

*Fondée par
Henry Solus
Professeur honoraire
à la Faculté de droit
et des sciences
économiques de Paris*

**BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PRIVÉ
TOME 225**

*Dirigée par
Jacques Ghestin
Professeur
à l'Université de Paris I
(Panthéon-Sorbonne)*

RECHERCHES SUR LA MONNAIE EN DROIT PRIVÉ

Rémy Libchaber

*Préface de
Pierre Mayer*

*Ouvrage honoré d'une subvention
du Ministère de l'Éducation Nationale
et de la Culture*

L·G·D·J

RECHERCHES
SUR LA MONNAIE
EN DROIT PRIVÉ

*Fondée par
Henry Solus
Professeur honoraire
à la Faculté de droit
et des sciences
économiques de Paris*

BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PRIVÉ
TOME 225

*Dirigée par
Jacques Ghestin
Professeur
à l'Université de Paris I
(Panthéon-Sorbonne)*

RECHERCHES SUR LA MONNAIE EN DROIT PRIVÉ

Rémy Libchaber

Maître de Conférences
à l'Université de Cergy-Pontoise

*Préface de
Pierre Mayer*

Professeur à l'Université
de Paris I-Panthéon-Sorbonne

*Ouvrage honoré d'une subvention
du Ministère de l'Éducation Nationale
et de la Culture*

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
26, rue Vercingétorix, 75014
1992

© *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, E.J.A., Paris, 1992*

I.S.B.N. 2.275.00564.1

I.S.S.N. 0520.0261

Ouvrages parus dans la même collection

- Tome 1. - DESPAX (M.) : *L'entreprise et le droit*. Préface de G. Marty. 1957. Épuisé.
- Tome 2. - TERRE (F.) : *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*. Préface de R. Le Balle. 1957. Épuisé.
- Tome 3. - CHOUKROUN (C.) : *Les droits des associés non gérants dans les sociétés à responsabilité limitée*. Préface de A. Amiaud. 1957. Épuisé.
- Tome 4. - BREDIN (J.-D.) : *L'entreprise semi-publique et publique et le droit privé*. Préface de H. Solus. Épuisé.
- Tome 5. - DIDIER (P.) : *L'option de la femme commune en biens*. Préface de M. Fréjaville. Épuisé.
- Tome 6. - MARTINE (E.N.) : *L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle*. 1957. Épuisé.
- Tome 7. - SENN (J.P.) : *Les sociétés d'investissement en droit français*. Préface de R. Roblot. 1958.
- Tome 8. - SOUM (H.) : *La transmission de la succession testamentaire*. Préface de P. Hébraud. 1957. Épuisé.
- Tome 9. - GENDREL (M.) : *Les mariages « in-extremis »*. « Et Thalami et Tumuli sic fuit una dies ». 1958. Épuisé.
- Tome 10. - LE GALCHER-BARON (M.) : *Les prérogatives de la femme commune en biens sur ses biens personnels et les biens réservés*. Préface de J. Boutard. 1959.
- Tome 11. - BISCHOFF (J.-M.) : *La compétence du droit français dans le règlement des conflits de lois*. Préface de A. Weil. 1959. Épuisé.
- Tome 12. - PETITJEAN (H.) : *Fondements et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais*. Préface de H. Batiffol. 1959. Épuisé.
- Tome 13. - ROLAND (H.) : *Chose jugée et tierce opposition*. Préface de B. Starck. 1958. Épuisé.
- Tome 14. - LEVEL (P.) : *Essai sur les conflits de lois dans le temps*. Contribution à la théorie générale du droit transitoire. Préface de H. Batiffol. 1959. Épuisé.
- Tome 15. - LAGARDE (P.) : *Recherches sur l'ordre public en droit international privé*. Préface de H. Batiffol. 1959. Épuisé.
- Tome 16. - VANHAECKE (M.) : *Les groupes de sociétés*. Préface de R. Plaisant. Éd. 1959. Nouveau tirage 1962.
- Tome 17. - CALAIS-AULOY (J.) : *Essai la notion d'apparence en droit commercial*. Préface de M. Cabrillac. 1959. Épuisé.
- Tome 18. - BORRICAND (J.) : *Les effets du mariage après la dissolution*. Préface de P. Kayser. 1960.
- Tome 19. - RIEG (A.) : *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*. Préface de R. Perrot. 1961. Épuisé.
- Tome 20. - LAFON (J.) : *La responsabilité civile du fait des malades mentaux*. Préface de H. Mazeaud. 1960. Épuisé.
- Tome 21. - DECOCQ (A.) : *Essai d'une théorie générale des droits sur la personne*. Préface de G. Levasseur. 1960. Épuisé.
- Tome 22. - BOUREL (P.) : *Les conflits de lois en matière d'obligations extracontractuelles*. Préface de Y. Loussouarn. Épuisé.
- Tome 23. - MOUSSERON (J.-M.) : *Le droit du breveté d'invention*. Contribution à une analyse conjonctive. Préface de M.-H. Cabrillac. 1961. Épuisé.
- Tome 24. - OLLIER (P.-D.) : *La responsabilité civile des père et mère*. Étude critique de son régime légal (Art. 1384, al. 4 et 7 C. civ.). Préface de J. Carbonnier. 1961. Épuisé.
- Tome 25. - CATALA (N.) : *La nature juridique du paiement*. Préface de J. Carbonnier. 1961. 2^e tirage.

- Tome 26. - *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*. Études de droit privé sous la direction de P. Durand, par MM. E.-L. Bach, J. Barrère, A. Decocq, J.-P. Doucet, M. Gendrel, O. Kuhnmmunch et J. Noirel. Préface de J. Carbonnier. 1961.
- Tome 27. - ROUJOU DE BOUBÉE (G.) : *Essai sur l'acte collectif*. Préface de G. Marty. 1961.
- Tome 28. - PÉLISSIER (J.) : *Les obligations alimentaires*. Préface de R. Nerson. 1961.
- Tome 29. - SORTAIS (J.-P.) : *Le titre et l'émolument*. Préface de R. Balle. 1961. Épuisé.
- Tome 30. - HUGUET (A.) : *L'ordre public et les contrats d'exploitation du droit d'auteur*. Études sur la loi du 11 mars 1957. Préface de R. Savatier. 1962.
- Tome 31. - PELLEGRIN (A.) : *De la nature juridique du partage d'ascendant*. Préface de P. Hébraud. 1961.
- Tome 32. - RIVES-LANGE (J.-L.) : *Les problèmes juridiques posés par l'opération d'es-compte*. Préface de J. Becque. 1962. Épuisé.
- Tome 33. - JULIEN (P.) : *Les contrats entre époux*. Préface de P. Kayser. 1962.
- Tome 34. - CHESNE (G.) : *L'Établissement des étrangers en France et la Communauté économique européenne*. 1962. Épuisé.
- Tome 35. - GRANCHET (G.) : *La notion de cessation de paiements dans la faillite et le règlement judiciaire*. 1962. Épuisé.
- Tome 36. - LE GALL (J.-P.) : *L'obligation de garantie dans le louage des choses*. Préface de A. Tunc. 1962. Épuisé.
- Tome 37. - FARJAT (G.) : *L'ordre public économique*. Préface de B. Goldman. 1963. Épuisé.
- Tome 38. - DUCOULOUX (C.) : *Les sociétés d'économie mixte en France et en Italie*. Préface de J. Brèthe de la Gressaye. 1963. Épuisé.
- Tome 39. - PRADEL (J.) : *La condition civile du malade*. Préface de G. Cornu. 1963. Épuisé.
- Tome 40. - VERDOT (R.) : *La notion d'acte d'administration en droit privé français*. Préface de P. Kayser. 1963.
- Tome 41. - GHESTIN (J.) : *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*. Préface de J. Boulanger. 2^e éd. 1971. Épuisé.
- Tome 42. - GROSS (R.) : *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*. Préface de D. Tallon. 1964. Épuisé.
- Tome 43. - BUFFELAN-LANORE (Y.) : *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*. Préface de P. Hébraud. 1963.
- Tome 44. - POULAIN (J.) : *La protection des émissions de radiodiffusion*. Préface de H. Desbois. 1963. Épuisé.
- Tome 45. - GOURDON (C.) : *La notion de cause de divorce étudiée dans ses rapports avec la faute*. Préface de J. Carbonnier. 1963.
- Tome 46. - DAHAN (M.) : *Sécurité sociale et responsabilité*. Étude critique du recours de la Sécurité sociale contre le tiers responsable. Préface de J. Carbonnier. 1963. Épuisé.
- Tome 47. - LINOSSIER (L.) : *Le partage des successions confondues*. Préface de R. Le Balle. 1963.
- Tome 48. - LOMBOIS (J.-C.) : *De l'influence de la santé sur l'existence des droits civils*. Préface de J. Carbonnier. 1963.
- Tome 49. - *L'immeuble urbain à usage d'habitation*. Études de droit privé, sous la direction de J. Carbonnier, et par MM. J.-M. Leloup, L. Linossier, C. Lombois, J. Normand, A. Piedelièvre, E. du Pontavice, A. Rieg, J.-P. Sortais, R. Verdot et R. Willmann. 1963.
- Tome 50. - BIOLLEY (G.) : *Le droit de réponse en matière de presse*. Préface de A. Tunc. 1963. Épuisé.
- Tome 51. - GOULET (J.-M.) : *La condition juridique de l'enfant adultérin en droit italien*. Préface de Y. Lobin. 1964.
- Tome 52. - BOULANGER (F.) : *Étude comparative du droit international privé des successions en France et en Allemagne*. Préface de H. Batiffol. 1964.
- Tome 53. - VINEY (G.) : *Le déclin de la responsabilité individuelle*. Préface de A. Tunc. 1965. Épuisé.
- Tome 54. - AMBIALET (J.) : *Responsabilité du fait d'autrui en droit médical*. Préface de M. de Juglart. 1965. Épuisé.

- Tome 55. - LECLERCQ (P.) : *Les clientèles attachées à la personne*. Préface de P. Catala. 1965.
- Tome 56. - LABRUSSE-RIOU (C.) : *L'égalité des époux en droit allemand*. Préface de R. David. 1965.
- Tome 57. - DEJEAN DE LA BATIE (N.) : *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*. Préface de H. Mazeaud. 1965.
- Tome 58. - SPITERI (P.) : *L'égalité des époux dans le régime matrimonial légal*. (Étude de réforme législative). Préface de A. Breton. 1965.
- Tome 59. - MALINVAUD (Ph.) : *La responsabilité des incapables et de la femme dotale à l'occasion d'un contrat*. Préface de H. Mazeaud. 1965.
- Tome 60. - LANDREAU (D.) : *Le désaveu de paternité spécial de l'article 325 du code civil*. Essai de contribution à l'étude du rôle de la jurisprudence. Préface de P. Kayser. 1965. Épuisé.
- Tome 61. - DOUCET (J.-P.) : *L'indexation*. Préface de H. Mazeaud. 1965. Épuisé.
- Tome 62. - RAYMOND (G.) : *Le consentement des époux au mariage*. Étude de droit positif français. Préface de G. Cornu. 1965.
- Tome 63. - RUBELLIN-DEVICHI (J.) : *L'arbitrage, nature juridique droit interne et droit international privé*. Préface de J. Vincent. Épuisé.
- Tome 64. - TANAGHO (S.) : *De l'obligation judiciaire*. Étude morale et technique du contrat par le juge. Préface de P. Raynaud. 1965.
- Tome 65. - NORMAND (J.) : *Le juge et le litige*. Préface de R. Perrot. 1965. Épuisé.
- Tome 66. - JAUFFRET (C.) : *La responsabilité civile en matière d'accidents d'automobile* (étude comparée de droit espagnol, italien et français). Préface de Y. Lobin. 1965. Épuisé.
- Tome 67. - FROSSARD (J.) : *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultats*. Préface de R. Nerson. 1965. Épuisé.
- Tome 68. - LE BRIS (R.-F.) : *La relation de travail entre époux*. Préface de Y. Lous-souarn. 1965.
- Tome 69. - *L'automobile en droit privé*, études de droit privé sous la direction et avec une préface de Y. Loussouarn, par R. Badinter, J. Borricand, F. Boulanger, G. Cas, M. Culioli, M. Dahan, H. Gaudemet-Tallon, C. Jauffret, J. Péliissier, C. Riou-Labrusse, G. Roujou de Boubée, J. Sayn, M. Veron. 1965.
- Tome 70. - PIROVANO (A.) : *Faute civile et faute pénale*. Préface de P. Bonassies. 1966. Épuisé.
- Tome 71. - LESERVOISIER (Y.) : *La responsabilité civile résultant du transport gratuit de personnes en droit français et en droit anglais*. Préface de B. Goldman. 1966.
- Tome 72. - MOREAU (J.-P.) : *Les limites au principe de la divisibilité de l'instance quant aux parties*. Préface de G. Cornu. 1966.
- Tome 73. - DAGOT (M.) : *La simulation en droit privé*. Préface de P. Hébraud. Épuisé.
- Tome 74. - COUV RAT (P.) : *Les agences de voyages en droit français*. Préface de G. Cornu. 1967. Épuisé.
- Tome 75. - DESJEUX (X.) : *La convention de Rome (10-26 octobre 1961) : Étude de la protection des artistes, interprètes ou exécutants, des protecteurs de phonogrammes et des organismes de radiodiffusion*. Préface de H. Desbois. 1966.
- Tome 76. - SERNA (J.-C.) : *Le refus de contracter*. Préface de J. Carbonnier. 1967.
- Tome 77. - KHALIL (M.-S.) : *Le dirigisme économique et les contrats*. Étude de droit comparé. France, Égypte, U.R.S.S. Préface de R. David. 1967. Épuisé.
- Tome 78. - CHABAS (F.) : *L'influence de la pluralité de causes sur le droit à réparation*. Préface de H. Mazeaud. 1967. Épuisé.
- Tome 79. - LEUCK (A.) : *De la nature juridique de l'avancement d'hoirie*. Préface de P. Voirin. 1967.
- Tome 80. - OMAR (A.-M.) : *La notion d'irrecevabilité en droit judiciaire privé*. Préface de P. Voirin. 1967.
- Tome 81. - BOURGEOIS (A.-M.) : *L'exploitation agricole dans la législation récente*. Préface de J. Stoufflet. 1967.
- Tome 82. - CHEVALLIER (J.-Y.) : *Filiation naturelle simple et filiation alimentaire en droit international privé*. Préface de Y. Loussouarn. 1967.
- Tome 83. - EL GAMMAL (M.) : *L'adaptation du contrat aux circonstances économiques*. Préface de A. Tunc. 1967.

- Tome 84. - CELICE (B.) : *Les réserves et le non-vouloir dans les actes juridiques*. Préface de J. Carbonnier. 1968.
- Tome 85. - NAJJAR (J.) : *Le droit d'option, contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*. Préface de P. Raynaud. 1967.
- Tome 86. - DEMAÏN (B.) : *La liquidation des biens des concubins*. Préface de J. Carbonnier. 1968.
- Tome 87. - JESTAZ (Ph.) : *L'urgence et les principes classiques du droit civil*. Préface de P. Raynaud. 1968.
- Tome 88. - GOMAA (N.M.K.) : *Théorie des sources de l'obligation*. Préface de J. Carbonnier. 1968.
- Tome 89. - DELHAY (F.) : *La nature juridique de l'indivision*. Préface de J. Patarin. 1968.
- Tome 90. - GILSON (B.) : *Inexécution et résolution en droit anglais*. Préface de A. David. 1969.
- Tome 91. - OVERSTAKE (J.-F.) : *Essai de classification des contrats spéciaux*. Préface de J. Brèthe de la Gressaye. 1969.
- Tome 92. - COZIAN (M.) : *L'action directe*. Préface de A. Ponsard. 1969.
- Tome 93. - GOUBEAUX (G.) : *La règle de l'accessoire en droit privé*. Préface de D. Tallon. 1969.
- Tome 94. - SAYAG (A.) : *Essai sur le besoin créateur de droit*. Préface de J. Carbonnier. 1969.
- Tome 95. - BLONDEL (P.) : *La transmission à cause de mort des droits extrapatrimoniaux et des droits patrimoniaux à caractère personnel*. Préface de A. Ponsard. 1969.
- Tome 96. - DUPICHOT (J.) : *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*. Préface de J. Flour. 1969.
- Tome 97. - MALAN (F.) : *Les offres publiques d'achat (O.P.A.) : l'expérience anglaise*. Préface de A. Tunc. 1969.
- Tome 98. - HONORAT (J.) : *L'idée d'acceptation des risques dans la responsabilité civile*. Préface de J. Flour. 1969. Épuisé.
- Tome 99. - ISSAD (M.) : *Le jugement étranger devant le juge de l'exequatur de la révision au contrôle*. Préface de Y. Loussouarn. 1970.
- Tome 100. - MARMIER (M.-P.) : *Sociologie de l'adoption*. Préface de J. Carbonnier. 1969.
- Tome 101. - SIMLER (Ph.) : *La nullité partielle des actes juridiques*. Préface de A. Weill. 1969. Épuisé.
- Tome 102. - AZEMA (J.) : *La durée des contrats successifs*. Préface de R. Nerson. 1969.
- Tome 103. - FAYARD (M.-C.) : *Les impenses*. Préface de R. Nerson. 1969.
- Tome 104. - MENDEGRIS (R.) : *La nature juridique de la compensation*. Préface de P. Catala. 1969.
- Tome 105. - SOINNE (B.) : *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux*. Préface de J. Patarin. 2 vol. 1969.
- Tome 106. - GEBLER (M.-J.) : *Le droit français de la filiation et la vérité*. Préface de D. Tallon. 1970.
- Tome 107. - ALEXANDRE (D.) : *Les pouvoirs du juge de l'exequatur*. Préface de A. Weill. 1970.
- Tome 108. - LE TOURNEAU (Ph.) : *La règle « nemo auditur »*. Préface de P. Raynaud. 1970. Épuisé.
- Tome 109. - AUBERT (J.-L.) : *Notions et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*. Préface de J. Flour. Épuisé.
- Tome 110. - OTTENHOFF (R.) : *Le droit pénal et la formation du contrat civil*. Préface de H. Blaise. 1970.
- Tome 111. - ISSA (H.-M.) : *Capitalisme et sociétés anonymes en Égypte*. Préface de A. Tunc. 1970.
- Tome 112. - GUGGENHEIM (D.) : *L'invalidité des actes juridiques en droit suisse et comparé*. Préface de H. Kaufmann. 1970.
- Tome 113. - MOUREY (J.-L.) : *Les équilibres socio-psychologiques de la copropriété*. Préface de J. Carbonnier. 1970.
- Tome 114. - MERON (Y.) : *L'obligation alimentaire entre époux en droit musulman hanéfite*. Préface de Ch. Chehata. 1971.

- Tome 115. - MAURICE (R.) : *Le commissaire-priseur et les ventes publiques de meubles*. Préface de A. Robert. 1971.
- Tome 116. - CRAFFE (M.) : *La puissance paternelle en droit anglais*. Préface de R. David. 1971.
- Tome 117. - HAUSER (J.) : *Objectivisme et subjectivisme dans l'acte juridique*. Préface de P. Raynaud. 1971.
- Tome 118. - SCHMIDT (A.) : *Les sociétés d'auteurs S.A.C.E.M.-S.A.C.D. — Contrats de représentation*. Préface de H. Desbois. 1971.
- Tome 119. - PILLEBOUT (J.-F.) : *Recherches sur l'exception d'inexécution*. Préface de P. Raynaud. 1971.
- Tome 120. - CHAMPENOIS (G.) : *Réclamation d'état et revendication d'enfant légitime*. Préface de J. Flour. 1971.
- Tome 121. - COUTURIER (G.) : *La confirmation des actes nuls*. Préface de J. Flour. 1971. Épuisé.
- Tome 122. - ALTER (M.) : *L'obligation de délivrance dans la vente des meubles corporels*. Préface de P. Catala. 1972.
- Tome 123. - BAUDRON (A.-M.) : *La suspension provisoire des poursuites et l'apurement collectif du passif selon l'ordonnance du 23 septembre 1967*. Préface de C. Gavalda. 1972.
- Tome 124. - BOUT (R.) : *La gestion d'affaires en droit français contemporain*. Préface de P. Kayser. 1972. Épuisé.
- Tome 125. - SERLOOTEN (P.) : *Les biens réservés*. Préface de P. Hébraud. 1973.
- Tome 126. - Retiré de la vente.
- Tome 127. - DUPEYRON (Ch.) : *La régularisation des actes nuls*. Préface de P. Hébraud. 1973. Épuisé.
- Tome 128. - BENABENT (A.) : *La chance et le droit*. Préface de J. Carbonnier. 1973. Épuisé.
- Tome 129. - PUECH (M.) : *L'illicéité dans la responsabilité civile extra-contractuelle*. Préface de A. Rieg. 1973. Épuisé.
- Tome 130. - MICHELET (E.) : *La règle de non-cumul du possessoire et du pétitoire*. Préface de M. Perrot. 1973.
- Tome 131. - BERGEL (J.-L.) : *Les servitudes de lotissement à usage d'habitation*. Préface de E. Bertrand. 1973.
- Tome 132. - BERLIOZ (G.) : *Le contrat d'adhésion*. Préface de B. Goldman. 2^e édition. 1975.
- Tome 133. - PENNEAU (J.) : *Faute et erreur en matière de responsabilité médicale*. A. Tunc. 1973. Épuisé.
- Tome 134. - MARTIN (D.) : *L'entreprise agricole dans les régimes matrimoniaux*. Préface de J. Béguin. 1974.
- Tome 135. - ROUJOU DE BOUBÉE (M.-E.) : *Essai sur la notion de réparation*. Préface de P. Hébraud. 1974.
- Tome 136. - POULPIQUET (J. de) : *La responsabilité civile et disciplinaire des notaires (de l'influence de la profession sur les mécanismes de la responsabilité)*. Préface de P.-A. Sigalat. 1974. Épuisé.
- Tome 137. - GUERRIERO (M.-A.) : *L'acte juridique solennel*. Préface de J. Vidal. 1975.
- Tome 138. - PIERRE-FRANÇOIS (G.-L.) : *La notion de dette de valeur en droit civil. Essai d'une théorie*. Préface de P. Raynaud. 1975.
- Tome 139. - TEYSSIÉ (B.) : *Les groupes de contrats*. Préface de J.-M. Mousseron. 1975.
- Tome 140. - CRIONNET (M.) : *Les droits intellectuels et les régimes matrimoniaux en droit français*. Préface de A. Françon. 1975.
- Tome 141. - TEMPLE (H.) : *Les sociétés de fait*. Préface de J. Calais-Auloy. 1975. Épuisé.
- Tome 142. - PAPACHRISTOS (A.-C.) : *La réception des droits privés étrangers comme phénomène de sociologie juridique*. Préface de J. Carbonnier. 1975.
- Tome 143. - TOMASIN (D.) : *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile*. Préface de P. Hébraud. 1975.
- Tome 144. - ROZES (L.) : *Les travaux et constructions du preneur sur le fonds loué*. Préface de P. Hébraud. 1976.
- Tome 145. - GUINCHARD (S.) : *L'affectation des biens en droit privé français*. Préface de R. Nerson. 1976.

- Tome 146. - GENIN-MERIC (R.) : *La maxime locus regit actum, nature et fondement*. Préface de J. Vincent. 1976.
- Tome 147. - PATENAUDE (P.) : *La protection des conversations en droit privé*. Étude comparative des droits américain, anglais, canadien, français et québécois. Préface de J.-L. Baudouin. 1976.
- Tome 148. - PETRANKER (L.) : *Droit français et droit allemand en matière de brevets concernant la protection de différentes inventions dans le domaine de la chimie*. Préface de A. Françon. 1976.
- Tome 149. - GASTAUD (J.-P.) : *Personnalité morale et droit subjectif*. Préface de J.-P. Sortais. 1977.
- Tome 150. - MIGUET (J.) : *Immutabilité et évolution du litige*. Préface de P. Hébraud. 1977.
- Tome 151. - DEKEUWER-DEFOSSEZ (F.) : *Les dispositions transitoires dans la législation civile contemporaine*. Préface de M. Gobert. 1977.
- Tome 152. - *L'information en droit privé*. Travaux de la conférence d'agrégation, sous la direction de Y. Loussouarn et P. Lagarde, par I. Tallon-Frouin, M. Cherif Salah Bey, N. Guimezanes, M. Buy, E. Escolano, J. Vezian, G. Berlioz, C. Lucas de Leyssac, B. Bonjean, E. Contamine-Raynaud, M. Crémieux, J.-C. Caviaux et A. du Cheyron. Préface de Y. Loussouarn. 1978.
- Tome 153. - RAVANAS (J.) : *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*. Préface de P. Kayser. 1978.
- Tome 154. - MALINVERNI (P.) : *Les conditions générales de vente et les contrats-types des Chambres syndicales*. Préface de J. Hémard. 1978.
- Tome 155. - MARTY (J.-P.) : *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude de droit de superficie*. Préface de J. Hémard. 1979.
- Tome 156. - VIANDIER (A.) : *La notion d'associé*. Préface de F. Terré. 1978.
- Tome 157. - CORLAY (P.) : *La notion de soustraction frauduleuse et la conception civile objective de la possession*. Préface de J.-D. Bredin. 1978.
- Tome 158. - LE CANNU (P.) : *La société anonyme à directoire*. Préface de J. Derruppé. 1979.
- Tome 159. - AUDIER (J.) : *Les droits patrimoniaux à caractère personnel*. Préface de P. Kayser. 1979.
- Tome 160. - MESTRE (J.) : *La subrogation personnelle*. Préface de P. Kayser. 1979.
- Tome 161. - MAGNAN (J.-L.) : *Le notariat et le monde moderne*. Préface de J. Derruppé. 1979.
- Tome 162. - GRIDEL (J.-P.) : *Le signe et le droit (Les bornes — Les uniformes — La signalisation et autres)*. Préface de J. Carbonnier. 1979.
- Tome 163. - NERET (J.) : *Le sous-contrat*. Préface de P. Catala. 1979.
- Tome 164. - SAINT-ALARY-HOUIN (C.) : *Le droit de préemption*. Préface de P. Raynaud. 1979.
- Tome 165. - KORNPROBST (E.) : *La notion de bonne foi, application au droit fiscal français*. Préface de J. Schmidt. 1980.
- Tome 166. - GHOZI (A.) : *La modification de l'obligation par la volonté des parties*. (Études de droit civil français). Préface de D. Tallon. 1980.
- Tome 167. - CARREAU (C.) : *Mérite et droit d'auteur*. Préface de A. Françon. 1981.
- Tome 168. - MUZUAGHI (A.S.) : *Le déclin des clauses d'exonération de responsabilité sous l'influence de l'ordre public nouveau*. Préface de P. Bonassies. 1981.
- Tome 169. - CABALLERO (F.) : *Essai sur la notion de nuisance*. Préface de J. Rivero. 1981.
- Tome 170. - PHILIPPE (C.) : *Le devoir de secours et d'assistance entre époux. Essai sur l'entraide conjugale*. Préface de G. Wiederkehr. 1981.
- Tome 171. - GOUTAL (J.-L.) : *Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat*. Préface de H. Batiffol. 1981.
- Tome 172. - STORCK (M.) : *Essai sur le mécanisme de la représentation dans les actes juridiques*. Préface de D. Huet-Weiller. 1982.
- Tome 173. - NANA (G.) : *La réparation des dommages causés par le vice d'une chose*. Préface de J. Ghestin. 1982.
- Tome 174. - PAMOUKDJIAN (J.-P.) : *Le droit du parfum*. Préface de Ch. Gavalda. 1982.
- Tome 175. - BRICKS (H.) : *Les clauses abusives*. Préface de J. Calais-Auloy. 1982.

- Tome 176. - LALIGANT (O.) : *La divulgation des œuvres artistiques, littéraires et musicales en droit positif français*. Avant-propos de P. Kayser. Préface de G. Lambert. 1983 avec mise à jour : loi du 3-7-1985.
- Tome 177. - BENAC-SCHMIDT (F.) : *Le contrat de promesse unilatérale de vente*. Préface de J. Ghestin. 1983.
- Tome 178. - JOBARD-BACHELLIER (M.-N.) : *L'apparence en droit international privé*. Préface de P. Lagarde. 1983.
- Tome 179. - DUCLOS (J.) : *L'opposabilité, essai d'une théorie générale*. Préface de D. Martin. 1984.
- Tome 180. - GOYET (Ch.) : *Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et du bail superficiaire*. Préface de D. Schmidt. 1983.
- Tome 181. - LEVY (L.) : *La nationalité des sociétés*. Préface de B. Goldman. 1984.
- Tome 182. - NEIRINCK (C.) : *La protection de la personne de l'enfant contre ses parents*. Préface de B. Teyssié. 1984.
- Tome 183. - NASSAR (N.) : *Le droit du bail au Liban*. Préface de F. Terré. 1984.
- Tome 184. - MEAU-LAUTOUR (H.) : *La donation déguisée en droit civil français, contribution à la théorie générale de la donation*. Préface de P. Raynaud. 1985.
- Tome 185. - DREIFUSS-NETTER (F.) : *Les manifestations de volonté abdicatives*. Préface de A. Rieg. 1985.
- Tome 186. - BEN ABDERRAHMANE (D.) : *Le droit allemand des conditions générales des contrats dans les ventes commerciales franco-allemandes*. Préface de M. Pédamon. 1985.
- Tome 187. - RANOUIL (V.) : *La subrogation réelle en droit civil français*. Préface de Ph. Malaurie. 1985.
- Tome 188. - DORSNER-DOLIVET (A.) : *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans le domaine de l'homicide et des blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*. Préface de P. Raynaud. 1986.
- Tome 189. - URBAIN-PARLEANI (I.) : *Les comptes courants d'associés*. Préface de G. Gavalda. 1986.
- Tome 190. - VIRASSAMY (G.-J.) : *Les contrats de dépendance. Essai sur les activités professionnelles exercées dans une dépendance économique*. Préface de J. Ghestin. 1986.
- Tome 191. - BARRE (M.) : *L'accession à la propriété d'une maison individuelle*. Préface de Ph. Fouchard. 1986.
- Tome 192. - LE FLOCH (P.) : *Le fonds de commerce, essai sur le caractère artificiel de la notion et ses limites actuelles*. Préface de J. Paillusseau. 1986.
- Tome 193. - *Sécurité des consommateurs et responsabilité du fait des produits défectueux*. Colloque 6-7 nov. 1986, sous la direction de J. Ghestin. 1987.
- Tome 194. - POUGHON (J.-M.) : *Histoire doctrinale de l'échange*. Préface de J.-P. Braud. 1987.
- Tome 195. - VASSILAKAKIS (E.) : *Orientations méthodologiques dans les codifications récentes du droit international privé en Europe*. Préface de P. Lagarde. 1987.
- Tome 196. - *Le contrat aujourd'hui, comparaisons franco-anglaises*, collectif sous la direction de D. Tallon et D. Harris. 1987.
- Tome 197. - MARGELLOS (T.-M.) : *La protection du vendeur à crédit d'objets mobiliers corporels à travers la clause de réserve de propriété*. Préface de J.-M. Bischoff. 1988.
- Tome 198. - JARROSSON (Ch.) : *La notion d'arbitrage*. Préface de B. Oppetit. 1987.
- Tome 199. - CHARDIN (N.) : *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Préface de J.-L. Aubert. 1988.
- Tome 200. - EL HASSANI (M.) : *Les groupes de sociétés au Maroc*. 2 vol., sous presse.
- Tome 201. - BUSSY-DUNAUD (F.) : *Le concours d'actions en justice entre les mêmes parties*. Préface de J. Ghestin. 1988.
- Tome 202. - DUBOC (G.) : *La compensation et les droits des tiers*. Préface de J.-L. Mouralis. 1989.
- Tome 203. - PENNEAU (A.) : *Règles de l'art et normes techniques*. Préface de G. Viney. 1989.
- Tome 204. - CORDIER (B.) : *Le renforcement des fonds propres dans les sociétés anonymes*. Préface de Y. Guyon. 1989.
- Tome 205. - POLLAUD-DULIAN (F.) : *Le droit de destination, le sort des exemplaires en droit d'auteur*. Préface de A. Françon. 1989.

- Tome 206. - FERRY (C.) : *La validité des contrats en droit international privé, France-U.S.A.* Préface de B. Teyssié. 1989.
- Tome 207. - BILLIAU (M.) : *La délégation de créance*, essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations. Préface de J. Ghestin. 1989.
- Tome 208. - PICOD (Y.) : *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*. Préface de G. Couturier. 1989.
- Tome 209. - MONTREDON (J.-F.) : *La désolennisation des libéralités*. Préface de B. Teyssié. 1989.
- Tome 210. - CONDOVASAINITIS (T.) : *Le secteur public industriel et commercial au regard du droit français et du droit communautaire de la concurrence*. Préface de M. Pédamon. 1989.
- Tome 211. - MARKOVITS (Y.) : *La directive C.E.E. du 25 juillet 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux*. Préface de J. Ghestin, 1990.
- Tome 212. - LEVENEUR (L.) : *Situations de fait et droit privé*. Préface de M. Gobert. 1990.
- Tome 213. - CABRILLAC (R.) : *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*. Préface de P. Catala. 1990.
- Tome 214. - FADEL RAAD (N.) : *L'abus de la personnalité morale en droit privé*. Préface de F. Terré. 1991.
- Tome 215. - JAMIN (C.) : *La notion d'action directe*. Préface de J. Ghestin. 1991.
- Tome 216. - HANNOUN (C.) : *Le droit et les groupes de sociétés*. Préface de A. Lyon-Caen. 1991.
- Tome 217. - DURNERIN (P.) : *La notion de passif successoral*. Préface de G. Cornu. 1992.
- Tome 218. - GUELFUCCI-THIBIERGE (C.) : *Nullité, restitutions et responsabilité*. Préface de J. Ghestin. 1992.
- Tome 219. - PAMBOUKIS (C.) : *L'acte public étranger en droit international privé*. Préface de P. Lagarde. 1992.
- Tome 220. - ANTONMATTEI (P.-H.) : *Contribution à l'étude de la force majeure*. Préface de B. Teyssié. 1992.
- Tome 221. - FABRE-MAGNAN (M.) : *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*. Préface de J. Ghestin. 1992.
- Tome 222. - BRANLARD (J.-P.) : *Le sexe et l'état des personnes*. Préface de F. Terré (à paraître).
- Tome 223. - MAZEAUD (D.) : *La notion de clause pénale*. Préface de F. Chabasse (à paraître).
- Tome 224. - OSMAN (F.) : *Les principes généraux de la Lex Mercatoria*. Préface de E. Loquin. 1992.
- Tome 225. - LIBCHABER (R.) : *Recherches sur la monnaie en droit public*. Préface de P. Mayer. 1992.

PRÉFACE

Livre ambitieux que celui-ci : M. Libchaber y relève le défi lancé par le doyen Carbonnier, qui dénonçait l'absence à ce jour d'une théorie juridique de la monnaie. C'est de cette théorie que l'auteur tente de jeter les bases.

Les raisons même de l'absence déplorée mettent sur la voie de la conception qui sera en définitive retenue. Elles tiennent d'abord à la nature essentiellement matérielle qu'a longtemps revêtue la monnaie, identifiée au métal précieux. Dans l'une des conceptions encore dominantes au XVIII^e siècle, la monnaie n'était donc rien d'autre qu'une variété de marchandises, dont on relevait seulement qu'elle était un objet privilégié d'échange, parce que le métal est d'un usage commode et sûr. L'apparition de formes de plus en plus dématérialisées - le billet de banque, dont la valeur ne réside pas dans la matière qui le constitue, le virement bancaire, le chèque, la carte de paiement, aujourd'hui la carte à mémoire -, oblige à porter l'attention non sur la chose, qui apparaît à la fois substituable et toujours plus insaisissable, mais sur le mécanisme.

Il est vrai que des auteurs n'avaient pas attendu l'apparition de formes concurrentes du métal pour percevoir que la spécificité de la monnaie tient à autre chose qu'à la matière dont elle est faite : pour Montesquieu, la monnaie est une « mesure commune », un « signe qui représente la valeur de toutes choses ». Mais c'est là une réflexion d'économiste, qui met l'accent sur l'une des fonctions de la monnaie : l'évaluation. La pensée juridique demeure embryonnaire. Les progrès réalisés par la pensée économique au XIX^e siècle auront même un effet pervers : plutôt que de rechercher la nature juridique de la monnaie, les juristes se borneront à rallier la conception économique, réduisant la monnaie à ses fonctions : d'évaluation, de paiement, de réserve de valeur, et négligeant d'en rechercher la nature. C'est à cette dernière, « essentielle à la fondation d'une théorie juridique », que M. Libchaber s'intéressera principalement.

On conçoit qu'à partir de telles prémisses, et compte tenu également de son tempérament intellectuel, l'auteur soit porté à retenir, de toutes les conceptions possibles de la monnaie, la plus abstraite.

Non seulement, selon lui, l'essence du phénomène monétaire ne réside pas dans la chose remise en paiement, mais la fonction même de paiement, sur laquelle insistent aujourd'hui les économistes, ne la caractérise pas de façon primordiale. Les moyens de paiement ne constituent qu'une émergence formelle du concept de monnaie. Cela n'empêche pas l'auteur de les analyser finement, et d'observer qu'au-delà de leur diversité, on peut toujours distinguer d'une part des supports monétaires (par exemple : le compte en banque), et d'autre part des instruments de transfert (par exemple : le virement bancaire). Mais l'essentiel n'est pas là. Il est, manifestement, dans ce qui est inscrit dans le compte, dans ce qui fait l'objet du virement. Ayant évacué tout ce qui est matériel, ou même fonctionnel, M. Libchaber ne peut identifier cette inconnue qu'à une notion abstraite, abstraitissime voudrait-on écrire : c'est une **unité monétaire**. Le franc est une unité monétaire, comme le kilogramme est une unité de masse et le mètre une unité de longueur. Une unité plus abstraite toutefois, car depuis qu'il n'est plus étalonné sur une valeur, il n'a pas de mesure prédéfinie.

En quoi, alors, cette unité est-elle monétaire ? Ici, on ne voit pas que l'auteur puisse échapper à la prise en compte des fonctions. Il distingue en effet l'unité de valeur, qui sert à comparer les uns aux autres tous les objets disponibles dans les relations sociales, et l'unité de paiement, moyen d'extinction des dettes de somme d'argent.

Le phénomène monétaire est, cependant, unique. Les deux types d'unités sont reliés entre eux par le fait que les unités de paiement ont le pouvoir d'éteindre les dettes libellées en unités de valeur. D'où, finalement, la définition - encore un degré plus haut dans l'abstraction : la monnaie est « un procédé de régulation d'essence mentale, ordonné par le jeu combiné de ces deux unités ».

Au Moyen-Age, monnaies de compte et monnaies de paiement ne coïncidaient pas. Dans les systèmes modernes, elles portent le même nom. La différence conceptuelle subsiste cependant : le franc est le nom **à la fois** de l'unité de compte et de l'unité de paiement. L'auteur tire de cette dualité des conséquences essentielles, quand il en vient, dans la deuxième partie de son ouvrage, à étudier l'obligation monétaire.

Il distingue en effet deux sortes de dettes : celles qui sont libellées en unités de valeur, parce qu'elles représentent la valeur du bien ou du service acquis en contrepartie ; et celles qui sont libellées en unités de paiement, essentiellement celles qui ont pour objet la restitution de ces mêmes unités - cas, par exemple, de la dette née d'un prêt d'argent. La principale différence qui les sépare est liée à l'incidence sur elles de la dépréciation monétaire. Le nominalisme tient, à l'égard des secondes, à la nature des choses : on doit restituer identiquement le nombre d'unités de paiement que l'on a reçu ; une augmentation de ce nombre, pour tenir compte de la diminution de la valeur de chaque unité, supposerait - en dehors d'une clause contractuelle -, le recours par le législateur à un élément correcteur, par exemple l'indice des prix ; une telle politique pourrait être opportune, mais dénaturerait la substance de l'obligation. En revanche, selon M. Libchaber, les dettes libellées en unités de valeur sont naturellement indexées sur la valeur du bien ou du service acquis ; c'est à leur égard (et à leur égard seulement, contrairement à certains errements du droit

positif) que le procédé de la dette de valeur est légitime, et mériterait d'être généralisé. Seules des raisons pratiques, de simplicité surtout, pourraient conduire à l'écarter.

Telle est la substance des thèses soutenues par M. Libchaber. Chemin faisant, il déduit de son analyse quantité de notations utiles, notamment sur la qualification de la monnaie au regard du droit des biens et des obligations (est-ce vraiment une chose de genre, consommable, fongible ?), sur son assimilation à une marchandise, sur les paiements internationaux, sur le rôle de l'État dans le mécanisme monétaire ...

Ces thèses ne feront probablement pas l'unanimité. Le rédacteur de la présente préface avoue qu'il aurait plus facilement adhéré à une analyse non pas plus matérielle, mais plus concrète du phénomène monétaire. Mais en cette matière controversée, c'est à la cohérence, plus qu'à la justesse, qu'on peut prétendre juger l'œuvre ; sur ce plan, elle se révèle sans défaut.

M. Libchaber a su rester à la hauteur des exigences de son sujet. Sa pensée originale, puissante et profonde, est servie par un style brillant, toujours limpide, abondant en formules et en analogies frappantes. Cette première œuvre témoigne d'une maturité surprenante ; sans forcer les mots, elle nous paraît déjà magistrale. Gageons que l'esprit fécond de son auteur apportera dans un proche avenir à d'autres domaines du droit privé de nouveaux enrichissements.

Pierre MAYER

1. Omniprésente dans les relations juridiques, la monnaie n'en demeure pas moins l'inconnue du droit : la monnaie qui est partout dans les relations sociales, n'est nulle part dans la pensée juridique. Le Code civil a établi la typologie des biens matériels, mais s'est contenté de distinguer les meubles des immeubles sans réserver de place à la monnaie : il y a fréquemment fait référence sous des appellations diverses ¹, mais ne l'a jamais définie ni réglementée ; les tribunaux qui ont rencontré la monnaie à la croisée de la plupart des institutions ou opérations patrimoniales ne l'ont pas considérée comme une notion juridique, digne de recevoir un traitement homogène et cohérent ; la doctrine enfin a vu son rôle traditionnel de conceptualisation et d'organisation des relations juridiques échouer sur cette butée : aucun droit monétaire digne de ce nom n'existe aujourd'hui, même sous la forme d'une ébauche ². Au surplus, le droit ne reconnaît pas la monnaie lorsqu'il y est confronté. C'est ce qui explique que les différentes situations où la monnaie se signale à l'attention des juristes ne suivent pas un régime commun. Plutôt que d'être réglementée en elle-même, la monnaie est toujours incorporée à l'organisation de l'institution au sein de laquelle elle apparaît. Une vue superficielle du droit positif montre ainsi que le billet de banque hier, les chèques et les cartes de paiement aujourd'hui, sont appréhendés comme des effets de commerce ; que les prestations monétaires organisées par les contrats synallagmatiques ne sont pas considérées comme caractéristiques, et comptent donc pour presque rien dans la réglementation des contrats spéciaux ; que l'évaluation des obligations de somme d'argent est disséminée entre le droit de la responsabilité, la question de l'indexation et la dette de valeur. Rencontrant à tout moment la monnaie sous des formes diverses

¹ Le Code parle ainsi d'argent comptant (art. 533, 536, 1471), d'argent (art. 1895), de somme d'argent (art. 869, 1326), de somme monnayée (art. 1932), plus simplement encore de somme (art. 1153, 1469, 1895), et même parfois de deniers (art. 2103).

² En ce sens : J. CARBONNIER, « *Nomos, Numisma*, variations sur le droit monétaire », *Mélanges Dendias*, p. 1275.

et à l'intérieur d'opérations variées, le droit n'est jamais parvenu à l'identifier positivement, et donc à en rendre compte de façon globale.

Ainsi, c'est à bon droit que le doyen Carbonnier dressait en 1978 l'amer constat de cette situation : « On rencontre sans doute la monnaie dans de très nombreux secteurs du droit français, notamment du droit privé. Nous ne pensons pas tellement au droit commercial, qui, à l'occasion, s'occupe des banques d'émission et du billet de banque. Mais, en droit civil, des matières comme celles du paiement, des dommages-intérêts, du prix dans la vente, du contrat de prêt, voire des matières relevant pour partie du droit de la famille, telles que les récompenses sous les régimes de communauté, l'évaluation des biens aux fins de rapport ou de réduction, mettent également en cause la monnaie. Rien d'étonnant à cela : les intérêts pécuniaires sont au centre du droit privé, et qui dit pécuniaire, évoque monétaire. Seulement, en ces différents points d'émergence, la monnaie est constamment absorbée dans le domaine à propos duquel elle surgit. C'est à peine si, dans les classiques traités de droit civil, quelques développements un peu plus systématiques, au sujet soit du paiement, soit du prêt, donnent à imaginer qu'il y a place, à côté de la théorie économique, pour une théorie juridique de la monnaie »¹.

Dépecée, atomisée, pulvérisée dans la réglementation et la réflexion juridiques, la monnaie ne jouit d'aucun statut en droit privé pour la simple raison qu'elle n'est pas identifiée ou reconnue lorsqu'elle s'y manifeste.

À tous égards, la monnaie est inconnue du droit.

2. Le droit parle et traite de la monnaie parce qu'il ne peut faire autrement : il la rencontre trop souvent sur sa route pour l'ignorer ; mais il se révèle incapable de tenir sur elle un discours suivi et global. D'une certaine façon, le droit bavarde autour de la monnaie sans jamais la saisir : du bruit de fond que produisent les prises en compte implicites du phénomène monétaire en droit se dégage, pour peu que l'on y prête attention, le très intimidant silence du droit sur la monnaie. Examiner la monnaie à l'intérieur du droit privé revient à prendre conscience de ce silence, à peine troublé par des réglementations et des effets de surface.

Pour pouvoir entreprendre une théorie juridique de la monnaie en droit privé, il convient donc de commencer par rechercher les causes de ce silence. Ce n'est qu'en identifiant les raisons de son mutisme que l'on pourra rendre la parole à la science du droit, et voir de quelle façon la monnaie impose sa singularité dans les relations patrimoniales, et organise autour d'elle un régime juridique unifié et cohérent.

3. C'est à l'âge classique que l'on peut faire remonter le début de la réflexion systématique sur la monnaie, avant même que l'économie politique ne se soit constituée en domaine autonome de pensée². Dès le XVI^e siècle, confrontés à la monnaie métallique et à ses aléas, les auteurs s'interrogent sur la notion de monnaie, sur les raisons pour lesquelles des pièces de métal travaillé et estampillé circulent dans les sociétés. Deux conceptions vont alors se heurter de front, dont la formulation demeurera constante du XVI^e à la fin du XIX^e siècle : la théorie de la *monnaie-signes* et celle de la *monnaie-marchandise*.

¹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 1275.

² M. FOUCAULT, *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Gallimard, 1966.

Montesquieu, en 1748 : « La monnaie est un signe qui représente la valeur de toutes les choses. On prend quelque métal pour que le signe soit durable, qu'il se consume peu par l'usage, et que, sans se détruire il soit capable de beaucoup de divisions. On choisit un métal précieux, pour que le signe puisse aisément se transporter. Un métal est très propre à être une mesure commune, parce qu'on peut aisément le réduire au même titre. Chaque État y met son empreinte, afin que la forme réponde du titre et du poids, et que l'on connaisse l'un et l'autre par la seule inspection »¹. Tout à l'opposé, ces lignes du Chancelier d'Aguesseau, son contemporain, en 1777 : « Et si les jurisconsultes ont distingué la vente et l'échange comme deux espèces différentes de contrat, c'est parce que n'ayant pas assez médité sur la véritable nature de la monnaie, il leur a plu de donner à l'or et à l'argent le nom de prix, et de conserver l'ancien nom de marchandises aux choses que l'on acquiert par le moyen de l'or et de l'argent. Au lieu que s'ils avaient été aussi instruits du commerce qu'ils l'étaient de la Jurisprudence, ils auraient reconnu que dans la vente, comme dans ce qu'ils appellent permutation, il y a toujours deux marchandises échangées réellement l'une contre l'autre, de l'or ou de l'argent contre du blé par exemple, ... et que toute la différence qu'il y a entre l'or et l'argent, et les autres marchandises, est que l'usage de ces métaux étant beaucoup plus commode, plus sûr et plus facile, il arrive de là qu'on les échange aussi plus souvent que les autres »².

Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, toutes les discussions portant sur la nature de la monnaie ont hésité entre ces deux positions³ : soit la spécificité de la monnaie était intrinsèque, et tenait à l'or ou au métal précieux qui la composait ; soit la monnaie n'était rien en elle-même, et se définissait essentiellement par l'ensemble des richesses auquel elle renvoyait. Opposition irréductible en apparence, donc, qui plaçait la définition de la monnaie strictement en elle-même, dans la substance de la pièce, ou hors d'elle-même : dans l'ensemble des référents matériels de la monnaie.

4. Mais cette opposition entre les deux conceptions de la monnaie n'a paru irréductible que parce qu'il allait de soi que la monnaie était, sous une forme ou une autre, une richesse en circulation. Ce qui relie les deux conceptions et les rend bien moins hétérogènes que la pensée économique ne l'a cru, c'est l'investissement réel qui est fait dans la monnaie. Signe ou marchandise, la monnaie est de toutes façons considérée comme un gage de richesse⁴ ; ce qui sépare les deux positions, c'est que le gage peut être considéré soit comme le métal dont la pièce est faite, soit comme les richesses extérieures à la pièce, qu'elle permet d'acquérir. Dans la pensée classique, la monnaie est le siège d'un véritable chassé-croisé : dans le même temps, elle est un bien matériel et un

¹ MONTESQUIEU, *De l'esprit des Lois*, chapitre XXII, §2.

² D'AGUESSEAU, *Considérations sur les monnaies*, cité par J.-M. PUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. J.-P. Baud, Bibl. dr. priv. CXCIV, L.G.D.J., 1987, n° 205, p. 129, n. 21.

³ Les tenants de la monnaie-signes ont vu leur éclat et leur réputation un peu ternis par la destinée de celui qui fut leur plus éminent représentant : John Law (Sur cet épisode fondamental de l'histoire monétaire, v. E. FAURE, *La banqueroute de Law*, Gallimard, 1977). Les tenants de la monnaie-marchandise sont un peu mieux passés à la postérité, encore que l'évolution des monnaies ait montré l'inexactitude de leur théorie ; parmi eux, on citera Condillac et Destutt de Tracy. Pour une étude de cette opposition entre les deux théories : M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 192 et s.

⁴ M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 194.

bien dont la matérialité n'est qu'une apparence. La monnaie existe et circule, mais ce qui la fonde comme monnaie n'est pas d'ordre monétaire : si le fondement de la richesse placé dans la monnaie est l'or que la pièce incorpore, la circulation ne tient plus à la pièce elle-même, mais au métal contenu ; si la monnaie renvoie au gage réel qui lui est extérieur, la spécificité de la pièce se déplace pour se fixer dans la richesse réelle qui en assure le passage de main en main.

La circulation monétaire se justifiait à l'âge classique par le fait que la monnaie était considérée comme un fragment de richesse en mouvement. Mais alors même que la matérialité et le caractère réel de la monnaie étaient ainsi exaltés, l'importance de la monnaie en tant que telle s'évanouissait. La monnaie ne comptait que par la richesse qu'elle véhiculait, mais cette richesse était précisément toujours extérieure à la monnaie.

5. De cette opposition entre la monnaie-signe et la monnaie-marchandise est résultée une sorte de perte de substance. Tirailée entre le métal qu'elle incorporait et l'ensemble des richesses auquel elle renvoyait, la monnaie ne pouvait plus rien être en elle-même. Si l'on insiste sur le métal dont elle est faite, le renvoi aux richesses extérieures n'a pas de raison d'être, la monnaie ne devant être définie que par le métal ; si à l'inverse on la considère comme un jeton renvoyant conventionnellement à autre chose, la substance de la monnaie n'est d'aucune importance. Monnaie-signe et monnaie-marchandise s'excluent ainsi l'une l'autre par leur incompatibilité ; et par un effet pervers, elles interdisent dans le même temps que l'on s'intéresse à une quelconque nature de la monnaie, parler de la monnaie revenant toujours à parler d'autre chose. En revanche, ce qui relie l'une et l'autre théorie, l'idée d'une monnaie-gage de richesses, dévoile cela seul qui est alors la conception de la monnaie : la monnaie n'a pas de nature mais des fonctions. Elle peut étalonner les valeurs parce qu'elle a partie liée avec les richesses qu'elle représente ; elle peut servir d'instrument de paiement parce qu'elle est elle-même une forme de richesse en circulation. La nature de la monnaie n'existe pas, ou en tous cas n'a pas besoin d'être recherchée comme on le ferait pour tout objet ayant un statut juridique : sa nature est toute dans les fonctions qu'elle assume, et l'étude de ces fonctions rassemble l'étude de la monnaie.

Cette dérive de la nature de la monnaie vers ses fonctions s'est trouvée particulièrement illustrée par ce que l'on a nommé après coup l'analyse en termes réels ¹, ou l'analyse dichotomique ². Jean-Baptiste Say disait de la monnaie qu'elle était un voile jeté sur l'économie : la présence de monnaie aide à la circulation des biens et services à l'intérieur des sociétés, mais on peut rendre compte du fonctionnement global de l'économie en faisant abstraction de l'utilisation de monnaie. Dès lors qu'elle a favorisé les échanges, ceux-ci se dénouent en termes réels par l'expulsion de la monnaie. Là où, par exemple, le droit verra un double contrat de vente, Primus vendant du blé puis achetant des biens manufacturés avec l'argent reçu, l'analyse économique se contentera de l'échange d'un quintal de blé contre d'autres biens ³. Comme un catalyseur qui déclenche une réaction chimique dans laquelle il n'entre pas, la monnaie n'existe que pour favoriser des échanges qui existeraient aussi bien en son absence. La circulation des biens et services est un ensemble autonome que la monnaie ne

¹ J.-A. SCHUMPETER, *Histoire de l'analyse économique*, t. I, *L'âge des fondateurs*, Gallimard, 1983, p. 389.

² J. MARCHAL et J. LECAILLON, *Les flux monétaires. Histoire des théories monétaires*, Cujas, 1967.

³ J.-M. POUGHON, *op. cit.*, p. 124 et s.

ferait qu'effleurer : elle a des fonctions sociales, mais pas de nature propre. On utilisera une autre métaphore à l'époque, également éclairante : la monnaie est le sang du corps social, une substance qui alimente et nourrit les organes vitaux, tout en n'ayant qu'un statut accessoire¹. Comment mieux dire que l'analyse économique, obnubilée par une monnaie-gage de richesses, est parvenue à faire disparaître radicalement la nature de la monnaie derrière ses fonctions ?

6. Ces glissements de la pièce de monnaie à la représentation des richesses, de la nature de la monnaie à ses fonctions, ont été patiemment réalisés par l'analyse économique à l'âge classique, entre le XVI^e et le XIX^e siècle², et n'ont concerné que l'analyse économique. Mais en raison d'une configuration malheureuse du savoir, ces glissements vont être incorporés à l'analyse juridique.

Avant le XX^e siècle, juristes et tribunaux avaient suivi un chemin différent de celui des économistes, qui les avait mis en contact avec deux types de questions d'ordre monétaire : d'une part, les difficultés liées à l'identification et à la réglementation des monnaies ; d'autre part, l'impact des aléas monétaires sur les obligations à exécution échelonnée dans le temps³. Mais il est clair qu'aucune communauté de pensée ne liait ces deux questions : ni les auteurs ni les parlements n'avaient conscience de travailler la même matière lorsqu'ils étaient confrontés à ces deux ordres de problèmes. C'est ainsi qu'aucune approche juridique globale de la monnaie n'a pu naître tout au long de l'âge classique. Lorsque plus tard, au tournant de ce siècle, la doctrine aura l'intuition d'une éventuelle unité du droit monétaire, et essaiera de le fonder, elle ne pourra recourir au legs juridique, inconsistant à cet égard. L'effort de conceptualisation que feront les juristes empruntera de ce fait les chemins déjà balisés par l'analyse économique : en marge des travaux portant sur des questions monétaires limitées s'élabore une sorte de *doxa*, une conception préliminaire de la monnaie considérée comme certaine et intangible. Pour étudier la monnaie, la doctrine a retenu la conception la plus couramment manifestée à son époque : la conception fonctionnaliste de l'analyse économique⁴. Alors que ni les exigences propres de

¹ Selon William Petty, « la monnaie est la graisse du corps politique : trop nuit à son agilité, trop peu la rend malade ». Cité par F. BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, XV^e-XVIII^e siècle*, t. I, *Les structures du quotidien : le possible et l'impossible*, Armand Colin, 1979, p. 386.

² Il faudra en effet attendre Keynes et les économistes de ce siècle pour que la spécificité propre de la monnaie apparaisse, pour que la monnaie soit considérée comme ayant un rôle à jouer irréductible à celui des marchandises. Ce n'est ainsi qu'en notre siècle que naîtra une analyse proprement monétaire, dépassant les errements de l'analyse en termes réels (J. MARCHAL et J. LECAILLON, *op. cit.*, p. 197 et s.).

³ Pour le seizième siècle, on verra : E. SZLECHTER, « La monnaie au XVI^e siècle. Droit public. Droit privé », *Rev. hist. dr. fr. étr.* 1951.500 et 1952.80 ; pour le dix-huitième siècle, on lira par exemple le répertoire de Merlin de Douai, sous l'entrée "Monnaie". Plus généralement, des éléments d'histoire du droit monétaire mêlés à l'évolution de la réflexion économique, se trouvent chez : J. HAMEL, *Recherches sur la théorie juridique de la monnaie*, Les cours de droit, 1938-1939, p. 14 et s. L'ouvrage classique de R. Gonnard (*Histoire des doctrines monétaires dans ses rapports avec l'histoire des monnaies*, Sirey, 1935) s'intéresse essentiellement à la réflexion économique.

⁴ L'emprunt de la doctrine à la conception fonctionnaliste des économistes se fait peut-être pour la première fois chez Savigny, encore qu'elle n'ait pas tout à fait les traits qui la caractériseront ensuite : SAVIGNY, *Le droit des obligations*, t. II, trad. Gérardin et Jozon, éd. Auguste Durand, 1873, p. 3 et s. ; dans la doctrine française, les thèses soutenues autour de 1925 accueillent toutes sans discussion la conception

la pensée juridique ni l'expérience classique des tribunaux ne les y conduisaient, les auteurs ont repris à l'analyse économique une définition de la monnaie à partir de laquelle aucun progrès de la compréhension juridique des mécanismes monétaires n'était possible.

