 1929 p. 540 ; Cass. civ., 6 mai 1930, D.H. 1930, p. 412.

⁶⁶ G. CUNIBERTI, « le gage-espèces... », art. préc., n° 221, p. 4 : l'auteur relève qu'en pratique ce gage-espèces ne portera que sur de faibles montants de sorte qu'aucun contentieux n'est susceptible de naître. « *Cependant ça n'est pas parce que cette dernière [hypothèse] est hors de portée du juge qu'elle est hors de portée du droit.* »

⁶⁷ Remise d'un montant de quelques euros pour garantir la restitution du verre.

⁶⁸ Sauf de rares cas, plutôt anciens, voir Cass. Civ. 1^{er}, 25 mai 1976, n° 73-14.419 : « *Le débiteur a remis en gage au créancier, pour garantir le paiement de la dette, 59 paquets de pièces de monnaie américaines en argent [...] scellé[s] par des cachets de cire* » ; Cass. civ. 1^{er}, 29 nov. 1983, n° 82-14.490 : « *La remise des 131 souverains d'or au crédit lyonnais constituait un dépôt régulier* » ; Cass. civ., 17 juillet 1929, D.H. 1929, p. 540 : « *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.* » Tout cela soulevant une « *question de propriété* ».

⁶⁹ Il y avait déjà des avis en ce sens avant la réforme de 2006.

convient d'évincer seulement le solde de compte en cours de fonctionnement de l'assiette d'une cession de somme d'argent à titre de garantie⁷⁰.

19. Monnaie scripturale et nantissement de monnaie – Une autre partie de la doctrine a préféré qualifier de nantissement les sûretés portant sur de la monnaie scripturale, perçue comme un bien incorporel. Par renvoi, le régime du gage trouvait son application selon elle⁷¹.

20. Monnaie scripturale et gage – Certains ont prôné une classification du « gage-espèces » au sein du régime du gage, avec une distinction découlant des caractéristiques de la monnaie⁷². Il s'agissait de séparer deux types de « gage-espèces ». Si la monnaie offerte en garantie était tenue séparée du patrimoine du gagiste, alors cela s'apparentait à un véritable gage. A l'inverse, si les sommes se confondaient dans le patrimoine du gagiste, il en découlait un transfert de propriété des sommes au récipiendaire⁷³. Cette approche a vu le jour bien avant la réforme de 2006, et se fondait notamment sur des arrêts de la Cour de cassation, dont un arrêt du 17 mai 1994 de la Chambre commerciale⁷⁴.

C'est la logique qu'a semblé consacrer l'ordonnance de 2006 en intégrant des dispositions spécifiques aux choses fongibles assiettes d'un gage, aux articles 2341 et suivants du Code civil. Le principe est celui de la séparation des sommes remises en garantie, permettant d'éviter que des choses de même genre ne se confondent avec l'assiette du gage. Néanmoins, par stipulation contraire, il peut être prévu que les biens fongibles gagés ne soient pas tenus individualisés, entraînant un transfert de propriété⁷⁵. D'aucuns soutenaient néanmoins que « *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 -*

⁷⁰ D. MARTIN, « Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires », *D.* 1987, Chr. XLI, p. 229.

⁷¹ C. civ. Art. 2355 ; Voir F. LEMAITRE, *op. cit.*, p. 609, n° 380 : Freddy LEMAITRE propose un régime unifié de sûreté sur la monnaie en instituant un « nantissement de monnaie » ; Art. 2366-1 et suivants de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'association Henri CAPITANT.

⁷² Fongibilité, consomptibilité.

⁷³ M. CABRILLAC, « les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Mélanges offerts à J. DERRUPPE*, Joly-Litec, 1991, p. 333 ; C. LARROUMET, « Gage-espèces, fiducie, pacte comissoire et compensation », note sous Cass. com., 9 avril 1996, *D.* 1996, p. 399 ; G. CUNIBERTI, « le gage-espèces », art. préc.

⁷⁴ Cass. com., 17 mai 1994, n° 91-20.083 : Dans cette espèce, il s'agissait de monnaie scripturale remise à titre de garantie, non tenue séparée sur un compte à affectation spéciale. Le dépositaire se voyait alors en mesure d'opérer une compensation car il était jugé propriétaire des sommes. Les juges fondaient leur argumentaire sur le caractère fongible des sommes. ; Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-13.365 ; Cass. com., 23 avril 2003 n° 02-11015 ; Cass. civ. 1^{re}, 15 nov. 2005, n° 03-14.208.

⁷⁵ C. civ. Art. 2341 al. 2 : « *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* ».

mais résulte simplement de la nature des choses et plus précisément de la nature de l'objet de la convention »⁷⁶.

21. Fiducie-sûreté – Pourtant, quelques auteurs crieraient aujourd'hui à l'incohérence, estimant que « *le gage translatif de propriété est un mythe* »⁷⁷. En effet, une partie de la doctrine estimait que gage et transfert de propriété sont antinomiques. Ainsi pouvait-on lire que ni la consomptibilité, ni la fongibilité ne justifient un tel transfert de propriété et que si la volonté de transférer la propriété est à l'origine de la sûreté, « *la qualification de gage doit irrémédiablement être écartée* »⁷⁸. Mais, même après la réforme de 2006, les défenseurs de la fiducie-sûreté innommée ne se sont pas résignés à l'idée d'un gage translatif de propriété⁷⁹. Ils disaient qu'il s'agit d'une fiducie-sûreté qui ne s'avoue pas. Le gage espèces « *répond aux caractéristiques de la fiducie-sûreté, même s'il n'en porte pas le nom* »⁸⁰.

22. Avis – Ainsi, entre gage, gage de choses fongibles, nantissement, nantissement de créance ou fiducie-sûreté innommée, l'on peut dire que le législateur a laissé la pratique créer. Si la doctrine a tenté de classifier⁸¹, cette tentative n'a consisté qu'à élargir des catégories de sûretés inadaptées à la technique du « gage-espèces »⁸². Ainsi, est-on de l'avis de ceux qui soutiennent qu'« *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* »⁸³. C'est la raison pour laquelle, nous préférons ne pas exclure d'ores et déjà certaines formes de gage-espèces du champ d'application de la cession de somme d'argent à titre de garantie. Il semble que toutes peuvent se voir concernées par le défaut de « *fondement textuel* » visé par le rapport, sauf l'affectation en garantie d'un compte en cours de fonctionnement qui bénéficie d'un « *fondement textuel* » qui lui est propre.

⁷⁶ Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés la publicité foncière*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2016, p. 615, n° 664 ; en ce sens, on trouvait bien l'appellation « gage irrégulier » par référence au dépôt irrégulier voir Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. XIII, 2^e éd., par P. VOIRIN, Paris, ROUSSEAU, 1948, p. 156, n° 155.

⁷⁷ F. LEDUC, « Le gage translatif de propriété, Mythe ou réalité », *RTD civ.* 1995, p. 307-322, spéc. p. 322, n° 28.

⁷⁸ *Ibid.* p. 321, n° 27.

⁷⁹ S. BROS, « Le gage-espèces », *Dr. et patrimoine*, juillet 2007, n° 161, p. 77-81, spéc. p. 79 : « *Si la propriété de la chose est transférée, il ne devrait plus s'agir d'un gage, mais d'autre chose. Le mécanisme de transfert de propriété à titre de garantie se nomme la fiducie* ». « *Outre la déformation du concept de gage, l'ordonnance apporte une complication inutile à son régime* ».

⁸⁰ F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *Revue de droit de McGill*, n° 869, CanLII, 2013, p. 877, en ligne : <https://canlii.ca/t/2nxj>, consultée le 30 mars 2022.

⁸¹ Voir D. LEGEAIS, J.-Cl. Not. Form. *Gage sur la monnaie et nantissement*, Fasc. 20.

⁸² Sur l'inadaptation de l'actuel régime d'affectation de sommes en garantie, voir F. LEMAITRE, *op. cit.*, p. 561 et suiv., n° 333 et suiv.

⁸³ F. LEDUC, « Le gage translatif de propriété, Mythe ou réalité », art. préc., p. 321, n° 27.

23. Position du législateur – Cette thèse de la propriété-sûreté⁸⁴ a enfin été consacrée par l’ordonnance de 2021. On opère un retour à l’essence du « gage-espèces » dont on peut se réjouir. Le législateur prend acte d’un véritable transfert de propriété des sommes, souhaité, pour garantir une créance.

CHAPITRE 2 : LE SOUHAIT D’UN TRANSFERT DE PROPRIETE A TITRE DE GARANTIE

Le législateur de 2021 a, dans le contexte largement incertain présenté ci-dessus, souhaité consacrer une véritable sûreté-propiété sur la monnaie (SECTION 1). Cela était largement attendu. Cependant, une question demeure quant à la place que va prendre cette sûreté dans l’environnement juridique désordonné qui existait jusqu’ici. Si la réforme vient offrir un outil juridique certain pour les praticiens, il faut désormais tenter de bâtir un ordre dans les sûretés pouvant porter sur la monnaie à compter de 2022 (SECTION 2).

SECTION 1 : Une sûreté-propiété attendue

La nouvelle cession de somme d’argent à titre de garantie est une sûreté qui a pour principale caractéristique le transfert de propriété (I). Cependant, si cette sûreté peut être constituée comme telle *ab initio*, il existe un cas particulier : celui de la transformation d’une cession de créance à titre de garantie en cession de somme d’argent à titre de garantie (II).

I- Un transfert de propriété consacré

24. Cession – Le nouvel article 2374 du Code civil figure aux côtés de la cession de créance à titre de garantie dans la section 2 intitulée « *De la propriété cédée à titre de garantie* ». D’aucuns ont pu critiquer le choix terminologique de « cession ». Ce mot se justifie bien dans la cession de créance à titre de garantie car il renvoie au mécanisme de la cession de droit commun⁸⁵. Cependant, pour les sommes d’argent, il n’est question que d’un transfert de propriété qui ne renvoie à aucun régime propre⁸⁶. Au soutien de cette analyse, il est possible de citer la loi PACTE qui autorisait le Gouvernement à « *inscrire et organiser dans le code civil*

⁸⁴ On préférera dire « sûreté-propiété » plutôt que « fiducie-sûreté » afin de faire la distinction avec la cession fiduciaire qui implique un patrimoine fiduciaire.

⁸⁵ C. Civ. Art. 1321 et suiv.

⁸⁶ T. LE GUEUT, « La cession de somme d’argent à titre de garantie », *RD bancaire et fin.*, n° 2, Mars 2022, dossier 14.

le *transfert de somme d'argent au créancier à titre de garantie* »⁸⁷. On peut dire toutefois que l'emploi du vocable « cession » a le mérite de faire comprendre que le transfert de la propriété est advenu.

25. Nouveauté relative – Comme vu précédemment, la figure du « gage -espèces » est protéiforme. La jurisprudence s'en est saisie et a parfois reconnu un transfert de propriété des sommes remises en garantie au bénéficiaire. Lorsqu'en 2006, la Cour de cassation a requalifié des cessions de créance à titre de garantie en nantissement de créance, on s'est inquiété du maintien d'une telle jurisprudence⁸⁸. Pourtant, le doute a été levé dans un arrêt de 2007⁸⁹, admettant le transfert de propriété à titre de garantie des sommes. Certains estimaient néanmoins que le doute persistait en raison de la consécration de la fiducie, le gage espèce ne répondant pas au formalisme de cette sûreté. Il faut cependant dire que régulièrement, les juges du fond admettent un tel transfert de propriété⁹⁰. Ainsi, jurisprudence et pratique reconnaissaient déjà un tel transfert de propriété à titre de garantie.

26. Reconnaissance expresse d'une sûreté-propiété – En consacrant une cession de somme d'argent à titre de garantie dans le droit commun, le législateur prend enfin acte de ce qui existe en pratique. S'il était possible de reconnaître un tel transfert de propriété par le détour du gage de choses fongibles, il faut bien admettre que cela était souvent artificiel et insatisfaisant. En effet, bien souvent lorsque les acteurs économiques ont recours à une telle garantie, il n'était nullement question d'un transfert de propriété subi, en raison de la fongibilité de la monnaie, mais bien d'un transfert de propriété réellement souhaité. On peut donc se réjouir de ce que la réforme de 2021 admet enfin ce que les praticiens faisaient et souhaitaient : remettre la propriété d'une somme en garantie d'une créance.

⁸⁷ Art. 60 I 11° de l'Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés.

⁸⁸ Cass. com., 16 déc. 2006, n°05-16.395 ; Cass. com., 26 mai 2010, n°09-13.388.

⁸⁹ Cass. com. 6 fév. 2007, n°05-16.649 : En l'espèce, un homme nanti le solde créancier de son compte bancaire au profit d'une banque, lui autorisant la compensation à une date précise. La Cour de cassation va retenir la qualification de gage-espèces et considérer que « *l'arrêt relève que cet acte donnait à la banque, (...) l'autorisation irrévocable de prélever à tout moment les intérêts et capitaux des sommes nanties afin de régulariser le règlement des créances de la banque (...) d'où elle déduisait qu'avait été transféré à la banque la propriété des sommes nanties* » ; P. CROCQ « La distinction du gage-espèces et du nantissement du solde d'un compte ou le retour de la fiducie-sûreté sans texte ! », note sous l'arrêt, n° 05-16.649, *RTD Civ.*, 2007, p. 373-374.

⁹⁰ T. com. Créteil, 29 sept. 2020, n° 2019F00294 : il est question d'une « *créance de restitution du gage espèces* ». Il semble donc que le transfert de propriété ait été admis. Cela ressort particulièrement des arguments des parties, qui se fondent sur le gage de choses fongibles ; T. com. Bordeaux, 22 juin 2021, n° 2021R00423 : Homologation d'un protocole d'accord transactionnel qui stipule que « *Cette remise en gage a lieu avec dépossession au profit de la Banque sous forme de remise matérielle d'espèces qui sont des choses fongibles. Le Constituant autorise expressément la Banque à en user pour son propre compte conformément à l'article 2341 alinéa 2 du code civil. La Banque acquiert en conséquence la propriété de la somme gagée et sera tenue envers le Constituant d'une obligation de restitution d'une somme équivalente, sous réserve toutefois de l'exécution de toutes ses obligations par le Débiteur* ».

II- Le cas particulier de la transformation d'une cession de créance à titre de garantie

27. Conversion d'une cession de créance à titre de garantie – Il faut s'arrêter sur un cas particulier de cession de somme d'argent à titre de garantie. La réforme a consacré la cession de créance à titre de garantie dans le droit commun. Le nouvel article 2373-2 dispose que « *Les sommes payées au cessionnaire au titre de la créance cédée s'imputent sur la créance garantie lorsqu'elle est échue. Dans le cas contraire, le cessionnaire les conserve dans les conditions prévues aux articles 2374-3 à 2374-6* ». Ainsi, si la créance cédée arrive à échéance avant celle garantie, le débiteur cédé va payer le cessionnaire. Il va donc lui remettre une somme en paiement. Alors, puisque la créance garantie n'est pas exigible, il ne peut pas imputer les sommes reçues sur cette créance. Par conséquent, le cessionnaire doit les conserver en attente de l'exécution ou de l'inexécution de la créance garantie. Le législateur a donc fait le choix de renvoyer au régime de la cession de somme d'argent pour régir ce cas⁹¹.

28. Nouvelle sûreté ? – Doit-on considérer que la sûreté devient une cession de somme d'argent à titre de garantie, donc qu'une nouvelle sûreté a été constituée ? Cela aurait possiblement un impact dans les procédures collectives. En effet, cela conduirait à dire que la date de constitution de la sûreté nouvelle, cession de somme d'argent à titre de garantie, est celle de la réception des sommes⁹². Dès lors, cela risque peut-être de se heurter aux nullités de la période suspecte, même si les nouveaux textes du Code de commerce nous permettent d'en douter⁹³. Sans doute vaut-il mieux considérer que la cession de créance à titre de garantie demeure, mais qu'elle est simplement soumise au régime de la cession de somme d'argent à titre de garantie⁹⁴.

29. Limites du renvoi – Il est possible de s'interroger sur la pertinence du renvoi au régime de la cession de somme d'argent à titre de garantie⁹⁵. Si l'étude approfondie de ce régime est effectuée dans les développements subséquents, il s'agit simplement de s'intéresser aux

⁹¹ O. DESHAYES, « La cession de créance de droit commun à titre de garantie, Révolution dans le monde des sûretés sur créances ? », *JCP E*, n° 46, 18 nov. 2021, étude 1493, p. 41-47.

⁹² Le Rapport au Président de la République parle de transformation de la sûreté, ce qui va plutôt dans le sens d'une nouvelle sûreté. « *Dans une telle hypothèse en effet, le droit de propriété dont était titulaire le cessionnaire sur la créance se reporte sur la somme d'argent versée en paiement de celle-ci ; sa sûreté-propiété sur la créance se transforme en sûreté-propiété sur la somme d'argent, ce qui conduit à lui appliquer le régime prévu pour cette sûreté* ». L'ambiguïté demeure néanmoins, tant le mot « transforme » peut être compris de différentes manières.

⁹³ C. com. Art. L. 632-1 : « à moins qu'ils ne remplacent une sûreté antérieure d'une nature et d'une assiette au moins équivalente ».

⁹⁴ Dirait-on que le nantissement de meuble incorporel devient un gage parce que le Code renvoie à ce régime ? Néanmoins, dans le cas étudié, l'objet de la sûreté change, là est la différence.

⁹⁵ Voir *infra*, Partie 2 Titre 1, n° 72 et suiv.

éléments essentiels pour en apprécier l'adaptation à ce cas particulier. S'agissant de la libre disposition des sommes par le cessionnaire, et de la perception des fruits et intérêts, un régime supplétif est fixé aux articles 2374-3 et 4 du code. Cependant, pour cela, il faudra prévoir cette dérogation dans un écrit. Soit les parties auront organisé cette dérogation en amont, au sein de la convention relative à la cession de créance à titre de garantie, soit elles seront obligées de rédiger un nouvel écrit, au risque de voir la sûreté sur les sommes, comprise comme une nouvelle sûreté. De même, s'agissant de l'article 2374-4, relatif aux intérêts, à moins d'avoir prévu un intérêt dans la convention, le cessionnaire pourra toucher les fruits et intérêts sans les rendre. En ce sens peut-on dire que le régime n'est pas particulièrement adapté.

30. Limite lorsqu'une créance de faire est cédée – Un cas nous inquiète bien davantage. Il s'agit de celui dans lequel la créance cédée est une créance de faire⁹⁶. Si en pratique il s'agit toujours de cession de créances de somme d'argent, on peut néanmoins souligner que le renvoi au régime de la cession de somme d'argent à titre de garantie est inadapté lorsqu'il est question d'une créance de faire.

Indépendamment de ce cas particulier, en offrant dans la loi la possibilité d'opérer un transfert de propriété de somme d'argent à titre de garantie, il nous est permis de penser qu'on se rapproche de la réalité de la pratique. Reste néanmoins un doute quant à la place que prend cette nouvelle sûreté par rapport aux autres.

SECTION 2 : Une place en construction : essai d'une classification

31. Articulation entre les sûretés – *« Il reste à savoir si les parties auront toujours le choix entre le « droit commun » du gage de choses fongibles, toujours envisagé par l'article 2341 du Code civil, et le « droit spécial » de la cession de somme d'argent à titre de garantie. Mais c'est là une question qu'il appartiendra certainement à la jurisprudence de trancher »*⁹⁷. Comme évoqué précédemment, la pratique, les avocats et la doctrine ont largement tenté d'associer le « gage-espèces » à des sûretés existantes. La nouvelle cession de somme d'argent à titre de garantie a-t-elle vocation à régler toutes les formes de « gage-espèces », se plaçant

⁹⁶ M.-P. DUMONT, « La cession de créance à titre de garantie », *RD bancaire et fin.*, n° 2, mars 2022, p. 1, n° 8 : « Cela étant précisé, le texte reste taiseux sur la teneur des créances pouvant être cédées. Dès lors c'est l'interprétation large qui a vocation à prévaloir. Toutes les créances, y compris non monétaires, à condition qu'elles ne soient pas stipulées incessibles, devraient pouvoir être cédées à titre de garantie... même si l'on a conscience que ce seront principalement des créances monétaires qui seront cédées ».

⁹⁷ J.-D. PELLIER, « La propriété retenue ou cédée à titre de garantie », *JCP G*, n° 43 hors-série, 25 oct. 2021, p. 53-59, spéc. p. 59.

comme l'unique sûreté sur somme d'argent ? La question est aujourd'hui en suspens⁹⁸. On peut toutefois s'essayer à une classification en repartant des différentes formes de « gage-espèces ». Pour certaines formes de « gage-espèces », il semble que le régime de la cession de somme d'argent à titre de garantie doit être exclu (I), alors que pour d'autres il sera applicable (II).

I- Exclusion certaine du régime étudié

32. Sûretés sur le solde d'un compte en cours de fonctionnement – Il est des cas où il convient d'exclure toute application de la cession de somme d'argent à titre de garantie. Tout d'abord, lorsqu'un compte bancaire en cours de fonctionnement est remis à titre de garantie, nous avons vu que ce solde est traité sous son aspect de créance par le législateur à l'article 2360 du Code civil. Cela nous permet de penser, *a pari*, que la cession à titre de garantie d'un compte en cours de fonctionnement devra être probablement traitée comme une cession de créance à titre de garantie⁹⁹.

33. Paiement de la créance cédée avant exigibilité de la créance garantie – Il est également possible de se demander si, comme pour la cession de créance à titre de garantie, le paiement d'une créance nantie avant l'échéance de la créance garantie, se transforme en cession de somme d'argent à titre de garantie. Il nous semble qu'à nouveau, le régime doit être écarté. L'absence de renvoi aux articles 2374-3 et suivants en est un premier indice. En effet, l'article 2364 du Code civil dispose que si la créance nantie est payée avant échéance de la créance garantie, « le créancier nanti les conserve à titre de garantie sur un compte spécialement affecté ouvert à cet effet auprès d'un établissement habilité à les recevoir à charge pour lui de les restituer si l'obligation garantie est exécutée »¹⁰⁰. Au sens du rapport au Président de la République, cela permet d'éviter que les créanciers du bénéficiaire ne puissent les saisir¹⁰¹. On ne peut pas dire que le nantissement est devenu cession. Cela irait à l'encontre, non seulement de la volonté du législateur, mais surtout de la volonté des parties. Ces dernières n'ont pas entendu transférer la propriété des créances, par conséquent, les sommes reçues en paiement ne

⁹⁸ C.-A. MICHEL, « Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Episode 11) : la cession de somme d'argent à titre de garantie », *Dalloz actualité*, 24 sept. 2021 : « Cette nouvelle sûreté nommée attire l'attention : l'innovation est majeure. Mais quelle articulation entre elle et l'article 2341 du code civil ? C'est une interrogation qui fera sans doute couler beaucoup d'encre sous peu ».

⁹⁹ La pratique s'interroge de plus en plus sur la possibilité de constituer une telle sûreté.

¹⁰⁰ Dans sa version antérieure à 2022, l'article 2364 du Code civil disposait que « Dans le cas contraire, le créancier nanti les conserve 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. » C. civ. Art. 2364 (version en vigueur du 21 février 2007 au 01 janvier 2022).

¹⁰¹ Il sera par la suite (partie 2) fait état de la différence entre cette issue et celle du blocage des sommes dans le cadre d'une cession de somme d'argent à titre de garantie.

sauraient être remises en propriété au bénéficiaire et la fungibilité ne saurait avoir cet effet translatif de propriété puisque les sommes sont tenues séparées du patrimoine du bénéficiaire. Il faut donc exclure l'application du régime cession de somme d'argent à titre de garantie dans ce cas.

Il demeure néanmoins, aux côtés de l'éviction certaine du régime de la cession de somme d'argent à titre de garantie, des cas où son application semble plus probable.

II- Incertitudes et débats

Il nous est permis de penser que, dans certains cas, la sûreté étudiée s'appliquera exclusivement¹⁰² (A), mais que dans d'autres l'application alternative de différentes sûretés sera de rigueur (B).

