

UNIVERSITE CATHOLIQUE DE LOUVAIN

FACULTE DE DROIT

CENTRE DE DROIT DES OBLIGATIONS

La mobilisation des créances

à titre de garantie.

par P.H. DELVAUX.

Doc.79/4

Etude destinée à être
publiée dans les Actes
des IXèmes Journées d'Etudes
Juridiques Jean Dabin
("La transmission des obligations").

LA MOBILISATION DES CREANCES

A TITRE DE GARANTIE.

C'est, semble-t-il, un arrêt du Parlement de Paris du 9 juillet 1698 (1) qui, le premier, a sanctionné l'utilisation d'une créance comme instrument de crédit.

Cette décision était dans la logique de l'évolution de notre droit, dès lors que les créances s'étaient vu reconnaître suffisamment d'autonomie par rapport aux personnes qu'elles liaient les unes aux autres pour devenir, au même titre que les meubles corporels, éléments cessibles du patrimoine des créanciers.

La mobilisation des créances à titre de garantie est aujourd'hui opération quotidienne, tant en droit civil qu'en droit commercial et en particulier en droit bancaire : prêt sur titres, affacturage, escompte et réescompte d'effets de commerce, ou mise en gage de créances sur l'Etat n'en sont que les manifestations les plus connues.

Le législateur s'est préoccupé, dans certaines hypothèses, de faciliter cette mobilisation par l'adoption de réglementations conformes aux nécessités de la pratique : ainsi en est-il de la loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce, en ce qui concerne certains éléments incorporels de ce fonds, comme le droit au bail, et de celle du 31 mars 1958 sur l'endossement de la facture.

(1) Cité par P. HARDEL - "Etude de la notion de dessaisissement en matière de gage en droit français" - Sirey 1933, p. 20 ; POTHIER, quant à lui, ne cite qu'un arrêt de la Cour des Aides du 18 mars 1769, cfr. "Du nantissement" - Oeuvres, Tome V, p. 478, note 1.

Le droit commun de la matière reste toutefois celui du gage. C'est qu'assimilée aux meubles corporels, la créance en a partagé le sort. Or le Code civil de 1804 ne connaît d'autre moyen de constituer un bien meuble en assiette d'une sûreté réelle conventionnelle que le recours à ses articles 2071 à 2084.

Dans la première partie de la présente étude, nous chercherons, après avoir rappelé les modalités d'application des règles du gage aux créances telles qu'elles résultent de la loi et de son interprétation par la jurisprudence, à cerner les difficultés principales que ces modalités soulèvent à l'heure actuelle et les solutions qui peuvent y être apportées dans le cadre-même du contrat de nantissement.

La seconde partie de notre étude s'attachera à l'examen d'une institution originale, reconnue déjà par plusieurs droits étrangers et dans l'adoption de laquelle d'aucuns ont vu le remède à l'inadéquation du contrat de gage aux exigences de la pratique : la fiducie.

1. LA MISE EN GAGE DES CREANCES.

L'on ne peut saisir les termes et l'enjeu des controverses qui entourent aujourd'hui l'organisation du contrat de gage et, plus particulièrement, celle de la mise en gage des créances, sans avoir à l'esprit la construction que la jurisprudence et la doctrine ont fondée, après l'entrée en vigueur du Code Napoléon, sur les textes que celui-ci consacrait à ce contrat.

C'est à l'examen de cette construction, que nous appellerons la théorie classique du gage, que nous nous attacherons d'abord. L'on ne s'étonnera pas, dès lors, de ne pas trouver, dans cet examen, de références aux courants contestataires qui, parfois depuis longtemps, ont remis en cause cette théorie classique : l'étude des principaux d'entre eux se fera en un second temps, à l'occasion de l'analyse des insuffisances de cette théorie.

A. La théorie classique.

Le contrat de gage présente, dans notre droit par ailleurs dominé par la principe du consensualisme, cette particularité d'être, comme le prêt, le dépôt et le don manuel, un contrat réel. Il n'existe donc que pour autant qu'à l'échange des consentements entre parties vienne s'ajouter la tradition de la chose, ou plus généralement, - si l'on veut bien considérer qu'il n'est de choses que perceptibles par les sens (2) -, du bien donné en gage. La tradition, dira-t-on, est de l'essence du gage (3).

L'on voit la consécration légale de cette nature bâtarde du gage dans la rédaction-même de l'article 2071 du Code civil, selon lequel "le nantissement est un contrat par lequel le débiteur remet - et non s'oblige à remettre - une chose à son créancier pour sûreté de la dette".

Ce principe rappelé, quelles sont alors les conditions de validité et d'opposabilité aux tiers auxquelles doit satisfaire la mise en gage d'une créance ?

1) Le gage civil.

Cette question trouve, en matière civile, sa réponse dans les articles 2075 et 2076 du Code.

L'article 2075 impose la rédaction, pour la mise en gage de tous meubles incorporels, d'un acte public ou privé dûment enregistré. A cette première exigence, commune à la mise en gage des meubles corporels (article 2074), s'ajoute celle de la signification au débiteur de la créance gagée. C'est là une condition d'opposabilité du gage aux tiers, identique à celle qu'énonce, en matière de cession de créance, l'article 1690 du Code civil.

-
- (2) WILLE et FIEVET - "Des biens et des différentes modifications de la propriété" - Nouvelles de Droit civil, Tome III, n° 2 et 75.
DE PAGE, Traité élémentaire de Droit civil belge, Tome V, n° 532 et 551. Dans la jurisprudence récente : Cass., 7.4.1967, Pas. 1967, I, 926 (solution implicite).
- (3) Rapport du Tribun GARY - Travaux préparatoires du Code civil, par A. FENET - Tome XV, p. 214 Pothier, op. cit., n° 4, p. 478 ; LAURENT, Principes de Droit civil, Tome 28, n° 435 ; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, Traité de Droit civil, Tome 25, n°s 6 et ss ; DE PAGE, Traité, Tome VI, n° 1046 et 1047 et références à la jurisprudence ; GROSLIERE - Encyclope. Dalloz, Droit civil, IV, Gage n° 58 et ss., 1972.

Doctrines et jurisprudence ne s'y sont pas trompées, puisqu'elles ont décidé qu'il y avait lieu, malgré le silence de l'article 2075 à cet égard, d'assimiler à la signification, en cas de mise en gage, l'acceptation du débiteur par acte authentique expressément admise en cas de cession (4). Certes, l'article 1690 n'exige que la signification du fait du transport, alors que l'article 2075 requiert la signification de l'acte même du transport, mais cette différence minime s'explique par ce que seul l'article 2075 impose expressément l'établissement d'un écrit. Le parallélisme entre les articles 1690 et 2075 du Code civil est donc total : même raison d'être, mêmes formalités, même sanction et, à la base de chacun d'eux, même fiction : la publicité à l'égard du seul débiteur de la créance cédée ou gagée est censée efficace à l'égard de tous les tiers, dont on suppose qu'ils iront s'informer auprès de lui. Laurent, déjà, regrettait ce simplisme (5).

La signification n'est requise que dans les seuls cas de mise en gage de meubles incorporels où elle est possible, c'est-à-dire dans ceux où il y a un débiteur (6); ainsi ne sera-t-elle exigée ni pour la mise en gage de droits réels mobiliers, ni pour celle de brevets d'invention.

L'article 2076 du Code civil énonce que le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que celui-ci a été mis et est resté en possession du créancier gagiste ou d'un tiers convenu.

L'on pourrait croire que cette disposition ne fait qu'exprimer la nécessité d'une tradition qu'impliquerait déjà, nous l'avons vu, l'article 2071, dont elle ne serait dès lors qu'un doublet. En réalité, si ces articles concernent tous deux l'obligation de dépossession, ils se situent sur deux plans différents. L'article 2071

(4) PLANIOL, Traité élémentaire de Droit civil, 3ème éd., Tome II, n° 2409 ; BAUDRY - LACANTINERIE, op. cit., n° 60 ; DE PAGE, op. cit., n°s 1041 A et 1043 ; contra : LAURENT, op. cit., n° 464 ; voir aussi, apparemment en sens contraire, mais sans explication, VAN RIJN et HEENEN. Traité de Droit commercial, Tome IV, 1ère éd., n° 2569, note (1).

Dans la jurisprudence : Cass. fr., 4.1.1905, Sirey 1905, I, 113.

(5) LAURENT, op. cit., n° 461 et n° 476.

(6) LAURENT, op. cit., n° 465 ; BAUDRY - LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit. n° 66 ; GUILLOUARD, "Ou nantissement", n° 115 - Paris, 1896 ; DE PAGE, op. cit., n° 1047.

concerne les conditions de formation du contrat de gage, alors que l'article 2076 envisage la dépossession comme condition de "subsistance du privilège" du créancier-gagiste sur le bien donné en gage et se place ainsi au niveau des effets du contrat de gage à l'égard des tiers (7). Cette différence est assez formelle, puisque sans dépossession, le contrat de gage n'existe pas et le problème de son opposabilité aux tiers ne se pose pas.

L'utilité de l'article 2076, dans la théorie classique du gage, procède dès lors de ce qu'à l'occasion de la réglementation de l'efficacité du privilège, il précise la portée et les modalités d'une tradition qui est d'abord condition d'existence du contrat et dont l'article 2071 ne permet d'inférer que le principe.

Ainsi l'article 2076 nous apprend-t-il que si la tradition est nécessaire à la naissance du contrat, la possession qui s'ensuit doit se maintenir dans le chef du créancier pour que subsiste le privilège. Il prévoit aussi qu'à la mise en possession du créancier lui-même peut valablement se substituer la mise en possession d'un tiers convenu.

