

Le droit de rétention
dans le gage de compte
d'instruments
financiers

Bernard-Olivier Becker

Sommaire

Introduction

- I) La constitution du droit : la dépossession
 - A) La notion de dépossession
 - 1) La nature et la fonction de la dépossession
 - a) Le rôle de la dépossession dans le gage
 - b) La nature de la dépossession
 - 2) La dépossession et le droit de rétention
 - a) La distinction entre droit de rétention autonome et droit de rétention né de la constitution du gage
 - b) La dépossession source du droit de rétention
 - B) La dépossession dans le gage de compte d'instruments financiers
 - 1) L'existence et l'objet de la dépossession
 - a) L'objet de la dépossession
 - b) L'existence de la dépossession
 - 2) Les modalités de la dépossession
 - a) Le rôle du teneur de compte
 - b) L'acte réalisant la dépossession
- II) L'exercice du droit
 - A) Le contenu du droit de rétention
 - 1) Les prérogatives traditionnelles du rétenteur
 - a) Le droit de retenir
 - b) L'incidence de l'ouverture d'une procédure collective
 - 2) La transposition aux instruments financiers inscrits en compte
 - a) L'aliénabilité des instruments inscrits sur le compte gagé
 - b) Le virement des instruments financiers nantis
 - B) La portée du droit de rétention dans le gage de compte d'instruments financiers
 - 1) Un droit à géométrie variable
 - a) En présence d'une convention de gestion
 - b) En l'absence d'une convention de gestion
 - 2) L'efficacité du droit de rétention
 - a) La responsabilité du teneur de compte
 - b) La situation du tiers acquéreur**

Introduction

Il est devenu classique aujourd'hui de souligner l'importance prise par les valeurs mobilières et plus largement, selon le vocable consacré par la directive services d'investissement¹ et la loi de modernisation des activités financières², par les instruments financiers au sein du patrimoine des personnes physiques et des personnes morales. Le premier à décrire cette évolution dans la composition des patrimoines fut le professeur Ripert³. A titre d'exemple, selon une enquête de l'INSEE, la valeur du portefeuille financier des particuliers a été multipliée par 17 entre 1977 et 1992⁴.

La nature des sûretés réelles que peut proposer un débiteur à son créancier étant nécessairement tributaire des biens compris dans son patrimoine, ces considérations factuelles soulignent la nécessité d'une sûreté efficace et simple d'utilisation assise sur les instruments financiers. Nombreuses sont les évolutions législatives intervenues en la matière.

La première, si elle ne touche pas à proprement parler au régime juridique du gage sur valeurs mobilières est néanmoins, par ses conséquences, l'une des plus importantes. La dématérialisation des valeurs mobilières consacrée par l'article 94-II de la loi de finances du 31 décembre 1981 a modifié la nature juridique des valeurs mobilières. Les valeurs mobilières n'étant plus matérialisées par un titre papier mais par une inscription en compte, il est devenu difficile de soutenir la pérennité de la théorie de l'incorporation du droit dans le titre. Cette théorie dégagée par la doctrine allemande du 19^{ème} siècle, en premier lieu par Savigny, postule par une sorte de transsubstantiation juridique que le titre papier *est* le droit et n'en constitue pas uniquement le support ou le symbole. Dès lors, les valeurs mobilières pouvaient se voir appliquer le régime des biens meubles corporels⁵. Avec la dématérialisation, la majorité de la doctrine défend aujourd'hui le caractère incorporel des valeurs mobilières (une doctrine minoritaire soutient cependant que l'inscription en compte constitue la corporalité permettant le maintien de la théorie de l'incorporation du droit⁶). Incidemment, le gage sur titres est devenu une sûreté sur biens incorporels.

La seconde évolution est venue unifier le régime du gage sur valeurs mobilières. L'article 29 de la loi du 3 janvier 1983 a mis en place une procédure unique de nantissement des valeurs

¹ Directive 93 /22/ CEE.

² Loi n°96-597 du 2 juillet 1996.

³ *Les aspects juridiques du capitalisme moderne*, 2^{ème} édition, 1951, LGDJ.

⁴ *Le Monde*, 5 août 1994.

⁵ *Droit des marchés financiers*, Hubert de Vauplane et Jean-Pierre Bornet , 3^{ème} édition, 2001, Litec.

⁶ Didier-R. Martin « de la nature corporelle des valeurs mobilières »D.1996, chron. 47.

mobilières et a ébauché l'embryon d'un régime spécial. Aux termes dudit article, « *la constitution en gage de valeurs mobilières inscrites en compte est réalisée, tant à l'égard de la personne morale émettrice qu'à l'égard des tiers, par une déclaration datée et signée par le titulaire ; cette déclaration contient le montant de la somme due ainsi que le montant et la nature des titres constitués en gage.*

Les titres nantis sont virés à un compte spécial ouvert au nom du titulaire et tenu par la personne morale émettrice ou l'intermédiaire financier, selon le cas. Une attestation de constitution du gage est délivrée au créancier gagiste.

Tout titre venant en substitution ou en complément de ceux constitués en gage, par suite d'échanges, de regroupement, de divisions, d'attributions gratuites, de souscription en numéraire ou autrement, est, sauf convention contraire, compris dans l'assiette du gage à la date de la déclaration prévue à l'alinéa 1^{er}. »

Cette réforme représenta un progrès substantiel vers une amélioration de la simplicité et de l'efficacité du nantissement de titres. Sous l'empire du régime antérieur, il n'existait pas moins de trois modalités de mise en gage. En vertu de la théorie de l'incorporation du droit dans le titre, les titres au porteurs étaient nantis dans les formes de droit commun des meubles corporels. Les titres nominatifs étaient mis en gage par un transfert de garantie sur les registres de la société émettrice. Enfin, le nantissement des titres déposés en SICOVAM supposait l'établissement d'un acte mentionnant la date du dépôt et l'établissement dépositaire⁷.

Malgré tout, la réforme n'avait pas totalement répondu aux attentes des praticiens. Le domaine de la garantie paraissait trop restreint dans la mesure où son assiette ne pouvait comprendre des titres autres que des valeurs mobilières, ni les fruits des titres mis en gage lorsque ces fruits étaient des espèces. Le régime de l'opposabilité du gage aux tiers était complexe. Enfin, les droits du créancier gagiste sur les titres étaient mal définis et les procédures de réalisation de la sûreté étaient lourdes pour des actifs dont la valeur est susceptible de varier rapidement⁸.

Aussi, la loi de modernisation des activités financières du 2 juillet 1996, complétée par le décret d'application du 21 mai 1997 est venue parachever cette évolution législative. Comme le soulignent Hubert de Vauplane et Stéphane Mouy, le législateur a eu un triple objectif⁹:

⁷ Daniel Fasquelle « Le nantissement des valeurs mobilières » RTD com., 48, janv.-mars 1995.

⁸ Dominique Legeais « gage de comptes d'instrument financier » revue de droit bancaire, n°64, novembre-décembre 1997.

⁹ « Gage sur titres : une réforme innovante » banque n°573, septembre 1996. « La réforme du nantissement des titres dématérialisés », banque et droit n° 48, p.3

- Actualiser et unifier le régime du gage pour toutes les catégories d'instruments financiers inscrits en compte ainsi que pour les sommes d'argent qui en constituent les fruits. Ainsi, l'article 29 de la loi de 1983 tel que modifié par la loi de 1996 -désormais codifié à l'article L 431-4 du Code monétaire et financier (CMF)- dispose désormais que le gage porte sur « [...]un compte d'instruments financiers mentionnés aux 1, 2 et 3 du I de l'article L211-1 et d'instruments financiers équivalents émis sur le fondement de droit étranger[...] ; leurs fruits et produits en toute monnaie sont compris dans l'assiette du gage. »
- Moderniser la procédure de mise en place du gage et offrir une plus grande souplesse de fonctionnement du compte gagé. L'article L431-4 III du CMF dispose en effet que : « *Le créancier gagiste définit avec le titulaire du compte les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des instruments financiers et des sommes en toute monnaie figurant dans le compte gagé.* » Une convention portant sur la gestion du compte gagé pourra être conclue entre le gagiste et le constituant afin de permettre à ce dernier une gestion dynamique du compte assiette de la sûreté.
- Faciliter la réalisation du gage pour les sommes d'argent, les instruments financiers admis à la négociation sur un marché réglementé, et les parts d'organismes de placement collectif (OPC) en dérogeant à la prohibition du pacte commissaire ainsi qu'à celle de la clause de voie parée, et ce que le gage ait une nature civile ou commerciale. Ainsi, l'article 3 du décret de 1997 dispose que la réalisation du gage s'effectue « *pour les sommes en toute monnaie [...], directement par transfert en pleine propriété au créancier gagiste.* » Pour les valeurs mobilières cotées « [...] par vente sur un marché réglementé ou attribution en propriété de la quantité déterminée par le créancier gagiste [...] sur la base du dernier cours de clôture disponible sur un marché réglementé. » Enfin, pour les parts d'OPC, « *par présentation au rachat ou attribution en propriété [...] sur la base de la dernière valorisation disponible [...]* ».

L'un des aspects les moins commenté de la réforme de 1996 est la consécration formelle par le législateur d'un droit de rétention sur les instruments financiers inscrits au compte gagé. En vertu de l'article L431-4-III du CMF, « *le créancier gagiste bénéficie en toute hypothèse d'un droit de rétention sur les instruments financiers et sommes en toute monnaie figurant au compte gagé.* ». Le droit de rétention peut se définir comme le droit pour un créancier de refuser la restitution d'une chose appartenant à son débiteur jusqu'à complet paiement de sa créance. D'apparence anodine, la reconnaissance de ce droit au détour d'une

phrase nous semble fondamentale de par les enjeux qu'elle implique et les interrogations qu'elle suscite.

D'un point de vu pratique l'existence d'un droit de rétention accroît considérablement l'efficacité du gage de compte d'instruments financiers, notamment en cas de faillite du constituant¹⁰, pour autant cependant que les prérogatives traditionnelles du rétenteur puissent effectivement s'exercer sur des instruments financiers.