Dès le début du siècle apparaît ainsi en doctrine une conception trifonctionnelle de la monnaie, qui esquivait toute nature juridique. La monnaie n'est pas un bien dont on s'efforcerait de dégager des caractéristiques juridiques pour aboutir à un régime, mais une enveloppe vide qui ne se caractérise que par ses fonctions d'évaluation, de paiement, de réserve de valeur¹. Alors que commencer par la détermination d'une nature juridique de la monnaie aurait peut-être permis l'unification du régime de toutes les occurrences les plus diverses de la monnaie en droit, le choix d'une approche fonctionnaliste a imposé un double dépeçage de la monnaie en droit privé : entre les fonctions prétendument juridiques retenues, d'une part ; et d'autre part entre les différentes branches du droit où ces fonctions se manifestaient.

En reprenant la conception économique de la monnaie sans s'être soucié de sa compatibilité avec les objectifs juridiques, le droit a importé des problématiques étrangères dont il n'avait nul besoin, mais aussi une conception fonctionnaliste qui esquivaient la nature de la monnaie, pourtant essentielle à la fondation d'une théorie juridique. C'est parce que les auteurs ont été chercher la conception de la monnaie dans la théorie économique qu'ils se sont mis dans l'impossibilité d'élaborer une théorie juridique de la monnaie.

7. On peut ainsi comprendre l'étrange destinée du droit monétaire : pourvu de tous les atouts nécessaires à sa constitution en branche autonome du droit², il n'est pas même parvenu à faire valoir ses titres à l'existence. Et pourtant, l'étendue et le nombre des manifestations de la monnaie en droit supposaient un corps de règles spécifique, d'autant que la monnaie produit ses effets aussi bien en droit privé qu'en droit public ; au surplus, le droit monétaire a eu dans son passé les moyens de son autonomie, puisque des tribunaux particuliers ont été institués pour connaître de tous les litiges mettant en jeu la monnaie : les Cours des monnaies, véritables "tribunaux de l'ordre monétaire". Toutes ces spécificités auraient pu conduire à l'émergence d'un droit monétaire digne de ce nom. Il n'en a pourtant pas été ainsi, et cette apparente anormalité se comprend en réalité fort bien.

Ce qui a manqué au droit monétaire pour naître et exister, en dépit de tous les atouts énumérés, c'était une conception juridique propre de son objet. Le droit monétaire n'aurait pu exister qu'à la condition qu'un puissant courant parte de la nature juridique de la monnaie pour en irriguer tout le régime : ce courant aurait traversé les questions de détermination des formes monétaires existantes, serait venu border la très difficile question de l'évaluation des obligations monétaires, et aurait fini de produire ses effets dans le paiement de ces obligations. Mais pour

économique : C. BÉQUIGNON, *La dette de monnaie étrangère*, th. Caen, 1925 ; G. HUBRECHT, *La dépréciation monétaire et la stabilisation. Leurs effets sur l'exécution des obligations*, th. Strasbourg, 1928.

¹ Dans la doctrine française, on trouvera ces trois fonctions chez la plupart des auteurs qui se sont intéressés de près ou de loin à la monnaie, à l'exception du doyen Hamel. La formulation la plus cohérente, celle qui a visiblement influencé toute la doctrine d'après-guerre, se trouve dans l'ouvrage du doyen Carbonnier, où elle est demeurée constante : J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, P.U.F., 13^e éd., 1990, n° 17, p. 34.

² J. CARBONNIER, *op. cit.*, p. 1278 et s.

cela, il fallait une nature juridique, une conception propre sur laquelle fonder le régime unifié de la monnaie en droit privé. Or c'est cette base même qui a manqué à la fondation de cet édifice. On ne peut imaginer une branche du droit qui se constituerait autour d'un objet inexistant ; c'est pourtant ce que l'on a voulu faire avec le droit monétaire.

8. Afin d'entreprendre une réflexion juridique sur la monnaie, il convient, au moins à titre de programme, de briser avec les conceptions actuelles en prenant de nettes distances avec l'économie, quitte à s'enrichir de certains de ses résultats en cours de route. On a déjà montré que l'emprunt de conceptions économiques avait empêché le droit de forger une conception opératoire de la monnaie ; il reste à affirmer qu'il n'y a aucune raison que la réflexion juridique accorde une quelconque prééminence à l'analyse économique, fût-ce en matière monétaire.

L'analyse juridique est tenue en lisière parce qu'elle s'obstine à considérer la monnaie comme un objet essentiellement économique¹, auquel elle n'aurait droit de toucher qu'à la condition de respecter les règles de fonctionnement définies par l'analyse économique. La considération selon laquelle la monnaie est par essence un "objet économique" est bien sûr inexacte, et ne peut d'ailleurs avoir de signification effective. L'économie rend compte de la circulation des biens et services, à l'aide d'une conception propre du phénomène contractuel² ; il ne viendrait pourtant à l'idée d'aucun juriste soit d'interdire purement et simplement aux économistes d'avoir accès à une conception propre du contrat, soit de reprendre telle quelle la conception économique des contrats. Cette séparation des conceptions est du reste perçue comme évidente, puisque les sciences juridiques et économiques ont des objectifs différents : s'il peut y avoir enrichissement d'une science par l'autre, il n'y a aucune raison qu'il y ait imitation. Mais au contraire des contrats qui apparaissent d'emblée comme des notions à contenu essentiellement juridique, la monnaie est souvent considérée comme un objet économique auquel le droit serait par instants confronté. D'une certaine façon, le droit s'interdit de porter intérêt à la monnaie, qui échappe à sa compétence en tant qu'objet. Mais cette attitude produit un blocage dans l'analyse juridique ; c'est donc la position inverse qu'il faut adopter : la monnaie appartient au droit de la même façon que les meubles ou les immeubles, les choses corporelles ou incorporelles. Les juristes peuvent étudier la monnaie et ses répercussions sur les relations juridiques sans devoir plier le genou devant l'analyse économique : le fait qu'elle se soit intéressée à la monnaie depuis très longtemps, qu'elle ait développé à son propos des réflexions excédant par leur ampleur et leur richesse tout ce qui s'est fait en droit, ne signifie pas que l'analyse monétaire des économistes ait une validité et une légitimité qui s'imposent aux juristes. La monnaie est autant un objet économique qu'un objet juridique. Ou plutôt, elle n'appartient en propre ni aux uns ni aux autres.

La condition de l'émergence d'un droit monétaire est donc une rupture avec les conceptions économiques ; les moyens de cette émergence passent par un renouvellement de la conception juridique de la monnaie.

9. La rupture avec les conceptions économiques peut être exprimée de façon simple. La monnaie est un objet ou un concept autonome, qui ne renvoie pas à autre chose que lui-même pour exister et fonctionner. Il importe donc en premier lieu que la monnaie ne soit pas ramenée à ce qui la caractérise d'habitude : les moyens de paiement en usage dans les sociétés. Les instruments de paiement ne

¹ G. FARJAT, « Nature de la monnaie : une approche de droit économique », *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational*, Litec, 1988, p. 101.

² Cf. J.-M. PUGHON, *op. cit.*, p. 112 et s.

sont en effet que des modes d'émergence du phénomène monétaire. Ils ne sont pas la monnaie. L'assimilation de la monnaie au paiement, typique de l'analyse économique, sera donc ici radicalement répudiée, en dépit des habitudes de pensée¹. De plus, s'il est incontestable que les moyens de paiement ressortissent au phénomène monétaire, celui-ci ne doit plus être considéré comme ayant partie liée avec l'idée de richesse. La monnaie trouve sa place la plus éminente au sein du droit des obligations, puisqu'elle assure la régulation de l'ensemble des relations sociales ; c'est donc à l'intérieur du droit des obligations qu'il faut comprendre la monnaie, et non par référence à l'idée de capital qui lui est extérieure². Enfin ce phénomène monétaire, dont on ne sait pour l'instant où il se situe, doit être caractérisé non par des fonctions, mais par une nature juridique propre. La monnaie n'est pas un terme vague renvoyant à toutes les choses qui pourraient éventuellement remplir des fonctions monétaires : elle est quelque chose qu'il s'agit de déterminer et caractériser par son seul équilibre interne, par ses déterminations juridiques.

10. On le voit clairement, ce travail sera par essence juridique, et pas même interdisciplinaire. Naturellement, le plus souhaitable serait qu'il s'étende sur tout l'espace du droit, privé comme public, interne comme international. On pourrait ainsi, à partir de la mise en évidence de la nature juridique de la monnaie, rechercher un régime unitaire par-delà les différentes disciplines en cause, un régime cohérent secrété par la nature de la monnaie, et qui plierait ces disciplines à ses exigences propres. Mais ce programme ne sera pas réalisé dans ce travail, dont l'aire principale sera limitée au droit privé interne. Plus exactement, les

¹ Autour de la monnaie proprement dite, l'économie a rapport à des ensembles beaucoup plus vastes qui constituent ce que l'on appelle la masse monétaire. La cohésion de cette masse est assurée par la fonction de paiement dévolue à tous les produits qui y sont répertoriés. Au premier niveau, la masse monétaire M1 regroupe les instruments de paiement à la disposition du public sans formalités et sans coût (billets et pièces, dépôts à vue non rémunérés) ; au second niveau, la masse monétaire M2 rassemble les actifs liquides rémunérés et mobilisables — qui peuvent donc être aisément convertis en instruments de paiement —, qui ne comportent aucun risque et sont souvent "à vue" (comptes sur livret de divers types) ; c'est d'ailleurs par là que M2 se distingue de M3, qui regroupe des actifs liquides du même ordre, encore qu'ils soient "à terme" et donc nettement plus spéculatifs (dépôts à terme, bons du Trésor, ou instruments financiers nouveaux tels que les certificats de dépôt) ; enfin, au dernier étage de la pyramide monétaire se trouve l'agrégat L, qui rassemble l'ensemble des liquidités, incorporant les placements liquidables émis par des agents autres que les institutions financières, ou ayant une nature contractuelle (épargne contractuelle, telle que les plans d'épargne-logement). Pour une description affinée de la masse monétaire, V. par ex. : M. DE MOURGUES, *La monnaie. Système financier et théorie monétaire*, Economica, 1988, p. 29 et s.

La cohésion de cette masse monétaire est assurée par la notion d'instruments de paiement : s'y trouvent tous les produits financiers qui, plus ou moins facilement, peuvent être convertis en moyens de paiement. À l'évidence, toute cette masse monétaire doit être exclue de ce travail, et l'on ne prendra pas même la peine de signaler ailleurs que les instruments financiers ne peuvent à aucun prix passer pour de la monnaie aux yeux des juristes.

² La monnaie mesure les richesses ; c'est assez dire qu'elle ne peut être une richesse elle-même : F. FOURQUET, *Richesse et puissance. Une généalogie de la valeur*, La Découverte, 1989, p. 125 et s.

premiers développements seront consacrés à l'approche statique de la monnaie, considérée isolément, comme un bien en soit (Première Partie), tandis que la suite de l'étude tentera une approche dynamique de la monnaie, destinée à voir comment celle-ci s'insère dans les obligations ¹ (Deuxième Partie).

¹ Cette approche dynamique laissera de côté certains aspects de droit privé, où la monnaie est considérée comme une sorte de marqueur qui n'aurait guère d'importance propre. Le droit comptable, le droit fiscal, utilisent ainsi la monnaie comme un moyen de contrôle, sans pour autant s'intéresser à sa nature ou aux relations juridiques qu'elle implique.

PREMIÈRE PARTIE
APPROCHE STATIQUE
DE LA MONNAIE

11. Dans un étonnant article de mise en cause de la pensée monétaire au titre volontairement provocant, « La monnaie existe-t-elle ? », M. Guitton a éclairé d'une lumière crue ce qui sépare l'approche économique de la monnaie d'une approche juridique ¹. Il apparaît en effet que la question de l'existence de la monnaie n'a jamais été posée par l'analyse économique. Sans doute les économistes ont-ils l'expérience des manifestations monétaires : pièces, billets, comptes en banque, ou plus généralement tout ce que l'on a rassemblé sous l'appellation de masse monétaire ; mais ils n'ont jamais cherché à remonter de ces manifestations, sur lesquelles ils travaillent, à une essence de la monnaie, qui serait la condition de toutes ces manifestations. La ligne de démarcation ainsi tracée entre la monnaie et les formes monétaires est du même type que celle que la métaphysique fait passer entre l'essence et l'existence. On sait qu'il y a des existants monétaires, qui jouent un rôle concret très important ; mais existe-t-il aussi une essence monétaire, dont tous ces existants ne seraient que des actualisations concrètes ? La question peut d'ailleurs se formuler autrement : le lieu des différentes manifestations répertoriées de la monnaie correspond-il à quelque chose de plus fondamental, qui serait la condition de ces manifestations monétaires ? Il s'agit donc de prendre conscience du phénomène monétaire comme d'une structure à deux niveaux : à l'intérieur des relations quotidiennes, des formes monétaires ; au-dessus de celles-ci, le concept de monnaie.

Sous son apparence métaphysique, cette question est en réalité juridique ². Elle revient en effet à se demander si derrière la dispersion du régime effectif de la

¹ H. GUITTON, « La monnaie existe-t-elle ? », *Mélanges Marchal*, p. 29.

² Elle avait d'ailleurs été posée par Mann, *The legal aspect of money, with special reference to Comparative Private and Public International Law*, Clarendon Press, Oxford, 4^e éd., 1982, p. 5 : « It should be made clear at the outset that a distinction must be drawn between money in its concrete form and the abstract conception of money. It is with respect to the former that we ask: What are the characteristics in virtue of which a thing is called money? It is with regard to the latter that we inquire: What is the intrinsic nature of the phenomenon described by the word "money" » (Il faut d'emblée préciser qu'une différence doit être faite entre la monnaie sous forme concrète, et la conception abstraite de la monnaie. C'est à l'égard de celle-là que nous demandons : en vertu de quelles caractéristiques une chose doit-

monnaie, il y a une nature juridique unifiée, dont ce régime ne serait que la manifestation concrète. La réflexion juridique sur la monnaie commencera donc par l'élucidation de la question de l'essence de la monnaie, du concept de monnaie (Titre I), qui permettra d'aborder de façon plus opératoire les différentes formes de monnaie qui jouent un rôle dans la société (Titre II).

elle être qualifiée de monnaie ? C'est à propos de celle-ci que nous nous demandons : quelle est la nature intrinsèque du phénomène que recouvre le mot "monnaie").

TITRE I

LE CONCEPT DE MONNAIE

12. Au cours d'un débat à la Chambre des Communes où les parlementaires anglais spéculaient sur la définition et la réglementation de l'unité monétaire, un non-spécialiste de la question, présent aux débats à titre de *witness*, se montra choqué de l'orientation des tentatives de définition. Pressé de présenter sa conception de la livre sterling, il répondit : « Je trouve difficile d'expliquer ce que c'est, mais tout Anglais le sait parfaitement », appréciation complétée par : « c'est quelque chose qui a existé sans discontinuer dans ce pays pendant huit cents ans... »¹. Cette définition embarrassée, à la fois adéquate et inutile, concentre en elle toutes les difficultés qu'une définition stricte de la monnaie peut rencontrer.

Pourquoi définir un objet dont tout individu a une perception immédiate et assez précise ? Plus encore, comment définir cet objet alors que ce que l'on sait être une monnaie vient tout de suite à l'esprit et décourage d'aller chercher plus loin ? La formule proposée par le *witness* est troublante, car elle n'est pas une

¹ Cité par A. NUSSBAUM, *Money in the law, national and international*, Brooklyn, 1950, p. 4, n. 12. (*I find it difficult to explain it, but every gentleman in England knows it... it is something that has existed without variations in this country for eight hundred years...*).

définition mais son contraire : l'affirmation de l'inutilité d'une définition de la monnaie.

Toutefois, on imagine volontiers que ce qui paraît évident à l'homme interrogé n'est pas tant la définition de la livre sterling que l'identification concrète des livres. Sa réaction est sans doute motivée par le fait qu'il reconnaît sans hésitation la monnaie britannique dans la pièce ou le billet, ce qui ne signifie pas pour autant qu'il saurait énumérer les qualités qui font d'un objet une livre sterling. Aussi bien la question de définition qu'il faut commencer par résoudre à propos de la monnaie n'est-elle pas : « qu'est-ce qui est aujourd'hui considéré comme monnaie en France ? », mais bien plus largement : « qu'est ce qu'une monnaie, abstraction faite de considérations de temps et de lieux ? »¹. Il ne s'agit pas tant d'identifier les moyens de paiement circulant que d'exposer les structures de fonctionnement de toute monnaie, de façon à pouvoir reconnaître la présence de monnaie dans n'importe quel fonctionnement social.

13. À cette question de définition, la pensée économique n'a jamais réellement répondu. Ce serait trop dire qu'on ne trouve aucune identification de la monnaie sous la plume des économistes. Mais les approches proposées ne peuvent jamais tenir lieu de définition stricte. Elles abordent la monnaie d'une façon pragmatique qui débouche sur des définitions telles que : « est monnaie ce qui fonctionne comme de la monnaie »², ou encore : « la monnaie est ce que fait la monnaie »³. Ces définitions sont tautologiques, qui présupposent que l'on connaisse par avance l'objet à définir : si la notion de monnaie est à cerner, il n'est d'aucune aide de renvoyer à tout ce qui sert de monnaie, le problème étant précisément d'identifier à quoi on reconnaît la monnaie.

Prétendre que l'analyse économique n'a jamais eu conscience du problème de définition posé par la monnaie, ou l'a mal résolu, serait aller trop loin. En fait, la question a été tranchée au plus près des besoins de la science économique, qui ne sont pas d'ordre conceptuel⁴. Les objectifs de l'analyse économique résident dans la tentative d'une pensée globale du système des échanges sociaux. Dans ce cadre, la monnaie joue un rôle essentiel en tant que mode de circulation des richesses. Connaître la monnaie, au sens économique, revient à dénombrer ses modes de circulation, c'est-à-dire à identifier les différentes actualisations de la monnaie, sans pour autant partir en quête de sa nature⁵.

L'esquive de l'analyse économique s'explique donc par la spécificité de ses besoins pratiques. En revanche, de telles motivations ne pourraient pas être adoptées par des juristes confrontés à une approche conceptuelle de la monnaie.

14. La doctrine juridique n'a guère connu de succès dans ses tentatives de compréhension de la monnaie. Ou plutôt, on l'a vu, elle a fait erreur en pensant approcher la monnaie de façon satisfaisante à partir de la position économique⁶.

¹ H. GUITTON, art. précité.

² Cf. les définitions données par K. OLIVECRONNA, *The problem of the monetary unit*, Stockholm, 1957, p. 11. V. aussi L. BAUDIN, *La monnaie et la formation des prix*, p. 315.

³ Définition d'Amasa Walker, citée par J.-A. SCHUMPETER, *Histoire de l'analyse économique*, t. III, *L'âge de la science*, Gallimard, 1983, p. 435.

⁴ H. GUITTON, *op. cit.*, p. 29.

⁵ *Ibid.*

⁶ C'est néanmoins la position affirmée : « Les trois fonctions que l'économie politique assigne à la monnaie quand elle la définit comme intermédiaire des

Pour les juristes, l'essence de la monnaie est totalement contenue dans les instruments monétaires, comme si la monnaie et la circulation des richesses n'étaient qu'une seule et même chose. La nature de la monnaie se rassemble dans la réunion de tous les instruments de paiement, et ses fonctions sont énumérées à partir de celles qui ont été répertoriées par les économistes ¹. Sous un aspect raffiné, on retrouve ainsi l'approche économique : la définition de ce qu'est la monnaie est embryonnaire ; l'accent est mis sur les fonctions, c'est-à-dire sur le fonctionnement global du système des échanges.

Une des conséquences de cette position de principe identifiant monnaie et paiement est que la nature de la monnaie varie dans les ouvrages de doctrine juridique selon les instruments monétaires fondamentaux au moment de la rédaction : on trouvait ainsi autrefois des définitions de la monnaie indissociables du métal précieux qui y était contenu ², tandis qu'aujourd'hui, c'est encore le billet de banque qui demeure le pivot autour duquel une définition de la monnaie peut être tentée ³. Cette variabilité dans la définition suffirait à indiquer que cette approche de la monnaie par les instruments de paiement est insatisfaisante, et doit être renouvelée.

Il convient toutefois de mettre en évidence les raisons de l'échec de cette approche. En droit, payer c'est exécuter une obligation. Le paiement de l'obligation de livrer un quintal de blé n'est autre que la livraison effective du quintal. Aussi bien le quintal de blé peut-il passer pour un instrument de paiement, puisqu'il permet *de facto* de payer. Il s'en déduit que ce n'est pas le paiement, à soi seul, qui est révélateur, mais le paiement monétaire, c'est-à-dire le paiement d'une obligation de somme d'argent. La définition de la monnaie tend ainsi à se déplacer : on définit la monnaie par le paiement, et celui-ci par les modes d'extinction de la dette de monnaie ; la recherche de la définition de la monnaie devient ainsi celle de de l'obligation de somme d'argent. Peut-être est-il alors plus facile de répondre que l'obligation monétaire est celle qui est libellée en instruments de paiement. Mais la définition devient circulaire : on définit la monnaie par le paiement, le paiement par la monnaie, et ainsi de suite. Lorsqu'on identifie la monnaie au paiement, on se retrouve nécessairement confronté à la question : qu'est ce qu'une monnaie ? L'approche de la monnaie par le paiement n'est donc pas opératoire ⁴.

Le paiement qui est certainement un aspect du processus monétaire, ne rassemble pas l'essence de la monnaie puisqu'il est inapte à la définir toute. Face à cet échec de l'analyse, il faut reprendre à la base la question d'une approche juridique de la monnaie.

15. Pour trouver une définition de la monnaie, il faut éviter la conception purement fonctionnaliste de l'analyse économique, et l'approche un peu mutilée qui a été jusqu'ici celle de la doctrine. Mais c'est tout de même une définition

échanges, mesure des valeurs, réservoir des liquidités — se traduisent par autant de fonctions juridiques : la monnaie est moyen de paiement, instrument d'évaluation, objet de propriété » (J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 17, p. 34).

¹ Cf. par ex. J. CARBONNIER, *ibid.*, qui souligne l'influence de l'approche économique tout en transformant quelque peu ses catégories.

² A. MATER, *Traité juridique de la monnaie et du change*, Dalloz, 1925.

³ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 14, p. 29 ; F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 7 et s. ; v. égal. les réflexions de Hamel sur la gradation des monnaies du point de vue de leur perfection (J. HAMEL, *op. cit.*, p. 157).

⁴ A. MURAD, « The nature of money », *Southern Economic Journal* 1942-1943, p. 217, spéc. p. 218 et s.

spécifiquement juridique qu'il faut essayer d'élaborer, soit une définition qui mette en évidence la nature juridique, s'il en est une ¹, des éléments qui composent la monnaie. L'objectif est d'identifier la structure juridique de tout fonctionnement monétaire, valable pour tous les types de monnaie ou d'instruments monétaires qui ont été en usage jusqu'ici, tout en laissant la porte ouverte à ceux que l'avenir se charge d'inventer.

Si une telle structure monétaire existe, il est probable qu'elle est incarnée dans ce qui a fait office de monnaie. Celle-ci ne se réduit sans doute ni à la pièce, ni au billet, ni au compte en banque ; mais il est clair que toutes ces actualisations de la nature de la monnaie reflètent certaines composantes proprement monétaires. On peut donc s'appuyer sur ce qu'on a coutume de considérer comme monnaie, afin de tenter d'en comprendre le fonctionnement ².

On s'essaiera ainsi à démonter le mécanisme monétaire jusqu'à le réduire à ses articulations essentielles (Chapitre I), de manière à identifier les conditions de création et de circulation auxquelles une monnaie peut exister (Chapitre II).

¹ Dans le sens de la négative : G. FARJAT, « Nature de la monnaie... », précité, p. 118.

² F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 5.

CHAPITRE I ASPECTS ANALYTIQUES

16. Ce qui se repère le plus aisément dans la monnaie est un certain type de fonctionnement. Les formes monétaires reconnues ont en commun de circuler en société, et de faire passer des unités monétaires de patrimoine en patrimoine. C'est donc à l'élucidation de ce fonctionnement qu'il faut commencer par se consacrer, non sans une précaution préliminaire. L'essence monétaire qui est ici recherchée n'est pas quelque chose d'obvie, et en tous cas ne correspond pas à un mécanisme visible. C'est la raison pour laquelle le mode de fonctionnement qui sera ici proposé s'apparentera à ce que l'on nomme un modèle : une représentation de la réalité qui ne doit pas être jugée en fonction de sa "ressemblance", mais de son caractère explicatif. Le modèle proposé est le reflet d'une expérience monétaire : il permet de mieux comprendre la monnaie sans qu'il soit pour autant possible d'affirmer que tout se passe dans la réalité de la même façon que dans le modèle. Par son fonctionnement, ce modèle découpe deux composantes distinctes et essentielles à l'intérieur de la monnaie, les unités de valeur et les unités de paiement (Section I), dont la nature juridique peut aisément être identifiée (Section II).

Section I LE FONCTIONNEMENT DE LA MONNAIE

17. Dans la perspective classique de la doctrine, la monnaie est un objet, l'instrument de paiement, qui est investi de diverses fonctions. Mais le fait d'identifier la monnaie à l'instrument, on l'a dit, est en soi une erreur d'appréciation. Même si l'on estime traditionnellement que cet instrument de paiement a aussi une fonction de compte, celle-ci n'est vue que comme une préparation au paiement : une opération qui se borne à le rendre possible. En portant ainsi toute l'attention sur le paiement, on oublie que cette opération, qui s'effectue en un trait de temps, est précédée d'une véritable nébuleuse : le processus d'évaluation monétaire. La monnaie ne fait pas son intervention au moment où l'on paye, mais bien plus tôt, à partir de l'instant où l'on choisit de faire une transaction contre argent, au moment où l'on se décide à évaluer. C'est donc au sein de ce processus et non dans le seul paiement en argent qu'il faut chercher la nature de la monnaie. En tout cas, l'analyse de ce processus global permettra de mettre en évidence les unités composant la monnaie — unités de valeur et unités de paiement — (§ 1), d'en étudier en détail les spécificités (§ 2), puis leur nécessaire solidarité dans une définition de la monnaie (§ 3).

§ 1. PRÉSENCE DES UNITÉS DANS LE PROCESSUS MONÉTAIRE

18. Le franc, on le sait, est la monnaie qui a cours en France. Comment peut-on le décrire ? En remarquant que le franc, c'est d'abord un nom, un certain processus d'identification de l'unité monétaire. Mais ce mot recouvre deux choses : l'idée d'une certaine valeur, et un moyen de paiement en circulation. Lorsque l'on dit : « un franc », deux choses apparaissent d'emblée, dont il n'est pas certain qu'elles soient distinctes : l'idée confuse d'un sentiment de valeur, et une pièce de monnaie ¹. Contrairement à la plupart des approches de la monnaie qui ont eu cours jusqu'ici, on voudrait montrer que ces deux choses sont par essence différentes, au point de devoir être considérées comme les deux instances essentielles de la monnaie. La monnaie est traditionnellement considérée comme étant avant tout la pièce de un franc ; ce n'est que l'idée de cette pièce qui participerait d'une fonction d'évaluation monétaire. Il convient de se démarquer de cette position : la monnaie n'est pas la pièce de un franc. Ce que nous nommerons ici monnaie contient la pièce de un franc, mais réside avant tout dans la perception de valeur qui est attachée au nom monétaire.

¹ On aurait aussi bien pu dire : un fragment de billet de banque, ou une unité de compte en banque. Mais par désir de simplification, on fera surtout référence à la pièce de un franc.

Cette approche de la monnaie n'est guère orthodoxe, qui passe par la dispersion de ses composantes, et n'a même jamais été tentée ¹. Le terme de monnaie y recouvre deux acceptions qui doivent être distinguées sans hésitation, l'une matérielle, l'autre intellectuelle. Mais ces deux acceptions supposent des contenus si voisins et paraissent si parfaitement superposées l'une à l'autre, que l'esprit ne fait guère la différence sans un certain effort d'abstraction.

19. Avant tout, la monnaie est un nom monétaire, c'est-à-dire l'appellation d'une unité de base. Cette appellation n'est pas cantonnée à n'être qu'un nom, qui désigne une réalité matérielle extérieure : la pièce de un franc. À cette appellation est lié le sentiment d'une certaine valeur ². Pour les Français, le nom de la monnaie est le franc ; la valeur qui y est psychologiquement attachée résulte du sentiment qu'éprouve chacun de ce que cette unité représente. Ce nom monétaire ne désigne pas une pièce de monnaie, mais identifie ou mesure les valeurs. C'est pourquoi on le nommera dans tout le travail : unité de valeur. Le mot "franc" est un nom à partir duquel tout Français est en mesure d'évaluer les biens qui l'entourent, parce qu'à ce mot est lié le sentiment d'une certaine valeur. Cette unité de valeur est un "numéraire" : « quelque chose qui peut ne pas avoir de forme concrète, mais sans lequel on ne peut pas compter » ³.

On reviendra sur ce point de façon approfondie, mais il est essentiel de faire d'emblée la différence entre la valeur ainsi perçue, attachée à l'unité, et le pouvoir d'achat effectif d'une pièce de un franc. L'unité de valeur ne représente pas le pouvoir d'achat réel du franc, mais celui que chaque utilisateur se figure. La valeur qui est ainsi attachée au nom monétaire n'est sans doute pas sans lien de fait avec le pouvoir d'achat du franc : elle s'y modèle à distance mais ne s'y résout pas. L'unité de valeur renvoie à une perception individuelle de la valeur mesurée par le nom monétaire, tandis que le pouvoir d'achat du franc est une grandeur statistique et économique qui n'est pas liée à ces représentations psychologiques individuelles.

Le nom monétaire ne recouvre donc pas seulement l'appellation de la pièce de un franc, mais aussi une mesure de valeur individuelle.

20. Par ailleurs, le terme de monnaie renvoie à un ensemble concret d'objets servant au paiement, et s'exprimant tous par un multiple d'une unité de base. De ces moyens de paiement, la pièce de monnaie est un exemple immédiat. Mais le billet de banque peut aussi bien faire l'affaire, sinon qu'il n'y a pas de billets de banque d'un franc. Parmi ces moyens de paiement, on fera aussi leur part à des méthodes plus modernes procédant par des opérations moins corporelles, telles que l'utilisation des comptes en banque, ainsi que d'autres plus marginales que l'on étudiera ultérieurement ⁴.

La pièce de un franc sert ainsi de commun dénominateur à l'ensemble de ces instruments de paiement. Toutefois, ce n'est pas cette pièce matérielle qui est fondamentale dans l'opération de paiement, faute de quoi le paiement recouvrirait des opérations différentes au gré des moyens de paiement utilisés. Ce que tous ces instruments ont en commun, c'est que leur pouvoir libératoire est mentionné

¹ Sauf dans le fondamental petit traité de Karl Olivecrona, dont on reprendra ici la méthode sinon toutes les analyses : K. OLIVECRONNA, *The problem of the monetary unit*, précité.

² J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 12, p. 25.

³ H. GUITTON, *eod. loc.*, p. 31.

⁴ *Contra* : F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 7 et s., pour qui la monnaie s'arrête au billet de banque, et ne s'étend pas à l'utilisation des comptes en banque, qui a partie liée avec le crédit.

par référence au mot franc : ce mot est essentiel à l'opération de paiement comme il l'était à l'opération d'évaluation. On prendra garde, cependant, à ne pas confondre ces deux noms. Le premier est le nom de l'unité d'évaluation, le second celui de l'unité de paiement. Le pouvoir d'achat effectif d'un individu se mesure objectivement au nombre de francs dont il dispose, et c'est pourquoi on nommera le franc investi dans ce nouveau rôle : unité de paiement¹. En France, cette unité de paiement n'est pas le franc, qui n'est qu'un nom monétaire, mais correspond au pouvoir social qu'incorpore la pièce de un franc. De fait, ce n'est pas avec un nom monétaire que l'on peut payer, mais avec le contenu des moyens de paiement en circulation ; inversement, ce n'est pas avec le franc de paiement que l'on peut estimer la valeur d'une chose, mais avec des unités de valeur.

21. Entre les deux unités de valeur et de paiement ainsi délimitées, la différence n'est pas rhétorique. C'est au contraire une différence de nature. En première approximation, on peut l'exprimer ainsi : le nom monétaire franc ne sert aucunement à effectuer des paiements, mais à mesurer des valeurs ; à l'inverse, le pouvoir d'achat contenu dans une pièce d'un franc ne peut servir qu'à effectuer des paiements. Le processus monétaire est donc fondé sur l'utilisation conjointe des deux unités². Lorsqu'une personne demande à une autre d'effectuer pour elle un certain travail, les deux unités sont mises à contribution pour permettre le paiement de ce travail. C'est d'abord l'unité de valeur qui intervient, pour mesurer la valeur du travail effectué, ou la valeur que doit recouvrir la rémunération. Cette opération débouche sur une dette d'unités de valeur. Dans le paiement de cette dette, les unités de paiement sont utilisées. Alors que l'employeur a évalué par des unités de valeur le *quantum* de la dette qu'il avait contractée à l'égard de l'employé, c'est par le versement de moyens de paiement incorporant des unités de paiement qu'il pourra efficacement se libérer.

Ce sont donc essentiellement les fonctions bien spécifiques de ces deux unités qui les différencient au sein du processus monétaire. Mais il convient de montrer qu'à cette différence de base s'en ajoutent d'autres moins fondamentales, mais qui aident à distinguer mieux encore ces deux composantes essentielles de la monnaie.

22. La démarcation entre les deux unités apparaît à nouveau dans leur domaine d'intervention : social dans un cas, individuel et psychologique dans l'autre.

L'unité de paiement, par nature incorporée dans des instruments monétaires, a pour objet de permettre les paiements. La fonction principale de la pièce est d'être remise en paiement ; hors des transactions, elle ne sert presque à rien. Son utilisation est donc avant tout sociale : l'unité de paiement a vocation à passer de main en main, ou, plus exactement, de patrimoine en patrimoine, au gré des échanges de biens. C'est un instrument collectif par excellence, un moyen de faire circuler la richesse en société, sur lequel tout le groupe social s'accorde.

L'unité de valeur intervient à un niveau tout différent. Sans doute peut-on également y repérer un certain rôle social : l'unité permet d'étalonner les valeurs d'une façon compréhensible pour l'ensemble des individus appartenant à la collectivité, puisqu'aussi bien chacun est capable de comprendre la signification d'un prix évalué en unités de valeur. Mais autant l'unité de paiement ne trouve son sens que dans et par le consensus d'un groupe, autant l'unité de valeur est avant tout un objet dont l'utilisation résulte d'un processus individuel et

¹ J. HAMEL, « Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie », *Mélanges Sugiyama*, p. 83, spéc., p. 89.

² K. OLIVECRONNA, *op. cit.*, p. 135.

psychologique, même s'il est orienté par une finalité sociale. Ce processus est d'abord individuel en ce qu'il part d'une perception personnelle de valeur pour aboutir à une expression socialisée. Dans cette transformation, aussi bien l'estimation de la valeur de l'objet évalué que celle de l'unité sont subjectives : seule la perception de celui qui évalue y est à l'œuvre. L'unité de valeur est un nom auquel chacun des utilisateurs a recours, mais qui possède un sens spécifique pour chacun d'eux. C'est la composante strictement psychologique de l'unité : ce qu'elle représente comme mesure des valeurs varie selon tous les individus.

23. Les différences entre les deux unités sont donc déjà marquées. L'une sert à payer, l'autre à estimer les valeurs. La première fait l'objet d'une reconnaissance consensuelle du groupe social, la seconde décrit une appréhension individuelle et fluctuante.

On peut aller plus loin encore dans la différenciation en s'intéressant à la matérialité de la manifestation de ces unités. Par essence, l'unité de paiement est incorporée, tandis que l'unité de valeur ne l'est pas. Si l'unité de valeur n'est qu'un nom, qui renvoie à l'expression d'une certaine valeur, ce nom, cette valeur ne peuvent jamais se matérialiser. Par nature, l'unité de valeur est abstraite : rendre l'unité corporelle, ce serait la figer en lui assignant un contenu objectif, décourageant et contrariant la démarche individuelle de l'évaluation. Turgot l'avait compris, qui écrivait : « Dans un pays où il n'y a qu'une race de moutons, on peut facilement prendre la valeur d'une toison ou celle d'un mouton pour la mesure commune des valeurs, et l'on dira qu'une barrique de vin ou une pièce d'étoffe valent un certain nombre de toisons ou de moutons. À la vérité, il y a entre les moutons quelque inégalité, mais quand il s'agit de vendre des moutons, on a soin d'évaluer cette inégalité et de compter par exemple deux agneaux pour un mouton. Lorsqu'il s'agit d'évaluer toute autre marchandise, on prend pour unité la valeur commune d'un mouton d'âge moyen et d'une force moyenne. De cette sorte, l'énonciation des valeurs en moutons devient comme un langage de convention, et ce mot un mouton, dans le langage du commerce, ne signifie qu'une certaine valeur qui, dans l'esprit de ceux qui l'entendent, porte l'idée non seulement d'un mouton, mais d'une certaine quantité de chacune des denrées les plus communes, qui sont regardées comme l'équivalent de cette valeur ; et cette expression finira si bien par s'appliquer à une valeur fictive et abstraite plutôt qu'à un mouton réel, que si par hasard il arrive une mortalité sur les moutons et que, pour en avoir un, il faille donner le double du blé ou du vin qu'on donnait auparavant, on dira qu'un mouton vaut deux moutons, plutôt que de changer l'expression à laquelle on est accoutumé pour toutes les autres valeurs. »¹. La démonstration est limpide et convaincante : quand bien même un objet corporel serait choisi pour servir au compte, il serait contraint de se désincarner faute de quoi sa matérialité représenterait une gêne insurmontable dans le processus d'évaluation individuel.

Il en va tout autrement pour la monnaie de paiement. Par essence, il est nécessaire que les unités soient représentées sur un support matériel. L'opération de paiement réside en effet toujours dans un transfert d'unités du patrimoine du débiteur à celui du créancier ; il faut donc absolument disposer de traces, authentifiant ces transferts. La tradition du billet de banque ou de la pièce de monnaie du *solvens* à l'*accipiens* est la matérialisation du transfert des unités de paiement. Mais si les monnaies fiduciaires ou divisionnaires constituent des supports matériels, ce n'est pas le cas des comptes en banque qui, étant

¹ TURGOT, *Réflexions sur la formation et la distribution des richesses*, § XXXVI. Pour une critique de l'exemple donné par Turgot, v. K. OLIVECRONNA, *op. cit.*, Appendix III, p. 165.

essentiellement des jeux d'écriture, sont incorporels. Cela ne met toutefois pas en cause l'analyse menée. Avec la monnaie scripturale également, le paiement s'analyse comme un transfert d'unités de paiement. La différence entre les deux formes de monnaie est ailleurs. Elle résulte d'une notable économie de moyens dans le second cas : plutôt qu'utiliser des espèces matérielles qui circulent, la monnaie scripturale tient le compte de mouvements qui n'ont pas matériellement eu lieu. Elle mime la circulation de monnaie matérielle pour n'en retenir que les étapes, tenant le registre des mouvements monétaires comme s'ils avaient eu lieu. Aussi bien n'en conserve-t-elle que des traces, traces d'un passage qui ne s'est pas réellement produit. Les unités de paiement sont révélées par ces traces, sans pour autant se confondre avec elles. D'une certaine façon, les unités de paiement sont incorporées à ces traces¹.

Par nature, aussi bien l'unité de valeur que l'unité de paiement sont des objets incorporels. Mais toujours par un effet de leur nature, la première demeure absolument rétive à toute matérialisation, tandis que la seconde doit toujours pouvoir se refléter dans des traces matérielles. C'est ce qui fait que l'unité de valeur apparaît toujours sous un aspect intellectuel ou psychologique, tandis que l'unité de paiement est coulée dans des objets matériels.

24. L'évidence de la monnaie n'est pas telle qu'elle peut le paraître d'emblée aux utilisateurs. Du moins, la certitude qu'ils affichent quant à l'identification de la monnaie ne résulte en dernière analyse que de la confusion des deux unités, due au nom qu'elles partagent. Sur les instruments monétaires français est écrit le mot franc, nom de l'unité de paiement. Ce nom est, par ailleurs, le nom de l'unité de valeur française. En forçant la note, on pourrait alléguer qu'il ne s'agit là que d'une coïncidence et la dissociation conceptuelle des deux unités en serait facilitée². On a toujours agi comme si l'identité des noms impliquait celle des éléments nommés, comme si l'idée du franc se distribuait également sur les objets qui servent à payer, et sur ceux à l'aide desquels on compte³. Mais il faut se déprendre de cette habitude de pensée, et considérer que les deux unités sont des objets par essence différents⁴.

Pour peu que l'on accepte ces prémisses, on pourra commencer à élaborer une définition de la monnaie. Sous la communauté de nom, on se trouve en fait en

¹ Cette idée de trace est tout à fait essentielle en matière scripturale. Les unités y sont incorporées, comme elles le sont dans le billet de banque, comme elles l'étaient dans la monnaie d'or. Le relevé de compte est un support tout aussi matériel qu'un billet de banque, dont le rôle monétaire est fondamental : il est admis que la non-protestation du client face à ses relevés de banque constitue une acceptation de sa situation bancaire (Com. 14 avril 1975, *D.* 1975, p. 596 ; Com. 26 février 1979, *D.* 1980, *Inf. rap.*, p. 14). Mais il y a plus : cette trace est le seul témoignage de l'existence de ces unités. Aussi bien peut-on lui accorder un statut similaire à celui des titres monétaires réguliers, émis par l'État. S'il est vrai qu'entre les monnaies fiduciaires et scripturales il y a des différences de fond, celles-ci n'empêchent pas le fonctionnement des unités de paiement d'être identique.

² Naturellement, cette "coïncidence" n'est nullement le fruit du hasard : elle permet un fonctionnement plus harmonieux du système monétaire.

³ C'est d'ailleurs la position presque constante de M. Carbonnier (J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 11, p. 24).

⁴ On reviendra plus loin sur cette comparaison, mais on peut signaler dès à présent que la dissociation des unités a eu lieu par le passé sous une forme institutionnelle. L'ancienne France dissociait en effet la monnaie de compte, la *moneta imaginaria* qui permettait de libeller les dettes, des monnaies réelles qui circulaient et éteignaient les dettes.

présence de deux instances bien distinctes qui toutes deux participent du processus monétaire : l'unité qui sert à exprimer les valeurs, et celle qui sert aux paiements. La notion de monnaie est donc liée à l'une ou à l'autre unité, ou bien aux deux à la fois.

§ 2. SPÉCIFICITÉ DES DEUX UNITÉS DANS LE PROCESSUS MONÉTAIRE

25. La doctrine juridique comme l'analyse économique identifient la monnaie aux instruments de paiement. Cette conception n'est guère satisfaisante, qui fait bon marché de toute la phase d'évaluation qui précède ordinairement le paiement. On a pensé combler cette lacune en faisant une nette distinction entre les deux unités monétaires. Il reste pourtant à se demander si l'on ne se retrouve pas au même point, si l'une ou l'autre des deux unités ne serait pas suffisante pour construire à elle seule toute l'architecture monétaire. La différenciation des deux unités — de valeur et de paiement —, soulève la question de savoir si les deux unités concourent de la même façon au processus monétaire, ou si la considération de l'une suffit à suggérer la présence de l'autre.

En raison des précédents évoqués, on examinera longuement si l'unité de paiement ne peut pas être considérée comme l'unité essentielle, avant de retourner le raisonnement pour envisager de placer l'unité de valeur à la première place.

26. Pour attribuer la primauté à l'unité de paiement, il suffit de placer l'unité de valeur dans sa dépendance. C'est ce que l'on fait en niant que l'énoncé d'un prix engage tout le processus monétaire. De la sorte, on ne considère le prix que comme une sorte de préparation au paiement : la fixation du prix n'est rien d'autre que l'anticipation du nombre d'unités de paiement que le créancier désire recevoir. Dans cette vue, le prix est un peu l'ombre du paiement, ce qui le double à distance mais ne fait que le préparer. Plus exactement, cette présentation trace entre prix et paiement le même type de lien qu'il y a entre la chose de genre et le corps certain qui provient de son individualisation¹. Et à l'inverse, si le prix est un avant-paiement, le paiement n'est à son tour rien d'autre que la matérialisation d'un prix. La conséquence de cette position est la négation de toute différence entre les unités qui fixent le prix et celles qui circulent. Les unités de paiement seraient ainsi d'abord évoquées dans la fixation du prix, sous la forme d'un certain compte, avant d'être effectivement remises. Le mot franc ne serait donc pas un nom monétaire qui a les caractéristiques spécifiques que l'on a dites, mais simplement le nom de l'unité de paiement. Ce nom ne ferait plus alors que désigner la chose à laquelle il est censé renvoyer, l'unité de paiement, de la même façon que le mot "immeuble", en tant que mot, n'est pas un immeuble au sens juridique, mais, inséré dans un contrat, désigne bien un immeuble au sens juridique². Pourrait-on établir le même rapport entre les

¹ J.-M. KEYNES, *A treatise on money*, Londres, 1958, p. 3.

² Sur les rapports entre les mots et les choses qu'ils désignent, v., sur le plan littéraire, G. GENETTE, *Mimologiques*, qui expose ironiquement cette différence par la formule : le mot chien ne mord pas.

unités de paiement qui seront transférées au moment de la libération, et les mots qui les désignent ?

Ce type de raisonnement serait erroné car il ne reposerait pas sur une analyse serrée de la nature des unités, mais s'égarerait en restaurant le lien qui relie la fixation du prix à l'existence du marché. Dans cette façon de voir, on reporte sur la nature des composants monétaires ce qui n'est qu'une vision inexacte du mode de fixation des prix.

27. Avant toute réfutation au fond de ce mode de pensée, on observera qu'il est en contradiction flagrante avec les principales conceptions de la monnaie, puisqu'il prive la monnaie de toute spécificité en la ravalant au rang de marchandise. Sous des appellations diverses, la plupart des juristes s'accordent à considérer la monnaie de paiement comme un « pouvoir d'achat indifférencié »¹. De quelque façon que l'on apprécie cette formule, il reste qu'elle implique la présence d'une certaine vertu dans les moyens de paiement, très exactement un pouvoir. C'est ce pouvoir central qui disparaît si l'on en vient à considérer l'énoncé d'un prix comme fixé en unités de paiement. À suivre cette hypothèse, le débiteur doit un certain nombre d'unités de paiement, et s'exécute en versant ce même nombre d'unités de paiement. L'extinction de sa dette provient de la parfaite conformité de sa prestation à ce qui était prévu, de la même façon que la livraison d'un quintal de blé éteint la dette d'un quintal de blé. On s'accordera pourtant à estimer qu'il n'y a aucun pouvoir extinctif spécial dans le quintal de blé, et que l'extinction procède fort logiquement de l'exécution régulière de l'obligation. La même conclusion s'impose pour l'unité de paiement : si des unités sont dues, puis versées, l'extinction provient des modalités de l'exécution, mais certainement pas d'un quelconque pouvoir qui serait inhérent aux unités de paiement.

Admettre que la fixation du prix est faite en unités de paiement et non en unités de valeur revient ainsi à priver la monnaie de toute caractéristique, à en faire une marchandise comme une autre qui serait simplement d'utilisation plus fréquente. Cette conséquence n'est pas une réfutation de fond de la démarche ; mais elle désigne les résultats auxquels celle-ci conduit.

28. Au reste, l'idée que les prix puissent être fixés en unités de paiement n'est pas pertinente. Considérer la fixation du prix dans la seule perspective du paiement, c'est détacher la chose vendue ou le service effectué de toute idée de valeur. Or la valeur est nécessairement fondatrice dans l'obligation monétaire. Il est indéniable que la fixation d'un prix procède d'une évaluation, que la contrepartie pécuniaire de la prestation résulte d'une prise en considération de la valeur de cette prestation. De ce que le prix s'extrait d'un processus d'évaluation, s'ensuit-il qu'il est libellé en unités de valeur ? On peut l'affirmer pour le simple motif qu'il n'y a ni raison ni possibilité qu'une estimation faite en unités de valeur soit convertie en unités de paiement, pour l'expression du prix². L'idée d'une possible conversion des unités de valeur en unités de paiement est dépourvue de fondement : les deux unités ne sont pas liées entre elles par une relation de convertibilité. Par ailleurs, jouant des rôles différents, elles ne peuvent être employées l'une pour l'autre dans une fonction d'étalonnage de valeur. Pour que le prix exprimé en unités de valeur puisse être converti en unités de paiement, il faudrait que l'une et l'autre unités aient en commun des

¹ F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 26 et s. ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 10, p. 23.

² Il faut réduire la portée de cette remarque : le fait que le prix soit libellé en unités de valeur et conserve la trace d'une évaluation préalable ne signifie pas que cette "mémoire" emporte nécessairement des conséquences juridiques.

fonctions qui permettraient de les substituer l'une à l'autre. Ce n'est évidemment pas le cas.

Procédant par une évaluation de la chose objet de la transaction, la fixation du prix débouche sur un libellé constitué d'unités de valeur. Demeurent toutefois certaines hypothèses où le prix paraît déterminé par un prochain paiement : lorsque le prix est fixé par référence au marché, c'est-à-dire au niveau d'achat effectif des biens. Souvent, le prix assigné à un produit ne provient pas directement de la valeur de ce qui y a été incorporé, mais des conditions du marché sur lequel le produit va être lancé. Le "prix du marché" n'est rien d'autre que la somme que l'on s'attend à ce que les consommateurs soient disposés à payer¹. Dans de telles conditions on peut penser que les unités qui s'expriment dans le prix sont de même nature que celles qui sont attendues dans le paiement, puisque le prix est fixé dans la seule contemplation de ce qui sera payé.

Mais même dans cette situation extrême où le prix procède d'une référence au marché, il doit être libellé en unités de valeur. La prise en compte du marché n'est rien d'autre qu'un certain mode d'évaluation. Sans doute ne passe-t-il pas par une analyse intrinsèque du produit, mais par son acceptabilité future par le marché. Si l'on a donc la sensation que les unités de valeur sont remplacées par des unités de paiement, c'est tout simplement en raison d'un mode particulier d'évaluation.

29. Le compte de l'obligation ne peut pas passer simplement pour un avant-paiement, puisqu'il est fondé sur une estimation de valeur. Au vrai, tout énoncé de prix recèle une nature double. On y trouve à la source une appréciation de valeur, mais aussi, concomitante, une expression en numéraire destinée à permettre un paiement ultérieur. En rester à cette seule seconde composante relève donc d'une conception partielle². Ce qui la rend parfois envisageable, c'est le degré de socialisation de la monnaie, qui laisse penser que « toute chose a son prix », et qui distend ainsi le lien nécessaire entre valeur et prix. Envisager le prix comme un pré-paiement revient à ne considérer que l'aspect final de l'opération, abstraction faite de l'opération pourtant fondamentale d'évaluation.

30. Inversement, tenter de définir la monnaie par les seules unités de valeur reviendrait à supposer que l'énoncé d'une valeur puisse avoir un sens en soi, dégagé de toute idée de paiement. Cette vue est choquante car chacun sait que la monnaie sert aussi, sinon d'abord, à payer. Si l'expression de la valeur ne servait pas aux paiements, elle ne pourrait guère qu'être considérée comme un moyen de comparaison entre choses différentes, sous l'angle de l'utilité ou de la rareté. Mais ce moyen de comparaison, cette mesure de valeurs, auraient-ils une utilité quelconque ? Il faut pour cela que l'on se trouve soit dans une société dénuée de toute forme d'échange — mais alors pourquoi évaluer ? —, soit dans une économie en nature plutôt qu'en argent, fondée sur le troc et non la vente. Mais même dans ce dernier cas un peu théorique, si l'on essaie de concevoir les modalités d'utilisation de ces estimations à visée comparative, on retrouve l'idée de paiement réintroduite par le biais de la soule. Les échanges parfaits sont rares

¹ D'où la notion de "prix d'acceptabilité psychologique", utilisée parfois par les services commerciaux pour fixer le niveau des prix, indépendamment de toute considération du contenu du produit. Cf J. LENDREVIE, D. LINDON et LAUFER, *Mercator. Théorie et pratique du marketing*, Dalloz, 1979, p. 180.

² Ce qui illustre par ailleurs qu'aucune théorie monétaire ne peut se passer d'une théorie de la valeur, sauf à demeurer incomplète. Les économistes s'y sont essayés depuis longtemps ; les juristes point encore. Il est vrai qu'il n'est pas certain que la valeur soit encore dans le domaine juridique.

et les valeurs ne s'ajustent pas forcément les unes aux autres dans l'opération de troc. D'où la nécessité d'adjoindre à l'objet de moindre valeur quelque objet convenu, qui comble l'écart. Cet objet convenu n'est rien d'autre qu'une forme rudimentaire d'unité de paiement : il ne lui manque qu'un usage un peu répandu pour servir de monnaie. Et l'intégralité du processus de paiement se trouve alors reconstituée par la seule présence d'une unité de valeur, faute de quoi celle-ci serait inutile¹.

31. Ainsi, l'opération de paiement présuppose l'intervention de monnaie dans un rôle d'estimation de la valeur ; et cette estimation n'a elle-même de signification réelle que si elle est suivie d'un paiement. D'où l'on peut déduire que les deux unités de valeur et de paiement doivent coexister dans toute définition de la monnaie. L'unité de valeur est essentielle à l'évaluation des objets ou des prestations, qui permet de libeller les dettes ; l'unité de paiement intervient de façon obligée pour éteindre les dettes ainsi créées. Le processus monétaire joue donc sur ces deux unités, dont les caractéristiques sont à présent parfaitement marquées. Mais pour spécifiques et particulières qu'elles soient, ces deux unités sont néanmoins solidaires dans toute approche de la monnaie.

§ 3. SOLIDARITÉ DES DEUX UNITÉS DANS LE PROCESSUS MONÉTAIRE

32. Le lien entre les deux unités de valeur et de paiement est d'abord fonctionnel. L'une et l'autre jouent un rôle bien identifié au sein du processus monétaire *lato sensu*. Pour rendre compte du détail de ce processus, il est

¹ On notera le caractère purement spéculatif de cette démarche. Il n'est aucunement question de montrer de quelle façon la monnaie serait née d'un système d'échange primitif, mais plutôt d'établir que conserver l'évaluation sans le paiement débouche quasi-forcément sur une forme d'instrument de paiement. Les enseignements de l'ethnographie montrent en effet sans ambiguïté que la monnaie n'est pas apparue dans le temps, en faisant passer d'un système de troc à une organisation nouvelle, fondé sur la vente. Cette façon de considérer l'origine de la vente et de la monnaie s'apparente, comme l'a dit un économiste, à une fable, ou, plus justement, à un mythe (J.-M. SERVET, « La monnaie contre l'État ou la fable du troc », *Droit et monnaie*, précité, p. 49). Ce sont en effet des explications humaines à des réalités qui dépassent la compréhension. Aussi mystérieuse que la naissance du feu, l'origine de la monnaie intrigue d'autant plus qu'il n'est guère possible de la considérer comme un don divin. D'où cette recréation des origines, très fréquente dans la doctrine économique à partir du XVI^e siècle, qui fait naître la monnaie du troc, alors que rien ne l'atteste d'autre qu'un enchaînement intellectuellement satisfaisant de causes et d'effets. Conformément aux apports de l'ethnographie, l'origine de la monnaie est, dans les sociétés primitives, plutôt à rechercher dans l'organisation attestée de dons et contre-dons : l'idée de monnaie y est préexistante, puisque le seul moyen de vérifier si la valeur du contre-don est supérieure à celle du don est une évaluation d'ordre monétaire. Sur cette question, v. M. MAUSS, « Essai sur le don », *Sociologie et anthropologie*, P.U.F., 1983, p. 174. V. aussi l'opinion d'un juriste : J. CARBONNIER, « Sociologie de la vente », *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, L.G.D.J., 6^e éd., 1988, p. 278.

nécessaire de modifier la conception habituelle de la dette monétaire. On envisagera ici ce terme dans sa plus vaste acception : il y a dette dès lors que naît une obligation monétaire, même si le paiement en est immédiat. Contrairement à l'usage qui suppose dans la dette ou la créance le jeu de la durée, nous ne considérerons ici la dette que sous son aspect éphémère d'obligation en argent, sans tenir compte du moment proche ou lointain de son extinction. Dans une vente au comptant, par exemple, on peut considérer qu'au moment où la vente se forme, il y a naissance d'une dette, éteinte aussitôt qu'est passé un instant de raison.

C'est dans le cadre de cette dette qu'il faut se placer pour apprécier le jeu des unités l'une par rapport à l'autre. Les unités de valeur entrent en scène très tôt, pour fixer le *quantum* de la dette ; les unités de paiement interviennent ensuite, pour permettre d'exécuter et éteindre l'obligation ainsi constituée. On l'a dit, ces modalités décrivent parfaitement les fonctions des deux instances réunies sous le terme de monnaie : les unités de paiement ont pour rôle d'éteindre des obligations qui sont libellées en unités de valeur ; en contrepoint, le rôle des unités de valeur est d'évaluer le *quantum* de l'obligation d'une façon compréhensible pour la société, qui puisse de ce fait donner lieu à paiement. Le processus monétaire part de la constitution de la dette par évaluation de son objet, pour aboutir au paiement et donc à son extinction.

33. Sous cette apparente conformité au droit des obligations, la constitution et l'extinction de la dette de somme d'argent sont marquées par des caractéristiques particulières. L'objet de l'obligation correspond ordinairement à la prestation prévue par l'obligation ; ce peut être, par exemple, la livraison d'un quintal de blé. Pour que cette obligation soit exécutée, il convient que le débiteur livre le quintal de blé attendu ¹. Entre l'objet de l'obligation et la prestation, il y a une parfaite correspondance : la prestation est l'actualisation matérielle de l'objet de l'obligation. On se demande du reste comment il pourrait en aller autrement, puisqu'aussi bien l'extinction ne provient que de la conformité de la prestation à l'objet de la dette. La teneur du paiement, au sens juridique, est en effet strictement définie par les termes de l'obligation : « ...seul est un véritable payement celui qui respecte les données initiales du lien obligatoire, car c'est à un acte strictement conforme à ces données que le créancier peut prétendre » ².