A – Application probablement exclusive du régime étudié

34. Remise de monnaie fiduciaire confondue dans le patrimoine du bénéficiaire – Lorsque le constituant remet en garantie d'une créance de la monnaie fiduciaire, qui se confond dans le patrimoine du bénéficiaire, on pourrait estimer que le régime du gage de choses fungibles¹⁰³ et celui issu des articles 2374 et suivants peuvent trouver à s'appliquer concurremment. Néanmoins, si on décide d'appliquer le régime du gage de choses fungibles, puisque les sommes sont confondues avec celles du bénéficiaire, la propriété des sommes se verra transférée au gagiste¹⁰⁴. Dès lors, puisque le résultat est le même, et notamment parce que le régime du gage est inadapté à un transfert de propriété, il faut plutôt considérer que cela constitue toujours une cession de somme à titre de garantie. En considérant que la seule

¹⁰² Pour un avis contraire voir A. GOUEZEL, « Observations sur la nouvelle « cession de somme d'argent à titre de garantie », *RD bancaire et fin.*, n° 6, nov. 2021, étude 15 : il faut se « *poser la question de savoir si les parties ont toujours la liberté de se placer, si elles le préfèrent, sur le terrain de l'article 2341, alinéa 2 du Code civil, c'est-à-dire le gage de choses fungibles translatif de propriété. Il nous semble qu'une réponse positive s'impose : même si ces deux sûretés se rejoignent s'agissant de leurs effets, à savoir un transfert de propriété, elles ne sont nullement dans un rapport de spécial à général ; l'une est une fiducie-sûreté, l'autre est un gage. On ne voit pas dès lors ce qui pourrait justifier que l'une exclue l'autre.* »

¹⁰³ C. civ. Art. 2341 et suiv.

¹⁰⁴ C. civ. Art. 2341 al. 2 ; Si les parties n'expriment pas clairement dans la convention si elles entendent constituer un gage ou une cession, mais que les sommes se trouvent confondues au sein du patrimoine du bénéficiaire sans que la convention ne le prévoie, alors on se trouve face à un paradoxe. Si l'on considère que les parties ont constitué un gage, alors la sûreté serait nulle car les sommes auraient dû être maintenues séparées du reste du patrimoine du gagiste. Mais si l'on considère que les parties ont entendu constituer une cession à titre de garantie, alors cela serait conforme au principe.

sûreté applicable est la cession de somme d'argent à titre de garantie, on évite une qualification abstraite et superfétatoire de gage.

35. Transfert de monnaie scripturale sur le compte du créancier – L'hypothèse du transfert de monnaie scripturale au créancier en garantie d'une créance est, rappelons-le, le « gage-espèces » pris dans sa conception la plus stricte. Il est certain que le législateur entendait réglementer a minima ce cas précis en consacrant la cession de somme d'argent à titre de garantie. Dès lors, il semblerait artificiel de passer par le nantissement de meubles incorporels et partant, appliquer le régime du gage de choses fongibles par renvoi. Il ne nous semble donc pas trop présomptueux d'estimer que lorsque le créancier reçoit sur son compte une somme en garantie d'une créance, c'est le régime étudié qui doit s'appliquer exclusivement.

B – Application probablement alternative de divers régimes

36. Remise de monnaie fiduciaire non confondue – Etudions le cas de la remise à titre de garantie de monnaie fiduciaire, tenue séparée. A nouveau, soit on considère que le régime du gage de choses fongibles trouve application, soit on estime qu'il s'agit d'une cession de somme d'argent à titre de garantie avec obligation de tenir les sommes séparées du patrimoine du bénéficiaire. Il nous est permis de penser que la liberté contractuelle doit ici prévaloir, de sorte que, puisque les deux régimes nécessitent un écrit, il appartiendra aux juges d'apprécier la volonté des parties, afin de savoir si elles ont entendu ou non opérer un transfert de propriété à titre de garantie.

37. Transfert de monnaie sur un compte bloqué au nom du bénéficiaire – Comme on le verra par la suite, il est possible que les parties prévoient que les sommes remises en propriété au cessionnaire soient bloquées sur un compte¹⁰⁵. Il convient de distinguer deux cas ; soit le compte spécial est ouvert au nom du bénéficiaire de la sûreté, soit il l'est au nom du constituant.

38. Compte bloqué au nom du créancier – Lorsque les sommes figurent sur un compte bloqué au nom du créancier, il nous paraît évident qu'il s'agit d'une cession à titre de garantie. La titularité du compte constitue un indice fort de la volonté de transférer la propriété des sommes. Reste cependant la possibilité d'un conflit lorsque l'acte constitutif présente la sûreté comme un gage avec des sommes tenues séparées, donc non translatif de propriété, alors que le compte ouvert au nom du bénéficiaire laisse penser que ces sommes ont intégré son patrimoine.

¹⁰⁵ Sur le régime, voir *infra*, n° 80-82.

Il nous paraît plus pertinent de considérer qu'un transfert de propriété a eu lieu et qu'on se trouve face à une cession à titre de garantie.

39. Compte bloqué au nom du constituant – Lorsque le compte est ouvert au nom du constituant, la réponse est moins évidente. Si l'on adopte le même raisonnement, il faudrait considérer que la titularité du compte est un indice fort de l'absence de transfert de propriété. Dès lors, il faudrait estimer que l'on est face à un nantissement de meuble incorporel, et que le régime du gage de choses fongibles trouve application par renvoi. Ainsi il n'y aurait pas eu de transfert de propriété. Pourtant, il nous est permis d'en douter dans un cas. En effet, il est fréquent que le créancier bénéficiaire de la sûreté soit un établissement de crédit et surtout l'établissement teneur du compte bloqué¹⁰⁶. Dans une telle hypothèse, on peut sérieusement douter que les sommes soient toujours dans le patrimoine du constituant. Au soutien de nos propos, il faut faire référence à un arrêt de 2007. En l'espèce, le solde d'un compte ouvert par un couple au sein d'un établissement bancaire avait été nanti au profit de cet établissement. La Cour de cassation avait estimé que « *les sommes nanties devaient être transférées à un compte impersonnel, purement interne à la banque ouvert au nom de M. X... " pour la seule commodité des écritures", (...)* d'où elle déduisait qu'avait été transféré à la banque la propriété des sommes nanties »¹⁰⁷. Ainsi, alors même qu'il était question d'un nantissement, puisque le bénéficiaire de la sûreté s'avérait être le teneur du compte nanti, les juges avaient estimé que la propriété des sommes avait été cédée. Suivant cette logique, il est permis de penser que si le cessionnaire est le teneur du compte bloqué ouvert au nom du constituant, la titularité du compte ne sera pas suffisante pour exclure la constitution d'une cession de somme à titre de garantie, puisque cela peut se justifier par « *la seule commodité des écritures* »¹⁰⁸. A l'appui de cette approche, il est possible d'évoquer l'article L. 312-2 du Code monétaire et financier qui dispose que « *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*

¹⁰⁶ Pour la même distinction, voir M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PETEL, *Droit des sûretés*, 10^e éd., LexisNexis, 2015, p. 601-605, n° 806-809.

¹⁰⁷ Cass., com., 6 février 2007, n° 05-16.649 : « *Mais attendu qu'après avoir rappelé que par l'acte du 30 septembre 1996 les sommes nanties devaient être transférées à un compte impersonnel, purement interne à la banque ouvert au nom de M. X... " pour la seule commodité des écritures", l'arrêt relève que cet acte donnait à la banque, sans nécessité d'une autorisation préalable de M et Mme X..., l'autorisation irrévocable 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, d'où elle déduisait qu'avait été transféré à la banque la propriété des sommes nanties* ».

¹⁰⁸ A tempérer, il s'agit d'un arrêt isolé, et qui plus est, inédit.

propre compte mais à charge pour elle de les restituer ». Si le teneur de compte peut disposer des sommes, c'est qu'il est investi d'un droit de propriété sur ces dernières¹⁰⁹.

Cependant, en dehors de ce cas particulier, la question de la sûreté constituée demeure. On peut hésiter entre le régime du nantissement de meuble incorporel et la cession à titre de garantie des sommes. A cet égard, un regret s'installe, celui de l'absence de consécration du nantissement de monnaie scripturale, pourtant largement prônée par la Commission GRIMALDI¹¹⁰. Il était défini 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* » par l'article 2366-1 de l'avant-projet. Il s'agissait de régler un cas où les sommes ne sont pas remises au créancier, donc la dépossession (du gage ou de la cession à titre de garantie) n'a pas lieu, mais pour autant, le constituant n'a plus la maîtrise des sommes¹¹¹. Ce régime présentait l'efficacité de la nouvelle cession de somme d'argent à titre de garantie, mais surtout, il évinçait tout risque d'insolvabilité du bénéficiaire. On peut donc regretter que le législateur n'ait pas entériné cette sûreté proposée à deux reprises en 2005 et 2017¹¹².

40. Incertitudes – On reste donc face à une incertitude. Si l'on considère qu'il s'agit d'une cession de somme d'argent à titre de garantie, certains opposeront que l'on va à l'encontre de la volonté des parties, ou encore que la remise¹¹³ au cessionnaire n'a pas eu lieu puisque les sommes sont encore sur un compte au nom du constituant. A l'inverse, si l'on estime être face à un nantissement, il faudrait appliquer le régime du gage de choses fongibles par renvoi. Dès lors, on considérera qu'il n'y a pas eu de transfert de propriété. On risquera néanmoins d'être

¹⁰⁹ En ce sens, voir S. BROS, « Les garanties sur sommes d'argent », in *L'évolution des garanties mobilières dans les droits français et latino-américains*, Actes du congrès de l'Association Andrés Bello du 3 et 4 septembre 2014, C. LARROUMET (dir.), 2016, p. 77-86, spéc. p. 79.

¹¹⁰ Voir les articles 2366-1 à 8 de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'association Henri CAPITANT, 2017.

¹¹¹ Voir Commentaire de l'avant-projet de l'association Henri Capitant, section sur le nantissement de monnaie scripturale : « *Le régime du gage peut certes s'appliquer aux garanties reposant sur une remise de monnaie au créancier (c'est l'hypothèse dite du « gage-espèces »), et le nantissement de créance est applicable au nantissement du solde d'un compte en cours de fonctionnement (art. 2360). Mais rien n'est prévu concernant les sûretés portant sur une certaine quantité de monnaie scripturale qui n'est remise au créancier, ni laissée disponible entre les mains du constituant. Cette sûreté de première importance prend la forme d'un nantissement de compte bloqué.* »

¹¹² On peut également regretter que les propositions faites par Freddy LEMAITRE dans sa thèse n'aient pas été suivies. En effet, il proposait une voie médiane à travers un nantissement de monnaie, permettant au bénéficiaire de disposer des sommes provisoirement. « *Ce "nantissement de monnaie" sera la seule sûreté utilisable pour affecter en garantie des sommes d'argent, que la matière soit civile ou boursière* ». L'absence de consécration d'un « *dispositif unifiée et applicable à la monnaie sous quelque forme qu'elle se présente* » comme le souhaitait Freddy LEMAITRE, est regrettable. Voir F. LEMAITRE, *op. cit.*, p. 607 et suiv., n° 378 et suiv.

¹¹³ C. civ. Art. 2374-2.

face à un gage sans dépossession, qui ne sera opposable que s'il a été publié¹¹⁴. Les conséquences ne sont pas négligeables. Il faudra passer par une attribution judiciaire ou avoir prévu un pacte commissaire pour la réalisation du nantissement ou espérer le paiement de la créance garantie. Cependant, en cas de procédures collectives, le pacte commissaire ne pourra pas jouer et l'attribution judiciaire ne sera admise qu'en liquidation judiciaire¹¹⁵. On pourrait penser également au droit de rétention¹¹⁶, mais si l'on considère qu'il n'y a pas eu dépossession, alors il sera fictif et ne jouera qu'en liquidation.

Ainsi, une requalification en nantissement par les juges n'est pas sans risque ni conséquence. Il faut ainsi s'en remettre à la volonté et à la diligence des parties, en le laissant le choix entre un nantissement et une cession¹¹⁷. On ne peut que leur conseiller d'expressément prévoir le transfert de propriété des sommes contractuellement et tout faire pour que le compte bloqué soit ouvert au nom du cessionnaire. Il faudrait ainsi laisser la possibilité d'une cession à titre de garantie avec un compte au nom du constituant pour l'unique cas où le teneur de compte est le cessionnaire. Mais même dans cette hypothèse, il devient essentiel de préciser contractuellement qu'est recherché un transfert de propriété des sommes et que le compte est au nom du constituant pour la « *commodité des écritures* ».

41. Rôle de la jurisprudence – En tout état de cause, la réforme n'a pas véritablement permis d'ordonner l'ensemble des sûretés pouvant porter sur de l'argent¹¹⁸. On espère que la jurisprudence ou qu'une loi de ratification achèvera cette réforme en explicitant l'articulation entre les sûretés.

Pour autant, le législateur a le mérite d'avoir enfin consacré un régime propre à la cession de somme d'argent à titre de garantie, avec des conditions de formation strictement encadrées.

¹¹⁴ Car aucune mise en possession du bénéficiaire n'a eu lieu dans ce cas.

¹¹⁵ C. com. Art. L. 622-7 ; C. com. Art. L. 642-20-1.

¹¹⁶ C. civ. Art. 2286.

¹¹⁷ Sur cette question, voir M. JULIENNE, « Les sûretés sur la monnaie au lendemain de l'ordonnance du 15 septembre 2021 », RDC, n° 4, déc. 2021, p. 107-109.

¹¹⁸ Voir également M. BOURASSIN, « Réforme du droit des sûretés - Sûretés exclusives : quelles limites ? », *Deffrénois*, n° 48, nov. 2021, p. 18.

TITRE 2 : CONDITIONS DE FORMATION

Si la question se posait par le passé du formalisme auquel devait répondre le « gage-espèces », un véritable formalisme est désormais exigé précisément pour constituer une cession de somme d'argent à titre de garantie (CHAPITRE 1). A rebours de ce qui était par le passé présenté par certains comme un contrat réel, la nouvelle cession ne semble poser qu'une exigence de remise des sommes à titre d'opposabilité aux tiers (CHAPITRE 2) – *Etude des articles 2374-1 et 2 nouveau du Code civil.*

CHAPITRE 1 : UN FORMALISME A TITRE DE VALIDITE

La cession de somme d'argent à titre de garantie répond désormais à des conditions de formations strictes, posées par la loi. Un contrat solennel est requis (SECTION 1), sans exigence de mention du montant de l'assiette pourtant (SECTION 2).

SECTION 1 : Un contrat solennel

La cession de somme à titre de garantie doit être constituée par écrit (I), mentionnant la ou les créances garanties (II).

I- Un écrit à peine de nullité

42. Exigence d'un écrit – L'article 2374-1 du Code civil dispose en son alinéa premier qu'« à peine de nullité, la cession doit être conclue par écrit ». Le contrat requis est donc un contrat solennel, par dérogation au principe du consensualisme gouvernant le droit français¹¹⁹. On peut donc parler d'une exigence « qui encadre l'expression de la volonté dans des formalités imposées »¹²⁰.

43. Incertitudes avant 2021 – Avant l'ordonnance de 2021, une incertitude pouvait planer au sujet du formalisme que devait remplir le « gage-espèces ». En effet, si l'on considérait que le régime du gage devait s'appliquer, alors l'écrit était requis. On peut toutefois émettre un doute puisque, quand bien même la jurisprudence s'est parfois fondée sur le régime du gage, cela ne l'avait pas empêchée de n'en faire qu'une application parcellaire¹²¹. De plus, une partie

¹¹⁹ C. civ. Art. 1172.

¹²⁰ A. BENABENT, *Droit des obligations*, 19^e éd, coll. Précis Domat, Paris, LGDJ, 2021, p. 112, n° 117 ; Cass. civ. 3^e, 12 juill. 1983, n° 82-11.130 : Ainsi, si la loi ne prévoit pas qu'un acte juridique remplisse certaines conditions de forme à titre de validité, il faut bien considérer que « l'échange verbal des consentements » suffit.

¹²¹ Sur l'autorisation du pacte comissoire, voir Cass. com. 9 avril 1996, n° 93-17.370.

de la doctrine estimait que le « gage-espèces » était un contrat réel en ce que la remise des sommes entraînait la constitution de la sûreté. D'autres auteurs, prônant l'existence d'une fiducie innommée, s'étaient montrés favorables à une fiducie-sûreté libre de forme constituable par un simple contrat consensuel¹²². Le nouveau texte tranche ainsi ce débat, et rompt avec la qualification envisagée de contrat réel.

44. Objectif de protection du constituant – Le formalisme à titre de validité poursuit un objectif de protection d'une partie¹²³. Ici, il s'agit de protéger le constituant puisqu'en offrant une telle garantie¹²⁴, il amoindrit son actif patrimonial. Indéniablement, cela réduit son crédit. Mais surtout, et c'est certainement ce qui justifie le plus l'exigence d'un écrit, le constituant transfère les sommes dans le patrimoine du bénéficiaire. Cela l'expose alors à un risque d'insolvabilité de ce dernier¹²⁵. Il est donc essentiel que le constituant prenne conscience par cet écrit de l'enjeu de la sûreté. Un tel formalisme à peine de nullité paraît, de ce point de vue, justifié.

45. Fausse nouveauté – Si l'on peut penser que cette exigence introduit dans le « gage-espèces » une lourdeur de constitution, il n'en est rien. En effet, la pratique a toujours eu recours à la rédaction d'un écrit pour constituer des « gages-espèces », ne serait-ce que pour des raisons probatoires. De plus, en raison de l'incertitude du régime applicable à une telle sûreté, mieux valait constituer un écrit pour éviter tout litige.

46. Digression sur le formalisme *ad probationem* – S'il est question d'un formalisme *ad validitatem* à l'article 2374-1 nouveau du Code civil, on peut néanmoins se permettre une digression s'agissant du régime probatoire. En effet, il faut considérer que la cession de somme d'argent à titre de garantie est constituée à la date de l'acte. Ainsi peut-on préconiser aux parties de faire enregistrer l'écrit afin de lui donner date certaine au sens de l'article 1377 du Code civil. Cela sera essentiel si l'acte est conclu sous seing privé¹²⁶. Cette date a son importance en cas de procédure collective, pour échapper aux nullités de la période suspecte. Il faut également ajouter que la conclusion de l'écrit entraîne transfert de propriété¹²⁷. Dès lors, à compter de

¹²² S. BROS, « Gage sur somme d'argent », *Lamy Droit des sûretés*, juin 2010, fasc. n° 268 ; M. JULIENNE, H. SYNDET, « Les sûretés sur actifs financiers », *D.* 2022, p. 290.

¹²³ A. BENABENT, *Droit des obligations*, 19^e éd, coll. Précis Domat, Paris, LGDJ, 2021, p. 112, n° 117.

¹²⁴ Il faut bien dire qu'en matière de garantie, l'écrit est presque toujours exigé.

¹²⁵ Voir *infra*, n° 109-110.

¹²⁶ Ces développements sont moins vrais si la sûreté est un acte commercial, puisque la preuve est libre.

¹²⁷ Voir *infra*, n° 63.

cette date, qu'il doit être en mesure de prouver, le cessionnaire peut mener une action en exécution forcée de la convention si le cédant ne lui remet pas les sommes¹²⁸.

Si l'article 2374-1 alinéa 1 impose l'écrit à titre de validité de la sûreté, le législateur ne s'est pas arrêté là, exigeant également la désignation des créances garanties dans cet écrit.

II- Désignation des créances : respect du principe de spécialité

L'article 2374-1 dispose, en son alinéa 2, que « *cet écrit comporte la désignation des créances garanties. Si elles sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance* ».

47. Principe de spécialité – Le nouveau texte impose la désignation des créances garanties dans l'acte constitutif. Cela renvoie au principe de spécialité né du droit hypothécaire¹²⁹. Ce principe a deux volets. Il est ici question de celui relatif à la désignation de la créance garantie. Il faut noter que la loi autorise la garantie de créances futures, sous couvert d'une possible individualisation des créances garanties. Le texte étudié est une reprise de l'article 2356 du Code civil, applicable au nantissement de créances¹³⁰, et on le retrouve également dans le nouveau régime de la cession de créance à titre de garantie¹³¹. « *Il en découle une cohérence textuelle appréciable* »¹³². Cela a pour avantage de favoriser une lecture unique du principe de spécialité des créances garanties, notamment lorsqu'elles sont futures. En ce sens, un arrêt de la Cour d'appel de Colmar de 2002 ayant prononcé la nullité d'un nantissement pour défaut de désignation claire des créances garanties, trouvera désormais résonance dans les cessions à titre de garantie¹³³. Il faut en effet préciser qu'à défaut de désignation claire des créances garanties, la sanction sera la nullité de l'acte donc de la sûreté.

¹²⁸ C. civ. Art. 1221.

¹²⁹ Sur le sujet et sur l'historique, voir C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, thèse Paris II, 2013, en ligne : <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/bd5b7e70-d479-40ac-9f8d-c7288b8ee9e7?inline>, consultée le 11 avril 2022.

¹³⁰ C. civ. Art. 2356 : « *Les créances garanties et les créances nanties sont désignées dans l'acte.*

Si elles sont futures, l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu de paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance ».

¹³¹ C. civ. Art. 7373-1

¹³² Y. BLANDIN, *Réforme du droit des sûretés, Table de concordance commentée*, LGDJ, 2022, p. 77-80, spéc. p. 78.

¹³³ CA Colmar, 24 nov. 2011, n° 11/02000 : « *Ce nantissement est consenti en garantie de toute créance de la banque sur le client au titre de toute avance, prêt ou crédit de toute nature, opération de bourse ou autre opération sur titres ou sur instruments financiers et au titre de toute prestation de service'. Attendu qu'il s'agit d'un nantissement 'omnibus' qui est prohibé puisqu'en vertu des dispositions de l'article 2356 alinéa 2 du Code civil les*

48. Garantie de créance future opportune – Permettre la garantie de créances futures n'est pas propre à la cession de somme d'argent à titre de garantie. Il faut bien dire que cette possibilité procure l'avantage, pour le bénéficiaire, d'éviter la constitution d'une sûreté nouvelle pour garantir chaque nouvelle créance. Cela peut avoir son intérêt dans la pratique bancaire et financière, notamment pour garantir des opérations fréquentes pour une activité professionnelle. Cela est d'autant plus utile qu'on évite ainsi des allers retours des sommes entre les patrimoines du constituant et du cessionnaire.

49. Dépôt de garantie – Il convient pour finir de préciser que cette exigence de mention des créances garanties va peut-être permettre de mettre un terme à un débat sur le dépôt de garantie dans le cadre du bail d'habitation. En effet, le dépôt de garantie est restitué, au sens de la loi, « *lorsque l'état des lieux de sortie est conforme à l'état des lieux d'entrée, déduction faite, le cas échéant, des sommes restant dues au bailleur* »¹³⁴. Un arrêt du 8 avril 2021 interroge quant au sujet de la détermination de la créance garantie par le dépôt. La Cour de cassation a estimé que « *le dépôt de garantie a notamment pour objet de garantir le paiement du loyer.* »¹³⁵ et pas seulement l'état des lieux. Comme l'évoquait Michel GRIMALDI, « *reste à savoir si [...] la cession de monnaie à titre de garantie ne va pas se répandre hors du monde bancaire, peut-être d'ailleurs au bénéfice d'une requalification de pratiques en usage, tels le versement par le locataire d'un « dépôt de garantie* »¹³⁶. Ainsi, si l'on considère que le dépôt de garantie doit être désormais perçu comme une cession de somme d'argent à titre de garantie, alors il faut que l'acte constitutif mentionne précisément les créances garanties, qu'il s'agisse du paiement du loyer ou de l'état des lieux¹³⁷.

Il faut toutefois noter que le principe de spécialité en droit des sûretés est normalement assorti d'un second volet : la désignation du bien donné en garantie et de son étendue. Or, aucune référence n'y est faite à l'article 2374-1.

créances garanties doivent être désignées et déterminables si elles sont futures. Que ce nantissement est manifestement nul ».

¹³⁴ Art. 22 de 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.

¹³⁵ Cass. 3^e civ. 8 avril 2021, n° 19-23.343.

¹³⁶ M. GRIMALDI, « Présentation générale de la réforme », *RDC*, n°04, déc. 2021, p. 75.

