Les biens immatériels saisis par le droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles

Vanessa Pinto Hania

▶ **To cite this version:**

Vanessa Pinto Hania. Les biens immatériels saisis par le droit des sûretés réelles mobilières conventionnelles. Droit. Université Paris-Est, 2011. Français. NNT : 2011PEST0066 . tel-00713275

HAL Id: tel-00713275
https://theses.hal.science/tel-00713275

Submitted on 29 Jun 2012

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

UNIVERSITE PARIS-EST CRETEIL
FACULTE DE DROIT

LES BIENS IMMATERIELS SAISIS PAR LE DROIT DES SURETES REELLES MOBILIERES CONVENTIONNELLES

Thèse pour le Doctorat en Droit (Arrêté du 30 mars 1992)
Présentée et soutenue publiquement devant le jury de l'Université Paris-Est Créteil par

Madame Vanessa PINTO HANIA

JURY :

Monsieur Marc BILLIAU **Président du jury**
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Paris-Est Créteil

Madame Pascale BLOCH **Rapporteur**
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Paris-Nord Villetaneuse

Madame Marie-Elisabeth MATHIEU **Rapporteur**
Maître de Conférence à l'Université d'Evry-Val-d'Essonne

Monsieur Stéphane PIEDELIEVRE **Directeur de recherches**
Professeur à la Faculté de Droit de l'Université Paris-Est Créteil

Date de soutenance : mercredi 7 décembre 2011, à 10 heures

RESUME

Traditionnellement, les biens immatériels sont qualifiés, tantôt de biens incorporels, tantôt de propriétés incorporelles ou intellectuelles, tantôt encore de biens d'exploitation, la plupart de ces qualifications étant insatisfaisantes. En réalité, cette catégorie de biens souffre d'une absence de définition. Pourtant, d'aucuns affirment qu'ils représentent une richesse économique, une source de crédit fantastique pour les débiteurs, et un gage de sécurité pour les créanciers. Or, la législation française semble avoir superbement ignoré les biens immatériels.

En témoigne le droit des biens tout d'abord. En effet, à la lecture de l'article 516 du Code civil, selon lequel *« tous les biens sont meubles ou immeubles »*, force est de constater que les biens immatériels ne peuvent être valablement rattachés à la catégorie des meubles ou à celle des immeubles. Les biens immatériels s'opposent aux biens matériels (biens de la nature, matières premières, biens intellectuels tombés dans le domaine public ou dénués de protection au titre du droit de la propriété intellectuelle). Ils désignent les biens qui disposent d'une chose incorporelle et d'un corpus. Nous avons recensé deux natures de biens immatériels : les biens immatériels financiers regroupant les monnaies, les parts et actions sociales, les instruments financiers, les créances et les biens immatériels industriels regroupant les fonds de commerce et les propriétés intellectuelles.

En témoigne le droit des sûretés réelles conventionnelles ensuite. Le projet de réforme du droit des sûretés qui a été confié à la Commission Grimaldi fondait de nombreux espoirs. Ayant fait l'objet de très rares modifications depuis l'origine du Code civil, l'édifice s'ébranlait et nécessitait une rénovation. Il s'ébranlait principalement pour trois raisons : la lisibilité notamment parce que le droit des sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels s'est développé en marge du Code civil, l'efficacité et la capacité des régimes envisagés quant à la préservation des intérêts du débiteur et du créancier. Depuis longtemps la pratique et la doctrine dénonçaient une telle complexification et appelaient de leurs vœux aux changements. Malheureusement, l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés n'a pas su rassurer. En créant le nantissement comme la sûreté réelle conventionnelle sur biens mobiliers incorporels, sans l'accompagner d'un régime uniforme, elle n'a fait qu'accentuer les inquiétudes et les critiques patentes.

Pourtant, nous sommes convaincus de ce que le droit français dispose des remèdes indispensables au sauvetage de la matière. En effet, le nouveau régime du gage, tel que modifié par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, comporte désormais un régime adapté aux biens immatériels industriels. Quant à la fiducie-sûreté, consacrée par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, elle a révélé, à travers les expériences observées hors de nos frontières, sa pleine efficacité lorsqu'elle a pour assiette des biens immatériels financiers.

***

Mots clefs : biens – incorporels – immatériels – propriété intellectuelle – fonds de commerce – monnaie – créances – valeurs mobilières – instruments financiers – garanties – sûretés réelles – mobilières – conventionnelles – nantissement – gage – fiducie – trust – hypothèque mobilière – Common Law – droit comparé – procédures collectives

SUMMARY

Immaterial assets are traditionally described either as intangible assets or as intangible or intellectual property, or else as operating assets, but most of those terms are not satisfactory. This class of assets actually suffers from a lack of definition. However, some people state that they represent a form of economic wealth, a fantastic source of credit for the debtors, and a guarantee of safety for the creditors. And yet, French legislation seems to have ignored immaterial assets.

This is first and foremost demonstrated by property law. Indeed, according to article 516 of the Code civil, which states that « *property is either movable or immovable* », one has to admit that immaterial assets cannot validly be linked to movable or immovable property. Immaterial assets are opposed to material assets (property of nature, commodities, intellectual property of the public domain or without protection under intellectual property law). They refer to property that has an object and a corpus. Two types of immaterial assets have been identified: financial immaterial assets, bringing together currencies, units and shares in a company, financial instruments, liabilities and industrial immaterial assets, bringing together business and intellectual property.

This is also demonstrated by conventional real-property surety law. The surety law reform project which was awarded to the Grimaldi Commission was the source of significant hope. It had only been rarely amended since the inception of the Code civil and the structure was weakening and needed updating. This weakening had three main grounds : readability first, in particular since conventional real-property surety law on immaterial assets had developed outside of the Code civil, efficiency and capability of the contemplated systems regarding the preservation of the interests of the debtor and the creditor. Practice and doctrine had been denouncing such complexity for long and were calling for amendments. Unfortunately, order n°2006-346 of March 23rd 2006 reforming surety law didn't restore confidence. By creating the lien as the conventional real-property surety on immaterial movable assets without creating a consistent system, it has only emphasized the obvious concerns and critics.
However, we are convinced that French law has the means that are essential to save this subject. Indeed, the new system of pledge, as amended by order n° 2006-346 of March 23rd 2006, now has a system that is suitable for industrial immaterial assets. As for the *"fiducie-sûreté"*, established by Act n° 2007-211 of February 19th 2007, it has revealed that, through the experiences observed abroad, it is fully efficient when it deals with financial immaterial assets.

***

Keywords : property/assets – intangible – immaterial – intellectual property – business – currency – liabilities – transferable securities – financial instruments – guarantees/securities – real-property sureties – movable – conventional – pledge – lien – fiducie – trust – mortgage of personal property – Common Law – comparative law – collective proceedings

REMERCIEMENTS

Au-delà de la tradition, et sans aucune complaisance, mes premiers remerciements s'adressent à mon directeur de thèse, le Professeur STEPHANE PIEDELIEVRE. Sa grande expérience d'enseignement et de recherche, sa disponibilité et ses conseils précieux ont été autant d'encouragements. Puisse-t-il trouver ici l'expression de ma profonde gratitude et celle de mon admiration sincère.

Je tiens également à remercier ma famille, d'avoir été, au long de ces années, une source inépuisable et indispensable de force et d'inspiration, et de m'avoir accordée sans relâche leur soutien. Je suis plus particulièrement reconnaissante à mon mari, à mes parents, et à mon oncle pour leur présence et leur aide les semaines qui ont précédé la remise définitive de ces pages.

Enfin, il m'est impossible de clore ces remerciements sans avoir une pensée très affectueuse pour mes grands-parents maternels. J'aurais aimé qu'ils assistent à la fin de ce parcours universitaire.

L'Université Paris-Est Créteil n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions devront être considérées comme propres à leurs auteurs.

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJ : Actualités jurisprudentielles
Al. : Alinéa
APD : Archives de philosophie du droit
Art. : Article
Ass. Plén. : Arrêt de l'Assemblée Plénière de la Cour de cassation

Bull. Bourse : Bulletin Joly Bourse et produits financiers
Bull. civ. : Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. Joly : Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
BGB : Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand)

C. : Contre
Cass. : Cour de cassation
Cf. : Conférer, Se reporter à
Chron. : Chronique
C. civ. : Code civil
C. com. : Code de commerce
CPI : Code de la propriété intellectuelle
CMF : Code monétaire et financier
CIC : Code de l'industrie cinématographique
CGI : Code général des impôts
Cah. dr. entr. : Cahiers du droit de l'entreprise
Civ. : Arrêt de la Chambre civile ou de la Section civile de la Cour de cassation
Coll. : Collection
Com. : Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation
Comp. : Comparer
Concl. : Conclusions
Crim. : Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
CCC : Contrats, concurrence et consommation
CCE : Communication, commerce électronique
Cours poly. : Cours polycopié
Chron. : Chronique
CBV : Conseil des bourses de valeur
COB : Commission des opérations de bourse
Contra : En sens contraire

D. : Dalloz ou Décret
DA : Dalloz analytique
DC : Dalloz critique
DP : Recueil périodique Dalloz (années antérieures à 1941)
DH : Recueil hebdomadaire Dalloz (années antérieures à 1941)
Dr. et patrim. : Droit et patrimoine
Defrén. : Répertoire du notariat Defrénois

Ed. : Edition
EURL : Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée

Ex. : Exemple

Fasc. : Fascicule

Gaz. Pal. : Gazette du Palais

IR : Informations rapides

J.-Cl. : Jurisclasseur
JCP CDE : Jurisclasseur périodique (Semaine juridique), édition Cahiers de l'entreprise
JCP E : Jurisclasseur périodique (Semaine juridique), édition entreprises
JCP G : Jurisclasseur périodique (Semaine juridique), édition générale
JCP N : Jurisclasseur périodique (Semaine juridique), édition notariale
JO : Journal Officiel
JOAN : Journal officiel, Assemblée nationale, débats

L. : Loi ou Législation
LPA : Les Petites Affiches
Loc. cit. : Référence précitée

Mél. : Mélanges

N° : Numéro
N° spéc. : Numéro spécial
NCPC : Nouveau Code de procédure civile

Obs. : Observations
Obs. crit. : Observations critiques
Op. cit. : Ouvrage précité
OPCVM : Organismes de placement collectif en valeurs mobilières
Ord. : Ordonnance

p. : Page
pp. : Pages
Préc. : Précité
Préf. : Préface
PUAM : Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF : Presses universitaires de France

RCA : Responsabilité civile et assurances
RCLJ : Revue critique de législation et de jurisprudence
RDB : Revue de droit bancaire
RDBF : Revue de droit bancaire et financier
RDC : Revue des contrats
RDP : Revue de droit public
Rép. : Répertoire
Rép. civ. : Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. com. : Répertoire de droit commercial Dalloz
Rép. min. : Réponse ministérielle

Req. : Arrêt de la chambre des requêtes de la Cour de cassation
Rev. : Revue
RGAT : Revue générale des assurances terrestres
RGD : Revue générale de droit, de législation et de jurisprudence
RIDC : Revue internationale de droit comparé
RJC : Revue de jurisprudence commerciale
RJDA : Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJP : Revue juridique et politique
RLDA : Revue Lamy de droit des affaires
RLDC : Revue Lamy de droit civil
RPC : Revue des procédures collectives
RRJ : Revue de recherche juridique – Droit prospectif
Rev. soc. : Revue des sociétés
RTD civ. : Revue trimestrielle de droit civil
RTD com. : Revue trimestrielle de droit commercial
RTDF : Revue trimestrielle de droit financier

SA : Société anonyme
SARL : Société à responsabilité limitée
SAS : Société par actions simplifiée
S. : Recueil Sirey
s. : Suivant
Somm. : Sommaire
Supra : Ci-dessus
Spéc. : Spécialement

T. : Tome
T. com. : Jugement d'un Tribunal de commerce
TGI : Jugement d'un Tribunal de grande instance
TI : Jugement d'un Tribunal d'instance

V. : Voir

SOMMAIRE

PREMIERE PARTIE
DE *LEGE DATA* : L'APPREHENSION DES BIENS IMMATERIELS PAR LE NANTISSEMENT

TITRE 1. L'APPARENCE TROMPEUSE D'UNE SURETE RENOVEE ET HOMOGENE PORTANT SUR LES BIENS IMMATERIELS

Chapitre 1. Le nantissement, une notion unique pour un régime pluriel

Chapitre 2. L'échec du droit du nantissement

TITRE 2. LA VOIE NECESSAIRE DE LA REFORME

Chapitre 1. L'instrument comparatiste, un instrument précieux pour tout réformateur

Chapitre 2. Les solutions retenues pour la rénovation du droit des sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels

SECONDE PARTIE
DE *LEGE FERENDA* : L'APPREHENSION DES BIENS IMMATERIELS PAR LA FIDUCIE ET PAR LE GAGE

TITRE 1. L'APPREHENSION DES BIENS IMMATERIELS FINANCIERS PAR LA FIDUCIE

Chapitre 1. Les critères de choix

Chapitre 2. La proposition : la rénovation du régime de fiducie-sûreté adapté aux biens immatériels financiers

TITRE 2. L'APPREHENSION DES BIENS IMMATERIELS INDUSTRIELS PAR LE GAGE

Chapitre 1. Les critères de choix

Chapitre 2. La proposition : l'élaboration d'un régime uniforme du gage sur biens immatériels industriels

INTRODUCTION

« Depuis que j'existe, je rêve les grandeurs du renoncement aux faux biens de ce monde et la conquête des biens immatériels »

*(*George SAND, Lélia*)*

1. – L'omniprésence de l'immatériel. – *« L'immatériel envahit nos vies »*[1]. Nouvelle composante du XXI[e] siècle, l'immatériel impose partout sa présence[2], et en tant que richesse, il est au cœur de toutes les préoccupations.

2. – L'immatériel, une source de richesse. – Pour l'UNESCO[3], le patrimoine culturel ne se limite pas à ses seules manifestations tangibles, comme peuvent l'être les monuments et les objets, il embrasse aussi les expressions vivantes, les traditions que d'innombrables groupes et communautés du monde entier ont reçues de leurs ancêtres et ont transmises à leurs descendants, le plus souvent par voie orale[4]. C'est ainsi qu'à côté de la Convention du patrimoine mondial de 1972, de la Convention sur la protection du patrimoine culturel subaquatique de 2001, l'UNESCO a adopté le 17 octobre 2003, la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel[5], dans le dessein, précisément, de protéger ce *« creuset de la diversité culturelle et garant*

---

[1] GAUTIER (P. Y.), Rapport de synthèse : *in* Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit, t. 43, Ed. Sirey, 1999, p. 233

[2] LEVY (M.), ET JOUYET (J.-P.), *« L'immatériel, la croissance de demain »* : Le Figaro du 9 décembre 2006

[3] L'UNESCO est l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture.

[4] www.unesco.org

[5] Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de l'UNESCO du 17 octobre 2003 qui renvoie à la Recommandation de l'UNESCO sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire de 1989, à la Déclaration Universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle de 2001 et à la Déclaration d'Istanbul de 2002 adoptée par la troisième Table ronde des ministres de la culture.

du développement durable »[6]. La protection de ce patrimoine vivant est même devenue l'une des priorités de l'Organisation.

Pour les économistes, l'immatériel constitue également une richesse, *« une nouvelle composante qui s'est imposée comme un moteur déterminant de la croissance des économies »*[7], de manière progressive. Après la Seconde Guerre Mondiale, l'économie a changé. Autrefois matérielle, reposant essentiellement sur les matières premières et sur les industries manufacturières, l'économie est devenue immatérielle. Elle est désormais fondée sur l'innovation, l'imagination et la création[8]. L'économie de l'immatériel, *« la plus précieuse des ressources économiques »*[9], n'a pas pour autant supplanté l'économie industrielle, mais elle est en passe de la devancer. Telle est l'une des conclusions du Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel mandatée en 2006 par le Ministre de l'Économie, des finances et de l'Industrie, M. Thierry Breton afin que celle-ci étudie les caractéristiques de l'émergence d'une économie fondée sur la croissance des actifs immatériels ainsi que l'impact que cette évolution sur notre société et son potentiel de développement[10]. Par ailleurs, la Commission a également relevé que cette économie en formation, *« recèle un potentiel de croissance considérable, capable d'irriguer toute l'économie française et susceptible de générer des emplois »*[11]. Pour cela, le rapport s'est accompagné de solutions et recommandations en vue d'améliorer l'économie française, afin qu'elle puisse s'adapter au mieux à l'immatériel et bénéficier des richesses dont il regorge.

---

[6] Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de l'UNESCO du 17 octobre 2003 qui renvoie à la Recommandation de l'UNESCO sur la sauvegarde de la culture traditionnelle et populaire de 1989, à la Déclaration Universelle de l'UNESCO sur la diversité culturelle de 2001 et à la Déclaration d'Istanbul de 2002 adoptée par la troisième Table ronde des ministres de la culture.

[7] Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, par M. LEVY et J.-P. JOUYET, remis au Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, le 23 novembre 2006

[8] RIFKIN (J.), L'âge de l'accès : la nouvelle culture du capitalisme, Ed. La Découverte, Essais, 2000, p. 5 : *« Concepts, idées et images – et non les choses/biens – sont les composantes incontestables de la valeur dans la nouvelle économie. La richesse ne naît plus du capital physique mais plutôt de l'imagination et de la créativité humaine »* ; V. également GORZ (A.), L'immatériel, Ed. Galilée, 2003, p. 13 : *« la valeur puise actuellement sa source dans l'intelligence et l'imagination ».*

[9] TABATONI (P.), *« L'incorporel comme ressource économique, Propos introductifs »* : *in* Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit, t. 43, Ed. Sirey, 1999, p. 149

[10] Lettre de mission du 16 mars 2006 du Ministre THIERRY BRETON à Monsieur MAURICE LEVY

[11] Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, par M. LEVY et J.-P. JOUYET, remis au Ministre de l'Economie, des Finances et de l'Industrie, le 23 novembre 2006

S'il est considéré comme une donnée positive par l'Organisation des Nations Unies ou par les économistes, en Droit, l'immatériel est plutôt analysé avec méfiance, il constitue un facteur de remise en cause *« des concepts juridiques ayant pour vocation d'appréhender le réel »*[12].

3. – L'immatériel, une source d'inquiétude. – A l'occasion de la célébration du bicentenaire du Code civil, certains ont déclaré que *« Le Code civil (…) est une Cathédrale, classée parmi les monuments historiques du droit (…). L'édifice est ancien. Il a été construit avec quelques défauts et a beaucoup souffert. Son architecture d'ensemble paraît incomplète. La distribution des espaces n'est pas homogène. Trop d'édicules ont encombré ses voûtes. Mais ce qui n'a pas cessé de provoquer l'admiration, c'est la qualité du matériau. »*[13]. Bien souvent qualifié d'obsolète[14], le Code civil a subi les affres de l'immatériel qui a affecté certains pans du droit civil français. Les carences des notions de propriété et de bien ont été éprouvées face au développement des richesses immatérielles, de telle sorte qu'un phénomène de dématérialisation de la propriété et des biens a pu être observé.

A l'origine, dans le droit romain, les quirites envisageaient le droit de propriété comme un *« jus in re »*, un droit dans la chose. Ils avaient une conception matérialiste ou moniste du droit de propriété en ce sens qu'il existait une confusion entre le droit et son objet. En effet, il était considéré que le droit s'intégrait complètement dans son objet, de telle sorte qu'ils ne formaient qu'un[15]. Au XIV[e], et jusqu'à aujourd'hui, la conception bartoliste[16] de la propriété a poussé les juristes à considérer que le droit de propriété ne pouvait porter que sur une chose corporelle. Pourtant, il semblerait qu'un mouvement de dématérialisation incontestable du droit de propriété soit né avec la décision du Conseil constitutionnel du 8 janvier 1991[17], par laquelle les juges de la loi

---

[12] GUTMANN (D.), *« Du matériel à l'immatériel dans le droit des biens, Les ressources du langage juridique »* : *in* Le droit et l'immatériel, *op. cit*., p. 67

[13] DE BROGLIE (G.), *« La langue du Code civil »* : Bicentenaire du Code civil, séance du lundi 15 mars 2004 à l'Académie des sciences morales et politiques, p. 1

[14] CABRILLAC (R.), *« Réformer le droit civil »* : *in* Réformer le droit !, colloque du 12 mai 2006 à Montpellier, sous la direction d'Olivier SAUTEL, Litec, 2007, p. 15

[15] JOSSERAND (L.), *« Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau »*, Mélanges Sugiyama, Sirey, 1940, p. 95

[16] Du nom du juriste médiéval italien BARTOLO

[17] Conseil constitutionnel, décision 90-283 DC du 8 janvier 1991, JO 10 janvier 1991, p. 524, §7

ont inclus, dans le domaine du droit de propriété visé aux articles 2 et 17 de la DDHC de 1789, *« le droit pour un propriétaire d'une marque de fabrique, de commerce ou de service, d'utiliser celle-ci et de la protéger dans le cadre défini par la loi et les engagements internationaux »*. Le raisonnement du Conseil avait consisté à rappeler que depuis le XVIIIe siècle, *« les finalités et les conditions d'exercice du droit de propriété ont subi une évolution caractérisée (…) par une extension notable de son champ d'application »*[18].

Plus récemment, et par une justification similaire, les neufs sages ont décidé que les droits de propriété intellectuelle, en général, et le droit d'auteur et les droits voisins, en particulier, figuraient parmi les domaines nouveaux du droit de propriété[19]. La solution est résolument moderne. En jurisprudence tout du moins, car par le passé, et bien avant la décision de 1991, certains auteurs avaient déjà pu observer *« une certaine désincarnation, voire un certain détournement du droit de propriété ; il n'est pas certain que la conception moniste du droit de propriété tel qu'il a été conçu par les rédacteurs du Code civil, que la confusion entre le droit et son objet soit toujours exacte à l'heure actuelle »*[20]. A la lecture de ces décisions, il est loisible de penser que les solutions pourraient avoir vocation à s'appliquer en dehors du simple territoire national français et à tous les biens immatériels. D'ailleurs, la Cour européenne des droits de l'homme a décidé, sur le fondement de l'article 1er du Premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, que la portée de la notion de bien ne se limitait pas aux seuls biens corporels ou actuels[21]. La Cour avait alors donné quelques critères d'application dudit article, et notamment l'identification d'une valeur patrimoniale. Les créances pouvaient également être concernées, à condition que le requérant prétende avoir au moins une *« espérance légitime »* et raisonnable d'obtenir la

---

[18] Conseil constitutionnel, décision 90-283 DC du 8 janvier 1991, JO 10 janvier 1991, p. 524, §7

[19] Conseil constitutionnel, décision 2006-540 DC du 27 juillet 2006, sur la Loi relative aux droits d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JO 3 août 2006, p. 11541, §15

[20] PIEDELIEVRE (A.), *« Le matériel et l'immatériel. Essai d'une approche de la notion de bien »* : Mélanges DE JUGLART, LGDJ, 1986, p. 57

[21] CEDH, 30 novembre 2004, Oneryildiz c/ Turquie, n° 48939/99, § 124. De même, la CEDH a-t-elle jugé que la clientèle (CEDH, 26 juin 1986, Van Marle, Série A, n° 101 ; CEDH, 25 mars 1999, Iatridis c/ Grèce, n° 31107/96 ; CEDH, 9 novembre 1999, Döring c/ Allemagne, n° 37595/97 : *« l'article 1 s'applique aux études d'avocats et à leur clientèle, car il s'agit d'entités ayant une certaine valeur. Revêtant à beaucoup d'égards le caractère d'un droit privé, elles s'analysent en une valeur patrimoniale, donc en un bien »*), et plus généralement les intérêts économiques liés à l'exercice d'une activité professionnelle, qui s'analysent en des valeurs patrimoniales, constituent des biens au sens de la première phrase de l'article 1er.

jouissance effective d'un droit de propriété[22]. Sur ce même fondement, le Conseil d'Etat a également jugé que les parts sociales d'une société civile professionnelle de notaires[23] ainsi que le cabinet d'avocat et sa clientèle constituent des biens[24].

Le phénomène de dématérialisation a également intéressé le droit des biens. Le premier qui a pu être observé concerne la monnaie. En effet, originairement, elle était désignée et matérialisée par la pièce de métal frappée par l'autorité souveraine pour servir aux échanges, la valeur de l'argent résidant alors en lui, puisque les pièces étaient souvent en or, en argent… dans un métal précieux. La valeur était intrinsèque au métal. Puis, progressivement, la monnaie métallique est devenue fiduciaire, l'instrument légal des paiements. La confiance a été alors déplacée pour résider désormais dans l'État. La valeur n'a plus été intrinsèque au corpus : elle a été inscrite sur une pièce ou sur un billet, les deux supports étant dénués de valeur en soi. Enfin, la monnaie fiduciaire est devenue scripturale.

Un second mouvement de dématérialisation a concerné les valeurs mobilières. Par la loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981 de finance pour 1982[25], le législateur a dématérialisé les titres[26], c'est-à-dire que les titres au porteur ont été remplacés par *« un support comptable centralisé, sous des modalités diverses (exemple : procédé électronique) »*[27]. Depuis l'entrée en vigueur de la loi, la propriété des valeurs mobilières résulte d'une inscription sur les comptes de la société émettrice, alors qu'autrefois, les sociétés de capitaux émettaient des documents dénommés "titres" qui étaient représentatifs de la valeur investie par l'actionnaire, par le porteur de parts ou par

---

[22] *Ibid*.
[23] CE, 24 novembre 2003, Le Floch, req. n° 235238
[24] CE, 28 juin 2004, Bessis, req. n° 251897
[25] Loi n° 81-1160 du 30 décembre 1981 de finance pour 1982, publiée au JO du 31 décembre 1981, p. 3539, et son décret d'application n° 83-359 du 2 mai 1983 pris pour l'application de l'article 94-II de la loi de finances n° 81-1160 du 30 décembre 1981 de finance pour 1982 et relatif au régime des valeurs mobilières, publié au JO du 3 mai 1983, p. 1359
[26] V. La modernisation du marché des valeurs mobilières (Rapport PEROUSE), La documentation française, 3 vol., 1980 ; ROBLOT (R.), La dématérialisation des valeurs mobilières, brochure ANSA, n°185, 1984 ; GUYON (Y.), *« Les aspects juridiques de la dématérialisation des valeurs mobilières »* : RDS 1984, p. 451 ; FOYER (J.), *« La dématérialisation des valeurs mobilières en France »* : Mélanges Flattet, Lausanne 1985, p. 21 ; CAUSSE (H.), *« Principe, nature et logique de la dématérialisation »* : JCP E 1992, p. 194
[27] CORNU (G.), Vocabulaire juridique, PUF, 2007, 8e éd., *V° dématérialisation*

l'obligataire. La preuve de la propriété des actions résultait alors de la détention de ce document, et la cession d'actions avait lieu par simple remise du titre-papier du vendeur à l'acheteur.

Par ailleurs, l'immatériel s'est également manifesté dans la composition des patrimoines, troisième phénomène de dématérialisation. En effet, les fortunes ont changé, car les patrimoines ont évolué[28] pour faire des biens immatériels les biens prédominants[29], obligeant ainsi à repenser la matière[30]. Le droit des biens constitue à n'en pas douter un *« domaine privilégié pour une réflexion sur l'immatériel »*[31], précisément parce que notre Droit repose sur une conception matérialiste des biens[32] et qu'il paraît inapte à recevoir en son sein l'immatériel. Si un tel constat d'échec semble devoir s'imposer c'est probablement en raison de l'immobilisme du Code civil, qui a toujours *« superbement ignoré les biens issus de l'industrie humaine »* de sorte que *« les richesses immatérielles se sont développées en dehors de lui »*[33].

Pourtant il faut reconnaître que l'avènement des biens nouveaux n'est pas sans poser certaines difficultés[34]. Il laisse présager de ce que la distinction des biens en meubles et immeubles ne serait pas satisfaisante, qu'elle ne serait pas suffisamment vaste pour accueillir en son sein de nouveaux éléments, immatériels. Admise par la

---

[28] CATALA (P.), *« La transformation du patrimoine dans le droit civil français »* : RTD civ. 1966, p. 13

[29] LE TOURNEAU (PH.), *« Folles idées sur les idées »* : CCE févr. 2001, chron. 4, p. 8 : *« Dans une économie où les services ont pris le haut du pavé, les biens immatériels prédomineront »*.

[30] CARON (CH.), et LECUYER (H.), Le droit des biens, Dalloz, 2002, p. 4 ; BRUGUIERE (J.-M.), *« Introduction »* : *in* Les biens culturels, Legicom, 2006/2, p. 3, n° 36 : *« Les productions culturelles, tant mobilières qu'immobilières, représentent aujourd'hui une importante richesse de nos sociétés. Dans le monde du droit, ces richesses renvoient au droit des biens et ne cessent d'interroger cette discipline »* ; V. également ZENATI (F.), *« L'immatériel et les choses »* : *in* Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit, t. 43, Ed. Sirey, 1999, p. 79

[31] ZENATI (F.), *ibid.* ; Dans le même sens CARON (CH.), et LECUYER (H.), *op. cit.* : *« L'avènement de l'immatériel, qui est avéré, pourrait encourager à repenser le droit des biens »*.

[32] PIEDELIEVRE (A.), Droit des biens : les biens, la publicité foncière, les sûretés réelles, Ed. Masson, 1977 ; ZENATI (F.), *ibid.*

[33] BRUGUIERE (J.-M.), *« L'immatériel à la trappe ? »* : D. 2006, p. 2804 ; Dans le même sens, REVET (TH.), *« Le Code civil et le régime des biens : questions sur un bicentenaire »* : Dr. et patrim. mars 2004, p. 20

[34] LIBCHABER (R.), *« La recodification du droit des biens »* : *in* Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire, Dalloz-Litec, 2004, p. 341, n° 39. L'auteur évoque *« le problème général de la consécration des biens nouveaux »*.

plupart des coutumes[35], la distinction des biens en meubles et immeubles a été consacrée comme *summa divisio* en 1804 par le Code civil, à l'article 516. Si Portalis la considérait comme *« la classification la plus générale et la plus naturelle »*[36], de nos jours, elle apparaît désuète[37].

---

[35] V. notamment Coutume de Paris, article 88 : *« En la prévôté et vicomté de Paris, il y a deux espèces de biens seulement, c'est à savoir les meubles et les immeubles »*, cité par GOURY (G.), *Origines et développement historique de la distinction des biens en meubles et immeubles*, th. Nancy, 1897, p. 143, n° 126

[36] PORTALIS, Premier Discours préliminaire du Code civil, 1801

[37] La distinction des biens en meubles et immeubles de l'article 516 du Code civil est sujette à trois catégories de critiques, chacune *« de valeur inégale »* (A. PIEDELIEVRE, Droit des biens, Ed. Masson, 1977, p. 25). On peut tout d'abord souligner l'hypocrisie de la distinction. En effet, cette conception des biens, caractéristique des grandes codifications civiles européennes, extrêmement large en apparence, révèle en réalité une conception étroite et matérialiste des biens, dans laquelle la chose n'est que corporelle. A l'opposé, les codifications germaniques, quant à elles, ont été bien plus honnêtes. La sincérité de la définition allemande de la notion de chose contenue dans une formulation remarquablement lapidaire est un modèle du genre. Le §90 du BGB de 1900 disposait en effet que : *« Sont choses au sens de la loi les seuls objets corporels »*. SAVATIER, en définissant les choses comme celles dont la propriété constitue un bien corporel, précisait que ce sont *« elles seules qui s'insèrent légitimement dans la classification traditionnelle des meubles et des meubles. C'est pour elles seules que cette distinction correspond à une réalité (…). Ailleurs, la distinction des meubles et des immeubles est artificielle et fausse. Elle est devenue une déformation presque monstrueuse de notre droit »* (R. SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, Dalloz, 1958, p. 107 s., n° 437). La deuxième critique consiste à faire valoir que la distinction est archaïque et inadaptée à recevoir en son sein les nouveaux biens incorporels (A. PIEDELIEVRE, *ibid.*), ou encore les animaux. Sur ce dernier point, d'ailleurs, il a été proposé de créer une nouvelle catégorie de bien. L'idée a été émise par le recteur Lombois, sous ces termes : *« la particularité de la nature animale serait suffisamment marquée par un droit spécial des biens (…) ; un droit spécial qui dirait que tout bien est valeur mais qu'il y a des valeurs économiques et des valeurs psychologiques »* (C. LOMBOIS, Préface de la thèse de J.-P. MARGUENAUD, *L'animal en droit privé*, th. Limoges, PUF, 1992, p. III). De même s'agissant des biens incorporels, il a été proposé qu'une *« troisième catégorie [de biens] englobant les différents droits incorporels »* soit créée, *« les catégories meubles et immeubles étant réservées aux droits qui portent directement sur ces choses »* (A. PIEDELIEVRE, *ibid.*). Néanmoins, la pertinence d'une telle catégorie nouvelle a été rapidement contestée, ainsi que l'illusoire mise en place d'un régime juridique uniforme et adapté, les biens incorporels étant par nature d'une grande diversité, et de valeur totalement inégale. La troisième et dernière critique, enfin, est économique. Si au moment de l'avènement du Code civil, la fortune était essentiellement immobilière, l'adage *« res mobilis res vilis »* étant un véritable credo, étant donné que les immeubles conféraient à leurs propriétaire une puissance à la fois sociale et politique, il n'en demeure pas moins que dès le milieu du XVIIIe siècle, les patrimoines avaient subi une transformation. Force a été de constater que l'adage ne résisterait pas longtemps car les meubles étaient devenus au cours du XIXe siècle, des richesses aussi importantes que les immeubles, si ce n'est plus, mais encore trop faiblement protégées. Par ailleurs, dans un article publié en 1930, PIERRE VOIRIN a mentionné trois facteurs, trois causes, qui seraient à l'origine de l'évolution de la consistance des fortunes, c'est-à-dire de la supplantation des immeubles par les meubles : une psychologique – la mise sur un même pied d'égalité les meubles et les immeubles, *« en purgeant la propriété immobilière de sa nocivité sociale »* ; une juridique – le droit postrévolutionnaire a élargi et comprimé la propriété immobilière en limitant les démembrements réels, notamment ; et une économique – l'apparition de biens nouveaux. Par ailleurs, l'auteur critique les limites, déjà notables, de l'article 516 du Code au moment de

Faut-il pour autant repenser la classification traditionnelle à l'aune de l'immatériel ? En 1947, sous la plume du Professeur Niboyet, la Commission de réforme du Code civil[38] avait proposé de faire de la distinction des biens corporels et incorporels la *summa divisio* des biens, et de considérer celle des meubles et immeubles comme une catégorie secondaire, ou plus précisément comme une sous-catégorie des biens corporels[39]. Il s'agissait de remettre à l'ordre du jour la classification consacrée par Gaius dans ses Institutes[40]. Cependant, elle ne s'avère pas plus satisfaisante.

L'une ou l'autre de ces classifications des biens gêne considérablement l'insertion parmi elles des nouvelles richesses qui ne sont ni mobilières, ni immobilières, ni corporelles, ni incorporelles, et il faut admettre que le forçage des catégories conduit

---

sa proclamation. Il s'appuie sur une pensée de Beaumanoir, selon laquelle la propriété foncière est estimable car elle ne meurt pas et rapporte tous les ans à son seigneur (PH. DE BEAUMANOIR, *« Coutumes de Beauvoisis »*, Ed. Picard, 1899, t. I, chap. 23, n° 672 et 678, cité par P. VOIRIN, *« La composition des fortunes modernes au point de vue juridique »* : Revue générale du droit, 1930, p. 104), pour la contester. Il démontre, de manière très succincte, que parmi les meubles, il existe également des biens impérissables qui rapportent chaque année à leur propriétaire. Et il cite entre autres les offices ministériels, les fonds de commerce, les parts et actions sociales, les monopoles d'exploitation… Par ailleurs, concernant le critère de perpétuité, si cher à Beaumanoir, n'est pas très convaincant. En droit, la perpétuité n'est pas un gage de plus grande valeur. Pour preuve, les propriétés intellectuelles, dont le droit de propriété est temporaire, revêtent depuis plus d'un siècle, une importance sans cesse grandissante (C. CARON, *« 2007 : année de l'immatériel ? »* : CCE janvier 2007, p. 1). Incontestablement, elles constituent la pierre angulaire de l'immatériel et jouent au sein de la nouvelle économie, celle « de la connaissance », un rôle central, au même titre qu'Internet et les nouvelles technologies. De plus, comme l'article 516 du Code civil trouve son fondement dans le droit de propriété, il ne peut plus inclure dans la catégorie des meubles ou des immeubles, des biens sur lesquels il y a un droit de propriété limité. S'agissant des propriétés industrielles, le titulaire de droit ne dispose pas de prérogatives absolues. Il a en effet l'obligation de déposer sa demande de brevet, marque, dessin ou modèle, auprès de l'INPI. Il a également l'obligation d'exploiter son brevet ou sa marque, sous peine d'être déchu de son droit. Pour les marques, plus précisément, l'exploitation doit avoir été effective et sérieuse pendant une période ininterrompue de cinq ans (article L. 714-5 al. 2 du Code de la propriété intellectuelle). Par ailleurs, certaines de ses prérogatives peuvent disparaître, par l'épuisement des droits. Selon cette théorie, d'origine allemande puis reprise par la Cour de Justice des Communautés Européennes et le droit interne français, le droit d'auteur sur le logiciel (article L. 122-6, 3° du Code de la propriété intellectuelle) ainsi que les droits de propriété industrielle sont « épuisés » par la première mise en circulation du produit effectuée avec le consentement du titulaire (articles L. 513-8, L. 613-6 et L. 713-4 al. 1er du Code de la propriété intellectuelle). Cela signifie que le titulaire de droit ne peut plus contrôler la circulation ultérieure du produit.

[38] Le Professeur Niboyet était, en 1945, secrétaire général de l'Association Henri Capitant et c'est sous son inititative que le Gouvernement a constitué une commission en vue d'une réforme du Code civil. Dans le projet présenté, composé de 113 articles, figurait la volonté d'insérer les droits intellectuels parmi les droits réels sur biens corporels. Malheureusement, le projet n'a pas abouti. V. HOUIN (R.), *« La technique de réforme des codes français de droit privé »* : RIDC 1956, n° 1, p. 9 ; NIBOYET (J.-P.), *« La question d'un nouveau Code civil en France »* : Tulane Law Review 1955, XXIX, n° 2, p. 254

[39] V. DE LABERTYE-AUTRAND (M.-CH.), *« Biens – Distinctions »* : J.-Cl. Civil Code, Article 516, n° 8

[40] GAIUS, Les Institutes, II, 14 : *« les choses incorporelles sont celles que l'on ne peut toucher, comme celles qui consistent en des droits »*

souvent à un non-sens, à l'instar de celui qui a abouti à inclure parmi les meubles le fonds de commerce ou les propriétés intellectuelles.
A dire vrai, toutes ces discussions révèlent la difficulté qui existe à cerner l'immatériel, et à la question de savoir ce qu'est précisément l'immatériel, il faut reconnaître que la réponse n'est pas si aisée. La nature de l'immatériel est incertaine et peut légitimement inquiéter.

4. – L'immatériel, une notion incertaine. – L'inquiétude générée par l'immatériel provient essentiellement de l'incertitude qui règne autour de l'appréhension de sa nature. En effet, si l'immatériel est l'une des notions les plus courues de la dernière décennie, elle est également l'une des moins avancées de toutes les connaissances dans la mesure où les différentes tentatives de définition abstraite et théorique de l'immatériel sont restées vaines. Elles n'ont apporté aucune précision quant au contenu de la notion, se contentant de simples énumérations de ce qui pourrait entrer dans la qualification d'immatériel.

A l'instar du philosophe Jean Clam, nous constatons en effet que *« les difficultés persistantes dans la saisie conceptuelle de l'immatériel et la position des problèmes liés à son maniement sont essentiellement dues à l'extrême confusion des représentations dont on part. L'immatériel est un objet ou une qualité objective que l'on pourrait dire transversale : elle traverse avec un impact grandissant, la majorité des domaines de la pratique et de la théorie, et les tentatives régionales de la cerner s'empêtrent dans leurs propres limitations »*[41].

Pour s'en convaincre, nous pouvons citer l'article 2 de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel adoptée par l'UNESCO qui s'est borné à indiquer que par *« patrimoine culturel immatériel »*, il fallait entendre *« les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire – ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés – que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur*

[41] CLAM (J.), Trajectoires de l'immatériel, contribution à une théorie de la valeur et de sa dématérialisation, CNRS Ed., 2004, p. 13

patrimoine culturel »[42], et que ce patrimoine pouvait notamment se manifester dans les traditions et expressions orales, y compris la langue, les arts du spectacle, les pratiques sociales, rituels et événements festifs, les connaissances et les pratiques concernant la nature et l'univers, les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel[43].

Nous pouvons également citer le Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel qui précise que la véritable richesse est immatérielle. Désormais, c'est *« la capacité à innover, à créer des concepts et à produire des idées qui est devenue l'avantage compétitif essentiel »*[44]. En effet, le capital matériel a été remplacé par le capital immatériel, c'est-à-dire *« le capital des talents, de la connaissance, du savoir »*[45]. Cependant, à aucun moment, les auteurs du Rapport n'ont donné une définition précise de l'immatériel.

Le mutisme quant à la détermination de la notion d'immatériel contraste avec la place prépondérante qu'il occupe depuis la seconde moitié du XX^{e} siècle au sein des actifs patrimoniaux, quels qu'ils soient, et le Droit lui-même n'a pas échappé à ce phénomène.

Véritable microcosme, le Droit a toujours été dans l'incapacité de fournir une définition de l'immatériel. Pourtant, la diversité des matières dans lesquelles il est utilisé – l'immatériel désigne les nouveaux biens, il désigne aussi une certaine forme de préjudice – aurait pu être la source d'une multitude de définitions. Or, *« s'il y a une activité centrale du juriste, absolument décisive dans l'exercice de la pratique juridique, c'est bien celle qui consiste à se contenter de donner un nom aux choses et de les caractériser juridiquement. Car avant de commencer par dire d'un objet qu'il ne doit pas être, pour le condamner, ou au contraire dire qu'il peut ou doit être, afin de permettre son existence, la tolérer ou exiger son advenue, il faut bien commencer par*

---

[42] Article 2.1 de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de l'UNESCO du 17 octobre 2003

[43] Article 2.2 de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel de l'UNESCO du 17 octobre 2003

[44] Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, remis au Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, par LEVY (M.), et JOUYET (J.-P), le 23 mars 2006, p. I

[45] *Ibid.*

dire ce qu'il est »[46]. En tant que système organisé autour d'un certain nombre de principes, de procédés techniques, de notions fondamentales, le Droit a pour dessein l'établissement d'un ordre social, et il faillirait à sa mission s'il existait en son sein des zones d'ombres. Le Droit a besoin *« de toute construction intellectuelle reposant sur des concepts »*[47]. Pourtant, le Droit regorge de concepts et de principes qui demeurent indéfinis, et si l'on songe à l'expérience avortée de 1989, l'espoir de toujours voir la retranscription de la nature des choses par une qualification juridique semble vain. En effet, cette année-là, la revue Droits a eu pour projet de demander à plusieurs auteurs de donner en quelques pages leur conception du droit, l'objectif étant de parvenir à la réunion des contributions et à l'instauration d'une solution unique. La diversité des définitions données a fait échouer l'entreprise. Les premiers mots de l'article du Doyen Vedel sont symptomatiques de la difficulté à qualifier : « *Voilà des semaines et même des mois que je " sèche " laborieusement sur la question, pourtant si apparemment innocente […] : " Qu'est-ce que le droit? " Cet état déjà peu glorieux, s'aggrave d'un sentiment de honte. J'ai entendu ma première leçon de droit voici plus de soixante ans ; j'ai donné mon premier cours en chaire voici plus de cinquante ; je n'ai cessé de faire le métier de juriste tour à tour ou simultanément comme avocat, comme professeur, comme auteur, comme conseil et même comme juge. Et me voilà déconcerté tel un étudiant de première année remettant copie blanche, faute d'avoir pu rassembler les bribes de réponse qui font échapper au zéro* »[48].

Le choix d'un mot n'est jamais innocent[49]. D'une manière générale, la discussion sur le mot révèle le fond du débat. Qu'est-ce que l'immatériel ? Car ce n'est rien de nommer les choses[50], encore faut-il leur donner un sens, et encore faut-il que ce sens ne soit pas obscurci par toutes les variations du terme qui n'ont pas à entrer dans sa définition.

---

[46] CAYLA (O.), *« La qualification. Ouverture : la qualification ou la vérité du droit »* : Revue Droits 1993, p. 3

[47] BERGEL (J.-L.), Théorie générale du droit, Dalloz, 2003, 4e éd., p. 209, n° 180

[48] VEDEL (G.), *in* Définir le droit : Revue Droits 1989

[49] GAYRAUD (J.-F.), La dénonciation, PUF, 1995, p. 15

[50] PROUDHON (P.-J.), Qu'est-ce que la propriété ? Ou recherches sur le principe du droit et du gouvernement, Garnier-Flammarion, p. 60

5. – L'immatériel, une notion distincte du virtuel et de l'incorporel. – Deux termes ont été principalement utilisés comme synonymes de l'immatériel : le virtuel[51] et l'incorporel. Des termes utilisés à tort car d'une part, le virtuel désigne ce qui a trait à Internet. Les biens virtuels sont les biens qui n'ont aucune existence dans le monde réel, les biens dénués de toute réalité palpable. D'autre part, en ce qui concerne l'incorporel, il ne permet de qualifier que les biens qui n'ont pas de consistance matérielle, littéralement, ceux qui n'ont pas de matière.

Tous les biens virtuels sont incorporels mais tous les biens incorporels ne sont pas virtuels.

Le colloque consacré à *« La propriété au service du développement économique »*, qui s'est tenu en Chine, à Shanghai, les 15 et 16 novembre 2004, a été l'occasion pour le Professeur Raynouard de s'interroger sur les caractères généraux des biens incorporels. Il a alors constaté que *« le mouvement d'abstraction dans le droit des biens a eu cette conséquence que, très fréquemment, le terme d'immatériel s'est substitué au mot d'incorporel »*, et en a conclu que l'assimilation par la doctrine de ces deux notions était une erreur.

La notion de biens incorporels a abondamment alimenté la doctrine, même si elle est *« délicate à appréhender »*[52]. Pour autant, les travaux de réflexion qui ont été menés n'ont jamais abouti à l'établissement d'une définition, les auteurs se sont contentés de procéder à une énumération de biens incorporels. Certains se sont parfois interrogés sur l'incidence de la substitution du mot immatériel à celui d'incorporel, et plus précisément sur le point de savoir si le changement de qualification avait provoqué un changement de contenu. Cependant, la réflexion est inachevée – et on ne peut que le regretter – puisque la conclusion de ces réflexions a été de considérer que les deux termes doivent être utilisés pour synonymes[53]. La grande majorité des auteurs se sont,

---

[51] V. FRISON-ROCHE (M.-A.), *« L'immatériel à travers la virtualité »* : *in* Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit, t. 43, Sirey, 1999, p. 139 ; V. également LEVY (P.), Qu'est-ce que le virtuel ?, La Découverte, 1995

[52] LISANTI (C.), Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels, th. Montpellier, Litec, 2001, p. 4, n° 4

[53] JEANTIN (M.), *« Le droit financier des biens »* : *in* Perspectives du droit économique : dialogues avec Michel Jeantin, Dalloz, 1999, p. 3

en effet, contentés de faire l'inventaire des biens incorporels, qui ne seraient que des droits[54]. D'autres ont critiqué la limitation des biens incorporels à des droits, originairement aux créances et parts sociales[55]. La critique n'a toutefois pas abouti à l'élaboration d'une définition. La justification de l'échec de systématisation, souvent invoquée par les auteurs, tient à la dispersion de ces biens, à l'hétérogénéité qui semble les caractériser.

Cependant, d'aucuns admettent que les biens dits incorporels représentent une valeur économique importante, qu'ils constituent de ce fait une source de crédit intéressante. Le droit des sûretés est alors forcément concerné par le phénomène immatériel, qui est susceptible de constituer une assiette attractive de garanties.

Pourtant, l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 qui a réformé le droit des sûretés ne semble pas avoir tiré les conséquences de l'immatérialité. Au premier abord, on pourrait le croire puisqu'une distinction a été introduite au sein des sûretés réelles conventionnelles mobilières entre le gage sur biens corporels et le nantissement sur biens incorporels. Mais, d'une part, comme le pensent certains auteurs, nous ne sommes pas convaincus de ce qu'une chose incorporelle serait immatérielle[56]. D'autre part, nous regrettons vivement que ce premier pas franchi par le législateur vers l'admission du phénomène immatériel n'ait pas été suivi d'une véritable réflexion de fond et n'ait pas abouti à l'élaboration d'un régime uniforme de sûretés sur biens immatériels. Ainsi, la consécration du nantissement ne nous semble pas satisfaisante. D'abord, parce que cette sûreté s'applique, à notre sens, à tort à des biens qualifiés d'incorporels. Or, il nous semble qu'une première réflexion aurait du être menée sur l'assiette de la garantie car seules peuvent recevoir la qualification d'incorporelles les choses, lesquelles

---

[54] GAIUS, Les Institutes, II, 14 : *« les choses incorporelles sont celles que l'on ne peut toucher, comme celles qui consistent en des droits »* ; PIEDELIEVRE (A.), Droit des biens, Masson, 1977, p. 2, n° 8 ; CARBONNIER (J.), Droit civil, vol. 2 : Les biens, PUF, 2002, 19e éd., p. 1603, n° 712 ; PLANIOL (M.), et RIPERT (G.), Traité de droit civil, tome 2 : Obligations, contrats, responsabilité, droits réels, biens, propriété, LGDj, 1952 ; AUBRY (CH.), et RAU (CH. F.), Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae, Ed. Marchal, 1935-1958 ; LIBCHABER (R.), *« Biens »* : Rép. civ. Dalloz ; LARROUMET (C.), Droit civil, tome II : Les biens, droits réels principaux, Economica, 2006, 5e éd., p. 6, n° 4 : *« les droits de propriété sur les choses incorporelles (…) ne sont pas des droits réels, mais ils ne sont pas non plus des droits personnels »*.

[55] LISANTI (C.), *op. cit.*, p. 6, n° 6

[56] RAYNOUARD (A.), *« Les caractères généraux des biens incorporels »*, extrait du Colloque sur « La propriété au service du développement économique », Chine, Shanghai, 15 et 16 novembre 2004

n'accèderont à l'état de biens que par la voie d'une matérialisation qui s'effectue sur un support matériel, tangible. Ce n'est qu'après ce processus de matérialisation qu'une chose incorporelle devient un bien immatériel. A ce stade, se pose alors la question de l'identification des biens immatériels.

I. L'IDENTIFICATION DES BIENS IMMATERIELS

6. – Malgré la catégorie éclatée que forment les biens immatériels, des points communs peuvent être dégagés, permettant le franchissement d'un pas nouveau et somme toute assez ambitieux, celui d'une définition des biens immatériels. Puis, nous approfondirons cette définition, en étudiant les caractères essentiels des biens immatériels qui diffèrent selon qu'il s'agit de biens immatériels financiers ou industriels.

7. – La définition des biens immatériels. – Les biens immatériels désignent les biens qui se composent d'une chose incorporelle et d'un corpus.

Ils se caractérisent par une identité de structure **(A)**. Par ailleurs, il en existe deux sortes : les biens immatériels financiers et les biens immatériels industriels **(B)**.

A. L'IDENTITE DE STRUCTURE DES BIENS IMMATERIELS

8. – Les biens immatériels présentent cette particularité d'être composés à la fois d'une chose incorporelle et d'un corpus, ce qui leur vaut parfois d'être qualifiés de *« biens mixtes »*[57], étant entendu que seule la réunion de ces deux éléments permet à une chose incorporelle d'accéder à la qualification de bien. En effet, sans corpus, la chose ne peut être appropriée. Restant incorporelle, elle ne peut être considérée comme un bien. En revanche, dès que l'incorporation se produit, la chose, ainsi révélée, devient un bien immatériel, susceptible d'être l'objet d'un droit de propriété et l'assiette d'une garantie.

[57] AYNES (A.), Le droit de rétention : unité ou pluralité, th. Paris II, Economica, 2005, p. 67, n° 86

1. LA CHOSE INCORPORELLE : MATIERE PREMIERE DU BIEN IMMATERIEL

9. – Par chose incorporelle on entend soit la valeur monétaire inscrite sur le bien (monnaie par exemple) ou inhérente au bien (actions de sociétés cotées en bourse), soit la clientèle, soit la création intellectuelle.

2. LE CORPUS : CONVERTISSEUR DE LA CHOSE INCORPORELLE EN BIEN

10. – Par corpus on entend le support matériel qui va permettre de révéler la chose incorporelle, l'élément qui va convertir la chose incorporelle en bien. Il peut s'agir de métal (support de la monnaie), de papier (support de la monnaie fiduciaire), de murs (support du fonds de commerce), d'un livre ou d'un tableau (support du droit d'auteur), la liste n'étant pas exhaustive.

11. – En effet, sans corpus, la chose incorporelle ne peut accéder à la protection par le droit de propriété. Ainsi, ne peuvent être considérés comme des biens immatériels les informations au sens strict et les idées. Nues, elles ne peuvent bénéficier que d'une protection via l'action en concurrence déloyale ou en parasitisme. Pour prétendre à un droit privatif, l'information ou l'idée doit être matérialisée, c'est-à-dire qu'elle doit s'exprimer sur un support, quel qu'il soit.

12. – Le corpus est paré de nombreuses vertus : en tant que vecteur de transformation de la chose incorporelle en bien immatériel, il permet de justifier le droit de propriété. Un droit de propriété assez particulier, il faut le reconnaître, en matière de bien immatériel. En effet, le bien immatériel peut faire l'objet de deux propriétés parallèles. En ce qui concerne par exemple le fonds de commerce, on distingue la propriété du fonds de la propriété des murs. De même, en matière de propriété littéraire et artistique, il y a d'un côté le titulaire du droit d'auteur et de l'autre le propriétaire du support. Pour la monnaie, ou les valeurs mobilières, on différencie entre le propriétaire de la valeur inscrite sur le bien et le propriétaire du support (Etat, banque ou société).

13. – Cependant, ces deux propriétés ne coexistent pas sur un même pied d'égalité. En effet, il apparaît en pratique que lorsque le titulaire de la chose immatérielle souhaite mettre en œuvre ses prérogatives, celles-ci peuvent être freinées

ou confrontées aux droits du propriétaire du corpus, révélant alors toute la fragilité de ses droits par rapport à ceux détenus par le propriétaire du corpus. La vulnérabilité de ce droit repose sur la nature même de la chose concernée qui, prise séparément, se trouve amputée de son corpus, seul objet de la maîtrise matérielle du bien.

La suprématie du droit du propriétaire du support corporel revêt un aspect atypique pour deux biens en particulier : la monnaie, et les biens intellectuels.

13 bis. – Concernant la spécificité des propriétés parallèles sur la monnaie. – *« De ce que la monnaie est une « unité de comparaison des valeurs, il s'ensuit qu'elle n'a pas de valeur en elle-même »*[58]. Est-ce à dire pour autant qu'elle n'est pas un bien ? Assurément, non. Pour s'en convaincre, l'article 1238 du Code civil impose, en son alinéa 1er, que *« pour payer valablement »*, le débiteur doit être *« propriétaire de la chose donnée en paiement, et capable de l'aliéner »*. La seule référence à ces dispositions légales est cependant insuffisante. On ne peut se contenter d'affirmer que la monnaie peut être objet d'un droit de propriété. Encore faut-il déterminer qui en est propriétaire.

Il est communément admis que ce n'est pas la monnaie dans son ensemble qui est appropriable, mais plus exactement les unités de paiement[59]. Pourquoi ? La monnaie se compose, comme tout bien immatériel, d'un corpus et d'une chose immatérielle. Il ne fait aucun doute que la chose immatérielle, c'est-à-dire les unités de paiement appartiennent à celui qui les utilise. Pour autant, l'incorporation de ces unités, la *« matérialisation sociale absolue de la richesse »*[60], n'emporte pas la propriété du support. S'agissant de la monnaie, et plus spécifiquement des monnaies métallique et fiduciaire, le corpus reste la propriété de l'Etat. *« Le souverain demeure en tiers dans le rapport de droit »*[61], mais il dispose de prérogatives convaincantes : la possibilité d'attribuer et de retirer le cours légal des instruments financiers en leur ôtant ainsi la qualité de monnaie ou encore celle d'agir directement sur les unités monétaires par le mécanisme de la dépréciation[62].

---

[58] LIBCHABER (R.), Recherches sur la monnaie en droit privé, th. Paris I, LGDJ, 1992, p. 40, n° 49
[59] LIBCHABER (R.), *ibid.* ; BERLIOZ (P.), La notion de bien, th. Paris I, LGDJ, 2007, p. 311, n° 960 s.
[60] MARX (K.), Le Capital, Livre I, PUF, p. 162
[61] CARBONNIER (J.), Droit civil, vol. 2 : Les biens, PUF, 2002, 19e éd., p. 1571, n° 696
[62] *Ibid.*

Par le paiement, par la remise d'une quantité d'unités monétaires, deux opérations interviennent simultanément : l'extinction d'une dette et le transfert par le débiteur au créancier de la propriété des instruments financiers[63].

Si la dualité du droit de propriété qui grève la monnaie concerne également les biens intellectuels, elle se manifeste d'une toute autre manière.

13 ter. – Concernant la spécificité des propriétés parallèles sur les biens intellectuels. **–** Dans ses Institutes Gaius s'interrogeait déjà sur les relations qu'entretenaient les propriétés corporelle et incorporelle dans ces termes : *« l'écriture, fût-elle en or, suit en accession le papier ou le parchemin, comme les constructions ou les semences suivent le sol. Si, par conséquent, sur ton papier ou sur ton parchemin, Titius a écrit des vers, une histoire, un discours, ce livre n'est pas à Titius mais à toi (…). Si quelqu'un a peint sur la planche d'autrui, selon quelques jurisconsultes, la planche cède à la peinture, selon d'autres, la peinture, quelle qu'elle soit, cède à la planche. Mais la première opinion nous paraît préférable »*[64]. Plusieurs siècles se sont écoulés quand le législateur a posé le principe selon lequel *« la propriété incorporelle définie par l'article L. 111-1 est indépendante de la propriété de l'objet matériel »*[65]. Autrement dit, la propriété de l'œuvre ne suit pas celle de son support. La règle vaut aussi pour les propriétés industrielles : la titularité du droit se distingue de celle de l'objet qui matérialise l'invention, le dessin ou le modèle.

Comme l'ont signalé certains auteurs, il existe deux sortes d'objet matériel : celui qui peut être qualifié de création, tel un tableau ou une sculpture ; et celui dit de commercialisation sur lequel l'œuvre a été reproduite, qui est destiné à la vente ou à la location, voire au prêt et est reproduit en nombre[66], tel un livre ou un disque.

La dichotomie qui caractérise le bien intellectuel engendre bien souvent des conflits quant à la mise en œuvre des droits des propriétaires. Si l'impression nous est

---

[63] CARBONNIER (J.), *op. cit.*, p. 1561, n° 688 : *« pour s'acquitter d'une obligation dont l'objet est une quantité d'unités monétaires idéales, le débiteur transfèrera au créancier la propriété d'instruments monétaires »*.

[64] GAIUS, Institutes, II, 77-78 ; JUSTINIEN, Institutes, II, I, 33-34 ; cités par KAMINA (P.), *« De l'indépendance des propriétés corporelles et intellectuelles »* : RRJ, Droit prospectif, 1998, 2, n° 3, p. 881, note sous Civ. 1ère, 6 mai 1997 (Godard c/ Houdelinckx)

[65] Article L. 111-3 al. 1er du Code de la propriété intellectuelle

[66] CARON (CH.), Droit d'auteur et droits voisins, Litec, 2006, p. 234-235, n° 299

donnée que le droit du propriétaire du support dispose d'un droit inébranlable, faisant flancher le droit du titulaire de la chose immatérielle, il n'en est rien. L'absolutisme de son droit, qui découle directement des dispositions de l'article 544 du Code civil, a été encadré par le législateur qui en sanctionne les abus[67], et freiné par la jurisprudence[68].
La suprématie du droit du propriétaire de l'objet matériel n'est peut-être pas absolue, il reste cependant contraignant pour le titulaire de la chose incorporelle qui ne peut en exiger sa mise à disposition pour l'exercice de ses droits, et notamment du droit de reproduction. Par ailleurs, l'auteur ne peut pas non plus s'opposer à l'action en revendication portant sur les supports matériels dans une procédure collective[69]. Enfin, la Cour de cassation a décidé par un arrêt du 5 février 2002 que l'exercice du droit patrimonial de l'auteur devait être paralysé par la fonction régalienne des billets de banque[70].

L'existence de propriétés parallèles sur les biens immatériels a pour conséquence évidente de créer deux propriétaires donc deux débiteurs qui sont susceptibles de donner en garantie la partie du bien dont ils sont titulaires.

14. – En outre, le corpus va également justifier le droit de saisie du créancier qui pourra s'exercer soit sur la valeur intrinsèque du bien soit sur sa valeur extrinsèque.

14 bis. – ***La saisie de la valeur intrinsèque du bien ou la saisie de la monnaie et de ses représentations*****. –** La monnaie est le seul bien qui porte en lui-même sa valeur,

---

[67] L'article L. 113-1 du Code de la propriété intellectuelle prévoit qu' *« en cas d'abus notoire du propriétaire empêchant l'exercice du droit de divulgation, le tribunal de grande instance peut prendre toute mesure appropriée »*. L'on peut tout de même regretter que cet abus soit limité au seul droit de divulgation. Sur ce thème, V. aussi CARON (CH.), Abus de droit et droit d'auteur, Litec 1998, n° 232 s.

[68] On pense ici à la jurisprudence relative au droit à l'image des biens qui a été initié en 1999 par le célèbre arrêt Café Gondrée, par lequel les juges avaient décidé que *« le propriétaire a seul le droit d'exploiter son bien, sous quelque forme que ce soit ; (…) l'exploitation du bien sous la forme de photographies porte atteinte au droit de jouissance du propriétaire »*. Ce droit a été entériné par un arrêt de l'Assemblée plénière du 7 mai 2004 par un attendu qui a ravi une grande partie de la doctrine selon lequel *« le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci ; qu'il peut toutefois s'opposer à l'utilisation de cette image par un tiers lorsqu'elle lui cause un trouble anormal »* (Civ. 1ère, 10 mars 1999, pourvoi n° 96-18.699).

[69] Com. 19 nov. 2003 : JCP G 2004, I, 113, note CH. CARON ; D. 2004, p. 801, note A. et F.-X. LUCAS

[70] Civ. 1ère, 5 février 2002 : CCE 2002, comm. n° 3, p. 20, obs. CH. CARON ; JCP E 2002, p. 1473, note S. GREGOIRE ; Propriétés intellectuelles 2002, n° 3, p. 50, note P. SIRINELLI ; Gaz. Pal. 2003, n° 1, p. 18, note J. SAINTE ROSE ; V. aussi CARON (CH.), *« Les billets de banque sont-ils des œuvres ? »* : CCE 2000, n° 1, p. 17

du fait des unités monétaires qui sont inscrites sur son support métallique ou papier. Par extension, les titres représentant ces unités monétaires peuvent eux aussi être considérés comme détenteurs d'une valeur intrinsèque comme les valeurs mobilières. Le support les révèlent mais elles entrent en tant que telles, en tant que valeurs, dans le patrimoine de leur utilisateur.

Dès lors, la procédure civile d'exécution pourra s'effectuer directement sur une somme d'argent, à travers la saisie de la monnaie métallique ou fiduciaire, d'un compte bancaire ou de valeurs mobilières. Elle s'effectuera alors par signification de l'acte de saisie au débiteur ou à la personne moral émettrice, le mandataire de celle-ci ou l'intermédiaire qui tient les comptes de valeurs à saisir[71].

Il existe toutefois des parts sociales insaisissables par leur nature : ce sont les parts d'un associé en industrie. Parce qu'elles sont liées à la personne, elles sont incessibles. Incessibles donc insaisissables. De même les parts de sociétés professionnelles ne peuvent être saisies[72].

---

71 Articles 178 et 181 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi no 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, publié au JO du 5 août, p. 10530

72 Décret n° 92-64 du 20 janvier 1992 modifiant le décret n° 67-868 du 2 octobre 1967 pris pour l'application à la profession de notaire de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, publié au JO du 21 janvier 1992, p. 976 ; décret n°92-65 du 20 janvier 1992 modifiant le décret n° 69-1274 du 31 décembre 1969 pris pour l'application à la profession d'huissier de justice de la loi n° 66-879 du 20 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, publié au JO du 21 janvier 1992, p. 979 ; décret n° 92-66 du 20 janvier 1992 modifiant le décret n° 69-1057 du 20 novembre 1969 pris pour l'application à la profession d'avoué près les cours d'appel de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, publié au JO du 21 janvier 1992, p. 985. Tous ces décrets comportent une disposition commune qui prévoit que *« les parts sociales ne peuvent être données en nantissement ni vendues aux enchères publiques »*. Une disposition identique figure dans le décret n° 92-680 du 20 juillet 1992 pris pour l'application à la profession d'avocat de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, publiée au JO du 20 juillet 1992, p. 9799. En revanche, cette règle n'a pas été prévue pour la profession de médecin (article 13 du décret n°77-636 du 14 juin 1977 pris pour l'application aux médecins de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, publié au JO du 23 juin 1977, p. 3372), ni pour celle des administrateurs judiciaires (article 10 du décret n°86-1176 du 5 novembre 1986 portant application aux professions d'administrateur judiciaire et de mandataire liquidateur de la loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 relative aux sociétés civiles professionnelles, publié au JO du 8 novembre 1986, p. 13431).

Le créancier dispose de la possibilité de saisir la valeur intrinsèque du bien, c'est-à-dire celle qui est représentée directement sur le bien, ce qui concernera exclusivement les biens immatériels financiers en raison de l'inscription des unités monétaires sur le support.

Il dispose aussi, distinctement, d'un droit d'appréhension de la valeur qui n'est pas visible, celle qui est extrinsèque au bien. Autrement dit, la valeur générée par le bien lui-même. Cette procédure aura, quant à elle, vocation à s'appliquer non seulement aux biens immatériels industriels : fonds de commerce et biens intellectuels, mais également aux biens immatériels financiers qui produisent des fruits (revenus, intérêts).

14 ter. – ***La saisie de la valeur extrinsèque des biens ou la saisie des revenus générés par le bien.*** **–** Même si l'objet matériel n'est plus dans le patrimoine du propriétaire de la chose incorporelle, la valeur y demeure. Comment ? En tant que *« résultante des attributs de la propriété, la valeur de la chose naît de la réunion, en une même main, des avantages de l'usage, de la jouissance et de la disposition. Là sont les avantages – rares – de la valeur »*[73]. Pour cette raison, la valeur peut se détacher d'un corpus, pour demeurer dans le patrimoine *« où subsistent les droits sur la chose »*[74]. Dès lors, comme élément du patrimoine, la valeur peut être remise à un créancier à titre de garantie, sans pour autant affecter les droits du propriétaire qui peut continuer à en jouir pleinement.

Cette valeur résulte de l'exploitation que le propriétaire fera de sa chose immatérielle. Les revenus qu'il va percevoir directement de son fonds de commerce ou de son monopole d'exploitation sont constitutifs d'une valeur qui va être incluse dans son patrimoine. L'avantage de la possession de cette chose immatérielle génératrice de valeur a pour avantage sa conservation, bénéfique à la fois pour le débiteur et pour le créancier. De ce fait, la mise en garantie de la chose sera apparente. Alors comment appliquer une saisie ?

Avant d'envisager une réponse concrète à cette question, il convient d'ores et déjà de préciser que certains biens ne peuvent faire l'objet d'une procédure de saisie.

---

[73] ATIAS (CH.), *« La valeur engagée (sur l'objet du gage) »* : RJC 1994, Le gage commercial, n° spéc., p. 72, n° 8

[74] *Ibid.*

Tel est le cas de certaines créances qui ont un caractère alimentaire[75]. Les rémunérations de travail qui peuvent être qualifiées de créances alimentaires ne sont pourtant pas intégralement insaisissables. Il existe une fraction sur laquelle les créanciers peuvent exercer un droit de saisie. Pourront alors être saisis les revenus que le commerçant a perçus de l'exploitation de son fonds de commerce, ainsi que ceux que l'auteur ou le titulaire d'un droit industriel a tiré de l'exploitation de son bien intellectuel.

Plus précisément, la saisie s'effectuera par voie de saisie-attribution ou saisie conservatoire puisque les revenus constituent des créances de sommes d'argent. Si sur le principe, la saisissabilité des revenus du commerçant, ainsi que celle des droits de propriété industrielle ne suscitent aucune contestation, parce qu'ils bénéficient d'une assise légale relativement confortable, il n'en va pas de même pour les droits de propriété littéraire et artistique. En raison du droit de propriété atypique attribué à l'auteur qui se compose du droit moral et de droits patrimoniaux, la mise en œuvre de la saisie apparaît un peu plus complexe. En réalité, il n'en est rien. La saisie s'effectuera sur les droits détenus par l'auteur, sur la créance de l'auteur contre un tiers si une partie ou totalité des droits patrimoniaux ont été cédés ou sur les parts qui ont été attribuées à l'auteur en échange de l'apport de l'œuvre fait à une société. En revanche, échappent à toute procédure de saisie le droit de suite, en raison de son inaliénabilité[76], ainsi que le support matériel de l'œuvre si celui-ci est sorti du patrimoine de l'auteur-débiteur. Dans ce dernier cas, deux saisies pourront coexister : celle de la chose immatérielle et celle du corpus, avec la possibilité qu'il y ait parallèlement à la pluralité de créanciers, une pluralité de débiteurs (auteur, cessionnaires de droits patrimoniaux et propriétaire de l'objet matériel). L'article 75 de la loi du 9 juillet 1991 dispose qu' *« un bien peut faire l'objet de plusieurs saisies conservatoires »*, ce qui signifie que le bien ou ses composants s'agissant des biens immatériels, restent saisissables par les créanciers. En revanche, il vaudra veiller à l'application du principe selon lequel *« saisie sur saisie ne vaut »*, c'est-à-dire qu'il ne peut y avoir sur un même objet plusieurs saisies indépendantes. Un second créancier doit s'associer à la saisie antérieure.

---

[75] Article 14-2 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, publiée au JO du 14 juillet 19991, p. 9228

[76] Article L. 122-8 du Code de la propriété intellectuelle

Par ailleurs, la saisie de la valeur générée par la chose incorporelle composant le bien immatériel permettra dans des cas très exceptionnels de contourner certaines insaisissabilités, comme celle qui concerne les parts d'un associé en industrie, la possibilité est offerte aux créanciers d'en saisir les bénéfices.

B. LA DUALITE DE NATURE DES BIENS IMMATERIELS

15. – Les biens immatériels peuvent être financiers ou industriels.

1. LES BIENS IMMATERIELS FINANCIERS

16. – Les biens immatériels financiers proviennent le plus souvent de l'impulsion d'une personne morale de droit public ou privé disposant d'un rôle financier : l'Etat qui émet et garantie la monnaie, les établissements de crédit qui délivrent des monnaies ou des titres, les sociétés commerciales qui émettent des titres sociaux (parts ou actions) ou des formes de monnaies privées tels les chèques-cadeaux. Malgré leur très grande multiplicité, les biens immatériels financiers ont une caractéristique commune : ils sont ou représentent une unité monétaire. En tant que tels, ils disposent d'une caractéristique identique : la fongibilité.

17. – Les biens immatériels financiers représentatifs d'une unité monétaire. – De toutes les choses immatérielles, la monnaie est indéniablement celle qui a connu le plus grand nombre de bouleversements. Initialement métallique, elle est devenue fiduciaire, puis, par un mouvement de dématérialisation, scripturale. Avec l'ère de l'informatique et du numérique, elle peut aussi être électronique et parfois même virtuelle. Les transformations sont rendues possibles par un vecteur unique : les unités monétaires. Conçues par l'esprit, elles ne sont pas prisonnières des carcans d'une forme attitrée. Libres quant à la forme, elles peuvent alors être représentées par des moyens divers tels que la scripturalisation ou les chèques-cadeaux.

L'inscription de ces unités monétaires sur des supports très divers engendre-t-elle un changement de qualification ? S'il est vrai que les monnaies métallique, fiduciaire et scripturale peuvent revêtir une double qualification, monnaies et créances, il en va

autrement des créances à proprement parlé, des titres de créance qui, de plus en plus fréquemment se substituent à la monnaie dans les patrimoines[77].

17 bis. – ***L'ambivalence des monnaies métallique, fiduciaire et scripturale : monnaies et créances à la fois*****. –** Dans l'Antiquité, la monnaie désignait la pièce de métal, en or ou en argent, frappée par l'autorité souveraine pour servir aux échanges. La valeur de l'argent résidait en lui. L'unité monétaire était égale à celle du métal. Puis, au XVIIe siècle, pour faciliter le commerce, et alléger les poches des commerçants, elle est devenue le papier-monnaie. La première étape de la dématérialisation était franchie. Si le papier n'était qu'au départ un certificat d'attestation d'un dépôt de pièces d'argent, rapidement, il est devenu une monnaie fiduciaire, dans le sens où la confiance de son utilisateur a été déplacée du métal vers l'Etat. Plus tard, est née la monnaie scripturale dont la définition et la nature juridique ont fait couler beaucoup d'encre[78]. Nous n'avons pas l'intention d'énumérer les différentes opinions, nous nous bornerons à considérer que les chèques, cartes de paiement, virements, avis de prélèvement et titres interbancaires de paiement constituent des monnaies scripturales[79].

Concernant leur qualification, les monnaies scripturales ne disposent pas d'un pouvoir libératoire absolu, parce que le débiteur n'est libéré qu'au moment de l'inscription de la créance sur le compte du bénéficiaire[80]. Cependant, elles constituent un moyen de paiement. Pour cette raison, certains ont choisi de la qualifier de *« monnaie de second rang »*[81], car contrairement aux monnaies métallique et fiduciaire, elle nécessite pour être libératoire (pour que le paiement puisse être effectué),

---

[77] BERLIOZ (P.), La notion de bien, th. Paris I, LGDJ, 2007, p. 311, n° 970 s.

[78] CATALA (N.), La nature juridique du paiement, th. Paris, 1961 ; RIVES-LANGE (J.-L.), *« La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique) »* : *in* Mélanges HENRI CABRILLAC, Litec, 1968, p. 403 ; MARTIN (D. R.), *« La théorie de la scripturalisation »* : D. 2005, p. 1702 ; PETRIZI (E.-A.), La monnaie scripturale, th. Paris, 1933 ; GEORGES (F.), La saisie de la monnaie scripturale, th. Liège, Ed. Larcier, 2006 ; DAUPHIN (P.), Le virement en banque, th. Lyon, 1942 ; RAYNOUARD (A.), La dématérialisation des titres, étude sur la forme scripturale, th Paris II, 1998

[79] *Contra* RIVES-LANGE (J.-L.), *op. cit.*, p. 407, spéc. n° 2 : *« la monnaie scripturale (…) est seulement constituée par les soldes disponibles des comptes en banque susceptibles de circuler de compte à compte par jeu d'écritures »*.

[80] V. par exemple (à titre non exhaustif) : Soc. 15 octobre 2002 : Bull. civ. IV, n° 309 ; Soc. 28 février 1980 : Bull. civ. V, n° 212 ; Civ. 1ère, 4 avril 2001 : D. 2001, somm. 3323, obs. H. GROUTEL ; Civ. 1ère, 23 juin 1993 : D. 1994, p. 24, note D. MARTIN

[81] CARBONNIER (J.), Droit civil, vol. II : Les biens, PUF, 2002, 19e éd., p. 1527 s. ; CATALA (N.), La nature juridique du paiement, th. Paris, 1961, p. 143 s., n° 77 s.

l'intervention d'un tiers : l'établissement de crédit. Cependant, l'article 4 de la loi n° 84-46 du 24 janvier 1984[82] a défini comme moyen de paiement tous les instruments qui permettent à toute personne de transférer des fonds, quel que soit le support ou le procédé technique utilisé. La monnaie scripturale est donc une monnaie. Si la qualification est incontestable, elle est insuffisante car elle représente aussi en outre une créance contre l'établissement de crédit. En effet, elle ne peut circuler qu'en fonction des ordres de ceux qui la possèdent. En effet, le débiteur doit transmettre à son banquier ses ordres de transfert, de virement, via les divers procédés qui lui sont offerts (ordre de virement, chèque, prélèvements automatiques ou non…). La monnaie va alors circuler de compte à compte par le jeu des écritures, le compte bancaire n'étant qu'une dette de la banque envers le titulaire[83]. Dès lors, la monnaie scripturale apparaît à la fois comme une monnaie et comme une créance. Les deux qualifications ne sont d'ailleurs pas incompatibles. Monsieur Libchaber considère en effet que *« rien ne s'oppose à ce qu'une créance joue le rôle de monnaie »*[84]. Il est alors légitime de se demander si, finalement, toute monnaie n'est-elle pas une créance : créance contre l'Etat lorsqu'elle est métallique ou fiduciaire et créance contre l'établissement de crédit lorsqu'elle est scripturale ? Nous le pensons. Mais si toute monnaie est une créance, toute créance n'est pas une monnaie.

17 ter. – *L'ambivalence des représentations de la monnaie.* – Qu'est-ce qui fait la monnaie : son pouvoir libératoire pour le créancier ou *« la faculté (la liberté) de la réutiliser, de la remettre en circulation immédiatement »*[85] ? Si la réutilisation ou la remise en circulation immédiate s'adapte parfaitement à la monnaie métallique et fiduciaire, il en va autrement de la monnaie scripturale qui nécessite *« un différé*

---

[82] Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 relative à l'activité et au contrôle des établissements de crédit, publiée au JO du 25 janvier, p. 390

[83] GALAND (G.), et GRANDJEAN (A.), La monnaie dévoilée, Ed. L'Harmattan, 1997, p. 13 ; RIVES-LANGE (J.-L.), *« La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique) »* : *in* Mélanges HENRI CABRILLAC, Litec, 1968, p. 408, n° 4 : « la monnaie scripturale, simple créance contre un banquier » et n° 6 : *« Le virement est un procédé scriptural qui échappe aux règles traditionnelles du transport des créances. La créance, pour jouer son rôle de monnaie s'est incorporée dans le signe, le symbole qui la représente et en révèle l'existence. Tant que ce symbole n'est pas inscrit au compte du bénéficiaire, aucune monnaie n'est remise »*.

[84] LIBCHABER (R.), Recherches sur la monnaie en droit privé, th. Paris I, LGDJ, 1992, p. 67, n° 80

[85] CARBONNIER (J.), Droit civil, vol. II : Les biens, PUF, 2002, 19e éd., p. 1555, n° 685

inéluctable »[86], mais également des instruments financiers[87], des polices d'assurance[88] et des chèques-cadeaux.

D'aucuns contestent que ni les instruments financiers ni les polices d'assurance ne peuvent être qualifiées de monnaies, pour deux raisons. La première a été donnée à la suite d'un arrêt rendu par la Première Chambre civile du 13 avril 1999 par lequel la Cour de cassation avait décidé que *« l'Ecu, créée et défini dans le cadre du Système monétaire européen, n'est pas une monnaie étrangère »*[89]. Selon les termes d'un auteur : *« une monnaie ne se borne pas à rendre des services : elle doit également avoir une substance qui en garantisse la nature monétaire. Or la substance d'une monnaie se reconnaît principalement à son autonomie, c'est-à-dire à sa capacité à permettre des évaluations par la seule référence à son nom, et à transférer des valeurs par la circulation de ses espèces »* [90]. Or, force est de constater que de cette lecture découle une évidence : les instruments financiers, de même que les polices d'assurance, sont dépourvus de toute réalité monétaire intrinsèque. Mais l'argument est insuffisant. Il faut en outre rajouter qu'ils ne disposent pas d'un cours légal[91]. En effet, il s'agit de contrats privés, de titres privés qui n'incluent pas la puissance étatique.

---

[86] CARBONNIER (J.), *ibid.*

[87] Les instruments financiers ont fait l'objet d'une réforme par la loi du 2 juillet 1996. Pour autant, le législateur n'a pas pris soin de la définir, mais seulement d'énumérer plusieurs catégories, codifiées aux articles L. 211-1-I-1 et s. du Code monétaire et financier, qui peuvent être regroupées sous cette appellation, à savoir : les actions et autres titres donnant accès au capital ou aux droits de vote, les titres de créances (aussi bien les titres de créances négociables et des obligations que les titres de créances émis par l'Etat), les parts ou actions d'organismes de placements collectifs, les instruments financiers à terme. La liste n'est pas exhaustive puisque l'article L. 211-1-II-6 du Code monétaire et financier y inclut également *« tous les autres instruments financiers de marché à terme »*. La volonté du législateur était d'accroître le domaine de l'article 29 de la loi du 3 janvier 1983 qui ne s'appliquait qu'aux seules valeurs mobilières et non aux titres entendus largement.

[88] L'article L. 132-10 du Code des assurances prévoit que *« la police d'assurance peut être donnée en nantissement »*. Peuvent ainsi être remis en garantie par un débiteur un contrat sur la vie (versement d'un capital à une date déterminée si le souscripteur est encore en vie), un contrat en cas de décès (versement d'un capital à un bénéficiaire à la mort du souscripteur) ou un contrat mixte (cumul d'une assurance-vie et d'une assurance-décès).
Le caractère immatériel des polices d'assurance réside dans le capital, créance du souscripteur ou du créancier lui-même qui peut être le bénéficiaire du contrat.

[89] Civ. 1ère, 13 avril 1999 : Bull. civ. I, n° 135

[90] LIBCHABER (R.), *« Regards rétrospectifs sur une prétendue monnaie »* : obs. sous Civ. 1ère, 13 avril 1999 : D. 2000, somm. p. 365

[91] Sur le cours légal, V. CARBONNIER (J.), Droit civil, vol. II : Les biens, PUF, 2002, 19e éd., p. 1561, n° 688 ; V. aussi LIBCHABER (R.), *ibid*.

En ce qui concerne les chèques-cadeaux, leur nature a interrogé la doctrine après que les prétoires ont été saisis de la question de savoir si un chèque-cadeau est un instrument de paiement au sens de la loi bancaire, ainsi qu'il ressort des décisions rendues par le Tribunal correctionnel de Nanterre[92], la Cour d'appel de Versailles et la Cour suprême dans le cadre l'affaire Groupe P.P.R. c/ Société Tir groupé.

Le 6 juin 2001, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a d'une part relevé que *« ces chèques-cadeaux, dépourvus de tout caractère fongible et liquide, ne représentaient pas une valeur monétaire, pas même après inscription en compte pour une utilisation ultérieure de leur montant à des fins indifférenciées »*, et a d'autre part proposé de définir les chèques-cadeaux comme *« des moyens de transférer des créances sur des débiteurs prédéterminés »*[93].

Avant la Haute juridiction, les juges avaient décidé par un arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 10 juin 1999 que les chèques-cadeaux ne constituent pas des moyens de paiement[94] aux motifs qu'ils ne peuvent être échangés contre un autre instrument de transfert de fonds, ni être virés ou déposés sur un compte bancaire ; qu'ils ne peuvent être échangés que contre des biens et services, et qu'auprès de certaines personnes limitativement définis ; et qu'enfin, ils trouvent leur valeur dans un engagement purement contractuel des sociétés émettrices et non dans la volonté de la puissance publique.

L'argumentation développée par la Cour de Versailles, pourtant remarquée pour sa qualité, a peu convaincu la doctrine et les praticiens. Succinctement évoquées par le Professeur Cabrillac, les critiques qui peuvent être formulées à l'encontre de chacun des critères de qualification proposés par les juges sont nombreuses : les avis de prélèvement, de même que les ordres de virement ne sont pas échangeables contre des espèces, un chèque, une lettre de change, un billet à ordre, et pourtant, ce sont des instruments de transfert de fonds *« par excellence »*[95] ; lorsque la monnaie métallique ou fiduciaire est utilisée comme mode de règlement, celle-ci n'a pas à transiter par un compte bancaire pour être admise à titre de paiement ; par ailleurs, la qualification

---

[92] Trib. correc. Nanterre, 20 nov. 1998 : RTD com. 1999, p. 168, obs. R. CABRILLAC

[93] Com. 6 juin 2001 : D. Aff. 2001, p. 2124, obs. X. DELPECH ; RDBF 2001, p. 223, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD

[94] CA Versailles, 10 juin 1999 : RTD com. 1999, p. 937, obs. R. CABRILLAC ; D. Aff. 1999, p. 1248, obs. E. PUTMANN ; RDBF 2000, p. 111, note J. STOUFFLET ; RJC 2000, p. 9, note P. MOZAS

[95] Pour reprendre l'expression de CARBONNIER (J.), Droit civil, vol. 2 : Les biens, PUF, 2002, 19e éd., p. 1561, n° 688

d'instrument de transfert de fonds n'est pas tributaire du large choix offert au débiteur quant aux créanciers ou quant aux biens. S'il est vrai qu'au moment de la remise du chèque-cadeau au commerçant, le pouvoir d'achat du débiteur est singulier étant donné qu'il résulte d'une opération antérieure, d'un transfert de fonds initial, nécessaire à l'acquisition du chèque-cadeau, il n'en demeure par moins qu'en acceptant ce mode de règlement de la dette, le créancier permet au débiteur d'acquérir des biens. La fongibilité est dès lors caractérisée, et il importe peu qu'il y ait une limitation du pouvoir d'achat quant aux créanciers et quant aux biens et services.

Enfin, le critère tiré de l'origine contractuelle du chèque-cadeau est tout aussi contestable. Il suffit pour s'en convaincre de se souvenir du fonctionnement initial de la carte de paiement. Puisant son origine des contrats conclus avec des établissements de crédit, elle n'a *« reçu que tardivement et modestement la bénédiction de la puissance publique »* [96].

Si le chèque-cadeau, du fait de son caractère privé, de l'absence de cours légal, n'est pas une monnaie, il constitue à tout le moins un instrument de transfert de fonds. Est-il aussi un moyen de paiement ? Nous le pensons. Pour s'en convaincre, ne considère-t-on pas, que le paiement représente un mode d'extinction d'une dette ?[97] Par ailleurs, Ulpien enseignait dans son Digeste qu' *« il paraît convaincant d'entendre par paiement (solutio) toute forme d'exécution (satisfactio) [d'une obligation] ; nous disons que "paie" celui qui fait ce qu'il a promis de faire »*[98].

18. – La fongibilité des biens immatériels financiers[99]. – Les unités monétaires confèrent au bien immatériel financier une autre caractéristique fédératrice : la fongibilité.

---

[96] Sur l'ensemble de ces critiques : V. notamment CABRILLAC (R.), obs. sous CA Versailles, 10 juin 1999 : RTD com. 1999, p. 937

[97] Articles 1235 à 1248 du Code civil

[98] ULPIEN, Digeste, 50, 16, 176, cité par SERIAUX (A.), *« Conception juridique d'une opération économique : le paiement »* : RTD civ. 2004, p. 228 ; V. aussi LOISEAU (G.), *« Réflexion sur la nature juridique du paiement »* : JCP G 2006 I 171

[99] Au sein des biens immatériels financiers, une distinction doit être faite entre la monnaie et les titres de créances, en raison de leur nature. Nous l'avons déjà évoqué. Cependant, cette distinction doit être réintroduite lorsqu'il s'agit d'étudier la fongibilité. En effet, s'il est vrai que les titres de créances, au sens où nous l'entendons, ne sont pas fongibles, il n'en demeure pas moins qu'ils constituent des réserves de valeur, ils incorporent des unités monétaires qui peuvent servir à transférer des fonds. Leur transformation en monnaie les amène par voie de conséquence à devenir fongibles.

Nombreuses sont les équivoques et les ambigüités autour de la notion de fongibilité, nourries probablement par son origine étymologique latine, *fungibilis*, signifiant *« qui se consomme »*. Partant, souvent assimilée[100] ou rapprochée de la notion de consomptibilité[101], la fongibilité peine à s'en démarquer. L'identification est d'autant plus difficile que le seul apport scientifique de la notion, quant à sa définition, provient non pas du législateur mais de la doctrine. Il est communément admis par les auteurs que la fongibilité désigne *« l'équivalence entre deux choses dont il résulte que l'une peut parfaitement se substituer à l'autre »*[102], à condition qu'elles puissent être déterminées par leur nombre, leur mesure ou leur poids[103]. Apparaissent ainsi deux critères fondamentaux qui expliquent et justifient la fongibilité : d'une part les choses fongibles doivent se compter, se peser et se mesurer ; d'autre part elles doivent être interchangeables, équivalentes, autrement dit, se compenser. Or, c'est précisément à propos de l'extinction des dettes par voie de compensation que le Code civil évoque la fongibilité. L'article 1291 du Code civil dispose que *« la compensation n'a lieu qu'entre deux dettes qui ont également pour objet une somme d'argent, ou une certaine quantité de choses fongibles de la même espèce et qui sont également liquides et exigibles »*. Compenser signifie parfois le fait de rendre égal. Appliquée aux choses, la compensation constitue une comparaison entre deux éléments semblables qui présentent une identité de qualités, de genre ou d'espèce, parfois de destination et qui peuvent être remplacés, changés l'un pour l'autre sans inconvénients, entre des éléments substituables. Il est loisible d'ajouter en outre que, pour qu'il y ait fongibilité, encore faut-il que ces choses aient la même valeur. Monsieur Jaubert a donné l'exemple de

---

[100] Certaines législations européennes confondent les deux notions. Par exemple, l'article 561 du Code civil néerlandais qui dispose que *« les biens fongibles sont ceux qui se consomment par l'usage »*, et l'article 337 du Code civil espagnol selon lequel *« les biens meubles sont fongibles ou non fongibles, à la première espèce appartiennent ceux on ne peut faire usage conformément à leur nature sans les consommer, à la seconde appartiennent les autres »*, entretiennent l'ambigüité.

[101] V. l'étude de JAUBERT (P.), *« Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité »* : RTD civ. 1945, p. 75

[102] PRUSSEN (Y.), *« Le régime des titres et instruments fongibles »* : www.ehp.lu

[103] Cf. article 91 du BGB allemand : les choses fongibles sont *« les choses mobilières qu'il est d'usage de déterminer dans les rapports commerciaux d'après leur nombre, leur mesure ou leur poids »*, cité par DUFOUR (A.), *« Notion et division des choses en droit germanique »* : *in* Les biens et les choses, Archives de philosophie du droit, t. 24, Ed. Sirey, 1979, p. 116 s. ; V. aussi CALIEN (Y.), *« De la fongibilité des immeubles »* : LPA 17 oct. 2001, n° 207, p. 5

deux livres de la même série qui sont fongibles lorsqu'ils sont neufs, mais qui perdent cette qualité quand ils sont abîmés[104].

Un autre critère a été avancé, celui de l'absence d'individualisation[105], qui peut être définie comme l'attribution d'une origine précise à la chose[106]. Elle peut prendre des formes tout à fait différentes selon le type de bien concerné. Appliquée par exemple aux instruments financiers, l'individualisation est établie lorsque ces derniers sont inscrits sur un compte particulier[107].

En pratique, l'incidence de cette distinction est majeure car c'est l'individualisation qui va permettre, notamment, la revendication d'une chose fongible mais non sans difficulté. En effet, le caractère fongible des sommes d'argent a entraîné des solutions jurisprudentielles disparates.

Avant l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, les tribunaux avaient pu décider que la remise de fonds à un créancier à titre de garantie s'analysait en une fiducie-sûreté, transférant ainsi la propriété de ces fonds au créancier qui pouvait

---

[104] JAUBERT (P.), *op. cit.*, p. 85

[105] Doit être ici évoquée l'épineuse sous-division des biens en corps certains et choses de genre. Traditionnellement, la première catégorie désigne une *« chose corporelle déterminée dans sa matérialité, spécifiée dans son individualité : un bijou de famille, tel sac de blé différencié par une marque, tel tonneau de vin étiqueté »*, par opposition à la seconde qui s'emploie comme synonyme de choses fongibles. La distinction est délicate pour des raisons de langage. En effet, et il important d'attirer l'attention du lecteur sur la spécificité des termes employés. Il ne faut pas confondre l'individualisation d'une chose et son individualité. Un auteur l'explique parfaitement : *« Si l'individualisation n'est pas un critère exclusif de la fongibilité, l'absence d'individualité est en revanche le critère déterminant des choses fongibles. La fongibilité fait abstraction des qualités individuelle des biens pour créer l'indifférence entre deux choses. Ce faisant l'individualité supprime la fongibilité. »*. Sensiblement dans le même sens, Monsieur JAUBERT explique que *« seules seraient des choses non fongibles, les choses qui ont une individualité, une identité ; les autres au contraire, dont on ne peut préciser l'originalité parce qu'elles sont semblables à d'autres, seraient confondues dans la masse du patrimoine »*. L'individualité différencie la chose fongible du corps certain et constitue un obstacle à la fongibilité, contrairement à l'individualisation.

[106] JAUBERT (P.), *« Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité »*, RTD civ. 1945, p. 78

[107] PEROT-REBOUL (C.), *« L'exécution forcée des instruments financiers »* : D. 2000, chron. p. 353, spéc. p. 355

procéder à la compensation sans être inquiété par une demande en restitution du débiteur fondée sur le régime du nantissement de créances[108].

En ce qui concerne les sommes d'argent remises à un tiers en paiement, en séquestre ou en dépôt, elles se confondent avec son patrimoine, exceptée l'hypothèse dans laquelle une destination spéciale leur a été conférée, permettant alors leur individualisation et par voie de conséquence leur revendication dans le cadre d'une procédure collective, empêchant de ce fait la qualification du dépositaire en propriétaire.

Dans un premier temps, avant la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises[109], lorsqu'il était impossible d'isoler lesdites sommes appartenant au failli, la revendication par les créanciers était exclue. La jurisprudence précisait à ce titre que l'individualisation devait avoir un caractère constant, ininterrompu. Etait ainsi, sur ce fondement, interdit au débiteur de reconstituer l'individualisation en séparant de son patrimoine les sommes d'argent qui lui avaient été remises et qui avaient fusionnées avec la masse de ses biens. En effet, l'individualisation aurait procuré à l'un de ses créanciers un avantage *« contraire à la loi et à l'équité »*[110]. Les juges exigeaient une identité parfaite entre les sommes remises et les sommes constatées par exemple à un endroit représentant le patrimoine du débiteur[111].

A partir de 1994, la revendication de toute chose fongible a été reconnue, à condition que se trouvent entre les mains du débiteur *« des biens de même espèce et de*

---

[108] CA Reims, 5 avril 2006 : RDBF 2006, p. 21 note D. LEGEAIS ; Com. 6 février 2007 : RLDC 2007, p. 25, note D. LEGEAIS ; RTD civ. 2007, p. 373, note P. CROCQ ; *Contra* Civ. 1ère, 19 décembre 2006, pourvoi n° 05-16395

[109] Loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises, publiée au JO du 11 juin 1994, p. 8440. Sur l'analyse des modifications apportées par cette loi relativement aux choses fongibles, V. SOINNE (B.), Traité des procédures collectives, Litec, 1995, 2e éd., p. 1574, n° 1942

[110] Trib. com. Montereau 13 déc. 1898 : DP 1899, II, 272 cité par SOINNE (B.), *op. cit.*, n° 1942

[111] SOINNE (B.), *ibid.* : *« Que, si la jurisprudence a admis dans certains cas la revendication d'espèces ou de billets de banque, c'est seulement lorsque les espèces ou billets de banque constatés dans la caisse du failli se trouvaient être absolument les mêmes que ceux qui lui avaient été remis ou envoyés, soit que les espèces existassent encore dans les sacs scellés au nom du dépositaire, soit que les billets aient été retrouvés en nature et avec identité complète, sans que le failli en ait eu la disposition »*

même qualité ». L'interprétation a donné lieu à une pièce jurisprudentielle qui s'est jouée en trois actes.

D'une part, par un arrêt du 25 mars 1997, les juges de la Chambre commerciale de la Cour de cassation ont décidé que *« si le caractère fongible d'un bien ne fait pas par lui-même obstacle à sa revendication, celle-ci ne peut aboutir que dans la mesure où le bien en cause n'a pas été confondu avec d'autres de même espèce »*[112]. Mêlant à la fois les dispositions légales nouvelles et la jurisprudence antérieure qui exigeait l'absence de confusion, la décision de la Chambre commerciale a ajouté au principe de revendication des choses fongibles une condition supplémentaire que la loi n'a pas prévu. Certains commentateurs de la décision ont pu estimer que *« c'était admettre la revendication de cette chose fongible à condition qu'elle se présentât comme un corps certain ! »*[113], mais c'est là confondre les notions d'individualité et d'individualisation du bien.

D'autre part, et toujours dans un souci de respecter le principe essentiel en matière de procédures collectives qu'est l'égalité des créanciers[114] – dont découle la règle de l'arrêt des poursuites individuelles à l'encontre du débiteur et son corollaire, à savoir l'obligation pour les créanciers de déclarer leurs créances au passif de la procédure – la Chambre commerciale de la Cour de cassation a, par un arrêt du 10 mai 2000[115], approuvé la décision de la Cour d'appel qui avait rejeté une demande en revendication de sommes d'argent au motif que *« l'argent est une chose fongible qui se trouve nécessairement confondue avec les espèces du débiteur »*. L'incompréhension et la sévérité de la solution a dépassé celle de 1997 dans le sens où règne, à la lecture de la présente décision, le sentiment que la Cour a voulu condamner, d'une manière absolue, toute revendication de sommes d'argent[116]. N'étant pas considéré comme un propriétaire mais comme un simple créancier, le titulaire d'une dette à l'encontre du

---

[112] Com. 25 mars 1997 : Bull. civ. IV n° 84, p. 73

[113] MARTIN (D. R.), *« De la revendication des sommes d'argent »* : D. 2002, p. 3279

[114] POLLAUD-DULIAN (F.), *« Le principe d'égalité dans les procédures collectives »* : JCP G 1998 I 138 ; REYMOND DE GENTILE (M.-J.), Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967, th. Paris, Sirey, 1973 ; VASSEUR (V.), Le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite, th. Paris, Ed. Rousseau, 1949

[115] Com. 13 mai 2000 : D. 2000, AJ p. 277, obs. A. LIENHARD ; RDBF 2000, p. 235, obs. F.-X. LUCAS ; JCP E 2001, p. 521, note L. COURTOT et F. MARMOZ ; LPA 2000, n° 258, p. 14, note E. RAWACH

[116] MARTIN (D. R.), *op. cit.*

failli ne peut plus échapper au jeu de la déclaration de sa créance en agissant en revendication.

De troisième part, dans le cadre d'un séquestre, les Hauts Conseillers ont pu juger, par un arrêt rendu par la Chambre commerciale le 13 novembre 2001[117], que *« le dépositaire, même en redressement judiciaire, [s'oblige] 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 »*.

En guise de dénouement, par un arrêt du 4 février 2003, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a semblé vouloir mettre un point final aux tentatives initiées par les créanciers qui intentaient une action en revendication fondée sur l'individualisation possible des sommes d'argent dans le patrimoine du débiteur failli, dans le but d'échapper à la loi du concours. Or, les juges ont décidé, par un motif de pur droit, qu' *« une demande de restitution des 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 »*[118].

Pour certains[119], la solution était justifiée au regard de l'article L. 622-21 du Code de commerce (ancien article 47 de la loi de 1985) qui interdit toute action en justice tendant *« à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent »*, cette suspension des poursuites étant fondée sur le principe de l'égalité des créanciers dans la procédure collective. Nulle part consacré par le législateur mais considéré par la jurisprudence et la doctrine comme étant d'ordre public, ce postulat d'égalité des créanciers est souvent qualifié d' *« âme de ces procédures »*[120]. Ainsi, selon ce principe, lorsque la créance, quelle que soit sa nature (contractuelle, indemnitaire…), a son origine antérieurement à l'ouverture de la procédure collective, la seule possibilité pour

---

[117] Com. 13 novembre 2001 : D. 2002, AJ p. 328, obs. A. LIENHARD ; JCP E 2002, p. 666, note F. BARRIERE

[118] Com. 4 février 2003 : D. 2003, AJ p. 1230, obs. A. LIENHARD ; RTD com. 2003, p. 572, note A. MARTIN-SERF ; Defrén. 2003, art. 37810, p. 1163, note R. LIBCHABER

[119] LIENHARD (A.), *« Pas de revendication pour les sommes d'argent »* : D. 2003, AJ p. 1230

[120] VASSEUR (V.), Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite, th. Paris 1947, éd. Rousseau, 1949, n° 116 et les réf. citées (cité par F. DERRIDA, note sous Com. 19 avril 1985 : D. 1986, somm. p. 9) ; V. aussi POLLAUD-DULIAN (F.), *« Le principe d'égalité dans les procédures collectives »* : JCP G 1998 I 138

le créancier réside dans la déclaration de sa créance[121], dès lors que les poursuites individuelles ont été arrêtées.

Pour d'autres[122], la motivation de la Cour de cassation a reposé sur la thèse défendue par une partie de la doctrine selon laquelle nul ne peut se considérer propriétaire de la monnaie. La formule est claire : *« une demande de restitution de fonds ne peut être formée par voie de revendication »*. Par l'arrêt du 10 mai 2000, précité, les Hauts magistrats avaient déjà relevé que *« la société était non pas propriétaire des recettes litigieuses mais créancière de sommes d'argent »*.

On le sait, l'action en revendication sous-entend d'une part que le revendiquant soit propriétaire du bien revendiqué, d'autre part que le bien revendiqué puisse être reconnaissable, individualisé, afin de pouvoir identifier leur origine[123].

Si la propriété de la monnaie est refusée, il apparaît surabondant d'envisager les différentes modalités d'isolation des sommes d'argent.

La Cour de cassation, par l'arrêt du 25 mars 1997 avait pourtant affirmé que *« si le caractère fongible d'un bien ne fait pas obstacle par lui-même à sa revendication, celle-ci ne peut aboutir que dans la mesure où le bien en cause n'a pas été confondu avec d'autres de même espèces »*. La formulation était sans équivoque : tous les biens fongibles peuvent être revendiqués, à l'exception toutefois des sommes d'argent qui sont souvent qualifiées de biens fongibles par excellence parce que justement, ce sont les seuls à se confondre totalement et parfaitement, c'est-à-dire à être inidentifiables, à moins d'avoir été séparés du reste des biens de même espèce.

Pourtant, même s'il est vrai que nul ne peut, à part l'Etat, être propriétaire du corpus matérialisant la monnaie, l'unité monétaire inscrite sur le support quel qu'il soit est, quant à elle, appropriable. L'action en revendication d'une somme d'argent n'est dès lors pas choquante si l'on considère cette somme d'argent dans sa seule forme immatérielle, distinctement du corpus qui la matérialise.

---

[121] MARTIN-SERF (A.), note sous Com. 4 février 2003 : RTD com. 2003, p. 567

[122] LIBCHABER (R.), *« L'impossible revendication des sommes d'argent »* : Defrén. 2003, art. 37810, p. 1163

[123] MARTIN-SERF (A.), *op. cit.*

Pour d'autres encore[124], si la Cour de cassation a fermé la voie de l'action en revendication aux créanciers de sommes d'argent, c'est en raison de leur impossible individualisation. Comme nous venons de le voir, cet argument n'a pas, à notre sens, vocation à perdurer. En effet, si l'on admet le postulat posé par la Cour de cassation, selon lequel la monnaie est insusceptible d'appropriation, alors il importe peu que les sommes d'argent aient été isolées de façon à permettre leur revendication.

2. LES BIENS IMMATERIELS INDUSTRIELS

19. – La force de travail est à l'origine des biens industriels, ceux qui littéralement, ont trait à l'industrie. L'industrie, appliquée aux biens, peut désigner deux réalités : soit les biens qui proviennent de l'activité de l'homme, de son habilité, son ingéniosité, son savoir-faire ; soit ceux qui ont été industriellement créés, par des procédés de fabrication et de production en vue de leur circulation, commercialisation et transformation en biens de consommation, l''industrie permettant alors de désigner à la fois le résultat et le moyen.

L'étude de l'industrie en tant que résultat a conduit à l'étude des produits façonnés par l'homme. Il existe au sein des biens immatériels industriels, seuls objets de notre réflexion, une subtile subdivision entre d'une part les biens immatériels industriels purement commerciaux dont le fonds de commerce en est le plus illustre représentant, et d'autre part les biens immatériels industriels intellectuels. Alors que les premiers naissent de l'exploitation faite par le commerçant en vue de lui procurer une clientèle et des profits, les seconds naissent de l'imagination, de l'effort créatif ou inventif de l'homme. Parfois, ces deux sous-catégories de biens immatériels sont appelées *« propriétés immatérielles »*, ce que nous ne condamnerons pas tant il est vrai que *« la propriété est véritablement elle-même que dans la mesure où son titulaire la féconde par son propre travail »*[125].

Par ailleurs, la force de travail intervient à deux stades différents : en amont, avant la création des biens immatériels, mais également en aval, une fois le bien créé et donné en garantie : sa valeur devra être conservée par la seule intervention du débiteur.

---

[124] MARTIN-SERF (A.), *op. cit.*

[125] BARRERE (J.), *« La propriété et le travail dans l'entreprise agricole »* : Ann. Faculté de Toulouse, t. XIII, fasc. 2, 1965, p. 212, cité par REVET (Th.), La force de travail (étude juridique), th. Montpellier, Litec, 1992, p. 424

Ainsi, la force de travail désigne d'une part l'activité humaine destinée à produire quelque chose qui participera à la circulation des richesses ; d'autre part, l'activité destinée à maintenir la valeur du bien ainsi créé.

20. – La force de travail, élément déterminant du bien immatériel industriel. – *« Tout vient de l'homme, en définitive, de son génie ou de son industrie, de son travail et par conséquent de sa personne »*[126]. Les biens immatériels industriels naissent incontestablement de l'impulsion d'une personne, qui l'a créé par la seule force de son travail quel qu'il soit : intellectuel ou manuel. Selon les biens auxquels il s'applique, le processus de création revêt des natures différentes. C'est la raison pour laquelle il convient d'étudier d'abord la création par le commerçant de son fonds de commerce, puis celle des biens intellectuels par l'auteur ou l'inventeur.