Ce schéma traditionnel ne correspond pourtant pas au fonctionnement de l'obligation monétaire. Dès lors que l'on admet d'une part que l'objet de l'obligation est composé d'unités de valeur, d'autre part que la prestation se fait par transfert d'unités de paiement, enfin que ces deux unités sont de nature bien différente, le droit des obligations classique ne peut plus trouver là son compte. L'extinction de la dette d'unités de valeur par versement d'unités de paiement est donc une figure originale et déroutante pour le droit des obligations. Dans l'obligation monétaire, il y a mise en œuvre des deux instances hétérogènes, l'une dans l'objet de la dette, l'autre dans la prestation, sans que cette disjonction empêche le paiement ou l'extinction d'avoir lieu.

34. La dissociation des deux unités, la description minutieuse de leurs caractéristiques n'avait pour objectif que d'en arriver à ce point. La monnaie est un objet étrange, qui entre mal dans les catégories du droit civil et déjoue ses mécanismes. Pour autant, la monnaie fonctionne au prix de ces irrégularités, qui

¹ On passe ici sur les difficultés qui proviennent du passage de la chose de genre au corps certain, et qui n'influent aucunement sur le raisonnement.

² N. CATALA, *La nature juridique du payement*, préf. J. Carbonnier, Bibl. dr. priv. xxv, L.G.D.J., 1961, p. 15.

ne font que garantir sa spécificité. En droit, l'obligation monétaire est l'obligation dont l'objet est libellé en unités de valeur, dont le paiement a lieu par versement d'unités de paiement, sans qu'il y ait d'autres liens entre les deux unités que ce lien fonctionnel. C'est pourquoi le processus monétaire ne peut être défini que par ces deux unités, et par la nécessité de leur mise en jeu articulée¹.

Le modèle monétaire ainsi proposé peut paraître surprenant, tant il s'écarte de la perception immédiate que l'on a de la monnaie. On peut toutefois réduire quelque peu sa singularité en le rapportant à ce que furent les systèmes monétaires occidentaux à partir de la fin de l'Empire romain. Du Moyen-Âge au XVIII^e siècle, la plupart des Royaumes ont connu la séparation des monnaies de compte et de paiement². Il existait d'une part une monnaie en laquelle on comptait, mais qui ne circulait pas et n'avait pas de référent matériel, et d'autre part des pièces de monnaie métallique qui circulaient et étaient aptes à éteindre les dettes libellées en monnaie de compte³. Superficiellement, ce système ressemble au modèle monétaire qui est ici proposé. Mais en réalité, si la monnaie imaginaire peut à bien des égards apparaître comme l'ancêtre de l'unité de valeur, il n'en va pas de même pour les relations entre monnaie réelle et unité de paiement. Les monnaies réelles d'autrefois étaient en effet des monnaies composées de métal précieux, et la présence de ce métal a joué un rôle autonome dont on ne tient pas assez compte. L'unité de valeur et l'unité de paiement répondent parfaitement l'une de l'autre, tandis que les monnaies réelles trouvaient essentiellement leur justification au regard de l'or dont elles étaient composées. Là où l'unité de paiement ne se définit que par son pouvoir d'extinction d'une unité de valeur, la monnaie réelle est susceptible d'une triple définition : sa valeur nominale, sa valeur métallique, et sa valeur en termes de monnaie de compte. La coexistence de ces trois valeurs, les possibilités de passage entre elles, ont rendu très complexes les anciens systèmes monétaires⁴, et font qu'on ne peut en rendre compte dans les termes simples qui correspondent au système actuel.

¹ On parle ici un peu indifféremment de processus monétaire ou de monnaie. En fait, le terme de monnaie serait plus souhaitable, mais on craint en l'employant d'égarer le lecteur en lui laissant penser que la monnaie est une chose unique. Il faut admettre que la monnaie est la mise en jeu globale du processus monétaire, qu'elle incorpore donc indivisément l'unité de valeur et l'unité de paiement, sans qu'aucune des deux ne soit à elle seule la monnaie.

² V. les présentations limpides que font du système : M. BLOCH, *Esquisse d'une histoire monétaire de l'Europe*, Armand Colin, 1954 ; F. BRAUDEL, *op. cit.*, p. 383 et s., spéc. p. 408 ; B. SCHNAPPER, *Les rentes au XVI^e siècle*, *Histoire d'un instrument de crédit*, Sevpén, 1957. On trouve également des éléments de ce fonctionnement dans le survol de la doctrine monétaire auquel procède Hamel, *op. cit.*, p. 14 et s.

³ C'est ainsi que l'ancienne France a principalement connu la dissociation entre la Livre qui servait à compter, l'Ecu à payer (ces deux monnaies parmi beaucoup d'autres dont nous avons perdu le souvenir).

⁴ La controverse entre Bodin et Malestroit au XVI^e siècle sur l'augmentation des prix provient de cette indécision du référent de la monnaie réelle, ou, pour le dire autrement, du fait que le métal jouait un peu le rôle d'une monnaie de compte interposée. Sur cette controverse : *Paradoxes du seigneur de Malestroit sur le fait des monnoyes*, et *La réponse de Maistre Jean Bodin au paradoxe de Monsieur de Malestroit*, in J.-Y. LE BRANCHU, *Ecrits notables sur la monnaie*, t. I, Paris, 1934, p. 55 et p. 69 ; v. aussi : R. GONNARD, *op. cit.*, p. 180 et s. ; J. HAMEL, *op. cit.*, p. 25 et s. ; J. MARCHAL et J. LECAILLON, *op. cit.*, p. 12 et s.

Tout de même, par la dissociation qu'il propose entre ce qui permet de compter et ce qui sert à payer, ce type de système peut servir de matrice à celui que nous connaissons. Les conditions de la transposition de l'un à l'autre doivent néanmoins être clairement précisées : le système actuel ressemble à celui de l'ancienne France, dans lequel la monnaie réelle serait une monnaie de billon ¹ et porterait le même nom que la monnaie imaginaire.

35. Si l'on retrace ainsi la généalogie du système actuel, c'est aussi pour prendre certaines distances avec le système de la monnaie de compte. D'une certaine façon, l'ancienne France a subi la division des monnaies, tandis que la séparation des unités de valeur et de paiement peut nous aider à résoudre certaines difficultés monétaires. L'ancien système avait une souplesse, que nous avons perdue : l'actualisation permanente de la monnaie réelle par rapport à la monnaie de compte permettait une sorte de valorisme automatique ², dont nous ne disposons plus avec une monnaie uninominale ³. En revanche, la dissociation des unités donne aux juristes ce qu'ils ont perdu avec l'évolution : un moyen de valoriser les obligations dont ils peuvent se servir à leur gré. Parce que le compte de l'obligation prend sa source dans une évaluation — ce que traduisent les unités de valeur —, la stabilité de ce compte peut être préservée en dépit des aléas de la monnaie. Au-delà d'une revalorisation limitée à la mesure de la dégradation de la monnaie, la séparation des unités rend possible un ancrage de toutes les obligations à la valeur de l'objet qui les fonde.

Le modèle monétaire qui est proposé permet de mieux expliquer le fonctionnement monétaire que ne le permet l'approche juridique traditionnelle. Mais on verra aussi, sous la filiation historique qu'il avoue, un étonnant potentiel de renouvellement de la résolution juridique des problèmes monétaires. Mais c'est assez anticiper sur l'exploitation de ce modèle : encore reste-t-il à en donner une description juridique plus fine.

¹ On appelle monnaie de billon la monnaie de cuivre, parfois mêlée d'argent ; et par extension les pièces de monnaie divisionnaire sans valeur intrinsèque.

² Cette adaptabilité aux aléas monétaires ne pouvait supprimer tous les problèmes : la triple valeur de la monnaie réelle pouvait toujours être exploitée à l'encontre d'une stabilisation efficace des obligations.

³ Mécaniquement, la monnaie uninominale est en effet gouvernée par le principe du nominalisme.

Section II

ANALYSE JURIDIQUE DES UNITÉS MONÉTAIRES

36. Le travail que l'on vient de faire a permis, à partir d'une remise en cause de la notion de monnaie, de décomposer le fonctionnement monétaire et d'en révéler les composantes essentielles. Mais celles-ci n'ont encore été examinées que sous l'angle fonctionnel : on sait comment jouent les unes par rapport aux autres les unités de valeur et de paiement. Ce résultat est en soi un acquis important, mais n'est pas encore suffisant pour l'analyse juridique : celle-ci a tout autant besoin de savoir ce que les unités sont. Il convient donc de ce fait de resserrer l'analyse de la monnaie par une approche de la nature de ses composantes. C'est ainsi que l'on procédera d'abord à l'analyse de l'unité de paiement, plus simple car mieux appréhendable (§ 1), avant d'examiner la nature, pour partie extra-juridique, de l'unité de valeur (§ 2).

§ 1. L'UNITÉ DE PAIEMENT

37. Pour saisir les caractéristiques de l'unité de paiement, il faut commencer par revenir aux causes de l'extinction de l'obligation de somme d'argent, lorsque le paiement en a été réalisé par transmission d'unités de paiement.

L'extinction d'une obligation résulte ordinairement de l'adéquation entre la prestation réalisée par le débiteur et l'objet de la dette. L'obligation de donner est exécutée et éteinte par le transfert de propriété de la chose objet du contrat ; celle de faire se résout dans la prestation attendue du débiteur. Exécution et extinction coïncident ainsi dans un déroulement logique et clair de la dette : en payant ce qu'il devait, le débiteur cause l'anéantissement de l'obligation. De la même façon, pour que le versement d'un certain nombre d'unités de paiement soit extinctif, il faudrait que l'obligation monétaire soit libellée en unités de paiement. Le débiteur d'une dette de cent unités de paiement peut légitimement se libérer en versant cent unités de paiement, comme le débiteur d'un quintal de blé éteint sa dette en le livrant. Mais dans la majorité des situations, ou en tous cas les plus ordinaires, les obligations de somme d'argent ne sont pas libellées en unités de paiement, mais en unités de valeur. Comment peut-on dès lors expliquer l'extinction de la dette par le versement d'unités de paiement ?

Il est évident que le débiteur d'une dette de cent unités de valeur ne peut pas se libérer en versant cent unités de valeur¹, et que le créancier de la dette s'attend à recevoir cent unités de paiement, en dépit du libellé de l'objet de l'obligation : le problème de l'extinction de l'obligation ne se situe pas dans les modalités de l'exécution, mais dans les raisons de cette extinction. Par ce léger décalage entre les unités de valeur dues et les unités de paiement données, la mécanique du

¹ K. OLIVECRONNA, *op. cit.*, p. 125.

paiement se dérègle : on comprend les modalités de l'exécution de l'obligation, non les raisons de son extinction ¹.

38. En l'absence de toute explication mécanique convaincante de cette extinction, il est nécessaire de situer l'anéantissement de l'obligation dans un pouvoir extinctif inhérent aux unités de paiement. S'il est vrai que la dette d'un quintal de blé ne saurait s'éteindre par la livraison d'un quintal d'orge, cette extinction aurait tout de même lieu s'il avait été entendu *a priori* que le versement d'orge serait libératoire à l'égard des dettes de blé. C'est une exception du même type qui justifie la libération dans le paiement en argent, à ceci près que l'extinction de la dette est toujours possible lorsqu'il y a versement d'argent, indépendamment de tout accord spécial préalable.

La dette est libellée en unités de valeurs, qui sont impossibles à livrer matériellement, et il est hors de doute qu'il est entendu par les deux parties que la dette d'unités de valeur pourra se payer par versement d'unités de paiement. L'extinction, qui n'est pas imputable à l'exécution conforme de l'obligation, est donc causée par le versement de ces dernières unités. D'où le sentiment que l'unité de paiement est investie d'un pouvoir spécial, qui la rend apte à éteindre les dettes monétaires. Ce n'est que la présence de ce pouvoir qui introduit une composante libératoire dans le paiement en argent.

39. Sous cette présentation un peu complexe des enjeux de l'unité de paiement, on retrouve une vieille idée de la doctrine monétaire : la monnaie de paiement s'analyse en un « pouvoir d'achat indifférencié » ². Par cette formule, les auteurs entendent fréquemment que la monnaie permet au détenteur d'acquérir ce qu'il désire, à son gré. M. Carbonnier précise encore le sens de cette formule en exposant que la monnaie « est un bien en échange duquel il est possible d'acquérir indifféremment toutes sortes de biens » ³. Il y aurait ainsi dans la monnaie de paiement un pouvoir spécifique, quelque chose qui ne ressortirait pas aux mécanismes traditionnels du droit des obligations.

On ne pourrait que s'accorder sur ce pouvoir un peu mystérieux déposé dans l'unité de paiement, n'était sa formulation un peu trop large. La monnaie ne permet d'acheter que ce qui a été préalablement mis en vente, et non de tout acquérir indépendamment de la volonté des cocontractants. Le rôle particulier de la monnaie n'est pas dans sa capacité d'acheter, mais plus simplement de payer, c'est-à-dire de pouvoir s'échanger contre tout ce qui est vendu. Cette restriction ne modifie pas le type de pouvoir dont sont investies les unités de paiement ; elle le précise utilement. Le pouvoir extinctif en question ne permet pas de forcer les volontés individuelles pour obliger qui que ce soit à contracter ⁴, mais de régler toutes les obligations monétaires qui ont été constituées. Ce pouvoir d'achat indifférencié n'est donc pas tant un pouvoir qu'une possibilité : ce n'est pas sur l'acte d'achat que porte le pouvoir incorporé par les unités.

¹ *Ibid.*, p. 128.

² F.-A. MANN, *Legal aspects of money*, précité, p. 26 et s. ; J. CARBONNIER, *Les biens*, précité, n° 10, p. 23. Dans un sens légèrement différent, mais encore plus contestable : J.-P. DOUCET, *Les clauses d'indexation et les ordonnances du 30 décembre 1958 et du 4 février 1959*, Bibl. dr. priv. LXI, préf. H. Mazeaud, L.G.D.J., 1965, n° 18, p. 15.

³ J. CARBONNIER, *ibid.*

⁴ Ce qu'aucun des auteurs n'a bien sûr pensé. On conteste ici le caractère un peu trompeur de la formulation, qui lui ouvre un domaine plus vaste que son domaine réel. Mais il est hors de doute qu'aucun auteur ne songerait sérieusement à permettre à la monnaie de forcer les volontés individuelles.

Les unités de paiement incorporent un droit subjectif qui prend sa mesure par rapport aux dettes constituées. Elles ne permettent d'imposer aucun contrat mais d'éteindre toute dette monétaire. Le pouvoir qu'on y trouve est donc très exactement un pouvoir d'extinction des obligations libellées en unités de valeur, pouvoir qui tire sa nécessité de la difficulté à éteindre autrement l'obligation de somme d'argent.

40. Analyser les unités de paiement sous l'aspect d'un droit subjectif, c'est suivre une tendance habituelle au droit civil contemporain. Certains objets dont la nature juridique est difficile à définir se révèlent mieux lorsqu'on les envisage du point de vue du droit ou des possibilités auxquels ils permettent d'accéder. C'est ainsi qu'après avoir proposé des hypothèses variées quant à la nature juridique du nom patronymique, la doctrine tend aujourd'hui à effacer ce type de recherche derrière celle des contours de ce que l'on nomme le "droit au nom"¹. De même, on voit parfois certains auteurs, au lieu de s'interroger sur la nature patrimoniale du sperme humain, estimer que la question n'a d'intérêt qu'envisagée sous l'angle de la liberté de procréer qui en est le corollaire².

C'est un peu de la même tendance que participe le projet ici entrepris. Savoir ce qu'est une unité de paiement est dans un premier temps moins intéressant que comprendre le fonctionnement des unités à l'intérieur du paiement. C'est la raison pour laquelle il n'est pas mauvais d'envisager l'unité de paiement à travers le prisme de la prérogative que cette unité confère, plutôt qu'en elle-même, pour en saisir la nature propre. Ce n'est que dans un second temps que l'on pourra tenter d'appréhender strictement la nature de l'unité, abstraction faite cette fois du droit subjectif qu'elle met en œuvre.

41. Les unités de paiement permettent d'éteindre les obligations ou les dettes libellées en unités de valeur. Ce qui ne renseigne pas encore sur la nature de cette possibilité.

Le droit en question doit se comprendre sous son aspect de pouvoir³. Lorsqu'une dette est libellée en unités de valeur, le paiement consiste en un certain nombre d'unités de paiement. C'est de cette différence d'objet que provient le droit subjectif en cause. Dès lors qu'existe cette disjonction, il devrait être au droit du créancier de refuser les unités qui lui sont proposées. Mais le débiteur peut lui imposer la réception de ces unités, ainsi que l'extinction qui l'accompagne ; il peut, pour ainsi dire, les faire entrer de force dans le patrimoine du créancier. Le pouvoir inhérent aux unités de paiement réside donc dans la possibilité dont dispose le débiteur de faire accepter au créancier autre chose que ce qui composait l'objet de l'obligation, tout en obtenant toutes les conséquences d'une exécution conforme.

Mais ce droit doit également être délimité négativement. Le fait de pouvoir imposer au créancier le transfert d'unités de paiement ne signifie pas qu'on peut lui imposer de recevoir n'importe quel moyen de paiement. C'est par le versement des unités de paiement que le lien obligatoire est éteint, et non par la remise d'un chèque ou d'un billet. Le créancier peut s'opposer à un transfert d'unités par tel ou tel moyen de paiement, qui n'a pas cours légal, mais ne peut

¹ V. par ex. : E. AGOSTINI, « La protection du nom patronymique et la nature du droit au nom », *D.* 1973, Chron. p. 313.

² J. RUBELLIN-DEVICHI, *Rev. trim. dr. civ.* 1984.703, obs. sous Trib. gr. inst. Créteil 1^{er} août 1984 ; *Gaz. Pal.* 1984.2.560, concl. Lesec.

³ Le terme de "pouvoir" est employé dans son sens commun, et non dans l'acception juridique particulière dégagée par E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, Economica, 1985.

refuser de recevoir des unités de paiement. On pourrait dès lors penser que ce droit subjectif n'est qu'un appendice du cours légal. Mais ce ne serait qu'une vision partielle qui détournerait le cours légal de son objectif.

Enfin, on achèvera de délimiter, négativement, ce droit subjectif, en disant qu'il n'est pas un droit d'option¹. Il est exact d'affirmer la supériorité de la monnaie sur la valeur qu'elle incorpore : la monnaie équivaut à toutes choses de même valeur, et elle apporte en plus la possibilité de choisir entre elles. Ce qu'on peut synthétiser en disant que la monnaie, c'est la valeur plus l'option entre toutes les choses équivalentes disponibles sur le marché. Mais ce droit d'option, si tant est qu'on puisse employer légèrement cette expression, n'est pas pris en charge par le droit subjectif dont nous traitons. En effet, l'option est antérieure à la formation de l'obligation. C'est l'exercice de l'option qui crée le rapport obligatoire, à la suite duquel le paiement sera nécessaire. Le droit qui nous intéresse est celui qui entre en jeu avec les unités de paiement, une fois que l'option a épuisé ses effets.

42. La possibilité d'éteindre un rapport obligatoire au moyen d'unités de paiement doit s'analyser comme une prérogative. Mais on sait, au moins depuis les travaux du doyen Roubier, que les prérogatives juridiques, c'est-à-dire les situations qu'on peut résumer par la formule « j'ai le droit de... », ne sont pas toutes des droits subjectifs². La question de la nature de ce qu'on a appelé rapidement un droit subjectif se pose en conséquence.

Mais c'est une question dont la réponse est bien difficile à apporter, non que l'analyse de cette prérogative soit trop ardue, mais en raison de l'étonnante confusion qui règne en doctrine sur le chapitre des droits subjectifs. Rapidement, on rappellera que l'existence même de la notion a été contestée par certaines écoles de droit public, avant que les juristes de droit privé ne polémiquent entre eux pour savoir s'il fallait définir ce droit comme pouvoir, comme intérêt, ou comme appartenance-maîtrise ; pour savoir enfin si les classifications répartitrices de ces droits subjectifs étaient fondées³. Il ne peut être question de retenir ici ou contester telle ou telle conception du droit subjectif ; il s'agit en revanche d'examiner si le droit conféré par les unités de paiement se présente sous l'apparence d'autres droits subjectifs.

On peut d'abord relever que ce droit s'analyse, au gré des exigences que l'on peut avoir, aussi bien comme un pouvoir que comme un intérêt. Pouvoir, on l'a dit, de faire entrer des unités dans le patrimoine du créancier à fin de libération, ou intérêt attaché au fait de voir le lien obligatoire éteint. Aussi bien ce pouvoir remplit-il la première condition, à savoir qu'il se présente d'emblée comme une prérogative, au sens large du terme.

De plus, cette prérogative est protégée ou garantie par la loi, *lato sensu*. Ce point fait sans doute problème, et d'autant plus qu'on a refusé de reconnaître dans le cours légal le moyen par lequel ce droit était mis en œuvre. Par le cours légal, un État peut imposer la circulation effective de certains types de moyens de paiement⁴. Ce cours intéresse donc l'ordre public, en garantissant les méthodes

¹ Au sens où cette notion a été délimitée par I. NAJJAR, *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, Bibl. dr. priv. LXXXV, préf. P. Raynaud, L.G.D.J., 1967.

² P. ROUBIER, « Les prérogatives juridiques », *Arch. phil. dr.* 1960.65.

³ Sur les droits subjectifs, v. une synthèse complète et claire dans : J. GHESTIN et G. GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, t. I, *Introduction générale*, L.G.D.J., 3^e éd., 1990, p. 122 et s.

⁴ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, Litec, 2^e éd., 1988, n° 1256, p. 487.

par lesquelles les richesses pourront circuler sans restriction. Mais si le cours légal impose un moyen de paiement, il n'impose certainement pas une unité de paiement, qui est, quant à elle, l'effet du cours de la monnaie. Ce cours est évidemment préalable à la mise en place de tout cours légal.

La question de savoir comment le pouvoir extinctif des unités de paiement est garanti en France n'est pas cruciale. La délimitation des droits subjectifs passe sûrement par l'impérieuse nécessité de mettre en évidence la règle de droit qui les garantit. Cette exigence se dilue en matière monétaire, puisque le rôle de garantie est pris en charge par un véritable consensus social. Le cours de la monnaie va à ce point de soi, que la constitution ne prend pas la peine d'affirmer ce cours, en rappelant que le franc est l'unité monétaire française¹. Ce cours obvie s'accompagne des garanties qui sont inhérentes à toute monnaie de paiement, de telle sorte que les prérogatives liées au pouvoir extinctif ne sont jamais rappelées. Tout au plus peut-on remarquer que par sûreté, il existe une disposition légale qui garantit indirectement le cours du franc. L'article 136 du Code pénal, qui n'a jamais été beaucoup utilisé, pourrait être le moyen de donner efficacité libératoire à l'unité de paiement choisie, au cas où ce pouvoir viendrait à être contesté. Cet article interdit en effet : « la fabrication, la souscription, l'émission ou la mise en circulation de moyens de paiement ayant pour objet de suppléer ou remplacer les signes monétaires ayant cours légal »². Ce qui revient à considérer que toute unité de paiement qui ne serait pas le franc est d'usage interdit sur le territoire français. Il en résulte que le franc est la seule unité qui, portée par un moyen de paiement ayant cours légal, permettra d'éteindre les obligations³. C'est ainsi que la prérogative en question peut être effectivement garantie par la loi.

43. L'unité de paiement incorpore un pouvoir extinctif des dettes libellées en unités de valeur, qui s'apparente à un intérêt protégé par la loi. Cela suffit sans doute à estimer qu'il s'agit là d'un droit subjectif. Reste toutefois à montrer qu'il s'agit d'un droit personnel. La démonstration ne devrait pas être trop ardue, tant il apparaît que la prérogative à laquelle les unités de paiement donnent droit est le symétrique exact du droit de créance. Le créancier, sujet actif du droit, dispose d'un certain pouvoir à l'encontre du patrimoine de son débiteur, sujet passif. Au cas où l'obligation n'est pas payée, il peut poursuivre le débiteur et obtenir son dû à travers des procédures de contrainte. Inversement, le débiteur dispose d'un droit à se libérer de sa dette : c'est la procédure des offres réelles et de la consignation qui lui permet de passer outre le refus du créancier de dénouer le lien obligatoire⁴. Au-delà de cette situation générale, les unités de paiement confèrent au débiteur le droit d'éteindre une dette libellée en unités de valeur. Le créancier peut ainsi refuser le paiement monétaire parce que le *quantum* ne

¹ C'est pourtant le type même de fait qu'on s'attendrait à trouver dans l'article 1, à côté des couleurs du drapeau, de l'hymne national, de la devise et du principe de la République. Très significativement, le cours de la monnaie n'est appelé qu'à l'occasion de ses modifications : les ordonnances de 1958 et 1959, connues surtout pour la réglementation des indexations, posent le principe de l'alourdissement du franc par création du "nouveau franc"; le décret du 9 novembre 1962 en transforme l'appellation en celle de franc.

² M.-L. RASSAT, « Fausse monnaie », *J.-Cl. Pénal*, art. 132 à 138, n° 38 et s.

³ Req. 17 février 1937, *D.H.* 1937.234.

⁴ Sur cette procédure, v. par ex. : G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Sirey, 2^e éd., 1989, n° 213 et s., p. 191 ; de façon plus approfondie : J. COURROUY, « La consignation d'une somme d'argent après offres réelles est-elle un paiement ? », *Rev. trim. dr. civ.* 1990.23.

correspond pas à ce qu'il attend ; mais il ne peut le refuser à raison de sa substance. Ainsi, lorsque le débiteur paie son créancier en lui donnant des unités de paiement, c'est le débiteur, à présent *solvens*, qui devient le sujet actif du droit. C'est lui qui, par son versement d'unités de paiement, peut imposer l'extinction de l'obligation à son créancier, sujet passif. Sans doute cette identification du sujet passif n'existe-t-elle pas d'emblée, contrairement à ce qui se produit pour le droit de créance : ce n'est que lorsque le débiteur a décidé de payer sa dette que son créancier apparaît comme sujet passif du droit ¹. Mais cette spécificité n'entame pas la classification du droit subjectif : le sujet passif n'est identifié qu'au dernier moment, mais il a toujours été abstraitement défini par le terme de créancier. C'est donc dans la catégorie des droits personnels qu'il faut ranger le droit subjectif ainsi défini ².

44. L'unité de paiement est prise en tenaille entre deux approches intéressantes, mais toutes deux inefficaces à renseigner sur ce qu'elle est. D'une part, l'unité est appréhendable à partir des instruments de paiement auxquels elle est incorporée : pièces, billets ou comptes en banque contiennent des unités de paiement, et paraissent parfois si bien faire corps avec elles que leur étude dissuade d'une recherche de la nature de l'unité elle-même. D'autre part, il est possible d'estimer que l'unité n'a d'importance qu'en fonction du droit subjectif qu'elle contient ; dans cette vue, l'essentiel est de prendre la mesure du droit subjectif d'extinction des dettes monétaires, indépendamment de l'unité à laquelle ce droit est incorporé. On peut ainsi s'intéresser aux supports de l'unité ou au contenu de l'unité, sans pour autant traiter de l'unité elle-même.

Ces deux approches contraires ont du reste à tel point monopolisé l'attention des juristes qu'on en vient à se demander si elles ne permettent pas de faire disparaître l'unité. Des moyens de paiement incorporent des unités de paiement, qui sont investies d'un droit subjectif d'extinction des obligations libellées en unités de valeur. Ne peut-on pas dire bien plus simplement que les instruments de paiement sont investis d'un certain pouvoir extinctif, qui se mesure en unités ? Par cette considérable économie de moyens, on éliminerait l'unité sans altérer, semble-t-il, le fonctionnement global du système de la monnaie. Mais ce serait peut-être une erreur que de céder à cette tentation de se débarrasser de l'unité de paiement.

45. Pour se rendre compte de l'existence propre de l'unité de paiement, abstraction faite du droit subjectif qu'elle incorpore et des supports qui la mettent en circulation, il n'est que de considérer les hypothèses autres que le paiement où l'unité est employée. Le meilleur exemple que l'on puisse prendre est celui du prêt d'argent. Le prêteur qui met une certaine somme d'argent à la disposition de l'emprunteur lui transmet des unités de paiement, puisqu'il lui donne des pièces ou des billets, à moins qu'il ne procède par transfert de monnaie scripturale. Il est clair que ces unités de paiement sont données sans que l'extinction d'une obligation soit visée ; bien au contraire, la remise de la somme de monnaie est créatrice d'une obligation, puisque l'*accipiens* devient par là-même débiteur d'une

¹ Sur l'importance du sujet passif dans les droits subjectifs, v. F. HAGE-CHAHINE, « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *Rev. trim. dr. civ.* 1982.705.

² Ce droit subjectif est du reste mystérieux à bien des égards : c'est un droit qui ne se transmet pas indépendamment du titre, ce qui suggère une transmission semblable à celle des droits réels ; c'est un droit qui ne s'éteint jamais et qui n'est pas même susceptible d'extinction : le titulaire de l'unité cesse d'en bénéficier, mais le droit reste attaché à l'unité.

dette de restitution. Des unités de paiement peuvent donc être mises en jeu dans des hypothèses qui ne sont pas marginales, sans que le droit d'extinction importe non plus que la nature de l'instrument de paiement. De telles hypothèses suffisent à prouver le caractère irréductible et nécessaire de l'unité de paiement.

On pourrait essayer d'objecter que s'il n'est pas au premier plan dans un tel transfert, l'aspect extinctif des unités de paiement n'en est pas non plus absent : si l'emprunteur a demandé un prêt, c'est bien en vue de pouvoir éteindre certaines dettes. Le droit d'extinction inhérent aux unités est donc ce qui est visé, derrière le prêt d'unités. Mais cette capacité d'extinction des unités, qui se trouve sans doute au centre des motivations conduisant au transfert, n'est pas directement à l'œuvre dans le prêt d'argent, puisqu'aucune obligation n'est éteinte. C'est donc l'unité de paiement en elle-même qui constitue l'objet du prêt.

On doit en déduire que l'unité de paiement a en elle-même une existence propre, qui interdit de vouloir l'éliminer. En estimant que les moyens de paiement sont investis d'un certain pouvoir libératoire en faisant abstraction de l'unité, on ne serait plus en mesure de justifier des hypothèses où la monnaie est employée sans qu'une libération soit en vue : prêt, donation ou restitutions monétaires. L'autonomie, la cohésion de l'unité sont des nécessités du fonctionnement du système monétaire.

46. La nécessité de l'unité de paiement une fois établie, il ne reste plus qu'à en déterminer la nature juridique. Cette recherche sera bien moins ardue que celle de la nature du droit subjectif incorporé. Sans risque d'erreur, on peut affirmer la nature fondamentalement incorporelle de cette unité, dont la caractéristique principale est d'être un objet de propriété, et par excellence une composante du patrimoine. À maints égards, elle s'apparente aux actions dématérialisées, ou encore aux droits intellectuels. L'unité de paiement, incorporelle par nature, est le plus souvent matérialisée par incorporation à des supports à composante matérielle ; ce meuble sert de support à un droit d'extinction des dettes libellées en unités de valeur, qui est l'enjeu principal de la détention de ces unités.

§ 2. L'UNITÉ DE VALEUR

47. L'étude de l'unité de valeur¹ vient après celle de l'unité de paiement, alors qu'elle est mise en jeu en premier lieu. Les dettes monétaires, on l'a montré, sont le plus souvent libellées en unités de valeur ; ce n'est que dans un second temps que les unités de paiement interviennent, pour éteindre les dettes ainsi libellées. Reste à présent à essayer d'élucider le contenu de l'unité de valeur.

On peut approcher l'unité en disant qu'elle est la mesure de toutes les valeurs, c'est-à-dire le plus petit commun dénominateur à partir duquel les valeurs de toutes choses peuvent être comparées. Cette approche n'est pas inexacte, mais incomplète : dire que l'unité est une mesure des valeurs ne renseigne pas sur ce qu'est la valeur, et partant sur le rôle précis des unités. Le déplacement que l'on doit opérer de l'unité à la valeur est des plus périlleux. À bien des égards, la valeur est la pierre philosophale des économistes, la notion qui n'a cessé de les

¹ Sur cette notion, v. surtout : K. OLIVECRONNA, *The problem of the monetary unit*, précité ; A. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 13 et s.

retenir sans qu'aucun n'ait pu déterminer précisément ce qu'elle était ¹. Aucune théorie de la valeur ne sera entreprise dans ce travail, tâche qui déborderait à la fois nos forces et nos compétences. Mais pour que l'approche de l'unité soit rendue possible, on essaiera tout de même de préciser ce que l'on entendra ici par "valeur".

48. La valeur est un mode de rapport, de comparaison, entre les différents biens en circulation, qui permet de dépasser leurs caractères hétérogènes. De multiples types de comparaison peuvent être imaginés entre les choses, selon leur longueur, leur poids, leur abondance... La valeur n'est rien d'autre qu'un mode de comparaison supplémentaire, un rapport entre les choses qui surmonte leurs différences pour les envisager d'un point de vue unique ². La caractéristique de la valeur est à cet égard de proposer un point de vue social : la comparaison entre les choses ne tient pas à leurs caractéristiques intrinsèques, mais au regard que la société porte sur eux. La comparaison sous l'angle de la valeur est fondamentale pour une collectivité car elle préside aux échanges, en indiquant dans quelles conditions ils peuvent avoir lieu entre deux choses. Mais dire que la valeur est un mode de comparaison entre les biens qui passe par le regard de la collectivité est insuffisant : encore faut-il préciser sur quoi la comparaison est fondée.

L'histoire de l'économie le montre, ainsi que les perceptions individuelles : le ressort de la valeur hésite en permanence entre l'utilité et la rareté. C'est l'utilité qui a été la première approche de la notion, puisque l'on a parfois considéré que seules les choses utiles avaient de la valeur, les inutiles en étant dépourvues. Mais cette façon de voir devait échouer dès le XVIII^e siècle sur le paradoxe de l'eau et du diamant ³. L'eau, essentielle à la vie, est dépourvue de valeur au contraire du diamant, alors qu'il ne sert à rien. L'utilité, c'est-à-dire le sentiment d'abord personnel par lequel un individu exprime l'attachement ou le besoin qu'il a d'une chose, n'est donc pas le seul critère en fonction duquel la valeur s'ordonne. À partir de l'exemple du diamant, on peut concevoir un autre ordre de comparaison, selon lequel la valeur proviendrait de la rareté des choses. Si le diamant est recherché, c'est avant tout parce qu'il est rare. Mais la rareté ne peut pas non plus rendre compte à elle seule de la valeur : elle n'y est à l'œuvre qu'à la condition que les choses soient d'une quelconque façon utiles. L'unicité d'un objet ne suffit pas à justifier qu'il ait de la valeur. C'est ainsi que si l'on veut définir la rareté fondatrice de la valeur, il faut dire qu'elle est le rapport entre la quantité disponible d'une chose (rareté objective), et les besoins qu'en a l'individu (perception subjective). Pour considérer la rareté ou l'abondance comme le principe fondateur de la valeur, il faut les prendre dans une acception particulière, comme une composée de la rareté objective et de l'utilité.

Pour être opératoire, cette notion de rareté doit être affinée. Les choses dont nous avons besoin et qui sont en quantité réduite sont investies d'une certaine valeur sociale. Mais fonctionnant comme un rapport, la rareté doit aussi être prise en compte sous son aspect de temps de travail ⁴. Si l'on excepte les choses qui existent à l'état naturel, la plupart sont produites au terme d'un certain labeur. Or les choses manufacturées ne sont en soi ni rares ni abondantes : tout

¹ Pour une description des différentes conceptions économiques de la valeur, v. J.-A. SCHUMPETER, *Histoire de l'analyse économique*, t. III, *L'âge de la science*, précité ; également : F. FOURQUET, *Richesse et puissance*, précité.

² F. FOURQUET, *op. cit.*, p. 138.

³ Paradoxe dû à l'abbé Galiani, qui se trouve dans *La monnaie* (1748-1751).

⁴ Le jeu du travail dans la valeur a été aperçu par Adam Smith, mais c'est Ricardo qui en fera la théorie (M. FOUCAULT, *op. cit.*, p. 202 et s.).

dépend des décisions de production. La rareté va donc se réintroduire dans ce domaine de façon subtile : rares sont les biens qui exigent une grande quantité de travail, abondants ceux dont la production est aisée. La dialectique de la rareté et de l'utilité existe donc aussi avec les biens manufacturés, et la valeur est ainsi un mode absolu de comparaison entre tous les biens.

Ainsi composé de travail, de rareté et d'utilité, le concept de valeur peut être compris. Mais à condition de respecter le jeu complexe de ces différentes variables. Le blé, qui nourrit les hommes, est plus utile à la survie que l'orge qui fait vivre les bêtes. Si on y ajoute, par hypothèse, que le blé se cultive deux fois plus vite, ou exige deux fois moins de travail que l'orge, on dira sans doute que le blé a une plus grande valeur sociale que l'autre céréale. Ce n'est pourtant pas nécessairement exact. Si tous les cultivateurs se mettent à cultiver du blé pour sa plus grande valeur, sans produire d'orge, les hommes seront bien nourris mais les bêtes mourront. C'est ainsi que le cultivateur qui, contrairement à tous les autres, aura pris le soin de cultiver un peu d'orge verra sa production investie d'une valeur sociale bien plus importante que celle du blé. Plus exactement, le premier quintal d'orge aura une valeur bien supérieure à celle du dernier quintal de blé, rendu inutile par l'abondance. En matière de valeur, le raisonnement marginaliste est ainsi fondamental, ce qui signifie que les différentes composantes entrant dans la valeur ne doivent pas jouer de façon statique, mais en situation ¹.

49. La valeur est un mode de comparaison sociale très complexe, dont on ne peut donner que des exemples de fonctionnement très simples, mais qui échappe à l'entendement dès lors que la situation devient plus élaborée. Le procédé par lequel on compare des biens différents sous l'angle de leur valeur est l'évaluation, processus dynamique. Comme il arrive dans la plupart des modes de comparaison fréquemment utilisés, la comparaison terme à terme finit par être remplacée par un rapport entre les biens à évaluer et une unité, prise comme point fixe de l'ensemble du système de la valeur : l'unité monétaire, appelée ici unité de valeur. Cette unité de valeur est un outil social irremplaçable, qui permet d'étalonner les valeurs les unes par rapport aux autres, sans avoir à préciser les deux termes de la comparaison. Il est équivalent de dire que trois moutons valent une vache, et qu'un mouton est représenté par une unité de valeur et une vache par trois. Les modes de comparaison s'équivalent, mais le passage par les unités de valeur est plus utile qui permet de comparer le mouton à tout ce qui existe.

De ce que la monnaie n'est que l'unité de comparaison des valeurs, il s'ensuit qu'elle n'a pas de valeur en elle-même. Pour que l'unité de valeur joue efficacement le rôle qui est attendu d'elle, il importe que l'on comprenne qu'elle ne peut avoir d'autre valeur qu'elle-même : la valeur de l'unité est égale à un, comme la longueur du mètre est de un. Mais il faut répudier les tentations que l'on a parfois, sur les brisées de l'ancien fonctionnement de la monnaie, consistant à chercher la valeur des instruments de paiement. Si la pièce d'or avait une valeur qui correspondait à sa teneur métallique, la valeur du métal n'était pas identique à l'unité de valeur.

La dernière précaution que l'on doit prendre dans ce survol de la valeur consiste à bien distinguer la valeur du prix ². La confusion entre valeur et prix

¹ Sur l'analyse marginale, v. J. MARCHAL, « Les fondements de la valeur », *Mélanges Gonnard*, p. 239 ; de façon plus synthétique : J.-A. SCHUMPETER, *op. cit.*

² Sans oublier au passage que le prix est parfois nommé : valeur vénale ; mais celle-ci a bien peu à voir avec le concept de valeur.

est souvent faite par les juristes ¹, et provient de ce que les unités qui mesurent les valeurs servent aussi à libeller les prix. Cette coïncidence égare, mais n'est pas fortuite pour autant. On peut l'affirmer : le fait qu'une chose vendue ait un prix de cent unités de valeur ne signifie pas que la valeur de la chose, prise en elle-même, soit cent. Le prix s'exprime en unités de valeur, mais ce n'est pas parce qu'il renvoie à la valeur de la chose vendue. Plus subtilement, ces unités font référence au service que représente la chose vendue. La valeur de la chose est une qualité intrinsèque ; le prix résulte d'un accord entre vendeur et acheteur, ou bien d'une anticipation de ce que l'acheteur sera prêt à payer. Plutôt que celle de la chose, la valeur prise en compte, que traduit d'ailleurs la présence des unités, est celle d'un service global offert par le vendeur, centré autour de la chose vendue. Le prix s'exprime donc en unités de valeur parce qu'il traduit une évaluation, mais cette évaluation n'est pas celle de la chose. Pour autant, il va de soi que la valeur du service se situe bien souvent dans la dépendance de la valeur de la chose : le prix procède ordinairement de la valeur de la chose vendue. Cette liaison, fréquemment observée en pratique, n'est toutefois pas nécessaire : il se peut que des objets spéculatifs soient chers tout en étant dépourvus de valeur intrinsèque, et inversement que des objets à forte valeur ajoutée soient bon marché parce qu'ils ne trouvent pas preneur ².

50. Ce survol de ce qui sera considéré comme valeur tout au long de ce travail permet de mieux comprendre le fonctionnement de la principale composante de la monnaie. L'unité de valeur est ce qui permet de dépasser les singularités d'objets et de personnes, pour fournir un dénominateur commun ³. En cela, il semble que l'unité monétaire soit de même nature que ces autres unités, que sont le mètre, le litre ou le gramme ⁴. Elle a en partage avec elles la caractéristique de permettre la comparaison entre des objets divers, et non forcément d'emblée comparables.

Mais si la notion de mesure est commune, la nature de la mesure ne l'est pas. Il est peut-être exact de dire que le mètre est aux longueurs ce que le franc est aux valeurs ⁵. Néanmoins, pour abstrait qu'il soit, le concept de mètre a un référent concret. Le mètre répond en effet avant tout d'un concept, celui de longueur, ou plutôt de mode de mesure des longueurs ; mais le mètre, c'est aussi la duplication de la longueur du mètre-étalon qui se trouve au pavillon des poids et mesures, à Sèvres. Au concept de mètre correspond ainsi un référent physique, qui en actualise l'essence. Rien de tel pour l'unité de valeur, qui se trouve dénuée

¹ *Contra* : J. HAMEL, *La théorie juridique de la monnaie*, t. 2, Les cours de droit, 1940-1941, p. 52 et s. ; R. RODIÈRE, note sous Civ. 1^{re} 28 novembre 1973, *D.* 1975.21 ; de façon moins claire : P. DE FONTBRESSIN, « De l'influence de l'acceptation du concept de prix sur l'évolution du droit des contrats », *Rev. trim. dr. civ.* 1986.655.

² Ces deux exemples doivent toutefois être maniés avec précaution. Un objet qui a une forte valeur ajoutée est un objet qui incorpore des coûts importants : la liaison implicite qui est faite entre coûts et valeurs est une liaison impulsive, mais ne recouvre pas forcément un contenu exact. Reste que si l'on veut totalement éviter cette liaison, il devient difficile d'exposer simplement les questions liées à la valeur.

³ F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 42 ; mais les conceptions de l'éminent auteur sont assez différentes de celles qui sont ici défendues.

⁴ La notion de mesure n'a guère été abordée par la doctrine. V. tout de même les brèves remarques de : AUBRY et RAU, *Traité de droit civil*, t. I, 7^e éd., par P. ESMEIN et A. PONSARD, n° 178 p. 330.

⁵ Pour une discussion de cette comparaison entre les unités de valeur et les autres mesures, v. : K. OLIVECRONNA, *op. cit.*, Appendix V, p. 173.

de toute correspondance matérielle. L'unité de valeur franc ne relève en effet que de l'idée que chacun se fait du franc.

Cette référence incertaine incite parfois à chercher un ancrage matériel satisfaisant pour cette unité, de manière à la faire échapper à tout reproche de psychologisme. On serait d'ailleurs poussé sur cette voie par le souvenir des systèmes métallistes anciens, qui définissaient la monnaie par rapport à l'or ou à d'autres métaux précieux. Mais la référence à un objet extérieur ne fait guère que déplacer la valeur, sans pour autant la matérialiser. Définir l'unité monétaire par un certain poids d'or laisse en suspens la question de la valeur du métal. Seules deux solutions sont alors possibles : la définir par rapport à la monnaie — et c'est du reste cette absurde méthode tautologique qui n'a eu de cesse d'être utilisée autrefois¹ —, ou bien la définir en soi par le sentiment de valeur qui y est attaché. Cette dernière solution revient ainsi à assigner au poids de métal le même type de référent qu'à l'unité de valeur. Partis en quête d'une référence matérielle pour l'unité de valeur, on bute sur les mêmes difficultés au terme d'un léger déplacement. Il vaut donc bien mieux en rester à la composante psychologique de l'unité de valeur, en dépit du flou qu'elle introduit dans son fonctionnement.

Reste toutefois que les progrès de la statistique et de la science économique suscitent l'envie de lier l'unité de mesure à son pouvoir d'achat effectif, tel que peuvent le déterminer les indices. Mais cet ancrage ne serait pas plus justifiable. Ce que mesure l'indice économique, c'est le résultat après-coup de la conception que les individus ont eu du franc à un certain moment, et qu'alors ils exprimaient au quotidien. La mesure des valeurs est influencée par le pouvoir d'achat effectif de l'unité de paiement, mais elle ne se confond pas avec lui. Le pouvoir d'achat contraint le sentiment de valeur qui s'attache à l'unité en raison de la communauté de nom entre les deux unités, ainsi que de l'habitude de lier les objets et leurs prix ; mais ce sentiment de valeur s'écarte nécessairement du pouvoir d'achat réel ne serait-ce que parce qu'il n'est que la perception individuelle de ce pouvoir. L'ancrage de l'unité à ce que déterminent les indices est donc injustifiable dans le principe, et inopportun en ce que cela ne conduit qu'à déplacer la question de la valeur.

Cette situation de fait, qui lie les unités de valeur et de paiement en interdisant aux individus d'avoir une perception par trop personnelle de l'unité de valeur, est d'ailleurs souvent perçue comme une gêne et incite parfois à une dissociation artificielle entre les deux unités malgré la communauté de nom. Comment expliquer autrement que vingt-cinq ans après la réforme "alourdissant" le franc en donnant naissance au "nouveau franc", on parle encore si fréquemment

¹ Définir la monnaie par un poids de métal, c'est transférer le terme de référence de la monnaie au métal. Mais il demeure que le métal, du fait des utilisations non monétaires dont il peut être l'objet, donc de la loi du marché, a un cours commercial qui ne correspond pas forcément au cours légal de la monnaie. Les décrochages entre ces deux cours ont été très fréquents au cours de l'Histoire. Si la monnaie tirait rigoureusement sa définition d'un poids de métal, la disparité du cours légal et du cours commercial n'aurait aucun sens. Il est en effet paradoxal que l'or incorporé aux monnaies ait plus ou moins de valeur que celui qu'on achète sur le marché. Mais si l'on songe que ces décrochages donnaient immédiatement lieu à des réajustements de teneur, on est conduit à penser que le cours légal du métal était plutôt conçu comme une tentative pour réduire les variations du cours du métal précieux, pivot du système économique. L'assise métallique de la monnaie est donc, en soi, une fiction dont la visée était de stabiliser psychologiquement le système monétaire en prévoyant une procédure d'alerte, par laquelle le cours légal de la monnaie ne devait pas trop s'écarter de son cours commercial.

en "francs anciens" ? Sans doute pourrait-on risquer une explication fondée sur la persistance de la mémoire des utilisateurs, sur une survie de l'unité ancienne dans l'inconscient collectif. Mais à ce type d'explication probablement pertinent, on peut ajouter l'avantage que représente, pour les utilisateurs, la possibilité de dissocier conceptuellement les unités : un prix en "anciens francs" reflète mieux les valeurs qu'un prix en unités de même dénomination que les unités de paiement, trop ancrées dans la réalité des choses ¹.

Cette tendance à la dissociation des unités de valeur et de paiement qui portent le même nom se manifeste plus clairement encore en Grande-Bretagne, où l'on en trouve deux exemples. Comme le relève un auteur : « Aujourd'hui encore, les Anglais distinguent ces deux fonctions dans le pluriel de penny : pennies désignant plusieurs pièces d'un penny alors que pence est utilisé pour mesurer un prix ; on compte encore en guinea sans qu'aucune pièce ou billet de vingt et un anciens shillings n'ait cours » ².

51. Plutôt que de marquer la différence entre le système qui est ici proposé et celui qui avait cours à l'époque des monnaies métalliques, il vaut mieux rapprocher la notion d'unité de valeur des monnaies de compte d'autrefois. Sous l'ancien régime, le système de dissociation entre unités de compte et de paiement n'était pas le résultat d'un choix raisonné des financiers ³. Les monnaies de compte étaient en fait les héritières de monnaies ayant circulé longtemps, avant de tomber en déshérence. La frappe cesse un jour, mais les unités en circulation continuent de se transmettre jusqu'à se perdre quasi-complètement ; cependant, l'habitude de compter au moyen de ces unités se perpétue. À l'évidence, ces unités de compte n'ont plus alors aucun support réel : elles ne sont plus frappées, elles ne sont pas liées à une teneur en métal qui permettrait de les évaluer. Toutefois, elles conservent une utilité sociale puisqu'elles sont reliées aux monnaies en circulation par un taux de change intra-monétaire. Mais l'évolution de leur valeur intrinsèque n'est pas liée aux modifications des monnaies de paiement. Les bouleversements de ces dernières ne se traduisent que par une modification du taux de change. Si les deux types de monnaie avaient été liés, les bouleversements des monnaies matérielles se seraient directement répercutés sur les monnaies de compte, et le taux de change serait resté fixe.

La valeur de ces unités est donc non pas abstraite, mais individuelle et intellectuelle. Les utilisateurs ont une idée de ce que vaut la monnaie, qui leur permet de faire les évaluations ; mais cette idée, ce sentiment, sont libres de toute référence. Ce qui explique d'ailleurs que la plupart des monnaies de paiement aient dégénéré en monnaie de compte aux époques éloignées de leur frappe. Contrairement à ce qu'on pourrait penser, le processus d'évolution des unités de paiement en unités de valeur n'est pas limité à certaines espèces

¹ Sur cette survie, P. FABRA, « Plus de trente ans de "nouveau franc" », *Le Monde* 27-28 novembre 1988 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 31, p. 55. Il semble d'ailleurs que les tribunaux aient parfois admis la confusion entre anciennes et nouvelles unités due à d'anciennes habitudes de compte trop bien ancrées, par le recours technique à l'erreur sur la substance du paiement (Com. 14 janvier 1969, *D.* 1970.458, note M. Pédamon ; Com. 17 juin 1970, *J.C.P.* 1970.II.16504 ; de façon moins nette : Civ. 1^{re} 28 novembre 1973, *D.* 1975.21, note R. Rodière, précitée ; *a contrario* : Pau 3 mars 1981, *J.C.P.* 1982.II.19706, note M. VIVANT, où la pratique des affaires de l'émettrice du chèque argué de nullité avait conduit la Cour à refuser l'erreur).

² J.-M. SERVET, *Nomismata. État et origines de la monnaie*, P.U. de Lyon, p. 10, n. 1.

³ M. BLOCH, *Esquisse d'une histoire monétaire de l'Europe*, précité.

seulement, auxquelles on accorderait aujourd'hui valeur de témoin privilégié. Marc Bloch l'écrivait nettement : « Il n'est presque aucune monnaie réelle d'usage un peu général qui n'ait tendu à se transformer à son tour en monnaie de compte »¹.

52. L'exemple par excellence de monnaie réelle ayant cessé de circuler pour devenir pure monnaie de compte est celui du denier². Chez les Francs et les Germains, la monnaie courante est le denier d'argent, hérité du Haut-Empire et de la République. Mais ces peuples ne disposaient pas de ressources en métal suffisantes à la frappe, de telle sorte que si le denier servait le plus souvent à fixer le *quantum* des dettes, seules certaines pouvaient être payées en deniers faute de ce qu'assez de pièces soient en circulation. Le denier était-il alors une monnaie de compte³ ? Certainement, sans que pour autant les unités de compte puissent se confondre avec ce que l'on nomme ici unités de valeur. Le denier de l'époque a un équivalent matériel : il continue de circuler, même si c'est en faible nombre ; et le denier de compte possède une valeur équivalente à celle du denier réel. Lorsque les Saliens et les Francs entrèrent en contact avec des économies plus puissantes, fondées sur l'or, ils durent s'adapter à ce nouveau métal en circulation. Ils le firent en fixant un taux de change entre le denier alors tombé en déshérence, et le sou d'or qui circulait communément. Sans que les historiens sachent bien comment ce taux fut choisi, il est certain qu'il fut fixé à quarante deniers pour un sou d'or⁴. Au début de l'ère mérovingienne, il ne circule presque plus aucun denier. Mais l'habitude est prise de faire référence au denier pour compter les valeurs, quoique les paiements s'effectuent en or, la conversion entre les deux dépendant du taux fixé. Le denier est alors non seulement une monnaie de compte, puisque c'est dans cette monnaie que l'on compte, mais aussi et surtout une unité de valeur. Ne circulant plus, dépourvu de toute référence physique qui permette d'en déterminer la valeur, le denier n'est plus évalué qu'au travers du filtre des perceptions individuelles. C'est cette perception qui a fait du denier cette unité au contenu abstrait, bien caractéristique des unités de valeur⁵.

Le fait de compter en deniers devint ainsi une habitude bien enracinée, qui devait durer jusqu'à ce qu'on ait fait figurer les valeurs des pièces sur leur envers. Par ce geste, on réintroduisait une valeur physique sous le nom de l'unité de valeur. Si par exemple on marque sur l'envers du sou d'or la valeur : quarante deniers, le denier se définit comme la quarantième partie du sou. En étant ainsi rendue corporelle, la monnaie de compte perd son enracinement dans l'imaginaire. Sa caractéristique fondamentale est ainsi abâtardie, et la monnaie imaginaire ne mérite plus guère son nom⁶.

53. Le système actuel est en apparence différent de celui de l'ancienne France. Mais c'est une différence qui tient plus à la présentation des unités qu'au fonctionnement global du système monétaire. Pour décrire le franc que nous connaissons en termes d'autrefois, il suffit de dire que les deux unités de valeur et de paiement sont liées par un taux de change toujours égal à un. C'est ce taux de change forcément fixe qui se matérialise par un nom commun. De ce fait, on

¹ *Ibid.*, p. 48 ; v. aussi F. BRAUDEL, *op. cit.*, p. 409 et s.

² Sur l'ensemble du problème du denier, *ibid.*, p. 17 et s.

³ *Ibid.*, pp. 25 et 43.

⁴ *Ibid.*, p. 19 et s.

⁵ *Contra* : H. VAN WERVEKE, « Monnaie de compte et monnaie réelle », *Revue belge de philologie et d'histoire* 1934.123.

⁶ M. BLOCH, , p. 46 et s.

peut dire que l'unité de valeur "franc" est bien le résultat de l'appréhension personnelle par les utilisateurs. Mais parce que le taux de change intra-monétaire est égal à un, il ne peut y avoir d'évolution entièrement autonome de l'unité de paiement. Les variations de l'unité de paiement, imputables au fonctionnement de l'économie plutôt qu'à la monnaie elle-même, entraînent des variations de même sens du sentiment qui s'attache à l'unité de valeur. Cela ne saurait empêcher qu'à la monnaie qui sert à compter continue de correspondre une perception individuelle de la valeur. Toutefois, cette perception est aujourd'hui en partie déterminée par le pouvoir d'extinction de l'unité de paiement. Là où les gens avaient autrefois une certaine liberté pour apprécier la valeur d'une unité, nous n'avons plus aujourd'hui droit qu'au sentiment de variations limitées autour du pouvoir extinctif de l'unité de paiement. Aussi bien les effets de la différence entre les unités ne sont-ils plus aussi distinguables qu'autrefois.

54. L'unité de compte doit être qualifiée de mesure ¹, mais se rapproche de celles dont le référent est impalpable, variant en fonction de la façon dont les utilisateurs apprécient les variations de l'unité de paiement. La mesure qui s'apparente le mieux à l'unité de valeur est sans doute celle du temps. Il y a en effet le même rapport entre temps et durée qu'entre valeur et unité de compte. Pas plus que le temps, la valeur n'est descriptible. Du reste, le temps n'a jamais fait l'objet d'une analyse d'ordre juridique, qui tenterait de préciser la position que les juristes peuvent avoir vis-à-vis de lui ². Un peu comme la monnaie, dont les juristes laissent l'étude aux bons soins des économistes, le discours sur le temps est abandonné à la philosophie. Tous deux sont d'ailleurs des objets qu'on ne peut définir tant leur réalité est paradoxale, mais dont on peut parler aisément ³. Saint-Augustin l'avait parfaitement exprimé : « Qu'est-ce donc que le temps ? Si nul ne me le demande, je le sais. Si je veux l'expliquer à qui m'interroge, je ne sais pas » ⁴. Si l'heure a un certain référent qui se manifeste par l'heure d'horloge — qui est, on l'observera, bien moins physique qu'un mètre-étalon ou un poids-étalon —, aucun individu n'a la même appréhension de la durée écoulée. Le modèle de référence est un modèle qui, fondamentalement, échappe aux

¹ Pour autant que la notion de mesure ait une réalité tangible en droit. V. tout de même : AUBRY et RAU, *Traité de droit civil*, t. I, par P. ESMEIN et A. PONSARD, précité, n° 178 p. 330.

² Ce n'est pas à dire que les juristes n'aient jamais écrit sur le temps ; mais ils se sont avant tout intéressés à l'utilisation que le droit faisait de la durée. L'article essentiel est, en la matière, celui de M. Hébraud : P. HÉBRAUD, « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », *Mélanges Kayser*, t. I, p. 1. *Addé* : G. BOLARD, « Le temps dans la procédure », rapport général du XV^e congrès des I.E.J., *Annales de la Faculté de Clermont-Ferrand*, L.G.D.J., 1983, p. 149 ; A. BRIMO, « Réflexion sur le temps dans la théorie générale du droit et de l'État », *Mélanges Hébraud*, Université de Toulouse, 1981, p. 145 ; A. CABANIS, « L'utilisation du temps par les rédacteurs du Code civil », *Mélanges Hébraud*, précités, p. 171 ; M. CHEMILLIER-GENDREAU, « Le rôle du temps dans la formation du droit international », *IHEI Cours et travaux, Droit international 3*, 1987/1988 ; M. DAGOT, « Le temps et la publicité foncière », *Mélanges Hébraud*, précités, p. 219 ; S. GUINCHARD, « Le temps dans la procédure civile », *Annales de la Faculté de Clermont-Ferrand*, p. 21 ; J. PRÉVAULT, « Le temps en matière de voies d'exécution », *Annales de la Faculté de Clermont-Ferrand*, précité, p. 65.

