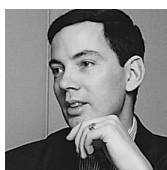


Nantissement de compte d'instruments financiers : la réforme enfin en place !

Direction
des affaires juridiques
Banque Paribas



Stéphane Mouy



Hubert de Vauplane

Si la réforme ne constitue pas une révolution, elle permet cependant un renouveau de l'institution du gage en offrant aux créanciers comme aux débiteurs un outil efficace, moderne et sûr.

Comme on le sait, l'article 102 de la loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 modernise substantiellement le droit du gage sur titres en consacrant la notion de gage de compte d'instruments financiers (1). Ce texte novateur à bien des égards, était toutefois resté jusqu'à présent inapplicable, en raison de la non-publication de son décret d'application.

C'est fort heureusement chose faite, avec le **décret n° 97-509 du 21 mai 1997 qui précise les éléments requis lors de la mise en place du gage**, ainsi que les modalités de la réalisation du gage. Ainsi s'achève l'édifice normatif de la réforme du gage, qui sera sous peu complétée par un modèle d'acte de nantissement et d'attestation de nantissement préparé par la profession bancaire. On pourra toutefois regretter le temps considérable perdu entre la promulgation de la loi et celle du décret, avec les incertitudes que cela a entraîné au plan pratique (2).

Un compte gagé

Le nouveau régime met en place un nantissement de compte d'instruments financiers. Dès lors, le nantissement ne porte plus comme précédemment sur les titres eux-mêmes, mais sur le compte enregistrant les instruments. Il résulte de cette règle un principe relativement simple : tout ce

qui rentre dans le compte gagé est compris dans l'assiette du nantissement, mais corrélativement, tout ce qui en sort n'est plus compris dans cette assiette.

La notion de compte utilisée par la loi du 2 juillet 1996 comprend plusieurs acceptions qu'il convient d'explicitier. Le compte nanti n'est pas le «compte-titres» à proprement parler. En effet, ce compte nanti doit être dénommé «compte gagé» ; il constitue dès lors un sous-ensemble du «compte-titres». Ce compte gagé peut prendre deux formes : un compte spécial, comme auparavant, ou un procédé informatique permettant d'identifier les instruments financiers et les sommes en toute monnaie. Dans ce dernier cas, le législateur met en place une fiction aux termes de laquelle les titres et sommes ainsi identifiés sont réputés constituer le compte gagé.

Le compte gagé peut contenir des espèces en toute devise. Dès lors, soit les systèmes informatiques des teneurs de comptes permettent de confondre dans un même «compte gagé» des espèces et des titres, soit ces systèmes obligent à distinguer les comptes espèces des comptes titres. Dans ce dernier cas, il conviendra de veiller à ce que chacun de ces deux comptes soit bien individualisé par rapport au compte de base (le «compte-titres» proprement dit pour les instruments

financiers, le compte courant ou le compte de dépôt pour les espèces) et porte la mention de «compte gagé», sous peine de ne pas être considéré comme un compte nanti.

Alors que pour la loi tous les instruments financiers, tels que définis à l'article 1^{er} de la loi du 2 juillet 1996, ont vocation à entrer dans le compte gagé, y compris donc les instruments de marché à terme, le décret est plus restrictif dans son champ d'application. En effet, l'article 5 du décret limite ses dispositions aux seuls «*instruments financiers inscrits en compte auprès d'un intermédiaire habilité, d'un dépositaire central ou, le cas échéant, de la personne morale émettrice*». Autrement dit, seuls en pratique sont visés les valeurs mobilières, les titres de créances négociables, les bons du Trésor, et les parts et actions d'Opcvm et de fonds communs de créance. Une lecture extensive du texte permettrait par ailleurs d'y faire rentrer les contrats à terme négociés sur des marchés réglementés qui, de facto, font l'objet d'une inscription en compte. Par contre, tous les instruments financiers de hors bilan, tels que les swaps et autres instruments négociés de gré à gré par exemple, ne donnent pas lieu à inscription en compte et restent donc en dehors du champ d'application du décret. Sans doute faut-il voir dans ces instruments financiers des créances

plutôt que des «titres», et donc leur rattacher les modalités de mise en gage de celles-là (résultant des dispositions de l'article 2075 du Code civil) plutôt que le nouveau décret.