D'un point de vu théorique, le droit de rétention constitue la reconnaissance par le droit d'une situation de fait- la faculté de retenir-, dès lors, l'existence d'une disposition législative ne saurait à notre avis dispenser l'analyste d'examiner la situation de fait créée par la constitution du gage afin de préciser les conditions et les modalités d'exercice dudit droit. Enfin, il est piquant de s'interroger sur l'application du droit de rétention, « garantie pré-biblique », dont « la primarité foncière le fait supposer à l'œuvre dans les sociétés archaïques »¹¹, « acte de justice privée, survivance de l'époque lointaine où la force constituait la seule règle gouvernant les rapports entre les hommes »¹² au parangon de la modernité juridique, la catégorie générique des instruments financiers.

Nous nous proposons d'étudier ici le droit de rétention dans le gage de compte d'instruments financier. Le caractère lacunaire de l'unique disposition législative qui lui est consacrée invite à s'interroger sur la constitution du droit (I) ; puis sur son exercice (II).

Soulignons dès à présent que le plan tel qu'annoncé, s'il a le mérite d'être didactique n'en est pas moins artificiel. Le droit de rétention étant la consécration d'une situation de fait par le droit, la naissance du droit est conditionnée par la faculté « physique » de retenir le bien qui en constitue l'objet, faculté qui en tant qu'elle est admise par notre système juridique est également l'expression du contenu du droit de rétention. Dès lors, les conditions de naissance du droit et son exercice son intrinsèquement liées. Seule la clarté de la présentation nous pousse à procéder à cette dissociation.

I) La constitution du droit : la dépossession

Il existe un lien étroit entre le droit de rétention et la dépossession. Ce lien nous conduit à examiner la notion de dépossession de façon générale (A), pour envisager ensuite de

¹⁰ Cf infra II. A. 1

¹¹ René D. Martin « Du gage d'actifs scripturaux » D.1996, chron. p.263.

¹² Fernand Derrida « La dématérialisation du droit de rétention » mélanges Voirin, 1966,p. 177, n°27.

manière spécifique si le gage de compte d'instruments financiers est un gage avec dépossession (B)

A) La notion de dépossession

Il est nécessaire de s'interroger sur la nature et la fonction de la dépossession dans le gage (1), pour examiner les rapports existant entre cette dernière et le droit de rétention (2).

1) La nature et la fonction de la dépossession

L'article 2072 du code civil énonce que « *le nantissement d'une chose mobilière s'appelle gage* ». L'article 2071 du même code dispose que « *le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose pour sûreté de la dette* ». Enfin, selon l'article 2076 du code civil : « *Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties* ». Ainsi, aux termes de la loi, le contrat de gage implique que le débiteur se dépossède du bien qui en constitue l'assiette. Néanmoins, il existe un débat doctrinal quant à la sanction de l'absence de dépossession. Pour certains, elle est une condition de validité du contrat de gage¹³, pour d'autres une condition d'opposabilité aux tiers¹⁴. En tout état de cause, la Cour de cassation a rappelé récemment sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle le gage est un contrat réel se formant par la remise de la chose ; et qu'en l'absence de dépossession, le contrat ne pouvait être qu'une promesse de gage¹⁵. Cela étant posé, il reste à examiner le rôle (a) et la nature de cette dépossession (b)

a) Le rôle de la dépossession dans le gage

La plupart des auteurs s'accorde pour attribuer à la dépossession une double fonction.

¹³ Cabrillac et Mouly, n°666, p.543, éd. Litec.

¹⁴ Simler et Delebecque, n° 514, p.455, éd. Dalloz

¹⁵ Cass.1^{er} Civ., 6 janv. 1994, Bull. civ.I, n°4, JCP1994, I, 3765, n°18.

La fonction première de la dépossession est de prémunir le créancier gagiste contre un risque de détournement du gage par le constituant. Elle permet d'assurer au créancier la possibilité de faire valoir ses droits sur la chose au moment venu. A défaut, le danger existe que la chose gagée ne puisse être retrouvée matériellement par le gagiste, soit qu'elle ait été dissimulée, soit qu'elle ait été transformée ; ou encore, s'agissant d'un bien meuble que ce dernier se trouve entre les mains d'un tiers protégé par l'article 2279 du code civil.

La fonction seconde du dessaisissement est d'assurer la publicité du gage aux yeux des tiers. Les choses mobilières ne faisant pas, à la différence des immeubles, l'objet d'une publicité organisée, la détention du bien gagé est la seule manifestation extérieure du droit de préférence dont dispose le créancier sur celui-ci. C'est grâce à ce dessaisissement que le droit du créancier n'est pas occulte et peut être opposé aux tiers.

Certains auteurs¹⁶ assignent à la dépossession une troisième et dernière fonction. Lorsque le ou les biens donnés en gage sont des choses fongibles, c'est à dire des biens interchangeables, leur remise au gagiste permet leur individualisation. Individualisation qui seule permet de déterminer l'objet du droit réel accessoire dont bénéficie le créancier. Comme le soulignent les professeurs Cabrillac et Mouly, la dépossession a dans ce cas une fonction équivalente à celle de la livraison dans le cadre du contrat de vente.

Les fonctions de la dépossession étant cernées, reste à en analyser la nature.

b) La nature de la dépossession

La dépossession, envisagée du point de vu du constituant, est de façon positive et symétrique la mise en possession de la chose pour le gagiste. L'article 2228 du Code civil définit la possession comme « [...] *la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-même, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom.* » De façon plus précise, les professeurs Terré et Simler définissent la possession comme un rapport de fait entre une chose et une personne, par lequel cette personne a la possibilité d'accomplir, sur cette chose, personnellement ou par l'intermédiaire d'un tiers, des actes qui dans leur manifestation extérieure, correspondent à l'exercice d'un droit, que cette personne soit ou non titulaire de ce droit¹⁷. Ainsi, la possession est une situation de fait dans laquelle une personne exerce une maîtrise physique sur une chose, maîtrise physique correspondant dans l'intention du possesseur à l'exercice d'un droit.

¹⁶ Cabrillac et Mouly, n°665, p.543, éd. Litec.

¹⁷ Terré et Simler, n° 138, p.117, Droit des biens, éd. Dalloz.

Soulignons, comme l'indique l'article 2228 du Code civil que le pouvoir de fait exercé sur la chose peut l'être par l'intermédiaire d'un tiers, on parle alors de possession *corpore alieno*.

Dans le cadre de notre étude, la notion de possession soulève deux difficultés.

En premier lieu, il nous semble que la définition de la possession dans le gage ne répond pas parfaitement à la définition classique de la possession en droit des biens. Cette dernière trouve en effet son terrain d'élection dans les droits réels principaux (le droit de propriété et ses démembrements). Le *corpus* de la possession, la maîtrise physique exercée sur le bien, réside dans la possibilité d'accomplir des actes qui correspondent juridiquement à l'*usus* au *fructus* et à l'*abusus*. Dès lors, la maîtrise physique constitue bien la manifestation extérieure des droits réels principaux dont le possesseur croît à tort ou à raison être le titulaire. En revanche, le créancier gagiste est titulaire d'un droit réel accessoire, c'est-à-dire d'un droit sur la valeur du bien remis en garantie : le droit de faire vendre le bien pour se faire payer par préférence sur le prix ou d'en demander l'attribution judiciaire. Ce droit ne confère aucunement la possibilité au gagiste d'user du bien, d'en percevoir les fruits et encore moins d'en disposer. Ainsi, la possession du créancier si elle constitue la publicité de son droit, n'est pas réellement la manifestation extérieure d'un droit dont le créancier croît être le titulaire. Par conséquent, il nous semble que la possession dans le cadre du contrat de gage se réduit à son aspect matériel et objectif, la maîtrise physique sur la chose, et doit être envisagée essentiellement dans son aspect négatif : la dépossession du débiteur qui l'empêche d'accomplir certains actes sur le bien gagé. La dépossession est en quelque sorte une pré-saisie conservatoire¹⁸. Aussi, d'un point de vu terminologique, il nous paraît plus adéquat de parler de dessaisissement du constituant et de détention de la chose par le gagiste.

En second lieu, il faut se poser la question de savoir s'il existe un obstacle de principe à ce que des choses incorporelles puissent faire l'objet d'une dépossession. Cette question intéresse tout particulièrement le gage de compte d'instruments financiers dont l'assiette porte sur des biens incorporels. Les choses incorporelles sont des biens qui n'ont pas d'existence dans le monde sensible. Littéralement, Ils ne peuvent être perçus par nos sens et sont de pures conceptions intellectuelles. Si l'on envisage la possession au sens strict comme une maîtrise physique exercée sur le bien, les choses incorporelles n'étant pas susceptibles d'une telle maîtrise, elles ne peuvent faire l'objet d'une dépossession et tout gage portant sur ces biens est un gage sans dépossession. Si, en revanche, on envisage de façon large la possession comme l'exercice d'un pouvoir de fait sur la chose, admettre que la dépossession puisse

¹⁸ Cabrillac et Mouly, n° 665, p.542, éd. Litec.

porter sur des choses incorporelles ne fait pas difficulté. La doctrine admet aujourd'hui cette extension de la notion dans le cadre du gage. Certains émettent cependant une réserve estimant qu'il s'agit d'un abus de langage visant en réalité un substitut de la dépossession¹⁹. L'importance considérable prise par les biens incorporels nous semble commander une évolution de la notion lui permettant d'épouser les réalités de la vie juridique. L'analyse de la notion de dépossession nous permet d'envisager les rapports qu'elle entretient avec le droit de rétention.