Ce sont cependant les premiers mots de l'article qui, dans le cadre de cette étude, nous importent le plus : la mise en possession et le maintien en possession sont nécessaires "dans tous les cas". Si l'on considère que l'article 2074 concerne les meubles corporels et l'article 2075 les meubles incorporels, l'on ne peut douter de ce que l'article 2076 vise, par ces quatre mots initiaux, tant les uns que les autres (8).

La mise en gage d'un meuble incorporel, et plus particulièrement d'une créance, suppose donc, au même titre que celle d'un meuble corporel, une tradition. Mais une tradition de quoi, puisque, par hypothèse, il n'y a pas de "corpus" susceptible d'être remis au

(7) LAURENT, op. cit., n° 470 ; DE PAGE, op. cit., n° 1047.

(8) LAURENT, op. cit., n° 469 ; BAUDRY - LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., n° 74 ; DE PAGE, op. cit., n° 1053.

créancier ? Doctrine et jurisprudence ont cru résoudre cette difficulté, dès avant la Codification de 1804 (9), en exigeant la remise du titre représentatif du meuble incorporel ou de la créance. Elles ont déduit de cette exigence qu'en l'absence d'un tel titre, il n'y avait pas de mise en gage possible (10). Nous touchons là au point le plus contesté de la théorie classique de la mise en gage des créances, mais préférons réserver à la partie critique de la présente section l'examen des thèses en conflit.

Telles sont donc les principales dispositions qui gouvernent la mise en gage des créances en droit civil.

2) Le gage commercial.

Conscient de la rapidité et de la souplesse requises par les matières commerciales, le législateur de 1804 avait prévu, comme l'atteste l'article 2084 du Code civil, que les règles qu'il édictait ne pouvaient leur être appliquées sans aménagement.

Il fallut attendre, cependant, les lois du 27 mai 1863 en France et du 5 mai 1872 en Belgique pour que fussent introduites des réglementations générales des gages constitués pour sûretés d'obligations commerciales.

La loi belge de 1872 ne règle pas le gage commercial de manière totalement autonome par rapport au gage civil (11) : elle se contente de simplifier les exigences de preuve et de publicité énoncées par les articles 2074 et 2075, et d'organiser une procédure de réalisation du gage moins lourde que celles qu'impose l'article 2078.

(9) POTHIER - "Du nantissement", Œuvres, T. V, p. 478 et 479 note (1) ; "De l'hypothèque", Œuvres, T.V, p. 470.

(10) LAURENT, op. cit., n° 477 ; BAUDRY - LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit., n° 475 ; GUILLOUARD, op. cit., n° 91 ; DE PAGE, op. cit., n° 1031 et 1053 ; GROSLIERE - Encycl. Dalloz, op. cit., n° 177 et 178. Dans la jurisprudence, voir Cass. fr. 20.1.1886, Dalloz Pér. I 1886, p. 406 ; Bruxelles 3.2.1873, Pas., 1873, II, 116 ; Liège, 2.6.1920, Pas. 1920, II, 124 ; Liège 25.11.1937, Pas. 1938, II, 89 ; comm. Alost, 13.5.1954, R.W. 1954-1955, col. 1120 et ss. ; civ. Liège 30.5.1956, Jur. Lg. 1956-1957, 74.

(11) DE PAGE, op. cit., tome VI n° 1099 ; VAN RIJN et HEENEN, op. cit., Tome IV, n° 2564.

En son article premier, cette loi énonce comme conditions d'efficacité du privilège attaché au gage l'établissement de ce gage conformément aux modes admis en matière de commerce pour la vente de choses de même nature et la tradition du bien donné en gage.

Que modifie cette disposition en ce qui concerne les créances ? Rien pour ce qui est de la dépossession, qui reste requise dans les mêmes termes que ceux de l'article 2076 du Code civil (12). Sont au contraire écartées les stipulations de l'article 2075, mais en partie seulement, puisqu'à la signification de l'acte de mise en gage prévue par celui-ci se substitue la signification du transport que requiert, en matière de vente de créance, l'article 1690 du Code civil.

C'est dire que la loi de 1872 n'allège que fort peu la mise en gage des créances ordinaires : la rédaction d'un écrit reste en pratique quasiment nécessaire pour permettre la signification, et seule disparaît la nécessité de procéder à l'enregistrement de cet écrit, s'il est sous seing privé. Par contre la loi consacre l'application en matière de gage des procédés simplificateurs déjà élaborés par la pratique pour assurer la cession des créances incorporées dans un titre négociable, des effets de commerce ou encore des actions de société au porteur (13).

L'article 3 de la loi permet, quant à lui, au créancier gagiste de percevoir même les capitaux des valeurs données en gage, tandis que ses articles 4 et suivants substituent à la procédure ordinaire de réalisation du gage une procédure à brefs délais introduite sur requête devant le Président du Tribunal de Commerce, qui peut autoriser même la vente de gré à gré (14).

(12) DE PAGE, op. cit., tome VI, n° 1046 ; FREDERICQ - Traité de droit commercial, tome II, n° 406.

(13) Sur ces différents points, voir DE PAGE, op. cit., tome VI, n° 1042 ; VAN RIJN et HEENEN, op. cit., tome IV, n° 2570 et ss.

(14) Pour la loi française sur le gage commercial, voir Jean FOYER - "Le principe du gage avec dépossession : la loi de 1863 et ses précédents" IN : "Le gage commercial" p. 15 à 82, Etudes sous la direction de Joseph HAMEL - Dalloz 1953.

B. Critiques et perspectives de solutions.

L'organisation de la mise en gage des biens meubles, telle qu'elle découle du système classique dont nous venons d'esquisser les lignes de force, est faite d'un subtil équilibre entre l'intérêt du créancier gagiste, celui de son débiteur et celui, enfin, des tiers au contrat, parmi lesquels, éventuellement, le débiteur de la créance nantie.

Le créancier gagiste, mis en possession du bien donné en gage, devient le gardien de l'efficacité de son privilège.

Le débiteur gagiste, qui reste propriétaire du gage, en voit la valeur protégée par les règles strictes qui en conditionnent la réalisation. Les tiers ne risquent pas d'être induits en erreur, quant à la solvabilité du débiteur gagiste, par la présence au sein du patrimoine de celui-ci du bien gagé puisque, par la dépossession, cette présence a pris fin. Dans le cas du nantissement d'une créance, il leur est même loisible de s'informer auprès du débiteur de celle-ci, qu'aura averti la signification requise en matière civile par l'article 2075, en matière commerciale par l'article 1690 du Code civil.

Dépossession, réalisation contrôlée et signification, les piliers de l'édifice, font toutefois aujourd'hui l'objet des plus vives critiques de la part du monde de la pratique et d'une partie de la doctrine, en particulier lorsque le bien donné en gage est une créance.

Après avoir brièvement évoqué les difficultés nées de la signification et des conditions de réalisation du gage, nous nous attacherons plus particulièrement au problème de la dépossession sous ses différents aspects.

1) La signification.

Lourdeur des formalités imposées ; inaptitude de ces formalités à remplir, à l'égard des tiers autres que le débiteur de la créance donnée en gage, le rôle de publicité qui pourtant est leur seule raison d'être : tels sont les reproches adressés de plus en plus fréquemment aux articles 1690 et 2075 du Code civil.

L'on pourrait croire, dès lors, qu'il suffirait de substituer à ces formalités des modes d'avertissement du débiteur de la créance mise en gage plus maniables et plus compatibles avec les exigences du commerce. Il n'en est rien : l'insuccès relatif de la loi du 25 octobre 1919, réformée par la loi du 31 mars 1958, sur l'endossement translatif ou pignoratif des factures (15) démontre que c'est le principe même d'un avertissement au débiteur cédé - cet avertissement fût-il le fait d'un simple pli recommandé - qui heurte le commerçant, désireux de mobiliser les créances dont il dispose sur sa clientèle, mais non d'engendrer chez celle-ci de réflexe de mauvaise humeur ou de méfiance à son égard.

Le système actuel touche aux frontières de l'absurde lorsque le créancier gagiste et le débiteur de la créance gagée ne font qu'un : ainsi en est-il en matière bancaire lorsqu'un compte bloqué est affecté par son titulaire à la garantie d'une ouverture de crédit consentie par la banque auprès de laquelle le compte a été ouvert. L'on exige dans ce cas que le banquier se signifie à lui-même la mise en gage, de manière à la rendre opposable à des tiers qui n'en seront en réalité jamais informés à moins d'un hasard (16).

L'innovation la plus intéressante de la loi de 1958 réside en ce qu'elle ne soumet plus à aucune condition de notification l'opposabilité de la cession ou du nantissement de la facture aux tiers autres que le débiteur de la créance cédée ou gagée (17). C'est là reconnaître avec bon sens que l'effet publicitaire d'une notification au débiteur est nul à leur égard. Rien ne s'oppose, à notre avis, à ce que cette solution soit étendue par le législateur à toutes les créances, pour identité de motifs.

Reste à déterminer comment résoudre le dilemme qui se pose quant à ce tiers particulier qu'est le débiteur de la créance donnée en gage ou cédée. C'est qu'en ce qui concerne celui-ci,

(15) P. DE BEUS - Le gage sans dépossession - Rev. Banque 1951, p. 441.

(16) BECQUE et RIEG - Juris - Classeur civil - Gage, tome 23, n° 64.