Les critères de la déclaration de gage

Le texte nouveau conduit à reconnaître à la déclaration de gage des effets juridiques importants, d'où la nécessité de rédiger celle-ci avec la plus grande rigueur, comme le propose l'AFB dans son modèle. En effet, aux termes même de la loi, le gage est constitué tant à l'égard des parties que des tiers et de la personne morale émettrice par la seule émission de cette déclaration. L'inscription en compte n'est donc pas à proprement parler une condition de validité du gage, même si elle en constitue un élément essentiel. En effet, pour des instruments financiers inscrits en compte, la «dépossession» ne peut intervenir que par virement au compte gagé. Ce virement est donc intrinsèquement lié à la nature des biens gagés. Il n'en constitue pas pour autant une condition légale d'opposabilité, la déclaration de gage se suffisant à elle-même. Dans les faits, déclaration et virement seront deux actes distincts mais concomitants. Toutefois, si, par hypothèse improbable, le virement n'était pas réalisé alors que la déclaration de gage est signée, le gage resterait bien valable. Cette situation est différente de celle rencontrée dans d'autres gages «dématérialisés» où le droit du créancier gagiste n'est opposable aux tiers qu'à dater de l'inscription en compte. Tel est le cas du gage sur véhicule automobile (3).

D'un point de vue formel, l'article 1^{er} du décret énonce les mentions obligatoires que doit revêtir la déclaration de gage. À côté des indications permettant d'identifier les parties (nom ou dénomination sociale ainsi que l'adresse du constituant et du créancier gagiste) et la nature de l'acte (mention que la déclaration est soumise aux dispositions de l'article 29 de la loi du 3 janvier 1983 ainsi que la dénomination exacte de «Déclaration de gage de compte d'instruments financiers»), le décret prévoit que cette déclaration doit aussi permettre d'identifier la

créance garantie, ou à défaut les éléments permettant d'en assurer cette identification. Ce dernier cas vise les créances pour lesquelles il n'est pas possible, au moment de la déclaration, de fixer un montant. De même, la déclaration doit identifier le compte gagé, qu'il s'agit d'un compte spécial (il suffit alors d'en indiquer le numéro), ainsi que la liste des instruments constituant le compte gagé lors de sa constitution. Cette dernière liste n'est qu'une «photographie» des instruments financiers au moment de la constitution du gage, permettant de lever toute contestation ultérieure sur les instruments originellement inscrits dans le compte gagé. Il ne saurait être question, au motif de l'existence de cette liste, de considérer que le gage porte sur les instruments et non sur le compte. Cette liste correspond en pratique à un inventaire initial des biens inscrits dans le compte gagé, inventaire que le créancier gagiste peut, conformément au premier alinéa de l'article 29 nouveau, demander à tout moment au teneur de compte. Seuls des instruments financiers peuvent être inscrits dans le compte gagé lors de sa constitution. En effet, les espèces figurant dans le compte doivent provenir uniquement des coupons, dividendes et ventes de titres, mais il ne semble pas possible d'inscrire des espèces directement dans le compte, sous peine de dénaturer le nantissement de compte gagé en un gage espèces. Enfin, le document d'acte de constitution de gage élaboré par l'AFB tranche la vieille controverse sur le caractère unilatéral ou bilatéral de la déclaration de gage en ne soumettant celle-ci qu'à la seule signature du constituant.

Rôle du teneur de compte lorsqu'il n'est pas le créancier gagiste

L'article 4 du décret vise les cas où le créancier gagiste n'est pas le teneur de compte. Situation fréquente, l'arrivée d'un tiers dans une relation concernant essentiellement un créancier et son débiteur justifiait incontestablement des développements particuliers, d'autant plus que le risque existait de donner au teneur de compte un rôle d'arbitre ou de juge en cas de différend.