¹³⁷ Alors la jurisprudence ne devrait plus estimer que le paiement des loyers est garanti si ce n'est pas précisément mentionné dans l'écrit. Pour autant cette lecture, déjà incertaine, peut être encore plus douteuse que certains allègueront que le spécial déroge au général et que le dépôt de garantie du bail d'habitation garantit toutes les « sommes restant dues au bailleur » quand bien même l'acte prévoirait autre chose.

SECTION 2 : La mention manquante de l'étendue de l'assiette

L'article 2374-2 du Code civil issu de l'avant-projet de décembre 2020 prévoyait que l'écrit « comporte le montant de la somme d'argent cédée ». Cependant, l'ordonnance n'a pas repris cette exigence. On se trouve donc face à une étonnante dérogation au principe de spécialité (I). Néanmoins, cette suppression s'explique certainement par une réalité pratique (II).

I- Une dérogation au principe de spécialité critiquable

50. Dérogation au principe de spécialité – Principe pourtant largement accueilli et respecté en droit des sûretés, le principe de spécialité n'est pas consacré quant à l'assiette de la cession de somme d'argent à titre de garantie. La suppression de la mention relative à la délimitation de l'assiette entre l'avant-projet et le texte définitif, est passée, aux yeux de certains, complètement inaperçue¹³⁸. D'autres estiment que même si les textes ne le précisent pas, il faut désigner dans l'écrit la somme offerte en garantie, à savoir le montant et la nature des sommes¹³⁹. On peut s'étonner de ce qu'une aliénation à titre de garantie ne soit pas soumise à ce principe de spécialité alors que des sûretés moins graves du point de vue du constituant le sont¹⁴⁰. Néanmoins, on ne peut raisonnablement défendre la théorie de l'oubli puisque cette mention a été retirée de l'avant-projet de 2020. C'est ce même avant-projet qui se voyait commenté de la sorte : « *Le texte précise également les mentions devant figurer dans l'écrit, lesquelles assurent le respect du principe de spécialité* »¹⁴¹. Ainsi, imposer une mention du montant serait contraire à la volonté du législateur, qui est d'offrir une grande souplesse et une fluidité dans la constitution de la sûreté.

51. Limites – Cependant, cette absence d'obligation du montant à titre de validité risque de soulever quelques difficultés. En effet, si le contrat ne mentionne pas le montant des sommes qui constituent l'assiette de la sûreté, et que la remise des sommes n'a pas lieu, comment cela

¹³⁸ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garantie du crédit*, 14^e éd., Paris, LGDJ, 2021, p. 472, n° 730. On peut sûrement déduire cela du fait que le respect du principe de spécialité initialement prévu ne posait en doctrine aucune difficulté. Il semblait peut-être évident que le texte ne serait pas modifié.

¹³⁹ A. AYNES, L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, 15^e éd., Paris, coll. Droit Civil, LGDJ, 2021, p. 496, n° 482.

¹⁴⁰ C. DAUCHEZ, *op. cit.*, spéc. p. 177, n° 157 : « *On ne comprendrait, d'ailleurs, pas que la sûreté la plus radicale soit soumise à des conditions moins strictes que l'hypothèque ou le gage, alors même que la spécialité est consacrée dans le régime de la fiducie-sûreté instauré par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007. Le transfert de propriété à titre de garantie n'est pas seulement une gêne pour le débiteur, elle le prive de la liberté de disposer de son bien ; à ce titre le transfert de propriété constitue une atteinte à son autonomie patrimoniale qu'il paralyse* ». Ainsi peut-on transposer aux sûretés mobilières cette remarque formulée sur la cession à titre de garantie de biens immobiliers

¹⁴¹ Direction des affaires civiles et du sceaux, Avant-projet d'ordonnance de réforme du droit des sûretés, déc. 2020, voir commentaire de l'article 2374-2.

sera-t-il compatible avec une action en exécution forcée¹⁴²? En outre, on peut également craindre, par une lecture croisée du nouvel article 2374-2 du Code civil avec le nouvel article L622-21 IV du Code de commerce, que la cession de somme d'argent à titre de garantie soit annulée dans le cadre d'une procédure collective¹⁴³.

52. Cession à durée illimitée – Une autre limite se présente quant à l'absence de mention de la durée de la cession à titre de garantie. En effet, si cette nouvelle sûreté peut garantir des créances futures, doit-on considérer que la cession à durée illimitée est autorisée ? Dans une telle hypothèse, la question se pose alors d'une possible résiliation, pour pouvoir mettre un terme à cet engagement. Admettre cela perpétuerait la logique d'un fonctionnement souple dans cette sûreté. Il faut relativiser néanmoins cette question en ce qu'elle n'est pas propre à la sûreté étudiée. Cela concerne toutes les sûretés réelles pouvant être constituées en garantie de créances futures sans exigence d'une durée déterminée, sauf l'hypothèque pour laquelle les textes prévoient une faculté de résiliation¹⁴⁴.

En réalité, si l'on peut en théorie s'étonner que le nouveau texte n'impose pas la mention du montant cédé, cela s'explique certainement par la réalité pratique.

II- Une dérogation au principe de spécialité justifiable

53. Dérogation volontaire au principe de spécialité – Comme évoqué ci-dessus, le législateur a volontairement supprimé l'exigence de mention du montant de l'assiette. Alors comment justifier une telle suppression, qui constitue une dérogation frontale au principe de spécialité en droit des sûretés ?

54. Raisons – Lorsque l'on s'intéresse aux critiques doctrinales portant sur l'avant-projet de réforme, on ne trouve guère de critique de la mention du montant des sommes remises dans le cadre de la nouvelle cession à titre de garantie. Il faut penser que la critique a été formulée dans le cadre de la consultation publique, par les acteurs de la vie économique tels que les établissements de crédit. En effet, cette suppression leur offre une grande souplesse, non

¹⁴² Voir *infra*, n° 130. Il conviendra de revenir sur ces questions dans la partie suivante.

¹⁴³ C. com. Art. L.622-21 IV : « *IV.- Le même jugement (jugement d'ouverture) interdit également de plein droit, tout accroissement de l'assiette d'une sûreté réelle conventionnelle ou d'un droit de rétention conventionnel, quelle qu'en soit la modalité, par ajout ou complément de biens ou droits, notamment par inscription de titres ou de fruits et produits venant compléter les titres figurant au compte mentionné à l'article L. 211-20 du code monétaire et financier, ou par transfert de biens ou droits du débiteur.*

Toute disposition contraire, portant notamment sur un transfert de biens ou droits du débiteur non encore nés à la date du jugement d'ouverture, est inapplicable à compter du jour du prononcé du jugement d'ouverture. »

¹⁴⁴ C. civ. Art. 2417.

seulement dans la constitution de la sûreté, mais également dans sa mise en œuvre¹⁴⁵. C'est certainement cette fluidité et cette souplesse qui ont justifié un tel choix, plus adapté à leur pratique. Ainsi, adhérons-nous à la pensée de Maxime JULIENNE qui estime que « *la suppression s'explique probablement par la volonté de permettre la mise en place de garanties d'un montant variable (ce qui est particulièrement utile dans le cadre des « couvertures » relatives à un risque en constante variation)* »¹⁴⁶. L'auteur rapproche cela des garanties financières telles que celle de l'article L211-20 du Code monétaire et financier relatif au nantissement de compte-titres allant dans le sens d'une « *nette tendance des sûretés sur actifs financiers à s'émanciper du principe de spécialité quant à l'assiette* »¹⁴⁷. Le renvoi semble pertinent. Cela permettra d'éviter la constitution d'une nouvelle cession à titre de garantie, et se combine finalement assez bien avec ce qui est souvent recherché par la possibilité de garantir des créances futures. En effet, il sera tout à fait possible d'augmenter l'assiette de la cession de somme d'argent à titre de garantie en fonction de la naissance d'autres créances à garantir. On retrouve bien ici, l'idée d'une sûreté « *convention cadre, à l'image de la cession Dailly* »¹⁴⁸. Pourtant, si cette mention n'est pas exigée à titre de validité, il est probable que dans un certain nombre de cas, l'écrit mentionne un montant. Il sera alors difficile de s'en écarter.

En tout état de cause, si l'écrit ne mentionne pas le montant des sommes cédées, il n'en demeure pas moins que dans la plupart des cas, la remise de ces sommes au cessionnaire permettra d'en connaître le montant.

¹⁴⁵ T. LE GUEUT, « La cession de somme d'argent à titre de garantie », *RD bancaire et fin.*, n° 2, Mars 2022, dossier 14, spéc. n° 16 : « *De plus, s'agissant toujours de la somme remise, le texte ne dit rien de son quantum, de sorte que tout est envisageable : la somme remise peut être inférieure, égale, voire supérieure au montant de la créance ou des créances garanties.* »

¹⁴⁶ M. JULIENNE, Maxime, « Les sûretés sur la monnaie au lendemain de l'ordonnance du 15 septembre 2021 », *RDC*, n° spécial, déc. 2021, p. 101-108, spéc. p. 103, n° 8.

¹⁴⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸ M. GRIMALDI, « Présentation générale de la réforme », art. préc., spéc. n° 17. Mais dans la cession Dailly, les créances cédées doivent être identifiées.

CHAPITRE 2 : UNE REMISE A TITRE D'OPPOSABILITE

L'article 2374-2 nouveau du Code civil dispose que « *la cession est opposable aux tiers par la remise de la somme cédée.* » On comprend à travers ce texte que la sûreté est une sûreté avec dépossession (SECTION 1), et non un contrat réel, qui aurait pourtant pu être approprié (SECTION 2).

SECTION 1 : Une nécessaire dépossession

55. Information des tiers – La dépossession d'un bien faisant l'objet d'une sûreté est une manière fréquente de rendre la sûreté opposable aux tiers. Ainsi pourrait-on citer l'exemple du gage de droit commun depuis 2006¹⁴⁹. Le « gage-espèces » a parfois pu se trouver soumis aux formalités du gage, de sorte que l'opposabilité aux tiers de la sûreté impliquait un acte ayant date certaine par le passé¹⁵⁰, la dépossession ne suffisant pas. Néanmoins, en cas de transfert de propriété des sommes, les conditions d'opposabilité étaient moins certaines. Aujourd'hui, le nouveau texte régissant la cession de somme d'argent à titre de garantie impose une « *remise* » des sommes, qui doit se comprendre comme une dépossession. Cela n'en fait incontestablement pas un contrat réel. Il s'agit uniquement d'une sûreté avec dépossession.

56. Insuffisance de la publicité – On aurait pu penser que l'opposabilité de la sûreté aurait été réalisée par publicité, comme pour le gage¹⁵¹. Pourtant il n'en est rien. Cela est probablement l'héritage de la conception selon laquelle le transfert de propriété opérait dans le « gage-espèces » en raison de la dépossession et de la fongibilité de la monnaie. En réalité, avoir une cession sans dépossession, qui ne serait opposable que par publicité, serait assez artificiel et, somme toute, trop éloigné de la conception de « gage-espèces ».

57. Forme de la remise – L'article 2374-2 du Code civil emploie le terme « remise » et non « dépossession » ou « transfert ». C'est ce même mot qu'employait déjà Gilles CUNIBERTI pour définir le « gage-espèces » en 1999¹⁵². Les formes de monnaie étant, nous l'avons vu,

¹⁴⁹ C. civ. Art. 2337.

¹⁵⁰ Cass. com., 23 avril 2003, n° 02-11.015 : Une banque se porte caution de dettes de loyers. Le cautionnement est garanti par un gage espèces. Les sommes sont déposées sur un compte spécial. Un créancier du constituant souhaite saisir les sommes, le gage des sommes ne lui étant pas opposable selon lui. La Cour de cassation va appliquer les règles du gage pour considérer que la dépossession des sommes sur un compte spécial ne permet pas de se soustraire à l'exigence d'écrit ayant date certaine imposée à l'époque pour l'opposabilité du gage. ; M. DELESPAUL, « Conditions d'opposabilité aux tiers d'un gage-espèces civil », note sous Cass. com., 23 avril 2003, n° 02-11.015, *JCP G*, n° 37, 10 sept. 2003 : « *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* ».

¹⁵¹ C. civ. Art. 2337.

¹⁵² Voir *supra*, n° 4.

multiples, les types de « remise » s’y attachant le sont en conséquence. On entendra par remise le « *fait de transférer à une personne la détention d’un bien, le plus souvent en exécution du contrat. Ex. [...] remise de fonds en avance ou en dépôt* »¹⁵³. On trouve néanmoins une autre définition sous le terme « *remise en compte* » comme le « *transfert de valeurs entre parties à un compte pour inscription au débit ou au crédit d’un compte* »¹⁵⁴. C’est justement cette double définition qui a certainement été recherchée par les rédacteurs. En effet, lorsque l’assiette de la sûreté se présente sous forme de monnaie fiduciaire, la remise se fera par tradition¹⁵⁵. Quand la cession porte sur de la monnaie scripturale, la remise se fera par le biais d’un moyen de paiement¹⁵⁶, virement, ou par tout ce qui conduit à une inscription en compte. L’avantage que présente le terme « remise » réside dans sa large conception et son adaptabilité, notamment aux monnaies en développement telles que la monnaie électronique¹⁵⁷.

58. Considérations terminologiques – Cependant, certains auteurs lui regrettent le terme « transfert » qu’ils trouvent plus adapté pour englober les différentes formes de remise évoquées. En réalité, cette différence terminologique n’a pas tellement d’intérêt pratique puisque l’on comprend aisément qu’il est question d’une dépossession qui prendra une forme adaptée à la monnaie en cause. En choisissant le terme « remise », on contourne d’ailleurs la possible définition du transfert comme « *la transmission d’un droit d’un titulaire à un autre* »¹⁵⁸ qu’on aurait alors pu entendre comme le transfert de propriété des sommes. On évite ainsi toute confusion. Il s’agit ici de la remise matérielle et non du transfert de propriété qui a lieu à compter de la conclusion de l’acte constitutif.

59. Opposabilité – A la lecture de l’article étudié, il est question de l’opposabilité de la cession. C’est donc le transfert de propriété que les tiers peuvent se voir opposer à compter de la remise. Il faut dire que la règle retenue par l’article 2374-2 trouve certainement un lien avec le fait qu’en matière mobilière, « *possession vaut titre* »¹⁵⁹. Dès lors, si la remise n’a pas eu lieu,

¹⁵³ G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 14e éd., Paris, PUF, 2022, p. 895, voir « remise ».

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ « (sens technique) *Transfert de la possession (au moins de la détention [...]) d’une chose (mobilière) ; remise matérielle dont le transfert de propriété est indépendant* ». *Ibid.*

¹⁵⁶ Cass. com. 17 nov. 1998, n° 96-14.296 : « *Attendu qu’en statuant ainsi, alors qu’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, la cour d’appel a violé les textes susvisés* »

¹⁵⁷ M. JULIENNE, « Les sûretés sur la monnaie au lendemain de l’ordonnance du 15 septembre 2021 », *RDC*, n° spécial, déc. 2021, p. 101-108, spéc. p. 103, n° 9 : « *Le Code civil se veut en tout cas parfaitement neutre au plan opérationnel, afin de pouvoir embrasser à l’avenir des modalités de remise qui demeurent à ce jour inconnues, et l’on songe ici tout particulièrement au transfert en blockchain d’une future monnaie légale digitale* ».

¹⁵⁸ G. CORNU, Association Henri Capitant *op. cit.*, p. 1040, voir « transfert ».

¹⁵⁹ C. civ. Art. 2276.

c'est que le constituant a encore possession des sommes. Il est certain que le possesseur constituant n'est pas de bonne foi en ce qu'il sait avoir transmis la propriété, mais à l'égard des tiers, la théorie de l'apparence permet de justifier cette règle relative à l'opposabilité.

60. Notion de tiers – On entend par tiers tous ceux qui ne sont pas parties à la cession de somme d'argent à titre de garantie, dont notamment les créanciers du constituant. Cela implique que si la sûreté est constituée par écrit mais que la remise des sommes n'a pas été opérée, les créanciers du constituant peuvent encore saisir les sommes. Cependant, la situation est bien différente pour les créanciers du cessionnaire. Les conditions d'opposabilité aux tiers n'existent que dans un but de protection de ces derniers. Dès lors, les créanciers du cessionnaire, qui ont intérêt à ce que la somme soit dans le patrimoine de leur débiteur, le cessionnaire, pourront saisir les sommes remises en garantie, s'ils ont connaissance de la sûreté. En effet, le transfert de propriété a eu lieu à la date de l'acte. Cependant, nous le verrons dans la partie suivante, cela soulève quelques difficultés.

61. Dépossession et bien incorporel – On se souvient des divergences doctrinales sur la nature juridique corporelle ou incorporelle de la monnaie, et notamment sous la forme scripturale¹⁶⁰. En réalité, la question de la remise de la monnaie, envisagée ici, permet d'apercevoir un argument supplémentaire en faveur de la dépossession de bien incorporel¹⁶¹, et de souligner le mouvement législatif en faveur des droits de rétention fictifs.

Exiger la remise à titre d'opposabilité, fait de la cession une sûreté avec dépossession et non un contrat réel. Cependant, l'apparente dissociation entre la date du transfert de propriété et celle de l'opposabilité aux tiers de la cession peut soulever de sérieuses difficultés.

SECTION 2 : Un contrat réel manqué

Le législateur ne permet pas de connaître avec certitude la date de transfert de propriété (I). Cela pourrait bien conduire à des difficultés auxquelles on aurait pu se soustraire en consacrant un contrat réel (II).

¹⁶⁰ Voir *supra* n° 13-14.

¹⁶¹ On peut voir dans l'article 2374-2 du Code civil un nouveau pas vers la possible dépossession de biens incorporels. Notre droit a largement évolué en faveur de l'admission de droits de rétention sur des biens incorporels, (Cass. com., 8 février 1994, n° 92-14.484 ; loi du 2 juillet 1996 ; C. civ. Art. 2363 issu de l'ordonnance de 2006). En 2021, l'Ordonnance reconnaît expressément un droit de rétention au créancier nanti dans le cadre d'un nantissement de créance (C. civ. Art. 2363 nouv.). Rapprocher le nouvel article 2363 et l'article 2374-2 permet de relever un nouveau pas vers la possibilité d'une dépossession de bien incorporel et ouvre la voie à un droit de rétention qui serait de moins en moins vu comme fictif quand bien même il porterait sur un bien incorporel. Sur cette remarque, voir A. AYNES, « Gage-espèces et cession civile à titre de garantie dans la réforme des sûretés », *JCP N*, nov. 2021, n° 47, dossier 1334, p. 44-48, spéc. p. 46, n° 13.

I- Dissociation entre la date de remise et la date de transfert de propriété

On est parti du postulat dans la partie précédente que le transfert de propriété a lieu en amont de la remise, au moment de la conclusion du contrat de garantie. Mais qu'en est-il vraiment ?

62. Incertitudes textuelles – Par le passé, une partie de la doctrine voyait dans le « gage-espèces » un contrat réel, c'est-à-dire une constitution de la sûreté par la remise des sommes. La remise des sommes n'a jamais fait l'objet d'une quelconque difficulté. Les débats ont seulement porté sur le transfert de la propriété des sommes au bénéficiaire. Si l'on est certain que la propriété de la somme d'argent cédée est transférée au cessionnaire¹⁶², les nouveaux textes ne fixent pas clairement le moment auquel a lieu le transfert de propriété. En comparaison, les nouveaux textes relatifs à la cession de créance de droit commun à titre de garantie sont limpides, faisant coïncider la date d'opposabilité aux tiers et le transfert de propriété¹⁶³. S'agissant de la cession de somme d'argent à titre de garantie, on sait que l'opposabilité de la cession a lieu lors de la remise des sommes. C'est donc *a fortiori* que la cession a déjà eu lieu, le transfert de propriété opérant certainement à la date de l'acte. On revient ainsi sur des débats anciens propres au transfert de la propriété et des risques.

63. Débats doctrinaux sur la date de transfert de propriété – Depuis 1804, il faut reconnaître que la règle est celle du transfert de propriété *solo consensu*. Ainsi, il semble que le transfert de propriété, entendu comme l'essence de la sûreté, a lieu dès la conclusion de l'acte écrit, formalisant le consentement. « *On peut déduire du libellé du texte que la cession elle-même précède ou, à tout le moins, peut précéder la remise de la somme. En d'autres termes, la cession de somme d'argent à titre de garantie n'est vraisemblablement pas un contrat réel dont la formation supposerait la délivrance effective des fonds* »¹⁶⁴.

Pourtant certains ne sont pas de cet avis. En ce sens peut-on citer Thomas LE GUEUT qui, commentant la figure de cette nouvelle cession à titre de garantie, préfère considérer que « *l'analyse classique est certainement la meilleure dans la mesure où l'on ne voit pas ce qui justifierait que le transfert de la propriété de la somme remise à titre de garantie puisse précéder le transfert de la somme elle-même* »¹⁶⁵. L'analyse classique à laquelle il est fait référence s'oppose à un transfert de propriété des biens fongibles *solo consensu*. En effet, « *le*

¹⁶² C. civ. Art. 2274.

¹⁶³ Par lecture croisée des articles 2373 et 1323 du Code civil, on sait que le transfert de propriété s'opère à la date de l'acte de cession et que cette cession est opposable aux tiers à cette même date.

¹⁶⁴ A. HONTEBEYRIE, B. EVVA, « La consécration ... », art. préc., spéc. p. 70.

¹⁶⁵ LE GUEUT, Thomas, « la cession de somme d'argent à titre de garantie », RD bancaire et fin., n° 2, Mars 2022, dossier 14, spéc. n° 28.

droit de propriété ne saurait exister, du moins est-ce l'analyse classique, sur un objet indéterminé. C'est donc logiquement l'individualisation qui permettra au transfert de s'accomplir »¹⁶⁶. En ce sens, la monnaie étant confondue dans le patrimoine du constituant, le transfert de propriété ne pourrait advenir qu'une fois la somme individualisée par le biais de la remise. Cela serait d'autant plus vrai si le montant n'a pas été déterminé par la convention.

Il nous semble cependant que la position la plus conforme au texte est la plus logique, même si elle est regrettable. Il faut donc considérer que la cession de somme d'argent à titre de garantie est constituée à la date de conclusion de l'écrit et que le transfert de propriété a lieu à ce moment. Ainsi, la date du transfert de propriété n'est pas celle de la remise de la somme. Dès lors, le constituant est tenu d'une obligation de remise des sommes à compter de l'écrit, qui permettra l'opposabilité.

II- Conséquences regrettables

64. Limite de l'efficacité sans remise – Si une cession de somme d'argent à titre de garantie est constituée par un écrit valable, le transfert de propriété de la somme a lieu. Cependant, si le constituant ne remet pas la somme au cessionnaire, l'efficacité de la sûreté reste douteuse. Sans remise des sommes, les créanciers du constituant pourront saisir les sommes encore en possession du débiteur constituant. Le cessionnaire pourra mener une action en responsabilité, mais il n'en demeure pas moins que seule la remise des sommes peut le prémunir contre ce risque de saisie. Par ailleurs, si une procédure collective s'ouvre à l'égard du constituant, il faudra considérer que les sommes sont appréhendées par la procédure puisque la cession sera inopposable aux tiers, créanciers du constituant. En effet, ceux-ci pourront probablement invoquer que le transfert de propriété n'est pas opposable à la procédure. Une sûreté sans opposabilité voit donc ses effets limités.

65. Rigidité du régime – L'on a vu et l'on verra par la suite que le régime de la cession de somme d'argent à titre de garantie est largement empreint de souplesse et de liberté contractuelle. Il faut toutefois relever que cette exigence de remise à titre d'opposabilité n'est pas dans cette logique. En effet, si l'on compare cette sûreté nouvelle aux garanties financières existantes, on peut relever une forme de rigidité. Les garanties financières fondées sur un transfert de propriété à titre de garantie ne sont soumises à aucune exigence aux fins

¹⁶⁶ W. DROSS, *Droit des biens*, 4^e éd., coll. Précis Domat, Paris, LGDJ, p. 39, n° 30.

d'opposabilité¹⁶⁷. De ce point de vue, on peut regretter que la cession de droit commun soit plus stricte. Il faut surtout relever que la différence entre date de remise et date du transfert de propriété crée des difficultés qu'il était possible d'éviter.