20 bis. – ***La force de travail ou l'exploitation créatrice du fonds de commerce par le commerçant. –*** *« La clientèle est à qui sait la prendre »* [127]. Elle appartient à un fonds dès lors qu'elle a été conquise par le commerçant par son exploitation, c'est-à-dire *« par les moyens nécessaires pour [l'] attirer et [la] retenir »*[128]. La réunion d'un certain nombre d'éléments corporels et incorporels[129] participe de l'exploitation du fonds, qui peut être personnelle[130], conjointe ou faite par un tiers, mais elle n'est pas suffisante. L'ouverture du fonds avec tous ses composants : enseigne, nom, matériels, marchandises, etc., susceptibles de capter la clientèle ne peut, à elle seule, qualifier le

---

[126] DABIN (J.), *« Les droits intellectuels comme catégorie juridique »* : RCLJ 1939, p. 423, n° 10 ; Sur les termes, certains auteurs considèrent qu'il existe entre eux des distinctions : REVET (TH.), La force de travail : étude juridique, Litec, 1992, p. 7, n° 5. Selon cet auteur, il existerait en effet une subtile différence entre la force de travail et l'activité qui ne sont pas totalement synonymes, la première étant notamment consubstantielle à la personne. De plus, *« renvoyant à l'ensemble des facultés corporelles et intellectuelles permettant à l'homme de travailler, elle identifie le travail par sa source ; elle distingue alors, nettement et clairement, l'activité du résultat de l'activité ».* V. aussi BECQUET (S.), Le bien industriel, th. Paris I, LGDJ, 2005, p. 67 s. : reprenant une définition donnée par CHATELAIN selon laquelle l'industrie est *« l'action d'une personne quelconque (…), qui donne à une matière des qualités, une utilité et une valeur nouvelles »*, il explique que *« l'industrie ne peut être conçue comme chose »*, contrairement à la force de travail.

[127] ROUBIER (P.), Le droit de la propriété industrielle, Sirey, 1952, n° 106

[128] GIVORD (F.), obs. sous CA Montpellier, 19 janvier 1962 : D. 1963, p. 172

[129] GIVORD (F.), *op.cit*., p. 175 ; RAKOTOVAHINY (M.-A.), *« Résiliation du bail commercial et défaut d'exploitation du fonds »*, obs. sous Civ. 3e, 10 juin 2009 (2 arrêts) : LPA 25 août 2009, n° 169, p. 10

[130] La loi du 16 juillet 1971 a mis fin à l'exigence d'une exploitation exclusivement personnelle.

fonds de commerce, parce qu'elle ne constitue qu'un commencement d'exploitation[131]. Ce sont les opérations commerciales qui y sont traitées qui importent, et la première d'entre elles suffit. Elle permet au fonds de commerce d'accéder *« à la vie juridique en tant que tel »*[132]. Sans elle, on peut se demander comment le fonds de commerce pourrait-il être l'objet de conventions : vente, apport en industrie, nantissement… si aucune valeur ne peut lui être attribuée ? La Cour de cassation a eu l'occasion de juger qu'une clientèle *« en puissance »*[133] ou *« potentielle »*[134] ne suffisait pas à caractériser l'existence d'un fonds de commerce. Pourtant, c'est cette clientèle qui forge la valeur du fonds.

La création du fonds de commerce est traditionnellement entendue comme résultant de l'exploitation par le commerçant, c'est-à-dire de la première opération juridique réalisée à destination de la clientèle. Il est en effet admis que le seul rassemblement d'éléments matériels en vue de constituer le fonds n'est pas suffisant, la conquête effective de la clientèle étant indispensable. Au même titre, pour les biens intellectuels, la seule intervention de l'homme ou la réunion de plusieurs choses dans l'espoir d'en créer un bien ne suffit pas. Le législateur a ajouté des conditions spécifiques supplémentaires pour qu'un bien intellectuel soit qualifié et protégé comme tel.

20 ter. – ***La force de travail ou le génie créatif du titulaire de droits de propriété intellectuelle.*** **—** La création intellectuelle désigne aussi bien le processus de création du bien que le résultat. Ne lit-on pas dans le Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright, à défaut de définition légale, que la création intellectuelle est l' *« activité intellectuelle qui donne naissance à l'œuvre de l'esprit ou plus généralement à tout objet de propriété intellectuelle »*[135] ? D'autres ont choisi de définir la création

---

[131] Civ. 3e, 18 mai 1978 : RTD com. 1978, p. 559, obs. J. DERRUPE ; V. aussi Com. 6 déc. 1982 : JCP 1984 II 21158, note A. COHEN

[132] COHEN (A.), *op. cit.*

[133] Com. 13 mars 1962 : Bull. civ. III n° 156, p. 130 ; Com. 27 févr. 1973 : Bull. civ. IV n° 102, p. 87 ; Com. 14 mai 1973 : Bull. civ. n° 170, p. 149 ; Com. 1er févr. 1984 : Bull. civ. IV n° 52 (à propos d'une location-gérance)

[134] Civ. 3e, 18 mai 1978 : Bull. civ. III n° 205, p. 159

[135] Dictionnaire comparé du droit d'auteur et du copyright, sous la direction de M. CORNU, I. DE LAMBERTERIE, P. SIRINELLI, C. WALLAERT, CNRS Editions, 2003, p. 58, *V° Création intellectuelle*

comme : *« un fait juridique résultant d'une activité humaine qui entraîne une modification de la réalité »*[136].

Les biens immatériels impliquent par nature un effort intellectuel, et ce, peu important qu'ils se composent en sus d'un élément purement matériel (tableau…) ou tiré de la nature (obtention végétale…). Certains soulignaient déjà au XIXe siècle que *« créer, c'est faire quelque chose qui n'existait pas, mais le plus souvent et toujours, avec des matériaux déjà existants »*[137], résultant de l'industrie ou de la nature. Quelque chose d'original ou de nouveau. C'est la raison pour laquelle, il nous semble tout naturel d'aborder d'abord le génie *créatif* de l'auteur, puis le génie *inventif* du titulaire d'un droit de propriété industrielle.

Concernant le génie créatif en matière de droit d'auteur. **–** Le génie créatif de l'auteur, à l'origine d'une œuvre de l'esprit, désigne à la fois l'effort intellectuel et l'originalité qui y est nécessairement inhérente pour que le bien bénéficie de la protection du droit d'auteur. A ce sujet, certains ont pu estimer que *« l'auteur est celui qui dépose dans un écrit quelque chose de son intelligence, imagination, génie, goût, esprit, jugement, peu importe, pourvu que le travail de la pensée se décèle par quelque endroit et donne naissance à une production nouvelle »*[138]. L'effort intellectuel de l'auteur n'est pas exclusif du bien immatériel, que ce soit dans sa composition (matériaux existants) ou dans son mode d'élaboration. En ce sens, il a été jugé par le Tribunal de Grande Instance de Paris le 5 juillet 2000 que *« la composition musicale assistée par ordinateur, dès lors qu'elle implique une intervention humaine, du choix de l'auteur (…) conduit à la création d'œuvres originales et comme telles protégeables »*[139]. Par conséquent, l'œuvre peut être originaire à la fois de l'intervention de l'homme et de celle de la machine. Cette dernière ne constituant pas un obstacle à la protection du bien par le droit de la propriété littéraire et artistique. Le même débat, aujourd'hui clos, a également concerné les logiciels[140], les films cinématographiques[141] et les photographies[142].

---

[136] CARON (CH.), Droit d'auteur et droits voisins, Litec, 1ère éd., 2006, n° 43 s., p. 46 s.

[137] GASTAMBIDE (A.), Traité théorique et pratique des contrefaçons en tout genre, Paris, 1837, p. 49

[138] GASTAMBIDE (A.), *ibid*.

[139] TGI Paris, 1ère ch., 5 juillet 2000 : CCE mars 2001, comm. n° 23, p. 18, obs. CH. CARON

[140] Le chemin qui a mené à la reconnaissance aux logiciels de la protection par le droit d'auteur a été semée d'embuches, à la fois doctrinales et jurisprudentielles. Doctrinales tout d'abord parce qu'un courant composé d'éminents spécialistes a vivement contesté la considération selon laquelle un logiciel

Reposant sur des philosophies différentes, les droits de propriété industrielle, pour leur part, mettent davantage l'accès sur le caractère industriel du bien, entendu au sens de sa reproduction pour une plus large circulation commerciale. Le législateur exige non plus une condition d'originalité mais celle, le plus souvent, d'une nouveauté.

Concernant le génie inventif en matière de propriété industrielle. **–** La propriété industrielle protège les marques, les dessins ou les modèles, les brevets, ainsi que les obtentions végétales nouvelles. Outre cette condition de nouveauté, les créations intellectuelles industrielles doivent généralement résulter d'une activité inventive. En matière de brevets, cette exigence est expressément mentionnée par l'article L. 611-14 qui précise que *« l'invention est considérée comme impliquant une activité inventive si, pour un homme du métier, elle ne découle pas d'une manière évidente de l'état de la technique »*. Avant l'ordonnance n°2001-670 du 25 juillet 2001 portant adaptation au

---

puisse être empreint de la personnalité de son auteur, ses choix étant essentiellement guidés par les contraintes de la technique (J.-M. WAGRET, JCP 1984, II, 20249 ; A. LUCAS, J.-Cl. Concurrence, Fasc. 270, n° 46 s. ; M. VIVANT, *« Informatique et propriété intellectuelle »* : JCP G 1984, I, 3169, spéc. n° 6 s. ; X. DESJEUX, *« Le droit d'auteur dans la vie industrielle »* : RIDA juillet 1975, p. 137). Jurisprudentielles ensuite parce que plusieurs tribunaux refusaient d'appliquer aux logiciels le droit d'auteur, à l'instar du Tribunal correctionnel de Nanterre qui a jugé, s'agissant d'un jeu vidéo, que *« l'effort intellectuel accompli par le technicien qui l'a élaboré n'apparaît pas de même nature que l'effort créatif protégé par cette loi, mais relève du régime juridique du savoir-faire »* (Tribunal correctionnel de Nanterre, 15e ch., 29 juin 1984 : Gaz. Pal. 23 janvier 1985, p. 5, cité par TOUBOL (F.), Le logiciel – Analyse juridique, LGDJ, 1986). A côté de ce mouvement s'élevaient d'autres voix, largement favorables à l'admission des logiciels parmi les œuvres de l'esprit protégeables par le droit d'auteur (H. DESBOIS, Le droit d'auteur en France, Dalloz, 1973, n° 38 ; C. COLOMBET, Propriété littéraire et artistique, Dalloz, 1980, n° 40 ; C. LE STANC, *« La protection juridique des logiciels »* : JCP E 1983/3, p. 20). Appuyées par certaines décisions de justice (Certaines illustrations jurisprudentielles de ce courant idéologique sont étudiées par F. TOUBOL, *op. cit*., p. 63, n° 80), elles ont finalement été entendues par le législateur lors de l'élaboration de la loi du 3 juillet 1985, et par la suite, de celle du 10 mai 1994. Toute la difficulté résidait alors dans la détermination du siège de l'originalité dans un logiciel. La Cour de cassation, par trois arrêts rendus en Assemblée Plénière le 7 mars 1986 a permis de lever les doutes et a ainsi décidé que l'originalité est suffisamment caractérisée lorsque le logiciel porte la marque de l'apport intellectuel de son auteur *« allant au-delà de la simple mise en œuvre d'une logique automatique et contraignante »* (Ass. Plén., 7 mars 1986, BMW c/ Pachot : D. 1986. 405 concl. CABANNES et note B. EDELMAN ; RTD com. 1986, p. 399, obs. A. FRANÇON ; JCP 1986, II, 20631, note J.-M. MOUSSERON, B. TEYSSIE et M. VIVANT ; RIDA juil. 1986, p. 136, note A. LUCAS). La protection des logiciels par le droit d'auteur bénéficie en outre d'une assise internationale puisqu'elle est également préconisée par l'article 4 du Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur.

[141] V. par exemple CA Pau, 18 nov. 1904 : D.P. 1910, 2, 81 cité par CH. CARON, note sous TGI Paris, 5 juillet 2000, *op. cit.*

[142] V. COPPER (E.), L'Art et la loi, traité des questions juridiques se référant aux artistes et aux amateurs, éditeurs et marchands d'oevres d'art, Ed. A. Heymann Paris, 1903, n° 20, cité par CH. CARON, note sous TGI Paris, 5 juillet 2000, *op. cit.*

droit communautaire du Code de la propriété intellectuelle et du Code des postes et télécommunications[143] qui a modifié le droit français des dessins et modèles, à la suite de la directive européenne n° 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1998 relative à la protection juridique des dessins ou modèles, l'ancien article L. 511-3 du Code de la propriété intellectuelle imposait que le dessin ou le modèle résulte d'une activité créative. Les nouvelles dispositions requièrent désormais un caractère propre, notion qui s'éloigne de l'originalité et du caractère esthétique attachés au droit d'auteur. Les obtentions végétales obéissent à un régime tout à fait atypique. L'article L. 623-1 du Code de la propriété intellectuelle qui évoque la nouveauté, ne vise pas la variété elle-même mais davantage la connaissance qu'en a effectivement le public ; d'où la précision par le législateur qu'il peut s'agir d'une variété nouvelle, créée ou découverte. Découle de ces dispositions qu'il existe deux sortes de nouveautés : celle qui résulte de l'activité humaine, et celle qui existe dans la nature mais qui n'a jamais été portée à la connaissance du public, pour laquelle l'intervention de l'homme n'a pas été nécessaire à sa reconnaissance juridique.

Si la force de travail constitue le critère déterminant de l'origine des biens immatériels industriels, elle est aussi l'élément indispensable au maintien de la valeur du bien.

21. – La force de travail, un élément nécessaire au maintien de la valeur du bien immatériel industriel. – Certains avaient observé que les propriétés incorporelles avaient un point commun : *« [elles] ne se conservent que par l'exploitation »*[144]. Si la force de travail crée les biens immatériels, elle peut aussi constituer un moyen d'assurer la sécurité du créancier, laquelle doit être expressément organisée par l'acte de garantie. En effet, c'est la force de travail fournie par le débiteur qui va permettre de maintenir la valeur du bien, voire de l'augmenter soit pour accroître son crédit, soit simplement pour conforter la confiance du prêteur de denier. Cette force de travail se manifeste dans les obligations de conservation et d'exploitation qui pèsent sur le débiteur propriétaire du

[143] Ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 portant adaptation au droit communautaire du Code de la propriété intellectuelle, publiée au JO du 28 juillet 2001, page 12132

[144] RIPERT (G.), et ROBLOT (R.), Traité de droit des affaires, tome 1 : Du droit commercial au droit économique, LGDJ, 2010, p. 399, n° 442 ; LISANTI (C.), Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels, th. Montpellier, Litec, 2001

bien donné en garantie. Traditionnellement, ces obligations se retrouvent dans le cadre du gage sans dépossession[145], parce qu'elles représentent la contrepartie des risques encourus par le créancier qui n'a pas le bien entre ses mains. Elles contraignent le débiteur à conserver l'assiette de la garantie donnée au créancier, soit par l'exploitation de son bien, comme le commerçant avec son fonds de commerce, soit par le maintien de ses droits comme le titulaire d'un bien intellectuel.

21 bis. – ***L'exploitation conservatrice du fonds de commerce par le commerçant.*** **–** L'exploitation du fonds de commerce est exigée également à des fins de conservation du bien, de sa valeur mais aussi des attributs qui en découlent. Notamment, une fois le fonds de commerce créé, il est nécessaire, pour que le statut des baux commerciaux profite au commerçant débiteur qu'un fonds de commerce soit exploité dans les locaux loués. Ce qui signifie que le défaut d'exploitation est un motif de résiliation du bail si, après l'envoi au locataire par le bailleur de la mise en demeure de reprendre l'exploitation, qui lui est légalement imposée, est restée vaine. Par ailleurs, cette exploitation doit avoir duré trois ans. Là encore, l'exploitation n'a pas à être exclusivement personnelle.

Avant la loi sur la déspécialisation n° 71-585 du 16 juillet 1971[146] modifiant le décret n° 53-960 du 30 septembre 1953[147] réglant les rapports entre bailleurs et locataires, il était considéré que le changement de l'objet de l'exploitation entraînait la disparation du fonds de commerce, et la création d'un nouveau fonds[148] avec les conséquences que cela pouvait avoir notamment pour les créanciers titulaires d'une garantie sur le fonds, à condition que *« la nouvelle activité ait été effectivement entreprise, c'est-à-dire qu'elle ait donné lieu à un début d'exercice »*[149].

Depuis, le législateur a décidé que la modification de l'objet de l'exploitation constituait une transformation du fonds qui devait être considéré comme la continuation du fonds initial mais sous une nouvelle forme. Autrement dit, le changement d'activité

---

[145] Le gage sans dépossession a été créé par la loi du 1er mars 1809.

[146] Loi n° 71-585 du 16 juillet 1971 modifiant le décret n° 53-960 du 3à septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires, publiée au JO du 17 juillet 1971, p. 7063

[147] Le décret n° 53-960 du 30 septembre 1953 réglant les rapports entre bailleurs et locataires en ce qui concerne le renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial, industriel ou artisanal, publié au JO du 1er octobre 1953, p. 8618, a été codifié aux articles L. 145-47 à L. 145-55 du Code de commerce

[148] Com. 10 févr. 1960 : JCP 1960 II 11643, note BOCCARA ; Civ. 3e, 3 juillet 1969 : JCP 1970, IV, 12

[149] COHEN (A.), obs. sous Com. 6 déc. 1982 : JCP 1984 II 20158

ne bouleverse pas la nature juridique du fonds, et en ce qui concerne les créanciers, leurs droits s'exercent avec leur rang antérieur sur le fonds transformé.

En revanche, si le commerçant n'exploite pas son fonds de commerce, il perd sa clientèle, et donc son fonds de commerce.

Par ailleurs, l'exploitation qui serait jugée abusive du fonds de commerce pourrait entraîner la sanction du commerçant.

En effet, les articles L. 653-3 et s. du Code de commerce dont la rédaction est issue de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 (art. 134 s.) énumèrent les faits qui peuvent être reprochés au commerçant, tels que ceux qui consistent à poursuivre abusivement une exploitation déficitaire conduisant à la cessation des paiements, détourner ou dissimuler tout ou partie de l'actif ou frauduleusement augmenté le passif, mais la liste n'est pas exhaustive. De ces fautes résulte alors la prononciation de la faillite personnelle du commerçant qui emporte l'interdiction de diriger, gérer, administrer, ou contrôle, directement ou indirectement toute entreprise commerciale. La faillite peut être assortie de peines complémentaires comme des déchéances ou autres interdictions.

D'autre part, le comportement du commerçant peut être sanctionné au titre d'une exploitation abusive. Sans entrer au cœur du droit de la concurrence, cette notion a été jugé par la Cour de Justice des Communautés européennes comme *« une notion objective qui vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour objet de faire obstacle, par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services sur la base des prestations des opérateurs économiques, au maintien du degré de concurrence existant encore sur le marché ou au développement de cette concurrence »*[150].

Si l'exploitation du commerçant s'avère nécessaire pour conserver le fonds de commerce, en matière de propriété intellectuelle, il faut distinguer la propriété littéraire et artistique de la propriété industrielle. La première ne nécessite pas, après la création du bien, une intervention de l'auteur. Le bien est protégé jusqu'à 70 ans après la mort de l'auteur. La seconde, en revanche, se perdra souvent par le non-usage ou par la mauvaise exploitation qui en faite par son titulaire.

---

[150] CJCE 13 févr. 1979, Hoffman-La Roche, aff. C-85/76 : Rec. 1979, p. 461

21 ter. – Le maintien par le débiteur de ses droits de propriété intellectuelle. – *« L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous »*. Ces mots qui ouvrent le Code de la propriété intellectuelle révèlent que la création originale accède à la protection par le droit d'auteur, une fois achevée, du seul fait de son existence. Pour maintenir ses droits, l'auteur peut demeurer passif. Toutefois, si l'auteur souhaite valoriser son bien, l'exploitation s'avèrera nécessaire. Il devra alors veiller à ne pas abuser de ses droits moral et patrimonial, de son éventuelle position dominante.

Il en va autrement pour les droits de propriété industrielle car le titulaire doit démontrer sa volonté de conserver son droit en l'exploitant. Le droit peut se perdre par le non-usage contrairement aux droits de propriété littéraire et artistique. Le non-usage de son droit aboutira à sa perte, à sa déchéance, à sa dégénérescence, à la concession forcée de licences obligatoires, ou à la nullité de son titre.

II. LA CRITIQUE DE NOTRE DROIT DES SURETES REELLES CONVENTIONNELLES SUR BIENS IMMATERIELS

22. – Les biens immatériels étant ainsi définis, il convient désormais de les envisager au regard du droit des sûretés réelles conventionnelles. En effet, parce qu'ils occupent une place prééminente dans les fortunes, les débiteurs, personnes physiques ou morales, les envisagent de plus en plus comme des instruments de crédit séduisants. Cependant, pour que les créanciers soient convaincus, encore faut-il qu'ils aient confiance, non seulement dans l'assiette qui représente la solvabilité de l'emprunteur, mais également dans la sûreté elle-même. Or, cette confiance peut être ébranlée par un droit des sûretés complexe, incohérent et lacunaire[151], et inapte à saisir l'immatériel[152].

23. – L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés avait précisément pour objectif de réformer le droit des sûretés. En ce qui

---

[151] RIFFARD (J.-F.), Le *Security Interest* ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, th. Clermont-Ferrand, LGDJ, 1997

[152] V. HOUTCIEFF (D.), *« Le droit commun des sûretés est-il apte à saisir l'incorporel ? »*, *in* L'appréhension par le droit de l'incorporalité, Actes du colloque du 21 novembre 2008, Université de Rennes : RLDC 2009, supplém. au n° 65, p. 33

concerne les biens immatériels affectés en garantie, le législateur a semblé parachever un mouvement séculaire d'acculturation de ces biens par le droit des sûretés[153], amorcé en 1804 par l'admission du gage sur créances, à l'article 2075 du Code civil.

Les nouvelles dispositions semblent avoir tiré les conséquences de l'immatériel en droit des sûretés en consacrant à l'article 2355 du Code civil le nantissement comme la sûreté réelle portant sur les biens mobiliers incorporels. Malheureusement, la reconnaissance de cette notion unique, sans régime attelant, a été vaine. Pis, elle a contribué à complexifier la matière dans laquelle régnait déjà le plus profond désordre en raison de l'hétérogénéité des sûretés réelles conventionnelles existantes sur biens immatériels dans le Code civil et surtout en dehors.

24. – L'examen de la place de l'immatériel au sein du droit des sûretés réelles conventionnelles a permis de révéler les faiblesses du régime du nantissement **(Première partie)**. Faiblesses qui nous ont convaincues de la nécessité de réviser de nouveau ce droit certes jeune mais d'ores et déjà condamné. La réforme du droit des sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels ne peut passer que par la suppression du nantissement et l'adaptation des régimes du gage et de la fiducie, plus à même d'appréhender le phénomène de l'immatériel **(Seconde partie)**.

[153] *Ibid.*

PREMIERE PARTIE
DE LEGE DATA : L'APPREHENSION DES BIENS IMMATERIELS PAR LE NANTISSEMENT

25. – Avant l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, la forme de sûreté qui s'appliquait aux biens immatériels était le gage, alors considéré comme une espèce du nantissement. L'article 2073 du Code civil le définissait en effet par les droits qui étaient conférés au créancier, à savoir celui de se faire payer sur la chose par privilège et par préférence aux autres créanciers. Il devait s'effectuer avec dépossession, alors entendue comme la remise matérielle de la chose. Pour pallier cette apparente incompatibilité avec les biens immatériels qui ne pouvaient pas toujours s'accompagner de la remise du bien objet de la sûreté, la pratique avait choisi d'utiliser le terme de nantissement pour désigner les sûretés mobilières conventionnelles sans dépossession.

26. – L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés n'a fait que consacrer cette terminologie. Le nouvel article 2355 du Code civil dispose que *« le nantissement est l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs »*. Pourtant, cette proposition de l'ordonnance surprend car malgré les apparences d'une sûreté rénovée et homogène portant sur les biens immatériels, il n'en est rien car aucun régime uniforme n'a accompagné les nouvelles dispositions relatives au nantissement (**Titre 1**). Le constat de l'insuffisance et de l'insatisfaction de cette sûreté est inéluctable, et il nous a conduits à proposer la voix d'une nouvelle réforme, celle de la suppression définitive du nantissement du paysage juridique français (**Titre 2**).

TITRE 1 – L'apparence trompeuse d'une sûreté rénovée et homogène portant sur les biens immatériels

TITRE 2 – La voie nécessaire de la réforme

TITRE 1

L'APPARENCE TROMPEUSE D'UNE SURETE RENOVEE ET HOMOGENE PORTANT SUR LES BIENS IMMATERIELS

27. – L'Association Henri Capitant avait souligné l'importance, voire l'urgence, qu'il y avait à réformer le droit des sûretés qui constituait l'une des parties du Code civil les moins modifiées depuis 1804[154]. Dans cette optique, et conformément aux recommandations du Garde des Sceaux, un groupe de travail présidé par le Professeur Grimaldi a été constitué pour rendre le droit français des sûretés plus lisible et plus accessible. Le rapport cette Commission, remis le 31 mars 2005 après dix-huit mois de réflexion, a suggéré l'ajout d'un Livre quatrième au Code civil regroupant les principes directeurs du droit des sûretés. Les propositions faites ont été largement reprises par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Parmi toutes ces propositions, le nantissement devait constituer *« l'un des points forts de la réforme »*[155]. Il était notamment prévu que trois nantissements soient consacrés : le nantissement de créances, refondu, le nantissement de monnaie scripturale, nouveau, et le nantissement d'instruments financiers, rapatrié du Code monétaire et financier[156]. Cependant, cette idée n'a pas été retenue. Dans le nouveau chapitre III de la sous-section II, relatif au nantissement, seul a été envisagé le nantissement de créances. Plus surprenant, sous l'apparence d'une rénovation, sous l'apparence d'une nouvelle définition du nantissement qui semble à première vue tirer *« enfin les conséquences de l'immatérialité »*[157], la notion unique cache un régime pluriel (**Chapitre 1**) qui n'a aucunement respecté les vœux de rendre un droit des sûretés plus lisible, de sorte que les articles 2355 à 2366 du Code civil ne sont plus que le reflet de l'échec de la réforme du nantissement (**Chapitre 2**).

---

[154] FREMEAUX (E.), *« La réforme du droit des sûretés »* : Defrén. 2006, n° 13, p. 1085

[155] GOUT (O.), *« Le droit des sûretés mobilières après l'ordonnance du 23 mars 2006 »* : LPA 18 mai 2006, n° 99, p. 4

[156] V. Rapport relatif à la réforme du droit des sûretés de la Commission Grimaldi remis le 28 mars 2005 à M. Dominique PERBEN, Garde des Sceaux, p. 12 s. : http://www.henricapitant.org/node/71

[157] HOUTCIEFF (D.), *« Le droit des sûretés en questions, Pleins feux sur l'ordonnance sûretés »*, Entretien : LPA 28 avril 2006, n° 85, p. 4

CHAPITRE 1

LE NANTISSEMENT, UNE NOTION UNIQUE POUR UN REGIME PLURIEL

28. – Désormais distingué du gage, le nantissement est envisagé par l'article 2355 du Code civil comme *« l'affectation, en garantie d'une obligation, d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs »*. Un tel changement, une telle consécration conceptuelle de la notion de nantissement n'aurait pas du être anodine (**Section 1**).

Elle aurait du en effet s'accompagner d'une unité de régime. En réalité, et malheureusement, le législateur a choisi de maintenir la pluralité des nantissements déjà existants avant l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, faisant ainsi échec à l'objectif premier de la réforme qui consistait à rendre le droit des sûretés plus cohérent, plus accessible, plus lisible (**Section 2**).

SECTION 1

L'AUTONOMIE CONCEPTUELLE DU NANTISSEMENT

29. – Si l'un des objectifs de la réforme était de simplifier un droit devenu *« dispersé, difficile d'accès et peu respectueux du principe de sécurité juridique »*[158], et de le rendre plus cohérent, force est de constater, paradoxalement, que l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 n'a fait qu'aggraver le phénomène de dispersion du droit des sûretés réelles. Alors que le Code civil ne comptait que deux figures de sûretés réelles, le nantissement et l'hypothèque, désormais ce ne sont pas moins de six sûretés qui composent le droit des sûretés réelles : le nantissement, le gage, l'antichrèse, l'hypothèque, et la propriété retenue. On observe ainsi que les sûretés réelles mobilières se sont désagrégées. L'ancien article 2072 du Code civil disposait que *« le nantissement d'une chose mobilière s'appelle gage »* et que *« celui d'une chose immobilière s'appelle antichrèse »*. La *summa divisio* reposait sur la dépossession. Le gage était alors défini comme le contrat par lequel le débiteur remettait une chose mobilière à son créancier

---

[158] ROBINE (D.), *« Aperçu de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 »* : Bull. Joly Sociétés 2006, n° 7, p. 879, spéc. n° 1

pour garantir sa dette. Il s'agissait d'un contrat réel et la dépossession qui était nécessaire à sa formation fondait le droit de rétention du créancier gagiste.

30. – Cependant, et sous l'influence de la pratique commerciale, de nombreuses variétés de gages sans dépossession avaient été créées. Les règles du gage étant incompatibles avec la nature de certains biens qui devaient rester entre les mains du débiteur, ou avec les exigences de souplesse et de rapidité du commerce, des gages commerciaux de droit commun dispensés de formalités écrites ont été créés, notamment les gages commerciaux spéciaux constitués entre les mains d'un tiers, tels les warrants, et les gages dont l'assiette est composée de biens incorporels.

31. – La création de ces nouvelles figures dont les effets juridiques n'ont pas été suffisamment mesurés a entraîné une modification de la terminologie. La notion de nantissement a alors été bien souvent employée pour désigner ces nouveaux gages sans dépossession.

32. – La modification de la terminologie a en outre entraîné une modification des règles. En effet, le législateur a du mettre en place un système de publicité et d'opposabilité pour organiser les droits des parties et les effets provoqués par de telles sûretés. Cependant, de nombreuses incertitudes sont allées de pair avec la consécration de ces variétés de gages sans dépossession.

La première a été relative au droit de rétention. La loi ne le prévoyait pas expressément pour les créanciers titulaires de ces nantissements, mais la jurisprudence a, à maintes reprises, reconnu leur existence. En cas de conflit entre un rétenteur réel et un rétenteur fictif, le premier l'emportait sur le second. La supériorité de l'emprise matérielle sur le bien était donc marquée.

La deuxième incertitude tenait, par ailleurs, aux autres conflits qui pouvaient naître relativement au rang entre créanciers nantis. La loi a parfois déterminé la solution qu'il convenait d'appliquer dans de tels cas, puisque les biens faisant l'objet de tels nantissements pouvaient être donnés en garantie à plusieurs créanciers. Par exemple, il a été prévu que le créancier bénéficiaire d'un nantissement d'outillage et matériel primait sur le créancier bénéficiaire d'un nantissement de fonds de commerce. Ici encore est manifestée la supériorité du matériel sur l'immatériel.

La troisième incertitude avait trait à la nature juridique de ces sûretés. Devaient-elles être considérées comme des variétés de gage ou comme des hypothèques mobilières ? La doctrine était partagée et les débats menés ont révélé en réalité une dénaturation même des concepts[159], et ont impliqué l'intervention du législateur. Comme a pu le souligner un auteur, *« au seul gage du Code civil de droit commun, reposant sur la dépossession et à l'empilement des multiples gages ou nantissements spéciaux, l'ordonnance substitue deux sûretés bien distinctes : le gage de meubles corporels avec ou sans dépossession et le nantissement de meubles incorporels »*[160].

Si désormais, le terme de gage est réservé aux sûretés sur meubles corporels et celui de nantissement aux sûretés sur meubles incorporels, le critère de distinction reposant donc sur la nature de l'assiette mobilière, force est de constater que les définitions manquent de cohérence entre elles[161]. En effet, la définition du nantissement, comparativement à celle donnée pour le gage, apparaît incomplète. Pour le gage, le législateur a précisé les effets provoqués par le contrat, à savoir le paiement préférentiel, alors que pour le nantissement, il s'est contenté de le définir par rapport à la nature de l'assiette seulement. L'expression employée d' *« affectation à la garantie »* n'est pas vraiment révélatrice d'un paiement préférentiel en faveur du créancier, même si on peut le penser. Par ailleurs, l'article 2355 alinéa 5 du Code civil renvoie aux règles relatives au gage lorsque le bien concerné n'entre pas dans la catégorie des créances ni ne fait l'objet d'un régime spécifique. Le renvoi ainsi opéré *« inféodent finalement le nantissement au gage. Bien plus grave, ce renvoi génère des incertitudes quant au régime du nantissement, lesquelles affaiblissent un peu plus ce dernier »*[162].

L'affaiblissement du nantissement tient en outre à la pluralité des régimes qui ont été maintenus.

---

[159] LARRIBAU-TERNEYRE (V.), *« La pluralité des régimes de gage »* : RLDA 2007, n° 14, p. 73 s.

[160] SIMLER (PH.), *« La réforme du droit des sûretés. Un livre IV nouveau du Code civil »* : JCP G 2006, n° 13, p. 597, spéc. n° 11

[161] RAYNOUARD (A.), *« Les gages de titres et les nantissements de créance après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés »* : RJC 2006, n° 3, p. 196

[162] PIETTE (G.), *« Le nantissement de meubles incorporels »* : RLDA 2007, n° 14, p. 90 s.

SECTION 2
LA PLURALITE DES REGIMES DE NANTISSEMENTS

33. – Conformément aux prescriptions de l'article 2355 du Code civil, le nantissement désigne désormais l'affectation en garantie d'un bien mobilier corporel. Pourtant, les articles 2355 à 2366 du Code civil ne mentionnent que le régime applicable au nantissement de créances, ainsi hissé au rang de droit commun (**Sous-section 1**). Tous les autres biens meubles incorporels sont régis, à défaut de régimes spéciaux, par les règles relatives au droit commun du gage, aux articles 2333 à 2350 du Code civil (**Sous-section 2**).

SOUS-SECTION 1
LE NANTISSEMENT DES BIENS IMMATERIELS FINANCIERS

34. – Parler au singulier du nantissement des biens immatériels financiers est une erreur car le législateur a fait le choix du maintien de la diversité des régimes de nantissement. Lorsqu'il porte sur des créances ou sur un compte bancaire, il est soumis aux règles prévues par les articles 2356 à 2366 du Code civil, seul régime consacré dans le Code civil (**§1**). Pour les autres biens immatériels financiers, ce sont les dispositions spéciales qui s'appliquent (**§2**).

§1. Le nantissement de créances et le nantissement de soldes de compte, seuls régimes prévus par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006

35. – Il convient de présenter le régime du nantissement de créances **(A)** avant de fournir quelques précisions sur le nantissement du solde de compte bancaire **(B)**.

A. Le nantissement de créances[163]

36. – Avant l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, l'article 2075 du Code civil était le seul à évoquer le nantissement de créances. Il disposait que *« lorsque le gage s'établit sur des meubles incorporels, tels que les créances mobilières, l'ace*

[163] V. AYNES (L.), *« Le nantissement de créance, entre gage et fiducie »* : Droit et patrimoine 2007, p. 66

authentique ou sous privé, dûment enregistré, est signifié au débiteur de la créance donnée en gage, ou accepté par lui dans un acte authentique ».

Désormais, un régime complet a été mis en place par le législateur. Les règles de constitution du nantissement de créances ont été simplifiées **(1)** et celles relatives à sa réalisation rendues plus efficaces **(2)**.

1) La simplification des règles de constitution

37. – La simplification des règles de constitution concerne à la fois l'assiette du nantissement, le contrat écrit et les règles d'opposabilité.

38. – D'une part, l'ordonnance du 23 mars 2006 a élargie l'assiette du nantissement, lequel peut porter sur une créance ou sur un ensemble de créances, ainsi que ses accessoires (sauf si les parties en ont décidé autrement). Par ailleurs, les créances peuvent être présentes ou futures. Dans ce dernier cas, le créancier nanti n'acquerra de droits sur la créance qu'à la naissance de celle-ci. En outre, a été inclus dans le nantissement sur créances celui qui porte sur un compte. Dans cette hypothèse, l'article 2360 du Code civil prévoit que la créance comporte le solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté sous réserve de la régularisation des opérations en cours, et selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution[164].

39. – D'autre part, avant l'ordonnance – et donc pour les nantissements constitués avant le 25 mars 2006 – les anciens articles 2074 et 2075 du Code civil qui formaient le droit commun du gage, imposaient à peine de nullité, la rédaction d'un écrit qui devait être enregistré[165]. Par ailleurs, l'acte authentique ou sous seing privé, devait contenir certaines mentions obligatoires telles que la détermination de la créance et celle de l'objet grevé, ainsi que l'inscription de la date certaine (conformément à l'article 1328 du Code civil).

---

[164] Article 2360 al. 1er du Code civil

[165] La règle est traditionnelle. Elle résulte notamment de l'arrêt de règlement du 25 novembre 1599 et de l'article 148 de l'ordonnance de janvier 1629. Par ailleurs, l'écrit permettait d'établir le droit de préférence des créanciers.

40. – Pour les nantissements conclus après le 25 mars 2006, ils doivent tous être conclus par écrit, par acte authentique ou seing privé. En revanche, l'enregistrement n'est plus requis. Par conséquent, et par dérogation aux dispositions de l'article 1328 du Code civil, la date de l'acte fait foi à l'égard des tiers jusqu'à ce qu'ils apportent la preuve contraire[166]. Il suffit simplement que le principe de spécialité soit respecté, ce qui implique que les créances nanties soient désignées dans l'acte. Pour les créances futures[167], l'article 2356 alinéa 3 du Code civil dispose que *« l'acte doit permettre leur individualisation ou contenir des éléments permettant celle-ci tels que l'indication du débiteur, le lieu du paiement, le montant des créances ou leur évaluation et, s'il y a lieu, leur échéance »*.

41. – Cependant, l'ordonnance a laissé subsister quelques doutes quant aux sanctions : d'une part en l'absence d'identification de la créance nantie, d'autre part lorsque le nantissement porte sur un ensemble et que l'une d'entre elles n'est pas déterminable : doit-on considérer l'acte nul dans son entier ou simplement écarter la créance indéterminée de l'assiette de la garantie ?

42. – De troisième part, avant l'ordonnance, pour que le droit réel du créancier prenne naissance, le nantissement devait être signifié[168] au débiteur par acte authentique qui n'était requis qu'à des fins d'opposabilité. De cette façon, les parties n'avaient pas la possibilité de se soustraire à leurs obligations. La proscription de cette formalité se justifiait par la volonté d'éviter les fraudes d'un débiteur en déconfiture de privilégier indûment ses créanciers ou de soustraire en totalité ou en partie son patrimoine, au profit de l'un de ses créanciers.

Depuis la réforme des sûretés, le nantissement de créances prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte. L'opposabilité n'est plus conditionnée par la signification préalable au débiteur de la créance nantie. Elle résulte simplement de la constitution de la garantie. Toutefois, pour être opposable au débiteur,

---

[166] Article 2361 du Code civil

[167] Le créancier n'acquerra de droits sur la créance qu'à la naissance de celle-ci, conformément aux dispositions de l'article 2357 du Code civil.

[168] La signification constituait une formalité nécessaire et suffisante pour réaliser la dépossession exigée par le droit commun du gage.

celui-ci doit en avoir reçu notification ou être intervenu à l'acte[169]. A défaut, seul le constituant reçoit valablement paiement de la créance. Après la notification en revanche, seul le créancier reçoit paiement, tant en capital qu'en intérêts[170]. L'ordonnance n'a cependant pas précisé la forme que devait revêtir la notification.

2) L'efficacité des modes de réalisation

43. – L'article 2365 du Code civil ouvre trois voies au créancier pour réaliser sa sûreté, à savoir obtenir l'attribution en propriété soit par le juge **(a)**, soit par convention **(b)**, ou attendre l'échéance de la créance garantie **(c)**.

a- L'attribution judiciaire en propriété

44. – Conformément au droit commun de l'article 2347 du Code civil, le créancier peut demander en justice que le bien lui demeure en propriété, l'intérêt majeur pour le créancier étant d'échapper à la loi du concours avec d'autres créanciers. Aux termes d'une jurisprudence assez ferme de la Cour de cassation, *« le droit d'attribution est indépendant des règles concernant l'ordre dans lequel s'exerce le prix des divers privilèges en cas de vente »*[171].

Ainsi, lorsqu'elle est ordonnée avant l'ouverture de la procédure collective, la décision du juge transfère la propriété au créancier et éteint par voie de conséquence sa créance à concurrence de sa valeur[172].

45. – En revanche, une incertitude demeure quant à la possibilité pour le créancier de demander l'attribution judiciaire après l'ouverture de la procédure collective. L'article L. 642-25 alinéa 3 du Code de commerce (modifié par la loi du 26 juillet 2005) dispose que *« le créancier gagiste, même s'il n'est pas encore admis, peut*

---

[169] Article 2362 al. 2 du Code civil

[170] Article 2363 al. 1er du Code civil

[171] Com. 31 janvier 1983 : Bull. IV n° 43 ; Ass. Plén. 26 octobre 1984 : Bull. IV n° 6 ; Com. 5 mars 1985 : Bull. IV n° 86 ; plus récemment : Com. 3 juin 2008 : Bull. IV n° 114. Avant 1983, les jugent utilisaient une formule plus complète intégrant le droit de rétention et décidaient que *« le droit d'attribution judiciaire du bien donné en nantissement n'est pas subordonné au droit de rétention et est indépendant des règles concernant l'ordre dans lequel s'exerce le prix des divers privilèges en cas de vente »* (V. par ex. Com. 12 févr. 1979 : Bull. n° 58 ; Com. 4 mai 1981)

[172] Com. 24 janvier 2006, Bull. IV n°15, p. 14

demander au juge-commissaire, avant la réalisation, l'attribution judiciaire », pendant la période de liquidation judiciaire. A fortiori, par application de l'alinéa 5 de l'article 2355 du Code civil, les dispositions du Code de commerce pourraient également concerner le nantissement conventionnel portant sur d'autres biens incorporels que les créances qui ne font l'objet d'aucune disposition spéciale. Pour le nantissement de créances, sur le fondement de l'article 2427 du Code civil, les juges pourraient priver de tout effet l'attribution judiciaire après l'ouverture de la procédure collective.

b- L'attribution conventionnelle en propriété

46. – Le créancier peut, ensuite, devenir titulaire de la créance nantie *« dans les conditions prévues par la convention »*, c'est-à-dire sur le fondement d'un pacte commissoire. Le Répertoire universel et raisonné de jurisprudence précise que *« dans le contrat d'engagement, le pacte commissoire est une clause par laquelle le débiteur, en donnant un meuble en gage ou en hypothéquant un immeuble à son créancier, consent que celui-ci demeure propriétaire incommutable du meuble engagé ou de l'immeuble hypothéqué, en cas que, dans un délai convenu, il ne lui ait pas payé le montant de la dette »*[173]. Plus simplement, il s'agit d'un accord par lequel le débiteur destine un bien en garantie comme propriété définitive de son créancier pour satisfaire par compensation (totale ou partielle) sa dette en cas d'inexécution sans aucune prévision d'évaluation sur sa valeur, sur la base de celle en cours à ce moment-là.

47. – Avant la réforme, l'ancien article 2078 alinéa 2 du Code civil sanctionnait ces pactes commissoires par une nullité d'ordre public. Cette interdiction reposait sur un double fondement : d'une part, protéger le débiteur qui, pour obtenir le financement dont il avait besoin, risquait d'accepter tout ce que demandait le créancier ; d'autre part, et plus généralement, lutter contre l'usure que de tels pactes pouvaient faciliter. Exceptionnellement, il était possible de recourir à un pacte commissoire lorsque la clause était convenue après la constitution du gage donc à un moment où le débiteur ayant obtenu le financement dont il avait besoin n'agit plus sous la pression. Les pactes commissoires étaient également admis pour les créances dont la valeur était

---

[173] Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, Ed. Tarlier, 5e éd. par M. Merlin, Tome 22, 1827, *V° Pacte commissoire*

prédéterminée, de sorte que l'intervention du juge ou de l'expert ne s'avérait plus nécessaire.

48. – Désormais, le nouvel article 2348 du Code civil autorise l'insertion de ces pactes commissoires dans les contrats de nantissement. La validité du pacte a dorénavant un champ d'application plus large. Avant la réforme, la jurisprudence admettait ces clauses attributives de propriété pour le gage-espèces. Par un arrêt remarqué de la Chambre commerciale en date du 9 avril 1996, la Cour de cassation avait décidé que *« n'est pas un pacte prohibé par l'article 2078 du Code civil, la stipulation d'attribution par le créancier d'un gage constitué en espèces, à due concurrence du défaut de paiement »*. Les juges avaient rejeté l'application de l'article 2078 non pas parce que le gage-espèces ne méritait pas l'appellation de gage mais parce que pour une somme d'argent, l'évaluation est facile à établir étant donné que la valeur du bien correspond à sa substance. La prohibition du pacte commissoire n'était donc pas justifiée.

Après le jugement d'ouverture de la procédure collective, le pacte commissoire cesse de produire ses effets, la conclusion et la réalisation étant interdites, conformément aux dispositions de l'article L. 622-7 du Code de commerce.

c- L'échéance de la créance garantie

49. – Selon l'article 2364 alinéa 1er du Code civil, le paiement réalisé par le débiteur s'impute sur la créance garantie lorsqu'elle est échue. Si la somme versée est supérieure à celle de la dette garantie, le créancier doit alors la différence au constituant[174]. Cette règle s'explique par le caractère accessoire de la sûreté, laquelle n'a pas pour dessein de permettre au créancier de s'enrichir.

Toutefois, l'efficacité de ce mode de réalisation du nantissement de créance devrait être paralysée après l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur.

50. – Le nantissement de créance est en passe d'être devancé voire absorbé par la fiducie-sûreté, consacrée par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, précisément parce

[174] Article 2366 du Code civil

que cette dernière vient remédier, par ses vertus, aux inconvénients du régime du nantissement de créance.

B. Le nantissement de solde de compte bancaire

51. – Pour la monnaie scripturale, un régime complet avait été proposé par la Commission Grimaldi, avec notamment l'introduction d'une distinction entre le nantissement d'un solde de compte bancaire en cours de fonctionnement, le nantissement d'un solde de compte bancaire bloqué, et le transfert de monnaie scripturale à titre de garantie. En réalité, il s'agissait de légiférer sur ce que la pratique avait appelé le gage-espèces et de le consacrer dans le Code civil. Cependant, le projet Grimaldi n'a pas été suivi sur ce point. Seule une disposition a survécu et a été consacrée à l'article 2360 du Code civil qui dispose à l'alinéa 1er que *« lorsque le nantissement porte sur compte, la créance nantie s'entend du solde créditeur, provisoire ou définitif, au jour de la réalisation de la sûreté sous réserve de la régularisation des opérations en cours, selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution »*. L'alinéa 2 précise que *« Sous cette même réserve, au cas d'ouverture d'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire, de liquidation judiciaire ou d'une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers contre le constituant, les droits du créancier nanti portent sur le solde du compte à la date du jugement d'ouverture »*.

52. – Pour le reste de son régime, le nantissement de compte obéit aux règles relatives au nantissement de créances de droit commun, des articles 2355 et suivants du Code civil[175]. Parmi ces articles, il en existe un qui va conférer au créancier nanti un avantage particulier, proche de celui du créancier fiduciaire. L'article 2361 du Code civil prévoit que *« le nantissement (…) prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date de l'acte »*, ce qui signifie que dès la constitution de l'acte, et avant l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant, le créancier est en droit de tenir en échec les saisies-attribution qui pourraient intervenir pendant cette période. De même que le créancier fiduciaire, le créancier nanti échappe ainsi aux poursuites exercées par les autres créanciers.

---

[175] V. supra n° 207 et suivants

53. – Pour certains auteurs[176], l'avantage qu'offre au créancier une telle garantie va plus loin. Elle lui permettrait de bénéficier d'un droit à paiement direct contre l'établissement de crédit, teneur de compte. Autrement dit, une fois la défaillance du constituant établie, le créancier serait en droit d'appréhender directement le solde créditeur du compte, sur le fondement de ce qu'il s'agirait d'une créance exigible dans le cadre de la réalisation du nantissement. L'avantage du créancier s'étendrait donc en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant.

54. – Titulaire d'un véritable droit personnel, le créancier pourrait être désintéressé d'une façon similaire au créancier fiduciaire, puisque sur ce compte nanti, en cas de procédure collective, aucun des acteurs de la procédure – qu'il s'agisse du débiteur, de l'administrateur ou des autres créanciers éventuels – n'aurait de droits sur ces sommes. Ainsi, plutôt que de les geler, elles devraient être attribuées sans réserve au créancier nanti bénéficiaire de la sûreté[177].

55. – Pour l'instant, la jurisprudence est muette sur le sujet, mais nous pensons que, finalement, la constitution d'une fiducie-sûreté, avec un régime assoupli et adapté, pourrait être une alternative plus sécurisante encore pour le créancier[178].

§2. Le nantissement spécial des autres biens immatériels financiers

56. – Plusieurs nantissements spéciaux sur biens immatériels financiers peuvent être recensés : le nantissement de compte d'instruments financiers **(A)**, le nantissement de parts sociales de sociétés civiles **(B)**, le nantissement de polices d'assurance **(C)**.

---

[176] SYNVET (H.), *« Le nantissement de compte »* : Droit et patrimoine 2007, n° 161, p. 62 s.

[177] SAMIN (TH.), *« Gage-espèces et nantissement de compte »* : Banque & Droit 2010, hors-série, Compte-rendu Rencontre Banque & Droit du 12 octobre 2010, « Les garanties sur créances à l'épreuve des procédures collectives », p. 23, et spéc. p. 25

[178] MATHIEU (M.-E.), Les nouvelles garanties de financement, Aspects pratiques des sûretés réelles conventionnelles mobilières et immobilières, Ed. Formation Entreprise, 2007, p. 62, n° 109.1

A. Le nantissement de compte d'instruments financiers

57. – Le nantissement de compte d'instruments financiers a pour assiette un compte sur lequel ont été inscrits des titres financiers inscriptibles en compte. En pratique, et en principe, ce compte prend la forme d'un compte spécial espèces et titres ouvert au nom du titulaire, constituant de la sûreté, et tenu par un établissement financier. A défaut de compte spécial, ce sont les titres financiers eux-mêmes ainsi que les sommes en provenant qui composent l'assiette.

58. – La loi n° 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, complétée par le décret n° 97-509 du 21 mai 1997, a eu notamment pour objectif de rénover le régime du nantissement en unifiant la procédure applicable à tous les instruments dématérialisés[179] et de renforcer le rôle du créancier lors de la réalisation du bien nanti. Comme la liste établie par l'article L. 211-1-I du Code monétaire et financier n'est pas exhaustive, on peut considérer que tous les instruments financiers peuvent être nantis : les actions et autres titres donnant accès au capital ou aux droits de vote, les titres de créance, les parts ou actions d'organisme de placements collectifs, les instruments financiers à terme, à condition qu'ils puissent être inscrits en compte.

Par ailleurs, si l'article 3 du décret du 21 mai 1997 mentionne *« les sommes en toute monnaie figurant dans le compte gagé »*, il semblerait que seules les sommes provenant de la vente de titres nantis aient été visées.

59. – En revanche, ne peuvent constituer l'assiette du nantissement les parts de sociétés civiles de placement immobilier car ce sont des titres financiers non inscriptibles en compte, ainsi que les actions inaliénables[180].

Ne peuvent pas non plus faire l'objet d'un tel nantissement les titres ou produits qui ne constituent pas des titres financiers, tels les parts de SARL, SNC et sociétés civiles, les effets de commerce et billets de fonds, les bons de caisse et bons d'épargne,

---

[179] L'article 94-II de la loi du 30 décembre 1981 a dématérialisé les valeurs mobilières, lesquelles sont désormais représentées par une inscription sur un compte.

[180] L'inaliénabilité de certaines actions résulte soit de la loi : lorsqu'elles concernent les actions de garantie, le législateur doit expressément autoriser leur nantissement (loi n° 88-15 du 5 janvier 1988 relative au développement et à la transmission des entreprises abrogeant certaines dispositions de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 relative aux sociétés commerciales). L'inaliénabilité peut également concerner certaines actions appartenant aux salariés.

les titres de capitalisation, les comptes-bloqués et PEP, ainsi que les contrats d'assurance-vie ou d'assurance-capitalisation.

60. – En ce qui concerne les fruits et produits des titres financiers inscrits en compte, ils sont compris dans l'assiette de la garantie, ce qui en pratique se traduit par l'ouverture d'un compte spécial nanti (espèces et titres).

61. – Les instruments nantis font alors l'objet d'une forme de dépossession par entiercement, adaptée à leur nature : une déclaration du nantissement au teneur du compte, ce qui a pour conséquence de priver le constituant de sa libre disposition. L'article 1er du décret énumère les mentions que doit comporter la déclaration. Cependant, elles ne sont pas requises à titre de validité[181].

62. – La loi a reconnu au créancier un droit de rétention qui, en cas de liquidation judiciaire du constituant, lui permet de bénéficier sans contestation possible de la primauté sur les autres créanciers de la procédure, mais certains auteurs ne sont pas convaincus par l'existence de ce droit[182].

Par ailleurs, au sein de cette même doctrine, une querelle s'est fait jour entre les partisans de la reconnaissance de la possibilité de nantir les mêmes instruments financiers au profit de plusieurs créanciers[183] et les autres[184].

63. – La réalisation s'effectue par référence aux dispositions du droit commun : l'appréhension du prix de vente ou l'attribution en propriété. Lorsque les actifs sont facilement évaluables la procédure est simplifiée : une mise en demeure comprenant certaines mentions obligatoires à peine de nullité[185] est adressée et notifiée par le créancier au teneur de compte. Dans les huit jours, le titulaire peut faire connaître au

---

[181] V. notamment Com. 7 mars 1995 : Bull. Joly 1995, p. 674, obs. LE CANNU

[182] PIEDELIEVRE (S.), Les sûretés, Ed. Armand Colin, 2004, 4e éd., p. 226, n° 373 ; PIEDELIEVRE (S.), Droit des sûretés, Ed. Ellipses, 2008, p. 265, n° 435

[183] MESTRE (J.), PUTMAN (E.), et BILLIAU (M.), Traité de droit civil, tome 2 : Droit spécial des sûretés réelles, LGDJ 1996, p. 383, n° 945

[184] PIEDELIEVRE (S.), *ibid.*

[185] L'article 2 du décret n° 97-509 du 21 mai 1997 pris pour l'application des articles 29 et 29-1 de la loi no 83-1 du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et la protection de l'épargne, modifiée par l'article 102 de la loi no 96-597 du 2 juillet 1996 de modernisation des activités financières, publié au JO du 31 mars, l'exige. V. aussi Com. 28 mars 2006 : RDBF 2006, n° 106, obs. D. LEGEAIS

teneur de compte l'ordre dans lequel il souhaite voir réaliser les instruments financiers. En revanche, lorsque les actifs ne sont pas cotés, le droit commun de l'article L. 521-3 du Code de commerce aura vocation à s'appliquer[186].

64. – Autrement dit, pour les titres financiers négociés sur un marché réglementé, les titres d'organismes de placement collectif (type SICAV) et les sommes figurant au compte donné en garanti, la réalisation du nantissement s'effectuera par vente sur un marché réglementé pour les titres financiers ou par attribution en propriété de la quantité des valeurs désignées par le titulaire du compte ou directement par le créancier, à défaut de désignation par le titulaire du compte, sur la base du dernier cours de clôture disponible sur le marché. De la même manière, pour les titres d'OPC, la réalisation pourra résulter de l'attribution en propriété ou de la présentation au rachat. Quant aux sommes figurant sur le compte, un transfert en pleine propriété s'opèrera au bénéfice du créancier.

65. – Concernant les autres titres financiers, le créancier pourra procéder soit à la vente forcée des titres nantis, huit jours après la mise en demeure du débiteur (et du constituant lorsqu'il s'agit d'un tiers garant) signifiée par huissier, soit demander l'attribution judiciaire du bien, soit procéder à la compensation des créances réciproques, si les conditions nécessaires à la compensation sont réunies.

B. Le nantissement de parts sociales des sociétés civiles

66. – Les parts d'une société civile représentent les droits des associés qui résultent soit des statuts, soit d'un acte de cession à son profit, soit de la création de parts nouvelles décidées par les associés au cours de la vie sociale.

Notre étude portera successivement sur les conditions de constitution **(1)** et de réalisation du nantissement **(2)**.

---

[186] La rédaction de l'article L. 521-3 du Code de commerce a été récemment modifiée par la loi n° 2011-850 du 20 juillet 2011 de libéralisation des ventes volontaires de meubles aux enchères publiques, publiée au JO du 21 juillet 2011, p. 12441

1) Les conditions de constitution du nantissement

67. – En principe, toutes les parts sociales des sociétés civiles peuvent être nanties. Toutefois, le législateur a été amené à interdire le nantissement de certaines parts de sociétés civiles, en raison du caractère particulier de la qualité des associés. Ainsi, ne peuvent nantir leurs parts les notaires qui détiennent des parts dans une société titulaire d'un office notarial[187], les avocats associés d'une société civile professionnelle[188], aux avoués, huissiers et commissaires-priseurs exerçant sous forme de société civile professionnelle[189]. L'interdiction a été également étendue à certaines sociétés d'exercice libéral[190].

68. – Le nantissement doit être constaté par écrit, soit sous forme authentique soit sous seing privé, à peine de nullité. L'efficacité est assurée par la signification de l'acte par acte d'huissier qui lui confèrera date certaine. Cependant, la signification ne remplit pas le rôle joué par l'ancien article 2075 du Code civil. La publicité qui emporte constitution définitive de la garantie. Par voie de conséquence, le nantissement prendra effet à l'égard des tiers au jour de l'inscription, laquelle doit être effectuée par le créancier au Registre du commerce et des sociétés, qui tient un fichier nantissement des parts de sociétés civiles centralisant toutes les inscriptions.

La publicité quant à elle se déroule par le dépôt au greffe du tribunal de commerce du lieu d'immatriculation de la société d'une copie de l'acte authentique du nantissement ou de l'acte notarié portant acceptation de la société. Le greffier est tenu de s'assurer de la conformité de l'avis de nantissement aux pièces et doit vérifier qu'il a été régulièrement signifié ou accepté par la société. Une fois cette formalité accomplie, il appose son avis sur les pièces et la date à laquelle il effectue le classement, laquelle constitue la date du dépôt.

---

[187] Articles 14 et 96 du décret n° 67-868 du 2 octobre 1967, modifié par le décret n° 92-64 du 20 janvier 1992

[188] Article 15 du décret n° 72-669 du 13 juillet 1972

[189] Article 13 du décret n° 92-680 du 20 juillet 1992

[190] L'article 18 du décret n° 93-362 du 16 mars 1993 dispose que *« les actions ou parts sociales d'une SEL titulaire d'un office d'avoué ne peuvent ni être données en nantissement ni vendues aux enchères publiques »*. La règle est identique pour les sociétés d'exercice libéral de notaires (article 19 al. 2 du décret n° 93-78 du 13 janvier 1993) et de commissaires-priseurs (article 19 du décret n° 92-1449 du 30 décembre 1992).

69. – Concernant les conflits qui peuvent survenir entre créanciers nantis, le législateur a seulement envisagé l'hypothèse où plusieurs nantissements ont été publiés le même jour, en prévoyant qu'ils venaient tous en concurrence.

Qu'en est-il du cas d'un créancier nanti en premier qui ne procède à l'inscription qu'après l'accomplissement de la publicité par un second créancier ? Comme la priorité est généralement accordée à celui qui publie, le second devrait en toute logique primer. La solution serait-elle identique si le second créancier connaissait l'existence du précédent nantissement ?

Deux réponses sont envisageables selon la force reconnue à la publicité. Soit on considère qu'elle a pour seul dessein d'informer les tiers, soit on considère que la publicité est objective et constitutive. Dans le premier cas la date du titre devrait l'emporter, à l'inverse du second. Sur ce point la jurisprudence n'a pas encore tranché mais il conviendrait de retenir la solution selon laquelle la connaissance ne peut suppléer le défaut d'inscription, autrement dit que seule la publicité doit prévaloir, applicable en matière d'hypothèque. De cette façon, c'est l'uniformisation du régime de la publicité en matière de sûretés réelles que l'on promeut. La publicité réalise en outre la mise en possession, certes fictive mais elle interdit au constituant de disposer librement des parts nanties[191].

2) La réalisation du nantissement

70. – L'obstacle majeur à la réalisation du nantissement réside dans l'*intuitus personae* qui caractérise les sociétés de personnes. C'est la raison pour laquelle, une procédure d'agrément a été mise en place par l'article 1867 du Code civil. Ainsi, l'associé qui souhaite nantir ses titres a la faculté de solliciter le consentement préalable des autres associés. D'aucuns noteront la similitude avec la procédure d'agrément des cessions de parts. Le consentement donné au projet de nantissement emporte agrément du cessionnaire en cas de réalisation forcée des parts sociales à la condition que cette réalisation soit notifiée un mois avant la vente aux associés et à la société. L'exigence de notification se justifie pour permettre à chaque associé de se substituer à l'acquéreur dans un délai de cinq jours francs à compter de la vente. Cependant, si aucun associé

[191] Cependant, en sens contraire : TGI Paris, 27 novembre 1979 : JCP 1981 II 19543 (les juges ont refusé d'en faire bénéficier le créancier nanti).

n'exerce cette faculté, la société a la possibilité de racheter les parts en vue de leur annulation. Certes, la procédure d'agrément est facultative, mais elle est fortement conseillée car elle permet de réaliser plus rapidement des parts sociales en cas de défaillance du constituant. En effet, lorsque l'associé a nanti les titres sans obtenir au préalable l'agrément des autres associés, la procédure de réalisation forcée est plus longue, en ce qu'il faut tenir compte des droits des autres associés au maintien de l'*intuitu personae*. La réalisation forcée doit avoir fait l'objet d'une notification un mois avant la vente aux associés et à la société. Pendant ce délai, les associés peuvent décider soit la dissolution de la société soit l'acquisition des parts, de la même manière qu'en cas de cession de parts sociales.

71. – Par ailleurs, encore faut-il préciser que, dans le cadre de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant, le créancier doit déclarer sa créance. Pendant la période d'observation, ses droits sont gelés. Ensuite, trois hypothèses doivent être distinguées. En cas de plan de sauvegarde ou de continuation de l'entreprise, le créancier est dans l'obligation de maintenir le contrat de nantissement. En cas de cession de l'entreprise, si les parts sont comprises dans la cession, le créancier n'a pas d'autre choix que celui de subir la cession. Il sera alors payé sur le prix de vente mais il n'est pas un créancier privilégié, son paiement est aléatoire. En revanche, si les parts ne sont pas comprises dans le plan de cession, les règles relatives à la liquidation judiciaire s'appliqueront. Ainsi, le créancier ne pourra procéder à la réalisation de l'assiette de sa garantie qu'après l'expiration d'un délai de trois mois à compter du jugement pour en demander l'attribution judiciaire, à moins que dans ce délai, le liquidateur n'ait entrepris la vente des parts concernées.

C. Le nantissement de polices d'assurance

72. – La police d'assurance peut être souscrite soit auprès d'une compagnie d'assurance soit résulter d'une adhésion à une assurance de groupe. Elle consiste généralement en un versement effectué par la compagnie ou par l'assurance de groupe au bénéficiaire désigné par le souscripteur ou l'adhérent d'un capital ou d'une rente, en cas de décès de l'assuré (contrat d'assurance dite en cas de décès ou contrat de prévoyance), à une date déterminée si l'assuré est encore en vie (contrat d'assurance dite en cas de vie ou contrat d'épargne), ou à une date déterminée si l'assurée est encore

en vie ou antérieurement s'il décède avant cette date (contrat d'assurance dite mixte combinant un contrat de prévoyance et un contrat d'épargne).

73. – Toutes ces polices d'assurance ont en commun de faire naître au profit du souscripteur assuré (ou du bénéficiaire acceptant la police) une créance vis-à-vis de la compagnie d'assurance ou de l'assurance de groupe, qui peut être affectée en nantissement. La constitution d'une telle garantie a pour dessein l'obtention d'un prêt classique, d'un prêt sur avoirs (c'est-à-die une facilité de trésorerie), par exemple. L'avantage pour le constituant réside dans la continuité de fructification de son épargne. Cependant, le montant du prêt accordé dépendra de la confiance du créancier dans cet instrument. En effet, plus les supports choisis seront risqués moins le créancier voudra prêter.

74. – Notre étude ne portera que sur le nantissement de polices d'assurance-vie[192].

La constitution du nantissement de polices d'assurance nécessite le consentement écrit de l'assuré, celui de l'assureur et celui du tiers bénéficiaire acceptant[193]. La loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007[194] a ajouté deux précisions supplémentaires. Lorsque l'acceptation du bénéficiaire est antérieure au nantissement, ce dernier est subordonné à l'accord du bénéficiaire[195]. En revanche, lorsque l'acceptation est postérieure au nantissement, elle est sans effet à l'égard des droits du créancier nanti[196]. Ainsi, a été supprimé tout risque de remise en cause de l'efficacité du nantissement en raison d'une manifestation postérieure à l'acte du bénéficiaire.

---

[192] FLOUR (J.), *« La mise en gage des polices d'assurance sur la vie »* : RGAT 1932, p. 721 ; ROBERT (A.), *« La mise en gage des polices d'assurance sur la vie »* : *in* Le gage commercial (sous la direction de J. HAMEL), Dalloz, 1953, p. 604 s. ; ALBIGES (CH.), et PICOD (Y.), Rép. civ., *V° Nantissement*, n° 26 à 30 ; PICOD (Y.), Droit des sûretés, PUF, 2008, p. 314, n° 246 ; PIEDELIEVRE (S.), Les sûretés, Ed. A. Colin, 4e éd., 2004, p. 200 ; RETIF (S.), *« Assurance et réforme des sûretés »* : RCA 2006, n° 7, p. 2 ; HOVASSE-BANGET (S.), *« La fonction de garantie de l'assurance vie »* : Defrénois 1998, p. 81 ; LUCET (F.), *« Les garanties sur contrat d'assurance vie »* : Defrénois 1999, p. 705 ; LEBLOND (N.), *« Le nantissement d'assurance vie réformé en catimini »* : RCA 2008, n° 3, p. 7

[193] BIGOT (J.), Traité de droit des assurances, tome 4 : Les assurances de personnes, LGDJ, 2007, n° 492

[194] Loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007 permettant la recherche des bénéficiaires des contrats d'assurance sur la vie non réclamés et garantissant le droit des assurés, publiée au JO du 18 décembre 2007, p. 20358

[195] Article L. 132-10 al. 2 du Code des assurances

[196] Article L. 132-10 al. 3 du Code des assurances

75. – Par ailleurs, s'agissant des conditions de forme, l'article L. 132-10 du Code des assurances, modifié par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 et par l'article 8-II) de la loi du 17 décembre 2007, dispose que la police d'assurance peut être donnée en nantissement soit par avenant si elle est nominative ou par endossement si elle est à ordre, soit par acte soumis aux formalités de droit commun des articles 2355 et 2366 du Code civil. Les formalités constitutives du contrat de nantissement de polices d'assurance-vie ont été allégées, conformément à l'esprit de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006, ce qui doit réconforter les parties et notamment les créanciers.

76. – S'agissant des droits des créanciers nantis, ils ont été précisés à la fois par les nouvelles dispositions législatives – à l'instar du dernier alinéa de l'article L. 132-10 du Code des assurances qui autorise le créancier, en l'absence de clause contraire, à provoquer le rachat, et ce, que le nantissement ait été constitué avant ou après l'acceptation du bénéficiaire[197] – et par la jurisprudence. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé le 25 juillet 2005[198] que *« la dépossession qui fait perdre au constituant une parte de ses prérogatives sur la chose donnée en gage, ne les confère pas pour autant au créancier nanti qui dispose, en sa qualité de dépositaire de cette chose jusqu'à sa restitution, du seul pouvoir de la garder et conserver sans acquérir celui d'en user ni de l'administrer »*.

77. – En ce qui concerne le terme du nantissement, il était prévu, avant l'ordonnance du 23 mars 2006, lorsque le contrat d'assurance-vie prenait fin avant la date d'exigibilité de la créance garantie, la stipulation d'une clause d'exigibilité immédiate du prêt et la mise en place d'un compte séquestre.

---

[197] MAYAUX (L.), *« Assurance vie : les audaces tranquilles du législateur (loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007) »* : JCP 2008. I. 106

[198] Com. 25 juillet 2005 : D. 2005, p. 2142, obs. X. DELPECH ; JCP G 2005 IV 3100 ; Banque & droit 2005, n° 103, p. 64, obs. N. RONTCHEVSKY ; RTD com. 2006, p. 473, obs. B. BOULOC ; LPA 24 janv. 2006, p. 5, note D. HOUTCIEFF ; RDBF 2005, p. 23, obs. D. LEGEAIS ; JCP 2005 I 185, obs. PH. DELEBECQUE ; MARRAUD DES GROTTES (G.), *« Nantissement d'un contrat d'assurance vie : quels droits pour le créancier gagiste ? »* : RLDC 2005/21, n° 872

78. – Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 mars 2006, le contrat de nantissement obéit aux dispositions des articles 2355 et suivants du Code civil, et plus précisément à celles de l'article 2363 du Code civil qui dispose qu' *« après notification, seul le créancier reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêts »*, l'avantage pour le créancier étant d'obtenir paiement de la créance garantie dès lors que le nantissement est opposable à l'assureur.

79. – En revanche, si le contrat d'assurance-vie prend fin postérieurement à la date d'exigibilité de la créance garantie, le créancier peut demander l'attribution de la valeur de rachat à concurrence du montant de sa créance. Sauf convention contraire entre les parties, le créancier est en droit de provoquer le rachat et ce, sans tenir compte de l'acceptation du contrat par le bénéficiaire.

80. – Il faut souligner, pour terminer, que ce nantissement est fragile, à la fois pour le créancier nanti parce qu'il peut être primé par des créanciers privilégiés, ce qui n'est pas le cas en cas de délégation de créances, et pour le constituant du nantissement parce que le contrat peut prévoir une clause d'arrosage aux termes de laquelle si le capital du contrat d'assurance-vie diminue (en raison des fluctuations boursières), le créancier est en droit d'obliger le constituant à verser des sommes complémentaires pour faire en sorte que l'assiette de la garantie soit identique à celle d'origine. Dans l'hypothèse où l'assiette ne pourrait être reconstituée, le créancier est en droit d'exiger le remboursement du contrat de crédit.

81. – Il serait judicieux de conseiller aux créanciers de stipuler dans l'acte de nantissement, un pacte commissoire, mais la meilleure solution semble résider dans l'absorption du régime du nantissement sur assurance-vie par la fiducie-sûreté.

SOUS-SECTION 2

LE NANTISSEMENT SUR LES BIENS IMMATERIELS INDUSTRIELS

82. – En vertu des dispositions de l'article 2355 alinéa 5 du Code civil, les biens immatériels autres que les créances relèvent des dispositions spéciales, ou à défaut des règles prévues pour le gage de meubles corporels, parmi lesquels figurent les biens immatériels industriels, c'est-à-dire le fonds de commerce **(§1)** et les propriétés intellectuelles **(§2)**.

§1. Le nantissement conventionnel du fonds de commerce[199]

83. – Parce qu'il est assujetti à des dévalorisations variables, parce qu'il réserve aux créanciers bénéficiaires un sort peu attractif en cas de déconfiture du débiteur, le nantissement du fonds de commerce est une garantie dans laquelle les créanciers ont peu confiance. La pratique *« y recourt à toutes fins utiles, d'une manière un peu subsidiaire, en exigeant du débiteur qu'il fournisse d'autres garanties »*[200]. Avant d'être réglementé par les lois du 1er mars 1898 et celle du 17 mars 1909, le nantissement du fonds de commerce était appréhendé avec méfiance par les tribunaux qui le jugeaient occulte. Avec la mise en place d'un système organisé de publicité destinée à pallier à l'absence de dépossession[201], la confiance des créanciers et des tiers a été réinstaurée, le nantissement conventionnel de fonds de commerce a dès lors connu un essor considérable, même si cet essor doit être relativisé car en pratique, le nantissement du fonds de commerce n'est jamais conclu seul, il s'accompagne le plus souvent d'autres garanties, jugées plus fiables par les banquiers.

---

[199] HANUS (A.), Etude du fonds de commerce envisagé comme moyen de crédit : examen des différentes sûretés qui peuvent être consenties sur le fonds de commerce dans l'état actuel de notre législation et en particulier étude du "gage sans déplacement" validé par les lois du 1er mars 1898 et du 17 mars 1909, th. Nancy, 1930 ; DERRUPPE (J.), Le fonds de commerce, Dalloz, 1994, p. 57 s.

[200] SIMLER (PH.), et DELEBECQUE (PH.), Droit civil : Les sûretés, La publicité foncière, Dalloz, 2009, 5e éd., n° 716, p. 625

[201] PEYRIERE (G.), Du nantissement des fonds de commerce et des modifications apportées par la loi du 17 mars 1909, th. Toulouse, 1910 ; TOUTON (A.), Des sûretés réelles sur les fonds de commerce (loi du 17 mars 1909), th. Bordeaux, 1912 ; PICOD (Y.), Droit des sûretés, PUF, 2008, p. 315, n° 247 à 249 ; DERRUPPE (J.), Rép. com. *V° Nantissement du fonds de commerce* ; Propriétés incorporelles de l'entreprise, 105e Congrès des Notaires de France, Lille, 17-20 mai 2009, p. 230, n° 1427

Il a également inspiré d'autres nantissements de fonds, à l'instar du nantissement de fonds agricole prévu par la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat[202], dont l'article 22 dispose que *« le fonds artisanal peut faire l'objet d'un nantissement dans les conditions et sous les formalités prévues pour un fonds de commerce »*. L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 n'a pas modifié son régime, il obéit à un corps de règles qui relèvent des articles L. 142-1 et suivants du Code de commerce, détaillant sa constitution **(A)**, ses effets **(B)**, sa vie et son extinction **(C)**.

A. La constitution du nantissement du fonds de commerce

84. – La constitution du nantissement du fonds de commerce doit être envisagée d'un point de vue des conditions de fond **(1)** et des conditions de forme **(2)**.

1) Les conditions de fond

85. – Les conditions de fond du nantissement du fonds de commerce intéressent à la fois la qualité du constituant **(a)**, la nature de la créance garantie **(b)**, et le fonds lui-même **(c)**.

a- La qualité du constituant

86. – La constitution du nantissement conventionnel du fonds de commerce suppose, à peine de nullité, que le constituant soit propriétaire du fonds. La nature de la nullité a longtemps fait l'objet d'hésitations. Fondée sur l'article 1599 du Code civil[203] ou sur l'ancien article 2129 du Code civil[204] parce qu'en tant que gage sans dépossession, le nantissement de fonds de commerce était souvent assimilé à une hypothèque mobilière, la nullité était alors relative ou absolue. Par un arrêt de la

---

[202] La loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat a été précisée par le décret n° 96-1018 du 26 novembre 1996

[203] L'article 1599 du Code civil dispose : *« La vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages et intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui »*.

[204] L'article 2129 du Code civil est devenu l'article 2418 du Code civil.

Chambre commerciale du 5 novembre 2002[205], la Cour de cassation a décidé que *« la nullité du nantissement d'une fonds de commerce appartenant à autrui est couverte, lorsque, avant toute action en nullité, le constituant devient propriétaire du fonds »*, rappelant ainsi un arrêt rendu par la Chambre civile de la Cour de cassation le 23 janvier 1832[206] qui s'était fondé sur l'article 1599 du Code civil. La nullité est donc relative.

Par ailleurs, comme en cas de procédure collective la vente du bien peut être ordonnée, le constituant doit avoir la capacité de disposer et les pouvoirs d'administrer.

b- La nature de la créance garantie

87. – Concernant la créance garantie, le nantissement peut garantir toutes sortes de créances, qu'elles soient actuelles ou futures, personnelles ou qu'elles appartiennent à un tiers. Comme pour toute autre sûreté réelle, en raison du caractère accessoire par rapport à la dette garantie, les causes d'extinction, de nullité ou de caducité de la créance entraînent inexorablement la fin du nantissement. La garantie s'étend aux intérêts de la dette, conformément aux dispositions de l'article L. 143-19 alinéa 2 du Code de commerce.

c- Les conditions relatives au fonds de commerce

88. – Une jurisprudence ancienne subordonnait la constitution du nantissement à l'existence du fonds de commerce. Par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 30 janvier 1934[207], la Chambre des Requête un fonds qui est ouvert au public et dispose des éléments susceptibles d'attirer une clientèle.

89. – Qu'en est-il des fonds futurs ou en cours de création ? Avant l'ordonnance du 23 mars 2006, une réponse était donnée par l'article 1130 du Code civil qui admettait les obligations sur choses futures[208]. La jurisprudence s'était d'ailleurs prononcée en ce

---

[205] Com. 5 nov. 2002 : D. 2003, AJ, p. 70, obs. E. CHEVRIER ; RTD com. 2003, p. 58, obs. B. SAINTOURENS

[206] Civ. 23 janv. 1832 : S. 1832, 1, 166

[207] Req. 30 janvier 1934 : S. 1935, 1, 12 cité par BARRET (O.), Les contrats portant sur le fonds de commerce, LGDJ, 2001, p. 300, n° 508

[208] MESTRE (J.), *« Le gage des choses futures »* : D. 1982, chron. p. 141

sens lorsqu'elle avait décidé par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 3 juillet 1963[209] que le nantissement pouvait porter sur un fonds en formation dès lors que le lieu d'exploitation était déterminé. Depuis la réforme du droit des sûretés, une réponse implicite est fournie par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 qui a consacré que des biens futurs puissent constituer l'assiette d'une sûreté réelle mobilière[210]. Le fonds en cours de création peut donc constituer l'assiette de la garantie.

90. – Toutefois, force est de constater qu'en pratique, le nantissement d'un fonds futur ou en cours de création, peut s'avérer particulièrement dangereux pour un créancier. Le risque est qu'en l'absence de clientèle, entraînant l'inexistence du fonds, le nantissement pourrait être annulé. Si toutefois le créancier souhaitait prendre ce risque, il conviendrait pour lui qu'il se fasse consentir une promesse de nantissement en attendant que le fonds soit effectivement ouvert au public.

91. – L'objet du nantissement peut porter, sans que cela suscite de difficulté, sur les fonds déjà créés auxquels sont rattachés une clientèle, les succursales[211], les fonds indivis[212], et les fonds en sous-location[213].

92. – En revanche, ne peuvent être compris dans l'assiette du nantissement de fonds de commerce, les fonds en gérance[214], les fonds franchisés à moins que le franchisé ne soit propriétaire de sa clientèle[215], les fonds libéraux, les GIE parce qu'ils ne disposent pas d'une clientèle propre, détachée du groupement.

---

[209] CA Paris, 3 juillet 1963 : D. 1964, p. 205 ; RTD com. 1964, p. 54, note A. JAUFFRET ; JCP 1963 II 13398 ; Sur la validité d'une promesse de nantissement d'une fonds de commerce en cours de création : V. CA Paris, 27 sept. 1996 : D. 1997, somm., p. 251, obs. S. PIEDELIEVRE ; RTD com. 1997, p. 629, obs. J. DERRUPPE

[210] V. l'article 2333 du Code civil pour le gage et l'article 2355 du Code civil pour le nantissement

[211] Le nantissement du fonds principal ne s'étend pas de plein droit aux succursales. Pour cela, il faut qu'elle soit désignée dans l'acte constitutif.

[212] Le fonds de commerce peut être détenu en indivision par plusieurs propriétaires et chacun des coindivisaires peut consentir un nantissement sur sa part indivise. Pour le créancier, il est plus avantageux d'obtenir l'accord de tous les indivisaires pour bénéficier d'une garantie sur l'ensemble du fonds.

[213] Le nantissement d'un fonds en sous-location obéit aux règles de droit commun du nantissement de fonds de commerce.

[214] Les fonds en gérance ne peuvent constituer l'assiette d'un nantissement de fonds de commerce car seuls le propriétaire du fonds a qualité pour affection son bien en garantie.

[215] Civ. 3e, 27 mars 2002, pourvoi n° 00-20732. Par cet arrêt, la Cour de cassation a décidé : *« qu'ayant relevé, à bon droit, d'une part, que si une clientèle est au plan national attachée à la notoriété de la*

93. – Le nantissement du fonds de commerce comprend, selon l'article L. 142-2 alinéa 1er du Code de commerce, un certain nombre d'éléments tels que *« l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds »* ainsi que les droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés. Lorsque les parties n'ont pas pris soin de préciser expressément dans l'acte les éléments inclus dans l'assiette, l'alinéa 3 de l'article L. 142-2 du Code de commerce précise que dans ce cas, seuls sont compris *« l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage »*. Si le fonds de commerce doit être envisagé en tant qu'universalité, il n'en demeure pas moins que certains des éléments appartenant au fonds peuvent être donnés séparément, à titre individuel, en garantie. Dans ce cas, ils sont soumis à une règlementation spécifique s'ils en disposent. Inversement, lorsqu'un élément susceptible d'être l'objet d'un nantissement distinct est compris dans l'assiette du nantissement du fonds de commerce, il relève des règles relatives au fonds de commerce. A défaut, il relèvera du droit commun du gage.

94. – Enfin, l'article L. 142-2 alinéa 4 du Code de commerce prévoit que le nantissement du fonds de commerce peut comprendre les succursales, à condition d'être désignées par l'indication précise de leur siège. Elles peuvent également faire l'objet d'un nantissement distinct, dès lors qu'elles disposent d'une clientèle autonome.

95. – L'assiette du nantissement peut subir des modifications. Il faut alors envisager trois hypothèses : celle de l'extension, celle d'une diminution de l'assiette de la garantie et celle d'une subrogation réelle.

---

marque du franchiseur, la clientèle locale n'existe que par le fait des moyens mis en oeuvre par le franchisé, parmi lesquels les éléments corporels de son fonds de commerce, matériel et stock, et l'élément incorporel que constitue le bail, que cette clientèle fait elle-même partie du fonds de commerce du franchisé puisque, même si celui-ci n'est pas le propriétaire de la marque et de l'enseigne mises à sa disposition pendant l'exécution du contrat de franchise, elle est créée par son activité, avec des moyens que, contractant à titre personnel avec ses fournisseurs ou prêteurs de deniers, il met en oeuvre à ses risques et périls, d'autre part, que le franchiseur reconnaissait aux époux X... le droit de disposer des éléments constitutifs de leur fonds, la cour d'appel en a déduit exactement que les preneurs étaient en droit de réclamer le paiement d'une indemnité d'éviction et a, par ces seuls motifs, légalement justifié sa décision de ce chef ».

96. – Si de nouveaux éléments viennent s'ajouter au fonds de commerce après la conclusion du nantissement, pour être compris dans l'assiette, ils doivent faire l'objet d'une inscription expresse. L'extension n'est pas automatique. Par exception, et en application de la théorie de l'accessoire, l'article L. 142-2 alinéa 2 du Code de commerce prévoit, pour les brevets d'invention, que dans l'hypothèse où le brevet appartiendrait à l'universalité donnée en garantie, le nantissement s'étendrait alors au certificat d'addition obtenu postérieurement à la date à laquelle cette sûreté a été constituée.

97. – Si l'un des éléments du fonds de commerce venait à disparaître, le créancier bénéficierait de la protection de l'article 1188 du Code civil qui prévoit que lorsque la diminution de la sûreté résulte *« du fait du débiteur »*, ce dernier ne peut plus réclamer le bénéfice du terme. En outre, il bénéficierait des dispositions de l'article L. 143-1 du Code de commerce qui sanctionne le débiteur par l'exigibilité de plein droit des créances inscrites, dans l'hypothèse où le fonds aurait été déplacé sans que le créancier n'en ait été informé.

98. – Si des éléments nouveaux venaient à remplacer d'anciens éléments, par application du mécanisme de subrogation réelle, ils seraient compris dans l'assiette du nantissement. L'article L. 145-50 du Code de commerce en matière de déspécialisation plénière le prévoit expressément, de même que l'article L. 143-1 du Code de commerce relatif au déplacement du fonds, même si dans ce dernier cas, il est exigé du créancier qu'il procède à une inscription modificative. En outre, il faut préciser, dans l'hypothèse où une indemnité viendrait compenser la perte de l'élément disparu, celle-ci entrerait dans l'assiette du nantissement. La loi l'a envisagé pour l'indemnité d'expropriation (article L. 12-3 du Code de l'expropriation), pour l'indemnité découlant de l'obligation de transférer le fonds dans l'enceinte d'un marché d'intérêt national (article 15 du décret n° 68-661 du 10 juillet 1968), pour l'indemnité due en cas de suppression d'un débit de boissons dans une zone protégée (articles R. 2-1 à R. 2-12 du Code des débits et boissons), mais également pour l'indemnité d'assurance (article L. 121-13 du Code des assurances) à condition qu'elle corresponde à des éléments grevés[216].

---

[216] COHEN (A.), Traité théorique et pratique des fonds de commerce, tome 2, Sirey, 1948, 2e éd., p. 675, n° 1226 ; V. aussi BARRET (O.), Les contrats portant sur le fonds de commerce, LGDJ, 2001, p. 306, n° 519

En revanche, à défaut de précision légale, la question s'est posée de savoir si l'indemnité d'éviction devait elle aussi être incluse dans l'assiette du nantissement. Certains considèrent que l'indemnité n'est destinée qu'à réparer le préjudice causé au locataire par l'éviction[217]. D'autres, en revanche, considèrent que cette indemnité vient remplacer le droit au renouvellement du bail du locataire, et doit donc en tant que telle, être comprise dans le nantissement du fonds de commerce[218]. Cette dernière opinion nous paraît préférable.

2) Les conditions de forme

99. – Les conditions de forme en matière de nantissement du fonds de commerce **(a)** s'accompagnent de quelques particularités lorsqu'il inclut succursales **(b)** et propriétés industrielles **(c)**.

a- Les formalités du nantissement du seul fonds de commerce

100. – Pour être valable, et selon les formalités prescrites à l'article L. 142-3 du Code de commerce, le contrat doit être constaté par écrit, par un acte authentique ou par un acte sous seing privé dûment enregistré[219]. Par ailleurs, le nantissement doit être inscrit au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité et ce, dans un délai de 15 jours après la date de l'acte[220]. Même si les textes ne le précisent pas, toutes ces formalités sont requises à peine de nullité[221].

---

[217] Trib. Civ. Charleville, 29 août 1951 : JCP 1952 II 7037, note crit. A. COHEN ; V. aussi plus récemment ROUX (J.-M.), *« Evaluation des fonds de commerce, d'industrie et assimilés et des indemnités d'éviction »* : Annales des loyers 2008, n° 8, p. 1754, n° 78

[218] COHEN (A.), *op. cit.*, p. 677, n° 1228 : *« L'indemnité d'éviction tient, dans le fonds de commerce, la même place que le droit au renouvellement au bail dont elle n'est que la représentation en argent et qu'en conséquence, lorsque le droit au bail est grevé d'un privilège, ce privilège s'exerce nécessairement sur l'indemnité qui le représente, sans qu'il soit besoin pour cela d'une convention ou d'une disposition spéciale de la loi »*.

[219] ROUZET (G.), *« Le point sur la virgule »*, *in* Les activités et les biens de l'entreprise : Mélanges DERRUPPE, Ed. GLN-Joly et Litec, 1991, p. 355

[220] Article L. 142-4 §1 du Code de commerce

[221] L'inscription est requise à peine de nullité absolue. V. par ex. Civ. 1ère 18 février 1997 : D. 1997, somm., p. 252, obs. S. PIEDELIEVRE

Lors de l'inscription, conformément à l'article 24 de la loi du 17 mars 1909, modifié par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000[222], le créancier devra fournir au greffe du tribunal de commerce du lieu de situation du fonds, l'un des originaux du titre constitutif du nantissement s'il est sous seing privé ou une expédition s'il en existe une minute. Il devra également y joindre deux bordereaux qui contiennent notamment l'indication des noms, prénoms, domiciles et professions des créancier, débiteur et propriétaire du fonds s'il s'agit d'un tiers ; de la date et de la nature du titre ; la désignation du fonds de commerce et ses succursales, et l'indication des éléments constitutifs de l'assiette du nantissement[223]. L'inscription du nantissement remplit trois objectifs : elle est à la fois requise pour la validité de l'acte, pour l'opposabilité aux tiers et pour le classement des créanciers.

101. – Par ailleurs, l'inscription est valable dix ans[224], ce qui est la règle habituelle en matière de créance à long terme[225], et peut être renouvelée avant l'expiration de ce délai, même si le débiteur fait l'objet d'une procédure collective. A défaut, l'inscription prend fin. Par ailleurs, la mainlevée du nantissement ne peut se faire que par un acte notarié ou sur le vu d'un jugement de radiation, conformément à l'article L. 143-20 du Code de commerce. La radiation peut être amiable si les deux parties se sont entendues conventionnellement, ou judiciaire si à la demande du débiteur ou de tout tiers intéressé le tribunal la prononce. Lorsqu'elle est amiable, la radiation, totale ou partielle, ne peut être opérée par le greffier que sur le dépôt d'un acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré de consentement à la radiation donné par le créancier ou son cessionnaire régulièrement subrogé et justifiant de ses droits.

b- Les formalités supplémentaires en cas de nantissement de succursales

102. – Si le nantissement grève à la fois le fonds principal et des succursales, inscriptions doivent être prises aux greffes des tribunaux dans le ressort desquels sont

---

[222] Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du Code de commerce, publiée au JO du 21 septembre 2000, p. 14783

[223] REZEK (S.), *« Spécificités rédactionnelles du bordereau d'inscription d'un privilège de vendeur de fonds de commerce »* : JCP N 2009, 1255

[224] Article L. 143-19 du Code de commerce

[225] VOGEL (L.), Traité de droit des affaires, t. 1, Du droit commercial au droit économique, LGDJ, 2010, 19e éd., p. 483, n° 556

respectivement sis le fonds et chacune des succursales. Un bordereau distinct doit être déposé pour chaque inscription.

103. – Si le nantissement porte uniquement sur une succursale, inscription doit être alors prise au greffe du tribunal dans le ressort duquel est sise.

c- Les formalités supplémentaires en cas de nantissement de propriétés industrielles

104. – Si le nantissement comprend des brevets, marques, dessins ou modèles, il devra également être inscrit à l'Institut National de la Propriété Industrielle, dans la quinzaine de l'inscription au greffe et sur la production d'un certificat délivré par le greffe. A défaut, le nantissement sera considéré comme nul, à l'égard des tiers, en ce qu'il grève ces droits.

B. Les effets du nantissement

105. – Le nantissement du fonds de commerce produit des effets tant à l'égard du débiteur commerçant **(1)** qu'à l'égard du créancier **(2)**.

1) Les effets du nantissement à l'égard du débiteur commerçant

106. – Le commerçant qui a donné son fonds de commerce en garantie en conserve l'usage et la jouissance. Il doit exploiter le fonds et tenter de maintenir la valeur du fonds donné en garantie. A ce titre, tous les événements susceptibles de modifier la valeur de l'assiette doivent faire l'objet d'une information ou d'une demande d'autorisation auprès du créancier. Il en va ainsi notamment lorsque le débiteur veut ou doit déplacer son fonds de commerce[226]. L'article L. 143-1 du Code de commerce lui impose d'avertir son créancier au moins quinze jours auparavant, sous peine d'exigibilité immédiate de la créance. Le créancier aura alors le choix. S'il accepte, il devra simplement régulariser l'inscription. S'il refuse, la créance deviendra

[226] VOGEL (L.), Traité de droit des affaires, t. 1, Du droit commercial au droit économique, LGDJ, 2010, 19e éd., p. 484, n° 560

alors immédiatement exigible. Le débiteur devra également obtenir l'autorisation du créancier lorsqu'il souhaitera mettre en vente un élément du fonds de commerce. Dans le cas contraire, la loi pénale prévoit qu'il puisse être poursuivi pour délit de détournement d'objet remis en gage, sanctionné par les peines de l'abus de confiance. La déspécialisation, la résiliation de la vente du fonds ou du bail[227] doivent faire l'objet d'une notification au créancier, et dans ce dernier cas, sous peine d'inopposabilité.

2) Les effets du nantissement à l'égard du créancier

107. – A l' égard du créancier, le nantissement confère un droit de préférence, un droit de suite, et depuis la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 dite loi de modernisation de l'économie[228], un droit de rétention fictif reconnu à tous les gages sans dépossession[229].

En revanche, l'article L. 142-1 du Code de commerce empêche le créancier d'obtenir l'attribution judiciaire du bien, ce qui, comme nous le constaterons, n'est en réalité d'aucune utilité pour le créancier.

108. – Le droit de suite du créancier gagiste se manifeste dans l'hypothèse où le fonds donné en garantie serait vendu. Le créancier gagiste qui a préalablement et valablement inscrit sa sûreté sera en droit de poursuivre la vente aux enchères du fonds en cours. En revanche, il n'est pas en droit de poursuivre la vente entre les mains de l'acquéreur d'éléments isolés du fonds[230].

109. – Le droit de préférence permet au créancier bénéficiaire, en cas de vente aux enchères du fonds, d'être payé sur le prix de la vente par préférence aux autres créanciers chirographaires, et à tous ceux qui auraient inscrit leur sûreté postérieurement. Cependant, dans le cadre d'une procédure collective, sa situation ne sera plus si intéressante pour lui car il sera primé par le super-privilège des salariés, par

---

[227] VOGEL (L.), *op. cit.*, p. 486 n° 561; V. aussi DUMONT-LEFRAND (M.-P.), *« Résiliation du bail : la nécessaire information des créanciers inscrits »* : AJDI 2007, p. 540 ; GUEDJ (J.-D.), *« Des obligations du bailleur ou du risque de méconnaître le droit d'information du créancier nanti sur le fonds de commerce exploité par le preneur »* : LPA 30 nov. 2007, 8

[228] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 dite loi de modernisation de l'économie, publiée au JO du 5 août 2008, p. 12471

[229] V. l'article 2286, 4° du Code civil et infra n° 535 s.

[230] LEMEUNIER (F.), Fonds de commerce, Delmas, 2007, 17e éd., p. 129, n° 707

le privilège des frais de justice, par les privilèges généraux du Trésor et par tous ceux qui ont permis au débiteur de poursuivre son activité[231].

110. – Néanmoins, comme il bénéficie désormais d'un droit de rétention, en vertu de l'article 2286-4° du Code civil, sa situation pourra s'améliorer en cas de procédure collective.

C. L'existence et l'extinction du nantissement de fonds de commerce

111. – Plusieurs événements sont susceptibles d'affecter le nantissement de fonds de commerce au cours de son existence : l'aliénation du fonds nanti ou son déplacement, la résiliation du bail, et d'autres événements plus rares ou ponctuels **(1)**. Quant à l'extinction de la garantie, elle peut résulter soit de la péremption de l'inscription non-renouvelée soit de la mainlevée donnée par le créancier **(2)**.

1) Les événements affectant le nantissement du fonds de commerce au cours de son existence

112. – En cas de cession du fonds de commerce, le créancier nanti peut prononcer l'exigibilité anticipée de l'obligation garantie, et ce n'est que dans l'hypothèse où il n'aurait pas obtenu satisfaction, qu'il peut demander la vente forcée du bien entre les mains du cessionnaire ou nouvel acquéreur.

Si le créancier nanti refuse de prononcer l'exigibilité anticipée de l'obligation garantie, s'il refuse de donner mainlevée de la sûreté, il peut accepter que le constituant continue à exécuter l'obligation garantie dans les conditions fixées contractuellement à l'origine.

Sinon, le créancier nanti dispose également de la faculté d'accepter le nouvel acquéreur comme débiteur ou constituant de la sûreté. S'opèrerait alors une substitution qui aurait pour effet de libérer l'ancien cocontractant du créancier.

---

[231] PIEDELIEVRE (S.), Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, Dalloz, 2009, 7e éd., p. 251, n° 222

En outre, le créancier peut également accepter de purger le nantissement en acceptant une somme d'argent qui correspondrait à la libération de toutes inscriptions de la propriété du fonds.

113. – En cas de déplacement du fonds, résultant soit d'une décision volontaire du commerçant soit d'une décision involontaire provoquée par exemple par le non-renouvellement de bail, la valeur du fonds, et par là-même de l'assiette de la garantie, peut être diminuée. Pour cette raison, il est demandé au constituant d'en informer le créancier dans un délai de quinze jours. Une fois que le créancier a pris connaissance de ce déplacement, une option s'offre à lui : refuser ou accepter le déplacement.

S'il refuse, il pourra, si le contrat de crédit le précise se prévaloir de l'exigibilité anticipée de l'obligation garantie ou si le contrat de crédit ne l'a pas précisé, demander au juge de prononcer une telle exigibilité. Dans tous les cas, si le créancier n'a pas été avisé de la décision de déplacer le fonds dans les délais impartis, l'exigibilité sera prononcée de plein droit.

S'il accepte, il devra accomplir un certain nombre de formalités dans un délai de quinze jours à compter du jour où il a eu connaissance du déplacement du fonds.

114. – En cas de résiliation du bail, le bailleur ou propriétaire des murs doit en informer le créancier par notification. La réalisation de cette condition de forme est importante car ce n'est qu'un mois après cette notification que le bail pourra être effectif. Par ailleurs, l'indemnité d'éviction qui sera versée au commerçant du fait du non-renouvellement du bail s'inclura dans l'assiette du nantissement et profitera donc au créancier[232].

115. – En cas d'apport du fonds de commerce à une société, la réalisation du bien pourrait être compromise en raison de la confusion opérée par l'opération entre les éléments du fonds nanti et ceux de la société. Face à cet inconvénient le créancier peut soit former opposition soit demander à la société bénéficiaire de l'apport la constitution d'une nouvelle sûreté sous peine d'exigibilité anticipée de l'obligation garantie par le cédant.

---

[232] V. supra n° 99

2) L'extinction du nantissement du fonds de commerce résultant de la péremption ou de la mainlevée

116. – L'inscription du nantissement du fonds de commerce est valable dix ans, au terme desquels le créancier doit, s'il ne veut pas perdre sa sûreté, procéder à son renouvellement pour une durée identique par l'accomplissement d'un certain nombre de formalités. Lorsque le nantissement de fonds inclus des propriétés industrielles, l'inscription prise à l'INPI devra être également renouvelée dans les quinze jours suivant la date de renouvellement de l'inscription du fonds.

117. – En outre, le nantissement du fonds de commerce peut s'éteindre par la mainlevée donnée par le créancier, soit après paiement de la créance par le débiteur soit après avoir accéder à une demande faite par le débiteur. La mainlevée peut être totale, elle entraîne alors de facto la radiation définitive de l'inscription, ou partielle, elle conduit à la réduction du montant de la créance garantie ou de l'assiette de la sûreté.

§2. Le nantissement de propriétés intellectuelles

118. – L'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle définit la propriété intellectuelle comme étant l'ensemble des créations de l'esprit, à savoir les inventions, les œuvres littéraires et artistiques et les symboles, noms, images et dessins et modèles utilisés dans le commerce. Se divisant en deux branches, c'est donc en toute logique que nous étudierons d'abord le nantissement de propriétés littéraires et artistiques **(A)**, puis le nantissement de propriétés industrielles **(B)**.

A. Le nantissement de propriétés littéraires et artistiques

119. – Le droit d'auteur se rapporte aux œuvres littéraires et artistiques telles que romans, poèmes et pièces de théâtre, œuvres cinématographiques et musicales ou encore œuvres relevant des arts plastiques comme les dessins, les peintures, les photographies et les sculptures ainsi que les dessins et modèles architecturaux. Les droits attachés au droit d'auteur comprennent ceux des artistes interprètes ou exécutants sur leurs interprétations et exécutions, des producteurs de phonogrammes sur leurs

enregistrements et des radiodiffuseurs sur leurs programmes radiophoniques ou télévisuels[233].

120. – Lorsque ces biens sont affectés à la garantie d'une créance, le créancier doit s'assurer que son cocontractant est le titulaire de droits **(1)**. En ce qui concerne les règles applicables à la sûreté, seuls le logiciel et le film cinématographique ont fait l'objet de dispositions législatives précises **(2)**.

1) La condition préalable au nantissement : la protection du bien par le droit d'auteur

121. – Pour bénéficier de la protection au titre du droit d'auteur, l'œuvre doit revêtir deux qualités : être matérialisée dans un support et originale.

122. – *« La forme est à l'œuvre ce que le corps est à la personne »*[234]. Elle est au centre de la propriété intellectuelle[235] toute entière. Pourtant, à la lecture de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle, peu s'en faut pour croire que la forme d'expression de l'œuvre est indifférente à la protection, puisqu'il dispose que *« l'œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre du seul fait de sa création, d'un droit de propriété »*, seul l'article L. 112-1 du Code de la propriété intellectuelle y fait référence. La forme de l'œuvre doit être perceptible, être distincte de la fonction de l'objet et de son fond, c'est-à-dire, du message ou de l'information qu'elle contient[236].

123. – Par ailleurs, l'œuvre doit être originale. Davantage que le législateur, ce sont les juges qui l'imposent, car le Code de la propriété s'est contenté d'une brève évocation de l'originalité à l'article L. 112-4 relativement au titre. L'originalité se définit comme l'expression de la personnalité de l'auteur. Cependant, le critère souffre actuellement de quelques critiques car il a parfois servi à protéger non pas des œuvres originales mais des œuvres qui avaient nécessité, pour leur création, un investissement

---

[233] Définition donnée par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI), disponible sur www.wipo.org/about-ip/fr/

[234] GAUTIER (P.-Y.), Propriété littéraire et artistique, PUF, 2004, 5e éd., n° 24

[235] GAUDRAT (PH.), *« Réflexions sur la forme des œuvres de l'esprit »* : Mél. Françon, Dalloz, 1995, p. 195 : *« Le concept de forme est, sans conteste, un concept central de la propriété littéraire et artistique »*.

[236] CARON (CH.), Droit d'auteur et droits voisins, Litec, 2006, p. 56, n° 64

financier. Un mouvement doctrinal a proposé, face à cette crise conceptuelle, de lui substituer le critère de nouveauté, mais il n'est pas sans rappeler les propriétés industrielles. Un auteur a alors proposé un compromis et a considéré que la notion d'originalité impliquait *« forcément la nouveauté »*[237], et que par conséquent, l'originalité désignait *« la nouveauté propre à un auteur, celle que seul un créateur déterminé a pu imprégner à une œuvre »*[238].

2) Les règles relatives au nantissement des logiciels et films cinématographiques

124. – Le Code de la propriété intellectuelle n'a envisagé que le régime du nantissement de logiciels **(a)** et celui des films cinématographiques **(b)**. Pour tout ce qui n'a pas été envisagé par des règles spécifiques, et conformément aux dispositions de l'article 2355 alinéa 5 du Code civil, ce sont celles relatives au gage de meubles corporels qui ont vocation à s'appliquer.

a- Le nantissement de logiciels

125. – Transposant la directive européenne n° 91-250 du 14 juin 1991 sur la protection juridique des programmes d'ordinateur, la loi n° 94-361 du 10 mai 1994[239] a prévu des dispositions spécifiques relatives au contrat de nantissement du droit d'exploitation des logiciels. L'article 7 de ladite loi, inséré à l'article L. 132-34 du Code de la propriété intellectuelle, a mis en place un système qui permet au créancier d'assurer, en toute sécurité, le financement du développement des logiciels. Assez lacunaire, l'article se contente d'énoncer que *« le droit d'exploitation de l'auteur du logiciel défini à l'article L. 122-6 peut faire l'objet d'un nantissement »*. Les modalités de ce nantissement ont été précisées par le décret d'application n° 96-103 du 2 février

---

[237] CARON (CH.), *op. cit.*, p. 69, n° 84

[238] *Ibid.*

[239] Loi la loi n° 94-361 du 10 mai 1994[239], portant mise en œuvre de la directive n° 91-250 du Conseil des communautés européennes en date du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le Code de la propriété intellectuelle du 10 mai 1994, publiée au JO du 11 mai 1994. Cette loi a été complétée par le décret n° 96-103 du 2 février 1996, publié au JO du 9 février 1996, p. 2122

1996[240]. Ainsi, il a été prévu que le droit d'exploitation d'un logiciel pouvait être nanti seul ou avec l'ensemble du fonds de commerce.

Lorsque le logiciel est nanti individuellement, le contrat de garantie doit être inscrit, à des fins d'opposabilité aux tiers, sur le registre spécial des logiciels tenus par l'Institut national de la propriété industrielle (INPI), ce qui semble supposer qu'il soit constaté par écrit. La demande d'inscription qui peut être faite par l'une des parties à l'acte ou par un mandataire spécialement habilité, doit comporter certaines mentions telles que la désignation précise du logiciel et ses éléments, et le montant de la créance. L'inscription est valable cinq ans sauf renouvellement[241].

En revanche, lorsque le logiciel est nanti avec l'ensemble du fonds de commerce, le nantissement ne pourra être inscrit sur le registre spécial des logiciels tenu par l'INPI, que sur présentation du certificat d'inscription du nantissement délivré par le greffe du tribunal de commerce.

126. – On ne peut que regretter l'absence de constitution d'un fichier général des logiciels qui enregistrerait toutes les opérations les concernant. En effet, seuls les logiciels nantis seront enregistrés. Les contrats portant sur le droit d'exploitation des logiciels ne sont malheureusement pas assujettis à publication à peine d'opposabilité. On est loin d'une publicité organisée pour les logiciels comme celle qui est prévue pour les brevets[242] ou les marques[243].