(17) Article 16, al. 1 de la loi. Voir A. CLOQUET - La Facture LARCIER 1959, n° 817, p. 271 ; VAN RIJN et HEENEN, Traité, tome IV, n° 2571 - De Beus, op. cit., p. 441 et ss.

l'efficacité d'une notification dont il est le destinataire est incontestable, et son utilité évidente (18) : ne pas l'avertir de la mise en gage ou de la cession, c'est exposer le créancier gagiste à voir s'évanouir sa sûreté par le paiement direct de la dette qui en constitue l'assiette entre les mains du débiteur gagiste. Par contre, avertir le débiteur de la créance cédée ou gagée, c'est, au moins lorsque le débiteur gagiste est commerçant, risquer de faire naître la méfiance à son égard. Peut-être cette difficulté pourrait-elle se résoudre par l'obligation qu'imposerait le commerçant à sa clientèle de se libérer à un compte *ad hoc* ouvert auprès de la banque de mobilisation, compte dont le débiteur gagiste n'apparaîtrait comme titulaire que par l'effet d'une convention de prête-nom.

Une telle construction juridique - ouverture d'un compte *ad hoc*, convention de prête-nom - ne se justifierait évidemment que dans la mesure où la remise en gage ou la cession de la créance s'inscrirait dans un ensemble relativement important et continu d'opérations de mobilisation.

Nous n'irons pas plus avant dans l'examen des difficultés qu'engendrent les articles 1690 et 2075 du Code civil et des solutions qui pourraient leur être apportées. D'autres que nous abordent, de manière plus approfondie, dans le présent ouvrage, ces questions qui se posent pour toute cession de créance, à quelque titre qu'elle se fasse.

2) La réalisation du gage.

Le contrôle judiciaire de la réalisation du gage imposé par l'article 2078 du Code civil et, dans une forme plus souple, par les articles 4 et suivants de la loi du 5 mai 1872 en matière commerciale, a pour fonction de protéger la valeur du bien donné en gage.

(18) Sauf dans le cas où créancier gagiste et débiteur de la créance gagée ne font qu'un : *cfr. supra*.

Il a pour corollaire l'interdiction des pactes commissaires, qui permettraient au créancier gagiste de s'approprier un gage dont la valeur serait supérieure à la créance garantie, et des clauses de voie parée qui pourraient l'amener à vendre le gage à un prix juste suffisant pour le remplir de ses droits et ce au détriment de l'intérêt du débiteur à récupérer le solde de sa valeur (19). Depuis l'arrêt de la Cour de Cassation du 4 mars 1865 (20), la jurisprudence admet toutefois la validité des pactes commissaires et des clauses de voie parée lorsqu'ils sont consentis après l'époque d'exigibilité de la dette et même après l'époque de constitution du gage (21) : c'est qu'une fois conclu le contrat de nantissement, le débiteur ne risque plus de succomber à la pression de son créancier.

Les conditions de réalisation du gage énoncées impérativement par la loi s'appliquent en principe aux créances comme aux meubles corporels.

Si elles ne sont guère remises en question en tant que telles, l'on dénote cependant une tendance de la pratique bancaire à chercher à en éviter l'application en préférant au gage d'autres mécanismes de garantie (22) : c'est précisément à l'analyse de cette tendance et des constructions auxquelles elle a conduit que sera consacrée la seconde section de la présente étude.

Nous nous contenterons de noter ici que le devoir - et non seulement le droit (23) - que l'article 3 de la loi du 5 mai 1872 sur le gage commercial fait au créancier gagiste de percevoir aux échéances

(19) Article 2078, al. 2 et article 10 de la loi du 5 mai 1872.

(20) Cassation 4 mars 1865, Pas. 1865, I, p. 211.

(21) VAN RIJN et HEENEN - Traité, tome IV, n° 258D, 2° ; DE PAGE, Tome VI, n° 1076 C ; Rép. Dr. Belge - V° Nantissement, n°s 101, 112 et 113.

Dans la jurisprudence : Bruxelles, 26.9.1953, J.C.B. 1955, p. 163 ; 13.7.1953, Rev. Prat. Sociétés, 1954, p. 246, obs. DEMEUR.

(22) Voir, à ce sujet, A. AGNEESSENS - Etude juridique de l'octroi des crédits garantis par des créances dans la pratique bancaire belge, n°s 4 à 24 et surtout n°s 12 à 15. Revue de la Banque, 1966, p. 294 et ss. ; J.P. APPRILL, "Le Nantissement des créances et des comptes", p. 486-487, IN "Le gage commercial", Etudes HAMEL - Dalloz, 1953.

(23) Bruxelles 11.10.1971; Pas. 1972, II, 7.

et d'imputer sur sa créance même les capitaux des créances données en nantissement simplifié considérablement, lorsqu'il trouve à s'appliquer, la question de la réalisation.

Le même devoir et le même droit existent-t-il dans le chef du bénéficiaire d'un gage civil ? La doctrine affirme, parfois à regret, que ce n'est pas le cas, en se fondant sur une interprétation a contrario de l'article 2081 du Code civil ; ce texte ne mentionne, en effet, que le droit du créancier gagiste de percevoir les intérêts (24). Cette solution nous paraît regrettable ; elle condamne le débiteur de la créance gagée, qui a intérêt à se libérer à l'échéance, à consigner l'argent du paiement, puisqu'il ne peut payer ni à son créancier, le débiteur gagiste, ni au créancier gagiste lui-même. Baudry - Lacantinerie et De Loynes justifient cependant la règle dans les termes suivants : "L'article 2078 pose en principe que le créancier gagiste ne peut pas s'approprier le gage. L'autoriser à recevoir le remboursement du capital serait en quelque sorte lui permettre une appropriation par voie de compensation (25)". Il n'est pas indifférent de relever que les mêmes auteurs estiment que l'argent monnayé ne peut pas être donné en gage (26) - alors qu'une telle opération est fréquente dans la pratique actuelle, et tout à fait licite (26 bis) : ceci explique peut-être cela. En outre, l'on voit mal comment pourrait se réaliser l'appropriation par compensation que craint cet auteur, alors que l'une des dettes n'est, par hypothèse, pas encore exigible. Quand même, d'ailleurs, la compensation viendrait à opérer - et il en sera en tous cas ainsi au jour de l'échéance de la créance garantie - ce serait sans danger pour le débiteur gagiste, puisque les dettes réciproques n'en seraient éteintes qu'à concurrence de la plus faible, et qu'à supposer la créance donnée en gage plus importante que la dette garantie, le créancier gagiste aurait à rendre compte de la différence à son débiteur.

(24) LAURENT, op. cit. n° 460 ; BAUDRY - LACANTINERIE et DE LOYNES, op. cit. n° 98 ; GROSJEAN, op. cit. n° 184 ; Rép. Prat. Droit Belge, V° Nantissement n° 224 ; dans la jurisprudence : Cass. fr. 30 mai 1947, Sirey 1947, I, 140.

(25) Traité, tome 25, n° 98.

(26) Traité, tome 25, n° 34 ; voir dans le même sens, VAN RIJN et HEENEN, IV, n° 2616.

(26 bis) Tel est l'avis de la majorité de la doctrine belge et française DE PAGE, tome IV, n° 1035 ; R.P.D.B. V° Nantissement n° 42 ; A.M. STRANART - THILLY, Chronique de jurisprudence, Sûretés réelles Revue de la Banque 1975, p. 219, n° 8 et références à la doctrine française, note 89.

En réalité, il n'est aucune raison valable de refuser au bénéficiaire d'un gage civil ce qui est accordé à celui d'un gage commercial (27), et il nous semble que le droit et le devoir pour ce bénéficiaire de percevoir le capital de la créance gagée à son échéance peut se déduire de l'obligation que lui impose l'article 2080 du Code civil de prendre, en bon père de famille, les mesures de conservation du bien gagé qu'imposent les circonstances. Que l'article 2081 du Code ne vise que les intérêts, peut alors s'expliquer par le fait que cet article fait exception aux conditions normales de compensation en réalisant, pour ces intérêts, et pour eux seuls, cette compensation, alors même que l'une des dettes ne serait pas encore exigible (28).

3) La dépossession.

L'exigence de dépossession a, nous le savons, paru à ce point essentielle au législateur de 1804, qu'il y a vu une condition d'existence du contrat de gage. La doctrine lui donne en général une double raison d'être : la mise en possession du créancier gagiste permet à celui-ci d'assurer l'efficacité de son privilège ; elle manifeste extérieurement que le bien donné en gage cesse de faire partie du gage commun des créanciers chirographaires effectifs ou potentiels (29).

Raison de sécurité donc, et raison de publicité.

La première est une conséquence du principe selon lequel il n'existe pas de droit de suite en matière mobilière (articles 2279 du Code civil et 46 de la loi hypothécaire du 16 décembre 1851) : seule la

(27) Dans le même sens, voir J.P. APPRILL, *op. cit.*, p. 496.

(28) Pour cette portée de l'article 2081, voir DE PAGE, *Traité*, Tome VI, n° 1089.

(29) LAURENT, *op. cit.*, n° 1013 et 1046 ; FARGEAUD, "Le gage sans dépossession comme instrument de crédit et le Marché commun", Paris 1963, p. 11, n° 8 ; DERRIDA, "La Dématérialisation du droit de rétention", IN : *Mélanges VOIRIN* - Paris 1966, p. 187.

dépossession mettra le créancier gagiste à l'abri d'une aliénation du gage par son débiteur. La seconde procède de l'inexistence d'un système général de publicité en matière mobilière.

Fortes de la généralité des termes de l'article 2076 du Code civil, jurisprudence et doctrine ont imposé la condition de dépossession en matière de meubles incorporels, et en particulier de créances nominales, comme en matière de meubles corporels. Cela s'est traduit par l'exigence de remise du titre du meuble incorporel et l'impossibilité corrélatrice de donner en gage un tel meuble s'il n'est pas constaté par un titre (30).