66. Absence de remise et absence de mention du montant – On se souvient que l'article 2374-1 nouveau du Code civil n'impose pas que l'écrit constitutif de la sûreté comporte la mention du montant de la somme cédée. Mais alors, si l'on combine cela avec le transfert de propriété des sommes qui a lieu dès la constitution de l'acte, on peut craindre qu'un conflit ne survienne entre le cédant et le cessionnaire. Si la remise a lieu, la difficulté sera levée car le transfert de la somme permettra de connaître l'assiette et son étendue. Mais dans le cas où le constituant ne se plie pas à son obligation de remise de la somme au cessionnaire, on se trouve face à une difficulté. En effet, on ne connaît pas l'étendue de l'assiette de la sûreté de sorte que toute action en exécution forcée par le créancier cessionnaire se trouve empêchée, ne serait-ce que pour des considérations probatoires. On aurait donc, au sens des textes, une cession de somme d'argent dont le montant serait indéterminé et dont la possession par le constituant empêche sa déterminabilité. Alors dans ce cas, sans doute est-il préférable de revenir à la conception classique évoquée par William DROSS¹⁶⁸, selon laquelle le transfert de propriété n'a pas eu lieu. Mais ainsi, on voit comment la consécration d'un contrat réel est un véritable acte manqué. Il faut bien évidemment tempérer cette critique puisque, bien souvent, le cédant remettra immédiatement les sommes offertes en garantie. En effet, il faut bien penser que dans la pratique, le constituant n'a pas tellement intérêt à ne pas remettre les sommes. Il engagerait sa responsabilité à l'égard du cessionnaire¹⁶⁹.

67. Absence de remise et conflits entre créanciers – Une autre difficulté pourrait voir le jour, si la cession a été conclue mais que la remise n'a pas eu lieu. Un conflit pourrait s'ériger entre des créanciers saisissants cette même somme, avec d'une part les créanciers du constituant et d'autre part les créanciers du cessionnaire. Les premiers estimeront que la cession ne leur est

¹⁶⁷ C. mon. et fin. Art. L. 211-38 : « *A 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, marchandises représentées par un reçu d'entreposage, effets, créances, contrats ou sommes d'argent, ou la constitution de sûretés sur de tels biens ou droits, 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* ».

¹⁶⁸ W. DROSS, *op. cit.*

¹⁶⁹ Il sera peut être difficile de caractériser et d'évaluer le préjudice sans connaissance de ce montant, à moins de se fonder sur le montant de l'opération garantie.

pas opposable alors que les seconds se prévaudront de cette cession. Il sera alors difficile de trancher entre le droit de propriété, absolu, et l'inopposabilité.

68. Date de remise et date d'opposabilité – Une autre incertitude réside dans la date d'opposabilité aux tiers. Dans le cas d'une remise matérielle de monnaie fiduciaire, la question ne se pose pas, le moment de remise par tradition sera unique. Cependant, dans le cas d'une remise de monnaie scripturale, connaître la date de remise est nettement plus compliqué. Doit-on considérer que la remise, et partant l'opposabilité, se concrétisent à la date de débit ou à la date de crédit des comptes ? La question est soulevée par Thomas LE GUEUT qui présente le dilemme entre la vision du droit des sûretés qui ferait opter pour la date de crédit, correspondant à la mise en possession du créancier, et la vision issue du droit monétaire qui inciterait à retenir la date de dépossession, donc la date de débit¹⁷⁰. De notre humble avis, il semble que la cession à titre de garantie relève davantage du droit des sûretés que du droit monétaire et qu'il vaut mieux prendre en considération la date de crédit. Les textes auraient également pu solutionner cette question. Mais la question pourrait aussi se poser en d'autres termes. Si le constituant remet à son créancier un chèque en garantie, on sait que ce dernier peut l'encaisser¹⁷¹. Mais partant, doit-on considérer que remettre un chèque non encaissé suffit à opérer une dépossession ? Il ne nous semble pas car cela n'est nullement apparent pour les tiers et que le report de l'opposabilité existe dans un objectif de les protéger.

69. Dépossession et cessionnaire teneur de compte – On peut évoquer rapidement une légère difficulté, pourtant pas si rare, qui tient au cas où le créancier cessionnaire est un établissement de crédit. Comme vu précédemment, il est possible que le cessionnaire soit le teneur du compte sur lequel sont transférées les sommes remises en garantie. La Cour de cassation avait pu estimer que le transfert de propriété avait bien eu lieu¹⁷². C'est la « *commodité des écritures* » dont il est question dans l'arrêt qui nous interpelle à nouveau¹⁷³. Est-ce que la remise a eu lieu si, pour la « *commodité des écritures* », les sommes sont placées sur un compte ouvert au nom du constituant, dans l'établissement bénéficiaire de la sûreté ? La jurisprudence devra peut-être trancher cette question. Il nous semble que dans l'unique cas où la banque cessionnaire est teneur de compte, il sera possible de reconnaître qu'il y a eu dépossession. A se fier au commentaire de cet arrêt de Dominique LEGEAIS, il semblerait que cela emporte

¹⁷⁰ LE GUEUT, Thomas, « la cession de somme d'argent à titre de garantie », *RD bancaire et fin.*, n° 2, Mars 2022, dossier 14, spéc. p. 2, n° 24.

¹⁷¹ Cass. com. 17 nov. 1998, n° 96-14.296.

¹⁷² Voir *supra* n° 39.

¹⁷³ Cass. com., 6 février 2007, n° 05-16.649.

remise puisque « *l'hypothèse envisagée, variété de gage-espèces, est celle dans laquelle les espèces sont inscrites sur un compte impersonnel ouvert au nom du constituant pour la seule commodité des écritures. Autrement dit, les espèces ont été remises au créancier* »¹⁷⁴.

70. Un acte manqué : le contrat réel – On peut regretter que le législateur n'ait tout simplement pas consacré une cession de somme d'argent à titre de garantie comme contrat réel. Cela aurait certainement résolu certaines difficultés pouvant résulter de la possible dissociation entre la date de transfert de propriété et celle de l'opposabilité aux tiers, ainsi que de la dissociation entre transfert de propriété et remise.

L'ordonnance de 2021 a donc consacré une nouvelle sûreté-propriété avec dépossession afin de régir le « gage-espèces ». Si l'articulation entre les différentes sûretés est incertaine, il n'en demeure pas moins que la nouvelle cession de somme d'argent à titre de garantie sera probablement très attractive pour la pratique.

¹⁷⁴ D. LEGEAIS, « L'avenir du gage-espèces », note sous Cass. com., 6 févr. 2007, n° 05-16.649, *RLDC* juin 2007, n° 39, p. 25.

PARTIE 2 :

UNE SURETE ATTRACTIVE

71. Attractivité de la sûreté – L’ordonnance de 2021 a permis « *la consécration légale de la pratique du "gage-espèces", consécration dont la pertinence pourrait être discutée sur le plan des principes si l'on considère que le mécanisme relevait auparavant de la seule liberté contractuelle* »¹⁷⁵. Si la critique est légitime, force est de constater que la nouvelle sûreté sera probablement attractive. En effet, son régime est fortement empreint de liberté contractuelle puisqu’il est largement supplétif de volonté (TITRE 1). C’était certainement la seule façon de légiférer sur une technique que la pratique s’était déjà largement appropriée. Il faut aussi dire que la nouvelle sûreté sera attractive pour les praticiens en raison de son efficace réalisation, s’appuyant sur le transfert de propriété. (TITRE 2) – *Etude des articles 2374-3 à 6 nouveaux du Code civil.*

TITRE 1 : UN REGIME EMPREINT DE LIBERTE CONTRACTUELLE

L’attractivité du nouveau régime s’opère par une souplesse de fonctionnement que l’on retrouve non seulement dans la possibilité d’aménager la perception des fruits et intérêts (CHAPITRE 2), mais également dans celle d’aménager la disposition des sommes cédées par le cessionnaire (CHAPITRE 1). Le régime est donc largement supplétif de volonté. – *Etude de l’article 2374-3 et 4 nouveaux du Code civil.*

CHAPITRE 1 : LA DISPOSITION DES SOMMES LIBREMENT AMENAGEABLE

La cession étudiée est régie, dans son fonctionnement, par un principe de libre disposition de la somme par le cessionnaire, la propriété ayant été transférée au cessionnaire (SECTION 1). Cependant, dans un souci de souplesse et de respect de la liberté contractuelle, le législateur a rendu ce principe supplétif de volonté. Il faut cependant s’interroger sur cette possible dérogation qui, semble-t-il, induit un nécessaire blocage de sommes (SECTION 2).

¹⁷⁵ J.-J., ANSAULT, Ch. GIJSBERS, « Droit des sûretés. Enfin la réforme ! », *D.* 2021, p. 1879.

SECTION 1 : Un principe de libre disposition de la somme par le cessionnaire

L'article 2374-3 nouveau du Code civil prévoit que « *le cessionnaire dispose librement de la somme cédée, sauf convention contraire qui en précise l'affectation* ». Ce principe est loin d'être dénué de justifications (I), mais n'est pas sans risque pour le constituant (II).

I- Les fondements de la libre disposition

Le principe selon lequel « *le cessionnaire dispose librement de la somme cédée* »¹⁷⁶ s'explique non seulement par le transfert de propriété des sommes remises, mais aussi par la consomptibilité et la fongibilité de la monnaie.

72. Fondement du principe, le transfert de propriété – La Chancellerie commentait que le principe de libre disposition des sommes par le cessionnaire « *est conforme à la logique du transfert de propriété* », dans l'avant-projet de réforme présenté à la consultation publique en décembre 2020. En effet, le droit de propriété consiste en un droit de jouir et de disposer de la manière la plus absolue¹⁷⁷. Dès lors, puisque la sûreté étudiée repose sur le transfert de la propriété à titre de garantie, la solution inverse eut été étonnante. Il faut accorder au cessionnaire, devenu propriétaire, le droit de disposer des sommes, attribut de son droit de propriété. C'est, au demeurant, une distinction majeure avec le régime du gage de choses fongibles avec dépossession¹⁷⁸. En effet, dans ce régime, le principe est celui d'une séparation des biens du patrimoine du gagiste, afin d'empêcher la fongibilité de jouer. La libre disposition n'est que l'exception, qui doit être prévue par les parties. Cela ne fait que renforcer la considération selon laquelle la solution ici retenue par principe à l'article 2374-3 du Code civil découle indéniablement du transfert de propriété¹⁷⁹.

73. Différence avec les autres sûretés-propriétés – Toutefois, il faut relever que les autres sûretés reposant sur un transfert de propriété à titre de garantie ne répondent pas à ce même principe. A l'aune de la fiducie, le législateur aurait ainsi pu mettre l'accent sur le caractère temporaire de la propriété cédée à titre de garantie et prévoir un principe d'interdiction de libre disposition. En effet, la fiducie est frappée de nullité si l'écrit ne précise pas l'étendue des

¹⁷⁶ C. civ. Art. 2374-3.

¹⁷⁷ C. civ. Art. 544.

¹⁷⁸ C. civ. Art. 2341 alinéas 1 et 3.

¹⁷⁹ *Comp.* Avant-projets de réforme de droit des sûretés présenté par l'Association Henri Capitant, 2005 et 2017 : le nantissement de monnaie scripturale impliquait un blocage des sommes sur un compte spécial. En effet, il n'y avait pas de transfert de propriété. Cela était plus contraignant car aucune dérogation n'était alors possible permettant une libre disposition, à l'inverse du gage de choses fongibles. On peut ici trouver plus adapté à la pratique la consécration d'un principe de libre disposition au profit du bénéficiaire de la sûreté.

pouvoirs d'administration et de disposition du fiduciaire¹⁸⁰. On voit donc que l'explication du transfert de propriété trouve ses limites. « *La propriété-sûreté est généralement une propriété désincarnée, dépourvue de substance, le propriétaire ne disposant de quasiment d'aucune prérogative sur le bien – il suffit de penser au vendeur réservataire qui n'a ni l'usus, ni le fructus, ni l'abusus* »¹⁸¹. Ainsi, il faut bien trouver d'autres justifications qui, s'ajoutant au transfert de propriété, fondent un tel principe.

74. Fondement du principe, la consomptibilité – Le principe de libre disposition repose sur d'autres fondements. La monnaie est un bien consomptible, au sens de l'article 587 du Code civil. Cela implique que par le premier usage qui en est fait, elle s'en trouve détruite, du moins eu égard au patrimoine du propriétaire. Cependant, la nature consomptible de la monnaie implique que l'*usus* se confond avec l'*abusus*. On ne saurait réduire à néant le pouvoir du propriétaire en lui refusant l'*usus*, l'*abusus* et le *fructus*. Ainsi, le principe de libre disposition des sommes remises en garantie se justifie également par ces considérations.

75. Fondement du principe, la fongibilité - Enfin, il faut évidemment prendre en compte la fongibilité de la monnaie. En effet, quand bien même le texte n'aurait pas précisé cette libre disposition de la somme par le créancier, le résultat se serait imposé de lui-même dans la pratique. C'est ce qu'il s'est largement produit par le recours au « gage-espèces » avant 2022. Lorsque la monnaie est remise au cessionnaire, elle se mélange aux autres choses de genre de son patrimoine. Il devient impossible d'identifier quelles sont précisément les sommes remises par le constituant. Ainsi, par l'effet de cette fongibilité, le bénéficiaire de la sûreté se trouve investi de la possibilité d'en disposer, à charge pour lui d'en restituer une somme équivalente. En ce sens, un auteur exprimait que la solution peut paraître étonnante puisqu' « *une sûreté, même posée sur le transfert du droit de propriété, demeure un contrat de restitution, ce qui interdit de disposer de la chose. En réalité ce régime est surtout commandé par la nature fongible de l'assiette, une somme d'argent pouvant toujours être restituée par un strict équivalent* »¹⁸².

Si la libre disposition des sommes par le cessionnaire semble être, à tous ces égards, d'une parfaite limpidité, il n'en demeure pas moins qu'elle présente des risques pour le constituant.

¹⁸⁰ C. civ. Art. 2018 6°.

¹⁸¹ A. GOUEZEL, « Observations sur la nouvelle « cession de somme d'argent à titre de garantie », art. préc., spéc. p. 3, n° 11.

¹⁸² Y. BLANDIN, *op. cit.*, spéc. p. 78.

II- Les risques de la libre disposition

76. Risques pour le constituant – La libre disposition de l’objet de la sûreté par le cessionnaire crée indéniablement un risque pour le constituant. En effet, ce dernier se trouve confronté au risque de la défaillance du cessionnaire. Cette défaillance peut se manifester de deux façons. D’un côté, les créanciers du cessionnaire pourraient mettre en œuvre des voies d’exécution et saisir les sommes. Mais pire encore, le cessionnaire pourrait faire l’objet d’une procédure collective. Les conséquences pour le constituant sont incertaines et, partant, inquiétantes.

77. Le risque de saisie – Par la constitution de la cession à titre de garantie, la somme intègre le patrimoine du cessionnaire et fait partie du droit de gage général des créanciers de ce dernier (Article 2284 et 2285 du Code civil). Ainsi, ces tiers pourront saisir la somme dans son patrimoine. Pourtant, elle n’est que l’assiette d’une sûreté qui, dans le plus heureux des cas, a vocation à retourner dans le patrimoine du constituant. Un débat naît déjà quant à la place de la libre disposition dans cette possibilité pour les créanciers du cessionnaire de saisir la somme. En effet, d’aucuns disent que c’est uniquement lorsque le cessionnaire a libre disposition de la somme que les créanciers pourront la saisir. D’autres fondent cela sans distinction sur le transfert de propriété¹⁸³. Ce qui est certain, c’est que la libre disposition entraîne le mélange des unités monétaires dans le patrimoine du cessionnaire. Dès lors, il est évident que ses créanciers pourront exercer leurs droits, par le biais des procédures d’exécution, sur la somme remise à titre de garantie. Cela crée un risque pour le débiteur puisque rien ne lui garantit que le bénéficiaire de la sûreté aura, à l’issue de l’exécution de l’obligation garantie, un patrimoine tel que la restitution de la somme sera possible.

78. Le risque d’une procédure collective du cessionnaire – S’agissant de l’ouverture d’une procédure collective à l’égard du cessionnaire, une incertitude plane sur le sort de la somme. Si le constituant n’a pas la possibilité d’éteindre sa dette garantie, car non-exigible, il risque de voir la somme appréhendée par la procédure collective comme un élément ordinaire du patrimoine du cessionnaire. Pire, même en éteignant la dette garantie, si tant est que cela soit possible, le constituant risque de se trouver dans la même situation. En effet, si le constituant éteint la dette garantie, il n’est pas certain qu’il puisse mener une action en revendication ou en restitution de la somme cédée¹⁸⁴.

¹⁸³ Voir *infra*, n° 84.

¹⁸⁴ Voir *infra*, n° 110.

79. Tempéraments – Il faut néanmoins modérer ces propos. En effet, le risque d'une procédure collective est bien faible si le cessionnaire est un établissement de crédit. Heureusement, le « gage-espèces » est une pratique fortement employée dans le secteur bancaire. Cependant, si le créancier n'est pas un établissement de crédit, alors on ne peut que conseiller au constituant de contractuellement empêcher la libre disposition des fonds, bien que les conséquences d'une telle précaution restent, en l'état actuel des textes, incertaines.

SECTION 2 : La possibilité d'une dérogation au principe de libre disposition

« *Le cessionnaire dispose librement de la somme cédée, sauf convention contraire qui en précise l'affectation »¹⁸⁵. Il est donc possible de déroger contractuellement à la libre disposition, notamment pour éviter les risques précités. Cependant, le texte n'est peut-être pas assez explicite quant aux effets de cette dérogation (II). En tout état de cause, s'il est stipulé une telle dérogation, cela conduira à un blocage des sommes (I).*

I- Le nécessaire recours à un compte bloqué à affectation spéciale

80. Souplesse – La libre disposition supplétive répond d'une volonté de souplesse dans le régime. Cela résulte de l'inspiration directe de la pratique. Les praticiens n'ont pas tous vu d'un bon œil cette volonté de réglementer une pratique qui fonctionnait relativement bien sans texte, donnant lieu à peu de contentieux. L'idée a donc été de s'inspirer de la pratique et des usages faits concrètement des « gages-espèces » dans le monde bancaire. Michel GRIMALDI précisait en ce sens qu'« *il ne s'agit pas d'une réglementation hors sol* »¹⁸⁶.

81. Blocage des sommes – L'article 2374-3 offre la possibilité de prévoir une clause contraire au principe de libre disposition par le cessionnaire, précisant l'affectation des sommes. On peut de prime abord se demander ce qu'implique cette dérogation. Doit-on comprendre que toute clause contraire est acceptable ? Pourrait-on aller jusqu'à imaginer une clause contraire prévoyant que le cédant aura la libre disposition ? Il ne semble pas. L'affectation dont il est question paraît ainsi limiter les possibilités et la liberté contractuelle. Il faut plutôt voir dans cet article la possibilité pour les parties de convenir que les sommes soient bloquées sur un compte, de sorte que personne n'en aura la disposition. L'avant-projet de 2020 prévoyait que la libre disposition par le cessionnaire était de rigueur « *sauf convention contraire pouvant notamment*

¹⁸⁵ C. civ. Art. 2374-3.

¹⁸⁶ M. GRIMALDI, « Présentation générale de la réforme », art. préc., spéc. n° 17.

prévoir qu'il la conserve sur un compte affecté »¹⁸⁷. Certains pourront alléguer, en tirant les conséquences du retrait des termes « compte affecté », que les sommes n'ont finalement pas à être bloquées sur un compte. En réalité, il nous semble qu'il faille plutôt envisager la modification du texte au regard du mot « notamment ». En effet, par cette tournure de phrase, l'avant-projet laissait entendre que l'affectation sur un compte spécial n'était qu'une modalité envisageable de clause contraire. Or la dérogation à la libre disposition impose un blocage des sommes sur un compte. En effet, en raison de la fongibilité de la monnaie, il devient impossible sans cela de s'assurer que la somme remise ne servira qu'à une affectation précise. Il faut donc considérer qu'afin de respecter l'affectation, le blocage des sommes sur un compte spécial s'impose.

82. L'affectation – S'agissant de l'affectation qui doit être spécifiée, est-il possible d'en envisager une autre que la simple garantie des créances ? A nouveau, il est permis d'en douter. En réalité, il faut comprendre l'articulation principe-exception comme la possibilité pour les parties d'empêcher la libre disposition uniquement en bloquant les sommes sur un compte spécial, affecté à la garantie stricte des créances désignées.

On peut toutefois se questionner sur l'intérêt d'empêcher la libre disposition des sommes par le créancier en bloquant les sommes sur un compte à affectation spéciale.

II- Des effets espérés mais incertains

83. Comparaison avec le nantissement de créance – La dérogation à la libre disposition fera certainement débat quant à ses effets. Se pose la question de savoir si par cette dérogation, les sommes cédées, mais bloquées, échappent au gage commun des créanciers du cessionnaire. Un parallèle mérite d'être fait avec le régime du nantissement de créance à cet égard. Dans ce régime, il est prévu que, lorsque la créance nantie est payée avant que la créance garantie ne soit arrivée à échéance, « *le créancier nanti les conserve à titre de garantie sur un compte spécialement affecté ouvert à cet effet auprès d'un établissement habilité à les recevoir à charge pour lui de les restituer si l'obligation garantie est exécutée* »¹⁸⁸. Cela s'expliquait, selon le commentaire de cet article dans l'avant-projet de réforme de 2020 par le fait que « *l'exigence d'un compte spécialement affecté (v. déjà art. L. 743-14 c. com.) permet[te] de mettre les fonds à l'abri des autres créanciers.* ». L'idée, très clairement assumée, est donc d'éviter que les

¹⁸⁷ Direction des affaires civiles et du sceaux, Avant-projet d'ordonnance de réforme du droit des sûretés, déc. 2020, voir Art. 2374-3.

¹⁸⁸ C. civ. Art. 2364.

créanciers du créancier nanti ne saisissent et n'appréhendent les sommes remises en paiement de la créance nantie.

84. Position doctrinale en faveur de l'appréhension des sommes – Il faut maintenant débattre sur les effets de l'affectation dont il est question à l'article 2374-3. Certains auteurs estiment d'ores et déjà, qu'elle ne doit pas avoir les mêmes effets que dans le nantissement de créance, et que les créanciers du cessionnaire pourront donc appréhender les sommes qu'elles soient tenues individualisées ou non. Leur pensée se fonde sur le transfert de propriété des sommes. Dans cette approche, les auteurs considèrent que les créanciers du bénéficiaire du nantissement ne peuvent saisir les sommes parce que ce dernier n'est pas propriétaire. A l'inverse, dans la cession de somme d'argent à titre de garantie, le transfert de propriété a eu lieu. Les sommes figurent donc dans le patrimoine du cessionnaire. Ainsi, « *même adossée à un compte d'affectation spéciale, l'interdiction contractuelle de disposer ne remet pas en cause ce droit de propriété et l'on ne voit donc pas à quel titre elle pourrait empêcher les créanciers du cessionnaire d'appréhender cette somme* »¹⁸⁹.

85. Position doctrinale contre l'appréhension des sommes – Pourtant, nos propos soutiendront plutôt la position inverse, bien qu'elle ne se dégage pas aisément à la simple lecture du texte. En effet, il semble que le législateur ait souhaité permettre au constituant d'éviter le risque que lui fait courir un tel transfert de propriété à titre de garantie. Il fallait permettre au constituant de se prémunir contre la défaillance du cessionnaire en empêchant la libre disposition des sommes et en prévoyant l'affectation des sommes sur un compte bloqué. C'est la position défendue par certains auteurs et qui, relevant du bon sens et de la volonté législative, s'impose à nous. Les parties peuvent ainsi décider d'inscrire les sommes sur un compte à affectation spéciale. Cela aura pour avantage qu'elles ne pourront pas être saisies par les créanciers du bénéficiaire¹⁹⁰.