127. – Cependant, des doutes sur la possibilité de nantir un logiciel futur, en cours de création, ont été émis par la doctrine, à défaut de disposition législative expresse. Théoriquement, l'ancien article 2076 du Code civil prohibant le gage sur chose future contredisait l'article 1130 du Code civil qui dispose que *« les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation »*. La doctrine était donc partagée, même si une majeure partie des auteurs avaient tendance à répondre par l'affirmative. L'ordonnance du 23 mars 2006 a levé les doutes et l'interdiction faite par l'ancien article 2076. Désormais, rien ne semble s'opposer à la constitution d'un nantissement

[240] Décret d'application n° 96-103 du 2 février 1996 pris pour l'application de la loi no 94-361 du 10 mai 1994 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur et modifiant le code de la propriété intellectuelle, publié au JO du 9 février 1996, p. 2122

[241] Articles R. 132-8 à R. 132-17 du Code de la propriété intellectuelle

[242] Article L. 613-9 du Code de la propriété intellectuelle

[243] Article L. 714-7 du Code de la propriété intellectuelle

sur logiciels futurs[244]. Cependant, cette possibilité semble assez peu opportune en pratique car lors de l'inscription du nantissement, il est obligatoire de déterminer le code source qui comme le précise l'article R. 132-8 du Code de la propriété intellectuelle, est l'un des éléments majeurs d'identification du logiciel. Or, cette détermination implique un quasi-achèvement du logiciel.

128. – Le nantissement de logiciels impose au constituant une obligation de conservation, ce qui constituait la contrepartie de l'absence de dépossession imposée autrefois par l'article 2076 du Code civil aujourd'hui abrogé, dans le but de maintenir la valeur économique du bien. Il apporte au créancier bénéficiaire deux droits : le droit de préférence et le droit de suite.

129. – Concernant le droit de préférence, lorsqu'intervient un conflit entre divers créanciers inscrits titulaires d'un nantissement sur logiciel seul ou dans le cadre d'un fonds de commerce, et si le conflit porte sur des inscriptions à l'INPI, l'article L. 132-34 alinéa 5 du Code de propriété intellectuelle énonce la règle classique du *« prior tempore potior jure »*. Autrement dit, le rang des inscriptions est déterminé en fonction de l'ordre dans lequel elles ont été requises. En revanche, si le conflit concerne une inscription au greffe du tribunal de commerce et une inscription à l'INPI, aucune précision n'étant apportée par l'article L. 132-34 alinéa 5 du Code de la propriété intellectuelle, il conviendrait d'appliquer une solution protectrice des droits des créanciers qui consisterait à procéder à une double publicité au greffe du tribunal de commerce et à l'INPI, et qui transposerait en matière de logiciels la solution retenue pour les brevets en privilégiant l'inscription au greffe. Le créancier doit être prudent et vérifier l'état des sûretés sur le logiciel nanti dont il bénéficie.

En outre, lorsqu'intervient un conflit entre un créancier bénéficiaire d'un nantissement sur logiciel et tout autre créancier disposant d'un autre privilège, avant l'ordonnance du 23 mars 2006, priorité était donnée, en vertu de l'ancien article 2102 du Code civil (devenu l'article 2332), au créancier nanti (à l'exception des bénéficiaires de privilèges du Trésor et des frais de justice). Qu'en est-il aujourd'hui, dans le droit de l'après-ordonnance ? En effet, l'article 2332, 2° du Code civil prévoit que l'une des créances privilégiées sur certains meubles est la créance sur le gage dont le créancier est

[244] Articles 2333 et 2355 du Code civil

saisi. Or, en vertu de l'article 2355 du Code civil, il s'avère que le nantissement de logiciel est, à défaut de dispositions spéciales, complété par les règles relatives au gage. Il est donc loisible de penser que cette disposition s'appliquera au nantissement de logiciel.

130. – Pour le droit de suite, on ne peut que regretter qu'il n'ait pas été expressément affirmé par l'article L. 132-34 du Code de propriété intellectuelle. Un doute demeure quant à son existence. Même si certains le contestent[245], si d'autres lui reconnaissent une portée limitée[246], si pour d'autres encore il découle du nantissement sur logiciel[247], tous s'accordent à considérer que seule la mise en place d'un régime général de publicité pourrait rassurer le créancier sur le risque de disparition du bien du patrimoine du débiteur[248].

131. – Quant à la réalisation du nantissement, avant l'ordonnance du 23 mars 2006, l'ancien article 2078 du Code civil et l'article L. 521-3 du Code commerce (en cas de nantissement commercial) s'appliquaient lorsque le logiciel était nanti seul. Le créancier avait alors le choix entre la vente aux enchères et l'attribution judiciaire en propriété.

Si l'ordonnance a abrogé l'article 2078 du Code civil, l'article L. 521-3 du Code de commerce quant à lui, a été modifié et fait encore expressément référence à la notion de gage. Par voie de conséquence, et en application de l'article 2355 du Code civil qui renvoie aux règles du gage pour les biens ne disposant pas de règles spécifiques ou dont les règles spécifiques manqueraient de précision, il est indéniable que la disposition continuera à s'appliquer au nantissement de logiciels.

---

[245] DELAVAL (D.), *« Le contrat de nantissement du droit d'exploitation des logiciels »* : Gaz. Pal. 21 et 22 octobre 1994, doctr. p. 3 ; CROZE (H.), *« Le nantissement du droit d'exploitation des logiciels – Décret n° 96-103 du 2 février 1996 »* : JCP G 1996, n° 13, actualités

[246] CABRILLAC (M.), et MOULY (CH.), Droit des sûretés, Litec, 1990, p. 698 : *« le droit de suite ne peut être accordé dans sa plénitude que si le bien est placé dans un régime de propriété et de droits réels organisé où la possession ne joue pas son rôle habituel. »*

[247] MUYL (C.), *« Le nantissement de logiciel »* : Option finance, n° 395, 18 mars 1996, fiche pratique n° 313

[248] GAVANON (I.), *« Le nantissement de logiciel dans la loi du 10 mai 1994 : quelques commentaires sur une sûreté version bêta »* : Droit de l'informatique & des télécoms 1995/2, p. 25

b- Le nantissement de films cinématographiques

132. – Bien intellectuel qui dispose du régime de sûreté le plus abouti, le film cinématographique est souvent présenté comme un bien d'une nature complexe, à la fois meuble corporel (négatifs et copies) et meuble incorporel (droit d'auteur). Sa réalisation lente et couteuse exige des crédits de financements. Il est alors apparu opportun d'élaborer un régime spécifique qui permettrait au constituant, généralement le producteur, d'offrir en garantie à ses créanciers le film, et ce avant d'être achevé. De ce fait, le législateur est intervenu pour créer une garantie sur mesure dérogeant à ces deux conditions, et peut-être aussi parce que les dispositions relatives au gage traditionnel étaient inadaptées en raison d'une part de l'interdiction de nantir une chose future et d'autre part de la nécessité pour le débiteur de se dessaisir du bien au profit de son créancier. L'organisation de cette sûreté résulte de la loi n° 90 du 22 février 1944[249], et du décret n° 628 du 29 février 1944[250], aujourd'hui codifiés dans le Code de l'industrie cinématographique[251].

133. – L'assiette de la garantie peut être formée d'une partie de l'œuvre cinématographique ou de l'ensemble de ses éléments corporels (négatifs et copies) et incorporels (le droit d'exploitation du film). Par ailleurs, et là résidait toute l'originalité du mécanisme, il était possible, avant que l'ordonnance du 23 mars 2006 n'en consacre le principe[252], de nantir un film futur. Dans ce cas, le dépôt portait sur le titre du film.

Quant à la créance garantie, le Code de l'industrie cinématographique n'a posé aucune condition. Par conséquent, il pourra s'agir aussi bien d'une créance liée au financement de l'œuvre donnée en nantissement que d'une créance étrangère à la production du film en cause[253].

---

[249] Loi n° 90 du 22 février 1944 relative à la publication des actes, conventions et jugements en matière de cinématographie, publiée au JO 10 mars 1944, p. 729

[250] Décret n° 628 du 29 février 1944 fixant le régime de la rémunération et la position du conservateur du régime public de la cinématographie et de l'audiovisuel, publié au JO du 10 mars 1944

[251] La codification dans le Code de l'industrie cinématographique résulte du décret n° 56-158 du 27 janvier 1956, publié au JO 31 janvier 1956, p. 1267

[252] Articles 2333 et 2355 du Code civil

[253] Cette possibilité est appelée « garantie collatérale ».

134. – Comme les dispositions légales relatives au nantissement de films cinématographiques n'imposent pas expressément la rédaction d'un écrit, on pourrait en déduire que le contrat peut être établi par voie orale entre les parties. Cependant, l'article 33 du Code de l'industrie cinématographique érige la formalité de l'inscription du nantissement au Registre public de la cinématographie et de l'audiovisuel en condition d'opposabilité de l'acte à l'égard des tiers, ce qui a pour conséquence pratique de rendre nécessaire la rédaction d'un écrit. D'autre part, l'article 2355 du Code civil renvoyant aux règles relatives au gage pour compléter les nantissements spéciaux, l'article 2336 du Code civil impose pour parfaire le contrat de garantie la rédaction d'un écrit.

En outre, en matière commerciale[254], l'écrit n'était jamais requis à peine de nullité. La question de la validité de cette disposition avec l'ordonnance du 23 mars 2006 demeure.

135. – Par ailleurs, l'inscription est valable pour une durée de cinq ans renouvelable[255]. Elle est attributive de rang pour les créanciers et vaut de ce fait signification au débiteur cédé, c'est-à-dire aux exploitants de salles de cinéma.

Pour le nantissement sur les droits d'exploitation du projet de film cinématographique, une inscription particulière au registre des options est requise, qui sera reportée sur le registre de la cinématographie et de l'audiovisuel lorsqu'après avoir exercé l'option, le producteur dépose le titre de l'œuvre. L'inscription au registre des options a également pour rôle de classer les créanciers. Le rang alors attribué est conservé lors du report au registre public.

136. – Le nantissement de films cinématographiques n'entraîne pas la dépossession du constituant, ce que certains auteurs avaient jugé dangereux[256]. La formalité autrefois

---

[254] Certains auteurs attribuent au nantissement sur films cinématographiques une nature commerciale. V. PATARIN (J.), *« Le nantissement sur les films cinématographiques »* : *in* Le gage commercial, sous la direction de G. HAMEL, Dalloz, 1953, p. 346, spéc. n° 15

[255] Article 35 du Code de l'industrie cinématographique

[256] PATARIN (J.), *op. cit.*, p. 350, spéc. n° 6 : *« Le nantissement sans dépossession sur film peut se révéler extrêmement dangereux. Si l'œuvre est une, en revanche il peut être tiré du film de multiples exemplaires ; c'est d'ailleurs indispensable pour son exploitation. Demeuré en possession du négatif du film, le producteur pourra en tirer des copies positives à l'insu du créancier et conserver le profit de leur exploitation. D'autre part, l'objet du gage n'a de valeur que s'il est exploité. Aussi le créancier tient-il surtout à se faire rembourser sur les recettes du film au fur et à mesure des rentrées et exige-t-il que le*

exigée pour le gage, est toutefois réalisée de manière fictive. En effet, le producteur du film est amené à se dessaisir de l'élément corporel de l'œuvre cinématographique, à savoir le négatif, auprès d'un laboratoire qui est intervenu pour effectuer des opérations de post-production, et se trouve désigné pour le tirage de copies positives. Le droit de rétention du laboratoire peut alors revêtir une nature juridique (lorsqu'une clause d'entiercement a été insérée dans le contrat de nantissement) ou matérielle (lorsque le laboratoire n'a pas été payé à la suite d'un contrat de prestation technique).

B. Le nantissement conventionnel de propriétés industrielles

137. – L'étude du nantissement de propriétés industrielles **(2)** implique que soit envisagée auparavant la condition préalable à la mise en garantie, à savoir la détention d'un droit de propriété industrielle **(1)**.

1) La condition préalable au nantissement : la détention d'un droit de propriété industrielle

138. – Les brevets et titres voisins **(a)**, les marques **(b)** et les dessins et modèles **(c)** obéissent à un corps de règles distincts.

a- Les brevets et titres voisins

139. – Le brevet. – Le brevet bénéficie d'une protection internationale[257] et nationale[258]. En droit français, pour être brevetable, l'invention doit, conformément aux dispositions de l'article L. 611-10 du Code de la propriété intellectuelle, être nouvelle, impliquer une activité inventive et être susceptible d'application industrielle.

Selon l'article L. 611-11 du Code de la propriété intellectuelle, est nouvelle l'invention qui n'est pas comprise dans l'état de la technique, c'est-à-dire ce qui n'a pas été rendue accessible au public avant la date du dépôt de la demande de brevet, par

---

producteur lui cède ses créances de recettes. Mais le débiteur peut dissimuler certaines recettes ; la fraude est facile à raison même du caractère particulier de l'œuvre cinématographique, mais encore de l'organisation de la profession ».

[257] Convention de Strasbourg sur l'unification de certains éléments du droit des brevets d'invention du 27 novembre 1963 ; Convention de Munich sur le brevet européen du 5 octobre 1973

[258] Articles L. 611-10 et suivants du Code de la propriété intellectuelle

quelque moyen que ce soit. Par ailleurs, concernant l'activité inventive, elle sera établie dès lors que *« pour l'homme de métier, l'invention ne découle pas de façon évidente de l'état de la technique »*[259]. Enfin, l'article L. 611-15 du Code de la propriété intellectuelle précise que l'invention est susceptible d'application industrielle si son objet peut être fabriqué ou utilisé dans tout genre d'industrie, y compris l'agriculture.

La demande de brevet doit être déposée à l'Institut National de la Propriété Industrielle (INPI) par le demandeur personnellement ou par un mandataire[260]. Après l'examen de la demande par le directeur général de l'INPI, de l'établissement du rapport de recherche et de la publication de la demande, la protection est offerte pour une durée de vingt ans[261]. Elle permet au titulaire d'exploiter exclusivement son bien.

140. – Les obtentions végétales. – N'étant pas considérées comme des brevets, les obtentions végétales bénéficient d'une protection spécifique organisée par le droit international[262], par le droit communautaire[263] et par le droit interne français par la loi n° 70-489 du 11 juin 1970[264].

Conformément aux prescriptions de l'article L. 623-1 du Code de propriété intellectuelle, l'obtention végétale s'entend de *« la variété nouvelle, créée ou découverte »* qui soit à la fois nouvelle, distinctive, homogène et stable. Le dépôt, qui peut être fait par toute personne physique ou morale française ou tout ressortissant étranger ayant son siège ou son établissement dans un pays membre de l'Union Européenne, doit être effectué devant le Comité de la protection des obtentions végétales qui fonctionne auprès du Ministère de l'Agriculture. Contrairement aux autres droits de propriété industrielle, il n'existe pas un registre unique tenu par l'Institut

---

[259] Article L. 611-14 du Code de la propriété intellectuelle

[260] Article R. 612-2 alinéa 2 du Code de la propriété intellectuelle

[261] Article L. 611-2, 1°, du Code de la propriété intellectuelle

[262] Convention internationale pour la protection des obtentions végétales du 2 décembre 1961, entrée en vigueur le 10 août 1968 et ratifiée par le Royaume-Uni, les Pays-Bas et l'Allemagne

[263] Règlement CE n° 2100/94 du 27 juillet 1994 instituant un régime de protection communautaire des obtentions végétales et les règlements d'application ; Directive n° 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques ; Directive 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'organismes génétiquement modifiés dans l'environnement et abrogeant le directive 90/220/CEE du Conseil

[264] Loi n° 70-489 du 11 juin 1970 relative à la protection des obtentions végétales, publiée au JO du 12 juin 1970, p. 5435 codifiée aux articles L. 623-1 et suivants du Code de propriété intellectuelle ; V. également la loi n° 2004-1338 du 8 décembre 2004 sur la protection des inventions biotechnologiques, publiée au JO du 9 décembre 2004, p. 20801

National de la Propriété Industrielle mais deux registres : le Registre des demandes de certificats d'obtention végétale et le Registre national des certificats d'obtention végétale[265]. Le titre confère à l'obtenteur un droit exclusif qui lui permet de produire, d'introduire sur le territoire où la loi est applicable, de vendre tout ou partie de la variété végétale, ou de tout élément de reproduction ou de multiplication végétative de la variété considérée et des variétés qui en sont issues lorsque leur reproduction exige l'emploi répété de la variété initiale. La protection accordée dure vingt-cinq ans. Pour les arbres forestiers, fruitiers et d'ornement, pour la vigne, les graminées et légumineuses fourragères pérennes, les pommes de terre et les lignées endogames utilisées pour la production de variétés hybrides, la protection est de trente ans.

141. – Les topographies de produits semi-conducteurs. – L'article L. 622-1 du Code de la propriété intellectuelle précise que l'objet de la protection consiste dans la configuration tridimensionnelle *« non courante »*, finale ou intermédiaire, des couches internes d'un produit semi-conducteur, *« traduisant un effort intellectuel du créateur »*.

Le dépôt doit intervenir auprès de l'Institut National de la Propriété Industrielle (INPI), dans un délai de deux ans après la première exploitation commerciale, quelque soit le lieu de l'exploitation, ou dans un délai de quinze ans après sa fixation ou son codage si la topographie n'a jamais été exploitée. La protection ainsi obtenue permet à son titulaire d'interdire aux tiers la reproduction de la topographie ainsi que son exploitation commerciale ou importer à cette fin une telle reproduction ou tout produit semi-conducteur l'incorporant[266]. La durée de la protection est de dix ans, à compter du jour du dépôt ou à compter de la date de la première exploitation commerciale si celle-ci est antérieure.

b- Les marques

142. – Définie comme *« un signe distinctif pouvant être apposé sur des produits ou accompagnant des prestations de service, et destiné à indiquer au public la*

[265] Articles R. 623-38 et suivants du Code de la propriété intellectuelle
[266] Article L. 622-5 du Code de la propriété intellectuelle

provenance industrielle ou commerciale, de ceux-ci »[267], la marque doit revêtir un certain nombre de conditions pour prétendre à la protection du droit de la propriété intellectuelle. Ainsi, elles doivent être susceptibles de représentation graphique, distinctives, licites et disponibles.

143. – Les caractères de la marque. – L'article L. 711-1 du Code de la propriété intellectuelle énumère les signes constitutifs d'une marque. Il s'agit des signes dénominatifs[268], sonores[269] ou figuratifs[270] à la condition que la forme du produit ou son conditionnement ne soient pas imposés par la fonction technique ou par le caractère usuel du produit.

Par ailleurs, la marque doit être distinctive. Les textes ne donnent pas une véritable définition du caractère distinctif de la marque. L'article L. 711-2 du Code de la propriété intellectuelle se contente d'énumérer négativement les signes qui doivent être exclus de la protection, à savoir ceux qui ne sont pas nécessaires, qui sont génériques ou usuels, ceux qui sont descriptifs ou encore les formes qui ne seraient pas distinctives, c'est-à-dire les formes qui seraient fonctionnelles ou qui donneraient au produit *« sa valeur substantielle »*[271]. La distinctivité du signe est appréciée par l'Institut National de la Propriété Intellectuelle (INPI) ou par les juges dans le cadre d'un contentieux, au jour du dépôt de la demande d'enregistrement de la marque. La jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes fournit des critères d'appréciation de la distinctivité de la marque. Par plusieurs arrêts, les juges européens ont recommandé que le caractère distinctif de la marque s'apprécie par rapport *« d'une part, aux produits et services pour lesquels l'enregistrement de la marque a été demandé, et d'autre part, à la perception des milieux intéressés, qui sont constitués par les consommateurs desdits produits et services. Il s'agit de la perception présumée d'un consommateur moyen des produits ou services en cause, normalement informé et raisonnablement attentif et avisé »*[272]. Cependant, la marque peut acquérir, par l'usage,

---

[267] SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), ET PIERRE (J.-L.), Droit de la propriété industrielle, Litec, 2007, p. 193, n° 460

[268] Article L. 711-1, a) du Code de la propriété intellectuelle

[269] Article L. 711-1, b) du Code de la propriété intellectuelle

[270] Article L. 711-1, c) du Code de la propriété intellectuelle

[271] Article L. 711-2, c) du Code de la propriété intellectuelle

[272] CJCE, 12 février 2004, aff. C-218/01, Henkel

un caractère distinctif qu'elle ne possédait pas à l'origine. Elle peut aussi, au contraire, perdre sa distinctivité si les consommateurs l'utilisent de manière générique[273].

La marque doit également être licite. L'article L. 711-3 du Code de la propriété intellectuelle vise trois catégories de signes illicites : les signes interdits par l'article 6 ter de la Convention d'Union de Paris[274] et par les accords instituant l'Organisation Mondiale du Commerce[275], les signes contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs ou ceux interdits par la loi, et les signes déceptifs.

Enfin, la marque doit être disponible[276], c'est-à-dire libre de tout droit antérieur sur le territoire où la protection est demandée, tels un droit d'auteur ou un patronyme. Il est toutefois nécessaire pour qu'une telle antériorité soit constituée qu'existe dans l'esprit du public un risque de confusion.

144. – Les droits du titulaire de la marque. – Les droits du titulaire de la marque s'acquièrent par une procédure d'enregistrement qui a été instaurée par la loi n° 64-1360 du 31 décembre 1964 sur les marques de fabrique, de commerce ou de service[277] et dont l'article L. 712-1 du Code de la propriété intellectuelle s'est fait l'écho. Le titulaire doit inscrire la marque dont la protection est demandée sur un registre tenu par l'Institut National de la Propriété Industrielle. L'enregistrement confère à son titulaire un droit de propriété sur cette marque pour les produits et les services qu'il a désignés[278].

c- Les dessins et modèles

145. – De nature hybride, à la fois créations fonctionnelles et créations esthétiques, les dessins et modèles bénéficient en France, depuis plus d'un siècle, d'un cumul de protection fondé sur la théorie de l'unité de l'art : ils sont protégés par le droit

---

[273] L'article L. 714-6 du Code de la propriété intellectuelle prévoit en effet la déchéance du droit du titulaire de la marque pour dégénérescence.

[274] Convention d'Union de Paris du 20 mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle

[275] Accords instituant l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) signés à Marrakech (Maroc) en avril 1994

[276] Article L. 711-4 du Code de la propriété intellectuelle

[277] Loi n° 64-1360 du 31 décembre 1964 sur les marques de fabrique, de commerce ou de service, publiée au JO du 1er janvier 1965, p. 3 ; Autrefois, sous l'empire de la loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique et de commerce, les droits s'acquerraient par l'usage du signe.

[278] Article L. 713-1 du Code de la propriété intellectuelle

d'auteur et par un régime *sui generis*. L'article L. 511-1 du Code de la propriété intellectuelle les définit comme *« l'apparence d'un produit ou d'une partie de produit, caractérisée en particulier par ses lignes, ses contours, ses couleurs, sa forme, sa texture ou ses matériaux. Ces caractéristiques peuvent être celles du produit lui-même ou de son ornementation »*. Analysés comme un produit, leur conférant ainsi un caractère commercial, les dessins et modèles doivent être visibles et revêtir une apparence spéciale. Ils doivent en effet être visibles lors de l'utilisation normale du produit par l'utilisateur[279], ce qui exclut les pièces automobiles[280]. Les notions de visibilité et d'apparence sont étroitement liées. L'une offre au dessin ou au modèle son individualité, sa caractéristique, l'autre n'est qu'un appel aux sens, une façon de rejeter de la protection tout ce qui ne serait pas matérialisé dans une forme.

146. – Les conditions de fond et de forme de la protection. – En vertu du droit d'auteur, l'œuvre doit porter l'empreinte de la personnalité de son auteur. En vertu du droit des dessins et modèles, l'article L. 511-2 du Code de la propriété intellectuelle exige qu'ils soient nouveaux et aient un caractère propre. Un dessin et modèle est considéré comme nouveau si, conformément aux prescriptions de l'article L. 511-3 du Code de la propriété intellectuelle, *« à la date de la présentation de la demande d'enregistrement ou à la date de priorité, aucun dessin ou modèle identique n'a été divulgué. Des dessins ou modèles sont considérés comme identiques lorsque leurs caractéristiques ne diffèrent que par des détails insignifiants »*. La nouveauté ainsi requise est objective, en ce que l'existence d'un dessin ou d'un modèle antérieur identique ou quasi identique est destructrice de nouveauté. Elle est aussi absolue car les antériorités peuvent être invoquées sans limite quant au temps et à l'espace. Elles peuvent venir de toute époque et de tout lieu. Par ailleurs, le dessin ou le modèle doit avoir un caractère propre, ce qui sera le cas lorsque *« l'impression visuelle d'ensemble diffère de celle produite par tout dessin ou modèle divulgué avant la date de dépôt (…)*

---

[279] Article L. 511-5 du Code de la propriété intellectuelle

[280] SCORDAMAGLIA (V.), *« Les propositions de règlement et de directive de la Commission européenne »* : *in* Colloque IRPI/Union des fabricants, Les projets communautaires en matière de dessins et modèles (entre autres) : RIPIA 1994, n° 177 ; DUCHEMIN (W.), *« Intérêt et limites du nouveau système de protection des dessins et modèles en Europe »* : Propriétés intellectuelles octobre 2002, p. 26 s. ; BONET (G.), *« La protection par le droit des dessins et modèles des éléments participant à l'esthétique extérieure des véhicules automobiles, en application des dispositions de l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 réformant le Code de la propriété intellectuelle »* : Propriétés intellectuelles janvier 2003, p. 4 s.

ou avant la date de priorité revendiquée »[281]. L'appréciation de ce caractère tient compte du *« degré de liberté »*[282] laissé au créateur, dans l'élaboration du dessin ou du modèle, mais aussi de la nature du produit ainsi que du secteur industriel dont il relève[283]. Le juge doit en effet prendre en considération la difficulté de créer dans un secteur défini pour déterminer le caractère propre de la création. Si les conditions sont réunies mais que la divulgation du dessin ou du modèle dont la protection est sollicitée est intervenue, elle sera destructrice de nouveauté et de caractère propre, faisant alors échouer la possibilité d'un dépôt.

147. – Les droits du titulaire. – L'article L. 511-9 du Code de la propriété intellectuelle prévoit que l'enregistrement est un acte constitutif de droits, effectué auprès de l'Institut National de la Propriété Industrielle. La durée de protection est de cinq ans, renouvelable quatre fois à l'échéance de chacune des périodes quinquennales jusqu'à vingt-cinq maximum[284], ce qui correspond à la durée minimale de protection des œuvres d'art appliqué, fixée par l'article 7.4 de la Convention de Berne[285]. Le titulaire de droits dispose de la protection en tant qu'œuvre d'art et/ou de celle en tant que dessin et modèle, lui permettant de jouir d'un droit de propriété sur son bien.

2) Les règles relatives au nantissement conventionnel sur propriétés industrielles

148. – Les dispositions relatives au nantissement conventionnel sur propriétés industrielles sont éparses et souvent peu précises. Toutefois, de cette diversité se dégage un socle de règles communes, à l'instar de celles qui concerne la constitution de la sûreté. Deux conditions sont exigées : la rédaction d'un écrit et sa publication. L'écrit est exigé à peine de nullité[286]. En matière de dessins et modèles, en l'absence de

---

[281] Article 5 de la directive n° 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles

[282] Article L. 511-4 du Code de la propriété intellectuelle

[283] Considérant 14 de la directive n° 98/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 1998 sur la protection juridique des dessins ou modèles

[284] Article L. 513-1 du Code de la propriété intellectuelle

[285] Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 ; V. aussi DUCHEMIN (W.), *« Intérêt et limites du nouveau système de protection des dessins et modèles en Europe »*, Propriétés intellectuelles, octobre 2002, p. 26 s.

[286] Articles L.613-8 alinéa 5 (brevets), L. 622-7 (produits semi-conducteurs), L. 623-24 (obtentions végétales), et L. 714-4 alinéa 4 (marques) du Code de la propriété intellectuelle

précision du législateur, c'est le nouvel article 2355 alinéa 5 du Code civil qui s'applique. Renvoyant à l'article 2336 du Code civil qui exige l'établissement d'un écrit à peine de nullité, la condition de forme des dessins et modèles est donc identique à celle des autres propriétés industrielles.

En outre, pour produire ses effets, le contrat de nantissement doit être publié dans un registre. Par cette formalité, le contrat de nantissement devient opposable aux tiers. La publication s'effectue auprès de l'Institut National de la Propriété Industrielle, soit au registre national des brevets, soit au registre national des marques, soit au registre national des dépôts de topographies de produits semi-conducteurs, ou auprès du Comité de la protection des obtentions végétales, au registre national des certificats d'obtention végétale ou le cas échéant dans le registre des demandes de certificats d'obtention végétale.

149. – En revanche, en ce qui concerne les règles relatives aux droits et aux obligations des parties, le droit commun du gage aura vocation à s'appliquer.

CONCLUSION DU CHAPITRE

150. – Le droit du nantissement apparaît insatisfaisant. La consécration d'une sûreté unique sur biens immatériels n'est qu'apparente, illusoire car l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 n'y a pas associé de régime uniforme. Seul un nantissement de créances et de solde de compte bancaire a été organisé par le législateur aux articles 2356 à 2366 du Code civil. Pour le reste, l'article 2355 alinéa 5 du Code civil renvoie aux textes spéciaux et à défaut, aux règles relatives au droit commun du gage. Cependant, d'une part, les dispositions spéciales qui régissent l'affectation en garantie des biens immatériels s'avèrent pleinement insuffisantes, d'autre part, l'article 2333 du Code civil dispose que *« le gage est la convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels présents ou futurs »*, ce qui ne couvre pas *a priori*, les biens immatériels. Le droit du nantissement actuel se caractérise donc par une pluralité de régimes affectée à une notion unique, ce qui conduit inévitablement à relever son échec.

CHAPITRE 2

L'ECHEC DU DROIT DU NANTISSEMENT

151. – A la lecture des différents régimes de nantissement en présence, plusieurs causes se révèlent être à l'origine du constat d'échec du droit du nantissement qui s'impose : la dispersion des sources législatives **(Section 1)**, le laconisme des dispositions législatives **(Section 2)**, et la concurrence du droit du nantissement avec les autres sûretés réelles mobilières conventionnelles **(Section 3)**.

SECTION 1

LA DISPERSION DES SOURCES LEGISLATIVES

152. – L'incohérence du droit des sûretés réelles mobilières sur les biens immatériels résulte tout d'abord de la diversité et de l'éparpillement des sources législatives des règles relatives au nantissement d'un bien immatériel.

153. – En effet, comme elles se sont développées de manière empirique, les sûretés réelles mobilières n'ont jamais fait l'objet d'une structuration d'ensemble. L'avant-projet de réforme présentait pourtant cette ambition. Il proposait de regrouper certaines sûretés sur biens meubles incorporels sous des règles communes spécifiques, distinguées de celles des sûretés sur biens meubles corporels, mais l'ordonnance n'a pas suivi cette voie. Au contraire, le choix s'est tourné vers le maintien d'une certaine tradition du droit français qui, contrairement à d'autres systèmes juridiques tels que le droit américain qui a regroupé l'ensemble des sûretés mobilières sans dépossession sous une sûreté unique, *« a toujours appréhendé les sûretés réelles au travers de leur pluralité »*[287].

154. – Certains auteurs pensent que l'hétérogénéité des sûretés mobilières résulte d'une volonté délibérée du législateur de limiter autant que faire se peut le recours aux

---

[287] LISANTI (C.), *« Quelques remarques à propos des sûretés sur les meubles incorporels dans l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 »* : D. 2006, p. 2671, spéc. n° 14

sûretés, notamment sans dépossession[288]. Au contraire, nous pensons que cette diversité résulte dans un premier temps de l'impossibilité pour le législateur d'anticiper le succès rencontré par les sûretés réelles conventionnelles notamment sur biens immatériels, et dans un second temps, de son incapacité à construire un régime homogène, commun.

155. – Mais au final, peu importe la cause, les effets restent identiques, car la multiplicité des sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels s'est accompagnée d'une multiplicité des sources législatives, laquelle résulte, d'une manière générale, de la nécessité de *« produire du droit pour satisfaire les nouveaux droits »*[289]. La conséquence a été inévitable, le droit des sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels s'est complexifié.

156. – Qualifiées de *« forces d'où surgit le Droit »*[290] ou de *« forces créatrices »*[291], les sources, à la fois fruit et conséquence de l'évolution du droit, le rendent de ce fait flexible. Cependant, il n'est pas certain que cette flexibilité soit satisfaisante. En effet, la prolifération des textes conduit inexorablement à l'éclatement du droit et des matières, auquel le droit des sûretés n'a pas échappé. Devenu au fil du temps *« épars et mouvant »*[292], ce dernier s'éloigne du Code civil sans y être détaché pour autant.

157. – De ce constat, surgit une question : en matière de sûretés, comment le droit est-il ordonné ? Si le terme d'ordre suggère habituellement l'idée d'ordonnancement, en réalité il n'en est rien. La classification n'obéit pas nécessairement à la méthode, comme nous allons le voir.

158. – Tout d'abord, l'ordre du droit des sûretés provient du Code civil, car, il ne faut pas l'oublier, *« au commencement était le Code »*[293]. Il est le pilier du droit civil, il

---

[288] RIFFARD (J.-F.), Le *security interest* ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, th. Clermont-Ferrand, LGDJ, 1997, p. 13, n° 19, et p. 107, n° 300

[289] LISANTI (C.), *« Quelques remarques à propos des sûretés sur les meubles incorporels dans l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 »* : D. 2006, p. 2671, spéc. n° 14

[290] Vocabulaire juridique sous la direction de G. CORNU, PUF, 2000, 8e éd., *V° Source*

[291] Selon l'expression du Professeur Georges RIPERT

[292] HOUTCIEFF (D.), *« Le droit des sûretés hors le Code civil »*, LPA 22 juin 2005, n° 123, p. 8

[293] *Ibid.*

constitue le droit commun des obligations, des biens, des garanties. Mais résiste-t-il à l'épreuve des réformes ? L'ordonnance n° 2006-343 du 23 mars 2006 est venue changer l'œuvre napoléonienne en matière de sûretés réelles sans pourtant en altérer l'esprit. La disposition introductive du nantissement, l'article 2355 du Code civil, a mis en lumière l'accumulation de textes, dénonçant de manière incidente la faiblesse du droit des sûretés réelles sur les meubles incorporels. Cependant, si l'esprit du Code n'a pas été ébranlé, il n'en va pas de même de sa prééminence. Il n'est pas exagéré d'affirmer que l'ordre autrefois établi en 1804 n'est plus qu'artifice, et ce, à double titre. D'une part, les notions s'altèrent, se désagrègent, elles perdent de leur substance. D'autre part, la *« décivilisation »*[294] du droit des sûretés fait perdre au Code lui-même sa suprématie. L'apparition de nouvelles valeurs, susceptibles de constituer les assiettes de garanties, a conduit le droit des sûretés à se spécialiser, hors du Code.

159. – Ensuite, l'ordre provient précisément des autres codes. Les dispositions relatives aux sûretés qui se situent à l'extérieur du Code civil sont éparses, à l'image de la catégorie des meubles incorporels. Le droit des sûretés s'est spécialisé. Sans prétention d'exhaustivité, on peut citer, à titre d'illustration, les dispositions relatives au nantissement de logiciels qui sont insérées dans Code de la propriété intellectuelle, au nantissement de films cinématographiques prévues par Code de l'industrie cinématographique, au nantissement de fonds de commerce régies par la loi du 17 mars 1909, le nantissement d'instruments financiers dispersées à la fois dans le Code des sociétés, dans le Code monétaire et financier et dans le Code de commerce. Une telle décivilisation peut surprendre. Se justifie-t-elle par la volonté de *« préserver la pureté du Code »*[295] ? Probablement. La non-insertion de toutes les dispositions relatives au droit des sûretés mobilières peut s'expliquer par le refus d'alourdir l'édifice de règles qui, de par leur nature spécifique, n'ont de toutes les façons pas vocation à y être. Les exceptions, formées par les corps de règles spéciales, dérogent au droit civil commun du nantissement. Elles doivent rester en dehors du Code pour ces mêmes raisons, mais peut-être aussi parce elles ont vocation à être plus fréquemment modifiées. Dans l'opinion de certains auteurs, en effet, l'insertion d'une loi nouvelle dans le Code civil,

---

[294] Nous empruntons le terme et l'idée à HOUTCIEFF (D.), *op.cit.*, p. 13

[295] GLAUDET (PH.), ET MONTAZEAUD (J.-M.), *« L'avenir d'une Révolution »* : *in* « Code civil, les défis d'un nouveau siècle », 100e Congrès des Notaires de Paris, Paris les 16-19 mai 2004, p. 142, n° 1151

« c'est lui faire l'honneur de la graver dans l'histoire »[296]. La décivilisation est-elle au contraire, un signe de découragement législatif face à l'ampleur considérable du chantier que les sûretés sur biens meubles incorporels représentent ? Nous le pensons car la tâche de « civilisation » et d'harmonisation du droit des sûretés aurait contraint la Commission Grimaldi chargée de réformer la matière à retarder l'aboutissement de ses travaux. L'inachèvement de la réforme est fort regrettable car les conséquences de la diversité des sources ne sont pas négligeables. La complexité de la mise en œuvre par les créanciers des sûretés sur biens meubles incorporels dont ils disposent, parfois la qualification même de l'objet du contrat (l'hésitation entre le recours aux dispositions relatives au gage ou au nantissement en raison notamment de la nature du bien donné en garantie), constituent un motif légitime pour repenser le Code civil. En outre, cette complexité pourrait freiner l'édification d'un Code civil européen qui nécessite, pour son établissement, des définitions et des principes construits et assis juridiquement. Toutefois, ce dernier argument n'est pas convaincant car les principes de subsidiarité et de proportionnalité s'opposent à une telle entreprise.

160. – L'hétérogénéité des régimes de sûretés réelles conventionnelles et la diversité des sources contrastent avec le laconisme des textes législatifs.

SECTION 2

LE LACONISME DES TEXTES LEGISLATIFS RELATIFS AU REGIME DES SURETES REELLES CONVENTIONNELLES SUR BIENS IMMATERIELS

161. – L'avant-projet de réforme du droit des sûretés projetait de simplifier certains régimes de nantissements sur biens immatériels et les insérer dans le Code civil mais la seule proposition que la Commission ait choisi de suivre est la distinction au sein des sûretés réelles entre le gage portant sur des biens corporels et le nantissement portant sur des biens incorporels. Cependant, il est fort regrettable que cette consécration ne se soit pas accompagnée, pour le nantissement, d'un véritable régime uniforme. Seul un régime de nantissement de créances a été envisagé. Pour le reste des

[296] GLAUDET (PH.), ET MONTAZEAUD (J.-M.), *ibid.*

biens immatériels, le législateur a préféré renvoyer aux dispositions spéciales et à défaut, aux règles relatives au gage[297].

162. – De ce fait, les lacunes textuelles ont été maintenues. Elles sont de plusieurs sortes et concernent essentiellement le droit des sûretés sur propriétés intellectuelles. Pour une partie de ces biens, le régime s'avère incomplet, et le recours au droit commun du gage s'impose, comme le prévoit l'article 2355 alinéa 5 du Code civil. Pourtant, un encadrement des règles relatives à la sauvegarde de l'assiette de la garantie notamment aurait mérité d'être précisé, car bien souvent, le créancier ne bénéficie pas d'une protection satisfaisante. Pour l'autre partie des biens, le régime est inexistant, obligeant alors les créanciers à solliciter dans son intégralité le régime du gage, qui jusqu'à l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 n'était pas adapté[298].

163. – Pis, les lacunes textuelles se sont accrues, notamment en ce qui concerne le nantissement des droits sociaux. Le maintien des régimes spéciaux par le législateur a eu pour conséquence de rendre la lecture du droit du nantissement sur les droits sociaux particulièrement complexe. En vertu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, une distinction est faite entre les créances et les autres meubles incorporels. Par conséquent, classés dans cette dernière catégorie, les droits sociaux obéissent à des régimes spéciaux variés dont les sources éparses complexifient un droit déjà bien bouleversé. Le nantissement d'un compte d'instruments financiers restera ainsi régi par les articles L. 431-5 et suivants du Code monétaire et financier. Le régime de parts sociales de sociétés civiles obéira en ce qui concerne sa publicité aux articles 53 et suivants du décret du 3 juillet 1978 qui demeure donc en vigueur. Enfin, pour le nantissement de parts de sociétés commerciales, SARL ou SNC, comme il n'existe aucune règlementation particulière, en vertu de l'article 2355 alinéa 5 du Code civil, il sera soumis au régime du gage de meubles corporels. Pour certains auteurs, *« le maintien de ce foisonnement et des risques d'incohérences et d'insécurité que cela implique est (…) l'échec le plus criant de l'actuelle réforme »*[299].

---

[297] Article 2355 alinéa 5 du Code civil

[298] V. MARTIAL (N.), Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles, th. Paris V, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007

[299] RAYNOUARD (A.), *« Les gages de titres et les nantissements de créance après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés »* : RJC 2006, n° 3, p. 196

SECTION 3

LA CONCURRENCE DU NANTISSEMENT AVEC LES AUTRES SURETES REELLES

164. – Plusieurs sortes de concurrences peuvent être envisagées. Il y a d'abord celle qui concerne les nantissements entre eux. Des conflits ont été maintenus, comme ceux qui existent entre les créanciers titulaires d'un fonds de commerce et ceux titulaires de propriétés intellectuelles. Comme la possibilité est offerte à un créancier d'être titulaire d'un nantissement de fonds de commerce comprenant une propriété intellectuelle, les risques qu'il y ait un conflit avec un créancier titulaire de manière autonome d'une sûreté sur une propriété intellectuelle, sont grands, et pour l'instant insolubles.

165. – Il y a ensuite la concurrence qui peut exister entre le nantissement et le gage. En effet, le régime du nantissement de biens immatériels industriels peine à se distinguer du régime du gage. Le renvoi opéré par l'article 2355 alinéa 5 du Code civil au droit commun du gage pour les nantissements de meubles incorporels pour lesquels n'existe aucun régime spécifique a pour conséquence de créer une concurrence entre les deux régimes. Un meuble incorporel peut faire l'objet d'un nantissement – ou devrait-on dire d'un gage – sans dépossession. Dès lors, il peut paraître étonnant d'avoir consacré le nantissement alors même que le régime du gage sans dépossession aurait pu suffire et simplifier considérablement l'hétérogénéité des sûretés réelles mobilières conventionnelles sur biens immatériels. Si nous partageons l'opinion de certains auteurs qui considèrent que *« l'immersion des sûretés sur biens incorporels dans le gage aurait assuré une meilleure prévisibilité des solutions applicables. En désignant clairement le gage comme étant le droit commun du droit des sûretés mobilières, elle aurait permis l'application de modèles conceptuels connus et donc de combler les éventuelles lacunes des réglementations spéciales »*, nous nuançons quelque peu ces propos. En effet, certains biens immatériels, tels les biens immatériels financiers, s'adapteraient mieux d'un autre régime, celui de la fiducie.

166. – Par ailleurs, le régime du nantissement peut être concurrencé par celui de la fiducie. Force est de constater en effet que la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 introduisant la fiducie en droit français a considérablement affaibli le nantissement. La

réforme du 23 mars 2006 qui n'a pas réussi à remédier aux faiblesses du droit des sûretés réelles mobilières, voire qui les accrue en consacrant de nombreuses sûretés sans que l'impact pratique de telles mesures ne soit mesuré, risque de pousser les créanciers à se tourner vers la fiducie[300]. En effet, l'objectif de tout créancier est de pouvoir bénéficier d'une sûreté qui soit à la fois simple et efficace. Or, la fiducie repose sur le droit de propriété transféré à titre de garantie, ce qui permet au créancier d'échapper à tout concours avec les autres créanciers, notamment en cas de procédure collective. Cependant, il faut reconnaître que l'utilisation de la fiducie est limitée car le cœur du mécanisme fiduciaire réside dans le transfert du bien en propriété. Or, ce transfert n'est pas possible pour tout type de biens… S'il est parfaitement adapté aux biens immatériels financiers en raison de leur fongibilité, il n'est pas raisonnablement envisageable de l'appliquer aux biens immatériels industriels.

167. – Enfin, la concurrence peut également provenir des privilèges. Les créanciers titulaires d'une sûreté conventionnelle sur biens immatériels sont susceptibles de subir la concurrence des sûretés légales mobilières. Attachés de plein droit à certaines créances en raison de leur qualité, les privilèges affaiblissent la situation du créancier ne serait-ce que par le rang très avantageux qu'ils offrent à leurs titulaires. De plus, leur caractère occulte contribue également à restreindre la sécurité du créancier. Ils ne font l'objet d'une publicité qu'à titre exceptionnel, et souvent au moment seulement de la procédure collective du débiteur[301]. Les créanciers se trouvent bien tardivement informés de leur existence. Par ailleurs, certains privilèges s'accompagnent d'un droit de suite, à l'instar du privilège du Trésor prévu à l'article 2327 du Code civil. Il faut dire que ce privilège du Trésor, ainsi que le privilège de la Sécurité sociale sont des sûretés concurrentes particulièrement redoutables car les sommes qu'elles garantissent peuvent être très élevées, ce qui peut pousser les créanciers à se tourner vers des sûretés plus sûres, fondées sur la propriété, telle que la fiducie par exemple.

---

[300] PIETTE (G.), *« Le nantissement de meubles incorporels »* : RLDA 2007, n° 14, p. 90

[301] V. par exemple le privilège de la Sécurité sociale et des organismes de prévoyance. La loi n° 2006-1640 du 21 décembre 2006 de financement de la Sécurité sociale pour 2007 rend obligatoire une telle publicité qu'en ce qui concerne les cotisations dont le montant excède un certain seuil, conformément aux dispositions de l'article L. 243-5 du Code de la sécurité sociale. Ces seuils ont été précisés par le décret n° 2007-459 du 25 mars 2007, et codifiés à l'article D. 243-3 du Code de la sécurité sociale.

CONCLUSION DU CHAPITRE

168. – Le droit du nantissement est un échec. Cet inévitable constat s'explique tout d'abord par la dispersion des sources législatives. Pourtant, l'accessibilité du droit est censée constituer l'un des principaux atouts structurels majeurs des systèmes codifiés[302]. Par la codification, le droit s'en trouve rationnalisé, ordonnancé, hiérarchisé et accessible à tous, autant de qualités indispensables à tout système juridique[303]. Cependant, il faut admettre que la multiplication des codes, entraînant la dispersion des dispositions législatives, ont ébranlé cet atout majeur, et ont rendu le droit du nantissement particulièrement hétérogène et complexe. L'inévitable constat d'échec s'explique ensuite par le laconisme des textes qui était déjà présent avant 2006, et a été maintenu par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés. Les textes spéciaux qui organisent l'affection en garantie des biens immatériels ne sont pas pleinement efficaces. Enfin, l'inévitable constat d'échec s'explique par la concurrence exercée par d'autres sûretés réelles, notamment parce qu'elles sont susceptibles de créer une inégalité entre les créanciers, certaines d'entre elles leur réservant un traitement particulièrement privilégié (et prisé).

[302] V. Les droits de tradition civiliste en question, à propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale, par l'Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française, Ed. Société de législation comparée, 2006, p. 81, n° 74

[303] Les droits de tradition civiliste en question, à propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale, *op. cit.*, p. 81, n° 75

CONCLUSION DU TITRE

169. – Bien malheureux sont ceux qui s'aventurent dans l'antre du droit des sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels, regroupées artificiellement sous le droit du nantissement. L'artifice résulte de ce qu'en consacrant une nouvelle terminologie pour désigner la sûreté destinée à régir l'affection des biens immatériels en garantie, le législateur a donné l'impression aux praticiens qu'un régime uniforme découlant directement de cette notion unique allait trouvé à s'appliquer. Or, à y regarder de plus près, force est de constater que l'hétérogénéité des nantissements a été maintenue. L'article 2355 alinéa 4 et 5 du Code civil prévoit en effet que *« le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre. Celui qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels »*. Le triptyque ainsi mis en place n'a pas réglé les difficultés inhérentes aux biens immatériels affectés en garantie. Face à ces nouvelles dispositions, un constat d'échec du droit du nantissement, et par voie de conséquence, de la réforme issue de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 sur ce point s'impose. Ont en effet été maintenus la complexité et les manques d'accessibilité et de lisibilité de la matière.

TITRE 2

LA VOIE NECESSAIRE DE LA REFORME

170. – La réformation du droit des sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels doit remédier aux difficultés liées au maintien de l'hétérogénéité des régimes de nantissement par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Elle doit notamment faciliter l'obtention de crédits, sécuriser les créanciers, et prendre en considération la nature de l'assiette de la garantie.

171. – Pour cette raison, nous avons choisi d'utiliser l'instrument comparatiste **(Chapitre 1)**. En effet, toute comparaison est *« tonique et revitalisante, car elle soumet à notre réflexion des techniques ou des institutions que nous n'oserions jamais imaginer en France, car elles remettraient en cause certaines principes fondamentaux »*[304]. L'étude du droit des sûretés à l'étranger a permis de révéler tout l'intérêt qu'aurait le législateur français à s'inspirer de ces régimes dont certains ont dévoilé une efficience enviable.

172. – Toutefois, si l'instrument comparatiste peut indéniablement constituer un instrument précieux pour tout réformateur, il faut mesurer les conséquences que pourraient engendrer la reconnaissance de ces régimes en droit français et adapter les solutions envisagées pour la rénovation du droit des sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels aux particularités qui définissent notre droit **(Chapitre 2)**.

---

[304] SUMEIRE (P.), L'étude comparative, instrument de réforme du droit français des sûretés réelles, th. Aix-en-Provence, 1987, p. 8

CHAPITRE 1

L'INSTRUMENT COMPARATISTE, UN INSTRUMENT PRECIEUX POUR TOUT REFORMATEUR[305]

173. – Le législateur français disposait, au moment où il a été question de réformer le droit des sûretés, et de mener une réflexion globale de la matière, de modèles nord-américains de sûretés uniques, à la fois novateurs, satisfaisants et unanimement salués par la pratique, sur lesquels il aurait pu se fonder.

Véritables précurseurs sur le continent nord-américain, les Etats-Unis ont particulièrement innové et surpris lorsqu'ils se sont dotés au milieu du XXe siècle – suivis de près par le Québec – d'une sûreté unique qui avait pour vocation d'inspirer de nombreuses autres législations à l'échelle internationale **(Section 1)**.

Depuis l'adoption de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, les réformateurs disposent d'un nouvel instrument comparatiste : l'Acte uniforme OHADA[306] portant organisation du droit des sûretés adopté le 15 décembre 2010 et entré en vigueur le 15 février 2011 **(Section 2)**.

SECTION 1

LES MODELES NORD-AMERICAINS DE SURETE MOBILIERE UNIQUE

174. – Si les deux systèmes nord-américains disposent d'une sûreté mobilière unique, ils ont chacun leur spécificité, à commencer par leur dénomination. Aux Etats-Unis, il s'agit d'un *Security Interest* **(§1)** alors qu'au Québec, le législateur a mis en place une hypothèque mobilière **(§2)**.

Cependant, bien que différents, tous deux ont en commun d'avoir servi de modèle pour de nombreux travaux de réforme menés à l'étranger **(§3)**.

---

[305] Cf. RIFFARD (J.-F.), Le *Security Interest* ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, th. Clermont-Ferrand, LGDJ, 1997, p. 17, n° 23

[306] Acte uniforme de l'OHADA portant organisation du droit des sûretés adopté le 15 décembre 2010, entré en vigueur le 15 février 2011, et publié au JO OHADA du 15 février 2011

§1. Le Security Interest américain de l'article 9 de l'Uniform Commercial Code

175. – Traditionnellement, aux États-Unis, le droit privé relève de la compétence des États fédérés. L'abondance des sources, considérée comme un frein important au commerce, a engendré, au début du XXe siècle, un mécontentement des praticiens. C'est alors qu'en 1938, après la proposition de loi fédérale réglementant les ventes entre États fédérés par l'Association des Commerçants de la Ville de New-York, la Commission des Lois Uniformes a décidé d'établir des lois uniformes dans le domaine du droit commercial, et en particulier en matière de sûretés. A été ainsi entreprise la rédaction de l'Uniform Commercial Code, avec l'aide de l'American Law Institute.

176. – Le résultat de la recodification du droit commercial, qui a abouti en 1952 à la publication de l'Uniform Commercial Code alors intitulé « 1952 Official Text », a été unanimement salué, et ce, pour deux raisons principales. D'une part, du fait de sa nature fédérale, c'est-à-dire, l'acceptation par un grand nombre d'Etats de voter une seule et même loi au sens du droit civil, ce qui a marqué une rupture avec la Common Law. D'autre part, du fait de l'institution par l'article 9 de l'Uniforme Commercial Code[307] du *Security Interest*. En effet, l'originalité tient à ce que sous ce concept unique ont été regroupées toutes les sortes de sûretés mobilières, avec ou sans dépossession, défini comme tout droit sur un bien meuble ou sur un immeuble par destination qui garantit le paiement ou l'exécution d'une obligation[308].

177. – Après avoir résumé l'esprit général du *Security Interest* américain qui découle directement de l'approche fonctionnelle du droit des sûretés proposée par la Common Law **(A)**, nous rappellerons les grandes lignes de son régime **(B)**.

---

[307] Depuis la révision du 1er juillet 2000, l'article 9 de l'Uniform Commercial Code s'intitule *« Secured Transactions »*.

[308] EIGENMANN (A.), L'effectivité des sûretés mobilières, Etude critique en droit suisse au regard du droit américain et propositions législatives, th. Université de Fribourg, Suisse, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 2001, p. 178, n° 604

A. L'esprit général du *Security Interest* américain : l'approche fonctionnelle du droit des sûretés

178. – L'approche fonctionnelle du droit des sûretés qu'a adopté le droit de la Common Law nord-américaine revient à mettre l'accent sur la fonction de la garantie. Ainsi, le *Security Interest* est-il défini, dans cette optique, comme *« un intérêt sur un bien meuble qui garantit le paiement ou l'exécution d'une obligation »*. Certaines lois canadiennes qui ont choisi la voie de la Common Law désignent le *Security Interest* comme *« toute opération qui, quels que soient la forme et l'ayant droit au bien grevé, constitue, quant au fond, une sûreté »*[309]. Puisque la fonction du *Security Interest* est de garantir l'exécution d'une obligation, n'importe quel contrat peut entrer dans son champ d'application, et notamment un hypothèque mobilière, une vente, une fiducie, une charge flottante, un gage, un contrat de bail, une cession de créances[310].

B. Le régime du *Security Interest*

179. – Il convient d'examiner successivement les règles de constitution **(1)** puis les effets **(2)** du *Security Interest*.

1) Les règles de constitution du Security Interest

180. – *« Plus le champ d'application d'une institution est large, plus elle s'affirme comme unique »*[311]. Cette allégation semble se vérifier avec le *Security Interest*, principalement en ce qui concerne les conditions de sa constitution. Quatre conditions s'avèrent nécessaires pour qu'il y ait un *Security Interest* : la transaction doit créer un intérêt propriétaire (*proprietary interest*) sur un bien du débiteur en faveur d'un créancier ; il doit s'agir d'un bien meuble (*personal property*) ; l'intérêt propriétaire du créancier doit garantir le paiement ou l'exécution d'une obligation[312].

---

[309] V. article 2 des Lois révisées du Yukon de 2002 : http://www.gov.yk.ca/legislation/acts/languages.pdf
[310] *Ibid*.
[311] EIGENMANN (A.), L'effectivité des sûretés mobilières, Etude critique en droit suisse au regard du droit américain et propositions législatives, th. Université de Fribourg, Suisse, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 2001, p. 164, n° 558
[312] EMERICH (Y.), *« La nature juridique des sûretés réelles en droit civil et en common law : une question de tradition juridique »* : Revue juridique Thémis 2010, p. 95 s.

Par ailleurs, concernant la chose donnée en garantie, selon les termes de l'article 9-109(a) de l'Uniform Commercial Code, le Security Interest a vocation à réglementer toutes les sûretés mobilières conventionnelles[313]. De plus, tous les biens mobiliers peuvent être grevés d'un Security Interest. Le législateur a distingué trois catégories de biens : les biens corporels[314] (marchandises) qui sont définis par l'article 9-102(a)(44) comme toutes les choses qui sont susceptibles d'être déplacées d'un lieu à un autre ainsi que les immeubles par destination[315] ; les biens semi-corporels ou quasi-corporels[316] qui désignent tous les droits et obligations représentés par un titre parmi lesquels les titres représentatifs de marchandises (*Documents*), les titres représentatifs de créances de sommes d'argent (*Instruments*), et le papier-valeur (*Chattel Papers*) ; les biens incorporels qui regroupent tous les biens mobiliers n'entrant pas dans les catégories précédentes, tels que les créances comptables (*Accounts*) et les droits incorporels généraux (*General Intangibles*).

181. – A côté des règles relatives à l'objet de la garantie, le législateur a pris soin de distinguer entre les règles de constitution, l' *"attachment"*, et les règles de publicité, la *"perfection"*.

L'*attachment* désigne le rapport de droit entre le créancier et le débiteur. Il doit remplir trois conditions préalables. Tout d'abord, le contrat être matérialisé par un écrit signé par le débiteur et contenir une description précise des biens grevés. Ensuite, une contre-valeur[317] est nécessaire. Enfin, le débiteur doit avoir des droits sur les biens, ce qui n'implique pas qu'il soit propriétaire du bien donné en garantie.

La perfection prend en compte l'intérêt des tiers, notamment en déterminant les rapports de droit existants entre le créancier et les tiers. Elle assure deux fonctions.

---

[313] L'article 9 de l'Uniforme Commercial Code inclut dans cette sûreté certaines cessions telles que la cession d'une créance, la cession d'une créance incorporée dans un titre, et le leasing. Sont expressément exclues du champ d'application du *Security Interest* les opérations dépourvues de but commercial et celles qui ne visent pas à fournir des sûretés à l'une des parties.

[314] Les biens corporels sont eux-mêmes divisés en quatre catégories : les biens de consommation (*Consumer Goods*), les produits agricoles (*Farm Products*), les marchandises en stock (*Inventory*) et le matériel et outillage (*Equipment*). Lorsqu'une marchandise ne satisfait à aucune catégorie, le droit américain considère qu'elle appartient à la catégorie d'Equipment.

[315] Cette définition n'est pas sans rappeler la notion de meuble en droit français.

[316] MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD (A.-M.), Le droit nord-américain des sûretés mobilières, LGDJ, 1990, p. 31, n° 47

[317] La notion de *"value"* ne correspond pas au prix. Le terme doit être rapproché de la notion anglo-saxonne de *"consideration"*.

La première est de rendre la sûreté opposable aux tiers et d'assurer, de ce fait, un statut privilégié à son titulaire. La notion de "*perfection*" a été empruntée à l'ancienne loi fédérale sur la faillite de 1898 (section 60 du Federal Bankruptcy Act) et signifie qu'aucun créancier du débiteur ne peut plus obtenir en justice un droit sur les biens grevés (saisie) qui soit supérieur en rang au droit "parfait" du créancier garanti[318]. Il existe trois modes de "perfection" : l'enregistrement d'un bordereau ou « état des financements » ("*Financing Statement*")[319], la mise en possession du créancier ou d'un tiers convenu ("*Possession*") – il s'agit alors d'un gage ordinaire, un "*pledge*"[320], ou l'opposabilité automatique ("*Automatic Perfection*")[321].

La seconde est de déterminer le rang des créanciers, d'établir un classement par l'inscription. Toutefois, certaines exceptions ont été prévues, notamment relativement au créancier dispensateur de crédits sur la marchandise (*purchase money Security Interest* défini par l'article 9-107), qui, aux termes de l'article 9-312(3) et 9-312(4) de l'Uniforme Commercial Code, prime à certaines conditions, les autres créanciers, quand bien même leurs inscriptions eussent été prises antérieurement.

182. – Régulièrement constitué, le *Security Interest* confère au créancier des droits qui diminuent le risque d'impayé.

2) Les effets du *Security Interest*

183. – *« Une sûreté s'actualise lorsque des difficultés surgissent »*[322]. Tant que le débiteur n'a pas failli au paiement de sa créance, la garantie reste en sommeil. Elle ne déploie ses vertus et ne révèle son efficacité qu'au moment où le créancier qui n'a pas reçu satisfaction exercera les prérogatives dont il dispose face au défaut du débiteur : la saisie et/ou la réalisation du bien grevé.

---

[318] GILMORE (W. C.), *Security Interest* in Personal Property, vol. 1 et 2, Ed. Little Brown & Company, Boston & Toronto, 1965, p. 435, cité par MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD (A.-M.), Le droit nord-américain des sûretés mobilières, LGDJ, 1990, n° 110, p. 58

[319] Article 9-401 et s. de l'UCC

[320] Article 9-305 de l'UCC

[321] Article 9-302(1)(a) de l'UCC

[322] EIGENMANN (A.), L'effectivité des sûretés mobilières, Etude critique en droit suisse au regard du droit américain et propositions législatives, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 2001, p. 178, n° 606

184. – D'une part, la saisie peut s'exercer de deux façons : soit judiciairement – la saisie prendra alors rang rétroactivement à la date de perfection de la sûreté sur le bien et pourra concerner non seulement le bien grevé mais également d'autres biens du débiteur tels que ses salaires – soit directement sur le bien grevé. Cette dernière prérogative est absolue. Elle ne nécessite pas la notification préalable du débiteur, et peut être effectuée sans l'aide de l'autorité judiciaire si la prise de possession du bien par le créancier peut avoir lieu sans qu'aucun trouble ne soit porté à l'ordre public (Breach of the Peace[323]). Dans le cas contraire, le créancier devra impérativement obtenir l'autorisation du juge et être assisté dans la saisie, par un agent habilité par le tribunal, selon les usages locaux.

185. – En complément du droit de saisir le bien, le législateur a également octroyé au créancier bénéficiaire de la garantie, la faculté de procéder à la réalisation du bien.

186. – D'autre part, la réalisation du ou des biens assiette de la garantie peut prendre différentes formes : vente, location ou appropriation en pleine propriété.
La vente ou la location du bien peut être organisée par le créancier, dans le cadre d'une vente publique ou privée, même s'il n'est pas en possession dudit bien. En cela, le droit américain n'interdit pas, contrairement au droit français, la clause de voie parée. Cependant, le créancier doit agir de façon *« commercialement raisonnable »* sous peine d'engager sa responsabilité. Définie par la Section 9-507(2), l'expression qualifie la vente qui a été effectuée *« selon le mode habituel sur tout marché reconnu pour de tels biens, ou s'il vend au prix courant sur un tel marché compte tenu de la date à laquelle la vente a eu lieu ; ou lorsque la vente a eu lieu conformément à des pratiques commercialement raisonnables »*. Le créancier organisant la vente doit informer le débiteur et les autres ayants droits des choix qu'il fait. Dans le cadre d'une vente publique et lorsqu'il existe un marché reconnu permettant d'en fixer le prix, le créancier pourra se porter acquéreur du bien. Le produit de la vente sera réparti de la manière suivante : d'abord le remboursement des frais relatifs à la vente, puis la satisfaction du

[323] La notion de *« Breach of the Peace »* n'a pas été définie par le législateur. MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD (A.-M.), Le droit nord-américain des sûretés mobilières, LGDJ, 1990, p. 191, n° 383

créancier gagiste, et enfin, à la satisfaction de tout autre créancier bénéficiant d'une sûreté de rang inférieur si le créancier gagiste en a été préalablement informé.

Si le produit de la vente n'a pas satisfait le créancier gagiste, le débiteur sera redevable du reliquat de la dette. Toutefois, dans le cas de cessions ordinaires de créances ou de papier-valeur, le débiteur ne pourra exiger le surplus du prix de vente ou devoir au créancier le reliquat que si la convention le mentionne expressément.

En outre, le créancier peut demander à ce que le bien lui revienne en pleine propriété, et ce, sans avoir à passer par la procédure habituelle de vente du bien donné en garantie. En contrepartie de l'attribution du bien en pleine propriété, le créancier devra consentir à la remise totale ou partielle de la dette. Ceci étant, les créanciers de même rang, ou toute autre personne ayant un droit sur le bien grevé, ont une sorte de droit de préemption sur ce dernier.

Par ailleurs, il est à noter qu'en cas de faillite[324], le Security Interest apporte un avantage considérable au créancier car il lui permet d'être désintéressé avant les autres créanciers sur le produit de la réalisation de l'objet de la sûreté. Toutefois, les droits du créancier titulaire du Security Interest peuvent être remis en cause par la procédure de l'automatic stay prévu par le Bankruptcy Act[325] en vertu de laquelle les créanciers n'ont plus le droit d'être en relation avec le débiteur du fait de l'arrêt des poursuites du débiteur. Quelques exceptions ont toutefois été aménagées par le législateur américain, permettant alors au créancier de bénéficier de sa garantie avant la fin de la procédure dans trois hypothèses : lorsqu'il s'agit d'éviter la dépréciation du bien, lorsque le bien n'est pas indispensable au débiteur, et lorsque le produit de la vente en raison de son faible montant ne pourra pas être reversé aux créanciers chirographaires.

§2. L'hypothèque mobilière québécoise

187. – Vingt ans après l'adoption du *Security Interest* par le droit américain, un Comité du droit des sûretés de l'Office de révision du Code civil a été mis en place au Québec. Un rapport, publié en 1975, a expliqué les raisons *« de la nécessité d'une*

---

[324] En droit américain, il existe deux sortes de faillites : la liquidation (chapitre 7 du *Bankruptcy Act*) et l'assainissement du patrimoine (chapitre 11 du même *Act*).

[325] TANGER (M.), *« Le Bankruptcy Act de 1994 : la réforme du droit américain des faillites »* : LPA 15 sept. 1995, n° 111, p. 14

réforme sérieuse »[326], à savoir l'évolution des techniques de crédit et l'absence d'unité critiquable des sûretés mobilières sans dépossession. S'inspirant directement de l'article 9 de l'Uniform Commercial Code (UCC) des Etats-Unis, mais aussi de l'*Uniform* Personal Property Security Act (UPPSA) des provinces canadiennes, le Comité a suggéré une intégration horizontale et verticale de toutes les sûretés réelles qui consistait respectivement à étendre l'hypothèque aux meubles et immeubles et à faire de cette garantie une sûreté unique d'application générale.

Les propositions se sont traduites par l'introduction dans le Code civil du Québec[327] (CCQ) de l'hypothèque mobilière[328], aux articles 2696 et suivants, qui regroupe toutes les anciennes sûretés réelles mobilières : gage, nantissement commercial, nantissement agricole et forestier, cession de créance en garantie et cession générale des créances comptables.

188. – L'hypothèque est définie par l'article 2660 du Code civil du Québec comme *« un droit réel sur un bien, meuble ou immeuble, affecté à l'exécution d'une obligation ; elle confère au créancier le droit de suivre le bien en quelques mains qu'il soit, de le prendre en possession ou en paiement, de le vendre ou de le faire vendre et d'être alors préféré sur le produit de cette vente suivant le rang fixé par le présent code ».*

Son régime, original, est cependant très proche du système du Security Interest américain, qu'il s'agisse de sa constitution ou de ses effets **(B)**, alors même que l'approche du droit québécois des sûretés est davantage civiliste, c'est-à-dire fondée sur la nature de l'opération **(A)**.

---

[326] Rapport sur les sûretés réelles par le Comité du droit des sûretés de l'Office de révision du Code civil, Montréal, 1975, p. 9

[327] Le nouveau Code civil du Québec a été adopté le 18 décembre 1991 et est entré en vigueur le 1er janvier 1994

[328] PAYETTE (L.), *« La création de l'hypothèque mobilière sous le nouveau Code civil du Québec »* : RGD, 1992, p. 373 s. ; BOUDREAULT (M.), *« L'exécution des sûretés mobilières sous le nouveau Code civil du Québec »* : RGD, 1992, p. 411 ; JOBIN (P.-G.), *« L'hypothèque mobilière »* : Chronique de droit civil québécois, RTD civ. 1993, p. 919 ; La réforme du Code civil, t. 3, Ed. Les presses de l'Université de Laval, 1993, spéc. p. 302-442 ; BRIERLEY (J.-E.C.), *« Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec »* : RIDC 1/1995, p. 33 (spéc. n° 11 et s.) ; MESTRE (J.), PUTMAN (E.), et BILLIAU (M.), Traité de droit civil, tome 2 : Droit spécial des sûretés réelles, LGDJ 1996, p. 458 ; DESCHAMPS (M.), *« Le droit des sûretés au Québec »* : *in* Repenser le droit des sûretés mobilières, sous la direction de M.-E. ANCEL, LGDJ, 2005, p. 73 ; MARTIAL (N.), Droit des sûretés réelles sur propriété intellectuelle, th. Paris V, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 258 s.

A. L'esprit de l'hypothèque mobilière québécoise : l'approche notionnelle du droit des sûretés

189. – Dans l'approche notionnelle du droit des sûretés, l'accent est mis sur la qualification de la sûreté, sur sa nature. L'article 2660 du Code civil québécois définit l'hypothèque mobilière comme *« un droit réel (…) affecté à l'exécution d'une obligation »*. Plus précisément, il s'agit d'un droit réel accessoire. Or, comme nous allons le voir, les règles relatives à son régime juridique découlent de ces qualifications.

B. Le régime de l'hypothèque mobilière

190. – L'étude du régime de l'hypothèque mobilière implique que soient rappelées les règles de constitution de la sûreté **(1)** et ses effets **(2)**.

1) Les règles de constitution de l'hypothèque mobilière québécoise

191. – La notion d'hypothèque cache une multitude d'espèces d'hypothèques : conventionnelle ou légale, immobilière ou mobilière.
Lorsqu'elle est mobilière, elle peut concerner aussi bien un bien meuble corporel qu'incorporel, être constituée avec ou sans dépossession. Dans cette dernière hypothèse, elle est également appelée gage[329]. L'obligation principale, l'hypothèque peut aussi bien garantir celle du débiteur que celle d'un tiers[330], quelle soit sa nature[331], même future. Quant à l'assiette de l'hypothèque, elle peut porter soit sur un bien pris individuellement, soit sur une universalité de biens[332], à l'exception des biens insaisissables ou ceux qui, situés dans la résidence principale du débiteur servent à l'usage du ménage et sont nécessaires à la vie de celui-ci[333].

192. – Le Code civil québécois n'exige pas que le constituant soit propriétaire du

---

[329] Article 2665 du Code civil québécois
[330] Article 2681 du Code civil québécois
[331] Article 2687 du Code civil québécois
[332] Article 2666 du Code civil québécois
[333] Article 2668 du Code civil québécois

bien donné en hypothèque. Il suffit qu'il soit capable d'aliéner[334] et titulaire de son droit d'hypothéquer[335] lorsqu'il s'agit de biens d'autrui ou de biens à venir. Par ailleurs, le législateur a imposé que le constituant soit une personne qui exploite une entreprise, notamment lorsqu'il entend conserver la possession des meubles appartenant à l'entreprise[336], lorsqu'il s'agit d'une hypothèque grevant une universalité de biens[337] ou d'une hypothèque ouverte[338].

193. – L'hypothèque mobilière avec dépossession est constituée par la remise du bien au créancier ou par le maintien de la détention si le bien se trouvait déjà entre ses mains[339]. L'écrit est également exigé à peine de nullité, sous forme notariée, lorsque la garantie a été consentie pour garantir le paiement de valeurs mobilières[340]. L'écrit doit contenir une description suffisamment précise du bien, ou de sa nature lorsqu'il s'agit d'une universalité[341].

194. – Dans un souci de protection des tiers, l'information s'effectue par une inscription de l'hypothèque mobilière au registre des droits personnels et droits réels mobiliers. La publicité des droits constitue une formalité d'opposabilité et permet le classement entre les créanciers. Il est à noter qu'un cas particulier a été prévu pour les biens qui sont *« représentés par un connaissement ou un autre titre négociable ou qui grève des créances »* : l'hypothèque mobilière ne sera opposable aux créanciers du constituant depuis le moment où le créancier a exécuté sa prestation, qu'à la condition qu'elle ait été inscrite dans les dix jours qui ont suivi[342]. L'inscription n'a pas de délai de prescription. Cependant, ainsi que l'a souligné Madame Martial *« l'inscription assurant l'efficacité et l'utilité de la garantie, en lui conférant son rang et ce, même en*

---

[334] Article 2681 du Code civil québécois
[335] Article 2670 du Code civil québécois
[336] Article 2683 du Code civil québécois
[337] Article 2684 du Code civil québécois
[338] Article 2686 du Code civil québécois. Comme le *« flotting charge »* du droit anglais, l'hypothèque ouverte ne produit ses effets normaux qu'à sa clôture, c'est-à-dire lorsque le débiteur est en déconfiture. L'avantage majeur de cette technique est de permettre au débiteur de donner en garantie à ses créanciers des biens du patrimoine social qui se renouvellent fréquemment et sont remplacés par d'autres biens. Le principe de subrogation s'applique alors.
[339] Article 2702 du Code civil québécois
[340] Article 2692 du Code civil québécois
[341] Article 2687 du Code civil québécois
[342] Article 2699 du Code civil québécois

présente d'une hypothèque portant sur des biens futurs, il est prudent de conseiller au créancier hypothécaire de faire preuve de la plus grande célérité pour procéder à cette formalité »[343].

2) Les effets de l'hypothèque mobilière

195. – L'hypothèque mobilière confère au créancier un droit de suite ainsi qu'un droit de préférence. Le législateur québécois a prévu des aménagements du droit de suite, ce que certains auteurs ont jugé critiquable[344]. Selon les cas dans lesquels le bien sort du patrimoine du débiteur, le créancier ne bénéficiera pas des mêmes droits. Lorsque le bien a été vendu au cours de l'exercice de l'activité commerciale du débiteur, le créancier ne disposera pas d'un droit de suite. Cependant, il faut relativiser cette paralysie du droit de suite car dans un tel cas, l'hypothèque se reporte sur le bien qui le remplace dans le patrimoine du constituant ou sur le produit de la vente si celui-ci est identifiable. En revanche, lorsqu'il est vendu dans d'autres circonstances, le créancier devra procéder au renouvellement de son inscription pour conserver son hypothèque sur le bien.

196. – Dès que la créance est exigible[345], le créancier pourra procéder à la réalisation du bien en respectant un délai de préavis[346] qui varie selon la nature du bien. Lorsque le bien est un meuble, le délai est de 20 jours. Le délai est également fonction du recours hypothécaire[347] choisi par le créancier. Par exemple, si le créancier opte pour la prise en possession du bien, le délai est de 10 jours. Deux exceptions ont été prévues par le législateur en cas de possible dépréciation ou dépérissement du bien, et en cas de risque de non recouvrement de la créance si le délai doit être respecté, le législateur,

---

[343] MARTIAL (N.), Droit des sûretés réelles sur propriété intellectuelle, th. Paris V, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 263, n° 400

[344] MARTIAL (N.), *op. cit.*, p. 268 s., n° 411 s.

[345] Article 2748 al. 2 du Code civil québécois

[346] Articles 2749 et 2757 du Code civil québécois

[347] Il existe quatre recours hypothécaires reconnus au créancier : la prise de possession du bien aux fins d'administration, la prise du bien en paiement, la vente du bien par le créancier, la vente sous contrôle de justice.

dans un souci de protection du créancier, peut ordonner le délaissement du bien avant l'expiration du temps imparti[348].

§3. Le rayonnement international des sûretés uniques nord-américaines

197. – Le législateur américain ne se doutait probablement pas du succès qu'allait rencontrer le *Security Interest*. Le succès a d'abord été régional, au Québec. Il a ensuite et surtout été international. En effet, la révolution intervenue aux Etats-Unis avec l'adoption de l'article 9 du Code commercial uniforme instaurant le *Security Interest*, a encouragé les initiatives internationales de réforme du droit des sûretés qui se sont multipliées, dont le dessein et/ou la conséquence ont été la transformation du paysage juridique des garanties dans le monde entier.

198. – Les effets de ces transformations sont variables. Il s'agira tantôt d'imposer une nouvelle réglementation en droit des sûretés, tantôt de soumettre à des Etats nationaux des guides ou recommandations législatives. De ce fait, il convient de distinguer d'une part l'influence que le Security Interest a eue sur les législations nationales, comme le Québec, et d'autre part celle qu'il a exercée au sein des institutions régionales, européennes ou internationales.

199. – Parmi ces travaux à l'échelle internationale, en suivant un ordonnancement chronologique, trois doivent être mentionnés : la loi type sur les sûretés élaborée en 1994 par la Banque européenne pour la reconstruction et le développement **(A)**, la Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles de l'Unidroit signée à Cap le 16 novembre 2001[349] **(B)**, et le Guide législatif de la CNUDCI **(C)**.

---

[348] Article 2767 du Code civil québécois

[349] La Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipement mobiles signée au Cap le 16 novembre 2001 est entrée en vigueur le 1er avril 2004. Elle a été signée et est appliquée dans 14 Etats, mais pas par la France.

A. La loi type sur les sûretés élaborée par la BERD

200. – Élaborée en 1994, la loi type sur les sûretés a pour vocation de s'appliquer aux seules relations internationales et non celle de se substituer aux législations nationales. Elle est apparue nécessaire pour garantir les investisseurs qui avaient placé des capitaux dans les pays de l'Est. L'inspiration a largement été puisée dans le système de l'hypothèque mobilière. En effet, il a été proposé la création d'une sûreté unique sur tous les types de biens pouvant être constitués en garantie, à savoir un bien corporel ou incorporel, présent ou futur mais identifiable, ou un ensemble de biens susceptibles d'évoluer tels les stocks. Certaines législations récentes, en Asie centrale ou en Europe de l'Est, ont suivi ce modèle.

B. La Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipements mobiles de l'Unidroit[350]

201. – Le projet de l'Unidroit est né de l'impérieuse nécessité de faciliter le financement de l'acquisition et l'utilisation efficace des matériels d'équipements mobiles de grande valeur ou d'une importance économique particulière. La volonté était, en outre, d'assurer la reconnaissance et la protection des garanties portant sur de tels biens. A été ainsi établi *« un régime pour la construction et les effets d'une garantie internationale portant sur certaines catégories de matériels d'équipement mobiles et les droits accessoires »*[351], tels que *« les cellules d'aéronefs, les moteurs d'avion et les hélicoptères, le matériel roulant ferroviaire, et les biens spatiaux »*[352]. Même si cette loi type ne concerne que les biens meubles corporels, la garantie proposée est assez complète, à l'image de l'article 9 de l'UCC, puisqu'elle comprend la sûreté classique, ainsi que la réserve de propriété et la garantie du crédit-bailleur. De ce fait, elle méritait d'être évoquée ici.

---

[350] Le projet a été adopté lors de la Conférence diplomatique pour l'adoption d'une convention relative aux matériels d'équipements mobiles et du Protocole aéronautique tenu sous les auspices conjoints de l'Organisation de l'aviation civile internationale et de l'Institut international pour l'unification du droit privé (Unidroit), tenue à Cap du 29 octobre au 16 novembre 2001. La France a signé la Convention le 16 novembre 2001 mais ne l'a pas encore ratifié.

[351] Article 2.1 de la Convention

[352] Article 2.3 de la Convention

C. Le Guide législatif de la CNUDCI

202. – Le Guide législatif est sans nul doute le travail le plus abouti. En 2000, à la 33e session de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI)[353], l'examen d'un projet de rapport du Secrétaire général sur les travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés a abouti à la décision de confier à un Groupe de travail n° VI, le soin d'élaborer *« un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles faisant l'objet d'une activité commerciale »*[354]. Animée par le mandat général d'encourager l'harmonisation et l'unification progressive du droit commercial international confié par l'Assemblée générale des Nations Unies, la CNUDCI s'est rendue compte assez rapidement de l'impossibilité d'harmoniser les législations d'un point de vue international, en raison des nombreuses divergences entre les différents systèmes juridiques nationaux, et de la complexité des lois[355]. C'est pourquoi elle a choisi la voie d'un Guide législatif[356]. A l'état de projet actuellement, le texte (dans sa version des 10-14 décembre 2007[357]) semble consacrer une sûreté unique pour tous types de biens, y compris les fractions de biens, les droits indivis sur des biens, les biens futurs ou ceux pour lesquels le constituant n'est pas encore propriétaire ou ne dispose pas encore du pouvoir de grever[358]. L'assiette de la garantie peut également être étendue aux produits identifiables des biens grevés (produits des

---

[353] La Convention des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI) a été créée par l'Assemblée générale de l'ONU en 1966 (Résolution 2205 (XXI) du 17 déc. 1966), et a pour mission de formuler des normes juridiques destinées à régir de manière uniforme les aspects techniques du commerce international. L'Assemblée générale a en effet estimé que les disparités entre les diverses lois nationales régissant le commerce international constituaient des obstacles au déroulement des échanges. La CNUDCI est alors apparue comme le moyen par lequel l'ONU pourrait contribuer plus activement à réduire ou aplanir ces obstacles.

[354] Disponible sur le site www.unictral.org , A/CN.9/475

[355] Elle a conclu à l'impossibilité d'harmoniser la législation au niveau international en 1980 après avoir confié en 1968 au Secrétaire général la mission d'entreprendre l'étude comparative du droit des sûretés.

[356] A la 33e session de la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI) a examiné les différentes voies envisageables pour élaborer *« un régime juridique efficace pour les sûretés sur les biens meubles faisant l'objet d'une activité commerciale »*. Ont été rejetées la voie de la convention visant à unifier les règles de fond régissant les sûretés, celle d'une convention instituant des règles uniformes de conflit, celle d'une convention ou loi type visant à créer une sûreté internationale, mais aussi celle d'une déclaration de principes accompagnée d'une loi type. Pour toutes les raisons invoquées par la CNUDCI, V. le rapport du secrétaire général sur les travaux futurs possibles dans le domaine des sûretés, disponible sur www.unictral.org sous les références suivantes : A/CN.9/475, et plus spécifiquement pp. 18-19

[357] A/CN.9/637, reprise de la 40e session à Vienne, les 10-14 décembre 2007

[358] A/CN.9/637, recommandation 17

produits)[359]. Par ailleurs, elle peut porter tant sur les biens corporels qu'incorporels, présents ou futurs, à l'exclusion des immeubles[360].

Au premier abord, aucune restriction. Cependant, il n'en est rien. Le projet prévoit en effet une liste de biens qui n'ont pas vocation à entrer dans le champ d'application du Guide législatif. Il s'agit des aéronefs, matériel roulant ferroviaire, objets spatiaux, navires et autres catégories de matériels d'équipement mobiles dans la mesure où ces biens sont régis par une loi nationale ou un accord international auquel l'État adoptant une législation fondée sur les présentes recommandations est partie et où les matières régies par la présente loi le sont aussi par cette loi nationale ou cet accord international. Il s'agit aussi de la propriété intellectuelle, des valeurs mobilières, des droits à paiement naissant d'opérations de change[361].

Au second abord, d'aucuns ne manqueront de constater la très forte similitude qui existe entre le Guide législatif et le système du *Security Interest*. Elle est revendiquée par les auteurs qui ont contribué à son élaboration[362].

203. – Si le Guide législatif de la CNUDCI n'a pas convaincu le législateur français, il a inspiré l'Acte uniforme OHADA portant organisation du droit des sûretés.

SECTION 2
L'ACTE UNIFORME OHADA PORTANT ORGANISATION DES SURETES

204. – Le mouvement de réforme du droit des sûretés qui s'est emparé de bon nombre de pays et d'organisations internationales a également touché l'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA)[363]. Un premier Acte uniforme des sûretés avait été adopté par l'OHADA le 17 avril 1997[364], mais il est

---

[359] A/CN.9/637, recommandation 19

[360] A/CN.9/637, recommandation 5 sous réserves des recommandations 25 et 48

[361] A/CN.9/637, recommandation 4

[362] RIFFARD (J.-F.), *« Le guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Un pas décisif vers un droit des sûretés mobilières harmonisé »* : *in* Le droit à l'épreuve des réformes, sous la direction d'Yves PICOD et Pierre CROCQ, Actes du colloque organisé par la revue Droit et procédures, à Perpignan, les 9 et 10 juin 2006, Editions juridiques et techniques, Paris, 2006, p. 107, spéc. p. 109-110

[363] L'Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires (OHADA) a été créée par le Traité relatif à l'Harmonisation du Droit des Affaires en Afrique signé le 17 octobre 1993 à Port-Louis (Ile Maurice).

[364] L'Acte uniforme des sûretés a été adopté le 17 avril 1997, publié au JO OHADA du 1er octobre 1997 et entré en vigueur le 1er janvier 1998

apparu nécessaire de le réformer afin de renforcer la sécurité des créanciers en mettant en place des régimes de sûretés plus simples à constituer, moins coûteuses et plus faciles à réaliser[365]. L'Acte réformant le droit des sûretés a été adopté à Lomé le 15 décembre 2010[366] (l'Acte) et s'est inspiré à la fois du droit français tel qu'issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, et des propositions de la CNUDCI[367], notamment en ce qui concerne la consécration d'un régime de nantissement de créance **(A)**.

205. – Désormais l'Acte pose la définition du nantissement, à l'article 125, qui consiste en *« l'affectation d'un bien meuble incorporel ou d'un ensemble de biens meubles incorporels, présents ou futurs, en garantie d'une ou plusieurs créances, présentes ou futures, à condition que celles-ci soient déterminées ou déterminables »*.

206. – En revanche, diffèrent ostensiblement du droit français la consécration par l'Acte de trois nouvelles nantissements – à côté du nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières **(B)** et du nantissement de fonds de commerce **(C)** déjà présents dans l'AUS[368] mais dont les règles de constitution et de réalisation ont été assouplies, et dont les règles d'inscriptions renvoient au droit commun des créances – à savoir : le nantissements de compte bancaire[369] **(D)**, le nantissement de compte de titres financiers[370] calqué sur le modèle français **(E)**, et le nantissement des droits de propriété intellectuelle[371] **(F)**.

---

[365] FILLE-LAMBIE (O.) et MARCEAU-COTTE (A.), *« Les sûretés sur les meubles incorporels : le nouveau nantissement de l'acte uniforme sur les sûretés »*, *in* dossier « Bientôt un nouveau droit des sûretés dans l'OHADA » : Droit et Patrim. nov. 2010, n° 197, p. 72 s.

[366] L'Acte uniforme OHADA portant organisation du droit des sûretés a été adopté le 15 décembre 2010, et publié au JO OHADA du 15 février 2011

[367] CROCQ (P.), *« Les grandes orientations du projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés »*, *in* Dossier « Bientôt un nouveau droit des sûretés dans l'OHADA » : *op. cit.*, p. 52, et *« Les sûretés fondées sur une situation d'exclusivité et le projet de réforme de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés »*, p. 78

[368] Le nantissement de droits d'associés et valeurs mobilières figurait autrefois aux articles 64 à 68 de l'AUS, il concerne aujourd'hui les articles 140 à 145 de l'Acte. Quant au nantissement de fonds de commerce, présent aux articles 69 à 90 de l'AUS, il est désormais prévu aux articles 162 à 178 de l'Acte.

[369] Articles 136 à 139 de l'Acte

[370] Articles 146 à 155 de l'Acte

[371] Articles 156 à 161 de l'Acte

A. Le nantissement de créances

207. – Comme en droit français, l'Acte a prévu un régime de nantissement des créances, aux articles 127 à 135, et abandonné les formalités contraignantes de la sûreté, à savoir l'obligation d'enregistrement, la remise de l'acte constitutif de la créance garantie, et de la signification du contrat au débiteur. Le nantissement de créances peut concerner des créances présentes ou futures, à condition dans ce cas qu'elles puissent être individualisées. Par ailleurs, il peut porter sur une fraction de créance à moins qu'elle ne soit indivisible. Enfin, il est prévu que le nantissement s'étende aux accessoires de la créance nantie sauf convention contraire entre les parties. Sont ainsi inclus automatiquement dans l'assiette du nantissement les intérêts produits par la créance garantie. Le nantissement prend effet à la date de sa conclusion, sauf lorsque la créance est future, le créancier n'acquiert de droits qu'à la naissance de celle-ci. L'opposabilité au débiteur résulte de la notification de l'acte au débiteur ou de l'intervention de ce dernier à l'acte. Quant aux tiers, la sûreté leur est opposable après l'inscription au Registre du Commerce et de Crédit Mobilier (RCCM). Sur ce dernier point, le droit français a été plus souple en prévoyant que l'opposabilité résultait de la seule signature. Par ailleurs, la réalisation du nantissement obéit à des règles similaires au droit français. En effet, l'article 133 de l'Acte dispose que *« seul le créancier reçoit valablement paiement de cette créance tant en capital qu'en intérêts et autres accessoires, même lorsque le paiement n'a pas été poursuivi par lui »*. Cependant, si les parties l'ont décidé par convention, le créancier ne pourra pas percevoir les intérêts en les imputant sur ce qui lui est dû en capital, intérêts et autres accessoires, conformément à l'alinéa 3 de l'article 134 de l'Acte. En outre, il a été prévu lorsque l'échéance de la créance nantie précède celle de la créance garantie, le créancier conserve les sommes à titres de garantie sur un compte ouvert auprès d'un établissement habilité, à charge pour lui de les restituer au constituant une fois l'obligation garantie exécutée. En cas de défaillance du débiteur, une mise en demeure doit lui être adressée dans les huit jours, si celle-ci reste sans effet, le créancier nanti sera autorisé à affecter les fonds au remboursement de sa créance, dans la limite des sommes impayées. En revanche, lorsque l'échéance de la créance nantie est postérieure à celle de la créance garantie, le créancier pourra se faire attribuer la créance ainsi que tous les droits qui s'y rattachent, soit par la juridiction compétente, soit dans les conditions qui ont été conventionnellement envisagées. Enfin, si le créancier reçoit en paiement une somme

supérieure à la dette garantie, il doit verser la soulte correspondant au surplus perçu au constituant. Toute clause contraire serait réputée non écrite.

B. Le nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières

208. – L'article 140 de l'Acte prévoit que seuls sont susceptibles d'un nantissement les droits d'associés et valeurs mobilières des sociétés et ceux cessibles de tout autre personne morale assujettie à l'immatriculation au RCCM. Les formalités de constitution ont été allégées. En effet, alors que l'article 65 de l'AUS imposait la rédaction d'un acte authentique ou d'un acte sous seing privé enregistré pour la constitution d'un nantissement, le nouvel article 141 de l'Acte indique que le nantissement doit être constaté dans un écrit avec plusieurs mentions obligatoires qui ne sont plus que quatre, à savoir la désignation du créancier, du débiteur et du constituant s'il ne s'agit pas du débiteur ; l'indication du siège social et le numéro d'immatriculation au RCCM de la personne morale émettrice des droits d'associés et valeurs mobilières ; le nombre ou le moyen de déterminer celui-ci, et le cas échant les numéros des titres nantis ; les éléments permettant l'individualisation de la créance garantie tels que son montant ou son évaluation, sa durée et son échéance. Concernant l'opposabilité de la sûreté, l'article 143 renvoie aux dispositions communes à toutes les sûretés mobilières des articles 51 à 66 de l'Acte, à savoir notamment l'inscription au RCCM. Il est également prévu qu'outre l'inscription, la sûreté puisse être signifiée ou notifiée à la société commerciale ou à la personne morale émettrice des biens immatériels. En vertu de ce nantissement, le créancier bénéficie d'un droit de suite, d'un droit de réalisation, d'un droit de préférence ainsi que du droit de percevoir les fruits des droits sociaux et valeurs mobilières donnés en garantie, à condition que les parties l'aient prévu.

C. Le nantissement de fonds de commerce

209. – Le nantissement de fonds de commerce est défini comme la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation les éléments incorporels constitutifs du fonds tels que la clientèle, l'enseigne et le nom commercial. L'assiette de la garantie peut également être constituée par d'autres éléments incorporels du fonds comme le bail commercial, les licences d'exploitation, les droits de propriété

intellectuelle. Par ailleurs, le nantissement peut être étendu à des biens corporels, et au matériel professionnel en particulier, à condition que cette extension ait fait l'objet d'une clause spéciale mentionnant les éléments engagés et d'une mention particulière au RCCM et qu'elle respecte les formalités d'inscription communes des articles 51 à 66 de l'Acte. Le nantissement peut aussi porter sur un fonds de commerce et ses succursales. En revanche, il ne peut porter sur des droits réels immobiliers conférés ou constatés par des baux ou des conventions soumises à inscription au registre de la publicité immobilière.

Les mentions obligatoires ont été restreintes aux seules indications des parties, du siège social, des éléments du fonds nanti et de ceux permettant l'individualisation e la créance garantie, et ce dans un souci d'allègement des formalités de constitution. Par ailleurs, l'opposabilité aux tiers résulte, comme pour le nantissement sur droits d'associés ou valeurs mobilières de leur inscription au RCCM conformément aux dispositions communes des articles 51 à 66 de l'Acte. Enfin, le créancier nanti dispose d'un droit de suite, d'un droit de réalisation et d'un droit de préférence. En revanche, il est à noter que le créancier nanti sur fonds de commerce ne peut bénéficier d'un pacte commissoire, c'est-à-dire qu'il ne peut acquérir conventionnellement un droit de propriété sur ce bien immatériel.

D. Le nantissement de compte bancaire

210. – A l'instar du droit français, le nantissement de compte bancaire est entendu comme une espèce de nantissement de créances, dont il respecte le régime. L'article 137 de l'Acte précise que l'assiette de la garantie peut être constituée par le solde créditeur, provisoire ou définitif au jour de la réalisation de la sûreté. Par ailleurs, il est également prévu que les parties prévoient les conditions dans lesquelles le constituant pourra disposer des sommes sur le compte nanti. En pratique, les parties auront le choix entre un compte bloqué et un compte en cours de fonctionnement, sachant que le compte bloqué s'avère plus sûr pour le créancier. En effet, laisser le compte entre les mains du constituant pourrait entraîner la disparition de l'assiette de sa garantie. En outre, il a été prévu que le nantissement subsiste jusqu'à la clôture du compte et tant que le créancier n'aura pas obtenu entière satisfaction.

E. Le nantissement de compte de titres financiers

211. – L'Acte définit le nantissement de compte de titres financiers comme la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation l'ensemble de valeurs mobilières et autres titres financiers figurant dans ce compte. L'assiette du nantissement peut porter sur les titres figurant initialement au crédit du compte, ceux qui leur sont substitués ou les complètent de quelque manière que ce soit. En outre, elle porte sur leurs fruits et produits. Il est constitué par une déclaration datée et signée par le titulaire du compte, laquelle doit comporter les mentions relatives à l'identification du créancier, du débiteur et du constituant, au nombre et à la nature des titres financiers nantis, les éléments permettant l'individualisation de la créance garantie, et les éléments d'identification du compte spécial nanti. L'opposabilité, différente des autres nantissements, qui s'effectue tant à l'égard de la société émettrice que des tiers à la date de la signature. Par ailleurs, le compte de titres financiers nanti doit être un compte spécial ouvert au nom du titulaire et tenu par la société émettrice des titres ou par l'intermédiaire financier. Un autre compte spécial devra être ouvert pour y recevoir les fruits et produits de ces titres, même si ce dernier est réputé faire partie intégrante du compte nanti à la date de la déclaration du nantissement. En outre, et comme pour le nantissement de compte bancaire, les conditions dans lesquelles le constituant peut utiliser les titres nantis doivent être prévues conventionnellement par les parties. Dans l'hypothèse où le créancier ne serait pas le teneur de compte, ce dernier doit être informé par écrit des conditions d'utilisation de ces titres. En ce qui concerne la réalisation des titres nantis, elle pourra intervenir huit jours ou à l'échéance de toute autre délai préalablement convenu avec le titulaire du compte après mise en demeure du débiteur remise en mains propres ou adressée par courrier recommandé. Il est également exigé que cette mise en demeure soit notifiée en outre au constituant du nantissement lorsqu'il n'est pas le débiteur, ainsi qu'au teneur de compte lorsqu'il ne s'agit pas du créancier nanti. La notification doit comporter un certain nombre d'informations, prévues à l'article 153 de l'Acte. Une fois le délai de réalisation expiré, le créancier nanti pourra se voir attribuer en pleine propriété les sommes figurant dans le compte nanti, et pour les titres financiers, obtenir leur attribution en pleine propriété ou par vente sur un marché réglementé.

212. – En pratique, ce nantissement ne concernera que peu de sociétés immatriculées dans les pays membres de l'OHADA car titres inscrits doivent être dématérialisés. Or, pour l'instant, seules sont concernées les sociétés cotées auprès des bourses régionales de l'espace OHADA[372].

F. Le nantissement de droits de propriété intellectuelle

213. – L'article 156 de l'Acte définit le nantissement des droits de propriété intellectuelle comme la convention par laquelle le constituant affecte en garantie d'une obligation tout ou partie de ses droits de propriété intellectuelle existants ou futurs. Concernant cette dernière assiette du nantissement, il est intéressant de relever que l'article 159 a décidé de ne pas étendre la sûreté aux accessoires et aux fruits de l'exploitation du droit de propriété intellectuelle, sauf à ce qu'une convention contraire soit conclue par les parties. Par ailleurs, une double publicité a été mise en place. En effet, l'article 160 de l'Acte précise que ces nantissements, pour être opposables aux tiers, doivent être inscrits au RCCM ainsi que sur le registre spécifiquement prévu pour ces biens et organisé par des règles spécifiques. Par ailleurs, comme pour tous les autres nantissements, la sûreté doit être constatée par écrit, lequel doit comporter un certain nombre de mentions obligatoires l'indication des parties, les éléments identifiant ou permettant de déterminer les droits nantis, et les éléments permettant l'individualisation de la créance garantie. Le créancier nanti dispose d'un droit de suite, d'un droit de réalisation ainsi que d'un droit de préférence. En revanche, à défaut de précisions quant à la réalisation de la sûreté, il est renvoyé aux dispositions communes.

---

[372] V. FILLE-LAMBIE (O.) et MARCEAU-COTTE (A.), *« Les sûretés sur les meubles incorporels : le nouveau nantissement de l'acte uniforme sur les sûretés »*, *in* dossier « Bientôt un nouveau droit des sûretés dans l'OHADA » : Droit et patrim. nov. 2010, n° 197, spéc. p. 76

CONCLUSION DU CHAPITRE

214. – Si pour l'ignorant, *« comparer n'est (…) qu'un moyen de se dispenser de juger »*[373], pour le juriste comparer constitue une façon de s'instruire, de s'inspirer. En matière de droit des sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels, un enseignement intéressant peut être tiré des droits étrangers. En matière de biens immatériels affectés en garantie, trois systèmes juridiques ont été étudiés. Le *Security Interest* américain et l'hypothèque mobilière québécoise ont permis de révéler d'une part la possibilité de mettre en place une sûreté unique et d'autre part l'efficacité en pratique d'un tel régime. Les nantissements consacrés par l'Acte uniforme portant organisation des sûretés de l'OHADA a, quant à lui, permis de mettre en exergue un contexte international enclin à reconnaître l'affection en garantie de certains biens immatériels qui n'ont pas été abordés par la réforme française du droit des sûretés. *A priori*, chacun de ces systèmes pourrait, de part les avantages qu'il offre, constituer un système séduisant pour le droit français.

[373] Von Goethe (J. W.), source inconnue

CHAPITRE 2

LES SOLUTIONS RETENUES POUR LA RENOVATION DU DROIT DES SURETES REELLES CONVENTIONNELLES SUR BIENS IMMATERIELS

215. Le modèle du nantissement étant insatisfaisant, et dans un souci de limiter la multiplicité des régimes de sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels, deux voies juridiques pourraient être suivies pour réformer la matière. La première, radicale, correspondant à une approche fonctionnelle du droit des sûretés, consiste à reconnaître une sûreté unique, à l'image du *Security Interest* américain ou de l'hypothèque mobilière québécoise. La seconde, plus souple et surtout plus respectueuse de la finalité de la sûreté qui consiste à adopter un régime uniforme.

Trop peu d'arguments militent en faveur de la possibilité de consacrer en droit français une sûreté conventionnelle unique (**Section 1**). En revanche, à maints égards le choix de fonder sur des institutions préexistantes un régime uniforme auquel sera assigné un champ d'application plus étendu nous semble préférable (**Section 2**).

SECTION 1

L'IMPOSSIBILITE DE CONSACRER EN DROIT FRANÇAIS UNE SURETE REELLE CONVENTIONNELLE UNIQUE

216. – L'adoption d'une sûreté conventionnelle unique englobant celles portant sur les biens immatériels pourrait résulter de la consécration d'un modèle nouveau, en rupture avec le passé[374] à l'instar du *Security Interest* américain, ou d'un modèle connu de sûreté qui servirait de sûreté globale et sous l'égide duquel on ferait entrer d'autres sûretés, à l'instar de l'hypothèque mobilière québécoise.

Pourtant, malgré les vertus dont regorgent ces régimes, et malgré la volonté manifestée par certains auteurs d' *« exporter »* de tels modèles nord-américains dans leurs droits respectifs[375], il est unanimement reconnu que l'entreprise s'avèrerait

---

[374] RIFFARD (J.-F.), Le *Security Interest* ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, th. Clermont-Ferrand, LGDJ, 1997, p. 213, n° 607

[375] V. par exemple CARON (Y.), *« L'article 9 du Code de commerce uniforme peut-il être exporté ? Point de vue d'un juriste québécois »* : *in* dans ZIEGEL (J. S.) et FOSTER (W. F.), *Aspects of Comparative*

impossible, aussi doit-elle être écartée. A cela, il y a plusieurs raisons. La première repose sur la multiplicité des sûretés réelles conventionnelles mobilières qui semble être une tradition française **(§1)**, la seconde sur l'impossibilité en droit français de faire de l'hypothèque mobilière (plus proche de notre système civiliste) une sûreté globale **(§2)**.

§1. La tradition française de la multiplicité des sûretés réelles conventionnelles mobilières

217. – La première tient à ce qui est devenu une tradition française, la multiplicité des sûretés réelles conventionnelles mobilières, telles que le nantissement. Les motivations de la consécration d'une telle multiplicité par le législateur étaient politiques[376]. En effet, les pressions exercées par les praticiens étaient telles que le législateur a du mettre en place des régimes de sûretés réelles conventionnelles sans dépossession, souvent succincts – reflet de la rapidité avec laquelle il a dû parfois intervenir. Ainsi en a-t-il été des sûretés très spécifiques comme le gage automobile, le gage sur matériel et outillage, le gage sur stocks, le gage sur propriétés intellectuelles, entre autres exemples.

218. – Alors même que le projet de réforme du droit des sûretés constituait une formidable opportunité pour le législateur français de faire table rase du passé et des critiques formulées à l'encontre de l'hétérogénéité pathologique de la matière, l'occasion n'a pas été saisie. Les réformateurs ont fait le choix de maintenir la multiplicité des régimes existants, voire de l'accentuer en consacrant une place dans le Code civil à de nouvelles sûretés.

219. – Pourtant, parmi toutes ces sûretés, le législateur aurait pu, à l'instar de la méthode employée par le législateur québécois, choisir une sûreté existante pour la rendre globale. L'hypothèque mobilière ne saurait pourtant convaincre de son efficacité en droit français.

Commercial Law: Sales, ConsumerCredit, and Secured Transactions, Montréal, Eugène Doucet, 1969, p. 374, p. 381 et p. 390

[376] RIFFARD (J.-F.), *op. cit.*, p. 107, n° 300

§2. L'impossibilité en droit français de faire de l'hypothèque mobilière une sûreté globale

220. – Davantage que les effets produits par la sûreté, ce sont les conditions de constitution de l'hypothèque mobilière qui ont intéressé les raisons du législateur français de ne pas consacrer un système de garantie unique. L'étude comparative se limitera au droit québécois. Droit de tradition « civil law », plus proche du droit français, il aurait plus aisé pour le législateur français de suivre alors ce modèle et pourtant, il ne l'a pas fait. Pourquoi ?

Lorsque le moment est venu de reconnaître l'hypothèque mobilière, le législateur québécois n'a pas hésité à abroger l'article 2022 du Code civil du Bas-Canada qui consacrait le principe selon lequel *« les meubles n'ont pas de suite par hypothèque »*[377]. La maxime, directement inspirée par le Code civil – comme une grande partie du droit québécois[378] – disposait, pour cette raison, d'un point d'ancrage bien moins significatif qu'en droit français.

« Le droit a ses racines dans la civilisation »[379]. Fruits de l'histoire et de la civilisation française, les adages ont troqué en 1804 leur nature coutumière contre une codification. De ce fait, ils ont été définis comme la formule d'une norme dotée de force obligatoire[380].

Même s'il connaît depuis plusieurs années des tempéraments, le principe selon lequel *« les meubles n'ont point de suite par hypothèque »* a largement participé du refus par le législateur français de consacrer une sûreté unique.

221. – En droit romain, tout ce qui pouvait être vendu pouvait également être donné en hypothèque : *« Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem*

---

[377] CIOTALA (P.), *« La réforme des sûretés sous le Code civil du Québec »*, in La réforme du Code civil, vol. 3, Priorités et hypothèques, preuve et prescription, publicité des droits, droit international privé, dispositions transitoires, Le Barreau du Québec et la Chambre des notaires du Québec, Les Presses de l'Université Laval, 1993, p. 307-442, spéc. n° 22 p. 317

[378] Une grande partie du droit québécois a été inspirée par le droit civil français. V. BRIERLEY (J. E. C.), *« Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec »*, RIDC, 1, 1995, p. 33, spéc. n° 1

[379] PLANTEY (A.), *« L'esprit du Code »* : *in* Bicentenaire du Code civil, Séance solennelle du 15 mars 2004 à l'Académie des sciences morales et politiques, disponible sur www.asmp.fr

[380] ROLAND (H.), et BOYER (L.), Adages du droit français, Litec, 4e éd., 1999, p. XI, n° 2

recipere postest »[381], y compris les meubles : *« Statu liber quoque dari hypothecae poterit, licèt conditione existente evanescat pignus »*[382]. Certains auteurs allaient même jusqu'à penser que *« la matière des hypothèques, est sans contredit la plus importante de toutes celles qui doivent entrer dans la composition d'un Code civil. Elle intéresse la fortune mobilière et immobilière de tous les citoyens. Elle est celle à laquelle toutes les transactions sociales se rattachent. Suivant la manière dont elle sera traitée, elle donnera la vie et le mouvement au crédit public et particulier, ou elle en sera le tombeau »*[383]. Pourtant, les rédacteurs du Code civil ont choisi de refuser aux meubles le bénéfice de cette sûreté réelle, en reproduisant *in terminis*, à l'article 2119[384], l'article 170 de la Coutume de Paris[385].