³ Cf. JANKÉLÉVITCH : « ...parler du temps c'est parler d'autre chose ». in V. JANKÉLÉVITCH et B. BERLOWITZ, *Quelque part dans l'inachevé*, Gallimard, p. 29.

⁴ Sous une forme très raffinée, on retrouve exactement le même contenu que dans la déclaration du *witness*, devant la Chambre des Communes, citée *supra*, n° 12.

individus, comme la valeur de l'unité est un fait personnel qui ne coïncide pas forcément avec les réalités du marché.

55. Le dernier débat nécessaire pour saisir la nature, en grande partie extra-juridique, de l'unité de valeur consiste à examiner ce je-ne-sais-quoi qui en tient lieu dans l'esprit des utilisateurs. Aucune conception objective du référent n'est tenable, car toutes reviennent à figer la valeur de l'unité de mesure, erreur déjà dénoncée. Le fond du débat consiste à savoir quelle conception subjective est la plus vraisemblable.

Deux approches sont *a priori* possibles. La première tient que chaque utilisateur a de la monnaie une appréhension personnelle ; c'est la conception de Nussbaum¹. L'autre tend à dire que l'unité de valeur n'est qu'un mot, vide de tout contenu, de toute appréhension personnelle. Cette dernière position est celle de Olivecronna².

Dans sa démonstration, le juriste suédois n'éprouve guère de difficulté à montrer qu'on ne peut définir la monnaie de compte ni par un poids en métal, ni par une relation avec le pouvoir d'achat effectif, l'unité de valeur perdant alors sa nécessaire abstraction. Mais l'explication qu'il donne pour réfuter la conception de Nussbaum n'est pas aussi satisfaisante. Au vrai, cette dernière conception est bien difficile à saisir, car un peu floue : « L'existence d'une unité monétaire est apparemment un phénomène de psychologie sociale, dont on peut faire l'histoire pour chaque unité, sans pouvoir le décomposer analytiquement en éléments logiques simples »³. Olivecronna se contente de reprendre cette définition en montrant qu'à la lettre, elle n'a pas de signification. Si l'unité monétaire ne peut être décomposée et analysée, c'est donc que rien ne la constitue.

Mais il y a du sophisme dans ce raisonnement. En effet, d'une certaine façon, il revient à considérer que ce qui ne peut être décrit rationnellement n'existe pas. Ce qui est aller trop loin. L'impossibilité de Nussbaum à dire ce que recouvre l'idée que se font les utilisateurs de l'unité de valeur ne remet pas en cause l'existence de cette unité, ni qu'elle puisse correspondre à quelque chose dans l'esprit des utilisateurs. Il y a plutôt dans le raisonnement, sinon un constat d'échec, du moins de carence. Nussbaum sent ce qu'il y a sous l'unité, mais ne peut le décrire rationnellement⁴. Or Olivecronna en tire argument pour dire que

¹ A. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 13 et s.

² K. OLIVECRONNA, *op. cit.*, p. 113 et s.

³ A. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 14. (*The existence of a monetary unit is apparently a phenomenon of social psychology which can be traced historically for each unit, yet is impossible to decompose analytically into simpler logical elements*).

⁴ En fait, Nussbaum reprend une conception premièrement développée par Knapp, et qui sera souvent reprise après lui : chaque unité monétaire est indéfinissable en soi, mais peut être rapportée à l'unité qui l'a précédée. Si l'on ne peut dire ce que recouvre l'unité de valeur, on sait au moins qu'elle succède à toutes celles qui, sous le nom de franc, ont servi à compter depuis deux siècles. Cette définition de la monnaie qui procède comme par récurrence a été forgée par Knapp : « *this does not mean that the unit of value is not defined at all, but that it is defined historically. This is the perfectly clear logical consequence of the fact that law contents itself with defining and naming the means of payment and relating them back to an earlier unit* ». (Cela ne signifie pas que l'unité de valeur échappe à toute définition, mais qu'elle est définie historiquement. C'est la parfaitement claire conséquence du fait qu'il suffit au droit de définir et nommer les moyens de paiement en relation avec une unité précédente). Cf : G. F. KNAPP, *The state theory of money*, trad. Lucas et Bonar, Londres, 1924, p. 44 et s., et spéc. p. 54. Cette idée de lien récurrent permettant de

si l'unité monétaire ne peut rien être de précisément explicable, c'est nécessairement un contenant vide de tout contenu. Mais poursuit l'auteur, ce vide à l'intérieur de la notion n'est jamais perçu comme tel. Ainsi les utilisateurs croient-ils savoir de quoi est faite l'unité de valeur, alors qu'elle n'est qu'un mot sans référence.

Pourtant, l'investigation historique établit que ce qui n'est qu'une vue de l'esprit, aux dires d'Olivecronna, peut correspondre à quelque chose de suffisamment précis pour fonctionner plusieurs siècles, dans le cas du denier par exemple.

56. La difficulté à formuler le contenu perçu de l'unité de valeur, et qui pourrait d'ailleurs se révéler être une impossibilité, ne doit pas conduire d'emblée à réfuter la théorie de Nussbaum, seule à donner consistance au phénomène du compte. Car l'hypothèse de Olivecronna n'est fondée sur aucun élément positif : elle n'est qu'une conception résiduelle. Puisque le contenu de l'unité de valeur ne peut pas être décrit, mais que cette unité existe évidemment, la seule possibilité est qu'elle ne soit qu'un mot, qui ne désigne rien : un contenant sans contenu. Mais pour le coup, l'affirmation est discutable. Si l'on peut suivre Nussbaum qui ne sait pas ce qu'est le contenu de l'unité de valeur, mais pense qu'il existe, c'est bien parce qu'il est plus facile d'adhérer à une proposition hypothétique qu'à une proposition catégorique, mais non fondée. La position d'Olivecronna est beaucoup plus franche que celle de Nussbaum, puisqu'il dit que le contenu de l'unité de valeur est quelque chose : rien, précisément. C'est là qu'une démonstration s'imposerait ; mais elle manque. De ce fait, d'un point de vue formel, on peut retourner à Olivecronna le reproche qu'il semble adresser à Nussbaum : puisqu'il n'expose pas les raisons pour lesquelles le contenu de l'unité de valeur est vide, c'est qu'il ne l'est pas.

Finalement, il est plus facile de suivre Nussbaum dans la mesure où sa conception, pour limitée qu'elle soit, semble confirmée par l'Histoire, et ne paraît pas trop artificielle. Mais au fond, entre ces deux conceptions subjectives, l'une qui est une approche elle-même subjective d'un contenu certainement subjectif, l'autre qui assigne un contenu précis, quoique vide, à cette perception subjective, il n'est pas simple de choisir, et rien de bien rigoureux ne permet de le faire. Voltaire parlait autrefois de ces opérations délicates qui consistent à peser des œufs de poux avec des balances en toile d'araignée. Les discussions ainsi évoquées paraissent se rapprocher de telles opérations, encore que leur visée soit de parvenir à un affinement de cette notion étrange d'unité de valeur.

CHAPITRE II. ASPECTS ORGANIQUES

57. De ce que le fonctionnement monétaire se définit parfaitement par le jeu combiné de l'unité de valeur et de l'unité de paiement, on peut déduire une conséquence négative essentielle, qui va à l'encontre des conceptions communément admises. La plupart des auteurs placent au premier plan de l'analyse monétaire le rôle que l'État doit jouer, rôle présenté comme essentiel dans la création comme dans la réglementation monétaires. De cette place essentielle, une confirmation est souvent donnée, qui a les contours du droit positif : la plupart des législations, française comme étrangères, la plupart des auteurs, placent l'État au centre du dispositif monétaire ¹. Mais on ne doit pas se laisser abuser par cette prétendue preuve, qui ne fait que redoubler l'affirmation mais ne la démontre pas. Sans remettre en cause les observations incontestables tirées de diverses législations, on peut montrer que cette intervention de l'État, présentée comme une nécessité, n'est à tout prendre qu'une coïncidence. Ou plutôt que cette intervention fréquemment manifestée est due à certaines capacités notables, à certains pouvoirs propres de l'État, bien plus qu'à la nature de la monnaie. Le fait que l'État prenne une part active au fonctionnement monétaire ne signifie pas que sans lui, ce fonctionnement serait entravé ².

58. Que le fonctionnement autonome du système de la monnaie exclue par sa cohésion la nécessité de l'immixtion de l'État constitue une démonstration négative. L'État n'est pas essentiel à la monnaie pour cette raison d'évidence que son fonctionnement ne passe pas par lui. On peut encore conforter positivement cette exclusion de l'État du mécanisme monétaire en déterminant les raisons pour lesquelles l'État intervient si fréquemment, lors même que son intervention pourrait être évitée sans que le fonctionnement monétaire soit altéré.

Le système de la monnaie est par essence un système social, déployé sur un double niveau. Les unités de valeur, en premier lieu, correspondent à la réception individuelle du sentiment de valeur, réception exprimée sous le couvert d'un langage compréhensible par le groupe social. La représentation individuelle de la valeur débouche ainsi sur des dettes qui ont un contenu social. À un second

¹ C'est la conception qui domine les contributions au colloque de Dijon des 15, 16 et 17 octobre 1987 publiées in P. KAHN, *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational*, Litec, 1988.

² La thèse de l'autonomie de la monnaie a d'ailleurs été défendue de manière virulente par l'économiste libéral Hayek : F. VON HAYEK, *Denationalisation of money. The argument refined*, Hobart Paper 70, 1978.

niveau, bien dégagée de contingences individuelles, l'unité de paiement est le fait d'un accord passé entre tous les membres du groupe social portant sur l'objet le mieux à même de produire l'extinction des dettes libellées en unités de valeur : en elle-même, l'unité de paiement ne recèle aucune valeur intrinsèque et tout son pouvoir résulte de l'agrément de la communauté où elle circule.

C'est ce caractère social qui assure la cohésion du système de la monnaie, puisque c'est au sein du groupe social qu'est organisé le mécanisme d'extinction des dettes en unités de valeur par des transferts en unités de paiement. Ce caractère social est par ailleurs le point faible de ce système, dont la réalisation concrète tient un peu du miracle. La monnaie ne préexiste jamais à une société : celle-ci doit élaborer de toutes pièces son système monétaire. Mais est-il seulement possible de concevoir la longue suite des tâtonnements et des approximations nécessaires à la constitution d'un fonctionnement monétaire harmonieux ? Une société sans monnaie n'est qu'à peine organisée : point d'institutions en tout cas, ni de moyens de recueillir quelque consensus. Une telle société ne se définit que par une certaine répartition des tâches, une division du travail social, qui rend nécessaires les instruments de transfert de richesse ¹. C'est dans ce cadre que se manifeste le besoin d'un système monétaire, sans que la collectivité dispose toujours de moyens centralisés pour y parvenir. C'est alors que l'on reconnaît les avantages apportés par tout potentat, institutionnel ou économique ². Ce qui est difficile à un ensemble atomisé, déchiré par des intérêts divergents, peut être plus facilement imposé par une volonté centralisée et puissante. Un potentat politique ou économique se signale avant tout par son rôle d'intermédiaire. Que ce soit dans les échanges ou pour des raisons de redistribution, la marque même du pouvoir est la place centrale qu'il occupe dans les transferts de richesses. C'est ainsi que le potentat, *de jure* ou *de facto*, va pouvoir imposer son unité de paiement : celle en laquelle il payera, ou celle qu'il acceptera seule de recevoir en paiement. Et c'est sur ce consensus provoqué que pourra s'ancrer l'unité de valeur.

On ne méconnaît pas tout ce qu'il peut y avoir de fictif ou d'arbitraire dans un tel modèle : aucune création de système monétaire ne s'est ainsi produite, dont on ait conservé la trace. Néanmoins, le rôle joué par la Puissance économique ou politique, qui est souvent l'État, s'est manifesté concrètement par le passé, lorsqu'il s'est agi de réformer un système monétaire défaillant, d'imposer tel ou tel moyen de paiement, ou d'apporter la monnaie à des communautés qui en étaient dépourvues. Fictif, le modèle n'en est donc pas moins vraisemblable. Et d'autant plus que ce qui peut se produire avec quelque potentat que ce soit sera par excellence le fait de l'État. Garant de l'intérêt public, maître des politiques, l'État est non seulement le mieux placé pour intervenir positivement dans la monnaie, mais aussi celui qui y trouve le plus d'avantages personnels. C'est donc au carrefour des pouvoirs et des enjeux qu'il faut se placer pour tenter de comprendre l'intervention de l'État dans la monnaie. Mais cela ne fait que souligner d'un trait plus lourd l'absence de nécessité de cette intervention. L'État facilite une organisation, un consensus, qui autrement seraient maladroits. Mais ils n'en existeraient pas moins, et ne fonctionneraient pas moins bien.

59. Exclue en tant que nécessité par le caractère autonome du système de la monnaie, l'intervention de l'État s'explique par les facilités qu'elle peut y

¹ V. à ce sujet les explications imaginées d'Adam Smith, *Recherches sur la nature et les causes de la richesse des nations*, Livre 1, chap. 4 : « De l'origine et de l'usage de la monnaie ».

² F. VON HAYEK, *op. cit.*, p. 23.

apporter tout autant que par les avantages qu'il y trouve ¹. On peut ainsi rendre compte de l'interpénétration de l'État et de la monnaie dans la plupart des législations, sans pour autant céder à la tentation d'y voir une liaison nécessaire. Mais on n'a pas pour autant tout dit de la théorie étatique de la monnaie. Une théorie aussi installée, aussi dominante en doctrine, exige plus que des supputations pour être réfutée. On ne pourra légitimement expliquer la monnaie sans recours à l'État que si l'on montre que la théorie étatique est en réalité fondée sur une confusion entre deux ordres de pensée, qu'il aurait mieux valu séparer (Section I). Au-delà, on pourra voir que le rôle tant vanté de l'État dans la monnaie se présente bien plus comme une pétition de principe sans manifestation concrète que comme une réalité explicative de telle sorte qu'à aucun moment de l'évolution des formes monétaires l'État n'a joué de rôle moteur ou simplement principal (Section II).

Section I CRITIQUE DE LA THÉORIE ÉTATIQUE DE LA MONNAIE

60. Que l'immixtion de l'État soit une condition de validité de tout système monétaire élaboré est une idée qui n'a été synthétisée, sous une forme d'ailleurs discutable, qu'à la fin du XIX^e siècle par l'économiste allemand Georg Friedrich Knapp. Dans son traité monétaire, *Staatliche Theorie des Geldes* ², Knapp partait à la recherche d'une conception de la monnaie faisant droit aussi bien à la monnaie métallique qu'au billet de banque dont l'usage se généralisait alors ³. C'est dans la part prise par l'État que Knapp situait alors le principe actif de la monnaie, au terme d'une démonstration que n'ont pas retenue ses successeurs,

¹ *Ibid.*, p. 24.

² Cité d'après la traduction anglaise de Lucas et Bonar : *The state theory of money*, Londres, 1924. Une traduction française est semble-t-il en préparation aux éditions La Manufacture.

³ *Ibid.* p. 2 : « ...we have paid more attention to paper money that has been its lot hitherto. For one close consideration it appears that in this dubious form of "degenerate" money lies the clue to the nature of money, paradoxical as it may first sound. The soul of the currency is not in the material of the pieces, but in the legal ordinances which regulate their use ». (Nous avons porté plus d'attention au billet que cela n'a été fait jusqu'ici. Et ce pour la raison que la clé de la nature de la monnaie réside dans cette forme douteuse de monnaie "dégénérée", aussi paradoxal que cela paraisse au premier abord. L'âme de la monnaie ne se loge pas dans la matière des pièces, mais dans l'ordonnancement légal qui préside à leur utilisation).

tant du fait de ses incertitudes que de sa formulation excessivement lourde¹. Selon l'auteur, ce que les divers types de monnaie ont en commun tient essentiellement au fait que c'est l'État qui les frappe et les impose. L'unité conceptuelle de la catégorie "monnaie", déduite des moyens de paiement, n'est donc à chercher ni dans un contenu, ni dans une valeur, mais dans les conditions organiques de l'émission. Pour le prouver, l'auteur développe, à titre de modèle fictif, l'exemple d'un système monétaire fondé sur le bronze, que l'on désirerait modifier en substituant l'argent comme nouveau pivot du système². Si la caractéristique principale de la monnaie de bronze était, ainsi qu'on le prétendait alors, la matière contenue, les obligations monétaires se révéleraient être des obligations en nature : la dette porterait en effet sur un poids de bronze bien plus que sur une valeur. Mais alors, expose Knapp, en cas de substitution de métal, ces obligations devraient s'éteindre ou être novées, une fois la substitution faite, pour inexistence de l'objet. Le bronze dû sous les espèces de pièces de monnaie ne pourrait plus en effet être donné en paiement. Or Knapp observe qu'il ne se passerait sans doute rien de tel, mais qu'aux obligations en bronze seraient substituées des obligations en argent, le taux de remboursement du bronze par l'argent étant fixé par l'État. Au surplus, cette substitution d'obligations serait opérée sans rupture, donc sans novation, ce qui implique un certain particularisme au regard de la conception romaine des obligations. Le bouleversement du système ne passe donc pas par une refonte de toutes les obligations existantes, mais par une continuation que n'a jamais prévue le droit des obligations³. C'est de ces caractéristiques dérogatoires à la règle commune que Knapp déduit l'importance du rôle de l'État : sans son intervention, une telle entrave aux règles serait impossible.

Passant au concret, Knapp montre dans le droit fil de son exemple que ce qui donne vie au billet de papier ne peut être que l'injonction donnée par l'État aux débiteurs de rembourser des dettes libellées en monnaie-or par des paiements en monnaie-papier, et l'injonction donnée aux créanciers d'accepter de tels paiements⁴. Il n'y a selon lui que l'État qui soit capable de formuler et faire assurer le respect de semblables injonctions. Et ce rôle essentiel de l'État lui paraît encore plus caractérisé que dans son exemple fictif, dans la mesure où la substitution est bien moins avantageuse pour les créanciers, et donc plus difficile à réaliser. En effet, le billet de papier ne vaut rien en lui-même, ce qui n'est pas le cas de la monnaie de bronze ou d'argent, qui incorpore une certaine valeur métallique. Il s'agit donc de substituer à un état où la détention de monnaie de paiement est perçue matériellement comme une richesse, un système nouveau à l'intérieur duquel la détention de monnaie ne correspond à une richesse qu'avec l'assentiment de la société, qui seule peut donner valeur au papier. Ainsi, la substitution conduit à faire accepter du papier sans valeur propre à des gens qui s'attendaient à recevoir des pièces caractérisées par une certaine *valor impositus*. Le caractère central du rôle de l'État dans ce processus s'impose à proportion de la difficulté de la substitution. C'est donc ainsi que Knapp déduit la nécessaire immixtion de l'État dans la monnaie : sans lui, la substitution d'un système à l'autre ne serait jamais possible⁵.

1 Cela a déjà été relevé par MM. Baudin, *op. cit.*, p. 306, n. 3 ; et Carbonnier, *op. cit.*, n° 28, p. 49.

2 G. F. KNAPP, *op. cit.*, p. 13. Il convient toutefois de préciser que l'exemple est reconstitué à partir de bribes éparées dans l'ouvrage.

3 *Ibid.*, p. 15.

4 *Ibid.*, p. 25 et s.

5 *Ibid.*, p. 24.

61. Cette longue explication n'a pas été reprise par la doctrine, qui s'est souvenue de l'aboutissement du raisonnement et non de la démarche. Il faut toutefois faire une réserve pour le concept de "lien récurrent", concept essentiel dans la définition historique de la monnaie chez Knapp, et qui a été reprise comme un des fondements de l'analyse de la monnaie ¹.

Mann, qui illustre le mieux la théorie étatique aujourd'hui, l'a reformulée de façon plus synthétique en la posant comme une évidence, sans tenter d'en établir rigoureusement les fondements ². La théorie se résumerait selon l'éminent auteur en deux propositions principales, liées à la création monétaire et à la démonétisation. D'une part, « ... les moyens de paiement en circulation ne constituent, en droit, de la monnaie, que s'ils sont créés par l'État ou sous son autorité, ou toute autre autorité exerçant temporairement ou *de facto* les pouvoirs souverains de l'État » ³. En un second temps vient le revers de ce pouvoir de création monétaire : « ... en droit, la monnaie ne peut perdre sa spécificité que par démonétisation » ⁴. La théorie étatique est donc présentée dans la parfaite filiation de l'ancien droit régalien de battre monnaie, puisqu'à la différence d'autres auteurs moins soucieux d'exactitude, Mann restreint le rôle de l'État à la double possibilité d'émettre la monnaie et de la démonétiser, sans pour autant qu'il lui appartienne de la réglementer en totalité. Se trouve donc par la même exclue une excroissance de cette théorie, développée notamment en France, qui tendait à considérer qu'en plus d'émettre les moyens de paiement, l'État en réglait la valeur de façon discrétionnaire ⁵. Cette tendance, constituée au cours des années d'inflation rampante et de dépréciation lente de la monnaie pendant lesquelles on a pu penser que l'État en tirait volontairement un revenu indirect, n'a pas survécu aux années récentes. Il est en effet apparu que l'État était impuissant à lutter contre l'affaiblissement de la monnaie, et que cette dépréciation lui portait plus de tort qu'elle ne l'avantageait.

62. On ne procédera pas ici à une critique détaillée de la théorie étatique, dans la mesure où elle est bien plus affirmée que démontrée. On relèvera cependant que la conception étatique, quoique la plus répandue notamment dans la doctrine française ⁶, n'est pas la seule à s'être intéressée aux conditions de création ou

1 G. F. KNAPP, *op. cit.*, p. 44 et s. Pour la reprise du concept, v. notamment les utilisations nombreuses qu'en a faites Mann : *The legal aspect of money*, précité, V^o « *recurrent linking* ». M. Carbonnier a également eu fréquemment recours à ce lien récurrent (récemment, *Droit et monnaie*, précité, p. 525), en tentant même de lui donner un rôle inattendu : note sous Rouen 16 juin 1952, *D.* 1953.720.

2 GénY avait proposé une formulation synthétique de la théorie, mais qui n'est guère utilisable tant elle est prise dans la polémique entretenue par l'auteur avec la doctrine publiciste : F. GÉNY, « Quelques observations sur le rôle et les pouvoirs de l'État en matière de monnaie et de papier-monnaie (Étude de droit public et de morale sociale) », *Mélanges Hauriou*, p. 389, spéc. n^o 5, p. 394.

3 F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 17 (...*circulatory media of exchange in law constitute money only if they are created by or with the authority of the State, or such other supreme authority as may temporarily or de facto exercise the sovereign power of the State*).

4 *Ibid.*, p. 18 (...*in law money cannot lose its character except by virtue of demonetization*).

5 J. CARBONNIER, *op. cit.*, n^o 9, pp. 22 et 23.

6 Plutôt qu'une longue énumération évoquant la plupart des auteurs ayant écrit sur la monnaie, on renverra au Colloque de Dijon (octobre 1987), où tous les intervenants ont manifesté cette conception, pour des raisons chaque fois différentes : P. KAHN,

d'émergence de la monnaie. Tout un courant ancien de pensée se rassemble et s'unit dans l'ouvrage de Nussbaum, formé d'auteurs qui ont cherché à caractériser en partie la monnaie par ses conditions de naissance. En raison de l'origine purement sociale et non étatique que chacun d'eux a relevée, cette théorie a pris le nom de théorie sociologique ou sociale de la monnaie (*societary theory of money*). Après Nicole Oresme au Moyen-Âge¹, ou Savigny au XIX^e siècle², Nussbaum a imposé l'idée que le système monétaire procédait par nature de la société, de la collectivité, et non par essence du pouvoir politique. L'originalité de Nussbaum par rapport à ses illustres prédécesseurs est qu'il se place sur le terrain de la nature juridique de la monnaie, alors que ceux-là ne désiraient que faire respecter certaines règles de bonne conduite à l'État ou au souverain de manière à ce qu'il ne spolie pas la collectivité. Nussbaum est ainsi le premier auteur à prendre le contre-pied de la théorie étatique sans pour autant utiliser la plume du polémiste : il a souci de cerner précisément la nature organique de la monnaie, et non d'enjoindre au Pouvoir de mieux la réglementer. Sur la foi des nombreux exemples probants qu'il développe, il constate qu'il n'a jamais été nécessaire qu'un instrument soit étatique pour qu'il fonctionne selon des modalités proprement monétaires³. Celui d'abord des pièces d'or d'origine non-étatique ayant circulé en Californie, notamment entre 1830 et 1864, ou encore celui des billets de banque britanniques, émis en totale indépendance de l'État mais ayant malgré cela été reconnus comme monnaie par Lord Mansfield en 1758, dans l'affaire *Miller v. Race*⁴. Plus célèbre encore est le cas des thalers émis à l'effigie de Marie-Thérèse en plein XVIII^e siècle, que l'on retrouvera encore en usage en Abyssinie un peu avant la guerre de 1914, alors frappés par des marchands européens à l'usage d'un commerce exotique⁵. Et l'on n'oubliera pas les phénomènes de création monétaire suscitée par des circonstances d'urgence, créations dégagées de toute reconnaissance étatique, ayant tout de même servi de monnaie. Le cas des "monnaies obsidionales" est demeuré célèbre, émises par des villes assiégées dans le seul but d'y pallier l'insuffisance de numéraire⁶. Celles-ci ont fréquemment été reconnues ultérieurement comme de la monnaie, en dépit de l'absence d'intervention de l'État dans leur création⁷. De

Droit et monnaie, précité. *Contra* : Gény a très nettement dénoncé la théorie étatique : F. GÉNY, *op. cit.*, n° 6, p. 395.

1 N. ORESME, *Traité des monnaies*, rééd. La Manufacture, Lyon, 1989, chap. VI, p. 54 ; E. BRIDREY, *La théorie de la monnaie au XIV^e siècle*. Nicole Oresme, th. Caen, 1906.

2 SAVIGNY, *Le droit des obligations*, précité, p. 7.

3 A. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 5 et s. ; ces exemples ont été repris par Hayek (*op. cit.*, p. 39 et s.), qui en fait d'ailleurs la théorie (*op. cit.*, p. 42 et s.).

4 A. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 7.

5 M. FISCHER, *Le thaler de Marie-Thérèse. Étude de Sociologie et d'Histoire économiques*, th. Lettres, Dijon, 1912 ; M. BLOCH, *op. cit.*, p. 13 ; D. CARREAU, *Souveraineté et coopération monétaire internationale*, préf. C.-A. Colliard, Cujas, 1970, p. 23 ; A. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 315. Cet exemple de persistance de la monnaie mérite peut-être plus d'égards que les quelques remarques dédaigneuses des tenants de la théorie étatique. On peut en effet se souvenir que le nom monétaire dollar est dérivé du nom thaler, ce qui accorde à cette monnaie une étonnante continuité, tant dans l'espace que dans le temps (On trouve quelques éléments de la préhistoire du dollar chez : J.-L. HERRENSCHMIDT, « Histoire de la monnaie », *Droit et monnaie*, précité, p. 15, spéc. p. 28).

6 A. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 501 ; F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 17 ; A. MATER, *op. cit.*, p. 57.

l'ensemble de ces exemples, Nussbaum déduit que la monnaie procède nécessairement de la société, et habituellement mais non pas obligatoirement du Pouvoir politique.

63. Que l'on s'accorde avec l'une ou l'autre des deux théories, il faut reconnaître que leur intérêt commun est de placer implicitement le débat sur le terrain de la nature de la monnaie. Mais c'est précisément parce que les auteurs en question se placent sur ce seul terrain que leurs positions ne sont pas conciliables entre elles : la monnaie ne peut exister à la fois à la condition que l'État y ait mis la main, et indépendamment de lui. Pour pouvoir cerner les aspects organiques de la monnaie, il faut donc commencer par confronter des opinions qui ne peuvent être toutes exactes dans le même temps, de manière à voir si elles portent effectivement sur la nature même de la monnaie. Ainsi, en recentrant le débat, on pourra prendre conscience qu'en dépit de ce qu'elle semble avouer, la conception étatiste concerne bien plutôt la souveraineté de l'État que la nature de la monnaie. Loin que l'État soit essentiel à l'existence des monnaies, c'est la souveraineté de l'État qui ne saurait se passer de certains pouvoirs dits souverains, tel le droit de battre monnaie. C'est en grande partie pour cela que le fondement de la théorie étatique n'a jamais été exploré avec conviction par ses défenseurs. La contradiction entre le terrain monétaire où ils feignent de se situer, et le terrain politique où ils sont en réalité, serait alors trop nettement ressortie.

64. La théorie étatiste est fondée sur l'existence d'un droit : celui que l'État aurait par nature sur la monnaie. M. Carreau parle de ce droit comme d'un « attribut du pouvoir souverain », qui serait reconnu tant par la plupart des constitutions que des jurisprudences¹. Mann va plus loin encore dans cette voie : « Permettre la circulation d'une monnaie qui ne serait ni créée, ni à tout le moins autorisée, par l'État, équivaldrait à lui contester ses prérogatives monétaires »². Si ces mots correspondent superficiellement à l'état positif de la création monétaire, il est néanmoins fréquent que des monnaies circulent qui n'ont été ni créées, ni reconnues par l'État.

Ceux qui, tel Nussbaum, excipent d'exemples de circulation monétaire indépendante de l'État refusent l'étroitesse de la théorie étatique, qui ne considère pas comme monnaie des instruments qui ont bel et bien eu un fonctionnement monétaire, servant d'instrument de compte comme de paiement en lieu et place de monnaie étatique. Et de fait, l'attitude qui, des droits de l'État sur la monnaie, déduit des conséquences directes quant à sa nature, paraît à bien des égards critiquable à l'aune d'une démarche tant soit peu pragmatique. On trouve du reste une application un peu caricaturale, mais en cela parlante, de ce critère organique

¹ Dijon 13 avril 1871 ; Trib. pol. Besançon 1^{er} avril 1871 et 6 mai 1871, S. 1872.II.56 ; D.P. 1871.III.104. Reste que les tenants de la théorie étatique pourraient estimer que ce n'est qu'à compter de la reconnaissance de l'État que les monnaies obsidionales sont considérées comme des monnaies, voire supposer un effet rétroactif à cette reconnaissance.

² D. CARREAU, *Souveraineté et coopération monétaire internationale*, précité, p. 26.

³ F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 4. (*To permit the circulation of money that is not created or at least authorized by the State would be tantamount to a denial of the State's monetary prerogative*).

à propos de l'appréciation doctrinale de la nature juridique des "bons de Chambre de Commerce"¹.

65. La déclaration de la première guerre mondiale a été suivie en province d'une grave pénurie de monnaie divisionnaire, c'est-à-dire de piécettes de faible valeur, servant d'appoint dans les paiements². Pour y remédier, le Ministre du Commerce donna l'autorisation par lettre aux Chambres de Commerce d'émettre des bons qui tiendraient temporairement lieu de "petite monnaie", selon l'expression de M^{me} Sigogne. Dans la mesure où les troubles causés étaient d'ampleur variable selon les régions, des bons furent émis en quantités différentes sous forme de monnaie de papier, portant à la fois la marque de la Chambre de Commerce émettrice, et la valeur pour laquelle ces bons auraient cours, exprimée par un nombre de francs ou plutôt de centimes. Ces bons jouèrent dans un premier temps le rôle attendu d'eux : ils s'insérèrent dans la place laissée vacante par la pénurie de piécettes, et fonctionnèrent comme celles-ci l'auraient fait. Mais ces bons de papier se détériorèrent assez vite. Effilochés, salis, ils ne furent bientôt plus aptes à leur rôle, d'autant que les hygiénistes de l'époque appelaient à ne pas utiliser ces propagateurs de germes³. Aussi furent-ils retirés de la circulation pour être remplacés par des jetons sans valeur métallique notable, que l'État demanda aux Chambres de frapper selon le même principe qui avait présidé à l'émission des bons. Mais celles-ci refusant d'assumer seules une telle responsabilité, l'État décida de les émettre lui-même, sans toutefois l'avouer clairement. Ces jetons furent donc émis comme s'ils étaient des bons issus des Chambres de Commerce⁴. Mais ils n'étaient pas l'exact équivalent des bons qui les avaient précédés. L'État y tenait une place plus importante, quoique non officielle ; par ailleurs, ces jetons avaient cours sur toute l'étendue du territoire, à la différence des bons des Chambres de Commerce, limités au ressort de l'émetteur. Cette nouvelle génération de moyens de paiement fonctionna mieux que la précédente, et ne fut pas en butte aux mêmes critiques. Restait à savoir si les bons comme les jetons des Chambres de Commerce pouvaient être considérés comme de la monnaie. C'est dans les réponses apportées à cette question que l'on voit apparaître le mieux l'inanité du critère étatique : c'est en fonction du rôle que l'État a occupé dans l'émission de ces moyens que la doctrine devait rechercher le caractère monétaire, sans égard pour leur fonctionnement effectif.

66. La doctrine a adopté trois positions différentes quant à la nature monétaire de ce qu'avaient émis les Chambres de commerce. La première de ces positions est sans nuance, et provient d'une attitude irréductiblement dogmatique, selon laquelle ce qui n'est pas d'État ne peut être de la monnaie. Aussi bien le *Traité élémentaire* de Planiol et Ripert, très ferme sur ce point, ne s'interrogeait-il nullement sur le fonctionnement des bons⁵. Il leur refusait d'emblée toute reconnaissance monétaire, pour la seule raison que l'État n'y jouait pas un rôle suffisant. Pour que les bons aient été reconnus comme de la monnaie, il aurait

1 M.-P. SIGOGNE, *La théorie juridique de la petite monnaie*, th. Paris, 1942 ; B. CORVOL, *L'émission des bons de monnaie par les Chambres de Commerce*, th. Paris, 1930.

2 M.-P. SIGOGNE, *op. cit.*, p. 37.

3 *Ibid.*, p. 38.

4 *Ibid.*, p. 39.

5 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, 10^e éd., n° 421.

suffit qu'ils soient des bons étatiques, et non des bons de Chambre de commerce ¹.

La seconde position, plus nuancée, est illustrée par la thèse de Corvol, et consiste à différencier les deux générations de bons sous l'angle de la place de l'État dans leur création ². L'auteur constate que les bons de papier étaient émis en toute indépendance de l'État, puisqu'ils n'étaient ni prévus ni organisés par aucune loi de finances. Le Ministre du Commerce s'est contenté d'une lettre d'autorisation qui n'avait pas le caractère d'une reconnaissance officielle. De ce fait, ces bons ne peuvent pas être considérés comme de la monnaie. En revanche, l'État est intervenu de façon plus nette dans l'émission des jetons, même s'il s'est dissimulé : c'est en effet lui qui les a frappés, et dans une certaine mesure réglementés. Aussi la place qu'il y a prise semble suffisante à Corvol pour dire que ces jetons sont de la monnaie ³.

La troisième appréciation est celle de M^{me} Sigogne ⁴. Elle retient la thèse de Corvol en ce qui concerne les jetons, mais récuse son analyse des bons de papier. Selon elle, le fait que l'État n'ait tenu aucune place dans la création des moyens de paiement suffit à leur dénier tout caractère monétaire. Elle introduit néanmoins un tempérament pour les circonstances exceptionnelles qui auraient empêché l'État d'agir. Elle considère précisément que telle était alors la situation, puisqu'il y avait pénurie de petite monnaie. M^{me} Sigogne se prononce en conséquence pour l'adoption de la théorie pénaliste de l'état de nécessité, et accorde un caractère monétaire à des objets qui ont servi de monnaie à l'époque où celle-ci faisait défaut ⁵. L'auteur procède ainsi par un raisonnement biaisé : qu'il y ait eu urgence à émettre de la petite monnaie est une évidence, qui ne justifie pas pour autant l'état de nécessité. L'État, qui s'est profilé derrière les Chambres de Commerce pour leur faire émettre des monnaies, aurait pu procéder lui-même à leur émission. Qu'il ait préféré, pour des raisons d'opportunité, que les Chambres procèdent à l'émission ne permet nullement d'affirmer qu'il était dans l'impossibilité de le faire lui-même.

67. Ce qui est frappant dans cet exemple développé, c'est qu'aucune des analyses mentionnées ne part du rôle des bons ou des jetons pour pouvoir juger de leur caractère monétaire. L'hypothèse de base est chaque fois que ces instruments ne sont pas de la monnaie parce qu'ils ne sont pas créés par l'État. Face à cette conclusion choquante, on tente de sauver ce qui peut l'être en utilisant des conceptions et des théories juridiques qui ne remettent pas en cause le fondement étatique de la monnaie. Ici l'État a reconnu l'émission, s'il n'y a procédé lui-même ; là il a été empêché d'agir. Mais l'épreuve des faits n'est jamais tentée : aucun de ces auteurs ne songe à dire que ce qui a fonctionné pendant quelques années exactement comme de la monnaie, et à la place de la monnaie, ne doit pas être qualifié autrement pour des raisons dogmatiques, tenant à l'emploi d'un critère organique. Ce qui marque la théorie étatique à la lueur de tels exemples est son caractère proprement abstrait. Il peut être de bonne méthode

1 M.-P. SIGOGNE, *op. cit.*, p. 40.

2 B. CORVOL, *op. cit.*, p. 195.

3 L'auteur renforce leur caractère monétaire par un troisième critère, qui tient à ce que les jetons ont cours sur tout le territoire, et non les bons (*op. cit.*, p. 191). Mais c'est là un critère de fait, non de droit, qui ne semble pas déterminant dans sa démonstration.

4 M.-P. SIGOGNE, *op. cit.*, p. 44.

5 Cette justification est d'ailleurs la plus fréquente pour rendre compte du caractère monétaire des monnaies obsidionales. *Contra* : F.-A. MANN, *op. cit.*, pp. 17 et 18.

juridique de poser des critères permettant d'identifier telle ou telle catégorie juridique ; mais ces critères ne doivent pas pouvoir se retourner contre la catégorie elle-même en niant une réalité qu'ils avaient pour fonction de décrire ¹. Ce tour de pensée peut paraître anormal au regard de simples exigences de bon sens. Il apparaîtra plus choquant encore lorsque l'on aura relevé que la théorie étatique de la monnaie est bâtie sur du sable, et donc que ce critère organique péremptoire est utilisé sans être rigoureusement établi.

68. L'erreur que commet la doctrine étatiste résulte d'une confusion dans l'analyse, que la plupart des auteurs ont commise sans y prendre garde. Ils ont observé que des pouvoirs monétaires importants étaient consentis, depuis la plus haute antiquité, au Pouvoir politique ². C'est Jean Bodin qui en a tiré la conséquence la plus franche en relevant dans *La République* que le pouvoir de battre monnaie faisait nécessairement partie intégrante de la souveraineté de l'État, faute de quoi celle-ci ne serait pas totalement constituée ³. Mais il n'y a là qu'une constatation de fait concernant les pouvoirs reconnus à l'État, et non des considérations de droit. Le fait d'observer que c'est souvent l'État qui crée la monnaie ne peut pas signifier qu'en droit, il n'y ait que l'État qui puisse la créer. Un trop grand pas est franchi lorsque l'on prétend s'appuyer sur ce pouvoir souvent placé entre les mains de l'État pour déduire que la monnaie est, quant à elle, un phénomène étatique. Ce disant, les auteurs mélangent deux ordres de préoccupation, qu'il est pourtant nécessaire de conserver séparés l'un de l'autre. D'une part, le domaine constitutionnel, ou plus exactement la théorie de la souveraineté. Sur ce terrain, il peut passer pour légitime que l'État ait besoin de détenir des pouvoirs monétaires importants, pour des raisons tenant à l'ordre public ou à la conception même de la souveraineté. Mais à côté de ces exigences se placent des considérations qui relèvent de la nature de la monnaie, de son fonctionnement et de son essence. Sur ce second terrain, l'immixtion de l'État n'est aucunement nécessaire. Est-il seulement besoin de le prouver ? Le rôle assigné à l'État n'est jamais rendu nécessaire par une démonstration rigoureuse. Faudrait-il alors montrer que ce rôle n'est pas celui que l'on dit traditionnellement ? Il suffirait plutôt de dire, sur la foi des nombreux exemples donnés par Nussbaum ⁴, que le fonctionnement de la monnaie ne passe pas par l'intervention de l'État. Le système monétaire obéit à des mécanismes qui mettent en jeu deux unités bien distinctes que le consensus social a adoptées, et leurs rapports réciproques. La théorie étatique de la monnaie ne se déduit donc pas de l'analyse d'un fonctionnement, que la seule intervention de l'État rendrait possible, mais résulte en fait de l'interpénétration implicite des deux domaines. Au lieu de considérer d'une part que la monnaie existe et fonctionne indépendamment de l'État, d'autre part que l'État a besoin d'émettre et de gérer la monnaie pour constituer et affirmer sa souveraineté, la théorie étatique brasse le tout en considérant que l'État est un des éléments constitutifs essentiels dans la nature de la monnaie. Mais cette interpénétration des domaines est abusive : elle

¹ Dans le même sens, on a pu penser que la monnaie se limitait autrefois aux pièces d'or, aux billets aujourd'hui. Il reste qu'à un moment donné, la réalité doit être prise en considération, faute de quoi la théorie monétaire s'abstrait de ce qui sert à payer. C'est du reste la critique la plus déterminante à l'encontre du grand livre de Mann, qui refuse d'inclure la monnaie scripturale dans la monnaie, en dépit de l'importance de son utilisation (F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 6).

² LOT et FAWTIER, *Les Institutions françaises au Moyen-Âge*, t. 2, *Institutions royales*, P.U.F., 1958, p. 209.

³ J. BODIN, *La République*, Livre I, chap. 11.

⁴ A. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 5 et s.

résulte d'une mauvaise analyse de la souveraineté peut-être, de la monnaie en tout cas. Le résultat est que l'on confère à l'État des prérogatives qu'il n'exerce pas vraiment, et que l'on contraint la monnaie à l'intérieur d'une définition qui n'en restitue pas l'essence sociale. L'État en sort renforcé, mais la théorie de la monnaie illégitimement affaiblie.

Section II PLACE DE L'ÉTAT DANS LA CRÉATION MONÉTAIRE

69. Ces incertitudes quant aux fondements des droits de l'État sur la monnaie se retrouvent lorsque l'on aborde plus concrètement les droits de l'État ou de la souveraineté politique sur les espèces monétaires. Il n'est sans doute pas contestable que la royauté a longtemps détenu un véritable monopole du droit de battre monnaie, ou que l'État, partout dans le monde, soit le seul à émettre directement ou indirectement des billets de banque. Mais à y regarder de plus près, il apparaît ici aussi que ces droits de souveraineté ne se sont pas trouvés d'emblée dans le giron de l'État ou de la royauté, et que ce n'est qu'au terme d'une évolution conflictuelle que ces pouvoirs ont pu apparaître comme légitimes. Approprié, ce droit de battre monnaie n'est nulle part originaire ; son évidence ne résulte que de la cristallisation d'un état de fait conflictuel, que le Pouvoir politique a marqué de sa puissance ¹.

Pour dire les choses de façon plus abrupte, il semble que ce n'est que lorsque pièces et billets se sont affirmés comme les moyens de paiement les plus effectifs que le Pouvoir politique a tenté de se les approprier. Si l'on se fixe comme point de départ de l'observation l'Occident médiéval pour les pièces de métal précieux, les XVIII^e et XIX^e siècles pour le billet de banque, il apparaît nettement qu'avant d'avoir été objet de pouvoir, les espèces monétaires en ont été longtemps l'enjeu.

70. À la chute de l'Empire romain, les parcelles qui le composaient, tombées en déshérence, ont connu une atomisation de la frappe des monnaies. Alors que sous des modalités complexes, l'Empire avait rassemblé le monnayage entre les mains du Pouvoir central, les nouvelles souverainetés barbares d'Occident allaient l'abandonner à qui voulait bien le prendre ². Il est en effet frappant que si

¹ J.-P. DUBOIS, « L'exercice de la puissance publique monétaire. Le cas français », *Droit et monnaie*, précité, p. 475 ; F. VON HAYEK, *op. cit.*, p. 24 et s.

² Sur l'ensemble de la question : M. BLOCH, *Esquisse d'une histoire monétaire de l'Europe*, précité ; LOT et FAWTIER, *Institutions royales*, précité ; P. BOYER, « Le droit monétaire au Moyen-Âge jusqu'à la mort de Saint-Louis », *Recueil de l'Académie de législation (Toulouse)*, 5^e série, t. 1, 1951.17.

les pouvoirs sur la monnaie font partie de la conception occidentale de la souveraineté et du pouvoir politique, il en allait autrement dans les conceptions septentrionales, qui prévalurent certainement pendant le Haut Moyen-Âge occidental. Les souverains issus des vagues d'invasion laissèrent en friche tous les droits sur la monnaie qu'avait patiemment conquis puis exercés l'Empereur, parce qu'ils ne considéraient pas que de tels droits pussent conditionner ou valider leur souveraineté ¹.

Le droit de battre monnaie se trouva donc approprié par tous ceux qui à quelque titre que ce soit en avaient l'intérêt et la possibilité. Concrètement, la plupart des potentats économiques locaux parvinrent à imposer leurs espèces dans les aires où ils exerçaient leur souveraineté économique. C'est ainsi que se développèrent les monnaies des Palais royaux, à côté de celles des différentes cités souvent frappées pour le compte du fisc, de celles qui étaient frappées pendant les séances du tribunal public du *mallum*, de celles qu'évêchés ou abbayes puissants émettaient pour leur usage territorial, enfin de celles, à ne pas oublier, que frappaient certains monnayeurs privés réputés pour la qualité et la fiabilité de leur ouvrage ².

Cette appropriation par les autorités politiques qui jouissent nécessairement d'un certain prestige (Palais ou tribunaux), mais surtout par les pôles économiques régionaux s'explique aisément dès que l'on considère les conditions concrètes des transactions. Un potentat économique se caractérise par son rôle d'intermédiaire obligé dans les échanges locaux. Aussi bien est-il amené, bien plus que tout autre, à recevoir des espèces en paiement et à faire lui-même des paiements : les mouvements de marchandises transitent forcément par lui. De ce fait, le potentat peut imposer les espèces qu'il frappe dans les paiements, et ne consentir à se faire payer que dans ces mêmes espèces. C'est ainsi que, mécaniquement, la puissance économique la plus forte peut imposer l'usage des moyens de paiement qu'elle choisit en fonction de ses intérêts exclusifs.

La même démarche est évidemment celle qui permet, s'ils le désirent, aux Pouvoirs politiques d'émettre leur propre monnaie. Mais si les possibilités des Pouvoirs économiques passent par leur rôle d'intermédiaire obligé dans les échanges, il n'en va pas de même pour les entités politiques qui ne disposent pas du même rôle dans la circulation des richesses. Pour celles-là, il faut faire appel à l'idée de collecte et de redistribution financière. Le Pouvoir politique manifeste ses prérogatives en levant des impôts, ou en exigeant des paiements pour des raisons propres; il prend par ailleurs en charge un certain nombre de dépenses communes. C'est ainsi que les Palais royaux ou les tribunaux ont pu être amenés à forger leur propre monnaie de règlement, en imposant sa circulation effective.

71. Les raisons de cette appropriation ne sont pas aussi élémentaires qu'on l'a dit jusqu'ici. S'il est toujours loisible aux pouvoirs en place d'émettre leurs propres monnaies, tous ne l'ont pas fait. Sans doute la commodité aurait-elle dû les y pousser. Mais une autre motivation, bien plus vénale, les y a conduit aussi sûrement. Entre le poids ou la valeur des pièces, et ce qui est inscrit sur leur revers, il y a normalement coïncidence parfaite. La valeur pour laquelle une pièce circule est celle du métal qu'elle incorpore et qu'elle indique, faute de quoi les

¹ M. BLOCH, *op. cit.*, p. 13, LOT et FAWTIER, *op. cit.*, p. 209.

² Sur la dispersion du monnayage, v. M. BLOCH, *op. cit.*, p. 15 ; LOT et FAWTIER, *op. cit.*, p. 209 et s. ; P. BOYER, art. précité, p. 18. Sur les ateliers monétaires, v. par ex. : G. BOYER, « Un texte inédit du XII^e siècle sur l'Atelier Monétaire de Toulouse », *Annales de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence*, nouvelle série, n° 43, 1950.5.

utilisateurs ont tendance soit à renoncer à une monnaie sur-cotée, soit à la thésauriser dans l'hypothèse inverse. Mais ce qui devrait être la norme ne s'est qu'assez rarement produit à travers l'histoire des monnaies métalliques. On peut penser que la raison de cette distorsion tient premièrement aux altérations de contenu dont les espèces ont pu être l'objet après avoir été frappées. Celui qui reçoit une pièce en paiement a tout loisir de l'écorner afin d'en tirer un bénéfice en terme de métal, sans que la valeur légale de la pièce ne soit modifiée pour autant. Ces prébendes ont effectivement bien souvent eu lieu, altérant les possibilités circulatoires des pièces ; mais elles étaient considérées comme illégales. Officiel était en revanche ce que l'on a nommé le seigneurage, c'est-à-dire la possibilité pour ceux-là mêmes qui frappaient les monnaies, de leur conférer une valeur supérieure à celle du métal que les pièces incorporent effectivement, la *valor impositus*¹. Ce bénéfice obtenu par le monnayeur, originairement en rémunération de son travail, a été assez tôt une source de profits essentielle, et d'autant plus que le monnayage entraînait mieux dans les mœurs et que le poids et la teneur des pièces étaient de moins en moins fréquemment contrôlés. Au fur et à mesure du développement de l'économie monétaire, le seigneurage est devenu plus intéressant car le contrôle des poids et des teneurs métalliques devenait de moins en moins possible. Si le seigneurage était limité au temps des peseurs par la redéfinition du cours d'une pièce après pesée, le financement par manipulation monétaire devint bien vite une habitude lorsque les pièces monnayées eurent occupé tout l'espace économique. C'est sans doute, pour une part importante, la possibilité indirecte de financement que constituait ce seigneurage qui a progressivement incité les royautés médiévales à se ressaisir de pouvoirs qui avaient été l'apanage de l'Empire romain dont ils prenaient localement la succession. Mais pour retrouver le fil de la tradition romaine, la royauté a dû s'approprier ce privilège de battre monnaie, que les divers potentats qui se le partageaient ne lui restituèrent qu'au terme d'une lutte sourde².

72. Il semble que pour contrôler un monnayage qui s'était développé indépendamment d'elle, la royauté commença par autoriser ce qu'elle ne pouvait pas interdire, faute de détenir des pouvoirs politiques suffisants. C'est ainsi que les capitulaires des Carolingiens mentionnèrent expressément qu'il appartenait au seul Souverain de battre monnaie, tandis que le Roi se réservait d'autoriser les frappes qu'il n'avait pas le pouvoir d'interdire³. Les eût-il interdites, du reste, que son injonction fût restée lettre morte ; en les autorisant, le souverain spéculait sur l'imprégnation psychologique de cette autorisation, qui petit à petit ferait germer le sentiment que la royauté avait un droit effectif sur la monnaie. Et de fait, progressivement, les autorisations purent se faire plus restrictives tout en devenant plus effectives, le roi tendant à les assortir de conditions de poids, de teneur et de frappe lui permettant d'unifier les types de monnaies sur le territoire, au moyen d'une véritable certification⁴.

Ce droit dit souverain de battre monnaie est donc entré progressivement dans l'escarcelle de la souveraineté⁵, sous la pression de divers éléments. D'une part,

¹ M. BLOCH, *op. cit.*, p. 21 et s.

² L'histoire de cette lutte est rapportée dans le détail dans l'article de P. Boyer, précité. Nous nous contenterons ici d'en marquer les scissions les plus importantes.

³ P. BOYER, *op. cit.*, p. 20.

⁴ LOT et FAWTIER, *op. cit.*, p. 209.

⁵ Le mouvement de cette appropriation ne fut toutefois pas linéaire. La tentative d'appropriation commence clairement avec Pépin le Bref (Capitulaire de Vernon, 755), se poursuit avec Charlemagne (Capitulaire de Francfort, 794), mais marque un

un objectif dont on a déjà parlé : l'attrait du seigneurage qui a poussé la Royauté à vouloir s'attribuer un prélèvement indirect extrêmement rentable, et qui le devenait plus encore à mesure que l'économie cessait d'être primaire pour devenir monétaire. La Royauté eut donc la même tentation d'enrichissement qui avait abouti à la mosaïque monétaire qui caractérise l'Occident médiéval. Comme les différentes entités qui s'étaient arrogé un pouvoir d'émission, la Royauté eut le désir de profiter de cette richesse facile. Mais encore fallait-il parvenir à en déposséder ceux qui détenaient le droit de battre monnaie. C'est ainsi que l'appropriation de la monnaie est allée de pair avec l'appropriation d'autres moyens qui en étaient en fait la condition. La Royauté a appréhendé à la fois le contrôle sur les mines ou le commerce du métal précieux, ainsi que celui des poids et mesures¹. De ce fait, le pouvoir sur la monnaie a pu se trouver dans le prolongement direct de pouvoirs déjà appropriés, ou en cours d'appropriation. On ne saurait méconnaître cette apparente coïncidence. Qu'est ce en effet que la monnaie d'alors, sinon du métal précieux strictement pesé et estampillé ? Dès lors que la souveraineté est parvenue à contrôler à la fois les mesures, et le commerce du métal précieux, elle contrôlait, virtuellement sinon forcément, la frappe des monnaies, ou au moins toujours leur certification. La mainmise sur la monnaie a ainsi pu passer pour la résultante de pouvoirs déjà détenus, et donc se présenter dans le droit-fil de prérogatives établies. De la sorte, ce qui était un enjeu de pouvoir essentiel a pu être dissimulé sous des pouvoirs d'une légitimité plus apparente ou moins discutée.

Il reste enfin à évoquer l'intérêt proprement politique de l'appropriation de la frappe des monnaies. Dans les souverainetés médiévales où les communications sont mauvaises, et où il n'y a aucun lien de sujétion direct entre le Souverain et ses sujets, la monnaie est un instrument de pouvoir : par la frappe du portrait du roi qu'elle porte ordinairement sur l'avvers, elle permet d'installer un lien de dépendance et de sujétion². Sont sujets du roi, en fait sinon en droit, ceux qui utilisent des espèces sur laquelle est portée sa face. Inversement, le portrait du roi permet au souverain de savoir sur quelle portion de territoire son autorité est incontestée. Le droit de battre monnaie apparaît donc également comme un instrument politique efficace.

73. Le mouvement de cette appropriation lente et progressive de la frappe des métaux précieux par le souverain, pour des raisons d'opportunité, se retrouvera quelques siècles plus tard avec le billet de banque. Originellement issu d'initiatives privées, le billet de banque sera peu à peu réglementé puis émis par l'État, au terme d'une rivalité sourde avec les émetteurs privés³. Les exemples

palier avec Louis le Débonnaire et Charles le Chauve : les Potentats locaux, les grands feudataires reprennent de la vigueur et renforcent leur capacité à frapper les monnaies (P. BOYER, art. précité, p. 21). Après la mort de Charles le Chauve (877), la décadence royale s'accuse en matière monétaire, et les premiers Capétiens laissent le droit de battre monnaie aux grands feudataires. Les tentatives d'appropriation reprendront plus tard, avec Philippe Auguste (1180-1223). Mais c'est surtout Saint-Louis qui parviendra à replacer dans la main royale le contrôle sur les monnaies (Ordonnances de 1262 et de 1265).

¹ W. KULA, « Les mesures, attribut du pouvoir », *Les mesures et les hommes*, Paris, 1984, p. 26. L'unification des mesures a été réalisée par Charlemagne, et il n'est pas étonnant de voir qu'il a également tenté d'unifier la frappe des monnaies.

² J. CARBONNIER, « L'imagerie des monnaies », *Mélanges Cabrillac*, p. 47.

³ Sur l'histoire de l'appropriation du billet par les instituts publics d'émission, v. J. MARCHAL et M.-O. PIQUET-MARCHAL, « Essai sur la nature et l'évolution du

français et anglais montrent ainsi que l'État procéda rapidement pour s'approprier l'émission par l'intermédiaire d'une banque spéciale, créée pour ce seul résultat. Retrouvant à l'œuvre exactement le même procédé qu'avec les pièces de métal, on est incité à penser qu'il n'y a rien d'originaire ni de nécessaire dans les pouvoirs d'émission du papier-monnaie détenu par l'État, mais plutôt une appréhension après-coup de moyens de paiement qui ont fait la preuve de leur efficacité. En tout cas, dans les deux situations se manifeste une nette tendance de l'État à se saisir de moyens de paiement non en vertu d'un pouvoir propre sur la monnaie, dont il aurait été temporairement privé, ou d'un privilège qui n'appartiendrait qu'à lui de faire la monnaie, mais dans l'intérêt avoué de l'ordre public ainsi que de la gestion publique de l'économie. Au vrai, il n'est pas certain que l'État soit le mieux placé pour gérer l'économie, tant ses intérêts propres sont apparents, qui peuvent entrer en conflits avec les intérêts sociaux¹. C'est néanmoins le motif le plus fréquemment allégué pour expliquer la présence de ces pouvoirs monétaires entre les mains de l'État.

74. Avant de pouvoir être considéré comme de la monnaie *stricto sensu*, le billet de banque a été un titre de créance sur des valeurs précieuses déposées chez des banquiers ou des joailliers, pièces de monnaie ou d'orfèvrerie². Le titre de créance au porteur délivré par ces établissements permettait que ces meubles lourds et encombrants ne soient pas matériellement utilisés dans les transactions, ce qui les auraient rendues plus difficiles. C'est ainsi que les titres ont pu faire fonction d'instruments de paiement, non par un privilège d'émission intrinsèque mais par l'effet d'une représentation matérielle des richesses monnayables ou monnayées qui n'équivalait pas pour autant à une création monétaire³. Il est certain que le premier billet de banque n'était pas une monnaie, et ne prétendait pas même en être une. Il était bien plutôt un substitut de monnaie, ne valant que par les richesses effectivement gagées dont il constituait la mise en jeu fictive.