Pour ce qui concerne la gestion du compte gagé, il importait tout d'abord de spécifier que l'autorisation donnée au titulaire du compte de disposer des instruments financiers et des sommes figurant dans le compte gagé soit portée à la connaissance du teneur de compte non seulement par le titulaire du compte, mais aussi par le créancier gagiste, et ce, afin d'éviter les abus possibles. De même, le teneur de compte peut accepter ou refuser les conditions de disposition qui lui sont communiquées. Bien évidemment, un tel refus n'a aucune portée sur la validité du gage ; seules les conditions de gestion du compte peuvent, le cas échéant, être gelées. Il est probable qu'un tel service de «gestion de garanties», à valeur ajoutée importante, soit facturé de manière spécifique par les établissements qui le proposeront. On notera toutefois que le modèle d'acte de nantissement préparé par l'AFB, ne donne pas la possibilité au débiteur, sauf accord spécifique du créancier, de disposer des actifs inscrits dans le compte gagé.

La réalisation du gage : des droits nouveaux pour le créancier

L'autre apport important de la loi et son décret d'application est l'institution d'une véritable exception légale à la prohibition des pactes commissoires édictée à l'article 2078 du Code civil et 93 du Code de commerce, selon lequel toute clause qui autorise le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer est nulle. Certes, cette exception ne concerne que les seuls instruments pour lesquels la valorisation ne pose pas de difficulté, et bien sûr les espèces. **Cette exception à un grand principe de notre droit s'inscrit pourtant dans le droit fil d'un courant jurisprudentiel récent qui reconnaît le droit au créancier gagiste, dans certaines conditions, de s'approprier les biens nantis de son débiteur.** On citera ainsi le cas du gage-espèces (4). Ces exceptions se justifient par l'absence de difficulté liée à l'estimation de ces biens. L'article 2078 du Code civil tend en effet à protéger le débiteur en évitant qu'un créancier ne s'approprie des biens nantis dont la valeur, après réalisation du gage, se révélerait supérieure au montant de la créance. Tel n'est pas le cas de certains instruments pour lesquels il n'existe aucune possibilité de contestation.

L'article 2 du décret met en place, sous peine de nullité, un certain forma-

L'article 5 du décret limite ses dispositions aux valeurs mobilières, titres de créances négociables, bons du Trésor, et parts et actions d'Opcvm et de fonds communs de créance.

L'autre apport important de la loi et son décret d'application est l'institution d'une véritable exception légale à la prohibition des pactes commissaires édictée à l'article 2078 du Code civil et 93 du Code de commerce, selon lequel toute clause qui autorise le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer est nulle.

lisme de la mise en demeure. Celle-ci doit indiquer que, faute de paiement, le gage pourra être réalisé par le créancier dans les huit jours ou à l'échéance de tout autre délai préalablement convenu avec le titulaire du compte gagé. De même, la mise en demeure doit comporter l'indication que le titulaire du compte gagé peut, jusqu'à l'expiration du délai indiqué ci-dessus, faire connaître au teneur de compte l'ordre dans lequel les sommes ou valeurs devront être attribuées en pleine propriété ou vendues, au choix du créancier. Bien sûr, en l'absence d'indication de celui-ci, ce choix revient au créancier gagiste.

L'article 3 du décret distingue **trois types de biens pour lesquels l'estimation ne pose pas de problème** et où la réalisation du gage intervient, dans la limite de la créance garantie, selon des modalités simplifiées. Le premier cas concerne les **espèces** inscrites dans le compte nanti : la réalisation du gage intervient, dans la limite de la créance garantie, par simple transfert du compte nanti du constituant au compte du créancier gagiste. Ce transfert, compte tenu du caractère parfaitement fongible de la monnaie scripturale, intervient en pleine propriété. Le deuxième cas vise **les valeurs mobilières**, françaises ou étrangères, négociées sur un marché réglementé. Ici, le titulaire du compte gagé, ou à défaut le créancier gagiste, désigne les valeurs sur lesquelles il dé-

sire que la réalisation du gage porte. Celle-ci a lieu sous deux formes : soit par vente sur un marché réglementé, soit par attribution en propriété. Dans les deux cas, le créancier détermine la quantité de valeurs qu'il souhaite voir réalisée sur la base du dernier cours de clôture disponible sur l'un des marchés réglementés sur lequel est négociée ladite valeur. Le choix du mode de réalisation dépend donc du créancier : un transfert en propriété peut ne pas être souhaité (notamment pour des questions de franchissement de seuils) ; inversement, il est parfois plus simple de procéder à une attribution qu'à une vente en bourse.