Trois justifications à ce choix avaient été avancées : la première résidait dans la nature des meubles qui *« n'ont pas une subsistance permanente et stable comme les immeubles »*[386] ; la seconde dans leur dépossession possible au profit d'un créancier qui n'impose pas de *« recourir à la fiction du droit qui a fait établir sans hypothèque »* ; la dernière dans l'incommodité du commerce parce que, selon un auteur, *« parce qu'on ne pourrait pas disposer d'une épingle, d'un grain de blé sans que l'acheteur en pût être évincé par tous les créanciers du vendeur »*[387].

Si la règle a été généralement interprétée comme l'impossibilité pour les meubles d'être hypothéqués[388], certains l'ont expliquée autrement. Pour une partie de la doctrine, en effet, *« elle doit être entendue des meubles qui étaient devenus immeubles*

---

[381] POTHIER (R. J.), Pandectae Justinianae, t. 1, 1748-1749, p. 565, n° 1, cité par TROPLONG (R. T.), Le droit civil expliqué, Des privilèges et hypothèques ou commentaire du titre XVIII du livre III du Code civil, 2e éd., 1835, Paris, Tome II, n° 394, p. 15

[382] *Ibid.*

[383] REAL (F.), cité par TROPLONG (R. T.), Le droit civil expliqué, Des privilèges et hypothèques ou commentaire du titre XVIII du livre III du Code civil, 2e éd., 1835, Paris, Tome I, p. 1

[384] L'article 2119 est devenu, après la réforme du droit des sûretés ayant modifié la numérotation, l'article 2398.

[385] L'article 170 de la coutume de Paris disposait que les *« meubles n'ont point de suite par hypothèque, quand ils sont hors de la possession du débiteur ».* Pour une étude approfondie des origines romaines et coutumières de l'adage, V. ROLAND (H.), et BOYER (L.), Adages du droit français, Litec, 1999, 4e éd., n° 255, p. 441 s. ; VALETTE (A.), Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation, publiés par Hérold et Lyon-Caen, 1880, t. 1, p. 217 s. ; PIEDELIEVRE (R.), De l'interdit salvien en droit romain. De la règle *"Les meubles n'ont pas de suite par hypothèque"* en droit français, Thèse Paris, 1884 ; PUTMAN (E.), *« Sur l'origine de la règle : "meubles n'ont point de suite par hypothèque" »* : RTD civ. 1994, p. 543

[386] LOYSEAU (CH.), Droit des offices, Livre 3, 1666, Ch. 5, n° 23 s., cité par REAL (F.), lui-même cité par TROPLONG (R. T.), Le droit civil expliqué, Des privilèges et hypothèques ou commentaire du titre XVIII du livre III du Code civil, 2e éd., 1835, Paris, Tome II, n° 395, p. 15 s.

[387] *Ibid.*

[388] VALETTE (A.), *op. cit.*

par destination, et qui ont été affectés à l'hypothèque avec l'immeuble, mais qui, une fois séparés du fonds, ne peuvent être suivis par voie d'hypothèque, parce que par la séparation ils ont repris le caractère de meubles ordinaires »[389]. Cependant, il ne peut en être ainsi. Pour s'en convaincre, il suffit de se reporter aux travaux préparatoires et à l'exposé des motifs du régime hypothécaire choisi par les rédacteurs du Code fait par Bigot-Préameneu qui explique que si les Romains reconnaissaient l'hypothèque sur les meubles, *« il était très difficile, ou le plus souvent impossible, de suivre les meubles dans les maison des tierces personnes auxquelles le débiteur les avait transmis. Cette sorte d'hypothèque a été reconnue comme nulle, ou comme moins utile que nuisible au créancier, à cause de la difficulté de l'exercer. De là cette règle que meubles n'ont point de suite par hypothèque, règle regardée comme si raisonnable, que, dans les divers projets de loi qui sont présentés, on la conserve »*[390].

Il a en effet été considéré, en raison de la difficulté – voire de l'obstacle – qui existe quant à leur individualisation et localisation, que les meubles ne pouvaient faire l'objet d'un droit de suite, permettant au créancier de les suivre en quelques mains qu'ils se trouvent.

222. – Par ailleurs, un autre obstacle a entravé la reconnaissance d'une hypothèque mobilière, un autre adage, fort ancien lui aussi, celui que l'article 2279 du Code civil a consacré, et en vertu duquel *« en fait de meubles, la possession vaut titre »*. Le triomphe de ce principe est d'autant plus étonnant qu'il s'emplie d'échos de l'ancien article 2114 du Code civil, devenu 2393, selon lequel *« l'hypothèque est un droit réel sur les immeubles (…) »*, et de l'ancien article 2118, devenu 2397, qui dispose que *« sont seuls susceptibles d'hypothèques les biens immeubles (…) »*. Rappeler ensuite par une troisième disposition que les meubles ne peuvent être grevés d'hypothèque peut paraître surabondant, voire inutile.

---

[389] DURANTON (A.), Cours de droit français suivant le Code civil, XIX, Ed. Alex-Gobelet, 1825-1842, n° 280 ; DEMANTE (A.-M.), Cours analytique de Code civil, 1849-1880, Ed. Thorel puis Plon, vol. III, n° 961 ; TROPLONG (R.-T.), Le droit civil expliqué, Des privilèges et hypothèques ou commentaire du titre XVIII du livre III du Code civil, 2e éd., 1835, Paris, Tome II, n° 414 bis, p. 46 ; DELVINCOURT (CL.-E.), Institutes de droit civil français, conformément aux dispositions du Code napoléonien, tome III, éd. Gueffier, 1808, p. 157 et note 5, tous cités par PIEDELIEVRE (R.), *op. cit.*, p. 139-140

[390] LOCRE (J.-G.), Esprit du Code Napoléon, t. XVI, Ed. Clament frères, Garnery, 1808, p. 110, cité par PIEDELIEVRE (R.), *op. cit.*, p. 139

223. – Sous les apparences d'une impossibilité absolue d'étendre aux meubles le régime de l'hypothèque, se cachent en réalité les espèces d'hypothèques mobilières que le législateur a été amené à créer à partir de la fin du XIXe siècle. En effet, en raison de l'avènement de la révolution industrielle entraînant avec elle l'apparition de nouveaux biens susceptibles d'apporter aux débiteurs des crédits, le législateur a du compléter le paysage juridique des sûretés avec des gages sans dépossession ou des hypothèques mobilières expressément consacrées.

Plusieurs exceptions à la règle selon laquelle *« les meubles n'ont pas de suite par hypothèque »* ont ainsi été reconnues : l'hypothèque des navires[391], bateaux[392] et aéronefs[393], le nantissement de fonds de commerce[394], le nantissement d'outillage et de matériel d'équipement[395], le nantissement de films cinématographiques[396], le gage de véhicules automobiles, de tracteurs agricoles, de cycles à moteurs et remorques tractées et semi-remorques assujettis à la déclaration de mise en circulation et à l'immatriculation[397].

La clef d'une sûreté qui inspire confiance réside précisément dans un régime d'immatriculation qui soit suffisamment encadré pour offrir aux créanciers une publicité de la propriété mobilière efficace, c'est-à-dire qui les autorisera à poursuivre le débiteur ou l'acquéreur de bonne foi du bien donné en garantie, sans se voir opposer la règle de l'article 2279 du Code civil[398].

---

[391] Articles 43 et s. de la loi du 3 janvier 1967

[392] Articles 95 et s. du Code du domaine public fluvial

[393] Article L. 122-1 du Code de l'aviation

[394] Le nantissement conventionnel du fonds de commerce est régi par la loi du 17 mars 1909 (art. 22) , le nantissement judiciaire par la loi du 9 juillet 1991 (art. 67 et s.) et le décret du 31 juillet 1992 (art. 250). Le commerçant qui donne son fonds en garantie en conserve la possession et le droit de le vendre. La constitution de la sûreté est soumise à publicité au greffe du tribunal de commerce, ce qui a pour conséquence d'offrir au créancier nanti un droit de suite grâce auquel il peut faire vendre le fonds cédé à un tiers acquéreur.

[395] La loi n° 51-59 du 18 janvier 1951 organisant le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement donné au vendeur ou à celui qui a prêté les fonds pour l'acquisition, prévoit une double publicité : l'une, juridique, par inscription au greffe du tribunal de commerce, et l'autre, matérielle, qui contraint le débiteur à apposer sur les biens nantis, une plaque d'immatriculation qui permet au créancier d'exercer un droit de suite sur le bien immatriculé qui a été aliéné sans autorisation et livré à un acquéreur de bonne foi (art. 7 al. 2).

[396] La publicité d'un film cinématographique donné en garantie s'effectue par inscription au registre tenu par le Centre national de la cinématographie, offrant ainsi un droit de suite au créancier bénéficiaire.

[397] L'article R. 110 et s. du Code de la route impose une publicité qui se rattache à l'inscription administrative du bien à la préfecture, assurant ainsi au créancier un droit de suite efficace.

[398] La publicité des navires, aéronefs et bateaux s'effectue par l'immatriculation. Leur régime a été calqué sur celui de l'hypothèque immobilière, excepté que l'acte constitutif peut être passé sous seing privé.

224. – Particulièrement attaché à ses héritages, le droit français n'est pas enclin à consacrer une sûreté unique fondée sur le modèle de l'hypothèque mobilière, et ce malgré l'engouement doctrinal pour de tels systèmes fondés sur le Security américain[399] ou sur l'hypothèque québécoise[400]. D'ailleurs, nous pensons qu'une telle démarche n'est pas nécessaire car le droit français des sûretés dispose des éléments indispensables à la simplification des sûretés réelles sur biens immatériels. En effet, le régime de l'hypothèque n'est plus le plus satisfaisant. Autrefois qualifiée de reine des sûretés, l'hypothèque a été détrônée par la fiducie, en raison notamment de la protection particulièrement accrue dont bénéficie le créancier lorsque le débiteur est en procédure de redressement ou de liquidation judiciaire.

SECTION 2
LE CHOIX OPERE DE SUPPRIMER LE NANTISSEMENT EN FAVEUR DU GAGE ET DE LA FIDUCIE

225. – Si toutes les dispositions du nantissement tel qu'il est issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 ne sont pas à déplorer, loin de là, force est de constater que son existence même est contestable. La lecture est complexe, les définitions sont imprécises, les régimes des différentes sûretés réelles conventionnelles s'enchevêtrent, et surtout, il fait double emploi avec le gage et la fiducie.

226. – Le régime du nantissement devrait disparaître et se disperser dans le giron de la fiducie et dans celui du gage. Comment ? D'abord par l'application d'une approche fonctionnaliste au sein du droit français des sûretés dans le respect des traditions y compris celle de l'hétérogénéité **(§1)**. Ensuite par la détermination de critères de choix entre l'une ou l'autre sûreté **(§2)**.

---

[399] RIFFARD (J.-F.), Le *Security Interest* ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, th. Clermont-Ferrand, LGDJ, 1997

[400] MARTIAL (N.), Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles, th. Paris V, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007

§1. La méthode suivie : l'introduction d'une approche fonctionnaliste au sein du droit des sûretés français[401]

227. – L'approche fonctionnaliste du droit des sûretés propre aux systèmes de Common Law consiste à mettre l'accent sur la fonction de la sûreté, sur son effet. De par les avantages qu'elle offre, nous pensons qu'une telle approche doit être suivie pour permettre une rénovation efficiente du droit des sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels. Si cette approche se retrouve dans le régime de la fiducie-sûreté consacrée par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 **(A)**, elle est à mettre en place en matière de gage **(B)**.

A. Une approche fonctionnaliste réussie avec l'introduction de la fiducie-sûreté en droit français par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007

228. – Jusqu'à la loi du 19 février 2007, la France était l'un des rares systèmes civiliste à demeurer réfractaire à l'admission de la propriété-sûreté en général, et de la fiducie en particulier, en tant que sûreté. Même si quelques auteurs militaient en faveur de cette reconnaissance en droit français[402], d'autres, plus nombreux, s'y opposaient[403]. Les arguments avancés par ces derniers reposaient sur le *numerus clausus* des sûretés, c'est-à-dire que la liste des sûretés prévue par le législateur est limitative, et sur le caractère occulte de la propriété-sûreté car la dépossession

229. – Désormais, le débat est clos puisque la propriété-sûreté a été reconnue par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, à travers la réserve de propriété qui a été consacrée à l'article 2367 du Code civil.

230. – La seconde étape de la consécration de la propriété-sûreté par le législateur français s'est faite par l'adoption de la fiducie par la loi n° 2007-211 du 19

---

[401] V. EMERICH (Y.), *« La nature juridique des sûretés réelles en droit civil et en common law : une question de tradition juridique ? »* : Revue Thémis 2010, p. 95 s.
[402] CROCQ (P.), Propriété et garantie, th. Paris 2, LGDJ, 1995 ;
[403] V. MESTRE (J.), PUTMAN (E.), et BILLIAU (M.), Traité de droit civil, tome 1 : Droit commun des sûretés réelles, LGDJ, 1996, p. 35

février 2007[404], laquelle a permis d'introduire en droit français une approche fonctionnaliste du droit des sûretés. En effet, concernant à la fois les biens meubles et les immeubles, les biens corporels ou incorporels, avec ou sans dépossession, la fiducie est devenue une sûreté générale. Cependant, contrairement au *Security Interest* américain ou à l'hypothèque mobilière québécoise, elle n'est ni globale, ni unique dans le sens où elle n'accepte pas en son sein les différentes institutions juridiques du droit civil français qui ont une fonction de sûreté. Pourtant, en tant que propriété-sûreté, elle peut s'analyser d'un point de vue fonctionnel[405]. En effet, la fiducie place le créancier bénéficiaire dans une situation très privilégiée par rapport aux autres créanciers, le faisant alors échapper à la loi du concours, car le bien sort du patrimoine du débiteur pour entrer dans celui du créancier.

B. Une approche fonctionnaliste à mettre en place pour le gage

231. – Le gage devrait porter sur tous types de biens dits mobiliers, immatériels ou non, avec ou sans dépossession. Il devrait devenir la sûreté globale en matière de biens mobiliers, effaçant ainsi le nantissement du paysage juridique français.

§2. Les critères déterminants du choix de la sûreté

232. – Adopter une approche fonctionnelle du droit des sûretés sur biens immatériels en supprimant le nantissement au bénéfice de la fiducie et du gage ne suffit pas. Encore faut-il dégager des critères permettant aux parties de choisir la forme de sûreté à plus adaptée à leurs objectifs, à leurs besoins **(A)**, sans pour autant ébranler la sécurité du créancier, laquelle qui doit rester un élément primordial de l'opération de garantie **(B)**.

A. La volonté des parties

233. – La volonté des parties doit être au cœur des sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels. Elle doit être prise en compte pour la

---

[404] Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, publiée au JO du 21 février 2007, p. 3052
[405] EMERICH (Y.), *op. cit.*, p. 121

détermination du choix de la sûreté, laquelle se fondera sur deux critères objectifs. Le premier concerne le but recherché par la convention, c'est-à-dire conférer un droit préférentiel au créancier en garantie d'une obligation, autrement dit une sûreté, mais également les effets souhaités *in fine*, au moment du dénouement de la sûreté, à savoir le transfert ou non de la propriété. Le second critère permettra de guider l'appréciation des effets de la convention, il repose sur la nature du bien immatériel assiette de la sûreté. S'il s'agit d'un bien immatériel financier, il y a une présomption de transfert de propriété, autrement dit la fiducie. En revanche, s'il s'agit d'un bien immatériel industriel, il y a une présomption de gage, étant donné d'une part que le débiteur doit conserver les utilités sur le bien, et d'autre part, que l'attribution dudit bien en pleine propriété au créancier est inappropriée.

B. La sécurité du créancier

234. – La sécurité du créancier doit également être prise en compte. En amont, celle-ci repose sur la cohérence et la lisibilité du droit des sûretés réelles conventionnelles. En aval, la sécurité du créancier repose sur l'efficacité de la sûreté. Cependant, la sécurité du créancier ne doit pas être absolue. La fiducie offre incontestablement un avantage au créancier qui en bénéficie, puisqu'elle lui permet au moment de sa réalisation, d'échapper à la loi du concours. Il y a eu, dès la constitution de la sûreté un transfert de propriété, ce qui permet au créancier d'être *parfaitement* protégé.

CONCLUSION DU CHAPITRE

235. – Si les systèmes de droits étrangers peuvent *a priori* apparaître comme des systèmes séduisants pour une reconstruction du droit français des sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels, force est de constater que tous ces exemples ne peuvent être transposés tel quel. Il serait même utopique d'en proposer une retranscription brute. Les raisons reposent tantôt sur le système de Common Law bien éloigné de notre tradition civiliste, tantôt sur la tradition française d'offrir aux créanciers et aux débiteurs une pluralité de sûretés réelles conventionnelles spécifiques sur biens immatériels. La solution tient, selon nous, dans la suppression du droit du nantissement. Pour ce faire, nous avons choisi d'adopter une approche fonctionnaliste du droit des sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels en respectant à la fois l'esprit de la matière et la dualité de nature des biens immatériels. Ainsi, il nous semble que la fiducie pourrait régir l'affection des biens immatériels financiers en garantie, et le gage celle des biens immatériels industriels. Nous avons en effet choisi d'élire une sûreté unique avec un régime uniforme pour chacune des catégories de biens immatériels, tout en veillant au respect de la volonté des parties et à celui de la sécurité des créanciers.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

236. – Depuis l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, les biens immatériels sont saisis de *lege data* par le droit du nantissement, mais cette appréhension est inopportune. Les raisons sont nombreuses mais reposent essentiellement sur l'apparence trompeuse de la consécration d'une terminologie unique pour désigner les sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels qui ne s'est malheureusement pas accompagnée d'un régime uniforme.

Il est vrai que les biens immatériels, qui peuvent être financiers ou industriels, se caractérisent par leur diversité et leur hétérogénéité ; il est vrai aussi que ces caractéristiques se sont propagées dans le droit des sûretés réelles conventionnelles relatif à ces biens. De plus, les nouvelles dispositions des articles 2355 et suivants du Code civil semblent révéler l'impossibilité qu'il y a à envisager le traitement uniforme de l'affectation des biens immatériels en garantie, le législateur ayant fait le choix, comme s'il s'imposait, du maintien de la pluralité des nantissements.

Pourtant, nous pensons que cet échec du droit nouveau du nantissement à régir les biens immatériels n'est pas irrémédiable. Des solutions existent. Cependant, elles ne résident pas dans les propositions faites par la Commission Grimaldi qui maintenaient la multitude des régimes de nantissements. Nous pensons que ces solutions existent dans notre propre droit français.

237. – De *lege ferenda*, nous proposons, en application d'une approche fonctionnaliste du droit des sûretés inspirée par la tradition de Common Law, que les biens immatériels peuvent être régis par le contrat de gage pour les biens immatériels industriels et la fiducie pour les biens immatériels financiers.

SECONDE PARTIE
DE LEGE FERENDA : L'APPREHENSION DES BIENS IMMATERIELS PAR LA FIDUCIE ET PAR LE GAGE

238. – La valeur financière que représentent les biens immatériels n'est plus à démontrer. Depuis des siècles, ils constituent des pôles d'attraction tant pour le débiteur que pour le créancier. En tant que sources de crédit indéniables, ils doivent être précieusement encadrés.

239. – Or, les règles relatives aux sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels ont été récemment modifiées par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 portant réforme des sûretés, et ont été « regroupées » dans le droit du nantissement. Cependant, elles sont complexes et éparses, la réforme n'ayant pas unifié les régimes de nantissements existants. Elles s'avèrent aussi bien souvent inadaptées à la nature des biens immatériels concernés. L'ordonnance du 23 mars 2006 s'est finalement contentée de consacrer une nouvelle sûreté, le nantissement réservé aux biens dits incorporels.

Pourtant, l'incohérence et l'absence de lisibilité des dispositions relatives aux sûretés sur biens immatériels sont décriées par la doctrine et par la pratique. Les débiteurs concluent des contrats inadaptés à leurs besoins. Les créanciers recherchent par tout moyen la sûreté la plus efficace, celle qui, fondée sur la propriété, leur permettra d'échapper à la loi du concours. Face à ces constats, une réforme du droit des sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels s'impose.

240. – La proposition de réforme repose sur trois objectifs qui ne sont autres que ceux qui ont présidé à l'élaboration de la précédente réforme ayant abouti à l'adoption de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006. Ces objectifs sont la lisibilité, l'efficacité et la préservation de l'équilibre des intérêts en présence.

La lisibilité du droit des sûretés réelles conventionnelles sur biens reposera sur le regroupement de l'ensemble des dispositions relatives à la mise en garantie des biens immatériels au sein d'un système bicéphale adapté à la nature financière ou industrielle du bien en présence.

L'efficacité sera assurée par l'adaptation des règles en vigueur, voire l'adoption de règles nouvelles, plus modernes, plus adaptées aux biens immatériels et aux besoins des parties, de telle sorte que l'accès au crédit soit facilité et dynamisé.

La préservation des équilibres consistera à assurer la sécurité juridique et la protection des intérêts des débiteurs, mais également de ceux des créanciers, souvent oubliés.

241. – C'est en ayant à l'esprit tous ces objectifs que la rénovation du droit des sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels que nous proposons a été élaborée. Elle suppose la suppression du nantissement au profit de la fiducie pour les biens immatériels financiers **(Titre 1)** et du gage pour les biens immatériels industriels **(Titre 2)**.

TITRE 1 – L'appréhension des biens immatériels financiers par la fiducie

TITRE 2 – L'appréhension des biens immatériels industriels par le gage

TITRE 1

L'APPREHENSION DES BIENS IMMATERIELS FINANCIERS PAR LA FIDUCIE

242. – La proposition d'appréhender les sûretés sur biens immatériels financiers par la fiducie résulte d'une analyse des pratiques fiduciaires ayant pour objet de tels biens observées tant sur le territoire national que d'un point de vue comparatiste, laquelle nous a fournis plusieurs critères de choix **(Chapitre 1)**. Cependant, une telle proposition a nécessité que l'on adapte certaines dispositions législatives relatives à la fiducie **(Chapitre 2)**.

243. – Nous sommes conscients de ce que la liberté de choix des parties doit être respectée. Si la fiducie-sûreté nous apparaît comme le régime le plus adapté aux biens immatériels financiers, en raison de leur nature, il faut laisser une marge de liberté contractuelle suffisamment grande aux parties, et au constituant en particulier, de telle sorte que si les contractants n'ont pas souhaité que l'opération s'accompagne d'un transfert de propriété, ils pourront recourir aux règles qui relèvent du droit commun du gage.

CHAPITRE 1

LES CRITERES DE CHOIX

244. – Le juriste doit parfois se contenter d'observer les phénomènes, de les analyser et de les généraliser.

La méthode déductive a été féconde pour notre proposition de réforme car l'observation a révélé que les fiducies ou *trusts* consacrés dans les droits étrangers de Common ou de Civil Law s'appliquent bien souvent – pour ne pas dire toujours – aux biens immatériels financiers. L'observation comparatiste du développement des techniques fiduciaires dans le domaine bancaire **(Section 1)**, complétée par l'observation nationale de ce qu'en droit français existent depuis de nombreuses années des fiducies innommées portant sur des biens immatériels financiers **(Section 2)**, a permis de généraliser la règle, de généraliser l'efficacité combinée de ces techniques avec la nature financière de certains biens. Ainsi, le choix d'élire la fiducie comme sûreté réelle conventionnelle idéale pour la mise en garantie des biens immatériels financiers nous a-t-il convaincus.

SECTION 1

LE DEVELOPPEMENT INTERNATIONAL DE LA FIDUCIE ET DU TRUST DANS LE DOMAINE BANCAIRE

245. – *« De l'intérêt porté aux droits étrangers à l'utilisation du droit comparé comme ingrédient dans "la fabrique du droit"[406], il y a un pas à franchir »*[407].

En ce qui concerne les mécanismes fiduciaires, l'intérêt pour le droit comparé[408] a permis de nourrir les réflexions et d'influencer d'une certaine manière le droit français qui, jusqu'à l'adoption de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 sur la fiducie,

---

[406] LATOUR (B.), La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'Etat, Ed. Poche, 2004

[407] MIALOT (C.), *« L'utilisation du droit comparé par le Conseil d'Etat, un changement dans la fabrique du droit »* : AJDA 2010, p. 1462 s.

[408] V. ANCEL (M.), *« Comment aborder le droit comparé (A propos d'une nouvelle "Introduction au droit comparé") »* : *in* Etudes offertes à RENE RODIERE, Dalloz, 1981, p. 3 ; SZABO (I.), *« La méthode de la comparaison »* : *in* Etudes offertes à RENE RODIERE, Dalloz, 1981, p. 323

apparaissait comme défaillant[409]. Est-ce à dire pour autant que le pas a été franchi et que le droit comparé a servi d'ingrédient à la confection du régime de la fiducie française ? Cela n'est pas certain car les législations des pays de tradition civiliste ont adopté des régimes très divers, bien souvent éloignés de la fiducie consacrée par le législateur français **(§1)**.

246. – En outre, on a assisté à un autre phénomène tout aussi révélateur du dépassement du droit français par les droits étrangers qui concerne le *trust* : alors que le droit français s'interrogeait sur le régime de la fiducie, de nombreux pays déjà dotés d'une fiducie franchissaient une étape supplémentaire, en adoptant ou en reconnaissant dans leur droit interne du *trust*, par la ratification de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 **(§2)**.

§1. La diversité des fiducies consacrées dans les pays de tradition civiliste

247. – Il y a un orchestre symphonique composé de plusieurs instruments, de plusieurs fiducies qui disposent chacune d'une nature propre, qui ne jouent pas ensemble mais qui obéissent à un même solfège. Au sein de la diversité des fiducies consacrées par les législateurs, existe un dénominateur commun, à savoir une détention d'actifs en un patrimoine séparé et affecté à des fins précises, et une division entre la titularité juridique qui appartient au fiduciaire et la titularité économique qui revient au bénéficiaire, sans oublier que dans toutes ces législations, la fiducie s'applique essentiellement au domaine bancaire.

Au sein de ces diverses fiducies il y a celles qui se sont inspirées de la fiducie romano-germanique **(A)** et celle qui a choisi de s'en éloigner pour créer un régime original : la fiducie québécoise **(B)**.

A. Les modèles de fiducies inspirés de la fiducie romaine

248. – Un rapide examen des différents contrats de fiducie utilisés dans les pays qui connaissent ce mécanisme, en Allemagne **(1)**, en Suisse **(2)**, au Luxembourg **(3)** et au

---

[409] SALEILLES (R.), Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand, Ed. Pichon, Paris, 1890 : *« C'est le mérite des études de droit comparé de fournir à cette marche du progrès juridique, les éléments d'observation qui lui sont indispensables »*.

Liban **(4)**, permettront de nous convaincre que la fiducie constitue une sûreté particulièrement adaptée à la mise en garantie des biens immatériels financiers.

1) La fiducie allemande, la *Treuhand*

249. – La reconnaissance de la fiducie – *Treuhand* – en droit allemand remonte à la fin du XIXe siècle. Malgré sa présence dans le paysage juridique allemand depuis plus d'un siècle, et l'importance qu'elle y revêt, le législateur n'a jamais souhaité la codifier de sorte que son régime est essentiellement une création prétorienne **(a)**. L'originalité de son régime repose sur ses applications essentiellement dans le domaine bancaire, mais surtout sur la distinction de deux sortes de fiducies : l'une qui porte sur les biens corporels et l'autre réservée aux biens incorporels **(b)**.

a- Le régime prétorien de la *Treuhand*

250. – En droit allemand, la fiducie est définie comme le contrat par lequel le fiduciaire détient sur la chose transférée un droit patrimonial qu'il exerce dans l'intérêt du constituant. Elle peut être constituée à des fins de gestion – *Verwaltungstreudhand* – ou à des fins de sûreté. Au sein de cette opération, deux actes doivent être distingués : l'acte créateur d'obligations et l'acte translatif de biens.

251. – L'absence de codification a eu pour conséquence qu'il n'existe aucune réglementation générale relative à la fiducie. La jurisprudence et la doctrine ont créées de ce fait des formes diverses de fiducie dont quelques rares bénéficient d'une législation.

252. – La *Treuhand* peut porter sur n'importe quel bien, quelle que soit sa nature. En pratique on constate toutefois que lorsqu'elle est utilisée dans le domaine bancaire, son assiette est généralement constituée par des créances, titres ou valeurs mobilières. Dans tous les cas, le bien doit être déterminé dans l'acte constitutif.

253. – Le fiduciaire est pleinement propriétaire du bien transmis et son droit est opposable à tous. Le constituant ne détient, pour sa part, qu'un droit personnel qui se manifeste à la restitution, *« un droit personnel teinté de réalité, un droit quasi-réel »*[410]. La mission du fiduciaire doit être exercée dans la limite des dispositions contractuelles. En outre, elle doit être exécutée de bonne foi (devoir de fidélité), dans l'intérêt exclusif des bénéficiaires mentionnés au contrat (devoir de loyauté). Pèse aussi sur lui une obligation de restitution.

254. – En comparaison avec la fiducie-gestion, en matière de fiducie-sûreté, cette obligation prend une autre dimension puisqu'en cas de défaillance du débiteur, le fiduciaire peut demander l'attribution des biens en pleine propriété. Autrement dit, le non-paiement de la dette par le constituant de la fiducie a pour conséquence de libérer le fiduciaire de son obligation de restitution.

255. – Par ailleurs, les biens transmis doivent être tenus à l'écart du patrimoine personnel du fiduciaire. Lorsqu'il s'agit de monnaie, par exemple, le fiduciaire doit inscrite la somme sur un compte spécial. Toutefois, il est à noter que cette séparation des biens ne correspond pas à la notion du patrimoine d'affectation traditionnellement afférente à la fiducie. Il s'agit davantage d'une séparation économique que juridique. En ce sens, la *Treuhand* n'entame pas les principes de l'unicité et de l'indivisibilité du patrimoine.

256. – La limitation de durée du contrat fiduciaire résulte implicitement de l'interdiction des engagements personnels pour une durée excessive. Le fiduciaire dispose d'un droit de résiliation qui nécessite un préavis de six mois.

257. – Dans le cadre de mesures d'exécution ou de l'ouverture d'une procédure collective dirigées contre le fiduciaire, la jurisprudence a reconnu au constituant les droits que détient un propriétaire, à savoir le droit de faire tierce-opposition et le droit de revendiquer les biens.

Pour la doctrine, le droit à restitution du constituant est fondé sur le contrat fiduciaire. Pour fonder le droit de revendiquer les biens, la jurisprudence a fait valoir

---

[410] CROCQ (P.), Propriété et garantie, th. Paris II, LGDJ, 1995, p. 151, n° 179

que le patrimoine fiduciaire n'était pas la propriété économique du fiduciaire, les juges distinguant la propriété économique de la propriété juridique des biens remis en fiducie.

258. – A toutes ces règles générales viennent s'ajouter des règles spécifiques à la fiducie utilisée à des fins de garantie. En fonction de la nature du bien transmis, deux sortes de fiducies-sûretés existent en droit allemand : la *Sicherungsübereignung* (biens corporels) et la *Sicherungsabtretung* (biens incorporels).

259. – La *Sicherungsabtretung* ne s'applique qu'aux créances. Il s'agit d'un mécanisme par lequel un débiteur cède à son banquier, en contrepartie d'un concours financier, les créances de sommes d'argent dont il est titulaire. En dehors de toute contrainte formelle, les parties acceptent que le pouvoir d'encaisser les créances cédées et le droit de notifier la cession aux débiteurs du cédant en cas de défaillance de celui-ci soit attribué à la banque, et ce, afin de pouvoir encaisser directement les créances[411]. La facilité et la rapidité de la constitution en raison de l'absence de dépossession et de publicité ont justifié le succès rencontré par cette sûreté qui a détrôné le gage, également présent dans le droit allemand.

260. – Plus précisément, c'est la *Globalzession* qui est la plus utilisée par la pratique bancaire, au détriment de la *Mantelzession*, l'autre fiducie sur biens incorporels. Elle emporte la cession de l'ensemble des créances présentes ou futures dans un formalisme toujours aussi minimaliste. En effet, les documents qui constatent les cessions globales de créances peuvent se contenter d'indiquer la ville ou la région dans laquelle les débiteurs sont domiciliés ou la première lettre de leurs noms[412].

261. – Parmi les droits et les obligations des parties les plus fréquemment mentionnées dans l'acte constitutif, on retrouve l'obligation d'information qui pèse sur le constituant et qui est relative aux événements susceptibles d'affecter les biens transmis et corrélativement, le droit pour le créancier de contrôler l'état de ces biens (en raison de l'absence de dépossession, l'obligation de constituer de nouvelles sûretés si la valeur des biens tombe en-deçà du montant des créances à garantir et réciproquement

---

[411] BLAUROCK (U.), et WITZ (C.), *« Les opérations fiduciaires en droit allemand »* : *in* Les opérations fiduciaires, Colloque de Luxembourg des 20 et 21 septembre 1984, Feduci, LGDJ, 1985, p. 231

[412] BLAUROCK (U.), et WITZ (C.), *op. cit.*, p. 73 et p. 232

l'obligation pour le créancier de réduire la sûreté si celle-ci venait à dépasser le montant de la créance garantie.

262. – Le transfert de biens entre les mains du fiduciaire, qui agit en son nom, empêche les créanciers de faire valoir leurs droits directement auprès du constituant. A titre exceptionnel, lorsque le transfert a pour objet des parts sociales, les §22 et §159 du Code de commerce allemand prévoient que le constituant demeure responsable pendant cinq ans des dettes contractées par la société avant que celle-ci ou ses parts n'aient été transférées en fiducie. Dans tous les cas, le constituant perd tous ses droits réels, au moment du transfert des biens entre les mains du fiduciaire. Il ne dispose d'aucune action directe contre les tiers, ni d'aucun droit de revendication contre le tiers acquéreur d'un bien appartenant au patrimoine fiduciaire, sauf si ce tiers a participé, avec l'aide du fiduciaire, à des agissements contraires aux bonnes mœurs. En vertu du §826 du BGB, le constituant ne dispose que d'un droit à dommages-intérêts.

263. – Lors du dénouement de l'opération fiduciaire, le retour des biens dans le patrimoine du constituant n'a pas lieu de plein droit. Il doit avoir été contractuellement envisagé par les parties. L'opération de restitution obéit, en outre, aux règles relatives au transfert de propriété et à la cession de créances. En cas de défaillance du fiduciant, la réalisation de la sûreté s'effectue par l'encaissement des créances auprès des tiers-débiteurs préalablement informés par la banque cessionnaire. Dans le cas de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant, la loi sur la faillite allemande prévoit que les propriétaires peuvent revendiquer leurs biens et que les créanciers gagistes peuvent obtenir un paiement préférentiel. Les tribunaux allemands ont décidé qu'aucun créancier privilégié ne peut venir primer le créancier gagiste et le bénéficiaire d'un transfert de propriété. En effet, tous les créanciers bénéficiaires d'une sûreté réelle mobilière disposent d'un rang identique et sont prioritaires sur le produit de la réalisation du bien.

b- Les applications de la *Treuhand* dans le domaine bancaire

264. – Sous la plume des auteurs, praticiens et des juges allemands qui ont comblé la pauvreté des dispositions légales relatives aux sûretés réelles mobilières conventionnelles[413], la fiducie est devenue la reine des sûretés, ce qui contraste avec le droit français qui déborde de sûretés jugées plus efficaces les unes par rapport aux autres.

Ainsi sont nées les *Sicherungsübereignungen* (aliénation de biens corporels à titre de garantie) – que nous excluons de notre étude – et les *Sicherungsabtretungen* (cessions de créances à titre de garantie). Contrairement au gage sur créances dont l'article §1280 du BGB prévoit qu'il doit être porté à la connaissance du débiteur de la créance donnée en garantie par le constituant, dans le cadre de la cession de créances, la créance de somme d'argent est cédée par son titulaire au banquier. Les parties conviennent que le cédant conserve le pouvoir d'encaisser les créances cédées et le cessionnaire celui de notifier à tout moment la cession aux débiteurs des créances cédées, afin de pouvoir encaisser directement les créances. Cependant, ce n'est qu'en cas de défaillance du débiteur que le banquier procèdera à cette notification.

Le gage n'est pas totalement exclu des sûretés du domaine bancaire puisque le §19 alinéa 2 du BGB prévoit que toutes les choses dont la banque est en possession et tous les droits dont elle peut disposer servent de gage pour garantir tous les droits actuels et futurs de la banque contre le client. Les inconvénients traditionnellement attachés au gage sont écartés puisque la dépossession du constituant de la sûreté est déjà réalisée par le dépôt effectué par le client entre les mains du banquier. Ainsi, la banque bénéficie d'un gage notamment sur les comptes de son client. Quant à l'information requise par le §1280 du BGB, elle n'a pas lieu d'être étant donné que la banque cumule les qualités de créancier gagiste et de débiteur.

265. – Par ailleurs, en droit allemand, la fiducie-gestion trouve aussi à s'appliquer principalement dans le domaine bancaire. Les banques interviennent en tant que fiduciaire pour surveiller l'affectation de fonds dans le cadre d'opérations

---

[413] Seuls le gage sans dépossession et la réserve de propriété ont été consacrées par le BGB au titre des sûretés mobilières conventionnelles. A la suite de diverses interventions législatives, plusieurs autres sûretés ont été ajoutées mais dans des domaines particulièrement restreints (gage sur les câbles de haute mer, gage sur les avions…).

déterminées. En pratique, un compte est ouvert au nom de la banque sur lequel les fonds sont déposés. Lorsque telle ou telle condition se réalise, la banque procède au déblocage des fonds.

En outre, dans le cadre d'un consortium, les banques ont la possibilité de gérer à titre fiduciaire les sûretés qui ont été transférées à un groupe de banques ayant accordé un crédit important. La banque qui joue le rôle du fiduciaire se fait consentir les sûretés qu'elle détient et gère en son nom mais pour le compte de l'ensemble du consortium.
Hors du domaine bancaire, la fiducie-gestion intervient dans des domaines ponctuels et très variés qu'il est inutile d'énumérer ici.

2) La fiducie suisse

266. – A l'instar de la *Treuhand*, la fiducie suisse a été consacrée par la jurisprudence et malgré quelques rares interventions législatives, son régime continue à être essentiellement l'œuvre des tribunaux **(a)**. Cependant, en Suisse, la fiducie-sûreté n'a pas connu le même succès que la fiducie-sûreté allemande. Comme nous le verrons, les applications de la fiducie dans le domaine bancaire relèvent surtout de la fiducie-gestion **(b)**.

a- La construction essentiellement (mais pas exclusivement) jurisprudentielle du régime de la fiducie helvétique

267. – La fiducie suisse puise ses origines dans la jurisprudence, et résulte plus précisément de l'arrêt rendu par le Tribunal Fédéral le 17 mars 1905[414]. Elle désigne le contrat adjoint à un transfert de propriété par lequel *« le fiduciaire s'engage à n'exercer les droits dont la pleine titularité lui a été transférée, que selon les termes de la convention, soit dans l'intérêt exclusif du fiduciant, soit à des fins de garantie »*[415].

---

[414] Tribunal Fédéral, 17 mars 1905, *Grüging Dutoit c. Kappeler* : ATF 1905 II. 105

[415] GIOVANOLI (M.), *« Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire suisse »* : *in* La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens, Colloque du 29 nov. 1990 : Bull. Joly 1991, n° 4 bis, p. 35, n° 9

268. – Tant sa définition que les conditions de sa constitution ou les modalités de sa mise en œuvre ont été élaborés en dehors de toute codification, sous l'influence et le travail indéfectible de la jurisprudence et de la doctrine.

269. – Par l'arrêt du 17 mars 1905, les juges du Tribunal Fédéral ont procédé à un découpage de l'opération fiduciaire qui serait la réunion de deux actes juridiques distincts, un acte translatif de propriété et une convention fiduciaire (*pactum fiduciae*) établissant les droits et obligations des parties. L'acte doit comporter outre l'indication du but poursuivi par la fiducie – dont va dépendre la qualification juridique de la fiducie[416] – les droits et obligations des parties. Conformément à la théorie du transfert intégral des droits, le constituant cède l'intégralité de son droit de propriété en transférant ses biens au fiduciaire, ce qui a pour conséquence de le déposséder de tout droit réel. Il n'est plus que détenteur d'un droit personnel contre le fiduciaire. En tant que tel, ce dernier doit respecter les obligations qui découlent de la fiducie – sous peine d'engager sa responsabilité contractuelle voire délictuelle (en cas d'abus de confiance par exemple), telles que l'obligation de diligence et de fidélité, de reddition de comptes, de conservation des biens indépendamment de son patrimoine personnel, de restitution au terme du contrat de fiducie.

270. – Cependant, l'une des faiblesses de la fiducie helvétique tient au maintien du sacro-saint principe de l'unicité du patrimoine qui demeure pleinement applicable, ce qui ne remet toutefois pas en cause la qualification de fiducie, l'essentiel de l'opération résidant dans le transfert de propriété.

La première conséquence du régime de la fiducie helvétique est que les biens transmis au fiduciaire intègrent son patrimoine personnel. L'autre conséquence est qu'en cas d'insolvabilité du fiduciaire, les biens transmis en fiducie peuvent être saisis et être concernés par la masse en faillite. Le constituant ne dispose d'aucun recours. Il concourt avec les autres créanciers chirographaires du fiduciaire.

---

[416] La fiducie à des fins de sûreté par exemple est considérée comme un contrat *sui generis* auquel s'appliquent partiellement et par analogie les règles relatives au gage.

271. – La jurisprudence a toutefois aménagé ces dispositions particulièrement strictes. Par un arrêt du 13 juillet 1973, *Feras Anstalt contre Banque Vallugano*[417], le Tribunal fédéral suisse a admis un patrimoine d'affectation séparé à des conditions strictes, pour un certain type de transactions et dans des circonstances précises[418], au point que certains auteurs ont pu dire que *« ces strictes et diverses limitations empêchent à l'évidence de considérer les avoirs fiduciaires, dans le régime général de la fiducie, comme un véritable patrimoine séparé »*[419], de sorte que *« même si elle bénéficie de certaines dérogations, la fiducie reste fondamentalement soumise au principe de l'unité du patrimoine »*[420].

272. – La loi a également prévu des aménagements qui ont permis d'introduire quelques exceptions au principe de l'unité du patrimoine.

D'une part par la Loi fédérale sur les banques qui prévoit, à l'article 37d, qu' *« en cas de liquidation de la banque, les valeurs déposées, au sens de l'article 16, sont distraites de la masse en liquidation au bénéfice du déposant, sous réserve des droits de la banque à l'encontre du déposant »*. Or, l'article 16 énonce que *« la banque peut qualifier de valeurs déposées (…) : les choses mobilières et les titres déposés par les clients ; les choses mobilières, les titres et les créances que la banque gère à titre fiduciaire pour le compte des clients déposants ; les prestations disponibles de la banque à des livraisons à l'encontre de tiers, résultant d'opérations au compte, d'opérations à termes échues, d'opérations de couverture ou d'émissions pour le compte de clients déposants »*. En conférant au fiduciant un droit de distraction fort, la loi a souhaité lui accorder une protection particulière, même si celle-ci se trouve limitée aux cas où la banque a le rôle de fiduciaire.

---

[417] Tribunal fédéral suisse, 13 juillet 1973, *Feras Anstalt contre Banque Vallugano* : ATF 99 II 393, JdT 1974 I 588

[418] Par un arrêt du 13 juillet 1973, le tribunal fédéral suisse a reconnu un droit de distraction au constituant, en se fondant sur les règles applicables au mandat. Cependant, ce droit est très encadré : il ne concerne que les actifs reçus de tiers pour le compte du constituant, à l'exclusion des biens qu'il a initialement transféré au fiduciaire ; il concerne tous les biens à l'exclusion des biens immeubles ; et sa mise en œuvre nécessite une individualisation des biens.

[419] PEYROT (A.), *« La fiducie en droit suisse »* : RLDA 2010, n° 47, p. 94

[420] *Ibid.*

D'autre part, la loi sur les fonds de placement[421] qui organise les rapports entre la direction du fonds de placement et les porteurs de parts de ces fonds qui sont *« devenus l'un des fleurons de la place bancaire helvétique »*[422]. L'article 2 de cette loi définit les fonds de placement comme *« un paiement effectué par l'investisseur suite à une offre publique d'investissement collectif, [lesquels] sont en général administrés par une société de gérance pour le compte des investisseurs selon le principe de répartition des risques »*. La structure est indéniablement fiduciaire puisqu'il a été prévu que *« la direction est propriétaire des biens et titulaire des droits qui constituent le patrimoine du fonds. Elle les acquiert pour le compte et aux frais des investisseurs et les gère dans l'intérêt de ceux-ci (…) »*. Il apparaît, en outre, à la lecture de l'article 6 alinéas 2 et 17 qu'il y a une indépendance du patrimoine de chaque fonds par rapport au patrimoine social de la direction du fonds. De plus, cette autonomie est garantie par les dispositions de l'article 4 alinéa 3 en vertu duquel *« en cas de faillite de la banque ou du négociant en valeurs mobilières, les avoirs et les droits liés au portefeuille collectif interne sont distraits de la masse au bénéfice des investisseurs »*[423].

273. – Toutefois, dans cette opération, à la différence de la fiducie classique, le fiduciaire doit, non pas restituer en nature les biens fiduciés, mais verser une somme représentant la valeur d'inventaire de la quote-part du fiduciant, même si pour cela il doit réaliser une partie de ces investissements.

274. – Toutes ces règles relatives au régime de la fiducie révèlent, au-delà de leur éparpillement, le domaine de prédilection de l'institution helvétique qui a surtout prospéré en matière bancaire.

---

[421] Loi fédérale du 1er juillet 1966, révisée par la loi du 18 mars 1994 sur les fonds de placement (RO 1994, p. 2523) et plus récemment par la loi sur les placements collectifs du 23 juin 2006 (RS 951. 31) dont l'adoption a été motivée par la volonté d'accroître l'attractivité de la place financière suisse et d'adapter les instruments d'investissement, a étendu le champ d'application de la loi sur les fonds de placement à de nouvelles formes de fonds de placement de type corporatif telles que les SICAV (sociétés d'investissement à capital variable), les SICAF (sociétés d'investissement à capital fixe) et les SCPC (sociétés en commandite de placements collectifs).

[422] WITZ (C.), *« La fiducie en Europe : France, Suisse, Luxembourg, Allemagne, Liechtenstein. Analyse des lois existantes et des projets en cours »* : *in* Le trust et la fiducie : implications pratiques, colloque du 9 février 1996 à Bruxelles (Belgique), Ed. Bruylant Bruxelles, 1997, p. 57 et les références citées

[423] V. aussi les dispositions de l'article 16 alinéa 1 de la loi du 1er juillet 1966 préc.

b- Les applications de la fiducie suisse dans le domaine bancaire

275. – Les applications de l'opération fiduciaire dans le domaine bancaire sont nombreuses, nous venons de le voir, mais elles concernent, pour beaucoup, la fiducie-gestion. En effet, outre les fonds de placement et les placements fiduciaires, il existe deux autres formes d'opérations fiduciaires qui ont pour objet la gestion de biens immatériels.

276. – La première, l'activité du Nominee, consiste à permettre la circulation de titres nominatifs de sociétés étrangères en Suisse. En pratique, les titres sont émis au nom d'un *nominee* suisse qui agit comme intermédiaire en faisant circuler les titres eux-mêmes endossés en blanc, soit des certificats au porteur représentatifs de ces titres. Il apparaît comme actionnaire au registre nominatif de la société cotée en bourse – et détient le *legal ownership* – tout en permettant à des investisseurs d'obtenir le bénéfice économique de ces actions sans qu'ils soient eux-mêmes inscrits comme actionnaires – *beneficial ownership*[424].

277. – La seconde, la gestion fiduciaire de fortune, par laquelle le fiduciaire agit sur le fondement d'une procuration spécifique qui lui attribue la propriété juridique des valeurs qu'il administre et dont il dispose en son nom propre mais pour le compte de son client. Le transfert peut concerner un bien unique ou un ensemble de biens, qui sont déposés auprès d'une banque soit au moyen d'un compte individualisé pour chaque fiduciant, soit au moyen d'un compte global (omnibus) qui regroupe les biens de plusieurs clients sur un seul compte bancaire. L'avantage principal de cette opération fiduciaire est d'offrir au fiduciant l'anonymat.

278. – La fiducie-sûreté, en revanche, bien qu'elle n'ait prospéré que pour les créances et titres négociables, n'a pas connu le succès de son homologue allemand, la *Sicherungstreuhand*.

---

[424] Pour plus de détails sur cette activité, V. REYMOND (C.), et REVCLIER (J.), *« Les opérations fiduciaires en droit suisse »* : *in* Les opérations fiduciaires, Colloque du Luxembourg, LGDJ, 1985, pp. 430-435

3) La fiducie luxembourgeoise

279. – Contrairement aux fiducies précédentes, le régime de la fiducie luxembourgeoise a été institué par le législateur en 1983 puis modifié en 2003 **(a)**. Faisant preuve d'une certaine perspicacité, le droit luxembourgeois s'est doté d'une fiducie d'application exclusivement bancaire, ce qui lui a permis d'offrir aux marchés financiers une plateforme idéale pour leurs activités internationales et d'être l'une des dix premières places financières au monde[425] **(b)**.

a- Le régime

280. – Au Luxembourg, la fiducie a été introduite par le règlement Grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit, dit « le Règlement », qui en a fait un contrat nommé. La Commission pour l'amélioration de l'infrastructure législative de la place financière du Luxembourg qui a élaboré ce règlement avait prévu de réserver le contrat de fiducie aux seules banques et institutions financières, seules autorisées à agir en tant que fiduciaires. En dehors du cadre légal du règlement, la conclusion de fiducies obéissant à des régimes différents était permise mais ces contrats étaient presque systématiquement requalifiés en mandat.

281. – Le dessein expressément avoué du Règlement était d'offrir aux établissements financiers des services de type fiduciaires à offrir aux clients, dans des conditions plus adaptées qu'en passant par le mandat ou par la commission. Les praticiens qui avaient recours aux techniques contractuelles fiduciaires avaient besoin d'une sécurité juridique que le Règlement leur a offert. Sur ces différents points, l'exposé des motifs du Règlement précise d'une part que les principes du droit luxembourgeois en matière de propriété et notamment le refus d'un démembrement *sui generis* du droit de propriété s'opposent à la transmission pure et simple du *trust* anglo-saxon dans le droit luxembourgeois ; d'autre part que les opérations fiduciaires en matière de gestion du patrimoine comportent trop d'incertitudes ; de troisième part, qu'il s'agit de reconnaître la spécificité et la licéité des contrats fiduciaires et de

---

[425] V. THIEL (L.), *« L'économie luxembourgeoise – La place financière du Luxembourg »*, disponible sur Internet

conférer certains effets juridiques particuliers pour éviter les inconvénients qu'entraîneraient les contrats classiques (et notamment les contrats de mandat et de commission que nous avons évoqué).

282. – Texte minimaliste comportant à peine cinq articles, le Règlement a été, à bien des égards, un texte exemplaire, ne serait-ce qu'en raison de l'absence de contentieux relativement à son application mais aussi du succès qu'il a rencontré et de l'influence qu'il a exercé sur d'autres législations.

283. – L'article 2 définissait le contrat de fiducie comme le *« contrat par lequel une personne, le fiduciant, convient avec un établissement de crédit, le fiduciaire, que le fiduciaire sera rendu titulaire de droits patrimoniaux, l'actif fiduciaire, mais que l'exercice de ces droits patrimoniaux sera limité par des obligations, le passif fiduciaire, déterminées par le contrat fiduciaire »*.

284. – Le législateur luxembourgeois avait choisi de faire naître le contrat de fiducie d'un accord de volonté, contrairement au *trust* pour la constitution duquel un acte unilatéral suffit. Par ailleurs, il a choisi d'adopter une conception large de la fiducie en ce qu'aucune condition de forme n'a été imposée ni aucune limitation posée quant aux biens susceptibles d'être remis en fiducie. Concernant les droits du fiduciaire, l'article 2 de l'exposé des motifs du Règlement avait précisé que *« le présent projet n'entend pas mettre en cause […] la structure du droit de propriété. Le contrat consiste à céder la propriété d'un bien à un fiduciaire, à charge pour celui-ci d'exercer les prérogatives attachées au bien conformément aux indications du cédant et généralement de le retransférer ultérieurement. Le fait que le titulaire soit rendu « titulaire » signifie qu'ils entrent dans son patrimoine et qu'il en acquiert seul la pleine propriété. Sa particularité consiste dans la limitation des droits du fiduciaire non pas dans leur nature mais dans leur exercice. Les obligations pensant sur le fiduciaire sont des obligations personnelles. Elles ne sauraient conférer au fiduciaire des droits réels mais uniquement des droits de créance »*.

285. – Cependant, de nombreux reproches peuvent lui être adressés.

286. – Le législateur luxembourgeois a souhaité faire de l'établissement de crédit le propriétaire des avoirs fiduciaires qui lui ont été transmis par le fiduciant. Il en résulte qu'il n'y a pas de démembrement de propriété puisque les biens fiduciés appartiennent pleinement à l'établissement de crédit. L'exercice de ces droits patrimoniaux a toutefois été limité par des obligations qui n'ont pas été mentionnées par le Règlement, celui-ci se contentant de renvoyer aux règles relatives au mandat. Il en résulte que les obligations du fiduciaire sont déterminées par le contrat de fiduciaire, ou à défaut, par renvoi à celles d'un mandataire. Pèse sur le fiduciaire une obligation de loyauté et de reddition de comptes.

Néanmoins, l'article 3 du Règlement indiquait qu' *« à l'échéance du contrat fiduciaire, le fiduciaire bénéficie d'un droit de privilège et d'un droit de rétention sur tous les éléments de l'actif fiduciaire jusqu'à paiement de tout ce qui lui est dû par le fiduciant en exécution du contrat fiduciaire »*, ce qui a été qualifié par certains membres de la doctrine de *« véritable hérésie, un propriétaire ne pouvant être créancier sur son propre patrimoine »*[426], par d'autres comme une *« disposition dénuée de sens »*, *« une aberration »*, *« une erreur de droit »*[427]. La reconnaissance d'un droit de rétention ou d'un privilège sur la chose au profit d'une personne qui est considérée comme propriétaire peut dès lors paraître tautologique.

287. – Outre cette disposition très discutable, le texte a fait l'impasse sur le sort des tiers bénéficiaires et sur la situation des créanciers du fiduciant.

Des modifications étaient non seulement nécessaires mais attendues par la majorité de la doctrine, dont les vœux devaient se réaliser le 16 novembre 2000, lorsque le gouvernement luxembourgeois a décidé de déposer, auprès de la Chambre des députés, un projet de loi portant sur une nouvelle réglementation des contrats fiduciaires. Le projet est devenu une loi du 27 juillet 2003.

288. – Divisée en trois titres dont le premier se rapporte à l'approbation par le Luxembourg de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985, que nous étudierons plus loin, le second aux contrats fiduciaires qui modifie le Règlement de 1983, et le troisième relatif à des dispositions complémentaires fiscales et abrogatoires.

---

[426] DECHEIX (P.), *« Le IIIe colloque de Luxembourg »* : Revue juridique et politique 1990, p. 129

[427] LUCAS (F.-X.), Les transferts temporaires de valeurs mobilières, th. Nantes, LGDJ, 1997, p. 297, n° 577

289. – L'article 4 de la loi du 27 juillet 2003 a élargi le champ d'application des contrats fiduciaires et notamment la liste des professionnels qui peuvent exercer en tant que fiduciaires.

Le Règlement du 19 juillet 1983 limitait cette qualité aux seuls établissements de crédit.

Désormais, le fiduciaire peut être *« un établissement de crédit, une entreprise d'investissement, une société d'investissement à capital variable ou fixe, une société de titrisation, une société de gestion de fonds commun de placement ou de fonds de titrisation, un fonds de pension, une entreprise d'assurance ou de réassurance ou un organisme national ou international à caractère public opérant dans le secteur financier »*.

290. – La fiducie luxembourgeoise est indéniablement une fiducie bancaire spéciale destinée aux opérateurs financiers.

291. – La nouvelle définition du contrat de fiducie, à l'article 5 de la loi, a mentionné expressément que le fiduciaire est le propriétaire des biens constituant le patrimoine fiduciaire. En supprimant la référence à un droit de privilège et à un droit de rétention dont serait titulaire le fiduciaire, la loi a mis fin aux critiques doctrinales et aux doutes quant à la nature des droits conférés au fiduciaire.

b- Les applications de la fiducie luxembourgeoise dans le domaine bancaire

292. – La fiducie luxembourgeoise est exclusivement une fiducie bancaire ou financière.

293. – En témoigne la qualité de fiduciaire, reconnue aux établissements de crédit et autres sociétés opérant dans le secteur financier dont la liste a été limitativement énumérée à l'article 4 de la loi. Le législateur a, par ailleurs, exclu une nouvelle fois les avocats et experts comptables qui, lors des travaux antérieurs à l'adoption du Règlement du 19 juillet 1983, avaient déjà demandé que leurs professions soient mises sur un pied d'égalité avec les établissements financiers, pour qu'ils puissent, eux-aussi, devenir fiduciaires.

294. – En témoigne aussi l'alinéa 1er de l'article 8 de la loi qui lève le doute sur l'utilisation de la fiducie à titre de garantie et dispose que *« le contrat fiduciaire peut être conclu pour garantir des créances nées ou à naître »*. Elle présente sur les autres sûretés des avantages certains, tels que l'absence de dépossession, de signification par huissier, de mode de réalisation complexe.

295. – Cependant, la fiducie luxembourgeoise ne se limite pas à la fiducie-sûreté. Toutes les applications concevables de la fiducie entrent dans le cadre de la loi du 27 juillet 2003, y compris la fiducie-libéralité et la fiducie-gestion, utile pour réaliser, entre autres, des opérations de portage par lesquelles le fiduciaire souscrit des titres pour le compte d'un fiduciant donneur d'ordre.

4) La fiducie libanaise

296. – Fort des fiducies consacrées par les différents pays de tradition civiliste[428], le droit libanais s'est doté, à l'instar du droit luxembourgeois, d'une fiducie dont le régime est issu d'une loi courte englobant vingt articles **(a)** et dont l'application est exclusivement bancaire **(b)**.

a- Le régime

297. – Par la loi n° 520 du 6 juin 1996 relative au développement du marché financier et des contrats fiduciaires[429], le législateur libanais a introduit une fiducie bancaire, c'est-à-dire une fiducie dont le fiduciaire est nécessairement une banque ou une institution financière.

298. – L'article 3 de la loi définit le contrat fiduciaire comme l' *« acte par lequel une personne physique ou morale, appelée le fiduciant, confie à une personne appelée le fiduciaire, le droit de gérer et de disposer pour une durée déterminée de droits ou de*

---

[428] V. EL-DAYE (A. B.), La fiducie en droit privé libanais, Presses Universitaires de Strasbourg, 2008

[429] Loi n° 520 du 6 juin 1996 relative au développement du marché financier et des contrats fiduciaires, publiée au JO n° 24/96

valeurs mobilières[430] *lui revenant, dénommés les avoirs fiduciaires »*, et doit obéir à des conditions de forme très précises, énumérées à l'article 14.

299. – La conception large de la fiducie retenue par le législateur libanais se rapproche de celle que le législateur luxembourgeois a consacrée[431] dans le sens où l'origine des biens importe peu, le contrat n'est pas réservé aux seuls biens transférés par le constituant au fiduciaire, comme pour la fiducie française.

300. – Autre ressemblance avec le droit français, le législateur libanais n'a pas défini le patrimoine fiduciaire. Se fondant sur l'article 268 du Code des obligations et des contrats libanais, la doctrine a pu conclure que le patrimoine constitue une universalité juridique indivisible, que c'est *« la théorie personnaliste [qui] a été adoptée avec toutes ses conséquences juridiques, notamment : l'unité du patrimoine, l'inaliénabilité du patrimoine, l'indivisibilité du patrimoine, l'interdiction de la constitution d'une société unipersonnelle »*[432].

301. – Pourtant, l'article 7 de la loi sur la fiducie dispose que *« 1- les avoirs fiduciaires constituent une masse distincte au sein des engagements financiers du fiduciaire et figurent hors bilan ; 2- le fiduciaire est tenu de comptabiliser chaque avoir fiduciaire de manière distincte de tout autre compte ou de tout autre avoir fiduciaire »*. Certains auteurs ont déduit de cette disposition que la fiducie constituait une exception à la théorie personnaliste du patrimoine. Le patrimoine fiduciaire est un patrimoine d'affectation, séparé du patrimoine personnel du fiduciaire. Par voie de conséquence, le patrimoine est imperméable à la faillite du fiduciaire, du constituant et du bénéficiaire. L'article 9 de la loi du 6 juin 1996 précise que *« les avoirs fiduciaires ne peuvent faire l'objet de saisie de la part des créanciers du fiduciaire de même qu'ils ne peuvent être l'objet d'aucun droit de recours relatif à des obligations qui ne leur sont pas liés directement »*. La technique fiduciaire s'en trouve ainsi respectée en ce que cette disposition confirme la supériorité indéniable que procure la fiducie sur d'autres

---

[430] Certaines traductions mentionnent le terme de *« biens mobiliers »*.

[431] L'article 2 du Règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 ne précise pas les hypothèses dans lesquelles le fiduciaire peut être rendu titulaire des droits patrimoniaux qu'il détient sur l'actif fiduciaire.

[432] MANSOUR (S.), et KARKABI (M.), *« Droit civil : les biens et les droits réels principaux »*, 1997, p. 63, cité par EL-DAYE (A. B.), La fiducie en droit privé libanais, Presses universitaires de Strasbourg, 2008, p. 156, note 332

techniques contractuelles à des fins de gestion ou à des fins de garantie. Seuls les créanciers dont les créances sont directement liées à la gestion ou à la conservation des avoirs fiduciaires disposent d'un droit de gage sur ces mêmes avoirs.

302. – En outre, le patrimoine fiduciaire ne dispose pas d'une personnalité propre, il a à sa tête une personne physique qui peut être propriétaire de plusieurs actifs fiduciaires[433]. Cependant, cette titularité n'est pas absolue. Il existe de nombreuses obligations qui pèsent sur le fiduciaire[434]. De son côté, le constituant n'a plus aucun droit réel sur les biens transmis en fiducie, il n'a plus qu'un droit personnel, un droit de créance, en exécution du contrat. Contrairement au *trust* anglo-américain, ce droit personnel ne s'accompagne pas d'un droit de suite. Le droit commun des obligations prévoit toutefois pour le constituant, et le bénéficiaire, le droit de demander devant les autorités judiciaires l'exécution forcée du contrat ou sa résolution pour inexécution.

303. – La fiducie libanaise est source de nombreux avantages pour le fiduciaire.

D'une part, sa situation lui permet d'éviter de subir la règle de suspension individuelle des poursuites en cas de défaillance du débiteur, contrairement au créancier gagiste.

D'autre part, en tant que créancier, il peut procéder à la vente des biens à l'amiable ou s'attribuer la titularité des biens fiduciés sans être primé par d'autres créanciers. En comparaison, le créancier gagiste doit demander judiciairement la vente aux enchères des biens avec le risque de subir le concours des créanciers chirographaires, ou l'attribution des biens. La saisine peut s'avérer à la fois longue et coûteuse.

b- Les applications de la fiducie libanaise dans le domaine bancaire

304. – Comme en droit luxembourgeois, la fiducie libanaise est une fiducie bancaire.

---

[433] Les articles 6, 7, 9, 10 et 11 militent en ce sens d'un patrimoine fiduciaire sur lequel le fiduciaire détient la titularité juridique.

[434] Articles 4, 6, 7 et 8 de la loi

A ce titre, la fiducie-gestion a prospéré dans la gestion collective de valeurs mobilières, dans la titrisation, et autres placements fiduciaires et gestion individuelle de portefeuille.

Quant à la fiducie-sûreté, elle a été expressément envisagée par l'article 5 de la loi du 6 juin 1996 qui dispose que *« 1- les avoirs fiduciaires peuvent être constitués pour le compte d'une tierce personne, appelée le bénéficiaire, avec ou sans contrepartie en guise de propriété ou de gage ; 3- le fiduciaire peut être lui-même le bénéficiaire quand les avoirs fiduciaires lui sont affectés en garantie »*. Combinée avec l'article 2, il ressort que seules les banques et institutions financières peuvent avoir la qualité de fiduciaire. En outre, l'article 3 limite la nature des avoirs aux droits et valeurs mobilières.

305. – A la lecture de toutes ces dispositions, il apparaît que les biens immatériels financiers constituent *« le support privilégié de la fiducie-sûreté en droit libanais »*[435].

La fiducie-sûreté peut porter sur des valeurs mobilières. Dans ce cas, contrairement au créancier gagiste, le fiduciaire pourra librement exercer le droit de vote aux assemblées générales des actionnaires. La fiducie-sûreté peut aussi porter sur des créances de sommes d'argent que ce soit à personne dénommée ou des effets de commerce.

B. L'originalité du modèle de fiducie consacré au Québec

306. – Pour des raisons historiques, le Québec a été fortement influencé par le droit français et est considéré de ce fait comme un pays de tradition civiliste. Cependant, en matière de fiducie, non seulement le législateur québécois a marqué la distance avec les mécanismes fiduciaires continentaux mais aussi avec le *trust* anglo-américain.

307. – La fiducie appartient à l'ordre juridique québécois depuis la fin du XIXe siècle. Les dispositions contenues dans l'*Acte concernant la fiducie* de 1879 ont été codifiées en 1888 dans le Code civil du Bas Canada, aux articles 981 et suivants. Elles étaient limitées à la fiducie-libéralités. A l'occasion de l'élaboration du Nouveau Code

---

[435] WITZ (C.), La fiducie en droit privé français, Economica, 1981, p. 177, n° 191

civil du Québec, entré en vigueur le 1er janvier 1994, le législateur a décidé d'élargir le domaine de la fiducie dans un souci de la rendre plus compétitive face au *trust* anglo-américain.

308. – Désormais insérée dans le Livre Quatrième relatif aux biens, dans le Titre Sixième *De certains patrimoines d'affectation*, la fiducie est définie par l'article 1260 du Code civil québécois comme *« l'acte par lequel une personne, le constituant, transfère de son patrimoine à un autre patrimoine qu'il constitue, des biens qu'il affecte à une fin particulière et qu'un fiduciaire s'oblige, par le fait de son acceptation, à détenir et à administrer »*.

309. – Le régime choisi se distingue de celui du *trust* en ce sens que la fiducie québécoise est fondée sur un contrat bilatéral nécessitant l'accord des volontés. Elle semble toutefois s'en rapprocher en ce que le patrimoine fiduciaire constitue un patrimoine distinct et autonome, qu'il n'est pas, contrairement à la fiducie classique, liée à la personne du constituant ou à celle du fiduciaire. Il n'en est pourtant rien. Le législateur québécois a choisi une solution tout à fait originale, celle d'un patrimoine d'affectation *res nullius*, sans maître.

Autrement dit, le patrimoine fiduciaire n'est ni rattaché à une personne physique ni constitutif d'une personne morale.

310. – L'article 1261 du Code civil québécois dispose que *« le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel »*. Le patrimoine fiduciaire consacré par le législateur québécois n'est ni rattaché à une personne physique ni constitutif d'une personne morale. La volonté était d'offrir aux acteurs économiques un outil se rapprochant du *trust* mais dont les caractéristiques ne viendraient pas heurter les principes fondamentaux du droit civil. Pourtant, le législateur québécois a choisi de passer *« d'un système où la propriété est fondée sur la théorie classique d'Aubry et Rau, à un régime où l'affectation d'une masse biens suffit à expliquer la propriété »*[436]. Sur cette masse de biens, nul n'exerce de droits.

---

[436] BEAULNE (J.), Droit des fiducies, Collection Bleue, 1998, p. 92, p. 149

Le détachement par rapport au Code civil français est grand car *« les rapports juridiques en cause [ont été] conçus comme des pouvoirs et devoirs en ce qui concerne le fiduciaires et des intérêts juridiquement protégés pour les bénéficiaire et même pour le constituant »*[437]. Une telle autonomie de la notion de pouvoir n'existe pas en droit français.

311. – La conception que retient le législateur québécois se fonde sur la distinction entre le pouvoir juridique[438] et le droit subjectif[439]. En effet, l'article 1278 du Code civil québécois dispose que *« le fiduciaire a la maîtrise et l'administration exclusive du patrimoine fiduciaire et les titres relatifs aux biens qui le composent sont établis à son nom ; il exerce tous les droits afférents au patrimoine et peut prendre toute mesure propre à en assurer l'affectation. Il agit à titre d'administrateur du bien d'autrui chargé de la pleine administration »*. Le fiduciaire n'a aucun droit réel sur les biens qui lui ont été transmis en vertu de la fiducie. Cependant, il se comporte comme s'il était propriétaire puisqu'il détient à la fois le pouvoir de conservation (ce qui inclut aussi la fructification du patrimoine fiduciaire) et celui de libre disposition du bien, et peut dès lors conclure tous les actes nécessaires à la gestion des biens fiduciés et exercer les droits qui leur sont attachés.

312. – Les risques d'abus de tels pouvoirs d'administration ont été envisagés par le législateur qui a mis en place des mesures de surveillance et de contrôle de l'administration des biens fiduciés, exercées par le constituant ou ses héritiers, et par bénéficiaire[440]. Parmi les prérogatives qui leur sont reconnues, l'article 1290 du Code civil québécois prévoit qu'ils peuvent agir contre le fiduciaire pour le contraindre à exécuter ses obligations ou à faire un acte nécessaire à la fiducie, pour lui enjoindre de

---

[437] BRIERLEY (J.), *« Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec »* : RIDC 1995, p. 46, n° 18

[438] Dans sa thèse, Monsieur GAILLARD définit le pouvoir juridique comme *« la prérogative qui permet à son titulaire d'exprimer un intérêt au moins partiellement distinct du sien par l'émission d'actes juridiques unilatéraux contraignants pour autrui »* (GAILLARD (E.), Le pouvoir en droit privé, Economica, 1985, p. 232

[439] Mme CANTIN CUMYN propose de définir le droit subjectif comme *« la prérogative juridique reconnue à son titulaire dans son intérêt propre »* : *« La fiducie au Québec, un modèle imitable ? »*, *in* Trust & fiducie : concurrents ou compléments, Actes du colloque tenu à Paris, les 13-14 juin 2007, Ed. Academy & Finance S, Genève, 2008)

[440] Articles 1287 à 1292 du Code civil québécois

s'abstenir de tout acte dommageable à la fiducie ou pour obtenir sa destitution[441] ; attaquer les actes faits par le fiduciaire en fraude du patrimoine fiduciaire ou des droits du bénéficiaire[442] ; agir en justice à la place du fiduciaire, lorsque celui-ci, sans motif suffisant, refuse d'agir, néglige de le faire ou en est empêché, après autorisation du tribunal.

313. – Trois sortes de fiducies ont été distinguées par le législateur québécois en fonction de leur fin : la fiducie personnelle, constituée à titre gratuit, qui vise à procurer un avantage à un bénéficiaire (article 1267 du Code civil québécois), la fiducie d'utilité sociale qui a pour but l'intérêt général (article 1270 du Code civil québécois) et la fiducie d'intérêt privé qui peut être conclue à titre gratuit dont le but est désintéressé ou à titre onéreux. L'article 1269 du Code civil québécois dispose que la fiducie d'intérêt privé à titre onéreux est constituée *« dans le but, notamment, de permettre la réalisation d'un profit au moyen de placements ou d'investissements, de pourvoir à une retraite ou de procurer un autre avantage au constituant ou aux personnes qu'il désigne, aux membres d'une société ou d'une association, à des salariés ou à des porteurs de titres »*. Pour ce type particulier de fiducie, aucune limite de durée n'a été prévue – l'article 1273 du Code civil québécois précisant expressément qu'il peut être perpétuel, ni aucune condition de forme.

314. – La fiducie prend fin par la renonciation ou la caducité du droit de tous les bénéficiaires, par l'arrivée du terme ou l'avènement de la condition, par l'atteinte du but de la fiducie ou par l'impossibilité, constatée par le tribunal, de l'atteindre[443]. L'article 1297 du Code civil québécois précise qu'au terme de la fiducie, le fiduciaire a l'obligation de remettre les biens au bénéficiaire, ou à défaut au constituant ou à ses héritiers.

---

[441] Article 1290 alinéa 1er du Code civil québécois
[442] Article 1290 alinéa 2 du Code civil québécois
[443] Article 1296 du Code civil québécois

§2. Le *trust* anglo-américain et son retentissement dans les pays de tradition civiliste

315. – Même si l'on est en présence d'un système juridique différent, il faut admettre que son régime a servi de modèle d'inspiration. L'efficacité de ses dispositions ont intéressé bon nombre de pays.

Présent depuis des siècles dans les Etats de Common Law, le *trust* fascine. Il fascine par sa stabilité en raison de sa présence dans le droit anglo-américain depuis des siècles. Il fascine aussi par la très grande variété de ses applications. Il fascine surtout, depuis ses dernières années, par son adaptabilité à régir toutes sortes d'opérations financières telles que celles relevant de la finance islamique. En pratique, la fascination s'est traduite d'une part par l'adoption de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 et d'autre part par la ratification de cette Convention par des pays de tradition civiliste souvent enclins à augmenter l'attractivité de leur législation interne. Le modèle originel et original du *trust* longtemps exclusif des pays de Common Law **(A)** a été reconnu par de nombreux droits internes **(B)**.

A. Le modèle originel : le *trust* anglo-américain

316. – Le mécanisme du *trust* est original. Son régime se distingue de celui des fiducies précédemment décrites **(1)**, mais ses applications dans le domaine bancaire sont tout aussi variées **(2)**.

1) Le régime du *trust*

317. – Contrairement à la fiducie, le *trust* n'a jamais véritablement disparu du paysage juridique anglo-américain. Apparu au Moyen-Age en Angleterre, sous le nom de *use*, il permettait au chevalier (*settlor* ou constituant) qui partait en croisade, de confier ses terres à une personne de confiance (*feofee to uses* ou fiduciaire) pour qu'elle en assure la gestion et en détienne la possession au profit de sa famille (*cestui que use* ou bénéficiaire). Le *settlor* pouvait également faire gérer ses terres pour son propre compte. Par ce mécanisme, le *settlor* était dépossédé de ses terres au profit du *feofee to uses* qui en devenait propriétaire – les terres étaient inscrites à son nom. Cependant, perçu comme un moyen de frauder au paiement de certains impôts, le roi Henri VIII a

décidé par le *Statute of uses* de 1535 d'abolir les uses. Mais les juristes anglais ont très vite trouvé le moyen de contourner cette disposition en substituant le *trust* au *use*. Le *cestui que use* est devenu le *cestui que trust* et le *feofee to use*, le *trustee*.

318. – A partir de cette époque, l'utilisation du *trust* s'est considérablement étendue. Peu de domaines ont échappé à l'institution. Pourtant, la particularité des droits qu'elle consacre a entravé son incorporation dans les pays de tradition civiliste.

En effet, le *trust* opère un démembrement de propriété entre d'une part le *trustee* qui détient le *« legal interest »* – le pouvoir d'administration – et le bénéficiaire qui détient l' *« equitable interest »* – le pouvoir de jouissance. Ces droits sont opposables à tous, excepté ceux du bénéficiaire à l'acquéreur de bonne foi d'un bien remis en trust. Dans cette hypothèse, ses droits sont reportés sur le produit de la vente.

319. – Toutefois, pour le *trustee*, il est davantage question de pouvoirs et devoirs que de droits. Contraint d'agir en bon père de famille, il doit administrer et contrôler les biens remis en *trust* (veiller à la conservation des biens ou procéder à l'investissement des biens), informer le bénéficiaire de ses décisions. Le *Trustee Act* de 1925 énumère la liste de certains pouvoirs reconnus au *trustee* tels que celui de voter aux assemblées lorsque les biens détenus sont constitués d'actions, celui de déposer des sommes d'argent sur un compte bancaire, celui d'assurer les biens. Les pouvoirs du *trustee* vont varier selon la nature du bien qui lui a été confié. Cependant, si le *trustee* est investi par la *Common Law* de pouvoirs de gestion et de disposition sur les biens qu'il détient en vertu du *trust*, il est aussi tenu, par l'*Equity* – censée corriger les injustices nées de l'application stricte de la *Common Law*[444] – de les exercer dans l'intérêt du ou des bénéficiaires – qui doit primer sur ses intérêts personnels, sous peine d'engager sa responsabilité (il peut être rendu coupable de *« breach of trust »*, notion qui n'est pas nécessairement synonyme de faute).

320. – En effet, le bénéficiaire dispose d'une action personnelle contre le *trustee* en exécution du *trust* et/ou en dommages et intérêts. Au sein du *trust* le bénéficiaire

[444] GAILLARD (E.), *« Les enseignements de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance »* : *in* La fiducie ou du trust dans les droits occidentaux francophones, IIIe Colloque de Luxembourg, 10-12 mai 1989 : RJP 1990, p. 304

occupe une place importante, laquelle se manifeste aussi bien dans le rang privilégié qui lui est réservé en cas de faillite du *trustee* que dans le droit de suite renforcé par une action en revendication qui lui est reconnu sur les biens *trustés*, ou encore dans la possibilité qu'il a de contraindre le *trustee* à mettre un terme au *trust* sans attendre l'échéance prévue par l'acte constitutif.

321. – L'acte constitutif précisément doit, pour être valable, être établi par écrit si le *trust* est entre vifs et porte sur des biens mobiliers ou s'il est issu d'un testament et exprimer l'intention du settlor et mentionner le nom du *trustee*. Le *trust* ne naît pas de la rencontre de la volonté des parties car il ne s'agit pas d'un contrat, mais d'une déclaration unilatérale du constituant qui suffit à conférer au *trust* ses effets. Concernant la qualité du constituant, il peut s'agir d'une personne morale ou d'une personne physique, à l'exception toutefois des *trusts* express privés pour lesquels le constituant ne peut être qu'une personne physique.

Lorsque le *trust* prend fin s'ouvre la période de liquidation qui s'achève par la répartition finale aux bénéficiaires du capital du *trust* ou par le retour de celui-ci au patrimoine du *trustee* ou à celui de ses héritiers.

2) Les applications du *trust* dans le domaine bancaire

322. – Dans le domaine bancaire, le mécanisme anglo-américain s'est surtout illustré à travers les *investment trusts*, relatifs à des valeurs mobilières **(a)**, et par son application aux produits financiers issus de la finance islamique, tels les *sukuk* **(b)**.

a- Les *investment trusts*

323. – Recevant des applications très diverses, *« le trust est autant illimité que peut l'être l'imagination des juristes »*[445]. Face à cette variété d'applications, plusieurs classifications ont été proposées dont la plus répandue est celle qui distingue les *trusts* exprès (*express trusts*), trusts légaux (*statuory trusts*) et trusts judiciaires (*resulting or constructive trusts*). A cette variété de *trusts*, s'ajoute une variété d'objets. En effet, le

[445] SCOTT (A. W.), The law of trust, Boston, 1967, 3e éd., p. 13

trust peut porter sur n'importe quel bien, et notamment des biens immatériels financiers, tels des créances ou des instruments financiers.

324. – Précisément, les *investment trusts*, qui désignent une opération de substitution de valeurs mobilières par laquelle un portefeuille sélectionné de valeurs mobilières va être constitué grâce aux capitaux apportés par les participants au fonds et en contrepartie desquels des certificats de participation vont être émis[446]. En pratique, le constituant (le plus souvent une société de bourse) va créer un portefeuille de valeurs mobilières qu'elle va transmettre à un *trustee* (une banque ou une compagnie d'assurance), tout en conservant *the equitable interest* des titres. Des certificats négociables (*trust certificates*) vont être cédés au public, chacun représentant une part de l'equitable interest, et ces acquéreurs seront considérés comme les bénéficiaires du *trust*. La cession par le constituant de son *equitable interest*, ne l'empêche pas de conserver un rôle majeur dans la gestion du *trust* puisque c'est lui qui définit la politique d'investissement et procède à de nouvelles émissions de certificats à destination du public. Cependant, seul le *trustee* a des droits sur le portefeuille de titres et vote aux assemblées générales. Il exerce toutes les prérogatives attachées aux valeurs mobilières dans l'intérêt des bénéficiaires.

b- La finance islamique

325. – Affirmer ou rappeler que depuis plusieurs années, la finance islamique connaît un essor considérable à travers le monde et a tendance à être considérée à juste titre – ne serait-ce qu'en raison du taux de croissance à deux chiffres – comme une alternative pertinente à la finance dite conventionnelle, est un poncif. Autrefois concentrée dans le Golfe persique et dans l'Asie du sud-est, elle suscite un intérêt de plus en plus croissant et vigoureux dans les pays occidentaux. Pour preuve, les mesures législatives adoptées au Liban, parmi lesquelles la loi n° 520/96 du 6 juin 1996 sur les contrats fiduciaires et la loi n° 530 du 6 juin 2002 sur la titrisation, offrant aux musulmans des services bancaires qui ne heurtent pas les principes de la *sharia* islamique et notamment celui du *riba.* Pour preuve encore les initiatives anglaises.

---

[446] VAN GERVEN (W.), *« La forme juridique des investment trusts en Belgique, en France et aux Pays-Bas »* : RIDC 1960, p. 527 ; V. aussi LUCAS (F.-X.), Les transferts temporaires de valeurs mobilières, LGDJ, 1997, p. 277

Depuis 2003, en effet, plusieurs lois ont été votées en Grande-Bretagne, pour que l'émergence de cette finance soit favorisée par la mise en place de mesures juridiques et économiques adaptées et par l'intensification de l'attractivité de la place financière londonienne. Le dessein étant d'exaucer les vœux du Premier Ministre M. Gordon Brown qui avait émis le souhait, au cours de son mandat[447], de faire de son pays *« le pays occidental et le centre mondial de la finance islamique »*.

Le droit anglais est, pour cela, doté d'un atout considérable : le *trust*.

326. – Parmi les produits financiers compatibles avec les prescriptions de la loi coranique, les plus utilisés sont les *murabaha* et les *sukuk*. Les premiers désignent une sorte de vente à tempérament. Les seconds sont des titres représentatifs de la copropriété d'un actif tangible, de l'usufruit de cet actif ou de services. Ils ont été définis par la Norme 7 de l'AAOFI (Accounting and Auditing Organisation for Islamic Financial Institutions) comme des *« certificats d'une valeur identique représentatifs, selon les cas, d'une quote-part indivise de la propriété d'un actif corporel, d'un usufruit, d'un service ou encore d'un actif lié à un projet particulier ou à une activité d'investissement »*[448].

Or, traditionnellement, le cadre juridique utilisé pour l'émission de *sukuk* a été celui offert par le *trust*. Un emprunteur transfert à un *trustee* la propriété d'un ou plusieurs biens. En contrepartie, le *trustee* émet des *trust certificates* qui représentent la copropriété des investisseurs dans ce ou ces biens. Les investisseurs détiennent le *beneficial ownership* (soit la propriété économique) alors que le *trustee* détient le *legal ownership* (soit la propriété juridique).

L'instrument du *trust* anglo-saxon a été privilégié car le démembrement de propriété qu'il instaure est Charia-compatible en ce qu'il confère aux porteurs de *sukuk* un droit réel sur les actifs afin qu'ils participent au risque de l'activité financée.

---

[447] M. GORDON BROWN a exercé les fonctions de Premier Ministre en Grande-Bretagne du 27 juin 2007 au 11 mai 2010.

[448] VIGNON (M.), et PICHOT (R.), *« Islamic bonds (sukuks), vers une solution française ? »* : RTDF 2009, n° 1, p. 55. Toutefois, certains auteurs soulignent que *« les 40 normes de l'AAOIFI, aussi prometteurs soient-ils, ne sont pas encore systématiquement incorporés dans les contrats de finance islamique »*, ce qui exclut l'existence d'une normalisation internationale et celle d'une stabilité envisageable des règles de la finance islamique dont l'interprétation peut varier d'un comité de *charia* à un autre. Sur ces différents points, V. AFFAKI (G.), *« La finance islamique en France : entre accueil et réforme »* : Revue Banque 2010, n° 725, p. 55 s.

B. L'introduction du *trust* dans des pays de tradition civiliste

327. – Certains pays de tradition civiliste ont souhaité introduire, dans leurs législations internes, le *trust* **(2)**, en ratifiant la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 qui a mis en place un régime de *trust* différent du modèle anglo-américain originel **(1)**.

1) Le *trust* issu de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative au *trust* et à sa reconnaissance

328. – A côté du *trust* originel, véritable pilier du système de droit anglo-américain, *« ange gardien de l'Anglo-Saxon qui l'accompagne partout, impassible depuis son berceau jusqu'à sa tombe »*[449], existe une autre sorte de *trust* : celui qu'a consacré la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au *trust* et à sa reconnaissance. Convention de droit international privé, elle avait pour dessein de permettre la reconnaissance dans les ordres juridiques des Etats signataires l'ayant ratifiée des *trusts* valablement créés sous l'empire d'une loi connaissant l'institution, sans pour autant avoir à les transposer en droit interne. Il s'agit, pour les Etats, d'accorder un effet juridique à des *trusts* valablement constitués à l'étranger[450].

329. – Depuis la conclusion de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985, force est de constater qu'elle a servi de modèle à des pays, essentiellement de tradition civiliste, qui ont souhaité introduire dans leur droit interne une institution analogue au *trust*.

330. – Plusieurs éléments ont été donnés par la Convention pour permettre cette entreprise, à commencer par la définition de l'institution qui fait référence aux caractéristiques essentielles d'un *trust*.

Ainsi l'article 2 dispose-t-il que *« le terme "trust" désigne les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de*

---

[449] LEPAULLE (P.), Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international, th. Paris, 1932, n° 41, p. 114

[450] Chapitre III de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative au trust et à sa reconnaissance, articles 11 à 14

mort –, lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé ». L'article poursuit en précisant que le *trust* doit présenter certaines caractéristiques ayant trait aussi bien à la masse des biens remis en *trust* qu'aux droits et pouvoirs reconnus aux parties, de sorte que « *les biens du trust constituent une masse distincte et ne font pas partie du patrimoine du trustee ; le titre relatif aux biens du trust est établi au nom du trustee ou d'une autre personne pour le compte du trustee ; le trustee est investi du pouvoir et chargé de l'obligation, dont il doit rendre compte, d'administrer, de gérer ou de disposer des biens selon les termes du trust et les règles particulières imposées au trustee par la loi. Le fait que le constituant conserve certaines prérogatives ou que le trustee possède certains droits en qualité de bénéficiaire ne s'oppose pas nécessairement à l'existence d'un trust ».*

331. – A la lecture de cet article, plusieurs remarques peuvent être faites. La première est que le *trust* n'a pas été expressément défini comme un contrat, ce qui correspond à la conception consacrée par le système anglo-américain dans lequel seule la volonté unilatérale du constituant importe dans le processus de création du *trust*. La deuxième tient à ce que le *trustee* est tenu d'agir dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé (libéralité, gestion ou garantie). Il exerce un pouvoir et n'est en aucun cas détenteur d'un droit subjectif[451]. La troisième repose sur l'indépendance du patrimoine fiduciaire. Il s'agit d'une masse autonome, distincte du patrimoine personnel du *trustee*. Même si dans le système juridique anglo-américain le *trustee* est considéré comme le propriétaire, il doit détenir les biens transmis séparés de son patrimoine propre. La conséquence est que le patrimoine fiduciaire échappe à toute poursuite exercée par les créanciers personnels du *trustee*, du bénéficiaire et du constituant. Seuls les créanciers du *trust* pourront saisir les biens *trustés*. La quatrième et dernière remarque qui peut être faite concerne l'obligation pour le *trustee* de rendre compte de sa mission. La Convention ne précise pas les destinataires de cette obligation. Cependant, si l'on se réfère au *trust* anglo-américain, c'est au bénéficiaire du *trust* que le *trustee* doit rendre compte de la gestion et de l'administration des biens.

[451] Article 2c de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative au trust et à sa reconnaissance

2) La ratification de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 par certains pays de tradition civiliste

332. – Souvent après s'être dotés de la fiducie, de nombreux pays de tradition civiliste ont décidé, dans un second temps, d'adopter le *trust*, soit en l'assimilant à leur droit positif interne, soit en ratifiant la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 comme l'ont fait le Luxembourg en 2003 et plus récemment la Suisse, en 2006.

333. – Principalement trois raisons ont été avancées par les pays de tradition Civil Law pour justifier cet engouement manifeste pour le *trust*.

La première repose sur la volonté de ne pas fragiliser la place de la fiducie, dont étaient déjà dotés la Suisse et le Luxembourg, face à un recours massif aux *trusts*.
En Suisse par exemple, l'article 2 de l'arrêt fédéral du 20 décembre 2006 portant approbation et mise en œuvre de la Convention de La Haye modifie, le législateur a choisi de modifier sa législation « dans la seule mesure nécessaire à la ratification de la convention et a décidé de ne pas saisir l'occasion pour opérer d'autres changements »[452], et notamment celui de consacrer un ancrage législatif à la fiducie suisse. Désormais, en considération du *trust*, la loi fédérale sur le droit international privé a repris à son compte la définition du *trust* donnée par l'article 2 de la Convention de La Haye en l'élargissant. L'article 149a, en effet, concerne aussi bien les *trusts* écrits que les *trusts* oraux, non soumis à la Convention et prévoit qu' *« on entend par trusts, les trusts constitués par acte juridique au sens de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance35, indépendamment du fait que la preuve de ces trusts est apportée ou non par écrit au sens de l'art. 3 de ladite convention »*[453].

La deuxième tient à la volonté de faciliter la reconnaissance internationale de la fiducie.

Même si l'objet principal de la Convention de La Haye est le *trust* de Common Law, il n'en demeure pas moins qu'elle s'applique également aux institutions

---

[452] CHAPPUIS (B.), *« "Trusts" et fiducie en Suisse »*, entretien : D. 2007, p. 1648
[453] Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) du 18 décembre 1987

analogues, dont la fiducie, conformément aux volontés manifestées par plusieurs pays. La Quinzième Session de la Conférence de La Haye a expressément décidé qu'il fallait *« inclure les institutions autres que le trust de common law proprement dit, à condition que les institutions répondent aux critères de l'article 2 »*[454] de la Convention. La définition adoptée par la Convention est suffisamment *« épurée »*[455].

Par la loi du 27 juillet 2003, le Luxembourg – qui a largement contribué à l'ouverture de la Convention aux institutions assimilables à des *trusts* développés dans certains pays de droit civil – a quelque peu modifié la notion de fiducie initialement définie par le Règlement Grand Ducal du 19 juillet 1983, et ce pour s'aligner davantage sur la Convention. Ainsi, l'article 5 de la Loi dispose-t-il qu'il s'agit d' *« un contrat par lequel une personne, le fiduciant, convient avec une autre personne, le fiduciaire, que celui-ci, sous les obligations déterminées par les parties, devient propriétaire de biens formant un patrimoine fiduciaire »*[456]. En outre, l'autonomie patrimoniale, l'un des éléments essentiels du *trust*[457], est réaffirmée dans des termes dénués de toute ambigüité : *« le patrimoine fiduciaire est distinct du patrimoine personnel du fiduciaire, comme de tout autre patrimoine fiduciaire »*[458], là encore, dans un but de rapprocher la législation luxembourgeoise relative à la fiducie de la Convention.

La troisième, enfin, concerne la volonté de renforcer les places financières nationales.

Certains auteurs estiment que la ratification de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985, et la reconnaissance des *trusts* étrangers qui en découle, est susceptible d'entraîner un renforcement de la place financière d'un pays, *« mieux à même de répondre à la demande de solutions dans le domaine des trusts – s'assurant une position de concurrent sérieux face aux nouveaux centres, tel Singapour par exemple »*[459].

---

[454] Rapport explicatif d'A.E. VON OVERBECK : *in* Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Quinzième Session, t. II, La Haye, 1985, p. 370, n° 26

[455] GODECHOT (S.), L'articulation du trust et du droit des successions, th. Paris II, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 157, n° 145

[456] Article 5 de la loi du 27 juillet 2003

[457] Cf. Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance ; V. aussi LEPAULLE (P.), *« Les éléments essentiels du trust »* : Bull. de la société de législation comparée, 1930, p. 3 s.

[458] Article 6 de la loi du 27 juillet 2003

[459] CHAPPUIS (B.), *« "Trusts" et fiducie en Suisse »*, entretien : D. 2007, p. 1648

C. La reconnaissance du *trust* en France

334. – Si la jurisprudence a admis la validité des *trusts* valablement constitués à l'étranger **(1)**, il apparaît qu'une reconnaissance d'une telle institution en droit français s'avère impossible **(2)**.

1) La reconnaissance jurisprudentielle du *trust* en France

335. – Les litiges relatifs au *trust* dont ont eu à traiter les tribunaux français depuis le milieu du XIXe siècle[460] ont souvent relevé du droit international privé. L'institution anglo-américaine qui repose sur un dédoublement du titre de propriété (la propriété légale – le *legal ownership* du *trustee*, et la propriété virtuelle – *equitable ownership*) étant étrangère à la tradition civiliste française, les magistrats ont été confrontés à deux problèmes distincts.

Tout d'abord, celui de la reconnaissance des effets d'un *trust* valablement constitué à l'étranger en France. Certains auteurs pensaient que le *trust* ferait l'objet d'un rejet immédiat[461]. Au contraire, les tribunaux français se sont, depuis longtemps, montrés favorables à la reconnaissance des *trusts* créés par des étrangers[462]. Cependant, pour ce faire, les magistrats ont souvent procédé à la technique de l'assimilation[463].

S'est en effet posée, ensuite, le problème de la qualification de l'institution ignorée par le droit civil français. En réalité, en pratique, les magistrats n'ont jamais tenté de qualifier le *trust*[464], mais ont plutôt procédé au rapprochement ou à

---

[460] BERAUDO (J.-P.), Les trusts anglo-saxons et le droit français, LGDJ, 1992, p. 195, n° 350 ; BERAUDO (J.-P.), et TIRARD (J.-M.), Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil, Academy & Finance, Genève, 2006, p. 333, n° 388

[461] GODECHOT (S.), L'articulation du trust et du droit des successions, th. Paris II, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 49, n° 31 : *« soumis au système conflictuel préconisé par Bartin, le trust aurait dû être l'objet d'un rejet immédiat »*

[462] TRAVERS (M.), *« De la validité au point de vue du droit français, des trusts créés par des étrangers sur des biens soumis à la loi française ou par des Français sur des biens situés hors de France »* : RDIP 1909, p. 521 et s., spéc. p. 522 ; V. aussi BERAUDO (J.-P.), et TIRARD (J.-M.), *op. cit.*

[463] BERAUDO (J.-P.), *op. cit.* ; BERAUDO (J.-P.), et TIRARD (J.-M.), *op. cit.*

[464] La technique de l'assimilation a concerné les acteurs du trust plutôt que le trust lui-même : GODECHOT (S.), *op. cit.*, n° 31, p. 50 ; V. aussi GODECHOT (S.), *op. cit.* , p. 46, n° 28 : *« l'étude de la jurisprudence révèle en réalité le peu d'intérêt que les tribunaux ont porté, en termes de qualification, aux institutions étrangères auxquelles ils ont été confrontés. (…) A une époque où le droit international privé était en*

l'assimilation de l'institution anglo-saxonne à des institutions ou concepts connus du droit civil français : mandat, usufruit ou donation indirecte[465].

Mais, quelque soit les catégories juridiques choisies par la jurisprudence, elles ne peuvent que s'avérer insatisfaisantes, dénaturantes[466]. Le *trust*, dont la particularité réside dans le démembrement du droit de propriété, ne peut être réduit ou circonscrit dans une institution civiliste.

De plus, *« le trust est une institution Protée : elle peut prendre les formes les plus diverses, remplir les fonctions les plus dissemblables, et pourtant rester, dans son essence, singulièrement une »*[467]. Il peut être constitué du vivant du settlor (acte entre vifs) ou à son décès (*trust* testamentaire), révocable ou irrévocable, simple (le *trustee* doit reverser périodiquement les revenus au bénéficiaire) ou discrétionnaire (les revenus et le capital sont laissés à la discrétion du trustee). La diversité des *trusts* a contraint les tribunaux à appréhender les montages contractuels *in concreto*, expliquant que tantôt ils le valident, tantôt ils refusent de le sanctionner[468].

Les *trusts* valablement constitués à l'étranger peuvent recevoir application en France de par leur reconnaissance judiciaire. En revanche, il semble peu probable qu'un jour prochain, le *trust* bénéficie d'une reconnaissance légale en France.

2) L'impossible reconnaissance législative du *trust* en France

336. – Deux raisons justifient l'impossibilité de constituer un *trust* en droit français. D'une part, il porterait atteinte au principe de l'unité du patrimoine. Cependant, depuis la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 sur la fiducie et la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, ce

---

plein mutation, voire en construction, il était rare que les juridictions se saisissent de cette subtilité qu'est la qualification » ; V. aussi BERAUDO (J.-P.), *op. cit.* ; BERAUDO (J.-P.), et TIRARD (J.-M.), *op. cit.*

[465] Civ. 1ère, 20 février 1996, pourvoi n° 93-19.855 : RDIP 1996, p. 692, note G. A. L. DROZ ; D. 1996, p. 231, note Y. LEQUETTE ; Contra Com. 15 mai 2007, pourvoi n° 05-18.268 : RTD civ. 2007, p. 852, obs. J.-P. LE GALL ; D. 2007, p. 1941, note F. DOUET ; Option finance 2007, n° 940, p. 25, obs. I. FLEURET

[466] GODECHOT (S.), L'articulation du trust et du droit des successions, th. Paris II, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 46 s.

[467] LEPAULLE (P.), *« De la validité des trusts en France »* : RDIP 1927, p. 309

[468] MEIERHOF (H.), La portée des qualifications en droit international privé, th. Dijon, Ed. Domat-Montchrestien, 1938, p. 209 ; GODECHOT (S.), *ibid.* : le trust *« ne fait pas l'objet d'une appréhension globale de la part des magistrats »*.

principe ne peut plus être considéré comme un obstacle valable, le législateur ayant explicitement consacré la possibilité de créer plusieurs patrimoines d'affectation **(a)**.

D'autre part, la liste des droits réels énumérés par l'article 543 du Code civil constituerait un obstacle à la reconnaissance d'un droit de propriété démembré avec d'un côté la propriété économique et de l'autre la propriété juridique **(b)**.

a- Le principe de l'unité du patrimoine, un obstacle inopérant depuis la consécration législative du patrimoine d'affectation par la loi sur la fiducie et celle sur l'EIRL

337. – La théorie de l'unité du patrimoine est l'œuvre des Professeurs Aubry et Rau, qui se sont appuyés sur les travaux du juriste allemand Zachariae. Considéré comme *« une émanation de la personnalité »*[469], le patrimoine désigne un ensemble de biens et d'obligations qui forment une universalité de droit, comme *« un tout comprenant non seulement [les] biens présents mais aussi [les] biens à venir »*[470]. Pourtant, si la théorie s'est rapidement imposée *« comme le chef-d'œuvre classique du XIX^e^ siècle dans le domaine du droit privé »*[471], elle a été tout au long du XX^e^ siècle, l'objet de vives controverses doctrinales. Si les partisans de la théorie classique de l'unité du patrimoine étaient nombreux[472], et parmi eux certains souhaitaient la voir évoluer[473], d'autres l'avaient purement et simplement rejetée[474], en ce qu'elle constituait un frein considérable à la création par une personne de plusieurs patrimoines distincts.

---

[469] AUBRY (CH.), et RAU (CH.), Cours de droit civil français, d'après la méthode de ZACHARIAE, 4^e^ éd., revue et complétée par CH. AUBRY et CH. RAU, t. 6, Paris, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence Cosse, Marchal et Billard, 1873, p. 229, § 573

[470] CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant, PUF, 8^e^ éd., 2007

[471] BONNECASE (J.), La faculté de droit de Strasbourg, 4^e^ journée complémentaire an XII 10 mai 1871 (ses maîtres et ses doctrines, sa contribution à la science juridique française du XIX), Extrait du recueil de législation de Toulouse 1914, Privat, 1916, spéc. n° 81, p. 273 s. (cité par BEIGNIER (B.), L'unité du patrimoine : essai critique, th. Toulouse I, Defrénois, 2007, n° 6, p. 4)

[472] TERRE (F.), et SIMLER (PH.), Droit civil, Les biens, Dalloz, 2006, 7^e^ éd., n° 24 ; MAULAURIE (PH.), et AYNES (L.), Droit civil, Les biens, Defrénois, 2^e^ éd., 2005, n° 24 ; CORNU (G.), Droit civil, Introduction, les personnes, les biens, Domat-Montchrétien, 2003, 11 éd., n° 843 à 876 ; AUBERT (J.-L.), Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil, éd. Sirey, 10^e^ éd., 2004, n° 209, p. 228 ; CARBONNIER (J.), Droit civil, Les biens, PUF, 19^e^ éd., 2000, n° 8 ; BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.), et CIMAMONTI (S.), Traité de droit civil, Les biens, LGDJ, 2000, n° 7 ; COHET-CORDEY (F.), *« La valeur explicative de la théorie du patrimoine »* : RTD civ. 1996, p. 819

[473] GHESTIN (J.), et GOUBEAUX (G.), Traité de droit civil : Introduction générale, LGDJ, 1994, 4^e^ éd., p. 165, n° 213

338. – Mais tout cela n'est plus. Par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 sur la fiducie et la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée[475], le législateur a mis un terme à la théorie de l'unité du patrimoine, longtemps considérée comme le pilier de notre système juridique.

En effet, que ce soit l'article 2011 du Code civil ou l'alinéa 1er de l'article L. 526-6 du Code de commerce, le législateur a autorisé, respectivement dans le cadre de la fiducie et dans le cadre de l'entreprenariat individuel à responsabilité limitée, la possibilité de créer un patrimoine séparé du patrimoine personnel sans pour autant entraîner la création d'une personne morale.

339. – Le patrimoine d'affectation permet la *« compartimentation du patrimoine »*[476], jusqu'alors considéré comme *« un et indivisible »*[477] et consacre une approche objective du patrimoine, c'est-à-dire que ce dernier doit être détaché de son titulaire et analysé comme une masse de biens affectés à un but. Autrement dit, dès lors que le patrimoine regroupe un ensemble de biens ou de droits affectés à une finalité commune, il doit être dépersonnalisé[478]. L'affectation commune des éléments serait alors l'acte créateur d'un patrimoine. La conception objective du patrimoine qui semble avoir été retenue par le législateur français a été inspirée par la doctrine allemande qui reconnaît la possibilité pour un même titulaire de disposer de plusieurs patrimoines à finalités identiques. C'est ainsi que le droit allemand connaît le « patrimoine séparé » (*Sondervermögen*) et le « patrimoine à but » (*Zweckvermögen*). Ce dernier, le patrimoine à but, qui consiste à admettre l'idée d'un patrimoine sans maître, a été

---

[474] STARCK (V. B.), ROLAND (H.), et BOYER (L.), Introduction au droit, Litec, 5e éd., 2000, n° 1379 à 1388 ; ZENATI (F.), et REVET (TH.), Les biens, PUF, 2000, n° 6, p. 20 ; MAZEAUD (H., L. ET J.), et CHABAS (F.), Introduction à l'étude du droit, Montchrestien, 1996, 11e éd., n° 280 à 297

[475] Loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, publiée au JO du 16 juin 2010

[476] LIBCHABER (R.), *« Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1ère partie) »*, Defrénois 2007, article 38631, n° 9, p. 1101 s.

[477] AUBRY (CH.) et RAU (CH.), Cours de droit civil français d'après la méthode de ZACHARIAE, T. 6, 4e éd., 1873, p. 226 à 248, spéc. §574 : *« Le patrimoine est, en principe, un et indivisible, comme la personnalité même, en ce sens que la même personne ne peut posséder qu'un seul patrimoine, mais encore en ce sens que le patrimoine d'une personne n'est pas, à raison de sa nature incorporelle, divisible en parties matérielles ou de quantité, et n'est même pas susceptible, à raison de l'unité du personne, de se partager entre plusieurs universalités juridiques, distinctes les unes des autres ».*

[478] Pour une présentation des théories objectiviste et volontariste, V. ZENATI (F.), *« Mise en perspective et perspectives de la théorie du patrimoine »* : RTD civ. 2003, p. 667

consacré par le Code civil québécois, à l'article 1261 selon lequel *« le patrimoine fiduciaire, formé des biens transférés en fiducie, constitue un patrimoine d'affectation autonome et distinct de celui du constituant, du fiduciaire ou du bénéficiaire, sur lequel aucun d'entre eux n'a de droit réel ». L'explication réside peut-être dans l'existence de « situations protégées sans qu'il ait pour cela un droit subjectif, et par conséquent, sans qu'il y ait un sujet de droit. On ne dit pas qu'il y a des droits sans sujet ; on dit qu'il n'y a pas de droits et que, par conséquent, il n'y a pas de sujet de droits »*[479].

340. – Lors des discussions relatives à l'introduction de la fiducie en France, députés et sénateurs ont eu le choix entre la consécration d'un patrimoine fiduciaire sans maître et celle d'un patrimoine fiduciaire avec, à sa tête, un titulaire de droits. Le législateur français a opté pour le second choix, suivant ainsi les pas du législateur luxembourgeois.

Certes l'expression n'a pas été explicitement employée par le législateur, mais c'est bien de patrimoine d'affectation dont il s'agit. L'article 2011 du Code civil rappelle que les biens, droits ou sûretés transmis doivent être tenus séparés par le fiduciaire de son patrimoine personnel. Ainsi, le transfert motivé par la gestion ou la mise en sûreté crée-t-il le patrimoine fiduciaire qui forme une universalité de droit au sein de laquelle il existe une masse active (les biens, droits ou sûretés transmis au fiduciaire) et une masse passive (les dettes nées de la fiducie).

Quant à l'alinéa 1[er] de l'article L. 526-6 du Code de commerce[480], il dispose que *« tout entrepreneur individuel peut affecter à son activité professionnelle un patrimoine séparé de son patrimoine personnel, sans création d'une personne morale »*.