2) La dépossession et le droit de rétention

Il nous faudra au préalable distinguer le droit de rétention né dans le cadre du contrat de gage de celui qui peut naître de façon autonome en dehors de toute sûreté (a) avant d'examiner en quoi la dépossession du débiteur est la source du droit de rétention (b).

a) La distinction entre droit de rétention autonome et droit de rétention né de la constitution du gage

Dans le gage de droit commun, l'article 2082 alinéa 1 du code civil confère expressément au gagiste un droit de rétention sur la chose assiette du gage en énonçant que « *le débiteur ne peut [...], en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné.* »

Parallèlement, la jurisprudence a dégagé en dehors des textes du code civil des « principes applicables au droit de rétention »²⁰, reconnaissant au créancier, en dehors de la constitution d'une sûreté conventionnelle, un droit de rétention sur la chose appartenant au débiteur lorsque certaines conditions sont réunies. Cette distinction a son importance quant aux conditions de naissance du droit de rétention. Concernant sa naissance de manière autonome, en premier lieu, selon l'adage « pour retenir il faut d'abord tenir », la naissance du droit suppose la détention de la chose par le créancier. En second lieu l'existence du droit dépend de conditions relatives à l'objet détenu et à la créance. Enfin, un lien de connexité doit exister entre la détention de la chose et la créance.

¹⁹ Idem, n°666, p.543, éd. Litec.

²⁰ C'est le visa que l'on trouve dans les décisions importantes. Cass. com., 19 févr. 1958, Bull. Civ. III, n°82; 1ère civ., 17 juin 1969, JCP 1970, II, 16162.

Lorsque cette naissance s'inscrit dans le cadre de la constitution d'une sûreté réelle, les conditions relatives à la créance et à l'objet du droit de rétention sont absorbées par celles relatives à la constitution de la garantie. L'exigence d'un lien de connexité trouve son fondement dans des considérations d'équité. Le droit de rétention ne peut être invoqué à tous propos par les créanciers. Cela explique que cette exigence est écartée lorsque le droit naît de la constitution d'une sûreté conventionnelle selon un système organisé par le législateur. En revanche le dessaisissement de la chose pour le débiteur et sa détention par le créancier sont consubstantiels du droit de rétention dans les deux hypothèses.

b) La dépossession source du droit de rétention

Ce que nous voudrions démontrer ici est que, même dans l'hypothèse où le droit de rétention du créancier est expressément prévu par une disposition législative comme un droit du créancier gagiste venant seconder son droit de préférence, la parole du législateur ne vient pas créer « magiquement » ce droit qui trouve en réalité sa source dans la dépossession. La nature juridique du droit de rétention fait débat en doctrine. En résumé, certains auteurs considèrent qu'il s'agit d'un droit réel dans la mesure où il porte sur une chose et est opposable à tous²¹. Le professeur Nicole Catala-Franjou soutient en revanche que le droit de rétention constitue la modalité d'un droit personnel : « la faculté pour le créancier, débiteur d'une obligation de restitution, d'assigner unilatéralement un terme à son obligation de délivrance »²². La jurisprudence quant à elle a pris parti pour la qualification de droit réel²³. Quoiqu'il en soit, la totalité de la doctrine s'accorde pour considérer que le droit de rétention trouve son origine dans une situation de fait : la détention du bien par le créancier. Comme l'a souligné le professeur Derrida, le droit de rétention est une institution « dont le trait fondamentale est de reposer sur la mainmise physique qu'exerce le créancier sur l'objet retenu. [...] Aussi, en l'absence d'appréhension corporelle, le droit de rétention ne saurait exister »²⁴. Le « fondement matériel » du droit de rétention conduit ainsi le professeur Derrida à fustiger la reconnaissance par le juge d'un droit de rétention dans le gage sur véhicule automobile alors que la dépossession prévue par le législateur est une dépossession fictive²⁵.

²¹ Cette thèse a notamment été soutenue par le Doyen Rodière dans une note sous Cass. 1^{er} civ. 22 mai 1962, D. 1965. 60.

²² Nicole Catala-Franjou, « De la nature juridique du droit de rétention », RTD civ. 1967, 9.

²³ Cass. civ. 1^{er}, 7 janv. 1992, JCP 1992. II. 21971 ; RTD civ. 1992. 586.

²⁴ Fernand Derrida, « La dématérialisation du droit de rétention », mélanges Voirin, 1966, p. 177, n° 27.

²⁵ Cass. com., 15 janv. 1957, D. 1957, J. 267.

Nous partageons cette opinion, c'est la dépossession du débiteur qui donne naissance au droit de rétention. La sanction du législateur transforme en *droit* une *faculté* qui résulte d'une situation de fait mais ne peut créer ce droit lorsque les conditions objectives qui donnent naissance à cette faculté ne sont pas réunies.

Partant, la reconnaissance par l'article L431-4-III du CMF d'un droit de rétention au profit du gagiste dans le gage de compte d'instruments financiers, si elle est nécessaire à l'existence du droit, n'est pas suffisante. Il est indispensable de s'interroger sur le point de savoir si le gage de compte d'instruments financiers est un gage avec dépossession.

B) La dépossession dans le gage de compte d'instruments financiers

Outre l'existence du droit de rétention, qui constitue le cœur de notre sujet, la question de savoir si le gage de compte d'instruments financiers est un gage avec dépossession a pour enjeux l'application des règles du gage de droit commun en cas de lacune des dispositions spéciales contenues dans le CMF. Notamment, si le gage de compte d'instruments financiers est un gage avec dessaisissement, il faudrait appliquer l'article 2080 du Code civil prévoyant la responsabilité contractuelle du gagiste en cas de détérioration ou de perte de la chose survenue par sa négligence. De même, il faudrait considérer que, conformément à l'article 2082 alinéa 2 dudit code, le créancier peut exercer son droit de rétention à raison d'une dette autre que la dette garantie née postérieurement à la constitution du gage et devenue exigible avant le paiement de la première dette. Enfin, l'existence de la dépossession devrait empêcher la constitution de gages successifs sur le même compte en vertu de la maxime « nantissement sur nantissement ne vaut »²⁶.

Nous envisagerons l'existence et l'objet de la dépossession dans le gage de compte d'instruments financiers (1), puis les modalités de cette dépossession (2).

1) l'existence et l'objet de la dépossession

Nous préciserons l'objet éventuel de la dépossession (a), pour nous interroger ensuite sur son existence (b).

²⁶ J.Mestre, E. Putman et M. Billiau, Droit civil, droit spécial des sûretés réelles, LGDJ, n°948.

a) L'objet de la dépossession

La détermination de l'objet de la dépossession est rendu indispensable en raison d'une évolution de la terminologie législative. Si dans l'ancienne rédaction de l'article 29 de la loi du 3 janvier 1983 le gage était un « *gage de valeurs mobilières* », l'article L431-4 du CMF parle aujourd'hui de « *gage de compte d'instruments financiers* ». L'assiette du gage s'est-elle déplacée par glissement des titres inscrits en compte au compte lui même ? La dépossession porte-t-elle alors sur le compte et non sur les instruments financiers ?

Nous ne le pensons pas. En premier lieu, la possession, par essence, ne peut porter que sur une chose. Le compte gagé n'est pas un bien compris dans le patrimoine du constituant mais uniquement un contenant. Seul le contenu, les titres inscrits, sont des biens susceptibles de faire l'objet d'un droit et par conséquent d'une dépossession. En second lieu, s'il était besoin d'une démonstration supplémentaire, notons que le droit de rétention porte sur les instruments financiers inscrits et non sur le compte. La dépossession étant la source du droit de rétention²⁷, il est logique de considérer qu'une correspondance existe entre l'objet de la dépossession et celui du droit de rétention.

Cette opinion est partagée par les auteurs. Le professeur Blanluet estime qu'il « objet du gage reste constitué par les instruments nantis, et non par le compte qui les abrite »²⁸. Le professeur Aynès souligne quant à lui que « malgré les termes ambigus de la loi, un compte d'instruments financiers n'est pas une universalité de fait, un bien distinct des valeurs qui le composent. Le gage n'a pas pour objet le compte mais tel instrument financier particulier figurant au compte au moment de sa constitution »²⁹.

Il nous reste à déterminer si les instruments financiers font véritablement l'objet d'une dépossession.

b) L'existence de la dépossession

Nous l'avons vu, le fait que l'assiette du gage de compte d'instruments financiers porte sur des choses incorporelles n'est pas un obstacle de principe à la qualification de gage

²⁷ cf supra I.A.2.b.

²⁸ Gauthier Blanluet, « La cession d'actions nanties », D. 1999, chr., p. 109, n°1.

²⁹ Malaurie et Aynès, droit civil, les sûretés, la publicité foncière, éd. Cujas, n°521.

avec dépossession³⁰. La doctrine estime presque unanimement que le gage de compte d'instruments financiers est un gage avec dessaisissement. Divers arguments sont invoqués. Tout d'abord, le terme de gage est en principe réservé aux sûretés mobilières avec dessaisissement³¹. Ensuite, en l'absence de dispositions dérogatoires, le droit commun du gage- la dépossession- doit s'appliquer, d'autant que les raisons qui ont conduit le législateur à créer des gages sans dépossession n'existent pas pour les titres dans la mesure où la dépossession ne prive d'aucune utilité leur titulaire³². Enfin, depuis la réforme opérée par la loi de modernisation des activités financières de 1996, certains auteurs tirent argument de la consécration expresse d'un droit de rétention par la loi pour en déduire l'existence d'une dépossession³³. Ces raisonnements sont séduisants, il faut néanmoins en nuancer la portée. S'il est possible d'en déduire la volonté du législateur de faire du gage de compte d'instruments financiers un gage avec dépossession, ils ne suffisent pas à caractériser l'existence de la dépossession. En effet, comme nous avons essayé de le démontrer, la possession est une situation de fait qui suppose la réunion de conditions matérielles et objectives. Elle ne peut procéder de la seule volonté législative.

Dès lors, il est impossible de faire l'économie d'une analyse des modalités concrètes de la constitution du gage de compte d'instruments financiers afin de déterminer si dépossession il y a.

2) Les modalités de la dépossession

L'examen des modalités de la dépossession est rendue difficile par la présence d'un tiers, le teneur de compte dont il conviendra de préciser le rôle (a) avant de s'interroger sur l'acte réalisant la dépossession (b).

a) Le rôle du teneur de compte

³⁰ Cf supra I.A.1.b.