Le troisième cas concerne **les parts ou actions d'Opcvm** pour lesquels le titulaire du compte gagé, ou à défaut le créancier gagiste, désigne les titres à présenter au rachat ou attribution en propriété pour une quantité déterminée par le créancier sur la base de la dernière valorisation disponible. Ce cas n'est donc que la simple transposition de la règle applicable aux titres cotés.

Dans les trois cas exposés, il n'est donc plus nécessaire de procéder, pour les gages civils, à une ordonnance en justice pour une estimation par un expert ou à une vente aux enchères, et pour les gages commerciaux, à une vente publique. Toutefois, dans tous les cas, il est impératif de respecter le

délai – normalement de huit jours – entre l'envoi de la notification de la réalisation et cette réalisation. Cette notification intervient désormais par simple mise en demeure sous forme de lettre recommandée (et non plus par signification) et les parties peuvent convenir préalablement d'un autre délai (plus court ou plus long). Cette procédure de mise en demeure concerne dorénavant aussi bien les gages civils que les gages commerciaux.

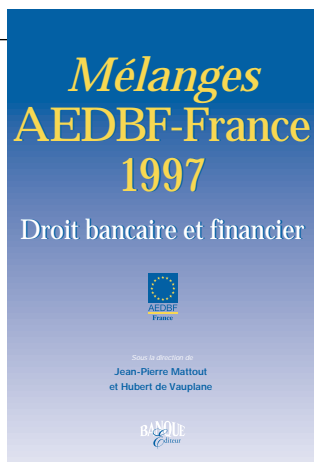
Enfin, il convenait également de préciser le rôle du teneur de compte dans les situations, souvent délicates, de réalisation du gage, lorsque celui-ci n'est ni créancier ni débiteur, pour qu'il ne soit pas accusé de «prendre parti». Sur ce point, le décret précise laconiquement que «le teneur de compte exécute les instructions reçues (du créancier gagiste)». Voyons l'illustration du rôle purement administratif du teneur de compte, qui ne saurait être responsable de la réalisation du gage ou chargé d'en vérifier les conditions. C'est au créancier gagiste d'apprécier, sous sa responsabilité, si les conditions de réalisation sont bien réunies (créance certaine, liquide et exigible). L'efficacité restaurée de la réalisation du gage renforce nécessairement le niveau de responsabilité de ce dernier lors de la «prise de décision» de réalisation. ■

(1) Pour une présentation des objectifs de la réforme, cf. H. de Vauplane et S. Mouy, «Gage sur titres : une réforme innovante» : *Banque*, n° 573, septembre 1996, p. 54 ; pour une analyse juridique des nouvelles dispositions du gage, cf. S. Mouy et H. de Vauplane, «La réforme du nantissement des titres dématérialisés» : *Banque & Droit*, n° 48, juillet-août 1996, p. 3.

(2) Ceci d'autant plus que le texte nouveau a supprimé l'ancien libellé de l'article 29 de la loi du 3 janvier 1983.

(3) Cass. civ. 1^{re}, 3 juillet 1996 : *Daloz Affaires*, 1996, n° 35, p. 1126.

(4) Cass. com. 9 avril 1996 : D. 1996, p. 399, note Ch. Laroumet.



16 réflexions essentielles sur le droit bancaire et financier

320 pages, 375 francs
(TVA 5,50 %, et port inclus)

BANQUE
Éditeur

Banque Éditeur
Mauricette Delbos

☎ 01 48 00 54 08
• fax : 01 42 47 16 15
• Internet :
www.revue-banque.fr