---

[479] DUGUIT (L.), Traité de droit constitutionnel, Ed. Fontemoing et Cie, 1927, tome 1, chapitre 4 (« Le sujet de droit »), p. 496, cité par BELLIVIER (F.), *« Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France »* : *in* La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, sous la direction d'O. BEAUD et de P. WACHSMANN, Presses Universitaires de Strasbourg, n° 1, 1997, p. 165. Pourtant, certains auteurs ont admis l'existence de droits sans sujet : V. NEUMAYER (K. H.), *« Les droits sans sujet »* : RIDC 1960, p. 342

[480] La rédaction de l'article L. 526-6 du Code de commerce est issue de la loi n° 2010-658 du 15 juin 2010 relative à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée

b- Le caractère exhaustif de la liste des droits réels énumérés par l'article 543 du Code civil, un obstacle dirimant

341. – Sur le fondement de l'article 543 du Code civil qui dispose qu' *« on peut avoir sur les biens, ou un droit de propriété, ou un simple droit de jouissance, ou seulement des services fonciers à prétendre »*, plusieurs auteurs ont expliqué l'impossibilité en droit français de consacrer le *trust*[481] qui, rappelons-le, distingue deux types de droit de propriété : le *legal ownership* et le *beneficial ownership*.

342. – Même si l'on peut citer un arrêt isolé rendu par la Chambre des Requêtes le 13 février 1834[482], aux termes duquel *« les articles 544, 546 et 552 du Code civil (…), ni aucune autre loi, n'excluent les diverses modifications et décompositions dont le droit ordinaire de propriété est susceptible »*, la Cour de cassation demeure très hostile à la consécration d'un dédoublement de la propriété expliquez en les manifestations et les raisons. Sans préjudice de son démembrement, la propriété est, en droit français, une et indivisible. Il est alors impossible de fonder sur le modèle de la fiducie française l'émission de *sukuk*.

343. – Lors des travaux préparatoires de la loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises, un amendement a été voté par le Sénat et adopté par l'Assemblée Nationale lors des travaux, devenu l'article 16 de la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009. Il suggérait d'ajouter un alinéa 2 à l'article 2011 du Code civil affirmant que *« le fiduciaire exerce la propriété fiduciaire des actifs figurant dans le patrimoine fiduciaire, au profit du ou des bénéficiaires, selon les stipulations du contrat de fiducie »*.

344. – La volonté des parlementaires était de mettre en place un régime permettant aux bénéficiaires de la fiducie de disposer de droits sur le patrimoine fiduciaire. Il ne s'agissait ni plus ni moins de transposer en droit français la distinction

---

[481] MOTULSKY (H.), *« De l'impossibilité juridique de constituer un trust anglo-saxon sous l'empire de la loi française »* : RDIP 1948, p. 451 s., spéc. n ° 17, p. 466 ; TRAVERS (M.), *« De la validité, au point de vue du droit français, des trusts créés par des étrangers sur des biens soumis à la loi française ou par des Français sur des biens situés à l'étranger »* : RDIP 1909, n° 7, p. 527

[482] Req., 13 février 1834 : DP 1834, I, p. 118 s., cité par RAIMON (M.), Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé, th. Paris II, LGDJ, 2002, p. 46, n° 89

présente dans le droit anglo-américain du *trust* entre *legal ownership* et *beneficial ownership*, autrement dit, entre la propriété juridique dévolue au fiduciaire limitée aux stipulations du contrat de fiducie et la propriété économique des titres dévolue au bénéficiaire de la fiducie qui se voyait en outre titulaire d'un droit réel sur le bien. Pour certains auteurs, tout ceci participait à la mise en place d'une superposition de deux droits de propriété et non d'un simple démembrement de propriété[483].

345. – La démarche qu'avaient suivie les deux chambres législatives faisait suite au Rapport d'information fait au nom de la Commission des finance sur la finance islamique par le sénateur Jean Arthuis, et s'inscrivait dans un syllogisme simple.

D'une part, les enjeux de la finance islamique sont tels qu'il est apparu opportun de permettre son développement en France, car en comparaison, le Royaume-Uni a depuis longtemps accueilli les *sukuk* en utilisant le *trust*, seul instrument juridique apte à donner au souscripteur une *equitable ownership* sur les actifs sous-jacents, dans le respect de l'un des principes de la *Charia* qui veut que les porteurs de ces obligations disposent d'un droit réel sur les actifs et participent au risque de l'activité financée.

D'autre part, certains auteurs, à l'instar de M. Gilles Saint-Marc[484], ont relevé la présence de plusieurs dispositifs dans le droit français qui apporteraient un certain nombre de solutions pour rendre le financement d'actifs ou de projets compatibles avec la Charia, parmi lesquels la fiducie. Introduite par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, elle est en effet l'instrument juridique qui se rapproche le plus du *trust*, en ce sens qu'elle instaure *« une brèche »* dans le sacro-saint principe de l'indivisibilité du patrimoine. Cependant, *« elle reste relativement corsetée »*[485].

C'est ainsi, de troisième part, qu'il a été proposé de consacrer au bénéficiaire de l'opération fiduciaire un droit réel, condition nécessaire pour émettre les *sukuk* sur le fondement du droit français.

---

[483] AYNES (L.), et CROCQ (P.), *« La fiducie préservée des audaces du législateur »* : D. 2009, p. 2559

[484] Rapport d'information n° 329 (2007-2008) de J. ARTHUIS fait au nom de la commission des finances, déposé au Sénat le 14 mai 2008

[485] SAINT-MARC (G.), *in* Rapport d'information n° 329 (2007-2008) de J. ARTHUIS fait au nom de la commission des finances, déposé au Sénat le 14 mai 2008

346. – Toutefois, et conformément à sa jurisprudence[486] relative aux "cavaliers législatifs", le Conseil constitutionnel a déclaré les articles 14 et 16 de la loi n° 2009-1255 du 19 octobre 2009 contraires à la Constitution en ce qu'ils n'ont pas été adoptés selon une procédure conforme à cette dernière inscrite à l'alinéa 1er de l'article 45, par une décision du 14 octobre 2009[487]. Les députés à l'origine de ce recours faisaient valoir que ces articles étaient dépourvus de tout lien, même indirect, avec l'objet de la loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites et moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers.

La décision du Conseil constitutionnel a été motivée par la volonté de garantir la sincérité du débat parlementaire et la qualité de la loi qui peuvent être mis à mal notamment par l'insertion de dispositions sans lien avec le texte voté. Plus précisément, les juges constitutionnels ont relevé que l'article 16 de la loi complétait l'article 2011 du Code civil par une disposition de portée générale. La loi visant spécialement un secteur, il ne pouvait y être inséré un texte de portée générale. Autrement dit, la disposition nouvelle aurait du avoir un champ d'application identique à celui du texte originaire.

Sur le fond, le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur l'opportunité de consacrer dans la législation française la superposition de deux droits de propriété[488] pour permettre l'émission de *sukuk* par une énième réforme de la fiducie. La décision qu'il a rendue portait exclusivement sur l'application de l'article 45 alinéa 1er de la Constitution qui prévoit que *« tout amendement est recevable en première lecture dès lors qu'il présente un lien, même indirect, avec le texte déposé ou transmis »*.

Au-delà de son inconstitutionnalité, d'autres critiques ont pu être formulées. En premier lieu, le démembrement du droit de propriété ne présenterait aucun intérêt, car si la nouvelle forme de propriété avait été consacrée, elle aurait abouti à une transformation du régime de la fiducie, laissant au débiteur la qualité de propriétaire du bien, et faisant du créancier un simple titulaire d'un droit réel accessoire[489].. Toutes les vertus de la fiducie et plus généralement des propriétés-sûretés auraient été anéanties.

---

[486] V. notamment CC, 19 janvier 2006, n° 2006-532 DC, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, Recueil, p. 31 (loi publiée au JO du 24 janvier 2006, p. 1138)

[487] CC, 14 octobre 2009, n° 2009-218 DC, Loi tendant à favoriser l'accès au crédit des petites ou moyennes entreprises et à améliorer le fonctionnement des marchés financiers, Recueil p. 175 (loi publiée au JO du 23 octobre 2009, p. 17833)

[488] AYNES (L.), et CROCQ (P.), *« La fiducie préservée des audaces du législateur »* : D. 2009, p. 2559

[489] CROCQ (P.), Propriété et sûreté, th. Paris II, LGDJ, 1995, n° 256, p. 206

En effet, l'intérêt majeur de ces techniques réside dans le transfert à titre de propriété de biens entre les mains du créancier, lui offrant ainsi une position de force en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur puisqu'il échappe à la loi du concours. Un tel bouleversement risquait de provoquer l'assimilation progressive de la fiducie aux autres sûretés réelles traditionnelles. En second lieu, ce texte risquait de bouleverser gravement la conception constitutionnelle unitaire du droit de propriété, en introduisant *« une construction doctrinale parfaitement inconnue du droit civil, qu'il est gênant de consacrer de manière subreptice à l'occasion d'un débat purement technique aux enjeux aussi minces »*[490].

347. – La décision rendue par le Conseil constitutionnel a permis d'éviter bon nombre de désordres malheureux dans notre droit civil français. La volonté de permettre l'émission de *sukuk* sur le fondement du droit français ne doit pas se faire au détriment de concepts juridiques établis. Comme l'ont déjà appelé de leurs vœux quelques auteurs, il faudrait réfléchir à un cadre véritablement adapté. Certaines pistes de réflexion ont été proposées pour offrir aux investisseurs de *sukuk* de bénéficier de droits similaires à ceux conférés par le *trust* anglo-américain fondés sur le droit français, tel que le fonds collectif de placement[491]. Cependant, une telle structure nécessiterait des aménagements[492]. En attendant, les investisseurs de *sukuk* devront continuer à utiliser le *trust*, car si la fiducie a été récemment consacrée par le législateur français, et s'il est indéniable qu'elle offre des perspectives enthousiasmantes pour la mise en garantie des biens immatériels financiers, elle est loin de constituer un cadre contractuel rivalisant avec l'institution anglo-américaine.

SECTION 2

LES FIDUCIES DU DROIT FRANÇAIS PORTANT SUR LES BIENS IMMATERIELS FINANCIERS

348. – D'origine romaine, alors connue sous le nom de *fiducia cum creditore*, la fiducie-sûreté a connu en droit français une évolution pour le moins raboteuse. Dans le droit romain, elle se présentait comme un contrat par lequel le débiteur transférait en

---

[490] LUCAS (F.-X.), *« La fiducie au Pays de l'or noir »* : Bull. Joly sociétés 2009, p. 825

[491] BERTRAN DE BALANDA (J.), et BOURABIAT (F.), *« Fiducie et finance islamique », in* Dossier « Quel avenir pour la fiducie ? » : Droit & Patrimoine 2010, n° 192, p. 84, spéc. pp. 86-87 ;

[492] BERTRAN DE BALANDA (J.), et BOURABIAT (F.), *ibid*.

pleine propriété un bien en garantie de sa créance. Pendant toute la durée du contrat, le créancier fiduciaire disposait pleinement du bien. A l'échéance de la créance garantie, si le débiteur avait satisfait ses obligations, le créancier fiduciaire lui rétrocédait la propriété du bien ; s'il était défaillant, il pouvait conserver le bien ou le faire vendre. Puis, elle est tombée en désuétude, dans un oubli somme toute relatif. En effet, plusieurs propositions, avant 2007, visant à introduire la fiducie en droit français avaient avorté. Face au refus du législateur, la pratique était alors parvenue à consacrer les vertus de la fiducie dans des montages contractuels, essentiellement dans le droit financier, appelés « fiducies innommées » ou « fiducies déguisées » **(§1)**. La France faisait alors office d'exception au niveau européen, puisqu'elle était l'un des rares pays à ne pas avoir « officiellement » d'institution fiduciaire. Depuis la loi n° 2007-211 du 19 février 2007[493], c'est chose faite. La fiducie fait désormais partie intégrante du paysage juridique français **(§2)**.

§1. La propriété-sureté : des virtualités redoutées aux virtualités recherchées

349. – Jusqu'à la consécration de la fiducie par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, le droit français a fait preuve – concernant les propriétés-sûretés – d'une certaine hypocrisie puisqu'il y avait d'un côté la méfiance suscitée par les propriétés-sûretés notamment manifestée par la doctrine **(A)** et de l'autre le développement en pratique de transactions diverses utilisant le transfert de propriété à des fins de garantie de paiement ou à des fins de sûretés, les fiducies innommées **(B)**.

A. Les réticences relatives à la propriété-sûreté

350. – L'utilisation de la propriété comme sûreté constitue une *« arme absolue entre les mains du créancier »*[494], car elle obéit aux deux critères habituellement retenus pour qualifier une bonne sûreté : la simplicité et l'efficacité. Simple, la propriété-sûreté l'est *a priori*, surtout en matière mobilière. Il peut sembler bien aisé, en effet, de remettre en pleine propriété un bien meuble à son créancier à titre de garantie, sans qu'aucune condition de forme ne soit imposée. Efficace, elle l'est

[493] Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, publiée au JO du 21 février 2007, p. 3052
[494] STOUFFLET (J.), *« L'usage de la propriété à des fins de garantie »*, *in* Les sûretés, Colloque à Bruxelles des 20-21 octobre 1983, Ed. Feduci, 1984, p. 319, spéc. n° 2

incontestablement. Le créancier bénéficiaire, devenu propriétaire, prime sur tous les autres créanciers, échappant alors à la loi du concours. La mise en œuvre de la garantie en cas d'insolvabilité du débiteur est facilitée par l'attribution en pleine propriété effectuée *ab initio*.

351. – La propriété-sûreté bouleversait la philosophie du droit du crédit[495] et celui de la faillite. En effet, la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985[496], dite loi Badinter, plaçait le débiteur au centre de toutes les préoccupations. Le législateur pensait *« qu'il suffisait de crucifier le créancier pour sauver le débiteur et les emplois, pour permettre le redressement judiciaire et aboutir à un plan de redressement »*[497]. Alors, pour échapper à *« l'abaissement des créanciers munis de sûretés »*[498] organisé par la loi sur le redressement et la liquidation judiciaires des entreprises, les établissements de crédit et les banques en particulier, ont multiplié les opérations utilisant la propriété comme garantie.

352. – Or, avant l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, un courant doctrinal important s'opposait à la reconnaissance de la propriété-sûreté[499].

Deux arguments ont été principalement avancés.

Le premier, d'ordre pratique, reposait sur l'inégalité de traitement que provoquait l'utilisation d'une telle technique entre les créanciers et le détournement des règles légales relatives à la faillite à laquelle elle aboutissait.

Le second, d'ordre théorique, tenait au principe du *numerus clausus* des sûretés réelles fondés sur les maximes *« les sûretés sont de droit strict »*, ou encore *« pas de*

---

[495] V. MARTIN (L. M.), *« Sûretés traquées : crédit détraqué »* : Banque 1975, p. 1133 ; BACHELOT (Y.), *« Un cas exemplaire : le dépérissement du nantissement de marchés »* : Banque 1981, p. 1405

[496] Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation des entreprises, dite loi Badinter, publiée au JO du 26 janvier 1985

[497] DAMMAN (R.), allocution lors du colloque sur la fiducie tenu à l'Université de Paris XII-Créteil, le 15 avril 2010

[498] STOUFFLET (J.), *op. cit.,* p. 322, n° 5

[499] V. MESTRE (J.), PUTMAN (E.), et BILLIAU (M.), Traité de droit civil, tome 1 : Droit commun des sûretés réelles, LGDJ, 1996, p. 35 : *« La propriété des biens corporels peut certes constituer une garantie, et même une garantie extrêmement efficace. Elle n'est pas une sûreté, ni à plus forte raison, une sûreté réelle »* ; *Contra* : CROCQ (P.), Propriété et garantie, th. Paris II, LGDJ, 1995 ; SIMLER (PH.), et DELEBECQUE (PH.), Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière, Dalloz, 2009, 5e éd. P. 308, selon lesquels la propriété peut être considérée comme une véritable garantie.

privilège sans texte »[500]. Appuyée par certains membres de la doctrine qui considéraient qu' *« admettre que la propriété est une sûreté reviendrait à créer une nouvelle sûreté »*[501], cette position a été contestée par d'autres auteurs qui ont estimé que *« la garantie ne résulte pas de la création d'une sûreté nouvelle, mais plutôt d'une utilisation différente de la propriété »*[502]. Non seulement la définition que donne l'article 544 du Code civil du droit de propriété n'exclut pas que ce droit soit utilisé à des fins de garantie d'une obligation, mais en outre, le principe de la liberté des conventions justifie que, par un accord de volonté, les parties décident de créer une nouvelle garantie de paiement.

353. – Cependant, ces arguments ne résistent pas à la critique[503]. Non seulement le *numerus clausus* des sûretés peut être modifié par le législateur, mais en outre, la propriété-sûreté existait à cette époque, c'est-à-dire antérieurement à la réforme des sûretés, de manière latente sous la forme de la réserve de propriété. Désormais, et le débat semble dépassé, elle a été consacrée par l'article 2367 du Code civil aux termes duquel *« la propriété d'un bien peut être retenue en garantie par l'effet d'une clause de réserve de propriété qui suspend l'effet translatif d'un contrat jusqu'au complet paiement de l'obligation qui en constitue la contrepartie. La propriété ainsi réservée est l'accessoire de la créance dont elle garantit le paiement ».*

---

[500] Adage fondé sur l'article 2324 du Code civil selon lequel *« le privilège est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers »*. V. ROLAND (H.), et BOYER (L.), Adages du droit français, Litec, 4e éd., 1999, n° 318, p. 634

[501] GHESTIN (J.), *« Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété »* : D. 1981, chron. p. 1 s., spéc. n° 36, p. 10 : *« Ce n'est pas parce que la propriété peut jouer le rôle d'une sûreté, en tant que garantie du paiement d'une créance, que le mécanisme permettant cette fonction transforme cette propriété en une sûreté réelle, au sens propre du terme. Il ne faut pas confondre, en effet, la fonction d'un mécanisme, qui est le but poursuivi par les parties, et sa qualification qui est soumise au contrôle des tribunaux. Admettre ici que la propriété est une sûreté reviendrait à créer une nouvelle sûreté. Or une telle possibilité paraît douteuse en l'état actuel du droit positif ».* A rapprocher de CROCQ (P.), Propriété et garantie, th. Paris II, LGDJ, 1995 et *« Dix ans après : l'évolution récente des propriétés-garanties »* : *in* Ruptures, mouvements et continuité du droit, Mélanges M. GOBERT, Economica, 2004, p. 347, spéc. n° 24 ; KORNMANN (A.), *« Propriété et procédures collectives : vers un succédané des sûretés ? »* : RJC 1991. 64, spéc. p. 67

[502] THERY (PH.), Sûretés et publicité foncière, PUF, 1988, p. 352, n° 329 ; Dans le même sens : SCHMIDT (D.), préface à la thèse de GOYET (CH.), Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire, LGDJ, 1983, p. XVI ; *contra* CROCQ (P.), *ibid.* ; V. aussi KORNMANN (A.), *ibid.* L'auteur combat cette position en se fondant sur la liberté contractuelle qui permet à chacun de constituer une nouvelle garantie de paiement.

[503] CROCQ (P.), *ibid.* ; AYNES (L.), et CROCQ (P.), Les sûretés : la publicité foncière, Defrénois-Lextenso, 2009, 4e éd., p. 341 s.

Quant à la fiducie-sûreté, depuis sa consécration par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, elle est assimilée à une véritable sûreté. Jusqu'alors, elle était présente dans le paysage juridique français mais sous des formes diverses, des contrats de garanties ou de sûretés, que la doctrine qualifiait de *« fiducies innommées »*.

B. L'existence de fiducies innommées en matière de biens immatériels financiers créées par la pratique

354. – Qualifiée de reine des sûretés, détrônant l'hypothèque, en ce qu'elle offre au créancier bénéficiaire la possibilité d'échapper à la loi du concours en cas d'ouverture à l'encontre du débiteur d'une procédure collective, la fiducie a eu en droit français une existence discontinue.

355. – Conjuguée au passé, elle est à l'origine des sûretés réelles les plus évoluées, et est probablement, de ce fait, la plus ancienne des garanties. Présente en Egypte et dans la Grèce Antique, mais également dans le droit romain, elle a été utilisée en France au Moyen-Age, avant d'être prohibée en 1804 par le Code napoléonien. La fiducie avait, au cours du XIXe siècle, disparu, ou presque disparu. L'interdiction de recourir à la fiducie à titre de garantie a placé la France dans une situation isolée par rapport aux autres droits nationaux[504], et notamment au droit anglo-saxon qui l'utilise depuis de nombreuses années. Le législateur voyait dans cette technique un moyen de défiscalisation et d'évasion financière. Pourtant, face aux mouvements de transactions qui se déplaçaient à l'étranger pour bénéficier du *trust*[505], la réaction du législateur s'est avérée nécessaire. Appuyées par une large partie de la doctrine, les tentatives de réintroduction de la fiducie dans le droit français ont toutes échouées, jusqu'à l'adoption

---

[504] A l'instar du Québec (loi du 1er janvier 1994), Luxembourg (Règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit – V. DECHEIX (P.), *« La fiducie ou du sens des mots »* : D. 1997, p. 35 – et la loi de février 2003), Russie, Liban, Brésil et Japon par exemple.

[505] V. notamment La fiducie face au trust : dans les rapports d'affaires, XVe Congrès international de droit comparé, à l'Université de Bristol, Angleterre, juillet 1998, sous la direction de M. CANTIN CUMYN, Ed. Bruylant, 1999 ; CORNU (M.), Fondation et trust dans la protection du patrimoine en droit français et droit comparé, Ed. L'Harmattan, 1999 ; GODECHOT (S.), L'articulation du trust et du droit des successions, th. Paris II, LGDJ, 2004 ; BARRIERE (F.), La réception du trust au travers de la fiducie, th. Paris II, Litec, 2004 ; Le trust en droit international privé : perspectives suisses et étrangères, Actes de la 17e Journée du Droit international privé, du 18 mars 2005 à Lausanne, Ed. Schultness, 2005 ; Trust et fiducie : la Convention de la Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise, Actes du colloque tenu à Luxembourg le 11 décembre 2003, sous la direction de A. PRÜM et C. WITZ, Ed. Montchrestien, 2005

de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007[506] qui a enrichi le Code civil de 27 nouvelles dispositions. Pourtant, il ne faut pas se méprendre, la fiducie n'est pas la transposition du *trust* anglais. Le *trust* désigne l'opération juridique par laquelle un *settlor* transfère des biens à un *trustee* pour qu'il les gère dans l'intérêt d'un bénéficiaire. Il se réalise par un éclatement du droit de propriété, c'est-à-dire que les pouvoirs de gestion des biens sont séparés de la jouissance des fruits et des revenus de cette gestion.

356. – Entretemps toutefois, la fiducie était apparue sous d'autres formes. En effet, de nombreux mécanismes fiduciaires innomés établis par la pratique et parfois concrétisés par le législateur s'étaient multipliés depuis 1804, mettant en œuvre un transfert temporaire de propriété. Si la vente à réméré a été consacrée par le Code napoléonien dès sa création, aux articles 1569 à 1673, la plupart de ces mécanismes sont nés postérieurement, au cours du XIXe siècle et n'ont cessé depuis de se développer.

Parmi eux, deux catégories doivent être distinguées. Certains utilisent la propriété à des fins de garantie de paiement, s'inscrivant alors dans une opération de crédit, et d'autres qui utilisent la propriété à des fins de sûreté en tant que droit accessoire, à l'instar du "gage-espèces" **(1)**, et de la cession de créances **(2)**.

1) Le "gage-espèces"

357. – Derrière l'expression "gage-espèces" se cache une multitude de sûretés sur biens immatériels financiers. Le développement de techniques diverses sous cette appellation unique en dehors de tout cadre législatif **(a)** ainsi que l'absence de véritable traitement réservé par les différentes réformes ayant affecté le droit des sûretés **(b)** ont contribué à rendre l'appréhension du "gage-espèces", tant dans sa notion que dans son régime, particulièrement difficile.

a- Le développement problématique du "gage-espèces" en dehors de tout cadre législatif

358. – Mécanisme par lequel le débiteur remet au créancier une somme d'argent à titre de garantie, le « gage-espèces » est certainement la figure la plus emblématique

[506] Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, publiée au JO du 21 février 2007

des fiducies innommées. Le caractère fongible et consomptible de la monnaie fiduciaire, ou le transfert de provision nécessairement engendré par la remise de la monnaie scripturale, a toujours pour effet de faire du créancier un propriétaire des biens remis en garantie. La simplicité de son affectation à la garantie d'une dette ainsi que la nature des biens transmis propice à la cession fiduciaire ont contribué à son succès en pratique, principalement dans le domaine bancaire.

359. – Le développement du gage-espèces en marge des sûretés réelles légalement consacrées lui ont permis d'échapper, comme certains l'auteurs l'ont souligné[507], à la crise des sûretés qui a frappé le droit du crédit après la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises. L'absence de cadre législatif a favorisé les appellations diverses qui lui ont été données, à tort, telles que le cautionnement, la dation en paiement, le dépôt de garantie, la retenue de garantie, entre autres. En outre, elle a également contribué à alimenter les controverses jurisprudentielles relativement aux règles applicables à son régime.

α *Les incertitudes doctrinales*

360. – De nombreux aspects du "gage-espèces" ont été la cible de controverses passionnées.

D'abord, relativement à l'assiette de la garantie, certains ont relevé la singularité de l'affectation en garantie de la monnaie. En effet, en tant qu'instrument de paiement, la monnaie permet la satisfaction d'un besoin immédiat[508]. Or, il peut sembler curieux que ce bien puisse constituer l'assiette d'une sûreté. Pour comprendre toute l'utilité de cette garantie souvent employée sous des formes diverses, ces auteurs expliquent qu'il est nécessaire de prendre en considération le facteur temporel et envisager l'hypothèse selon laquelle la dette ne serait pas immédiatement exigible ou celle selon laquelle la somme d'argent affectée en garantie ne serait pas directement disponible. En outre, certains ont regretté la référence aux seules espèces, allant même jusqu'à qualifier

---

[507] BAC (A.), *« La prohibition du pacte commissoire n'a pas de sens pour le gage-espèces »* : JCP E 1996, n° 22, p. 202

[508] CABRILLAC (M.), et MOULY (CH.), Droit des sûretés, Litec, 2007, 8e éd., p. 532, n° 771

l'expression de gage-espèces de véritable « non-sens », car en pratique la sûreté porterait fréquemment sur la monnaie scripturale ou les soldes de comptes bancaires, rarement sur des espèces ou monnaie fiduciaire[509].

Ensuite, l'emploi de la notion même de « gage », est le point qui a suscité les plus vives discussions doctrinales. Plusieurs courants peuvent être distingués.

Un premier courant considère que le gage-espèces serait un gage[510]. Cependant, il y a une incohérence, voire une certaine aberration, à désigner une opération qui entraîne un transfert de propriété en se référant au gage. Proche de ce premier courant, des auteurs ont qualifié le gage-espèces de gage irrégulier[511]. En raison de la nature consomptible et fongible de la monnaie, le contrat emporte un transfert de propriété qui justifierait non pas une requalification en fiducie mais une adaptation des règles du gage. Pour ces auteurs, le transfert de propriété opéré ne serait pas de l'essence de la convention mais résulterait de la nature même de l'objet du contrat[512]. Des subtilités ont été mises en exergue par des membres de la doctrine qui suggèrent de retenir tantôt la qualification de gage, tantôt celle de nantissement, en fonction de la nature de l'assiette du gage-espèces. Pourtant, il existe une différence majeure entre les régimes du gage ou du nantissement et celui du "gage-espèces". Dans le cadre d'un gage ou d'un nantissement, à défaut de paiement à l'échéance, le créancier ne conservera pas la propriété des biens remis, à moins qu'un pacte commissoire ait été conclu. Cependant, l'efficacité de ce pacte commissoire peut être remise en cause par l'ouverture d'une procédure collective. Au contraire, dans le cadre du "gage-espèces" qui est constitutif d'une véritable cession fiduciaire[513], le créancier deviendra pleinement propriétaire à l'échéance de la garantie sans qu'aucune formalité particulière ne soit requise. Ainsi, un second courant doctrinal, majoritaire, et auquel nous nous rallions, qualifie le "gage-espèces" de fiducie[514].

---

[509] LARROUMET (CH.), note sous Com. 17 mai 1994 : D. 1995, p. 124

[510] SIMLER (PH.), et DELEBECQUE (PH.), Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière, Dalloz, 2009, 5e éd., p. 527, n° 633 et les références citées

[511] PLANIOL (M.) et RIPERT (G.), Traité pratique de droit civil français, Les sûretés réelles, LGDJ, 1927, 2e éd., t. XII, par BECQUE, p. 84, n° 77, renvoyant à LACOUR (L.) et BOUTERON (J.), Précis de droit commercial, vol. 2, Dalloz, 1925, p., n° 1575 ; SIMLER (PH.), et DELEBECQUE (PH.), *ibid*. ;

[512] BUREAU (D.), *« Le gage-espèces : une sûreté atteignant sa maturité ? »* : Droit & Patrimoine 1999, n° 77, p. 22

[513] V. notamment CROCQ (P.), *« La distinction du gage-espèces et du nantissement du solde d'un compte ou le retour de la fiducie-sûreté sans texte! »* : RTD civ. 2007, p. 373

[514] AYNES (L.), et CROCQ (P.), Les sûretés, La publicité foncière, Defrénois, 2006, 2e éd., p. 212, n° 505 ; CABRILLAC (M.), et MOULY (C.), Droit des sûretés, Litec, 2007, 8e éd., p. 532, n° 771 ; CABRILLAC (M.), *« Les sûretés conventionnelles sur l'argent »* : *in* Mélanges J. DERRUPPE, Ed. GLN-Joly et Litec, p. 335 ;

β *Les incertitudes jurisprudentielles*

361. – Par un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation du 20 avril 1901, les juges avaient décidé que *« la remise d'une somme d'argent [pouvait] être qualifiée de nantissement, alors même qu'elle ne [devait] pas être rendue dans les mêmes espèces, mais en même valeur »* [515]. Cependant, cette analyse avait été critiquée par le Conseiller Accarias qui considérait que la définition donnée du nantissement donnée par le Code civil était insatisfaisante dans la mesure où elle ne précise pas que le nantissement ne transfère par la propriété. S'appuyant alors sur les travaux de Pothier, qu'il qualifiait de *« meilleur interprète du Code civil »*[516], et notamment sur sa définition du contrat de nantissement *« par lequel un débiteur, ou un autre pour lui, donne au créancier une chose pour la détenir par devers lui pour la sûreté de sa créance, et le créancier s'oblige de la lui restituer après que sa créance aura été acquittée »*[517], il en a déduit que le créancier gagiste avait pour mission de détenir la chose et non d'en disposer. Une fois le paiement effectué par le débiteur, il n'a pas vocation à devenir propriétaire des biens qui lui ont été remis à titre de garantie, mais à les rendre. Il en conclut donc que *« dans l'espèce nous ne sommes pas en présence d'un véritable nantissement, mais d'un de ces innombrables contrats innommés auquel se réfère l'article 1107 du Code civil »*[518]. Il estime que les juges ont été conduits à retenir une telle qualification en raison d'une part de l'impossibilité pour le créancier de se servir des fonds, et d'autre part du but de la remise c'est-à-dire la garantie d'une dette. Pourtant, *« le vrai nantissement ne porte jamais que sur des corps certains, non sur des choses fongibles »*[519].

CROCQ (P.), Propriété et garantie, th. Paris II, LGDJ, 1995n° 43 et n° 306 ; LEDUC (F.), *« Le gage translatif de propriété : mythe ou réalité ? »* : RTD civ. 1995, p. 307 et spéc. p. 321

[515] Crim., 20 avril 1901 : D. 1901, I, 369, obs. du Conseiller A. A. ACCARIAS

[516] ACCARIAS (A. A.), obs. sous Crim., 20 avril 1901, *ibid*.

[517] POTHIER (R. J.), Traité du contrat de nantissement, article préliminaire, *in* Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle, par M. BUGNET, t. V, Ed. Cosse, Paris, 1847, p. 391

[518] V. en ce sens HUC (T.), Commentaire théorique et pratique du Code civil, tome XII : Mandat, cautionnement, transactions, contrainte par corps, gage et antichrèse, monts-de-piété, warrants, etc., Articles 1984 à 2091, Ed. Pichon, 1892-1903, p. 411 s., n° 357 s.

[519] ACCARIAS (A. A.), *ibid*.

362. – Les arrêts qui suivront, assez rares, n'auront pas tellement trait à la qualification à proprement parlé du "gage-espèces", ils concernent davantage le régime qui doit lui être appliqué. De l'analyse de cette jurisprudence, aucune construction d'ensemble satisfaisante ne peut être déduite. Plus précisément, le contentieux du "gage-espèces" a concerné son mode de réalisation.

Certains arrêts ont retenu qu'une telle sûreté devait être réalisée par la voie de la compensation entre la créance du remettant et celle du bénéficiaire de la remise. Par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 4 mai 1993[520], les juges ont décidé que la compensation entre le montant de la somme impayée par le débiteur au titre du contrat de prêt et les sommes remises à la banque à titre de garantie, aux motifs que *« par sa nature, le gage constitué en espèces ne soulève aucune difficulté quant à la fixation du juste prix et rend donc inutiles les deux modes classiques de réalisation du gage »* (vente aux enchères ou attribution judiciaire du gage), ce qui annihilait les dangers du pacte commissoire. Si dans cette décision, l'assimilation des mécanismes du pacte commissoire et de la compensation a pu être critiquée[521], elle a annoncé des solutions postérieures quelque peu contradictoires. L'année suivante, par un arrêt de la Chambre commerciale du 17 mai 1994[522], la Cour de cassation a retenu la compensation comme mode de réalisation du "gage-espèces", alors que par un arrêt du 9 avril 1996, la même formation a validé la *« stipulation d'attribution d'un gage constitué en espèces par le créancier, à due concurrence du défaut de paiement à échéance »*[523]. En revanche, l'arrêt du 3 juin 1997 rendu par Chambre commerciale de la Cour de cassation[524], sans assimiler le mécanisme du pacte commissoire à celui de la compensation, a décidé 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*

---

[520] CA Paris, 4 mai 1993, SCI Hôtelière Montparnasse c/ Banque Worms : Bull. Joly 1993. 861, note PH. DELEBECQUE

[521] DELEBECQUE (PH.), note sous CA Paris, 4 mai 1993, *ibid*.

[522] Com. 17 mai 1994, pourvoi n° 91-20.083 : Bull. 1994 IV n° 178 ; D. 1995, p. 124, note CH. LARROUMET

[523] Com. 9 avril 1996, pourvoi n° 93-17.370 : Bull. 1996 IV n° 116 ; D. Aff. 1996, p. 712 ; RDBB 1996, p. 117, obs. F.-J. CREDOT et Y. GERARD ; D. 1996, p. 399, note CH. LARROUMET ; D. 1996, somm., p. 385, obs. S. PIEDELIEVRE ; JCP E 1996, n° 22, p. 202, obs. A. BAC ; JCP G 1997 I 3991, n° 18, obs. PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE

[524] Com. 3 juin 1997, pourvoi n° 95-13.365 : Bull. 1997 IV n° 165 ; RTD com. 1997, p. 663, note M. CABRILLAC ; RTD com. 1997, p. 686, note A. MARTIN-SERF ; JCP G 1997 II 2289, rapport de J.-P. REMERY ; D. 1998, somm., p. 104, obs. S. PIEDELIEVRE ; D. 1998, p. 61, note J. FRANCOIS

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 ». Par cette formule, c'est implicitement que la Cour a reconnu au "gage-espèces" la qualification de fiducie-sûreté et explicitement le mode de réalisation qui en découle, à savoir la compensation.

Elle aura l'occasion de réaffirmer la qualification de cession fiduciaire du "gage-espèces" par un arrêt de la Chambre commerciale du 6 février 2007[525]. Dans cette espèce, des époux, titulaires de plusieurs comptes bancaires avaient affecté à titre de garantie le solde créditeur de l'un de ses comptes au profit de leur banque. Par une lettre, les clients avaient autorisé la banque à procéder à la compensation en paiement des sommes dues. Contestant par la suite la compensation effectuée par la banque, les époux l'assignent pour en obtenir l'annulation et solliciter *« la restitution de la créance nantie »*, aux motifs qu'il s'agissait d'un nantissement et que par voie de conséquence, la sûreté ne pouvait être réalisée que par une autorisation judiciaire. La Cour d'appel a rejeté leur demande aux motifs que la dépossession des sommes par leur remise à un compte bloqué ouvert au nom du constituant avait emporté un transfert de propriété au profit du créancier. La Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence antérieure. En rejetant l'application des anciens articles 2075 et 2078 du Code civil relatifs au nantissement, elle a décidé, par une formule pour le moins ambigüe et assez contestable, que *« le nantissement portait sur un gage-espèces et non sur une créance de restitution »*, aux motifs que *« les sommes nanties devaient être transférées à un compte impersonnel, purement interne à la banque ouvert au nom [du constituant] pour la seule commodité des écritures (…) »*, et que *« l'autorisation irrévocable [des clients] de prélever à tout moment les intérêts et les capitaux des sommes nanties afin de régulariser le règlement des créances de la banque »* avait eu pour effet de transférer à la banque la propriété des sommes nanties. La Cour de cassation s'est prononcée, comme par le passé, en consacrant timidement mais de manière indubitable le transfert fiduciaire portant sur des espèces, balayant ainsi les doutes et les inquiétudes qui avaient pu naître à la suite de l'arrêt, rendu quelques mois auparavant par la Chambre

[525] Com. 6 février 2007, pourvoi n° 05-16.649 : RTD civ. 2007, p. 373, obs. P. CROCQ ; RDBF 2007, n° 3, p. 19, note D. LEGEAIS ; RLDC 2007, n° 39, p. 25, note D. LEGEAIS ; RDC 2008/2, p. 425, note A. AYNES ; Droit & Patrimoine 2008, n° 166, p. 93, obs. PH. DUPICHOT ET L. AYNES

commerciale de la Cour de cassation le 19 décembre 2006[526]. Les réprobations quasi unanimes de l'ensemble de la doctrine étaient nées de ce que les juges avaient requalifié des cessions de créance à titre de garantie en nantissement.

Le débat jurisprudentiel est-il clos ? La consécration de la fiducie par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 le laisse penser.

b- Le "gage-espèces" à l'épreuve des réformes

363. – La succession des réformes intervenues en matière de garanties sur biens immatériels financiers a contribué à rendre le sort du "gage-espèces" assez incertain. En effet, l'ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005 a d'abord consacré la cession fiduciaire d'une remise de sommes d'argent à titre de garantie, puis l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 réformant les sûretés n'a pas porté à terme les espoirs fondés par les travaux de la Commission Grimaldi. Toutes les attentes se fondent désormais sur la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 qui a consacré la fiducie en droit français.

364. – L'expression de "gage-espèces" n'a jamais été employée en tant que telle par le législateur, même si l'ancien 832 du Code de procédure civile de 1806[527], aujourd'hui abrogé, évoquait un *« nantissement en argent »*, mais vraisemblablement pour désigner un cautionnement. L'article L. 431-3 du Code monétaire et financier, dont la rédaction était issue de l'ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005 simplifiant les procédures de constitution et de réalisation des contrats de garantie financière,

---

[526] Com. 19 déc. 2006, pourvoi n° 05-16.395 ; D. 2007, p. 76, obs. X. DELPECH ; D. 2007, p. 344, note CH. LARROUMET ; D. 2007, p. 319, note R. DAMMAN et G. PODEUR ; Banque 2007, n° 689, p. 75, obs. J.-L. GUILLOT ; JCP E 2007 I 1131, note D. LEGEAIS ; RTD civ. 2007, p. 160, obs. P. CROCQ ; RLDC 2007, n° 36, p. 29, note D. HOUTCIEFF ; RLDC 2007, n° 35, p. 38, note J.-J. ANSAULT ; Defrén. 2007, p. 448, obs. E. SAVAUX ; RDBF 2007, p. 13, obs. F. CREDOT et T. SAMIN ; *Adde* AYNES (L.), *« La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? »* : D. 2007, p. 961 ; DANOS (F.), *« Cession de créance à titre de garantie : rejet prétorien d'une généralisation à raison d'une validation législative limitée »* : LPA 2007, n° 143, p. 22

[527] L'ancien article 832 du Code de procédure civile a été modifié par l'article 54 de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 portant réforme des sûretés, et abrogé par l'article 166 du décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006 relatif aux procédures de saisie immobilière et de distribution du prix d'un immeuble, publié au JO du 29 juillet 2006 et entré en vigueur le 1er janvier 2007

aujourd'hui codifié à l'article L. 211-38 du Code monétaire et financier[528] précise qu' *« à titre de garantie des obligations financières présentes ou futures (…), les parties peuvent prévoir des remises en pleine propriété, opposables aux tiers sans formalités, d'instruments financiers, effets, créances, contrats ou sommes d'argent, ou la constitution de sûretés sur de tels biens ou droits (…) »*. Toutefois, s'intéressant aux règles de constitution de la sûreté qui n'est soumise à aucune formalité particulière, les dispositions du Code monétaire et financier ne constituent pas, contrairement à l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 et à la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, le droit commun du "gage-espèces".

365. – L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés offrait une belle occasion de légiférer sur les sûretés sur sommes d'argent. Elle aurait pu saisir l'opportunité qui lui était donnée de consacrer un régime uniforme.

366. – Les travaux de la Commission Grimaldi avaient proposé un cadre juridique au gage-espèces, sans pour autant mentionner l'expression, et ce, dans un souci de clarification. Jugée insuffisante et imprécise, les membres de la Commission avaient opté pour une classification, et non pour une définition, afin de laisser aux parties une plus grande liberté de choix[529]. Néanmoins, il ressortait des travaux qu'il existait quatre sortes de "gage-espèces" : le transfert de monnaie fiduciaire à titre de garantie, la remise de monnaie scripturale par le constituant au créancier, l'affectation du solde d'un compte en cours de fonctionnement et enfin l'affectation de sommes isolées sur un compte bloqué.

La classification proposée par la Commission Grimaldi était binaire avec d'un côté la monnaie fiduciaire et de l'autre la monnaie scripturale entendue dans une acception large. Pour la première espèce de monnaie, considérée comme un bien meuble corporel et fongible, il était prévu qu'elle relève du régime du gage de choses

---

[528] Cette nouvelle codification résulte de la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, publiée au JO du 13 mai 2009

[529] SYNVET (H.), *« Les insuffisances du droit positif et les réformes proposées par le groupe de travail Grimaldi »*, Rapport du Colloque AEDBF-France « Gage-espèces, nantissement de compte bancaire, faut-il réformer les sûretés sur sommes d'argent ? », 23 janvier 2006

fongibles qui, peut s'accompagner d'un transfert de propriété[530]. Pour la seconde espèce de monnaie, deux situations doivent être distinguées selon que l'objet de la sûreté est un solde de compte bancaire en cours de fonctionnement ou bloqué, ou un virement ou une remise de chèque. L'avant-projet préconisait qu'en présence d'une garantie ayant pour assiette le solde d'un compte en cours de fonctionnement, les règles relatives au nantissement de créances devaient s'appliquer, alors que l'affectation de fonds sur un compte bloqué devait relever du nantissement de monnaie scripturale, et enfin la remise d'un chèque ou le virement effectué à titre de garantie de la future fiducie.

L'avant-projet avait prévu, d'ailleurs, une section consacrée au nantissement de monnaie scripturale, alors envisagée comme une variété du nantissement et définie comme la convention par laquelle le constituant affecte en garantie des fonds inscrits sur un compte bloqué ouvert à son nom auprès d'un établissement habilité à les recevoir. Cependant, l'ordonnance a préféré de ne pas retenir cette proposition et a laissé à la loi sur la fiducie le soin de traiter de la monnaie scripturale.

367. – Un arrêt rendu par la Cour d'appel de Reims du 5 avril 2006[531] a confirmé ce courant selon lequel les sommes affectées à un compte bloqué au profit d'un créancier mais ouvert au nom du constituant, constitue une propriété-sûreté. En l'espèce, la sûreté offerte par une société cliente à la banque avait pour assiette différents biens immatériels financiers, dont des cessions Dailly affectées à un compte bloqué. Dans le cadre de la liquidation judiciaire du débiteur, la banque avait déclarée sa créance et quelques mois plus tard avait procédé à son actualisation en faisant apparaître une compensation entre sa créance et les soldes débiteurs précédemment déclarés. Le mandataire liquidateur a contesté cette compensation et a obtenu gain de cause en première instance. La banque a interjeté appel de la décision. La Cour d'appel de Reims a alors décidé que la société cliente avait expressément autorisé la banque à opérer une compensation au fur et à mesure du dénouement des opérations de mobilisation des créances ainsi que de tous ses engagements vis-à-vis de la banque. Par voie de conséquence, en retenant que la banque n'avait pas à déclarer la créance du

---

[530] Article 2341 alinéa 2 du Code civil dispose que *« Si la convention dispense le créancier de cette obligation [de tenir des choses fongibles séparées des choses de même nature qui lui appartiennent], il acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes. »*

[531] CA Reims, 5 avril 2006 : RDBF 2006, n° 6, p. 21, obs. D. LEGEAIS ; Banque & droit 2007, n° 115, p. 50, obs. J.-L. GUILLOT

solde du compte bloqué, les juges ont écarté l'application des dispositions de l'ancien article 2075 du Code civil, en vertu duquel *« lorsque le gage s'établit sur des meubles incorporels, tels que les créances mobilières, l'acte authentique ou sous seing privé dûment enregistré, est signifié au débiteur de la créance donnée en gage, ou accepté par lui dans un acte authentique »*. Si la qualification de convention de gage pouvait être jugée acceptable dans la mesure où la prohibition du pacte commissoire était sans effet sur le gage-espèces, les parties étant alors libres de prévoir conventionnellement que le créancier pouvait s'attribuer en pleine propriété les sommes affectées, sans autorisation judiciaire préalable, il n'en demeure pas moins que fondamentalement, le remise de sommes en pleine propriété à titre de garantie est une fiducie-sûreté. La loi n° 2007-211 du 19 février 2007 est venue conforter le sort du "gage-espèces", en améliorant la situation du créancier bénéficiaire puisqu'avant la réforme, celui-ci ne pouvait pas profiter du pacte commissoire en cas d'ouverture d'une procédure collective.

368. – Gage sur choses fongibles, nantissement de créances, fiducie, le moins qu'on puisse dire c'est que le sort du "gage-espèces" au moment de la consécration par la loi n° 2007-211 du 19 février de la fiducie était des plus incertains et des plus ambigus.

369. – Nous avons déjà exposé les raisons pour lesquelles le nantissement de créances et le gage sur choses fongibles nous semblent foncièrement inadaptés à la mise en garantie des biens immatériels financiers, qu'il s'agisse de la distinction contestable relative à la terminologie qui veut que le gage porte exclusivement sur un bien corporel[532] et le nantissement sur un bien incorporel[533], ou de l'hérésie qui consiste à assimiler l'une ou l'autre de ces sûretés à un transfert de propriété alors que tout transfert de biens à titre de garantie en pleine propriété ne peut qu'être valablement qualifié de fiducie-sûreté et voir l'application des articles 2011 et suivants du Code civil.

[532] Article 2329 du Code civil
[533] Article 2355 du Code civil

370. – L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 n'a finalement pas apporté au "gage-espèces" les clarifications attendues. La sûreté demeure encore dans les incertitudes tant du point de vue de sa terminologie que de son régime. De sorte que, la jurisprudence semble devoir conserver pour quelques temps encore toute sa force. Néanmoins, les vœux de voir cette sûreté disparaître pour être absorbée par la fiducie-sûreté ne peuvent qu'être renouvelés.

2) La cession de créance à titre de garantie

371. – En vertu de la liberté contractuelle, il subsistera à côté de la fiducie consacrée par le Code civil, une autre sorte de *« fiducie innommée à effets restreints »*[534], la cession de créances à titre de garantie de droit commun ou celle qui concerne les créances professionnelles, également appelée cession Dailly. Définie comme *« la convention en vertu de laquelle le créancier cédant transmet au cessionnaire sa créance contre le débiteur cédé »*[535], la cession de créance est un mécanisme fréquemment utilisé en pratique que ce soit à des fins de paiement, de crédit ou de garantie. Autorisée par le Code monétaire et financier qui a codifié, aux articles L. 313-24 et suivants, la loi Dailly du 2 janvier 1981 facilitant le crédit aux entreprises, et par le Code civil dans le cadre d'une fiducie à l'article 2018-2, la cession de créance à titre de garantie relevant du droit commun a été condamnée par la Cour de cassation. Pourtant, quel que soit l'objet de la cession de créance, qu'il s'agisse de la cession de droit commun utilisée à des fins de sûretés **(a)** ou la cession Dailly **(b)**, l'opération entraîne indubitablement une cession fiduciaire.

a- La cession de créance de droit commun à titre de garantie systématiquement requalifiée en nantissement de créances

372. – Pour être valable, la cession de droit commun doit respecter les formalités strictes imposées par l'article 1690 du Code civil, lequel exige la signification de l'acte au débiteur ou son acceptation dans un acte authentique. Si une cession de créance obéit

---

[534] AYNES (L.), *« La cession de créance à titre de garantie : quel avenir ? »* : D. 2007, p. 961
[535] CORNU (G.), Vocabulaire juridique, Ed. PUF, *V° Cession de créance*

à ces formalités d'opposabilité, rien ne semble s'opposer *a priori* – au nom de la liberté contractuelle – à ce que les parties utilisent cette technique à des fins de garantie.

373. – Pourtant, à deux reprises la Cour de cassation a refusé de reconnaître l'autonomie de la cession de créance à titre de garantie, en la requalifiant de nantissement de créance.

Par le premier arrêt, rompant alors avec la jurisprudence antérieure, les juges de la Chambre commerciale de la Cour de cassation ont décidé, le 19 décembre 2006, qu' *« en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créances »*[536]. La décision a été largement critiquée notamment par une doctrine majoritaire qui soutenait que l'avènement de la fiducie-sûreté serait de nature à modifier la solution.

374. – Postérieurement à cette décision, et malgré la consécration de la fiducie par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a réitéré sa solution, par un second arrêt du 26 mai 2010. En l'espèce, était encore en cause la détermination de la nature d'une cession de loyers consentie à titre de garantie par une société qui avait contracté un prêt en vue de l'acquisition d'un bien immobilier destiné à la location. Les parties avaient convenu que le locataire, à qui la cession avait été signifiée, verserait directement entre les mains de l'établissement de crédit les loyers à venir. Cependant, à compter du jugement d'ouverture du redressement judiciaire de l'emprunteur, le locataire a décidé d'exécuter son paiement entre les mains des organes de la procédure. Le créancier a assigné en responsabilité le liquidateur qui avait refuse de lui reverser les loyers. La Cour d'appel de Paris l'a débouté en relevant que la cession des créances de loyers à exécution successive était soumise, du moins pour les loyers à échoir postérieurement à l'ouverture d'une procédure collective, aux règles de cette procédure de sorte que les loyers du dernier trimestre avaient été justement payés entre les mains des organes de la procédure. Les juges de cassation ont censuré l'analyse au motif que les juges du fond n'avaient pas tiré

---

[536] Com. 19 déc. 2006 : D. 2007, p. 76, obs. X. DELPECH, et p. 344, note C. LARROUMET ; JCP E 2007. 1131, note D. LEGEAIS ; RTD civ. 2007, p. 160, obs. P. CROCQ

les conséquences légales de leurs constatations, à savoir que la cession de loyers était intervenue *« à titre de sûreté complémentaire pour garantir le paiement de toutes les sommes dues en vertu des présentes »*. Aux visas de l'article 1690 mais surtout des articles 2071, 2073 et 2075 du Code civil relatifs au nantissement dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance du 23 mars 2006, la Cour de cassation a requalifié l'opération en nantissement.

375. – La décision est opportune car elle a conféré au créancier nanti une situation d'exclusivité opposable aux tiers et notamment à la procédure collective du débiteur. Certains ont souligné que la Cour avait *« [fait] produire effet par avance effet aux dispositions relatives au nantissement de créance »* telles qu'elles résultent de l'article 2363 du Code civil, dont la rédaction est issue de l'ordonnance du 23 mars 2006, de sorte qu'on a pu s'interroger sur l'absolutisme du nantissement de créance notifié[537]. En effet, selon l'article 2363 du Code civil, *« après notification, seul le créancier nanti reçoit valablement paiement de la créance donnée en nantissement tant en capital qu'en intérêts »*. Bénéficiant, avant la réforme, d'un droit de préférence, il semblerait que le créancier nanti se voit désormais reconnaître un droit exclusif au paiement de sa créance et ce, grâce à la notification de l'acte de cession, ce qui lui permet de faire échec au principe de l'interdiction des poursuites individuelles dirigées contre un débiteur défaillant. L'interprétation de cet article a pourtant été discutée. Pour le Professeur Philippe Théry[538], l'article 2363 du Code civil n'aurait pour dessein que celui de *« régler les rapports du débiteur de la créance nantie avec les parties au contrat de nantissement »*. Pourtant, pour reconnaître au bénéficiaire de cette créance un droit exclusif au paiement opposable à la liquidation judiciaire du débiteur, il faut admettre que les dispositions de l'article 2363 ne se contentent pas de régler les rapports entres les seules parties au contrat de nantissement. Le régime du nantissement de créance se rapproche alors à la fois de la cession de créances professionnelles (cession Dailly) et de la fiducie-sûreté telle qu'elle a été prévue par les articles 2011 et suivants du Code civil. La position du créancier est particulièrement avantageuse et *« enviable »*[539], puisqu'il se voit reconnaître non plus un simple droit de préférence qui

---

[537] Référence à l'intitulé de la note de M.-E. MATHIEU, *« Le nantissement de créances notifié : une sûreté devenue absolue ? »*, obs. sous Com. 26 mai 2010 : RDBF 2010, n° 5, p. 19

[538] THERY (PH.), obs. sous Com. 19 déc. 2006 : Defrénois 2008, art. 38726, p. 414 s., spéc. pp. 417 et 418.

[539] BORGA (N.), *« L'attrait d'une cession fiduciaire requalifiée »* : D. 2010, p. 2201

lui permet d'être payé avant les créanciers chirographaires mais un véritable droit exclusif au paiement. Certains avait déjà souligné que l'article 2364 alinéa 2 du Code civil avait mis en place un droit de rétention au profit du créancier bénéficiaire d'un nantissement de créance[540]. En outre, en vertu de la nature fongible du bien nanti, le créancier impayé est en droit d'affecter *« les fonds au remboursement de sa créance dans la limite des sommes impayées »*, par application du mécanisme de la compensation.

376. – Dans l'hypothèse où la sûreté a pour assiette une créance ou tout autre bien immatériel financier, l'opération doit être nécessairement requalifiée en fiducie, ou tout du moins en fiducie innommée, car *« il faut laisser aux parties (…) la liberté de recourir aux cessions fiduciaires à titre de garantie plus légères que celles des articles 2011 et suivants, sans patrimoine d'affectation »*[541], tant il est vrai que les formalités de création du patrimoine d'affection sont lourdes[542].

377. – En effet, sur le plan théorique, la présente décision est pour le moins contestable. Il existe tout d'abord une antinomie à dénommer une même opération en visant à la fois une cession de créance et un nantissement. Même si les deux mécanismes obéissent à un formalisme identique, à savoir la notification (à ceci près que pour la cession de créance, il doit s'agir plus précisément d'une signification), ils entraînent pour le créancier des prérogatives très différentes. Alors que la cession de créance lui confère un droit exclusif, le nantissement de créance ne lui octroie un droit de préférence. Contrairement au nantissement de créance, la cession de créance opère un transfert de propriété du bien, objet de la garantie, qui se retrouve dans le patrimoine du créancier.

Ils entraînent aussi, par voie de conséquence, des effets très différents en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur. Le créancier nanti insatisfait est, dans une telle hypothèse, échappe au concours des autres créanciers (ou de certaines catégories de créanciers) dans la distribution du prix de vente des biens du débiteurs et est payé avant ceux auxquels ils sont préférés[543]. Au contraire, comme la

---

[540] AYNES (A.), *« La consécration légale des droits de rétention »* : D. 2006, p. 1301 s., spéc. n° 5
[541] GRIMALDI (M.), et DAMMAN (R.), *« La fiducie sur ordonnances »* : D. 2009, p. 670 s.
[542] DUPICHOT (PH.), note sous Com. 26 mai 2010 : Droit & Patrimoine 2010, n° 195, p. 97
[543] CORNU (G.), Vocabulaire juridique, PUF, 2000, *V° Préférence (droit de)*

cession de créance transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée, et qu'elle est sortie du patrimoine du cédant, son paiement n'est pas affecté par l'ouverture d'une procédure collective ouverte à l'encontre de celui-ci postérieurement à cette date[544]. Une telle solution s'explique par le fait que, même si le contrat est à exécution successive, le bien, objet du contrat, a déjà quitté le patrimoine du débiteur.

378. – Eu égard à toutes ces observations, la cession de créances à titre de garantie, en tant qu'opération translative, devrait échapper à l'article 1690 du Code civil et être requalifiée en fiducie, plus adaptée. D'autant que l'article 2018-2 du Code civil envisage le sort de la cession de créance réalisée dans le cadre d'une fiducie. Doit-on y voir la fin de la prohibition de la cession de créance à titre de garantie[545] ? Nous le souhaitons.

b- La cession de créances professionnelles

379. – La cession de créances professionnelles a été créée par la loi n° 81-1 du 2 janvier 1984, dite loi « Dailly », aujourd'hui codifiée aux articles L. 313-23 et suivants du Code monétaire et financier. Elle est une garantie bancaire particulièrement importante et efficace pour le créancier-cessionnaire qui ne subi pas les affres d'une procédure collective ouverte à l'encontre de son débiteur.

L'opération consiste pour l'emprunteur (le cédant) à transférer à son créancier (le cessionnaire) la propriété d'une créance qu'il détient à l'encontre d'un tiers et ce, afin de garantir le remboursement du crédit. Elle est réservée aux personnes physiques ou morales exerçant une activité professionnelle ainsi qu'aux établissements bancaires et doit, en outre, obéir à un formalisme strict à peine de nullité (telles que les mentions obligatoires).

La cession Dailly a été la première garantie fondée sur le droit de propriété et a, en quelque sorte, *« contribué à acclimater la fiducie dans notre droit »*[546]. Cependant,

---

[544] V. en ce sens Com. 22 nov. 2005 : Bull. IV n° 230, à propos d'une cession de créances professionnelles, mais le raisonnement par analogie est permis (V. PEROCHON (F.) et BONHOMME (R.), Entreprises en difficulté et instruments de crédit et de paiement, LGDJ, 2009, 8e éd., n° 777-2)

[545] Cf. ADELLE (J.-F.), *« L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie de droit commun ? »* : RDBF 2007/3, p. 48

[546] *V° Cession et nantissement de créances professionnelles*, Rép. com. Dalloz, par D. LEGEAIS, spéc. n° 3

ce mécanisme est-il en passe d'être absorbé par la fiducie-sûreté nouvellement consacrée par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 ?

Certains se sont posés la question et ont répondu par la négative en estimant que le transfert de propriété des créances cédées à titre de garantie par bordereau Dailly présente encore des avantages par rapport à la fiducie-sûreté[547], laquelle ne suffirait pas *« à valider, de manière générale, la cession de créance à titre de garantie »*[548]. Le principal argument invoqué est relatif au transfert de propriété qui se ferait *ab initio* pour la cession Dailly, conformément aux dispositions de l'article L. 313-24 du Code monétaire et financier, de telle sorte que *« dès la remise du bordereau, le cessionnaire dispose[rait] d'un droit de propriété sur les créances cédées, opposable aux tiers »*[549].

S'il est vrai qu'actuellement le mécanisme de la fiducie-sûreté souffre de quelques inconvénients liés à son formalisme lourd qui doit impérativement être allégé, elle dispose d'avantages similaires, notamment le transfert de propriété qui s'opère dès la conclusion du contrat même si le fiduciaire est un propriétaire obligé[550].

§2. La consécration légale de la reine des sûretés réelles conventionnelles[551]

380. – Depuis que la fiducie-sûreté a été consacrée par le législateur français par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007[552] et que son régime a été amélioré par trois réformes successives[553], la fiducie-sûreté est plus à même de rivaliser avec les autres sûretés réelles conventionnelles. La comparaison se limitera toutefois aux sûretés susceptibles d'avoir pour assiette des biens immatériels : le gage, le nantissement (de créances et d'instruments financiers) et la cession Dailly. A travers les conditions de

---

[547] BLOCH (P.), *« Vers un renforcement de la cession de créances à titre de garantie ? »*, in Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : Mélanges en l'honneur de DANIEL TRICOT, Litec-Dalloz, 2011, p. 3 s.

[548] *Ibid.* et les références citées

[549] *Ibid.*

[550] V. infra n° 417 s.

[551] Le titre de « reine des sûretés » a été attribué tour à tour à l'hypothèque, au cautionnement, à la clause de réserve de propriété, et désormais à la fiducie. V. CERLES (A.), *« La propriété, nouvelle reine des sûretés »* : Mélanges VASSEUR, Banque éditeur, 2000, p. 39

[552] Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, publiée au JO du 21 février, p. 3052

[553] Il y a eu successivement la loi n° 2008-776 de modernisation de l'économie, dite LME, publiée au JO du 5 août, p. 12471 ; l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, publiée au JO du 19 décembre, p. 19462 ; l'ordonnance n° 2008-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, publiée au JO du 31 décembre, p. 1854

constitution et d'existence d'une part **(A)**, puis les conditions de réalisation d'autre part **(B)**, nous verrons que la fiducie-sûreté est véritablement promise à détrôner les sûretés concurrentes.

A. La concurrence exercée par les autres sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels financiers

381. – La concurrence que se livrent, ou sont amenées à se livrer, les sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels financiers, concerne tant leurs conditions de constitution **(1)** que les effets susceptibles d'être engendrés par l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur avant l'échéance de la créance **(2)**.

1) La concurrence quant aux conditions de constitution

382. – Comme pour les autres sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels, la fiducie-sûreté peut porter sur toutes sortes de créances, civiles ou professionnelles, présentes ou futures. En revanche, elle va se démarquer des autres sûretés tant en ce qui concerne le champ d'application rationae personae **(a)**, que l'écrit **(b)** ou les règles d'opposabilité et de publicité **(c)**.

a- Le champ d'application rationae personae

383. – A condition d'être propriétaire du bien, toute personne peut constituer une sûreté réelle en donnant au créancier un ou plusieurs biens en garantie de son paiement. En revanche, le législateur a parfois restreint la liste des créanciers bénéficiaires de cette sûreté, à la fois pour la cession de créance à titre professionnel (cession Dailly) et pour la fiducie. En effet, concernant cette dernière, l'article 2015 du Code civil prévoit que seuls les établissements de crédit, les entreprises d'investissement, les compagnies d'assurance, les établissements assimilés ou les avocats, peuvent avoir la qualité de fiduciaire. Cependant, il sera toujours possible pour un créancier n'appartenant pas à l'une des catégories visées de constituer une sûreté avec entiercement. L'hypothèse est la suivante : le créancier fera appel à l'une des personnes répondant aux exigences légales qui jouera le rôle de fiduciaire ; et lui se fera désigner comme bénéficiaire de la

garantie. La limitation du champ d'application rationae personae en matière de fiducie-sûreté n'est donc pas aussi restrictive qu'il n'y paraît.

b- L'écrit

384. – Les formalités qui l'entourent témoignent, au premier abord, d'une certaine lourdeur dénoncée par bon nombre d'auteurs qui pensent que ces formalités constituent un frein majeur à l'utilisation de la fiducie et à sa généralisation en pratique. Il est vrai que le plus souvent ces formalités sont sanctionnées par la nullité de l'acte.
La fiducie doit être établie par contrat[554], et même si le législateur ne l'a pas exigé expressément, il semblerait que ce contrat doive être impérativement rédigé par écrit. Cela résulte des articles 2018 et 2019 du Code civil qui imposent respectivement, à titre de nullité, la détermination de six mentions obligatoires et l'enregistrement du contrat de fiducie. Par ailleurs, pour les biens qui dépendent d'une communauté entre époux ou d'une indivision, l'article 2012 alinéa 2 exige la rédaction d'un acte notarié.

385. – En matière de cession Dailly, plusieurs mentions sont requises par l'alinéa 3 de l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier à peine de disqualification de l'acte en cession de créances de droit commun régie par l'article 1690 du Code civil ou en nantissement de créances : la dénomination du titre, la mention que l'acte est soumis aux dispositions des articles L. 313-23 à L. 313-44 du Code monétaire et financier, la mention du nom ou de la dénomination sociale de l'établissement de crédit bénéficiaire de la cession ; la désignation ou l'individualisation des créances cédées ou données en nantissement ou des éléments susceptibles d'effectuer cette désignation ou cette individualisation, notamment par l'indication du débiteur, du lieu de paiement, du montant des créances ou de leur évaluation et, s'il y a lieu, de leur échéance. Toutefois, lorsque la cession des créances professionnelles est effectuée par un procédé informatique permettant de les identifier, le bordereau peut se contenter des trois premières mentions avec, en outre, l'indication du moyen par lequel elles ont été transmises, leur nombre et leur montant global.

---

[554] Article 2012 du Code civil

386. – La simplicité du formalisme contraste avec l'exigence de la jurisprudence qui, à plusieurs reprises, a appliqué avec sévérité les dispositions de l'article L. 313-23 du Code monétaire et financier, en annulant l'acte pour irrégularité de forme, dès lors que l'une des mentions faisait défaut ou était imprécise. Ainsi, les juges de la Chambre commerciale de la Cour de cassation ont-il, par arrêt du 23 octobre 2001, cassé sans renvoi une décision d'une Cour d'appel qui n'avait pas constaté que le bordereau ne comportait ni le nom, ni la dénomination sociale de l'établissement de crédit bénéficiaire[555].

387. – En outre, l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés a transformé le contrat de gage initialement réel en contrat solennel. Désormais, l'article 2336 du Code civil précise que le contrat de gage est *« parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la qualité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature »*. D'autres formalités ont été également prévues pour le contrat de nantissement qui, d'après les prescriptions de l'article 2356 du Code civil, doit être conclu par écrit à peine de nullité. L'article poursuit en imposant que les créances garanties et nanties soient désignées dans l'acte et que, lorsqu'elles sont futures, l'acte permette leur individualisation ou contienne 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.

388. – Pour le contrat de fiducie, il y a une différence de degré car les mentions obligatoires exigées ne répondent pas seulement au principe de spécialité de la créance, comme souvent dans les autres sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels, elles s'imposent par rapport à la mission du fiduciaire qui dispose d'un droit de propriété avec charge sur les biens transmis à titre de garantie.

c- L'opposabilité et la publicité

389. – L'efficacité effective de toute sûreté réelle conventionnelle dépend de son opposabilité aux tiers, qui résulte généralement d'une mesure de publicité – telle une

---

[555] Com. 21 octobre 2001 : Bull. civ. IV, n° 172 ; D. 2001, AJ, p. 3430, obs. A. LIENHARD ; RTD com. 2002, p. 141, obs. M. CABRILLAC ; RDBF 2000, p.1 75, n° 56, obs. A. CERLES

inscription sur un registre à l'instar du gage – ou d'une dépossession[556]. Une opposabilité du débiteur peut également être prévue qui est réalisée par la notification de l'acte. En matière de cession Dailly, la notification au débiteur est facultative. L'article L. 313-27 du Code monétaire et financier l'a envisagé comme une mesure de protection à la disposition du cessionnaire qui interdit au débiteur de payer le cédant. Au contraire, lorsque la cession de créance est réalisée dans le cadre d'une fiducie, le législateur a fait de la notification du contrat de fiducie au débiteur une formalité obligatoire[557]. Pour le nantissement, l'article 2362 du Code civil offre un choix entre l'opposabilité au débiteur par notification ou par son intervention à l'acte.

390. – En matière de mise en garantie de créances, les créanciers pourraient être tout naturellement amenés à choisir la fiducie. En revanche, bon nombre d'auteurs ont regretté que le Registre national des fiducies ne soit pas doté d'une véritable fonction de publicité, à l'instar du registre créé par le décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du Code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession[558].

2) La concurrence quant aux effets provoqués par l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur avant l'échéance de la créance

391. – Afin de reconstituer les actifs du débiteur au cours de la période qui précède le jugement d'ouverture de la procédure de redressement judiciaire, le législateur a mis en place des règles visant à annuler des actes intervenus depuis la date de cessation des paiements, les nullités de la période suspecte.

392. – L'article L. 632-1-I, 6°, du Code de commerce annule les hypothèques, tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées. Sont ainsi visées les seules sûretés dont la constitution

---

[556] Article 2337 du Code civil qui offre une option : soit le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite (par l'inscription sur un registre spécial conformément aux dispositions de l'article 2338 du Code civil) ou par la dépossession du bien réalisée entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu.
[557] Article 2018-2 du Code civil
[558] D. n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du Code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession, publié au JO du 31 décembre 2006

définitive est intervenue au cours de la période suspecte, à l'exclusion donc de toutes celles qui sont nées valablement avant la cessation des paiements.

393. – Les juges ont hésité quant au sort qu'il fallait réserver à la cession de créances professionnelles en garantie de dettes antérieures. Par un arrêt de la Chambre commerciale du 28 mai 1996, la Cour de cassation a décidé que *« la cession de créances consentie dans les formes de la loi du 2 janvier 1981, transfère au cessionnaire la propriété de la créance cédée, même lorsqu'elle est effectuée en vue de garantir le paiement du solde d'un compte courant et sans stipulation d'un prix de sorte qu'une telle cession n'est pas une constitution d'un droit de nantissement sur un bien du débiteur »*[559]. N'étant pas mentionnée par le texte, la cession Dailly échapperait à la nullité. Cependant, depuis les nouvelles dispositions introduites par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, le principe jurisprudentiel est devenu discutable. En effet, l'ordonnance a modifié l'ancien article L. 632-1, 9°, du Code de commerce dont la rédaction était issue de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 qui prescrivait l'annulation de *« tout transfert de biens ou de droits dans un patrimoine fiduciaire en application des articles 2011 et suivants du Code civil »*. En supprimant la référence aux articles 2011 et suivants du Code civil, le nouvel article L. 632-1, 9°, du Code de commerce a, d'une part, aligné le régime de la fiducie-sûreté sur les autres sûretés réelles conventionnelles, à moins qu'elle n'ait été contractée concomitamment à la dette, et a, d'autre part, élargi son domaine d'application pour y inclure les cessions Dailly. Seront donc annulées toutes les fiducies constituées à titre de garantie d'une créance antérieure. La solution posée vaut également pour les avenants du contrat de fiducie-sûreté[560] qui viendraient garantir des créances initialement non garanties par le contrat de fiducie et contractées avant la date de l'avenant. Autrement dit, si l'avenant garantit une dette née concomitamment, il ne sera pas affecté par la nullité de droit de la période suspecte, ce qui ne porte atteinte à la validité des fiducies-sûretés rechargeables.

394. – Une autre mesure législative traite à égalité les créanciers munis de sûretés réelles conventionnelles. L'article L. 650-1 du Code de commerce ne distingue

---

[559] Com. 28 mai 1996, pourvoi n° 94-10.361 ; *Comp*. Com. 7 décembre 2004, pourvoi n° : 01-14299 : RTD com. 2005, p. 155, obs. D. LEGEAIS ; D. 2005, p. 230, note CH. LARROUMET ; D. 2005, act., p. 77, obs. A. LIENHARD

[560] Article L. 632-1, 10°, du Code de commerce

pas selon la nature des sûretés concernées par la responsabilité qui est encourue par les créanciers lorsqu'ils ont consenti des concours à un débiteur en procédure collective (sauvegarde, redressement ou liquidation judiciaire) et pour lesquels des garanties disproportionnées ont été prises en contrepartie de ces concours.

B. La supériorité absolue de la fiducie-sûreté relativement aux conditions de réalisation de la sûreté réelle

395. – Toutes les vertus de la fiducie-sûreté se manifestent lors de sa mise en œuvre, lorsqu'en dehors **(1)** ou dans le cadre d'une procédure collective du débiteur **(2)**, le créancier n'aura pas obtenu satisfaction de sa créance à l'échéance.

1) La réalisation de la fiducie hors procédure collective du débiteur

396. – La supériorité de la fiducie-sûreté résulte des prescriptions de l'article 2372-3 du Code civil qui reconnaît au créancier fiduciaire, en cas de défaillance du débiteur, la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie **(a)**, et au créancier non fiduciaire une grande liberté de choix quant aux modalités de réalisation de sa sûreté **(b)**, qui leur permettent d'échapper aux contraintes résultant des voies d'exécution.

a- La libre disposition du bien ou du droit cédé reconnue au créancier fiduciaire

397. – En laissant au créancier fiduciaire la libre disposition du bien ou du droit cédé, le législateur a permis à la fiducie de tirer son épingle du jeu. Le créancier bénéficiaire de la fiducie-sûreté disposait jusqu'alors d'une propriété avec charge. En cas d'inexécution par le débiteur de son obligation, le créancier jouit d'une propriété absolue, dépourvue de charges, de comptes à rendre au débiteur constituant. Il devient pleinement propriétaire. L'avantage sur les créanciers titulaires d'autres sûretés réelles conventionnelles est indéniable puisque cette disposition permet au créancier fiduciaire d'échapper aux lourdeurs des procédures civiles d'exécution, et notamment de la

procédure de saisies de sommes d'argent envisagée par l'article 74 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution[561] et les articles 234 à 243 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution[562], qu'il s'agisse de saisie conservatoire ou de saisie-attribution.

b- La liberté de choix quant aux modalités de réalisation de la fiducie-sûreté reconnue au créancier non fiduciaire

398. – Comme pour le gage, la valeur du bien ou du droit cédé doit être déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à moins que le bien soit coté sur un marché réglementé ou s'il s'agit d'une somme d'argent. L'article 2372-3 du Code civil précise *in fine « que toute clause contraire est réputée non écrite »*. Cependant, la Cour de cassation a eu l'occasion de décider qu'une telle expertise pouvait résulter d'un accord entre les parties. En effet, par un arrêt du 15 novembre 2005, la Chambre commerciale a jugé, à propos d'un nantissement d'actions, que *« la banque avait obtenu du juge-commissaire, par une décision devenue irrévocable, l'attribution définitive de son gage sans avoir sollicité son estimation par experts, l'arrêt retient, tant par motifs propres qu'adoptés, qu'il se déduit de la position de la banque que celle-ci a implicitement mais nécessairement admis que la valeur des actions nanties était égale à leur valeur nominale ; que par ses seuls motifs faisant valoir que l'attribution du gage a été ordonné selon une estimation de sa valeur, laquelle admise par les parties, n'avait pas à être déterminée par experts, la Cour d'appel a légalement justifié sa décision »*[563].

399. – Depuis que l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés a autorisé la conclusion d'un pacte commissoire *« lors de la constitution du*

---

[561] Loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, publiée au JO du 14 juillet, p. 9228

[562] Décret n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, publié au JO du 5 août, p. 10530

[563] Com., 15 nov. 2005, pourvoi n° 03-18.437 : JCP G 2006, n° 15, p. 728 obs. PH. SIMLER ; JCP E 2006, n° 14, p. 674, note M. CABRILLAC et PH. PETEL ; RLDC 2006, n° 24, p. 29, obs. G. MARRAUD DES GROTTES ; Droit & patrimoine 2006, n° 145, p. 125, obs. PH. DUPICHOT

gage ou postérieurement » qui consiste à attribuer la qualité de propriétaire au créancier à défaut d'exécution de l'obligation garantie[564], il convient de s'interroger sur l'intérêt que représente la fiducie par rapport à un gage conclu avec un pacte commissoire ?

400. – D'une part, si le pacte commissoire, ainsi que l'attribution judiciaire du bien, ont ceci en commun avec la fiducie-sûreté qu'ils rendent le créancier propriétaire du bien en le soustrayant aux contraintes de la saisie, ils ne lui permettent pas d'échapper à la loi du concours car le créancier titulaire d'un droit de suite de rang supérieur primera.

A ce stade, la supériorité de la fiducie-sûreté est indéniable.

401. – D'autre part, si l'on regarde les dispositions de l'article L. 622-7-I alinéa 3 du Code de commerce, le jugement ouvrant la procédure de sauvegarde fait obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte commissoire, de même qu'en cas de redressement[565] ou de liquidation judiciaire[566].

Or, c'est précisément en cas d'ouverture d'une procédure collective que la fiducie-sûreté révèle toute l'ampleur de ses vertus.

2) La réalisation de la fiducie dans le cadre d'une procédure collective

402. – L'article L. 622-6 du Code de commerce impose qu'un inventaire du patrimoine du débiteur ainsi que des garanties qui le grèvent soit dressé et remis à l'administrateur et au mandataire judiciaire, dès l'ouverture de la procédure de sauvegarde. Avant que la disposition ne soit abrogée par l'ordonnance n° 2009-1345 du 18 décembre 2008, le législateur avait également préconisé la réalisation d'une prisée. A ce titre, si étymologiquement le terme « prisée » se réfère à l'évaluation par un commissaire-priseur, l'article L. 621-4 alinéa 5 du Code de commerce qui renvoie à l'article L. 622-6 du Code civil dispose qu' *« aux fins de réaliser l'inventaire (…), le tribunal désigne un commissaire-priseur judiciaire, un huissier, un notaire ou un courtier en marchandises assermenté »*. La liste des personnes compétentes pour réaliser un inventaire est bien plus large que celle visée strictement par le terme

[564] Article 2348 du Code civil ; V. aussi l'article L. 521-3 du Code de commerce
[565] Article L. 631-14 alinéa 1er du Code de commerce
[566] Article L. 641-3 alinéa 1er du Code de commerce

« prisée », ce qui a probablement justifié son suppression. En outre, le législateur n'a pas distingué les biens qui doivent être insérés dans l'inventaire. Par voie de conséquence, tous les biens sont concernés, à conditions qu'il s'agisse de biens du débiteur, ce qui inclurait également les biens qu'il détient et qui sont susceptibles d'être revendiqués. Le droit positif prévoit à l'article 2018-1 du Code civil que le contrat de fiducie peut laisser au constituant l'usage ou la jouissance d'un bien. A ce titre, la mention de la fiducie-sûreté dans l'inventaire se justifie. Cependant, et nous l'expliquerons un peu plus loin, dans notre régime rénové de la fiducie-sûreté, appliquée aux seuls biens immatériels financiers, hors biens immobiliers, nous préconiserons l'abandon de la clause de mise à disposition.

Par ailleurs, les dispositions de la réalisation de la fiducie-sûreté diffèrent selon qu'on se trouve dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement **(a)** ou dans le cadre d'une procédure de sauvegarde **(b)**.

a- La réalisation de la fiducie-sûreté dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement

403. – La période d'observation consécutive au jugement d'ouverture de sauvegarde a un double objectif : celui d'une part d'assurer la poursuite de l'activité et celui d'autre part de protéger le patrimoine de l'entreprise contre les poursuites de ses créanciers.

404. – L'article L. 622-9 du Code de commerce dispose que *« l'activité de l'entreprise est poursuivie pendant toute la période d'observation sous réserve des dispositions des articles L. 622-10 à L. 622-16 »*. Pour ce faire, le législateur a organisé le maintien des contrats en cours. Cependant, ce principe qui permet à l'administrateur d'exiger la continuation des contrats en cours, en vertu de l'article L. 622-13 du Code de commerce, souffre quelques exceptions. Par exemple, les contrats de garantie financière ou opérations sur instruments financiers échappent aux règles du droit des procédures collectives[567]. En outre, depuis l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, les contrats de fiducie ne sont pas affectés par le principe de la continuation des contrats en cours. Par voie de conséquence, ni l'administrateur judiciaire ni le débiteur

[567] Article L. 330-2-III du Code monétaire et financier

ne pourra mettra fin sur option au contrat de fiducie. Les biens transmis au fiduciaire resteront à sa disposition, ils ne retourneront pas dans le patrimoine du débiteur. Ce régime dérogatoire souffre lui aussi d'une exception, lorsqu'une convention de mise à disposition a été conclue dans le cadre de la fiducie, laissant au débiteur constituant la jouissance et l'usage de biens ou de droits.

405. – Par ailleurs, afin d'offrir au débiteur la possibilité de réorganiser son entreprise, le législateur a mis en place quatre règles majeures : l'arrêt des poursuites individuelles et des procédures d'exécution[568], l'interdiction des paiements[569], la paralysie des droits de certains créanciers ainsi que la suspension des poursuites contre les garants, personnes physiques[570].

406. – Toutes ces mesures visent le patrimoine du débiteur. Or, la fiducie-sûreté opérant un transfert de propriété, elles ne devraient pas concerner le patrimoine fiduciaire. Pourtant, l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 a inséré un article L. 622-23-1 dans le Code de commerce par lequel les effets de la fiducie-sûreté ont été neutralisés après l'ouverture de la procédure de sauvegarde dans l'hypothèse où le contrat de fiducie aurait été conclu avec une convention de mise à disposition au profit du constituant qui conserve la jouissance et l'usage d'un bien. Ainsi, *« aucune cession ou aucun transfert de ces biens ou droits ne peut intervenir au profit du fiduciaire ou d'un tiers du seul fait de l'ouverture de la procédure, de l'arrêté du plan ou encore d'un défaut de paiement d'une créance née antérieurement au jugement d'ouverture. Cette interdiction est prévue à peine de nullité de la cession ou du transfert »*.

407. – Si la fiducie-sûreté qui comprend une convention de mise à disposition se retrouve concurrencée par les autres sûretés réelles conventionnelles, la fiducie-sûreté avec dépossession conserve au contraire sa pleine efficacité puisqu'indépendamment de l'ouverture de la procédure de sauvegarde, le créancier fiduciaire aura la possibilité de mettre en œuvre sa garantie.

---

[568] Article L. 622-21-I du Code de commerce
[569] Article L. 622-7-I du Code de commerce
[570] Article L. 622-28 alinéas 2 et 3 du Code de commerce

408. – Pourtant, les articles L. 622-7-II alinéa 2 et L. 631-14 alinéa 3 du Code de commerce prévoient respectivement la possibilité pour le débiteur dans le cadre de la sauvegarde et pour l'administrateur dans le cadre du redressement de solliciter le juge-commissaire afin qu'il autorise le retour des biens ou droits transférés à titre de garantie à titre de garantie dans un patrimoine fiduciaire. Le retour doit être justifié par la poursuite de l'activité.

409. – Malgré cette restitution des actifs fiduciaires, le créancier demeure dans une situation particulièrement attractive puisqu'il obtient un paiement sans subir le concours de créanciers qui bénéficieraient éventuellement d'un superprivilège.

410. – Ainsi, lorsque le contrat de fiducie-sûreté a pour objet des biens immatériels financiers, sommes d'argent, instruments financiers ou autres, le créancier qui échappe à toutes les contraintes imposées par le souci de redresser le patrimoine du débiteur en difficulté, est dans une position plus intéressante que celle offerte par le nantissement de compte-titres[571] ou de créances.

411. – De même, à la lecture de l'article L. 626-30-2 du Code de commerce, dont la rédaction résulte de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, qui prévoit qu'au sein des comités de créanciers, sont seuls pris en compte les montants des créances non assorties d'une fiducie-sûreté, on constate une fois encore la supériorité de la fiducie-sûreté sur d'autres sûretés réelles conventionnelles. En l'occurrence, le fiduciaire/bénéficiaire est placé dans une situation plus intéressante que celle du crédit-bailleur par exemple puisque ce dernier peut se voir imposer des remises de dettes. Le fiduciaire est à quant à lui totalement souverain dans le choix d'octroyer ou non une remise de dette qui réduirait une fraction de sa créance.

b- La réalisation de la fiducie-sûreté dans le cadre d'une liquidation

412. – Aux termes de l'article L. 640-1 alinéa 2 du Code de commerce, *« la procédure de liquidation judiciaire est destinée à mettre un terme à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou séparée*

---

[571] MARLY (P.-G.), *« Fiducie-sûreté sur titre vs nantissement de compte-titres »* : RTDF 2009, p. 72

de ses droits et de ses biens ». Elle peut intervenir au cours des différentes procédures mises en place pour le traitement des difficultés du débiteur, qu'ils soient préventifs, judiciaires ou non. Ainsi, elle peut être prononcée sans ouverture d'une procédure d'observation lorsque le débiteur est en état de cessation des paiements et dont le redressement est manifestement impossible[572]. Elle peut également, si une période d'observation a été ouverte, être prononcée au cours de celle-ci par le tribunal si aucune mesure de redressement n'est envisageable[573]. En outre, elle peut constituer une mesure de sanction de l'inexécution du plan de sauvegarde ou de redressement, conformément aux dispositions de l'article L. 626-27 alinéa 2 du Code de commerce.

413. – La liquidation judiciaire du débiteur permet au créancier bénéficiaire de profiter pleinement des vertus de sa fiducie-sûreté et notamment de la réaliser sans restriction et sans subir le concours d'autres créanciers. Le législateur a prévu une option lui permettant de choisir entre le maintien de son droit de propriété ou l'attribution exclusive du prix de réalisation du bien. De plus, le créancier est protégé par les prescriptions de l'article L. 641-11-1 du Code de commerce qui prévoit que le fiduciaire échappe au principe de la continuation des contrats en cours si les biens donnés en fiducie sont restés à la disposition du constituant qui en a donc la jouissance et l'usage. En outre, en vertu de l'article L. 641-12-1 du Code de commerce, l'ouverture ou le prononcé de la liquidation judiciaire entraîne la résiliation de plein droit du contrat de fiducie dans l'hypothèse où le débiteur serait à la fois le constituant et le seul bénéficiaire, ce qui correspond davantage à la fiducie-gestion et non à la fiducie-sûreté. A contrario, cela signifie que si le débiteur est un bénéficiaire alternatif, la résiliation de plein droit ne s'opèrera pas.
Par rapport à une sûreté réelle conventionnelle reconnaissant un droit de rétention au créancier, quel intérêt présente une fiducie-sûreté ? En effet, l'on sait que les effets de ces deux garanties en cas de liquidation judiciaire sont similaires.

414. – La fiducie-sûreté mérite incontestablement sa qualification de reine des sûretés mais plusieurs éléments tant dans la constitution que dans les conditions d'existence sont susceptibles de freiner l'enthousiasme des créanciers causé par

---

[572] Article L. 640-1 alinéa 1er du Code de commerce
[573] Article L. 622-10 du Code de commerce

l'efficacité redoutable de la fiducie en cas d'ouverture d'une procédure collective du débiteur.

CONCLUSION DU CHAPITRE

415. – L'idée d'appréhender les biens immatériels financiers par la fiducie nous a été soufflée par l'observation des droits étrangers et du droit français. En effet, le développement à l'international des institutions fiduciaires dans le domaine bancaire a été le premier argument militant en faveur de l'élection de la voie fiduciaire pour régir l'affectation de ces biens. En effet, que ce soit la fiducie ou le *trust*, tous les pays les ayant les consacrer, les utilisent majoritairement, pour ne pas dire exclusivement, pour les biens représentant intrinsèquement une valeur monétaire. Le second argument nous a été fourni par le droit français. Depuis la *fiducia cum creditore* du droit romain, la fiducie n'était présente dans le paysage juridique français qu'à travers des institutions de droit financier tel que la pension de titres, le portage de titres, la titrisation de créances, la cession Dailly, le gage-espèces, alors appelées « fiducies innommées ». Depuis la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, elle figure officiellement dans le Code civil. Son régime pourrait constituer une sûreté particulièrement adaptée et efficace en matière d'affection des biens immatériels financiers, à condition de subir quelques modifications.

CHAPITRE 2

LA PROPOSITION : LA RENOVATION DU REGIME DE FIDUCIE-SURETE ADAPTE AUX BIENS IMMATERIELS FINANCIERS

416. – Certaines dispositions du régime de la fiducie-sûreté méritent d'être conservées, notamment celles qui concernent le comité de créanciers et les effets du contrat à l'échéance de la garantie.

S'agissant du comité de créanciers[574], créé par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises[575], les créanciers fiduciaires n'en font pas partie, conformément aux dispositions de l'article L. 626-30 du Code de commerce, et ce, probablement parce qu'ils ne concourent pas à égalité avec les créanciers bénéficiant de sûretés « classiques »[576]. Étant donné que les décisions sont prises à la majorité qualifiée, les créanciers fiduciaires risquaient d'imposer aux créanciers minoritaires des mesures contraignantes pour eux, telles que le refus du plan de sauvegarde. Disposant d'une sûreté particulièrement efficace qui leur offre la garantie d'une satisfaction à l'échéance du contrat, ils sont légitimement *« peu enclins à accepter des sacrifices »*[577]. S'agissant précisément des effets du contrat à l'échéance de la garantie, c'est là où réside la principale vertu de la fiducie-sûreté. En effet, l'article 2372-3 du Code civil précise qu'en principe, à l'échéance de la garantie et à défaut de paiement de la dette garantie, le créancier fiduciaire acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie à condition que les parties n'aient pas prévu dans le contrat de fiducie de stipulation contraire. Puis, il ajoute in fine que « la valeur du bien ou du droit cédé est déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, sauf si elle résulte d'une cotation officielle sur un marché organisé au sens du Code monétaire et financier ou si le bien est une somme d'argent. Toute clause contraire est réputée non écrite ». Si la disposition qui vise les valeurs mobilières doit être approuvée en ce qu'elle est en gage d'objectivité dans la détermination de la valeur du bien ou du droit fiducié, elle

---

[574] V. BREMOND (G.), et SCHOLASTIQUE (E.), *« Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire »* : JCP E 2006, n° 10, p. 466 ; DAMMAN (R.), et PODEUR (G.), *« Les enjeux de la réforme des comités de créanciers »* : JCP E 2009, p. 2094

[575] Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises, publiée au Jo du 27 juillet 2005, p. 12187

[576] AYNES (A.), *« Le transfert de créances en fiducie : une alternative avec quelles limites ? »*, *in* Dossier « Les garanties sur créances à l'épreuve des procédures collectives » : Banque & Droit déc. 2010, p. 17

[577] *Ibid.*

mérite quelques précisions. Notamment, lorsque le créancier fiduciaire est un établissement de crédit, il faut envisager l'hypothèse où il acquerrait la propriété de parts ou d'actions dans une société qui ne l'intéresserait pas et dont il prévoirait la cession. Or, l'opération pourrait obliger l'établissement de crédit à révéler au futur cessionnaire des informations sur son client (le débiteur constituant), ce qui constituerait une violation du secret bancaire auquel il est tenu, en vertu de l'article L. 511-33 du Code monétaire et financier578. Si la loi prévoit une liste d'opérations pour la réalisation desquelles ces professionnels pourront divulguer des informations concernant leurs clients, la cession de valeurs mobilières n'en fait pas partie. En dehors de ces cas limitativement énumérés par la loi, les professionnels tenus au secret ne pourront y échapper qu'après avoir obtenu au cas par cas le consentement des clients concernés. Cependant, dans l'hypothèse envisagée d'une cession de valeurs mobilières, il est difficile de penser que le client pourrait accepter que des informations soient divulguées à des concurrents, susceptibles de racheter ces parts ou actions. Il apparaît donc au premier abord que le contrat de fiducie par lequel le constituant transfèrerait à un créancier professionnel des valeurs mobilières ne revête pour ce dernier qu'un intérêt très restreint. Pourtant, il nous semble que l'on puisse voir dans cette opération une certaine similitude avec le droit de rétention fictif qui s'exerce sur les papiers administratifs d'un véhicule, même si contrairement aux documents du véhicule les valeurs mobilières disposent d'une valeur pécuniaire intrinsèque. En effet, la détention de ces valeurs mobilières constitue pour le créancier fiduciaire, nous en sommes convaincus, un moyen de pression particulièrement efficace contre son débiteur. La menace de voir ces parts ou actions rachetées par des concurrents pourrait en effet motiver le débiteur à rembourser sa dette.

D'autres dispositions, en revanche, nécessitent une rénovation pour permettre une meilleure appréhension par la fiducie-sûreté des biens immatériels financiers. Pour cela, il est nécessaire de préciser les caractéristiques de la fiducie française **(Section 1)**, d'alléger les conditions de constitution de la fiducie-sûreté portant sur ces biens

---

[578] La rédaction de l'article L. 511-33 du Code de commerce est issue de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 dite de modernisation de l'économie (publiée au JO du 5 août 2008, p. 12471), et de l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance (publiée au JO du 22 janvier 2010, p. 1392.

(Section 2), et d'adapter les effets du contrat avant l'échéance de la garantie **(Section 3)**.

SECTION 1
LA PRECISION DES CARACTERISTIQUES DE LA FIDUCIE A LA FRANÇAISE

417. – En l'état actuel du droit positif français, la fiducie semble être envisagée à travers trois notions : la confiance, le patrimoine d'affectation et la propriété.

418. – Si bon nombre de systèmes juridiques étrangers ont expressément tranché la question de la nature des droits du fiduciaire, le droit français a choisi d'être plus nuancé.

419. – L'article 2011 du Code civil prévoit que par le contrat de fiducie, le constituant transfère à titre de garantie, des biens ou des sûretés. La formule est assez neutre et a suscité de grandes controverses doctrinales sur la nature du droit détenu par le fiduciaire.

420. – Les avis sont partagés. D'un côté, il y a ceux qui considèrent que le fiduciaire est titulaire d'un droit réel avec abusus[579], à l'instar du droit anglais ou espagnol. A ce titre, le bénéficiaire peut alors opposer son droit aux tiers en cas de violation de ses obligations par le fiduciaire ou en cas d'appréhension des biens par un créancier personnel du fiduciaire. D'un autre côté, il y a ceux qui reconnaissent au fiduciaire la qualité de propriétaire, avec au sein de cette doctrine majoritaire, des nuances : véritable propriétaire pour les uns[580], simple titulaire d'une propriété fiduciaire pour les autres[581].

---

[579] LIBCHABER (R.), *« Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 »* : Defrén. 2007, n° 15/16, p. 1094 (première partie), n° 17, p. 1194 (seconde partie)

[580] REVET (TH.), Introduction, *in* Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'EIRL) : Droit et Patrimoine 2010, n° 191, p. 56 ; Du même auteur, note sous Com. 19 septembre 2007: RTD civ. 2008, p. 322

[581] GRIMALDI (M.), *« Théorie du patrimoine »* : RLDC 2010, n° 77, p. 73

421. – Paré de toutes les vertus en droit interne[582] et en droit européen[583], et d'une application des plus larges, le droit de propriété de l'article 544 du Code civil légitime les tentatives doctrinales de rapprochement avec le droit du fiduciaire.

422. – L'article 544 du Code civil définit la propriété comme *« le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements »*. La souveraineté du propriétaire est fondée sur la détention des trois attributs de la propriété : l'*usus*, le *fructus* et *l'abusus*. Parmi les droits reconnus au fiduciaire, figure ceux d'user des droits transmis, d'en récupérer les fruits ou encore de les céder. La trilogie se retrouve. En outre, Demolombe considérait que *« le mot propriété, dans son acception la plus générale, exprime le pouvoir souverain et absolu qui appartient à une personne sur un bien quelconque… et qui le rend propre »*[584]. Classiquement, trois caractères – proclamés indissociables – sont conférés au droit de propriété : l'absolutisme, l'exclusivité et la perpétuité.

En ce qui concerne l'exclusivité, on la retrouve dans le fait que le fiduciaire exerce seul et est le seul à pouvoir user des prérogatives qui lui ont été confiées par le contrat de fiducie.

Quant au caractère absolu de la propriété, parce que la propriété du fiduciaire est finalisée, il a pu être contesté. Il est vrai que le fiduciaire doit user de ses prérogatives dans le respect de sa mission conventionnellement établie. Certains en ont donc déduit qu'une telle limitation des droits du fiduciaire ne le rendait pas propriétaire au sens de l'article 544 du Code civil. Pourtant, le propriétaire est toujours un propriétaire obligé, soumis à des obligations relativement à l'utilisation de la chose. Qu'il soit contraint par une obligation personnelle ou par une obligation réelle, le propriétaire est toujours tenu. L'encadrement de la mission du fiduciaire ainsi que les comptes qu'il doit rendre au constituant et/ou au bénéficiaire est une manière comme une autre de contraindre le propriétaire.

En ce qui concerne la perpétuité, le droit reconnu au fiduciaire est temporaire. Par analogie avec le contrat de société, l'article 2018 du Code civil prévoit que la durée de la fiducie ne peut excéder 99 ans à compter de la signature du contrat. En outre,

---

[582] Le droit de propriété a une valeur constitutionnelle, voir supra n° 3

[583] V. Article 1er alinéa 1er du premier Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme

[584] DEMOLOMBE (C.), cité par MEMETEAU (G.), Droit des biens, Paradigme, 2009, 4e éd., p. 63

l'article 2029 du Code civil précise que *« le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant personne physique, par la survenance du terme ou par la réalisation du but poursuivi »*. La propriété fiduciaire cesse donc d'exister après la fiducie. Toutefois, la limitation dans le temps de la propriété n'a jamais constitué un argument dirimant à la reconnaissance de la propriété. A titre d'illustration, il suffit de citer les biens intellectuels.

Force est de constater que l'article 544 du Code civil est susceptible de fonder la nature la droit du fiduciaire.

423. – De plus, plusieurs éléments dans les dispositions légales révèlent que la fiducie est articulée autour du droit de propriété. D'abord, il y a le choix du titre du Chapitre IV, *« De la propriété retenue ou cédée à titre de garantie »*, appartenant au sous-titre II relatif aux sûretés réelles sur les meubles. Il y a, ensuite, dans l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009, le régime particulier accordé au créancier-fiduciaire qui n'est pas affecté par l'ouverture d'une procédure collective, puisque dans cette hypothèse, la fiducie-sûreté dont il bénéficie conserve sa pleine efficacité. De plus, et précisément parce que sa garantie est efficace, il ne prend pas part aux comités de créanciers[585]. Contrairement aux autres créanciers, comme le fiduciaire est titulaire d'un droit de propriété sur les biens qui lui ont été transmis, il n'a aucune raison d'accorder des remises ou délais de paiement de la dette. Non seulement il a la certitude que sa créance sera éteinte, mais qu'en outre, elle le sera rapidement, par voie de compensation. De troisième part, en cas de plan de cession, la fiducie suit un régime dérogatoire. Enfin, l'article L. 624-16 du Code de commerce reconnaît au créancier, dans l'hypothèse envisagée à l'article 2018-1 du Code civil où les biens ont été laissés à la disposition du constituant qui les détient donc matériellement, une action en revendication qui doit être exercée dans les trois mois de l'ouverture de la procédure collective. Le fiduciaire est donc un propriétaire, mais un propriétaire particulier.

[585] Article L. 626-30 *in fine* du Code de commerce, dont la rédaction est issue de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008

424. En effet, le mécanisme fiduciaire a été vu avec une telle suspicion par le législateur[586] que les mesures fiscales édictées viennent nuancer la réalité d'une propriété reconnue au fiduciaire. Dans le dessein de *« dissocier le transfert juridique du transfert fiscal »*[587], le législateur a appliqué le principe de neutralité fiscale. En vertu de ce principe, le transfert de propriété est considéré comme ayant lieu à l'issue de la fiducie. La constitution de la fiducie n'engendre aucune imposition. Une fois créée, le fiduciaire doit déposer une déclaration d'existence de la fiducie auprès du service des impôts des entreprises du siège du fiduciaire ainsi qu'une déclaration annuelle de résultats, taxables au nom du constituant. L'article 885 G bis du Code général des impôts précise en effet que *« les biens ou droits transférés dans un patrimoine fiduciaire ou ceux éventuellement acquis en remploi, ainsi que les fruits tirés de l'exploitation de ces biens ou droits, sont compris dans le patrimoine du constituant pour leur valeur vénale nette »* au 1er janvier de l'année d'imposition et sont exonérés s'ils ont été conservés par le constituant pour les besoin de son activité professionnelle. Lorsque le transfert en fiducie a pour objet des titres de société bénéficiant d'un régime d'exonération d'ISF totale ou partielle, cela n'aura pas de conséquence sur ce régime d'exonération[588].

La taxation des revenus est effectuée au niveau du constituant. Pour le droit fiscal, le transfert qui est pris en compte est le transfert final, celui qui intervient une fois la créance échue. De plus, d'un point de vue fiscal toujours, le fiduciaire est considéré comme un propriétaire temporaire. A juste titre. Sa pleine propriété n'intervient qu'au moment où, en cas de défaillance du débiteur, il conserve à titre de paiement de sa créance, le bien fiducié.

425. – Le fiduciaire est donc titulaire d'une propriété fiduciaire comme un nu-propriétaire est titulaire d'une nue-propriété ou un auteur d'une propriété intellectuelle. Il s'agit là d'un nouveau concept de propriété. En retenant cette analyse de la propriété envisagée dans le cadre d'une fiducie-sûreté, on comprend mieux les dispositions

---

[586] V. Rapport publié par le Ministère du Budget le 2 avril 2008 sur la lutte contre la fraude et l'évasion fiscale par le biais de paradis fiscaux qui mentionne les *trusts* comme instruments de comportements fiscaux répréhensibles.

[587] BARRIERE (F.), entretien : Revue de droit des affaires de l'Université Panthéon Assas 2007, n° 4, p. 29, spéc. p. 38

[588] CAPPELAERE (J.-J.), *« L'extension aux personnes physiques de l'utilisation de la fiducie »* : Banque 2009, n° 717, p. 88, spéc. p. 90

fiscales. Le fiduciaire titulaire d'une propriété fiduciaire n'acquiert la pleine propriété qu'au moment du dénouement de l'opération fiduciaire en cas de non-paiement de la créance par le débiteur.

426. – Cependant, dans un souci de clarification, il conviendrait que l'article 2011 du Code civil précise que *« la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent* ***en propriété*** *des biens (…) ou des sûretés, ou un ensemble de biens (…) ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou à plusieurs fiduciaires qui (…) agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ».* On reviendrait alors au régime de fiducie du droit romain qui reconnaissait au fiduciaire la titularité des biens fiduciés, accentuant ainsi la nécessité d'une confiance[589]. D'accord, mais on peut se demander quel type de propriété on transfert : une propriété économique ou une propriété juridique.

SECTION 2
L'ALLEGEMENT DES CONDITIONS DE CONSTITUTION DE LA FIDUCIE-SURETE SUR BIENS IMMATERIELS FINANCIERS

427. – Pour tout créancier, une bonne sûreté est une sûreté qui se constitue simplement. Le nouveau régime de fiducie-sûreté appliquée aux biens immatériels financiers devra s'accompagner d'un allègement des conditions de fond **(§1)** et des conditions de forme **(§2)**.

§1. La simplification des règles relatives aux conditions de fond

428. – *« Seules les garanties d'obligations financières nées de contrats conclus entre professionnels devraient en principe bénéficier d'un mode simplifié de constitution »*[590]. Le domaine bancaire, la fongibilité de l'assiette et la qualité des parties justifieraient la simplification des règles de constitution de ces garanties. Appliqués à la

---

[589] AYNES (L.), *« Fiducie : analyse et applications pratiques de la loi »* : RLDC 2008, n° 46, supplém., p. 5 s.

[590] PRAICHEUX (S.), *« La transposition en droit français de la directive européenne sur les contrats de garantie financière (commentaire de l'ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005) »* : RDBF mai-juin 2005, p. 56

fiducie-sûreté des biens immatériels financiers, ces critères devraient conduire à la délimitation rigoureuse de son champ d'application. Il s'agirait de déterminer, dans la convention, la créance garantie **(A)**, de réviser l'assiette de la sûreté **(B)**, de préciser le sort du patrimoine fiduciaire **(C)**, et de réduire la liste des fiduciaires **(D)**.

A. La détermination des créances pouvant être garanties

429. – En consacrant la fiducie rechargeable[591], le législateur français a assoupli le lien qui unit la fiducie à la créance garantie. A l'instar de l'hypothèque rechargeable, la finalité poursuivie était de stimuler le crédit en diminuant le coût du recours à la fiducie. Par ce moyen, la fiducie pourra être utilisée pour garantir des crédits successifs. L'article 2372-5 du Code civil dispose que *« la propriété cédée en application de l'article 2372-1 peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément »*. L'article ajoute que *« le constituant peut l'offrir en garantie, non seulement au créancier originaire, mais aussi à un nouveau créancier, encore que le premier n'ait pas été payé »*. Une limite a toutefois été posée par le législateur : *« lorsque le constituant est une personne physique, le patrimoine fiduciaire ne peut alors être affecté en garantie d'une nouvelle dette que dans la limite de sa valeur estimée au jour de la recharge »*.

430. – La fiducie conclue à titre de garantie doit se fonder sur une créance dont elle est l'accessoire. Mais peut-elle porter sur n'importe quelle créance ? Sur ce point, le législateur est resté muet. Cependant, rien ne s'oppose à ce que toutes sortes de créances puissent être garanties, qu'il s'agisse de créances civiles ou commerciales, à terme ou conditionnelles, liquides ou non.

431. – Au contraire, pour les autres sûretés réelles conventionnelles, l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 a précisé que la créance garantie pouvait

---

[591] L'article 2372-5 du Code civil dispose que *« la propriété cédée en application de l'article 2372-1 [dans le cadre de la fiducie] peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif »*.

être présente ou future à condition d'être déterminable[592]. Le régime de la fiducie-sûreté pourrait s'en inspirer.

432. – En outre, la fiducie pourrait également porter sur une fraction de créance, à moins que celle-ci ne soit indivisible[593]. Risque d'être rare en pratique

433. – Contrastant avec la largesse des créances pouvant être garanties, il nous semble opportun de préciser que ces créances soient en lien direct avec l'activité du créancier bénéficiaire, puisque nous pensons réserver la fiducie aux créanciers-fiduciaires professionnels.

B. La réservation de la fiducie-sûreté sur biens "mobiliers" aux biens immatériels financiers

434. – Sans vouloir remettre en cause la fiducie-sûreté sur les immeubles, notre proposition vise à ne réserver la fiducie-sûreté sur "meubles"[594], qu'aux biens immatériels financiers. S'il convient de distinguer entre les différents biens immatériels, aucune distinction ne doit être faite au sein de la catégorie des biens immatériels financiers, dans laquelle nous incluons les sommes d'argent et les créances.