Très tôt, cependant, certains auteurs se sont insurgés contre cette assimilation de la remise du titre d'une créance - ou d'un autre meuble incorporel - à une dépossession. Les arguments qu'ils ont invoqués à cet égard ont gardé toute leur pertinence et nous paraissent décisifs (31) :

- la remise du titre ne met pas le créancier gagiste à l'abri d'une fraude de son débiteur : c'est qu'une jurisprudence déjà ancienne mais approuvée par la doctrine classique décide que la remise de l'expédition du titre suffit à satisfaire à la condition qu'elle déduit de l'article 2076 (32) ; il en résulte qu'il sera toujours possible au débiteur gagiste de se faire délivrer une seconde expédition qu'il pourra utiliser au détriment de son créancier ;
- si l'on peut déjà douter, dans de nombreux cas, de l'efficacité de la publicité censée réalisée par la dépossession en matière de meubles corporels, cette publicité est encore plus illusoire lorsqu'on l'attend de la remise d'un titre ;

(30) voir, outre les références de la note (10), Bruxelles 6.1.1880, *Pas.* 1880, II, p. 92 ; Trib. grande inst. Paris, 3.11.1967, *Gaz. Pal.* 1968, I, p. 269, note.

(31) PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, Tome XII, n° 95 ; BECQUE et RIEG - *Juris. Classeur civil. Gage* - Tome 23, n° 35 ; J.P. APPRILL, *op. cit.*, p. 493-493 ; DE PAGE, *op. cit.*, Tome VI, n° 1053. Ce dernier ne reprend toutefois ces arguments que pour les écarter *lege lata*.

(32) Cass. fr. 20.1.1886, *DALLDZ Pér.*, 1886, I, p. 406 ; Bruxelles, 6.1.1880, II, p. 92. Dans la doctrine voir LAURENT, *op. cit.*, n° 4 ; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.*, n° 76 ; DE PAGE, *op. cit.*, n° 1053.

- enfin, il est pour le moins illogique de décider qu'une créance non représentée par un titre n'est pas susceptible d'être remise en gage, alors que cette même créance peut être cédée en pleine propriété sans aucune difficulté.

L'on ne peut sérieusement en appeler, à l'encontre de cette argumentation, à l'autorité du droit romain : s'il est exact que celui-ci n'admettait pas le gage sans dépossession, il faut relever que c'est précisément pour pallier la difficulté qui procédait de cette intran-
sigeance que s'est développée en son sein la notion d'hypothèque et, parti-
culièrement, d'hypothèque mobilière. Question de mots, donc, qu'explique
le développement à la fois formaliste et pragmatique du droit romain.

Invoquer l'enseignement de Pothier (33) est tout aussi discutable. Cet auteur a commencé par défendre, en son "Traité du Nantis-
sement" (1766-1767) que la mise en gage des biens incorporels était impos-
sible précisément parce que ces biens n'étaient pas susceptibles de tradition
réelle. C'est seulement au vu de la jurisprudence qui admettait qu'il soit
suppléé à cette tradition par la remise de l'instrument de la créance et la
signification de l'acte de nantissement qu'il est revenu, avec une certaine
réserve, en son Traité des Hypothèques, posthume, sur son premier senti-
ment (34).

En réalité, comme lorsqu'il s'agit de défendre le carac-
tère réel du contrat de gage (35), les tenants des solutions traditionnelles
n'ont ici d'autre argument que de texte : la remise du titre de la créance
donnée en gage est rendue nécessaire par l'application conjuguée de
l'article 2076 du Code civil, qui exige la dépossession "dans tous les cas",
et des articles 1607 et 1689 du même code, selon lesquels la tradition d'un
meuble incorporel s'opère par la remise du titre. Encore faut-il relever
que ce n'est pas de ces deux derniers articles, mais bien du seul article
2076, que naît l'obligation absolue de remettre le titre - une vente est

(33) Voir par exemple Bruxelles 3.2.1873, II, 116 ; Liège 2.6.1920, Pas. 1920
II, 125.

(34) POTHIER - Du Nantissement, n° 6 pp 478-479 ; De l'Hypothèque, p. 469-
470 - Œuvres, Tome V, Bruxelles 1831.

(35) A.M. STRANART - THILLY - "Le gage, contrat réel : une fiction ?" -
J.T. 1976, p. 237, n° 6.

parfaite, en effet, même à l'égard des tiers, sans qu'il soit besoin de délivrance et de tradition.

La consécration, par le législateur de 1804, de la possibilité de mettre en gage des meubles incorporels, aménagée déjà par la jurisprudence de l'Ancien Régime, constituait certes un progrès. Cent soixante quinze ans plus tard, à une époque où le crédit sur meubles corporels a connu un développement intense, l'exigence de dépossession que les auteurs du Code civil ont voulu imposer apparaît comme un carcan. Grandeur et servitude de toute codification, qui fige dans le même temps qu'elle rassemble et clarifie.

Faut-il dès lors attendre du législateur d'aujourd'hui qu'il intervienne ? Certains auteurs, et non des moindres (36), l'ont déjà suggéré au XIX^{ème} siècle. Constatant l'inefficacité de la publicité qu'était censée réaliser la dépossession, ils proposaient que lui soit substitué un système de publicité mobilière généralisé. L'on sait que cette voie a été suivie en Belgique - mise en gage de fonds de commerce, privilège agricole - et plus encore en France - mise en gage du fonds de commerce, certes, mais aussi nantissement automobile et nantissement cinématographique, warrant industriel, etc... (37). Chaque fois, cependant, n'était visé qu'un type d'activité économique bien circonscrit. Cabrillac a d'ailleurs démontré de manière décisive, nous semble-t-il, que l'instauration d'un régime de publicité ne se conçoit que pour des meubles individualisés, et destinés à un usage suffisamment ostensible pour permettre d'en suivre les déplacements (38).

Nous pensons, à la suite de la plupart des opposants à la solution traditionnelle tirée de l'article 2076 du Code civil, que l'interprétation qui y conduit ne s'impose pas nécessairement, et qu'une réforme

(36) LAURENT, *op. cit.*, n° 461, 465 et 476 ; GUILLOUARD, *op. cit.*, n°s 90-91.

(37) Pour une analyse substantielle de chacune de ces constructions législatives, voir les monographies rassemblées dans "Le gage commercial"-Etu-
des publiées sous la direction de Jean HAMEL, 2^{ème} partie- Paris 1953 ;
Voir aussi : CABRILLAC- La protection du créancier dans les sûretés mo-
bilières conventionnelles sans dépossession, Sirey 1954 ; FARGEAUD,
"Le gage sans dépossession comme instrument de crédit et le Marché com-
mun- Paris 1963, 1^{ère} partie ; DERRIDA- "La dématérialisation du droit
de rétention" IN : Mélanges VOIRIN, Paris 1966, pp. 177 à 200 ; DE BEUS
"Le gage sans dépossession", Revue de la Banque 1951, pp. 428 et ss.

(38) CABRILLAC, *op. cit.*, p. 24 et ss.

législative, encore que souhaitable, n'est pas indispensable pour résoudre les difficultés que pose à la pratique l'exigence de la remise du titre en cas de mise en gage d'une créance.

Trois solutions nous paraissent possibles: c'est à l'examen de chacune d'entre elles qu'il est temps de procéder.

1°) La signification, complément ou substitut de la remise du titre.

De nombreux auteurs ont estimé, à la suite de Planiol et Ripert, qu'en cas de nantissement d'un meuble incorporel, la signification imposée par l'article 2075 du Code civil suffit à réaliser la dépossession exigée par l'article 2076, lorsque la remise d'un titre s'avère impossible, et même dans les autres cas, l'exigence de la remise du titre, même possible, apparaissant comme une création prétorienne surannée (39).

C'est là mettre l'accent sur la fonction de publicité qu'est censée remplir la dépossession, puisqu'il est indéniable que la signification au débiteur de la mise en gage de la créance ou son acceptation par acte authentique, imposées par les articles 2075 et 1690, sont exclusivement des formalités de publicité. L'on peut toutefois se demander si la publicité ainsi réalisée, et qui n'atteint effectivement que le seul débiteur de la créance gagée, satisfait à la définition que les jurisprudences française et belge donnent, de manière constante, de la mise en possession, qui "doit être un fait apparent suffisamment notoire pour que les tiers en soient avertis" (40). Telle est la première difficulté que nous paraît soulever l'assimilation de la signification à la dépossession, en cas de nantissement de meuble incorporel.

(39) PLANIOL et RIPERT- Tome XII n° 95 ; BECQUE et RIEG, Jurisclasseur civil- Tome 23 Gage, n°s 61 à 68 ; R. HARDEL- "Etude de la notion de dessaisissement en matière de gage en droit français", Sirey 1933- p. 61 et ss.; J.P. APPRILL, *op. cit.*, p. 493 ; P. ORIANNE, Le gage sans déplacement, Rev. Or. Int. Comp. 1945, p. 55.

(40) Cass. fr. 19.12.1875, Dalloz P., 1876, I, p. 219; 24.1.1905, Sirey, 1905, I, p. 113, note Lyon-Caen ; pour la jurisprudence belge, voir les références citées par DE PAGE, *op. cit.*, n° 1049, A, note (10).

Il en est une autre, plus fondamentale. Défendre cette théorie, c'est soit violer la logique, soit violer les textes du Code auxquels on prétend cependant rester fidèle.

Ou bien l'on ne voit dans la signification qu'un moyen exceptionnel de réaliser la dépossession, destiné à n'intervenir que si la remise du titre, moyen normal de la réaliser, est impossible. L'on est alors condamné à admettre que la signification est condition d'opposabilité aux tiers du privilège ou condition d'existence du contrat de gage suivant que la remise d'un titre est ou non possible : une telle ambivalence heurte la logique la plus élémentaire.