L'exemple de l'Angleterre est le plus éclairant pour retracer les lignes de cette histoire⁴, puisque ce sont les initiatives privées qui ont développé ces billets de banque, avant que l'État ne crée des établissements pour leur faire concurrence⁵. Celle-ci se révélera à terme efficace, puisque la Banque d'Angleterre, instituée en 1694 après l'échec de deux ou trois tentatives infructueuses, parviendra à acquérir une situation prépondérante dans l'émission des papiers, avant d'obtenir le monopole d'émission en 1844. La Banque d'Angleterre devait triompher des émetteurs privés notamment grâce au taux d'intérêt qu'elle versait sur ses billets qui les rendait plus attirants que les autres billets. Cette suprématie, dans un domaine qui n'est pas encore monétaire, placera la Banque d'Angleterre en bonne position lorsqu'il s'agira d'octroyer cours légal au billet de banque, et d'en centraliser l'émission. Le privilège d'émission conféré à la Banque se consolidera de lui-même, permettant à la Banque d'Angleterre de triompher alors totalement

billet de banque », *Revue Internationale d'Histoire de la Banque* 1977.1. V. égal. les courtes observations de M. Bloch (*op. cit.*, p. 84 et s.).

¹ V. par ex. les critiques de Hayek, *op. cit.*, p. 29 et s.

² J. HAMEL, *op. cit.*, p. 70.

³ M. BLOCH, *op. cit.*, p. 84.

⁴ Encore que la première émission importante de billets de banque ait été réalisée par la Banque d'Amsterdam, en 1609 (M. BLOCH, *op. cit.*, p. 84). Sur certaines expériences de papier-monnaie antérieures à ces exemples, v. F. BRAUDEL (*op. cit.*, p. 414 et s.), qui qualifie l'utilisation monétaire du papier de "vieille pratique".

⁵ J. MARCHAL et M.-O. PIQUET-MARCHAL, *eod. loc.*, p. 11 et s.; J. HAMEL, *op. cit.*, p. 70 et s.

de tous les émetteurs privés. Ainsi le cours légal du billet de banque aura-t-il été préparé de longue main par une appropriation par l'État d'un moyen de paiement privé qui n'était pas encore le billet de banque que nous connaissons, mais dont l'efficacité semblait très tôt établie. Dans cette appropriation, on ne peut voir que des rapports de force et non la manifestation de prérogatives juridiques qui auraient pris du temps pour se faire reconnaître.

La situation française est un peu différente en ce que l'État ne s'est jamais réellement désintéressé du billet de banque¹. Si l'évolution est globalement parallèle à celle de l'Angleterre, en ce que l'État par l'intermédiaire de la Banque de France créée en 1801, a finalement pris le contrôle de toute l'émission des billets, on peut dire que dès sa naissance dans la seconde partie du XVIII^e siècle, le billet a fait l'objet d'un réel intérêt de la part de l'État, et n'a pas été laissé en pâture aux seuls intérêts privés comme Outre-Manche. L'État a toujours accompagné le mouvement d'émission des billets, tout en réservant aux établissements privés la possibilité d'émettre leurs propres billets. Cette différence ne nuit pas à la démonstration entreprise, dans la mesure où, si l'État s'est tôt intéressé au billet, cela ne tient pas tant à la conscience de pouvoirs propres en la matière, qu'au fait que le billet de banque s'était déjà développé en Angleterre un siècle plus tôt. Alors qu'il a fallu à l'État anglais un certain temps pour se rendre compte de la portée et des avantages du nouvel instrument, l'État français en connaissait l'efficacité dès les premiers pas sur le territoire français².

On peut donc constater qu'en ce qui concerne le billet de banque comme les pièces de métal précieux, les prétendus pouvoirs de souveraineté qu'exercerait l'État ne sont en fait que l'habillage juridique d'une mainmise économique, qui s'est exercée pour des raisons d'opportunité³. Pour les moyens de paiement comme pour la monnaie en général, on conteste donc que l'immixtion de l'État dans la création ou la réglementation soit une condition de validité.

75. On se rendra plus aisément encore compte de la réalité de ces pouvoirs en évoquant brièvement le sort de la création de monnaie scripturale, c'est-à-dire de l'émission de monnaie par le biais des comptes en banque. Il s'agit là d'une monnaie qui s'est développée indépendamment de l'État, et qu'il n'a jamais réellement contrôlée⁴. Sans doute les lois bancaires existent-elles, ainsi que la réglementation du chèque, instrument privilégié des comptes en banque. Mais il n'en demeure pas moins que l'État ne contrôle pas, ni directement ni même indirectement, les ouvertures de comptes ou la création des dépôts⁵. C'est ainsi que la théorie étatique ne s'est jamais préoccupée de la monnaie scripturale, la laissant délibérément hors de son champ de vision. Cette théorie se trouve donc en quelques sortes dépassée par l'évolution des monnaies, tant il est vrai que la monnaie privée est aujourd'hui prépondérante dans les transactions.

¹ J. MARCHAL et M.-O. PIQUET-MARCHAL, *eod. loc.*, p. 16 et s. ; M. BLOCH, *op. cit.*, p. 85 ; J. HAMEL, *op. cit.*, p. 73 et s. L'histoire du billet de banque en France est rendue un peu confuse par l'épisode révolutionnaire, et les expériences malheureuses des assignats et des mandats territoriaux, qui venaient après la banqueroute de Law (Sur cette histoire, J. MARCHAL et M.-O. PIQUET-MARCHAL, *eod. loc.*, p. 17 et s.).

² J. MARCHAL et M.-O. PIQUET-MARCHAL, *eod. loc.*, p. 25.

³ F. VON HAYEK, *op. cit.*, p. 27.

⁴ M.-O. PIQUET-MARCHAL, « L'émission de la monnaie scripturale et les pouvoirs publics. Évolution de la réglementation », *Mélanges Besnier*, p. 201, spéc. p. 205.

⁵ Sur les objectifs d'ensemble de la réglementation bancaire, v. surtout : M.-O. PIQUET-MARCHAL, *eod. loc.*

Ce n'est pas l'État qui crée la monnaie scripturale, mais les banques privées sous le contrôle *a posteriori* de l'État ¹. On sait en effet que la création monétaire a lieu de deux façons distinctes : par l'émission étatique de pièces ou de billets d'une part, et par les ouvertures de crédit consenties par les banques sans contrepartie préalable. Le premier de ces moyens, favori de la conscience collective et des ministres sous le nom de "planche à billets", obéit en fait à un mécanisme subtil qui passe par des prêts faits par le Trésor à la Banque de France. Le second moyen, devenu aujourd'hui essentiel du fait du poids de la monnaie scripturale, est bien moins connu. Il est intéressant de le décrire pour lui-même, mais aussi parce qu'il échappe à l'emprise étatique. Toutes les fois qu'une banque ouvre un crédit et doit se refinancer pour le couvrir, il y a création de monnaie scripturale ². L'argent prêté va en effet être utilisé par l'emprunteur. C'est-à-dire qu'il va quitter la banque du titulaire du compte, par exemple sous forme de chèque libellé au profit du destinataire des fonds, qui va encaisser le chèque : sa banque, différente par hypothèse de la première, se trouve donc créancière de celle-ci à hauteur de la somme prêtée. On sait généralement que les créances entre banques se compensent au sein de la Chambre de compensation ³. Mais on sait souvent moins bien ce qui se passe lorsque les créances ne se compensent pas en totalité, un solde net restant à la charge d'une banque. Débitrice d'une créance non compensée, la banque émettrice du crédit, par hypothèse, doit la régler à la banque destinataire. Comment peut-elle le faire ? Tout recours à un virement de monnaie scripturale est évidemment proscrit : on ne peut éteindre une créance par une autre créance. La banque peut payer en espèces si elle en dispose. Mais si ce n'est pas le cas, elle doit payer la banque créditrice par un virement, de compte à compte, au niveau de la Banque de France. Les banques et le Trésor ont en effet des comptes ouverts auprès de la Banque de France. Ceux-ci sont alimentés par différentes sources, dont les principales sont le réescompte des effets ou encore les prêts de la Banque de France. Les dettes de banque à banque se règlent par des transferts entre ces comptes, et donc en "monnaie centrale", c'est-à-dire en unités de paiement scripturales émises cette fois par la Banque centrale ⁴. Ainsi l'État peut-il rendre plus difficile ou plus onéreux le refinancement d'une banque s'il considère qu'elle fait trop d'ouvertures de crédit sans disponibilités. Pour cela, il augmentera par exemple le taux du prêt consenti, mesure qui s'applique à toutes les banques, ou bien limitera le montant des prêts faits à telle banque. Il reste que si l'État peut ainsi freiner ou stimuler la création monétaire des banques, il ne peut ni l'interdire, ni l'imposer. Le rôle que l'État est ainsi amené à jouer n'est pas un rôle premier, mais bien plutôt un rôle de surveillance après-coup de la création monétaire.

Or c'est très exactement dans le prêt sans contrepartie disponible de la part de la Banque que consiste la création de monnaie scripturale ⁵. C'est en effet ce prêt qui augmente la quantité de monnaie en circulation. L'État ne pouvant jamais empêcher une banque d'ouvrir un crédit, ses possibilités d'action sont limitées à rendre moins facile le refinancement de la banque. Aussi bien le contrôle sur la création de monnaie scripturale n'est-il qu'indirect, et surtout postérieur à la

¹ Pour les modalités d'émission ou de création de monnaie scripturale, on se reportera aux manuels d'économie. V. par ex. : M. DE MOURGUES, *op. cit.*, p. 49 et s.

² *Ibid.*

³ Sur ce type de compensation, C. LUCAS DE LEYSSAC, *L'utilisation de la compensation en droit commercial*, th. Paris I, 1973, reprogr.

⁴ *Ibid.*, p. 153 et s.

⁵ *Ibid.*, p. 61 et s.

création. L'État n'agit jamais sur la monnaie qui se crée, mais peut tout au plus encourager ou dissuader les créations à venir. Si le rôle et les pouvoirs de l'État en matière d'émission de monnaie étaient tels qu'on les dit ordinairement, on voit mal comment on pourrait rendre compte de son rôle dans la création de monnaie scripturale. Sauf à dire qu'elle n'est pas une monnaie, ce qui est du reste la position de certains auteurs, on est contraint de reconnaître que l'État n'exerce quasiment aucun pouvoir sur une forme de monnaie en laquelle sont effectuées les quatre cinquièmes des transactions ¹.

76. La théorie étatique ne nous paraît donc pas devoir être reçue, la position de Nussbaum en faveur d'une conception sociologique de la monnaie étant plus satisfaisante. C'est la raison pour laquelle, dans toute la suite de ce travail, il sera donné à l'influence et au rôle de l'État une part moins importante que celle qui leur est traditionnellement accordée. Cela ne signifie pas que l'on n'ait pas souci du droit positif, qui manifeste à l'évidence le rôle certain de l'État dans le phénomène monétaire. Mais on s'efforcera de faire la part entre ce qui ressortit à la réglementation de la monnaie, et qui engage sûrement l'État, et ce qui revient au fonctionnement intrinsèque de la monnaie, qui se passe fort bien de l'immixtion de l'État. Une monnaie n'existe pas par la seule présence de l'État dans sa création, sa circulation ou sa démonétisation. Une monnaie, on l'a assez montré, peut exister indépendamment de l'État pourvu qu'elle fasse l'objet d'un certain consensus. L'État n'est donc pas un élément nécessaire de la théorie juridique de la monnaie. Il n'en reste pas moins qu'étant l'artisan de la politique monétaire, son rôle ne peut être passé sous silence. Mais pour central qu'il soit en fait, il n'est jamais obligé en droit.

* *
*

77. Partis à la recherche, sinon d'une nature de la monnaie, du moins d'une définition, nous n'avons en fait qu'élucidé un fonctionnement. Mais il est désormais certain qu'on peut appeler monnaie ce qui fonctionne de la sorte. Pour être plus précis, indépendamment de tout critère organique, on peut estimer que ce qui sert d'unité de valeur regroupe l'essentiel de la notion de monnaie. Avant tout, la monnaie réside dans un moyen d'évaluer les choses : d'en percevoir la rareté et l'utilité, et de transformer cette perception individuelle en conception socialement utile. L'unité de valeur, produit de la rencontre d'un groupe social et de consciences individuelles, est le trait d'union opératoire entre l'un et l'autre. Mais la monnaie, rassemblée dans l'unité de valeur, n'est pas tout le système monétaire. Pour que l'évaluation puisse produire ses effets et déboucher effectivement, encore faut-il une unité de paiement apte à éteindre les dettes libellées en unités de valeur. La création de cette unité est également consensuelle, collective. Mais cette unité est le plus souvent incorporée dans des moyens de paiement où l'État tient à l'évidence une place notable. Celle-ci doit

¹ Au reste, les stricts tenants de la théorie étatique de la monnaie refusent en général d'accepter le caractère monétaire des dépôts en banque. L'argument opposé est ordinairement que ce serait manifester une confusion entre monnaie et crédit, domaines qui sont forcément différents (par ex. : F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 6). Mais on peut également penser qu'au fond, ces auteurs refusent la monnaie scripturale en raison de ses évidentes incompatibilités avec la théorie étatique. Reste que si l'on part de l'idée, fréquente chez les économistes, que l'on doit considérer comme de la monnaie ce qui fonctionne comme de la monnaie, on ne peut simplement répudier une forme de monnaie aussi importante que la monnaie scripturale.

lui être reconnue sans exagération : l'État joue un rôle social de premier plan, qui passe en partie par la monnaie. Mais de ce que l'État intervient dans la monnaie, on ne doit pas déduire qu'il y est indispensable. Ces deux unités permettent de reconstituer le fonctionnement de tout système monétaire.

78. C'est en se fondant sur ces supputations que l'on peut, en quelques mots, essayer de saisir la nature de certains objets, comme par exemple l'Écu. Quoique cette monnaie composite ait toutes les utilisations traditionnelles des monnaies¹, il est clair qu'elle ne peut être considérée comme une monnaie au sens propre. À l'heure actuelle, l'Écu est utilisée comme instrument de compte, et parfois comme instrument de paiement. Mais personne ne lui reconnaît le caractère de monnaie. Les économistes disent parfois que cet instrument ne pourra être considéré comme une monnaie que le jour où il sera émis de façon autonome, sans liaison avec l'émission des monnaies qui le composent, et où il aura un taux d'intérêt propre qui ne soit pas la moyenne pondérée des taux d'intérêts de ces monnaies². Mais le juriste doit entendre autrement ces propos. À ses yeux, l'Écu ne sera une monnaie *stricto sensu* que le jour où des utilisateurs pourront faire des évaluations directement en Écu, sans passer par la médiation d'aucune monnaie autre. C'est parce qu'il ne permet pas encore d'exprimer les valeurs que l'Écu n'est pas aujourd'hui une monnaie. Pour libeller une dette en Écu, l'utilisateur passe d'abord par les monnaies composantes, avant de transformer ce libellé en Écu. Ce n'est d'ailleurs pas tant que l'Écu ne soit pas encore ancré dans les mentalités, mais plutôt qu'un tel ancrage est impossible tant que l'évaluation pure des valeurs n'est pas le but recherché des promoteurs de cet instrument.

Sans doute paraîtra-t-il paradoxal que l'Écu manque précisément d'être une unité de valeur, quand jusque dans son nom, il réclame le statut d'unité de compte. (L'E.C.U., *European Currency Unit*, est fréquemment rendu en Français par : Unité de Compte Européen³). Mais c'est que la notion d'unité de compte est aujourd'hui dévoyée : on appelle ainsi les unités en lesquelles les prix sont exprimés, non celles en lesquelles les valeurs sont appréciées. D'où une notion qui n'est pas tant inexacte qu'inutile : ce n'est pas le fait qu'on libelle des prix en une unité qui lui fait prendre corps, exister comme monnaie. Aujourd'hui, non seulement l'Écu n'est pas une unité de valeur, mais c'est même la seule qualité qui lui manque fondamentalement.

L'évolution que le Traité sur l'Union européenne⁴ fait subir à l'Écu confirme entièrement cette analyse. Le Traité de Maastricht prévoit en effet que l'Écu deviendra la monnaie européenne après disparition de toutes les monnaies nationales. Mais pour que l'Écu puisse acquérir ce statut monétaire plein, encore faut-il qu'il perde ses références matérielles, et qu'il fasse l'objet d'une gestion autonome. Sur le premier point, l'article 109 G du Traité prévoit qu'au début de la troisième phase (au plus tard, le 1^{er} janvier 1999), la composition de l'Écu sera irrévocablement fixée ; après quoi, la "valeur" de la monnaie ne dépendra

¹ J. CHOUCROUN, *L'usage privé de l'Ecu*, Centre de droit international de Nanterre, 1988.

² B. SCHMITT, « Nature de la monnaie : une approche économique », *Droit et monnaie*, précité, p. 63, spéc. p. 95 ; on verra aussi l'ouvrage plus complexe du même auteur : B. SCHMITT, *L'Ecu et les souverainetés nationales en Europe*, Dunod, 1988.

³ On pourrait du reste s'interroger sur les différences entre les appellations anglaise et française : là où le français dit : unité de compte européenne, l'anglais se contente de dire : unité monétaire européenne.

⁴ Traité signé au cours du Conseil européen de Maastricht, le 7 février 1992.

plus du panier, les monnaies le composant ayant disparu, mais du sentiment de valeur des utilisateurs, et de son cours sur le marché des changes. En ce qui concerne la gestion de cette monnaie devenue autonome, le Traité met en place une Banque centrale européenne, travaillant en coopération avec les banques centrales nationales, qui se comportera à l'égard de l'Écu exactement comme aujourd'hui les banques centrales à l'égard de leur monnaie nationale ¹. Du fait de cette organisation, l'Écu permettra de libeller toutes les dettes des pays de la Communauté, et d'y effectuer tous les paiements, sans être concurrencé par aucune monnaie. Dès lors, au sein de l'Écu apparaîtra une unité de valeur correspondant à la perception de l'Écu comme mesure et une unité de paiement grâce à laquelle les dettes libellées en Écus seront éteintes.

79. S'il faut affirmer que l'essence de la monnaie se loge dans l'unité de valeur, c'est que c'est la seule des composantes qui ne puisse reposer totalement sur un consensus social. Sitôt qu'existe une unité de valeur, n'importe quel objet peut servir aux paiements, si l'on précise de quelle façon on peut se libérer d'une obligation d'une unité de valeur. Mais cet ancrage que créent les habitudes de compter et de penser, et sur quoi repose l'unité de valeur, ne peut se décréter. Autour de la seconde guerre mondiale, la Belgique avait voulu se débarrasser du franc belge, monnaie d'importation comme le nom l'indique, au profit d'une nouvelle unité : le Belga. Mais quoique le nationalisme y ait amplement trouvé son compte, la greffe n'a pu prendre, et la substitution a été abandonnée. Face à cette nouvelle monnaie imposée par décision politique, il eut été à craindre que les individus continuent d'évaluer et de compter en francs belges. Pour être efficace, une substitution de monnaie doit passer par un changement de nom sans modification de parité, de manière à respecter au mieux les habitudes de pensée des utilisateurs ².

80. Il ne peut y avoir de monnaie que pour autant que les individus d'un groupe social apprécient les valeurs au moyen d'une unité, et à condition que cette unité n'ait pas de référent matériel strict. Cette unité de valeur constitue alors la monnaie du groupe social. Ce qu'il est convenu d'appeler le système monétaire résulte, ensuite, de l'adjonction à cette unité d'une unité de paiement dont la fonction est d'éteindre les dettes libellées en unité de valeur. Mais il ne faut pas perdre de vue que si le système monétaire est constitué de ces deux unités, le principe actif de la monnaie, sous forme pure, non diluée, s'incarne dans l'unité de valeur.

¹ Sur cette organisation, v. le titre VI du Traité (La politique économique et monétaire), ainsi que le protocole sur les statuts du système européen de banques centrales et de la Banque centrale européenne.

² La difficulté de réussir des substitutions monétaires sur un espace géographique fait que l'on en connaît très peu (Pour un aspect un peu anecdotique de ces substitutions : J. CARBONNIER, « Conclusion générale » du Colloque de Dijon, *Droit et monnaie*, précité, p. 525, spéc. p. 532). Sur la question plus générale des créations d'unités monétaires, v. Geneviève BURDEAU, *Les successions de systèmes monétaires en droit international*, th. Paris II, 1974, mutigr.

TITRE II

LES MANIFESTATIONS DE LA MONNAIE

81. Dans une acception conceptuelle, le terme de monnaie fait référence à l'ensemble des caractéristiques en vertu desquelles un objet sera considéré comme de la monnaie par les utilisateurs. On a décrit la nécessaire articulation entre unités de valeur et unités de paiement, sur laquelle repose le concept de monnaie. Mais on ne peut en rester à ce point de l'étude : ce serait négliger que pour les individus, le terme de monnaie renvoie à l'objet qui est au fond de leur poche et qui leur permet de faire des paiements. Cet objet — au sens matériel et non juridique du terme —, emprunte dans l'esprit des utilisateurs la forme de pièces, de billets, de chèques, ou, aujourd'hui, de cartes de paiement. Communément entendus, l'argent, la monnaie, sont avant tout l'ensemble de ces objets matériels. Sans doute ne s'agit-il que d'une perception collective, et non d'un critère juridique. Mais ces objets sont tout de même essentiels en ce qu'ils participent, fût-ce sous l'aspect du paiement, au phénomène monétaire.

Ces objets ne se définissent que par une possibilité dont ils sont investis : celle de pouvoir éteindre des dettes libellées en unités de valeur. Aussi bien tout objet peut-il devenir un moyen de paiement efficace, pourvu qu'il soit consensuellement entendu qu'il peut éteindre ces dettes. L'ensemble de ces moyens est de ce fait extrêmement divers, et l'on ne peut s'attacher à décrire chacun dans le détail : c'est une tâche rendue trop longue par leur variété, et un

peu inutile du fait que chaque objet peut à son tour se muer en moyen de paiement. En revanche, il est intéressant de mettre en évidence les traits invariants de l'ensemble de ces objets, car cela seul permet de repérer les caractéristiques de la monnaie, considérée comme moyen de paiement. Ainsi ne répudie-t-on cette analyse intrinsèque de chaque objet de paiement que pour tenter une analyse qui mette en évidence leur fonctionnement commun dans l'opération de paiement.

82. L'ambition qui est ici à l'œuvre est limitée : plutôt que d'utiliser le prisme des moyens de paiement pour voir se déployer tout le phénomène monétaire, on n'envisagera le paiement que comme un phénomène presque extérieur à la monnaie, comme l'appendice, la queue de cette comète qu'est le déploiement monétaire. En cela, nous nous démarquons d'une tendance constante dans la doctrine juridique, recherchant la nature de la monnaie dans celle des objets monétaires sans relever l'erreur ainsi commise dans l'investigation. Le doyen Hamel écrivait en 1940 : « Nul doute que la monnaie ne constitue un meuble. Bien mobilier qui est indiscutablement corporel quand il s'agit de monnaies métalliques, et qui est indiscutablement incorporel quand la monnaie est représentée par ce qu'on appelle couramment "la monnaie scripturale", à savoir les dépôts en banque ou dans les caisses d'épargne. Plus délicate sans doute est la recherche d'une classification applicable aux billets de banque ou aux effets de commerce qui constituent "la monnaie fiduciaire" »¹. L'erreur persiste, puisqu'à presque cinquante années d'intervalle, on retrouve les mêmes raisonnements, et jusqu'aux expressions. Il y a peu M. Sousi reprenait ces mots à son compte, sans presque les modifier : « Il n'est pas utile d'insister d'avantage sur le caractère mobilier de l'objet de l'obligation de somme d'argent, sinon pour rappeler la difficulté mise en évidence par le doyen Hamel, à propos du caractère corporel ou incorporel de ce meuble »². Ce type de réflexions soulève une certaine gêne. D'une part, la monnaie est confondue avec les objets qui jouent un rôle dans le paiement, alors qu'ils n'interviennent que pour clore le déploiement monétaire. Au-delà, les auteurs se satisfont de la disparité juridique d'objets dont l'usage est similaire. C'est précisément de ce double écueil que nous voudrions nous garder. La sphère monétaire ne se limite pas aux espèces monétaires, ce qui n'empêche pas son étude de passer par eux. À quoi il faut ajouter que si des objets différents permettent de remplir un rôle identique, c'est qu'il y a entre eux une communauté juridique qu'il faut mettre en évidence, et qui constitue précisément l'étude des instruments de paiement.

83. Pour divers qu'ils soient, tous les objets monétaires ont servi ou servent au même usage, et de façon identique. Des temps les plus reculés jusqu'à nos jours, la monnaie a toujours permis la même opération d'acquisition au sens large, c'est-à-dire d'échange contre argent. Rousseau voyait dans la nécessité de la division du travail la naissance de la société : les hommes perdent leur autonomie, et sont contraints à échanger ce qu'ils ont en surplus contre ce qui leur fait défaut³. Cette origine de l'échange est demeurée sa règle de fonctionnement. La monnaie sert précisément à acquérir ce que l'on n'a pas, et que l'on désire. C'est ainsi que l'on aboutit à ce fait surprenant que sous la disparité des objets monétaires se dissimule un seul but, unique et constant :

¹ J. HAMEL, « Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie », précité, p. 87.

² G. SOUSI, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *Rev. trim. dr. civ.* 1982.514, spéc. p. 519.

³ J.-M. PUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, précité, p. 112 et s.

l'échange, au sens large ¹. Il se peut que les formes et la nature des opérations juridiques permettant la réalisation des échanges soient différentes dans le temps et dans l'espace : c'est affaire de techniques et d'environnement juridiques. Mais la fonction économique de l'échange est partout identique : remplacer dans un patrimoine de la monnaie par des biens nécessaires, ou des biens superflus par de la monnaie. Si le rôle joué reste constant, tandis que les moyens changent, c'est qu'il y a entre eux certaine communauté qui les adapte chaque fois à ce rôle. Pour réduire la diversité des monnaies, il faut saisir leur fonctionnement commun.

Ce point commun n'est encore qu'un présupposé. Mais si l'on y songe un peu, sa réalité émerge. Toute chose peut servir à payer, du moment qu'elle fait l'objet d'un consensus, éventuellement limité à un tout petit groupe d'hommes ². Ce qui importe donc, c'est de saisir la façon dont ces objets, quels qu'ils soient, ont pu, ou peuvent encore aujourd'hui, servir aux paiements. Ce qui revient à s'interroger sur leur nature et leurs caractéristiques juridiques (Chapitre I). Mais la question doit ensuite se déplacer du contenu contingent des divers moyens de paiement, à la façon dont ils peuvent être concrètement utilisés (Chapitre II).

¹ J.-M. PUGHON, *op. cit.*

² Cf. A. WOODFORD, « Substitute currency of early Detroit », *Rev. Int. d'Hist. de la Banque* 1978.140, selon qui un objet n'est accepté en paiement que parce que l'on sait que d'autres l'accepteront à leur tour. Cette idée est étendue à la situation de la ville de Detroit qui, à ses origines, souffrait d'un manque de liquidités.

CHAPITRE I DESCRIPTION JURIDIQUE DES MOYENS DE PAIEMENT

84. Individuellement, les moyens de paiement ont tous été examinés par les auteurs, car leur rôle dans les opérations juridiques est essentiel¹. C'est ainsi que les régimes du chèque, de la lettre de change ou de la carte de paiement font l'objet de développements nourris. On est donc en présence d'un paysage qui semble parfaitement reconnu par la doctrine, quoiqu'il ne le soit que de façon analytique. Si chacun de ces moyens a été étudié en détail, aucune analyse globale de l'ensemble de ces moyens n'a été tentée, qui établisse que le fonctionnement de la monnaie dans les paiements est toujours du même type, si on le considère sous un certain angle (Section I), que les caractéristiques de la monnaie peuvent être retrouvées à travers le prisme des moyens qui la mettent en œuvre (Section II), enfin que les moyens de paiement établissent clairement la spécificité de la monnaie, son caractère irréductible à toute marchandise (Section III).

Section I. FONCTIONNEMENT DES MOYENS DE PAIEMENT

85. Les unités de paiement permettent d'éteindre les obligations monétaires libellées en unités de valeur. Pour que le paiement soit effectué, c'est-à-dire pour

¹ C'est d'ailleurs surtout le droit commercial qui s'y est intéressé, dans les marges de l'étude des effets de commerce : M. JEANTIN, *Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficultés*, Dalloz, 1988 ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit du Crédit*, t. 2, *Chèques, effets de commerce, cartes de crédit et de paiement*, Litec, 1988.

que l'obligation monétaire soit tout à la fois exécutée et éteinte, il faut transférer le nombre d'unités de paiement nécessaire du patrimoine du débiteur à celui du créancier. Schématiquement, le paiement nécessite à la fois la matérialisation des unités nécessaires dans un patrimoine, et la possibilité de leur transfert. Ces deux opérations semblent indistinctes tant elles vont conceptuellement de pair. Pourtant, si le paiement n'est en soi que le transfert des unités entre patrimoines, la monnaie de paiement a dû être mobilisée au préalable. On le perçoit mal si l'on songe à des billets : l'homme qui paie plonge sa main dans sa poche, puis règle avec ce qu'il y puise ; il n'y aurait là qu'une seule opération. Les choses sont plus nettes si l'homme que l'on envisage doit payer, mais ne sait s'il le fera en argent liquide ou par chèque. Car la question qui est alors première pour lui est de savoir comment il mobilisera la somme demandée. Est-elle contenue dans les billets dont il dispose, ou bien sur son compte en banque ? Cette première opération est donc la recherche de l'objet qui incorpore les unités. La seconde opération consiste naturellement dans le transfert de ces unités, une fois le mode choisi.

Pour qu'une forme de monnaie soit opératoire, on peut considérer qu'il est nécessaire et suffisant qu'elle conserve des unités de paiement, et que celles-ci puissent être déplacées de patrimoine à patrimoine. La capacité d'un objet à être une monnaie pourrait ainsi être définie par la réunion de ces deux possibilités, l'une de stockage des unités, l'autre de transfert. L'étude des diverses formes monétaires montre toutefois qu'aucun objet monétaire ne joue les deux rôles à la fois. Certaines formes permettent de conserver des unités de paiement, d'autres de les faire transiter. Et ces deux formes monétaires, l'une qui stocke les unités, l'autre qui les déplace, doivent être couplées l'une à l'autre pour que la monnaie intervienne efficacement dans les paiements. Pour la commodité de l'exposition, on nommera support monétaire le titre qui matérialise les unités, et instrument monétaire celui qui permet leur circulation¹. L'opération de paiement réside toujours dans la mise en œuvre d'un instrument pour faire transiter des unités contenues dans un support.

On peut en donner deux exemples brefs. À l'époque où la lettre de change a été conçue, la monnaie en circulation était essentiellement matérialisée par des pièces d'or et d'argent. Ce sont ces pièces qui incorporaient les unités de paiement. Pour les faire circuler, on pouvait bien sûr les donner en paiement. Mais il était aussi possible de tirer une lettre de change. Celle-ci constituait alors un moyen de déplacer la richesse individualisée par les pièces, sans que celles-ci soient effectivement mouvementées. Les pièces fonctionnent ainsi comme des supports monétaires : la lettre de change — et la tradition manuelle du reste —, comme un instrument monétaire². L'exemple du compte en banque est plus actuel, quoique le fonctionnement soit au fond le même que celui qui vient d'être décrit. Le compte est un support monétaire par excellence : il contient des unités de paiement, qui sont captives. Pour les faire sortir du compte et transiter, il faut mettre en œuvre un instrument monétaire, qu'il se nomme chèque, virement ou carte de paiement.

La dissociation des moyens de paiement entre supports et instruments séduit : elle dessine les linéaments d'une grille d'analyse inexploitée jusqu'ici.

¹ Dans le sens de cette distinction : E. FROMENT, « L'innovation dans les paiements. Analyse et limite », *Banque* 1987.342. Pour des variations de terminologie, v. aussi E. ALFANDARI, « Le droit de la monnaie : de l'instrument à la politique », *Droit et Monnaie*, précité, p. 135.

² R. DE ROOVER, *L'évolution de la lettre de change XIV^e-XVII^e siècle*, Sevpen, 1953 ; R. SZRAMKIEWICZ, *Histoire du droit des affaires*, Montchrestien, 1989, n° 149 et s., p. 69.

C'est pourquoi on empruntera successivement les deux voies ainsi ouvertes, pour comprendre les spécificités des supports en premier lieu (§ 1), celles des instruments ensuite (§ 2).

§ 1. LES SUPPORTS MONÉTAIRES

86. Les supports monétaires sont en nombre restreint, et chaque génération monétaire reconnue a eu son support spécifique. C'est d'ailleurs là une tautologie, dans la mesure où ces différentes générations ont toujours été baptisées du nom du support fondamental. On parle ainsi de monnaie métallique, puis de monnaie fiduciaire, enfin de monnaie scripturale. Il est même débattu aujourd'hui, à propos du phénomène constitué par les cartes à piste magnétique, de l'appellation de "monnaie électronique", dont la validité est douteuse¹. On pourrait en fait remplacer toutes ces expressions par : support métallique, support-papier, support bancaire et, éventuellement, support électronique. Il est clair que dans chacun des cas, c'est bien dans le support identifié qu'étaient ou sont contenues les unités monétaires ; mais il reste à préciser de quelle façon.

A. Les supports naturels

87. Dans les monnaies dites primitives, c'est-à-dire les monnaies des sociétés peu développées, monnaies constituées d'objets se trouvant en l'état dans la nature, le support monétaire est l'objet lui-même. C'est en effet ce support qui sert d'unité, pour les valeurs éventuellement et les paiements à coup sûr. De ce point de vue, un bâtonnet de sel peut être un support monétaire au même titre qu'une once de métal précieux. Ces systèmes premiers ne diffèrent en effet d'autres plus élaborés que par le nom de l'unité : au lieu du franc, ce sera le coquillage, ou la livre de poivre². C'est-à-dire que l'unité fait corps avec le support, au lieu que dans des systèmes plus élaborés elle en soit détachée.

¹ L'expression a été premièrement employée par M^{me} Nicole Gautras, dans le rapport présenté au nom du Conseil Économique et Social, *J.O.C.E.*, 11 juin 1982, p. 532. Pour une réfutation ferme de cette expression, v. notamment : M. CABRILLAC, « Monétique et droit du paiement », *Mélanges de Juglart*, p. 83 ; de façon plus tempérée : M. VASSEUR, « Le paiement électronique. Aspects juridiques », *J.C.P.* 1985.I.3206 ; E. FROMENT, « L'informatisation des actes monétaires », *Droit et monnaie*, précité, p. 289, spéc. p. 294 ; P. ANCEL, « La monnaie électronique : régime juridique », *Droit et monnaie*, précité, p. 303, spéc. p. 305.

² Entre les monnaies primitives, et les monnaies contemporaines, la différence n'est pas dans le fonctionnement, mais dans la cohésion de l'objet. Les monnaies primitives sont moins découpées que ne le sont les contemporaines, ce qui gêne lorsqu'on les analyse. Schumpeter avait bien vu ce trait : « Les formes primitives d'existence sont, en règle générale, non pas plus simples, mais plus complexes que les formes plus tardives ». (J.-A. SCHUMPETER, *Histoire de l'analyse économique*, t. I, *L'âge des fondateurs*, précité, p. 102).

De la sorte, le coquillage, précisément, sera l'unité de paiement correspondant à la dette d'une unité de valeur, quel que soit son libellé. Le support monétaire est là, ou bien dans des combinaisons qui en modifient le pouvoir libératoire, sans altérer pour autant la substance : le collier de coquillage est le support efficace qui permet de faire des paiements plus importants¹.

88. Parmi ces supports naturels, la place des métaux précieux est particulière. Sans doute le poids de métal a-t-il pu être, autrefois, un support monétaire. Mais c'est un support qui a connu des modifications intrinsèques qui ont engagé l'avenir de la monnaie. Alors que les objets naturels ont toujours constitué en eux-mêmes les supports, le métal a été le lieu d'une perturbation, dont les formes les plus contemporaines de monnaies ont hérité.

Dans les systèmes non raffinés de monnaie métallique, le support est constitué par la pièce, non le poids de métal. L'écart entre ces deux situations apparemment proches tient au phénomène du monnayage. La première utilisation des métaux dans la monnaie était tributaire de la pesée : un fragment de métal n'avait de pouvoir libératoire qu'en fonction de son poids et du titre du métal². Le système était donc fondé sur le lingot de métal, non sur la pièce elle-même³. La situation se renverse avec l'apparition du monnayage. Par ce terme, on n'entend pas l'évolution technique par laquelle les fragments de métal donnés en paiement sont peu à peu devenus circulaires : cette évolution, qui est passée par le petit carré de métal, dont les coins seront progressivement travaillés au marteau, leur donnant forme octogonale, avant qu'une circularité plus probante ne soit recherchée, n'intéressera que les numismates⁴. Le monnayage dont nous parlons est plus un moment de l'évolution qu'une technique : il fait référence au passage d'une situation où la monnaie est pesée lors de chaque transaction, à une nouvelle situation où le poids de métal est inscrit sur l'avvers de la pièce.

C'est une véritable révolution dans la conception de la monnaie qui s'opère alors. Tandis que dans un premier temps, la monnaie est le métal, elle n'y est plus ensuite que rattachée. Une pièce d'or d'une livre est une pièce qui a la valeur sociale d'une livre d'or, et non plus forcément une pièce d'or qui pèse effectivement une livre. Cette dissociation fondamentale entre le métal et la monnaie s'est d'abord opérée pour des raisons de commodité dans les transactions ; mais l'intérêt a aussi joué son rôle : l'écart séparant le poids théorique du poids réel est une source de profit ouvrant un espace au seigneurage, c'est-à-dire à la perception par l'émetteur de la monnaie de la différence de valeur vénale entre le poids marqué et le poids réel⁵.

Cette progressive autonomie du support par rapport au métal est le fait marquant de la monnaie métallique. Le support acquiert son indépendance dans la mesure où son rôle circulatoire se sépare de la valeur effective du métal contenu. Une évolution trouve là son point de départ, qui aboutira à priver le support de

¹ On retrouvera ce procédé pour créer des supports multipliant le nombre d'unités de paiement avec la technique, propre aux époques d'hyper-inflation, consistant à faire des paquets de centaines de billets, que l'on marque au nouveau nombre d'unités contenu ; le paquet, jamais ouvert, fonctionne ainsi comme un nouveau support.

² On trouve un écho lointain de la pesée dans l'expression aujourd'hui répandue mais peu compréhensible : "espèces sonnantes et trébuchantes". Ces espèces sont celles qui font "trébucher" la balance, le "trébuchet". (Sur le rôle du peseur à Rome, le *libripens*, P. RAYNAUD, *Instabilité monétaire et droit des obligations*, Les Cours de Droit, 1964-1965, p. 6).

³ M. BLOCH, *Esquisse d'une histoire monétaire de l'Europe*, précité, p. 30.

⁴ *Ibid.*, p. 8.

⁵ *Ibid.*, p. 21.

toute valeur intrinsèque. La monnaie métallique n'est jamais parvenue à cet extrême, incorporant du métal précieux ¹. Mais cette possibilité a commencé de prendre corps avec l'écart séparant progressivement la *bonitas intrinseca* de la *bonitas extrinseca*. Cette évolution va ainsi engendrer des crises graves au Moyen-Âge, quoiqu'elle facilite sans conteste les échanges en évitant la présence permanente et ralentissante des peseurs. Les pièces ne sont pas systématiquement repesées en raison du prestige du monnayeur, de la confiance qu'on a en lui. Mais des disparités de poids entre le théorique et le réel se créent et se maintiennent : il arrive que des fragments de pièces soient rognés volontairement par un porteur, ou que le titre de métal ne soit pas celui qui est prévu, ou encore que pour des raisons de disponibilité de métal précieux, le poids d'origine de la pièce ait été truqué. Mais sur la longue durée, on constate que les crises monétaires, si violentes et persistantes soient-elles, n'ont pas remis en cause le monnayage, et la conception de la monnaie qu'il induit.

Entre les systèmes de lingot et ceux de pièces de métal, c'est toute la conception du support qui se joue : il cesse d'être confondu avec l'unité monétaire, pour devenir un moyen de la contenir, de l'incorporer ².

B. Le billet de banque

89. Le billet de banque que nous connaissons aujourd'hui est également un support monétaire. Mais c'est une caractéristique qu'il a acquise au terme d'une lente évolution : les premiers billets, délivrés par des bijoutiers chez qui le métal précieux était laissé en dépôt ou par des banques, n'auraient pas eu cette qualification, mais bien celle d'instrument ³. Ces billets permettaient en effet aux possesseurs de richesses métalliques de les utiliser dans la vie commerciale ou financière sans être gênés par la lourdeur et l'encombrement physique du métal ⁴. Aussi les billets circulaient-ils en lieu et place du métal. D'où leur caractère de substitut, qui leur permettait de mimer les mouvements du métal, sans le mettre en jeu matériellement ⁵. De cette première utilisation, le billet de

¹ On appelle monnaie de billon les jetons métalliques dont la valeur de la teneur en métal est négligeable.

² Cette première dépendance entre pièces et poids a laissé un résidu sémantique : beaucoup des noms d'anciennes pièces sont en fait des noms de poids, la livre comme le mark.

³ J. MARCHAL et M.-O. PIQUET-MARCHAL « Essai sur la nature et l'évolution du billet de banque », précité. (Cet article traite une question plus spécifique que ce qui peut d'emblée paraître, car le billet de banque est distingué des monnaies de papier émises par l'État. Aussi bien cet article ne traite-t-il pas de ce qu'on nomme couramment aujourd'hui le billet de banque).

⁴ Le dépôt de métal chez les *goldsmith* commença en Angleterre vers 1640, après que Charles I a mis la main sur le stock d'or des particuliers, traditionnellement gardé à la Tour de Londres (Cf. : J. HAMEL, *op. cit.*, p. 70).

⁵ On ne s'est pas beaucoup intéressé aux raisons pour lesquelles le billet avait petit à petit supplanté la monnaie métallique. Tout au plus s'en est-on plaint, sans toujours saisir combien de crises économiques la substitution du billet au métal avait permis d'éviter. Les systèmes métalliques n'ont jamais pu être fondés sur le monométallisme : le métal choisi ne peut efficacement s'adapter aux petits paiements comme aux grands. Tout au long de son histoire, l'or a été réservé aux paiements importants. Les tout petits paiements s'effectuaient fréquemment en bronze, les

banque conservera longtemps la qualification de créance ¹, même quand il ne tiendra plus la place de ces dépôts précieux. On ne verra en effet en lui qu'un substitut, permettant de réclamer des espèces sonnantes et trébuchantes auprès de l'établissement émetteur, donc une créance sur l'établissement dont le billet ne constitue que le titre.

Ce n'est en fait qu'avec le cours forcé du billet de banque ² que cette analyse deviendra, sans qu'on s'en rende bien compte, impossible : le billet prend alors son indépendance en devenant inconvertible en or ³. Les unités contenues dans un billet n'ont plus de correspondant matériel, même si elles demeurent liées par une valeur métallique. Elles sont incorporées au billet de banque, c'est-à-dire qu'elles y sont localisées, et ne sont plus des substituts d'autres unités situées sur un support métallique. Ce qui conduit à une situation étrange, et difficile à accepter. Un économiste anglais donnait l'exemple du porteur se présentant aux guichets de la banque d'Angleterre, demandant qu'on lui rembourse son billet d'une livre. La Banque le prendrait, et opérerait le remboursement en lui remettant un autre billet d'une livre ⁴.

Hamel considérait que c'était le cours légal du billet qui lui avait permis de devenir une monnaie au sens propre ⁵. Mais le cours légal n'est qu'une modalité de circulation des instruments monétaires, un moyen législatif de les imposer dans les paiements. Concrètement, il est un moyen de contrainte sur le créancier qui l'oblige non à accepter des unités qu'il n'aurait pas voulues, mais à les recevoir au moyen d'instruments qu'il ne désire pas. Le cours légal est sans doute un moyen préliminaire permettant de faire circuler les billets sans que personne puisse y objecter. Mais le cours légal n'a pas en lui-même la capacité de rendre la monnaie scripturale autonome : il ne prononce pas la rupture entre le support et les instruments qui le servent.

paiements intermédiaires en monnaie d'argent. Mais pour que de tels systèmes soient efficaces, il fallait que les rapports entre les monnaies restent constants, ce qui historiquement n'a jamais été le cas. Aussi certaines pièces sont-elles recherchées, d'autres dédaignées. La loi dite de Gresham, aux termes de laquelle la mauvaise monnaie chasse la bonne, entre alors en action et l'on assiste aux phénomènes de fuite devant la monnaie, constitutifs de crises du système. Le passage à une seule sorte de monnaie, monnaie de papier ou monnaie de billon, a été la solution à cette cause d'instabilité de la monnaie. Sans doute est-ce, au moins en partie, ce qui a assuré aux monnaies sans valeur intrinsèque leur succès. À défaut de supprimer les crises monétaires, ces monnaies supprimaient au moins les crises intra-monétaires.

¹ J. PERROUD, *Essai sur le billet de banque*, th. Lyon, 1901.

² Sur la notion de cours forcé, v. F. GÉNY, « Cours légal et cours forcé en matière de monnaie et de papier-monnaie », *Rev. trim. dr. civ.* 1928.5. Pour une réfutation de cette notion : B. COURBIS, « Comment l'État confère la qualité monétaire à un avoir ? De la notion de cours à la notion de pouvoir libératoire légal », *Droit et Monnaie*, précité, p. 33.

³ A. MATER, *op. cit.*, n° 66, p. 98.

⁴ Exemple donné par Dennis Robertson, cité par B. SCHMITT, « Nature de la monnaie. Approche économique », précité, p. 63.

⁵ J. HAMEL, *op. cit.*, p. 85. Raynaud partage cette opinion, quoiqu'il la nuance un peu en précisant le rôle qu'a pu jouer le cours forcé dans ce processus (*op. cit.*, p. 182).

C. La monnaie scripturale

90. Après la monnaie métallique et la monnaie fiduciaire, la monnaie de la troisième génération est scripturale. À tort, on a souvent désigné par ce terme les chèques et les virements. Or ils sont des instruments monétaires, et non des supports. À l'évidence, un chèque ou un virement permettent de déplacer des unités monétaires d'un compte en banque sur un autre, et plus généralement d'un patrimoine à un autre. Mais en soi, un chèque ni un titre de virement ne représentent aucune valeur. Ils n'ont de sens et d'existence que par rapport au compte en banque¹. Le support est par hypothèse ce qui matérialise les unités de paiement dans un patrimoine : l'inscription en compte est cette matérialisation. Aussi bien peut-on affirmer que le support monétaire de la monnaie scripturale se trouve dans le compte en banque.

91. Dès 1968, M. Rives-Lange montrait que les soldes disponibles des comptes en banque devaient être considérés comme de la monnaie, quoiqu'à l'époque l'évolution n'ait pas encore été achevée². L'analyse de M. Rives-Lange a pour point de départ l'écart constaté entre la position des juristes et celle des économistes quant à la qualification des soldes disponibles des comptes en banque. Pour les économistes, il va de soi que ces soldes constituent une monnaie, non pour des raisons qui tiendraient à une conception particulière de la monnaie, mais parce que ces soldes fonctionnent comme de la monnaie et en tiennent lieu dans la vie quotidienne³. M. Rives-Lange considère comme absurde que la doctrine refuse de prendre en considération ce que les économistes considèrent comme une monnaie, le fossé entre les deux positions résultant de ce que les soldes disponibles doivent techniquement être considérés comme une créance sur la banque. La question posée par l'auteur consiste dès lors à savoir comment passer de la qualification actuelle de créance à celle de monnaie. Peut-être M. Rives-Lange aurait-il pu faire plus qu'évoquer ce précédent qu'est le premier billet de banque⁴ : à l'origine, il était également une créance, mais a perdu cette nature au bénéfice d'une qualification monétaire. Sans doute était-ce facilité par le fait que le titre était au porteur ; mais il s'en déduit que le passage d'une qualification à l'autre n'est pas à exclure d'emblée. Au surplus, la façon dont le billet a mué aurait pu apporter d'utiles précisions quant à la délimitation du problème : le billet, d'instrument, est devenu support ; mais à partir de quel moment a-t-on pu le considérer comme une monnaie ?

Pour essayer de trancher entre les deux qualifications concurrentes, M. Rives-Lange a emprunté une voie un peu transactionnelle. Sa démarche consiste à montrer que le caractère monétaire ne peut s'affirmer qu'à proportion de l'affaiblissement de la qualification de créance. Au sujet de la transmission que réalise le virement, il constate que : « Le transfert de monnaie scripturale ...

¹ J. HAMEL, *op. cit.*, p. 110 et s. ; J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, Dalloz, 5^e éd., 1990, n° 263, p. 356.

² J.-L. RIVES-LANGE, « La monnaie scripturale. (Contribution à une étude juridique) », *Mélanges Cabrillac*, p. 405.

³ *Ibid.*, n° 3. Sur ce point, v. déjà en 1957, L. BAUDIN, *La monnaie et la formation des prix*, précité, p. 253 et s., spéc. p. 265. L'idée que la monnaie scripturale fait partie intégrante de la monnaie est particulièrement illustrée par la Comptabilité Nationale, qui range la monnaie scripturale parmi les agrégats composant les liquidités monétaires (M1), aux côtés des monnaies fiduciaire et divisionnaire.

⁴ J.-L. RIVES-LANGE, art. précité, n° 6, p. 408, n. 19.

n'obéit plus aux règles de transport des créances. Mais d'autre part, ce caractère monétaire n'est pas encore reconnu avec autant de facilité lorsqu'il s'agit de préciser les effets de la transmission de monnaie scripturale. Ici, le caractère de créance réapparaît, l'évolution n'est pas à son terme »¹. Ayant dessiné la ligne de partage entre la monnaie et les créances, l'auteur montrait qu'à bien des égards, la monnaie scripturale ne pouvait plus être présentée comme une créance pure et simple, mais qu'elle en conservait encore certains traits. Preuve qu'une évolution était en cours, dont l'issue probable était la reconnaissance du caractère monétaire de la monnaie scripturale².

92. M. Rives-Lange a joué un rôle novateur dans la doctrine française, en exposant le premier que les objets qui fonctionnent de façon similaire doivent recevoir une même qualification³. Mais si l'intuition est importante, la démonstration ne convainc pas forcément. L'analyse du caractère hybride de la créance de monnaie scripturale est sans doute pertinente, mais le postulat qui la fonde n'est pas satisfaisant. Selon M. Rives-Lange, pour être une monnaie, les soldes disponibles doivent cesser d'être des créances : l'objet devient ainsi monétaire en raison décroissante de son caractère de créance. Or les relations contraires qui semblent unir créance et monnaie ne sont fondées sur rien. En tous cas, elles ne sont pas explicitées. Pas plus que ne l'est, du reste, la conception que l'auteur se fait de la monnaie. Elle est exposée de façon fugace, comme si c'était un point de second plan : « la monnaie, en effet, remplit deux fonctions qui n'exigent pas au même degré une adaptation du statut traditionnel des créances »⁴. Il est ainsi fait implicitement référence aux trois fonctions canoniques de l'analyse économique ; mais comme le statut de la monnaie de compte n'est pas troublé par le caractère scriptural de la monnaie, l'auteur la passe sous silence⁵.

À partir de cette conception économique de la monnaie, il était normal que M. Rives-Lange aboutisse à ce que la monnaie scripturale doive être considérée comme une monnaie plutôt que comme une créance. Son objectif de départ est en effet de combler le fossé entre juristes et économistes. Mais pour ce faire, au lieu de poser une définition juridique de la monnaie, il emprunte celle qui est en usage chez les économistes. De ce fait, il n'aurait pu aboutir à un résultat différent du leur, sauf à relever des contradictions dans la pensée économique. En cela, pour exacte qu'elle soit, l'analyse de la composante de créance qui entre dans la monnaie est inutile : qui a jamais établi qu'une créance ne pouvait pas avoir de rôle monétaire⁶ ? Avant de déterminer si une chose est ou non monnaie, encore

¹ *Ibid.*, n° 9, p. 410.

² La position de l'auteur a clairement évolué vers une reconnaissance du plein statut monétaire des soldes des comptes en banque : J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, n° 263, p. 357.

³ Avant-guerre, le doyen Hamel avait déjà rangé la monnaie scripturale à côté des monnaies métalliques et fiduciaires. Mais il n'agissait ainsi que sous la pression de la conception économiste de la monnaie : il n'a jamais cherché à expliquer en quoi la monnaie scripturale était véritablement une monnaie (*op. cit.*, p. 110 et s.). Ces incertitudes apparaissent très nettement lorsque l'auteur examine le statut des comptes non bancaires, et se demande s'ils sont ou non de la monnaie (*op. cit.*, p. 139 et s.).

⁴ J.-L. RIVES-LANGE, art. précité, n° 4, p. 408.

⁵ *Ibid.*, n. 17, p. 408.

⁶ H. GUITTON, « La monnaie existe-t-elle ? », précité, p. 29. V. aussi L. BAUDIN, *op. cit.* p. 311 et s., spéc. p. 315 : « La monnaie est un complexe qui

faudrait-il avoir une conception juridique claire de ce dont il s'agit, ou bien reprendre telles quelles les observations de l'analyse économique. Mais dans l'un et l'autre cas, on ne réconcilie nullement des points de vue divergents.

L'opposition entre monnaie et créance qui est décrétée par M. Rives-Lange est problématique. Si l'on accepte le caractère conceptuel des unités de valeur, l'idée que les espèces monétaires soient une créance s'impose aisément. Payer, c'est remplacer une évaluation due par des unités de paiement. Mais celles-ci n'ont pas la valeur intrinsèque correspondant à l'évaluation ; elles n'incorporent d'ailleurs aucune valeur, mais mettent entre les mains du titulaire un droit subjectif : celui de se libérer d'une autre dette. Aussi le paiement n'est-il jamais substantiel, mais représente-t-il la possibilité de rembourser à son tour une dette. Dans cette vue, la monnaie n'est jamais qu'une sorte de créance que l'on fait circuler sans fin ¹.

La démonstration de M. Rives-Lange ne peut donc convaincre. Elle tend au fond à adapter les conceptions économiques au domaine juridique. C'est dans cette voie que l'auteur se heurte à des exigences proprement juridiques qui ne lui paraissent pas pouvoir être dépassées, telle que la différence entre monnaie et créance. Mais cette distinction est floue, et rien ne s'oppose à ce qu'une créance joue le rôle d'une monnaie, à ce qu'au sein de toute monnaie se dissimule une créance. Ce point faible de la démonstration exige que l'on fonde autrement l'intuition de M. Rives-Lange, selon laquelle les juristes doivent considérer comme monnaie les comptes en banque.

93. Au sens où nous l'entendons ici, le solde disponible est à l'évidence un support monétaire. Il est premièrement indéniable qu'il incorpore des unités de paiement. Qu'il soit constitué d'unités de compte n'est à tout prendre qu'une approximation ², qui trace entre les deux monnaies de compte et de paiement la même frontière qu'entre l'immatériel et le matériel ³. C'est là faire une confusion entre la fonction de compte et ce qu'on nomme la monnaie de compte. La fonction de compte a tout simplement pour objet de dénombrer. En tant que telle, elle a vocation à intervenir aussi bien pour les deux types d'unités : on peut compter tant des unités de valeur que des unités de paiement. Le terme d'unités de compte montre là ses aspects trompeurs : le rôle de cette unité n'est pas tant de compter que d'exprimer les valeurs par un compte monétaire. Du fait de cette appellation très fonctionnelle, certains identifient rapidement tout ce qui est compté avec les unités de compte, ce qui est une erreur. La seule source des unités permet d'en connaître la nature, et celle des unités de valeur se trouve précisément dans l'existence d'une évaluation. Sans doute le compte des unités de paiement, tel qu'il existe dans le solde disponible des comptes bancaires, est-il incorporel. Mais c'est au moins une trace matérielle, et cette matérialité est essentielle : la monnaie existe tant que cette trace est conservée ⁴. Perdue, la monnaie n'a plus d'existence dans ce cas. À l'inverse, les unités de valeur

s'analyse d'une part dans une reconnaissance de dette, d'autre part dans un droit de créance ». *Contra* : F.-A. MANN, *The legal aspect of money*, précité, p. 8 et s.

¹ L. BAUDIN, *op. cit.*, p. 311.

² P. DIDIER, « Monnaie de compte et compte bancaire », *Mélanges Flour*, p. 139.

³ A. PIÉDELIEVRE, « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », *Mélanges de Juglart*, p. 55.

⁴ Sur l'importance du relevé de compte, v. J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, n° 189, p. 248.

existent sans aucun besoin de trace matérielle : cette unité correspond en effet à une idée personnelle de la valeur sociale qu'incorpore l'unité.

94. De plus, ces unités de paiement incorporées dans le solde disponible sont aujourd'hui considérées comme un élément du patrimoine du déposant¹. L'analyse d'hier était bien plus rigide, puisque l'idée que le solde d'un compte en banque ait une existence propre n'avait pas cours. La jurisprudence ne reconnaissait le caractère de créance qu'au solde final, celui de la clôture du compte. La Cour de cassation l'exprimait très nettement : « tant que le compte reste ouvert, il n'y a ni créance, ni dette, mais seulement des articles de crédit et de débit, et c'est par la balance finale seule que se détermine le solde à la charge de l'un ou l'autre des contractants, et par conséquent, les qualités de créancier et de débiteur jusque là en suspens »². Cette analyse est abolie depuis un revirement de 1973, et les soldes disponibles sont intégrés au patrimoine du titulaire du compte. Cela se manifeste par exemple par la saisissabilité du solde du compte courant. La Cour de cassation énonçait ainsi en 1973 : « ...faisant partie dudit patrimoine, le solde provisoire du compte courant...ne pouvait être distraité du gage général du Trésor »³. Les soldes disponibles des comptes en banque peuvent donc être considérés comme des supports monétaires, à qui il ne manque que des instruments monétaires pour pouvoir être utilisés dans les relations commerciales.

Le fait que ce support soit géré par un tiers ne pose aucune difficulté pour la reconnaissance de son caractère patrimonial. Qui nierait qu'une créance entre dans le patrimoine de celui qui la détient⁴ ? La détention des unités de paiement du créancier par un banquier n'empêche pas ces unités d'être contenues dans son patrimoine. Ce n'est d'ailleurs qu'à ce titre qu'elles peuvent être saisies. Cette détention des unités par la banque n'interdit pas au titulaire de pouvoir en disposer librement, par l'entremise, notamment, de chèques ou de virements. La présence d'un tiers a des conséquences dans la mise en jeu sociale des unités, mais aucune quant au caractère monétaire des comptes en banque. Ceux-ci constituent effectivement des supports monétaires parce qu'ils incorporent des unités de paiement, et parce que celles-ci font partie intégrante du patrimoine de leur titulaire.