435. – Par le contrat de fiducie, le constituant peut remettre à son créancier tout type de biens immatériels financiers : sommes d'argent, comptes bancaires, créances, instruments financiers, voire un ensemble de biens immatériels financiers. Les biens donnés en garantie pourront être présents ou futurs à condition d'être déterminables, comme le prévoient déjà les dispositions législatives[595]. Par bien immatériel financier futur, il faut entendre une créance non encore née mais dont on sait qu'elle sera déterminable et exigible, un compte bancaire en cours d'ouverture ou en cours de fonctionnement qui est susceptible d'être alimenté par des sommes portées au crédit, des droits sociaux en cours d'acquisition.

---

[592] Articles 2333 al. 2 (gage), 2357 (nantissement) et 2421 (hypothèque) du Code civil
[593] Article 2358 du Code civil
[594] Si nous mettons ce terme entre guillemets c'est que nous contestons cette appellation, cependant toujours en vigueur.
[595] Articles 2011 et 2018 du Code civil

436. – Le droit des sociétés peut cependant constituer une limite à la constitution d'une fiducie-sûreté portant sur des droits sociaux. Titulaire de droits patrimoniaux conférés par la propriété de parts sociales ou d'actions, l'associé a la faculté d'en disposer, en monnayant ou en transférant en garantie, la valeur de ses titres. Modifiant la répartition des droits sociaux au sein de la structure sociétale, la sortie de l'associé ne s'effectue pas sans contrainte. La liberté contractuelle ne prévaut pas, principalement dans les sociétés en nom collectif[596], les sociétés en commandite simple[597], les sociétés à responsabilité limitée[598] et les sociétés civiles[599]. La cession fiduciaire des parts sociales est soumise à une procédure d'agrément, justifiée par l'*intuitus personae* qui caractérise ces sociétés. Le contrat devra donc être agréé par les coassociés et faire l'objet, en outre, d'une publicité. Mais les règles relatives à la cession des droits sociaux varient en fonction du type de société concerné.

437. – Pour les sociétés à responsabilité limitée, si l'on exclut le cas des parts cédées entre associés insusceptible d'application en matière de fiducie-sûreté puisque le créancier est un professionnel, l'agrément est obligatoire lorsque le cessionnaire (créancier fiduciaire) est un tiers. La procédure d'agrément est assez lourde. Outre le formalisme[600] propre à la cession, l'agrément suppose le respect d'une double majorité : celle des associés représentant au moins la moitié des parts sociales[601]. Si dans les trois mois de la notification la société n'a pas répondu, le consentement est réputé acquis. En revanche, si la société refuse l'agrément, le constituant ne pourra pas inclure dans l'assiette de la fiducie-sûreté ses parts sociales.

438. – Dans les sociétés civiles, en commandite simple ou en nom collectif, la cession des parts sociales est soumise à l'agrément des coassociés. En effet, l'article

---

[596] Article L. 221-13 du Code de commerce
[597] Article L. 222-8 du Code de commerce
[598] Article L. 223-14 du Code de commerce
[599] Article 1861 du Code civil
[600] La cession de parts sociales d'une société à responsabilité limitée doit notamment être constatée par écrit, être portée officiellement à la connaissance de la société par des modes tels que le dépôt de l'original de l'acte au siège de la société (peu coûteux) ou la signification à la société par acte d'huissier ou acceptation par la société dans un acte authentique (plus onéreux), être publiée au Registre du commerce et des sociétés et enregistrée.
[601] Article L. 223-14 alinéa 1er du Code de commerce

1861 alinéa 1er du Code civil prévoit, à moins que les statuts de la société civile ne prévoient une majorité plus forte, le consentement de la majorité des associés représentant au moins la moitié des parts sociales est requis. Pour les sociétés en nom collectif et les sociétés en commandite simple, en revanche, la loi impose que l'agrément soit donné à l'unanimité des coassociés[602]. Si l'agrément est donné[603], le constituant pourra transférer au créancier-fiduciaire ses parts sociales. En cas de refus, l'opération fiduciaire devra être abandonnée.

439. – En revanche, les sociétés anonymes échappent à toute procédure d'agrément. Si l'on exclut les actions des sociétés admises aux négociations sur un marché réglementé (sociétés cotées), en tant que valeurs mobilières, les actions sont négociables selon les modes simplifiés du virement de compte à compte[604], de sorte que leur cession fiduciaire n'obéit à aucune autre formalité. Les actions sont librement cessibles et négociables. Le constituant n'a pas à obtenir la sollicitation de l'accord des actionnaires en place. Ainsi, la cession fiduciaire des actions s'effectuera par l'ordre de virement que signe le cédant ou le constituant de la fiducie afin que les actions soient portées au nom du cessionnaire ou créancier-fiduciaire, puisque selon l'article L. 211-4 du Code monétaire et financier, les titres sont présumés appartenir au titulaire du compte.

440. – Cependant, une exception a été introduite à l'article L. 228-23 du Code de commerce qui prévoit que la cession de tout titre de capital ou valeur mobilière donnant droit à l'attribution de titres de capital, *« peut être soumise à l'agrément de la société par une clause des statuts »*, et ce, dans le but de limiter l'entrée de nouveaux actionnaires. Parce qu'elles doivent demeurer de rares exceptions, ces clauses d'agrément sont écartées en cas de succession, de liquidation du régime matrimonial ou de cession à un conjoint, à un ascendant ou à un descendant.

---

[602] En principe, la procédure d'agrément relève de la compétence de l'Assemblée des associés, mais les statuts peuvent prévoir que les gérants auront cette compétence.

[603] Si l'organe compétent pour statuer sur l'agrément n'a pas fait connaître sa réponse dans un délai de six mois, à l'expiration de ce délai, l'agrément est supposé acquis.

[604] Article L. 223-12 du Code de commerce

C. La fictivité du patrimoine d'affectation en présence de biens immatériels financiers

441. – En droit français, l'article 2011 du Code civil prévoit que le contrat de fiducie donne naissance à un patrimoine fiduciaire détaché du patrimoine du constituant qui ne se confond pas non plus avec le patrimoine fiduciaire. En créant ainsi une masse distincte de biens fiduciés, le système français se rapproche d'un *trust* anglais.

442. – Pourtant, dans la perspective d'une fiducie-sûreté réservée aux biens immatériels financiers, et la fongibilité de l'assiette pousse à considérer qu'il n'est pas nécessaire de maintenir l'existence d'un patrimoine fiduciaire, puisqu'en pratique, il n'y a aucune distinction entre les biens fiduciés et ceux qui appartenaient déjà au fiduciaire. D'ailleurs, certaines fiducies, à l'instar de la *Treuhand* en droit allemand[605], fonctionnent sans patrimoine d'affectation.

443. – Dans un souci de simplification et dans le dessein aussi d'englober le plus possible d'opérations fiduciaires innommées, le droit français pourrait se dispenser d'une référence à un patrimoine fiduciaire qui serait, appliqué aux biens immatériels financiers, une fictivité.

D. La limitation rationae personae du fiduciaire

444. – En raison de l'assiette de la fiducie-sûreté, constituée de biens immatériels financiers, la qualité de fiduciaire devrait être réservée aux seuls créanciers professionnels **(1)**, à l'exclusion donc des avocats **(2)**.

1) Les créanciers professionnels

445. – La position superprivilégiée qu'offre la fiducie-sûreté au créancier bénéficiaire est susceptible de susciter des convoitises frauduleuses. C'est la raison pour laquelle il nous paraît souhaitable de limiter la qualité de fiduciaire aux créanciers professionnels. Mais quelle acception du terme « professionnel » faut-il retenir ?

---

[605] V. supra n° 249 s.

Plusieurs solutions sont envisageables. Soit on retient une conception restrictive et on considère que par créancier professionnel il faut entendre les seuls établissements de crédit. Soit on adopte une conception plus extensive qui inclurait tous les professionnels. Soit encore, on choisit une conception intermédiaire, comme l'a fait la Cour de cassation par un arrêt du 9 juillet 2009. La première Chambre civile a défini le créancier professionnel comme *« celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale »*[606]. La décision a été rendue dans le cadre d'un cautionnement, au visa des articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, mais la formule très générale retenue par les juges de cassation pourrait être s'appliquer plus largement, bien au-delà des frontières du droit du cautionnement.

446. – Le créancier professionnel peut être une personne physique ou une personne morale (un établissement de crédit, une institution de service, une entreprise d'assurance ou une entreprise d'investissements, conformément aux dispositions de l'article 2015 al. 1er du Code civil). En revanche, la créance doit être en étroitement relation, ou plutôt en *« lien direct »* avec l'activité professionnelle du créancier. Cependant, à l'instar de la décision de la Cour de cassation du 9 février 2009, ce lien pourra être apprécié d'une manière assez souple, puisqu'en l'espèce il s'agissait d'une activité accessoire du créancier.

2) L'exclusion souhaitable des avocats de l'opération fiduciaire conclue à titre de garantie

447. – L'avocat peut être fiduciaire. L'effectivité de ce statut résulte du décret n° 2009-1627 du 23 décembre 2009[607] qui a modifié le décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 portant organisation de la profession d'avocat[608]. Il a fait suite à la loi n° 2008-776

---

[606] Civ. 1ère, 9 juillet 2009 : Bull. civ. 2009, I, n° 173 ; D. 2009, p. 2198, note S. PIEDELIEVRE ; D. 2009, p. 2032, obs. X. DELPECH ; Dr. & Patrimoine 2009, n° 187, p. 96, obs. L. AYNES, P. CROCQ et CH. LEFORT ; RLDC 2009, n° 66, p. 24, note O. GOUT

[607] Décret n° 2009-1627 du 23 décembre 2009 relatif à l'exercice de la fiducie par les avocats, publié au JO du 26 décembre 2009, p. 23310 et entré en vigueur immédiatement

[608] Décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 organisant la profession d'avocat, publié au JO du 28 novembre 1991, p. 15502 et entré en vigueur le 1er janvier 1992

du 4 août 2008[609], dite LME, qui a ajouté un second alinéa à l'article 2015 du Code civil. Plus récemment, le décret n° 2011-1319 du 18 octobre 2011[610] relatif à l'exercice de l'activité fiduciaire par l'avocat a précisé à quelles conditions les avocats devaient souscrire à une garantie financière, lorsqu'il n'a pas choisi de souscrire à une assurance dite « au profit de qui il appartiendra ». Le dessein de cette garantie financière est de garantir le constituant d'une fiducie contre le risque de détournement du bien remis. Elle a été fixée à 20% minimum pour les biens autres qu'immobiliers. Comme pour les autres garanties financières réglementées, les organismes habilités à garantir le professionnel sont les banques, établissements de crédit et sociétés de caution mutuelle.

448. – La reconnaissance de l'avocat fiduciaire n'a pas fait l'unanimité.

Ceux qui ont été favorables à l'extension de la qualité de fiduciaire à l'avocat ont avancé comme principaux arguments son *« expertise juridique, sa relation de confiance avec le constituant, la connaissance qu'il a d'une situation pouvant appeler l'utilisation de l'outil fiduciaire et de sa déontologie rigoureuse »*[611], ou encore sa *« capacité à nouer des relations étroites avec les partenaires crédibles (banques dépositaires, experts indépendants, commissaires aux comptes, notaires, family offices, assureurs, mandataires, gestionnaires, etc.) et à les mobiliser »*[612].

Cependant, nous pensons que ces arguments sont insuffisants. A notre sens, l'avocat fiduciaire ne devrait pas avoir la qualité de fiduciaire, et cette exclusion se justifie doublement.

La première raison est inhérente aux règles de la profession d'avocat et concerne le cas particulier des droits sociaux. Toutes les activités commerciales qui impliquent l'immixtion dans les affaires commerciales sont incompatibles avec la profession d'avocat. L'article 111 du décret du 27 novembre 1991 portant organisation de la profession d'avocat précise que la profession d'avocat est incompatible avec les fonctions d'associé dans une société en nom collectif, d'associé commandité dans les sociétés en commandite simple ou par actions, de gérant d'une SARL, de président du

---

[609] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, publiée au JO du 5 août 2008 et entrée en vigueur le 1er janvier 2009

[610] Décret n° 2011-1319 du 18 octobre 2011 relatif à l'exercice de l'activité fiduciaire de l'avocat, publié au JO du 20 octobre 2011, p. 17716

[611] ADELLE (J.-F.), *« L'avocat fiduciaire : quel positionnement pour quels marchés ? »* : Option Finance 2010, n° 1061, p. 31

[612] VALENTIN (J.-M.), *« Avocat fiduciaire, évidemment »* : LPA 2010, n° 69, p. 12

CA, membre du directoire ou directeur général d'une société anonyme, de gérant d'une société civile à moins que celle-ci n'ait pour objet la gestion d'intérêts familiaux ou professionnels. Les limitations posées à l'activité de l'avocat remontent au XVIIIe siècle s'expliquent principalement par le principe de désintéressement inhérent à la profession, comme le précise le Rapport d'étape sur l'incompatibilité entre la profession d'avocat et les actes de commerce et les professions ou fonctions commerciales établi par la Commission des règles et des usages du Conseil National des Barreaux, à l'Assemblée Générale des 9 et 10 juillet 2010[613]. En application de ce principe, la profession d'avocat est incompatible avec toutes les professions motivées par un but lucratif. Or, par le mécanisme de la cession fiduciaire, les droits sociaux sont transférés en pleine propriété au fiduciaire, après l'obtention de l'agrément ou par voie de virement de compte à compte. Il devient alors un associé à part entière de la société. Or, l'avocat ne peut pas être associé de ce que certains nomment les *« sociétés immatriculées à risque illimité »*[614]. Pour contourner cette impossibilité, il pourrait être envisagé de recourir à l'entiercement.

Cependant, et c'est là la seconde raison qui justifie l'exclusion des opérations fiduciaires conclues à titre de garantie des avocats, cela exposerait le débiteur constituant à des coûts financiers supplémentaires. Dans un souci de simplification de la fiducie-sûreté et pour réduire les frais à la charge du constituant, la relation doit rester bipartite avec d'un côté le débiteur et de l'autre un créancier professionnel, plus à-même de gérer les biens immatériels financiers qui lui ont été transmis. L'argument du coût financier nous semble dirimant.

§2. La révision des conditions de forme

449. – L'article 3§1 de la directive n° 2002/47/CE du 6 juin 2002 sur les contrats de garanties financières dispose que *« les États membres n'exigent pas que la constitution, la validité, la conclusion, l'opposabilité ou l'admissibilité à titre de preuve d'un contrat de garantie financière ou la constitution d'instruments financiers ou d'espèces en garantie en vertu d'un contrat de garantie financière soient subordonnées à l'accomplissement d'un acte formel »*.

---

[613] Disponible en ligne

[614] COZIAN (M.), VIANDIER (A.), et DEBOISSY (F.), Droit des sociétés, Litec, 2010, 23e éd., p. 565 s.

Seule l'attestation par écrit ou par un autre moyen juridiquement équivalent est exigée, comme le prévoit le paragraphe 2 du même article. En simplifiant les conditions de forme, la directive a facilité les recours aux contrats de garanties financières. Le rapport d'évaluation sur la directive concernant les contrats de garantie financière, par la Commission au Parlement européen indique que les dispositions de la directive ont rendu ces contrats plus efficaces. Se pose donc naturellement la question de savoir si l'allègement des exigences formelles doit être étendu à toutes les garanties, ou tout du moins, à toutes les sûretés ayant pour assiette des biens immatériels financiers ? La constitution de la fiducie-sûreté sur de tels biens pourrait-elle bénéficier de mesures similaires ?

La réponse mérite d'être nuancée car si la simplification est un gage d'efficacité de la sûreté dont bénéficie un créancier, il faut avoir à l'esprit que *« les biens servant de garanties peuvent, comme l'argent circuler en touts points du monde par un jeu d'inscriptions au crédit et au débit des comptes d'une chaîne d'intermédiaires »*[615]. La facilité avec laquelle peuvent circuler les biens immatériels peut s'avérer dangereuse pour les créanciers. En effet, ils pourraient, par l'établissement de conditions de forme simplifiées relativement à la constitution de la fiducie-sûreté, voir le patrimoine immatériel de leur débiteur disparaître rapidement ou être considérablement amoindri. Faciliter les conditions de forme pourrait encourager le débiteur à organiser scrupuleusement et aisément son insolvabilité. Il est donc nécessaire de trouver un juste équilibre dans le choix de la sanction de l'écrit requis **(A)** et dans les mesures relatives à l'enregistrement et à la publicité de la fiducie-sûreté sur biens immatériels financiers **(B)**.

A. L'assouplissement de l'exigence d'un écrit à titre de validité

450. – L'ensemble des dispositions relatives aux conditions de forme du contrat de fiducie révèle la rigidité du mécanisme. En effet, l'article 2012 du Code civil prévoit que la fiducie naisse de la loi ou d'un contrat et qu'elle soit expresse. Il exige en outre, pour *« les biens, droits ou sûretés transférés dans le patrimoine fiduciaire dépendent de la communauté existant entre les époux et d'une indivision »* la rédaction d'un acte

---

[615] ECONOMOU (S.), *« La proposition de directive européenne sur les contrats de garanties financières »* : Bull. Joly Bourse et Produits Financiers 2002, n° 1, p. 1

authentique. Malgré le coût de cette formalité, elle s'impose dans un souci de protection des intérêts des co-indivisaires ou du conjoint du constituant-débiteur.

451. – En outre, en dehors de ces cas spécifiques, le législateur n'a pas expressément imposé la rédaction d'un écrit à titre de validité de l'opération. Cependant, cela découle à la fois des mentions obligatoires requises à peine de nullité[616] et des articles 2019 et 2020 du Code civil qui ordonnent l'enregistrement du contrat de fiducie et de ses avenants.

452. – D'une manière générale, lorsque l'écrit est exigé *ad validitatem*, il constitue une formalité indispensable à la validité du contrat, par exception au principe du consensualisme. Le consentement des parties va alors *« s'extérioriser à travers une forme imposée à peine de nullité »*[617]. Ainsi en est-il des contrats solennels pour lesquels la loi requiert qu'ils soient conclus par écrit à peine de nullité. L'article 2018 du Code civil a érigé la fiducie en contrat solennel. Pourtant, une telle formalité appliquée à la fiducie en tant que sûreté peut étonner. En effet, l'écrit requis à titre de validité d'un contrat constitue une condition de forme traditionnellement requise lorsque la sûreté est conclue sans dépossession. Le droit français et le droit comparé le prouvent : la dépossession se matérialise dans l'*instrumentum.* Il suffit de citer, à titre d'exemple, l'article 2356 alinéa 1er du Code civil français relatif au nantissement de créance qui dispose qu' *« à peine de nullité le nantissement de créances est conclu par écrit »*, l'article 9 UCC sur le *Security Interest* pour lequel le législateur américain n'a pas exigé la rédaction d'un écrit, ou encore l'article 2072 du Code civil québécois qui en matière d'hypothèque mobilière prévoit que *« la dépossession est créée par la remise du bien au créancier ou si le bien est déjà entre ses mains, par le maintien de la détention, du consentement du constituant »*.

453. – L'exigence d'une telle formalité se fonde sur la volonté d'éviter les dissimulations que sont susceptible d'engendrer les contrats consensuels et celle aussi de permettre au débiteur de mesurer la gravité de son acte. L'écrit *« invite à la réflexion*

---

[616] V. notamment les dispositions des articles 2018, 2019 et 2372-5 du Code civil

[617] TERRE (F.), SIMLER (PH.), et LEQUETTE (Y.), Les obligations, Dalloz, 2009, 10e éd., p. 151, n° 137

et à la vigilance, et il permet à chacun de mûrir sa décision et de mieux apprécier la pensée »[618]. Or, tel est aussi le rôle traditionnellement alloué à la dépossession.

454. – La démarche du législateur français à l'égard de la fiducie peut également surprendre en ce que la tendance actuelle semble être à l'assouplissement des règles de constitution des sûretés[619]. Déjà depuis les années 1980, l'exigence d'un écrit avait été abandonnée pour le nantissement de valeurs mobilières[620] ainsi que pour la cession de créances professionnelles[621], en raison des impératifs de la pratique commerciale.

455. – Lorsque la sûreté s'accompagne de la dépossession, on a tendance à considérer que cette dernière suffit à établir les droits du créancier sur les biens transmis, tant à l'égard du débiteur que des tiers. Par le transfert, le débiteur manifesterait ostensiblement la volonté de s'engager et la détention du bien par le créancier suffirait à informer les tiers. La rédaction d'un écrit signé par le débiteur dans lequel le bien serait décrit serait alors inutile.

456. – Pourtant, il faut avouer que ces arguments s'avèrent inopérants, insuffisants en matière de fiducie-sûreté sur biens immatériels financiers. D'une part les convoitises frauduleuses que pourrait susciter la cession fiduciaire et d'autre la fongibilité de son assiette immatérielle doivent inciter à la prudence et à la sauvegarde des intérêts du débiteur-constituant. D'ailleurs le législateur français s'en est méfié et l'austérité de l'ensemble des dispositions relatives au formalisme du contrat de fiducie sont autant d'éléments révélateurs.

457. – Si l'absence de souplesse de l'opération fiduciaire est critiquable en ce qu'elle peut constituer un frein majeur à son utilisation par les créanciers, la souplesse doit-elle pour autant prévaloir sur la sécurité ? La réponse n'est pas si simple car si la

---

[618] TERRE (F.), SIMLER (PH.), et LEQUETTE (Y.), *op. cit.*, p. 149, n° 132

[619] V. par exemple, en matière de gage, l'article 2336 du Code civil qui dispose que « le gage est parfait par l'établissement d'un écrit », mettant ainsi fin au caractère réel du contrat de gage. V. également PARANCE (B.), La possession des biens incorporels, th. Paris I, LGDJ, 2008

[620] Article 29 de la loi n° 83-1 du 3 janvier 1983 sur le développement des investissements et de la protection de l'épargne publiée au JO du 4 janvier 1983

[621] Article 2 (devenu l'article L. 313-25 du Code monétaire et financier) de la loi n° 81-1 du 2 février 1981 dite Dailly facilitant le crédit aux entreprises, publiée au JO du 3 janvier 1981

souplesse des conditions de constitution d'une sûreté est primordiale, en ce qu'elle gage d'une bonne sûreté, il n'en demeure pas moins que dans le cadre de la fiducie-sûreté qui aurait pour assiette exclusivement des biens immatériels financiers, l'immatérialité et la fongibilité incitent à la plus grande prudence et à une plus large transparence. Le meilleur moyen d'y parvenir réside sans aucun doute dans une meilleure publicité qui doit primer pour laisser primer sur la souplesse de l'opération.

458. – Ainsi, il conviendrait de faire de la fiducie un contrat consensuel. L'écrit ne s'imposerait plus à titre de validité mais pour des raisons de preuve seulement. Dans ce cas, le contrat pourrait être un contrat sous seing privé ou notarié, écrit ou verbal, à titre gratuit ou onéreux. On pourrait même envisager une simple attestation écrite de constitution, comme pour la garantie financière, ou une déclaration, à l'instar du *trust* anglo-américain. Il pourrait aussi s'agir d'un écrit électronique.

B. L'enregistrement et la publicité de la fiducie-sûreté sur biens immatériels financiers

459. – Les règles de constitution prévues pour la fiducie sont lourdes.

Pour preuve, l'article 2019 du Code civil impose, à titre de nullité, que le contrat de fiducie et ses avenants soient enregistrés dans le délai d'un mois à compter de leur date au service des impôts du siège du fiduciaire ou au service des impôts des non-résidents si le fiduciaire n'est pas domicilié en France. L'enregistrement mis en place traduit la méfiance du législateur à l'égard de la fiducie, comme le prouve l'article 1er du décret n° 2010-219 du 2 mars 2010 relatif au traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « Registre national des fiducies », auquel renvoie l'article 2020 du Code civil qui dispose que ce registre a été créé pour « *centraliser les informations relatives aux contrats de fiducie nécessaires pour faciliter les contrôles permettant la lutte contre l'évasion fiscale, le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme* ».

Cependant, certains ont regretté que le législateur n'ait pas profité de l'occasion qui lui était donné au moment de la création du Registre national des fiducies pour

mettre en place un système performant de publicité des fiducies-sûretés[622]. L'unification des publicités des sûretés réelles constitue l'une des attentes les plus souvent prônées par la pratique commerciale et par la doctrine[623], et ce pour une plus grande clarté et efficacité du droit. Mais elle concerne bien souvent les seules sûretés réelles sans dépossession.

460. – La publicité répond à deux objectifs : assurer la sécurité des créanciers en rendant la sûreté opposable aux tiers et favoriser l'information de ces mêmes tiers. Définie comme *« la qualité reconnue à un élément de l'ordre juridique par laquelle il rayonne indirectement en dehors de son cercle d'activité directe »*[624], l'opposabilité résout les éventuels conflits entre les créanciers. Elle suppose l'accomplissement d'un certain nombre de formalités telles que la mise en possession du créancier. L'information, quant à elle, va permettre aux créanciers de connaître la situation patrimoniale de leur débiteur afin qu'ils ne soient pas *« frustrés de constater que ses actifs ont été transférés en pleine propriété, en fiducie à titre de garantie »*[625]. Il est en effet nécessaire d'informer les tiers, spécialement les créanciers à venir du débiteur, que tel ou tel bien n'appartient plus au débiteur, et qu'ils ne doivent plus compter sur l'objet détenu par le créancier[626]. La conclusion d'un contrat de fiducie expose davantage les tiers aux diminutions de leur droit de gage général, contre lequel ils n'auraient aucun moyen de se prémunir. L'inscription sur un registre est souvent considérée comme une alternative à la dépossession et est la seule qui *« permet de fournir une information suffisamment large et complète, apte à jouer le rôle dévolu à la propriété apparente »*[627]. Inscription au RCS, à l'IRPI, au CNC, ou au greffe du tribunal de commerce, les supports de publicité par voie quérable sont divers.

---

[622] BRUN (T.), et TESTON (B.), *« Le registre national des fiducies »*, à propos du décret n° 2010-219 du 2 mars 2010, in Actualité de la fiducie, JEANTET et Associés, AARPI, n° 2, mars 2010, également disponible sur www.jeantet.fr/espacepresse

[623] RIFFARD (J.-F.), Le *security interest* ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, th. Clermont-Ferrand, LGDJ, 1997, n° 746, p. 266 ; MARTIAL (N.), Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles, th. Paris V, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007

[624] DUCLOS (J.), L'opposabilité : essai d'une théorie générale, th. Rennes, LGDJ, 1984

[625] BRUN (T.), et TESTON (B.), *« Le registre national des fiducies »*, à propos du décret n° 2010-219 du 2 mars 2010, in Actualité de la fiducie, JEANTET et Associés, AARPI, n° 2, mars 2010, également disponible sur www.jeantet.fr/espacepresse

[626] WITZ (C.), La fiducie en droit privé français, th. Strasbourg, Economica, 1981, n° 212 (à propos du nantissement)

[627] RIFFARD (J.-F.), *op. cit.*, n° 754, p. 270

461. – Avant de proposer la mise en place d'un système plus homogène, voire unique, de publicité de la fiducie-sûreté sur biens immatériels financiers, il convient de s'interroger sur l'opportunité d'une telle publicité. La fiducie entraîne un transfert de propriété, une mise en possession du créancier bénéficiaire. Or, en matière mobilière, la possession est considérée comme *« la publicité à l'état brut et inorganique sous sa forme élémentaire et naturelle »*[628].

462. – De plus, si l'on se réfère aux procédures de publicité établies par les législateurs étrangers qui ont consacré la fiducie qui peuvent servir de modèles pour déterminer les formalités d'enregistrement de la fiducie-sûreté, on s'aperçoit qu'aucune exigence de forme ou de publicité n'a été établie[629]. La France fait office d'exception. Au Luxembourg, le contrat est consensuel. Le législateur a simplement prévu que *« le règlement ne s'applique qu'aux contrats fiduciaires expressément soumis à son application par les parties »*[630]. L'exigence de cette mention n'a aucun caractère solennel, il s'agit d'établir la volonté des parties. A l'exception de cette référence, la forme est en principe libre. De même, en Allemagne, le contrat de fiducie est un contrat consensuel. Il prend la forme d'un mandat, d'une stipulation pour autrui ou d'un contrat synallagmatique dans le cas où le fiduciaire serait rémunéré. La dénomination de l'opération dans l'acte n'est pas nécessaire, la qualification en fiducie découle du contenu. Aucune autre formalité n'est imposée. Dans les pays anglo-saxon, contrat de *trust* (ou *trust deed*) est un acte par lequel sont établis les devoirs et pouvoirs d'administration des *trustees*. Soumis à aucune publicité, il peut même résulter d'une simple déclaration dans laquelle l'identité du *settlor* faisant le premier settlement n'est pas mentionnée pour des raisons de confidentialité. Il s'agit d'un document (*declaration of trust*) établi par les seuls *trustees*. Le contrat est toutefois soumis à un droit d'enregistrement fixe de 125 euros. Au Québec, l'article 1262 du Code civil prévoit que *« la fiducie peut être établie par contrat, à titre onéreux ou gratuit, par testament ou, dans certains cas, par la loi »*. La forme est donc libre.

---

[628] SALEILLES (R.), De la possession des meubles en droit romain, th. Paris, 1883, p. 67

[629] CANTIN CUMYN (M.), *« La fiducie au Québec, un modèle imitable ? »* : *in* Trust & fiducie : concurrents ou compléments, Actes du colloque tenu à Paris, les 13-14 juin 2007, Ed. Academy & Finance SA, Genève, 2008, p. 85, spéc. p. 96

[630] Article 1er du Règlement grand-ducal du 19 juillet 1983 relatif aux contrats fiduciaires des établissements de crédit (abrogé par la loi du 27 juillet 2003)

463. – Il convient d'adapter cette simplicité à la fiducie-sûreté sur biens immatériels financiers en droit français. Ainsi, la publicité doit résulter de l'enregistrement du contrat dans lequel doivent figurer brièvement les seuls éléments essentiels tel que les noms et adresses des parties, la description des biens, la détermination de la créance, et la durée de l'opération. Les formalités lourdes et coûteuses ne se justifient pas ni ne s'accommodent aux biens immatériels.
Nous sommes convaincus que seul un régime souple et flexible permettant une application large conduirait à faire de la fiducie une sûreté dynamique et attractive à plus d'un titre pour les créanciers[631].

464. – Il faudrait exiger un enregistrement qui ne soit pas réservé au seul usage privé de certaines administrations mais ouvert à tous, et ce, à des fins de publicité des opérations fiduciaires, à des fins d'opposabilité aux tiers. Actuellement, la procédure d'enregistrement mise en place par le législateur a une dimension exclusivement fiscale. Il conviendrait donc d'élargir le champ d'application du registre national des fiducies et notamment en ce qui concerne l'accès aux informations. La liste des destinataires devrait être étendue aux établissements financiers et plus largement à tous les créanciers, à tous ceux qui pourraient avoir un intérêt à connaître la situation patrimoniale du débiteur pour leur éviter ainsi d' *« accorder leur crédit à une apparence trompeuse »* [632]. En outre, pour faciliter la consultation[633], il faudrait admettre que toutes les fiducies-sûretés relèvent d'un registre unique, qui pourrait être le Registre national des fiducies. L'enregistrement concernerait la déclaration, le contrat ou l'attestation de fiducie et il aurait comme dessein l'opposabilité de l'opération. Par ailleurs, concernant le choix d'une publicité objective ou subjective, la première nous semble préférable. Seule l'inscription rendrait la sûreté opposable aux tiers. Il faudrait donc conseiller le créancier d'enregistrer sa sûreté dans les plus brefs délais, ce qui aurait pour conséquence de le rendre diligent.

---

[631] V. CLAXTON (J. B.), *« Language of the Law of the Trust »* (Langage du droit de la fiducie) : Revue du Barreau, vol. 62, n° 2, 2002, p. 273
[632] ROBLOT (R.), *« Les sûretés mobilières sans déplacement »*, *in* Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Etudes offertes à G. RIPERT, t. II, LGDJ, 1950, p. 362, spéc. n° 15, p. 376 en parlant des sûretés mobilières sans déplacement
[633] V. VALLENS (J.-L.), *« Publicité et information en matière de sûreté »* : LPA 2000, n° 1888, p. 5 et s.

SECTION 3

L'ADAPTATION DES EFFETS DE LA FIDUCIE-SURETE APPLIQUEE AUX BIENS IMMATERIELS FINANCIERS AVANT L'ECHEANCE DE LA GARANTIE

465. – La fiducie-sûreté impliquant une dépossession du bien par le constituant, il est important d'équilibrer les intérêts en présence, en aménageant les droits et obligations du fiduciaire **(§1)**, et en renforçant sa sécurité en lui offrant la possibilité d'un remboursement anticipé de sa créance en raison de la dévaluation imprévisible susceptible de toucher les biens immatériels financiers **(§2)**.

§1. L'aménagement des droits et obligations du fiduciaire

466. – En tant que contrat synallagmatique, la fiducie oblige par nature chaque intervenant à la convention. Le constituant doit transférer au fiduciaire la titularité de ses droits mis en fiducie. Le fiduciaire dispose d'obligations plus étendues. Il doit exécuter la mission qui lui a été confiée par le constituant et déterminée par le contrat de fiducie, à savoir la conservation, disposition et/ou administration des biens, et ce, en toute loyauté. Dans le cas contraire, il engagerait sa responsabilité. Conformément aux dispositions de l'article 2026 du Code civil, il *« est responsable, sur son patrimoine propre, des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission »*. Sa position superprivilégiée ne lui confère pas l'immunité.

467. – En outre, le fiduciaire est propriétaire des biens fiduciés. Mais appliquées aux droits sociaux, l'administration et la disposition des droits sociaux par le fiduciaire pourrait s'avérer complexe.

468. – Deux solutions nous semblent alors envisageables pour l'aménagement de la mission du fiduciaire.

La première résiderait dans la conclusion d'un contrat de mise à disposition, qu'autorise l'article 2018-1 du Code civil pour un fonds de commerce ou un immeuble à usage professionnel exclusivement, en vertu duquel le constituant conserverait certaines prérogatives sur les biens sociaux transmis à titre de fiducie. Cependant, cette solution s'accommode assez mal avec le droit de la faillite car d'une part, il y a un

risque de voir l'administrateur décider de mettre un terme à ce contrat en cours et d'autre part, l'article L. 624-7 du Code de commerce prévoir que le contrat de mise à disposition pourrait faire partie du plan de cession.

La seconde solution serait d'imposer que le contrat de fiducie détermine les devoirs du fiduciaire en matière de droits sociaux, ce qui signifierait que le fiduciaire soit tenu de suivre les indications du constituant relativement à l'exercice des droits politiques notamment.

La simplicité de cette seconde solution nous semble devoir être privilégiée car elle seule permet de maintenir tous les intérêts en cause, sans que le droit des entreprises en difficulté vienne bouleverser l'existence du contrat.

§2. La faculté de remboursement anticipé en faveur du fiduciaire

469. – La faculté pour un créancier de percevoir de manière anticipée le remboursement de sa créance n'a été prévue par le législateur que pour le nantissement de films cinématographiques. En vertu de l'article 36 du Code de l'industrie cinématographique, le bénéficiaire *« encaisse seul et directement nonobstant toute opposition autre que celle fondée sur un privilège légal, à concurrence de ses droits et suivant l'ordre de son inscription, le montant des produits du film de quelque nature qu'ils soient, et ce, sans qu'il soit besoin de signification aux débiteurs cédés qui seront valablement libérés entre ses mains »*, sauf disposition contraire portée au contrat.

470. – Le législateur n'a pas souhaité généraliser cette pratique[634] aux autres sûretés conventionnelles sur biens immatériels[635]. Pourtant, elle peut s'avérer d'un grand intérêt pour un créancier qui risque de subir une dévaluation du bien, et par voie

---

[634] La qualification de cette délégation de recettes est contestée : cession de créances pour les uns (MESTRE (J.), PUTMAN (E.), et BILLIAU (M.), Traité de droit civil, tome 2 : Droit spécial des sûretés réelles, LGDJ, 1996, p. 452, n° 1009 ; PHAM (K.), et DAVY (S.), *« Les sûretés cinématographiques, un mécanisme inoxydable »* : Gaz. Pal. 2005, n° 126, p. 26, spéc. p. 30 s.), action directe pour les autres (PIEDELIEVRE (S.), Les sûretés, Ed. Armand Colin, 4e éd., 2004, n° 418, p. 248 ; *contra* CH. JAMIN, La notion d'action directe, th. Paris I, LGDJ, 1991, p. 114, n° 144), encore exercice direct et par anticipation du droit de préférence (N. MARTIAL, Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles, th. Paris V, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 349, n° 537), ou encore fiducie (GAUTIER (P.-Y.), Propriété littéraire et artistique, PUF, 2001, 4e éd., p. 616 s., n° 363).

[635] LISANTI (C.), Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels, th. Montpellier, LGDJ, 2001, p. 278 : *« l'objet de la sûreté n'est pas une propriété intellectuelle mais une créance »*.

de conséquence, de l'assiette de sa sûreté. L'anticipation offerte au créancier pourrait sécuriser la fiducie-sûreté. Il ne s'agirait pas pour le créancier d'exercer par anticipation un droit de préférence comme en matière de nantissement de films cinématographiques. Il faudrait au contraire envisager cette faculté comme une fiducie sur choses futures. Voilà pour le créancier la meilleure garantie qui soit, puisqu'il s'assure d'un paiement direct par anticipation sur les fruits produits par le bien immatériel financier. Il évite *a priori* ainsi les dangers d'une dépréciation de la valeur du bien fiducié et réduit les risques d'insolvabilité *a posteriori* du débiteur, et notamment s'il fait l'objet d'une procédure collective, le fiduciaire n'aura à craindre aucun concours de créanciers privilégiés, puisque de ce fait, les fruits produits par le bien fiducié sont considérés comme étant sortis du patrimoine du débiteur et transmis en pleine propriété au fiduciaire.

471. – Une telle faculté n'est que l'expression du droit de propriété dont est titulaire le fiduciaire. L'article 2372-3 du Code civil dispose qu' *« à défaut de paiement de la dette garantie et sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le fiduciaire, lorsqu'il est le créancier, acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie »*. Nous pensons que ce droit devrait également être reconnu au créancier avant l'échéance de la garantie, avant le constat d'un défaut de paiement de la part du constituant.

472. – Suivant le sort du principal, le contrat de fiducie, cette clause de remboursement anticipé ne devrait pas être soumise à l'exigence d'une publicité : aucune inscription particulière au Registre national des fiducies, ni signification à l'instar d'une cession de créance ; ce droit deviendrait opposable au débiteur et aux tiers dès l'enregistrement du contrat de fiducie.

473. – En outre, si l'on envisage cette faculté de paiement anticipé en faveur du créancier comme un moyen de ne pas subir les risques de dévaluation du bien, seuls les droits sociaux devraient être concernés par cette mesure, et plus précisément les actions réglementées sur un marché public.

CONCLUSION DU CHAPITRE

474. – Si le régime de la fiducie nous semble le plus opportun à régir l'affection des biens immatériels financiers en garantie, il doit être adapté. La première des adaptations consiste à en préciser les caractéristiques, notamment en ce qui concerne le transfert du droit de propriété qui s'opère *ab initio*. La seconde adaptation vise à alléger les conditions de constitution de la fiducie-sûreté, car s'il est vrai qu'elle est une sûreté particulièrement prisée par les créanciers en ce qu'elle leur permet d'échapper à la loi du concours, elle fait malheureusement l'objet d'un régime trop strict. Il conviendrait donc de simplifier les conditions de fond notamment en restreignant la liste des fiduciaires. A notre sens, en effet, l'extension de la qualité de fiduciaire aux avocats ne nous semble ni pertinente ni judicieuse. Par ailleurs, les conditions de forme doivent être révisées. Cela passe par l'assouplissement de l'exigence de l'écrit, et par des aménagements de l'enregistrement et de la publicité du contrat. Enfin, les effets de la fiducie-sûreté doivent être adaptés. Les droits et obligations du fiduciaire doivent être précisés pour être en adéquation avec la nature financière des biens immatériels. En outre, il faudrait introduire, à l'instar du nantissement de films cinématographiques, la possibilité d'un remboursement anticipé du créancier pour accroître sa sécurité car les biens financiers sont soumis à de forts risques de fluctuations incontrôlables, indépendantes de la volonté des parties.

TITRE 2

L'APPREHENSION DES BIENS IMMATERIELS INDUSTRIELS PAR LE GAGE

475. – L'objectif de préservation des équilibres que nous évoquions pour guider notre proposition de rénovation du droit des sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels va prendre ici toute son ampleur. En effet, c'est la prise en compte de ces équilibres et intérêts en présence qui nous a permis d'établir les critères de choix quant à l'élection de la voie du gage pour appréhender les biens immatériels industriels donnés en garantie **(Chapitre 1)**. Cependant, les règles du contrat de gage issues de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 portant réforme des sûretés ont du être repensées pour mieux s'adapter à la nature de ces biens **(Chapitre 2)**.

CHAPITRE 1
LES CRITERES DE CHOIX

476. – Si la fiducie-sûreté, telle qu'elle résulte des réformes depuis la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, offre au créancier qui en bénéficie un avantage considérable en lui permettant d'échapper à la loi du concours, nous pensons qu'elle ne peut être efficacement utilisée qu'en présence de biens immatériels dont la dépossession par le débiteur est impossible et/ou dont le transfert en pleine propriété au créancier serait dénué de tout intérêt **(Section 1)**. Lorsque de tels biens constituent l'assiette de la sûreté, le gage doit s'imposer comme modèle, et ce d'autant plus que depuis l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés, son régime s'est révélé davantage adapté à la nature de ces biens **(Section 2)**.

SECTION 1
LA FIDUCIE : UN REGIME ATTRACTIF MAIS INADAPTE

477. – L'attractivité de la fiducie-sûreté et sa supériorité par rapport aux autres sûretés réelles traditionnelles ne fait aucun doute. Le transfert de la propriété du bien au fiduciaire par le constituant qui constitue l'élément principal du contrat permet au créancier d'obtenir satisfaction, en toute indépendance. Devenu propriétaire du bien remis en garantie, il échappe aux affres de la loi du concours, il n'entre jamais en concurrence avec les autres créanciers.

L'efficacité redoutable de la fiducie par rapport au gage, au nantissement et à l'hypothèque suscite la convoitise de tous les créanciers. Cependant, s'il est vrai qu'il faut nuancer ces propos eu égard au droit de rétention qui offre des avantages similaires, il faut préciser que seul le créancier *réellement* rétenteur bénéficie d'une situation favorable. Toutefois, si parfois le droit de rétention et la fiducie sont traités de manière identique, notamment par le droit des entreprises en difficulté en cas de procédure de sauvegarde ou de redressement, la suprématie de la fiducie ne fait pas de doute. Au moment où s'ouvre une procédure de liquidation judiciaire, la fiducie déploie de nouveau ses ailes et le fiduciaire est désintéressé en toute indépendance.

478. – L'esprit du droit des procédures collectives a changé depuis la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985[636], *« les droits des créanciers ont été restaurés : d'une part en créant de nouvelles formes de sûretés utilisant le droit de propriété comme garantie, et, d'autre part en élargissant le domaine d'application du droit de rétention »*[637]. Depuis, le périmètre du droit de rétention et de la fiducie-sûreté n'a eu de cesse de s'étendre. La volonté de faire bénéficier au plus grand nombre de créanciers des efficacités offertes par ces mécanismes est pourtant discutable. La fiducie-sûreté ne doit pas être étendue à tous les créanciers et ce, notamment en raison de la nature de certains biens. La recherche d'une suprématie de droits ne doit pas venir ébranler la fragilité latente de ces mécanismes.

479. – En effet, si la fiducie-sûreté s'avère parfaitement adaptée aux biens immatériels financiers, elle se révèle en revanche totalement inapplicable en matière de biens immatériels industriels. Incontestablement, la fiducie-sûreté supporte mal le transfert de propriété des biens immatériels industriels dont l'usage et la jouissance doivent être conservés par le constituant, parce qu'ils sont indispensables au maintien de son activité commerciale et/ou parce qu'ils doivent être exploités personnellement par lui pour la préservation de leur valeur. Les biens immatériels industriels ne peuvent donc être utilisés de façon satisfaisante comme assiette d'une fiducie-sûreté qui réalise des transferts temporaires de propriété. Il y a en effet une incompatibilité entre le régime de la fiducie-sûreté et la nature des biens immatériels industriels **(§1)**. Pourtant, en matière de propriété littéraire et artistique, il existe un cas dans lequel le transfert de propriété à titre de garantie a été prévu par le législateur et s'avère particulièrement efficace. Il s'agit de la délégation de recettes de films cinématographiques. Cependant, il ne s'agit pas d'une fiducie-sûreté sur biens immatériels industriels mais d'une fiducie-sûreté sur biens immatériels financiers **(§2)**.

---

[636] Loi n° 85-98 du 25 janvier 1984 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises, publiée au JO du 26 janvier 1985, p. 1097, modifiée par la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises (JO du 11 juin 1994, p. 8440), et en partie abrogée par l'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie Législative du Code de commerce (JO du 21 septembre 2000, p. 14783).

[637] DAMMANN (R.), et PODEUR (G.), *« Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession »* : D. 2008, p. 2300

§1. Le principe d'une incompatibilité entre le régime de la fiducie et la nature des biens immatériels industriels

480. – La nature des biens immatériels industriels n'est pas appropriée au régime de la fiducie-sûreté et cela se manifeste tant au niveau des règles de constitution **(A)**, des effets de la garantie à l'égard des parties **(B)**, que des modes de réalisation **(C)**.

A. L'inadaptation des règles de constitution de la fiducie aux biens immatériels industriels

481. – L'inadaptation des règles de constitution de la fiducie-sûreté aux biens immatériels industriels résulte du transfert de propriété qui relève de l'essence même de l'institution. Il ne s'agit pas d'une incompatibilité qui concernerait le droit de propriété détenu par le titulaire de droits, laquelle ne suscite plus de difficulté[638], mais bien de celle qui est relative au droit de propriété du créancier. La nature des biens immatériels industriels s'accommode particulièrement mal de cette propriété transférée au créancier-fiduciaire, tout simplement parce que l'affectation de ces biens en garantie évite *« la stérilisation économique de l'objet de la sûreté puisqu'elles réalisent l'affectation de la valeur du bien au créancier et ne produisent aucun effet sur ses utilités, qui sont conservées par le constituant »*[639]. Le constituant *doit* conserver ces biens. Le maintien des « utilités » du bien par le débiteur est indispensable intrinsèquement pour la conservation de leur valeur et extrinsèquement, pour les besoins de son activité professionnelle.

482. – L'affirmation selon laquelle *« la propriété et l'exploitation sont naturellement liées »*[640] n'est valable que pour les biens immatériels industriels. Les biens doivent être détenus par ceux qui exercent les prérogatives économiques indispensables au maintien de leur valeur, leur titulaire.

---

[638] PELISSIER (A.), Possession et biens incorporels, th. Montpellier, Dalloz, 2001, p. 127, n° 280

[639] LISANTI (C.), Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels, th. Montpellier, Litec, 2001, p. 249, n° 313

[640] CUIF (P.-F.), Le contrat de gestion, th. Paris I, 2001, p. 349, n° 504

483. – Si la propriété transférée à titre de garantie est particulièrement bien adaptée aux biens immatériels financiers, il n'en va pas de même des biens immatériels industriels. Qu'il ait lieu *ab initio* ou *in fine*, le transfert de propriété ne convient pas aux biens intellectuels ni au fonds de commerce. Atteste de cette impossibilité à reconnaître un droit de propriété au créancier l'article 2018-1 du Code civil qui dispose que *« lorsque le contrat de fiducie prévoit que le constituant conserve l'usage ou la jouissance d'un fonds de commerce (…) transféré dans le patrimoine fiduciaire, la convention conclue à cette fin n'est pas soumise aux chapitres IV et V du titre IV du livre I^er du Code de commerce, sauf stipulation contraire »*.

484. – A cette disposition s'ajoute, de surcroît, celle de l'article L. 642-7 du Code de commerce (modifié sous l'impulsion de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté[641]) selon laquelle sauf accord du bénéficiaire du contrat de fiducie, la convention de mise à disposition d'un bien ou d'un droit transféré dans un patrimoine ne peut pas faire partie des contrats cédés judiciairement dans le cadre d'un plan de cession.

En outre, lorsqu'elle est accompagnée d'une telle convention, la fiducie-sûreté ne peut être réalisée en sauvegarde et en redressement judiciaire[642].

485. – Par ces règles, le législateur semble avoir avoué tacitement les limites de la fiducie-sûreté lorsqu'elle a pour objet notamment un fonds de commerce (bien immatériel industriel), ce qui implique la conclusion d'une convention de mise à disposition, et contraint à l'application de dispositions bien spécifiques, surtout dans le cadre d'une procédure collective.

B. L'inadaptation des effets de la fiducie aux biens immatériels industriels

486. – Le transfert fiduciaire a pour effet principal d'octroyer au fiduciaire les attributs du droit de propriété, même si à l'égard du constituant-débiteur, il doit exécuter des obligations personnelles, comme celle de rendre compte de sa mission, qui découle

---

[641] Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, publiée au Jo du 19 décembre 2008, p. 19462

[642] AYNES (A.), *« Le transfert de créances en fiducie : une alternative, avec quelles limites ? »* : Banque & droit déc. 2010, hors-série, « Compte-rendu Rencontre Banque & Droit du 12 octobre 2010 », p. 19

du contrat de fiducie. A l'égard des tiers, l'article 2023 du Code civil prévoit qu'il *« est réputé disposer des pouvoirs les plus étendus sur le patrimoine fiduciaire, à moins qu'il ne soit démontré que les tiers avaient connaissance de la limitation de ses pouvoirs »*.
En outre, le transfert fiduciaire a également pour effet de conférer au créancier une mission, celle d'agir *« dans un but déterminé »*[643], ce qui en matière de fiducie-sûreté consiste pour le fiduciaire, également bénéficiaire, à agir dans son propre intérêt, à savoir d'œuvrer pour la préservation de la valeur du bien qui constitue sa garantie.

487. – Or, plusieurs raisons peuvent expliquer l'incompatibilité qui existe entre un tel transfert qui entraîne de tels effets entre les parties et la nature des biens immatériels industriels assiettes de la sûreté. Le fonds de commerce et/ou les biens intellectuelles sont intimement liés à leurs titulaires, soit parce qu'ils sont indissociables et indispensables à leurs activités professionnelles **(1)**, soit parce qu'ils sont intimement liés à ceux qui les exploitent car eux seuls peuvent exercés certains droits attachés à la propriété de ces biens **(2)**. Par voie de conséquence, dans ces hypothèses, le créancier ne peut disposer d'aucun pouvoir d'administration ou de disposition.

1) Le lien entre les biens immatériels industriels et l'activité professionnelle du débiteur

488. – Le Professeur Roubier avait déjà attiré l'attention sur le lien qui existe entre les biens immatériels industriels fondés sur la notion de clientèle et le rôle joué par leurs titulaires pour en maintenir la valeur : *« tandis que la propriété et la créance se classent dans la statique juridique, les droits dont nous parlons se meuvent dans le dynamisme juridique »*[644], c'est-à-dire que la valeur économique de ces droits[645] dépend étroitement de leur exploitation, de l'intervention personnelle de leurs titulaires. Pour les créances, les biens immatériels financiers, leur valeur repose sur *« des éléments de fixité et de stabilité, au moins relatives, dans un patrimoine »*[646]. Pour les biens

---

[643] Cf. article 2011 du Code civil
[644] ROUBIER (P.), *« Droits intellectuels ou droit de clientèle »* : RTD civ. 1935, p. 251, spéc. p. 293
[645] Pour le Professeur ROUBIER, appartiennent à ces droits *« les actions de société, les fonds de commerce et d'industriel, les offices ministériels, les portefeuilles d'assurance, les cabinets de médecin… »*, *ibid.*
[646] ROUBIER (P.), *ibid.*

immatériels industriels, au contraire, leur valeur est fonction de *« toutes les fluctuations de la situation économique »*[647].

489. – Autrement dit, l'idée est de démontrer que *« la clientèle est à qui sait la prendre »*, c'est-à-dire que pour les biens immatériels industriels étroitement liés à l'idée de clientèle (fonds de commerce) ou de public (propriétés intellectuelles), leur valeur économique n'est maintenue qu'autant qu'ils sont exploités par leurs titulaires[648], de sorte que sans exploitation le titulaire s'expose à la perte de ses droits (déchéance de sa marque par exemple), à la perte de sa clientèle ou de son public, à la perte de la valeur économique. L'exploitation et la valeur économique d'un bien immatériel industriel sont donc intimement liées. La nature de ces biens *« qui n'ont pas de corps matériellement saisissable, et consistent uniquement dans des perspectives de productivité et de revenus futurs »*[649] fait que leur valeur économique dépend étroitement de leur exploitation commerciale.

490. – Or, de même que ces biens ne peuvent faire l'objet d'un droit de rétention effectif, ils ne peuvent non plus être *réellement* transférés à un créancier à titre de garantie. En matière de gage, les règles ont été contournées par le législateur qui a établi une publicité pour certains biens immatériels industriels lorsque leur localisation s'avèrerait difficile. S'agissant de la fiducie-sûreté, les règles ont également été écartées. Faisant exception au principe selon lequel l'assiette de la sûreté doit être effectivement transférée au créancier, le législateur a prévu à l'article 2018-1 du Code civil qu'une convention de mise à disposition puisse être conclue par les parties, lorsque le bien concerné est un fonds de commerce ou un immeuble à usage professionnel. Dans ce cas, le débiteur constituant conserve l'usage et la jouissance du bien.

491. – En effet, le créancier qui bénéficierait d'une fiducie-sûreté, ou qui bénéficierait d'une attribution en pleine propriété de ces biens ne disposerait pas des qualités requises. pour en devenir pleinement propriétaire. Au-delà d'éventuelles

---

[647] ROUBIER (P.), *« Droits intellectuels ou droit de clientèle »* : RTD civ. 1935, p. 251

[648] Nous ne citons pas le cas des cessionnaires de droits tels que les licenciés car la conclusion d'un contrat de licence relève de l'exploitation que fait le titulaire de ce droit

[649] HEBRAUD (P.), *« Observations sur la notion du temps dans le droit civil »* : *in* Etudes offertes à P. KAYSER, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1979, tome II, p. 54, n° 31

incompatibilités[650], il existe des obstacles de compétences. Le créancier – et de surcroît dans le système que nous proposons de la fiducie dans laquelle seuls les créanciers professionnels devraient être admis – ne dispose pas des connaissances ou des aptitudes nécessaires à l'exploitation de ces biens immatériels industriels.

492. – Se pose naturellement la question de l'intérêt pour lui de disposer de la propriété d'un bien qu'il ne saura ou pourra exploiter, en sachant que l'inexploitation ou la mauvaise exploitation pourrait faire perdre au bien toute sa valeur.

2) L'exercice des droits attachés au droit de propriété des biens immatériels industriels par le débiteur-propriétaire

493. – En ce qui concerne les biens intellectuels, l'action en contrefaçon obéit à des règles différentes selon que l'on se trouve en présence d'une propriété littéraire et artistique ou d'une propriété industrielles. Pour les droits d'auteur, l'action en contrefaçon est ouverte à l'auteur ou au coauteur de l'œuvre, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale. En outre, la jurisprudence a également admis que l'action puisse être intentée par celui qui apparaît comme le titulaire du droit[651].

Pour les brevets, marques, dessins et modèles et topographies de produits semi-conducteurs, si en principe l'action en contrefaçon est exercée par le propriétaire du droit, elle peut aussi être exercée à titre exceptionnel par un licencié ou par un cessionnaire, sous certaines conditions.

C. L'inadaptation du mode principal de réalisation de la fiducie aux biens immatériels industriels : la conservation en pleine propriété

494. – Que la propriété soit présente *ab initio* dans le transfert, au cours du fonctionnement de la fiducie ou *in fine*, au moment du dénouement de l'opération, elle s'accommode mal des biens immatériels industriels.

---

[650] V. supra n° 447 s . sur l'avocat fiduciaire

[651] V. GAUTIER (P.Y.), Propriété littéraire et artistique, PUF, 2010, 4e éd., n° 796

495. – Concernant précisément le dénouement de l'opération de fiducie, l'article 2372-3 alinéa 1er du Code civil prévoit, lorsque la créance est arrivée à échéance, qu' *« à défaut de paiement de la dette garantie et sauf stipulation contraire du contrat de fiducie, le fiduciaire, lorsqu'il est créancier, acquiert la libre disposition du bien ou du droit cédé à titre de garantie »*.

496. – L'attribution en pleine propriété du bien au créancier, envisagée comme mode principal de réalisation de la fiducie, est inadaptée lorsque sont engagés des biens immatériels industriels. Pour quelles raisons ? La réponse doit probablement être recherchée du côté des deux fondements au droit d'attribution proposés par la doctrine, à savoir le droit de rétention et le gage. Si le second peut d'ores et déjà être écarté au motif qu'il est admis depuis longtemps que l'attribution (judiciaire) du bien bénéficie également aux créanciers titulaires d'un nantissement – l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 l'ayant expressément visée à l'article 2365 du Code civil, le premier en revanche retiendra davantage notre attention.

497. – Le droit de rétention envisagé comme fondement au droit d'attribution a été principalement théorisé par le Professeur Derrida. Le droit d'attribution découlerait du droit de rétention dont il serait *« le prolongement naturel »*[652]. Selon cet auteur, *« le lien d'intimité que la détention crée entre le créancier et la chose retenue, (…), conduisent tout naturellement à son attribution judiciaire en propriété au créancier »*. L'appréhension matérielle du bien par le créancier justifierait l'attribution en pleine propriété de ce bien et sa suprématie par rapport aux autres droits des créanciers découlant d'autres sûretés.

498. – L'intérêt de ce raisonnement est de mettre le lien étroit qui unit le droit de rétention et le droit d'attribution. Toutefois, nous ne pensons pas que le droit de rétention constitue le fondement du droit d'attribution. A notre sens, c'est dans la nature des biens que doit être recherchée le fait générateur. Elle guide les règles applicables en matière de droit de rétention et de droit d'attribution. Les biens immatériels industriels ne pouvant faire l'objet d'une dépossession pour les raisons que nous avons évoquées, ils ne peuvent non plus faire l'objet d'un droit de rétention effectif ou d'un droit

---

[652] DERRIDA (F.), note sous Com. 12 février 1979 : D. 1979, p. 354

d'attribution opportun. S'agissant du droit de rétention, des palliatifs ont du être trouvés comme le prouve la création de droits de rétention fictifs, dématérialisés ou symboliques. S'agissant du droit d'attribution s'il n'est pas complètement exclu pour réaliser la sûreté ayant pour assiette un bien immatériel industriel, il n'est pas celui qui, en pratique, sera préféré par le créancier. Le créancier n'aura pas l'utilité d'un droit de propriété sur fonds de commerce ou sur une propriété intellectuelle.

499. – Au-delà de l'inopportunité à reconnaître un tel droit pour le créancier titulaire de sûretés sur biens immatériels industriels, il existe des dispositions législatives qui s'y opposent expressément. En effet, le législateur a avoué les limites qui existaient au droit d'attribution appliqué aux biens immatériels industriels.

Par exemple, en ce qui concerne le fonds de commerce, l'article L. 142-1 alinéa 2 du Code de commerce dispose que *« le nantissement d'un fonds de commerce ne donne pas au créancier gagiste le droit de se faire attribuer le fonds en paiement et jusqu'à due concurrence »*. L'attribution en pleine propriété est donc interdite pour le fonds de commerce.

En outre, en matière de brevets, l'article L. 613-21 du Code de propriété intellectuelle prévoit une procédure de saisie sur brevet et dispose qu'à peine de nullité de celle-ci, *« le créancier saisissant doit, dans le délai prescrit, se pourvoir devant le tribunal, en validité de la saisie et* ***aux fins de mise en vente du brevet*** *»*. Si pour certains auteurs, le fait *« qu'un texte organise les conditions d'une saisie n'implique nullement qu'il faille en passer par une saisie »*[653], pour d'autres, il s'agit d'une interdiction : *« le titulaire d'un gage portant sur un brevet ne peut exercer son droit de préférence que sur le prix du bien, une fois celui-ci vendu. Contrairement au gagiste ordinaire, il n'a pas le droit de se faire consentir une attribution en propriété »*[654]. La disposition, contraire à l'ancien article 2078 du Code civil priverait ainsi le créancier titulaire d'un brevet de bénéficier d'une attribution en pleine propriété.

Enfin, en matière de droit d'auteur, l'article L. 132-30 alinéa 4 du Code de propriété intellectuelle dispose que *« l'auteur et les coauteurs possèdent un droit de préemption sur l'œuvre, sauf si l'un des coproducteurs se déclare acquéreur »*[655]. Le créancier pourrait donc également se voir priver d'attribution judiciaire en pleine

---

[653] VIVANT (M.), *« L'immatériel en sûreté »* : Mélanges M. CABRILLAC, Litec, 1999, p. 421, n° 18

[654] SALVAGE-GEREST (P.), et SOUWEINE (C.), Nantissement et saisie, *in* J.-Cl. Brevets, n° 54

[655] Sur cette procédure, V. GAUTIER (P.-Y.), Propriété littéraire et artistique, PUF, 2010, p. 722 s., n° 676

propriété par un tiers disposant d'un droit de préemption. En vertu de ce droit qui porte sur l'intégralité des droits, *« le législateur a entendu, du seul fait de la liquidation judiciaire de l'entreprise de production, offrir à l'auteur la possibilité de reprendre la maîtrise de ses droits d'auteur en résiliant le contrat de production »*[656], et ce, dans un souci de protection des intérêts de l'auteur et coauteur(s).

500. – De nombreux obstacles semblent freiner voire bloquer l'utilisation du droit d'attribution en tant que mode de réalisation des sûretés portant sur les biens immatériels industriels.

Pourtant, il est vrai que dans le dispositif législatif relatif à la fiducie, l'article 2373-3 alinéas 2 et 3 dispose que *« lorsque le fiduciaire n'est pas créancier, ce dernier peut exiger de lui la remise du bien, dont il peut alors librement disposer, ou, si le contrat de fiducie le prévoit, la vente du bien ou du droit cédé et la remise de tout ou partie du prix. La valeur du bien ou du droit cédé est déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, sauf si elle résulte d'une cotation officielle sur un marché organisé au sens du Code monétaire et financier ou si le bien est une somme d'argent. Toute clause contraire est réputée non écrite »*.

501. – En raison de la nature des biens, le créancier est susceptible de perdre le bénéfice de l'attribution en pleine propriété, il lui reste la possibilité de faire vendre le bien.

Cependant, il perd le moyen qui lui permet d'obtenir une satisfaction immédiate. Le droit d'attribution est en réalité le mode de réalisation le plus simple et le plus rapide.

502. – Si la fiducie est une sûreté d'une efficacité redoutable, comme nous l'avons démontré, en ce qu'elle offre notamment au fiduciaire une position superprivilégiée en évitant la loi du concours et en s'assurant du paiement intégral de sa créance en bénéficiant d'un droit de propriété sur le ou les biens fiduciés, il est à craindre qu'en pratique, celle-ci ne lui soit d'aucune utilité voire lui nuisent, lorsqu'elle a pour assiette des biens immatériels industriels.

---

[656] TGI Paris, 5 juin 1991 : RIDA 1992, n° 1, p. 330, note PASCAL ; confirmé par CA Paris, 1er mars 1996 : RIDA, 1996, n° 10, p. 261, note P.-Y. GAUTIER

Toutefois, il existe un cas particulier qui a été envisagé par le législateur qui a prévu la délégation de recettes de films cinématographique. Mais ce cas particulier ne doit pas être vu ou traité comme une exception au principe puisque cette modalité doit être requalifiée en fiducie-sûreté sur créances cinématographiques, donc en fiducie-sûreté sur biens immatériels financiers.

§2. L'exception : le cas particulier de la délégation de recettes de films cinématographiques, assimilable à une cession fiduciaire

503. – Envisagée à titre autonome ou dans le cadre d'un nantissement de films cinématographiques, la délégation de recettes permet au créancier d'avoir un droit direct sur les recettes du film.

504. – L'article 33 du Code de l'industrie cinématographique a en effet prévu non seulement le nantissement sur tout ou partie du droit de propriété ou du droit d'exploitation, mais également la cession et la délégation, *« en propriété ou à titre de garantie, de tout ou partie des produits présents et à venir d'une œuvre cinématographique »*, ce qui constitue une fiducie-sûreté sur biens immatériels industriels futurs[657]. Toutefois, conformément aux dispositions de l'article 32 du même Code, encore faut-il, lorsqu'il s'agit d'un film futur, que le titre ait été préalablement déposé au registre public.

505. – La situation du créancier bénéficiaire de telles garanties est particulièrement avantageuse par rapport à un créancier nanti ou gagiste ordinaire puisqu'en vertu de l'article 36 du Code de l'industrie cinématographique, il a la faculté d'encaisser *« seul et directement, (…), le montant des produits de l'œuvre cinématographique, de quelque nature qu'ils soient et ce, sans qu'il soit besoin de signification aux débiteurs cédés qui seront valablement libérés entre ses mains »*.
La nature de ce droit a suscité quelques controverses doctrinales. Il est certain qu'il ne s'agit pas d'une délégation étant donné que le consentement du débiteur n'est pas requis à titre de validité de l'opération. Certains ont pu considérer qu'il s'agissait d' *« une*

[657] Cependant, la nature juridique de la délégation est encore discutée par la doctrine. Même si tous les auteurs contestent la qualification de délégation, plusieurs positions s'opposent. Voir LISANTI (C.), Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels, th. Montpellier, Litec, 2001, p. 279, n° 359

simple cession de créance, celle du producteur sur les salles de projection et la publicité réalisée sur un registre public se substitue aux formalités de l'article 1690 du Code civil »[658]. En l'état de la jurisprudence actuelle qui refuse de voir dans la cession de créance de droit commun un mécanisme susceptible de servir à titre de garantie, il convient, comme nous l'avons déjà précisé, de requalifier cette opération en fiducie. C'est la raison pour laquelle il nous semble que ce droit du bénéficiaire doit être analysé comme un droit direct sur les produits du film, une action directe[659].

SECTION 2

LES NOUVELLES CARACTERISTIQUES DU GAGE ET LEUR ADAPTATION A L'AFFECTATION EN GARANTIE DES BIENS IMMATERIELS INDUSTRIELS

506. – Si les critiques formulées par certains auteurs à l'encontre du régime du gage étaient parfois justifiées, elles ne sont plus d'actualité. L'étude de ces critiques **(§1)** permettra de les réfuter eu égard aux nouvelles dispositions issues de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 **(§2)**.

§1. La controverse doctrinale quant à la qualification de gage retenue par le législateur antérieurement a l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006

507. – Avant l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés, une partie de la doctrine avait tendance à considérer que la qualification des sûretés réelles conventionnelles relatives aux fonds de commerce et propriétés intellectuelles en gage n'était pas satisfaisante, et ce, pour plusieurs raisons **(A)**. Leurs critiques aboutissaient alors à une requalification du gage sur ces biens en hypothèque **(B)**.

---

[658] MESTRE (J.), PUTMAN (E.), et BILLIAU (M.), Traité de droit civil, tome 2 : Droit spécial des sûretés réelles, LGDJ, 1996, p. 452, n° 1009

[659] PIEDELIEVRE (S.), Les sûretés, Ed. A. Colin, 2004, 4e éd., p. 248, n° 418 ; *contra* JAMIN (CH.), La notion d'action directe, th. Paris I, 1991, p. 113 s., n° 142 s., spéc. n° 144 qui considère que l'action directe est exclusive de tout concours entre les créanciers.

A. Le rejet par la doctrine de la qualification de gage

508. – Avant l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, selon certains auteurs, le régime du gage s'accommodait mal des biens immatériels, en particulier industriels. Les raisons tenaient à la *summa divisio* des biens **(1)**, au caractère réel du contrat de gage **(2)**, ainsi qu'au droit de rétention **(3)**.

1) Les arguments tirés de la *summa divisio* des biens

509. – Traditionnellement, le droit français, qui s'est inspiré de la distinction élaborée sous l'Ancien Régime[660], scinde les biens en deux catégories : les biens meubles et les biens immeubles. De cette distinction découle le régime des différents biens.

510. – En outre, *« la distinction meuble/immeuble [s'est prolongée] naturellement dans la distinction sûretés mobilières/sûretés immobilières »*[661]. Ainsi, avant l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, coexistaient principalement deux sûretés réelles conventionnelles : l'hypothèque sur les biens immobiliers, et le gage sur les biens mobiliers. La catégorie des biens mobiliers étant ouverte, contrairement à celle des biens mobiliers, le fonds de commerce et les biens intellectuels ne pouvaient recevoir que la qualification de gage, et plus précisément de gage par détermination de la loi. Alors, comme tout bien mobilier, la seule sûreté envisageable était le gage. Certains auteurs ont même qualifié ces régimes de *« gages par détermination de la loi »*[662].

Dès lors que le bien est *« juridiquement mobilier »*[663], le régime du gage doit s'appliquer.

511. – L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, tout en maintenant la distinction traditionnelle entre les sûretés mobilières et immobilières, a introduit une

---

[660] LIBCHABER (R.), *« La recodification du droit des biens »* : *in* Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, Dalloz-Litec, 2004, p. 332, n° 29

[661] CABRILLAC (M.), ET MOULY (CH.), *op. cit.*, n° 516

[662] MESTRE (J.), PUTMAN (E.) et BILLIAU (M.), Traité de droit civil, tome 2 : Droit spécial des sûretés réelles, LGDJ, 1996, p. 401 s., n° 960 s.

[663] THERY (PH.), Sûretés et publicité foncière, PUF, 1998, p. 348, n° 231

sous-classification parmi les sûretés portant sur les meubles, en opérant une *« mutation de la notion de nantissement »*[664]. Dans les anciens articles 2071 et 2072 du Code civil, le terme de nantissement servait à désigner les sûretés réelles avec dépossession parmi lesquelles le gage qui s'appliquait aux biens meubles et l'antichrèse aux biens immeubles. Pourtant, entre-temps, il avait été utilisé par la pratique pour désigner les sûretés réelles mobilières sans dépossession, à l'image du nantissement de fonds de commerce ou le nantissement de valeurs mobilières. L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 lui a donné un autre sens encore. Désormais, le nantissement désigne les sûretés mobilières sur biens incorporels, et le gage les sûretés mobilières sur biens corporels.

512. – Si cette distinction entre biens incorporels et biens corporels nous semble intéressante à bien des égards, elle n'est pas opportune en tant que subdivision des sûretés réelles mobilières. Il semblerait que par ce biais, le Code civil ait consacré une nouvelle classification des meubles, autre que celle prévue à l'article 527 du Code civil qui dispose que *« les biens sont meubles par leur nature, ou par détermination de la loi »*.

513. – La nouvelle classification n'ôte pas le caractère critiquable de la classification classique, laquelle gêne considérablement l'insertion parmi elle de nouvelles richesses qui ne sont, en toute objectivité ni meubles ni immeubles, à l'instar des biens immatériels, qu'ils soient financiers ou industriels. De plus, le forçage des catégories est tel que l'aboutissement est un véritable non-sens, à l'instar du fonds de commerce, rattaché par défaut à la catégorie des biens meubles, des droits, ou des biens intellectuels, classés dans la catégorie infiniment extensible des meubles par détermination de la loi.

2) Les arguments tirés du caractère réel du contrat de gage

514. – Parce qu'il a toujours été considéré qu'une bonne organisation du crédit réel reposait sur la sauvegarde de deux intérêts : celle du créancier en le rassurant sur

---

[664] LISANTI (C.), *« Quelques remarques à propos des sûretés sur les meubles incorporels dans l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 »* : D. 2006, p. 2671, n° 11

l'efficacité de sa garantie et celle des tiers en les informant du patrimoine du débiteur et de l'état des sûretés grevant ses biens, les rédacteurs du Code civil avaient envisagé, à l'article 2076, que *« dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou du tiers convenu entre les parties »*[665].

515. – En effet, la mise en possession du bien avait pour dessein d'offrir au créancier gagiste un paiement sur le prix de l'objet grevé, sans avoir à subir le concours des autres créanciers. Autrement dit, d'offrir au créancier un droit de préférence et un droit de suite particulièrement efficaces qui le prémunissaient notamment des actions en revendication exercées par les tiers contractants du débiteur.

En outre, elle avait pour fonction de protéger les tiers, en les informant de l'état du patrimoine du débiteur et des sûretés grevant ses biens et ses droits, et en les prévenant de ne pas accorder au débiteur une confiance excessive. Selon le jurisconsulte Edmond Thaller, *« tout droit de préférence, pour être loyal et de bonne venue, doit se révéler au dehors. Car son exercice aboutit à une véritable éviction des créanciers qui ont traité avec le débiteur en suivant sa foi. Quand on fait crédit à un homme, ce n'est pas sans s'être assuré, tout d'abord, de ses moyens de remboursement, et l'on évalue ces moyens d'après la consistance de l'avoir dont on dispose. Tout bien non estampillé, et ne portant pas la marque d'une affectation spéciale est traité comme libre et doit faire partie du gage commun des créanciers »*[666].

516. – En se fondant sur la définition donnée par Aubry et Rau de la possession, à savoir *« le fait de celui qui voulant qu'une chose soit soumise en sa faveur à un droit réel de propriété ou de jouissance, de servitude ou d'usage, détient cette chose ou exerce ce droit »*[667], la plupart des auteurs en ont déduit que pour détenir, il fallait retenir, que le pouvoir du possesseur devait être exercé qu'être corporels. Là réside l'origine de la théorie "corporaliste" de la possession que la jurisprudence a appuyée[668].

---

[665] Une disposition identique figurait à l'article 92 du Code de commerce. Aucune distinction n'était faite entre le gage civil et le gage commercial.

[666] THALLER (E.), Des faillites en droit comparé, A. Rousseau, 1887, p. 75 s., n° 134 ; V. aussi du même auteur, Traité élémentaire de droit commercial, n° 898, al. 1 et 2

[667] AUBRY (CH.), et RAU (CH.-F.), Cours de droit civil français, II, Ed. Marchal et Billard, 1897, p. 80

[668] V. par exemple Tribunal civil de la Seine 1843 : D., 1845. 4. 353, cité par LAJUS (J.), De la publicité dans le contrat de gage en matière civile, th. Bordeaux, 1899, p. 24

Le gage était jugé inapplicable aux biens incorporels car la possession était, dans l'esprit des juristes, *« tout imprégnée de matière, elle est la main qui s'ouvre pour se refermer sur le corps saisi »*[669]. Déjà en droit romain les choses incorporelles étaient insusceptibles de *pignus*. De même, dans notre ancien droit, les choses incorporelles ne pouvaient faire l'objet d'un gage. Pothier s'exprimait ainsi : *« [Les] choses incorporelles (…) ne sont pas susceptibles du contrat de nantissement puisqu'elles ne sont pas susceptibles d'une tradition réelle qui est de l'essence de ce contrat : incorporales res traditionem non recipere manifestum est »*[670]. Cependant, la position de Pothier est à nuancer car elle a évolué. S'il avait choisi dans un premier temps de dénier la possibilité qu'il y ait une dépossession des biens incorporels, il a décidé, dans un second temps, influencé par la jurisprudence, de l'admettre.

517. – Pourtant, l'ancien article 2075 du Code civil semblait régler les formalités relatives à cette mise en gage en adaptant les règles du droit commun. Ainsi le législateur avait-il prévu que *« sur les meubles incorporels tels que les créances mobilières »*, le privilège du créancier gagiste énoncé à l'ancien article 2074 du Code civil, ne pouvait être établi *« que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré, et signifié au débiteur de la créance donnée en gage »*. Par l'accomplissement de cette formalité, le législateur avait recherché un succédané à la dépossession particulièrement aisée pour les biens corporels.

518. – La mise en œuvre et l'interprétation de l'article 2075 du Code civil par la jurisprudence et la doctrine ont suscité quelques aménagements. En effet, en pratique il était difficile de satisfaire la condition de dépossession appliquée aux biens incorporels, à l'immatériel. C'est la raison pour laquelle les juges ont estimé d'une part que la signification prescrite par l'article 2075 du Code civil ne s'appliquait qu'aux créances[671], car elle s'opérait dans les rapports du débiteur avec le créancier gagiste[672].

---

[669] PARANCE (B.), La possession de biens incorporels, th. Paris I, LGDJ, 2008, p. 8, n° 1

[670] POTHIER (R.J.), Œuvres, t. VI, Traité du nantissement, 1821, art. 1 §1

[671] MOREL (M.), De la nécessité de la mise en possession du gagiste dans le contrat de gage, Caractère véritable du gage sans dépossession, th. Paris, 1902, p. 38 ; V. également BLAISOT (A.), De la mise en possession du créancier dans le contrat de gage, th. Paris, 1897, p. 105, n° 108 : *« cette signification [de l'ancien article 2075 du Code civil] n'est pas exigée d'une façon absolue pour tous les meubles incorporels ; elle ne concerne que ceux qui impliquent l'existence d'un débiteur »*.

En outre, ils ont également considéré qu'elle ne suffisait pas à créer le contrat de gage de créances – le débiteur devant remettre à son créancier en complément un titre représentatif de la créance[673]. D'autre part, pour les biens incorporels autres que les créances, les tribunaux ont exigé l'inscription sur un registre[674] ou la dépossession fictive par la remise d'un *corpus*, le caractère réel du contrat de gage était incompatible avec ces biens[675].

519. – En imaginant que détenir l'instrument revenait à détenir le droit lui-même, en imaginant qu'en transmettant le titre c'était le droit qui était transmis, on a aboutit à une fiction juridique qui a permis de légitimer le gage des meubles incorporels. La remise du titre de la créance équivalait à la remise du bien exigée par l'article 2076 du Code civil. La condition essentielle du gage était donc remplie. Dépossession fictive mais détention précaire et surtout, possession sur un bien corporel. Il ne s'agit pas à proprement parlé d'une possession de biens incorporels, même si cela y ressemble fortement car le détenteur du titre détient en réalité l'*instrumentum* qui représente la créance. Parce que la possession n'est que fictive, parce que le débiteur conserve l'usage de son bien lorsqu'il s'agit de biens intellectuels ou de fonds de commerce, certains auteurs ont conclu à l'inopportunité de la dépossession des biens

---

[672] Pour de nombreux auteurs, *« le législateur [avait] exigé la signification non pas pour toutes choses incorporelles, mais uniquement pour celles qui impliquent l'existence d'un débiteur, c'est-à-dire les créances »* : MOREL (M.), *ibid.* ; V. également BLAISOT (A.), *ibid.* : *« cette signification [de l'ancien article 2075 du Code civil] n'est pas exigée d'une façon absolue pour tous les meubles incorporels ; elle ne concerne que ceux qui impliquent l'existence d'un débiteur »*.

[673] V. SAULIERE (L.), De la mise en possession du créancier gagiste, th. Toulouse, 1899, p. 37 s. ; LAJUS (J.), De la publicité dans le contrat de gage en matière civile, th. Bordeaux, 1899, p. 24 s. ; DELSAUX (L.), De la dépossession du constituant en matière de gage, th. Douai, 1900, p. 90 s.

[674] Par exemple, l'article 33 du Code de l'industrie cinématographique prévoit que le nantissement de films cinématographiques peuvent donner lieu à un nantissement, à condition d'avoir été inscrits sur le registre public de la cinématographie et de l'audiovisuel, dont c'était d'ailleurs le dessein initial. En outre, l'article L. 132-34 du Code de la propriété intellectuelle dispose que *« le droit d'exploitation de l'auteur d'un logiciel (…) peut faire l'objet d'un nantissement »*, à condition toutefois que le contrat de nantissement ait été constaté par écrit à peine de nullité, et qu'à titre d'opposabilité, il ait été inscrit sur un registre spécial tenu par l'Institut national de la propriété industrielle. En outre, s'agissant de cette inscription, elle doit mentionner précisément l'assiette de la sûreté et indiquer les codes source ainsi que les documents de fonctionnement

[675] POUILLET (E.), Traité théorique et pratique de propriété littéraire et artistique et du droit de représentation, Ed. Marchal et Billard, 1908, 3e éd., n° 198 ; LUCAS (A.), et LUCAS (H.-J.), Traité de la propriété littéraire et artistique, Litec, 1994, p. 404 s., n° 491 ; STENGER (J.-P.), *« Le gage des droits de propriété intellectuelle »* : RDPI octobre 1995, n° 61, p. 12 s., spéc. p. 16

intellectuels[676]. D'autres au contraire estiment qu'il convient de *« remplacer la dépossession par un geste symbolique, portant sur le support matériel : remise d'un exemplaire de l'œuvre »*, à laquelle viendrait s'ajouter la *« signification au cocontractant/débiteur de l'auteur »*[677].

520. – L'idée n'est pas nouvelle. En matière de brevets, cela a été jugé le 29 août 1865[678] par la Cour de Paris. En matière de propriété littéraire artistique, la remise du manuscrit ou du cliché a été admise par la Cour de Paris, par un arrêt du 15 janvier 1874[679]. En revanche, il a été difficile pour la pratique, au XIXe siècle, de concevoir et d'admettre la mise en gage d'une marque[680], et malheureusement, comme aucune décision juridictionnelle n'avait été rendue, les critiques n'ont pu être alimentées. En outre, concernant les droits indivis d'une succession, la Cour de Paris avait été particulièrement audacieuse, lorsqu'elle avait décidé d'admettre, sur le fondement de la doctrine de Colmet de Santerre, que le gage était constitué par la signification de l'acte de nantissement au débiteur. L'audace de cet arrêt lui avait valu d'être cassé par la Chambre civile de la Cour de cassation le 19 février 1894[681] et d'être fortement critiqué par les auteurs[682].

521. – Concernant les œuvres littéraires, certains auteurs se sont montrés plus dubitatifs[683]. D'autres, ont proposé, à l'instar de la jurisprudence de 1874, qu'un exemplaire de l'œuvre soit remis, et que cette formalité soit doublée par une signification au débiteur[684], ce que d'autres n'ont pas manqué de critiquer aux motifs que cette forme de dépossession *« ne permet pas de réaliser les objectifs assignés à la dépossession »*, qu' *« elle n'offre pas au débiteur une prise de conscience de la gravité de son acte »*, qu' *« elle ne permet pas non plus d'éviter les éventuels détournements de gage qui pourraient être opérés par le débiteur au sacrifice du créancier »*, qu' *« elle*

---

[676] MARTIAL (N.), Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles, th. Montpellier, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 225, n° 349
[677] GAUTIER (P.Y.), Propriété littéraire et artistique, PUF, 2010, 7e éd., n° 655, p. 701
[678] Cour de Paris, 29 août 1865 : D. 1865. 2. 231
[679] Cour de Paris, 18 janvier 1874 : D. 1875. 2. 43
[680] DELSAUX (L.), De la dépossession du constituant en matière de gage, th. Douai, 1900, pp. 123-124
[681] DELSAUX (L.), *op. cit.*, pp. 127-129
[682] DELSAUX (L.), *ibid*.
[683] LUCAS (A.), et LUCAS (H.-J.), Traité de la propriété littéraire et artistique, Litec, 1994, n° 491, p. 405
[684] GAUTIER (P.Y.), Propriété littéraire et artistique, PUF, 2010, 7e éd., n° 655, p. 701

n'empêche nullement le débiteur de constituer sur le même bien d'autres gages en remettant des copies du titre », et enfin qu' *« elle ne pourra servir à l'exercice du droit de rétention »* par le créancier, *« sauf à envisager un droit de rétention fictif, ce qui (…) n'est pas des plus satisfaisants »*[685]. Pour conclure, cet auteur considère qu'une telle dépossession en matière de propriétés intellectuelles est inopportune.

Certains ont admis que si le créancier est en mesure de bloquer l'exercice du ou des droits patrimoniaux de l'auteur, la dépossession fictive est envisageable. Elle est alors réalisée lorsque par exemple *« l'éditeur, auquel l'auteur a confié le soin d'éditer l'une de ses œuvres et qui se trouve être le créancier de ce dernier au titre de ce contrat d'édition, retienne le droit de la divulguer et de la publier, en arrêtant temporairement sa publication »*[686].

522. – En outre, antérieurement à la loi du 1er mars 1898 modifiée par la loi du 17 mars 1909, la Cour de cassation avait admis par un arrêt de la Chambre des Requêtes du 13 mars 1888 que le nantissement de fonds de commerce était valable à condition que le constituant remette au créancier des titres, en remplacement des formalités requises par l'ancien article 2076 du Code civil, comme par exemple le contrat de bail, ou un titre représentant la propriété d'un bien intellectuel. Si la solution peut être appliquée au fonds de commerce et aux propriétés industrielles, elle rencontre en revanche un obstacle majeur en matière de propriété littéraire et artistique. Le droit d'auteur qui naît du seul fait de la création[687] ne nécessite pas, contrairement aux brevets, marques, dessins et modèles, de procédure d'enregistrement. Le droit d'auteur ne se matérialise donc pas dans un titre. La seule manifestation matérielle du droit d'auteur réside dans le support matériel de l'œuvre permettant sa reproduction. Par un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 janvier 1874[688], les juges ont décidé que « les œuvres de l'esprit, lorsqu'elles se réalisent par l'impression, la gravure ou de toute autre manière, peuvent faire la matière d'un nantissement, qui frappe à la fois le droit de propriété de ces œuvres elles-mêmes et les objets matériels qui sont les instruments de

---

[685] MARTIAL (N.), Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles, th. Montpellier, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 225, n° 348

[686] AYNES (L.), Le droit de rétention : unité ou pluralité, th. Paris II, Economica, p. 69, n° 89

[687] Article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle

[688] CA Paris, 15 janvier 1874 : DP 1875, 2, p. 43 ; V. aussi Req. 25 mars 1901 : S. 1901, 1, p. 305

leur publication ». En tant que chose purement incorporelle[689], le droit d'auteur ne bénéficie d'aucune protection. En revanche, dès lors qu'elle est fixée sur une chose matérielle qui la révèle, elle accède à la protection et peut alors être donnée en nantissement. Cependant, il faut préciser que seule la dépossession des droits patrimoniaux de l'auteur est concevable, puisque le droit moral est intimement lié à la personne de l'auteur et ne peut, pour cette raison, constituer l'assiette d'une garantie.

523. – Le caractère réel du contrat de gage se manifeste d'une part d'un point de vue du constituant débiteur qui doit se déposséder du bien à des fins de validité du contrat, et d'autre part d'un point de vue du créancier qui doit posséder ce bien, c'est-à-dire, en matière de gage, exercer un droit de rétention sur ce bien.

3) Les arguments tirés de la nature juridique du droit de rétention

524. – *« Pour retenir, il faut d'abord tenir »*[690]. Dans la conception classique, le droit de rétention est étroitement lié à la détention. La détention, qui suppose une appréhension physique, matérielle, de la chose, est considérée comme indispensable à la création ou à l'efficacité du droit de rétention. Elle en constitue une condition essentielle. En d'autres termes, la détention ne pouvant être valablement réalisée sur des biens incorporels, elle emporte comme conséquence pour le droit de rétention qu'il ne peut concerner que des biens corporels. Pour de nombreux auteurs, cette affirmation relève du postulat[691] : *« la conception matérialiste qui avait dominé dans le dernier état*

---

[689] V. notre définition des biens immatériels (introduction)

[690] MARTY (G.), et RAYNAUD (P.), Traité de droit civil, t. 3, 1er vol., 1971, p. 19, n° 32 ; MARTY (G.), RAYNAUD (P.), et JESTAZ (PH.), Les sûretés, La publicité foncière, Paris, 1987, n° 33 ; PIEDELIEVRE (S.), Les sûretés, coll. Cursus, Paris, 1996, n° 210 s.

[691] SCAPEL (CH.), *« Le droit de rétention en droit positif »* : RTD civ. 1981, p. 539, n° 19 : *« il n'est pas douteux que seules peuvent être retenues les choses corporelles qui sont dans le commerce »* ; V. également MAZEAUD (H. ET L.), MAZEAUD (J.), ET CHABAS (F.), Leçons de droit civil, t. 3 : Sûretés et publicité foncière, Montchrestien, 1999, 7e éd. par Y. PICOD ; MARTY (G.), RAYNAUD (P.), et JESTAZ (PH.), Droit civil, tome 3 : Les sûretés et la publicité foncière, Sirey, 1987, 2e éd., p. 28, n° 46 ; DERRIDA (F.), Rép. civ., *V° Rétention*, n° 95 ; NERSON et FROSSARD : J.-Cl. civ., articles 2092-2094, « Le droit de rétention », éd. 1978, nos 42 à 49 ; DERRIDA (A.), Recherches sur le fondement du droit de rétention, th. Alger, 1940, p. 15 : *« L'objet du droit de rétention consiste en la faculté, pour une personne, de conserver entre ses mains une chose qu'on lui réclame à bon droit ; or, ne peut la conserver que celui qui la possède déjà, ne peut évidemment refuser de s'en dessaisir que celui qui en est actuellement « saisi », sans quoi on n'aurait pas à lui en demander la délivrance »* ; DURAND (J.-F.), Le droit de rétention, th. Paris II, 1979, p. 182 : *« seul est en droit d'invoquer un droit de rétention, celui qui a, entre les mains, un*

de notre ancien droit, et d'après laquelle la rétention est inséparable de l'idée de détention, de possession d'un objet corporel… s'est perpétuée dans la doctrine après la promulgation du Code civil. Bien que celui-ci n'ait jamais donné une définition de la rétention, aucun auteur n'a hésité à penser qu'il ne pouvait être question de rétention pour un créancier débiteur de la restitution ou de la délivrance d'un objet corporel »[692].

525. – Pourtant, avec le développement des nouveaux biens, et des gages sans dépossession, s'est rapidement posée la question de savoir si le créancier bénéficiaire de telles sûretés était titulaire d'un droit de rétention.

Si dès le XVII[e] siècle, des arrêts ont été rendus en faveur d'une reconnaissance d'un gage portant sur créances[693], et dont l'ancien article 2076 du Code civil a porté consécration, la jurisprudence a toujours refusé d'admettre que les biens incorporels puissent être l'objet d'un droit de rétention. Par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de cassation du 25 janvier 1904[694], les juges ont dénié au cessionnaire indivis de l'exploitation d'une forêt un droit de rétention portant sur le droit d'exploitation. Elle a en effet considéré que *« si le droit d'exploiter une forêt est une chose incorporelle, sur laquelle le droit de rétention ne saurait s'exercer, la forêt, est une chose corporelles, susceptible comme telle de détention matérielle »*. Parce que le concessionnaire de l'exploitation avait eu la possession exclusive de cette forêt il était en droit d'opposer au co-concessionnaire le droit de rétention sur la forêt jusqu'au complet paiement de sa créance.

Dans le même esprit, pour les fichiers sur bandes magnétiques, distinguant entre l'objet du droit et le droit, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé, par

---

bien corporel. Cette règle est la conséquence naturelle du principe selon lequel le droit de rétention résulte d'une mainmise matérielle sur la chose retenue » ; CATALA-FRANJOU (N.), *« De la nature juridique du droit de rétention »* : RTD civ. 1967, p. 35, n° 19 : *« le droit de rétention rire sa force et sa justification de la maîtrise exercée par un créancier sur un bien corporel »*

[692] CASSIN (R.), De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception *« non adimpleti contractus »*) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution, th. Paris, 1914, p. 143

[693] Parlement de Paris, 9 juillet 1698 : arrêt cité par TROLONG (M.), Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, t. XIX, Du nantissement et de l'antichrèse, commentaire du titre XVII, livre III du Code civil, Paris, 1847, n° 264 ; Cour des Aides, 18 mars 1769 : arrêt cité par POTHIER (R.-J.), Œuvres, t. VI, Traité du nantissement, 1821, p. 490, note 1

[694] Civ. 25 janvier 1904 : DP 1904, 1, 601, note L. GUENEE, cité par A. AYNES, Le droit de rétention, th. Paris I, Economica, 2005, p. 65, n° 85

un arrêt du 8 février 1994[695] que le droit de rétention portait sur le support, chose corporelle.

En outre, concernant les créances, les juges de la Cour d'appel d'Agen ont décidé par un arrêt du 24 mars 1897[696] que le droit de rétention *« ne saurait s'exercer sur des choses incorporelles, telles que les créances qui ne sont pas susceptibles d'appropriation »*.

La jurisprudence révèle la très grande réticence des juges à admettre qu'un droit de rétention puisse porter sur un bien incorporel, et son analyse semble démontrer que la position des tribunaux est assez tranchée, quelque soit le bien immatériel concerné.
Pourtant, en matière de fonds de commerce, les solutions ont été fluctuantes. Tout d'abord, par un arrêt de la Chambre des requêtes du 21 juin 1933[697], la Cour de cassation avait décidé, en matière de nantissement de fonds de commerce, que l'inscription n'était pas de nature à faire échec à la poursuite d'un syndic ou d'un liquidateur judiciaire aux fins d'obtention de la vente du fonds. Autrement dit, le créancier nanti ne détient pas de droit de rétention sur le fonds de commerce. Ensuite, par un arrêt de la Cour d'appel d'Amiens rendu le 11 juin 1964[698], les juges ont admis qu'un fonds de commerce puisse faire l'objet d'un droit de rétention. Pourtant, cette décision s'inscrit à contre-courant de la jurisprudence qui jusqu'alors avait toujours dénié au créancier titulaire d'un nantissement de fonds de commerce l'existence d'un tel droit. En reconnaissant le droit de rétention, les juges ont pu contraindre le vendeur à consigner les acomptes. Puis, par un arrêt du 20 janvier 1965, les magistrats de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, s'agissant d'un litige relatif à la location-gérance d'un fonds de commerce de minoterie, ont reconnu au locataire-gérant la possibilité d'être titulaire d'un droit de rétention. En l'espèce, le pourvoi avait été rejeté car toutes les conditions de la rétention n'étaient pas réunies : *« le locataire ne détenait pas le droit d'exploiter ledit contingent, et que la Cour d'appel a pu en déduire à juste titre qu'il ne pouvait dès lors pas prétendre retenir ce droit »*. On peut enfin citer un arrêt rendu le 26 octobre 1971 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation qui a décidé que le nantissement de fonds de commerce ne confère pas de droit de

---

[695] Com. 8 février 1994 : Bull. civ. IV, n° 56
[696] CA Agen, 24 mars 1897, citée par DURAND (J.-F.), Le droit de rétention, th. Paris II, 1979, p. 190
[697] Req. 21 juin 1933 : Gaz. Pal. 1933, 2, 54
[698] CA Amiens, 11 juin 1964 : D. 1965, p. 355, note M. CABRILLAC

rétention, lequel ne s'applique qu'aux créanciers bénéficiant d'un droit de rétention sur la chose gagée.

La décision a été vivement critiquée[699], en raison de son *« caractère novateur »*[700]. Pourtant, la formulation employée par la Cour de cassation ne semble pas laisser de doute quant à la reconnaissance d'un droit de rétention sur le droit d'exploitation du contingent, et plus généralement, sur les biens incorporels.

526. – De l'avis majoritaire, les biens incorporels ne peuvent faire l'objet d'un droit de rétention, hormis l'hypothèse particulière où il peut être considéré que le droit s'incorpore dans le titre, la matérialité de ce titre permettant alors une détention efficace[701]. Alors que pour certains, l'impossibilité de reconnaître un droit de rétention sur biens incorporels découlait de l'impossibilité à concevoir un pouvoir de fait sur un bien immatériel[702], pour d'autres, c'est précisément parce que la possession se définie comme un pouvoir de fait qu'elle *« peut se réaliser par une appréhension dématérialisée »*[703]. En effet, *« le postulat qui cantonne le droit de rétention aux biens corporels n'apparaît pas comme un dogme. Il subit des accrocs en jurisprudence et sa valeur peut être mise en doute à l'égard de certains biens incorporels sur lesquels peut être exercé un pouvoir de fait qui présente quelque parenté avec la détention »*[704]. Quelques auteurs affirment en effet vouloir volontiers prendre *« parti en faveur de l'existence d'un droit de rétention »*[705], en ce qui concerne les sûretés sur droits de propriété intellectuelle.

---

[699] CATALA-FRANJOU (N.), *« De la nature juridique du droit de rétention »* : RTD civ. 1967, p. 35, n° 19 ; DURAND (J.-F.), Le droit de rétention, th. Paris II, 1979, p. 189 ; MARTIN-SERF (A.), *« L'interprétation extensive des sûretés réelles en droit commercial »* : RTD com. 1980, p. 698, n° 43 ; AYNES (A.), Le droit de rétention, th. Paris I, Economica, 2005, p. 66, n° 85

[700] PELISSIER (A.), Possession et biens incorporels, th. Montpellier, Dalloz, 2001, p. 63, n° 135

[701] PIEDELIEVRE (A.), Droit des biens, Ed. Masson, 1977, p. 225, n° 248

[702] PIEDELIEVRE (A.), *ibid*.

[703] PELISSIER (A.), Possession et biens incorporels, th. Montpellier, Dalloz, 2001, p. 259, n° 481

[704] CABRILLAC (M.), et MOULY (CH.), Droit des sûretés, Litec, 2007, 8e éd., p. 415, n° 610 ; V. également LEGEAIS (D.), Sûretés et garanties du crédit, LGDJ, 2006, 5e éd., p. 477, n° 692 ; LISANTI (C.), Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels, Litec, 2001, p. 179, n° 228 ; PARANCE (B.), La possession des biens incorporels, th. Paris I, LGDJ, 2008, n° 554 ; PELISSIER (A.), *op. cit.*, n° 164

[705] CABRILLAC (M.), et PETEL (PH.), *« Juin 1994, le printemps des sûretés réelles »* : D. 1994, chron. 243, n° 10

527. – C'est par le truchement des règles relatives au gage qui ont été aménagées que sont nés les gages sans dépossession sur le fonds de commerce[706], sur le fonds artisanal[707] et sur certains biens intellectuels[708], mais pas seulement. Lorsque la dépossession du bien par le débiteur est impossible, des palliatifs ont été trouvés, tant pour les biens corporels dont le débiteur doit conserver l'usage que pour les biens incorporels. A titre d'exemple, en matière de connaissement maritime et de warrants de magasins généraux, le débiteur doit remettre le titre représentatif de la chose corporelle. Il s'agit là d'une mise en possession symbolique du créancier. Par ailleurs, en matière de warrant à domicile et de gage sur véhicule automobile (prévu aux articles 2351 et 2352 du Code civil), bien que la chose soit matérielle, elle n'est pas détenue par le créancier. Ce dernier bénéficie d'un droit de rétention sur les documents, autrement dit, il ne dispose que d'une possession fictive, laquelle se définit comme *« la technique qui consiste à supposer qu'un fait ou une situation différents de la réalité en vue de produire des effets de droit »*[709]. Cependant, comme il s'agit d'un document indispensable à l'utilisation du véhicule, le droit de rétention a du sens, surtout lorsqu'il est entendu comme un moyen de pression. La jurisprudence ne lui accorde pas une valeur équivalente au droit de rétention effectif car en cas de conflit entre les deux, c'est ce dernier qui l'emporte[710].

528. – En ce qui concerne les biens immatériels industriels notamment, des équivalents ont été trouvés au droit de rétention du créancier. Par exemple, pour les propriétés industrielles, le débiteur doit remettre un titre de propriété à son créancier. Certains ont proposé qu'en outre, soit envisagée la possibilité que *« par l'intermédiaire d'une inscription auprès des autorités d'enregistrement, le créancier fasse interdiction au titulaire du droit, ou à celui auquel l'usage a été concédé, de l'exploiter jusqu'au*

---

[706] Article 8 et s. de la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement du fonds de commerce : JO du 19 mars, p. 2809 : devenus les articles L. et s. du Code de commerce ;

[707] Article 22 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 relative au développement et à la promotion du commerce et de l'artisanat : JO du 6 juillet, p. 10199

[708] Pour les droits d'auteur : article L. 132-34 du Code de la propriété intellectuelle (logiciels) et article 33 du Code de l'industrie cinématographique (films cinématographiques) ; Pour les propriétés industrielles : articles L. 714-1 (marques), L. 613-8, L. 613-21, L. 613-24 et R. 613-56 (brevets), R. 512-13 et R. 512-15 (dessins et modèles) du Code de la propriété intellectuelle

[709] Vocabulaire juridique CAPITANT, *V° Fiction*

[710] Civ. 1ère, 18 janvier 2000

complet paiement de la dette »[711]. Cependant, quel intérêt pourrait avoir un créancier bénéficiaire d'une telle garantie à paralyser l'exploitation du bien dont la valeur de l'assiette dépend précisément de cette exploitation ? Sa sûreté n'en serait que plus fragile. Pour les œuvres littéraires et artistiques, certains auteurs ont proposé qu'un exemplaire de livre[712] ou un tableau[713] soit remis au créancier. Si l'on met de côté le moyen de pression purement psychologique, l'intérêt pratique d'une telle formalité reste très limité.

B. La requalification doctrinale des gages sans dépossession sur biens immatériels industriels en hypothèques

529. – Le premier argument est historique et propre au droit français. Avant la Coutume de Paris élaborée en 1510, existait *« en pays de droit écrit et en Normandie, des clauses affectant tous les biens, même meubles, du débiteur, à la garantie hypothécaire de ses emprunts »*[714], qui révélaient que l'hypothèque pouvait être mobilière. Plus tard, par méfiance – en raison de l'absence de système général de publicité suffisamment efficace, qui rendait les hypothèques mobilières occultes et dangereuses pour les créanciers qui ne pouvaient être avertis de l'état du patrimoine de leur débiteur – l'article 170 de la Coutume de Paris a marqué une rupture en interdisant l'hypothèque sur des biens meubles. L'idée a été reprise aux articles 2118 et 2119 du Code civil, tel un bégaiement législatif. Le premier article dispose que *« seuls les biens immobiliers sont susceptibles d'hypothèque »*, tandis que le second prévoit que *« les meubles n'ont pas de suite par hypothèque »*. La redondance étonne. Elle révèle toute l'hostilité du droit français du XIXe siècle à l'égard de l'hypothèque mobilière.

Cependant, l'hostilité du législateur français à l'égard de l'hypothèque mobilière n'est que relative car très rapidement, en raison des besoins de crédit des armements maritimes, des bateliers et des compagnies aériennes, le législateur a du mettre en place entre la fin du XIX^{e} siècle et le début du XX^{e}, trois hypothèques mobilières par

---

[711] AYNES (A.), Droit de rétention : unité ou pluralité, th. Paris 2, Economica, 2005, p. 70, n° 89

[712] GAUTIER (P.-Y.), Propriété littéraire et artistique, PUF, 2010, p.

[713] LISANTI (C.), Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels, th. Montpellier, Litec, 2001

[714] MESTRE (J.), PUTMAN (E.) et BILLIAU (M.), Traité de droit civil, tome 2 : Droit spécial des sûretés réelles, LGDJ, 1996, p. 459, n° 1019

détermination de la loi que sont l'hypothèque maritime (sur les bateaux)[715], l'hypothèque sur aéronefs[716] et l'hypothèque fluviale (sur les navires)[717]. L'admission de ces hypothèques mobilières tient toutefois aux caractéristiques particulières de ces biens meubles qui sont facilement identifiables, et pour lesquels une publicité efficace peut être organisée, tenant alors en échec les dispositions de l'article 2279 du Code civil.

530. – Le second argument est extrinsèque au droit français. Il s'agit du *« mortgage »* anglais qui a fourni un exemple qu'une hypothèque mobilière pouvait exister à condition de reposer sur un système organisé et efficace de publicité. De constitution souple, il ne requiert que peu de règles formelles, en l'occurrence un contrat écrit. L'enregistrement du *« Bill of sale »* s'effectue au *Land Registry* qui n'est pas un registre centralisé de tous les *mortgage*. Le régime anglais de l'hypothèque présente également l'avantage d'être peu onéreux. En effet, l'hypothèque n'engendre aucune fiscalité, les seules recettes que perçoit l'administration publique sont les frais d'enregistrement. Le droit comparé offre à ceux qui sont favorables à la qualification d'hypothèque de multiples exemples de ce que les qualifications de gage et d'hypothèque sont particulièrement ténues et varient d'un pays à un autre.

531. – Si de nombreux éléments internes et externes au droit français semblent aller dans le sens de l'opinion des auteurs favorables à la généralisation de l'hypothèque mobilière, il n'en demeure pas moins qu'en pratique, l'utilité de la requalification des sûretés mobilières sans dépossession en hypothèques est très limitée[718]. Par rapport à certains warrants ou gages sans dépossession, le régime de l'hypothèque n'offre que peu d'avantages[719]. Si la Cour de cassation a refusé à plusieurs reprises de requalifier une sûreté mobilière sans dépossession, il n'en demeure pas moins que certains aménagements législatifs et jurisprudentiels ont été effectués sur certains biens immatériels insusceptibles de dépossession. Le nantissement de logiciels, de brevets et

---

[715] Loi du 10 décembre 1874 sur l'hypothèque maritime, publiée au JO du 22 décembre 1874
[716] Loi du 31 mai 1924, publiée au JO du 3 juin 1924
[717] Loi du 5 juillet 1917 sur l'immatriculation des bateaux de rivière et l'hypothèque fluviale, publiée au JO du 7 juillet 1917
[718] MESTRE (J.), PUTMAN (E.), et BILLIAU (M.), Traité de droit civil, tome 2 : Droit spécial des sûretés réelles, LGDJ, 1996, p. 462, n° 1023
[719] MESTRE (J.), PUTMAN (E.), et BILLIAU (M.), *ibid.*

de films cinématographiques ont tous trois la particularité d'offrir au créancier un droit de suite, ainsi que pour le nantissement de films exclusivement un système de publicité.

532. – Cependant, l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 a rendu désuète cette discussion relative à la généralisation de l'hypothèque mobilière pour les sûretés mobilières sans dépossession. En effet, en matière de gage, elle a supprimé son caractère réel et a prévu la mise en place d'un système de publicité. Les biens insusceptibles de dépossession peuvent donc bénéficier désormais des règles relatives au gage.

§2. Le régime du gage issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 favorable a l'extension du régime du gage aux biens immatériels industriels

533. – Plusieurs dispositions issues de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 attestent de ce que le régime du gage nouvellement modifié pourrait désormais avoir pour assiette des biens immatériels industriels. Non seulement, le législateur a décidé de maintenir la distinction légale entre le gage avec et sans dépossession, mais il a en outre, abandonné le caractère réel du contrat de gage **(A)**, choisi de consacrer expressément un droit de rétention sur les biens immatériels **(B)**, et mis à la disposition du créancier gagiste un large choix des modes de réalisation **(C)**.