Ou bien l'on considère que la signification de l'acte de gage est toujours condition suffisante de réalisation de la dépossession, et c'est en ce sens qu'opinent la plupart des défenseurs de la thèse (41) - mais on se contraint alors à une gymnastique textuelle qui rend inexplicable l'enchaînement des articles 2074 à 2076 du Code : comment comprendre, en effet, que le législateur détermine, à l'article 2075, le mode de réalisation de la dépossession en cas de mise en gage d'un meuble incorporel, alors qu'il n'énonce l'obligation de dépossession qu'à l'article 2076, et ce tant pour les meubles incorporels que corporels ? En réalité, il ressort clairement des textes du Code que l'article 2075 et la condition de signification qu'il énonce sont étrangers à la tradition du bien donné en gage qu'impose l'article 2076.

Ces considérations nous amènent à penser que la thèse de la substitution de la signification à la remise du titre comme mode de réalisation de la dépossession est injustifiée. Elle n'est pas non plus opportune : l'on comprendrait mal, alors que l'exigence de signification exprimée par les articles 2076 et 1690 du Code fait l'objet des plus vives critiques du fait de sa lourdeur et de son inefficacité (42), qu'il lui soit insufflé un regain d'importance.

(41) Voir les références de la note (39). POTHIER, quant à lui, semble, en son enseignement révisé, exiger à la fois la remise du titre et la signification. "De l'hypothèque", Oeuvres, Tome V, p. 469.

(42) Voir supra, paragraphe 1.

Il faut reconnaître, cependant, que cette thèse a été reprise par une partie de la jurisprudence française (43) et au moins par une décision belge (44). L'arrêt de la Cour d'Appel de Paris du 10 octobre 1964 est particulièrement clair :

"Considérant que la signification exigée par l'article 2075 c. civ. a une toute autre portée que celle que lui prête l'intimée ;

Qu'elle n'est pas une simple mesure de publicité mais bien l'une des conditions substantielles de la naissance du droit réel au profit du créancier gagiste ;

Qu'elle fait office de la mise en possession de celui-ci matériellement impossible en raison du caractère incorporel du meuble affecté en gage et de tout titre en constatant l'existence..."

Il y a certes, là, rupture avec l'absurdité du système traditionnel, mais, nous le répétons, cette solution ne nous paraît pas théoriquement satisfaisante.

2°) La mise en gage des meubles incorporels, institution autonome.

Plutôt qu'au niveau du mode de réalisation de la dépossession en cas de mise en gage d'un meuble incorporel, c'est à celui du principe-même de cette dépossession qu'il convient, nous semble-t-il, de se placer pour résoudre les difficultés nées de l'interprétation traditionnelle de l'article 2076.

(43) Douai, 19.4.1956, Dalloz 1956, J, p. 343 et ss. ; Paris 10.10.1964, Dalloz 1965, J, p. 125 et ss. ; Contra : Tribunal de gde inst. Paris, 3.11.1967, Gaz. Pal., 1968, I, p. 269, note.

(44) Civ. Ypres, sg au commercial, 27.9.1967, J.C.B. 1968, 190.
La thèse semble également défendue par le Procureur Général Mesdach de ter Kiele, en ses conclusions sous Cass. 3.12.1896, Pas. 1897, I, p. 35 à 40, mais l'arrêt lui-même ne la consacre pas et se contente d'affirmer que "le juge du fond constate souverainement le dévestissement du débiteur et la mise du créancier en possession du gage". Il s'agissait en l'espèce de la mise en gage d'une portion indivise d'intérêt dans une société civile par la signification du nantissement à cette société, tierce-détentrice.

Lorsque le législateur de 1904 a consacré le nantissement des meubles incorporels, il n'y a vu autre chose qu'une modalité un peu particulière d'une institution, le contrat de gage, pensée et organisée par référence aux meubles corporels : en témoignent les articles 2071, 2073 et 2072 du Code civil, qui ne traitent que de "choses", c'est-à-dire, en toute rigueur (45), des seuls biens perceptibles par les sens. C'est, dès lors, tout naturellement qu'il a imposé "dans tous les cas" l'exigence de dépossession dans laquelle la tradition et l'ancien droit voyaient la pierre d'angle de l'édifice du gage "contrat réel". Sans doute a-t-il pensé, inspiré par la jurisprudence antérieure, à la remise du titre mais, nous l'avons vu, cette remise est très loin de remplir les fonctions assignées à la dépossession.

En vérité, en adoptant successivement les articles 2075 et 2076 du Code, le législateur s'est contredit. Il ne pouvait imposer la dépossession en matière de meubles incorporels parce qu'une telle exigence n'a aucun sens pour cette catégorie de biens, et en particulier pour les créances (46).

L'on peut parler, certes, de la propriété ou de la possession d'une créance, mais ce sont là simples licences de langage, utilisées pour leur valeur explicative.

La propriété, et la possession dans le chef du créancier gagiste, confèrent des droits réels (47) : que sont ces droits réels lorsqu'ils s'appliquent non à une chose, mais à une créance, obligation personnelle ? Economiquement parlant, la situation d'un créancier gagiste sur créance s'apparente bien davantage à celle du bénéficiaire d'un cautionne-

(45) Voir les références de la note (2).

(46) Il convient d'être plus circonspect pour d'autres meubles incorporels, mais les limites de la présente étude nous empêchent d'être plus complet en ce qui les concerne.

(47) Pour le droit réel du créancier gagiste cfr. DE PAGE- Tome VI n° 1058.

ment, sûreté personnelle, qu'à celle du créancier gagiste sur meuble corporel. Tant le bénéficiaire d'un gage sur créance que celui d'un cautionnement ont pour sûreté non une chose de valeur relativement peu flexible - sous réserve, bien sûr, de l'incidence des lois du marché - mais bien le patrimoine entier d'un sujet de droit, débiteur de la créance gagée ou caution, tiers au rapport qui les lie à leur débiteur. La valeur de cette sûreté dépend uniquement, pour l'un comme pour l'autre, de la solvabilité de ce tiers.

Les auteurs du Code civil se sont, de manière générale, il est vrai, montrés assez peu soucieux de théorie. Dans le cas qui nous occupe, la conséquence de leur pragmatisme est grave : en imposant la dépossession en cas de nantissement de créance, ils ont subordonné ce qu'ils cherchaient à permettre à une condition impossible.

La jurisprudence et la doctrine classiques ont essayé de résoudre cette contradiction en assimilant la remise du titre à la dépossession : ce n'est là qu'un faux-fuyant qui fait mentir la rigueur des textes, et plus précisément de l'article 2076. C'est vainement que l'on invoque à l'appui de cette solution les articles 1607 et 1609 du Code selon lesquels, en cas de cession de créance, la délivrance s'opère par la remise du titre : ces articles ne concernent que l'exécution de l'obligation de délivrance en cas de vente d'une créance, et n'ont qu'un rapport très superficiel avec la tradition de l'article 2076 qui est, elle, dans l'esprit du Code, créatrice du contrat de gage.

Le dilemme que pose l'article 2076 est alors le suivant : ou l'on fait de la dépossession une condition dirimante du nantissement des meubles incorporels et l'on rend impossible ce nantissement, ce que n'a certes pas voulu le législateur de 1804 ; ou l'on accepte de n'imposer la dépossession que "dans tous les cas" où elle est concevable.

Il n'y a pas, à notre sens, comme a cherché à le faire admettre la théorie classique, de voie intermédiaire.

Il n'y a pas de bonne interprétation de l'article 2076 du Code, car cet article porte en son sein sa propre contradiction.

Résoudre le dilemme ainsi posé c'est, nécessairement, aujourd'hui, décider que la dépossession n'est condition d'existence du contrat de gage que lorsqu'elle est concevable.

Déjà Pothier avait justement introduit la question en affirmant, dans son Traité du Nantissement que la mise en possession d'une créance était impossible (48). L'on ne peut guère lui faire grief d'avoir ensuite pris en considération une jurisprudence qui était facteur de progrès en son temps.

Van Rijn et Heenen ont repris l'affirmation de cette impossibilité en leur Traité de Droit commercial (49). Nous permettra-t-on, cependant, de leur reprocher d'avoir réintroduit l'exigence de dépossession, en matière de gage commercial, comme conséquence de l'obligation énoncée par l'article 1er de la loi de 1872 d'établir ce gage conformément aux modes admis en matière de commerce pour la vente de choses de même nature ? C'est là, affirment-ils, la conséquence de l'article 1689 du Code civil, selon lequel la délivrance d'une créance cédée s'opère par la remise du titre. N'est-ce pas oublier que la délivrance d'un bien vendu n'est pas nécessaire à la validité de la vente, même si ce bien est une créance ? N'est-ce pas, assez paradoxalement, instaurer en matière de gage commercial une obligation qui, dès le moment que l'on accepte l'affirmation selon laquelle la dépossession ne se conçoit pas pour des créances, n'existe plus en matière de gage civil ?

(48) POTHIER, "Du Nantissement", p. 478, Œuvres, Tome V.

(49) VAN RIJN et HEENEN, Traité de Droit commercial, n° 2569, 2°.

Nous croyons, quant à nous, que tant en matière commerciale qu'en matière civile le nantissement d'une créance peut se faire sans qu'il soit besoin de recourir à une quelconque forme de pseudo-dépossession.

3°). La renonciation au caractère réel du contrat de gage.

L'on ne peut plus affirmer aujourd'hui, comme De Page (50), que la reconnaissance du caractère réel du contrat de gage est constant en doctrine.

Des voix se sont élevées pour stigmatiser ce qu'a d'anormal et d'injustifié, dans notre droit, cette conception réelle héritée du droit romain (51).

Ce n'est pas ici le lieu de soulever cette controverse, et nous nous contenterons de renvoyer à cet égard au remarquable article de Madame A.M. Stranart-Thilly, aux conclusions duquel nous nous rallions entièrement. Nous nous permettrons d'ajouter aux arguments soulevés qu'il n'est guère décisif de fonder le caractère réel du gage sur la formulation de l'article 2071 du Code civil (52), alors qu'une formulation similaire a été utilisée par le législateur de 1804 pour un contrat purement consensuel, l'échange, défini comme "contrat par lequel les parties se donnent - et non s'engagent à donner - respectivement une chose pour l'autre."