86. Incertitude et jurisprudence – On a vu dans la première partie que la jurisprudence devra trancher sur l'articulation entre la cession de somme d'argent à titre de garantie et les autres sûretés. Voilà une nouvelle interrogation que les tribunaux auront peut-être à connaître. Mais ces deux questions sont finalement liées. Car, si la Cour de cassation décide que la clause contraire et le blocage des sommes sur un compte à affectation spéciale n'empêche pas les créanciers du cessionnaire de saisir les sommes, alors il est probable que le recours au régime

¹⁸⁹ A. HONTEBEYRIE, B. EVVA, « La consécration ... », art. préc., p. 70.

¹⁹⁰ Y. BLANDIN, *op. cit.*, spéc. p. 79.

du gage de choses fongibles par renvoi (nantissement) soit fréquent. En effet, les constituants ne souhaiteront pas se risquer à l'emploi d'une cession de sommes d'argent à titre de garantie dans ces conditions. Il faut donc espérer que les juges ne réduiront pas à néant l'usage de cette nouvelle sûreté et retiendront la seconde approche.

Outre le possible aménagement de la libre disposition des sommes par le cessionnaire, le législateur a prévu une souplesse dans la perception des fruits et intérêts.

CHAPITRE 2 : UNE PERCEPTION DES FRUITS ET INTERETS LIBREMENT AMENAGEABLE

L'article 2374-4 nouveau dispose que « *Lorsque le cessionnaire n'a pas la libre disposition de la somme cédée, les fruits et intérêts produits par celle-ci accroissent l'assiette de la garantie, sauf clause contraire.*

Lorsque le cessionnaire a la libre disposition de la somme cédée, il peut être convenu d'un intérêt au profit du cédant ». Il convient d'étudier le second alinéa avant le premier, afin de suivre la logique de l'article précédent. Ainsi, l'on préférera connaître du sort des fruits et intérêts dans le cas de la libre disposition de la somme par le cessionnaire (SECTION 1), pour ensuite s'intéresser à celui-ci lorsqu'une clause contraire remet en cause cette libre disposition (Section 2).

SECTION 1 : Faculté de convenir d'un intérêt en cas de libre disposition

L'article 2374-4 alinéa 2 dispose que « *Lorsque le cessionnaire a la libre disposition de la somme cédée, il peut être convenu d'un intérêt au profit du cédant* ». Cette faculté est contestable théoriquement eu égard au principe de non-enrichissement du créancier par la sûreté (II), mais elle s'explique par la réalité pratique (I).

I- Une simple faculté justifiée en pratique

87. Avant-projet – Le second alinéa de l'article étudié est le résultat de la consultation publique dont l'avant-projet de 2020 a fait l'objet. En effet, l'avant-projet prévoyait à l'article 2374-3 que « *les fruits et intérêts produits par la somme cédée accroissent l'assiette de la garantie ou sont restitués au constituant. Toute clause contraire est réputée non écrite. Ils peuvent être fixés de manière forfaitaire dans l'acte de cession* ».

88. Réalité pratique – Dans l’avant-projet, on ne distinguait pas selon que le cessionnaire ait ou non la libre disposition des sommes. Or en pratique, cela change tout. Car, si tant est que le bénéficiaire dispose librement des sommes qui se sont donc intégralement confondues dans son patrimoine, comment pourrait-on connaître le montant des fruits de la somme cédée ? La réalité pratique d’une telle disposition vient immédiatement à l’encontre de ce que prévoyait le texte. La libre disposition et le mélange de la somme dans le patrimoine du bénéficiaire entraînent une impossibilité de chiffrer les fruits, bien que le cessionnaire ait pu tirer profit de cette somme. S’élevait ainsi un réel problème de preuve du montant¹⁹¹. L’on pouvait alors estimer qu’il était possible de contourner une telle difficulté pratique en prévoyant contractuellement la remise d’une somme forfaitaire au constituant. Mais comme le relève un auteur, la difficulté restait la prohibition de la clause contraire de l’alinéa 1 qui empêchait dans ce cas de prévoir un forfait inférieur à la réalité des fruits perçus, impliquant que ce forfait soit augmenté de la différence par la suite¹⁹². On serait alors revenu à la même difficulté probatoire.

Le nouveau texte est donc bien plus adapté à la réalité pratique, ne prévoyant qu’une faculté de convenir d’un intérêt. Néanmoins, il essuiera certaines critiques, critiques qui feront pâle figure face à un pragmatisme nécessaire.

II- Une simple faculté contestable en théorie

89. Le principe de non-enrichissement – Rappelons les fondements de ce débat. Le droit des sûretés repose sur un principe d’interdiction de l’enrichissement du bénéficiaire. C’est notamment un des trois principes généraux du droit des sûretés que la commission GRIMALDI avait proposé d’intégrer dans le Code civil, et ce, sans résultat¹⁹³. Ce principe justifie la restitution des fruits produits par la somme remise en garantie au cédant. En effet, si le cessionnaire de la somme en est devenu propriétaire, le fructus ne saurait lui revenir. On voit la particularité de la propriété cédée à titre de garantie, que bien souvent les auteurs qualifient de propriété temporaire. Les nouveaux textes prévoient que le contrat de cession de somme à titre de garantie peut, lorsque le cessionnaire a la libre disposition des sommes, prévoir un intérêt reversé au cédant. Plusieurs critiques peuvent alors être avancées.

¹⁹¹ A. HONTEBEYRIE, B. EVVA, « La consécration ... », art. préc., spéc. p. 71 : « La règle signifie donc vraisemblablement que les fruits et produits accroissent à la garantie si et dans la mesure où la somme en dégage effectivement. Des difficultés pourront en résulter sur le terrain de la preuve, spécialement lorsque la somme aura perdu son individualité par confusion avec les autres deniers du cessionnaire ».

¹⁹² A. HONTEBEYRIE, B. EVVA, « La consécration ... », art. préc. p. 71.

¹⁹³ Art. 2286-3 de l’avant-projet de réforme du droit des sûretés de la Commission Grimaldi, 2017 : « La sûreté ne peut procurer au créancier aucun enrichissement. »

90. Convenir d'un intérêt – Tout d'abord, l'on peut voir dans la fixation d'un intérêt, une dérogation au principe de non-enrichissement. En effet, il y a un risque d'enrichissement du créancier s'il paye moins d'intérêts qu'il n'a perçu réellement de fruits. « *Il aurait mieux valu prévoir, à chaque fois que la somme a produit des fruits et intérêts, que ceux-ci sont restitués au constituant, sauf à ce qu'ils viennent couvrir la dette garantie* »¹⁹⁴. On peut néanmoins nuancer ce propos puisqu'à l'inverse, le créancier bénéficiaire risque tout autant de s'appauvrir s'il paye un intérêt supérieur aux fruits réellement perçus. Il y aura alors un aléa. Il va sans dire que la solution retenue par l'article est la meilleure façon de concilier la réalité pratique et le principe de non-enrichissement.

91. Etendue de la liberté contractuelle – Cependant, la réelle critique sera celle de la faculté laissée aux parties. Si l'on peut se réjouir encore une fois de la place faite à la liberté contractuelle, une difficulté va surgir en pratique. En effet, le texte prévoit que les parties peuvent convenir d'un intérêt. Mais qu'en sera-t-il si les parties ne prévoient pas cet intérêt ? Doit-on en conclure que la dérogation au principe est érigée comme une possibilité assumée ? Ou peut-on penser que le constituant peut réclamer, malgré tout, une restitution des fruits ?

92. Demande de restitution envisageable – On pourrait alléguer que le cédant sera fondé à solliciter la restitution des fruits en invoquant le principe de non-enrichissement devant le juge, et en s'appuyant sur les articles 2374-5 et 2374-6 du Code civil. Ces textes disposent qu'« *en cas de défaillance du débiteur, le cessionnaire peut imputer le montant de la somme cédée, augmentée s'il y a lieu des fruits et intérêts, sur la créance garantie* » et restituer l'excédent. Si le paiement de la créance garantie a lieu, « *le cessionnaire restitue au cédant la somme cédée, augmentée s'il y a lieu des fruits et intérêts* ». On prend donc en compte les fruits et intérêts au moment de la réalisation de la sûreté. On pourrait donc envisager que le constituant réclame ceux-ci après avoir payé la créance garantie, même s'il n'était pas contractuellement prévu d'intérêt au profit du cédant. Le principe de non-enrichissement serait ainsi respecté¹⁹⁵.

93. Problème probatoire – Finalement, si tant est qu'on plaide en faveur de l'accroissement de l'assiette par les fruits à défaut d'une stipulation d'un intérêt, le problème initial probatoire réapparaîtra. On voit donc que cette légère dérogation au principe selon lequel le créancier ne

¹⁹⁴ Y. BLANDIN, *op. cit.*, p. 79.

¹⁹⁵ On peut ajouter un argument en ce sens. On pouvait s'étonner de l'agencement de l'article 2374-4 puisque ce qui concerne la libre disposition, qui pourtant est le principe, figure après un alinéa 1 qui traite de l'exception : l'absence de libre disposition. On pourrait tirer de cette organisation que c'est parce que si les parties ne prévoient pas d'intérêt, on en reviendra à la solution de l'alinéa 1 et donc que les fruits accroîtront l'assiette de la sûreté. Cependant, cette lecture semble assez limitée puisque le texte précise expressément que l'alinéa 1 traite du cas où « *le cessionnaire n'a pas la libre disposition* ».

saurait s'enrichir par le biais de la sûreté, n'est qu'une conséquence inévitable de la libre disposition à laquelle il n'est pas possible de remédier sans passer par un blocage des sommes, visé à l'alinéa 1.

94. Primauté à la réalité pratique – Ainsi nous est-il permis de penser que la difficulté pratique justifie une simple faculté de convenir d'un intérêt. Il paraît trop exigeant de plaider en faveur d'une rédaction de l'alinéa 2 prévoyant que « *Lorsque le cessionnaire a la libre disposition de la somme cédée, les parties doivent convenir d'un intérêt.* », imposant cela comme une mention exigée à titre de validité. Cela aurait, certes, été plus respectueux du principe de non-enrichissement mais sans doute trop contraignant pour les parties.

Dans le cas du blocage de la somme, on peut voir que le principe de non-enrichissement est également malmené, mais cette fois, à tort.

SECTION 2 : Un accroissement supplétif de l'assiette en cas de blocage de la somme

L'article 2374-4 alinéa 1 dispose que « *lorsque le cessionnaire n'a pas la libre disposition de la somme cédée, les fruits et intérêts produits par celle-ci accroissent l'assiette de la garantie, sauf clause contraire.* ». Le principe est ici celui de l'accroissement de l'assiette, ce qui semble confirmer que les sommes sont bien bloquées sur un compte à affectation spéciale (I). Néanmoins le législateur offre à nouveau une grande souplesse dans le régime, permettant aux parties de déroger à ce principe contractuellement (II).

I- Un principe pertinent d'accroissement de l'assiette

L'article 2374-4 traite dans son premier alinéa du sort des fruits lorsque le cessionnaire n'a pas la libre disposition des sommes. On voit que l'objectif premier est de respecter le principe de non-enrichissement largement présenté précédemment. En effet, « *les fruits et intérêts produits par celle-ci accroissent l'assiette de la garantie* ».

95. Un blocage confirmé – Cela confirme la lecture selon laquelle, lorsque la libre disposition n'est pas laissée au cessionnaire, il faut inévitablement un blocage des sommes. En effet, sans cela on reviendrait au même problème que celui exposé précédemment. Le montant des fruits ne saurait être établi et on ne pourrait parler d'intérêts puisque cela se rapporte à un compte rémunéré.

96. Alternative de l'avant-projet – L'avant-projet de 2020 prévoyait une solution alternative à l'accroissement de l'assiette¹⁹⁶. Il s'agissait de la restitution des fruits et intérêts au constituant. Cependant, cela ne figure plus dans le nouvel article. Il ne semble pas absurde de permettre au constituant d'être rémunéré par les intérêts que la somme remise en garantie produit. Cependant, le texte prévoyait une véritable alternative, ce qui aurait entraîné une incertitude quant au régime applicable si le contrat ne prévoyait rien. En effet, on aurait hésité entre un accroissement de l'assiette ou une restitution immédiate au cédant. Cela laissait place à un risque de conflit, que le juge aurait eu à trancher hasardeusement. On remarque que la version finale des textes répond toujours à la structure d'un principe applicable, utile si les parties n'ont rien prévu, mais assorti d'une possibilité d'y déroger.

97. Principe de non-enrichissement – Sur l'accroissement de l'assiette, il est certain que l'objectif est de respecter le principe de non-enrichissement du cessionnaire. Le commentaire de l'avant-projet de la chancellerie exprimait en ce sens clairement que « *du fait du transfert de propriété des sommes, objet de la sûreté, le texte prévoit, dans un souci de protection du cédant, que les fruits et intérêts de cette somme doivent accroître l'assiette de la garantie (...). Dans toutes les sûretés réelles en effet, les fruits et produits profitent économiquement au constituant* ». L'idée est donc de respecter ce principe régnant dans les sûretés réelles, qu'un transfert de propriété à titre de garantie ne saurait remettre en cause.

Cependant, le principe est supplétif de volonté. Il est possible d'y déroger mais la clause contraire présente des contours encore trop flous.

II- Une clause contraire floue

98. Clause contraire – L'article étudié prévoit, contrairement à l'avant-projet initial, que les parties sont en droit de déroger à cet accroissement de l'assiette, par une clause contraire. Des questions émergent alors. Doit-on considérer que le législateur entend permettre aux parties de se soustraire au principe de non-enrichissement ? Doit-on considérer que seules les clauses contraires respectueuses du principe de non-enrichissement sont admises ? Si nous sommes plutôt attachés au principe de non-enrichissement et donc favorables à la seconde solution, cela ne fait pas l'unanimité. En effet, certains auteurs lisent dans ce texte la consécration d'une totale liberté contractuelle. Selon eux, il est tout à fait possible que la clause contraire permette que

¹⁹⁶ Art. 2374-3 de l'avant-projet de décembre 2020 : « *Les fruits et intérêts produits par la somme cédée accroissent l'assiette de la garantie ou sont restitués au constituant. Toute clause contraire est réputée non écrite. Ils peuvent être fixés de manière forfaitaire dans l'acte de cession.* »

les intérêts soient définitivement acquis au créancier. Et ce, même en cas de paiement de la dette garantie¹⁹⁷. « *La liberté contractuelle [serait] en réalité complète sur cette question* »¹⁹⁸, la dérogation au principe de non-enrichissement étant déjà admise par le législateur dans d'autres sûretés proches de la cession de somme d'argent à titre de garantie¹⁹⁹. On pourrait ajouter à cela que, puisque la propriété a été transmise, il revient aux parties de décider si elles souhaitent offrir au cessionnaire une propriété se rapprochant de la propriété pleine et entière, en permettant au cessionnaire de bénéficier du *fructus*.

99. Limites de la clause contraire – Cependant, si la dérogation au principe se justifiait par une réalité pratique dans le cas de la libre disposition, il n'en va pas de même pour la situation étudiée ici. Cette faculté laissée aux parties est, selon nous, néfaste à la logique du droit des sûretés²⁰⁰. On peut alors espérer que cette clause contraire ne soit autorisée que pour prévoir un aménagement du principe de non-enrichissement autrement que par l'accroissement de l'assiette de la garantie. Afin d'appuyer notre idée, il suffit de revenir à l'avant-projet évoqué précédemment, qui permettait la restitution immédiate des intérêts au cédant. Si cette faculté a été retirée du texte, car inopportune du fait de l'insécurité que créait une telle alternative²⁰¹, elle est tout à fait respectueuse du principe de non-enrichissement. On peut ainsi regretter que le texte n'ait pas limité la clause contraire à seulement ce cas, dans une rédaction suivante : « *Lorsque le cessionnaire n'a pas la libre disposition de la somme cédée, les fruits et intérêts produits par celle-ci accroissent l'assiette de la garantie, sauf clause contraire prévoyant leur restitution immédiate au constituant* ». Il ne nous reste qu'à espérer que les juges auront une lecture restrictive de la faculté de déroger à l'accroissement de l'assiette par les fruits et intérêts.

On a donc pu voir que le régime est largement teinté de souplesse. La place laissée à la liberté contractuelle contribuera indéniablement à rendre attractive cette nouvelle sûreté. Il faut désormais s'intéresser à sa réalisation. Il conviendra notamment de s'arrêter sur la particulière efficacité du transfert de propriété.

¹⁹⁷ A. AYNES, L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, 15^e éd., Paris, coll. Droit Civil, LGDJ, 2021, p. 496-497, n^o 480 à 486.

¹⁹⁸ A. GOUEZEL, « Observations sur la nouvelle « cession de somme d'argent à titre de garantie », art. préc., spéc. p. 4, n^o 18.

¹⁹⁹ *Ibid.* voir note n^o 33 : L'auteur donne en exemple le dépôt de garantie.

²⁰⁰ On pouvait comprendre que l'interdiction de la clause contraire soit excessive dans l'avant-projet puisque l'on ne distinguait pas selon que le cessionnaire ait libre disposition de la somme ou non. Or, dès lors que la distinction est opérée, la possibilité d'une clause contraire n'est plus nécessaire. L'alinéa 2 suffit à répondre aux besoins de la pratique.

²⁰¹ Voir *supra*, note 183.

TITRE 2 : UNE REALISATION EFFICACE

En tant que sûreté-propriété, la cession de somme d'argent à titre de garantie présente une issue dualiste efficace, entre restitution et/ou imputation (CHAPITRE 1). Il faut dire que la question de la défaillance du débiteur n'est pas anodine. C'est à ce moment précis que la propriété-sûreté déploie son efficacité la plus grande (CHAPITRE 2). – *Etude des articles 2374-5 et 6 nouveaux du Code civil.*

CHAPITRE 1 : UNE ISSUE DUALISTE

La propriété de la somme a été transférée en garantie d'une ou plusieurs créances. Cependant, cette propriété à titre de garantie est précaire et n'a pas vocation à demeurer comme telle. Ainsi, soit la créance garantie s'éteint et le cessionnaire doit restituer les somme, soit le cessionnaire se trouve face à une défaillance du débiteur et pourra imputer la somme sur la créance garantie. C'est donc à la restitution (SECTION 1) et à l'imputation (SECTION 2) qu'il convient de réserver les prochains développements. - *Etude des articles 2374-5 et 6 nouveaux du Code civil.*

SECTION 1 : La restitution, témoignage d'une propriété temporaire

L'article 2374-6 nouveau du Code civil dispose que « *Lorsque la créance garantie est intégralement payée, le cessionnaire restitue au cédant la somme cédée, augmentée s'il y a lieu des fruits et intérêts* ». La question se pose alors de savoir si l'on est face à une restitution du droit de propriété ou une restitution matérielle de la somme (I). Il faut également s'intéresser à l'inexécution de la restitution par le cessionnaire (II).

I- Dissociation entre restitution matérielle et transfert de propriété

100. La restitution – En raison de la fongibilité de la monnaie, lorsque les sommes sont confondues dans le patrimoine du cessionnaire, la restitution de la somme précisément cédée ne pourra pas s'opérer. En réalité, et conformément à l'article 1352 du Code civil dans sa version issue de l'ordonnance de 2016, la restitution aura lieu par équivalent²⁰². On peut

²⁰² C. civ. Art. 1352 : « *La restitution d'une chose autre que d'une somme d'argent a lieu en nature ou, lorsque cela est impossible, en valeur, estimée au jour de la restitution.* » En réalité, si les sommes d'argent sont isolées, c'est que par principe la restitution aura lieu en valeur, par équivalent. ; « *En s'étant fondue dans son patrimoine et confondue avec ses autres espèces, la propriété transférée peut être librement utilisée, à charge pour le cessionnaire de restituer l'équivalent, alors que s'il en avait acquis une propriété ordinaire, une telle obligation n'aurait pas existé. Ce n'est pas une obligation propter rem qu'induit la fiducie, mais une charge obligationnelle*

néanmoins considérer que la restitution de la somme réellement transmise initialement sera possible uniquement si elle a été tenue séparée du patrimoine du cessionnaire. Il faut noter que la restitution n'est pas une issue propre aux propriétés-sûretés mais se retrouve dans l'ensemble des sûretés avec dépossession²⁰³. La restitution n'est donc pas une figure méconnue. On la rencontre également en droit commun des obligations aux articles 1351 et suivants. Il faut relever que dans la définition donnée en introduction du « gage-espèces », il était question de cette même restitution²⁰⁴. Cela se définit comme le « *fait de remettre à qui de droit une chose que l'on doit rendre, mais que l'on ne détenait pas injustement* »²⁰⁵.

101. Distinction entre restitution et transfert de propriété - On peut néanmoins, par une lecture croisée avec la définition plus primaire de la restitution, considérer que cette issue permet de « *remettre au propriétaire une chose* »²⁰⁶. On peut en effet constater que la restitution d'un bien a toujours lieu à l'égard de son propriétaire²⁰⁷. Freddy LEMAITRE exprimait dans sa thèse que la restitution implique qu'aucun transfert de propriété n'a eu lieu. Il prend l'exemple du dépôt de garantie, régi par une loi de 1989²⁰⁸ relative au bail d'habitation. Selon l'auteur, il n'est pas possible qu'il y ait eu un transfert de propriété des sommes au bailleur puisque l'article 22 de la loi prévoit la « *restitution* » du dépôt²⁰⁹. Cette analyse semble mise à mal puisque ce même terme est utilisé dans le nouveau texte régissant la cession de somme d'argent à titre de garantie, et l'on ne saurait soutenir que la sûreté n'a pas été translatrice de propriété. Il nous est permis de penser que sa lecture est simplement trop hâtive. En effet, il faut plutôt considérer que la restitution, entendue comme restitution matérielle de la chose, s'effectue toujours à l'égard du propriétaire. Par conséquent, cela permet de conclure que le transfert de propriété de la somme en sens inverse, que l'on appellera « rétrocession », a eu lieu indépendamment de la restitution matérielle de ces dernières. On peut donc considérer qu'il n'est pas question à l'article 2374-6 de la restitution du droit de propriété mais bien de la restitution matérielle des sommes²¹⁰. Comme au moment de la remise des sommes pour rendre

simultanée au transfert de propriété. » F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », art. préc., spéc. p. 877.

²⁰³ C. civ. Art. 2341 et 2344 (gage) ; C. civ. Art. 2364 (nantissement de créance) ; C. civ. Art. 2371 (réserve de propriété) ; C. civ. Art. 2372-4 (fiducie) ; C. civ. Art. 2381 (gage immobilier).

²⁰⁴ V. *supra*, n° 1.

²⁰⁵ G. CORNU, Association Henri Capitant *op. cit.*, p. 924, v. « restitution ».

²⁰⁶ *Ibid*

²⁰⁷ V. *supra*, note 191 : listant les cas de restitution.

²⁰⁸ Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 relative aux rapports locatifs.

²⁰⁹ F. LEMAITRE, *op. cit.*, p. 175-178, n° 126-127.

²¹⁰ Sur ce point, il faut bien dire que le terme « restitution » ne se prêtait de toute façon pas à une telle lecture car l'on ne saurait dire que l'on détient un droit de propriété.

la sûreté opposable aux tiers, il s'opère une dissociation entre le transfert de propriété inverse et la restitution des sommes, corolaire de la remise.

102. Avis – Ainsi peut-on considérer que le retour de la propriété des sommes dans le patrimoine du constituant a lieu à partir de l'extinction de la créance garantie, indépendamment de la restitution des sommes. Le cédant redevient propriétaire à compter du moment où la « *créance garantie est intégralement payée* »²¹¹. On peut en effet appuyer cette idée par le fait que, dans les autres cessions à titre de garantie comme la cession de créance à titre de garantie²¹² ou la cession Dailly²¹³, la propriété est recouvrée sans formalité, de plein droit par l'exécution de l'obligation garantie²¹⁴. On peut regretter que le législateur n'ait pas clairement explicité le moment du retour en propriété du cédant, un article tel l'article 2373-3 du code eut été appréciable. On pourrait penser que cette lecture de l'article se heurte à l'article 2276 du Code civil selon lequel « *en fait de meuble possession vaut titre* ». En réalité, sur le terrain probatoire il reviendra au cédant de prouver que cette possession est précaire. Il s'agit ici d'une présomption réfragable²¹⁵.

103. Restitution matérielle – La restitution se matérialisera de la même façon que pour la remise, à savoir par tradition, transfert de compte à compte, ... étant précisé que le cessionnaire pourra tout à fait restituer de la monnaie fiduciaire alors que le cédant lui avait remis de la monnaie scripturale, à l'exception peut-être du cas où la somme est tenue individualisée.