95. Ce qui peut en revanche poser problème dans le rattachement du compte à la monnaie, c'est l'actuelle convertibilité de monnaie scripturale en monnaie fiduciaire. On peut en effet toujours faire des retraits en billets aux guichets des banques. Dans les époques troublées, époques d'inquiétude monétaire, la tendance est d'ailleurs au retrait de tout le solde disponible, les individus ayant alors plus confiance dans les billets que dans les banques. Ce réflexe ne trahit-il pas une conception implicite de la monnaie scripturale, qui ne serait qu'une monnaie déléguée, bonne seulement aux époques de stabilité ? Peut-on suivre à cet égard M^{me} Catala, qui estimait en 1961 que : « en tant qu'instrument de paiement, la monnaie scripturale n'est qu'une monnaie subsidiaire »⁵ ? L'expression est sans doute un peu forte à une époque où 85 % de la masse des liquidités est

¹ J.-L. RIVES-LANGE, « La saisissabilité du compte courant », *D.* 1974, Chron. XXXI p. 101.

² Civ. 24 juin 1903, *D.* 1903.1.472.

³ Com. 13 novembre 1973, *Bull. civ.* IV, n° 325, p. 290. Décision commentée dans la chronique de M. Rives-Lange, citée *supra*.

⁴ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 2, p. 12.

⁵ N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, précité, p. 142.

constituée de monnaie scripturale ¹. Mais l'argument n'est que pragmatique, tiré de constatations socio-économiques, et ne s'évince pas d'une qualification juridique.

Conceptuellement, on peut se demander si dénuée de cours forcé, la monnaie scripturale n'est pas forcément subsidiaire. À partir du moment où les comptes peuvent être liquidés pour céder la place à des espèces, où existe une concurrence entre deux supports possibles, l'un apparaît toujours comme une forme dégradée de l'autre. Hier, le billet n'était qu'un vague substitut de l'or ; aujourd'hui, c'est la monnaie scripturale qui joue ce rôle vis-à-vis du billet de banque. Le cours forcé est le moyen de décrocher le support scriptural, en rendant les unités qui y sont contenues inconvertibles en papier, c'est-à-dire autonomes.

Il reste toutefois qu'en la matière, le cours forcé présenterait à l'heure actuelle des difficultés, notamment pour la réalisation des petits paiements, pour lesquels les instruments liés à la monnaie scripturale sont encore trop lourds et trop onéreux ² ³. Si le cours forcé législatif, officiel, n'est pas encore d'actualité, encore qu'il ne soit plus radicalement exclu, l'utilisation du cours légal tend parfois aux mêmes effets. Les mesures fréquemment adoptées obligeant les paiements par chèque pour des sommes supérieures à un plancher déterminé ⁴ reviennent à limiter l'usage des espèces aux petits paiements. C'est en fait un refus du cours légal du billet de banque au-delà d'un certain montant. Un équivalent au cours forcé de la monnaie scripturale se met ainsi en place : si l'on réserve l'hypothèse du retrait massif de monnaie du compte pour des raisons de confiance, ou de paiements en billets effectués malgré l'interdiction, les retraits aux guichets se limiteront à des petits montants, destinés aux paiements quotidiens. Une inconversion de fait est ainsi réalisée, qui peut permettre à la monnaie scripturale de jouer un rôle monétaire plein. Mais nous n'en sommes pas là, car les obligations de payer par chèque sont en fait des mesures d'opportunité, bien plus qu'elles ne traduisent le désir de constituer une monnaie ⁵.

¹ BANQUE DE FRANCE, *La monnaie en 1986*.

² On commence toutefois à voir les cartes de paiement servir à certains petits paiements, par exemple dans les péages autoroutiers ou les parkings. Ce qui laisse ouverte la voie à des utilisations plus importantes, au moins en France. C'est en effet un des seuls pays où l'interbankarité absolue des réseaux a été obtenue, ce qui multiplie les possibilités d'utilisation de la carte pour les petits paiements. Sur cette orientation : E. ROHDE, « Vers la démonétisation », *Le Monde*, 10 novembre 1982.

³ Par un arrêt du 21 novembre 1984, D. 1985.297 note C. Lucas de Leyssac, la Cour de cassation a entendu réserver l'usage des cartes aux individus capables, au motif qu'elles incorporaient un aspect de crédit. La généralisation des paiements par carte au détriment des paiements en monnaie fiduciaire créerait ainsi un problème de libertés publiques : serait-il admissible de réserver les paiements quotidiens aux seuls majeurs capables ?

⁴ La première manifestation de cette tendance se trouve dans la loi du 22 octobre 1940, J.O. du 8 novembre 1940 ; mais cette loi sera plusieurs fois modifiée en diverses directions, au gré des orientations idéologiques de la politique économique. Sur l'ensemble de ces textes, C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, n° 175 bis, p. 231.

⁵ C'est ainsi que ces plafonnements sont institués au gré des politiques, plutôt qu'en fonction d'une vision à long terme des problèmes de paiement.

§ 2. LES INSTRUMENTS MONÉTAIRES

96. Les instruments monétaires se présentent comme les moyens effectifs de réaliser les paiements, c'est-à-dire de faire passer les unités de paiement du patrimoine du débiteur à celui du créancier. Le support monétaire est l'élément statique du processus monétaire : les unités de paiement y sont stockées, qui lui donnent l'aspect d'une réserve. Pour que les unités sortent de ce réservoir et jouent le rôle monétaire escompté, il faut mettre en œuvre les moyens dynamiques que sont les instruments monétaires. La description détaillée du fonctionnement de chacun des instruments ne sera pas entreprise, mais on montrera quel en est la typologie (A), avant de s'intéresser aux relations complexes qui lient instruments et supports (B).

A. Typologie des instruments monétaires

97. Les instruments monétaires sont divers, non seulement en raison de l'existence de différents supports, mais aussi parce que chacun de ceux-ci peut posséder plusieurs instruments. Cette variété décourage l'étude, par l'ampleur qu'on peut lui supposer d'emblée. Au surplus, l'examen de ces instruments se trouve déjà dans la littérature juridique. Au confluent du droit commercial et du droit monétaire, ces études ont déjà été menées en nombre. Ces instruments sont en effet, par excellence, des effets de commerce, et le droit commercial s'y intéresse depuis longtemps à ce titre ¹. Ni l'étude du chèque ni celle du virement ne seront donc ici entreprises, ni celle d'aucun autre instrument. Mais on peut tenter d'aborder tous ces instruments en réduisant leur diversité : en s'intéressant plutôt aux constantes qu'ils présentent, aux traits de structure qui les rassemblent (1), de manière à profiter de la communauté ainsi dégagée pour reconnaître la qualité d'instrument à des objets dont l'appartenance au champ monétaire ne va pas de soi (2).

1. Description des instruments monétaires

98. Les instruments monétaires se sont multipliés avec le passage à la monnaie scripturale. Les unités de paiement y étant enregistrées sous une forme non corporelle, il a fallu suppléer à la perte de l'instrument monétaire par excellence, qui avait jusque là fonctionné principalement : la tradition manuelle ². Les supports traditionnels sont tous des supports matériels : supports naturels, pièces de métal, ou même billet de banque. Il est facile d'identifier le support avec l'instrument, et de considérer que le seul support réalise l'intégralité du processus monétaire. C'est en effet en donnant un billet ou une pièce que le transfert d'unités s'opère, parce que ces supports sont directement appropriables. Immédiatement, le billet, la pièce, entrent dans le patrimoine de celui qui les reçoit. Mais c'est essentiellement le caractère corporel du support qui permet ce résultat, parce qu'un objet corporel peut être donné simplement et que les unités contenues sont transmises dans le même temps que

¹ V. par ex. C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, p. 223 et s. ; M. JEANTIN, *op. cit.*, p. 7 et s.

² E. FROMENT, « L'innovation dans les paiements... », précité, p. 342.

le support. Certains instruments monétaires se sont toutefois développés en concurrence avec la tradition manuelle : pour avoir été l'instrument obvie, celle-ci n'était pas l'unique mode de transfert des unités. Reste que cette façon de découper le fonctionnement monétaire ne s'est pas encore imposée. Si l'on commence à faire la différence entre support et instrument au sein de la monnaie scripturale¹, on ne fait pas de telles distinctions s'agissant des formes plus anciennes de monnaie, quoiqu'elles fonctionnent de façon identique.

La lettre de change a premièrement été forgée pour éviter l'encombrement que causait la monnaie métallique. Avant de devenir un instrument dont la finalité est le crédit, la lettre de change a été un moyen de payer sans passer forcément par une tradition manuelle². Tant que la lettre n'est pas payée et circule par endossements successifs, les paiements sont effectués sans recours au support métallique. Le billet de banque a également eu à l'origine une fonction similaire³. Aujourd'hui encore, on connaît des modes de transmission de monnaie fiduciaire qui ne sont pas la tradition manuelle. C'est le cas de certains virements postaux qui se font par dépôt de billets au guichet de poste, lorsque l'émetteur du virement n'est pas titulaire d'un compte chèque postal : le virement est alors un moyen de faire parvenir cette monnaie fiduciaisée à un correspondant éloigné, sans tradition manuelle directe du *solvens* à l'*accipiens*. Dans ce cas, ce sont des instruments scripturaux qui sont mis au service de la monnaie fiduciaire. Mais ces instruments plus élaborés que la simple tradition manuelle sont restés d'usage limité, tant il est vrai qu'ils correspondent à des besoins et des utilisateurs trop spécifiques. Ce n'est qu'avec le compte en banque que se sont multipliés de façon obligée les instruments monétaires.

99. L'impossibilité d'une tradition manuelle de monnaie scripturale a provoqué la naissance de moyens opérant passage des unités de paiement de compte à compte⁴. Le chèque est l'instrument le plus développé, qui semble correspondre si bien au compte en banque qu'on les confond parfois. Le virement bancaire, également utilisable rencontre une moindre faveur car il exige que l'opération de paiement se fasse à partir d'un guichet de banque, ce qui n'est guère commode pour les paiements courants. Enfin on utilise aujourd'hui la carte de paiement, dont le fonctionnement technique est bien plus élaboré que ceux du chèque et du virement mais qui réalise aussi le passage des unités de compte à compte⁵. La spécificité de la carte de paiement est en effet de faire intervenir en plus du débiteur, du créancier, et de leurs banques respectives, l'organisme qui a délivré la carte. Le paiement est alors opéré en deux temps. Après prise de l'empreinte ou du numéro de la carte du débiteur, le créancier demande à l'organisme d'éteindre sa créance vis-à-vis du débiteur. Celui-ci la règle donc, puis, dans un laps de temps qui dépend des conditions d'émission de la carte — soit elle ne permet que les paiements, soit elle donne lieu à un crédit de quelques

¹ E. FROMENT, *loc. cit.*

² R. SZRAMKIEWICZ, *op. cit.*, n° 152 et s., p. 71.

³ J. MARCHAL et M.-O. PIQUET-MARCHAL, *eod. loc.*

⁴ Pour une tentative un peu dépassée de synthèse de tous les instruments scripturaux, J. DACH, « "Payment" in cashless societies », *Mélanges Mann*, p. 707.

⁵ C. LUCAS DE LEYSSAC, « Les cartes de paiement et le droit civil », in *Les cartes de paiement*, p. 55 ; M. VASSEUR, « Le paiement électronique. Aspects juridiques », *précité* ; D. MARTIN, « Analyse juridique du règlement par carte de paiement », *D.* 1987, Chron X, p. 51.

semaines ¹ —, demande à la banque du débiteur de régler la créance, subrogé dans les droits du créancier initial ².

La "monnaie électronique", si tant est qu'elle se développe, rendra sans doute les instruments utilisés plus uniformes, au gré de ses besoins spécifiques ³. Les paiements ne devraient plus pouvoir se faire sans l'entremise de moyens informatiques permettant le passage des unités d'une carte sur une autre. L'instrument sera alors nécessairement électronique, quels que soient les moyens concrets de réaliser les transferts, dont le détail n'est peut-être pas essentiel.

100. Les instruments monétaires n'opèrent pas indépendamment de leurs supports : ceux-ci ont des instruments qui leur sont adéquats, et inversement, il semble bien que le transfert des unités s'accompagne de celui du support. Pour dire les choses plus précisément, un instrument monétaire ne transfère pas des unités d'un support d'origine dans un support différent. L'instrument ne réalise jamais un change intra-monétaire ⁴, qui consisterait par exemple à faire passer des unités fiduciaires d'un patrimoine donné à des unités scripturales d'un autre patrimoine. L'instrument déplace des unités dans leur support ; il faut une autre opération pour modifier le support. Ainsi, la tradition manuelle fait passer un billet, une pièce, de main en main ; le chèque déplace les unités de compte à compte, le terminal de carte à carte, et peut-être à l'avenir, de mémoire à mémoire.

Le support paraît parfois changer dans la phase de paiement : on peut apparemment retirer de l'argent liquide contre la remise d'un chèque au guichet d'une banque. Mais l'opération s'analyse en fait en deux étapes bien distinctes : d'une part, encaissement du chèque, d'autre part, retrait d'argent liquide au guichet ⁵. De même, il semble qu'un virement bancaire donne la possibilité au bénéficiaire de le percevoir en billets, ou par une inscription en compte. Mais le virement est toujours un virement de monnaie scripturale : quand bien même c'est une somme en billets qui doit être virée, elle est d'emblée inscrite sur un compte dont l'organisme vireur est titulaire, avant d'être effectivement virée. Le support incorporant les fonds du dépositaire ou du bénéficiaire ne modifie aucunement la nature du virement. Il se trouve simplement qu'il peut y avoir change intra-monétaire avant le virement, et après.

101. La disparité des instruments monétaires, ainsi que leurs différences de régime, posent problème. Une des raisons pour lesquelles la monnaie scripturale

¹ Dans ce dernier cas, on parle de carte de crédit plutôt que de carte de paiement. Mais la frontière entre les deux instruments est un peu floue. Pour un panorama détaillé des diverses cartes, B. MENUT, « La monnaie électronique », in *Les nouveaux moyens de paiement, Droit, argent et libertés*, 17^e congrès national des huissiers de justice, septembre 1986, Economica, 1986, p. 73 et s. ; C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, n° 335 et s., p. 429 ; M. JEANTIN, *op. cit.*, n° 188 et s., p. 144.

² Outre les manuels, on verra : M. BILLIAU, *La délégation de créance. Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, Bibl. dr. priv. CCVII, préf. J. Ghestin, L.G.D.J., 1989, p. 399 et s. ; D. MARTIN, *loc. cit.*, p. 130.

³ Pour les aspects prospectifs, v. *L'argent invisible. L'ère des flux électroniques*, Paris, 1987.

⁴ Sur le change intra-monétaire, v. *infra* n° 138 et s.

⁵ Ce qui crée la confusion dans cet exemple ressortit en fait à la convertibilité entre les supports monétaires, non à des possibilités de changer de supports grâce à un instrument.

n'est pas reconnue comme monnaie tient précisément aux régimes du chèque et de la carte de paiement, qui font croire que les unités de paiement ne sont pas immédiatement réutilisables après ce que l'on nomme le paiement dans le langage courant, c'est-à-dire l'émission du chèque ou la prise d'empreinte de la carte¹. On sait en effet que le paiement au sens juridique n'est pas réalisé par ces actes matériels, mais seulement lorsque les unités de paiement dues entrent effectivement dans le patrimoine du créancier. D'où ce reproche, qui stigmatise le fait que le créancier de monnaie scripturale ne peut utiliser son dû dès que le débiteur a mis en œuvre les moyens de se libérer. On peut toutefois faire aisément justice de ce grief en songeant que les unités sont immédiatement utilisables dès l'instant où elles entrent dans le patrimoine du créancier. La période mise en cause, au cours de laquelle l'utilisation est en effet impossible, est donc celle qui s'étend entre la délivrance de l'ordre de paiement : émission du chèque ou prise de l'empreinte de la carte, et son exécution. En droit, le reproche lié à la réutilisation n'est donc pas valide, dans la mesure où le paiement n'étant effectué que par le transfert des unités, il est normal qu'avant ce paiement, le bénéficiaire ne puisse disposer d'unités qu'il ne détient pas encore. Mais en fait, le problème se présente un peu différemment. Si l'on pense communément que le paiement par chèque ou carte est réalisé dès la délivrance de l'ordre, c'est bien parce que c'est censément un paiement au comptant². On le voit, le reproche de non-réutilisation dissimule en fait un grief lié à la présence de crédit dans tout paiement par chèque ou par carte de paiement³. Alors que le fournisseur n'est d'accord que pour un paiement au comptant, les contraintes techniques liées au fonctionnement des instruments utilisés lui imposent un crédit à court terme. Recevant chèque ou carte un jour, il ne pourra effectivement jouir de la somme due qu'au moins deux ou trois jours plus tard. Les instruments que l'on a présentés comme étant des instruments monétaires révèlent ainsi une claire composante de crédit^{4 5}, même à très courte échéance, qui fait dire à certains que de tels instruments ne peuvent être constitutifs de monnaie.

102. L'objection ainsi reformulée est embarrassante en raison de sa pertinence intrinsèque et des conséquences néfastes qu'elle peut avoir sur la cohésion de la conception de la monnaie. L'ordre monétaire *stricto sensu*, c'est-à-dire celui des liquidités, est le pivot ou l'objet d'un autre ordre, devenu aujourd'hui tentaculaire

¹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 16, p. 33 ; v. encore M. VASSEUR, « Le paiement électronique... », précité, n° 6. La doctrine manifeste parfois cette exigence de réutilisabilité, mais il n'est pas certain qu'elle ait une signification précise au regard de la conception de la monnaie.

² On sait qu'en droit, l'extinction de l'obligation n'est pas réalisée par la tradition du chèque, mais par son encaissement. C'est ce que précise l'article 62 du décret-loi de 1935, selon lequel la remise d'un chèque n'emporte pas novation. Il semble que cette solution, conforme à la logique, ait été reprise pour les cartes : C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, n° 346, p. 438.

³ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 16, p. 33.

⁴ M. CABRILLAC, « Du décret-loi du 30 octobre 1935 au chèque instrument de crédit », *Mélanges Roblot*, p. 401.

⁵ La composante de crédit à laquelle nous faisons ici allusion se développe entre l'*accipiens* et le *solvens*. La loi de 1975 a créé une disposition au terme de laquelle les chèques d'un montant de moins de cent francs doivent être obligatoirement payés par les banques, indépendamment de l'existence d'une provision. Cette mesure revient donc à prévoir des conditions d'ouverture de crédit systématique par les banques. Pour de petits montants, le chèque est donc certainement un instrument de crédit dans les rapports entre tireur et tiré. Mais cet aspect là ne concerne pas notre propos.

mais toujours en croissance : celui du crédit. S'ils font entrer le crédit dans la monnaie, la carte de paiement et le chèque ruinent la distinction fondamentale entre les instruments monétaires et les instruments financiers¹. Il est donc essentiel d'examiner minutieusement cette question, dont les implications théoriques sont importantes.

La première observation que l'on peut présenter à l'encontre de l'objection faite concerne les spécificités de ce crédit. S'il est vrai qu'il y a crédit entre l'*accipiens* et le *solvens*, ce crédit consiste implicitement en un décalage de la date effective du paiement, et ne porte aucun intérêt. Si le fournisseur accepte de voir entrer les unités monétaires dans son patrimoine avec un léger retard, celui-ci n'a aucune répercussion sur le prix à payer : la somme due n'est pas modifiée selon que le règlement est opéré en billets ou en monnaie scripturale. Le fait que ce décalage dans la date du paiement soit gratuit ne l'empêche pas forcément d'être un crédit, les opinions à cet égard étant diverses : certains auteurs estiment que l'intérêt est essentiel pour pouvoir parler de crédit², d'autres que ce n'est là qu'un élément accessoire³. En tous cas, la confusion entre monnaie et crédit s'estompe quelque peu en raison du fait que ce crédit est plutôt assimilable à une facilité de financement consentie à l'acquéreur, qu'à un crédit *stricto sensu*, portant sur la monnaie elle-même.

103. On peut également répondre à l'objection en l'abordant par un autre biais. Parler de crédit lorsqu'il y a paiement en monnaie scripturale, c'est n'envisager que la situation de l'*accipiens*. Si l'on envisage celle du *solvens*, au moins en ce qui concerne le chèque, on peut constater qu'il n'y a pas de crédit. La législation du chèque prévoit en effet qu'à l'émission, le titulaire du chèque doit avoir sur son compte en banque une provision préalable et disponible, dont il ne pourra plus disposer une fois le chèque émis. La provision est ainsi bloquée dès que le *solvens* a transmis le chèque en paiement⁴. S'il est vrai que le bénéficiaire du chèque n'entrera en possession de la somme qu'après un certain délai, il est non moins exact que l'émetteur du chèque, au moins en théorie, a perdu immédiatement la disponibilité de la somme objet du paiement. Si l'on définit le crédit comme l'accord donné par le fournisseur au client de le payer après que soit écoulé un certain délai, on constate qu'il n'y a plus alors, à la lettre, de crédit. Le *solvens* perd immédiatement la disponibilité de la somme, qui sera à disposition de l'*accipiens* un peu plus tard. L'écart chronologique entre le blocage des unités dans le compte de l'un, et leur entrée effective sur le compte de l'autre, n'est pas dû à un accord d'ordre contractuel, mais à une contrainte inhérente au moyen de paiement utilisé. Il est donc abusif, dans cette vue, de dire que le chèque est un instrument de crédit. Ce serait plutôt un instrument de paiement décalé.

104. Mais cette observation ne peut suffire à écarter définitivement l'objection. En premier lieu parce que, si la réglementation du chèque est pour une grande partie internationale (convention de Genève de 1931), il y demeure des spécificités nationales. L'article 5 de l'annexe II de la convention laissait ainsi à

¹ C'était précisément la raison pour laquelle Mann refusait la dignité monétaire à ces instruments (*op. cit.*, p. 5 et s.).

² Sur les caractéristiques du crédit, v. les remarques de M. Gavalda, note sous Cons. d'Ét. 13 mars 1970, *J.C.P.* 1970.II.16417 ; v. aussi J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, n° 350, p. 499.

³ M. CABRILLAC, *eod. loc.*, p. 403, n. 3 ; M. JEANTIN, *op. cit.*, n° 208, p. 159.

⁴ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 2, p. 232 et s.

la discrétion des réglementations nationales de déterminer à quel moment la provision devait exister sur le compte du *solvens*. Le droit français a considéré qu'il devait en aller ainsi à l'émission du chèque ; d'autres législations ont pu estimer qu'elle ne devait s'y trouver qu'à l'encaissement. Fondé en ce qui concerne le droit français, le raisonnement ne saurait valoir pour toutes les utilisations de chèque.

La validité du raisonnement est plus ébranlée encore si l'on s'avise que ce qui vaut pour le chèque, au moins en droit français, n'y vaut pas pour la carte de paiement. Les conventions de mise à disposition des cartes de paiement ne spécifient pas qu'il y ait transfert de la provision à l'*accipiens* par le paiement, ni même qu'une telle provision doive exister au moment du paiement par carte. Ce n'est qu'au moment où le transfert effectif des unités est demandé que la provision doit exister sur le compte. Ainsi, même du point de vue du *solvens*, la carte de paiement encourt le reproche de comporter un aspect de crédit, dont l'échéance est fixée par la diligence du bénéficiaire du paiement.

105. M. Martin a essayé de montrer que cette discordance entre chèque et carte de paiement n'était plus d'actualité, la loi du 12 juillet 1985 ayant modifié le régime de cette dernière concernant la provision, et l'ayant aligné sur le régime du chèque ¹. L'article 22 de cette loi dispose : « L'ordre de paiement donné au moyen d'une carte de paiement est irrévocable. Il ne peut être fait opposition au paiement qu'en cas de perte ou de vol de la carte, de redressement ou de liquidation judiciaires du bénéficiaire ». Sans doute la proximité entre les régimes, suggérée par l'auteur, ne s'impose-t-elle pas à première lecture. Mais précisément, M. Martin conteste la signification littérale de l'article 22, estimant que cet article ne peut s'interpréter que comme une disposition selon laquelle l'ordre de paiement entraînerait transfert de la provision à l'*accipiens*. L'auteur s'appuie sur la dénonciation des contradictions qu'il repère dans le texte, pourtant bref : l'article suppose le mandat irrévocable, quand il est révocable par essence ; au surplus, une faculté d'opposition est admise là même où l'irrévocabilité semblait être la règle. De ce que l'article serait pétri de contradictions, M. Martin déduit qu'il convient de lui assigner un contenu plus satisfaisant : le législateur aurait en fait essayé d'aligner le régime de la carte de paiement sur celui du chèque ². Et M. Martin d'essayer de voir, notamment à propos de la question de la provision, de quelle façon la conciliation entre les deux régimes peut se faire.

L'orientation de la chronique conviendrait assez à la démonstration qui est ici à l'essai, en ce que l'on tente d'établir le caractère monétaire des instruments scripturaux. Mais on ne peut se résoudre à l'adopter. La démarche de M. Martin paraît en effet critiquable tant par son contenu, tout en supputations psychologiques sur l'esprit de la disposition, que par son point de départ. Si l'article 2004 du Code civil admet effectivement le caractère révocable, *ad nutum*, du mandat la jurisprudence n'a jamais considéré que cet article fût d'ordre public ³. De telle sorte qu'un mandat peut fort bien être spécifié irrévocable entre les parties, sans pour autant encourir l'annulation. La lente dérive de la chronique de M. Martin vers sa conclusion prenant naissance dans cette anomalie, l'existence d'un mandat irrévocable, l'ensemble de la démarche n'est plus convaincant. Au surplus, il paraît difficile d'admettre que sous le prétexte d'une

¹ D. MARTIN, « Analyse juridique du règlement par carte de paiement », précité.

² Dans le même sens : C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, n° 345, p. 438.

³ Req. 8 avril 1857, *D.P.* 1857.1.134. V. aussi : R. PERROT, « Le mandat irrévocable », *Trav. ass. Capitain*, t. X, 1956, p. 445.

interprétation téléologique, on finisse par faire dire à une disposition tout autre chose que ce que sa lettre avoue. S'il est bien certain que l'article 22 est mal rédigé et que la réglementation actuelle de la carte de paiement n'est guère satisfaisante, le prétexte ne suffit pas pour remplacer purement et simplement une disposition légale par une orientation désirée.

106. La carte de paiement ne permet donc pas de tirer les mêmes conclusions que le chèque, qui éliminaient l'aspect crédit au bénéfice de la monnaie. Encore ce raisonnement à propos du chèque prenait-il exclusivement en considération la lettre de la réglementation du chèque. Or la pratique s'en est éloignée depuis longtemps, tant cette lettre est difficile à faire respecter. Le blocage de la provision au moment de l'émission du chèque est en effet impossible à vérifier concrètement, et plus encore à sanctionner¹. Les juridictions n'ont qu'assez rarement accepté de poursuivre le *solvens* qui aurait constitué provision à l'échéance du chèque, plutôt qu'à son émission². Du reste, la réglementation issue de la loi de 1975 laisse penser que l'incrimination sera entendue dans un sens plus étroit encore qu'autrefois, en raison de l'élément moral ajouté par la loi. L'incrimination de chèque sans provision incorpore aujourd'hui, de la part du tireur, une intention de porter atteinte aux droits d'autrui, dont la preuve n'est sans doute pas facile à apporter. Par ailleurs, la pratique actuelle conduirait plutôt à observer qu'il n'y a de chèque sans provision que lorsque le chèque n'est pas honoré : non pas même au moment de la présentation par le bénéficiaire, mais plutôt à l'issue du délai de quinze jours accordé par les banques au tireur pour constituer sa provision en évitant ainsi les poursuites³. Sous ce rapport, le blocage de la provision apparaît bien plus comme un vœu pieux que comme une réalité.

On pourrait donc dire que l'unification des régimes souhaitée par M. Martin existe effectivement ; mais ainsi qu'il l'observe lui-même, plutôt du côté du crédit que de la monnaie. Il y a là, semble-t-il, une situation contraire aux principes que l'on voudrait défendre. Même en prenant le régime le plus favorable à notre propos, celui du chèque dans la réglementation française, les instruments de paiement incorporent un aspect de crédit à très court terme qui semble difficilement évitable. M. Jestaz observait déjà en 1966 que la doctrine avait peut-être un peu exagéré l'opposition entre les instruments de crédit et les instruments de paiement⁴. On pourrait surenchérir aujourd'hui en observant que, quand bien même on réglementerait la carte de paiement sur le modèle du chèque, c'est-à-dire comme un instrument en théorie purement monétaire, la pratique se réserverait de ruiner la construction en réincorporant un aspect de crédit.

107. Si l'on quitte les rivages du droit positif pour examiner les tendances que révèlent certaines décisions de jurisprudence, on peut penser qu'à coup de tâtonnements successifs, une nouvelle conception du paiement est en gestation, qui réduirait le fossé entre paiement et crédit.

C'est ainsi que si les unités de paiement reçues par chèque ne sont utilisables qu'une fois celui-ci encaissé, la simple tradition du chèque emporte certaines

¹ En ce sens, M. JEANTIN, *op. cit.*, n° 72, p. 53.

² Par ex. : Cass. crim. 19 décembre 1957, *D.* 1958.74 note M.R.M.P., *J.C.P.* 1958.II.10556, note P. Bouzat ; Crim. 19 janvier 1960, *Bull. crim.*, n° 24.

³ B. MAUBRU, « L'incident de paiement d'un chèque », *D.* 1977, *Chron.* XXXIX, p. 279. spéc., n° 10 et s., p. 281.

⁴ P. JESTAZ, « Le tireur conservera-t-il la disponibilité de la provision après l'émission d'une lettre de change ou d'un chèque ? », *Rev. trim. dr. com.* 1966.881.

conséquences d'ordre juridique, que devraient interdire le principe. Plus précisément, dans quelques hypothèses limitées, le simple fait de donner un chèque réalise comme une anticipation de paiement, qui vaut paiement jusqu'à preuve contraire. Il en va ainsi du paiement avec date limite, pour lequel c'est l'expédition ou la réception du chèque, selon le cas, qui est prise en considération¹. Il en va encore de même du paiement des primes d'assurance par chèque, qui est considéré comme effectué dès la réception du chèque, et non au moment de l'encaissement². Le fisc considère encore que le chèque s'impute sur la période où il a été reçu, même s'il a été porté en banque au cours d'un exercice fiscal ultérieur³. Plus particulier encore, la jurisprudence considère qu'un don manuel par chèque est réalisé par la tradition du chèque et non par l'entrée effective des unités monétaires sur le compte du gratifié⁴. Si le donateur décède entre la tradition du chèque et l'encaissement, il serait de bonne logique juridique de refuser ce don, alors réalisé *post mortem*. Il est néanmoins arrivé que la cour de cassation le valide⁵. Dans le cas même où un don est fait par chèque, en l'absence de provision existante, les tribunaux considèrent que le don est valable, par le simple fait que la tradition du chèque a eu lieu⁶. Dans un registre un peu différent, mais qui participe certainement du même phénomène, on évoquera le fait que lorsque le bénéficiaire d'un chèque le porte à l'encaissement, les unités de paiement transférées par le chèque sont directement placées sur son compte en banque, « sous réserve d'encaissement »⁷. Ce qui signifie que le titulaire du compte peut immédiatement utiliser les unités. Si le chèque n'est pas honoré par la suite, alors les unités seront ôtées du compte par contrepassation, et considérées comme n'y ayant jamais figuré. Mais dans ce cas encore, c'est la tradition du chèque qui vaut paiement, et non son encaissement⁸.

108. Le paiement par chèque suit donc actuellement un double régime : d'une part, on considère, selon les principes, que le paiement n'est réalisé que lorsque

¹ Com. 27 février 1968, *Bull. civ. IV*, n° 87, p. 71 ; Soc. 17 mai 1972, *D.* 1973.129, note C. Gavalda.

² Le point avait été soulevé dans un article ancien mais remarquable de M. Besson : « Le paiement par chèque des primes d'assurance et la prise d'effet de la garantie », *Rev. gén. ass. terr.* 1944.10. V. égal. : Civ. 1^{re} 2 décembre 1968, *J.C.P.* 1969.11.15775, concl. R. Lindon, note A. Besson ; et la synthèse faite par M. Durry : « Le "paiement" de la prime d'assurance au moyen d'un chèque sans provision », *J.C.P.* 1984.1.3161.

³ Cons. d'Ét. 25 novembre 1968, *J.C.P.* 1970.11.16337, note M. Cozian.

⁴ J.-P. ARRIGHI, « Le don manuel par chèque », *D.* 1980, *Chron. XXIV*, p. 165.

⁵ Civ. 1^{re} 4 novembre 1981, *Bull. civ. I*, n° 327, p. 277 ; *Rép. Defrénois* 1982.1378, obs. G. Champenois ; *Rev. trim. dr. civ.* 1982.781 obs. J. Patarin. La solution est approuvée par MM. Gavalda et Stoufflet (*op. cit.*, n° 220, p. 316). La Chambre commerciale de la Cour de cassation est toutefois d'un autre avis : Com. 20 novembre 1985, *Bull. civ. IV*, n° 314 ; *Rev. trim. dr. com.* 1986.413, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié. Il n'en va pas de même lorsque la donation est effectuée à l'aide d'un virement, le banquier ne devant pas exécuter un mandat *post mortem* : Civ. 1^{re} 28 juin 1988, *J.C.P.*, éd. E, 1990.II.15715, note D. Martin ; Paris 11 avril 1991, *D.* 1991.634, note D. Martin.

⁶ Pau 3 mars 1981, précité, *J.C.P.* 1982.II.19706, note M. Vivant ; *Rev. trim. dr. com.* 1981.570, obs. M. Cabrillac et B. Teyssié.

⁷ J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, n° 287, p. 400.

⁸ M. CABRILLAC, *eod. loc.*, p. 407, n° 15 et s.

le chèque est encaissé ; de l'autre, que la simple tradition réalise en fait ce paiement, pour peu que le chèque soit ultérieurement honoré. On peut tenter d'unifier ce régime : la Cour de cassation pourrait admettre que le paiement est effectué par la tradition du chèque, à condition que celui-ci soit ensuite honoré. Entre la tradition et l'encaissement s'étendrait alors une zone sans doute incertaine, au cours de laquelle le paiement serait présumé valable, sauf à être anéanti rétroactivement. Cette présomption, en faisant remonter le moment du paiement du chèque à son émission, présenterait l'avantage d'ajuster la règle juridique à la perception sociale du paiement, ainsi qu'à certains arrêts peu orthodoxes de la Cour de cassation. Elle aurait également l'avantage d'unifier le régime de l'ensemble des instruments de paiement.

Ce n'est pas la première fois qu'une telle tentative est faite en doctrine. Dès 1944, M. Besson écrivait que la tradition du chèque constituait un paiement, sous condition résolutoire de l'existence et de la disponibilité de la provision¹. Sans doute se fondait-il sur la réglementation spécifique du droit des assurances ; mais celle-ci peut aussi bien apparaître aujourd'hui comme annonciatrice d'un renouvellement du régime du chèque, lié à des nécessités pratiques résultant de la circulation effective du chèque. Au reste, on peut élaborer plus théoriquement les raisons pour lesquelles il n'est pas bon que l'émission du chèque ou la prise d'empreinte de la carte n'emportent aucune conséquence sur le terrain du paiement.

109. Dans sa thèse, M^{me} Catala faisait le départ, au sein du paiement, entre l'exécution et l'extinction de l'obligation². On peut reprendre cette distinction dans une autre perspective en considérant l'équilibre contractuel de l'opération de paiement. Lorsqu'un débiteur paie en monnaie scripturale, le paiement n'est enregistré que plus tard, lorsque les unités sont effectivement versées sur le compte du créancier. Ce qui signifie que la totalité de l'opération de paiement n'est pas de son initiative : sa part se limite à remplir un chèque, ou à tendre sa carte. Il appartient ensuite à la diligence du créancier de choisir le moment où il encaissera le chèque. C'est cette considération qui explique sans doute les solutions des tribunaux. Chaque fois qu'il est essentiel dans l'intérêt du débiteur de savoir si un paiement a été fait, on ne saurait raisonnablement laisser au créancier la liberté d'en décider. Si par exemple un paiement doit être réalisé à une certaine date, sous la menace de pénalités de retard, le créancier peut toujours obtenir paiement de ces pénalités en retardant le moment où il encaisse le chèque. C'est la raison pour laquelle, dans toutes les espèces évoquées, la Cour de cassation a fait remonter le moment du paiement à la tradition du chèque. Pour synthétiser ces inconvénients d'une façon un peu schématique, on peut dire que dans le système actuel, l'exécution du paiement est de la responsabilité du débiteur, tandis que l'extinction du rapport de droit est laissée à la discrétion du créancier.

Pour pallier cette situation, il est raisonnable de considérer que l'ordre de paiement donné par chèque ou par carte constitue une présomption simple de paiement, qui sera confirmée ultérieurement par le transfert effectif des unités. Cette solution n'entre d'ailleurs pas en contradiction avec la réglementation du chèque. L'article 62 du décret de 1935 dispose que « la remise d'un chèque en paiement, acceptée par un créancier, n'entraîne pas novation. En conséquence, la créance originaires subsiste, avec toutes les garanties y attachées jusqu'à ce que ledit chèque soit payé ». L'existence d'une présomption de paiement ne méconnaît pas la portée de ce texte, puisque la présomption ne saurait emporter

¹ A. BESSON, art. précité, p. 34.

² N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, précité.

ni novation, ni perte des garanties attachées à la créance ¹. Aussi bien cette présomption emporterait-elle des effets quant à la date et au lieu du paiement, sans modifier globalement les situations respectives des parties.

110. La portée de cette unification n'est pas à négliger, qui aligne sur un modèle unique les régimes des paiements en espèce et en monnaie scripturale, et écarte l'objection tenant à la présence de crédit dans les instruments liés à la monnaie scripturale. Mais à la vérité, une telle unification n'intéresse que les instruments, et non les supports. De ce second point de vue, essentiel en matière monétaire, il apparaît que, quels que soient les supports et les instruments utilisés, le paiement n'est réalisé que lorsque les unités entrent dans le patrimoine du créancier. De ce fait, il faut considérer que si l'exécution du paiement doit s'observer au niveau des instruments monétaires, l'extinction du rapport de droit demeure liée aux supports monétaires.

2. Instruments monétaires spéciaux

111. Il y a des objets dont nul ne saurait dire avec tant soit peu de certitude s'ils sont ou ne sont pas de la monnaie. Ce sont des objets dont le statut monétaire est discutable en ce qu'ils servent de moyens de paiement, mais limités à certaines situations. Ils font sans doute partie de notre univers quotidien, sans pour cela qu'on s'interroge jamais sur leur nature : timbres, jetons de téléphone — ou, plus près de nous, cartes de téléphone —, colliers-bars du "Club Méditerranée", tickets-restaurant, "*food-stamps*" américains, "avoirs" délivrés par des magasins, chèques de voyage, jetons de casinos... Tous ces objets ont en commun de se substituer à la monnaie à l'occasion de certains paiements précisément délimités : le timbre-poste permet d'expédier le courrier sans payer l'affranchissement au guichet ; les jetons ou cartes de téléphone permettent d'utiliser les appareils sans payer la communication sur l'instant ; les colliers-bars sont des boules de couleurs servant de monnaie dans l'enceinte des villages de vacances, où le recours à toute monnaie étatique est écarté ; les titres de restaurant permettent aux salariés de payer leurs repas dans les restaurants affiliés à l'organisme émetteur du titre ; les "*food-stamps*" américains sont des timbres libellés en dollars versés aux plus démunis à titre de soutien financier, et qui ne peuvent être utilisés que pour l'achat de produits alimentaires ou de première nécessité, dans certains magasins seulement ; les "avoirs" sont des titres de créance contre les magasins dont le remboursement ne peut être exigé qu'en nature ; les chèques de voyage enfin sont des titres monétaires pouvant être utilisés à la place des espèces ayant cours légal dans le pays, et qui offrent certaines garanties au porteur notamment en cas de perte.

112. Dans tous ces cas, les objets sont utilisés en lieu et place de monnaie ayant cours légal, sans que l'on sache quel est précisément leur statut, et surtout s'il s'agit d'un statut monétaire. Il faut commencer par constater que cet ensemble d'objets n'est pas homogène : tous peuvent se substituer à la monnaie, mais les conditions de cette substitution sont différentes. Certains d'entre eux remplacent quasi-complètement la monnaie — chèques de voyage, "*food-stamps*" —, tandis que d'autres n'ont qu'une destinée précise : les jetons de téléphone par exemple, ou les jetons de casino. Certains prennent toute la place de la monnaie légale, tandis que d'autres fonctionnent comme une sorte de délégation monétaire. C'est à partir de ces immixtions variées dans le domaine

¹ *Contra* : C. GAVALDA, note sous Soc. 17 mai 1972, précitée, p. 130.

monétaire que l'on peut examiner ces objets, en se gardant d'une réaction impulsive qui, opposant leur caractère souvent privé à celui qu'on pourrait croire obligatoirement public de la monnaie, leur refuserait toute caractéristique monétaire. Le fait que l'État n'émette pas ces instruments n'est d'aucun secours pour juger de leur nature : entre l'État et la monnaie, les relations souvent étroites ne sont jamais nécessaires ¹.

113. Cette différence dans les modalités d'utilisation en recoupe une seconde plus fondamentale. Dans certains cas, l'objet fait foi d'un paiement déjà effectué pour une prestation déterminée ², tandis que dans les autres il a vocation à se substituer à la monnaie, mais seulement à l'intérieur de certains circuits commerciaux précis. Dans le premier groupe, on rangera évidemment les timbres-postes, les cartes et jetons de téléphone et autres titres tels que les tickets de métro ou les cartes magnétiques de photocopie. Ces titres sont en effet la trace que le paiement du service correspondant a été effectué. Un jeton de téléphone est la preuve d'une avance faite à la compagnie des téléphones, qui permettra ultérieurement d'obtenir une communication sans avoir à la payer, en donnant le jeton. Ainsi, au moment de l'acquisition du jeton, il y a eu transfert d'unités de paiement de l'acheteur à la compagnie des téléphones. Le jeton est le témoin de ce transfert : il n'incorpore donc aucune espèce de pouvoir libératoire. C'est dans la monnaie versée pour son acquisition que le pouvoir libératoire se situait, et le jeton est le titre probatoire de l'efficacité de ce pouvoir. L'obligation monétaire que l'utilisation du téléphone crée normalement a été payée de façon anticipée. Ôtant tout pouvoir libératoire à ces objets, ce paiement anticipé les écarte du domaine monétaire.

La situation est différente pour les autres instruments évoqués, qui tiennent effectivement lieu de monnaie en ce qu'ils paraissent incorporer un certain pouvoir libératoire. Mais leur spécificité tient à ce que les circuits dans lesquels ils peuvent être substitués à la monnaie sont d'emblée identifiés. On l'a évoqué à propos des "*food-stamps*" ou des colliers-bar pour lesquels le circuit est intégré dans la définition même ; mais c'est également vrai de certains titres que ne reconnaissent que ceux qui les ont émis (chèques de voyage ³, titres de restaurant ⁴ ou "avoirs" de magasins). Ces divers instruments ont un certain pouvoir libératoire dans des circuits précis, mais n'ont certainement aucun cours légal à l'échelle du pays.

En l'espèce, la différence entre le pouvoir libératoire et le cours légal est essentielle : le premier est purement conventionnel, le second imposé par la loi. De telle manière que privés de la convention qui les fonde, ces instruments demeurent lettre-morte. Si un restaurant où tel titre est ordinairement accepté en paiement décide de ne pas renouveler son accord avec l'organisme émetteur, les

¹ C'est pourtant l'argument qu'utilise *in extremis* le doyen Carbonnier pour contester à la monnaie scripturale son caractère pleinement monétaire (*op. cit.*, n° 16, p. 33) ; on sait où ce critère conduit : v. l'exemple des bons de Chambre de Commerce, *supra* n° 57 et s.

² H. MAZEAUD, « Les tickets de métro détériorés », *J.C.P.* 1976.I.2807.

³ M. DESPAX, « Les voyageurs chèques », *Rev. trim. dr. com.* 1957.323 ; J.-L. RIVES-LANGE, « Le chèque de voyage en droit français », in *Études de droit contemporain (Nouvelle série), Travaux de recherches de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris*, t. XXX, p. 279 ; M. JEANTIN, *op. cit.*, n° 151 et s., p. 120.

⁴ M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE, « Les titres-restaurant », *Droit Social* 1970.91.

titres n'y valent plus rien ¹. L'apparence de fonctionnement monétaire n'est due qu'à un contrat qui opère substitution de ces instruments à la monnaie. Mais la portée de cette substitution a pour limite la convention elle-même.

Cette caractéristique s'énonce aussi bien par sa face négative : tous les instruments dont nous traitons ici, quoiqu'ils soient employés comme de la monnaie, ne pourraient certainement pas recevoir de cours forcé. C'est-à-dire qu'on ne pourrait pas tenter de leur donner une efficacité *per se*. Ils ne peuvent en effet s'analyser que comme des délégations de monnaie légale, dont l'efficacité est limitée car locale. Le processus de fonctionnement de tous ces objets montre qu'au commencement comme à la fin de la chaîne des utilisations, il y a nécessairement une monnaie légale. En premier lieu parce que celui qui les acquiert ou les distribue le fait contre une monnaie qui a cours ; en dernier parce que celui qui les a reçus n'a qu'intérêt à les convertir en monnaie effective, faute de quoi il ne ferait aucun profit. Ce ne sont donc que des formes monétaires déléguées à des utilisations bien précises.

114. On peut dès lors proposer une qualification juridique pour ces modes de libération limités. À considérer l'économie globale de leur circulation, il apparaît qu'ils ne sont que des moyens de faire circuler des unités de paiement. Non seulement la monnaie légale est à l'orée et à la fin de leur parcours, mais on peut même gager que la circulation de ces instruments n'était orientée que vers la facilitation d'un transfert de monnaie légale. Il n'y a aucun objectif intrinsèque dans leur circulation, mais le désir d'une meilleure adéquation à leur circuit que celle que réaliserait la monnaie *stricto sensu* ². Dans la classification précédemment faite, il faut donc ranger ces formes particulières de monnaie dans la catégorie des instruments monétaires, et non des supports.

115. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle on réfutera le terme de "monnaie déléguée", qu'on pourrait songer à utiliser à leur propos. Si on laisse de côté les colliers-bars, qui ne sont pas utilisés en France, ces instruments sont pour la plupart libellés en francs français. Mais ces francs ne sont pas identiques aux unités de paiement légales : ils ne valent qu'en vertu de la convention par laquelle les titres ont été émis. Ce ne sont que des unités conventionnelles qui pourront, à l'extrême fin de leur circulation, être échangées contre des unités légales. Sans doute ces instruments ont-ils vocation à remplacer temporairement des unités de paiement, qui emprunteront un trajet différent dans leur circulation globale ; ils n'en incorporent aucune pour autant. Il y a remplacement, non stockage.

Le fait qu'il soit ainsi impossible de parler de support à leur égard rend par là même impossible de les considérer comme monnaie. Ce qui la caractérise en effet, c'est le support bien plus que les instruments, qui n'interviennent que pour lui donner efficacité. Chaque support, on le sait, à besoin d'instruments pour pouvoir être utilisé dans les paiements. Aussi ceux-ci sont-ils élaborés dans le but de servir leur support. Il en va autrement avec ces instruments spéciaux : les instruments traditionnels sont inadaptés, et l'on préfère en élaborer de nouveaux qui seront efficaces à l'intérieur du circuit dans lequel ils seront utilisés, et non au regard de tel ou tel support qui devient alors secondaire. De là sans doute le sentiment illusoire d'un certain caractère monétaire.

¹ *Ibid.* n° 37.

² C'est avec les jetons ou plaques de casino que cette idée d'adéquation au circuit se vérifie le mieux ; Cf : P. DIENER, notes sous Civ. 1^{re} 31 janvier 1984, *D.* 1985.40 ; et sous Trib. gr. inst. Pontoise 29 juin 1988, *D.* 1990.42.

B. Liens entre supports et instruments

116. C'est une affaire entendue : une monnaie de paiement n'est rien d'autre que la réunion de plusieurs supports, rendus socialement utiles par des instruments circulatoires. Mais si le moyen de paiement tient entièrement dans cette réunion nécessaire, des dissociations peuvent parfois survenir. Sans doute est-il inconcevable qu'un instrument apparaisse ou fonctionne sans support : il tournerait nécessairement à vide, faute pour lui d'avoir prise sur des unités de paiement. L'inverse est en revanche imaginable : les supports existent à l'état brut, qui incorporent des unités de paiement. Le statut monétaire de ces supports socialement inutiles réclame une certaine attention, d'autant que la doctrine les a pris par accident pour objet d'analyse (1). Au titre des liens entre supports et instruments, on pourra aussi essayer de comprendre les passages entre une catégorie et l'autre. Par impossibilité, les supports ne se transforment jamais en instruments. Mais il est arrivé dans l'histoire que des instruments voient leur rôle grandir et leur importance sociale évoluer au point de se constituer en supports. Cette assomption de l'instrument qui prend la place d'un support et secrète à son tour ses instruments est aujourd'hui essentielle, puisque semblable mutation se reproduit sous nos yeux (2).

1. Les supports sans instruments

117. La décomposition réalisée entre le support monétaire qui incorpore les unités de paiement et l'instrument qui les fait transiter de patrimoine à patrimoine en effectuant les paiements, permet de résoudre certaines ambiguïtés qui encombrant les analyses de la monnaie. La plupart des juristes ont repris sans discussion les trois fonctions canoniques de l'analyse économique¹ ; sans toujours bien le dire ou le voir, ils se sont trouvés gênés par la dernière fonction, celle de réserve de valeur.

Dans l'analyse économique, on désigne ainsi une virtualité de la monnaie, puisqu'elle ne doit pas être dépensée aussitôt que reçue. La réserve de valeur est cette caractéristique de la monnaie, qui fait qu'elle conserve globalement sa valeur lorsqu'elle est thésaurisée. Une monnaie qui ne conserverait pas sa valeur, et déprimerait dès lors qu'elle serait détournée des courants d'échange, serait une monnaie imparfaite². Pour leur part, les monnaies modernes subsistent lorsqu'on les thésaurise, même si elles se déprécient souvent légèrement et permettent ainsi d'éviter d'avoir recours au troc.

Au départ, la fonction de réserve de valeur reposait sur un fondement bien plus utilitaire. Il s'agissait par là de faire le départ entre les monnaies primitives que le temps pouvait altérer car elles étaient souvent constituées par des objets naturels, et les monnaies inusables des peuples qui commençaient de se développer. Si des œufs sont utilisés comme unités de paiement, celui qui les a reçus doit les utiliser très vite, en tant que monnaie ou nourriture. Faute de quoi il les perdrait à l'un et l'autre titre³. Mais cette acception première de la réserve

¹ Par ex. : R. BARRE, *Économie politique*, p. 341. J.-Y. HABERER, *La monnaie et la politique monétaire*, cours professé à l'I.E.P., p. 34. Pour la reprise de ces fonctions en droit, J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 17, p. 34.

² L. BAUDIN, *op. cit.*, p. 207.

³ Pour une illustration volontairement naïve, mais didactique, v. L. BAUDIN, *La monnaie. (Ce que tout le monde devrait en savoir)*, chap. I, p. 7 et s.

de valeur s'est vite trouvée dépourvue de tout intérêt, la plupart des supports monétaires devenant durables.

Les économistes ont néanmoins renouvelé cette conception en l'investissant de l'idée d'épargne. Toutes les sociétés ont fait l'épreuve du décalage entre le moment où apparaissent les ressources et celui où se manifestent les besoins vitaux. Les plus primitives affrontant la difficulté par des systèmes complexes d'accumulation collective et individuelle de ce qui sera à terme nécessaire¹. Les autres, tout en accumulant à l'échelle de la société, utilisent la monnaie pour servir de régulateur et d'intermédiaire entre les ressources et les besoins, à l'échelon individuel. Dans les sociétés qui disposent de monnaie, les individus n'ont plus besoin d'accumuler de la nourriture, mais d'épargner de l'argent. Ce qui fonde ce système d'accumulation particulière, c'est l'assurance que l'argent thésaurisé se retrouvera pourvu de toutes ses capacités libératoires au moment de la manifestation du besoin. La fonction économique de réserve de valeur fait donc intervenir le temps, et la conservation approximative de la valeur de la monnaie dans le temps².

118. Mais les juristes n'ont pu reprendre cette fonction telle qu'elle s'exprimait sur le terrain économique. En effet, c'est dans la fonction de compte qu'ils ont placé la stabilisation de la valeur de la monnaie. M. Hubrecht, par exemple, écrit : « La monnaie est l'instrument de mesure des valeurs comme le mètre est la mesure des longueurs, le mètre carré celle des surfaces, etc... Comme tous les instruments de mesure, la monnaie sert à déterminer l'importance respective des choses mesurées, en l'espèce des valeurs d'échange, en les rapportant à une tierce notion commune. Or, pour que cette opération de mesurage puisse se faire, il est indispensable que le tiers objet servant de point de comparaison soit le même au moment où on mesure le premier et le second objet à comparer. La qualité essentielle de toute mesure en général et de la monnaie en particulier est donc sa constance, sa stabilité »³. En définissant la fonction de compte comme celle de l'évaluation des produits, cette doctrine s'est contrainte à poser comme condition de l'effectivité de cette évaluation que l'instrument de mesure soit stable, donc fiable. Dès lors, les auteurs se sont trouvés en présence d'une fonction vidée de signification, qu'il fallait réinvestir dans un autre sens, ou abandonner. C'est malheureusement la première solution qui a été choisie, au prix d'une parfaite dénaturation : la troisième fonction brandie par les juristes est en effet celle d'objet de propriété. Pour qu'un objet puisse être tenu pour une monnaie, il faut qu'il soit appropriable⁴.

Mais c'est là un truisme de bien peu d'intérêt. Si les monnaies n'étaient pas susceptibles d'appropriation, les unités de paiement qu'elles contiennent ne

¹ J.-Y. HABERER, *op. cit.*, p. 36.

² *Ibid.*

³ G. HUBRECHT, *La dépréciation monétaire et la stabilisation*, th. précitée, p. 14. À la vérité, la position de M. Hubrecht est apparemment plus prudente, puisqu'il montre que la stabilité de la monnaie est essentielle pour ses trois fonctions. Il n'empêche que les trois inconvénients qu'il repère ne relèvent en fait que du trouble causé par la perte successive de valeur. Et il est clair qu'il ne conçoit la fonction de compte que comme une mesure stable, alors que la seule chose qui lui est demandée est de tout mesurer. La fonction de compte s'assure normalement que tout peut être compté en monnaie ; la fonction de réserve de valeur que cette monnaie ne se déprécie pas. À les confondre, on vide l'une des deux notions de sa substance.

⁴ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 25, p. 44. *Contra* : J.-P. DOUCET, *op. cit.*, n° 14, p. 11.

seraient pas intégrées au patrimoine du possesseur¹. Comment les paiements pourraient-ils alors s'opérer ? Le fait que la monnaie puisse être appropriée n'est pas une fonction de la monnaie, mais un état de fait qu'elle a en partage avec bien des objets qui n'ont aucun statut monétaire.

En réalité, cette conception malaisée qui semble n'avoir aucun intérêt en soi correspond à un dépeçage de la monnaie. Ce qui est ainsi présenté, c'est l'état des supports monétaires qu'on aurait privés de tout instrument. La prétendue fonction d'appropriation désigne ces unités de paiement inertes, qui n'ont plus de sens car abstraites de toute idée de paiement. La monnaie appropriée, c'est-à-dire réalisée en tant qu'objet d'appropriation, reflète la monnaie latente dans les patrimoines : ni utilisée ni utilisable.

Peut-on dès lors parler de fonction ? Cet objet de propriété désigne une modalité partielle de l'objet physique qu'est la monnaie, le résultat d'un dépeçage entre supports et instruments. Aucune fonction là-dedans, mais un état de fait. Autant on peut estimer critiquable la présentation des caractéristiques fonctionnelles classiques de la monnaie : compte et paiement, autant on doit reconnaître qu'il s'agit bien là de fonctions. Compter, payer, c'est toujours agir, et les outils qui le permettent assurent de telles fonctions. En revanche, l'appropriabilité n'est pas une fonction, mais un état. C'est en quoi l'analyse juridique a certes repris les fonctions économiques de la monnaie, mais elle les a disposées autrement : évaluation et réserve de valeur sont logées dans la fonction juridique de compte, tandis que la prétendue fonction d'objet de propriété n'est rien d'autre qu'une caractéristique structurelle de la monnaie.

2. Passages d'une catégorie à une autre

119. À propos du billet de banque, on a vu qu'un instrument monétaire pouvait devenir un support monétaire. Peut-être est-ce à un même type d'évolution qu'on assiste actuellement avec la carte de paiement. Indubitablement, la carte fonctionne aujourd'hui comme un instrument monétaire, et les banques semblent vouloir lui conserver ce statut longtemps encore². Par son fonctionnement global, elle permet en effet de faire passer des unités de paiement du patrimoine du *solvens* à celui de l'*accipiens*. Dans le détail, les opérations sont plus complexes, puisque la dette est réglée par l'organisme émetteur de la carte de paiement à l'*accipiens*, avant que ledit organisme n'en demande remboursement au *solvens*³. Il est donc bien certain que cette carte n'est pas à l'heure actuelle un support monétaire : elle n'incorpore aucune unité de paiement, ni sur sa surface plastifiée, ni sur sa piste magnétique. Mais elle pourrait aisément en devenir un.

120. Le terme de carte de paiement fait référence à un objet dont les caractéristiques et les possibilités d'utilisation ont varié au cours de ses trente années d'existence. À l'origine, la carte n'est que le signe d'une affiliation à un

¹ Sur le rôle de la monnaie dans les patrimoines, P. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *Rev. trim. dr. civ.* 1966, p. 185.

² Il en va en effet des investissements réalisés par les banques pour l'effectivité du fonctionnement de la carte à piste : A.-M. FOY, « Les cartes bancaires et les innovations technologiques », *Droit et monnaie*, précité, p. 279 ; J. HESBERT, « La stratégie bancaire et les cartes de paiement », in *Les nouveaux moyens de paiement...*, précité, p. 153.