³¹ Dominique Legeais, « Gage de compte d'instruments financiers », revue de droit bancaire nov.-déc. 1997, n°64, p. 226.

³² Daniel Fasquelle, « Le nantissement des valeurs mobilières », RTD Com., janv.-mars 1995, n° 48.

³³ Dominique Legeais, « Gage de compte d'instruments financiers », revue de droit bancaire nov.-déc. 1997, n°64, p. 226. Gauthier Blanluet, « La cession d'actions nanties », D. 1999, chr., p. 109, n°1.

Les instruments financiers nantis sont matérialisés par une inscription en compte. Le teneur de ce compte peut dans certains cas être le créancier gagiste lui-même, mais il n'en est pas toujours ainsi. La constitution du gage fera, dans cette hypothèse, intervenir un tiers.

Plusieurs situations peuvent se présenter selon la forme et la nature des titres nantis.

Les instruments financiers peuvent être des titres au porteur. Tel sera le cas en premier lieu des titres de créance négociables (TCN) nécessairement au porteur conformément à l'article L 213-2 du CMF. Tel sera également le cas des valeurs mobilières admises à la négociation sur un marché réglementé. Dans cette hypothèse, le compte sera tenu par un intermédiaire financier revêtant le statut d'entreprise d'investissement ou d'établissement de crédit.

Les titres nantis peuvent également être des titres nominatifs. Tel sera obligatoirement le cas des valeurs mobilières non cotées, et pourra être éventuellement le cas des valeurs mobilières cotées. Ils peuvent être au nominatif pur, dans cette hypothèse les instruments financiers sont inscrit en compte uniquement auprès de la personne morale émettrice. Une situation plus complexe peut se présenter lorsque les titres sont au nominatif administré. Conformément à l'article 4 du décret du 2 mai 1983, les inscriptions figurant dans les comptes individuels qui sont ouverts auprès de la personne morale émettrice sont alors reproduites dans le compte d'administration qui est tenu par un intermédiaire habilité. L'intermédiaire assure la tenue d'une sorte de compte « reflet » des comptes individuels qui restent ouverts, au nom du titulaire, auprès des sociétés émettrices³⁴. La question s'est posée de savoir, lorsque les titres sont au nominatif administré, qui de la personne morale émettrice ou de l'intermédiaire devait être responsable de l'ouverture du compte gagé et de son fonctionnement. Le comité juridique de l'ANSA estime qu'il doit s'agir de l'intermédiaire pour la raison que, selon l'article 4 du décret du 2 mai 1983, le titulaire s'engage à ne plus donner d'ordre qu'à ce dernier³⁵.

Enfin, depuis la réforme de 1996, l'article L431-2 du CMF prévoit la possibilité de gager un compte ouvert auprès d'un dépositaire central. C'est-à-dire aujourd'hui auprès d'Euroclear France.

Ces diverses situations étant précisées, il faut revenir au point essentiel qui est la question de savoir quel va être le rôle de ce tiers dans la constitution du gage et plus précisément dans la dépossession.

La jurisprudence de la Cour de cassation semble assimiler ce tiers à un tiers convenu. En effet, la chambre commerciale, dans un arrêt du 7 mai 1995, a pu énoncer qu'il fallait

³⁴ H. Le Nabasque, J.-M. Gaillard, M. Baffreau, « L'assiette du nantissement de compte d'instruments financiers », revue de droit bancaire, mai juin 1998, n°67, p.81.

³⁵ dossier ANSA avr.-mai 1998, n°2958.

rechercher, pour savoir si le gage avait été constitué, si les valeurs mobilières avaient été conservées par « *un tiers convenu entre les parties* »³⁶. La jurisprudence semble ainsi estimer que la dépossession est réalisée au moyen de la formalité de l'entiercement prévu dans le gage de droit commun par l'article 2076 du Code civil et que le teneur de compte possède pour le compte du créancier gagiste. Cette opinion est partagée par une partie de la doctrine qui pense que le teneur de compte devient tiers convenu par l'effet de la déclaration, son acceptation résultant de son statut de teneur de compte et des obligations qui en découlent³⁷.

Nous ne partageons pas cette analyse, la situation nous semble en réalité plus complexe pour deux raisons.

La première est que dans le cadre du droit commun du gage, l'entiercement résulte d'une convention passée entre les parties au contrat de gage et le tiers qui possède le bien à un titre quelconque (dépôt, usufruit...). Dès lors, l'acceptation de ce tiers est requise pour procéder à l'opération³⁸. Dans le gage de compte d'instruments financiers, nulle disposition ne prévoit cette acceptation, aussi, les obligations du teneur de compte vis à vis du gagiste ne peuvent avoir comme source qu'une disposition légale et non un fondement contractuel. Le teneur de compte est donc plutôt un « tiers obligé »³⁹.

La seconde est que l'inscription en compte des instruments financiers auprès d'un tiers est une condition de leur existence. Il ne s'agit pas d'une simple modalité de la possession (la possession *corpore alieno*) comme c'est le cas des biens meubles corporels, mais d'une situation inévitable, intrinsèque à la nature des titres dématérialisés. L'assimilation de la situation à l'entiercement si elle est pédagogique nous paraît être juridiquement fausse.

Il est vrai toutefois que cette situation particulière suppose nécessairement que le pouvoir de fait du créancier gagiste résultant de la dépossession soit exercée par l'intermédiaire du teneur de compte.

Cela explique l'implication du teneur de compte dans l'acte réalisant la dépossession.

b) L'acte réalisant la dépossession

³⁶ Cass. com. 7 mars 1995, Bull. civ. IV, n°73; JCP éd. E. 1995. II. 695.

³⁷ Daniel Fasquelle, « Le nantissement des valeurs mobilières », RTD com. Janvier-mars 1995, n°48.

³⁸ Cass. 3 août 1896, DP 1897, 1, 209.

³⁹ J.Mestre, E. Putman et M. Billiau, Droit civil, droit spécial des sûretés réelles, LGDJ, n° 946.

Déterminer l'acte réalisant la dépossession a un double enjeux. En premier lieu, si l'on admet que le gage de compte d'instruments financiers est un contrat réel qui se forme par la remise de la chose gagée, cerner l'acte réalisant la dépossession permet de définir les formalités nécessaires à la validité du contrat de gage. En second lieu, et pour les mêmes raisons, cette recherche permet de préciser la date de formation du contrat et donc la date de naissance des droits du créancier gagiste, et parmi eux celle de naissance du droit de rétention. Lorsque l'assiette du gage est un bien meuble corporel, la dépossession est réalisée par tradition, c'est-à-dire par la remise de la main à la main du bien au créancier gagiste ou au tiers convenu entre les parties. Les instruments financiers étant des valeurs dématérialisées, l'acte réalisant la dépossession ne peut qu'être un substitut à la tradition qui doit être trouvé dans les formalités de constitution du gage.

L'examen du droit antérieur (i) nous permettra d'éclairer l'analyse des dispositions législatives actuelles (ii).

(i) Le droit antérieur à la réforme de 1996

Sous l'empire de la loi antérieure à la réforme de 1996, trois formalités étaient prévues par les textes. L'article 29 de la loi de 3 janvier 1983 énonçait que « *La constitution en gage [...] est réalisée, tant à l'égard de la personne morale émettrice qu'à l'égard des tiers, par une déclaration datée et signée par le titulaire* », puis que « *Les titres nantis sont virés à un compte spécial ouvert au nom du titulaire [...]* », enfin, qu' « *une attestation de constitution de gage est délivrée au créancier gagiste* ».

La doctrine considérait généralement que la déclaration effectuée par le titulaire constituait l'acte réalisant la dépossession. A l'appui de cette opinion, certains faisaient valoir que, dans la mesure où le virement à un compte spécial et l'attestation délivrée au gagiste sont postérieures à la déclaration, que la déclaration rend le gage opposable aux tiers, il n'est pas possible de considérer que le virement ou l'attestation réalise la dépossession, sauf à soutenir que le gage est opposable aux tiers avant même que d'être constitué entre les parties⁴⁰. En l'absence de précisions du législateur quant à la nature de la déclaration, une difficulté supplémentaire du être résolue par la doctrine. Deux conceptions étaient envisageables. La première, par analogie avec la cession de créance Dailly, était que la déclaration n'avait pas à

⁴⁰ Daniel Fasquelle, « Le nantissement des valeurs mobilières », RTD com. Janvier-mars 1995, n°48.

être notifiée au teneur de compte pour prendre effet. Dès lors, la dépossession serait réalisée par la signature et l'apposition d'une date par le constituant. La seconde était que la déclaration est une notification au teneur de compte. La seconde conception devait être préférée. En effet, comme nous l'avons souligné plus haut, le pouvoir de fait exercé par le créancier gagiste sur les titres ne peut l'être que par l'intermédiaire du teneur de compte. Dès lors comment admettre l'existence de la dépossession si le teneur de compte n'a pas connaissance de l'existence de la sûreté et peut en toute bonne foi laisser le constituant procéder à des opérations sur les titres nantis. En définitive, selon cette analyse, la déclaration réalisant la dépossession serait un acte réceptice requis *ad validitatem*. La date de naissance des droits du gagiste serait la date de réception de la déclaration par le teneur de compte.

Cette analyse a cependant été infirmée par la Cour de cassation dans un arrêt rendu par la chambre commerciale le 7 mars 1995⁴¹. En l'espèce, les formalités de l'article 29 n'avaient pas été respectées. Le constituant s'était contenté de l'envoi d'une lettre à l'établissement teneur de compte lui demandant de procéder au blocage des titres en faveur de son créancier. L'établissement teneur de compte avait par suite remis au créancier une attestation de blocage des titres. Le constituant excipait du défaut de constitution du gage en faisant valoir que les formalités de l'article 29 n'ayant pas été effectuées, il n'y avait pas eu de dépossession. La Cour de cassation refusa de faire droit à cette argumentation en énonçant dans son motif que : « *Les formalités prévues par l'article 29 de la loi du 3 janvier 1983 ne constituant pas des conditions de validité du contrat de gage, l'absence de certaines d'entre elles n'interdit pas au juge de vérifier l'existence d'un tel contrat, en recherchant si les valeurs mobilières, dont il est allégué qu'elles ont été données en gage, ont été effectivement conservées par un tiers convenu entre les parties.* » Ainsi, contrairement aux analyses doctrinales, la Cour de cassation refusa de faire des formalités prévues par les textes des formalités exigées *ad validitatem*. Il ne faut néanmoins pas s'y tromper, la Cour loin d'affirmer le caractère consensuel du contrat de gage sur titres en réaffirma au contraire le caractère réel. La dépossession restait une condition de validité du contrat mais le juge refusait de faire des formalités de l'article 29 la seule modalité possible de cette dépossession. En s'attachant à la substance de la notion, il estima qu'il convenait de rechercher si un pouvoir de fait avait bien été conféré au gagiste par l'intermédiaire du teneur de compte.