104. Objet de la restitution – La restitution porte, à la lecture du texte, sur la somme cédée. Il a été ajouté à l'avant-projet que la restitution de la somme est « *augmentée s'il y a lieu des fruits et intérêts* ». En réalité, on peut penser que cela n'est pas tellement utile. Si un intérêt a été convenu au sens de l'article 2374-4 alinéa 2, il aura probablement été versé régulièrement au cédant. Nous ne reviendrons pas sur le possible relai dont il avait été question, dans la partie précédente²¹⁶, dans le cas où aucun intérêt n'est prévu ou que la clause contraire stipule que les fruits et intérêts seront acquis au cessionnaire, compte tenu des difficultés pratiques et

²¹¹ C. civ. Art. 2374-6.

²¹² C. civ. Art. 2373-3 : « *Lorsque la créance garantie est intégralement payée avant que la créance cédée ne le soit, le cédant recouvre de plein droit la propriété de celle-ci.* ». On peut regretter qu'il n'y ait pas un tel texte pour la cession de somme d'argent à titre de garantie.

²¹³ Cass. civ. 1^{re}, 19 septembre 2007, n° 04-18.372 : « *La cession avait été (...) à titre de garantie, (...) le cédant d'origine peut retrouver la propriété de la créance cédée sans formalité particulière dans la mesure où la garantie prend fin lorsque son bénéficiaire n'a plus de créance à faire valoir ou lorsqu'il y renonce.* » ; Cass. com., 9 oct. 2009, n° 09-10.119, *RD bancaire et fin.*, 2010, n° 3, p. 84.

²¹⁴ Il reste toutefois la difficulté évoquée précédemment et soutenue par la doctrine classique qui veut que la propriété des biens fongibles ne soit transférée qu'à leur individualisation. Voir *supra*, n° 63.

²¹⁵ Cass. civ. 1^{re}, 7 fév. 1962, bull. civ. 1962, n° 91.

²¹⁶ Voir *supra*, n° 91-93

probatoires que cela soulève. En réalité, il semble que cette possibilité de l'augmentation de la somme par les fruits et intérêts recouvre uniquement le cas prévu à l'article 2374-4 alinéa 1, c'est-à-dire lorsque les sommes figurent sur un compte bloqué et que les fruits et intérêts accroissent l'assiette. En intégrant l'assiette de la sûreté, ils sont devenus la propriété du cessionnaire dans le cadre de la sûreté. Ainsi, la « somme cédée » dont il est question englobait déjà ces fruits et intérêts. On peut simplement penser que cette précision a une vocation purement clarificatrice.

105. Restitution et caractère accessoire de la sûreté – *« Le gage-espèces doit [...] être distingué du paiement anticipé. Ce dernier exclut toute restitution des sommes remises et ne constitue pas une sûreté »*²¹⁷. En effet, la cession de somme d'argent à titre de garantie est, en sa qualité de sûreté, soumise au principe de l'accessoire et partant, à une idée de propriété temporaire²¹⁸. C'est l'idée sur laquelle repose l'article 2374-6. En effet, *« l'issue normale d'une propriété-garantie doit être le transfert de la propriété du bien au débiteur »*²¹⁹. L'idée largement admise réside dans la maxime *accessorium sequitur principale*. Il est donc évident que lorsque la créance garantie est « payée »²²⁰, la sûreté n'a plus lieu d'être. La somme doit être restituée. Pierre CROCQ s'arrêtait dans sa thèse sur la compatibilité entre la propriété et le principe de l'accessoire. Il exprimait assez justement qu'*« il est vrai que le droit de propriété ne peut suivre parfaitement le sort du droit de créance puisqu'il ne s'éteint pas. »*. Cependant *« l'accessoire suit bien le principal mais le droit de propriété ne pouvant disparaître comme la créance ; il change seulement de titulaire »*²²¹. Ainsi, la restitution dont il est question à l'article étudié n'est que le reflet du caractère temporaire de la sûreté-propriété et du principe de l'accessoire.

106. Paiement de la créance garantie – L'article 2374-6 prévoit la restitution de la somme cédée si la créance garantie est payée. Le paiement est ici compris dans son sens technique

²¹⁷ S. ALAMOWITCH, « Le gage-espèces », *LPA*, 26 août 1994, n° 102, p. 4 ; sur la question de paiement anticipé, voir Cass. com., 3 nov. 1970, n° 69-14.491 ; CA Paris, 5e, B, 17 janvier 2002, n° 1999/15565 : *« il résulte de la clause ci-dessus reproduite que l' "apport preneur" est affecté "à la garantie de la parfaite exécution du contrat par le crédit-preneur" et en particulier du paiement de toutes les sommes dues par celui-ci à titre notamment de loyers et d'indemnités de résiliation ; qu'il ne constitue donc pas, à due concurrence, un mode de paiement de nature à pallier la défaillance du crédit-preneur mais une garantie de paiement »* et estimant qu'il ne s'agit pas d'un paiement anticipé car *« la clause litigieuse étant suffisamment claire »*.

²¹⁸ *« La somme n'est malgré tout remise qu'à titre précaire, et devra être restituée en cas de remboursement. »*, M. JULIENNE, Maxime, « Les sûretés sur la monnaie au lendemain de l'ordonnance du 15 septembre 2021 », *RDC*, n° spécial, déc. 2021, p. 101-108, spéc. p. 103, n° 11.

²¹⁹ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, préf. M. GOBERT, LGDJ, 1995, p. 19.

²²⁰ Sur l'emploi du terme « payée » par l'article 2374-5 du Code civil, il faut rappeler que le paiement est ici entendu sous son sens technique comme l'extinction de la créance, l'exécution de l'obligation garantie. L'avant-projet employait les termes « créance exécutée ».

²²¹ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, préf. M. GOBERT, LGDJ, p. 90, n° 117.

comme l'extinction de la créance, l'exécution de l'obligation garantie. L'avant-projet employait les termes « créance exécutée ». Il s'agit donc de l'exécution de l'obligation garantie par le paiement *stricto sensu*, mais aussi une remise, une compensation, ...

107. Restitution en cas de défaillance – L'article 2374-5 du Code civil se conforme également à cette même logique. En effet, ce texte relatif à la défaillance du débiteur, impose que si le montant de la somme cédée excède celui de la créance garantie impayée, le cessionnaire « *restitue l'excédent au cédant* ». Il faut néanmoins ajouter que cela répond également au principe de non-enrichissement par la sûreté.

108. Indivisibilité – Il convient également de souligner que le texte étudié prévoit que la créance garantie doit être intégralement payée pour que cela donne lieu à restitution. Cela découle directement du principe d'indivisibilité des sûretés réelles, qui implique que l'entièreté de la créance est garantie par l'assiette totale de la sûreté. Le montant total cédé à titre de garantie répond donc de l'ensemble de la dette garantie.

Il faut percevoir dans la restitution une véritable obligation à laquelle est tenu le cessionnaire. Cependant, comme toute obligation, il est possible qu'elle ne soit pas exécutée. On se trouve alors face à des solutions plutôt limitées.

II- Limites face à l'inexécution de l'obligation de restitution

109. Obligation de restitution – Comme en dispose l'article 2374-6 du Code civil, le cédant se voit restituer les sommes cédées en garantie, à compter du paiement de la créance garantie. Si certains voient alors dans la cession à titre de garantie une obligation conditionnelle de restituer les sommes, la condition étant l'exécution de l'obligation garantie, d'autres estiment que la restitution est « *une charge obligationnelle simultanée au transfert de propriété* »²²². Quoiqu'il en soit, l'idée est celle d'une obligation de restitution qui va de pair avec la rétrocession du cessionnaire au cédant. Cependant, la question peut se poser de savoir ce qu'il advient si les sommes ne sont pas restituées au constituant quand la « *créance garantie est intégralement payée* » ou quand l'excédent n'est pas reversé au cédant en cas de défaillance et d'imputation²²³. On part du postulat énoncé précédemment que la rétrocession a lieu dès que la créance garantie est payée. Le cessionnaire est alors tenu d'une obligation de restitution.

²²² F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », art. préc., spéc. p. 877.

²²³ C. civ. Art. 2374-5

110. L'action en revendication – On peut retracer rapidement des pistes permettant au cédant de recouvrer les sommes dont il est propriétaire. Il est possible de passer par les procédures civiles d'exécution²²⁴, ou de tenter une action en exécution forcée de l'obligation de restitution. Il convient de ne pas s'arrêter outre-mesure sur ces questions. Il reste néanmoins l'hypothèse où le créancier cessionnaire, tenu d'une obligation de restitution, tombe sous procédures collectives. Une action en revendication ou en restitution d'une somme d'argent semble compromise²²⁵. En effet, la jurisprudence s'est montrée réfractaire à l'idée d'admettre une action en revendication d'une somme d'argent. La Cour de cassation a parfois admis, comme en 1997, la possibilité de revendiquer une somme d'argent si elle n'est pas confondue dans le patrimoine du possesseur²²⁶. Les juges du droit l'ont parfois admis lorsque les sommes se sont trouvées confondues, à l'égard d'un séquestre²²⁷. Pourtant, malgré ces quelques illustrations, force est de constater que la tendance majoritaire des arrêts est au refus d'une telle action²²⁸. La solution est donc plus qu'incertaine²²⁹. En réalité, la difficulté tient à ce que celui qui revendique la somme est, d'un autre point de vue, titulaire d'une créance de somme d'argent et doit donc la déclarer à la procédure. On comprend aisément cette idée, mais il est certain qu'elle se heurte à la conception précédemment soutenue selon laquelle la propriété des sommes aurait été transférée au cédant. A ce sujet, peut-être faut-il emprunter un peu de l'optimisme de Clément FAVRE-ROCHEX qui estime que la revendication de somme d'argent pourrait être admise dans certains cas, notamment pour les dépôts de sommes d'argent. Selon lui, « *l'articulation entre revendication de sommes d'argent et procédure collective n'est sans doute pas impraticable* »²³⁰. On peut donc espérer que la jurisprudence fléchisse sur ce point dans le cadre des sûretés portant sur de l'argent.

²²⁴ On peut toutefois opposer que s'il est propriétaire des sommes, alors il ne peut pas saisir ce qui lui appartient.

²²⁵ C. com. Art. L. 624-16 al. 1 : « *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* ».

²²⁶ Cass. com., 25 mars 1997, n° 94-18.337 ; Cass. civ., 17 juillet 1929, DH 1929, p. 540 : « *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.* » Tout cela soulevant une « *question de propriété* ».

²²⁷ Cass. com., 13 nov. 2001, n° 97-16.652 : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors 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* ».

²²⁸ Cass. com., 4 févr. 2003, n° 00-13.356 ; Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-23.961 : « *Mais attendu 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* ».

²²⁹ Sur l'état de la jurisprudence, voir F. MACORIG-VENIER, « *Entreprise en difficulté : situation des créanciers* », *Rep. com. Dalloz*, Mars 2013 (actualisation : Mars 2022), n° 428 ; F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2014, p. 751, n° 1620.

²³⁰ C. FAVRE-ROCHEX, *Sûretés et procédures collectives*, préf. M. GRIMALDI, LGDJ, 2020, p. 248, n° 252.

Si la restitution est l'issue la plus heureuse de la sûreté étudiée, la possible défaillance du débiteur peut conduire à l'imputation de la somme sur la créance garantie.

SECTION 2 : L'imputation, consécration d'une issue propre

L'article 2374-5 nouveau du Code civil traite de l'issue la plus malheureuse de la sûreté. En effet, il y est prévu qu'« *en cas de défaillance du débiteur, le cessionnaire peut imputer le montant de la somme cédée, augmentée s'il y a lieu des fruits et intérêts, sur la créance garantie. Le cas échéant, il restitue l'excédent au cédant* ». Il convient de ne pas revenir sur la restitution dont il est question à l'article 2374-5 puisque nous y avons déjà consacré quelques développements dans le chapitre précédent. Il s'agit d'étudier ici le mécanisme de l'imputation (II), qui met fin à de nombreux débats sur l'ancienne compensation dont le « gage-espèces » faisait l'objet. (I)

I- Fin des débats sur la compensation

L'article 2374-5 nouveau du Code civil offre au cessionnaire le droit d'imputer les sommes sur la créance garantie si le débiteur est défaillant. Il faut mettre cela en perspective avec l'ancienne solution issue de la jurisprudence, largement débattue, qu'est la compensation.

111. Compensation légale – Par le passé la question du mode de réalisation du « gage-espèces » avait été soulevée, bien souvent dans un contexte de procédure collective ouverte contre le débiteur constituant. Déjà dans un arrêt de 1936, la Cour de cassation permettait une forme de compensation²³¹. On parle de compensation lorsque s'opère une « *extinction de deux dettes réciproques jusqu'à concurrence de la plus faible* »²³². PLANIOL et RIPERT eux-mêmes disaient que « *Si le gage a été constitué en numéraire, c'est-à-dire s'il y a eu dépôt d'un cautionnement, la réalisation est acquise à l'avance, et il y aura lieu à attribution des deniers aux créancier par voie de simple compensation* »²³³. Mais c'est surtout un arrêt du 17 mai 1994 qui a expressément reconnu la possibilité de procéder à une compensation légale entre la

²³¹ Cass. civ. 16 juin 1936, DH 1936, p. 411 : « *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 fût-elle devenue liquide qu'après la mise en faillite du débiteur. [...] Mais attendu que la cour d'appel a jugé à tort que la survenance de la faillite [...] avait eu pour effet de rendre impossible toute compensation entre cette dette et le cautionnement [...] qui était précisément destiné à en assurer le paiement* », la Cour d'appel n'a pas correctement appliqué les textes du Code de commerce. En réalité, dans cette décision, certains lisent que la Cour de cassation reconnaît qu'un paiement anticipé est intervenu, là où d'autres relèvent la compensation.

²³² R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 13^e éd., Paris, LexisNexis, 2022, p. 125, voir « compensation ».

²³³ M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII, par E. BECQUE, LGDJ, 1953, n° 116.

créance de restitution et la créance garantie. La Cour de cassation relève que le dépositaire avait obtenu un jugement condamnant le débiteur avant que la procédure collective ne soit ouverte. Dès lors, la compensation légale avait pu jouer à cette date²³⁴.

112. Compensation conventionnelle – Cependant, il a été question par la suite d'une compensation conventionnelle, notamment à compter d'un arrêt de 1997. L'arrêt traitait de l'issue d'un « gage en numéraire » accordé en garantie de facilités de trésorerie, dans le cadre de la procédure de liquidation du débiteur constituant. La Cour de cassation a reconnu que la créance de restitution s'était éteinte par voie de compensation conventionnelle, avant l'ouverture de la procédure collective, eu égard à la rédaction de l'acte constitutif de la sûreté²³⁵. De cet arrêt ont pu être tirées différentes conséquences. Une partie de la doctrine a alors considéré que la compensation devait, pour pouvoir jouer, résulter d'une clause la prévoyant²³⁶. Il faut dire que même juste avant la réforme de 2021, certains auteurs se montraient encore favorables à cette issue²³⁷.

113. Critiques – Pourtant, le recours au mécanisme de la compensation a essuyé nombre de critiques doctrinales qu'il convient de retracer succinctement²³⁸. Nombreux sont ceux qui ont relevé que la compensation légale ne saurait jouer puisque la créance de restitution des sommes n'est jamais exigible, étant donné qu'elle ne devrait l'être qu'au paiement de la créance garantie²³⁹. D'autres critiques ont été émises au sujet de la compensation conventionnelle qui, pour certains, est un « *paradoxe* » puisque cela résulte de la nature même du mécanisme de

²³⁴ Cass. com., 17 mai 1994, n° 91-20.083 : « 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 ; que l'arrêt a relevé que par jugement du 3 décembre 1985, la Cogemco avait obtenu la condamnation de M. X... à lui payer la somme de 366 075,58 francs ; qu'il en résulte que la compensation s'est opérée de plein droit, au plus tard à cette date »

²³⁵ Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-13.365 : « la créance de la banque bénéficiaire de la garantie était devenue certaine, liquide et exigible au plus tard à la date du jugement entrepris et 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 ; qu'il s'ensuit que la créance de la banque s'était trouvée éteinte, dès avant l'ouverture de la procédure collective, par la voie d'une compensation conventionnelle avec sa dette de restitution et n'avait pas, dès lors, à être déclarée ».

²³⁶ M. MIGNOT, *Droit des sûretés*, 1^{re} éd, Lextenso éditions, Montchrestien, 2010, p. 455 ; C. civ. Art. 1348-2 : « Les parties peuvent librement convenir d'éteindre toutes obligations réciproques, présentes ou futures, par une compensation ; celle-ci prend effet à la date de leur accord ou, s'il s'agit d'obligations futures, à celle de leur coexistence ».

²³⁷ Voir en ce sens F. MACORIG-VENIER, « Suite de la réforme des sûretés : consécration prochaine du "gage-espèces" », *BJE*, janv. 2020, n° 117, p. 1.

²³⁸ Certains lui préféreraient l'existence d'un droit de rétention des sommes, voir l'argumentaire du liquidateur dans l'arrêt Cass. com. 17 mai 1994, n° 91-20.083.

²³⁹ En ce sens il faut bien dire que dire que la connexité permet de faire rétroagir l'exigibilité. Or la créance de restitution n'est jamais exigible puisqu'elle est censée l'être au jour où la créance garantie est payée. Or ce paiement n'a jamais lieu si l'on procède à la compensation. On se heurte alors à un problème de temporalité. Au moment où le mécanisme de compensation pourrait être utile, il ne peut être utilisé. Voir C. LARROUMET, « Gage-espèces, fiducie, pacte commissoire et compensation », note sous Cass. com., 9 avril 1996, *D.* 1996, p. 399.

fiducie-sûreté²⁴⁰. Il faut également relever que la compensation pose aussi un problème dans le cas où la sûreté a été constituée par un tiers et non par le débiteur de la dette garantie. De même, une autre difficulté s'élève selon qu'on soit face à un gage par entiercement ou non²⁴¹. Enfin, quand bien même la compensation conventionnelle pouvait sembler être une solution en pratique adaptée et recherchée car efficace, il n'en demeure pas moins qu'un risque plane. « *Il se pourrait néanmoins que l'effet de cette convention soit paralysé par la mise en œuvre d'une saisie avant qu'elle ne joue, en raison de ce que la signification d'une saisie rend le solde du compte indisponible* »²⁴². Au regard de ces nombreux débats, la règle que devait poser la réforme de 2021 était attendue.

114. Affectation –L'avant-projet de la Chancellerie soumis à consultation publique en décembre 2020 disposait qu'en cas de défaillance, « *le cessionnaire affecte la somme cédée au remboursement de sa créance* »²⁴³. L'affectation n'a pas emporté grande conviction en doctrine, notamment en raison de sa trop grande proximité avec la notion de paiement. Certains lui auraient préféré le mot « consolidation », ou les termes « *conserver la propriété* », prenant davantage acte du fait que le cessionnaire est déjà propriétaire mais que sa propriété devient définitive²⁴⁴. C'est finalement le terme « imputation » qui a été choisi par le législateur en septembre 2021.

II- Consécration d'une réalisation appropriée : l'imputation

115. L'imputation – L'article 2374-5 du Code civil permet au créancier d'imputer la somme cédée sur la créance garantie. On peut percevoir l'imputation comme l'« *affectation généralement réservée à (un créancier) d'un paiement à l'une de ces dettes, en cas de pluralité de dettes dues à un même créancier par le débiteur* »²⁴⁵. L'emploi de ce terme d'imputation se retrouve dans d'autres dispositions, notamment dans la partie sur le paiement dans le Code civil,

²⁴⁰ D. BUREAU, « Le gage-espèces : une sûreté atteignant sa maturité ? », *Dr. et patrimoine*, déc. 1999, n° 77, p. 22.

²⁴¹ Voir S. ALAMOWITCH, « Le gage-espèces », art. préc.

²⁴² S. BROS, « Gage sur somme d'argent », *Lamy Droit des sûretés*, , juin 2010, fasc. n° 268, spéc. n° 268-51.

²⁴³ Direction des affaires civiles et du sceaux, Avant-projet d'ordonnance de réforme du droit des sûretés, déc. 2020, voir Art. 2374-5.

²⁴⁴ A. HONTEBEYRIE, B. EVVA, « La consécration ... », art. préc., spéc. p. 72.

²⁴⁵ R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 13^e éd., Paris, LexisNexis, 2022, p. 301, voir « imputation ».

à l'article 1342-10²⁴⁶. Pourtant il n'est pas certain que ce soit cette idée de paiement que l'on souhaite retenir dans le régime de la cession de somme d'argent à titre de garantie.

116. Mode de réalisation autonome des sûretés-propriétés - On peut estimer que l'imputation dont il est question ici relève davantage d'un mode autonome de réalisation des sûretés-propriétés. Christian LARROUMET se place, selon nous, comme un précurseur de cette idée d'imputation, bien qu'il ne l'ait pas nommée de la sorte. En effet, commentant un arrêt de 1996²⁴⁷, il estime que le « gage-espèces » n'est rien d'autre qu'une fiducie-sûreté et que, partant, il faut considérer que les sûretés-propriétés ont un mode de réalisation qui leur est propre. Ainsi, il faut d'après lui consacrer un « *mode original de dénouement de la fiducie* », inhérent à la fiducie-sûreté, que les parties l'aient prévu ou non²⁴⁸. On peut rapprocher cela de l'imputation nouvellement consacrée, vu comme un « *mode de réalisation autonome, propre aux sûretés fiduciaires, distinct de la compensation ou du pacte comissoire* »²⁴⁹. A l'appui de cette approche, on peut mentionner le nouvel article 2373-2 relatif à la cession de créance à titre de garantie, qui prévoit « *Les sommes payées au cessionnaire au titre de la créance cédée s'imputent sur la créance garantie lorsqu'elle est échue* ». On peut également faire le lien avec l'imputation prévue à l'article 2371 du Code civil s'agissant du créancier réservataire²⁵⁰. On voit donc que propriété et imputation semblent intimement liées²⁵¹.

117. Critiques – Pourtant, l'imputation trouve sa place dans des sûretés réelles qui ne sont pas des propriétés-sûretés, telles le nantissement de créance ou le gage²⁵². Dans ces régimes, cela s'apparente davantage à une logique de paiement plus qu'à l'octroi d'une propriété définitive. Il faut dire que l'imputation n'est pas louée par tous les auteurs estimant que le passage d'une propriété temporaire à une propriété définitive n'est pas assez clairement traité par l'ordonnance et que l'imputation ne répond pas à cette question. L'imputation n'apporterait « *aucune indication sur le mécanisme opérant cette transformation, lequel continuera*

²⁴⁶ C. civ. Art. 1342-10 : « *Le débiteur de plusieurs dettes peut indiquer, lorsqu'il paie, celle qu'il entend acquitter. A défaut d'indication par le débiteur, l'imputation a lieu comme suit...* ».

²⁴⁷ Pour l'autorisation du pacte comissoire dans un gage-espèces, voir Cass. com., 9 avril 1996, n° 93-17.370.

²⁴⁸ C. LARROUMET, « Gage-espèces, fiducie, pacte comissoire et compensation », note sous Cass. com., 9 avril 1996, D. 1996, p. 399.

²⁴⁹ A. AYNES, L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, 15^e éd., Paris, coll. Droit Civil, LGDJ, 2021, p. 498, n° 486 ; dans le même sens voir A. AYNES, « Gage-espèces et cession civile à titre de garantie dans la réforme des sûretés », art. préc.

²⁵⁰ C. civ. Art. 2271 : « *A défaut de complet paiement à l'échéance, (il) peut demander la restitution du bien afin de recouvrer le droit d'en disposer. La valeur du bien repris est imputée, à titre de paiement, sur le solde de la créance garantie* ».

²⁵¹ Sur le rejet de la compensation et l'éloge de l'imputation, avec une vision toutefois particulière sur le passage de la propriété temporaire à la propriété définitive, voir Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. GRIMALDI, Economica, 2016, p. 99-107, n° 101-110.

²⁵² C. civ. Art. 2364 et 2345.

certainement à faire l'objet d'après discussions doctrinales »²⁵³. Ces critiques doivent, selon nous rester marginales, l'éloignement de la notion de compensation étant plutôt appréciable.