³ M. BILLIAU, *op. cit.*, p. 401 et s.

organisme sélectif qui garantit la validité des paiements faits par les porteurs ¹. Au vrai, cette première utilisation n'avait de sens qu'aux États-Unis d'Amérique : du fait d'un système d'état civil non centralisé et d'une très forte dispersion bancaire, le chèque n'a jamais pu connaître dans ce pays le développement qui a été le sien en Europe, les commerçants n'étant jamais en mesure de retrouver les auteurs de chèques sans provision ; l'apparition de la carte et l'affiliation à un organisme sont ainsi apparus comme des procédures de garantie, destinées à assurer une meilleure circulation des chèques. Aussi la carte n'a-t-elle été conçue que comme un simple rectangle de plastique, où venaient se graver certains codes identifiant le porteur : elle n'était alors qu'un mode de reconnaissance du porteur. Ce n'est que dans un second temps que les banquiers, comprenant les possibilités de la carte, la distribueront en lui faisant jouer le rôle de moyen de paiement. Plus tard encore, l'idée leur viendra de lui ajouter une piste magnétique. Mais celle-ci ne modifie pas le mécanisme de règlement triangulaire auquel la carte donne lieu. La piste permet uniquement aux porteurs d'accéder à des distributeurs automatiques de billets, ou à des guichets. Mais sous cette apparente modestie, l'innovation est fondamentale : le porteur dispose d'un moyen de se connecter à des réseaux informatiques. La carte est le trait d'union entre les individus et les réseaux électroniques de transmission monétaires en pleine évolution. C'est de cette irruption de l'informatique dans les paiements que provient la seconde innovation majeure : la carte à mémoire.

121. Si la carte peut servir de lien entre un porteur et un réseau, elle peut sans doute faire plus encore, jusqu'à avoir un rôle autonome sur ce réseau. D'où l'idée d'une carte qui, possédant une mémoire incorporée, multiplierait les possibilités d'utilisation ². D'abord grâce à l'identification du porteur, qui rend l'instrument très fiable. Mais aussi parce qu'on peut charger la carte d'unités de paiement. On connaît déjà ce système avec, par exemple, les cartes de téléphone ou de photocopie. La carte est préchargée d'un certain nombre d'unités, qui se décomptent au fur et à mesure des utilisations. La carte à mémoire peut ainsi être pourvue d'une certaine somme en francs, sous formes d'unités de compte mémorisées, et celles-ci seront effacées au fur et à mesure des paiements effectués. La carte pourra, du reste, être rechargée et resservir.

Mais on peut faire beaucoup plus avec cette carte. Telle qu'elle est ainsi décrite, elle n'est encore qu'un instrument. Si elle incorpore des unités de paiement, ce n'est que de façon transitoire ; et celles-ci ont été prises à partir d'un support très stable, puisqu'il stocke toutes les unités monétaires du patrimoine sauf celles qui en sont ainsi temporairement distraites. Le support fondamental est donc encore le compte en banque. Mais au fond, on peut aussi bien se passer de compte en banque. Pour cela, deux conditions *sine qua non*. La première est déjà potentiellement réalisée. Elle tient dans les capacités de la mémoire, et l'organisation de cette mémoire. Ce qui est en mémoire dans une banque peut-il l'être sur une puce ? Il semble qu'aujourd'hui, cela ne soit plus un obstacle. Mais si la carte devient un support, puisqu'apte à contenir des unités de paiement de façon absolue, encore faut-il prévoir pour elle les instruments adéquats. C'est-à-dire ceux qui permettront de déplacer les unités de paiement d'une mémoire à une autre. L'instrument sera évidemment électronique. Il n'est pas encore élaboré, mais ne constituerait sans doute pas une prouesse technique.

¹ R. BELLANGER, « Les cartes de paiement. Le point de vue de l'émetteur », in *Les cartes de paiement*, Economica, 1980, p. 1.

² *L'argent invisible. L'ère des flux électroniques*, précité, 1987.

122. Ce dernier paragraphe a un aspect fictionnel. Mais c'est une fiction dont la réalisation devient plus vraisemblable à mesure que le temps passe, parce qu'on a dès à présent les capacités de la mettre en œuvre, et surtout parce que les avantages déterminants ne manquent pas. Fiabilité, sans doute, mais aussi moyen pour le fisc de connaître de tous les paiements, que la trace en soit conservée par les mémoires ou par les instruments. C'est encore un moyen pour l'État de supprimer les coûts de remplacement des billets de banque, les unités incorporelles ne coûtant presque rien. Reste bien sûr le prix des instruments ; mais c'est un investissement, qui peut s'amortir sur un long temps ¹.

Le billet de banque s'est progressivement séparé de la monnaie métallique, comme la monnaie scripturale se sépare aujourd'hui du billet de banque, pour devenir une monnaie autonome. Et déjà, en germe dans cet instrument qu'est la carte de paiement, on lit les supports de l'avenir, qui ne se constitueront qu'en s'affranchissant des supports actuels ².

Section II

CARACTÉRISTIQUES JURIDIQUES DES MOYENS DE PAIEMENT

123. La doctrine française a toujours accueilli les mêmes caractéristiques de la monnaie, sans se demander si elles étaient effectives. On lit certaines affirmations dont la réflexion révèle bien vite le caractère discutable, mais qui sont colportées d'ouvrage en article parce qu'il semble qu'à aucun moment on n'ait songé à les remettre en cause. C'est ainsi que la monnaie est réputée être une chose de genre, consommable et fongible, ces trois qualités étant constamment reprises par tout auteur qui de près ou de loin s'intéresse à la monnaie ³, sans qu'une discussion sérieuse prenne place pour apprécier la réalité de ces caractéristiques. On voudrait ici montrer qu'aucune d'entre elles ne

¹ C'est en tous cas cette question des investissements à réaliser qui freine, d'une double façon, l'évolution de la carte d'instrument à support. L'importance des investissements nécessaires à réaliser cette évolution n'est pas tant en cause que le désir d'amortir d'abord les investissements énormes qui ont été réalisés pour la carte à piste magnétique. Le frein à l'évolution ne tient pas aux mentalités non plus qu'aux possibilités techniques, mais à des considérations financières.

² Sur les concurrences entre supports, v. L. BAUDIN, *La monnaie et la formation des prix*, précité, p. 192.

³ Par ex. : J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 32, p. 56 ; J. HAMEL, *op. cit.*, p. 159 et s. ; N. CATALA, *op. cit.*, n° 71 et s., p. 134 ; C. BRUNEAU, *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature, Essai de détermination de l'objet*, th. Paris II, n° 40 et s., p. 84 ; G. SOUSI, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », précité.

s'impose absolument, car toutes relèvent en fait de conceptions sinon erronées de la monnaie, du moins souvent approximatives. Pour que ces caractéristiques soient affirmées, il faut nécessairement que la monnaie soit considérée comme un bien corporel auquel on pourrait appliquer les catégories ordinaires du droit des biens. Mais, on l'a vu, la monnaie n'est pas cette chose simple qui se rassemble entièrement dans les objets qui servent au paiement. La remise en cause de la nature de la monnaie emporte en conséquence celle des caractéristiques ordinaires que la doctrine y repèrait. On montrera ainsi que la monnaie n'est pas tout à fait une chose de genre (§ 1), que sa consomptibilité est rien moins que discutable (§ 2), et enfin que sa fongibilité est incertaine (§ 3).

§ 1. LA MONNAIE COMME CHOSE DE GENRE

124. Les meubles se divisent ordinairement en deux groupes, du point de vue de leur détermination : choses de genre et corps certains ¹. Mais ces deux catégories ne sont pas étanches : toute chose de genre a vocation à devenir un corps certain après individualisation. Aussi bien y-a-t-il, à sens unique, une communication entre les deux catégories ². Les choses de genre sont les choses qui, selon l'article 1246 du Code civil, ne sont déterminées que par leur espèce. L'appellation en est donc malheureuse, puisqu'au sens propre, les "choses de genre" sont des "genres de choses" ³. Les choses de genre sont des types, et il faudra en donner toutes les précisions pour les faire passer du genre abstrait à l'objet concret, pour en faire des corps certains. Ainsi parler d'une voiture de type Renault 5, c'est ne faire référence à aucune précisément, mais à toutes celles qui appartiennent à cette gamme. La chose ne sera déterminée que lorsqu'on en aura donné les précisions suffisantes pour n'en désigner qu'une. Le plus souvent, on parle de choses de genre à propos des choses qui se mesurent ou se pèsent : produits naturels, tissus. Mais la catégorie des choses de genre est en fait plus vaste puisqu'elle rassemble non un certain nombre de choses, mais l'ensemble des types de choses qui sont suffisamment déterminables par leurs caractéristiques générales. À l'extrême, la distinction entre les choses de genre et les corps certains pourrait être présentée comme celle qui sépare l'abstrait du concret.

125. Il est souvent dit que l'argent est une chose de genre, quoique d'un type particulier ⁴. Mais cette qualification de chose de genre n'est nulle part explicitée. Elle est plutôt posée comme un absolu. Pourtant, il faut savoir si cette

¹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 53 p. 95 ; G. CORNU, *Droit civil*, t. I, n° 947, p. 358.

² Il est vrai qu'une chose de genre individualisée, donc un corps certain, peut toujours revenir à l'état de *generum*. C'est l'hypothèse où un kilogramme de grain a été individualisé, puis remis dans le silo. Mais si un corps certain ne provient pas d'une individualisation de chose de genre, il ne pourra jamais acquérir ce statut.

³ P. MAYER, Cours de Licence en droit, 1983-1984, Université de Paris-X (Nanterre).

⁴ C. BRUNEAU, th. précitée, n° 41, p. 86 ; R. SAVATIER, *La théorie des obligations en droit privé économique*, Dalloz, 4^e éd., 1979, n° 168, p. 213.

qualification concerne les objets incorporant les unités de paiement, ou fait référence aux unités monétaires ?

Une première tendance consiste à poser que les choses de genre sont les unités elles-mêmes : tout prix n'est-il pas obtenu à partir d'une individualisation des unités, qui se fait en précisant le nombre ? Mais il y a là une erreur, qui résulte d'une assimilation faite avec les choses qui se mesurent ou se pèsent. Lorsqu'on dit que le blé, par exemple, est une chose de genre, on entend par là qu'il s'agit d'un type de grain qui ne sera individualisé qu'une fois qu'une certaine quantité sera mise dans un sac. Reste que la chose de genre, c'est le blé et non les kilogrammes. Dire que les unités monétaires sont une chose de genre parce qu'on doit les compter pour passer du type au corps certain reviendrait exactement à dire que le kilogramme est une chose de genre, mais un poids de trois kilogrammes un corps certain.

La classification des choses en meubles et immeubles est à l'évidence une classification totalement lacunaire, dans laquelle tous les objets ne peuvent entrer. Le doyen Batiffol notait que le Code civil avait une conception des choses qui s'articulait autour de leur évidence corporelle — mais les vues ont-elles bien évolué depuis¹ ? Les unités de compte ne sont pas corporelles. En tant que telles, elles ne peuvent recouvrir ni des choses de genre ni des corps certains. On s'aperçoit des lacunes de cette classification des "choses" dès lors que l'on se demande, par exemple, ce qu'est un kilogramme². Une mesure, sans doute. Mais sa nature juridique ? Les "choses", au sens courant du terme, qui ne sont pas corporelles, et ne peuvent non plus être analysées comme des droits restent en dehors de toute classification. Cela se comprend si l'on s'avise que les classifications n'ont pas été faites originairement, à seule fin d'être complètes, mais au coup par coup, sous la poussée de l'urgence. Mais ce caractère lacunaire, pour compréhensible qu'il soit, n'en reste pas moins frustrant.

126. Pour avoir un sens, le propos attribuant à la monnaie le caractère de chose de genre doit donc faire référence aux objets qui incorporent des unités de paiement : les supports monétaires. Mais même ainsi, l'argument porte peu. Il conduit en effet à distinguer la monnaie en tant qu'entité vague et absolue, prise en compte pour son seul pouvoir libératoire, des modalités de présentation de cette monnaie. À "cent francs", chose de genre, s'opposerait alors le billet de cent francs, ou deux billets de cinquante, ou dix pièces de dix francs : autant de corps certains. On retrouve la distinction empruntée au droit allemand par le doyen Carbonnier³ entre monnaie générique et monnaie spécifique. La monnaie générique n'incorpore aucune précision quant à la présentation matérielle de la monnaie, tandis que la monnaie spécifique est le mode d'émergence de cette

¹ H. BATIFFOL, « Problèmes contemporains de la notion de biens », *Arch. phil. dr.* 1979.9.

² La seule mention, quoique brève, qu'on ait pu trouver des mesures est dans : AUBRY et RAU, *Traité de droit civil*, t. I, par P. ESMEIN et A. PONSARD, 1964, n° 179 p. 330.

³ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 10 p. 46. M. Carbonnier avoue avoir emprunté la notion à la doctrine allemande, sans préciser de quel auteur il la tenait. Sans contester en rien la pertinence de la classification, on relèvera qu'elle est depuis longtemps utilisée en droit français (M.-P. SIGOGNE, *La théorie juridique de la petite monnaie*, th. Paris, 1942, p. 82), alors que certains auteurs allemands ont une tout autre conception de la monnaie spécifique (dans *Money in the law, national and international*, Nussbaum intitule son premier chapitre : « *Specific money (coins and paper money)* ». De telle sorte qu'on peut penser que la monnaie spécifique est ce que l'on nomme couramment l'argent liquide).

monnaie. À ce compte, on pourrait dire que la monnaie générique est une chose de genre, tandis que la monnaie spécifique serait le corps certain résultant de l'individualisation.

On demeure toutefois gêné car ce corps certain n'est jamais individualisé. Le billet de cent francs n'est pas en lui-même cette chose précise et déterminée qui caractérise les corps certains. À le considérer en tant que titre représentant un certain pouvoir libératoire, c'est-à-dire à ne considérer que ce meuble qu'est le papier, on est en présence encore une fois d'une chose de genre. Seul serait un corps certain le billet de cent francs dont les numéros d'ordre et de série seraient précisés¹.

Si l'on décidait de faire abstraction du meuble pour ne considérer que le pouvoir libératoire, il n'y aurait évidemment pas plus de corps certain. Le pouvoir libératoire est en effet indistinct, puisqu'il se présente comme un droit subjectif, permettant de se libérer de toute obligation monétaire d'un montant inférieur. De ce fait, le billet ne s'individualisera que par l'obligation dont il permet de se libérer, c'est-à-dire par un changement de nature. Faute de quoi, il n'est pas susceptible d'individualisation, à la façon des choses de genre ordinaires.

Ce qui incite naturellement à considérer qu'au rebours des affirmations de la doctrine, la monnaie, quelle que soit sa forme, n'est jamais une chose de genre. Ou bien une chose de genre qui ne peut jamais s'individualiser, ce qui revient au même.

127. Starck remarquait d'ailleurs que « le débiteur d'une somme d'argent ne sera pas libéré si les billets de banque qu'il avait rassemblés pour payer sa dette sont détruits par un événement de force majeure »². Pour donner corps à cette hypothèse, il faut supposer que des billets sont glissés dans une enveloppe cachetée, libellée au nom du créancier, et qu'ils brûlent par accident. Par symétrie avec les choses de genre, on voit mal pourquoi l'individualisation n'aurait pas eu lieu en ce cas³. Et pourtant, la destruction des billets ne libère pas le débiteur.

Dans un article consacré à la monnaie⁴, M. Soussi explique cette "anomalie" par le fait que « l'individualisation des choses de genre ne permet au débiteur de se dire libéré que si lesdites choses faisaient partie d'une individualité précise ;

¹ À cela s'oppose le courant anglo-saxon pour lequel « *money has no earmark* ». V. par ex. : F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 9 et s. La jurisprudence française a parfois accepté la revendication des billets : Paris 5 février 1898, D. 1898.2.172 ; Civ. 17 novembre 1856, S. 1857.1.173. Dans une espèce plus récente, l'action en revendication n'a pas abouti, mais peut-être plus pour des raisons de fait que de principe : Trib. civ. Besançon 25 avril 1955, *Gaz. Pal.* 1955.2.95 ; *Rev. trim. dr. civ.* 1955.681, obs. H. Solus, qui considère que les billets de banque sont des choses fongibles, qui, « comme tous les meubles corporels, peuvent faire l'objet d'une revendication ; mais c'est à la condition qu'elles soient individualisées ». Sur la question de la revendication, v. les longs développements du doyen Hamel (*op. cit.*, p. 239 et s.) ; v. égal. en droit belge : C. RENARD, « L'article 2280 et les billets de banque », *Revue critique de jurisprudence belge* 1950.22.

² B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, t. 2, *Contrat*, Litec, 3^e éd., 1989, n° 985, p. 344.

³ La position de Starck est en fait un peu difficile à cerner, car il ne reconnaît pas que la monnaie soit une chose de genre. Il la dit fongible, parle parfois de son individualisation, mais n'est guère plus explicite. V. B. STARCK, *Droit civil - Introduction*, Litec, 1976, n° 296 et s. ; spéc. n° 284 et 317.

⁴ G. SOUSSE, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », précité.

dans le cas contraire, l'individualisation n'est d'aucun secours : le créancier veut un genre, et peu importe qu'il provienne de tel ensemble ou de tel autre ; les genres ne périssent pas »¹. Mais l'explication ne convainc guère. D'abord parce qu'il n'est pas évident que l'obligation de chose de genre porte forcément sur une universalité de fait. Si j'achète cent arbres de cette forêt, selon l'exemple donné par l'auteur², il semble que je n'achète pas une chose de genre, mais plutôt un corps certain. Acheter une chose de genre consiste en effet à passer un ordre d'achat pour cent arbres, de tel type et de telles dimensions. C'est alors au vendeur qu'il appartient de déterminer d'où il les tirera. De plus, si même on acceptait les prémisses du raisonnement, il faudrait encore reconnaître que des billets de banque calcinés, tirés d'un patrimoine sont des choses nettement individualisables, puisqu'elles ont été tirées d'une universalité : le patrimoine. En quoi l'explication proposée connaît certaines limites.

L'explication du phénomène est sans doute plus simple. Le meuble, qui constitue le titre appelé billet de banque, se trouve investi d'un pouvoir monétaire ; mais le billet lui-même ne se confond pas avec les unités incorporées. Le caractère de chose de genre qui s'applique au meuble, et qui est commun aux timbres-poste, ou aux actions d'autrefois, est marginal au regard du rôle monétaire du billet. Ce qui fait la spécificité de la possession d'un billet, c'est le droit subjectif auquel les unités détenues permettent d'accéder. De telle sorte que les caractéristiques du meuble, si on le dégage de ce droit, ne doivent jouer qu'un rôle mineur. La dette de monnaie est, du point de vue du créancier qui escompte le remboursement, l'attente et l'anticipation d'un certain pouvoir. La destruction du titre, dans cette vue, ne modifie en rien l'expectative, puisque ce n'était pas lui qui était attendu. Les modalités de remboursement de la dette sont en effet indifférentes au créancier, pourvu qu'il reçoive son comptant d'unités de paiement.

128. On a ici utilisé l'exemple de Starck pour établir cette dissociation au sein de la monnaie entre l'aspect mobilier, et le droit subjectif, et montrer que la qualification de chose de genre ne concerne en fait que le meuble lui-même, nullement le droit qui est pourtant l'essentiel dans une optique monétaire. Mais avant de quitter cet exemple, il reste à dire qu'il ne porte pas autant qu'on l'a laissé entendre.

Imaginer que la monnaie puisse s'individualiser dans la situation décrite, c'est en fait donner à l'obligation monétaire la même consistance et les mêmes contours qu'à l'obligation de livrer la chose dans la vente³. Si un client passe une commande pour le lendemain à un grossiste de tissu, et que son entrepôt brûle au cours de la nuit, on peut se demander sur qui pèse la charge de la perte. En la matière, la règle suit le brocard latin : *res perit domino*. Si la chose avait été un corps certain, la propriété en eut été immédiatement transférée et la perte pour l'acheteur. S'agissant d'une chose de genre, le transfert de propriété n'a lieu qu'avec l'individualisation, soit la coupe des mètres de tissu demandés et leur stricte affectation au client.

Si l'on transpose aux billets glissés dans une enveloppe libellée au créancier et cachetée qui vient à brûler, la raison de l'absence de libération apparaît nettement : il n'y a pas transfert de la propriété des billets. Le droit de l'acheteur, devenu propriétaire, qui peut exiger la livraison de la chose porte sur la chose elle-même ; le droit du créancier n'est que personnel : il peut exiger la remise de

¹ *Ibid.* n° 11 et s.

² *Ibid.* n° 14.

³ Solution que rien ne justifierait, ainsi que l'avait parfaitement vu R. Rodière dans sa note précitée sous Civ. 1^{re} 28 novembre 1973, *D.* 1975.21.

son dû, mais aucune somme ne lui appartient, au sens réel, qui se trouve dans le patrimoine du débiteur. Dans ce cas, le problème n'est pas celui de l'individualisation, mais du titre par lequel un individu détient légitimement une somme de monnaie.

129. La distinction faite au sein de la monnaie entre un certain pouvoir libératoire, et le meuble qui l'incorpore peut paraître artificielle. Son application aux *genera* serait alors douteuse. Il n'est pas impossible néanmoins que cette distinction ait été implicitement faite, et depuis longtemps. C'est ainsi qu'elle peut aider à comprendre les très mystérieux articles 533 et 536 du Code civil. Aux termes du premier, « Le mot meuble, employé seul dans les dispositions de la loi ou de l'homme, sans autre addition ni désignation, ne comprend pas l'argent comptant... » ; selon le second : « La vente ou le don d'une maison, avec tout ce qui s'y trouve, ne comprend pas l'argent comptant, ni les dettes actives et autres droits dont les titres peuvent être déposés dans la maison ; tous les autres effets mobiliers y sont compris ». Autant la lettre du premier est claire, quoique troublante, autant celle du second est difficile à saisir, tant la signification se dégage mal d'une formulation un peu confuse. À ne considérer que le premier membre de phrase, l'argent comptant et les dettes actives sont assimilés à un droit. Mais si l'on regarde le second, et que l'on se demande pourquoi il n'est pas simplement écrit : « tous les effets mobiliers y sont compris », mais « tous les autres effets », on est conduit à penser que l'argent comptant et les dettes actives sont plutôt des meubles. (Conception moins choquante que la première, du reste, puisque pour les rédacteurs du Code civil, comme le rappelle M. Carbonnier¹, l'argent comptant ne pouvait être que métallique, et donc indubitablement mobilier. Cependant, c'est peut-être le souvenir des regrettables assignats et autres mandats territoriaux qui surgit ici, auquel cas l'assimilation aux droits ne serait pas si étonnante).

La doctrine s'est très peu intéressée à ces articles, dont le fondement est obscur mais non l'effet et la mise en oeuvre. Néanmoins, les quelques discussions qui y ont été consacrées ont toutes considéré que les rédacteurs du Code avaient voulu inclure l'argent comptant dans les droits. M. Carbonnier attribue cette prise de position au fait qu'ils y ont vu le signe, et non la matière : *quantitas et non corpora*, pour reprendre les termes du Digeste². Mais cette explication n'en est pas une, puisqu'on ne sache pas qu'un signe — mais qu'est-ce, au juste ? —, soit l'équivalent d'un droit. M. Huet a donné une autre interprétation de l'article, plus convaincante : « Quant à l'argent comptant, la loi ne le considère pas ici comme une valeur incorporée à des signes monétaires..., mais seulement dans sa valeur représentative, comme un pouvoir d'achat »³.

Il semble bien qu'effectivement, dans cet article que la postérité a largement esquivé, les jurisconsultes aient retenu une conception différenciée de la monnaie. Plus précisément, ils auraient fait le départ entre contenant et contenu, entre l'argent-meuble et l'argent-pouvoir. D'où la qualification de droit subjectif, qui n'est plus alors si surprenante.

¹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 32, p. 56.

² *Ibid.*

³ J. HUET, *J.-Cl. civil*, art. 533 à 536, Fasc. N, n° 40, p. 9.

§ 2. LA CONSOMPTIBILITÉ DE LA MONNAIE

130. Un autre des caractères discutables de la monnaie est la consomptibilité¹. Bien des auteurs ont écrit que la monnaie se consommait par l'usage², et le Code civil tout le premier l'a dit aux articles 1238, alinéa 2, et 587, où il est question des choses dont on ne peut faire usage sans les consommer, comme « l'argent, les grains, les liqueurs »³. Les commentateurs ont naturellement mis l'accent sur la différence des situations : le grain est consomptible parce que sa vocation est d'être transformé pour être mangé ; l'argent n'est consomptible qu'au sens où son utilisation passe par une aliénation. La première consommation est matérielle, la seconde juridique⁴. Le billet de banque ne disparaît pas dans la vente ; il change seulement de détenteur. Le billet n'a donc pas disparu, à la différence des liqueurs bues ; le droit subjectif qu'il incorporait ne s'est pas évaporé non plus : il a changé de titulaire, mais s'est préservé à l'identique. La prétendue consomptibilité n'est donc associée à aucune disparition définitive de la monnaie, mais à une perte pour le patrimoine du seul utilisateur de monnaie⁵.

131. C'est en cela que l'on touche les limites de la notion. À la différence de la consommation matérielle, l'aliénation n'est pas une caractéristique de la chose mais de l'opération où elle est engagée. Si l'on a le sentiment que l'argent s'aliène quand on l'utilise, c'est parce qu'on l'utilise le plus souvent dans le paiement. S'il est vrai que l'on produit souvent le blé pour le vendre, il n'est vendu que pour être consommé. Le blé n'a aucune vocation qui échappe à la consommation : si on le conserve trop longtemps, il périt. On le voit, ce qui permet de caractériser la chose, ce n'est pas une qualité intrinsèque, mais, pour ainsi dire, une vocation principale. Critère glissant, car si l'on peut rapidement qualifier de consomptible du grain, et de non-consomptible une statue de marbre, la plupart des objets se laissent moins aisément réduire. Si l'on passe par exemple du blé au bois, ce qui ne paraît pas *a priori* constituer un tel écart, on ne sait plus trop s'il s'agit ou non d'un produit consomptible. Vendu à un particulier pour finir dans sa cheminée, le bois est un objet consomptible ; utilisé par un ébéniste pour être transformé en meuble, c'est un objet qui ne se consomme pas.

¹ Comme la doctrine le fait habituellement, on considère ici les mots *consomptible* et *consommable* comme synonymes. On se gardera pourtant d'oublier que la consomptibilité fait référence à ce qui se détruit ou se consume, et non à ce qui se consomme.

² J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 32, p. 56 ; C. BRUNEAU, *op. cit.*, n° 44, p. 97.

³ Les commentateurs qui présentent le C. civ. comme une vérité d'évangile auraient tout de même pu se demander par quel prodige ce qui, à l'art. 533, ne peut être considéré comme un meuble, est légitimement considéré comme une chose consomptible aux art. cités. Se pourrait-il que dans le C. civ., les mots "meuble" et "chose" n'aient pas le même contenu ? Rien n'est moins certain. Il semble par ce trait se confirmer que la conception monétaire des rédacteurs du C. civ. était beaucoup plus fine qu'on tend à le dire. En tout cas, aucune conception unitaire ne rend compte de leur position.

⁴ Sur la distinction entre ces deux types de consommation, v. H. HUMBERT, *Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles*, th. Paris, 1940, p. 32 ; P. JAUBERT, « Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », *Rev. trim. dr. civ.* 1945.75.

⁵ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 32, p. 56 ; J. HAMEL, *op. cit.*, p. 173.

Laquelle des deux utilisations constitue-t-elle la vocation principale du bois ? Il est difficile, sinon impossible, de trancher. Mais au moins peut-on convenir qu'il ne faut appeler objets consommables par l'usage, si l'on veut être un peu rigoureux, que les objets qui n'ont aucune vocation autre que d'être consommés.

132. Dans sa thèse, M. Terré avait fait la différence entre la consommabilité par nature, et la consommabilité par destination ¹. C'est la volonté individuelle qui permet de faire d'un objet non-consommable un objet consommable, et vice-versa. M. Lefebvre a d'ailleurs parfaitement rendu compte de ce phénomène : « La consommabilité est fonction de l'usage qu'on fait de la chose, usage qui peut être différent selon qu'on se place dans le cadre de la vie civile ou commerciale ; ainsi une automobile, un poste de radio sont biens non consommables pour l'utilisateur civil qui les a achetés pour les utiliser pendant un temps plus ou moins prolongé ; tandis que les mêmes biens sont consommables pour le commerçant qui les a achetés pour les revendre » ².

En ce qui concerne la monnaie, on peut s'interroger sur la portée de la consommabilité alléguée. La monnaie, dit-on, est consommable parce que celui qui l'utilise en perd le pouvoir libératoire. Mais il n'y a dans ce fait indubitable rien qui relève de la monnaie en propre. Ce qui est ainsi visé, c'est bien plutôt la vente. Ce contrat constitue en effet une opération de consommation juridique, de double aliénation. Il n'est nullement nécessaire que la chose vendue et l'argent versé soient par nature des objets consommables ; ils deviennent consommables par destination lors même qu'ils sont engagés dans une vente. Aussi bien l'assimilation entre consommation juridique et matérielle est-elle un leurre. La vocation principale d'un objet matériellement consommable est sa disparition physique ; celle d'un objet juridiquement consommable son utilisation principale dans la vente. Y-a-t-il alors une quelconque communauté entre ces deux opérations ? Rien n'est moins sûr.

Du reste, le présupposé qui anime cette qualification d'objet consommable est certainement que la vocation essentielle de la monnaie est son utilisation dans le paiement. C'est une proposition qu'on ne peut pas simplement réfuter, mais qui cantonne la monnaie dans un rôle étroit et réduit. C'est ce que Starck avait parfaitement vu : « L'argent peut, certes, être dépensé et, à ce titre, il est chose consommable ; mais il peut aussi être "placé", mis en dépôt dans une banque : il sera alors conservé et produira même des intérêts. Vu sous cet angle, il n'est pas "consommable" » ³. À côté de la vente, qui est un des piliers porteurs du droit des contrats, il faut placer le prêt au sens large. Si la monnaie est consommable lorsqu'on la regarde au travers de la vente, elle ne l'est plus dans le prêt. La consommabilité prétendue de la monnaie n'est pas une qualité de la chose, et elle ne tient pas même à sa destination principale.

133. À la vérité, l'idée que la monnaie n'est qu'un objet consommable est choquante non seulement parce que la consommation relève de la vente et non de l'objet lui-même, mais aussi et surtout parce que la monnaie est, d'un certain point de vue, la chose du monde qui se consume le moins. Tous les objets,

¹ F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. Le Balle, Bibl. dr. priv. II, L.G.D.J., 1957, p. 24 et s. ; de façon plus brève, J. HAMEL, *op. cit.*, p. 173.

² D. LEFEBVRE, *J.-Cl. civil*, art. 516, Fasc. A, n° 34, p. 7.

³ B. STARCK, *Droit civil, Introduction*, Litec, 1976, n° 285, p. 119. Il reste que Starck ne s'est pas intéressé à la vocation principale de la monnaie. Ce qu'il dit est certainement exact, mais il n'a pas voulu en poursuivre toutes les conséquences. Que vaut une classification des choses qui se défait au fil de leurs différents emplois ?

jusqu'aux plus durables, connaissent une certaine usure due au temps. Mais pas la monnaie. Une unité de paiement peut passer de patrimoine en patrimoine pendant des siècles sans perdre jamais sa substance. Sans doute change-t-on les billets usagés ; mais cela ne concerne que le meuble qui part en lambeaux, et non les unités. Sans doute le phénomène inflationniste existe-t-il, qui, dépréciant le pouvoir d'achat des unités, les use quelque peu. Cette usure n'est toutefois pas due à la circulation de la monnaie, mais plutôt aux effets des conditions générales de l'économie. Dans une société à l'abri de toute tension inflationniste, les unités de paiement resteront identiques à elles-mêmes pendant des siècles. Et il s'agit peut être du seul objet doué d'une telle longévité. Même si la consomptibilité en vue est plutôt l'aliénabilité, le terme est bien fâcheux pour un tel objet.

§ 3. LA FONGIBILITÉ DE LA MONNAIE

134. La dernière caractéristique ordinairement répertoriée de la monnaie est sa fongibilité¹. Mais sur ce caractère pèse une certaine équivoque : on ne fait pas de différence, en règle générale, entre les choses de genre et les choses fongibles². Il y a néanmoins des raisons de distinguer les deux conceptions. Les choses de genre se reconnaissent à certains caractères intrinsèques, tandis que la fongibilité résulte d'une caractéristique extérieure à la chose. En effet, cette dernière qualité ne s'entend à strictement parler que d'un rapport d'équivalence entre deux choses. Une chose est fongible avec une autre lorsqu'elle peut être remise en ses lieu et place sans dommage. La fongibilité est donc un caractère de substituabilité qui s'attache au lien entre deux objets³. Comme l'exprimait le doyen Hamel, « la fongibilité est un rapport entre deux choses, tel que l'une a exactement le même pouvoir libératoire que l'autre »⁴.

Mais les choses qui sont par excellence substituables sont celles qui se pèsent ou se mesurent : à l'évidence, une livre de grain est toujours équivalente à une autre livre de grain. En déduira-t-on que le grain est une chose fongible ? Et par extension que toutes les choses de genre peuvent être considérées comme des choses fongibles ? À ce prix, on dénie à la fongibilité ce qui la caractérise : le rapport d'équivalence qu'elle entretient entre des choses dissemblables. Ce déni est pourtant fréquent, tant dans le droit romain⁵ que les droits étrangers⁶, ou même la doctrine française⁷. On peut regretter cette perte de substance de la notion de

¹ J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 10 p. 46 ; J. HAMEL, art. précité, p. 87 ; C. BRUNEAU, *op. cit.*, p. 92.

² La confusion entre les deux notions est explicite, par ex., dans : A. WEILL, F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les biens*, Dalloz, 3^e éd., 1985, n° 15, p. 18 ; cette confusion est justifiée par Hamel (*op. cit.*, p. 183).

³ H. HUMBERT, *op. cit.*, p. 12.

⁴ J. HAMEL, *op. cit.*, p. 182.

⁵ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. 2, n° 10, p. 24.

⁶ V. par ex., pour le droit allemand, l'art. 91 B.G.B..

⁷ J. HAMEL, *op. cit.*, p. 184.

fongibilité ; mais à tout le moins convient-il de relever que le principe pur de la fongibilité ne trouve quasiment pas d'application en dehors des choses de genre ¹.

135. Dans une acception simple, la fongibilité est le lien qui relie la monnaie à toutes les autres choses. Dans cette vue, tout objet dans le commerce se trouve susceptible d'avoir un équivalent monétaire : ne dit-on pas que toute chose a son prix ? C'est le doyen Carbonnier qui a le plus insisté sur cette fongibilité spéciale : « plus extraordinaire encore, [toutes les monnaies sont] fongibles avec toutes autres choses, parce que pouvant, en dernière instance, les remplacer toutes » ². On a déjà dénoncé l'approximation qui consistait à dire que les choses sont remplaçables par de l'argent, alors qu'au préalable la chose doit être explicitement mise dans le commerce. Mais le propos du doyen Carbonnier n'est guère atteint par cette réserve ³.

On peut toutefois relever que la fongibilité générale de la monnaie n'est qu'une fongibilité à sens unique. En effet, toute chose a un équivalent monétaire, mais la monnaie est à l'inverse une chose en soi. Sans doute permet-elle d'acheter les choses. Mais précisément, entre la monnaie et les choses, le rapport ne provient que d'un contrat, non d'une équivalence substantielle. Aussi bien n'est-ce plus de fongibilité qu'il s'agit, puisque la monnaie ne peut être intrinsèquement substituée à autre chose.

L'essentiel n'est pas là. Ce qui gêne surtout avec cette fongibilité, c'est son inutilité. La substituabilité de la monnaie à toute autre chose dans les patrimoines n'aide pas à comprendre la monnaie. C'est bien plutôt un truisme : à partir du moment où la monnaie est choisie comme étalon de valeurs, il est normal qu'elle ait vocation à représenter toute chose. Mais cette représentation n'est pas une substitution, même potentielle. Il y a en effet entre la valeur, caractéristique de la chose, et son prix, qui relève de son insertion future dans les réseaux sociaux, une différence essentielle. La chose détenue dans un patrimoine est adéquate au nombre d'unités de valeurs qui la représente ; mais elle n'est pas substituable au nombre différent d'unités de paiement qui résulterait de sa vente.

La notion de fongibilité, dans une acception simple, opère confusion entre unités de valeur et unités de paiement. Telle qu'elle est traditionnellement exprimée, cette fongibilité n'existe pas ; telle qu'on peut l'exprimer en termes d'unités de valeur, elle est dénuée de toute espèce d'intérêt. C'est pourquoi on envisagera ici la fongibilité de la monnaie dans une acception restreinte : les différents supports monétaires sont-ils fongibles entre eux (A), et, plus complexe encore, y a-t-il fongibilité entre la monnaie nationale et la monnaie étrangère (B) ?

¹ Ce rapport d'équivalence n'a donc peut-être pas l'intérêt pratique que semble lui réserver sa pureté théorique : il n'est quasiment pas possible de donner des exemples de choses fongibles *stricto sensu*, tant il est vrai que la substituabilité s'observe *in concreto*. On pourrait toutefois rapprocher la fongibilité de l'idée d'élasticité développée par les économistes, et utilisée parfois par la Cour de Justice des Communautés Européennes : C.J.C.E. 29 octobre 1980, S.A. Roquette frères c. Conseil des Communautés Européennes (*Isoglucose*), aff. 138/79, *Rec.* p. 3333.

² J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 32, p. 56.

³ La fongibilité ainsi énoncée par M. Carbonnier n'est que la reprise juridique de la fonction économique d'étalon des valeurs.

A. La fongibilité intra-monétaire

136. On dit parfois que la monnaie est fongible avec elle-même : « toute monnaie égale toute monnaie »¹. Si on a pu considérer que la fongibilité interne des choses qui se pèsent ou se comptent était un dévoiement de la notion, il n'en va pas de même avec la monnaie. En effet, le grain ne se présente que sous forme de grain ; la fongibilité n'est donc que le remplacement d'un lot de grain indifférencié par un autre lot. En revanche, la monnaie peut se présenter sous de multiples modalités : métal autrefois ; aujourd'hui : billets, comptes en banque, voire espèces étrangères. Malgré ces supports variés, la fongibilité ne devrait soulever aucune difficulté, l'équivalence entre les supports procédant directement de l'existence d'unités de paiement. On peut définir la monnaie de paiement comme un pouvoir d'extinction des dettes, dont l'intensité est mesurée en unités de paiement. Dès lors, l'unité apparaît comme le trait d'union entre tous les supports, et précisément l'on ne voit pas comment ces unités pourraient être affectées par la variation du support². Néanmoins, s'il va de soi que cent unités de paiement sont toujours cent unités de paiement, envisagées du point de vue de leur pouvoir libératoire, la substituabilité du billet de cent francs au chèque pour un même montant n'est pas aussi immédiate. Pour être fongible avec elle-même, la monnaie doit contourner l'obstacle de l'hétérogénéité des supports monétaires.

137. Selon M. Carbonnier : « toutes monnaies sont fongibles malgré l'hétérogénéité matérielle des types d'instruments »³. Mais pour qu'un tel propos soit rigoureusement exact, il faudrait encore que le support monétaire se révèle sans influence sur le contenu qu'il incorpore. Il y a cependant parasitage entre l'un et l'autre, et il apparaît parfois que la nature du support altère le caractère absolu des unités de paiement qu'il contient.

Dans une acception élémentaire on peut remarquer que tous les supports monétaires n'ont pas le même pouvoir libératoire global. C'est en particulier le cas avec la monnaie divisionnaire, dont le pouvoir libératoire a été fixé par décret le 22 décembre 1959. Aux termes de ce décret, un consommateur ne peut payer plus de 250 francs en pièces de 5 francs, ou 50 francs avec des pièces de un franc. Au surplus, sans que l'État y ait mis la main, les banques et les organismes de crédit imposent, pour des raisons de convenances, un pouvoir libératoire minimum pour les chèques et les cartes de paiement. Il est très fréquent de lire dans les magasins que les chèques ne sont pas acceptés pour des montants inférieurs à 50 francs, les cartes à 80 francs⁴.

Mais il y a plus. Il n'est pas exact de dire que cent francs en billet sont l'équivalent de cent francs sur un compte en banque : quoique les unités incorporées aient le même pouvoir libératoire, les utilisateurs savent pertinemment que les modes d'utilisation sont nettement distincts. Ce n'est pas pour rien qu'à la différence des agrégats de la Comptabilité Nationale, les particuliers réservent le terme de "liquidité" aux seuls billets de banque et à la monnaie divisionnaire. Leur utilisation est plus simple, le paiement plus

¹ LA GRASSERIE, cité par H. HUMBERT, *op. cit.*, p. 23.

² J. HAMEL, *op. cit.*, p. 198.

³ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 32, p. 56.

⁴ C'est le pouvoir libératoire des supports qui est en cause, et non le pouvoir libératoire des unités de paiement contenues sur ces supports. Le fait qu'on ne puisse pas verser plus de cinquante francs en pièces de un franc n'empêche pas que le pouvoir libératoire de la pièce est le dixième de celui de la pièce de dix francs.

rapide : si le paiement en monnaie scripturale n'est effectué que quand la somme due est versée sur le compte de l'*accipiens*, la remise de monnaie fiduciaire emporte immédiatement paiement. Peut-on prétendre que la monnaie est fongible avec elle-même, alors que les mêmes unités subissent des traitements différents selon qu'elles sont incorporées dans un support fiduciaire ou scriptural ?

Au reste, même en ce qui concerne l'intensité du pouvoir libératoire, le support n'est pas forcément indifférent. Le cours légal empêche sans doute de faire une discrimination selon que le paiement est effectué par des moyens différents. Le principe d'un prix variant avec le support est inacceptable de façon absolue. Mais s'il est vrai que chèques, billets et cartes permettent de faire en gros les mêmes acquisitions, les commerçants ne consentent de petites remises qu'en cas de paiement en liquide (raisons fiscales ¹), ou par chèques (parce que la somme leur sera créditée plus tôt que lorsque le paiement se fait par carte). On remarquera encore, à titre d'indice limité, que les banques américaines accordent un cours plus avantageux à la même devise étrangère, selon qu'elle se présente en petites coupures ou en grosses. Ces deux exemples prouvent peu. En raison de leur domaine restreint, mais aussi parce qu'à chaque fois, la situation s'explique par des considérations extra-monnaies. Mais ils confortent l'idée que le pouvoir libératoire peut éventuellement être atteint, quoique de façon marginale, par le support au moyen duquel est exprimée la même quantité d'unités de paiement.

138. On peut continuer à tirer le fil de cette fongibilité intra-monnaire en passant de l'équivalence des unités de paiement entre supports différents, à l'équivalence à l'intérieur d'un même support. S'il est évident et immédiat qu'un billet de cent francs et deux de cinquante ont le même pouvoir libératoire en France, on peut toutefois se demander quelles sont les modalités qui permettent d'échanger ces deux choses l'une contre l'autre. Plus simplement : comment peut-on qualifier l'opération par laquelle une personne "fait la monnaie" à une autre, c'est-à-dire lui échange un nombre d'unités de paiement donné contre ce même nombre mis sous une autre forme ? Le problème de la qualification juridique du contrat de change interne ² de monnaie n'est sans doute pas d'un intérêt pratique majeur ³. Cela peut toutefois être important pour connaître la nature de certaines infractions pénales comme le "vol au rendez-moi", par exemple ⁴. Peut être du fait de ce peu de conséquences pratiques, cette recherche se révèle complexe. Qu'il s'agisse d'un contrat synallagmatique est peu douteux : le contrat s'analyse en deux obligations, l'une qui consiste à remettre une coupure, l'autre plusieurs de moindre valeur chacune, mais représentant le même total d'unités, et ces deux obligations se servent mutuellement de cause.

¹ M. Carbonnier considère ainsi que la T.V.A. fonctionne comme un véritable agio, lorsque l'on passe de l'économie souterraine à l'économie officielle. Le pouvoir libératoire de l'argent liquide est donc plus important que celui des cartes et des chèques, puisque il est la condition d'un paiement "au noir", d'un paiement situé dans le non-droit (J. CARBONNIER, « Conclusion générale », *Droit et monnaie*, précité, p. 525, spéc. p. 530).

² On emploie dans ce travail l'expression "change interne" ou "change intra-monnaire" pour les mouvements de substitution à l'intérieur d'une même monnaie, c'est-à-dire en ce qui concerne les changements de supports liés à un seul type d'unité monétaire. On parlera en revanche de change "inter-monnaire" pour désigner les modalités de passage entre unités monétaires différentes, que ce passage s'accompagne ou non d'une modification du support. V. *infra*, n° 141 et s.

³ A. NUSSBAUM, *Money in the law*, précité, p. 98.

⁴ M.-P. SIGOGNE, *op. cit.*, p. 78 et s. V. aussi : Cass. 9 juillet 1905, *D.P.* 1907.1.55.

Mais il est difficile de préciser la qualification du contrat, et plus exactement de démêler s'il s'agit d'un contrat de vente ou d'échange.

139. La qualification d'échange a les faveurs de la doctrine : c'est la position prise récemment par M^{me} Sousi-Roubi ¹. Auparavant, dans sa thèse, M^{me} Sigogne l'avait refusée, après bien des discussions ². En premier lieu, ce qui interdit pour elle la qualification d'échange, c'est le caractère nécessairement onéreux du contrat d'échange, qui ne se retrouverait pas dans le change de monnaie, contrat de bienfaisance. Mais on peut faire justice de cette objection en constatant que M^{me} Sigogne ne se situe pas sur le même plan dans ces deux appréciations. Pour qualifier l'échange de contrat à titre onéreux, l'auteur se réfère à l'article 1106 du Code civil, qui, on le sait, identifie le caractère onéreux à l'existence d'une double obligation caractéristique du contrat synallagmatique. Mais, concernant le contrat de change, elle tire l'aspect bienfaisance de l'article 1105. La démarche serait légitime si les deux articles avaient des frontières franches. Ce n'est pas le cas. Aussi considère-t-on ordinairement que le fait qu'un contractant ne tire pas bénéfice d'un contrat ne le transforme pas en contrat de bienfaisance, dès lors qu'il est synallagmatique. Il y a un écart non relevé entre le contrat à titre gratuit, et celui qui paraît tel dans la pratique.

La seconde réticence de M^{me} Sigogne à considérer qu'il s'agisse d'un échange provient de la présence au contrat de monnaie, critère séparateur traditionnel entre vente et échange. Mais les auteurs ne s'arrêtent pas à cette objection. Selon M^{me} Sousi-Roubi, ce critère séparateur n'est pas mécanique : ce qui constitue la vente, ce n'est pas la présence de monnaie, mais celle d'un prix ³. C'est précisément ce qui ferait défaut dans le change intra-monétaire, puisque « dans l'opération de change, la monnaie est considérée comme un bien ce qui explique que le change s'apparente plus au contrat d'échange qu'à la vente ». C'était déjà la position de M^{me} Sigogne, qui considérait que la monnaie ne joue véritablement ce rôle que s'il s'agit de monnaie générique. Si la monnaie est sous forme spécifique, ce qui est selon elle le cas dans le contrat de change, on peut considérer que la monnaie devient plutôt une marchandise ⁴.

Nussbaum qui s'est également demandé quelle était la nature du contrat a refusé d'y répondre après avoir noté la difficulté de la question. Il a néanmoins envisagé et récusé les deux seules qualifications qui lui paraissaient possibles : « Ce n'est pas une vente parce qu'aucune marchandise n'est en jeu ; ce n'est pas un échange parce que la monnaie est prise en considération pour sa valeur nominale et non sa valeur intrinsèque » ⁵. Mais aucune de ces deux raisons n'est bien convaincante. On reviendra sur la présence dans le contrat d'une marchandise ; on peut tout de suite faire justice de la seconde explication. Dire que la monnaie est utilisée pour son cours nominal, plutôt que sa valeur intrinsèque est un peu obscur. L'éminent auteur fait il référence à de la monnaie métallique ? Mais à ce compte, la marchandise qu'il recherchait est trouvée : le métal précieux. S'il s'agit bien de monnaie fiduciaire, on a peine à concevoir la différence entre la valeur intrinsèque et la valeur nominale. Sauf à imaginer qu'il ait voulu dire que celui qui fait la monnaie apporte à son cocontractant un

¹ B. SOUSI-ROUBI, « Le contrat d'échange », *Rev. trim. dr. civ.* 1978.257, spéc. p. 269.

² M.-P. SIGOGNE, *op. cit.*, p. 84 et s.

³ B. SOUSI-ROUBI, art. précité, *loc. cit.*

⁴ M.-P. SIGOGNE, *op. cit.*, p. 83.

⁵ A. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 98 (*It is not sale because no commodity is involved ; it is not barter because money is being dealt with at its nominal rather than intrinsic value*).

avantage supplémentaire qui n'est pas payé : non seulement il lui rend le même nombre d'unités de paiement, mais sous la forme qu'il désirait. Peut-être sollicite-t-on un peu ce que Nussbaum entendait ; mais c'est du moins dans un sens qui permet de résoudre ce petit problème de qualification.

140. L'erreur de tous les auteurs qui se sont intéressés à la question est d'avoir conçu la somme de monnaie versée par chacune des deux parties de façon symétrique. La réciprocité des opérations ne doit pas masquer que le type de monnaie est différent de part et d'autre. Il est évident que le pollicitant fait une offre de monnaie générique : le mode de répartition de la somme n'a guère d'importance du moment qu'il n'est pas celui qu'il recherche. Ce qui seul importe dans sa prestation, c'est le nombre d'unités de paiement qui constitue l'objet de la demande. En revanche, le changeur, lui, fait une offre de monnaie spécifique : ce qu'il apporte, c'est la répartition précisément souhaitée par le cocontractant, et non la seule valeur ou le seul nombre d'unités, ce qui n'aurait aucun intérêt pour le pollicitant. Par conséquent, on peut dire que celui qui demande le change achète à celui qui lui fait la monnaie le type de répartition voulu. Et il achète ce type de répartition pour un prix qui correspond ordinairement au nombre d'unités offert. Dans cette seule mesure, le service rendu est gratuit. Ce n'est d'ailleurs pas forcément le cas, le prix payé pouvant être plus élevé : si le changeur ne dispose pas de la somme exacte voulue, mais d'une coupure ou d'une pièce qui est précisément celle recherchée — pour téléphoner par exemple —, l'acheteur peut fort bien payer plus cher dans le seul but d'obtenir cette coupure, et accorder ainsi un bénéfice au vendeur. Sous l'apparence de l'équivalence des prestations se cache en fait une opération un peu déséquilibrée, qui n'est autre qu'un contrat de vente. Celui qui demande qu'on lui "fasse la monnaie" achète une certaine répartition monétaire, précisément identifiée, qui devient dès lors la chose objet du contrat de vente. Le prix de vente de cette chose est le plus souvent fixé à parité du nombre d'unités de paiement apporté, mais peut être légèrement supérieur. La même monnaie nationale, parce qu'elle est spécifique dans un cas et générique dans un autre, peut donc se séparer en une chose et en son prix ¹.

B. La fongibilité inter-monétaire

141. Il peut paraître choquant d'employer l'expression de fongibilité alors que l'obstacle des "nationalités" de la monnaie est dressé, qui oblige à une opération de change. On aurait tendance à dire qu'il ne peut y avoir de fongibilité là où seul un contrat de vente permet de passer de la monnaie nationale à la monnaie étrangère, ou de circuler d'une monnaie étrangère à une autre. À cela on peut d'abord objecter que le change interne est aussi une vente, ce qui ne dissuade aucun auteur de parler de fongibilité de la monnaie. Mais surtout, on parle ici de

¹ On peut relancer le problème de qualification en imaginant que l'homme auquel on demande la monnaie d'une pièce de dix francs réponde : « précisément, je cherchais une pièce de dix francs ». Les deux individus se rendant alors mutuellement service, on pourrait être tenté d'en revenir à une qualification d'échange. Il n'empêche que si l'on se met successivement à la place de l'une et l'autre partie, la somme de monnaie apportée est générique, la somme de monnaie recherchée spécifique. La pièce de dix francs et les deux pièces de cinq francs seront simultanément spécifiques et génériques, selon l'intervenant. Le contrat ne peut donc pas s'analyser en un échange, mais en une double vente simultanée.

fongibilité en raison d'un parti-pris portant sur la nature de la monnaie. Ce que l'on désire dans l'opération de change, c'est obtenir des unités de paiement étrangères, soit un certain pouvoir libératoire, c'est-à-dire un droit subjectif permettant d'éteindre des obligations libellées en unités de valeur étrangères. Au fond, le change consiste à faire garantir par un État étranger un pouvoir extinctif constitué sous l'empire d'une autre législation. Mais ce que l'on quitte est bien de la même nature que ce que l'on recherche. La circulation entre monnaies différentes par le change modifie les législations sous l'empire desquelles on se place, mais non le type de pouvoir que l'on acquiert ou que l'on cède à chaque fois. C'est la raison pour laquelle il n'est pas abusif de parler de fongibilité intermonétaire.

142. La qualification du change externe de monnaie n'est guère différente au fond de celle du change interne, et l'analyse du contrat interne peut fort bien y être étendue¹. Ce qui caractérise le demandeur au change, c'est qu'il apporte une somme de monnaie, française ou étrangère, en échange de laquelle il veut obtenir des unités de provenance différente. Le changeur est celui qui va lui apporter de quoi le satisfaire : des unités étrangères si la monnaie échangée est nationale, des unités nationales dans le cas inverse. Si l'on raisonne en ne prenant en considération que l'économie interne de ce contrat, une qualification semblable à celle du change interne est possible. Ce que veut le demandeur au change, c'est une somme de monnaie spécifique, quelle que soit la nationalité de cette somme. Plus précisément, ce que la somme désirée a de spécifique est précisément son origine. Si le demandeur au change veut recevoir des dollars contre des francs, la somme en dollars s'analyse en une somme de monnaie spécifique, car la répartition de la somme en unités américaines est précisément l'objet du contrat. Inversement, si le demandeur revient des États-Unis d'Amérique, et veut changer ses dollars en francs, c'est la somme en francs qui devient spécifique, et qui s'oppose ainsi à la somme de monnaie générique en dollars. Comme dans le change interne, le changeur est celui qui donne de la monnaie spécifique contre de la monnaie générique.

Cette analyse ne prend pour autant aucune liberté avec les notions de monnaie générique et de monnaie spécifique. Selon M. Carbonnier, la monnaie est générique lorsqu'elle est prise sous sa forme la plus abstraite, et spécifique lorsqu'elle est affectée d'une précision quant à son mode de répartition². Or généralité et précision ne trouvent de signification concrète qu'à l'intérieur de l'opération de change, et non *in abstracto*. La monnaie demandée est spécifique parce qu'elle est définie par un certain nombre de caractéristiques, celle qui est offerte est générique parce qu'elle ne vaut que comme prix d'achat de la monnaie spécifique recherchée. Qu'elle soit nationale ou étrangère, la monnaie apportée par le demandeur au change est donc une monnaie générique ; de la même façon, quelle que soit sa provenance, la monnaie délivrée par le changeur est une monnaie spécifique³.

143. Pour convaincre, il ne resterait plus à cette analyse qu'à s'ajuster aux conceptions traditionnelles. Mais ce n'est pas le cas : la qualification du contrat

¹ Sur l'analyse juridique du contrat de change, on verra surtout : J. PANNIER, *Aspects juridiques du change des monnaies*, th. Clermont-Ferrand, 1975, multigr. ; on peut toutefois regretter que l'auteur ne se soit pas plus intéressé à la nature spécifique du contrat de change (J. PANNIER, *op. cit.*, p. 295 et s.).

² J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 30, p. 54.

³ On se sépare ainsi de M. Carbonnier, selon qui toutes les monnaies étrangères sont des monnaies spécifiques (J. CARBONNIER, *ibid.*).

de change de monnaie est toujours surdéterminée par le type de monnaie échangé. Il est admis en France que la monnaie française joue nécessairement le rôle du prix, tandis que la monnaie étrangère est une marchandise ¹. C'est ainsi que l'échange de dollars contre des francs est assimilé à une vente de dollars par le demandeur au change, l'opération inverse à un achat de dollars. Plutôt que d'estimer que la monnaie échangée est une somme de monnaie générique, la monnaie demandée une somme de monnaie spécifique, l'analyse traditionnelle qualifie le contrat en partant du principe que le franc joue toujours le rôle du prix dans la vente d'une marchandise constituée par la monnaie étrangère.

L'analyse ici présentée du change de monnaie déroute en ce qu'elle ne fait pas droit à la primauté de la monnaie nationale, ainsi que l'on en a l'habitude. Si l'on estime couramment que le franc doit jouer le rôle du prix, la monnaie étrangère celui de la marchandise, c'est parce que la situation inverse dénierait tout pouvoir libératoire au franc, ce qui n'est pas imaginable. En fait, le raisonnement en termes de monnaies génériques et monnaie spécifique paraît à bien des égards plus satisfaisant.

144. La difficulté à déterminer ce qui est vendu et ce qui est acheté s'observe parfaitement dans l'exemple donné par Mann : « Si un Anglais échangeait des francs contre des livres à Calais, les tribunaux anglais ne considéreraient pas l'opération comme une vente de monnaie anglaise mais comme un achat d'argent français, le prix d'achat étant libellé en monnaie anglaise, tandis qu'à Calais l'opération était certainement considérée comme une vente d'argent anglais ; et si un Anglais échangeait livres contre francs à Amsterdam, l'opération serait un achat de francs français, tandis qu'à Amsterdam, où le contrat est formé, elle serait analysée en un échange » ². Cet exemple met clairement en évidence la double contradiction où s'enferme l'analyse classique de l'opération de change.

D'une part, la même opération est susceptible d'analyses différentes, selon l'endroit où elles sont faites. En France, le contrat est considéré comme une vente d'argent anglais par le voyageur ; en Angleterre, comme un achat d'argent français par le même voyageur ³. Mais surtout, la qualification de vente devient impossible si l'on se situe dans un troisième lieu. En brochant sur l'exemple de Mann, il apparaît évident que vu d'Amsterdam, le contrat ne peut plus être qualifié de vente, faute qu'aucune des deux monnaies en cause soit la monnaie nationale. La même opération simple qui s'est faite au guichet d'un changeur à Calais est donc, au gré d'interprètes disposant des mêmes outils juridiques, soit un achat, soit une vente, soit un échange.

Si l'on admet que le demandeur au change apporte une somme de monnaie générique, pour prix de la monnaie spécifique que lui délivre à sa demande le

¹ J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, précité, n° 332, p. 470.