Quelle est la pérennité de cette jurisprudence et de ces analyses doctrinales en droit positif ?

⁴¹ Cass. com. 7 mars 1995, Bull. civ. IV, n°73; JCP éd. E. 1995. II. 695.

(ii) Le droit positif

La loi de modernisation des activités financières du 2 juillet 1996 est venue modifier les dispositions applicables à la constitution du contrat de gage de compte d'instruments financiers. L'article L 431-4 du CMF dispose désormais que : « *la constitution en gage d'un compte d'instruments financiers[...] est réalisée, tant entre les parties qu'à l'égard de la personne morale émettrice et des tiers, par une déclaration signée par le titulaire du compte. Cette déclaration comporte les énonciations fixées par décret.* » Il poursuit en énonçant que : « *Le créancier gagiste peut obtenir, sur simple demande au teneur de compte, une attestation de nantissement de compte d'instruments financiers, comportant l'inventaire des instruments financiers et sommes en toutes monnaie, inscrits en compte gagé à la date de délivrance de cette attestation.* » Enfin, l'alinéa II de l'article L431-4 prévoit que : « *le compte gagé prend la forme d'un compte spécial [...]. A défaut de compte spécial, sont réputés constituer le compte gagé les instruments financiers mentionnés au premier alinéa, ainsi que les sommes en toute monnaie ayant fait l'objet d'une identification à cet effet par un procédé informatique.* »

Deux questions nous semblent se poser. Comment et à quelle date se réalise désormais la mise en possession du créancier gagiste ? Est-il possible, et si oui à quelles conditions, d'élargir l'assiette du gage ultérieurement à sa constitution en mettant le créancier gagiste en possession d'instruments financiers supplémentaires ?

Concernant la première question, notons tout d'abord que la nouvelle rédaction de l'article consacré au gage de compte d'instruments financiers fait de l'attestation de constitution du gage délivrée par le teneur de compte une formalité facultative. Partant, cette attestation ne peut jouer aucun rôle dans la dépossession qui est une condition de validité du contrat de gage et qui ne saurait, par essence avoir un caractère optionnel.

S'agissant de la déclaration, la doctrine considère que la référence faite par le législateur à son effet entre les parties infirme la jurisprudence du 7 mars 1995 et fait de cette dernière une formalité requise *ad validitatem*⁴². Nous partageons cette opinion. Est-ce à dire cependant que la déclaration réalise seule la mise en possession du gagiste et que l'identification des instruments gagés par le marquage du compte spécial ou par le procédé dit du « topage » informatique ne participe pas de la dépossession mais constitue uniquement une modalité de preuve du gage et de son assiette ? Nous ne le pensons pas. A notre avis, seule la

⁴² David Robine, « Le gage de compte d'instruments financiers », droit et patrimoine n°106, juillet-Août 2002. Dominique Legeais, « Gage de compte d'instruments financiers », revue de droit bancaire nov.-déc. 1997.

combinaison de l'identification des instruments financiers gagés et de la déclaration réalise la dépossession. En effet, la troisième fonction de la dépossession est l'individualisation du bien qui fait l'objet du droit réel accessoire et du droit de rétention du gagiste lorsque ce bien est une chose fongible⁴³. Conformément à l'article L211-2 du CMF, les valeurs mobilières de même catégorie émises par une même personne morale sont caractérisées par leur fongibilité. Si en principe les TCN ne sont pas fongibles, il existe en réalité une certaine fongibilité de fait en raison de la volonté de standardisation des émetteurs dans le but de favoriser la négociabilité des titres émis. L'article 1^{er} du décret d'application du 21 mai 1997 dispose que la déclaration mentionne « *la nature et le nombre des instruments financiers inscrits initialement au compte gagé* ». Pour autant, lorsque seule une partie des instruments financiers fongibles dont est propriétaire le constituant est gagé, cette précision est insuffisante pour individualiser les instruments objets des droits du gagiste. L'individualisation, et par voie de conséquent la dépossession, suppose une identification comptable des instruments gagés par le teneur de compte. Identification réalisée soit par la création d'un compte spécial, soit par le procédé du « topage » informatique. Il est révélateur à cet égard que l'article 1^{er} du décret du 21 mai 1997 prévoit que la déclaration contient « *les éléments d'identification du compte spécial* ». Ainsi, la création du compte spécial semble être un pré requis nécessaire à la déclaration permettant de réaliser la dépossession. Nous pensons ainsi que l'identification des instruments financiers dans la mesure où elle participe de la dépossession est également une condition de validité du contrat de gage et non une simple règle de preuve. Des contradicteurs pourraient souligner la faiblesse de cette démonstration. L'individualisation par le biais de la déclaration reste suffisante dans la majeure partie des cas lorsque les instruments gagés ne sont pas fongibles ou bien encore lorsque le gage porte sur la totalité des instruments inscrits en compte. Nous objecterons qu'il est difficile de concevoir qu'une même formalité, la création du compte spécial, puisse avoir une portée différente selon les circonstances de fait. La création du compte spécial devrait alors toujours être exigée *ad validitatem*.

S'agissant enfin de la date de formation du contrat de gage, il existe une difficulté. En vertu, de l'article 1^{er} du décret de 1997, la déclaration est datée par le constituant. Cette date est-elle celle de la constitution du gage ? Il faut répondre par la négative pour les raisons déjà évoquées sous l'empire du droit antérieur⁴⁴. La déclaration est un acte réceptice. La mise en

⁴³ Cf supra I.A.1.a.

⁴⁴ Cf supra I.B.2.b.i.

possession du créancier gagiste et, corrélativement la formation du contrat, interviennent au moment de la réception de la déclaration par le teneur de compte⁴⁵.

La seconde question est de savoir si ultérieurement à la constitution du gage, l'assiette peut en être augmentée par la mise en possession du gagiste de nouveaux instruments financiers sans lien objectif avec les instruments gagés. Il faut souligner l'intérêt pratique d'une telle possibilité lorsque le gage de compte d'instruments financiers est utilisé en couverture d'opérations sur produits dérivés de gré à gré. En effet, dans cette hypothèse, le montant de la créance garantie va évoluer en fonction de l'évolution du cours du sous-jacent. Dès lors il pourra être nécessaire d'apporter des actifs supplémentaires pour maintenir la couverture selon des formalités les plus simples possible⁴⁶. La majorité de la doctrine soutient que l'apport d'instruments financiers supplémentaire suppose l'établissement d'une nouvelle déclaration. Cette opinion s'explique lorsque l'on considère, à l'instar de la plupart des auteurs, que seule la déclaration réalise la dépossession. Une autre solution peut être défendue si l'on s'attache à la substance de la dépossession. Il est possible de considérer que la formalité de la déclaration est uniquement requise lors de la formation initiale du contrat de gage. En effet, une fois celle-ci effectuée et le compte spécial créé, le simple virement des titres sur le compte permet au créancier gagiste d'exercer, par l'intermédiaire du teneur de compte, le pouvoir de fait caractéristique de la dépossession. Il n'existe ainsi pas d'objection de principe à faire évoluer l'assiette par simple virement sur le compte spécial. Cette analyse est en outre confirmée par les termes de l'article L431-4-I qui énonce que : « *Les instruments financiers figurant dans le compte gagé, ceux qui leur sont substitués ou les complètent, de quelque manière que ce soit, [...], sont compris dans l'assiette du gage* ».

En résumé, le gage de compte d'instruments financiers est bien un gage avec dépossession. Celle-ci se réalise conjointement par la notification de la déclaration au teneur de compte et par la création d'un compte spécial ou le marquage informatique des instruments nantis. Les conditions objectives de naissance du droit de rétention sont réunies, il reste à en préciser les conditions d'exercice.

II) L'exercice du droit

⁴⁵ Marc Billiau, « aperçu rapide sur le décret n° 97-509 du 21 mai 1997 », JCP 1997, éd. E., n° 31-35.

⁴⁶ Stéphane Plais, « réflexions sur le gage de compte d'instruments financiers en couverture d'opérations de dérivés de gré à gré », Banque et droit n° 87, janvier-Février 2003, p.3.

Afin de déterminer comment s'exerce le droit de rétention du créancier gagiste dans le gage de compte d'instruments financiers, il faut en analyser le contenu (A), puis s'interroger sur la portée du droit (B)

A) Le contenu du droit de rétention

La question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure les prérogatives traditionnelles du rétenteur (1) peuvent être transposées aux instruments financiers inscrits en compte (2).

1) Les prérogatives traditionnelles du rétenteur

Le droit de rétention confère à son titulaire le droit de retenir le bien (a), droit particulièrement recherché en raison de son efficacité en cas de procédure collective ouverte à l'encontre du débiteur(b).

a) Le droit de retenir

Le droit de rétention a une nature particulière, il ne peut s'exercer que par voie d'exception au sens procédural du terme. Le rétenteur n'a en principe aucun droit d'user de la chose, ni aucun droit sur la valeur (le droit de préférence du créancier gagiste naît du contrat de gage et doit être distingué du droit de rétention). Le rétenteur peut en revanche paralyser l'utilité de la chose pour le débiteur en la conservant par-devers lui. En un mot, la seule prérogative du rétenteur est de refuser la restitution du bien au débiteur et de garder ce dernier en sa possession jusqu'à ce qu'il obtienne le paiement de sa créance. Ce droit, s'il s'exerce de manière passive est d'une grande efficacité pour plusieurs raisons.

