

Chronique de *Droit* *des Sûretés*



NICOLAS RONTCHEVSKY
Agrégé des Facultés de droit
Professeur



FRANÇOIS JACOB
Agrégé des Facultés de droit
Professeur

Centre de droit des affaires
Université Robert Schuman (Strasbourg III)

Nantissement. Gage-espèces. Mise en jeu de la sûreté. Exigence d'une créance certaine, liquide et exigible.

Cass. com., 4 février 2003, n° 203 F-D, BNP Paribas c/ Me X ès qualités de commissaire à l'exécution du plan de la société Gautier Languereau.

Ayant relevé qu'une banque ne pouvait utiliser la somme gagée sans ordre de la société constituante, titulaire du compte à terme rémunéré, qu'en justifiant que la garantie constituée lui était acquise, après la défaillance de la société débitrice dans l'exécution de ses obligations et qu'elle avait opéré le transfert des fonds sur l'ordre inopérant d'un dirigeant d'une société actionnaire de la société débitrice, 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, une cour d'appel a condamné à bon droit cette dernière à restituer le montant du gage litigieux.

Les diverses sûretés conventionnelles sur l'argent (dépôt de garantie, retenue de garantie, « cautionnement »...) ¹ sont fréquemment utilisées dans la pratique contemporaine des affaires. Parmi celles-ci, le gage-espèces mérite une attention particulière dans la mesure où il s'agit, dit-on, de la sûreté préférée des banquiers français ². Cela tient sans

doute à son régime qui est particulièrement favorable au créancier, quant à sa constitution et à sa réalisation. À cet égard, on sait qu'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 9 avril 1996 ³ a tiré les conséquences de la nature particulière du bien gagé, qui ne pose aucun problème d'évaluation, en admettant à juste titre la validité d'une clause assimilable à un pacte commissaire.

À proprement parler, la qualification de gage-espèces doit être réservée à la garantie consistant en l'affectation d'une somme d'argent à un créancier en vue d'un paiement préférentiel ⁴. L'expression gage-espèces prête toutefois à discussion lorsque les fonds sont remis au créancier car, en raison de la parfaite fongibilité de la monnaie, celui-ci en devient nécessairement propriétaire et peut en disposer ⁵. Aussi la doctrine classique qualifiait-elle cette opération de « gage irrégulier » ⁶, et des auteurs contemporains parlent de « quasi-gage » ⁷. Mais lorsqu'un banquier se fait remettre en garantie des fonds individualisés qui sont inscrits dans un compte spécial ouvert au nom du constituant, l'opération correspond bien à un véritable nantissement de monnaie scripturale, la dépossession résultant de l'inscription en compte ⁸. En cas de non-paiement à l'échéance par le débiteur, le banquier peut alors compenser sa dette de restitution avec la créance garantie ⁹, ou s'approprier les fonds gagés à due concurrence de la dette impayée par le jeu d'une clause assimilée à un pacte

1 V. notamment M. Cabrillac, Les sûretés conventionnelles sur l'argent, Les biens et les activités de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé, GLN Joly, 1991, p. 333.

2 V. notamment D. Bureau, Le gage-espèces: une sûreté atteignant sa maturité?, Droit & Patrimoine, décembre 1999, p. 22, *in limine* et en dernier lieu, D. Lacaze et D. Derveaux, Gage-espèces: la sûreté préférée des banquiers français renforcée par la Cour de cassation, Les Echos du 23 avril 2003, p. 43.

3 Bull. civ. IV, n° 116; D. 1996, p. 399, note Ch. Larroumet; RTDCiv. 1996, p. 669, obs. P. Crocq. Cet arrêt a jugé que « l'article 2078 du Code civil ne prohibe pas la stipulation d'attribution d'un gage constitué en espèces par le créancier, à due concurrence du défaut de paiement à l'échéance »; dans le même sens, Cass. com., 9 mai 2001, JCP E 2001, p. 1858, n° 16, obs. Ph. Delebecque.

4 V. Ph. Simler et Ph. Delebecque, Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Dalloz, 3^e éd., 2000, n° 545.

5 V. M. Cabrillac et Ch. Mouly, Droit des sûretés, Litec, 6^e éd., 2002, n° 695-696, qui estiment que l'on est ici en présence d'une sûreté-proprété. Les mêmes auteurs relèvent aussi que le terme « espèces » n'est pas approprié lorsque la sûreté a pour objet de la monnaie scripturale.

6 V. notamment M. Planol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil français, T. 12 avec le concours de E. Becqué, LGDJ, 1927, n° 77, qui soulignaient déjà que « le contrat s'éloigne du véritable nantissement, car la personne à laquelle l'argent est remis en devient propriétaire puisqu'il s'agit de choses consommables: elle est débitrice de la somme remise, et non possesseur de la chose d'autrui ».