118. Faculté de mise en œuvre – Le cessionnaire « *peut imputer* » les sommes. Il semble donc qu'une faculté soit offerte au bénéficiaire de la sûreté. Cela ne s'opère pas de plein droit. On peut saluer cette avancée, l'avant-projet ne prévoyant pas cela. Il est ainsi permis au cessionnaire de choisir entre l'exécution forcée de l'obligation garantie et la réalisation de la sûreté. Néanmoins, le législateur aurait pu exiger une mise en demeure du constituant ou au moins l'informer de la survenance de cette imputation. C'était ce que prévoyait l'avant-projet de la Commission Grimaldi sur le nantissement de monnaie scripturale en son article 2366-7²⁵⁴. En réalité, cette grande facilité dans la mise en œuvre s'explique certainement par le fait que le cessionnaire est déjà propriétaire et qu'il ne fait que conserver cette propriété. De plus, il n'y a nullement besoin d'une expertise ou d'une quelconque évaluation de l'assiette en raison du principe de nominalisme monétaire. Cette facilité de mise en œuvre contribue à l'attractivité de cette sûreté pour le créancier. En pratique, une notification sera toujours utile pour établir la date de réalisation de la sûreté.

119. Une réalisation facilitée – Si par le passé la jurisprudence a estimé que le « gage-espèces » pouvait se réaliser par le biais d'un pacte comissoire²⁵⁵, on peut voir dans la nouvelle cession à titre de garantie l'avantage pour le créancier d'une sûreté facile à mettre en œuvre. En effet, contrairement au régime du gage²⁵⁶, il n'est nul besoin de passer par une attribution judiciaire des sommes ou par un pacte comissoire. On peut relever que le régime du gage est particulièrement inadapté notamment parce que la vente du bien gagé ne trouve aucune utilité lorsque le gage porte sur de la monnaie. Avec la consécration d'une sûreté propre portant sur de la monnaie, la réalisation est bien plus adéquate. Le transfert de propriété à titre définitif est inhérent à la cession.

²⁵³ A, GOUEZEL, « Observations sur la nouvelle "cession de somme d'argent à titre de garantie" », art. préc., spéc. p. 4, n° 22.

²⁵⁴ C. civ. Art. 2366-7 : « *En cas de défaillance du débiteur et huit jours après que celui-ci en a été dûment averti, le créancier peut se faire remettre les fonds nantis dans la limite du montant des créances impayées* ».

²⁵⁵ Cass. com., 9 avril 1996, n° 93-17.370 ; Cass. civ. 1^{re}, 15 nov. 2005, n° 03-14.208.

²⁵⁶ C. civ. Art. 2346 à 2348.

CHAPITRE 2 : L'EFFICACITE PARTICULIERE DU DROIT DE PROPRIETE

La cession de somme d'argent à titre de garantie est, en tant que sûreté-propriété, le siège d'une efficacité particulière. En effet, être propriétaire à titre de garantie présente, dans les procédures collectives, une efficacité largement recherchée. (SECTION 1) Cependant, il ne faudrait pas que l'efficacité se trouve amputée par certaines incertitudes et limites (SECTION 2).

SECTION 1 : Une efficacité recherchée en procédure collective

Le droit de propriété remis en garantie offre au cessionnaire une exclusivité essentielle pour le cessionnaire (I), qui bouleverse l'équilibre des procédures collectives (II).

I- Une exclusivité essentielle en procédure collective

120. Une exclusivité issue du droit de propriété – La sûreté étudiée permet au sens de l'article 2374 du Code civil de céder « *la propriété d'une somme d'argent, à titre de garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures* ». Or, comme vu précédemment, la propriété est le droit le plus absolu²⁵⁷. L'intérêt pour le cessionnaire réside non pas dans un droit de préférence, mais dans une exclusivité issue de sa qualité de propriétaire. Cette exclusivité lui permet d'éviter tout concours avec les autres créanciers du constituant, sur la somme cédée puisqu'elle a intégré son patrimoine²⁵⁸. Si cela permet de se soustraire à toute saisie par les créanciers du constituant de la somme d'argent, l'intérêt principal est celui du sort de la sûreté en procédure collective ouverte contre le débiteur constituant²⁵⁹. Le créancier va souhaiter faire jouer sa sûreté.

121. Interdiction des paiements, solution antérieure – En raison du principe d'égalité des créanciers en procédure collective, le Code de commerce prévoit nombre de dérogations au droit des sûretés. Il convient en premier lieu de mentionner l'interdiction des paiements des créances antérieures à compter du jugement d'ouverture. Cela est prévu par l'article L. 622-7

²⁵⁷ C. civ. Art. 544.

²⁵⁸ Cet avantage existe que le constituant soit le débiteur ou un tiers. L'exclusivité vient du transfert de propriété.

²⁵⁹ Il faut bien rappeler que l'Ordonnance n° 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce a réformé le droit des entreprises en difficulté. « *Le lien entre les sûretés et les procédures collectives est d'une évidence absolue : pour les sûretés, qui visent à prémunir le créancier contre la défaillance du débiteur, l'ouverture d'une procédure collective est l'heure de vérité. Et, de fait, le changement d'orientation qu'ont connu les procédures collectives depuis plusieurs décennies a redessiné le paysage des sûretés.* » M. GRIMADI « Présentation générale de la réforme », art. préc., spéc. p. 25.

du Code de commerce²⁶⁰ applicable en procédure de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire²⁶¹. Cet article prévoyait et prévoit encore l'exception de la compensation de dettes connexes qui, par le passé, permettait au « gage-espèces » de se réaliser et d'échapper à l'interdiction des paiements²⁶². On peut résumer l'état de la jurisprudence antérieure à la réforme comme suit. Si le « gage-espèces » opérait un transfert de propriété immédiat²⁶³ ou s'il était prévu un pacte comissoire, alors autorisé²⁶⁴, la compensation pouvait jouer dans la procédure collective²⁶⁵, même postérieurement au jugement d'ouverture. Dans ce contexte, le créancier qui invoquait la compensation n'était pas obligé de déclarer sa créance à la procédure, si les conditions de la compensation étaient réunies avant le jugement d'ouverture²⁶⁶. Mais rien ne l'empêchait de le faire²⁶⁷. A l'inverse, si le « gage-espèces » n'opérait pas un transfert de propriété et que les parties n'avaient pas stipulé un pacte comissoire, alors la compensation ne pouvait avoir lieu²⁶⁸ et le « gage » était appréhendé par la procédure, les sommes faisant toujours partie du patrimoine du débiteur²⁶⁹.

122. Interdiction des paiements, solution nouvelle – La question de l'issue de la nouvelle cession de somme d'argent à titre de garantie dans la procédure collective du débiteur constituant se pose désormais. Non seulement, les sommes sont sorties du patrimoine du constituant à compter de la constitution de la sûreté, mais on sait également qu'il est question d'imputation et non de compensation selon l'article 2374-5 du Code civil. Si la force du « gage-

²⁶⁰ C. com. Art. L. 622-7 nouveau dispose notamment 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* ».

²⁶¹ C. com. Art. L. 631-14 et C. com. Art. L. 641-3 renvoient à C. com. Art. L. 622-7.

²⁶² Cass. com., 18 janv. 2005, n° 02-12.324 : la Cour de cassation énonce, au sujet d'un dépôt de garantie « *que la créance de loyer du bailleur et la créance de restitution du débiteur qui sont connexes se sont compensées à concurrence de la plus faible, peu important que la SCI n'ait pas mentionné dans sa déclaration de créance l'existence du dépôt de garantie* » ; Cass. com., 17 mai 1994, n° 91-20.083 ; Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-13.365.

²⁶³ Cass. com., 6 février 2007, n° 05-16.649.

²⁶⁴ Cass. Com. 9 avril 1996, n° 93-17.370.

²⁶⁵ « *C'est la qualification de gage-espèces donnée à ce compte sans contestation des parties qui a emporté la conviction (...) L'efficacité de cette sûreté n'est pas affectée par l'ouverture de la procédure collective du constituant, et le gagiste est dispensé d'une intervention judiciaire pour son attribution.* » R. BONHOMME, « *Déclaration des créances cédées pour leur montant impayé au jour du jugement d'ouverture et compensation postérieure avec le gage-espèces* », note sous Cass. com., 19 mai 2015, n° 14-12.872, *Gaz. Pal.*, n° 202, p. 26.

²⁶⁶ Cass. com., 15 oct. 1991, n° 89-20.605.

²⁶⁷ CA Grenoble, 25 fév. 2021, n° 19/04379 ; CA Rennes, 18 janv. 2022, n° 19/05931.

²⁶⁸ Cass. civ. 1^{re}, 15 nov. 2005, n° 03-14.208 : refus de la compensation à défaut de stipulation d'un pacte comissoire par les parties, les sommes étant tenues séparées. « *Un pacte comissoire n'aurait pu avoir pour objet que d'autoriser la compensation* ». Or « *les dispositions contractuelles (...) 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* ».

²⁶⁹ Cass. com., 4 févr. 2003, n° 05-16.649 : « *Faisant ainsi ressortir que la banque ne se prévalait pas d'une créance certaine, liquide et exigible à la date à laquelle elle avait mis en jeu la sûreté* ».

espèces » en procédure collective devait tout au mécanisme de la compensation, il faut désormais s'assurer que l'imputation sera aussi efficace²⁷⁰. Il faut se trouver rassuré. En effet, l'exclusivité que procure le droit de propriété sur les sommes n'est pas négligeable. Puisque le bien remis en garantie est déjà entre les mains du créancier, la procédure collective est sans impact sur la réalisation de la sûreté. Cependant, on peut se questionner sur le risque qu'encourt l'« imputation ». En effet, la crainte est celle du rapprochement entre les notions de paiement et d'imputation, déjà évoquée ci-dessus. Le risque d'un tel rapprochement est de placer la réalisation de la sûreté sous l'interdiction des paiements de l'article L. 622-7 du Code de commerce. Cependant, on peut évincer cette appréhension en rappelant que le paiement se définit comme l'« *exécution volontaire de la prestation due* », au sens de l'article 1372 du Code civil. Dès lors, l'imputation ne saurait s'appréhender comme un paiement. L'imputation a lieu à raison de la défaillance du débiteur donc de son inexécution de la prestation due. On pourrait dire raisonnablement que le constituant a consenti à la sûreté et a donc eu la volonté de voir la sûreté se réaliser. Ce serait une dénaturation de la sûreté qui, par essence, a pour issue normale et souhaitée la restitution et non l'imputation. On peut d'ailleurs ajouter que le créancier « *peut imputer* »²⁷¹ la somme et que, dès lors, cela ne tient qu'à sa seule volonté. Ainsi, il semble qu'il faille éloigner la réalisation de la cession de somme à titre de garantie de la notion de paiement. Il paraîtrait cohérent au regard de la logique d'exclusivité d'admettre une imputation durant la procédure collective. A l'appui de cette analyse, on peut rapprocher la cession du mécanisme du nantissement de monnaie scripturale, prévu par les avant-projets de l'association Commission GRIMALDI. Alors même que ce nantissement n'opérait pas un transfert de propriété des sommes, on avait compris l'importance d'une imperméabilité de la réalisation de la sûreté à toute procédure collective²⁷². *A fortiori*, il faut penser que lorsque la monnaie est transférée en propriété au créancier, ce dernier ne voit pas sa sûreté impactée par la procédure collective. Il semble bien que la cession à titre de garantie mérite d'être rapprochée du régime de la fiducie ou des garanties financières sur la monnaie qui sont largement protégées en procédure collective par le transfert de propriété au créancier.

123. Avantage de l'imputation sur la compensation – Comme l'évoque Stéphane PIEDELIEVRE, « *toutefois, il ne faut pas trop exagérer la portée pratique de cet avantage, [la compensation][...]. En effet, un tel paiement par compensation risque de tomber sous le coup*

²⁷⁰ A. GOUEZEL, « Observations sur la nouvelle ... », art. préc., spéc. p. 5, n° 25.

²⁷¹ C. civ. Art. 2374-5.

²⁷² Sur cette sûreté non consacrée, lire C. JUILLET, « Le nantissement de monnaie scripturale dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés », *RLDC*, mars 2018, p. 17.

des nullités de la période suspecte »²⁷³. Si la compensation légale et la compensation judiciaire sont perçues comme des modes de paiement normaux²⁷⁴ au sens de l'article L. 632-1 4° ancien du Code de commerce, il n'en demeure pas moins qu'elles pouvaient tomber sous les nullités facultatives de l'ancien article L. 632-2 du même code. S'agissant de la compensation conventionnelle²⁷⁵, elle n'est pas considérée comme un paiement normal, de sorte qu'elle était automatiquement nulle si elle intervenait durant la période suspecte. A l'inverse, l'imputation ne sera pas concernée par les nouveaux articles L. 632-1 et 2 du Code de commerce. En effet, puisque l'on a dissocié les notions de paiement et d'imputation, la réalisation de la cession de somme d'argent à titre de garantie ne peut se voir annulée si elle est intervenue durant la période suspecte, quand bien même le cessionnaire aurait eu connaissance de l'état de cessation des paiements du constituant.

En tant que propriété-sûreté, la cession de somme d'argent à titre de garantie mérite d'emporter plein effet même lorsque le débiteur est sous procédure collective. Cela a néanmoins pour conséquence de créer un déséquilibre dans la procédure.

II- Un déséquilibre provoqué en procédure collective

124. Déclaration de la créance garantie – Lorsqu'une procédure est ouverte à l'égard du constituant débiteur, le créancier doit déclarer sa créance à la procédure, à hauteur du montant dû au jour du jugement d'ouverture²⁷⁶. Il semble évident que le créancier cessionnaire est tenu de déclarer la créance garantie. La jurisprudence a, par le passé, considéré que le créancier n'a pas à déclarer la créance qui a été éteinte par compensation avant l'ouverture de la procédure²⁷⁷. Cependant, s'agissant du montant déclaré, la Cour de cassation a estimé à l'égard d'un « gage-espèces » que si la compensation pour dette connexe a eu lieu postérieurement au jugement, alors le montant déclaré n'a pas à être réduit à hauteur de la compensation²⁷⁸. On peut

²⁷³ S. PIEDELIEVRE, « Compensation conventionnelle entre la créance d'une banque et sa dette de restitution du gage de numéraire qui lui a été consenti en garantie de ce crédit », note sous Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-13.365, *D.* 1998, p. 104.

²⁷⁴ Cass. com., 17 mai 1994, n° 91-20.083.

²⁷⁵ Cass. Req., 18 juin 1900, DP 1900, 1, p. 513 ; Autre limite, voir Cass. com. 3 avril 2019, n° 18-11.281 : « *le gage-espèces constitué postérieurement à l'ouverture de la procédure collective ne pouvait avoir pour objet de garantir, au mépris de l'égalité entre créanciers, une créance antérieure* ».

²⁷⁶ C. com. Art. L. 622-24 et L. 622-25

²⁷⁷ Cass. com., 29 nov. 1994 n° 92-19.367 ; dans le cas d'un gage-espèces Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-13.365.

²⁷⁸ Cass. com., 19 mai 2015, n° 14-12.872 ; R. BONHOMME, « Déclaration des créances cédées », note préc. : « *C'est la qualification de gage-espèces donnée à ce compte sans contestation des parties qui a emporté la conviction* ».

raisonnablement penser que la solution sera la même s'il s'opère une imputation postérieurement à l'ouverture de la procédure.

125. Déclaration de sûreté – Le nouvel article L. 622-25 alinéa 1 du Code de commerce prévoit que la déclaration de la créance à la procédure collective « *précise la nature et l'assiette de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie, et, le cas échéant, si la sûreté réelle conventionnelle a été constituée sur les biens du débiteur en garantie de la dette d'un tiers* »²⁷⁹. La question peut se poser désormais de savoir si la cession de somme d'argent à titre de garantie doit être déclarée à la procédure ouverte à l'égard du constituant. Il semble que non, car le bien est sorti du patrimoine du constituant. Mais comme l'estimait Dominique LEGEAIS par le passé, « *la déclaration a aussi une fonction informative. La déclaration pourrait alors se justifier* »²⁸⁰. La somme d'argent assiette de la sûreté a quitté le patrimoine du constituant. Dès lors, on comprend mal pourquoi la sûreté devrait être déclarée. La jurisprudence a d'ailleurs tranché dans ce sens au sujet de la cession Dailly²⁸¹.

126. Ordre des paiements – Parce que le créancier cessionnaire bénéficie d'une sûreté-propiété, la procédure collective à l'égard du débiteur reste sans grande conséquence sur la mise en œuvre de sa sûreté. Si l'efficacité de telles sûretés est de plus en plus recherchée, c'est certainement parce qu'on a malmené les créanciers titulaires de sûretés réelles dans les procédures collectives²⁸². Le résultat peut sembler problématique car on aboutit à des procédures collectives qui n'appréhendent pas réellement tous les créanciers. Clément FAVRE-ROCHEX dit très justement que « *ce phénomène d'exclusion de l'ordre des paiements est amplifié par la réforme du droit des sûretés, avec la consécration de la cession de sommes d'argent à titre de garantie, la consécration de la cession de créances à titre de garantie, et l'octroi d'un droit de rétention au titulaire d'un nantissement de créances, qui constituent autant de nouvelles techniques permettant de s'affranchir du classement des créanciers* »²⁸³. Il faut donc surveiller le développement des sûretés-propiétés et des droits exclusifs afin d'éviter que les procédures collectives ne soient vidées de leur intérêt.

²⁷⁹ Version issue de l'ordonnance de septembre 2021. Dans sa version antérieure, l'article disposait seulement que la déclaration « *précise la nature du privilège (...) de la sûreté dont la créance est éventuellement assortie.* »

²⁸⁰ D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garantie du crédit*, 13^e éd., Paris, LGDJ, 2021, p. 343, n° 438.

²⁸¹ Cass. com., 30 juin 2015, n° 14-13.784.

²⁸² En ce sens pouvons-nous citer la réforme de droit Belge qui ne prévoit qu'une sûreté réelle mobilière, qu'est le gage. Voir Art. 3.3 nouveau du Code belge. ; Sur le droit belge antérieur voir P. ANCEL, O. GOUT, *Droit des sûretés*, 8^e éd., LexisNexis, 2019, p. 241, n° 501.

²⁸³ C. FAVRE-ROCHEX, « Le créancier titulaire d'une sûreté réelle face au nouvel ordre des paiements », *Bull. Joly Ent. Diff.*, n°03, 31 mai 2022, p. 57.

Il faut néanmoins émettre quelques limites qui pourraient mettre à mal la grande efficacité du régime de la cession de somme d'argent à titre de garantie.

SECTION 2 : Limites à l'efficacité de la sûreté

Non seulement, les nouveaux textes relatifs aux nullités de la période suspecte en procédure collective tempèrent l'efficacité de la sûreté étudiée dans ce contexte (I), mais il faut aussi dire que certaines incertitudes quant au régime fragilisent la nouvelle sûreté (II).

I- Incertitudes en procédure collective

127. Nullité de la constitution d'une nouvelle sûreté, ancienne solution – Le nouvel article L. 632-1 du Code de commerce dispose en son 3° qu'est nulle, lorsqu'elle est constituée durant la période suspecte²⁸⁴, « *Toute sûreté réelle conventionnelle (...) constitués sur les biens ou droits du débiteur pour dettes antérieurement contractées,...* ». L'ancien texte citait limitativement les sûretés visées par la nullité de plein droit, à savoir « *Toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées* ». Ainsi, par le passé, le « gage-espèces » pouvait tout à fait être qualifié de gage de choses fongibles et être nul²⁸⁵. Mais si on le prenait comme une fiducie-sûreté innommée, il n'en allait pas de même. Cependant, le risque de requalification d'une telle sûreté en paiement anticipé planait au-dessus de celle-ci. Dès lors elle pouvait entrer dans le champ du 3° de l'article : « *3° Tout paiement, quel qu'en ait été le mode, pour dettes non échues au jour du paiement* ».

128. Nouvelle solution – Désormais, le nouveau texte présente une formulation beaucoup plus générale. Cela va, concomitamment à l'inscription de la cession de créance à titre de garantie au sein du corps des sûretés réelles dans la loi, conduire à sa nullité, lorsqu'elle sera constituée pendant la période suspecte. A cet égard, on peut donc dire que l'absence de réglementation au sujet du « gage-espèces » pouvait sembler plus favorable aux créanciers.

²⁸⁴ Période entre la cessation des paiements et le jugement d'ouverture de la procédure.

²⁸⁵ CA Paris, 3e Ch., 8 déc. 1975, D. 1976, p. 21 : « *une retenue de garantie, portée pendant la période suspecte à 20 p. 100 et opérée sur tous les bordereaux escomptés par le client de la banque pour être affectée à titre de gage en espèces à la garantie des sommes dont le client serait ou pourrait se trouver débiteur pour quelque cause que ce soit, constitue bien une sûreté tombant sous le coup de l'article 29-6° de la loi du 13 juillet 1967 ; elle doit être déclarée inopposable à la masse, d'autant plus qu'elle a été consentie postérieurement à la cessation des paiements, dont la banque avait connaissance* ».

Cependant, il faut préciser qu'entre l'insécurité juridique et certitude d'une nullité, les créanciers préféreront peut-être la seconde solution.

129. Nullité des paiements – Dans la suite logique de ce que nous avons énoncé précédemment, il semble qu'il ne faille pas considérer que l'imputation intervenue durant la période suspecte sera nulle ou annulable.

130. L'accroissement de l'assiette – Il faut mentionner que l'article L. 622-21 IV du Code de commerce²⁸⁶, nouvellement créé par l'Ordonnance de 2021, soumet les sûretés réelles à une inefficacité si après le jugement d'ouverture, se crée un accroissement de l'assiette. On peut ainsi lire qu'à compter du jugement d'ouverture est « *interdit également de plein droit, tout accroissement de l'assiette d'une sûreté réelle conventionnelle ou d'un droit de rétention conventionnel, quelle qu'en soit la modalité, par ajout ou complément de biens ou droits.* ». On revient alors sur l'absence d'obligation de mentionner le montant de la somme cédée dans l'acte constitutif. Cela implique que la remise d'une somme au créancier, postérieure au jugement d'ouverture, en application d'un contrat antérieur, risque de se heurter à un tel texte. En effet, à défaut d'avoir mentionné le montant, il deviendra compliqué de justifier qu'un transfert de propriété a eu lieu antérieurement au jugement d'ouverture. On se rapproche dans ce cas d'une convention-cadre, comme l'énonçait et le souhaitait Michel GRIMALDI²⁸⁷, qui n'est malheureusement pas visée aux côtés de la cession Dailly comme exception à cet article. En effet, l'accroissement postérieur de l'assiette est autorisé²⁸⁸ pour la cession de créances professionnelles dans l'exécution d'un contrat-cadre. En ce sens, on voit à nouveau les effets pervers de l'absence d'exigence de mention du montant dans l'acte constitution de la cession de somme d'argent à titre de garantie.

²⁸⁶ C. com. Art. L. 622-21 IV : « *Le même jugement (jugement d'ouverture) interdit également de plein droit, tout accroissement de l'assiette d'une sûreté réelle conventionnelle ou d'un droit de rétention conventionnel, quelle qu'en soit la modalité, par ajout ou complément de biens ou droits, notamment par inscription de titres ou de fruits et produits venant compléter les titres figurant au compte mentionné à l'article L. 211-20 du code monétaire et financier, ou par transfert de biens ou droits du débiteur.*

Toute disposition contraire, portant notamment sur un transfert de biens ou droits du débiteur non encore nés à la date du jugement d'ouverture, est inapplicable à compter du jour du prononcé du jugement d'ouverture ».

²⁸⁷ M. GRIMALDI, « Présentation générale de la réforme », art. préc., spéc. n° 17.