La première tient à son indivisibilité. Chaque fraction de la créance est garantie par la chose tout entière et le créancier rétenteur peut refuser la restitution jusqu'à complet paiement de sa créance. Cette indivisibilité est encore renforcée lorsque le droit de rétention naît dans le cadre d'un contrat de gage, l'article 2082 alinéa 2 du Code civil conférant au gagiste la possibilité de refuser la restitution pour obtenir le paiement d'une dette née postérieurement à la constitution du gage et devenue exigible avant le paiement de la créance garantie.

La seconde tient à son opposabilité. La Cour de cassation estime en effet que le rétenteur peut se prévaloir de son droit sur la chose non seulement à l'encontre du débiteur mais également à l'encontre des tiers même non tenus de la dette⁴⁷. Ainsi le droit de rétention est opposable aux héritiers du débiteurs, à ses successeurs universels ou à titre universel. Il est opposable aux créanciers du débiteur, qu'ils soient chirographaires ou privilégiés, et quel que soit le rang de leur privilège. Enfin, le juge considère qu'il est même opposable au propriétaire du bien qui ne serait pas le débiteur⁴⁸.

La troisième raison est particulièrement importante. Si le rétenteur n'a, en principe, aucun droit sur la valeur de la chose, la jurisprudence estime que lorsque la vente en justice du bien est poursuivie par les créanciers du débiteur, le droit de rétention est reporté sur le prix dégagé de la vente. Concrètement, une fraction du prix correspondant au montant de la créance du rétenteur sera prélevée pour payer ce dernier. Ce report du droit sur le prix ne correspondant pas techniquement à l'exercice d'un droit de préférence, il reste par nature en dehors du classement des privilèges. Le rétenteur échappe à tout concours avec les autres créanciers quel que soit leur rang. Comme le soulignent les professeurs Cabrillac et Mouly, « cette règle [...] dissimule, en réalité, la substitution d'un véritable privilège de premier rang au droit de rétention »⁴⁹.

Enfin, l'efficacité du droit résiste à l'ouverture d'une procédure collective.

b) L'incidence de l'ouverture d'une procédure collective

Le créancier rétenteur dispose d'avantages substantiels en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du constituant.

Pendant la période d'observation, l'article L621-24 alinéa 3 du Code de commerce énonce que : « *le juge-commissaire peut [autoriser l'administrateur ou le chef d'entreprise] à payer des créances antérieures au jugement, pour retirer le gage ou une chose légitimement retenue, lorsque ce retrait est justifié par la poursuite de l'activité* ». Cette disposition a une double signification. Elle permet le paiement au rétenteur d'une créance née avant le jugement d'ouverture nonobstant le principe de l'interdiction du paiement des créances antérieures posé par l'alinéa 1^{er} de l'article L621-24 du Code de commerce. En outre, en permettant au créancier de retenir le bien jusqu'à complet paiement de sa créance, le

⁴⁷ Cass. civ. 1^{er}, 7 janvier 1992, JCP 1992. II. 21971; RTD civ. 1992. 586.

⁴⁸ Cass. civ. 1^{er}, 22 mai 1962, D. 1965, 58.

⁴⁹ Cabrillac et Mouly, Droit des sûretés, éd. Litec, n°561.

législateur a nécessairement fait passer celui-ci avant tous les autres créanciers de la procédure et ce, quel que soit leur privilège. En décider autrement reviendrait à vider l'article L621-24 alinéa 3 de son contenu⁵⁰. De plus, la jurisprudence et la doctrine considèrent que la substitution de garantie prévue à l'article L621-25 alinéa 3 ne peut être imposée au rétenteur. Cette solution est justifiée par le fait que nulle autre sûreté n'est susceptible de conférer au rétenteur des garanties équivalentes.

Cette primauté absolue du droit de rétention est respectée quelle que soit l'issue de la procédure, y compris en cas de liquidation judiciaire ou de plan de cession. Lorsque la procédure débouche sur une liquidation, l'article L622-21 alinéa 4 dispose qu' « *en cas de vente par le liquidateur, le droit de rétention est reporté de plein droit sur le prix* ». A l'instar de ce qui se passe hors du contexte d'une procédure collective⁵¹, le rétenteur échappe ainsi à tout concours et prime tous les autres créanciers. Dans l'hypothèse d'un plan de cession, la jurisprudence a décidé que le créancier rétenteur ne peut être contraint de se dessaisir du bien qu'il retient que par le paiement du montant de la créance qu'il a déclarée et non par celui d'une quote-part du prix de cession qui serait affectée à ce bien pour l'exercice du droit de préférence⁵².

La transposition des prérogatives du rétenteur dans le cadre d'une procédure collective au créancier titulaire d'un gage de compte d'instruments financiers ne pose pas réellement de difficultés. En revanche, il est difficile de déterminer le contenu précis du droit de retenir lorsque ce droit porte sur des instruments financiers.

2) La transposition aux instruments financiers inscrits en compte

La transposition du droit de rétention aux instruments financiers inscrits en compte a amené la doctrine à s'interroger sur l'aliénabilité des instruments inscrits sur un compte nanti (a). Pourtant, la véritable question nous semble être celle de savoir si les instruments gagés peuvent faire l'objet d'un virement sur un autre compte (b).

⁵⁰ Delebecque, «Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives », JCP, éd. N. 1986, I, 185.

⁵¹ Cf supra II.A.1.a.

⁵² Cass. com. 20 mai 1997, Bull. civ., IV, n°151.

M-J Campana et J-M Calendini, « Droit de rétention et procédure collective : la dissipation des dernières ambiguïtés », JCP, éd. E., n°27, 2 juillet 1998, p.1083.

a) L'aliénabilité des instruments inscrits sur le compte gagé

Le professeur Billiau soutient que le droit de rétention du créancier gagiste a pour conséquence l'impossibilité d'aliéner les instruments financiers nantis⁵³. Il se fonde sur une interprétation a contrario de l'article L431-4-IV du CMF. Cet article dispose que « *Le créancier gagiste définit avec le titulaire du compte les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des instruments financiers et des sommes en toute monnaie figurant dans le compte gagé* ». Le professeur Billiau en déduit qu'à défaut de convention l'y autorisant, le constituant ne peut aliéner les instruments nantis. Cette position ne convainc pas. Elle souffre en premier lieu des faiblesses de toute interprétation a contrario. En effet, il semble tout aussi valable, à la lecture de cette disposition, de soutenir qu'à défaut de convention entre les parties quant à la gestion du compte gagé, les instruments inscrits sont librement cessibles. En second lieu, si l'on admet qu'une telle interprétation a contrario puisse fonder l'indisponibilité des instruments financiers nantis, cette indisponibilité ne résulte pas de l'exercice du droit de rétention qui est par sa nature étranger à la question du transfert de propriété. Il est révélateur à cet égard que le professeur Billiau ait éprouvé le besoin de se référer à cette disposition et non à celle relative au droit de rétention pour fonder sa démonstration.

En réalité, comme le souligne le professeur Derrida, « le droit de rétention n'a jamais porté atteinte à la faculté du propriétaire de l'objet retenu d'aliéner son bien »⁵⁴. Le droit de rétention issu de la mise en possession du bien confère à son titulaire la possibilité d'en refuser la remise matérielle, elle n'empêche pas le constituant de transférer le titre de propriété. Simplement, le créancier rétenteur ne peut être dépossédé du bien retenu. Admettre que le droit de rétention empêche par principe le transfert de la propriété revient à confondre la notion de possession et celle de propriété dont la distinction constitue l'un des fondements du droit des biens.

Dès lors, la question qui subsiste est celle de savoir quelle est dans les faits la nature de cette dépossession à laquelle le créancier gagiste peut s'opposer.

b) Le virement des instruments financiers nantis

⁵³ Marc Billiau, « L'aliénation des instruments financiers inscrits dans un compte nanti », droit et patrimoine, n°82, mai 2000, p.100.

⁵⁴ Fernand Derrida, « La dématérialisation du droit de rétention », mélanges Voirin, 1966, p.177, n°27.

S'interroger sur l'acte qui réalise la dépossession du rétenteur et auquel il peut s'opposer revient en fait à s'interroger sur la nature de la possession du gagiste. C'est-à-dire à analyser le pouvoir de fait dont dispose le gagiste sur les instruments financiers. Et nous voilà revenu au point de départ ! Cela ne doit pas nous surprendre. Comme nous en avons prévenu le lecteur en introduction⁵⁵, la nature particulière de l'institution fait que l'étude des conditions de naissance du droit et l'étude de son exercice sont étroitement imbriquées.

Nous tacherons de démontrer que le contenu du droit de rétention est la possibilité pour le gagiste de refuser le virement des instruments nantis, puis nous verrons que cette impossibilité de procéder au virement a des conséquences variables pour le constituant.

(i) L'interdiction de procéder au virement

La détention des instruments financiers par le gagiste a ceci de particulier qu'elle ne prive pas le constituant de l'usage et de la jouissance de ces derniers : le titulaire du compte continue, sauf convention contraire, à exercer les droits et les prérogatives attachées aux instruments financiers inscrits en compte. C'est donc parmi d'autres actes que pourrait accomplir le titulaire du compte gagé et auxquels peut s'opposer le rétenteur qu'il faut rechercher le pouvoir dont dispose le gagiste en vertu du droit de rétention. En pure logique, il doit exister une symétrie entre l'acte réalisant la dépossession du gagiste et celui permettant sa mise en possession. Nous pouvons ainsi nous appuyer sur les conclusions auxquelles nous avons abouties plus haut s'agissant de l'acte entraînant la dépossession du constituant pour cerner les prérogatives du rétenteur⁵⁶. Ainsi, deux actes peuvent entraîner la dépossession du gagiste, une déclaration faite au teneur de compte et un virement des instruments financiers sur un compte autre que le compte spécial.