7 V. M. Cabrillac et Ch. Mouly, op. cit., n° 696.

8 V. notamment en ce sens la démonstration de D. R. Martin, Des techniques d'affectation en garantie des soldes de comptes bancaires, D. 1987, Chron., p. 229, spéc. II, A, n° 14-16; adde M. Cabrillac et Ch. Mouly, op. cit., n° 697; L. Aynès, Droit civil, Sûretés et publicité foncière, Cujas, 10^e éd., n° 508.

9 Sur ce mécanisme, V. Cass. com., 17 mai 1994, Bull. civ. IV, n° 178; D. 1995, p. 174, note Ch. Larroumet; Cass. com., 3 juin 1997, Bull. civ. IV, n° 165; D. 1998, p. 61, note J. François et SC, p. 104, obs. S. Piedelièvre; RTD Com. 1998, p. 403, obs. B. Bouloc; adde Ph. Simler et Ph. Delebecque, op. cit., n° 546 et note 5, qui soulignent que la compensation est conventionnelle; comp. L. Aynès, op. cit., loc. cit.; Ch. Larroumet, note préc. au D. 1996, p. 399, n° 5-6, estimant que la compensation peut difficilement être admise comme mode de réalisation de cette sûreté.

commissaire ¹⁰. L'efficacité de la garantie est cependant tributaire de la rédaction de la convention passée entre le créancier et le constituant, comme en témoigne un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 4 février 2003 ¹¹ qui doit retenir l'attention des praticiens.

En l'occurrence, une société a déposé en gage la somme de 60 000 000 F sur un compte rémunéré d'une banque en garantie des engagements d'une autre société. La société constituante a ensuite été déclarée en redressement judiciaire et le tribunal de la procédure collective a arrêté le plan de cession de ses actifs et désigné un commissaire à l'exécution du plan. Celui-ci et la société constituante ont reproché à la banque d'avoir indûment affecté le gage-espèces au remboursement partiel de la dette et ont demandé la restitution des sommes transférées au profit de la banque. La Cour d'appel de Paris a fait droit à cette demande au motif que « *seule une défaillance définitive de la société garantie* » pouvait justifier la mise en jeu de la sûreté.

La chambre commerciale rejette le pourvoi formé par la banque contre cette décision aux termes de l'attendu suivant : « *Ayant relevé que la banque ne pouvait utiliser la somme gagée sans ordre de la société Gautier Languereau, titulaire du compte à terme rémunéré, qu'en justifiant que la garantie constituée lui était acquise, après la défaillance de la société Sphère Édition dans l'exécution de ses obligations et qu'elle avait opéré le transfert des fonds sur l'ordre inopérant de M. Y., dirigeant de la société Cap'D, actionnaire de la société Sphère Édition, 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, la cour d'appel a condamné à bon droit cette dernière à restituer à Maître X, ès qualités, le montant du gage litigieux* ».

Cette solution appelle deux séries d'observations.

En premier lieu, d'un point de vue théorique, il y a lieu de remarquer que la Haute juridiction emploie bien ici le terme de gage ¹². Cette qualification est parfaitement appropriée à la situation dans la mesure où la banque n'avait pas la disposition des fonds inscrits au compte du constituant et affectés à la garantie de la dette d'un tiers.

En deuxième lieu, d'un point de vue pratique, l'arrêt doit inciter les créanciers à rédiger très soigneusement les clauses de la convention de gage-espèces organisant sa mise en œuvre. La chambre commerciale précise en effet fort logiquement que la réalisation de la sûreté n'est possible que si le créancier justifie d'une créance certaine, liquide et exigible. C'est cette dernière condition qui faisait semble-t-il défaut en l'espèce puisque la défaillance de la société garantie n'était pas acquise et le transfert d'une partie des fonds gagés au profit de la banque avait été ordonné par une personne qui n'avait pas ce pouvoir. Il convient donc de fixer très clairement la date d'exigibilité de la créance et de prévoir le cas échéant des cas d'exigibilité anticipée.

N. R.

10 Sur la réalisation du gage-espèces, v. notamment Ch. Larroumet, note préc. au D. 1996, p. 399, n° 3-7 ; D. Bureau, art. préc., II, B, p. 28 et s..

11 Sur cet arrêt, V. D. Lacaze et D. Derveaux, art. préc.

12 Comp. Cass. com., 17 mai 1994, préc. et Cass. com., 3 juin 1997, préc., qui, dans des hypothèses différentes, retenaient semble-t-il la qualification de propriété-sûreté (V. en ce sens M. Cabrillac et Ch. Mouly, op. cit., n° 697 et note 119 ; D. Legeais, Sûretés et garanties du crédit,

LGDJ, 3^e éd., 2002, n° 400).