A. Le caractère solennel du contrat de gage adapté à la nécessaire conservation des biens immatériels industriels par le débiteur

534. – L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 a modifié la nature du contrat de gage. Il ne s'agit plus d'un contrat réel, comme le précisait l'ancien article 2071 du Code civil, de sorte que sa validité n'est plus subordonnée à la remise du bien par le constituant au créancier. Désormais, son opposabilité résulte soit de la dépossession soit de l'inscription faite sur un registre spécial[720]. Par ces nouvelles

[720] Article 2337 du Code civil

dispositions, l'ordonnance a rendu obsolètes toutes les discussions doctrinales relatives à l'incompatibilité du régime du gage avec la nature des biens immatériels industriels[721].

B. La consécration légale d'un droit de rétention sur les gages sans dépossession (article 2286, 4°, du Code civil)

535. – Jusqu'à la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, dite loi de modernisation de l'économie (LME)[722], dans les textes, seul le gage conclu avec dépossession conférait au créancier un droit de rétention sur le bien, en plus de son droit de préférence. Considéré comme un pouvoir de blocage exercé par le créancier[723], le droit de rétention n'a pourtant de sens, pour certains, que sur une chose retenue matériellement. En effet, par ce blocage, le débiteur serait privé de certaines utilités sur le bien gagé.

536. – Cependant, déjà avant la réforme, de nombreux auteurs s'accordaient à retenir une conception large du droit de rétention, applicable non seulement aux biens corporels mais également aux biens incorporels[724]. Le cheminement vers la *« dématérialisation »*[725] du droit de rétention s'est fait aussi au gré de lois ponctuelles et de la jurisprudence[726]. Il a fallu attendre la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 pour voir la consécration d'un droit de rétention général sur tous les biens assiettes d'un gage sans dépossession, à l'article 2286, 4°, du Code civil. De nombreux auteurs ont déploré le caractère fictif d'un tel droit de rétention, considérant qu' *« il manque un élément*

---

[721] MESTRE (J.), PUTMAN (E.), et BILLIAU (M.), Traité de droit civil, tome 2 : Droit spécial des sûretés réelles, LGDJ, 1996 ; MARTIAL (N.), Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles, th. Montpellier, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007

[722] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, publiée au JO 5 août, p. 12471

[723] LISANTI (C.), Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels, th. Montpellier, Litec, 2001 ; AYNES (A.), Le droit de rétention : unité ou pluralité, th. Paris II, Economica, 2005, p. 62, N° 78 ; AYNES (A.), *« L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives »* : RPC 2008/2, p. 43, spéc. n° 4

[724] V. par ex. CABRILLAC (M.), et PETEL (PH.) : *« Juin 1994, le printemps des sûretés réelles »* : D. 1994, chron. 243, n° 10 : *« nous prendrions volontiers parti en faveur de l'existence d'un droit de rétention »* (en parlant des sûretés sur droits de propriété intellectuelle) ; *contra* PIEDELIEVRE (S.), *« Le nouvel article 2286, 4°, du Code civil »* : D. 2008, p. 2950

[725] Cf. DERRIDA (F.), *« La dématérialisation du droit de rétention »* : Mélanges VOIRIN, LGDJ, 1966, p. 177

[726] V. par exemple Com. 25 janvier 1965 : les juges avaient admis l'existence d'un droit de rétention sur un droit d'exploitation.

consubstantiel à l'idée de rétention : le pouvoir de blocage »[727]. Appliqué aux biens restés en possession du débiteur, ce pouvoir de blocage ferait défaut. Pourtant, la jurisprudence a depuis longtemps admis l'existence d'un tel droit sur les véhicules automobiles, portant sur la carte grise.

537. – Les trois sources du droit de rétention qui avaient été mis en exergue par la jurisprudence ont été légalement ratifiées, à savoir lorsqu'il naît de la détention juridique, matérielle ou lorsqu'il a été prévu conventionnellement par les parties. Deux ans après cette consécration à l'article 2286, 4°, du Code civil, les passions sont toujours aussi déchaînées.

538. – En ce qui concerne les risques de conflits entre un créancier gagiste avec dépossession et un créancier gagiste sans dépossession[728], l'article 2340 alinéa 2 du Code civil prévoit que *« lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il est régulièrement publié nonobstant le droit de rétention de ce dernier »*.

539. – Par ailleurs, nombreux ont été les auteurs à souligner l'efficacité limitée du droit de rétention, notamment en ce qui concerne le sort qui lui est réservé en cas de procédure collective[729]. Il convient d'envisager le traitement qu'est réservé au droit de rétention dans chacune des procédures, en cas de procédure de sauvegarde **(1)**, de plan de cession **(2)**, et de procédure de liquidation **(3)**.

1) Le traitement du droit de rétention en cas de procédure de sauvegarde

540. – La loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, complétée par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, a instauré une procédure de sauvegarde, réservée au

---

[727] AYNES (A.), *« L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives »* : RPC 2008/2, p. 43, spéc. n° 6

[728] DAMMAN (R.), et PODEUR (G.), *« Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession »* : D. 2008, p. 2300 ; PIEDELIEVRE (S.), *« Le nouvel article 2286, 4°, du Code civil »* : D. 2008, p. 2950, spéc. p. 2951

[729] PIEDELIEVRE (S.), *ibid.* ; AYNES (A.), *ibid.* ; du même auteur, *« Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective »* : JCP G 2009 I 119

débiteur qui n'est pas en situation de cessation de paiement mais qui *« justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter »*[730], dont le dessein est de *« faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif »*[731]. Comme le prévoit l'article L. 620-1 alinéa 2 du Code de commerce, la procédure de sauvegarde s'ouvre par une période d'observation au terme de laquelle un plan de sauvegarde est établi.

541. – L'article L. 622-7-I du Code de commerce, après avoir posé la règle de l'interdiction des paiements de toutes les créances nées antérieurement au jugement d'ouverture, précise à l'alinéa 2 que ce jugement d'ouverture *« emporte de plein droit inopposabilité du droit de rétention conféré par le 4° de l'article 2286 du Code civil pendant la période d'observation et l'exécution du plan »*. Le législateur a prévu une mesure identique à l'article L. 622-23-1 du Code de commerce en matière de fiducie-sûreté, marquant ainsi sa méfiance latente vis-à-vis des sûretés qui pouvaient s'avérer d'une efficacité redoutable pour le créancier à la suite de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008. L'inopposabilité du droit de rétention fictif à la procédure collective a pour conséquence de relayer le créancier au rang de simple créancier chirographaire, titulaire d'un droit de préférence seulement. Elle entraîne également l'obligation pour le créancier de déclarer sa créance et les sûretés dont il est bénéficiaire.

542. – En occultant le droit de rétention fictif du créancier, et en faisant comme s'il n'existait pas, le législateur a considérablement paralysé l'intérêt que pouvait revêtir un tel droit pour le créancier, de sorte qu'il ne peut même pas obtenir, dans une moindre mesure, le paiement de sa créance contre le paiement, comme le prévoit l'article L. 622-7-II alinéa 2 du Code de commerce.

543. – A la lecture du rapport remis au Président relativement à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, il apparaît que la volonté était de trouver un équilibre entre les intérêts du débiteur en difficulté et les créanciers munis de sûretés, ce qui s'est traduit par le choix de favoriser le maintien de l'exploitation, notamment en libérant de tout droit de rétention fictif les biens demeurés en possession du débiteur pour les

---

[730] Article L. 620-1 alinéa 1er du Code de commerce
[731] *Ibid.*

besoins de son activité commerciale. Le rapport précise en effet dans un titre consacré à *« l'amélioration des conditions de réorganisation de l'entreprise »* qu' *« il est ainsi permis au débiteur de continuer à faire usage du bien gagé, ce qui apparaît de nature à favoriser le maintien de l'exploitation. Celui-ci pourra, par exemple, utiliser les stocks grevés d'un gage sans dépossession soumis aux dispositions des articles L. 527-1 et suivants du Code de commerce. Le titulaire d'un tel gage tient en effet son droit de rétention de l'article 2286, 4°, du Code civil. En revanche, cette disposition n'affectera pas les droits de rétention institués par des textes spéciaux ».*

544. – La neutralisation du droit de rétention fictif n'est que temporaire. Elle durera aussi longtemps que durera l'exécution du plan de sauvegarde ou de redressement, une dizaine d'années. En outre, cette mesure n'affectera que les créanciers qui jouissent d'un droit de rétention fictif depuis l'entrée en vigueur de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008. Les créanciers antérieurs pourront donc obtenir le retrait contre paiement prévu à l'article L. 622-7-II alinéa 2 du Code de commerce. En pratique, ce droit de rétention fictif sur un bien incorporel pourrait se manifester par le blocage d'une vente ou d'une cession organisée par le débiteur.

545. – Totalement évincé, ce droit de rétention fictif a été largement critiqué par la doctrine qui a considéré que *« la fictivité de cette rétention risque fort de la rendre concrètement inefficace »*[732]. De nombreux auteurs ont en effet dénoncé l'absence de portée du droit de rétention fictif en ce qu'il ne permettrait pas au créancier d'exercer un pouvoir de blocage efficace ni même de gêner le débiteur dans la jouissance du bien qu'il a conservé pour continuer à l'exploiter[733]. Qu'il y ait ou non un droit de rétention sur le bien dont le débiteur ne s'est pas dépossédé, cela n'a aucun impact sur ses droits sur le bien, ce droit demeurant une « vue de l'esprit »[734].

---

[732] AYNES (A.), *« Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective »* : JCP E 2009 I 119

[733] V. LEGEAIS (D.), *« Droit de rétention du créancier gagiste »* : RDBF 2008, n° 5, p. 38 ; PIEDELIEVRE (S.), *« Le nouvel article 2286, 4°, du Code civil »* : D. 2008, p. 2950 ; BORGA (N.), *« Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 »* : RDBF 2009, n° 3, p. 9 ; DUPICHOT (PH.), *« Septembre 2008 – janvier 2009 : une ordonnance peut en cacher une autre… »* : Dr. & patrim. 2009, n° 180, p. 122, spéc. p. 130 ; LE CORRE (P. M.), *« La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives »* : JCP E 2009, n° 8-9, p. 30 ; PEROCHON (F.), *« Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles »* : D. 2009, p. 651

[734] DUPICHOT (PH.), *ibid*.

546. – Que reste-t-il alors à ces créanciers gagistes dont le droit de rétention fictif a été temporairement neutralisé ? Ils bénéficient toujours des autres prérogatives que leur confère le gage, ce qui leur permet notamment de se prévaloir des mesures envisagées à l'article L. 622-8 du Code civil.

547. – L'inopposabilité du droit de rétention n'affecte que le créancier bénéficiaire d'un gage sans dépossession de droit commun, sur stocks ou sur l'outillage et le matériel d'équipement, à l'exclusion donc du créancier gagiste avec dépossession et de celui qui bénéficierait d'un droit de rétention institué par des textes spéciaux comme celui prévu en matière de gage sur véhicules automobiles[735].
En outre, l'inopposabilité ne joue qu'au cours des procédures de sauvegarde et de redressement. Le droit de rétention fictif retrouve la plénitude de ses vertus en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation (article L. 642-20-1 alinéa 3 du Code de commerce), ainsi qu'en cas de cession.

548. – Critiquable du point de vue du créancier gagiste, la mesure se justifie au regard du droit des entreprises en difficulté. La conservation du bien par le débiteur s'explique par les besoins de son exploitation, de son activité commerciale.

549. – Au regard du droit des entreprises en difficulté, la paralysie du droit de rétention, qui participe de la même idée que l'interdiction qui est faite au créancier d'être payés et de poursuivre le débiteur au cours des procédures de sauvegarde et de redressement, s'avère favorable au sauvetage de l'entreprise.

La conservation du bien gagé par le débiteur s'est avérée nécessaire pour la poursuite de son activité commerciale. Si au moment où apparaissant les difficultés financières déclenchant l'ouverture d'une procédure collective, ces biens gagés sans dépossession lui sont retirés par un créancier bénéficiaire d'un droit de rétention fictif, les chances de sauvetage de l'entreprise ne pourraient que s'amoindrir. Le retrait par le créancier contre paiement d'un bien qui est utile à l'exploitation du débiteur ne pourrait qu'accroître les risques de voir son entreprise péricliter.

---

[735] Il y a également le cas du créancier bénéficiaire d'un nantissement de comptes-titres (articles L. 211-10-IV du Code monétaire et financier) mais nous l'écartons de cette étude en raison de la proposition que nous faisons de requalifier cette sûreté en fiducie.

550. – Un traitement identique du créancier gagiste sans dépossession est prévu en cas de procédure de redressement. L'article L. 631-14 alinéa 1er dispose en effet que *« les articles L. 622-3 à L. 622-9 (…) sont applicables à la procédure de redressement judiciaire (…) »*. Au contraire des procédures de sauvegarde et de redressement, le droit de rétention fictif retrouve sa pleine efficacité en cas de procédure de cession d'activité et de liquidation.

2) Le traitement du droit de rétention en cas de plan de cession

551. – Lorsque la procédure de sauvegarde ou de redressement du débiteur comprend une cession d'activité qui inclus le bien gagé, l'article L. 622-7-I alinéa 2 du Code de commerce prévoit que le droit de rétention fictif redevient opposable. Dans cette hypothèse, le législateur a souhaité privilégier la sûreté dont est muni le créancier plutôt que les intérêts de l'entreprise. Le liquidateur n'aura le choix qu'entre faire droit à la demande du créancier ou le paiement pour obtenir le retrait de la mainmise du créancier. Il ne s'agit là que d'un *« prolongement de la jurisprudence »*[736] qui a toujours considéré que le droit de rétention était opposable au cessionnaire[737]. Se pose, cependant, en pratique la question de la forme de l'action qui pourra être engagée par le créancier gagiste à l'encontre du cessionnaire. Avant la mise en possession effective du cessionnaire par le débiteur, le créancier pourrait venir bloquer cette remise. Au contraire, si cette délivrance a déjà eu lieu, le créancier pourrait privilégier la voie de l'action personnelle en restitution, voire celle d'une réintégrande[738] qui devrait toutefois s'avérer relativement rare.

Cependant, le législateur a prévu une mesure protectrice du créancier à l'article L. 622-8 du Code de commerce : l'affectation d'une quote-part du prix de cession.

---

[736] Cf. Rapport remis au Président sur l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté

[737] Com. 20 mai 1997 : pourvoi n° 95-11.915 ; D. 1997, somm. 312, obs. A. HONORAT ; RJC 1997. 308, rapport J.-P. REMERY, note C. SAINT-ALARY-HOUIN ; D. 1998, somm. 102, obs. S. PIEDELIEVRE ; D. 1999, somm. 5, obs. F. DERRIDA ; RTD com. 1998, p. 193, obs. B. BOULOC ; RTD com. 1998, p. 205, obs. A. MARTIN-SERF ; Com. 20 avril 2005, pourvoi n° 00-20455

[738] Conformément aux dispositions de l'article 1264 et s. du Code de procédure civile, l'action en réintégrande est une action ouverte à celui qui a été dépossédé d'un bien immobilier par voie de fait. La jurisprudence l'a toutefois étendue aux biens mobiliers par anticipation.

3) Le traitement du droit de rétention en cas de procédure de liquidation

552. – L'efficacité du droit de rétention au cours de la procédure de liquidation judiciaire est assurée par l'article L. 642-12 alinéa 5 du Code de commerce.

553. – Le droit de rétention fictif n'a pas été expressément envisagé par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 mais il est assurément concerné par ces deux dispositions car *« ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus »*[739]. Le créancier gagiste titulaire d'un droit de rétention fictif ou non bénéficiera de deux prérogatives.

La première, prévue à l'article L. 641-3 alinéa 2 du Code de commerce, concerne le retrait contre paiement. Le droit de rétention du créancier gagiste, qu'il soit fictif ou non, lui permet de disposer d'un pouvoir de blocage. Il faut le payer le créancier pour libérer le bien et lui permettre de circuler ou d'être réalisé dans les meilleurs conditions. C'est bien dans cette optique que s'inscrit l'autre prérogative offerte au créancier gagiste à défaut d'un retrait contre paiement.

Inscrite à l'article L. 642-20-1 alinéa 3 du Code de commerce, la seconde prérogative du créancier rétenteur a trait à défaut au report du droit de rétention sur le prix à provenir de la vente du bien par le liquidateur. La réalisation forcée du bien par le liquidateur ne pourra intervenir qu'après avoir désintéressé le créancier bénéficiaire d'un droit de rétention, même fictif. Le droit de rétention gêne la saisie du bien[740].

554. – Cependant, il est vrai qu'il ne la gêne pas *réellement*, puisque le gagiste n'exerce pas de réel pouvoir de blocage par lequel il soit concrètement en mesure de s'opposer à la réalisation forcée. Mais il n'est pas certain que cette emprise matérielle sur le bien par le créancier soit indispensable pour bloquer la saisie puisque par analogie, les juges de la Cour de cassation ont décidé en matière de gage sur véhicule automobile, notamment par un arrêt de la Chambre commerciale du 15 octobre 1991,

---

[739] Là où la loi ne distingue pas, il n'y a lieu de distinguer.

[740] D. n° 92-755 du 31 juillet 1992 instituant de nouvelles règles relatives aux procédures civiles d'exécution pour l'application de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution, publié au JO du 5 août 1992, article 106 alinéa 1er : *« Si le tiers se prévaut d'un droit de rétention sur le bien saisi, il en informe l'huissier de justice par lettre recommandée avec demande d'avis de réception à moins qu'il n'en ait fait la déclaration au moment de la saisie »*, où l'hypothèse est réservée à la saisie qui s'effectue entre les mains d'un tiers.

que *« l'article 159 alinéa 4 de la loi du 25 janvier 1985 dispose qu'en cas de vente par le liquidateur du bien constitué en gage, le droit de rétention du créancier gagiste est de plein droit reporté sur le prix ; que dès lors, la Cour d'appel a décidé à bon droit que la banque, titulaire d'un droit de rétention fictif sur le véhicule litigieux, était fondée à suspendre la mainlevée du gage à l'attribution à son profit du produit de la vente effectuée par le liquidateur, peu important l'existence de créances superprivilégiées de salaires qui ne peuvent faire échec au report du droit de rétention sur le prix »*[741]. Une telle position pourrait être retenue pour le gage sans dépossession. La justification résiderait dans ce que l'obstacle à la saisie par le droit de rétention serait *« purement légal »*[742].

C. Le large choix des modes de réalisation offert au créancier gagiste

555. – A l'échéance du contrat de gage, le créancier rétenteur aura le choix entre la vente ou l'attribution du bien.

L'article 2346 du Code civil prévoit que cette vente s'effectue après l'obtention d'une autorisation judiciaire, et conformément aux modalités prévues par les procédures civiles d'exécution.

Par ailleurs, l'article 2347 du Code civil prévoit que le créancier puisse également demander au juge l'attribution du bien, avec l'obligation de reverser l'excédent éventuel de valeur par rapport à la dette, soit au débiteur soit aux autres créanciers par voie de consignation.

Enfin, conventionnellement, les parties peuvent désormais prévoir qu'à défaut d'exécution de l'obligation, le créancier deviendra propriétaire du bien gagé (article 2348 du Code civil). Lorsque les parties choisissent ce mode de réalisation, la valeur du bien est déterminée par un expert au jour du transfert, s'il n'existe pas de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du Code monétaire et financier, ce qui une règle d'ordre public. En cas d'excédent, la somme devra être versée soit au débiteur soit aux autres créanciers par voie de consignation, comme en matière d'attribution judiciaire du bien.

---

[741] Com. 15 octobre 1991 : pourvoi n° 89-10.784

[742] AYNES (A.), *« Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective »* : JCP G 2009 I 119, n° 8 ; L'auteur renvoie à l'article du Professeur PIEDELIEVRE (S.), *« Le nouvel article 2286, 4°, du Code civil »* : D. 2008, p. 2950

CONCLUSION DU CHAPITRE

556. – *De lege data*, l'appréhension des biens immatériels industriels du gage nous semble constituer la meilleure des alternatives consécutivement à la suppression du droit du nantissement. Même si la fiducie est désormais la reine des sûretés en ce qu'elle met les créanciers à l'abri des affres de la procédure collective du débiteur, elle ne peut valablement prétendre à devenir une sûreté apte à régir l'affection en garantie du fonds de commerce et des propriétés intellectuelles. En effet, son régime est incompatible avec la nature des biens immatériels industriels. Il est difficilement concevable d'envisager le transfert de propriété d'un bien qui, pour conserver sa valeur, doit être pleinement et personnellement exploité par son titulaire. Par ailleurs, depuis sa rénovation par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés, le gage bénéficie d'un régime particulièrement attractif. Si autrefois la qualification en gage des sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels industriels avait été largement dénoncée par la doctrine, ses nouvelles caractéristiques semblent parfaitement adaptées à s'appliquer aux biens immatériels industriels. Le gage est devenu un contrat solennel, dont le créancier qui en bénéficie dispose désormais d'un droit de rétention expressément consacré, et le large choix des modes de réalisation offre aux parties une plus grande liberté quant au dénouement de la sûreté.

CHAPITRE 2

LA PROPOSITION : L'ELABORATION D'UN REGIME UNIFORME DU GAGE SUR BIEN IMMATERIELS INDUSTRIELS

557. – La proposition d'une uniformisation du contrat de gage ayant pour objet des biens immatériels industriels doit concerner les deux aspects essentiels du régime de cette sûreté, à savoir sa constitution **(Section 1)**, et ses effets **(Section 2)**. En revanche, les dispositions actuelles issues de la réforme du 23 mars 2006 relatives à l'extinction du contrat ne nous semblent pas devoir être retouchées.

SECTION 1

LES REGLES DE CONSTITUTION

558. – La constitution du contrat de gage sur biens immatériels industriels est subordonnée à des conditions de fond relatives à la convention **(§1)**, et à des conditions de forme qui concernent l'opposabilité ou l'enregistrement de celle-ci **(§2)**.

§1. La convention de gage sur biens immatériels industriels

559. – La rénovation des dispositions relatives à la convention de gage sur biens immatériels industriels nécessite que soient précisées les règles qui ont trait à son champ d'application **(A)** et à l'écrit **(B)**.

A. Le champ d'application du gage sur biens immatériels industriels

560. – L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 a consacré la possibilité qu'un constituant puisse être le débiteur ou un tiers garantissant la dette du débiteur. Ceci étant, en toute hypothèse, le contrat de gage doit obéir aux mêmes conditions de fond. En effet, sa validité requiert que les parties aient la capacité de contracter et qu'elles aient un droit de propriété sur le bien grevé **(1)**, qu'en outre l'assiette de la garantie **(2)** et la créance garantie **(3)** respectent certaines caractéristiques.

1) Les parties au contrat de gage sur biens immatériels industriels

561. – Dans le régime actuel, en principe, le constituant est le débiteur du créancier. Il remet, parce qu'il est propriétaire ou usufruitier, un bien en garantie de sa dette. Cependant, l'article 2335 du Code civil interdit expressément que le gage de la chose d'autrui est nul.

Par exception, il peut s'agir d'un bien remis en gage pour le compte d'autrui. L'article 2344 du Code civil est venu consacrer ce qui, pendant longtemps a été appelé « cautionnement réel ». Par un arrêt de la Chambre mixte du 2 décembre 2005[743], les juges de la Cour de cassation ont mis un terme aux divergences jurisprudentielles et doctrinales relatives à la nature du cautionnement réel en décidant que le cautionnement réel est une sûreté réelle, et non un cautionnement.

562. – Aucune autre indication n'est donnée concernant la qualité des parties qui, à notre sens, doivent être des professionnels. Comme en matière de fiducie[744], seuls ceux qui agissent pour les besoins de leur profession doivent pouvoir constituer un gage sur biens immatériels industriels. Pour le fonds de commerce, il pourra être consenti par tout commerçant propriétaire de son bien[745], à l'exclusion donc des locataires-gérants. Pour les propriétés intellectuelles, il doit évidemment s'agir de titulaires de droits qui exploitent commercialement leurs biens. La précision est toutefois redondante car sans exploitation commerciale, le bien ne peut acquérir une valeur suffisamment intéressante pour constituer l'assiette de la garantie et être susceptible de désintéresser le créancier qui en est bénéficiaire. En revanche, se pose la question de savoir si les licenciés peuvent conclure de telles garanties ? Une réponse positive semble s'imposer. L'inclusion des licenciés exploitants, ainsi que des cessionnaires, se justifie par le fait que l'assiette se compose exclusivement de la valeur du monopole d'exploitation.

---

[743] Ch. mixte, 2 déc. 2005 : JCP G 2005 II 10183, note PH. SIMLER ; D. 2006, p. 726, note L. AYNES, concl. J. SAINTE-ROSE ; RDC 2006, p. 456, note M. GRIMALDI ; RDC 2006, p. 458, note D. HOUTCIEFF

[744] V. supra n° 242 s.

[745] Cf. article L. 125-7 du Code de commerce

2) L'assiette du contrat de gage

563. – L'article 2333 alinéa 1er du Code civil dispose que « le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs ». Adapté aux biens immatériels industriels, il est nécessaire de préciser que l'assiette de la sûreté peut être constituée tant par la valeur du bien donnée en gage que par le bien lui-même **(a)**. Cependant, il ne nous semble pas pertinent de consacrer la mise en gage des biens immatériels industriels futurs **(b)**.

a- Le bien ou la valeur donnée en gage

α *La valeur*

564. – L'idée d'une sûreté réelle en nature cède peu à peu devant celle d'une sûreté en valeur[746].

Nul doute, pour certains, que *« la valeur est asservie, distraite du patrimoine (du débiteur) où subsistent les droits sur la chose, pour être mise en réserve potentielle au profit du créancier, et le cas échéant, pour lui profiter pleinement »*[747]. Elle constituerait le seul objet de la sûreté, celle que le créancier souhaiterait appréhender en priorité, en réalisant le bien. En effet, même si le créancier a la possibilité de d'obtenir l'attribution du bien à l'échéance de la garantie, par voie judiciaire ou conventionnelle, il n'en demeure pas moins que cette propriété n'est, dans la plupart des cas, qu'une première étape avant la vente du bien. L'intérêt principal du créancier réside dans le pouvoir de se réserver un droit sur la valeur.

En matière de biens immatériels industriels, dont la dépossession est impossible, la reconnaissance d'un droit sur la valeur s'impose. Comme il doit conserver le bien pour l'exploiter, le débiteur consent à son créancier une garantie portant sur sa valeur vénale.

---

[746] ATIAS (CH.), *« La valeur engagée (sur l'objet du gage) »*, in Le gage commercial : RJC 1994, n° spécial, p. 72, n° 34 ; VEAUX-FOURNIERIE (P.), *« Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial », in* Le gage commercial : RJC 1994, n° spécial, p. 147

[747] ATIAS (CH.), *ibid.*

Une telle théorie emporte deux conséquences. La première est de considérer que plusieurs gages peuvent être consentis à plusieurs créanciers relativement à un même bien. La seconde est de reconnaître une subrogation réelle.

Or, les réformateurs ont consacré ces solutions.

Cependant, sans valeur susceptible de justifier et de fonder le droit préférentiel du créancier, il n'y a pas de bien. Il n'y a qu'une chose insusceptible d'être donnée en garantie. La valeur est nécessairement liée à la chose qui en est le support. Il est la somme d'une valeur matérialisée par un support.

β *Les biens assiettes de la sûreté*

565. – L'enjeu d'une proposition de régime uniforme de sûretés sur biens immatériels industriels est d'offrir une qualification satisfaisante pour en déduire des solutions applicables. Ainsi, si le gage nous semble être la sûreté la plus adaptée, il convient d'élargir son assiette qui, d'après l'article 2333 du Code civil ne peut être qu'un bien ou un ensemble de biens corporels. Seraient donc visés par cette extension le fonds de commerce et les propriétés intellectuelles.

Une fois dégagé le principe selon lequel tout bien immatériel industriel peut faire l'objet d'un gage, il reste à préciser que toutes les propriétés intellectuelles doivent pouvoir être comprises dans l'assiette, y compris le droit d'auteur. Nous avons démontré que l'objet principal de toute sûreté résidait dans la valeur. Il est donc possible que le monopole d'exploitation d'une œuvre, quelle qu'elle soit, soit affecté en garantie. Serait ainsi généralisée les solutions déjà admises en matière de logiciels et de films cinématographiques.

En outre, pour renforcer le recours au gage et offrir au débiteur un financement avant la création de son bien immatériel industriel, il est loisible de s'interroger sur la possibilité et l'opportunité d'affecter en garantie un bien futur.

b- L'inopportunité en pratique d'affecter en garantie des biens immatériels futurs

566. – L'article 2333 du Code civil a consacré le gage sur biens futurs, lesquels doivent être déterminables et indiqués dans l'écrit qui constitue désormais une condition

de formation du contrat. Pendant longtemps, une partie de la doctrine avait préconisé une telle reconnaissance[748].

Dans son rapport, la Commission Grimaldi avait proposé *« des règles de nature à permettre ou à consolider le gage portant sur des choses futures ou sur un ensemble de biens »*[749]. L'innovation a été consacrée dans la définition même du gage.

567. – Toutefois, il serait probablement préférable de considérer que le gage sur bien futur constitue une simple promesse de gage, et que le droit réel du créancier ne naîtra qu'à compter de l'existence de ce bien et lorsque ce bien sera entré dans le patrimoine du constituant.

568. – La liberté offerte aux parties n'est pas absolue. Elle est limitée par la nature même du bien immatériel industriel concerné. Qu'il s'agisse d'un fonds de commerce ou d'une propriété intellectuelle, le bien doit faire l'objet d'une exploitation pour exister et pour qu'il acquiert une valeur. Sans exploitation, le bien péricliterait.

Ainsi, en ce qui concerne le fonds de commerce, lorsque celui-ci en cours de création ou en voie d'élaboration, à défaut d'exploitation effective, il n'a qu'une faible valeur, difficilement susceptible d'intéresser et de convaincre le créancier dans l'octroi du crédit. En revanche, il pourra s'agir d'un bien en cours d'acquisition, dans le cadre d'une cession de fonds de commerce, pour lequel le débiteur est en voie de devenir le propriétaire.

En ce qui concerne les propriétés intellectuelles, la difficulté tient aux règles relatives aux propriétés industrielles. Contrairement au droit d'auteur qui naît de la seule création, les droits sur les marques[750], brevets[751] et dessins et modèles[752] ne naissent qu'au jour de la demande d'enregistrement. En revanche, en matière de certificats d'obtention végétale et de produits semi-conducteurs, les droits ne naissent qu'à compter de la publicité qui en est faite.

Pour le droit d'auteur, même si le Code civil ne le prévoit pas expressément, il semblerait que le législateur ait implicitement prévu que l'assiette de la sûreté puisse

---

[748] MESTRE (J.), *« Le gage des choses futures »* : D. 1982, chron. p. 141

[749] V. Rapport relatif à la réforme du droit des sûretés de la Commission Grimaldi remis le 28 mars 2005 à M. Dominique PERBEN, Garde des Sceaux, p. 11, disponible sur http://www.henricapitant.org/node/71

[750] Article L. 712-1 du Code de propriété intellectuelle

[751] Article L. 623-7 du Code de propriété intellectuelle

[752] Article L. 513-1 du Code de propriété intellectuelle

être constituée par la valeur du bien[753]. Cela ressortirait de la possibilité de grever le même bien de plusieurs gages et de la subrogation réelle organisée pour les gages sur choses fongibles. Il n'y a donc aucune raison de distinguer là où la loi ne distingue pas. S'il est certain que le gage ne peut porter sur le droit moral de l'auteur parce qu'il est inaliénable, incessible et insaisissable, il peut porter sur le monopole d'exploitation d'un droit d'auteur. Une telle possibilité est déjà ouverte aux logiciels et aux œuvres audiovisuelles. Pour une plus grande cohérence et homogénéité, il serait préférable de généraliser la règle à toutes les œuvres d'art.

569. – En pratique, si l'on se place du point de vue du débiteur, il est certain que l'obtention de crédit à ce stade où il démarre une activité ou est en phase de se développer davantage, est pour lui une ressource indispensable. Cependant, d'un point de vue du créancier, il est loisible de douter de l'intérêt d'avoir comme assiette un bien dont la valeur est encore incertaine, voire hypothétique.

3) La créance garantie par le contrat de gage sur biens immatériels industriels

570. – Toutes les créances doivent pouvoir être garanties, qu'elles soient présentes ou futures à condition d'être déterminables[754], à terme ou conditionnelle, antérieure ou concomitante à la conclusion du contrat de gage, sans préjudice toutefois, des règles relatives au droit des entreprises en difficulté. En effet, l'article L. 632-1, 1, 6° du Code de propriété intellectuelle prévoit la nullité des sûretés consenties pour des dettes nées antérieurement en cas d'ouverture d'une procédure collective. Pour être valable, le gage doit être intervenu avant la date de cessation des paiements, même si les formalités sont accomplies postérieurement.

571. – A notre sens, elles doivent également revêtir un caractère professionnel, être liées à l'activité professionnelle du débiteur. Dans tous les cas, elle devra être mentionnée dans l'écrit, désormais exigé à titre de validité du contrat de gage.

---

[753] ATIAS (CH.), *« La valeur engagée (sur l'objet du gage) »*, in Le gage commercial : RJC 1994, n° spécial, p. 72

[754] Article 2333 alinéa 2 du Code civil

B. Le maintien de l'écrit

572. – L'ancien article 2074 du Code civil prévoyait que le contrat de gage résultait d'un acte authentique ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des biens donnés en garantie. De plus, conformément à l'article 1328 du Code civil, le contrat devait avoir une date certaine. Il s'agissait d'une règle d'opposabilité aux tiers.

573. – Désormais, le nouvel article 2336 du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 a modifié la règle en faisant de l'écrit une condition de validité du contrat de gage. Il prévoit que la « perfection » de ce contrat repose sur l'indication dans l'acte écrit de la désignation de la dette garantie, de la quantité des biens donnés en gage, ainsi que de leur espèce ou de leur nature. Le contrat de gage est donc devenu solennel.

574. – En revanche, la règle s'applique expressément aux contrats de gage civils qui ont été conclus après le 25 mars 2006. Pour les gages commerciaux, nous pouvons penser qu'il continuera à être dispensé de cet écrit, lequel s'avère bien peu compatible avec les impératifs de sécurité et de rapidité propres au commerce.

575. – Par ailleurs, en application du principe de spécialité relatif au bien et à la créance, le contrat de gage doit comprendre un certain nombre de mentions obligatoires, telles que la désignation de la dette garantie, ainsi que des biens ou de l'ensemble des biens donnés en gage, de leur espèce ou de leur nature.

576. – Sur ces biens donnés en gage, il convient de préciser qu'en ce qui concerne les propriétés intellectuelles, elles devront être décrites, s'il s'agit de biens futurs, par son titre ou par le procédé ayant conduit à sa création ou à sa découverte. Une description complète du bien devra cependant être réservée et fournie plus tard.

577. – En outre, comme pour le contrat de fiducie, il peut être utile de mentionner les parties à la convention, et en quelle qualité elles interviennent à l'opération de garantie (si c'est en tant que débiteur personnel du créancier ou en tant

que tiers qui consent une sûreté réelle pour autrui). L'indication des parties permettra d'apprécier leur qualité de professionnels.

578. – En outre, le contrat de gage peut être conclu sous forme authentique, sous seing privé et même sous forme électronique. Les articles 1108-1 et suivants du Code civil, introduits par la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance en l'économie numérique[755], précisent que lorsqu'un écrit est exigé à titre de validité, il peut en principe être établi et conservé sous forme électronique. Cependant, l'article 1108-2 alinéa 2 du Code civil prévoit que par exception, *« les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale »* ne le peuvent pas, à moins qu'ils n'aient été conclus *« par une personne pour les besoins de sa profession »*[756].

579. – Enfin, concernant la sanction de l'inobservation de cet écrit, et à défaut de précision légale, il est apparu légitime de s'interroger sur sa nature : nullité ou inopposabilité. Certains ont proposé de considérer qu' *« en l'absence d'écrit, [le contrat de gage] est informe, non formé, ce qui paraît désigner une inexistence, plus encore qu'une nullité »*[757].

§2. L'opposabilité ou l'enregistrement

580. – En disposant que *« le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite. Il l'est également par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet »*, l'article 2337 du Code civil a offert aux parties le choix entre deux formalités : l'inscription et la dépossession. Cependant, en ce qui concerne les biens immatériels industriels, seule l'inscription pourra être raisonnablement préférée par les parties car le débiteur doit pouvoir poursuivre personnellement l'exploitation du bien, assiette de la garantie. Le décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 a constitué un premier pas vers l'établissement d'un régime uniforme de gage sur biens immatériels financiers **(A)**. Un second pas devra en outre

---

[755] Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, publiée au JO du 22 juin, p. 11168

[756] Article 1108-2 alinéa 2 *in fine* du Code civil

[757] AYNES (L.), et CROCQ (P.), Les sûretés, La publicité foncière, Defrénois, 2009, 4e éd., p. 231, n° 506

être franchi vers la centralisation de toutes les inscriptions relatives au fonds de commerce et aux biens intellectuels, ainsi que vers l'unification des délais d'inscription **(B)**.

A. *De lege data* : le franchissement d'une première étape grâce à la création d'un registre par le décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du Code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession[758]

581. – L'une des principales critiques faites au régime du nantissement réside dans l'hétérogénéité des publicités qui concernent les biens immatériels[759]. S'il avait été proposé, pour les biens immatériels industriels, que les inscriptions des sûretés soient centralisées sur un seul et même registre tenu par l'INPI[760], les rédacteurs ont choisi la création d'un nouveau registre. Les modalités de la publicité ont été précisées par le décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du Code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession. Le registre unique instauré est tenu par le Greffier du Tribunal de commerce dans le ressort duquel le constituant est immatriculé ou, à défaut, dans le ressort duquel se situe son siège social ou son domicile[761]. La tenue de ce registre peut également s'effectue par voie électronique[762]. Dans ce cas, il requiert une signature électronique conforme aux prescriptions de l'article 1316-4 du Code civil et du décret n° 2001-272 du 30 mars 2001[763].

582. – La publicité rend opposable la sûreté. Par conséquent, le créancier doit être particulièrement diligent dans l'accomplissement de cette formalité.

La procédure est à l'initiative du créancier qui doit déposer un original de l'acte constitutif de la sûreté ou une expédition lorsque l'acte a été établi par voie électronique, auquel il doit joindre deux exemplaires d'un bordereau qui doit comporter

---

[758] Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du Code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession, publié au JO du 31 décembre 2006, p. 20368

[759] VALLENS (J.-L.), *« Publicité et information en matière de sûreté »* : LPA 2000, n° 1888, p. 5 et s.

[760] MARTIAL (N.), Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles, th. Paris V, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 332, n° 511

[761] Article 1er alinéa 1er du décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006

[762] Articles 9 à 12 du décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006

[763] Décret n° 2001-272 du 30 mars 2001 pris en application de l'article 1316-4 du Code civil, publié au JO du 30 mars 2001

pas moins de sept mentions obligatoires, dont le détail ont été précisées par l'article 2 du décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006.

Le greffier attribue ensuite un numéro d'ordre à l'acte de gage. En d'autres termes, l'inscription a pour effet d'être attributive de rang pour le créancier, comme l'a prévu l'article 2340 du Code civil. En revanche, si la loi a envisagé le cas d'un conflit entre un créancier bénéficiaire d'un gage sans dépossession et un créancier bénéficiaire d'un gage avec dépossession, dans l'hypothèse où le bien donné en gage sans dépossession fait par la suite l'objet d'une dépossession, en prévoyant que le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur à condition qu'il ait été régulièrement publié, ce conflit ne devrait pas concerner les biens immatériels industriels qui sont incompatibles avec une dépossession, comme nous avons pu le démontrer.

La date de l'inscription est importante car elle donne naissance aux effets de l'inscription et fait courir le délai de cinq ans pendant lesquels sera conservé le gage. En absence de renouvellement de cette inscription, les effets cessent et le greffier devra procéder à sa radiation.

Le délai quinquennal prévu par le décret s'ajoute aux autres délais d'inscription prévus pour les nantissements actuels sur des biens immatériels industriels.

583. – Si les réformateurs ont mis en place un régime de publicité assez complet et unique en matière de gage, et intéressant dans la mesure où il rend le gage sans dépossession plus attractif et plus perfectionné que le gage avec dépossession, il n'en demeure pas moins qu'appliqué aux sûretés sur biens immatériels industriels, il doit être précisé. Ainsi, il s'avère nécessaire, de centraliser les inscriptions et uniformiser les délais d'inscription, pour une efficacité et une lisibilité accrue du gage sans dépossession et des sûretés en général.

B. De *lege ferenda* : la nécessité de centraliser les inscriptions et d'uniformiser les délais d'inscription

584. – Les sûretés mobilières sur biens immatériels industriels sont gouvernées par une publicité disparate[764], laquelle a été organisée de manière parcellaire par le

[764] VALLENS (J.-L.), *« Publicité et information en matière de sûreté »* : LPA 2000, n° 1888, p. 5 et s.

législateur. Il règne en effet, en la matière une incohérence source de nombreuses difficultés. L'homogénéisation de ces divers systèmes qui passe nécessairement par l'établissement d'un régime unique et général, se justifie par des impératifs de simplification, de clarification, et d'information. Il convient donc de compléter le système de publicité du gage actuel en l'adaptant aux biens immatériels industriels et en poursuivant un objectif, celui de la souplesse et l'efficacité du mécanisme.

Cela se manifeste notamment par la décentralisation des inscriptions **(1)** et par la diversité des délais d'inscriptions **(2)**, auxquels il faut remédier.

1) La centralisation des inscriptions des gages sur biens immatériels industriels

585. – Le registre créé par le décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006[765] pourrait bien constituer le registre unique des droits réels mobiliers, comparable à celui qui a été instauré pour les immeubles. Le Greffe du Tribunal de commerce est déjà le conservateur de nombreux registres spéciaux, auxquels pourraient s'ajouter ceux relatifs aux propriétés intellectuelles prises dans leur individualité.

En effet, actuellement, lorsque le fonds de commerce et les propriétés intellectuelles comprises dans une universalité sont grevés d'une sûreté, celle-ci doit être inscrite au Greffe du Tribunal de commerce. En revanche, lorsque les propriétés intellectuelles sont grevées de manière autonome, elles sont inscrites à l'INPI, à l'exception du nantissement sur film cinématographique qui doit être inscrit au Centre National de la Cinématographie.

2) La nécessité d'uniformiser les délais d'inscription

586. – L'article 7 du décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 dispose que *« l'inscription conserve le gage pendant cinq ans à compter du jour de sa date »*. Le décret ne fait mention d'aucun autre délai. Par conséquent, conformément à l'article 2355 du Code civil, à défaut de disposition spéciale, c'est le droit commun du gage qui

[765] Décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du Code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession, publié au JO du 31 décembre 2006, p. 20368, complété par l'arrêté du 1er février 2007 relatif à la nomenclature visée à l'article 2 (6°) du décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 (JO du 10 février 2007, p. 2565).

va s'appliquer. Parce que cette diversité contribue à accentuer davantage l'hétérogénéité régnante, il nous semble nécessaire d'uniformiser les délais d'inscription, tant ceux qui enferment la prise d'inscription **(a)**, que ceux qui sont relatifs à la péremption de l'inscription **(b)**.

a- Les délais enfermant la prise d'inscription

587. – Contrairement à ce que certains auteurs ont préconisé, sur le fondement du modèle américain du *Security Interest*[766], il ne nous paraît pas souhaitable d'imposer au créancier un délai d'inscription, entre la date de signature du contrat de gage et celle de l'inscription. Pourtant, un tel délai a été imposé par le législateur français pour le créancier titulaire d'un nantissement sur fonds de commerce qui doit procédé d'abord à une première inscription dans les 15 jours de l'acte constitutif à peine de nullité, puis à une seconde inscription dans la quinzaine suivante. Les raisons d'une telle exigence résident dans les effets attribués à l'inscription qui est requise à titre de validité de la sûreté. Au contraire, pour les sûretés portant sur les propriétés intellectuelles, aucun délai n'enferme l'inscription, et nous pensons que cela contribue à la simplification du système et à la responsabilisation du créancier qui devra être particulièrement diligent afin de procéder dans les meilleurs délais à l'inscription attributive de rang.

b- Les délais de péremption de l'inscription

588. – La durée de validité de l'inscription varie également en fonction du bien immatériel industriel concerné. Si le délai prévu par l'article 7 du décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 est de 5 ans, comme pour les logiciels et les films cinématographiques, il est en revanche de 10 ans pour le fonds de commerce, les propriétés intellectuelles comprises dans l'universalité, ainsi que pour les marques prises individuellement. Elle est de 20 ans pour les brevets.

589. – A des fins d'harmonisation, les délais de péremption devraient être les mêmes quels que soient les biens immatériels concernés. Mais quelle durée choisir ?

---

[766] RIFFARD (J.-F.), Le *security interest* ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, th. Clermont-Ferrand, LGDJ, 1997, p. 283, n° 783 s.

Deux durées sont envisageables : celle de 5 ans qui semble avoir la préférence du législateur – qu'il s'agisse du droit du gage[767] ou du droit de la propriété intellectuelle[768] – et de certains membres de la doctrine[769] ; ou celle de 10 ans qui concerne de nombreux biens immatériels industriels.

Un premier argument en faveur du délai quinquennal est fourni par le droit américain. Les rédacteurs du Livre IX ont adopté un tel délai[770].

Un second argument a été donné par le Règlement CE n° 6/2002 du 12 décembre 2001 sur les dessins et modèles communautaires. Le considérant 16 précise que ces biens bénéficient d'un cycle de vie économique court, et implicitement que la durée de 5 ans prévue par le législateur communautaire correspond à la durée de vie prévisible de leurs produits.

591. – Cependant, il nous semble préférable d'opter pour le délai de 10 ans, afin de s'aligner sur le régime actuellement prévu pour le fonds de commerce, ce qui permettra d'éviter d'éventuels conflits lorsque des biens intellectuels seront compris dans l'universalité du fonds.

592. – A l'issue de ce délai, le créancier doit pouvoir bénéficier, dans tous les cas, de la possibilité de demander le renouvellement de son inscription. A défaut, la radiation de l'inscription devra intervenir. La garantie devra être considérée comme éteinte si le débiteur a respecté son engagement ou inopposable aux tiers dans le cas contraire. La radiation peut également ne pas être envisagée comme une sanction et être demandée par les parties.

---

[767] Cf. article 7 du décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 précité ; V. aussi les dispositions relatives au gage sur véhicules automobiles

[768] Cf. aussi la durée de protection accordée aux titulaires de dessins et modèles : 5 ans ; et le délai de 5 ans prévu pour la déchéance de la marque

[769] RIFFARD (J.-F.), Le *security interest* ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, th. Clermont-Ferrand, LGDJ, 1997, p. 294, n° 807 ; MARTIAL (N.), Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles, th. Paris V, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 336, n° 516

[770] Article §9-403 (2) de l'UCC

SECTION 2
LES EFFETS DU GAGE SUR BIENS IMMATERIELS INDUSTRIELS

593. – Le gage sur biens immatériels industriels produit des effets tant dès sa conclusion et pendant toute la durée de la garantie, c'est-à-dire avant l'exigibilité de la créance garantie **(§1)**, qu'après **(§2)**.

§1. Les effets du gage avant l'exigibilité de la créance garantie

594. – Deux sortes d'effets résultent du gage de biens immatériels industriels. D'une part, le constituant doit conserver le bien dont il est resté en possession **(A)**. D'autre part, et en contrepartie de cette conservation par le débiteur, le créancier devrait pouvoir bénéficier de droits renforcés, pour accroître sa confiance dans la garantie mais aussi sa sécurité **(B)**.

A. L'obligation de conservation du bien par le constituant

595. – L'article 2344 alinéa 2 du Code civil met à la charge du constituant demeuré en possession de son bien une obligation de conservation. Le constituant assume alors deux obligations, celle d'exploiter le bien pour en maintenir la valeur, et celle de ne pas vendre ce bien[771]. Cependant, si plusieurs prérogatives sont conservées par le constituant, elles doivent être soumises à une autorisation préalable du créancier. En effet, ce dernier doit pouvoir disposer d'un droit de regard sur la gestion qui est faite de l'assiette de sa garantie, afin de préserver au mieux ses intérêts. Tout acte du constituant qui altèrerait la valeur du bien sans que le créancier n'ait été consulté au préalable doit être considéré comme effectué en violation de l'obligation de conservation.

596. – Ainsi, en présence d'un fonds de commerce, l'exploitation pourra prendre la forme d'une location-gérance. Conformément aux dispositions de l'article L. 144-1 du Code de commerce, il s'agit du contrat par lequel le propriétaire du fonds de

---

[771] V. LEGEAIS (D.), Gage de meubles corporels : J.-Cl. Civil Code, Gage et nantissement, Art. 2343 à 2349, Fasc. 20

commerce conserve son bien mais en transfère l'exploitation personnelle à un locataire gérant libre qui exploite le fonds de commerce à ses risques et périls, moyennant le versement d'une redevance. Les parties doivent trouver un juste équilibre entre leurs intérêts, qui se manifestera dans le montant fixé pour la redevance. Concernant ce montant, le créancier devra veiller à ce qu'il soit suffisant pour maintenir la rentabilité de l'affaire. En outre, le consentement du créancier pourra également s'avérer nécessaire si la location-gérance prépare la vente du fonds de commerce, teste les potentialités du fonds et ses perspectives de rendement, ou qu'elle a vocation à assister la continuité de l'exploitation commerciale.

597. – De même, en présence d'un bien intellectuel, le titulaire de droits conserve la possibilité d'accorder des licences d'exploitation. Désignant le contrat par lequel le titulaire d'un droit autorise un tiers d'exploiter le bien moyennant le paiement d'une redevance, il permet de rentabiliser un investissement technologique sans que le titulaire ne perde ses droits sur le bien concerné. Le créancier a donc tout intérêt à être consulté et à émettre son avis, voire à fortement encourager le titulaire à concéder de telles licences.

Cependant, cette intervention du créancier doit être mesurée, il ne peut en effet s'immiscer complètement dans la gestion du bien par le constituant et violer ses des droits de propriété intellectuelle. La question est d'autant plus délicate que le titulaire d'un droit d'auteur dispose du droit moral, en vertu duquel *« l'auteur jouit du droit au respect de son nom, de sa qualité et de son œuvre. Ce droit est attaché à la personne »*[772]. S'il est le seul en principe à pouvoir exercer ces prérogatives, néanmoins, il ne saurait le faire de manière discrétionnaire. En effet, le créancier devrait pouvoir invoquer la violation de l'obligation de conservation dans le cas où le constituant commettrait un abus de son droit moral[773] ou refuserait d'agir en contrefaçon.

598. – Les rédacteurs de la réforme ont proposé qu'en cas d'inexécution par le constituant de son obligation de conservation, le créancier aurait la faculté de se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou de solliciter un complément de gage.

---

[772] Article L. 121-1 du Code de la propriété intellectuelle

[773] CARON (CH.), Abus de droit et droit d'auteur, th. Paris I, Litec, 1998, p. 23, n° 19 s.

B. Le renforcement des droits du créancier droit

599. – Lorsque le bien est détenu par le créancier, celui-ci est en droit de percevoir les fruits du bien, conformément à l'article 2345 du Code civil. Les fruits s'imputent alors sur les intérêts de la dette, ou à défaut, sur le capital. Si le créancier ne détient pas le bien, la liberté conventionnelle offre aux parties la possibilité de prévoir que les fruits reviendront au créancier, qu'ils s'imputent ou non sur la créance. Une telle mesure ne devrait cependant pas être laissée à l'appréciation des parties et constituer une règle de droit commun légalement consacrée.

600. – L'exemple de la délégation de recettes mise en place dans le cadre du nantissement sur films cinématographiques qui s'avère être d'une efficacité redoutable pour le créancier pourrait constituer une solution au renforcement des droits du créancier gagiste. La faculté qui est offerte au créancier de pouvoir être remboursé par anticipation pourrait être étendue à tous les créanciers bénéficiaires d'un gage sur bien immatériel industriel.

601. – Pour pallier aux aléas de la dépréciation du bien dont la valeur est liée à l'exploitation, et comme la subrogation réelle ne recevant pas application en matière de sûretés en raison de l'existence d'un droit de suite ou d'un droit de rétention sur le bien donné en garantie, il serait intéressant pour le créancier de bénéficier de la faculté de remboursement anticipé. Il échapperait ainsi au risque de dévaluation ou de dépréciation de l'assiette de sa garantie.

§2. Les effets du gage a l'échéance de la créance garantie

602. – A l'échéance de la garantie, et aux fins de recouvrement de sa créance, le créancier va souhaiter saisir la valeur du bien. Pour cela, les réformateurs ont laissé une large liberté de choix au créancier qui dispose de la faculté de vendre le bien, celle de se faire attribuer judiciairement le bien, et celle désormais de bénéficier d'un pacte commissoire et d'un droit de rétention.

Cependant, en matière de gage sans dépossession, la solution de principe réside dans la vente du bien **(A)**, ce n'est qu'à titre exceptionnel que le créancier s'approprie le bien **(B)**.

A. La vente du bien

603. – L'article 2346 du Code civil prévoit qu'à défaut de paiement de la dette garantie, le créancier est en droit de faire ordonner en justice, après saisie, la vente du bien gagé (**1**). Il existe un autre mode de réalisation du gage, la clause de voie parée, dont l'interdiction actuelle ne nous semble pas justifiée **(2)**.

1) La vente judiciaire du bien

604. – En se faisant consentir un gage, le créancier a souhaité obtenir un droit d'appréhender la valeur vénale du bien lors de sa réalisation, à l'échéance de la créance. C'est la raison pour laquelle, en pratique, le créancier gagiste impayé va exercer son droit de préférence en demandant la vente judicaire du bien. Une telle faculté est reconnue au créancier titulaire d'un gage civil ou commercial. Pour le gage civil, l'article 2346 du Code civil précise que les modalités de la vente répondent aux exigences des procédures civiles d'exécution. Pour le gage commercial, l'article L. 421-3 du Code de commerce impose que la vente judiciaire du bien soit précédée d'une signification au débiteur et le cas échéant au bailleur du débiteur qui doit intervenir 8 jours avant la date fixée pour la vente.

605. – Si le débiteur est *in bonis*, la vente judiciaire du bien pourra s'avérer satisfaisante pour le créancier. En revanche, dans l'hypothèse où le débiteur serait concerné par une procédure collective, et selon le type de procédure, le droit du créancier variera, il sera suspendu ou restreint.

606. – Pendant la période d'observation, l'article L. 622-8 du Code de commerce prévoit qu'en cas de vente du bien, la quote-part du prix correspondant aux créances garanties est versée en compte à la Caisse des dépôts et consignations. Une fois le plan adopté, les créanciers munis d'un gage ou titulaires d'un privilège général seront payés sur le prix suivant l'ordre de préférence de l'article L. 626-17 du Code de commerce si

la procédure se clôture par un redressement judiciaire. En outre, il a été prévu que le juge-commissaire puisse ordonner le paiement provisionnel de tout ou partie de leur créance aux créanciers titulaires de sûretés sur le bien, à la double condition que les créanciers de l'article L. 622-17 du Code de commerce aient été désintéressés et que soit présentée par le bénéficiaire une garantie émanant d'un établissement de crédit.
Par ailleurs, les créanciers peuvent se voir proposer une substitution de garantie, voire imposer par le juge-commissaire en cas d'absence d'accord. Une telle faculté s'avèrerait avantageuse pour le créancier gagiste sans dépossession.

607. – Des mesures similaires ont été envisagées aux articles L. 626-22 et suivants du Code de commerce, dans le cadre d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

Lorsque s'ouvre une procédure de liquidation judiciaire, le créancier est soumis aux principes de la suspension des poursuites et de l'interdiction des mesures d'exécution prévus par l'article L. 622-21 du Code de commerce, hormis le cas où le liquidateur n'aurait pas décidé la liquidation des biens grevés dans un délai de trois mois à compter du jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire, et ce, conformément aux dispositions de l'article L. 643-2 du Code de commerce. Il retrouve alors son droit de poursuite individuelle.

Si la liquidation débouche sur une cession portant sur les biens gagés, l'article L. 642-12 du Code de commerce prévoit que le créancier pourrait être contraint de se contenter d'une quote-part du prix de cession affectée par le tribunal pour l'exercice du droit de préférence et dont le paiement entraîne la purge. Il faut toutefois tenir compte de l'ordre des préférences, dans l'hypothèse où la fraction libre du prix serait insuffisante pour les satisfaire. Il est en outre imposé au cessionnaire à payer les sommes dues aux créanciers titulaires de sûretés réelles grevant un bien inclus dans le plan de cession en garantie d'un financement consenti pour l'achat d'un bien grevé, et ce, en vertu du transfert de la charge des sûretés. Cependant, avec un droit de rétention détenu par tout créancier gagiste, la portée de ce texte est diminuée.

2) La vente du bien en dehors de toute procédure judiciaire : l'absence de justification du maintien de l'interdiction de la clause de voie parée

608. – En dehors de toute procédure civile d'exécution, le créancier ne peut obtenir la vente du bien remis en gage. L'article 2346 du Code civil interdit aux parties d'y déroger, reprenant ainsi la règle qu'édictait l'ancien article 2078 du Code civil. Pourtant, la clause de voie parée pourrait s'avérer avantageuse pour le créancier et moins coûteuse. Les raisons qui justifient une telle interdiction résident dans l'esprit même des procédures d'exécution qui sont supposées protéger le constituant et les autres créanciers.

Que ce soit en matière mobilière ou en matière immobilière, l'interdiction de la clause de voie parée ne convainc pas unanimement la doctrine **(a)**. Elle désigne la clause par laquelle le débiteur autorise le créancier à réaliser le bien donné en garantie, en cas d'inexécution des engagements pris, sans vêtir les formes légales des procédures civiles d'exécution. Avantageuse, elle nous semble mériter une consécration légale **(b)**.

a- La clause de voie parée dans le droit positif actuel : une interdiction légale injustifiée

609. – Quelques thèses ont été consacrées, au début du XX^{e} siècle à l'étude de la clause de voie parée, mais circonscrite à la saisie immobilière, qui en constitue, pour certains, *« le véritable terrain »*[774]. Pourtant, s'il est vrai qu'elle n'est pas désignée comme telle, le droit du gage prévoit une disposition similaire. L'ancien article 742 du Code de procédure civile disposait que *« toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris envers lui, le créancier aura droit de faire vendre les immeubles de son débiteur sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière, est nulle et non avenue »*. Egalement prohibée par les anciens articles 93 du Code de commerce et 2078 du Code civil qui interdisaient toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage et à en disposer dans les formalités qu'il ordonne, sous peine de nullité. Que ce soit en matière de saisie immobilière ou de saisie mobilière, c'est bien de clause de voie parée dont il s'agit, même si elle n'a jamais été désignée comme telle, et le principe de son interdiction touche l'ensemble du droit des

[774] MASSE (E.), De la clause de voie parée, th. Bordeaux, 1902, p. 5

sûretés réelles. Les articles relatifs au gage visaient aussi le pacte commissoire, mais l'interdiction a été récemment levée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 portant réforme des sûretés.

610. – Interdite depuis le droit romain, la clause de voie parée a toujours été vue avec beaucoup de méfiance, par le droit romain et par le droit français. L'expression de voie parée qui provient du latin *« via parata »*, signifiant voie d'exécution par avance, a été considérée par le législateur, la jurisprudence et la doctrine comme portant atteinte aux intérêts du débiteur et des tiers. Il s'agissait alors d'éviter la ruine du débiteur, et l'évincement des droits des tiers tels les autres créanciers du débiteur, par le comportement d'un créancier susceptible de procéder à la vente du bien à un prix tout juste égal au montant de sa créance, afin de pouvoir être payé promptement, quitte à ce que ce soit à vil prix et au détriment des intérêts du débiteur et en sacrifiant les autres ayants-cause du débiteur qui seraient alors privés de la garantie dont ils auraient pu espérer tirer profit par la vente[775].

611. – Lors de l'élaboration du Code civil, des discussions ont eu lieu relativement à la rédaction de l'article 2078 du Code civil. Certains faisaient valoir qu'au nom de la liberté contractuelle, l'interdiction de la clause de voie parée devait être levée. D'autres, au contraire, prônait son maintien, lequel se justifiait par l'atteinte portée aux intérêts du débiteur en cas de vente du bien à un vil prix, par un créancier peu scrupuleux, pressé d'être payé, dès lors que ce prix eût suffit à payer sa créance[776], quand bien même sa valeur serait nettement supérieure.

612. – Une telle interdiction doit-elle être maintenue ? Nous n'en sommes pas convaincus.

D'une part, la jurisprudence a autorisé, dans certaines hypothèses, le jeu de la clause de voie parée : lorsque la valeur du bien peut être déterminée par référence à un marché[777], ou lorsque la clause a été conclue postérieurement à la constitution du gage.

---

[775] MASSE (E.), De la clause de voie parée, th. Bordeaux, 1902, p. 87 s. ; VACHEZ (J.), Etude historique et critique de la clause de voie parée, th. Angers, 1903 ; RIFFARD (J.-F.), Le *security interest* ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, th. Clermont-Ferrand, LGDJ, 1997, p. 357, n° 968 s.
[776] FAVART, Conférences, Article 2078 : cité par VACHEZ (J.), *op. cit.*, p. 106
[777] Civ. 2 décembre 1903 : D. 1905, 1, 9, note GUENEE

Dans ce dernier cas, en effet, le débiteur ne serait plus sous la dépendance du créancier, mais davantage dans une situation lui permettant de défendre au mieux ses intérêts[778]. Cependant, l'argument est fallacieux car dans une telle relation de crédit, le créancier dispose incontestablement d'une position favorable et dominante par rapport au débiteur puisqu'il lui fournit les moyens de continuer son activité professionnelle. Il conserve donc *de facto* de moyens de pression à l'égard de son débiteur.

D'autre part, il convient de souligner les avantages considérables que pourraient procurer une vente de gré à gré, à l'amiable, notamment une économie de temps et d'argent. Eviter la procédure judiciaire, qui peut s'avérer longue et coûteuse, constituerait un atout supplémentaire du gage pour le créancier qui serait rassuré de bénéficier, à l'échéance de la créance, d'un mode de réalisation simplifié et sécurisé. Le renforcement de sa garantie pourrait être bénéfique pour le débiteur, dans le sens où plus de crédit pourrait lui être octroyé par un créancier dont la confiance serait renforcée. Il a souvent été avancé que le bien pourrait être vendu à un prix inférieur pour satisfaire rapidement le créancier. En réalité, *« du fait de la dépréciation rapide des biens meubles, il arrive souvent qu'au moment de la réalisation de la sûreté, leur valeur couvre à peine le montant de la créance garantie. En conséquence, dans la très grande majorité des cas, le créancier va naturellement chercher à obtenir le meilleur prix possible »*[779].

b- L'appréciation de la clause de voie parée : en faveur de son admission en droit français

613. – L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 portant réforme des sûretés semble promouvoir des modes de réalisation de la sûreté en dehors de toute voie judiciaire, plus rapide et moins coûteuse. A titre d'illustration, le pacte commissoire autrefois interdit, a été autorisé. De sorte que, souvent appréhendé par analogie avec la clause de voie parée, en ce qu'ils constituent tous deux des modes d'attribution conventionnelle du bien gagé, il est difficile de ne pas déplorer que cette fois ils n'aient pas bénéficié d'un traitement identique. Le choix du législateur de maintenir l'interdiction de la clause de voie parée est à déplorer.

---

[778] RIFFARD (J.-F.), Le *security interest* ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, th. Clermont-Ferrand, LGDJ, 1997, p. 358, n° 972

[779] RIFFARD (J.-F.), *op. cit.*, p. 375, n° 970

614. – Il a été proposé que l'interdiction de la clause de voie parée soit levée, en s'inspirant du modèle américain du *Security Interest*. Les rédacteurs du Livre IX du UCC ont eu recours à la notion de *« commercialement raisonnable »* pour encadrer la vente à l'amiable. Une vente pourra être considérée comme *« commercialement raisonnable »* si elle a été effectuée selon un procédé ou à un prix habituellement pratiqué pour ce type de bien[780].

615. – La transcription de ce critère en droit français n'emporte pas notre conviction car il signifierait que le créancier doit agir en bon père de famille, qu'il a à sa charge une obligation de moyens, sanctionnée par la mise en œuvre de sa responsabilité civile contractuelle.

Il serait plus simple, à notre avis, de procéder comme en matière de pacte commissoire. En effet, l'article 2348 du Code civil envisage que la valeur du bien soit déterminée par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement[781], et qu'en cas d'excédant, la valeur qui excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée.

La seule intervention de l'expert pourrait s'avérer suffisante car elle permet de compenser l'absence de contrôle judiciaire sur le déroulement de la vente du bien gagé. Le recours à l'expert, plus simple que celui d'un tiers convenu – un vendeur professionnel – qui a pu être proposé[782], est néanmoins sujet à quelques interrogations. En effet, la réforme n'a fourni aucune précision sur les modalités de la désignation de l'expert. Alors, à défaut d'information, il serait envisageable de se référer à l'article 1592 du Code civil[783] relatif au contrat de vente. Les juges qui a eu à connaître de l'interprétation de cet article ont pu décider par un arrêt de la Première Chambre civile

---

[780] RIFFARD (J.-F.), Le *security interest* ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, th. Clermont-Ferrand, LGDJ, 1997, p. 359, n° 975 ; VIRET (M.-P.), *« Le nouveau droit du gage et du nantissement du livre IV du nouveau Code civil »* : Administrer 2006, n° 392, p. 36 s., spéc. n° 42

[781] Une disposition similaire a été insérée dans le droit de l'hypothèque, à l'article 2460 alinéa 1er du Code civil.

[782] RIFFARD (J.-F.), *op. cit.*, p. 361, n° 980

[783] HEBERT (S.), *« Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 »* : D. 2007, p. 2052, spéc. n° 23

de la Cour de cassation du 2 décembre 1997[784] que le tiers ne devait pas être sous la dépendance de l'une des parties. Appliqué à l'estimation du bien gagé par un expert, cela impliquerait que dernier ne soit pas *« instrumentalisé par des créanciers peu scrupuleux pour légitimer l'attribution d'un bien d'une valeur sans rapport avec la créance »*[785].

Il convient d'encourager ce mode de réalisation du bien gagé et de lever l'interdiction de la clause de voie parée, à l'instar du pacte commissoire.

B. L'attribution du bien en pleine propriété : un mode de réalisation secondaire en matière de biens immatériels industriels

616. – L'attribution en pleine propriété peut résulter soit d'une décision judiciaire soit de la volonté des parties **(1)**. Cependant, la récente admission du pacte commissoire comme mode alternatif de réalisation de la sûreté ne nous semble pas opportun en matière de gage sur biens immatériels industriels **(2)**.

1) L'attribution judiciaire ou conventionnelle du bien en pleine propriété

617. – Conformément à l'article 2347 du Code civil, le créancier peut faire ordonner en justice que le bien lui soit attribué en pleine propriété. Elle offre deux avantages majeurs au créancier. En premier lieu, elle lui confère un droit exclusif lui permettant d'échapper au concours des créanciers privilégiés qui, à défaut, bénéficieraient d'un rang préférable[786]. En second lieu, elle lui permet d'éviter la vente aux enchères du bien, et les frais qu'elle engendre, de sorte qu'il peut ainsi s'offrir la possibilité de procéder plus tard à la vente du bien (si au moment de la réalisation de la sûreté le bien a perdu de sa valeur).

Déjà avant la réforme du droit des sûretés, elle pouvait s'appliquer à tous les gages et nantissements, excepté en matière de fonds de commerce[787].

---

[784] Civ. 1ère, 2 décembre 1997 : D. Aff. 1998, p. 144 ; RTD civ. 1998, p. 396, obs. GAUTIER
[785] HEBERT (S.), *ibid*.
[786] Com. 12 février 1979 : D. 1979. 354, note F. DERRIDA ; Com. 6 janvier 1998 : pourvoi n° 95-17.399
[787] Article L. 142-1 alinéa 2 du Code de commerce

Par ailleurs, l'attribution en pleine propriété peut être conventionnelle. En effet, le nouvel article 2348 du Code civil dispose qu' *« il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé »*. Les anciennes justifications de l'interdiction du pacte commissoire ont été compensées par les mesures protectrices mise en place par la réforme. D'une part, la valeur du bien grevé doit être objectivement déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement[788]. D'autre part, le versement de l'excédent de la valeur est imposé au créancier[789].

2) Le pacte commissoire : un mode de réalisation alternatif mais peu opportun

618. – L'attribution conventionnelle du bien gagé doit constituer un mode de réalisation alternatif laissé à l'appréciation du créancier, qui est libre de choisir entre tous les modes mis à sa disposition. Cependant, même si ce mode de réalisation est admis par le droit américain pour le *Security Interest*[790], il nous semble bien peu opportun. Les raisons, faut-il le rappeler, sont à la fois techniques parce que le créancier ne dispose pas des qualités requises pour procéder à l'exploitation commerciale du bien immatériel industriel, quel qu'il soit, et économiques parce que l'absence d'exploitation ou la mauvaise exploitation du bien est de nature à lui faire perdre toute valeur.

Il est vrai toutefois que de telles raisons ne peuvent être généralisées. Il se peut que selon les compétences techniques du créancier ou selon la nature du bien immatériel industriel gagé, l'attribution conventionnelle en pleine propriété soit envisageable et constitue un mode alternatif de réalisation de la sûreté intéressant pour le créancier car ainsi, il échapperait à la procédure judiciaire. Toutefois, il convient de souligner que la réforme a précisé, à l'article L. 622-7 du Code de commerce que l'ouverture d'une procédure collective fait obstacle à la réalisation du pacte commissoire. En pratique, il semblerait qu'il ne reste que peu d'intérêts à appliquer un pacte commissoire.

---

[788] Article 2348 alinéa 2 du Code civil

[789] Article 2348 alinéa 3 du Code civil

[790] RIFFARD (J.-F.), Le *security interest* ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, th. Clermont-Ferrand, LGDJ, 1997, p. 363, n° 988 s.

CONCLUSION DU CHAPITRE

619. – Pour appréhender plus efficacement l'affectation en garantie des biens immatériels industriels, le régime du gage doit être adapté. Tout d'abord, les modifications doivent concerner les conditions de constitution du contrat, et plus précisément son champ d'application, ainsi que les conditions de forme, telles que les formalités de publicité. Le décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 a mis en place un registre de publicité pour les gages sans dépossession, cependant, il faut aller plus loin et uniformiser les régimes de publicité en centralisant les inscriptions des gages sur fonds de commerce et propriétés intellectuelle et en standardisant les délais d'inscription. Ensuite, les modifications doivent concerner les effets engendrés par le contrat de gage, tant avant l'échéance de la créance garantie en renforçant les obligations du débiteur et les droits du créancier, qu'à l'échéance avec l'aménagement des règles relatives au dénouement et à la réalisation de la sûreté.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

620. – Face au constat d'échec du droit du nantissement pour régir l'affectation en garantie des biens immatériels, une solution nous semble avoir été trouvée dans le droit français. Nous proposons en effet de supprimer le nantissement au profit de la fiducie pour les biens immatériels financiers et du gage pour les biens immatériels industriels. Toutefois, l'élection de chacun de ces contrats a nécessité une adaptation des dispositions actuellement en vigueur.

CONCLUSION GENERALE

621. – La chose immatérielle préexiste à la matière. Cependant, pour accéder à une valeur et à une protection, elle devra nécessairement habiter un corpus. Le corpus qui forgera le bien immatériel.

622. – Présents depuis tout temps, c'est essentiellement à l'époque contemporaine que la multiplication et la diffusion des biens immatériels ont réussi à créer des richesses nouvelles[791]. En effet, ils occupent une place prépondérante dans les fortunes privées[792] et l'affirmer est devenu un axiome incontesté. Autrefois, les richesses résidaient dans le patrimoine immobilier ou dans le patrimoine mobilier corporel. Désormais, les richesses se sont dématérialisées. La valeur du bien a muté. Elle ne réside plus dans le corpus mais dans la chose immatérielle, le corpus ne servant qu'à faire exister, qu'à révéler la chose. La matière sublime l'esprit.

623. – La puissance économique des biens immatériels contraste pourtant avec la fragilité juridique qui les touche.

624. – Du point de vue du droit des biens, les biens immatériels souffrent d'un certain flou notionnel. En effet, aucune définition n'en a été donnée, que ce soit par voie légale, jurisprudentielle ou doctrinale. Par ailleurs, la classification des biens en meubles et immeubles est inapte à les appréhender de manière satisfaisante puisqu'ils n'entrent ni dans l'une ni dans l'autre des catégories.

Pourtant, ils semblent pouvoir être définis comme les biens qui se composent d'une chose immatérielle et d'un corpus. Ils semblent, en outre, pouvoir être classés selon leur nature avec d'un côté les biens immatériels financiers et de l'autre les biens immatériels industriels.

Les biens immatériels financiers engloberaient la monnaie entendue au sens large et les instruments financiers. Les biens immatériels industriels désigneraient,

---

[791] Cf. RIPERT (G.), Aspects juridiques du capitalisme moderne, LGDJ, 1951, 2e éd., n° 54 : à propos des titres et des comptes.

[792] CATALA (P.), *« La transformation du patrimoine en droit civil moderne »* : RTD civ. 1966, p. 185

quant à eux, les biens dont l'existence est intrinsèquement liée à l'exploitation qui en est faite par le titulaire, tels que le fonds de commerce et les propriétés intellectuelles.

625. – Du point de vue du droit des sûretés, les biens immatériels font l'objet d'un traitement disparate. L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 portant réforme des sûretés a manqué une occasion, celle de proposer un visage nouveau des sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels. Derrière l'apparente unité qui découle de la consécration du nantissement comme la sûreté applicable à l'affectation d'un bien meuble incorporel en garantie, se cache en réalité une pluralité de régimes de nantissements, combinée dans certaines hypothèses à l'application du droit commun du gage, en vertu de l'article 2355 alinéa 5 du Code civil. En effet, l'unité terminologique n'a pas permis de remédier aux critiques formulées avant la réforme à l'encontre du droit des sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels. La complexité et le manque de lisibilité en la matière demeurent, un régime uniforme faisant défaut.

626. – Le constat d'échec du droit des sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels nous a semblé justifier une réflexion nouvelle. Pour ce faire, la méthode adoptée a consisté à rechercher une qualification et un régime plus à même d'appréhender l'affectation en garantie des biens immatériels. Un premier regard a été posé sur les régimes de droits étrangers. L'analyse comparatiste des systèmes internationaux a en effet permis de révéler l'efficacité de certaines institutions, la fiducie et le *trust*, appliqués aux biens immatériels financiers. Or, la fiducie a été consacrée en droit français par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007, et son étude a révélé son adéquation avec les biens immatériels financiers du fait de leur fongibilité.
Un second regard a été posé sur le droit du gage qui, avec les modifications introduites par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, s'est avéré être adapté à l'affectation des biens immatériels industriels en garantie.

Toutefois, l'exercice de qualification n'a pas été suffisant. Il a fallu en outre ajuster certaines dispositions pour qu'elles puissent mieux appréhender la nature industrielle ou financière des biens immatériels.

BIBLIOGRAPHIE

La présentation de la bibliographie obéira au plan suivant :

1) Traités, manuels, ouvrages généraux
2) Mélanges
3) Thèses et monographies
4) Ouvrages spéciaux, colloques et journées, rapports, fascicules, mélanges
5) Articles et chroniques, conclusions, notes et observations de jurisprudence

1.
TRAITES, MANUELS, OUVRAGES SPECIAUX, MONOGRAPHIES

(CLASSES PAR ORDRE ALPHABETIQUE DU NOM DES AUTEURS)

ANCEL (P.)

- Droit des sûretés, Litec, 2011, 6e éd.

AUBRY (CH.), ET RAU (CH.)

- Cours de droit civil français, d'après la méthode de Zachariae, Ed. Marchal et Billard, 1935-1958

ATIAS (CH.)

- Epistémologie juridique, Dalloz, 2002

ATIAS (CH.)

- Droit civil : les biens, Litec, 2011, 11e éd.

AZEMA (J.), ET GALLOUX (J.-CH.)

- Droit de la propriété industrielle, Dalloz, 2006, 6e éd.

AYNES (L.), ET CROCQ (P.)

- Les sûretés : la publicité foncière, Defrénois-Lextenso, 2009, 4e éd.

BARRET (O.)

- Les contrats portant sur le fonds de commerce, LGDJ, 2001

BAUDRY-LACANTINERIE (G.), ET DE LOYNES (P.)

- Traité théorique et pratique de droit civil, Du nantissement, des privilèges et hypothèques et de l'expropriation forcée, Sirey, 1906, 3e éd.

BEAULNE (J.)

- Droit des fiducies, Coll. Bleue, 1998

BERAUDO (J.-P.)

- Les trusts anglo-saxons et le droit français, LGDJ, 1992

BERAUDO (J.-P.), ET TIRARD (J.-M.)

- Les trusts anglo-saxons et les pays de droit civil, Academy & Finance, Genève, 2006

BERGEL (J.-L.)

- Théorie générale du droit, Dalloz, 2003, 4ème éd.

BERGEL (J.-L.), BRUSCHI (M.), ET CIMAMONTI (S.)

- Traité de droit civil, Les biens, LGDJ, 2000

BIGOT (J.)

- Traité de droit des assurances, tome 4 : Les assurances de personnes, LGDJ, 2007

BREESE (P.), ET KAISER (A.)

- L'évaluation des droits de propriété industrielle, Valoriser les trésors cachés de votre entreprise, Ed. Gualino, 2004

BONNEAU (T.)

- Droit bancaire, Montchrestien-Lextenso, 2009, 8e éd.

CABRILLAC (M.), MOULY (CH.), CABRILLAC (S.), ET PETEL (PH.)

- Droit des sûretés, Litec, 2010, 9e éd.

CARBONNIER (J.)

- Droit civil, vol. 2 : Les biens, PUF, 2002, 19e éd.
- Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur, LGDJ, 2001, 10e éd.

CARON (CH.)

- Droit d'auteur et droits voisins, Litec, 2006

CARON (CH.), ET LECUYER (H.)

- Le droit des biens, Dalloz, 2002

CLAM (J.)

- Trajectoires de l'immatériel : contribution à une théorie de la valeur et de sa dématérialisation, éd. CNRS, 2004

COHEN (A.)

- Traité théorique et pratique des fonds de commerce, Sirey, 1948, 2e éd.

COLIN (A.), ET CAPITANT (H.)

- Traité de droit civil, tome 1 : Introduction générale, personnes et famille, biens, Dalloz, 1953
- Traité de droit civil, tome 2 : Obligations, théorie générale, droits réels principaux, Dalloz, 1957

COLOMBET (C.)

- Propriété littéraire et artistique, Dalloz, 1980

COPPER (E.)

- L'Art et la loi, traité des questions juridiques se référant aux artistes et aux amateurs, éditeurs et marchands d'œuvres d'art, Ed. A. Heymann Paris, 1903

COZIAN (M.), VIANDIER (A.), ET DEBOISSY (F.)

- Droit des sociétés, Lexisnexis, 2011, 24e éd.

DABIN (J.)

- Théorie générale du droit, Dalloz, 1953, 2ème éd.

DAGOT (M.)

- Les sûretés judiciaires provisoires, Litec, 1994

DEMANTE (A.-M.)

- Corus analytique de Code civil, Ed. Thorel puis Plon, 1849-1880

DELMAS-MARTY (M.)

- Pour un droit commun, Seuil, 1944

DEMOLOMBE (C.)

- Traité de la distinction des biens : de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation, Ed. Durand-Hachette, 1875

DEVINLCOURT (CL.-E.)

- Institutes de droit civil français, conformément aux dispositions du Code napoléonien, tome III, Ed. Gueffier, 1808,

DESBOIS (H.)

- Le droit d'auteur en France, Dalloz, 1973

DUGUIT (L.)

- Manuel de droit constitutionnel, LGDJ, 2007

DUNAND (J.-PH.)

- Le transfert fiduciaire : « donner pour reprendre », mancipio dare ut remancipetur ; Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion, Faculté de droit de Genève, 2000

DURANTON (A.)

- Cours de droit civil suivant le Code civil, Ed. Alex-Gobelet, 1834-1842, 3e éd.

GAIUS

- Les Institutes

GALAND (G), ET GRANDJEAN (A.)

- La monnaie dévoilée, L'Harmattan, 1997

GASTAMBIDE (A.)

- Traité théorique et pratique des contrefaçons en tout genre, Paris, 1837, p. 49

GAUTIER (P.-Y.)

- Propriété littéraire et artistique, PUF, 2010, 7e éd.

GAVALDA (CH.), ET STOUFFLET (J.)

- Droit bancaire : institutions, comptes, opérations, services, Litec, 2010, 8e éd.

GAYRAUD (J.-F.)

- La dénonciation, PUF, 1995

GHESTIN (J.), ET GOUBEAUX (G.)

- Traité de droit civil : Introduction générale, LGDJ, 1994, 4e éd.

GILLISSEN (J.)

- Introduction historique au droit, Ed. Etablissements Emile Bruyant, Bruxelles, 1979

GILMORE (W. C.)

- Security Interest in Personal Property, vol. 1 et 2, Ed. Little Brown & Company, Boston & Toronto, 1965

GINOSSAR (S.)

- Droit réel, propriété et créance, LGDJ, 1960

GORZ (A.)

- L'immatériel, Ed. Galilée, 2003

HAMEL (J.)

- Etudes de droit commercial, Dalloz, 1953

HUC (T.)

- Commentaire théorique et pratique du Code civil, tome XII : Mandat, cautionnement, transactions, contrainte par corps, gage et antichrèse, monts-de-piété, warrants, etc., Articles 1984 à 2091, Ed. Pichon, 1892-1903

JUSTINIEN

- Les Institutes

KRIEF-SEMITKO (C.)

- La valeur en droit civil français : essai sur les biens, la propriété et la possession, Ed. L'Harmattan, 2009

LACOUR (L.), ET BOUTERON (J.)

- Précis de droit commercial, Dalloz, 1925

LARROUMET (C.)

- Droit civil, tome II : Les biens, droits réels principaux, Economica, 2006, 5e éd.

LATOUR (B.)

- La fabrique du droit : une ethnographie du Conseil d'Etat, Ed. Poche, 2004

LEGEAIS (D.)

- Sûretés et garanties du crédit, LGDJ-Lextenso, 2011, 8e éd.

LEMEUNIER (F.)

- Fonds de commerce, Delmas, 2007, 17e éd.

LOCRE (J.-G.)

- Esprit du Code napoléonien, t. XVI, Ed. Clament frères, Garnery, 1808

LOYSEAU (CH.)

- Droit des offices, Livre 3, 1666

LUCAS (A.), ET LUCAS (H.-J.)

- Traité de la propriété littéraire et artistique, Litec, 1994

MALAURIE (PH.)

- Anthologie de la pensée juridique, Ed. Cujas, 1996, 2e éd.

MALAURIE (PH.), ET AYNES (L.)

- Les biens, Defrénois, 2010, 4e éd.

MARTY (G.), ET RAYNAUD (P.), ET JESTAZ (PH.)

- Droit civil, tome 3 : Les sûretés et la publicité foncière, Sirey, 1987, 2e éd.

MARX (K.)

- Le Capital, Livre I, PUF

MATHIEU (M.-E.)

- Les nouvelles garanties de financement, Aspects pratiques des sûretés réelles conventionnelles mobilières et immobilières, Ed. Formation Entreprise, 2007

MAZEAUD (H. ET L.), MAZEAUD (J.), ET CHABAS (F.)

- Leçons de droit civil, t. 1 : Introduction à l'étude du droit, Montchrestien, 1996, 11e éd.
- Leçons de droit civil, t. 2 : Biens, Droit de propriété et ses démembrements, Montchrestien, 1994, 8e éd.

- Leçons de droit civil, t. 3 : Sûretés et publicité foncière, Montchrestien, 1999, 7e éd. par Y. Picod

MEMETEAU (G.)

- Droit des biens, Paradigme, 2009, 4e éd.

MESTRE (J.), PUTMAN (E.), ET BILLIAU (M.)

- Traité de droit civil, tome 1 : Droit commun des sûretés réelles, LGDJ, 1996
- Traité de droit civil, tome 2 : Droit spécial des sûretés réelles, LGDJ, 1996

MORGAN DE RIVERY-GUILLAUD (A.-M.)

- Le droit nord-américain des sûretés mobilières, LGDJ, 1990

MOUSSERON (J.-M.)

- Traité des brevets, Litec 1984

PICOD (Y)

- Droit des sûretés, PUF, 2008

PIEDELIEVRE (A.)

- Droit des biens, Ed. Masson, 1977

PIEDELIEVRE (S.)

- Actes de commerce, commerçants, fonds de commerce, Dalloz, 2009, 7e éd.
- Droit des sûretés, Ellipses, 2008
- Les sûretés, A. Colin, 2004

PIERROUX (E.)

- La propriété des œuvres d'art corporelles : éléments pour une propriété spéciale, P.U.A.M., tomes 1 et 2, 2003

PLANIOL (M.), ET RIPERT (G.)

- Traité de droit civil, tome 2 : Obligations, contrats, responsabilité, droits réels, biens, propriété, LGDJ, 1952
- Traité de droit civil, tome 3 : Sûretés réelles, publicité foncière, LGDJ, 1952

POUILLET (E.)

- Traité théorique et pratique de propriété littéraire et artistique et du droit de représentation, Ed. Marchal et Billard, 1908
- Traité des brevets d'invention, Ed. Marchal et Billard, 1909

PORTALIS (J.-E.-M.)

- Discours et rapports sur le Code civil, Centre de philosophie politique et juridique de Caen, 1989

POTHIER (R. J.)

- Pandectae Justinianae, t. 1, 1748-1749
- 3e Œuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législation actuelle, tome 5 : Traité du contrat de nantissement, Ed. Cosse, Paris, 1847

PROUDHON (P.-J.)

- Qu'est-ce que la propriété ? ou recherches sur le principe du droit et du gouvernement, garnier-Flammarion

REBOUL-MAUPIN (N.)

- Droit des biens, Dalloz, 2010, 3e éd.

REYGROBELLET (A.)

- Le fonds de commerce, Dalloz, 2005

RIFKIN (J.)

- L'âge de l'accès : la nouvelle culture du capitalisme, Ed. La découverte, Essais, 2000

RIPERT (G.), ET ROBLOT (R.)

- Traité de droit des affaires, tome 1 : Du droit commercial au droit économique, LGDJ, 2010

ROLAND (H.), ET BOYER (L.)

- Adages du droit français, Litec, 1999, 4e éd.

ROUBIER (P.)

- Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, Sirey, 2005, 2e éd.
- Le droit de la propriété industrielle, Sirey, 1952

SCHMIDT-SZALEWSKI (J.), ET PIERRE (J.-L.)

- Droit de la propriété industrielle, Litec, 2007, 4e éd.

SCHMIDT (J.)

- L'invention protégée, 1972

SCOTT (A. W.)

- The law of trust, Boston, 1967, 3e éd.

SERICK (R.)

- Les sûretés réelles mobilières en droit allemand : vue d'ensemble et principes généraux, LGDJ, 1990

SEUBE (A.)

- Droit des sûretés, Dalloz, 2010, 5e éd.

SIMLER (PH.), ET DELEBECQUE (PH.)

- Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière, Dalloz, 2009, 5e éd.

SOINNE (B.)

- Traité des procédures collectives, Litec, 1995, 2e éd.

STARCK (V. B.), ROLAND (H.), ET BOYER (L.)

- Introduction au droit, Litec, 2000, 5e éd.

STRICKLER (Y)

- Les biens, PUF, 2006

TAFFOREAU (P.)

- Droit de la propriété intellectuelle, Gualino éditeur, 2e éd., 2007

TERRE (F.), ET SIMLER (PH.)

- Droit civil : les biens, Dalloz, 2010, 8e éd.

THALER (E.)

- Des faillites en droit comparé, A. Rousseau, 1887
- Des faillites et banqueroutes, et des liquidations judiciaires, Rousseau, 1935-1938, 2e éd.

THERY (PH.)

- Sûretés et publicité foncière, PUF, 1998, 2e éd.

TOUBOL (F.)

- Le logiciel – Analyse juridique, LGDJ, 1986

TROLONG (R. T.)

- Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, t. XIX, Du nantissement et de l'antichrèse, commentaire du titre XVII, livre III du Code civil, Paris, 1847

ULPIEN

- Digeste

VALETTE (A.)

- Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation, publiés par Hérold et Lyon-Caen, 1880, t. 1, p. 217 s.

VOGEL (L.)

- Traité de droit des affaires, t. 1 : Du droit commercial au droit économique, LGDJ-Lextenso, 2010, 19e éd.

WALRAS (A.)

- De la nature de la richesse et de l'origine de la valeur, 1831

ZENATI-CASTAING (F.), ET REVET (T.)

- Les biens, PUF, 2008, 3e éd.

2.

MELANGES

(CLASSES PAR ORDRE CHRONOLOGIQUE)

- Mélanges juridiques dédiés au Professeur SUGIYAMA, Sirey, 1940
- Le droit privé français au milieu du XXe siècle : études offertes à GEORGES RIPERT, tome 2 : La propriété. Contrats et obligations. La vie économique, Ed. Pichon et Durand-Auzias, 1950
- Etudes juridiques offertes à LEON JULLIOT DE LA MORANDIERE, Dalloz, 1964
- Mélanges offerts à PIERRE VOIRIN, LGDJ, 1966
- Mélanges JEAN BRETHE DE LA GRESSAVE, Ed. Bière, 1966
- Études de droit commercial à la mémoire d'HENRI CABRILLAC, Litec, 1968
- Mélanges dédiés à GABRIEL MARTY, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978
- Recueil de travaux offerts à GUY FLATTET, Diffusion Payot, 1985
- Mélanges offerts à PIERRE RAYNAUD, Dalloz-Sirey, 1985
- Aspects du droit privé en fin du 20^{e} siècle : études réunies en l'honneur de MICHEL DE JUGLART, LGDJ, 1986
- Les activités et les biens de l'entreprise, mélanges JEAN DERRUPPE, GLN-Joly et Litec, 1991
- Propriétés intellectuelles : Mélanges en l'honneur d'ANDRE FRANÇON, Dalloz, 1995
- Mélanges offerts à JEAN-JACQUES BURST, Litec, 1997
- Mélanges CHRISTIAN MOULY, Litec, 1998
- Mélanges MICHEL CABRILLAC, Litec, 1999

- Prospectives du droit économique : dialogues avec MICHEL JEANTIN, Dalloz, 1999

- Mélanges en l'honneur de MICHEL VASSEUR, Banque éditeur, 2000

- Mélanges en l'honneur de JEAN STOUFFLET, LGDJ, 2001

- Ruptures, mouvements et continuité du droit : autour de MICHELLE GOBERT, Economica, 2004

- Mélanges en l'honneur de PHILIPPE MALAURIE, Defrénois, 2005

- Mélanges en l'honneur de DOMINIQUE SCHMIDT, Joly Ed., 2005

- Études offertes au Doyen PHILIPPE SIMLER, Dalloz, 2006

- Mélanges en l'honneur de MARIEL REVILLARD, Defrénois, 2007

- Etudes offertes au Professeur PHILIPPE MALINVAUD, Litec, 2007

- Libre droit : mélanges en l'honneur de PHILIPPE LE TOURNEAU, Dalloz, 2008

- Etudes à la mémoire du Professeur BRUNO OPPETIT, Litec, 2009

- Leçons de droit civil, Mélanges en l'honneur de FRANÇOIS CHABAS, Ed. Bruylant, 2011

- Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : mélanges en l'honneur de DANIEL TRICOT, Litec, Dalloz, 2011

3.

THESES ET MONOGRAPHIES

(CLASSEES PAR ORDRE ALAPHABETIQUE DU NOM DES AUTEURS)

ABDEL-BAKI (A.-F.)

- Du rôle de la possession en matière mobilière : étude historique comparée et approfondie de droit français, th. Paris, 1943

ANSAULT (J.-J.)

- Le cautionnement réel, th. Paris II, 2009

ATTAL (M.)

- La reconnaissance des sûretés mobilières conventionnelles étrangères dans l'ordre juridique français, th. Toulouse, 2004

AYNES (A.)

- Le droit de rétention : unité ou pluralité, th. Paris II, 2005

BARTHOU (L.)

- De la distinction des biens en meubles et immeubles. De l'origine de l'adage *« Vilis mobilium possessio »* et de son influence sur le Code civil, th. Paris, 1886

BAYLE (P.-G.)

- La saisie et la vente des fonds de commerce, th. Paris, 1939

BECQUET (S.)

- Le bien industriel, th. Paris I, 2005

BEIGNIER (B.)

- L'unité du patrimoine : essai critique, th. Toulouse I, 2007

BERLIOZ (P.)

- La notion de bien, th. Paris I, 2006

BERNAT (C.)

- L'exploitation commerciale des navires et les groupes de contrats, th. Bordeaux, 2003

BERNAULT (C.)

- La propriété littéraire et artistique appliquée à l'audiovisuel, th. Nantes, 1939

BESNARD (P.)

- De la clause de voie parée, th. Paris, 1907

BINCTIN (N.)

- Le capital intellectuel, th. Paris II, 2007

BLAISOT (A.)

- De la mise en possession du créancier dans le contrat de gage, th. Paris, 1897

BORGA (N.)

- L'ordre public et les sûretés conventionnelles : contribution à l'étude de la diversité des sûretés, th. Lyon, 2009

CABRILLAC (M.)

- La protection du créancier dans les sûretés mobilières, conventionnelles sans dépossession, th. Montpellier, 1954

CABRILLAC (S.)

- Les garanties financières professionnelles, th. Montpellier, 2000

CABRYE (E.-D.)

- De la publicité, th. Rennes, 1859

CARON (CH.)

- Abus de droit et droit d'auteur, th. Paris II, 1998

CASSIN (R.)

- De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exception « non adimpleti contractus ») et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution, th. Paris, 1914

CHAMARD (C.)

- La distinction des biens publics et des biens privés : contribution à la définition de la notion de biens publics, th. Lyon III, 2002

CHANIOT-WALINE (M.)

- Transmission des clientèles civiles, th. Paris I, 1993

CHRISTEA (M.)

- De la tradition, th. Paris, 1891

COCHEREL (M.)

- Les techniques légales d'opposabilité : essai d'une théorie générale, th. Paris I, 2003

CROCQ (P.)

- Propriété et garantie, th. Paris II, 1995

CUIF (P.-F.)

- Le contrat de gestion, th. Paris I, 2001

DANOS (F.)

- Propriété, possession et opposabilité, th. Paris I, 2006

DAUPHIN (P.)

Le virement en banque, th. Lyon, 1942

DELSAUX (L.)

- De la dépossession du constituant en matière de gage, th. Douai, 1900

DENIZOT (A.)

- L'universalité de fait, th. Paris I, 2007

DE RAYMOND (F.)

- De la tradition en droit romain, th. Toulouse, 1882

DERRIDA (A.)

- Recherches sur le fondement du droit de rétention, th. Alger, 1940

DES MAZIS (P.)

- Quelques principes de logique appliqués à la notion de valeur, th. Paris, 1944

DOUTRIAUX (A.-F.)

- De l'importance de la distinction des biens en meubles et immeubles, en droit romain et droit français, th. Paris, 1859

DUCLOS (J.)

- L'opposabilité : essai d'une théorie générale, th. Rennes, 1984

DU HAMEL (H.)

- Essai sur la distinction théorique des biens en immeubles et en meubles d'après le « Coutumier de Poitou » de 1417, th. Poitiers, 1913

DURAND (J.-F.)

- Le droit de rétention, th. Paris II, 1979

EICHENBAUM-VOLINE (A.)

- Le statut des idées en droit des créations immatérielles, th. Paris II, 2003

EIGENMANN (A.)

- L'effectivité des sûretés mobilières, Etude critique en droit suisse au regard du droit américain et propositions législatives, th. Fribourg, Suisse, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, 2001

EL-DAYE (A. B.)

- La fiducie en droit privé libanais, th. Strasbourg, 2008

EMERICH (Y.)

- La propriété des créances : approche comparative, th. Lyon III, 2004

EMY (PH.)

- Le titre financier, th. Bordeaux, 2005

GEORGES (F.)

- La saisie de la monnaie scripturale, th. Liège, 2006

GODECHOT (S.)

- L'articulation du trust et du droit des successions, th. Paris II, 2004

GOURDON (P.)

- L'exclusivité, th. Paris I, 2005

GOURY (G.)

- Origine et développement historique de la distinction des biens en meubles et immeubles, th. Nancy, 1897

GOYET (CH.)

- Louages, propriété et financement des investissements, th. Strasbourg, 1981

GRANOTIER (J.)

- Le transfert de propriété des valeurs mobilières, th. Paris II, 2009

GUERARD (L.)

- De l'intérêt de la distinction des biens en meubles et immeubles, th. Rennes, 1886

HANIA (G.)

- Droit d'auteur et droit de la concurrence, th. Paris XII, 2006

HANUS (A.)

- Etude du fonds de commerce envisagé comme moyen de crédit : examen des différentes sûretés qui peuvent être consenties sur le fonds de commerce dans l'état actuel de notre législation et en particulier étude du « gage sans déplacement » validé par les lois du 1er mars 1898 et du 17 mars 1909, th. Nancy, 1930

HENRY (G.)

- L'évaluation en droit d'auteur, th. Paris II, 2006

JACQUES (C.)

- Histoire de la distinction des biens en meubles et immeubles, à Rome, en pays coutumier et dans le Code civil, th. Paris, 1884

JAMIN (CH.)

- La notion d'action directe, th. Paris I, 1991

KRIEF-VERBAERE (C.)

- Recherches sur la possession en droit des sûretés réelles, th. Paris XII, 1994

LAJUS (J.)

- De la publicité dans le contrat de gage en matière civile, th. Bordeaux, 1899

LASSALAS (C.)

- L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale, th. Clermont-Ferrand, 1997

LEGEAIS (D.)

- Les garanties conventionnelles sur créances, th. Poitiers, 1984

LEPAULLE (P.)

- Traité théorique et pratique des trusts en droit interne, en droit fiscal et en droit international, th. Paris, 1932

LIBCHABER (R.)

- Recherches sur la monnaie en droit privé, th. Paris I, 1992

LISANTI-KALCZYNSKI (C.)

- Les sûretés conventionnelles sur meubles incorporels, th. Montpellier, 2000

LUCAS (F.-X.)

- Le transfert temporaire des valeurs mobilières, th. Nantes, 1997

MARGUENAUD (J.-P.)

- L'animal en droit privé, th. Limoges, 1987

MARLY (J.-F.)

- Fongibilité et volonté individuelle, th. Paris I, 2002

MARTIAL (N.)

- Droit des sûretés réelles sur propriétés intellectuelles, th. Paris V, 2007

MASSE (E.)

- De la clause de voie parée, th. Bordeaux, 1902

MEIERHOF (H.)

- La portée des qualifications en droit international privé, th. Dijon, 1938

MERCIER (V.)

- L'apport du droit des valeurs mobilières à la théorie générale du droit des biens, th. Aix-Marseille, 2004

MEURISSE (O.)

- De la distinction des biens, th. Douai, 1867

MOJUYE (J.-B.)

- Le droit des produits dérivés financiers (swap, options, futures…) en France et aux Etats-Unis, th. Paris II, 2005

MOREL (M.)

- De la nécessité de la mise en possession du gagiste dans le contrat de gage, Caractère véritable du gage sans dépossession, th. Paris, 1902

MOUSSERON (J.-M.)

- Le droit du breveté d'invention, th. Montpellier, 1961

NIZARD (F.)

- La notion de titre négociable, th. Paris II, 2000

ORTSCHEIDT (P.)

- La possession en droit civil français et allemand, th. Strasbourg, 1977

PELISSIER (A.)

- Possession et meubles incorporels, th. Montpellier, 2000

PETRIZI (E.-A.)

- La monnaie scripturale, th. Paris, 1933

PEYRIERE (G.)

- Du nantissement des fonds de commerce et des modifications apportées par la loi du 17 mars 1909, th. Toulouse, 1910

PFISTER (L.)

- L'auteur propriétaire de son œuvre ? La formation du droit d'auteur au XVIe siècle à la loi de 1957, th. Strasbourg, 1999

PRAICHEUX (S.)

- Les sûretés sur les marchés financiers, th. Paris II, 2004

QUINCARLET (S.)

- La notion de gage en droit privé français, th. Bordeaux, 1937

RAIMON (M.)

- Le principe de l'unité du patrimoine en droit international privé. Etude des nationalisations, des faillites et des successions internationales, th. Paris II, 2002

RAVENNE (S.)

- Les propriétés imparfaites : contribution à l'étude de la structure du droit de propriété, th. Paris IX, 2007

RAYNOUARD (A.)

- La dématérialisation des titres : étude sur la forme scripturale, th. Paris II, 1998

REVET (TH.)

- La force de travail (étude juridique), th. Montpellier, 1992

REYMOND DE GENTILE (M.-J.)

- Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967, th. Paris, 1973

RIFFARD (J.-F.)

- Le *« Security Interest »* ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières, th. Clermont-Ferrand, 1996

SAINT-GERMES (J.)

- De l'influence de la valeur des meubles sur le Code civil, les lois qui l'ont complété et la jurisprudence, Ed. J. Bringau, th. Alger, 1926

SALATI (O.)

- Le juge face aux sûretés réelles non judiciaires, th. Aix-Marseille, 1999

SALEILLES (R.)

- De la possession des meubles en droit romain, th. Paris, 1883
- Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand, Ed. Pichon, Paris, 1890

SAULIERE (L.)

- De la mise en possession du créancier gagiste, th. Toulouse, 1899

SCHMIDT (J.)

- L'invention protégée, 1972

SERICK (R.)

- Les sûretés réelles mobilières en droit allemand : vue d'ensemble et principes généraux, LGDJ, 1990

TERRE (F.)

- L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications, th. Paris, 1956

TOUTON (A)

- Des sûretés réelles sur les fonds de commerce (loi du 17 mars 1909), th. Bordeaux, 1912

VALANCOGNE (F)

- L'invention : sa brevetabilité, l'étendue de sa protection, th. Strasbourg, 1968

VACHEZ (J.)

- Étude historique et critique de la clause de voie parée, th. Angers, 1903

VASSEUR (V.)

- Le principe d'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite, th. Paris, 1949

VIGNERON (S.)

- Etude comparative des ventes aux enchères publiques mobilières (France et Angleterre), th. Nancy, 2006

VINCENT (P.)

- De l'opposabilité aux tiers par la voie civile de la transmission des titres nominatifs, th. Paris, 1931

WESTENDORF (H.)

- Le transfert des sûretés, th. Paris II, 2010

WINTGEN (R.)

- Étude critique de la notion d'opposabilité : les effets du contrat à l'égard des tiers en droit français et allemand, th. Paris IX, 2002

WITTMANN (L.)

- Essai d'une théorie des biens incorporels, th. Paris II, 2005

WITZ (C.)

- La fiducie en droit privé français, th. Strasbourg, 1979

WOLMARK (C.)

- La définition prétorienne, th. Paris X, 2007

ZENATI (F.)

- Essai sur la nature juridique de la propriété : contribution à la théorie du droit subjectif, th. Lyon, 1981

4.
COLLOQUES ET JOURNEES, RAPPORTS
(CLASSES PAR ORDRE CHRONOLOGIQUE)

COLLOQUES ET JOURNEES

La logique du droit
Colloque de l'Association française de la philosophie du droit, 1966

Les biens et les choses en droit
Colloque de l'Association française de la philosophie du droit, 1979

Les sûretés
Colloque à Bruxelles, 20-21 octobre 1983

Les opérations fiduciaires
Colloque de Luxembourg, 20-21 septembre 1984

La fiducie ou du trust dans les droits occidentaux francophones
Colloque à Luxembourg, 10-12 mai 1989

La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens
Colloque à Paris, 29 novembre 1990

Les projets communautaires en matière de dessins et modèles (entre autres)
Colloque IRPI/Union des Fabricants, 1994

Le trust et la fiducie : implications pratiques
Colloque à Bruxelles, 9 février 1996

L'argent et le droit
Colloque de l'Association française de la philosophie du droit, 1998

Le droit et l'immatériel
Colloque de l'Association française de la philosophie du droit, 1999

Trust et fiducie : la Convention de La Haye et la nouvelle législation luxembourgeoise
Colloque à Luxembourg, 11 décembre 2003

La propriété au service du développement économique
Colloque à Shanghai, 15-16 novembre 2004

Le trust en droit international privé : perspectives suisses et étrangères
17e Journée du droit international privé, 18 mars 2005

Gage-espèces, nantissement de compte bancaire : faut-il réformer les sûretés sur sommes d'argent ?
Colloque AEDBF-France, 23 janvier 2006

Réformer le droit !
Colloque à Montpellier, 12 mai 2006

Le droit à l'épreuve des réformes
Colloque à Perpignan, 9-10 juin 2006

Trust et fiducie : concurrents ou compléments ?
Colloque à Paris, 13-14 juin 2007

L'appréhension par le droit de l'incorporalité
Colloque à Rennes, 21 novembre 2008

La fiducie dans tous ses états
Colloque à Créteil, 14 avril 2010

RAPPORTS

Rapport sur les sûretés réelles par le Comité du droit des sûretés de l'Office de révision du Code civil, Montréal, 1975

Rapport sur la modernisation du marché des valeurs mobilières, 1980

Rapport explicatif d'A.E. Von Overbeck à la Conférence de La Haye de droit international privé, 1985

Rapport relatif à la réforme du droit des sûretés de la Commission Grimaldi, 28 mars 2005

Rapport de la Commission sur l'économie de l'immatériel, 23 mars 2006

Rapport publié par le Ministère du Budget sur la lutte et contre la fraude et l'évasion fiscale par le biais de paradis fiscaux, 2 avril 2008

Rapport d'information n° 329 de Jean Arthuis au nom de la Commission des finances, 14 mai 2008

Rapport remis au Président de la République sur l'ordonnance n° 2008-1775 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté

5.
ARTICLES ET CHRONIQUES, CONCLUSIONS, NOTES ET OBSERVATIONS DE JURISPRUDENCE

A

ACARIAS (A. A.)