La déclaration effectuée par le gagiste au teneur de compte dans laquelle il renoncerait à ses droits constituerait un dessaisissement volontaire entraînant l'extinction du droit de rétention. Le virement des instruments financiers sur un autre compte réaliserait également cette dépossession. Dès lors, il faut en conclure que le créancier gagiste est en droit, en vertu de son droit de rétention, de refuser un tel virement. L'impossibilité pour le constituant de virer les

⁵⁵ cf. supra

⁵⁶ cf supra I. B. 2. b.

instruments nantis sans le consentement du gagiste constitue le cœur du pouvoir de fait exercé par le créancier sur les instruments par l'intermédiaire du teneur de compte. Si l'on raisonne par analogie avec le droit de rétention exercé sur des meubles corporels, ce virement est comparable à la délivrance d'une chose corporelle, délivrance à laquelle le rétenteur peut s'opposer. L'interdiction de procéder au virement est la transposition aux instruments financiers du droit de retenir portant sur des biens corporels.

Certains auteurs ne partagent pas cette opinion. Le professeur Blanluet estime que si l'on admet que les instruments financiers nantis sont librement cessibles, il faut reconnaître à l'acquéreur le droit d'être inscrit en compte⁵⁷. Selon lui, la seule conséquence du droit de rétention est de rendre le droit de gage opposable à l'acquéreur : Le bien nanti, s'il est cédé doit l'être grevé du nantissement. Concrètement, le professeur Blanluet propose que le teneur de compte inscrive les titres au compte du cessionnaire mais que ce compte soit gagé. Pour ce faire, une nouvelle déclaration devrait être adressée par le cessionnaire au teneur de compte, déclaration qui n'aurait pas un effet constitutif mais confirmatif de la sûreté. Outre sa complexité pratique, cette position nous semble erronée en droit. Elle vide le droit de rétention de son contenu : le rétenteur n'a en réalité plus aucun pouvoir de retenir le bien. Elle revient à faire du droit de rétention ni plus ni moins qu'un droit de suite.

(ii) Les conséquences de l'interdiction

L'impossibilité de procéder au virement des instruments financiers inscrits sur le compte gagé sur un autre compte a des conséquences dont la variabilité tient aux différences existant quant au mode de transmission de la propriété des titres.

Lorsque les titres ne sont pas admis à la négociation sur un marché réglementé, le transfert de la propriété est régi par le droit commun de la vente. Ainsi, le transfert de la propriété s'effectue en principe *solo consensu*, c'est-à-dire du seul échange des consentements du cédant et du cessionnaire. Ce principe doit cependant être nuancé lorsque la vente porte sur des choses fongibles (ce qui sera le cas des valeurs mobilières de même catégorie émises par un même émetteur). Dans cette hypothèse, le transfert de propriété est retardé jusqu'à l'individualisation de la chose vendue, une chose non individualisée ne pouvant faire l'objet d'un droit réel. Partant, s'agissant de titres non cotés, l'impossibilité de procéder au virement sur le compte du cessionnaire n'empêchera pas en principe le transfert de la propriété *inter*

⁵⁷ Gauthier Blanluet, « La cession d'actions nanties », D. 1999, 11^e cahier, chron., p.109.

partes, mais aura pour seule conséquence de rendre ce transfert inopposable aux tiers. Cette conséquence ne doit pas être négligée car cette inopposabilité doit être étendue à l'émetteur, aussi, l'acquéreur se trouve privé de la possibilité d'exercer à l'encontre de ce dernier les droits patrimoniaux et extra-patrimoniaux attachés aux titres. Cette conséquence semble néanmoins conforme à la nature du droit de rétention qui permet au créancier de s'opposer à la mise en possession de l'acheteur. En effet, le titre sera en quelque sorte vidé de son contenu économique tout comme le propriétaire dépossédé se trouve se trouve dans l'impossibilité d'accomplir matériellement les actes qui relèvent de son droit de propriété.

Lorsque les titres nantis, qu'ils soient nominatifs ou au porteur, sont admis à la négociation sur un marché réglementé, l'article L431-2 du CMF dispose que « *en cas de cession sur un marché réglementé [...], le transfert de la propriété de ces instruments financiers résulte de leur inscription au compte de l'acheteur, à la date et dans les conditions définies par les règles de place* ». Plus loin, il poursuit en énonçant que, « *en cas d'opération réalisée hors d'un marché réglementé et portant sur des instruments financiers inscrits en compte chez un intermédiaire habilité participant à un système de règlement et de livraison d'instruments financiers mentionné à l'article L330-1, le transfert de propriété résulte du dénouement irrévocable de l'opération tel que les règles de fonctionnement du système de règlement et de livraison mentionné ci-dessus l'ont fixé*.

Le client acquiert la propriété des instruments financiers s'il en a réglé le prix. Tant que le client n'en a pas réglé le prix, l'intermédiaire qui a reçu lesdits instruments financiers en reste propriétaire ». Ainsi, dans les deux cas, que les titres soient cédés sur le marché ou hors marché, le transfert de propriété supposera le virement des instruments sur le compte du cessionnaire. Partant, l'impossibilité de procéder au virement des titres nantis fera obstacle au transfert de la propriété. Cette conséquence peut paraître en contradiction avec la position que nous avons soutenue précédemment, à savoir que l'exercice du droit de rétention est par nature étranger à la question du transfert de la propriété. Elle ne l'est pas. En effet, l'inaliénabilité des titres dans cette circonstance particulière n'est pas une inaliénabilité de principe. Il s'agit d'une inaliénabilité *de facto* qui n'est que la résultante du mode particulier de transmission de la propriété des titres cotés.

Le contenu du droit étant précisé, il faut s'interroger sur sa portée.

B) La portée du droit de rétention dans le gage de compte d'instruments financiers

Nous verrons que le droit de rétention dans le gage de compte d'instruments financiers est un droit à géométrie variable (1), puis nous examinerons son efficacité (2).

1) Un droit à géométrie variable

Comme l'a souligné le professeur Libchaber, « le marché financier est devenu erratique au point qu'une vigilance de tous les instants s'impose, la réponse aux évolutions des cours se devant d'être prompt »⁵⁸. En d'autres termes, la gestion efficace d'un portefeuille d'instruments financiers suppose de pouvoir procéder à des arbitrages en fonction de l'évolution des cours. Le gestionnaire d'un portefeuille de valeurs mobilières qui se contenterait d'en percevoir les fruits s'exposerait à une perte de valeur rapide de son portefeuille. L'une des critiques adressées au nantissement de valeurs mobilières avant la réforme de 1996 était précisément de geler les actifs gagés et d'empêcher par voie de conséquent une gestion efficiente du portefeuille du constituant. Pour pallier cette difficulté, la loi de modernisation des activités financières est venue prévoir la possibilité d'une convention passée entre le gagiste et le constituant. L'option laissée aux parties de compléter le gage par une convention ne fait-elle pas du droit de rétention un droit à géométrie variable ? Nous distinguerons selon que le gage a été complété par une convention portant sur la gestion du compte gagé (a) ou non (b).

a) En présence d'une convention de gestion

L'article L431-4-III du CMF dispose que : « *le créancier gagiste définit avec le titulaire du compte les conditions dans lesquelles ce dernier peut disposer des instruments financiers et des sommes en toute monnaie figurant au compte gagé* ». L'article 4 du décret du 21 mai 1997 prévoit quant à lui que, lorsque le créancier n'est pas le teneur de compte, la convention doit être notifiée au teneur de compte qui ne peut déroger aux instructions reçues sans l'aval du créancier gagiste.

⁵⁸ Rémy Libchaber, « Le portefeuille de valeurs mobilières : bien unique ou pluralité de biens ? », défrénois 1997, article 36464.

Quel est l'impact d'une telle convention sur le droit de rétention du gagiste ?

La convention doit définir dans quelle mesure, le constituant peut disposer des instruments financiers nantis, c'est-à-dire en aliéner la propriété. Une interprétation stricte devrait a priori conduire à considérer que la convention ne touche pas au droit de retenir du créancier gagiste qui permet à ce dernier non pas de refuser le transfert de propriété mais de s'opposer au virement des instruments sur un autre compte⁵⁹. Cette interprétation est confirmée par le texte de l'article L431-4-III poursuit en énonçant que « *le créancier gagiste bénéficie en toute hypothèse d'un droit de rétention sur les instruments financiers [...] inscrits au compte gagé* », et donc y compris en présence d'une convention de gestion permettant au constituant d'aliéner librement les titres.

Pourtant, telle n'est pas, à notre avis, l'interprétation qui doit être retenue. L'objectif du législateur a été de permettre aux parties, dans leur intérêt mutuel, d'organiser une gestion dynamique du compte en permettant au constituant de vendre rapidement en cas d'évolution des cours. L'objectif ne serait pas atteint si le constituant devait systématiquement demander au gagiste la permission de procéder au virement pour effectuer chaque transaction. Nous nous trouverions dans une situation identique à celle existant avant la réforme où une mainlevée préalable était requise avant toute opération. Aussi, nous pensons que lorsque la convention autorise le constituant à disposer des instruments inscrits en compte, cette convention emporte nécessairement renonciation par le gagiste à son droit de rétention.

En cela, la possibilité accordée aux parties d'aménager la gestion du compte par une convention dont la teneur dépend de l'imagination contractuelle dont elles feront preuve, fait du droit de rétention un droit à géométrie variable évoluant au gré de ce que les parties ont pu prévoir.

Cependant, même lorsque le gagiste a autorisé le constituant à disposer des instruments financiers inscrits en compte, le droit de rétention conserve une utilité résiduelle. Il faut en effet admettre que dans le délai courant entre la mise en demeure adressée au constituant et au teneur de compte et la date de réalisation effective du gage, le créancier gagiste recouvre son droit de rétention quels que soient les termes de la convention. A défaut, le risque de détournement du gage dans ce laps de temps serait grand.

b) En l'absence d'une convention de gestion

⁵⁹ Cf supra II.A.2.b.

En l'absence de convention passée entre le gagiste et le constituant, la question qui se pose est celle de savoir si le gagiste ne peut pas être contraint de renoncer à son droit de rétention.