En quoi la renonciation au caractère réel du contrat de gage résoudrait-elle les difficultés nées de l'exigence d'une remise du titre par la théorie classique ? En ceci que dès le moment où l'exigence

(50) DE PAGE, op. cit., Tome VI, n° 1047.

(51) MAZEAUD, Leçons de Droit civil, III, n° 66, p. 66 ; A.M. STRANART-THILLY, "Le gage, contrat réel : une fiction?" - J.T. 1976 pp. 237 à 243 ; Chronique de jurisprudence - Sûretés réelles- Revue de la banque 1975 p. 205, n° 4.

(52) Voir supra I, A.

de dépossession énoncée par l'article 2076 du Code civil serait réduite au rôle de condition d'opposabilité du privilège engendré par le nantissement, elle se trouverait exactement sur le même pied que l'exigence de signification énoncée par l'article 2075. Dès lors, on comprendrait mal que la remise du titre garde son caractère de condition dirimante d'opposabilité du contrat, alors que doctrine et jurisprudence estiment depuis longtemps que la signification n'est, elle, requise que lorsqu'elle est possible (53).

Ce point mériterait, nous semble-t-il, d'être examiné mais il est, rappelons-le, subordonné à la renonciation au caractère réel du contrat de gage.

X X X

2. LA FIDUCIE.

Nous venons d'évoquer longuement les difficultés qu'engendre l'inadaptation, aux exigences de la pratique actuelle, de l'organisation "classique" de la mise en gage des créances. Cette organisation est, nous l'avons vu, remise en cause et susceptible d'être corrigée, au moins en partie, sans qu'il soit besoin d'une intervention législative.

Il est cependant peu réaliste d'espérer que les solutions nouvelles, ou certaines d'entre elles, obtiennent l'unanimité dans un proche avenir, rétablissant ainsi la sécurité juridique.

C'est donc tout naturellement que les milieux commerciaux et plus particulièrement bancaires ont cherché à contourner et la Charybde de l'insécurité et le Scylla de l'inadéquation, pour trouver, en dehors du contrat de gage, une voie moins hasardeuse qui les mène à leur

(53) Voir les références reprises à la note (6).

but : garantir, de la manière la plus solide et la moins contraignante possible, l'octroi de crédit à leur clientèle.

L'exemple de l'étranger, la logique même - quel droit plus absolu que celui du propriétaire sur sa chose ? -, les ont conduits à imaginer de substituer à la mise en gage d'une créance et, plus généralement, d'un bien meuble leur cession en pleine propriété à titre de garantie, c'est-à-dire de recourir à la fiducie ou transfert fiduciaire.

L'on peut regrouper, sous ce terme de fiducie, tous les actes par lesquels "une partie, le fiduciaire, transfère intégralement un droit à l'autre, le fiduciaire, qui s'oblige à exercer ce droit d'une manière déterminée, en deçà du transfert intégral"(54). Si le mot n'est pas encore consacré par le droit positif belge, celui-ci en connaît cependant ce qui, selon la doctrine suisse (55), en est une application : le legs avec charge.

Dans la situation qui nous intéresse, le transfert, par l'emprunteur au prêteur, de la propriété d'un bien s'effectue à charge pour le second de restituer cette propriété ou, en cas de cession d'une créance, de rendre compte de sa valeur, si le prêt est remboursé.

C'est là la resurgence de la "fiducia cum creditore" du droit romain, contrat réel et solennel réservé à certaine catégorie de biens, les "res Mancipi", ancêtre du contrat de gage ; ce dernier ne devait apparaître et évincer complètement la fiducie qu'une fois admise la possibilité pour un débiteur de remettre une chose en garantie à son créancier sans en perdre la propriété.

(54) Engel - Traité des obligations en droit suisse - 1973, n° 49, IV, A, p. 161.

(55) Engel - op. cit., loc. cit., littera i, et références.

Si les intérêts du débiteur et des tiers ont, à Rome, condamné à disparaître l'archaïque fiducie, c'est, aujourd'hui, par un curieux mouvement peudulaire, l'intérêt du créancier qui lui offre sa revanche.

La cession en pleine propriété à titre de garantie améliore en effet considérablement, si on en accepte la validité, la situation du prêteur qui en bénéficie, par rapport à celle du créancier gagiste. Propriétaire de l'assiette de la garantie, le prêteur peut aisément en laisser la possession et la jouissance à son débiteur, par exemple par le moyen d'un bail : il échappe au prescrit de l'article 2076 du Code civil et à la condition de dépossession que celui-ci impose. Il n'a pas à s'inquiéter des droits de préférence que pourraient acquérir d'autres créanciers de son débiteur et qui primeraient le sien s'il n'était que gagiste. Il ne doit pas s'occuper des formes de la réalisation du bien à l'échéance : il est déjà propriétaire. Enfin, si le bien cédé est une créance, il pourra sans difficulté en percevoir le capital lorsqu'elle viendra à échéance.

L'on conçoit dès lors sans peine l'attrait qu'exerce cette panacée sur le monde de la pratique.

Le système paraît d'autant plus solide qu'il s'est vu consacré par la jurisprudence - parfois même la loi - de plusieurs pays proches (56).

Ainsi l'Angleterre connaît-elle depuis longtemps, pour les meubles tant corporels qu'incorporels, le "mortgage of personal property" né de l'Equity et reposant, au moins pour les biens corporels, sur une

(56) Les quelques données de droit comparé qui suivent sont évidemment sommaires, la place nous manquant ici de leur accorder de plus amples développements.

véritable scission de la propriété (57).

L'Allemagne distingue, quant à elle, entre la "Sicherungs-Übereignung", ou vente de biens corporels à titre de garantie, et la "Sicherungsabtretung" ou cession à titre de garantie de biens incorporels : aucune condition de forme, si ce n'est, pour la Sicherungsübereignung, la rédaction d'un écrit, n'est requise pour ces opérations qui sont en principe opposables aux tiers. Leur introduction en droit allemand a évidemment été facilitée par la dissociation qu'établit celui-ci entre le contrat obligataire d'une part et d'autre part le contrat translatif de propriété, que les parties concluent en exécution du premier, mais qui n'en revêt pas moins, à son égard, un caractère abstrait. Ces constructions donnent cependant lieu encore à controverses et restent soumises à un contrôle sévère de la jurisprudence, soucieuse d'éviter qu'il n'en soit abusé. (58)

Nous avons déjà laissé entendre que la jurisprudence suisse avait admis la fiducie comme mécanisme polyvalent trouvant, entre autres, à s'appliquer dans la cession fiduciaire à fin de sûreté (59) : l'on sait que, comme l'Allemagne, la Suisse connaît la distinction entre acte obligataire et acte translatif de propriété.

On comprend, au vu du succès de cette construction à l'étranger, que tant en France qu'en Belgique, des auteurs ont cherché à expliquer, à justifier ou à recommander l'introduction de la fiducie dans les droits régis encore par le Code Napoléon (60).

Nous examinerons d'abord les mécanismes traditionnels auxquels il a été recouru pour permettre la réalisation d'une cession fiduciaire à titre de garantie. Nous nous pencherons ensuite sur la validité de telles cessions, quelles que soient les formes qu'elles revêtent.

(57) E. SCHAEFFER - "Le gage sans dépossession en droit comparé", IN. Le gage commercial Etudes J. HAMEL, Paris 1953, p. 655 et ss.

(58) E. SCHAEFFER - op. cit. - p. 638 et ss. ; FARSEAUD, op. cit., n°210 ss.

(59) Voir les notes (54) et (55).

(60) A. AGNEESSENS - "Etude juridique de l'octroi de crédits garantis par des créances dans la pratique bancaire belge", Revue de la banque 1966, p. 293 et ss. ; p. 396 et ss. ; p. 525 et ss. ; M. VASSEUR - "La protection du banquier en cas de mobilisation de créances nées à court terme sur l'étranger" - R.T.D. comm. 1977, p. 1 à 41, n° 31 et ss. ; "Modes nouveaux de cession et de nantissement de créance en droit bancaire." Banque 1978, pp. 458 à 468, n° 10 et ss.

A. Mécanismes traditionnels et fiducie.

Un juriste formé aux catégories du Code civil ne peut manquer d'être au premier abord choqué de l'antinomie que contient l'expression "cession en pleine propriété à titre de garantie". C'est qu'une garantie est nécessairement l'accessoire d'un contrat principal, alors qu'une cession en pleine propriété ne peut résulter que d'un contrat qui se suffit à lui-même et qui trouve sa cause soit dans la contre-partie que fournit le cocontractant, soit dans l'animus donandi qui préside à la cession dans le chef du cédant.

Les droits allemand et suisse échappent à cette difficulté par le fait qu'ils reconnaissent à l'acte translatif de propriété un caractère abstrait par rapport à l'acte obligataire ; cela permet d'en faire l'accessoire d'un contrat de prêt ou d'ouverture de crédit ou même d'y recourir indépendamment de toute cause (61).

Le Code Napoléon ignorant cette souplesse, les pratiques belge et française ont cherché à réaliser la fiducie en recourant à un artifice qui leur permette d'utiliser l'un des modes connus de transfert de la propriété.