- Obs. sous Crim. 20 avril 1901 : D. 1901, I, 369

ADELLE (J.-F.)

- *« L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie de droit commun ? »* : RDBF 2007, p. 48 s.
- *« L'avocat fiduciaire : quel positionnement pour quels marchés ? »* : Option finance 2010, n° 1061, p. 31

ALFANDARI (E.)

- *« Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté »* : D. 1996, p. 277

ALLEGAERT (V.)

- *« De la propriété des valeurs mobilières »* : Bull. Joly sociétés 2005, n° 3, p. 339 s.

ALT-MAES (F.)

- *« Une évolution vers l'abstraction : de nouvelles applications de la détention »* : RTD civ. 1987, p. 21

AMATO (S.)

- *« Rien qui soit : présences juridiques de l'immatériel »*, in Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1999, p. 45

ANCEL (M.)

- *« Comment aborder le droit comparé (A propos d'une nouvelle "Introduction au droit comparé") »* : *in* Etudes offertes à RENE RODIERE, Dalloz, 1981, p. 3

ANSAULT (J.-J.)

- Note sous Com. 19 décembre 2006 : RLDC 2007, p. 160

ATIAS (CH.)

- *« La valeur engagée (sur l'objet du gage) »*, *in* Le gage commercial : RJC 1994, n° spéc., p. 72
- *« Les biens en propre et au figuré, destitution du propriétaire et disqualification de la propriété »* : D. 2004, p. 1459

ARNAUD (A.-J.)

- *« Le droit français des biens entre fin et providence »*, in Les biens et les choses en droit, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1979, p. 213

AUBY (J.-B.)

- *« L'immatériel dans l'Etat »* : Droit administratif 2007, Repère 6

AUBRY (H.)

- *« Réflexions sur le chèque remis en garantie »* : D. 2000, p. 555

AUCKENTHALER (F.)

- *« Le gage de compte d'instruments financiers après l'ordonnance du 24 février 2005 »* : JCP E I 178

- *« Les nouvelles règles d'émission des obligations »*, *in* Dossier *« Bilan après la réforme du 24 juin 2004 »* : Droit et patrimoine octobre 2004, p. 90

AVENA-ROBARDET (V.)

- *« Publication du décret relatif à la publicité du gage sans dépossession »* : D. 2007, p. 70

AYNES (A.)

- *« La consécration légale des droits de rétention »* : D. 2006, p. 1301
- Note sous Com. 6 février 1997 : RDC 2008/2, p. 425
- *« Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective »* : JCP G 2009 I 119
- *« Le nantissement de créances de droit commun : quelle efficacité ? »*, *in* Dossier « Les garanties sur créances à l'épreuve des procédures collectives » : Banque & Droit déc. 2010, p. 8
- *« Le transfert de créances en fiducie : une alternative, avec quelles limites ? »*, *in* Dossier « Les garanties sur créances à l'épreuve des procédures collectives » : Banque & Droit déc. 2010, p. 17

AYNES (L.)

- *« L'évolution des garanties financières »* : LPA 26 mai 2005, n° 104, p. 8 s.
- *« Sûretés : une réforme plutôt réussie »* : Droit et patrimoine 2006, p. 10
- Note sous Ch. mixte, 2 décembre 2005 : D. 2006, p. 726
- *« La cession de créances à titre de garantie : quel avenir ? »* : D. 2007, p. 961
- *« Le nouveau droit du gage »*, *in* Dossier « Sûretés mobilières : du nouveau » : Droit et patrimoine juill.-août 2007, p. 48
- *« Le nantissement de créance, entre gage et fiducie »* : Droit et patrimoine 2007, p. 66
- *« Fiducie : analyse et applications pratiques de la loi »* : RLDC 2008, supplém. au n° 46, p. 5
- *« La fiducie préservée des audaces du législateur »* : D. 2009, p. 2559

AYNES (L.), CROCQ (P.), ET LEFORT (CH.)

- Obs. sous Civ. 1ère, 9 juillet 2009 : Droit et patrimoine 2009, n° 187, p. 96

B

BAC (A.)

- *« La prohibition du pacte commissoire n'a pas de sens pour le gage-espèces »* : JCP E 1996, n° 22, p. 202
- Obs. sous Com. 9 avril 1996 : JCP E 1996, n° 22, p. 202
- *« La position de la Fédération bancaire française »*, in Dossier Rapport Grimaldi : pour une réforme globale du droit des sûretés : Droit et patrimoine 2005, p. 98

BACHELOT (Y.)

- *« Un cas exemplaire : le dépérissement du nantissement de marchés »* : Banque 1981, p. 1405

BARRERE (J.)

- *« La propriété et le travail de l'entreprise agricole »* : Ann. Fac. De Toulouse, t. XIII, fasc. 2, 1965, p. 212

BARRIERE (F.)

- Note sous Com. 13 novembre 2001 : JCP E 2002, p. 666

- *« Il n'y a pas de concours entre le déposant d'une somme d'argent à titre de séquestre et les autres créanciers du dépositaire soumis à une procédure collective »* : JCP E 2002, p. 666
- *« La fiducie. Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 (1ère partie) »* : Bull. Joly sociétés 2007, p. 440
- *Entretien* : Revue de droit des affaires de l'Université Panthéon-Assas 2007, n° 4, p. 29

BATIFOL (H.)

- *« Problèmes contemporains de la notion de biens »*, in Les biens et les choses en droit, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1979, p. 9

BAZINAS (S.)

- *« La contribution de la CNUDCI à l'unification du droit de financement par cession de créances : la convention sur la cession de créances dans le commerce international »* : RDBF 2003, p. 70

BELLIVIER (F.)

- « *Brinz et la réception de sa théorie du patrimoine en France »*, in La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918 : Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, sous la direction d'O. Beaud et de P. Wachsmann, Presses Universitaires de Strasbourg, n° 1, 1997, p. 165

BELOT (F.)

- *« Pour une meilleure protection des valeurs économiques »* : LPA 6 déc. 2006, p. 6

BENABOU (V.-L.)

- *« Pourquoi une œuvre de l'esprit est immatérielle ? »* : RLDI 2005, n° 1, p. 53

BERGEL (J.-L.)

- *« Différence de nature égale différence de régime »* : RTD civ. 1984, p. 255

BERTRAN DE BALANDA (J.), ET SOENSEN (A.)

- *« La fiducie : un enfer pavé de bonnes intentions »* : RLDC juin 2007, p. 53

BEUZELIN (V.)

- *« Cession de loyer à titre de garantie ou nantissement de créance, que faire ? »* : Droit et patrimoine 2007, p. 74

BILLIAU (M.)

- *« L'aliénation des instruments financiers inscrits dans un compte nanti »* : Droit et patrimoine, 2000, p. 100
- *« Réflexions sur le gage »* : JCP G 1996 I 3397

BINCTIN (N.)

- *« Le cumul d'appropriation : du parfum au logiciel »* : CCE 2006, Etude 36

BITAN (H.)

- *« Le monopole des titulaires de droit d'une base de données »* : Gaz. Pal., 24 avril 2008, n° 115, p. 12
- *« La saisie-contrefaçon de logiciels et bases de données à l'aune de la loi du 29 octobre 2007 relative à la lutte contre la contrefaçon »* : CCE mars 2008, étude 7

BLAISE (J.-B.)

- *« Les rapports entre le fonds de commerce et l'immeuble dans lequel il est exploité »* : RTD com. 1966, p. 827

BLANLUET (G.)

- *« Le transfert de propriété des actions », in* Dossier *« Bilan après la réforme du 24 juin 2004 »* : Droit et patrimoine octobre 2004, p. 81
- *« La cession d'actions nanties »* : D. 1999, chron., p. 109

BLANLUET (G.), ET LE GALL (J.-P.)

- *« La fiducie, une œuvre inachevée »* : Droit des sociétés 2007, p. 7 s.

BLAUROCK (U.), ET WITZ (C.)

- *« Les opérations fiduciaires en droit allemand »,* in Les opérations fiduciaires, Colloque du Luxembourg des 20-21 sept. 1984, Feduci, LGDJ, 1985, p. 231

BLOCH (P.)

- *« Vers un renforcement de la cession de créances à titre de garantie ? »* : *in* Professeur, avocat, juge au service du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Daniel Tricot, Litec, Dalloz, 2011, p. 3 s.

BOCCARA

- Note sous Com. 10 février 1960 : JCP 1960 II 11643

BONET (G.)

- *« La protection par le droit des dessins et modèles des éléments participant à l'esthétique extérieure des véhicules automobiles, en application des dispositions de l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 réformant le Code de la propriété intellectuelle »* : Propriétés intellectuelles janv. 2003, p. 4 s.

BONNEAU (T.)

- *« La diversification des valeurs mobilières : ses implications en droit des sociétés »* : RTD com. 1988, p. 535
- *« L'application de la réforme dans le temps »*, *in* Dossier *« Bilan après la réforme du 24 juin 2004 »* : Droit et patrimoine octobre 2004, p. 100

BORGA (N.)

- *« Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008 »* : RDBF 2009, n° 3, p. 9
- *« L'attrait d'une cession fiduciaire requalifiée »* : D. 2010, p. 2201

BOUERE (J.-P.), ET DE VAUPLANE (H.)

- *« Réflexions sur les conséquences apportées par la dématérialisation sur la portée de l'inscription en compte et la nature juridique de la relation entre le teneur de comptes et son client »* : Bull. Joly sociétés 1997, p. 617

BOULOC (B.)

- Obs. sous Com. 20 mai 1997 : RTD com. 1998, p. 193
- Obs. sous Com. 25 juillet 2005 : RTD com. 2006, p. 473

BOURGEOIS (M.)

- *« La protection juridique de l'information confidentielle économique : Etude de droits québécois et français »* : RIDC, 1, 1988

BOY (L.)

- *« Les « utilités » du contrat »* : LPA 10 sept. 1997, p. 3

BREBAN (Y.)

- *« Le nantissement du droit d'exploitation du logiciel »* : Expertises 1996, doctrine p. 271

BREDIN (J. D.)

- *« L'évolution du trust dans la jurisprudence française »* : Travaux du comité français sur le droit international privé, 1972-1974, p. 137

BREMOND (G.), ET SCHOLASTIQUE (E.)

- *« Réflexions sur la composition des comités de créanciers dans les procédures de sauvegarde et de redressement judiciaire »* : JCP E 2006, n° 10, p. 466

BRETAGNE-JAEGER (D.)

- *« Voies d'exécution et propriété intellectuelle »* : LPA 10 juillet 2003, p. 6

BRIERLEY (J.)

- *« Regards sur le droit des biens dans le nouveau Code civil du Québec »* : RIDC 1995, p. 46

BROS (S.)

- *« Le gage-espèces »*, *in* Dossier « Sûretés mobilières : du nouveau » : Droit et patrimoine, juill.-août 2007, p. 77

BRUGUIERE (J.-M.)

- *« L'immatériel à la trappe ? »* : D. 2006, p. 2804
- *« Introduction »*, *in* Les biens culturels : Legicom 2006/2, p. 3

BRUN (T.), ET TESTON (B.)

- *« Le registre national des fiducies »*, à propos du décret n° 2010-219 du 2 mars 2010, *in* Actualité de la fiducie, Jeantet et Associés : AARPI, n° 2, mars 2010, disponible sur www.jeantet.fr/espacepresse

BUREAU (D.)

- *« L'art législatif sur le vif, A propos du nantissement de compte d'instruments financiers »* : D. 1997, chronique p. 73
- *« La distinction du gage-espèces et du nantissement du solde d'un compte ou le retour à la fiducie-sûreté sans texte ! »* : RTD civ. 2007, p. 373

BURKERT (H.)

- *« Nouveaux objets ou nouveau droit. Une tentative de synthèse »*, *in* Nouvelles technologies et propriété, Ed. Thémis, 1991, p. 209

C

CABANNES

- Conclusions sous Ass. Plén. 7 mars 1986 : D. 1986, p. 405

CABOTTE (J.-CH.)

- *« Les garanties de financement de l'entreprise : aspects internationaux »* : LPA 26 mai 2005, p. 13

CABRILLAC (M.)

- Note sous CA Amiens, 11 juin 1965 : D. 1965, p. 355
- *« Monétique et droit du paiement »* : *in* Aspects du droit privé en fin du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Michel de JUGLART, Montchrestien, 1986, p. 83
- *« Les ambigüités de l'égalité entre les créanciers »* : Mélanges BRETON-DERRIDA, Dalloz, 1991, p. 31
- Note sous Com. 3 juin 1997 : RTD com. 1997, p. 663
- *« Les sûretés réelles entre vins nouveaux et vieilles outres »* : *in* Le droit privé français à la fin du XXe siècle, Etudes offertes à P. CATALA, Litec, 2001, p. 709
- Obs. sous Com. 21 octobre 2001 : RTD com. 2002, p. 141
- *« Réformer le droit civil »*, *in* Réformer le droit ! : Colloque du 12 mai 2006, à Montpellier, sous la direction d'Olivier SAUTEL, Litec 2007, p. 15

CABRILLAC (M.), ET PETEL (PH.)

- *« Juin 1994 : le printemps des sûretés réelles ? »* : D. 1994, chron., p. 234
- Obs. sous Com. 15 novembre 2005 : JCP E 2006, n° 14, p. 674

CABRILLAC (R.)

- Obs. sous Trib. correct. Nanterre, 20 novembre 1998 : RTD com. 1999, p. 168
- Obs. sous CA Versailles, 10 juin 1999 : RTD com. 1999, p. 937

CABRILLAC (R.), ET SEUBE (J.-B.)

- *« Pitié pour le Code civil ! (à propos de l'ordonnance n° 2002-1476 du 19 déc. 2002) »* : D. 2003, doctr., p. 1058

CALIEU (Y.)

- *« De la fongibilité des immeubles »* : LPA 17 octobre 2001, p. 5

CANIVET (G.)

- *« Notre Code civil est bien vivant »*, *in* Bicentenaire du Code civil : LPA 9 mars 2004, p. 3

CANTIN CUMYN (M.)

- *« La fiducie au Québec, un modèle imitable ? »*, *in* Trust & fiducie : concurrents ou compléments, Actes du colloque tenu à Paris, les 13-14 juin 2007, Ed. Academy & Finance S, Genève, 2008, p. 85

CAPPELAERE (J.-J.)

- *« L'extension aux personnes physiques de l'utilisation de la fiducie »* : Banque 2009, n° 717, p. 88

CARON (CH.)

- *« Les virtualités dangereuses du droit de propriété »* (à propos de l'arrêt rendu par la Civ. 1ère, le 10 mars 1999) : Defrén. 1999, article 37028
- Obs. sous Civ. 1ère, 5 février 2002 : CCE 2002, comm. n° 3, p. 20
- Note sous Com. 19 nov. 2003 : JCP G 2004, I, 113
- *« Dialogues informels sur la propriété intellectuelle »* : Mélanges Jestaz, Dalloz 2006, p. 87
- *« Les idées toujours orphelines de protection »* : CCE 2006, comm. 18
- *« Droit d'auteur : l'idée de réaliser un "livre numérique" n'est pas protégeable »* : CCE 2006, comm. 62
- *« La propriété intellectuelle au panthéon des droits fondamentaux européens »*, note sous CEDH, gr. ch., 11 janvier 2007, n° 73049/01, Anheuser-Busch. c/ Portugal :CCE 2007, étude 67, p. 22
- *« 2007 : année de l'immatériel ? »* : CCE 2007, Repère 1

CARRIE (S.)

- *« Le livre numérique : un "OCNI" (Objet culturel non identifié) »* : CCE 2005, Etude 36

CATALA (P.)

- *« La transformation du patrimoine dans le droit civil français »* : RTD civ. 1966, p. 13
- *« La matière et l'énergie »*, *in* L'avenir du droit : Mélanges en hommage de F. TERRE, Dalloz PUF, Ed. du Jurisclasseur, 1999, p. 557
- *« L'immatériel et la propriété »*, *in* Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1999, p. 61
- *« Au-delà du bicentenaire »* : RDC 2004, p. 1145
- *« Actualité du Code civil »* : *in* Droit et actualité, Mélanges en l'honneur de Jacques BEGUIN, Editions Litec, 2005, p. 61
- *« L'évolution contemporaine du droit des biens. Exposé de synthèse »*, *in* L'évolution contemporaine du droit des biens, 3e journées René Savatier, Poitiers les 4 et 5 octobre 1990, PUF, Tome 19, 1991, p. 181

CATALA-FRANJOU (N.)

- *« La nature juridique du droit de rétention »* : RTD civ. 1967, p. 9

CAUSSE (H.)

- *« Valeurs mobilières : un concept positif »* : LPA 21 octobre 1994, n° 126
- *« Cession de valeurs mobilières et dématérialisation »*, note sous Com., 23 nov. 1993 : LPA 3 mai 1996, p. 9

CAYLA (O.)

- *« La qualification. Ouverture : la qualification ou la vérité du droit »* : Droits, Revue française de théorie juridique, PUF 1993, p. 3

CERLES (A.)

- Obs. sous Com. 21 octobre 2001 : RDBF 2000, p. 75, n° 56

CHAPPUIS (B.)

- *« Trusts et fiducie en Suisse »*, Entretien : D. 2007, p. 1648

CHASSERY (H.)

- *« Le nantissement des parts sociales »* : RTD com. 1977, p. 435

CHATELAIN (J.)

- *« L'objet d'art, objet de droits »* : *in* Etudes Jacques FLOUR, Ed. Defrén. 1979, p. 63

CHAZAL (J.-P.)

- *« L'usufruit d'un fonds de commerce »* : Defrén. 2001, p. 167

CHEVRIER (E.)

- Obs. sous Com. 5 novembre 2002 : D. 2003, AJ, p. 70

CHVIKA (E.)

- *« Du Security Interest sur les marchés de gré à gré soumis au droit français »* : Bull. Joly bourse, 2003, p. 16

CLAM (J.)

- *« Choses, échange, média »*, *in* Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1999, p. 97

CLAXON (J.-B.)

- *« Language of the Law of the trust »*[793]: Revue du Barreau, vol. 62, n° 2, 2002, p. 273, disponible sur Internet

COHEN (A.)

- Note sous Com. 6 décembre 1982 : JCP G 1984 II 21158
- Note sous Trib. Civ. Charleville, 29 août 1951 : JCP 1952 II 7037

COHEN (D.)

- *« La validité du « coup d'accordéon »* : D. 2003, p. 410

COHEN-BRANCHE (M.)

- Rapport relatif à l'arrêt Com. 19 déc. 2006 sur la cession de créance : JCP G 2007 II 10067

CORNU (G.)

- *« Les définitions dans la loi »* : Mélanges dédiés à Jean Vincent, Dalloz, 1981, p. 77

COURET (A.)

- *« Loi n° 85-1321 du 14 décembre 1985 modifiant diverses dispositions du droit des valeurs mobilières, des titres de créances négociables, des sociétés et des opérations de bourse »* : Bull. Joly sociétés 1986, p. 145

COURTOT (L.), ET MARMOZ (F.)

- Note sous Com. 13 mai 2000 : JCP E 2001, p. 521

---

[793] Langage du droit de la fiducie

- *« La revendication est exclue lorsque l'intermédiaire a encaissé des fonds destinés à autrui »*, JCP E 2001, p. 521

CREDOT (F.-J.), ET GERARD (Y.)

- Obs. sous Com. 9 avril 1996 : RDBB 1996, p. 117
- Obs. sous Com. 6 juin 2001 : RDBF 2001, p. 223

CREDOT (F.-J.), ET SAMIN (TH.)

- Obs. sous Com. 19 décembre 2006 : RDBF 2007, p. 13

CROZE (H.)

- *« Le nantissement du droit d'exploitation des logiciels. Décret n° 96-103 du 2 février 1996 »* : JCP G 1996 act. n° 13

CROCQ (P.)

- *« Le principe de spécialité des sûretés réelles : chronique d'un déclin annoncé »*, *in* Dossier « Sûretés et garanties. Acte I » : Droit et patrimoine 2001, p. 58
- *« La réserve de propriété »*, *in* Dossier Rapport « Grimaldi » : pour une réforme globale du droit des sûretés : Droit et patrimoine 2005, p. 75
- *« Le projet de loi sur la sauvegarde des entreprises et le respect des concepts du droit des sûretés »* : Droit et patrimoine 2005, p. 43
- *« Réforme des procédures collectives et sort des créanciers munis de sûretés »* : Droit et patrimoine 2006, p. 90
- *« L'actualité législative postérieure à la réforme du droit des sûretés »* : RLDC février 2007, supplément, p. 35
- *« Le cœur du dispositif fiduciaire »*, *in* dossier « Fiducie : intérêts et enjeux du nouveau dispositif » : RLDC juill.-août 2007, p. 61
- Obs. sous Com. 19 décembre 2006 : RTD civ. 2007, p. 160
- Note sous Com. 6 février 2007 : RTD civ. 2007, p. 373

CUNIBERTI (G.)

- *« Le gage-espèces (de l'accession en matière monétaire) »* : LPA 5 novembre 1999, p. 4

D

DAIGRE (J.-J.)

- *« Nantissement de parts sociales d'un coassocié »* : Bull. Joly sociétés 1999, p. 285 (note sous Civ. 3ème, 7 oct. 1998)

DAIGRE (J.-J.), ET **ROUSSILLE (M.)**

- *« L'ordonnance du 24 février 2005 sur les garanties financières »* : Droit et patrimoine 2005, p. 24

DAMMANN (R.), ET PODEUR (G.)

- *« Cession de créances à titre de garantie : la révolution n'a pas eu lieu »* (note sous Com. 19 déc. 2006) : D. 2007, p. 319
- *« Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession »* : D. 2008, p. 2300
- *« Les enjeux de la réforme des comités de créancier »* : JCP E 2009, p. 2094

DANOS (F.)

- *« Cession de créance à titre de garantie : rejet prétorien d'une généralisation à raison d'une validation législative limitée »* : LPA 2007, n° 143, p. 22

DE BECHILLON (D.)

- *« L'imaginaire d'un code »* : Droits, La codification, Ed. PUF, 1998, p. 173

DE BROGLIE (G.)

- *« La langue du Code civil »* : Bicentenaire du Code civil, Séance solennelle du lundi 15 mars 2004 à l'Académie des sciences morales et politiques

DE LAMY (B.)

- *« Abus de confiance et bien incorporel : dématérialisation ou défiguration du délit ? »*, note sous Crim. 14 novembre 2000 : D. 2001, p. 1423
- *« Abus de confiance et biens immatériels : extension du domaine des possibles »*, note sous Crim. 22 sept. 2004 et Crim. 20 oct. 2004 : D. 2005, p. 411

DELAVAL (D.)

- *« Le contrat de nantissement du droit d'exploitation des logiciels »* : Gaz. Pal. 21-22 oct. 1994, p. 3

DELEBECQUE (PH.)

- Note sous CA Paros, 4 mai 1993 : Bull. Joly 1993, p. 861
- Obs. sous Com. 25 juillet 2005 : JCP 2005 I 185

DELFOSSE (A.), ET PENIGUEL (J.-F.)

- *« Premières vues sur la fiducie (loi n° 2007-211 du 19 février 2007) »* : Defrén. 2007, p. 581

DELPECH (X.)

- *« Les chèques-cadeaux ne sont pas des chèques »*, obs. sous Com. 6 juin 2001 : D. Aff. 2001, p. 2124
- *« Nantissement d'assurances-vie : libre administration de ses avoirs par le titulaire du contrat »* : D. 2005, p. 2142
- Obs. sous Com. 25 juillet 2005 : D. 2005, p. 2142
- Obs. sous Com. 25 juillet 2005 : JCP 2005 IV 3100
- *« Restitution des créances cédées à titre de garantie inscrites en compte courant »*, note sous Com. 4 juill. 2006 : D. 2006, p. 2028
- *« Pas de consécration générale de la cession de créance à titre de garantie »* (note sous Com. 19 déc. 2006) : D. 2007, p. 76
- Obs. sous Civ. 1ère, 9 juillet 2009 : D. 2009, p. 2032

DEL REY-BOUCHENTOUF (M.-J.)

- *« Les biens naturels. Un nouveau droit objectif : le droit des biens spéciaux »* : D. 2004, p. 1615

DEPRET (B.)

- *« De nouvelles contraintes pour les banques, un sort amélioré pour les cautions. Quelques brèves remarques sur certaines dispositions de la loi Madelin du 11 février 1994 »* : LPA 10 juin 1994, (…)

DERRIDA (F.)

- *« La dématérialisation du droit de rétention »* : Mélanges Voirin, LGDJ, 1966, p. 177
- Note sous Com. 12 février 1979 : D. 1979, p. 354
- Note sous Com. 19 avril. 1985 : D. 1986, somm., p. 9
- Obs. sous Com. 20 mai 1997 : D. 1999, somm., p. 5

DERRUPPE (J.)

- Obs. sous Civ. 3e, 18 mai 1978 : RTD com. 1978, p. 559
- Obs. sous CA Paris, 27 septembre 1996 : RTD com. 1997, p. 629

DESACHE (J.-M.)

- *« Le coup d'accordéon et le sort du créancier bénéficiant d'un nantissement sur actions »* : Bull. Joly sociétés 1995, p. 377

D'ESPAGNAT (B.)

- *« Le matérialisme en question »* : Le Monde, 17 avril 2006

DESURVIRE (D.)

- *« L'atomisation de la propriété »* : LPA 29 juillet 1994, p.

DOIREAU (S.)

- *« La promesse de porte-fort élevé au rang de sûreté »* : RLDC 2006, p. 10

DÖLEMEYER (B.)

- *« Le Code civil en Allemagne, en Europe et dans le monde »* : Séance du lundi 10 mars 2003 à l'Académie des sciences morales et politiques

DROSS (W.)

- *« Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil »* : RTD civ. 2006, p. 27

DUCHEMIN (W.)

- *« Intérêts et limites du nouveau système de protection des dessins et modèles en Europe »* : Propriétés intellectuelles oct. 2002, p. 26 s.

DUGUE (CH.)

- *« Réhabilitons la cession de créances de droit commun »* : RDBF 2004, p. 163

DUFOUR (A.)

- *« Notion et division des choses en droit germanique »*, *in* Les biens et les choses en droit, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1979, p. 95

DUMONT-FERRAND (M.-P.)

- *« Résiliation du bail : la nécessaire information des créanciers inscrits »* : AJDI 2007, p. 540

DUPICHOT (PH.)

- Obs. Com. 15 novembre 2005 : Droit et patrimoine 2006, n° 145, p. 125
- *« Septembre 2008-janvier 2009 : une ordonnance peut en cacher une autre… »* : Droit et patrimoine 2009, n° 180, p. 122

DUPICHOT (PH.), ET AYNES (L.)

- Note sous Com. 6 février 2007 : Droit et patrimoine 2008, n° 166, p. 93

DWARKA (A.), ET MICHEL (F.)

- *« Trust et (in)transmissibilité du patrimoine : de la fascination à la psychose »* : Gaz. Pal. 7-11 mai 2000, p. 19

E

ECONOMOU (S.)

- *« La proposition de directive européenne sur les contrats de garanties financières »* : Bull. Joly Bourse et Produits Financiers 2002, n° 1, p. 1

EDELMAN (B.)

- Note sous Ass. Plén. 7 mars 1986 : D. 1986, p. 405

EISEMANN (CH.)

- *« Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique »*, La logique du droit, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1966

EKELAND (I.)

- *« La valeur de l'argent »*, *in* L'argent et le droit, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1998, p. 25

ELLAND-GOLDSMITH (M.)

- *« Sûretés de droit anglais et financement de projets »* : RDBF 2004, p. 157
- *« Les sûretés sur sommes d'argent : le droit anglais »* : RDBF 2006, p. 46

EL SHAKANKIRI (M.)

- *« Les choses en droit musulman »*, *in* Les biens et les choses en droit, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1979, p. 67

EMERICH (Y.)

- *« La nature juridique des sûretés réelles en droit civil et en common law : une question de tradition juridique »* : Revue juridique Thémis 2010, p. 95 s.

EPINGARD (P.)

- *« L'investissement immatériel dans la nouvelle économie. La nouvelle économie : du mythe aux réalités »* : allocution prononcée lors d'une conférence organisée à l'UTL-Essonne, le 30 mai 2002

F

FASQUELLE (D.)

- *« Le nantissement des valeurs mobilières »* : RTD com. 1948, p. 1

FAUVARQUE-COSSON (B.)

- *« Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales »* : D. 2007, p. 95

FAUVET (M.-A.)

- *« Le régime des valeurs mobilières composées »*, *in* Dossier *« Bilan après la réforme du 24 juin 2004 »* : Droit et patrimoine octobre 2004, p. 97

FERREIRA (G.)

- *« La situation du tiers convenu dans le gage »* : Defrén. 2004, p. 205

FERRY (J.-M.)

- *« Une approche philosophique de la rationalité juridique »* : Droits 1993, p. 89

FLOUR (J.)

- *« La mise en gage des polices d'assurane sur la vie »* : RGAT 1932. 721

FIORINA (D.)

- *« Les pouvoirs et les obligations de l'usufruitier d'un portefeuille de valeurs mobilières »*, note sous Civ. 1ère, 12 nov. 1998 : D. 1999, p. 633

FRANÇOIS (J.)

- Note sous Com. 3 juin 1997 : D. 1998, p. 61

FRANÇON (A.)

- Obs. sous Ass. Plén. 7 mars 1986 : RTD com. 1986, p. 399

FREMEAUX (E.)

- *« Le regard du notaire sur le projet de réforme des sûretés »*, *in* Dossier Rapport « Grimaldi » : pour une réforme globale du droit des sûretés : Droit et patrimoine 2005, p. 49

FREMEAUX (E.), ET DAUBLON (G.)

- *« La réforme du droit des sûretés »* : Defrén. 2006, p. 1085

FRISON-ROCHE (M.-A.)

- *« L'immatériel à travers la virtualité »*, *in* Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1999, p. 139

FROMION-HEBRARD (B.)

- *« Plaidoyer pour une nouvelle approche juridique du patrimoine »* : LPA 19 mai 2000, p. 30

FUMENIER (P.), MILLER (J.-H.), ET DORIN (S.)

- *« Le régime fiscal de la fiducie »* : D. 2007, p. 1364

G

GAILLARD (E.)

- *« Les enseignements de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance »*, *in* La fiducie ou du trust dans les droits occidentaux francophone, IIIe colloque de Luxembourg, 10-12 mai 1989 : RJP 1990, p. 304

GAUTIER (P.-Y.)

- Note sous CA Paris, 1er mars 1996 : RIDA 1996, n° 10, p. 261
- Obs. sous Civ. 1ère, 2 décembre 1997 : RTD civ. 1998, p. 396
- Rapport de synthèse : *in* Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit, t. 43, Ed. Sirey, 1999, p. 233

GAVANON (I.)

- *« Le nantissement de logiciels et la loi du 10 mai 1994 : quelques commentaires sur une sûreté version bêta »* : Droit de l'informatique et des télécoms 1995/2, p. 21

GERMAIN (M.)

- *« Les actions de préférence : le nouveau régime de création et de suppression »*, *in* Dossier *« Bilan après la réforme du 24 juin 2004 »* : Droit et patrimoine octobre 2004, p. 82
- *« Sociologie de la dématérialisation »*, *in* L'argent et le droit, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1998, p. 15

GHESTIN (J.)

- *« Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété »* : D. 1981, chron. p. 1

GINESTET (C.)

- *« La qualification des sûretés »* : Defrén. 1999, p. 203

GIOVANOLI (M.)

- *« Les opérations fiduciaires dans la pratique bancaire suisse »*, *in* La fiducie et ses applications dans plusieurs pays européens, Colloque du 29 novembre 1990 : Bull. Joly 1991, n° 4 bis, p. 35

GIULJ (S.)

- *« Les quotas d'émission de gaz à effet de serre : la problématique de la nature juridique des quotas et des implications en matière comptable et fiscale »* : Bull. Joly Bourse 2004, p. 22

GIVORD (F.)

- Obs. sous CA Montpellier, 19 janvier 1962 : D. 1963, p. 172

GLAUDET (PH.), ET MONTAZEAUD (J.-M.)

- *« L'avenir d'une Révolution »*, *in* Code civil, les défis d'un nouveau siècle, 100e Congrès des Notaires de Paris, Paris les 16-19 mai 2004, p. 142

GONCALVES (J.R.)

- *« A desmaterializaçao da moeda (nota sobre o passado e o futuro do dinheiro) »*[794], *in* Estudos juridicos e economicos em homenagem ao Prof. Doutor Antonio de Sousa Franco, vol. II, Faculdade de direito da Faculdade de Lisboa, 2006, p. 733 s.

GOUT (O.)

- Note sous Civ. 1ère, 9 juillet 2009 : RLDC 2009, n° 66, p. 24

GOUTAY (PH.)

- *« La dématérialisation des valeurs mobilières »*, Bull. Joly sociétés, 1999, p. 415
- *« La notion d'instrument financier »* : Droit et patrimoine 2000, p. 68
- *« Titres au porteur et incorporation : réfutation d'une théorie »* : Bull. Joly sociétés 2001, p. 475
- *« Le transfert de propriété des instruments financiers : de l'aboutissement d'une réforme décennale »* : RDBF 2005, p. 47

GOURIO (A.)

- *« Le projet de réforme des sûretés à l'épreuve d'une approche internationale »*, *in* Dossier Rapport « Grimaldi » : pour une réforme globale du droit des sûretés : Droit et patrimoine 2005, p. 95

GOYARD-FABRE (S.)

- *« La chose juridique dans l'idéalisme moderne »*, *in* Les biens et les choses en droit, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1979, p. 151

GOUT (O.)

- *« Le droit des sûretés réelles mobilières après l'ordonnance du 23 mars 2006 »* : LPA 18 mai 2006, p. 99

GREGOIRE (S.)

- Note sous Civ. 1ère, 5 février 2002 : JCP E 2002, p. 1473

GRZEGORCZYK (CH.)

- *« Le concept de bien juridique : l'impossible définition ? »*, *in* Les biens et les choses en droit, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1979, p. 259

GRIMALDI (M.)

- *« La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de la loi qui la consacre »* : Defrén. 1991, p. 897
- *« Problèmes actuels des sûretés réelles. »* Rapport français présenté aux journées portugaises de l'Association Henri Capitant, 20-23 mai 1996, *in* Les garanties de financement : LPA 26 juin 1996, p. 7
- *« L'Acte uniforme portant organisation des sûretés »* : LPA 13 octobre 1994, p. 30
- *« Projet de réforme du droit des sûretés »* : RDC 2005, p. 782
- *« Orientations générales de la réforme »*, *in* Dossier Rapport « Grimaldi » : pour une réforme globale des sûretés : Droit et patrimoine 2005, p. 49
- *« Le patrimoine au XXIe siècle »* : *in* Rapport de synthèse présenté au 96e Congrès des notaires de France : Defrénois 2000, n° 13/14, p. 801
- *« Dans le cas d'un nantissement sur contrat d'assurance-vie, l'aléa peut être pour le… créancier »* (note sous Com. 12 juillet 2005) : RDC 2006, p. 464

---

[794] Traduction : « La dématérialisation de la monnaie (note sur le passé et le futur de l'argent) »

- Note sous Ch. mixte, 2 décembre 2005 : RDC 2006, p. 456
- *« Théorie du patrimoine »* : RLDC 2010, n° 77, p. 73

GRIMALDI (M.), ET DAMMAN (R.)

- *« La fiducie sur ordonnances »* : D. 2009, p. 670

GRIMALDI (M.), ET DUPICHOT (J.)

- *« Durée et sûretés »* : RDC 2004, p. 95

GROUTEL (H.)

- Obs. sous Civ. 1ère, 4 avril 2001 : D. 2001, somm. 3323

GUEDJ (J.-D.)

- *« Des obligations du bailleur ou du risque de méconnaître le droit d'information du créancier nanti sur le fonds de commerce exploité par le preneur »* : LPA 30 nov. 2007, p. 8

GUENEE (L.)

- Note sous Civ. 2 décembre 1903 : D. 1905, 1, 9
- Note sous Civ. 25 janvier 1904 : DP 1904, 1, 601

GUILLOT (J.-L.)

- Obs. sous Com. 19 décembre 2006 : Banque 2007, n° 689, p. 75
- Obs. sous CA Reims, 5 avril 2006 : Banque & droit 2007, n° 115, p. 50

GUTMANN (D.)

- *« Du matériel et de l'immatériel dans le droit des biens »*, *in* Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1999, p. 65

GUYENOT (J.)

- *« La constitution et la réalisation du gage des valeurs mobilières »* : RTD com. 1961, p. 269

H

HAGE-CHAHINE (F.)

- *« Essai d'une nouvelle classification des droits privés »* : RTD civ. 1982, p. 705

HEBERT (S.)

- *« Le pacte commissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 »* : D. 2007, p. 2052

HENRIOT (J.)

- *« De l'obligation comme chose »*, *in* Les biens et les choses en droit, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1979, p.

HEPP (F.)

- *« Le droit d'auteur, propriété incorporelle ? »* : RIDA 1958, n° 19, p. 161

HEYBRAUD (P.)

- *« Observations sur la notion du temps dans le droit civil »* : *in* Etudes offertes à P. Kayser, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1979, t. II, p. 54

HILAIRE (J.)

- *« Histoire et droit des affaires, entre utopie et réalisme »* : *in* Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain SAYAG, Litec, 1997, p. 61

HIRIGOYEN (G.)

- *« Brève histoire de l'évolution de la pensée financière scientifique »* : LPA 9 septembre 1994

HOHL (B.)

- *« Quelles applications pratiques ? »*, *in* dossier « Fiducie : intérêts et enjeux du nouveau dispositif » : RLDC juill.-août 2007, p. 68

HOLLEAUX (A.)

- *« Mort ou renaissance du droit »* : Mélanges dédiés à Dominique Holleaux, Litec, 1990, p. 191 s.

HONORAT (A.)

- Obs. sous Com. 20 mai 1997 : D. 1997, somm., p. 312

HOUIN (R.)

- *« Les travaux de la Commission de réforme du Code civil »* : RTD civ. 1951, p. 34
- *« La technique de réforme des codes français de droit privé »* : RIDC 1956, n°1, p. 9

HOURQUEBIE (F.)

- *« Le domaine public mobilier »* : RDP 2005, p. 635

HOUTCIEFF (D.)

- *« Contribution à l'étude de l'intuitu personae. Remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution »* : RTD civ. 2003, p. 3
- *« Le droit des sûretés hors le Code civil »*, *in* Le droit civil hors le Code civil : LPA 22 juin 2005, p. 8
- Note sous Com. 25 juillet 2005 : LPA 24 janvier 2006, p. 5
- *« Le droit des sûretés en questions. Pleins feux sur l'ordonnance des sûretés »*, entretien : LPA 28 avril 2006, p. 4
- Note sous Ch. mixte, 2 décembre 2005 : RDC 2006, p. 458
- Note sous Com. 19 décembre 2006 : RLDC 2007, n° 36, p. 29

HOVASSE-BANGET (S.)

- *« La fonction de garantie de l'assurance vie »* : Defrénois 1998. 81

HUET (J.)

- *« Preuve et sécurité juridique en cause dans l'immatériel »*, *in* Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1999, p. 163

J

JACOB (F.)

- *« Le nantissement de parts sociales »*, *in* Dossier « Sûretés mobilières : du nouveau » : Droit et patrimoine juill.-août 2007, p. 68

JACOMET (D.)

- *« Et… la location d'actions »* : Bull. Joly sociétés 1993, p. 640

JEANSELME (P.)

- *« Clause de réserve de propriété et logiciel »* : LPA 14 sept. 1994

JAUBERT (P.)

- *« Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité »* : RTD civ. 1945, p. 75

JAUFFRET (A.)

- Note sous CA Paris, 3 juillet 1963 : D. 1964, p. 205

JAUFFRET-SPINOSI (C.)

- *« Trust et fiducie »* : *in* Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain SAYAG, Litec, 1997, p. 329

JESTAZ (PH.)

- *« La qualification en droit civil »* : Droits 1993, p. 45

JOSSERAND (L.)

- *« Configuration du droit de propriété dans l'ordre juridique nouveau »* : Mélanges Sugiyama, Sirey, 1940, p. 95

K

KAMINA (P.)

- *« La location financière et le crédit-bail de logiciels »* : CCE 2007, étude 18
- *« De l'indépendance des propriétés corporelles et intellectuelles »*, à propos de l'arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 1997 (Godard c/ Houdelinckx) : RRJ 1998/3.881

KAMMAN (T.), ET LHENRY (C.)

- *« Les garanties sur comptes bancaires (Security Interest in a Deposit Account) »* : RDBF 2006, p. 48

KRIEGH (J.-F.)

- *« Le bicentenaire du Code civil, « Péristyle de la législation française »* : Gaz. Pal. 3 janvier 2004, p. 2

KUNH (C.),

- *« Le droit commun du gage »* : LPA 27 mars 2008, n° 63, p. 37
- *« Une fiducie française »* : Droit et patrimoine 2007, p. 32

L

LAGARDE (P.)

- *« Raisons et limites de la spécificité du crédit aux particuliers »*, Dossier « Droit commun et crédit aux particuliers » : RDBF 2004, p. 214

LASSALAS (C.)

- *La nature de la convention de tenue de compte »*, sous Crim. 30 mai 1996 : LPA 18 nov. 1996, p. 7

LARDEUX (G.)

- *« Le nantissement du fonds de commerce ne peut être reporté sur l'indemnité due au preneur en cas de résiliation du bail commercial »*, note sous Civ. 3ème, 6 avril 2005 : RDC 2005, p. 1083

LARRIBAU-TERNEYRE (V.)

- *« La pluralité des régimes de gage »* : RLDA 2007, n° 14, p. 73 s.

LARROUMET (C.)

- Note sous Com. 17 mai 1994 : D. 1995, p. 124
- Note sous Com. 9 avril 1996 : D. 1996, p. 399
- Note sous Com. 7 décembre 2004 : D. 2005, p. 230
- Note sous Com. 19 décembre 2006 : D. 2007, p. 344
- *« La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques »* : D. 2007, p. 1350

LAUDE (A.)

- *« La fongibilité »* : RTD com. 1995, p. 307

LEANDRI (F.)

- *« Bien intellectuel, bien « sensible », bien inerte : variation juridique autour de l'activité humaine »* : RLDC 2006, p. 63

LE BARS (B.)

- *« Les recommandations d'investissement : vers un régime uniforme »* : RDBF 2006, p. 51

LEBLOND (N.)

- *« Le nantissement d'assurance vie réformé en catimini »* : RCA 2008, n° 3, p. 7

LE CANNU (P.)

- *« Le nantissement conventionnel des actions »* : Bull. Joly sociétés 1993, p. 1091
- *« Saisie des valeurs mobilières : vers des techniques autonomes ? »* : Bull. Joly sociétés 1992, p. 779
- *« Saisie-vente des valeurs mobilières : les règles nouvelles »* : Bull. Joly sociétés 1992, p. 1169
- *« L'ambigüité d'un concept négatif : les valeurs mobilières »* : Bull. Joly sociétés 1993, p. 395
- *« Adjudication et vente forcée des valeurs mobilières »* : Bull. Joly sociétés 1993, p. 1218
- *« Société civile de placement immobilier »*, note sous CA 13 avril 1995 : Bull. Joly bourse 1995, p. 402

LECLERQ (P.)

- *« Le commerce électronique des produits immatériels »* : CCE 2000, p. 9

LECOMTE (C.)

- *« De la difficulté de codifier »* : LPA 13 nov. 2003, p. 4

LE CORRE (P. M.)

- *« La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives »* : JCP E 2009, n° 8-9, p. 30

LE DOLLEY (E.)

- *« Doit-on valoriser l'incorporel ? Pour une application aux bons de créateur d'entreprise »* : Droit et patrimoine 2002, p. 24

LEDUC (G.)

- *« Introduction biographique sur la vie et les travaux d'Auguste Walras »* : www.uqac.ca

LEGEAIS (D.)

- Obs. sous Com. 7 décembre 2004 : RTD com. 2005, p. 155
- Obs. sous Com. 25 juillet 2005 : RDBF 2005, p. 23
- Note sous CA Reims, 5 avril 2006 : RDBF 2006, p. 21
- Note sous Com. 19 décembre 2006 : JCP E 2007 I 1131
- *« L'avenir du gage-espèces »* : RLDC juin 2007, p. 25
- *« Le nantissement de créances »*, *in* Dossier « Sûretés mobilières : du nouveau » : Droit et patrimoine juill.-août 2007, p. 54
- *« Le gage-espèces après la réforme des sûretés »* : Droit et patrimoine 2007, p. 70
- Note sous Com. 6 février 2007 : RLDC 2007, p. 25
- Note sous Com. 6 février 2007 : RDBF 2007, n° 3, p. 19
- *« La cession de créances à titre de garantie, hors les cas prévus par la loi, est constitutive d'un simple nantissement de créances »*, note sous Com. 19 déc. 2006 : JCP G 2007 II 10067
- *« Droit de rétention du créancier gagiste »* : RDBF 2008, n° 5, p. 38

LEGUEVAQUES (CH.)

- *« L'égalité des créanciers dans les procédures collectives : flux et reflux »* : Gaz. Pal. 6 août 2002, p. 2

LE NABASQUE (H.)

- *« Cession de parts sociales »*, note sous Com. 22 oct. 2002 : Bull. Joly sociétés, 1er janvier 2003, p. 50

LE NABASQUE (H.), GAILLARD (J.-M.), ET BAFFREAU (M.)

- *« L'assiette du nantissement de compte d'instruments financiers »* : RDBB 1998, p. 81

LE PAPE (J.)

- *« La philosophie de la réforme »*, *in* Dossier *« Bilan après la réforme du 24 juin 2004 »* : Droit et patrimoine octobre 2004, p. 80 s.

LEPAULLE (P.)

- *« De la validité des trusts en France »* : Revue de droit international privé 1927, p. 309
- *« Les éléments essentiels du trust »* : Bull. de la société de législation comparée, 1930, p. 3 s.

LEPELTIER (D.)

- *« Promesse de cession d'actions et inscription en compte »* : Bull. Joly sociétés 1989, p. 231
- *« La vente des titres nominatifs inscrits d'office en compte lors de la dématérialisation »* : Bull. Joly sociétés 1992, p. 617

LE TOURNEAU (PH.)

- *« Folles idées sur les idées »* : CCE 2001, p. 8

LEVY (M.), ET JOUYET (J.-P.)

- *« L'immatériel et la croissance de demain »* : Le Figaro, 9 décembre 2006

LIBCHABER (R.)

- *« Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? »* : Defrén. 1997, art. 36464, p. 65
- *« L'argent, entre matière et mémoire »*, *in* L'argent et le droit, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1997, p. 115
- *« Le dépôt d'instruments financiers »* : Droit et patrimoine 2000, p. 89
- Note sous Com. 4 février 2003 : Defrén. 2003, art. 37810, p. 1163
- *« La recodification du droit des biens »* : *in* Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire, Dalloz-Litec, 2004, p. 332
- *« Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1ère partie)* : Defrénois 2007, n° 9, p. 1101 s.
- *« Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (2e partie)* : Defrénois 2007, n° 17, p. 1194

LIENHARD (A.)

- *« Le créancier de sommes d'argent ne peut pas agir en revendication »*, note sous Com. 10 mai 2000 : D. 2000, AJ, p. 277
- Obs. sous Com. 13 mai 2000 : D. 2000, AJ, p. 277
- Obs. sous Com. 21 octobre 2001 : D. 2001, AJ, p. 3430
- Obs. sous Com. 13 novembre 2001 : D. 2002, AJ, p. 328
- *« La Cour de cassation prend parti sur la portée de la revendication de choses fongibles »*, note sous Com. 5 mars 2002 : D. 2002, p. 1139
- *« Pas de revendication pour les sommes d'argent »* : D. 2003, AJ p. 1230

- Obs. sous Com. 4 février 2003 : D. 2003, AJ, p. 1230
- Obs. sous Com. 7 décembre 2004 : D. 2005, act., p. 77

LISANTI (C.)

- *« Quelques remarques à propos des sûretés sur meubles incorporels dans l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 »* : D. 2006, p. 2671

LOISEAU (G.)

- *« Pour un droit des choses »* : D. 2006, p. 3015
- *« L'article 2279 du Code civil ne s'applique pas à une licence de débit de boissons »* : JCP G 2006 II 10143

LUCAS (A.)

- Note sous Ass. Plén. 7 mars 1986 : RIDA juil. 1986, p. 136

LUCAS (A.), ET LUCAS (F.-X.)

- Note sous Com. 19 novembre 2003 : D. 2004, p. 801

LUCAS (F.-X.)

- *« Retour sur la notion de valeurs mobilières »* : Bull. Joly sociétés 2000, p. 765
- *« Impossibilité de revendiquer une somme d'argent »* : RDBF 2000, p. 235
- Note sous Com. 13 mai 2000 : RDBF 2000, p. 235
- *« La fiducie au pays de l'or noir »* : Bull. Joly sociétés 2009, p. 825

LUCAS (F.-X.), ET LE CORRE (M.)

- *« Redressement et liquidation judiciaire »* : D. 2005, p. 2011

LUCET (F.)

- *« L'illusion mathématique »* : D. 1995, p. 231
- *« Les garanties sur contrat d'assurance vie »* : Defrénois 1999. 705

M

MACKAAY (E.)

- « La propriété est-elle en voie d'extinction ? » : *in* Nouvelles technologies et propriété, Ed. Thémis, 1991, p. 217

MAINGUY (D.)

- *« Arrêt des poursuites individuelles : conditions de la revendication d'une chose fongible (somme d'argent) »* : D. 2000, somm. p. 70

MAIROT (A.)

- *« La réserve de propriété analysée en une obligation réelle »* : Defrénois 2007, p. 399

MALAURIE (PH.)

- *« Le bicentenaire du Code civil »* : A l'occasion du cinquantenaire du Centre juridique franco-allemand de l'Université de Sarre, Defrén. 2005, p. 85

MARINI (P.)

- *« Enfin la fiducie à la Française ! »* : D. 2007, p. 1347
- *« Bilan et perspectives d'évolution »*, *in* dossier « Fiducie : intérêts et enjeux du nouveau dispositif » : RLDC juill.-août 2007, p. 71

MARLY (P.-G.)

- *« La fongibilité des produits pharmaceutiques : étude et inquiétude »*, note sous Com. 15 mars 2005 : D. 2005, p. 1718
- *« Fiducie-sûreté sur titre vs nantissement de compte-titres »* : RTDF 2009, p. 72

MARRAUD DES GROTTES (G.)

- *« Nantissement d'un contrat d'assurance vie : quels droits pour le créancier gagiste ? »* : RLDC 2005/21, n° 872
- Obs. Com. 15 novembre 2005 : RLDC 2006, n° 24, p. 29

MARTIN (D. R.)

- Note sous Civ. 1ère, 23 juin 1993 : D. 1994, p. 24
- *« De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux) »* : D. 1996, p. 47
- *« Du gage d'actifs scripturaux »*, D. 1996, p. 263
- *« De la fongibilité comme source de confusion »*, note sous Com. 25 mars 1997 : D. 1997, p. 481
- *« De la revendication de sommes d'argent »* : D. 2002, p. 3279
- *« Du corporel »*, D. 2004, p. 2285
- *« De la (fausse) monnaie électronique »* : RDBF 2005, p. 79
- *« De la garantie financière (regard critique sur une offre de loi) »* : RDBF 2006, p. 43
- *« La propriété, de haut en bas »* : D. 2007, chron., p. 1977

MARTIN (J.-F)

- *« Les privilèges généraux. Classement et conditions d'exercice en cas de faillite ou de liquidation judiciaire »* : Gaz. Pal. 1954, 2, doctr. 13

MARTIN (L. M.)

- *« Sûretés traquées : crédit détraqué »* : Banque 1975, p. 1133

MARTIN-SERF (A.)

- *« L'interprétation extensive des sûretés réelles en droit commercial »* : RTD civ. 1967, p. 35, n° 19
- Obs. sous Com. 20 mai 1997 : RTD com. 1998, p. 205
- Note sous Com. 3 juin 1997 : RTD com. 1997, p. 686
- Note sous Com. 4 février 2003 : RTD com. 2003, p. 572

MARTY (R.)

- *« Délégation de débiteur à titre de garantie et reprise de dette »* : LPA 30 nov. 2006, p. 5

MATHIEU (M.-E.)

- *« Le nantissement de créances notifié : une sûreté devenue absolue ? »*, obs. sous Com. 26 mai 2010 : RDBF 2010, n° 5, p. 19

MATSOPOULOU (H.)

- *« Réflexions sur la faillite personnelle et l'interdiction de gérer »* : D. 2007, p. 103

MAYAUX (L.)

- *« Assurance vie : les audaces tranquilles du législateur (loi n° 2007-1775 du 17 décembre 2007) »* : JCP 2008 I 106

MELELO-BRIAND (D.)

- *« Les multiples utilités économiques des biens : approche de la propriété simultanée »* : *in* Le droit de l'entreprise dans ses relations externes à la fin du XXe siècle, Mélanges en l'honneur de Claude Champaud, Dalloz, 1997, p. 467

MENDOZA-CAMINADE (A.)

- *« La notion de fonds de commerce à l'épreuve de l'Internet : faut-il admettre le fonds de commerce électronique ? »* : *in* Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Dalloz 2008, p. 763

MESTRE (J.)

- *« Le gage des choses futures »* : D. 1982, chron. 141

MIALO (C.)

- *« L'utilisation du droit comparé par le Conseil d'Etat, un changement dans la fabrique du droit »* : AJDA 2010, p. 1462 s.

MICHAELIDES-NOUAROS (G.)

- *« L'évolution récente de la notion de droit subjectif »* : RTD civ. 1966, p. 216

MINOR (P.), ET COATALEM (C.)

- *« De la souplesse du gage de compte d'instruments financiers »* : RDBF 2004, p. 469

MONASSIER (B.), ET MICHEL (F.)

- *« Les sûretés ne sont plus sûres »*, *in* Dossier « Sûretés et garanties, Acte I » : Droit et patrimoine 2001, p. 52

MONNERIE (C.)

- *« Mise en perspective du nantissement cinématographique : tentative d'identification entre théorie et pratique »* : CCE 2006, p. 7

MONTELS (B.)

- *« Un an de droit audiovisuel »* : CCE 2006, n° 5, p. 5

MOUSSERON (J.-M.)

- *« Valeurs, biens, droits »* : Mélanges BRETON-DERRIDA, Dalloz, 1991, p. 277
- *« L'évolution de la propriété industrielle »* : *in* L'évolution contemporaine du droit des biens, 3e journées René Savatier, Poitiers, les 4 et 5 octobre 1990, PUF, tome 19, 1991, p. 157

MOUSSERON (J.-M.), TEYSSIE (B.), ET VIVANT (M.)

- Note sous Ass. Plén. 7 mars 2006 : JCP 1986 II 20631

MOREAU (J.), ET TERRE (F.)

- *« La simplification du droit »* : Mélanges en honneur à Jacques BEGUIN, Litec, 2005, p. 533

MOREAU (B.)

- *« La cession de créance à titre de garantie »* : RDBF 2005, p. 79

MOTULSKY (H.)

- *« De l'impossibilité juridique de constituer un trust anglo-saxon sous l'empire de la loi française »* : RDIP 1948, p. 451 s.

MOZAS (P.)

- Note sous CA Versailles, 10 juin 1999 : RJC 2000, p. 9

MUYL (C.)

- *« Le nantissement de logiciel »* : Option finance 1996, n° 395

N

NEUMAYER (K. H.)

- *« Les droits sans sujet »* : RIDC 1960, p. 342

NIBOYET (J.-P.)

- *« La question d'un nouveau Code civil en France »* : Tulane Law Review 1955, XXIX, n° 2, p. 254

NICHOLAS (B.)

- *« Le langage des biens dans la Common Law »*, *in* Les biens et les choses en droit, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1979, p. 55

NIZARD (F.)

- *« Sécurité financière et transferts de titres en droit anglais et en droit new-yorkais »* : LPA 21 oct. 2003, p. 7

O

OPPETIT (B.)

- *« L'endettement et le droit »* : Mélanges BRETON-DERRIDA, Dalloz, 1991, p. 29
- *« Développement économique et développement juridique »* : *in* Droit et vie des affaires, Etudes à la mémoire d'Alain SAYAG, Litec, 1997, p. 71
- *« L'ambivalence de l'argent »*, *in* L'argent et le droit, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1998, p. 19

P

PARAIN-VIAL (J.)

- *« La catégorie de l'avoir chez Gabriel Marcel et la notion de bien juridique »*, *in* Les biens et les choses en droit, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1979

PARENT (M.-F.)

- *« La création des mécanismes de sûretés par le législateur fédéral dans la loi sur la faillite et l'insolvabilité »* : www.justice.gc.ca/fr/index.html

PASCAL

- Note sous TGI Paris, 5 juin 1991 : RIDA 1992, n° 1, p. 33à

PATARIN (J.)

- *« Le nantissement sur les films cinématographiques »* : *in* Le gage commercial (sous la direction de J. Hamel), Dalloz, 1953, p. 346

PAYETTE (L.)

- *« La création de l'hypothèque mobilière sous le nouveau Code civil du Québec »* : RGD 1992, p. 373 s.

PELLIER (J.-D.)

- *« Regard sur la fiducie-sûreté »* : LPA 21 mars 2007, p. 6

PERINET-MARQUET (H.)

- *« Évolution de la distinction des meubles et des immeubles depuis le Code civil »* : *in* Droit et actualité, Mélanges en l'honneur de Jacques BEGUIN, Litec, 2005, p. 643

PEROCHON (F.)

- *« Le « bénéfice » sélectif de la procédure collective »* : Mélanges MOULY, Litec, 1998, p. 401
- *« La vente d'actions avec réserve de propriété »* : Bull. Joly sociétés 1991, p. 977
- *« La revendication des biens fongibles par le vendeur »* : LPA 14 sept. 1994
- *« La revendication favorisée (loi n° 94-475 du 10 juin 1994) »* : D. 1994, chron. p. 251

- *« Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles »* : D. 2009, p. 651

PEROT-REBOUL (C.)

- *« L'exécution forcée des instruments financiers »* : D. 2000, p. 353

PEYROT (A.)

- *« La fiducie en droit suisse »* : RLDA 2010, n° 47, p. 94

PHAM (K.), ET DAVY (S.)

- *« Les sûretés cinématographiques, un mécanisme inoxydable »* : Gaz. Pal. 10 mai 2005, p. 26

PIATTI (M.-C.)

- *« Commerce électronique et propriété intellectuelle. L'impact des technologies de l'information sur l'évolution des principes juridiques »* : RTD com. 2006, n° 1, p. 26

PIETTE (G.)

- *« Le nantissement de meubles incorporels »* : RLDA 2007, n° 14, p. 90 s.

PIEDELIEVRE (A.)

- *« Le matériel et l'immatériel. Essai d'une approche de la notion de bien »* : Mélanges De JUGLART, p. 55

PIEDELIEVRE (S.)

- *« Sûretés réelles. Publicité foncière »* : D. 1996, somm., p. 204
- Obs. sous Com. 9 avril 1996 : D. 1996, somm., p. 385
- Obs. sous Civ. 1ère, 18 février 1997 : D. 1997, somm., p. 252
- Obs. sous CA Paris 27 septembre 1996 : D. 1997, somm., p. 251
- Obs. sous Com. 20 mai 1997 : D. 1998, somm., p. 102
- Obs. sous Com. 3 juin 1997 : D. 1998, somm., p. 104
- *« Un portefeuille de valeurs mobilières constitue une universalité »* : JCP G 1999 II 10027
- *« La mise en œuvre des sûretés réelles dans les procédures collectives »* : LPA 24 septembre 2000, p. 12
- *« Unité et gestion d'un portefeuille de valeurs mobilières »* : Droit et patrimoine, 2000, p. 96
- *« La publicité foncière hors le Code civil »* : *in* Le droit civil hors le Code civil, LPA 29 juin 2005, p. 4
- *« Premier aperçu sur la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance du 23 mars 2006 »* : Defrén. 2006, p. 791
- *« Le nouvel article 2286, 4°, du Code civil »* : D. 2008, p. 2950 s.
- Note sous Civ. 1ère, 9 juillet 2009 : D. 2009, p. 2198

PISANI (CH.)

- *« L'acte dématérialisé »* : *in* Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1999, p. 153

PLANTEY (A.)

- *« L'esprit du Code »* : Bicentenaire du Code civil, séance du lundi 15 mars 2004 à l'Académie des sciences morales et politiques

PRAICHEUX (S.)

- *« La transposition en droit français de la directive européenne sur les contrats de garantie financière (commentaire de l'ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005) »* : RDBF mai-juin 2005, p. 56

PRIEUR (J.), ET BIENVENU-PERROT (A.)

- *« Le transfert de propriété dans les cessions d'instruments financiers »* : Droit et patrimoine 2000, p. 79

PRIGENT (S.)

- *« La cession de créance de droit commun à titre de garantie »*, note sous Com. 19 déc. 2006 : LPA 27 février 2007, p. 20

PROVANSAL (A.)

- *« Le regard de l'avocat sur le projet de réforme des sûretés »*, *in* Dossier Rapport « Grimaldi » : pour une réforme globale du droit des sûretés : Droit et patrimoine 2005, p. 80

PRÜM (A.)

- *« L'arrivée annoncée de la fiducie »* : RDBF 2007, p. 1
- *« Une fiducie pour les banques ? »* : RDBF 2004, p. 3

PRUSSEN (Y.)

- *« Le régime des titres et instruments fongibles »* : disponible sur l'internet

PUTMAN (E.)

- *« Sur l'origine de la règle : « meubles n'ont point de suite par hypothèque » »* : RTD civ. 1994, p. 543
- Obs. sous CA Versailles, 10 juin 1999 : D. Aff. 1999, p. 1248

R

RAMPELBERG (R.-M.)

- *« Perennité et évolution des res corporales après le droit romain »* : *in* Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1999, p. 35

RAVACH (E.)

- Note sous Com. 13 mai 2000 : LPA 2000, n° 258, p. 14

RAYNARD (J.)

- *« Propriétés incorporelles : un pluriel bien singulier »* : Mélanges Burst, Litec 1997, p. 527

RAYNAUD (P.)

- *« Les dettes de valeur en droit français »*, Mélanges à Jean Brethe de la Gressaye, Ed. Bière, 1966

RAYNOUARD (A.)

- *« Les gages de titres et les nantissements de créance après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés »* : RJC 2006, n° 3, p. 196
- *« Les caractères généraux des biens incorporels »* : extrait du Colloque sur « La propriété au service du développement économique », Chine, Shanghai, 15 et 16 novembre 2004

REMERY (J.-P.)

- Rapport sous Com. 20 mai 1997 : RJC 1997, p. 308

REMY (PH.)

- *« Réviser le titre III du livre 3ème du Code civil ? »* : RDC 2004, p. 1169

REVET (T.)

- *« Le Code civil et le régime des biens : question pour un bicentenaire »* : Droit et patrimoine 2004, p. 20
- *« Le droit civil hors le Code civil »*, Présentation : LPA 8 juin 2005, p. 3

- Note sous Com. 19 septembre 2007 : RTD civ. 2008, p. 322
- *« Introduction »*, *in* Dossier « Le patrimoine professionnel d'affectation (premières analyses de l'lEIRL) » : Droit et patrimoine 2010, n° 191, p. 56

REVILLARD (M.)

- *« La Convention de La Haye du 1er juillet 1985 sur la loi applicable au trust et sa reconnaissance »* : Defrénois 1986, art. 33731, p. 689

REZEK (S.)

- *« Spécificités rédactionnelles du bordereau d'inscription d'un privlège de vendeur de fonds de commerce »* : JCP N 2009, 1255

RIGAUD (L.)

- *« A propos d'une renaissance du « jus in rem » et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux »* : RIDC 1963, III, p. 557

RIESENKAMPFF (J.)

- *« Les garanties des droits immatériels de l'auteur face aux droits matériels du propriétaire »* :
  http://www.ipr.uni-heidelberg.de/montpellier/pdf/vortraege/37riesenkampff.pdf

RIFFARD (J.-F.)

- *« Quel avenir pour les sûretés réelles mobilières ? »* : LPA 24 juill. 1996, p. 17
- *« Le Guide Législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties. Un pas décisif vers un droit des sûretés mobilières harmonisé »* : *in* Le droit à l'épreuve des réformes, sous la direction d'Yves Picod et Pierre Crocq, Actes du colloque organisé par la revue Droit et Procédures, à Perpignan, les 9-10 juin 2006, Ed. juridiques et techniques, Paris, 2006, p. 107

ROBERT (A.)

- *« La mise en gage des polices d'assurance sur la vie »* : *in* Le gage commercial (sous la direction de J. Hamel), Dalloz, 1953, p. 604 s.

ROBINE (D.)

- *« Le gage de compte d'instruments financiers »* : Droit et patrimoine 2002, p. 70
- *« La réforme du gage de compte d'instruments financiers par l'ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005 »* : Bull. Joly bourse 2005, p. 399
- *« La réforme du droit spécial des garanties financières par l'ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005 »* : Bull. Joly bourse 2005, p. 521
- *« Aperçu de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 »* : Bull. Joly sociétés 2006, p. 879

ROBINE (D.), ET MAROTTE (J.)

- *« Gage de compte d'instruments financiers »*, note sous Com. 28 mars 2006 : Bull. Joly bourse 2006, p. 328

ROBINEAU (M.)

- *« Assurance-vie et démembrement de propriété »* : RGDA 2005, p. 21

ROBLOT (R.)

- *« Les sûretés mobilières sans déplacement »* : Mélanges RIPERT, tome 2 : La propriété. Contrats et obligations. La vie économique, Ed. Pichon et Durand-Auzias, 1950, p. 362

RODOLPHE (P.)

- *« L'article 277 du Code civil : gage, caution ou contrat de garantie ? »* : Gaz. Pal. 14 nov. 2000, p. 15
  www.ipr.uni-heidelberg.de/Kontakte/montpellier/mps05/Riesenkampff05.pdf

ROMEYER-DHERBY (G.)

- *« Chose, cause et œuvre chez Aristote »*, *in* Les biens et les choses en droit, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1979, p. 127

RONSSERAY (P.)

- *« Gage sans dépossession et droit de rétention »* : Gaz. Pal. 1955, doctr., p. 17

RONTCHEVSKY (N.)

- Obs. sous Com. 25 juillet 2005 : Banque & droit 2005, n° 103, p. 64

ROSSIGNOL (J.-L.)

- *« La problématique comptable et fiscale des éléments incorporels (1ère partie) »* : LPA 16 juillet 2001, p. 4

ROUBIER (P.)

- *« Droits intellectuels ou droit de clientèle »* : RTD civ. 1935, p. 251

ROUZET (G.)

- *« Le point sur la virgule »* : *in* Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges Derruppé, Ed. GLN-Joly et Litec, 1991, p. 355

S

SAINT ALARY-HOUIN (C.)

- Note sous Com. 20 mai 1997 : RJC 1997, p. 308
- *« Rapport de synthèse, Colloque « Sûretés et procédure collective : morceaux choisis » »* : LPA 20 septembre 2000, p. 40

SAINTE-ROSE (J.)

- Conclusions sous Civ. 1ère, 5 février 2002 : Gaz. Pal. 2003, n° 1, p. 18
- Conclusions sous Ch. mixte, 2 décembre 2005 : D. 2006, p. 726

SAINTOURENS (B.)

- Obs. sous Com. 5 novembre 2002 : RTD com. 2003, p. 58

SAUJOT (C.)

- *« Faut-il atténuer le principe de l'inaliénabilité des œuvres muséales ? A propos du rapport Rigaud »* : JCP G 2008 I 137

SAVATIER (R.)

- *« Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels »* : RTD civ. 1958, p. 1
- *« Sur les biens incorporels et leur importance croissante très tôt aperçue, Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels »* : RTD civ. 1958, p. 331
- *« Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui »* : RICD 1952, p. 819

SAVAUX (E.)

- Obs. sous Com. 19 décembre 2006 : Defrén. 2007, p. 448

SAVOURET (E.-M.)

- *« Droit des biens incorporels »* : D. Aff. 1997, p. 750

SCAPEL (CH.)

- *« Le droit de rétention en droit positif »* : RTD civ. 1981, p. 539, n° 19

SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (H.-A.)

- *« Le droit et les choses (les biens) »*, *in* Les biens et les choses en droit, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1979

SCORDAMAGLIA (V.)

- *« Les propositions de règlement et de directive de la Communauté européenne »*, *in* Colloque IRPI/Union des fabricants, Les projets communautaires en matière de dessins et modèles (entre autres) : RIPIA 1994, n° 177

SENECHAL (J.-P.)

- *« L'acte notarié : une quasi-sûreté »* : Defrén. 1993, p. 1313

SERIAUX (A.)

- *« La notion juridique de patrimoine »* : RTD civ. 1994, p. 801

SEUBE (J.-B.)

- *« Le droit des biens hors le Code civil »*, *in* Le droit civil hors le Code civil : LPA 15 juin 2005, p. 4

SEVE (R.)

- *« Déterminations philosophiques d'une théorie juridique : la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau »*, *in* Les biens et les choses en droit, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1979

SEXER (Y.)

- *« Gage sur titres de comptes d'instruments financiers et procédure collective du débiteur »* : Bull. Joly sociétés 1997, p. 285
- *« L'objet du gage de compte d'instruments financiers »* : *in* Droit et actualité, Mélanges en l'honneur de Jacques BEGUIN, Litec, 2005, p. 719

SIMLER (PH.)

- « La réforme du droit des sûretés. Un livre IV nouveau du Code civil » : JCP G 2006, n° 13, p. 597
- Obs. sous Com. 15 novembre 2005 : JCP G 2006, n° 15, p. 728
- Note sous Ch. mixte, 2 décembre 2005 : JCP G 2005 II 10183

SIMLER (PH.), ET DELEBECQUE (PH.)

- Obs. sous Com. 9 avril 1996 : JCP G 1997 I 3991, n° 18

SIRINELLI (P.)

- Note sous Civ. 1ère, 5 février 2002 : Propriétés intellectuelles 2002, n° 3, p. 50

SOINNE (J.)

- *« La publicité des garanties financières de l'entreprise : gage d'efficacité ? »* : LPA 26 mai 2005, p. 19

STENGER (J.-P.)

- *« Le gage des droits de propriété intellectuelle »* : RDPI oct. 1995, n° 61, p. 12 s.

STOFFEL-MUNCK (PH.)

- *« L'après-contrat »* : RDC 2004, p. 159

STOUFFLET (J.)

- *« L'usage de la propriété à des fins de garantie »* : *in* Les sûretés, Colloque à Bruxelles, 20-21 oct. 1983, Ed. Feduci, 1984
- Note sous Ca Versailles, 10 juin 1999 : RDBF 2000, p. 111
- *« Les financements par cession de créances futures »*, *in* Dossier « Financements par cession de créances », Etudes en droit privé : RDBF 2003, p. 66
- *« Les sûretés sur sommes d'argent ? »* : RDBF 2006, p. 42

STOYANOVITCH (K.)

- *« Les biens selon Marx »* : *in* Les biens et les choses en droit, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1979

STRICKLER (Y.)

- *« Droit des biens : évitons la dispersion »* : D. 2007, p. 1149

STROWEL (A.)

- *« L'œuvre selon le droit d'auteur »* : Droits 1993, p. 79

SYNVET (H.)

- *« Le nantissement des meubles incorporels »*, *in* Dossier Rapport « Grimaldi » : pour une réforme globale du droit des sûretés : Droit et patrimoine 2005, p. 49
- *« Les insuffisances du droit positif et les réformes proposées par le groupe de travail Grimaldi »* : Rapport du colloque AEDBF-France « Gage-espèces, nantissement de compte bancaire, faut-il réformer les sûretés sur sommes d'argent » ?, 23 janv. 2006
- (sous la direction de) Dossier « Les garanties financières » : RDBF 2007, p. 81
- *« Le nantissement de compte »*, *in* Dossier « Sûretés mobilières : du nouveau » : Droit et patrimoine 2007, n° 161, p. 62 s.

SZABO (I.)

- *« La méthode de la comparaison »* : *in* Etudes offertes à RENE RODIERE, Dalloz, 1981, p. 323

T

TABATONI (P.)

- *« L'immatériel comme ressource économique. Propos introductifs »*, *in* Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1999, p. 149
- *« Droit de propriété, concurrence et innovation »*, *in* Evolution du droit de propriété et entreprise patrimoniale : Colloque de l'ASMEP, 5 juin 2003 à la Fondation Singer-Polignac

TANGER (M.)

- *« Le Bankruptcy Reform Act de 1994. La réforme du droit américain des faillites »* : LPA 15 septembre 1995, p. 14

TERRE (F.)

- *« Variations de sociologie juridique sur les biens »*, *in* Les biens et les choses en droit, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1979
- *« Destinée du Code civil »* : Bicentenaire du Code civil, séance du lundi 15 mars 2004 à l'Académie des sciences morales et politiques

THERY (PH.)

- *« La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés »* : Droit et patrimoine 2001, p. 53

THIEL (L.)

- *« L'économie luxembourgeoise – La place financière du Luxembourg »* : disponible sur Internet

TIRARD (J.-M.)

- *« Le dispositif fiscal de la loi du 19 février 2007 »*, *in* dossier « Fiducie : intérêts et enjeux du nouveau dispositif » : RLDC juill.-août 2007, p. 66

TOLEDO-WOLFSOHN (A.-M.)

- *« Financement de projet de la haute technologie »*, *in* Dossier « Le financement de projet » : RDBF 2004, p. 153

TORCK (S.)

- *« Les sûretés sur sommes d'argent après l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés et la loi sur la fiducie du 19 février 2007 »* : RDBF 2008, étude 2
- *« La date de naissance des créances en droit civil »* : LPA 9 nov. 2004, p. 25
- *« Les garanties réelles mobilières sur biens fongibles après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés »* : RDBF 2006, p. 39

TRAVERS (M.)

- *« De la validité au point de vue du droit français, des trusts créés par des étrangers sur des biens soumis à la loi française ou par des Français sur des biens situés hors de France »* : RDIP 1909, p. 521

TREPOZ (E.)

- *« La détermination du propriétaire du support d'une œuvre »* : CCE 2006, Etude 17

TRICOIRE (E.)

- *« La responsabilité du fait des choses immatérielles »* : *in* Libre droit, Mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau, Dalloz, 2008, p. 983

TRICOT (D.)

- *« 2006-2007 : de bons millésimes pour les sûretés »*, Entretiens : RLDC juill.-août 2007, p. 27

TRIPET (F.)

- *« La prohibition de la fiducie-libéralité : pourquoi une telle démesure ? »* : Gaz. Pal. 21 octobre 2006, p. 6

TRAVELY (B.)

- *« Quel Code 200 après ? »* : Defrén. 2006, p. 436

TULARD (J.)

- *« Code Cambacérès ? Code Portalis ? Code Napoléon ? »* : Bicentenaire du Code civil, séance du lundi 15 mars 2004 à l'Académie des sciences morales et politiques

V

VALENTIN (J.-M.)

- *« Avocat fiduciaire, évidemment »* : LPA 2010, n° 69, p. 12

VALLENS (J.-L.)

- *« Publicité et information en matière de sûretés »* : LPA 20 sept. 2000, p. 5
- *« La dématérialisation des décisions judiciaires : une évolution nécessaire »* : JCP G 2007 I 109

VAN GERVEN (W.)

- *« La forme juridique des investment trusts en Belgique, en France et aux Pays-Bas »* : RIDC 1960, p. 527

VEAUX-FOURNIERIE (P.)

- *« Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage commercial »*, *in* Le gage commercial : RJC 1994, n° spéc., p. 147

VELARDOCCHIO (D.)

- *« Peut-on donner un compte d'instruments financiers ? »* : Droit et patrimoine 2000, p. 86

VERBIEST (T.)

- *« Le fonds de commerce électronique : vers une reconnaissance juridique ? »* : CCE avril 2008, étude 10
- *« Jeux vidéo : synthèse d'un cadre juridique naissant »* : JCP G 2007 I 100

VIANDIER (A.)

- *« L'Europe et le droit des valeurs mobilières »* : Bull. Joly sociétés 1991, p. 575

VIGNEAU (V.)

- *« Le Code et le juge : bicentenaire d'un couple »* : Gaz. Pal. 29 mai 2004, p. 4

VIGNON (M.), ET PICHON (R.)

- *« Islamic bonds (sukuks), vers une solution française ? »* : RTDF 2009, n° 1, p. 55

VILLEY (M.)

- *« Préface historique »*, *in* Les biens et les choses en droit, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1979

VIRET (M.-P.)

- *« Le nouveau droit du gage et du nantissement du livre IV du nouveau Code civil »* : Administrer 2006, n° 392, p. 36 s.

VIVANT (M.)

- *« Pour une épure de la propriété intellectuelle »* : Mélanges Françon, Dalloz 1995, p. 415
- *« L'irrésistible ascension des propriétés intellectuelles »* : Mélanges Mouly, Litec 1998, p. 441
- *« L'immatériel, nouvelle frontière pour un nouveau millénaire »* : JCP G 2000 I 193
- *« A propos des biens informationnels »* : JCP 1984 I 3132
- *« Le contrat plongé dans l'économie numérique »* : RDC 2005, p. 533
- *« Economie et droit ou une interrogation sur les lois : le point de vue du juriste »* : LPA 19 mai 2005, p. 75
- *« L'immatériel en sûretés »* : Mélanges Cabrillac, Litec, 1999, p.405

VOIRIN (P.)

- « La composition des fortunes modernes au point de vue juridique » : RGD 1930, p. 102 s.

VUILLEMIN (K.)

- *« Libre propos sur la directive relative aux marchés financiers d'instruments financiers 2004/39/CE »* : Bull. Joly bourse 2004, p. 578

VULLIERME (J.-L.)

- *« La chose (le bien) et la métaphysique »*, *in* Les biens et les choses en droit, Archives de philosophie du droit, Sirey, 1979

W

WARNSFEL (B.)

- *« Aspects juridiques de la dématérialisation des échanges dans le commerce électronique »* : LPA 6 février 2004, p. 17

WITZ (C.)

- *« La fiducie française face aux expériences étrangères et à la Convention de La Haye relative au trust »* : D. 2007, p. 1369

Z

ZENATI (F.)

- *« Du droit de reproduire les biens »* : D. 2004, p. 962
- *« Pour une rénovation de la théorie de la propriété »* : RTD civ. 1993, p. 305
- *« L'immatériel et les choses »*, *in* Le droit et l'immatériel, Archives de philosophie du droit, Ed. Sirey, 1999, p. 79
- *« La propriété, mécanisme fondamental du droit »* : RTD civ. 2006, p. 445
- *« Le droit des biens dans l'œuvre du doyen Savatier »* : *in* L'évolution contemporaine du droit des biens, 3e journées René Savatier, Poiters, les 4 et 5 octobre 1990, PUF, Tome 19, 1991, p. 13

ZOLLINGER (A.)

- *« Possibilité de protéger la propriété intellectuelle (droit des marques) sur le fondement de la Convention EDH »*, note sous CEDH, gr. ch., 11 janvier 2007, n° 79049/01, aff. Anheuser-Busch Inc. c/ Portugal

INDEX

(LES CHIFFRES RENVOIENT AUX NUMEROS DES PARAGRAPHES)

A

Actions : 2, 9, 16, 58, 59, 276, 319, 398, 436, 439, 448, 474, 515
Action en contrefaçon : 493
Action en revendication : 13, 18, 262, 320, 423, 515
Actionnaire : 3, 276, 305, 439, 440
Argent (*V° Somme d'argent*)
Assurance-vie : 59, 72 s.
Auteur (*V° Droit d'auteur*)
Avocat : 3, 4, 67, 293, 383
- **Fiduciaire** : 447 s.

B

BERD : 200
Bien meuble incorporel : 3, 5 s., 26, 28, 132, 165, 205, 369, 525, 544, 625
Bien immatériel
Brevet (*V° Propriété industrielle*)

C

Cautionnement : 359, 364, 445
- **Réel** : 561

Cession Dailly (*V° Cession de créances professionnelles*)
Cession de créances :
- **de droit commun** : 178, 263, 264, 372 s., 385
- **professionnelles** : 379 s., 393, 454

Chèque : 17 bis, 366
- **Chèque-cadeau** : 16, 17, 17 ter s.

Chose incorporelle : 7 s., 516, 522, 525
Clause de réserve de propriété : 353
Clientèle : 3, 9, 19, 20 bis, 88, 90, 91, 92, 93, 94, 209, 488, 489
Comité de créanciers : 416
Common Law : 176, 177, 178, 227, 235, 237, 315, 319, 333
Compensation : 18, 47, 65, 362, 367, 375, 423
Consomptibilité : 18
Corpus : 3, 7, 8, 10 s., 518, 621, 622, 624
Contrat en cours : 468
Convention de La Haye : 246, 288, 315, 328 s.
Créancier :
- **Fiduciaire** : 52, 54, 348, 396, 397, 407, 437
- **Gagiste** : 515, 517, 518, 533, 538, 547, 548, 550, 551, 553, 554, 582
- **Nanti** : 28, 51, 52, 54, 69, 74, 76, 80, 112, 129, 207, 209, 211, 213, 375, 377, 505, 525

Crédit-bail : 201, 411

D

Dailly (*V° Cession de créance à titre professionnel*)
Délégation de recettes : 479, 503 s., 600
Dépôt :
- **Propriété intellectuelle** : 133, 139, 140, 141, 143, 146, 148
- **Publicité** : 68, 101
- **Somme d'argent** : 17 bis, 18, 264, 359, 606

Dessins et modèles (*V° Propriété industrielle*)
Détention : 3, 138 s., 193, 247, 422, 452, 455, 497, 519, 524 s., 537
Droit d'auteur : 3, 11, 12, 20 ter, 21, 119 s., 132, 143, 144, 146, 499, 522, 565, 568, 597
Droit de préférence : 107, 109, 128, 129, 195, 208, 209, 213, 375, 377, 471, 499, 515, 535, 538, 541, 582, 604, 607
Droit de propriété : 3, 8, 11, 12, 13 bis, 14 ter, 21, 122, 138 s., 144, 147, 166, 209, 213, 269, 281, 284, 335, 341, 346, 352, 355, 379, 388, 413, 472, 474, 478, 481, 483, 486, 493, 498, 502, 504, 522
- **Fiducie** : 417 s.

Droit de rétention : 29, 32, 62, 107, 110, 136, 286, 291, 375, 413, 477, 478, 490, 496, 497, 498, 521, 523, 524 s., 535 s., 556, 601, 602, 607
Droit moral : 14 ter, 522, 568, 597
Droit réel : 42, 188, 189, 222, 269, 302, 310, 311, 326, 339, 344, 345, 346, 420, 516, 567
Droits voisins : 3

E

Ecrit : 37, 39, 40, 68, 74, 100, 125, 134, 148, 181, 193, 207, 208, 211, 213, 321, 333, 384 s., 449, 450, 474, 530, 466, 571, 572 s.
EIRL : 337 s.
Enregistrement : 40, 143, 144, 146, 147, 181, 207, 384, 451, 459 s., 522, 528, 530, 568, 580 s.
Exclusivité : 375, 422
Exploitation : 14 ter, 20 bis s., 89, 93, 125 s., 133, 135, 141, 209, 213, 424, 482, 488, 489, 491, 492, 504, 525, 528, 543, 548, 549, 562, 565, 568, 580, 596, 601, 618, 624

F

Fiducie : 55, 165, 166, 178, 224, 225 s., 242 s., 477
Films cinématographiques : 20 ter, 132 s., 159, 223, 469, 471, 474, 479, 502, 503 s., 531, 565, 588, 600
Finance islamique : 316, 325 s., 345
Fonds de commerce : 3, 10, 12, 14 bis, 14 ter, 19 s., 33, 83 s., 125, 129, 159, 164, 209 s., 223, 468, 483, 483, 485, 487, 489, 490, 498, 499, 507, 510, 511, 513, 519, 522, 525, 556, 562, 565, 568, 585, 587, 588, 591, 596, 617, 619, 624
Fongibilité : 16, 17, 18 s., 166, 358, 360, 361, 366, 368, 375, 428, 442, 456, 457, 568, 626
Force de travail : 19 s.
Fraude : 42, 312, 317
Fruits du bien : 14 bis, 60, 209, 211, 213, 355, 422, 424, 471, 599

G

Gage : 39, 47, 48, 76, 86, 93, 106, 107, 124, 127, 129, 131, 132, 134, 136, 159, 150, 159 s., 169, 181, 187, 217, 223, 225 s., 231 s., 237, 259, 264, 301, 305, 387, 389, 390, 398, 399, 449, 457, 475 s.
- **Gage-espèces** : 49, 51, 357 s., 415

Garantie financière : 364, 404, 447, 449, 458
Génie créatif : 20 ter

H

Hypothèque : 529 s.
- **Mobilière** : 529 s.

I

Idée : 4, 11
Indivision : 384, 450
Information : 11, 106, 122, 194, 212, 261, 264, 459, 460, 464, 584, 615
Insaisissabilité : 14 bis, 14 ter, 191, 568
Instruments financiers : 13 bis, 17 ter, 27, 57 s., 159, 163, 323, 364, 404, 410, 435, 449, 624
Investment trusts : 323 s.

L

Licence :
- **Obligatoires** : 21
- **D'exploitation** : 209, 597

Logiciel : 20, 124 s., 159, 531, 565, 568, 588
Liquidation judiciaire (*V° Procédures collectives*)

M

Marque (*V° Propriété industrielle*)
Monnaie : 3, 9, 10, 12 ? 13, 13 bis, 14 bis, 16, 17, 17 bis s., 27, 51, 58, 255, 358, 360, 366
Murabaha : 326

N

Nantissement :
- D'assurances-vie : 72 s.
- De brevets : 139 s.
- De compte d'instruments financiers : 57 s.
- De créances : 36 s.
- De dessins et modèles : 145
- De films cinématographiques : 132 s.
- De fonds de commerce : 83 s.
- De logiciels : 125 s.
- De marques : 142 s.
- D'obtentions végétales : 140

- De parts sociales de sociétés civiles : 66 s.
- De propriété littéraire et artistique : 119 s.
- De solde de compte bancaire : 51 s.
- De topographies et produits semi-conducteurs : 141

Numerus clausus : 228, 352, 353

O

Obligations :
- **De conservation et d'exploitation** : 21
- **D'information** : 261
- **Fiducie** : 269, 284, 286, 301, 302, 312, 420, 466 s., 488

OHADA : 173, 203, 204 s.
Opposabilité : 32, 37, 42, 100, 106, 125, 126, 134, 181, 194, 207, 208, 209, 211, 372, 389 s., 459, 464, 534, 541, 547, 558, 572, 579, 580 s.

P

Pacte commissoire : 47, 48, 49, 81, 209, 360, 362, 367, 399, 400, 401, 602, 609, 613, 615 s.
Parts sociales : 3, 5, 14 bis, 66 s., 70, 163, 262, 436, 437, 438
Patrimoine :
- **D'affectation** : 225, 270, 301, 309, 310, 337 s., 376, 417, 441 s.
- **Fiduciaire** : 257, 262n 291, 300 s., 309, 310, 311, 312, 331, 333, 339, 340, 343, 344, 393, 406, 424, 429, 441 s., 483, 486
- **Unité du –** : 270, 271, 300, 336, 337 s.

Personnalité :
- **Auteur** : 123, 146
- **Patrimoine** : 302, 337

Plan de cession (*V° Procédures collectives*)
Possession : 14 ter, 69, 181, 184, 186, 188, 192, 193, 196, 222, 264, 317, 460, 461, 514, 515, 516, 519, 524, 525, 526, 527, 536, 543, 551, 594, 595
Prescription : 194
Procédures collectives :
- **Plan de cession** : 71, 423, 468, 484, 551 s., 607
- **Sauvegarde** : 51, 71, 394, 401, 402, 403 s., 412, 477, 484, 540 s., 551, 607
- **Redressement judiciaire** : 17 ter, 51, 351, 374, 391, 484, 550, 606, 607
- **Liquidation judiciaire** : 46, 47, 51, 62, 71, 224, 351, 359, 367, 375, 394, 401, 412, 413, 477, 499, 552, 607

Produits semi-conducteurs : 141
Propriété économique : 257, 326, 344, 426
Propriété industrielle :
- **Brevets** : 20 ter, 97, 104, 126, 129, 139 s., 148, 493, 499, 520, 522, 531, 568, 588
- **Dessins et modèles** : 20 ter, 118, 119, 145 s., 493, 522, 571, 590
- **Marques** : 20 ter, 104, 126, 142 s., 493, 522, 568, 588
- **Obtentions végétales** : 20 ter, 140, 148

Propriété intellectuelle (*V° Propriété industrielle ou Propriété littéraire et artistique*)
Propriété juridique : 257, 277, 326, 344, 426
Propriété littéraire et artistique : 12, 14 ter, 20 bis, 21 ter, 479, 493, 522
Propriété-sûreté : 228, 229, 230, 350 s., 367
Publicité : 32, 68, 69, 83, 126, 129, 130, 163, 167, 181, 194, 209, 313, 223, 259, 389 s., 436, 457, 459 s., 473, 490, 505, 529, 530, 531, 568, 581 s.

R

Redressement judiciaire (*V° Procédures collectives*)

S

Saisie : 14 s., 181, 183, 184, 301, 397, 400, 499, 553, 554, 603
- Immobilière : 609

Security Interest : 175 s. 188, 197, 198, 202, 215, 216, 230, 452, 587, 614, 618
Séquestre : 18, 77
Sicherungabtretung (*V° Treuhand*)
Sicherungsübereignung (*V° Treuhand*)
Somme d'argent : 14 bis, 18, 49, 112, 264, 358, 360, 361, 398, 500
Sukuk : 326, 342, 345, 346, 347
Surendettement : 51

T

Titrisation : 289, 304, 325, 415
Topographies : 141
Transfert (de propriété) : 233, 2360, 362, 366, 369, 377, 406, 424, 461, 479, 481, 483, 556
Travail (*V° Force de travail*)
Treuhand : 249 s., 442
- ***Sicherungabtretung*** : 258, 259
- ***Sicherungsübereignung*** : 258, 264

Trust : 244, 245, 246, 181, 284, 302, 306, 307, 309, 310, 315 s., 441, 458, 462

U

UNIDROIT : 201
Usages : 184, 448

V

Valeur : 3, 5, 9, 12, 13 bis, 14 bis, 14 ter, 17, 17 ter, 18, 20 ter, 21, 45, 47, 49, 64, 79, 106, 113, 128, 143, 158,
Valeurs mobilières : 3, 12, 14 bis, 193, 202, 206, 208, 209, 211, 273, 298, 304, 305, 322, 324, 439, 454, 511
Voies d'exécution : 396

TABLE DES MATIERES

Résumé **3**
Summary **4**
Remerciements **5**
Liste des principales abréviations **7**
Sommaire **10**

INTRODUCTION **11**

PREMIERE PARTIE - DE LEGE DATA : L'APPREHENSION DES BIENS IMMATERIELS PAR LE NANTISSEMENT **54**

TITRE 1 - L'APPARENCE TROMPEUSE D'UNE SURETE RENOVEE ET HOMOGENE PORTANT SUR LES BIENS IMMATERIELS **56**
Chapitre 1 - Le nantissement, une notion unique pour un régime pluriel **57**
Section 1 - L'autonomie conceptuelle du nantissement 57
Section 2 - La pluralité des régimes de nantissements 60
Sous-section 1 - Le nantissement des biens immatériels financiers 60
§1. Le nantissement de créances et le nantissement de soldes de compte, seuls régimes prévus par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 60
A. Le nantissement de créances 60
1) La simplification des règles de constitution 61
2) L'efficacité des modes de réalisation 63
a- L'attribution judiciaire en propriété 63
b- L'attribution conventionnelle en propriété 64
c- L'échéance de la créance garantie 65
B. Le nantissement de solde de compte bancaire 66
§2. Le nantissement spécial des autres biens immatériels financiers 67
A. Le nantissement de compte d'instruments financiers 68
B. Le nantissement de parts sociales des sociétés civiles 70
1) Les conditions de constitution du nantissement 71
2) La réalisation du nantissement 72
C. Le nantissement de polices d'assurance 73
Sous-section 2 - Le nantissement sur les biens immatériels industriels 77
§1. Le nantissement conventionnel du fonds de commerce 77
A. La constitution du nantissement du fonds de commerce 78
1) Les conditions de fond 78
a- La qualité du constituant 78
b- La nature de la créance garantie 79
c- Les conditions relatives au fonds de commerce 79
2) Les conditions de forme 83
a- Les formalités du nantissement du seul fonds de commerce 83

b- Les formalités supplémentaires en cas de nantissement de succursales... 84
c- Les formalités supplémentaires en cas de nantissement de propriétés industrielles ... 85
B. Les effets du nantissement ... 85
1) Les effets du nantissement à l'égard du débiteur commerçant ... 85
2) Les effets du nantissement à l'égard du créancier ... 86
C. L'existence et l'extinction du nantissement de fonds de commerce ... 87
1) Les événements affectant le nantissement du fonds de commerce au cours de son existence ... 87
2) L'extinction du nantissement du fonds de commerce résultant de la péremption ou de la mainlevée ... 89
§2. Le nantissement de propriétés intellectuelles ... 89
A. Le nantissement de propriétés littéraires et artistiques ... 89
1) La condition préalable au nantissement : la protection du bien par le droit d'auteur ... 90
2) Les règles relatives au nantissement des logiciels et films cinématographiques ... 91
a- Le nantissement de logiciels ... 91
b- Le nantissement de films cinématographiques ... 95
B. Le nantissement conventionnel de propriétés industrielles ... 97
1) La condition préalable au nantissement : la détention d'un droit de propriété industrielle ... 97
a- Les brevets et titres voisins ... 97
b- Les marques ... 99
c- Les dessins et modèles ... 101
Chapitre 2 - L'échec du droit du nantissement ... 106
Section 1 - La dispersion des sources législatives ... 106
Section 2 - Le laconisme des textes législatifs relatifs au régime des suretés réelles conventionnelles sur biens immatériels ... 109
Section 3 - La concurrence du nantissement avec les autres sûretés réelles ... 111

TITRE 2 - LA VOIE NECESSAIRE DE LA REFORME ... 115
Chapitre 1 - L'instrument comparatiste, un instrument précieux pour tout réformateur ... 116
Section 1 - Les modèles nord-américains de sûreté mobilière unique ... 116
§1. Le Security Interest américain de l'article 9 de l'Uniform Commercial Code ... 117
A. L'esprit général du *Security Interest* américain : l'approche fonctionnelle du droit des sûretés ... 118
B. Le régime du *Security Interest* ... 118
1) Les règles de constitution du Security Interest ... 118
2) Les effets du *Security Interest* ... 120
§2. L'hypothèque mobilière québécoise ... 122
A. L'esprit de l'hypothèque mobilière québécoise : l'approche notionnelle du droit des sûretés ... 124
B. Le régime de l'hypothèque mobilière ... 124
1) Les règles de constitution de l'hypothèque mobilière québécoise ... 124
2) Les effets de l'hypothèque mobilière ... 126
§3. Le rayonnement international des sûretés uniques nord-américaines ... 127

A. La loi type sur les sûretés élaborée par la BERD 128
B. La Convention relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipements mobiles de l'Unidroit 128
C. Le Guide législatif de la CNUDCI 129
Section 2 - L'acte uniforme OHADA portant organisation des sûretés 130
A. Le nantissement de créances 132
B. Le nantissement des droits d'associés et valeurs mobilières 133
C. Le nantissement de fonds de commerce 133
D. Le nantissement de compte bancaire 134
E. Le nantissement de compte de titres financiers 135
F. Le nantissement de droits de propriété intellectuelle 136
Chapitre 2 - Les solutions retenues pour la rénovation du droit des suretés réelles conventionnelles sur biens immatériels 138
Section 1 - L'impossibilité de consacrer en droit français une sûreté réelle conventionnelle unique 138
§1. La tradition française de la multiplicité des sûretés réelles conventionnelles mobilières 139
§2. L'impossibilité en droit français de faire de l'hypothèque mobilière une sûreté globale 140
Section 2 - Le choix opéré de supprimer le nantissement en faveur du gage et de la fiducie 144
§1. La méthode suivie : l'introduction d'une approche fonctionnaliste au sein du droit des sûretés français 145
A. Une approche fonctionnaliste réussie avec l'introduction de la fiducie-sûreté en droit français par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 145
B. Une approche fonctionnaliste à mettre en place pour le gage 146
§2. Les critères déterminants du choix de la sûreté 146
A. La volonté des parties 146
B. La sécurité du créancier 147

SECONDE PARTIE - DE LEGE FERENDA : L'APPREHENSION DES BIENS IMMATERIELS PAR LA FIDUCIE ET PAR LE GAGE 150

TITRE 1 - L'APPREHENSION DES BIENS IMMATERIELS FINANCIERS PAR LA FIDUCIE 153
Chapitre 1 - Les critères de choix 154
Section 1 - Le développement international de la fiducie et du trust dans le domaine bancaire 154
§1. La diversité des fiducies consacrées dans les pays de tradition civiliste 155
A. Les modèles de fiducies inspirés de la fiducie romaine 155
1) La fiducie allemande, la *Treuhand* 156
a- Le régime prétorien de la *Treuhand* 156
b- Les applications de la *Treuhand* dans le domaine bancaire 160
2) La fiducie suisse 161
a- La construction essentiellement (mais pas exclusivement) jurisprudentielle du régime de la fiducie helvétique 161
b- Les applications de la fiducie suisse dans le domaine bancaire 165
3) La fiducie luxembourgeoise 166
a- Le régime 166

b- Les applications de la fiducie luxembourgeoise dans le domaine bancaire 169
4) La fiducie libanaise 170
a- Le régime 170
b- Les applications de la fiducie libanaise dans le domaine bancaire 172
B. L'originalité du modèle de fiducie consacré au Québec 173
§2. Le *trust* anglo-américain et son retentissement dans les pays de tradition civiliste 177
A. Le modèle originel : le *trust* anglo-américain 177
1) Le régime du *trust* 177
2) Les applications du *trust* dans le domaine bancaire 179
a- Les *investment trusts* 179
b- La finance islamique 180
B. L'introduction du *trust* dans des pays de tradition civiliste 182
1) Le *trust* issu de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 relative au *trust* et à sa reconnaissance 182
2) La ratification de la Convention de La Haye du 1er juillet 1985 par certains pays de tradition civiliste 184
C. La reconnaissance du *trust* en France 186
1) La reconnaissance jurisprudentielle du *trust* en France 186
2) L'impossible reconnaissance législative du *trust* en France 187
a- Le principe de l'unité du patrimoine, un obstacle inopérant depuis la consécration législative du patrimoine d'affectation par la loi sur la fiducie et celle sur l'EIRL 188
b- Le caractère exhaustif de la liste des droits réels énumérés par l'article 543 du Code civil, un obstacle dirimant 191
Section 2 - Les fiducies du droit français portant sur les biens immatériels financiers 194
§1. La propriété-sureté : des virtualités redoutées aux virtualités recherchées 195
A. Les réticences relatives à la propriété-sûreté 195
B. L'existence de fiducies innommées en matière de biens immatériels financiers créées par la pratique 198
1) Le "gage-espèces" 199
a- Le développement problématique du "gage-espèces" en dehors de tout cadre législatif 199
b- Le "gage-espèces" à l'épreuve des réformes 205
2) La cession de créance à titre de garantie 209
a- La cession de créance de droit commun à titre de garantie systématiquement requalifiée en nantissement de créances 209
b- La cession de créances professionnelles 213
§2. La consécration légale de la reine des sûretés réelles conventionnelles 214
A. La concurrence exercée par les autres sûretés réelles conventionnelles sur biens immatériels financiers 215
1) La concurrence quant aux conditions de constitution 215
a- Le champ d'application rationae personae 215
b- L'écrit 216
c- L'opposabilité et la publicité 217
2) La concurrence quant aux effets provoqués par l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur avant l'échéance de la créance 218

B. La supériorité absolue de la fiducie-sûreté relativement aux conditions de réalisation de la sûreté réelle 220
1) La réalisation de la fiducie hors procédure collective du débiteur 220
a- La libre disposition du bien ou du droit cédé reconnue au créancier fiduciaire 220
b- La liberté de choix quant aux modalités de réalisation de la fiducie-sûreté reconnue au créancier non fiduciaire 221
2) La réalisation de la fiducie dans le cadre d'une procédure collective..... 222
a- La réalisation de la fiducie-sûreté dans le cadre d'une procédure de sauvegarde ou de redressement 223
b- La réalisation de la fiducie-sûreté dans le cadre d'une liquidation 225
Chapitre 2 - La proposition : la rénovation du régime de fiducie-sûreté adapte aux biens immatériels financiers..... 229
Section 1 - La précision des caractéristiques de la fiducie a la française..... 231
Section 2 - L'allégement des conditions de constitution de la fiducie-sûreté sur biens immatériels financiers 235
§1. La simplification des règles relatives aux conditions de fond..... 235
A. La détermination des créances pouvant être garanties 236
B. La réservation de la fiducie-sûreté sur biens "mobiliers" aux biens immatériels financiers 237
C. La fictivité du patrimoine d'affectation en présence de biens immatériels financiers 240
D. La limitation rationae personae du fiduciaire..... 240
1) Les créanciers professionnels 240
2) L'exclusion souhaitable des avocats de l'opération fiduciaire conclue à titre de garantie..... 241
§2. La révision des conditions de forme 243
A. L'assouplissement de l'exigence d'un écrit à titre de validité 244
B. L'enregistrement et la publicité de la fiducie-sûreté sur biens immatériels financiers 247
Section 3 - L'adaptation des effets de la fiducie-sûreté appliquée aux biens immatériels financiers avant l'échéance de la garantie..... 251
§1. L'aménagement des droits et obligations du fiduciaire..... 251
§2. La faculté de remboursement anticipé en faveur du fiduciaire 252

TITRE 2 - L'APPREHENSION DES BIENS IMMATERIELS INDUSTRIELS PAR LE GAGE..... 255
Chapitre 1 - Les critères de choix 256
Section 1 - La fiducie : un régime attractif mais inadapté 256
§1. Le principe d'une incompatibilité entre le régime de la fiducie et la nature des biens immatériels industriels..... 258
A. L'inadaptation des règles de constitution de la fiducie aux biens immatériels industriels 258
B. L'inadaptation des effets de la fiducie aux biens immatériels industriels..... 259
1) Le lien entre les biens immatériels industriels et l'activité professionnelle du débiteur..... 260
2) L'exercice des droits attachés au droit de propriété des biens immatériels industriels par le débiteur-propriétaire 262

C. L'inadaptation du mode principal de réalisation de la fiducie aux biens immatériels industriels : la conservation en pleine propriété 262
§2. L'exception : le cas particulier de la délégation de recettes de films cinématographiques, assimilable à une cession fiduciaire 266
Section 2 - Les nouvelles caractéristiques du gage et leur adaptation a l'affectation en garantie des biens immatériels industriels 267
§1. La controverse doctrinale quant à la qualification de gage retenue par le législateur antérieurement a l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 267
A. Le rejet par la doctrine de la qualification de gage 268
1) Les arguments tirés de la *summa divisio* des biens 268
2) Les arguments tirés du caractère réel du contrat de gage 269
3) Les arguments tirés de la nature juridique du droit de rétention 275
B. La requalification doctrinale des gages sans dépossession sur biens immatériels industriels en hypothèques 280
§2. Le régime du gage issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 favorable a l'extension du régime du gage aux biens immatériels industriels 282
A. Le caractère solennel du contrat de gage adapté à la nécessaire conservation des biens immatériels industriels par le débiteur 282
B. La consécration légale d'un droit de rétention sur les gages sans dépossession (article 2286, 4°, du Code civil) 283
1) Le traitement du droit de rétention en cas de procédure de sauvegarde 284
2) Le traitement du droit de rétention en cas de plan de cession 288
3) Le traitement du droit de rétention en cas de procédure de liquidation 289
C. Le large choix des modes de réalisation offert au créancier gagiste 290
Chapitre 2 - La proposition : l'élaboration d'un régime uniforme du gage sur bien immatériels industriels 292
Section 1 - Les règles de constitution 292
§1. La convention de gage sur biens immatériels industriels 292
A. Le champ d'application du gage sur biens immatériels industriels 292
1) Les parties au contrat de gage sur biens immatériels industriels 293
2) L'assiette du contrat de gage 294
a- Le bien ou la valeur donnée en gage 294
b- L'inopportunité en pratique d'affecter en garantie des biens immatériels futurs 295
3) La créance garantie par le contrat de gage sur biens immatériels industriels 297
B. Le maintien de l'écrit 298
§2. L'opposabilité ou l'enregistrement 299
A. *De lege data* : le franchissement d'une première étape grâce à la création d'un registre par le décret n° 2006-1804 du 23 décembre 2006 pris pour l'application de l'article 2338 du Code civil et relatif à la publicité du gage sans dépossession 300
B. De *lege ferenda* : la nécessité de centraliser les inscriptions et d'uniformiser les délais d'inscription 301
1) La centralisation des inscriptions des gages sur biens immatériels industriels 302
2) La nécessité d'uniformiser les délais d'inscription 302
a- Les délais enfermant la prise d'inscription 303
b- Les délais de péremption de l'inscription 303

Section 2 - Les effets du gage sur biens immatériels industriels 305
§1. Les effets du gage avant l'exigibilité de la créance garantie 305
A. L'obligation de conservation du bien par le constituant 305
B. Le renforcement des droits du créancier droit 307
§2. Les effets du gage a l'échéance de la créance garantie 307
A. La vente du bien 308
1) La vente judiciaire du bien 308
2) La vente du bien en dehors de toute procédure judiciaire : l'absence de justification du maintien de l'interdiction de la clause de voie parée 310
a- La clause de voie parée dans le droit positif actuel : une interdiction légale injustifiée 310
b- L'appréciation de la clause de voie parée : en faveur de son admission en droit français 312
B. L'attribution du bien en pleine propriété : un mode de réalisation secondaire en matière de biens immatériels industriels 314
1) L'attribution judiciaire ou conventionnelle du bien en pleine propriété 314
2) Le pacte commissoire : un mode de réalisation alternatif mais peu opportun 315

Conclusion générale 318

Bibliographie 320

Table des matières 374