²⁸⁸ C. com. Art. L. 622-21 IV : « *Toutefois, l'accroissement de l'assiette peut valablement résulter d'une cession de créance prévue à l'article L. 313-23 du code monétaire et financier lorsqu'elle est intervenue en exécution d'un contrat-cadre conclu antérieurement à l'ouverture de la procédure. Cet accroissement peut également résulter d'une disposition contraire du présent livre ou d'une dérogation expresse à son application prévue par le code monétaire et financier ou le code des assurances ».*

II- Autres incertitudes du régime

131. Application de la loi dans le temps quant à la sûreté applicable – On a vu précédemment que la cession de somme d'argent à titre de garantie a vocation à régir le « gages-espèces ». On peut s'interroger sur la manière dont la jurisprudence traitera les « gages-espèces » constitués avant le 1^{er} janvier 2022. La loi n'est pas rétroactive à cet égard, ni même d'application immédiate aux situations constituées antérieurement à l'entrée en vigueur de l'ordonnance²⁸⁹. Néanmoins se pose la question d'une application par anticipation des textes par la jurisprudence. Il est probable que les juges reconnaissent avec plus de facilité le transfert de propriété des sommes à titre de garantie. Si la jurisprudence le faisait déjà par le passé, cela sera peut-être uniformisé, de sorte que les juges ne s'arrêteront plus sur la confusion des sommes dans le patrimoine du bénéficiaire, mais davantage sur la volonté des parties de transférer ou non la propriété à titre de garantie²⁹⁰.

132. Incertitude sur la consécration d'une cession à titre de garantie de droit commun – Il convient de mentionner une interrogation qui reste en suspens. En effet, puisque la cession de créance et la cession de somme d'argent à titre de garantie ont été consacrées par la réforme du droit des sûretés, on peut désormais s'interroger sur la possibilité de généraliser les textes pour admettre une cession à titre de garantie de droit commun²⁹¹. Il reviendra à la jurisprudence de trancher.

²⁸⁹ Article 37 de l'Ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés.

²⁹⁰ Voir partie sur la propriété, *Supra*, n° 31- 41.

²⁹¹ Considère que la généralisation ne doit pas être admise : F. JULIENNE, « Réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 15 septembre 2021 : valorisation de l'instrumentalisation de la propriété en tant que sûreté », *Revue Lexbase Affaire*, n° 691, octobre 2021.

CONCLUSION

« Le droit ne domine pas la société, il l'exprime »²⁹².

On peut désormais dresser le bilan de la nouvelle cession de somme d'argent à titre de garantie. Le législateur a véritablement tenté de respecter la pratique en créant cette nouvelle sûreté pour régir ce qui était connu sous le nom de « gage-espèces ». En effet, il a pris acte de ce que les parties souhaitent un véritable transfert de propriété à titre de garantie des sommes. Consacrer une véritable sûreté-propiété permet d'offrir une pleine efficacité à la sûreté, notamment en procédure collective et c'est indéniablement ce qui en fera son attrait. On se réjouit également que le régime prévu soit largement empreint de liberté contractuelle, afin de répondre au mieux aux besoins de la pratique. Néanmoins, on trouve quelques critiques à formuler. La principale réside dans la difficulté d'articulation entre la nouvelle cession de somme d'argent à titre de garantie, et les autres sûretés pouvant possiblement porter sur de la monnaie. Si la liberté contractuelle et la volonté des parties sera certainement le relai le plus probable face à l'insécurité juridique, il n'en demeure pas moins qu'un cas reste sans réponse. Il s'agit de la garantie offerte sur des sommes placées sur un compte bloqué au nom du constituant. Le régime applicable reste incertain. De ce point de vue, le nantissement de monnaie scripturale prévue par la Commission Grimaldi aurait également pu trouver sa place à côté de la cession de somme d'argent à titre de garantie. Par ailleurs, on peut regretter que le législateur n'ait pas préféré un contrat réel puisque la monnaie comme objet de sûreté s'y prêtait particulièrement.

Quand bien même le législateur n'a pas parfaitement clarifié les moyens d'affectation en garantie de la monnaie, il a pris en considération la pratique. La consécration d'une sûreté-propiété adéquate, qui faisait défaut dans la loi, constitue une avancée au regard de la sécurité juridique. De ce point de vue, le législateur a rempli son objectif.

²⁹² J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Ernest Flammarion, Paris, 1908, p. 336.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX (Dictionnaires, manuels et traités)

- P. ANCEL, O. GOUT, *Droit des sûretés*, 8^e éd., LexisNexis, 2019.
- A. AYNES, L. AYNES, P. CROCQ, *Droit des sûretés*, 15^e éd., Paris, coll. Droit Civil, LGDJ, 2021.
- A. BENABENT, *Droit des obligations*, 19^e éd., coll. Précis Domat, Paris, LGDJ, 2021.
- A. BENABENT, Y. GAUDEMET, *Dictionnaire juridique, Tous les mots du droit*, LGDJ, 2022.
- Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. XIII, 2^e éd., par P. VOIRIN, Paris, ROUSSEAU, 1948.
- R. CABRILLAC (dir.), *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 13^e éd., Paris, LexisNexis, 2022.
- M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PETEL, *Droit des sûretés*, 10^e éd., LexisNexis, 2015.
- J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens*, t. III, 19^e éd. refondue, Paris, PUF, 2000.
- G. CORNU, Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, 14^e éd., Paris, PUF, 2022.
- W. DROSS, *Droit des biens*, 4^e éd., coll. Précis Domat, Paris, 2019, LGDJ.
- F. GENY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, t. II, préf. R. SALEILLES, Paris, 1919.
- D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garantie du crédit*, 14^e éd., Paris, LGDJ, 2021.
- D. LEGEAIS, *Droit des sûretés et garantie du crédit*, 13^e éd., Paris, LGDJ, 2019.
- G. MARTY, P. RAYNAUD, P. JESTAZ, *Les Sûretés, La publicité foncière*, 2^e éd., Paris, Sirey, 1987.
- H. MAZEAUD, L. MAZEAUD, J. MAZEAUD, F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. III, Sûretés Publicité foncière, 7^e éd. par Y. PICOD, Paris, Montchrestien, 1999.
- M. MIGNOT, *Droit des sûretés*, 1^{re} éd, Lextenso éditions, Montchrestien, 2010.
- F. PEROCHON, *Entreprises en difficulté*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2014.
- M. PLANIOL, G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII, par E. BECQUE, LGDJ, 1953.
- Ph. SIMLER, Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés la publicité foncière*, 7^e éd., Paris, Dalloz, 2016.
- Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, 2^e éd., Paris, PUF, 1988.

THESES ET MONOGRAPHIES

- Y. BLANDIN, *Réforme du droit des sûretés, Table de concordance commentée*, LGDJ, 2022.
- P. CROCQ, *Propriété et garantie*, préf. M. GOBERT, LGDJ, 1995.
- J. CRUET, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Ernest Flammarion, Paris, 1908.
- Ch. GIJSBERS, *Sûretés réelles et droit des biens*, préf. M. GRIMALDI, Economica, 2016.
- F. LEMAITRE, *La monnaie comme objet de sûretés*, préf. M. GRIMALDI, LGDJ, 2017.
- R. LIBCHABER, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, préf. P. MAYER, Bibliothèque de droit privé, 1992.
- T. LE GUEUT, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, préf. H. SYNDET, LGDJ, 2016.
- C. DAUCHEZ, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, thèse Paris II-Assas, 2013, non publiée.
- C. FAVRE-ROCHEX, *Sûretés et procédures collectives*, préf. M. GRIMALDI, LGDJ, 2020.

ARTICLES, CONTRIBUTIONS ET FASCICULES

- S. ALAMOWITCH, « Le gage-espèces », *LPA*, 26 août 1994, n° 102, p. 4.
- J.-J., ANSAULT, Ch. GIJSBERS, « Droit des sûretés. Enfin la réforme ! », *D.* 2021, p.1879.
- A. AYNES, « Gage-espèces et cession civile à titre de garantie dans la réforme des sûretés », *JCP N*, nov. 2021, n°47, dossier 1334, p. 44-48.
- F. BARRIERE, « La fiducie-sûreté en droit français », *Revue de droit de McGill*, n°869, CanLII, 2013, p. 870-904.
- M. BOURASSIN, « Réforme du droit des sûretés - Sûretés exclusives : quelles limites ? », *Defrénois*, n°48, nov. 2021, p. 18-21.
- D. BUREAU, « Le gage-espèces : une sûreté atteignant sa maturité ? », *Dr. et patrimoine*, déc. 1999, n° 77, p. 22-30.
- S. BROS, « Le gage-espèces », *Dr. et patrimoine*, 2007, n° 161, p. 77-81.
- S. BROS, « Gage sur somme d'argent », *Lamy Droit des sûretés*, juin 2010, fasc. n° 268.
- S. BROS, « Les garanties sur sommes d'argent », in *L'évolution des garanties mobilières dans les droits français et latino-américains*, Actes du congrès de l'Association Andrés Bello du 3 et 4 septembre 2014, C. LARROUMET (dir.), 2016, p. 77-86.
- M. CABRILLAC, « les sûretés conventionnelles sur l'argent », in *Mélanges offerts à J. DERRUPPE*, Joly-Litec, 1991, p. 333-342.

- G. CUNIBERTI, « le gage-espèces (de l'accession en matière monétaire) », *LPA*, 5 nov. 1999, n° 221, p. 4-9.
- O. DESHAYES, « La cession de créance de droit commun à titre de garantie, Révolution dans le monde des sûretés sur créances ? », *JCP E*, n° 46, 18 Novembre 2021, étude 1493, p. 41-49.
- M.-P. DUMONT, « La cession de créance à titre de garantie », *RD bancaire et fin.*, n° 2, mars 2022, dossier 13, p. 1-5.
- Ph. DUPICHOT, « Rapport introductif », in *La fiducie-sûreté*, Association française des fiduciaires, Actes de colloque du 8 oct. 2013, LGDJ, 2015, p.15-24.
- C. FAVRE-ROCHEX, « Le créancier titulaire d'une sûreté réelle face au nouvel ordre des paiements », *Bull. Joly Ent. Diff.*, n°03, 31 mai 2022, p. 57-60.
- A. GOUEZEL, « Observations sur la nouvelle « cession de somme d'argent à titre de garantie », *RD bancaire et fin.*, n° 6, nov. 2021, étude 15.
- M. GRIMALDI, « Présentation générale de la réforme », *RDC*, n°04, déc. 2021, p. 74-80.
- M. GROSGEORGE, « La monnaie des économistes et l'argent des sociologues », *Idées économiques et sociales*, vol. 182, n° 4, 2015, p. 4-5.
- A. HONTEBEYRIE, B. EVVA, « La consécration légale de la cession de somme d'argent à titre de garantie », *Revue Banque*, avril 2021, p.68-72.
- C. JUILLET, « Le nantissement de monnaie scripturale dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés », *RLDC*, mars 2018, p. 17-20.
- M. JULIENNE, « Les sûretés sur la monnaie au lendemain de l'ordonnance du 15 septembre 2021 », *RDC*, n° 4, déc. 2021, p. 101-108.
- M. JULIENNE ; H. SYNDET, « Les sûretés sur actifs financiers », *D.* 2022, p. 290-293.
- F. JULIENNE, « Réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 15 septembre 2021 : valorisation de l'instrumentalisation de la propriété en tant que sûreté », *Revue Lexbase Affaire*, n° 691, octobre 2021.
- F. LEDUC, « Le gage translatif de propriété, Mythe ou réalité », *RTD civ.* 1995, p. 307-322.
- D. LEGEAIS, E. PICHAT, « Le gage-espèces et la cession de créance : quelles opportunités », *Deffrénois*, n°48, 25 nov. 2021, p. 23-27.
- D. LEGEAIS, « Gage sur la monnaie et nantissement », *J.-Cl. Not. Form*, Fasc. 20.
- D. LEGEAIS, « le gage-espèces après la réforme des sûretés », *D. et patrimoine*, sept. 2007, n° 162, p.70-72.
- T. LE GUEUT, « La cession de somme d'argent à titre de garantie », *RD bancaire et fin.*, n° 2, Mars 2022, dossier 14, p. 1-4.
- F. MACORIG-VENIER, « Entreprise en difficulté : situation des créanciers », *Rep com. Dalloz*, Mars 2013 (actualisation : Mars 2022).

F. MACORIG-VENIER, « Suite de la réforme des sûretés : consécration prochaine du "gage-espèces" », *BJE*, janv. 2020, n° 117, p. 1.

D.-R. MARTIN, « Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires », *D.* 1987, Chr. XLI, p. 229-233.

D.-R. MARTIN, « De la (fausse) monnaie électronique », *RD bancaire et fin.*, janvier 2003, p.65.

D.-R. MARTIN, « Du gage-espèces », *D.* 2007, p. 2556-2562.

C.-A. MICHEL, « Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Episode 11) : la cession de somme d'argent à titre de garantie », *Daloz actualité*, 24 sept. 2021.

A. D'ORNANO, « Un projet d'euro numérique », *Revue critique de droit international privé*, 2022 p. 161-168.

J.-D. PELLIER, « La propriété retenue ou cédée à titre de garantie », *JCP G*, n° 43 hors-série, 25 oct. 2021, p. 53-59.

NOTES DE JURISPRUDENCE

R. BONHOMME, « Déclaration des créances cédées pour leur montant impayé au jour du jugement d'ouverture et compensation postérieure avec le gage-espèces », note sous Cass. com., 19 mai 2015, n° 14-12.872, *Gaz. Pal.*, n° 202, p. 26-27.

P. CROCQ « La distinction du gage-espèces et du nantissement du solde d'un compte ou le retour de la fiducie-sûreté sans texte ! », note sous Cass. com., 6 fév. 2007, n° 05-16.649, *RTD Civ.*, 2007, p. 373-374.

M. DELESPAUL, « Conditions d'opposabilité aux tiers d'un gage-espèces civil », note sous Cass. com., 23 avril 2003, n° 02-11.015, *JCP G*, n° 37, II, 10140, 10 sept. 2003, p. 1576-1577.

C. LARROUMET, « Gage-espèces, fiducie, pacte comissoire et compensation », note sous Cass. com., 9 avril 1996, *D.* 1996, p. 399.

D. LEGEAIS, « L'avenir du gage-espèces », note sous Cass. com., 6 févr. 2007, n° 05-16.649, *RLDC* juin 2007, n° 39, p. 25.

S. PIEDELIEVRE, « Compensation conventionnelle entre la créance d'une banque et sa dette de restitution du gage de numéraire qui lui a été consenti en garantie de ce crédit », note sous Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-13.365, *D.* 1998, p. 104.

AVANT – PROJETS ET TRAVAUX

Commission présidée par le professeur Michel Grimaldi, *Avant-projet de réforme du droit des sûretés*, remis au garde des Sceaux le 31 mars 2005.

Direction des affaires civiles et du sceaux, Avant-projet d'ordonnance de réforme du droit des sûretés, déc. 2020.

Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, *Rapport à monsieur Dominique Perben, garde des sceaux, ministre de la justice*, 2005.

Résolution n° 106 adoptée par le Sénat le 20 avril 1999 sur les propositions de directives du Parlement européen et du Conseil concernant l'accès à l'activité des institutions de monnaie électronique et son exercice, ainsi que la surveillance prudentielle de ces institutions ; et modifiant la directive 77/780/CEE visant à la coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'accès à l'activité des établissements de crédits et son exercice (n° E-1158).

Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2021-1192 du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés.

Séance du 31 janvier 2019 au Sénat, débats sur l'article 16 et sur l'amendement n° 261.

JURISPRUDENCE

- **Cour de cassation :**

Cass. Req., 18 juin 1900, DP 1900, 1, p. 513.

Cass. civ., 17 juillet 1929, DH 1929 p. 540.

Cass. civ., 6 mai 1930, D.H. 1930, p. 412.

Cass. civ., 16 juin 1936, DH 1936, p. 411.

Cass. civ. 1^{re}, 7 fév. 1962, Bull. civ. 1962, n° 91.

Cass. com., 3 nov. 1970, 69-14.491, Bull. n° 286.

Cass. civ. 1^e, 25 mai 1976, n° 73-14.419, Bull. civ. I, n° 201.

Cass. civ. 3^e, 12 juill. 1983, n° 82-11.130, Bull. civ. III, n° 165.

Cass. civ. 1^{re}, 29 nov. 1983, n° 82-14.490, Bull. civ. I, n° 280.

Cass. com., 15 oct. 1991, n°89-20.605, Bull. civ. IV, n° 290.

Cass. com., 8 février 1994, n° 92-14.484 Bull. civ. IV, n° 56.

Cass. com., 17 mai 1994, n° 91-20.083, Bull. civ. IV, n° 178.

Cass. com., 29 nov. 1994, n° 92-19.367, Bull. civ. IV, n° 352.

Cass. com., 9 avril 1996, n° 93-17.370, Bull. civ. IV n° 116.
Cass. com., 25 mars 1997, n° 94-18.337, Bull. civ. IV, n° 84.
Cass. com., 3 juin 1997, n° 95-13.365, Bull. civ. IV n° 165.
Cass. com., 17 nov. 1998, n° 96-14.296, Bull. civ. IV n° 225.
Cass. com., 13 nov. 2001, n° 97-16.652, Bull. civ. IV n° 177.
Cass. com., 4 févr. 2003, n° 00-13.356, Inédit, D. 2003, p. 1230.
Cass. com., 23 avril 2003, n° 02-11.015, Inédit.
Cass. com., 18 janv. 2005, n° 02-12.324, Bull. civ. IV n° 11.
Cass. civ. 1^{re}, 15 nov. 2005, n° 03-14.208, Bull. civ. I n° 415.
Cass. com., 16 déc. 2006, n°05-16.395, Bull. civ. IV n° 250.
Cass. com., 6 fév. 2007, n°05-16.649, Inédit, RLDC 2007, n° 39, p. 25, obs. D. Legeais.
Cass. civ. 1^{re}, 19 sept. 2007, n° 04-18.372, Bull. civ. I n° 275.
Cass. com., 9 oct. 2009, n° 09-10.119, Bull. civ. IV, n° 34.
Cass. com., 26 mai 2010, n°09-13.388, Bull. civ. IV, n° 94.
Cass. com., 22 mai 2013, n° 11-23.961, Bull. civ. IV, n° 87.
Cass. com., 19 mai 2015, n° 14-12.872, Inédit.
Cass. com., 30 juin 2015, n° 14-13.784, Bull. civ. IV, n° 112.
Cass. com., 3 avril 2019, n° 18-11.281, Bull. civ. I, p. 166.
Cass. civ. 3^e, 8 avril 2021, n° 19-23.343, Bull. civ. IV, p. 67.

- **Cour Européenne des Droits de l'Homme :**

CEDH, 9 déc. 1994, *Raffineries Grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, n° 13427/87.

- **Conseil Constitutionnel :**

Cons. Const., 10 juin 2010, n° 2010-607 DC.

- **Cours d'appel :**

CA Paris, 3^e Ch., 8 déc. 1975, *D.* 1976, p. 21.

CA Paris, 5^e, B, 17 janvier 2002, n° 1999/15565.

CA Colmar, 24 nov. 2011, n° 11/02000.

CA Grenoble, 25 fév. 2021, n° 19/04379.

CA Rennes, 18 janv. 2022, n° 19/05931.

- **Juridictions de 1^e instance :**

T. com. Créteil, 29 sept. 2020, n° 2019F00294.

T. com. Bordeaux, 22 juin 2021, n° 2021R00423.

TABLE DES MATIERES

<u>Liste des principales abréviations</u>	5
<u>SOMMAIRE</u>	7
<u>INTRODUCTION</u>	9
<u>PARTIE 1 : CONSTITUTION D'UNE NOUVELLE PROPRIETE-SURETE</u> ...	16
<u>TITRE 1 : APPREHENSION DE LA MONNAIE PAR UNE SURETE-PROPRIETE</u>	16
<u>CHAPITRE 1 : UNE ASSIETTE PARTICULIERE : UNE SOMME D'ARGENT</u>	16
<u>SECTION 1 : Nature débattue d'une assiette protéiforme</u>	16
I- <u>Une assiette protéiforme</u>	17
II- <u>La nature controversée de la monnaie</u>	20
<u>SECTION 2 : D'anciens « gage-espèces » multiples et éparpillés</u>	22
I- <u>Les diverses formes de « gage-espèces »</u>	22
II- <u>Un environnement juridique désordonné</u>	23
<u>CHAPITRE 2 : LE SOUHAIT D'UN TRANSFERT DE PROPRIETE A TITRE DE GARANTIE</u>	26
<u>SECTION 1 : Une sûreté-propriété attendue</u>	26
I- <u>Un transfert de propriété consacré</u>	26
II- <u>Le cas particulier de la transformation d'une cession de créance à titre de garantie</u>	28
<u>SECTION 2 : Une place en construction : essai d'une classification</u>	29
I- <u>Exclusion certaine du régime étudié</u>	30
II- <u>Incertitudes et débats</u>	31
A – <u>Application probablement exclusive du régime étudié</u>	31
B – <u>Application probablement alternative de divers régimes</u>	32
<u>TITRE 2 : CONDITIONS DE FORMATION</u>	36
<u>CHAPITRE 1 : UN FORMALISME A TITRE DE VALIDITE</u>	36
<u>SECTION 1 : Un contrat solennel</u>	36

I- <u>Un écrit à peine de nullité</u>	36
II- <u>Désignation des créances : respect du principe de spécialité</u>	38
SECTION 2 : La mention manquante de l'étendue de l'assiette	40
I- <u>Une dérogation au principe de spécialité critiquable</u>	40
II- <u>Une dérogation au principe de spécialité justifiable</u>	41
CHAPITRE 2 : UNE REMISE A TITRE D'OPPOSABILITE	43
SECTION 1 : Une nécessaire dépossession	43
SECTION 2 : Un contrat réel manqué	45
I- <u>Dissociation entre la date de remise et la date de transfert de propriété</u>	46
II- <u>Conséquences regrettables</u>	47
<u>PARTIE 2</u> : <u>UNE SURETE ATTRACTIVE</u>	51
<u>TITRE 1</u> : <u>UN REGIME EMPREINT DE LIBERTE CONTRACTUELLE</u>	51
<u>CHAPITRE 1</u> : <u>LA DISPOSITION DES SOMMES LIBREMENT</u>	
AMENAGEABLE	51
SECTION 1 : Un principe de libre disposition de la somme par le cessionnaire	52
I- <u>Les fondements de la libre disposition</u>	52
II- <u>Les risques de la libre disposition</u>	54
SECTION 2 : La possibilité d'une dérogation au principe de libre disposition	55
I- <u>Le nécessaire recours à un compte bloqué à affectation spéciale</u>	55
II- <u>Des effets espérés mais incertains</u>	56
<u>CHAPITRE 2</u> : <u>UNE PERCEPTION DES FRUITS ET INTERETS LIBREMENT</u>	
AMENAGEABLE	58
SECTION 1 : Faculté de convenir d'un intérêt en cas de libre disposition	58
I- <u>Une simple faculté justifiée en pratique</u>	58
II- <u>Une simple faculté contestable en théorie</u>	59
SECTION 2 : Un accroissement supplétif de l'assiette en cas de blocage de la somme	
.....	61
I- <u>Un principe pertinent d'accroissement de l'assiette</u>	61
II- <u>Une clause contraire floue</u>	62
<u>TITRE 2</u> : <u>UNE REALISATION EFFICACE</u>	64
<u>CHAPITRE 1</u> : <u>UNE ISSUE DUALISTE</u>	64
SECTION 1 : La restitution, témoignage d'une propriété temporaire	64

I- <u>Dissociation entre restitution matérielle et transfert de propriété</u>	64
II- <u>Limites face à l'inexécution de l'obligation de restitution</u>	68
<u>SECTION 2</u> : L'imputation, consécration d'une issue propre	70
I- <u>Fin des débats sur la compensation</u>	70
II- <u>Consécration d'une réalisation appropriée : l'imputation</u>	72
<u>CHAPITRE 2</u> : L'EFFICACITE PARTICULIERE DU DROIT DE PROPRIETE	75
<u>SECTION 1</u> : Une efficacité recherchée en procédure collective	75
I- <u>Une exclusivité essentielle en procédure collective</u>	75
II- <u>Un déséquilibre provoqué en procédure collective</u>	78
<u>SECTION 2</u> : Limites à l'efficacité de la sûreté	80
I- <u>Incertitudes en procédure collective</u>	80
II- <u>Autres incertitudes du régime</u>	82
<u>CONCLUSION</u>	83
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	84
<u>TABLE DES MATIERES</u>	91