Une importante jurisprudence témoigne de l'usage que les praticiens ont voulu, depuis fort longtemps, faire à cette fin de la vente à réméré (62). L'emprunteur vend au prêteur un stock de marchandises, du matériel d'équipement ou un bien quelconque, moyennant un prix plus ou moins représentatif de sa valeur ; cette vente est assortie d'une clause de rachat autorisant le vendeur à obtenir la rétrocession de son bien s'il rembourse le prix qu'il en a reçu. A cette convention de vente vient

(61) Cfr. supra et en particulier les références des notes (57) et (58) ; voir aussi E. MEZGER, Note sous Cass. fr. civ. 3 mai 1973, Rev. Crit. D.I.P. 1974, pp. 103 à 109.

(62) Liège, 6.7.1835, Pas. 1835, II, 277 ; Liège, 14.8.1837, Pas. 1837, p. 220 ; Liège, 2.12.1841, Pas. 1842, II, 37 ; Bruxelles, 4 juin 1892, B.J. , 1892, 1224 ; Bruxelles, 25 mai 1932, Jur. Port Anv. 1932, p. 253.

le plus souvent s'adjoindre un contrat de bail par lequel l'acheteur donne l'objet de la vente en location au vendeur à réméré. L'on voit sans peine que le prix de la vente n'est autre que le montant du prêt, alors que le prix de la location peut en être l'intérêt.

L'opération décrite ci-dessus connaît des variantes : ainsi, par exemple, la vente initiale peut-elle être pure et simple, mais doublée d'une convention de location-vente entre l'acquéreur et le vendeur (lease-back).

Le résultat obtenu est bien l'équivalent d'un transfert fiduciaire : le prêteur est propriétaire du bien cédé, mais son droit de propriété est affecté de l'engagement qu'il a pris de revendre ce bien le cas échéant ; par ailleurs l'emprunteur obtient le crédit sollicité, tout en gardant l'usage du bien cédé, et la possibilité d'en redevenir propriétaire.

C'est là, cependant, une construction artificielle, et la jurisprudence n'a pas manqué de s'interroger avec humour, lorsqu'elle a eu à en examiner la validité (63), sur l'utilité que pouvait trouver un banquier à acquérir la propriété d'un mobilier de cabaret, d'une garde-robe de théâtre ou de terres agricoles. La vogue qu'a connue ce procédé au XIX^{ème} siècle a fort diminué avec l'entrée en vigueur de la loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce. Il reste que les prises de position jurisprudentielles qu'il a suscitées gardent tout leur intérêt pour l'usage qu'on peut lui trouver encore aujourd'hui dans des opérations non couvertes par cette loi.

(63) Pour cette question de la validité, voir plus bas.

Le recours, pour réaliser une cession en pleine propriété à titre de garantie, à la vente à réméré est théoriquement possible pour les meubles incorporels comme pour les meubles corporels. A notre connaissance, cependant, la jurisprudence n'en fournit pas d'exemple en matière de cession de créances : c'est, sans doute, qu'il est rare qu'un cédant éprouve la nécessité de se ménager la possibilité de retrouver la propriété de la créance (64) qu'il cède. La cession de créance pure et simple est d'ailleurs, par elle-même, un moyen d'obtenir des liquidités, et donc un substitut à l'obtention d'un crédit, et cela explique que l'on s'en satisfasse dans la grande majorité des cas.

Lorsque certains auteurs ont analysé la cession de créances en pleine propriété à titre de garantie pour en recommander ou en justifier l'usage en matière bancaire (65), ou encore pour en faire le principe d'explication de dispositions législatives nouvelles (66), c'est d'autres composantes que celles d'une vente à réméré qu'ils ont cru y découvrir.

Ainsi M. Agneessens, se plaçant dans l'hypothèse simple d'une ouverture de crédit garantie par une cession de créance, voit-il dans cette cession une dation en paiement (67) : "La portée réelle du contrat accessoire de cession de créance en propriété, écrit-il, est précisément, que le crédité se mette d'accord avec le créancier que le remboursement des avances promises dans le cadre du crédit ouvert

(64) Sur les réserves que suscite l'expression de propriété d'une créance, cfr. supra - I, B, 3, 2°.

(65) A. AGNEESSENS- "Etude juridique de l'octroi de crédits garantis par des créances dans la pratique bancaire belge", Revue de la banque 1966, p. 293 et ss.; p. 396 et ss.; p. 525 et ss..

(66) M. VASSEUR- "Modes nouveaux de cession et de nantissement de créance en droit bancaire", Banque 1978, pp. 458 à 468.

(67) A. AGNEESSENS, op. cit., n° 17 et ss., p. 302 et ss.

s'opèrera autrement que par le moyen d'une remise en espèces par le crédité en personne. Ce dernier remet au créancier, en tant que cessionnaire, le transfert de la créance (définie dans le contrat accessoire) qui généralement est à échéance future et dont la contre-valeur réelle est tributaire de la bonne exécution du marché, objet du financement convenu. Toutefois le créancier se réserve, par mesure de prudence, l'avantage de réclamer au crédité un remboursement complémentaire en espèces, au cas où la créance cédée en propriété s'avèrerait insuffisante pour apurer tous les engagements du crédité" (68). M. Agneessens note encore ailleurs : "En contrepartie de l'avance de fonds lui consentie, le crédité s'est irrévocablement décidé à une cession immédiate et définitive, à l'avantage du créancier, de la créance future qui doit résulter du marché financé" (69).

Cette explication de la cession en pleine propriété à titre de garantie d'une créance par le mécanisme de la dation en paiement ne nous paraît pas pouvoir être sérieusement retenue. La dation en paiement suppose qu'au mode de libération du débiteur initialement prévu dans un contrat vienne, de l'accord des parties, s'en substituer un autre : dans l'hypothèse qui nous occupe, la cession de créance est concomitante de la conclusion du contrat d'ouverture de crédit, et, par conséquent, ne se substitue à rien. Par ailleurs, la dation en paiement a, par définition un effet extinctif immédiat de l'obligation payée (70) ; or, au jour de la conclusion du contrat d'ouverture de crédit, le bénéficiaire de cette ouverture n'en a pas encore fait usage : il n'a donc point encore de dette à l'égard du créancier.

(68) A. AGNEESSENS, op. cit., n° 19, b, p. 304.

(69) AGNEESSENS, op. cit., p. 304, n° 19, a.

(70) MARTY et RAYNAUD, Droit civil, Tome II, 1, n° 590 ; MAZEAUD - Droit civil, II, n° 890.

Pour répondre à cette seconde critique on pourrait, à la suite de M. Vasseur, considérer que la dation en paiement est assortie de la condition suspensive du recours du bénéficiaire au crédit ouvert (71). Cette explication est tout à fait valable dans le cadre de la loi française du 4 janvier 1978, relative aux procédures d'intervention de la caisse nationale des marchés de l'Etat dans le paiement de certaines créances de petites et moyennes entreprises (72), loi que l'article cité a pour objet de commenter : la caisse nationale paie en effet l'entrepreneur et la cession de créance a lieu après 45 jours de carence de l'administration débitrice, et il y a toujours proportionnalité entre le montant de l'avance et celui de la créance cédée. Une telle proportionnalité n'est cependant pas présente dans tous les cas d'ouverture de crédit garantie par une cession de créance, et l'on comprendrait mal qu'au premier recours, supposé partiel, du crédit au crédit ouvert, s'effectuât la cession, à titre de paiement, d'une créance suffisante pour couvrir l'entièreté du crédit accordé.

La cession en pleine propriété à titre de garantie d'une créance ne peut s'analyser comme une dation en paiement (73). Peut-on alors y voir une vente sous condition suspensive ? Moins encore, nous semble-t-il, et nous rejoignons à cet égard M. Agneessens, qui fait

(71) M. VASSEUR, "Modes nouveaux ...", p. 467.

(72) Loi n° 78.13 du 4 janvier 1978, J.O. 5 janvier 1978, p. 191, Rec. Dalloz, 1978, leg., p. 76.

(73) M. AGNEESSENS invoque certes à l'appui de sa thèse un arrêt rendu par la Cour d'Appel de Bruxelles le 24 décembre 1958 (Revue de la Banque, 1959, p. 219 obs. DE BEUS), et l'arrêt de rejet rendu dans la même affaire par la Cour de Cassation le 10 novembre 1960 (Pas. 1961, I, p. 269). Ces références ne nous paraissent guère pertinentes : la Cour d'Appel se contente, en réponse à une argumentation subsidiaire, d'affirmer que l'opération intervenue était une cession de créance et non un nantissement, et la Cour de Cassation n'a pas même eu à se prononcer sur cette question de qualification : aucune allusion donc ni à une quelconque dation en paiement, ni même à une cession en pleine propriété à titre de garantie.

justement remarquer (74) qu'une vente suppose un prix, et un prix en espèces, et que ce prix doit être déterminé au jour de la conclusion du contrat : or l'obligation que contracte le banquier à l'égard du bénéficiaire d'une ouverture de crédit est une obligation de faire (75); par ailleurs, le montant du crédit consenti effectivement ne pourra être déterminé qu'au cours du contrat.

Vente à réméré pour les meubles corporels et incorporels, dation en paiement ou vente sous condition suspensive, pour les seules créances, tels sont les mécanismes traditionnels qui ont été proposés pour expliquer et donc permettre la reconnaissance en droit français et en droit belge d'un transfert de type fiduciaire à titre de garantie.

Ces explications, nous l'avons vu, sont artificielles ou erronées. Il ne peut d'ailleurs en être autrement puisque les droits régis par le Code Napoléon ne conçoivent pas que le transfert de propriété d'un meuble corporel ou incorporel puisse revêtir un caractère abstrait qui permette d'y recourir sans cause.

Ne pourrait-on, dès lors, considérer le transfert fiduciaire comme relevant d'un contrat innommé sécrété par la pratique bancaire ? Poser cette question, c'est, en réalité, poser celle de la validité au regard des droits français et belge d'une cession en pleine propriété à titre de garantie.