L'hypothèse de départ est la suivante : un gage a été constitué sur des instruments financiers qui perdent de la valeur en raison de l'évolution défavorable des cours de bourse. Le constituant désireux de procéder à la vente des instruments nantis afin de minorer ses pertes dispose-t-il d'un quelconque moyen juridique pour forcer le gagiste à lever l'interdiction de virement des titres qui résulte du droit de rétention ? Plusieurs pistes sont envisageables.

La première se trouve dans le régime de droit commun du gage. L'article 2080 du Code civil dispose que : « *le créancier répond, selon les règles établies au titre Des contrats ou des obligations conventionnelles en général, de la perte ou détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence* ». C'est dire que le gagiste engage sa responsabilité contractuelle en cas de perte ou de détérioration de la chose gagée survenue par sa faute. Dans l'hypothèse qui nous intéresse, il paraît difficile d'admettre que cette disposition puisse servir de fondement à une action en responsabilité contre le gagiste ayant laissé les titres se déprécier. En effet, en application de la théorie de la causalité adéquate, théorie retenue par la jurisprudence et la doctrine, seul l'événement qui a pu normalement produire le dommage doit être considéré comme la cause efficiente. En l'espèce, la perte de valeur des titres résulte au premier chef de l'évolution du cours de bourse et non de l'attitude du créancier ; attitude qui ne peut dès lors être la cause du préjudice subi par le constituant. Ensuite, l'exercice d'un droit, en l'espèce le droit de rétention, ne peut en principe constituer une faute sous réserve d'un éventuel abus.

La théorie de l'abus de droit est précisément la deuxième piste que l'on peut envisager. Sans entrer dans des détails qui dépasseraient le cadre de cette étude, la jurisprudence retient généralement comme critère de l'abus dans l'exercice d'un droit, la volonté de nuire de son titulaire. Dès lors on peut penser que le juge sanctionnerait le gagiste qui aurait refusé le virement des instruments financiers dans le seul but de nuire au constituant.

Enfin, il est également possible de défendre que le principe de bonne foi, qui doit régir l'exécution des contrats conformément à l'article 1134 du Code civil, peut contraindre le gagiste, dans certaines circonstances, à renoncer à l'exercice de son droit de rétention.

2) L'efficacité du droit de rétention

L'efficacité d'un droit est tributaire de la sanction de sa méconnaissance. S'interroger sur l'efficacité du droit de rétention dans le gage de compte d'instruments financiers suppose donc d'examiner les conséquences du virement des instruments financiers sur un compte autre que le compte gagé auquel le teneur de compte aurait procédé sur l'ordre du constituant sans l'autorisation du gagiste. Le gagiste dont le droit de rétention aurait ainsi été méconnu pourrait engager la responsabilité du teneur de compte (a). En revanche, les droits dont il disposerait à l'encontre du tiers acquéreur des instruments financiers sont des plus incertains (b).

a) La responsabilité du teneur de compte

Comme nous l'avons vu précédemment, il n'existe aucune relation contractuelle entre le gagiste et le teneur de compte⁶⁰. A la différence du tiers convenu dans le gage de droit commun, le teneur de compte est un « tiers obligé » qui ne possède les instruments financiers pour le compte du gagiste que par l'effet de la loi. Dès lors le fondement de l'action en responsabilité du gagiste à son encontre ne peut être que délictuel. La base légale de ladite action est l'article 1382 du Code civil. L'aboutissement de l'action suppose ainsi l'existence d'un préjudice, d'une faute et d'un lien de causalité entre les deux. Le préjudice se caractérise aisément. Il s'agit d'un préjudice pécuniaire résultant de la quasi-impossibilité pour le gagiste de recouvrer les instruments financiers formant l'assiette de sa sûreté⁶¹. La faute se définit comme le manquement à une obligation imposée par le droit. Aucun texte légal n'impose expressément au teneur de compte de refuser de procéder au virement sans l'autorisation du créancier gagiste. Seul l'article 4 du décret du 21 mai 1997 évoque les obligations du teneur de compte à l'égard du créancier et énonce que le teneur de compte ne peut déroger aux dispositions de la convention qui lui a été notifiée. Pourtant, en vertu du principe nul ne peut ignorer la loi, il semble que le teneur de compte ne puisse méconnaître le droit de rétention dont le gagiste est titulaire. Il doit donc être tenu d'une obligation implicite de refuser le virement, obligation dont la violation constitue une faute. A défaut, le droit de rétention du créancier serait vidé de tout contenu et privé d'efficacité.

⁶⁰ cf supra I. B.2.a.

⁶¹ Cf infra II.B.2.b.

La réparation de son préjudice par le teneur de compte est d'autant plus appréciable pour le gagiste qu'il semble peu probable qu'il puisse faire valoir ses droits à l'encontre du tiers acquéreur des instruments financiers.

b) La situation du tiers acquéreur

Le professeur Billiau estime que, dans la mesure où le gage de compte d'instruments financiers est opposable aux tiers dès sa constitution en vertu de l'article L431-4-I du CMF, l'inscription réalisée en méconnaissance des droits du gagiste doit être sanctionnée par une inopposabilité ayant pour effet la réintégration de l'instrument financier dans le compte gagé⁶². Cette prise de position nous paraît un peu rapide pour plusieurs raisons. Tout d'abord, elle n'explicite pas réellement le fondement juridique sur la base duquel le gagiste peut agir. Ensuite, dans le gage de droit commun portant sur un bien meuble corporel, les droits du gagiste, lorsque le gage a été valablement constitué, sont également opposables aux tiers. Cette circonstance n'empêche pas le tiers acquéreur de la chose gagée d'être protégé contre une action du gagiste par l'article 2279 du Code civil. Enfin, cette prise de position fait fi des difficultés techniques liées à la fongibilité des titres et aux particularités de leur cession lorsqu'ils sont négociés sur un marché réglementé.

En principe le rétenteur, en cas de dépossession fortuite et involontaire, est protégé par l'action possessoire adéquate sur le fondement de l'article 2282 alinéa 2 du Code civil qui étend la protection possessoire au détenteur précaire⁶³. De façon plus précise, cette action est l'action en réintégration prévue par le nouveau code de procédure civile. Le tiers acquéreur ne bénéficie pas de la protection de l'article 2279 du Code civil, ce dernier n'étant applicable qu'à la possession de biens meubles corporels⁶⁴. Cette action est elle néanmoins susceptible d'aboutir ? Il faut distinguer plusieurs hypothèses.

Lorsque les titres sont au nominatif, il n'y aura pas de difficulté à retrouver le tiers acquéreur. Les titres auront en effet été virés sur un compte tenu par la personne morale émettrice. En revanche, la fongibilité des titres pourra faire obstacle à l'action du rétenteur. Il est en effet impossible de faire valoir un droit lorsque son objet n'est pas défini.

⁶² Marc Billiau, « L'aliénation des instruments financiers inscrits dans un compte nanti », droit et patrimoine, n°82, mai 2000, p.100.

⁶³ Simler et Delebecque, Droit civil, les sûretés la publicité foncière, Dalloz, 3^{ème} éd., n°503.

⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, Bull. civ. I, n°144.

Si les instruments financiers virés sont des titres au porteur, les choses se compliquent. En cas de cession de gré à gré, l'acquéreur pourra être identifié, mais tout comme pour les titres au nominatif, leur fongibilité risque de faire obstacle à l'action du rétenteur. En revanche, en cas de cession sur un marché réglementé, la négociation aura été effectuée par l'intermédiaire de prestataires de services d'investissement, les ordres appareillés par l'entreprise de marché, un solde net de titres à livrer aura été déterminé par la chambre de compensation, et enfin les titres auront transité par le système de règlement et de livraison. Concrètement, il sera impossible de retrouver l'acquéreur, ce qui constitue un obstacle de fait à toute action du rétenteur à son encontre.

Conclusion

En linguistique, Saussure a distingué le langage performatif du langage descriptif. Le langage performatif, à l'inverse du langage descriptif qui est un langage *sur* le monde, est un mode de discours qui crée sa propre réalité. Un exemple peut être donné. La phrase « je te bénie » prononcée par le prêtre, de par la position que ce dernier occupe dans l'ordre ecclésiastique, réalise par sa seule énonciation l'acte de bénir. La parole du législateur, par essence, en vertu du pouvoir normatif dont il est investi, est performative. La simple formulation de la règle transforme cette dernière en réalité juridique qui s'impose au sujet de droit. Le mérite de cette courte étude est peut-être de montrer les limites du caractère performatif de la langue législative. Comme nous avons tenté de le démontrer, la loi ne peut s'affranchir des réalités techniques et des principes qui sous-tendent notre système juridique. La consécration expresse d'un droit de rétention dans le gage de compte d'instruments financiers sans se préoccuper de savoir si les conditions objectives de naissance du droit sont réunies ni quelles sont les modalités techniques de son exercice ne suffit pas à créer le droit. Cette démarche à l'emporte-pièce force le juriste à s'interroger sur les raisons qui ont conduit le législateur à conférer un droit de rétention sur les instruments financiers inscrits au compte gagé. La conséquence principale du droit est d'interdire le virement des titres sur un compte autre que le compte gagé. A la vérité, cette interdiction découle implicitement de la possibilité de constituer une sûreté sur des titres. Comment en effet assurer l'efficacité d'une telle garantie et éviter un risque de détournement du gage en l'absence d'une telle interdiction ? Point n'était besoin de recourir au droit de rétention. On peut penser en réalité que le Parlement, sous la pression

du lobby bancaire, a souhaité faire du gage de compte d'instruments financiers une sûreté capable de concurrencer les remises de titres en pleine propriété, sans en avoir les incertitudes juridiques et fiscales. A ce titre, le droit de rétention donne au gagiste une primauté absolue sur les autres créanciers notamment en cas de faillite du constituant. Cette primauté absolue apporte au créancier gagiste une sécurité équivalente à celle du transfert de propriété, tout en permettant au constituant d'exercer les droits attachés aux instruments financiers nantis.