(74) AGNEESSENS, *op. cit.*, n° 16, p. 301 et 302.

(75) Le banquier s'engage à accorder les crédits lorsqu'ils seront sollicités ; sur l'ouverture de crédit, voir : GAVALDA et STOUFFLET, "Droit de la banque", P.U.F. 1974, n° 423, p. 554 et ss. ; HAMEL, "Banques et opérations de banque", tome II, n° 975.

B. Validité du transfert fiduciaire à titre de garantie.

Quel que soit le moule juridique dans lequel on cherche à la couler, une cession en pleine propriété à titre de garantie se reconnaît aux caractéristiques suivantes :

- il y a transfert de propriété d'un meuble corporel ou incorporel ;
- ce transfert de propriété est accessoire à une ouverture de crédit ; en matière de créances, cela le distingue d'une cession de créance pure et simple, qui est, en elle-même, un substitut à l'obtention d'un crédit ;
- lorsque l'opération de crédit arrive à son terme intervient soit une rétrocession de la propriété cédée, soit un règlement des comptes y relatifs entre prêteur et emprunteur ;
- dans le temps qui sépare la conclusion du contrat du règlement final, le prêteur est propriétaire, mais sous réserve des obligations qu'il a contractées à l'égard de l'emprunteur, et de la confiance que celui-ci lui a faite (fiducia).

Il est hors de doute que le recours à une telle opération, d'autant plus complexe qu'elle est mal circonscrite, n'a d'autre but que de tourner la réglementation impérative du contrat de gage, en particulier pour ce qui est de l'exigence de dépossession et des modes imposés de réalisation du bien gagé.

Outre le fait qu'elle ne s'intègre dans notre droit qu'au prix de douteuses acrobaties, qu'un auteur est allé jusqu'à qualifier de "simagrées" (76), la cession en pleine propriété à titre de garantie nous paraît dès lors prêter le flanc à une double critique de licéité.

(76) "Simagrées inventées par d'astucieux praticiens en vue de tourner la prohibition de l'hypothèque mobilière" - E. MEZGER, note sous Cass. fr. civ. 3 mai 1973, Rev. Crit. D.I.P. 1974, p. 106.

D'une part elle conduit à instaurer une véritable sûreté inconnue du Code Civil, alors cependant qu'il n'y a pas de sûreté sans texte (77) : ce serait d'ailleurs vider de toute son utilité la réglementation du gage, subtil compromis entre intérêts divergents, que de permettre qu'un bien meuble puisse être donné en garantie sans que cette réglementation soit respectée.

D'autre part, et cette seconde critique est liée à la première, cette cession enfreint les articles 2076 et 2078 du Code civil relatifs respectivement à l'exigence de dépossession et à l'interdiction des pactes commissaires et des clauses de voie parée.

Doctrines et jurisprudence ne s'y sont point trompées, qui ont condamné de manière constante le recours à la vente à réméré dans le but de tourner les règles du gage, c'est-à-dire le recours au "contrat pignoratif" (78) : l'arrêt de la Cour d'Appel de Bruxelles du 25 mai 1932 est extrêmement clair :

"S'il est interdit et contraire à l'ordre public de se créer un privilège en dehors des conditions prévues par la loi, il est, a fortiori, interdit et contraire à l'ordre public de se créer, en dehors de ces conditions, une garantie consistant dans l'appropriation des

(77) E. MEZGER, loc. cit., p. 106 ; PH. FOUCHARD, note sous Cass. fr. 3 mai 1973, J. D.R. International 1975, p. 78 ; Bruxelles 25 mai 1932, Jur. P. Anvers, 1932, p. 253.

(78) LAURENT, Traité, Tome 28, n°s 488 et 489 ; PLANIOL et RIPERT, Traité de Droit civil, tome X, n° 187 bis ; DE PAGE, Traité, tome IV, n°s 315 et 317. Dans la jurisprudence belge, voir : Liège, 6.7.1835, II, 277 ; Liège, 14.8.1837, Pas. 1837, p. 220 ; Liège, 2.12.1841, Pas. 1842, II, 37 ; Bruxelles, 4 juin 1892, B.J., 1892, 1224 ; Bruxelles, 25.5.1932, Jur. Port Anvers 1932, p. 253. Deux décisions plus récentes - Comm. Bruxelles, 18.4.1951, Rev. Faillites 1951, pp. 336 et ss., et civ. Liège, 30 mai 1956, Jur. Lg. 1956-57 - nous paraissent moins significatives dans la mesure où les conventions intervenues parlaient, semble-t-il, simultanément, de transfert à titre de gage et en propriété.

biens du débiteur, ... ; les mesures que le législateur prend avec soin pour empêcher les abus en matière de constitution de gage, et, notamment, la prohibition du pacte comissoire... seraient tout à fait dérisoires, s'il était permis de les éluder en donnant à la constitution d'une garantie réelle la forme d'une vente..."

La Cour de Cassation de France a récemment, à deux reprises, consacré un enseignement semblable à l'occasion de l'application de la loi française à des aliénations fiduciaires consenties sous l'empire des lois allemande et néerlandaise, mais dont l'objet se trouvait en France à la naissance des litiges (79).

L'on ne pourrait invoquer, en Belgique, à l'encontre de cette jurisprudence, les trois arrêts rendus par la Cour de Bruxelles le 1er avril 1931 : si ces décisions reconnaissent la validité de cessions en pleine propriété à titre de garantie, c'est au regard non de la loi belge, mais bien des lois allemande et suisse dont elle font application en vertu des règles de droit international privé (80).

Il nous paraît dès lors incontestable que le transfert fiduciaire, pour autant qu'il soit concevable en droit français et belge, est illicite, quelle que soit la forme qu'on lui donne : "Il appartient

(79) Cass. fr. civ. 8.7.1969, R. Crit. D.I.P. 1971, p. 75 et ss., note FOUCHARD ; Cass. fr. civ. 3.5.1973, R. Crit. D.I.P. 1974, p. 100 et ss., note MEZGER, et J. Dr. International 1975, note FOUCHARD, p. 74 e ss. Voir aussi, dans le même sens, un arrêt plus ancien : Cass. fr. 24.5.1933, R. Cr. D.I.P., 1934, p. 142-143, note NIBOYET.

(80) Bruxelles 1.4.1931, trois arrêts, et décisions a quo : comm. Bruxelles 10.8.1928 et 25.3.1930 (deux jugements), J.C.B., 1931, p. 273 à 340, note A. DORFF.

37.

[à la loi ou à défaut] aux tribunaux de déterminer les éléments constitutifs de l'acte visé par une loi impérative, et toute situation réunissant ces éléments tombe sous la qualification légale, quelle que soit la qualification choisie par les parties, soit avant tout procès, soit au cours du litige." (81)

Le législateur seul a le pouvoir d'introduire, par de nouvelles dispositions, des exceptions à l'exclusivité dont jouit le contrat de gage en matière de sûretés mobilières conventionnelles.

C'est, à en croire M. Vasseur (82), ce que le législateur français a fait en adoptant le texte de la loi du 4 janvier 1978. Remarquons que cette loi n'a de portée que bien délimitée puisqu'elle organise l'intervention de la caisse nationale des marchés de l'Etat en cas de carence de paiement par celui-ci des dettes contractées auprès des petites et moyennes entreprises.

Faut-il considérer que le législateur belge a, lui aussi, introduit l'aliénation fiduciaire dans notre droit en adoptant le texte de l'article 3 de la loi du 3 janvier 1958 relative aux cessions et mises en gage de créances sur l'Etat du chef de travaux et de fournitures, texte selon lequel "Sont également autorisées les cessions ou mises en gage de la créance de l'entrepreneur... affectées à la garantie d'ouvertures de crédit...." ?

Si ce texte semble, au premier abord, traiter de "cessions... affectées à la garantie d'ouverture de crédit", il paraît résulter cependant de l'examen des Travaux Préparatoires qui ont conduit à son adoption

(81) F. RIGAUX, "La nature du contrôle de la Cour de Cassation", Bruxelles 1966, n° 61, p. 93.

(82) M. VASSEUR, "Modes nouveaux...", loc. cit., p. 461.

que le législateur n'a jamais eu le sentiment d'introduire une sûreté nouvelle ou de consacrer une pratique extra-légale (83) : la cession visée est, en réalité, une cession de créance pure et simple, à titre de vente, opération qui, nous l'avons déjà souligné, peut se substituer à un octroi de crédit, puisqu'elle conduit au même résultat économique que lui, mais ne peut se superposer à un tel octroi, pour lui servir de garantie. La possibilité et la licéité d'une telle cession n'a, évidemment, jamais été contestée, et rien n'empêche son bénéficiaire d'exiger du cédant, à titre de précaution, une garantie de solvabilité du cédé, comme le prévoit l'article 1694 du Code civil.

X X X

(83) Pour les références complètes aux Travaux Préparatoires, voir la Pasinomie 1958, p. 2, où surtout, Ch. des Représ., Doc. parlem., sessions 54 à 58, n° 107-1 et 107-4.

La réglementation du gage, telle qu'elle résulte de l'interprétation encore dominante des articles du Code civil qui l'organisent, n'est plus satisfaisante.

Elle n'est que le reflet figé d'un stade dépassé de l'évolution de la pensée juridique.

Ce n'est pas, cependant, dans le recours à la cession fiduciaire qu'il faut chercher la solution à ses insuffisances : notre droit ne le permet pas.

Il n'en est dès lors que plus urgent de débarrasser les articles 2071 et s., du Code civil des scories de l'histoire et de porter sur eux un regard neuf.

Oserons-nous espérer que les quelques réflexions, bien incomplètes, auxquelles nous nous sommes livré, pourront y contribuer ?

Paul-Henry DELVAUX

AVOCAT

ASSISTANT à l'U.C.L.