² F.-A. MANN, *The legal aspect of money*, précité, p. 184 (*If an Englishman exchanged francs against pounds sterling in Calais, English courts would not classify the transaction as a sale of English, but as a purchase of French money, the purchase price being expressed in English currency, although at Calais the transaction was certainly regarded as a sale of English money; and if an Englishman exchanged pounds sterling against french francs in Amsterdam, this would be a purchase of French francs, while in Amsterdam, where the contract was made, it would be regarded as barter*).

³ Si l'on suit l'analyse de Mann, qui paraît avoir inversé les termes de son exemple. Lorsqu'un voyageur dispose de francs qu'il échange contre des livres, le droit français considère qu'il a acheté des livres, le droit anglais qu'il a vendu des francs.

changeur, l'unité de l'opération devient évidente. L'échange de francs contre livres à Calais s'analyse en un achat de livres par le voyageur, l'échange de livres contre francs comme un achat de francs ¹. Au surplus, cette analyse demeure valable quel que soit l'endroit où la qualification du contrat est tentée ².

145. Poser sans autre forme de procès qu'une des caractéristiques de la monnaie est sa fongibilité apparaît à bien des égards comme une proposition hâtive. Mais autant on peut estimer faux de dire de la monnaie qu'elle est une chose de genre, qu'elle est en elle-même consomptible, autant la fongibilité n'est pas un caractère qui s'élimine facilement. Dans un sens simple et limité, il est clair que la monnaie n'est pas fongible avec l'ensemble des biens, ni même forcément avec elle-même. Ce qui demeure vrai, c'est la stabilité du pouvoir libératoire qui s'attache aux unités de paiement. Pour traiter de la fongibilité de la monnaie, il est nécessaire d'examiner le jeu de cette stabilité à travers l'hétérogénéité des supports. La monnaie n'est donc pas simplement une chose fongible, mais certains aspects de la fongibilité sont essentiels à sa définition.

Section III

SPÉCIFICITÉS JURIDIQUES DES MOYENS DE PAIEMENT

146. Au carrefour de la monnaie considérée comme concept et de la monnaie matérielle se pose l'épineuse question de la spécificité juridique de la monnaie, de sa distinction d'avec toutes les autres choses. De ce que la forme de monnaie la plus courante a longtemps été la pièce de métal précieux, les juristes et les économistes ont souvent déduit que la monnaie et le métal précieux étaient liés par une solidarité nécessaire et obligatoire. La monnaie ne pouvait à leurs yeux présenter aucune spécificité, sa nature se réduisant à celle d'un poids de métal individualisé. Dans cette vue, la monnaie n'apparaît que comme un mode d'émergence particulier du métal précieux. C'est ce qu'a bien vu M. Sédillot, qui estime que : « à tout prendre, dans l'histoire de l'or, le fait monétaire n'est qu'un fait relativement accidentel » ³.

Cette conception de la monnaie a, jusque récemment, contaminé toutes les analyses. Au début du XX^e siècle, Mater, auteur du seul traité juridique français consacré de façon systématique à la monnaie, faisait de cette position le

¹ Ce qui emporte cette conséquence que le franc est considéré comme une marchandise, la monnaie étrangère servant de monnaie de paiement.

² À ceci près qu'un problème d'identification de ce qui est considéré comme monnaie peut se poser.

³ R. SÉDILLOT, *La victoire de l'or*, p. 18.

fondement de son analyse¹. Ainsi son ouvrage ne fait-il droit qu'à la pièce de métal précieux, seule forme de monnaie considérée comme authentique, et rejette-t-il hors du domaine monétaire les billets de banque, qualifiés simplement d'instruments monétaires². Il est du reste caractéristique qu'en fait de conception de la monnaie, son ouvrage n'offre qu'une définition vieille de deux cents ans à la validité réaffirmée. C'est en effet à Jean Boizard qu'elle est empruntée, magistrat de l'ancienne Cour des Monnaies, qui écrivait en 1692 que la monnaie était : « une portion de matière à laquelle l'autorité publique a donné une valeur et un poids certain pour servir de prix et évaluer, dans le commerce, l'inégalité de toutes choses »³. Il est ainsi frappant que de 1692 à 1924, date de parution de son traité, Mater n'ait relevé en la monnaie aucune évolution qui méritât d'infirmar la définition ancienne de Boizard.

147. Cette conception de la monnaie comme d'une marchandise ne s'est pas maintenue dans ce siècle, qui l'apparente aux métaux précieux plutôt que lui accorder un domaine spécifique. Il n'est en effet plus personne pour affirmer ouvertement que la monnaie n'est rien d'autre qu'une variété de marchandise. Ce qu'écrivait d'Aguesseau à la fin du XVIII^e siècle ne saurait plus être contresigné par aucun auteur : « Et si les jurisconsultes ont distingué la vente et l'échange comme deux espèces différentes de contrats, c'est parce que n'ayant pas assez médité sur la véritable nature de la monnaie, il leur a plu de donner à l'or et à l'argent le nom de prix, et de conserver l'ancien nom de marchandise aux choses que l'on acquiert par le moyen de l'or et de l'argent. Au lieu que s'ils avaient été aussi instruits du Commerce qu'ils l'étaient de la jurisprudence, ils auraient reconnu que dans la vente, comme dans ce qu'ils appellent permutation, il y a toujours deux marchandises échangées réellement l'une contre l'autre, de l'or ou de l'argent contre du blé par exemple, ... et que toute la différence qu'il y a entre l'or et l'argent, et les autres marchandises, est que l'usage de ces métaux étant beaucoup plus commode, plus sûr et plus facile, il arrive de là qu'on les échange aussi plus souvent que les autres »⁴. L'opinion sans doute se heurterait par trop aux constatations d'évidence : depuis 1973, plus aucune monnaie n'est institutionnellement liée aux métaux précieux⁵. Cependant, s'il n'est plus personne pour affirmer cette liaison, a-t-on vraiment cessé de la croire nécessaire ? On trouve en effet çà et là des réflexions sur la monnaie d'aujourd'hui qui, de façon parfois nostalgique, évoquent ce lien entre monnaie et marchandise. M. Carbonnier, par exemple, exposant que la monnaie n'est plus

¹ A. MATER, *Traité juridique de la monnaie et du change*, précité.

² Dans une acception qui n'a rien à voir avec celle qui a été ici proposée.

³ *Ibid.*, p. 12.

⁴ D'AGUESSEAU, *Considérations sur les monnaies*, cité par J.-M. PUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, précité, p. 129, n. 21.

⁵ Jusqu'à la Conférence de Bretton-Woods, le système monétaire international était un système d'étalon-or, les principales monnaies étant directement convertibles en or. Le système évolue ensuite en étalon de change-or, les monnaies étant toutes convertibles en dollar, et le dollar lui-même convertible en or. "As good as gold", le dollar était ainsi le véritable pilier du système, ce que rendait possible son cours immuable : 35 dollars l'once troy. Mais à partir de 1971, les États-Unis d'Amérique durent suspendre la convertibilité de leur monnaie, avant de la dévaluer à la Conférence de Washington des 17 et 18 décembre 1971. Avec la seconde dévaluation du dollar de 1973, les États-Unis d'Amérique décidèrent de l'abrogation de l'étalon de change-or, et de la progressive démonétisation de l'or et des métaux précieux. Sur cette évolution, v. par ex. : J.-P. LÉVY, *J.-Cl. civil*, art. 1895, fasc. A-2, n° 50 et s.

aujourd'hui liée à aucun poids d'or, en tire que : « nous continuons à avoir une unité monétaire qui n'a pas de définition légale »¹. Mais le mot définition est polysémique : s'il semble insister sur la définition-or de la monnaie qui nous fait effectivement défaut, il suggère aussi bien qu'après sa rupture d'avec l'or, la monnaie est comme tombée en déshérence. Nous n'aurions plus en usage aujourd'hui qu'une monnaie approximative, que nous ne pourrions plus même définir.

Cette nostalgie dont les témoignages vont se raréfiant peut s'expliquer par le fait que la théorie métalliste n'a jamais été intellectuellement infirmée : nul raisonnement n'a définitivement convaincu les auteurs de son caractère peu explicatif, mais l'évolution des monnaies a elle-même condamné cette façon de voir les choses. À partir des accords de Bretton-Woods d'abord, mais surtout des années soixante-dix, l'or a progressivement été démonétisé². Il est inutile d'insister ici longuement sur les étapes de cette démonétisation : d'une situation d'étalon-or, le monde est passé à la démonétisation totale du métal, en passant par le palier de l'étalon de change-or. Les monnaies s'étant progressivement affranchies de tout lien avec le métal, il devenait peu rigoureux de continuer de tenir pour une conception mercantile de la monnaie, sauf à dissocier l'existence concrète de la monnaie d'une essence métallique à laquelle l'analyse serait demeurée fidèle.

148. Au sens de la théorie d'hier, on ne peut plus dire aujourd'hui que la monnaie n'est qu'une marchandise. Cela est attesté par le fait qu'elle n'a plus aucun lien institutionnel, direct ou indirect, avec le métal. Mais la question de la nature de la monnaie n'est pas réglée pour autant. Avant de s'y attacher, on doit la reformuler : la monnaie a-t-elle, en droit, une nature spécifique, ou n'est-elle qu'une chose — une marchandise —, investie de certains pouvoirs particuliers ?

Par cette question, le caractère de marchandise se réintroduit d'une façon subreptice et renouvelée d'autrefois. Il est impossible, à propos de la monnaie, d'éviter totalement le terme de marchandise : ne parle-t-on pas aujourd'hui du marché monétaire, sur lequel la monnaie se vend et s'achète comme sur un marché de matières premières³ ? Sans doute la monnaie n'a-t-elle plus de *bonitas intrinseca*, c'est-à-dire de valeur incorporée : par le papier ou le métal dont ils sont faits, ni le billet ni la pièce n'ont une quelconque valeur. Mais l'argument porte peu et ne suffit pas à délimiter clairement la monnaie des marchandises : bien des objets actuels n'ont pas de valeur intrinsèque, ou très faible, et s'échangent tout de même contre argent. C'est pourquoi, en ce second sens, on peut se demander quelle part de marchandise il y a dans la monnaie, c'est-à-dire, négativement, par quels traits spécifiques elle ne peut certainement pas être considérée comme une marchandise.

149. Avant d'entreprendre cette étude, il convient de préciser que les seuls critères de différenciation recherchés entre monnaie et marchandise sont des critères effectifs. On peut tracer entre monnaie et marchandise une frontière passant à l'intérieur de la catégorie monnaie elle-même : il y a des types de monnaie que l'on peut considérer comme des marchandises, contrairement à d'autres qui y sont irréductibles. C'est ce qui ressort de la distinction déjà

¹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 12, p. 25.

² Par ex. : H. SEMPÉ, « La démonétisation de l'or et "l'étalon dollar" : la crise du système monétaire international », *Mélanges Marty*, p. 1031.

³ BANQUE DE FRANCE, Service de l'information, « Le marché monétaire », *Note d'information*, n° 45, juin 1984 ; G. FARJAT, « Nature de la monnaie... », précité, p. 108 et s.

évoquée, empruntée au droit allemand par le doyen Carbonnier, entre monnaie générique et monnaie spécifique¹. À la première, qui représente la monnaie sous son aspect le plus général et presque conceptuel, s'oppose la monnaie spécifique, qui correspond à la répartition d'une certaine somme de monnaie générique selon un type précis et choisi. Faire référence au franc, ou parler de mille francs, c'est envisager une monnaie générique ; demander en revanche mille francs, en coupures de deux cents francs, revient à exiger une somme de monnaie spécifique. Ces deux formes monétaires correspondent à deux natures de la monnaie. Autant il est certain que le terme de monnaie s'identifie parfaitement à la première des deux formes, autant, par la répartition qu'elle commande, la monnaie spécifique fait référence à un corps certain, et donc en quelque manière à une marchandise. S'agissant de cette dernière, c'est la distribution de la somme selon les supports qui seule importe, et non les aspects valoristes habituellement inhérents à la monnaie, et qui demeurent fondamentaux avec la monnaie générique. Mais ce n'est pas à cette différence là entre monnaie et marchandise, dont nous avons déjà tiré certaines conséquences², que la présente recherche est consacrée.

On peut à présent préciser l'objectif qui est ici visé, en réutilisant les termes mêmes qui nous ont permis de dégager la monnaie de sa présentation sous forme de marchandise : on dira qu'il s'agit à présent de savoir si la monnaie générique peut être considérée comme une marchandise, qu'elle soit la monnaie du for (§ 1), ou une monnaie étrangère (§ 2), ou s'il est impératif qu'elle reçoive, à l'inverse, un statut monétaire spécifique.

§ 1. REGARDS DU DROIT FRANÇAIS SUR LE FRANC

150. Le franc français est l'unité monétaire que la souveraineté française s'est choisie. Mais de ce constat peu surprenant ne s'évince aucune conséquence notable sur la nature de la monnaie. Sa signification est limitée au fait que toutes les fois que, par une prescription, le droit français fait référence à la monnaie, c'est le franc français qu'il désigne³. Cela ne suffit pas à notre propos : que la France ait une monnaie, le franc, ne signifie pas l'irréductibilité de cette unité monétaire à être une marchandise. La monnaie, même interne, peut aussi bien être une marchandise, que la réglementation investit parfois dans un rôle monétaire.

Pour faire l'épreuve du statut du franc en France, il faut suivre une double démarche : montrer dans un premier temps qu'à vouloir assimiler monnaie et marchandise, on aboutit à des conclusions aberrantes ; puis adjoindre à cette démonstration négative, par l'absurde, un volet positif où l'on tentera de déboucher les marques matérielles faisant le départ entre la monnaie et toutes les marchandises.

¹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 30, p. 54.

² À propos du change de monnaie ; v. *supra*, n° 136 et s.

³ Sur la notion de cours : B. COURBIS, « Comment l'État confère la qualité monétaire à un avoir ? De la notion de cours à la notion de pouvoir libératoire légal », précité.

151. L'étude du droit positif français montre que l'assimilation de la monnaie à une marchandise, posée à titre d'hypothèse, tourne court. Pour s'en convaincre, il n'est que de partir du concept de marchandise. Une telle notion ne ressortit guère au domaine juridique : elle ne renvoie en réalité qu'à une appréciation de fait. C'est ce qu'a déterminé la jurisprudence des tribunaux confrontée à l'assimilation de transactions en roubles russes à un trafic de marchandises. Pour cerner cette catégorie, la Cour de Paris exposait que : « l'expression *marchandise* doit être prise dans son acception la plus large ; elle embrasse ainsi toutes les choses qui se vendent et s'achètent ; les billets de banque et les billets d'État de provenance étrangère, et, par suite, les roubles russes papier ont bien ce caractère, puisqu'ils font ou ont fait l'objet de transactions commerciales suivies »¹. La notion de marchandise renvoie à tout ce qui peut faire l'objet de relations commerciales, celles-ci étant par ailleurs réglées en argent. Par conséquent, le critère utilisé, que la doctrine la plus pénétrante emploiera à la suite², n'est pas juridique. Aucune définition propre des marchandises, mais une conception "en situation". Tout objet peut ainsi être nommé marchandise, s'il est acheté ou vendu, quelle que soit par ailleurs sa nature propre. Une telle approche devrait suffire à écarter l'assimilation de la monnaie nationale à une marchandise : comment le franc pourrait-il être l'objet de transactions en France, alors que ces transactions mêmes devraient se régler en monnaie légale, avec des francs ? Si l'on considère ces transactions comme des ventes et des achats, il apparaît clairement que le franc ne peut être à la fois l'objet de la vente et du paiement³. Dans une telle hypothèse, on se retrouverait en effet à échanger francs contre francs, ce qui viderait la transaction de tout contenu raisonnable⁴. L'assimilation entre monnaie française et marchandise conduit ainsi à une aporie, que l'on peut éviter si l'on distingue ces deux objets.

152. Cette distinction entre monnaie et marchandise est d'ailleurs maintes fois faite par le Code civil. Alors que les lois pourraient se contenter de faire référence aux marchandises en général, la monnaie étant par là sous-entendue, la distinction est opérée lors même qu'elle n'a pas d'enjeux pratiques. Il arrive ainsi que le départ soit fait entre monnaie et marchandise, alors même que le traitement des deux objets par la disposition est identique : c'est alors que l'on prend le mieux conscience de la distinction spontanée que le Code civil fait entre monnaie et marchandise⁵. Cette distinction se traduit d'ailleurs parfois dans les faits,

¹ Paris 30 mai 1921, S. 1921, 2, 89.

² V. notamment : F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 185.

³ Sauf dans l'hypothèse, évoquée *supra*, n° 138 et s., où l'on fait la monnaie à quelqu'un, hypothèse qui s'analyse en un achat de monnaie spécifique, payé au moyen de monnaie générique.

⁴ Dans un sens un peu différent, E. ALFANDARI, « Le droit et la monnaie : de l'instrument à la politique », précité, spéc. p. 138 : « On ne peut considérer la monnaie comme une chose, comme une marchandise, d'abord parce qu'une marchandise a une valeur intrinsèque, dont les seules fluctuations dépendent de l'offre et de la demande, alors que la monnaie a une valeur légale qui n'est pas soumise à fluctuation ».

⁵ Il en est par exemple ainsi de l'article 1843-3 du Code civil, qui reprend les distinctions des articles 1833 et 1846 anciens, et qui autorise les apports en société, « en nature, en numéraire ou en industrie ». S'il y avait identité entre monnaie et marchandise, la distinction n'aurait ni sens ni portée, puisqu'aussi bien les apports en numéraire et en nature sont tous deux possibles et suivent des régimes proches. La différenciation opérée par cette disposition est donc significative, et d'autant plus qu'on la retrouve en d'autres endroits. On la retrouve notamment en ce qui concerne la

certaines dispositions distinguant monnaie et marchandise pour des raisons tenant à leur régime, la monnaie imposant alors ses spécificités à des obligations qui se comportent autrement qu'elles ne le font lorsque leur objet est matériel ¹. Enfin le dernier type de distinction entre monnaie et marchandise fait par le Code civil rejoint celui que l'on vient de voir, puisqu'il porte sur les éventuelles options entre monnaie et marchandise, au sein d'obligations ou d'institutions ².

Il ressort ainsi d'une analyse littérale du Code civil qu'une séparation est souvent dressée entre monnaie et marchandise, que ce soit utile en raison de régimes différents, ou, de façon plus caractéristique encore, que ce soit inutile du fait de traitements identiques. Une lecture superficielle du Code fait ainsi droit à ces deux catégories comme à deux réalités rivales, de même statut mais dissemblables.

153. À côté de ces distinctions ponctuelles et pour ainsi dire accessoires entre monnaie et marchandise, la dualité peut se manifester par de fondamentales différences de régime. Selon que l'on a affaire à la monnaie ou à une marchandise, la même opération juridique peut être organisée de deux façons distinctes. Dans ces hypothèses, l'objet matériel de la transaction bouleverse de fond en comble son économie et son régime. C'est ainsi que dans les rapports entre vente et échange d'une part, entre obligation monétaire et obligation en nature d'autre part, les différences d'objet physique débouchent sur de profondes modifications de régime, qui justifient une double réglementation. Dans ces deux cas, c'est la présence ou l'absence de monnaie qui sert très clairement de critère séparateur entre des institutions et des régimes différents.

154. La monnaie intervient d'abord comme critère séparateur entre deux institutions fondamentales du droit des obligations. La séparation entre les obligations pécuniaires et les obligations en nature a été présentée et formulée par la doctrine, quoiqu'elle prenne sa source dans de multiples dispositions légales. Connue depuis longtemps, cette distinction s'évince de la nature des choses et de l'évidente différence qui sépare les deux objets. Mais il revient au doyen Carbonnier d'avoir proposé d'en faire une classification fondamentale des obligations ³. L'éminent auteur considère en effet que la classification tripartite de l'article 1101 du Code civil, fondée sur l'objet des obligations : faire, ne pas faire ou donner, emporte de moindres conséquences sur le régime de celles-ci qu'une distinction reposant sur la matérialité, selon que l'objet se présente comme une réalité monétaire ou matérielle. Ce sont en effet des considérations de

rente viagère, l'article 1968 disposant : « la rente viagère peut être constituée à titre onéreux, moyennant une somme d'argent, ou pour une chose mobilière, ou pour un immeuble ».

¹ Les exemples sont assez nombreux dans le Code civil, qui distingue les types de prêt selon que les choses sont consommables ou non (art. 1874). Quant au prêt de consommation lui-même, le Code subdivise encore en séparant le prêt d'argent (art. 1895) du prêt en lingots ou en denrées (art. 1896 et 1897). L'article 1932, applicable au contrat de dépôt, fait encore la différence entre le dépôt des marchandises et celui des sommes monnayées, spécialement réglementé.

² C'est par exemple le cas de l'article 1576 du Code civil qui, en matière de partage matrimonial, prévoit des dispositions permettant un règlement en nature plutôt qu'en argent. Bien d'autres dispositions du Code civil qu'il serait vain d'énumérer font aussi bien droit à cette option, comme l'article 815, alinéa 3.

³ J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, P.U.F., 14^e éd., 1990, n° 9, p. 28.

régime qui ont conduit l'auteur à remodeler sa qualification, celui de l'obligation pécuniaire se distinguant nettement de celui des autres obligations¹. Il reste toutefois que si les qualifications d'obligation pécuniaire et d'obligation en nature sont parfaitement reçues par la doctrine et la jurisprudence², très peu d'auteurs ont été jusqu'à considérer qu'il s'agissait là d'une *summa divisio* du droit des obligations³. Que l'on reconnaisse ou non cette classification comme fondamentale, la spécificité de l'obligation monétaire n'en est pas moins incontestable. Sur bien des points, le fait que l'objet de la dette soit monétaire ou non emporte d'essentielles variations de régime : à tout l'ensemble des marchandises susceptibles d'être objet de dette s'oppose la monnaie, ainsi consacrée dans un rôle de premier plan⁴.

155. La principale caractéristique de l'obligation pécuniaire a trait au fait que la monnaie ne peut être considérée comme une marchandise, à l'égal des autres. Alors que le débiteur d'une obligation de donner un certain poids de blé, par exemple, peut se trouver dans l'impossibilité d'en effectuer la livraison, quelles que soient les raisons, il n'en va jamais ainsi en matière monétaire. Il est en effet admis qu'un débiteur puisse ne pas disposer du blé qu'il s'était engagé à fournir, et soit dans l'incapacité de s'en procurer ; en revanche, il n'est jamais admis que celui qui doit donner une somme d'argent ne puisse le faire pour des raisons objectives de ce type⁵. L'insolvabilité du débiteur fait référence à une situation personnelle caractérisée par l'incapacité de son patrimoine à permettre tout paiement. C'est donc la situation de la personne qui est en cause, et non une impossibilité matérielle à trouver de l'argent⁶. Le débiteur d'une obligation de donner ou de faire inexécutée n'est pas forcément dans la même situation : peut-être est-il solvable, mais simplement n'a-t-il pas pu trouver sur le marché le blé qu'il s'était engagé à livrer. La différence de situation est assez claire : l'objet de l'obligation en nature est limité à ce qui est prévu au contrat, tandis que l'objet de l'obligation pécuniaire met en cause non seulement la disponibilité monétaire, en un sens global, mais aussi la situation patrimoniale du débiteur.

¹ *Ibid.*

² V. par ex. : J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, Armand Colin, 3^e éd, 1988, n° 46 et s., p. 32 ; G. FARIAT, *Droit privé de l'économie*, t. 2, *Théorie des obligations*, P.U.F., 1975, p. 40.

³ V. néanmoins C. BRUNEAU, *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature*, th. précitée.

⁴ Ces développements sont fondés sur une conception habituelle des obligations pécuniaires et en nature, qui ne nous paraît pas justifiée au fond. On essaie ainsi de montrer que la doctrine fait jouer à la monnaie un rôle clairement démarqué des autres marchandises, même si ce rôle ne représente pas tout à fait ce qu'une vision renouvelée montrerait. Pour un renouvellement de la conception de l'obligation monétaire, v. *infra*, n° 213 et s.

⁵ On peut toutefois se demander, à la lueur de certaines décisions, si l'état de chômage ne pourrait pas être exonératoire dans le cas des obligations monétaires. V. notamment : Civ. 3^e 19 avril 1972, *D.* 1973.205 note H. Souleau, et *Rev. trim. dr.* 1973.581 obs. G. Durry ; Orléans 25 octobre 1973, *D.* 1974.66 note H. Souleau ; Civ. 3^e 10 avril 1975, *Bull. civ.* III, n° 115, et *Rev. trim. dr. civ.* 1976.151 obs. G. Durry.

⁶ Cette dernière situation ne peut guère se manifester qu'au cours de périodes troublées par des crises monétaires d'hyper-inflation, telles que la crise traversée par l'Allemagne de l'entre-deux-guerres.

Ce fait résulte de ce que la monnaie peut être amenée à remplacer la plupart des choses, mais que rien ne peut remplacer la monnaie. La monnaie est en quelques sortes le degré zéro de l'objet des obligations, la chose en laquelle toutes les obligations en nature peuvent se ramener, sans qu'aucune obligation monétaire puisse jamais se ramener à une obligation en nature ¹. L'article 1142 du Code civil est la parfaite illustration de ce principe, qui dispose que : « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur » ². Établissant une division fondamentale du droit des obligations, les obligations pécuniaires et les obligations en nature ne se situent que formellement sur le même plan. Si les obligations sont exécutées, l'objet, monétaire ou matériel, occupe la même place. En revanche, s'il y a inexécution, alors l'obligation monétaire paraît absorber l'ensemble des autres types d'obligations.

Cette spécificité de la monnaie au sein du droit des obligations se répercute sur l'inexécution des obligations monétaires. La règle, concernant les obligations en nature devenues impossibles à exécuter, veut qu'elles soient converties en obligations monétaires. Rien de tel pour l'obligation monétaire, qui ne peut être convertie en obligation d'aucun autre type. Ce qui donne un contour paradoxal aux obligations monétaires inexécutées, puisque le remède alors consiste à augmenter le *quantum* de l'obligation, alors que le débiteur n'a pas été capable d'acquitter une somme inférieure. C'est ce que précise l'article 1153 du Code civil, qui avoue par là l'impuissance du droit face aux obligations monétaires inexécutées, en même temps que le rôle de pivot irremplaçable que joue la monnaie. Reste toutefois que les voies d'exécution se chargent de convertir les biens détenus par le débiteur défaillant en espèces monétaires, ce qui pourra malgré tout permettre le paiement exigé ³.

156. La différence entre les obligations pécuniaires et les obligations en nature se manifeste dans leur régime, résultant essentiellement du rôle très particulier assigné à la monnaie dans nos systèmes de droit des obligations. L'autre domaine où la monnaie joue le rôle d'un séparateur est plus spécifique et plus marquant encore : parce que la différence entre monnaie et marchandise joue à plein sur un domaine bien circonscrit, où l'on en voit parfaitement le détail ; mais aussi parce que la monnaie déploie tout l'éventail de ses possibilités, et distingue les deux institutions à l'aide de toutes ses composantes. Contrairement à la séparation entre les obligations pécuniaires et en nature qui est doctrinale, la

¹ Cela s'entend, évidemment, sous la réserve de l'existence de la dation en paiement, procédé qui permet de substituer, après accord du créancier, une prestation en nature à une prestation monétaire. Mais il reste que cette possibilité déroge au déroulement normal de la vie de l'obligation.

² La portée actuelle de l'article 1142 est plus réduite que ce qu'en laisse croire son énoncé. C'est pourquoi on envisage ici plutôt le principe monétaire qu'il manifeste implicitement, que la règle *nemo praecise potest cogi ad factum*, qui en est le fondement. Sur l'analyse actuelle de la portée de cet article, v. G. VINEY, *Traité de droit civil*, t. V, *La responsabilité : effets*, L.G.D.J., 1988, p. 46, n° 34 et s. ; W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *Rev. trim. dr. civ.* 1976.700.

³ Cette possibilité n'est pas tout à fait discrétionnaire, comme on le pense parfois, le droit de se faire payer pouvant être susceptible d'abus : J. MESTRE, « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », *Mélanges Raynaud*, p. 439.

distinction entre la vente et l'échange découle des textes eux-mêmes, et plus précisément de deux ensembles de dispositions du Code civil ¹.

La différence entre vente et échange est posée par les définitions des deux contrats. Tandis que l'article 1582 définit la vente comme la « convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, l'autre à la payer », l'article 1702 énonce que l'échange est le « contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre ». Si l'on veut que ces deux définitions aient la portée que les codificateurs semblent avoir voulu lui donner, il faut que la monnaie soit autre chose qu'une simple marchandise. Ne serait-elle qu'une chose, revêtue par l'effet d'une réglementation de pouvoirs un peu spéciaux, le prix payé dans la vente ne serait rien d'autre qu'une marchandise. La vente consisterait alors à se donner deux choses l'une pour l'autre, qui seraient toutes deux des marchandises. Ce qui n'en ferait rien d'autre qu'un échange ².

À un premier niveau, élémentaire, l'objet monétaire de l'une des obligations réciproques permet de distinguer la vente de l'échange. Mais on peut aller au-delà de cette constatation, pour montrer que la monnaie apparaît encore comme critère séparateur, mais de façon plus fine. Les régimes de la vente et de l'échange sont proches, à un élément près dont il convient de rendre compte. Quoiqu'il y ait six articles qui réglementent l'échange, bien peu sont substantiels, et moins encore ne différencient de manière effective la vente de l'échange. MM. Ghestin et Desché écrivent à cet égard : « le principe du régime juridique de l'échange est l'application des règles régissant le contrat de vente » ³. L'article 1702 pose la définition du contrat d'échange ; les articles 1703 et 1707 font état de convergences entre les régimes de la vente et de l'échange ; les articles 1704 et 1705 envisagent l'échange de la chose d'autrui, mais ne représentent en réalité qu'une démarque des règles relatives à la vente de la chose d'autrui (article 1599 du Code civil). Seul l'article 1706 contient une disposition matérielle différenciant l'échange de la vente : « la rescision pour cause de lésion n'a pas lieu dans le contrat d'échange ». C'est là une différence importante avec le contrat de vente, qui admet le principe de la rescision pour lésion, même si le domaine en est chichement mesuré (articles 1674 et suivants pour la vente d'immeuble ; loi du 8 juillet 1907 pour les ventes d'engrais) ⁴ ⁵.

¹ J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *Traité des contrats*, t. I, *La vente*, L.G.D.J., 1990, n° 33 et s., p. 31.

² J. HAMEL, *La théorie juridique de la monnaie*, t. 2, précité, p. 38 et s. ; B. SOUSI-ROUBI, « Le contrat d'échange », précité, spéc. n° 7, p. 262 ; J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *op. cit.*, n° 37, p. 35.

³ J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴ Quant à l'admission générale du principe de l'action en rescision pour lésion, on peut citer Portalis : « On demande pourquoi le principe de la rescision, s'il est équitable, n'est pas appliqué aux ventes mobilières. C'est parce que la nature des choses s'y oppose. La valeur des biens mobiliers est tellement variable, qu'il est très difficile de la fixer, et alors on n'a plus de règles pour discerner la lésion. La valeur des immeubles change aussi sans doute ; mais la variation est bien moins rapide : on sait ce que vaut un immeuble dans un temps, dans des circonstances, dans un lieu donnés. On a donc des termes de comparaison pour juger si le vendeur se trouve lésé ». Cité dans P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 14, p. 49.

⁵ Ce n'est pas non plus parce que l'on pourrait croire l'échange essentiellement mobilier que l'action en rescision en est exclue. L'échange d'immeubles, qui s'est largement développé dans la seconde partie de ce siècle, n'a pas pour autant réintroduit l'action en rescision pour lésion. À cet égard, v. B. SOUSI-ROUBI, *eod. loc.*, n° 39

Cet écart de principe entre les deux régimes se révèle inexplicable, à moins que l'on songe à la présence de monnaie dans la vente, à son absence dans l'échange. Tandis que la différence de définitions entre les deux contrats est fondée sur la présence d'unités de paiement dans la vente, la différence de régime à l'égard de la lésion est fondée sur l'absence d'unités de valeur dans l'échange. Le préalable théorique à l'admission de l'action en rescision pour lésion est la constatation d'un déséquilibre de valeur entre les prestations auquel on désire remédier¹. Mais pour que soit possible ce constat, encore faut-il une mesure commune aux choses échangées, l'unité de valeur, et que l'opération ait été réalisée en raison d'une communauté de valeur, réelle ou supposée. Si le principe de la rescision est admis en matière de vente, c'est parce qu'il y a toujours une évaluation de la chose vendue, qui est une évaluation monétaire. Rien de tel dans l'échange, puisqu'aussi bien les deux choses données l'une pour l'autre ne le sont qu'en contemplation des besoins respectifs des parties, et non de leur valeur monétaire². Si l'évaluation monétaire avait lieu dans l'échange, on serait conduit à l'analyser comme une double vente avec compensation à l'instant du paiement. Mais les auteurs refusent unanimement de considérer ainsi l'échange³. Preuve sans doute qu'il ne peut y avoir évaluation monétaire des choses échangées, mais simplement prise en compte des valeurs d'usage anticipées par chacune des parties. La monnaie, sous sa composante d'unité de valeur, apparaît ainsi une seconde fois comme un critère séparateur entre la vente et l'échange. C'est parce que la vente est fondée sur une évaluation que la lésion peut y intervenir, à l'intérieur de son domaine propre. Et c'est de la même façon parce que l'échange échappe à toute évaluation monétaire que la lésion ne peut en aucune manière y prendre pied, ce que l'article 1706 du Code civil confirme.

157. Il reste que ce critère n'a pas l'absolue validité qu'on lui a ici donnée, puisque la pratique fait de plus en plus entrer la monnaie dans l'échange. Il arrive que les parties, ayant conscience d'un déséquilibre entre les valeurs des choses échangées, décident, pour des raisons compensatoires, d'adjoindre à la chose de moindre valeur une certaine somme en argent⁴. Cette soulte, que le Code civil n'avait pas réglemantée, a soulevé la question de la survie de la qualification d'échange. Peut-on continuer à parler d'échange dans ce cas, alors que la lettre de l'article 1702 est méconnue ? Ce ne sont plus deux choses qui sont données l'une pour l'autre, mais deux choses et de l'argent, conjuguant ainsi le mécanisme de la vente avec celui de l'échange. La jurisprudence a évolué dans le dosage de sa réponse, mais non dans le principe de celle-ci. Alors que dans un premier temps, il a été considéré qu'il fallait que la soulte soit très importante par rapport à la chose pour que l'échange fût requalifié en vente⁵, la

et s., p. 281 (Reste que la Cour de cassation a considéré que cet échange n'était pas régi par les art. 1702 et s. : Soc. 17 avril 1958, *D.* 1958.479, note Désiry).

¹ J. GHESTIN, *Traité de droit civil*, t. II, *Les contrats : formation*, L.G.D.J., 2^e éd., 1988, n° 540 et s.

² À cet égard, ce n'est pas l'absence de prix dans l'échange qui interdit le jeu de la lésion, mais bien l'absence de valeur. *Contra* : J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *op. cit.*, n° 39, p. 38.

³ Pour une réfutation explicite, H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. III, vol. 2, *Principaux contrats*, 1^{ère} partie, *Vente et Échange*, par M. DE JUGLART, Montchrestien, 5^e éd., 1979, n° 1028, p. 340.

⁴ J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *op. cit.*, n° 40, p. 38.

⁵ Civ. 10 février 1926, *D.H.* 1926.202 : « la stipulation d'une soulte dans un contrat d'échange ne modifie pas la nature du contrat, à moins que la disproportion de

jurisprudence nuança sa position jusqu'à considérer qu'il y avait échange si la soulte restait de moindre valeur que la chose donnée en même temps, mais qu'il s'agissait d'une vente si la soulte devenait plus élevée que la valeur monétaire de la chose¹. Par son réalisme et sa pondération, la solution n'est pas critiquable ; elle l'est en revanche au vu de l'intervention de monnaie dans l'opération, et de l'abâtardissement des principes.

La solution jurisprudentielle revient à prendre la monnaie en considération sous le seul aspect des unités de paiement, c'est-à-dire dans le premier sens dégagé : si la contrepartie monétaire est plus importante que la contrepartie en nature, la théorie de l'accessoire entre en jeu dans un sens quantitatif, et la prestation apparaît comme essentiellement monétaire². La chose de moindre valeur n'est alors que l'accessoire du prix, et la qualification d'échange devient intenable. Mais si ce raisonnement se justifie pour la mise en jeu des unités de paiement, il se révèle inadéquat dès lors que l'on ne considère que l'utilisation des unités de valeur comme critère distinctif entre les deux contrats. À cet égard, ni la pondération manifestée par les magistrats, ni la règle de l'accessoire n'ont de sens, et leur utilisation conduit même à une dénaturation des principes.

Le fait qu'il y ait échange avec soulte signifie que les parties ont évalué et comparé les choses avant de procéder à l'échange³. Or, à partir du moment où cette évaluation en unités de valeur a eu lieu, ce n'est plus en présence d'un échange que l'on se trouve, ni même d'une vente simple, mais plutôt d'une double vente avec compensation à hauteur de la plus faible des deux sommes, le reliquat étant payé directement en monnaie par la soulte⁴. Alors que la jurisprudence en est restée à une interprétation un peu littérale de l'article 1702, faisant droit à la prééminence de la monnaie de paiement dans l'opération, il semble que la vérité et la cohérence du contrat conduisent plutôt à considérer que l'élément déterminant est la présence d'une évaluation préalable. Ne distinguer vente et échange que par l'emploi des unités de paiement revient en effet à considérer l'échange comme une modalité de la vente — ou l'inverse, aussi bien⁵ —, alors que si l'on admet le critère de l'évaluation préalable, les deux contrats se révèlent différents. Dans un cas, c'est la valeur d'échange des biens qui est en jeu ; dans l'autre, leur valeur d'usage telle que chacune des parties l'apprécie. De la sorte, il paraît légitime de considérer qu'il y a double vente partiellement compensée, dès l'instant qu'il y a une soulte.

la somme payée par l'une des parties à titre de soulte avec la valeur de la chose livrée par cette partie ne confère à l'ensemble de la convention le caractère d'une vente ».

¹ Civ. 3^e 26 juin 1973, *Rev. trim. dr. civ.* 1974.145, obs. Y. Loussouarn.

² G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, Bibl. dr. priv. XCIII, préf. D. Tallon, L.G.D.J., 1969, p. 206 et s. Encore cet auteur conteste-t-il que la théorie de l'accessoire soit en cause, tant la soulte est fondamentale dans l'opération : il n'y a pas accessoire, mais indivisibilité entre la chose et la soulte. C'est pourquoi l'on ne parle de la théorie de l'accessoire qu'en un sens quantitatif, correspondant à la maxime latine : *major pars trahit ad se minorem*.

³ Au reste, cela peut aussi bien se concevoir en l'absence de soulte ; mais du moins n'en reste-t-il pas trace. La position est sans doute bien formelle, mais autant que la différence entre la vente et l'échange.

⁴ À la vérité, on pourrait aussi bien considérer qu'il y a là vente, dont une partie du prix n'est pas en monnaie. C'est alors que le critère de la Cour suprême paraîtrait le mieux fondé : il y aurait vente lorsque la valeur de la chose serait inférieure à la soulte, et double vente avec compensation imparfaite dans l'autre cas.

⁵ Sur l'indistinction et les rapports entre les deux contrats, v. J.-M. PUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, précité.

Quoique logique, cette appréhension a le tort de réduire l'échange à la portion congrue, ne le laissant subsister que dans de bien rares cas, témoins de poches d'économie en nature un peu primitives¹. Mais inversement, il n'est pas bien certain que le système juridique gagne à faire une place à ces échanges, mi-monnaétaires, mi-mercantiles. Seules des raisons d'opportunité pourraient justifier la solution actuelle de la Cour de cassation. Mais on voit mal ce que la réglementation de l'échange permet de faire, qu'interdirait celle de la vente : l'enjeu de ce débat est essentiellement théorique, et n'emporte que peu de conséquences pratiques.

158. La monnaie joue donc dans le droit interne un rôle nettement démarqué de celui des marchandises. S'il arrive que monnaie et marchandises suivent un régime semblable, ce n'est pas la règle, et les deux objets sont toujours distingués. Au surplus, certaines institutions sensibles laissent apercevoir entre monnaie et marchandise un fossé important, infranchissable. Que ce soit à l'occasion de la distinction des obligations ou la séparation de la vente et de l'échange, l'irréductibilité de la monnaie à une marchandise apparaît clairement.

En droit interne, il est donc incontestable qu'une très claire ligne de partage est tracée entre monnaie et marchandise. Pour être plus exact, il conviendrait toutefois de dire qu'elle passe entre le franc et les marchandises. La position particulière ainsi délimitée ne concerne en effet que la monnaie du for, et non les monnaies étrangères au for, dont le statut demeure incertain.

§ 2. REGARDS DU DROIT FRANÇAIS SUR LES MONNAIES ÉTRANGÈRES

159. S'il n'est pas sérieusement contestable que la monnaie du for soit bien, dans les catégories juridiques du for, une monnaie et non une marchandise pourvue de pouvoirs spéciaux², il n'en va pas de même en ce qui concerne l'appréciation du statut de la monnaie étrangère³. S'il est évident aux yeux d'un Français que le franc qu'il utilise est une monnaie, son sentiment est moins assuré avec le dollar américain ou toute autre monnaie. À l'origine de cette incision se trouve le sentiment que le dollar, qui est effectivement la monnaie en usage sur le territoire américain, n'est pas investi des mêmes qualités en France où il est dépourvu de pouvoir libératoire. Une monnaie sans pouvoir libératoire peut-elle être considérée comme une monnaie au sens propre ? Ou ne devrait-elle pas plutôt être tenue pour une marchandise, qu'on peut éventuellement acheter ou revendre en prévision d'opérations futures dans le pays où elle a cours ?

¹ MM. Ghestin et Desché insistent d'ailleurs sur le fait que l'échange ressurgit toutes les fois que la monnaie vient à manquer (*op. cit.*, n° 42, p. 40).

² Mater, dans son traité, considère toutefois expressément la monnaie nationale comme une marchandise. Mais cela ne résulte que du présupposé constant de son ouvrage, à savoir que la monnaie ne vaut que par le métal qu'elle incorpore. Cette conception étant impossible aujourd'hui, il n'est plus guère concevable de nier que la monnaie interne soit une monnaie, au sens propre.

³ Sur la notion de monnaie étrangère, v. F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 183 et s.

La tentative d'étude globale du statut de la monnaie étrangère se heurte donc d'emblée à des *a priori* défavorables à un statut monétaire comparable à celui de la monnaie nationale. Mais au-delà de cette réaction impulsive fondée sur le rôle de la monnaie étrangère dans les paiements, les positions du droit positif sont bien souvent contradictoires ou nuancées. De nombreuses branches du droit rencontrent la monnaie étrangère à des titres divers ; chacune se prononce en toute indépendance quant au statut qu'elle décide de lui octroyer, et ce statut n'est pas unifié. Le droit monétaire n'existe pas en tant que branche substantielle, mais pousse ses rameaux au gré des rencontres de la monnaie avec d'autres institutions ¹. Le point de vue du droit français sur la monnaie étrangère est ainsi toujours absorbé par les divers domaines d'émergence, ce qui contribue à la confusion. Dans certains d'entre-eux, la monnaie étrangère est expressément tenue pour une marchandise ; dans d'autres, elle occupe certaines fonctions qui sont normalement l'apanage de la monnaie nationale. Au surplus, certaines solutions positives que l'on peut penser dues aux caractéristiques de la monnaie ne sont en réalité qu'imposées par les contraintes propre au domaine où la monnaie se manifeste. Aussi faut-il faire au plus juste la part de ce qui est précisément imputable au régime de la monnaie, et de ce qui est imposé de l'extérieur par les branches diverses du droit où la monnaie intervient. C'est ainsi qu'après le recensement des solutions positives, on pourra tenter de concilier toutes ces contradictions en examinant concrètement, d'un point de vue théorique, comment on peut résoudre un problème qu'un auteur a qualifié de « merveilleuse question juridique » ².

160. L'assimilation entre monnaie et marchandise provient de la conception même de ce que l'on nomme marchandise. Les tribunaux, la doctrine après eux, ont considéré que la notion de marchandise s'entendait des objets servant d'enjeux commerciaux, c'est-à-dire qui sont achetés et vendus dans les transactions ³. On peut ainsi considérer la monnaie étrangère comme une marchandise en se fondant sur l'existence d'un marché monétaire, sur lequel sont achetées et vendues, à terme ou au comptant, les devises étrangères ⁴. Ce point emporte la conviction que la monnaie est une marchandise : si l'on s'accorde sur une définition pragmatique des marchandises, il va de soi que les monnaies étrangères y correspondent parfaitement. Mieux : les monnaies étrangères, qui sont achetées et vendues, le sont en plus contre des francs, ceux-ci considérés alors comme monnaie. Ce marché monétaire n'est donc pas un marché d'échanges, puisque s'y déroulent des ventes de monnaie étrangère contre argent. L'existence et la structure du marché monétaire persuadent d'emblée du caractère mercantile de la monnaie étrangère, telle qu'elle est perçue par le droit français ⁵.

Mais on n'accordera pas une portée trop grande à ces arguments assimilant monnaie et marchandise. On s'est déjà interrogé sur ces transactions que constituent le change manuel de monnaie, d'où il ressortait que la monnaie étrangère est d'une certaine façon de la monnaie spécifique, tandis que la monnaie

¹ J. CARBONNIER, « *Nomos, Numisma*, variations sur le droit monétaire », précité, p. 1276.

² J. STOUFFLET, intervention, *Droit et monnaie*, précité, p. 465.

³ Paris 30 mai 1921, *S.* 1921, 2, 89. Pour une position doctrinale, v. celle de Mann, *op. cit.*, p. 185.

⁴ Encore faudrait-il s'assurer que ce sont bien des devises qui sont vendues, et non des produits financiers libellés en devises.

⁵ Le même argument du marché monétaire joue donc différemment selon que l'on parle de la monnaie du for ou d'une monnaie étrangère. V. cette différence chez E. ALFANDARI, intervention, *Droit et monnaie*, précité, p. 155.

du for est générique ¹. Mais précisément, cette répartition qui s'établit entre les monnaies n'est pas propre aux monnaies elles-mêmes, mais à leur émergence concrète dans l'opération de change. Si l'on considère la monnaie nationale et la monnaie étrangère à l'intérieur de l'ordre juridique qui les crée, les deux sont génériques dans l'absolu, et spécifiques sous leurs présentations particulières. Il ne relève donc pas des caractéristiques de la monnaie que, sur un marché monétaire, la monnaie nationale soit générique, l'autre spécifique. C'est au contraire la concurrence faite par la monnaie étrangère à la monnaie nationale pour servir au paiement qui emporte ce résultat : la monnaie du for ne peut jamais être disqualifiée en marchandise au profit d'une monnaie étrangère. Même si un intervenant se présentait sur le marché français avec des francs qu'il voudrait vendre à tout prix, contre n'importe quelle devise étrangère, ces francs objets de la vente seraient considérés comme le prix de la chose donnée en contrepartie. L'argument du marché monétaire est donc un faux révélateur de la nature de la monnaie étrangère : il ne la transforme en marchandise que parce qu'il ne peut la transformer en monnaie là où l'économie de la transaction l'exigerait. Aussi la conception de marchandise est-elle plus un *a priori* qu'une conséquence. C'est parce que les deux monnaies ne peuvent dans le même temps et sur le même territoire servir aux paiements, que la monnaie nationale devient la monnaie, la monnaie étrangère étant ainsi déclassée et reléguée au rang de marchandise. La conception mercantile de la monnaie étrangère, tirée de ce qu'elle est achetée et vendue sur le marché monétaire, n'apparaît ainsi que comme une conception résiduelle, imposée par le rôle spécifique du franc français en France ². On ne saurait donc se fonder sur elle pour considérer la monnaie étrangère comme une marchandise.

161. Les mêmes présupposés ne sont pas à l'œuvre en droit pénal douanier, ce qui ne l'empêche pas de considérer la monnaie étrangère comme une marchandise ³. En période de contrôle des changes, les mouvements de monnaie à travers les frontières sont réglementés, et souvent soumis à autorisation spéciale. De ce fait, les transferts monétaires sont considérés exactement de la même façon que les mouvements de marchandises qui font l'objet de restrictions ⁴. Qu'elles soient établies en monnaie nationale ou en monnaie étrangère, les relations financières avec l'étranger sont envisagées comme des exportations ou des importations de marchandises qui peuvent être interdites. C'est ainsi que les billets de banque entrent dans la nomenclature douanière des marchandises, qu'ils aient cours légal (n° 49.07 B), ou bien qu'ils aient été démonétisés et soient en conséquence considérés comme des œuvres d'art (n° 99.05). C'est pour les mêmes raisons que l'envoi d'un chèque au-delà des

¹ *Supra* n° 141 et s.

² Négativement, si l'argument ne révèle rien du statut de la monnaie étrangère, il confirme en tout cas le caractère irréductible de la monnaie interne.

³ T. JACOMET et E. DIDIER, *Les relations financières avec l'étranger*, Joly, 1985, n° 121, p. 295 ; v. égal. : A. RAHARINARIVONIRINA, « Quelques considérations sur la notion de contrebande de devises », *Études de droit pénal douanier*, sous la direction de R. Gassin, P.U.F., 1968, p. 39.

⁴ V. par ex. : Crim. 30 janvier 1989, *Bull. crim.*, n° 33, p. 97 : « Aux termes de l'article 38 du Code des douanes, sont considérées comme prohibées toutes marchandises dont l'importation est interdite à quelque titre que ce soit ou soumise à des restrictions ou à des formalités particulières. Il en est ainsi des capitaux qui, selon les dispositions de l'article 1^{er} du décret du 24 novembre 1968, ne peuvent être transférés à l'étranger que par l'entremise d'un intermédiaire agréé ».

frontières¹, ou le passage aux postes de douane de billets de banque non déclarés sont également considérés comme des exportations illégales de marchandises².

La monnaie étrangère est donc expressément considérée comme une marchandise. Mais une fois encore il faut modérer la netteté de la position par deux observations. La première tient au fait que ce n'est pas seulement la monnaie étrangère qui est considérée comme une marchandise par le droit pénal douanier, mais la monnaie nationale aussi bien. Que l'infraction ait consisté en exportations ou importations illégales de marchandises suffit au droit douanier, qui ne descend pas jusqu'à considérer s'il s'agit de monnaie nationale ou étrangère. C'est la monnaie qui est globalement assimilée à une marchandise, sans égard pour ses autres spécificités. La deuxième observation est plus importante encore, et de nature à révéler les véritables fondements de la position de cette branche du droit. En cas de violation des règles du contrôle des changes par un transfert de monnaie au-delà des frontières, deux incriminations sont envisageables : violation du contrôle des changes, ou infraction douanière liée au trafic de marchandises réglementées. Il s'agit donc là de ce que le droit pénal général nomme le concours idéal d'infractions : le comportement délictueux mis en cause peut être poursuivi au titre de deux chefs différents d'infraction pénale³. Dans ce cas, la solution de principe consiste en la règle du non-cumul des peines : seule la plus grave des deux infractions est effectivement sanctionnée par la peine la plus lourde⁴. C'est ce que prescrit l'article 5 du Code pénal, reformulation d'une règle très ancienne : « en cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte est seule prononcée ». Cette règle souffre quelques exceptions, mais qui sont rares. Le droit pénal douanier en est une, et de taille, puisque le concours d'infractions s'y résout par le cumul des deux peines pécuniaires, mais seulement la plus forte des deux peines d'emprisonnement⁵.

Après un instant d'étonnement, l'analyse de ces particularités permet de comprendre pourquoi la monnaie est considérée comme une marchandise par le droit pénal douanier. La conséquence du cumul des peines pécuniaires est de mettre à la charge du délinquant des condamnations très lourdes, vraisemblablement impossibles à acquitter : ceux qui font le trafic de devises en sont rarement les propriétaires, mais de simples passeurs peu fortunés. On se retrouve ainsi dans une position favorable à la tournure habituelle des procédures douanières, où les infractions vont le moins souvent possible jusqu'au contentieux, s'arrêtant de préférence à la "transaction avant jugement"⁶. La menace de prononcer de très lourdes peines pécuniaires favorise les transactions, puisque les délinquants ne seraient pas à même de les acquitter. Et ces transactions permettent en retour aux douanes d'avoir des informations dont ils n'auraient pas disposé autrement, voire des auxiliaires officieux. La règle du

¹ Crim. 20 avril 1972, *J.C.P.* 1973.II.17585, note P. N.

² La solution est donnée très tôt : Paris 30 mai 1921, *S.* 1921.2.89. Pour une illustration plus récente, v. Crim. 10 janvier 1973, *J.C.P.* 1974.IV.353, obs. P. N. ; Crim. 6 juin 1977, *Bull. crim.*, n° 202, p. 501 ; Crim. 22 janvier 1990, *Bull. crim.*, n° 36, p. 89.

³ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, *Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 5^e éd., 1984, n° 366, p. 469.

⁴ *Ibid.* n° 792, p. 948.

⁵ Crim. 9 juillet 1953, *D.* 1953.553, note M.-L. R. ; Crim. 10 janvier 1973, précité ; Crim. 16 juin 1980, *Bull. crim.*, n° 190 ; Crim. 24 novembre 1980, *Bull. crim.*, n° 311, p. 794.

⁶ M. DE GUARDIA, « Un droit pénal très spécial : le droit pénal douanier », *J.C.P.* 1974.I.2652.

cumul des peines pécuniaires a donc une conséquence pratique essentielle au fonctionnement des procédures douanières, telles que le service des douanes les conçoit.

On peut donc avancer que la position mercantile du droit pénal douanier vis-à-vis de la monnaie procède moins d'une analyse intrinsèque de la monnaie étrangère, au terme de laquelle on la découvrirait dénuée de spécificité monétaire, que de considérations d'opportunité. Tenir la monnaie pour une marchandise est un moyen de créer un concours idéal d'infractions, qui se résout, pour une fois, par un cumul des peines pécuniaires. Ce qui permet finalement aux douanes d'accomplir leur travail dans des conditions qui leurs paraissent meilleures.

162. À côté de ces domaines où la monnaie étrangère est traitée comme une marchandise, il faut considérer le droit des obligations qui en a une perception moins restrictive et la tient plutôt pour une monnaie propre. En effet, si le pouvoir libératoire des espèces étrangères est souvent refusé sur le territoire français, elles peuvent tout de même occuper certaines fonctions proprement monétaires, traditionnellement dévolues à la monnaie du for. La reconnaissance du statut monétaire des unités étrangères par le droit des obligations se marque par la réunion de deux propositions : les obligations de monnaie étrangères sont reconnues comme valables en France ; mais elles doivent le plus souvent être exécutées par un paiement en francs français.

Peut-être aurait-on la tentation de se passer de la seconde proposition pour conférer un statut monétaire aux unités étrangères. Tout au contraire, c'est la seconde proposition qui révèle que la monnaie étrangère n'est pas considérée comme une marchandise¹. Si le droit français des obligations se bornait à admettre les obligations de monnaie étrangères, il serait impossible de savoir s'il les considérerait comme des obligations monétaires ou comme des obligations en nature. Devoir un dollar et payer un dollar ne révèle pas le caractère monétaire de l'obligation, puisqu'on peut aussi bien devoir un quintal de blé et se libérer en livrant ce quintal. En revanche, le fait d'interdire à la monnaie étrangère de libérer le débiteur de l'obligation est révélateur d'une nature particulière. Si la monnaie étrangère n'était qu'une marchandise, l'obligation serait payée en monnaie étrangère. Si la marchandise était refusée pour des raisons tenant à l'ordre public, c'est l'obligation dans son entier qui serait atteinte. Pour que la libération de l'obligation ne soit possible qu'en francs français, il faut que la monnaie étrangère soit considérée comme une monnaie, mais qu'on lui refuse tout pouvoir libératoire.

Le statut monétaire de la monnaie étrangère s'évince donc de la possibilité qu'existent des dettes de devise, mais aussi qu'elles soient le plus fréquemment payées en francs français, et non dans la monnaie objet de l'obligation.

163. L'admission de la dette de monnaie étrangère procède d'un certain nombre d'indices, mais est aujourd'hui certaine². On peut d'abord relever que si le paiement en monnaie étrangère est très rarement libératoire, cette restriction ne s'entend qu'à l'intérieur du territoire national. En aucun cas le droit français ne refuse de reconnaître ou de valider un paiement fait à l'étranger en monnaie

¹ Cela ne signifie évidemment pas que la monnaie étrangère ne serait pas reconnue comme une monnaie si elle jouait exactement le même rôle que la monnaie française, mais simplement qu'il faudrait alors établir autrement son caractère monétaire.

² Crim. 8 janvier 1959, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1960.55, note E. Mezger. V. égal. : A. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 340 ; F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 190 ; C. BÉQUIGNON, *La dette de monnaie étrangère*, th. précitée.

étrangère. Pourtant, s'il poussait un peu la logique mercantile, le droit français pourrait ne considérer ces règlements faits à l'étranger, en monnaie du lieu du paiement, que comme des échanges entre marchandises. L'obligation est en effet exécutée au moyen d'autre chose qu'une monnaie, puisque dans cette vue la monnaie étrangère est une marchandise. Cependant, une totale remise en question de ces règlements serait la marque d'un impérialisme législatif abusif. Mais le principe en lui-même, séparé de ses conséquences pratiques, ne paraît pas si choquant. Ainsi le fait de reconnaître à la monnaie étrangère son pouvoir libératoire à l'intérieur des territoires où elle a cours est-il une reconnaissance négative implicite de son statut monétaire. Le droit des obligations reconnaît sans doute les spécificités monétaires des monnaies étrangères hors de France, ce qui, il est vrai, ne marque pas encore une reconnaissance qui ait une réelle portée. Aussi va-t-il plus loin encore dans la reconnaissance.

164. Historiquement, on trouve la première admission claire du rôle monétaire des unités étrangères dans ce que l'on a nommé la "jurisprudence Matter" ¹. Interdites dans les relations internes, les clauses-devises vont être autorisées dans l'ordre international à partir de 1927. Dans l'arrêt *Pélissier du Besset*, la Cour de cassation admet en effet la liberté de la monnaie de compte dans les contrats internationaux, entendus comme les contrats qui supposent un mouvement « de flux et reflux au-dessus des frontières, des conséquences réciproques dans un pays et dans un autre » ². Cette décision crée une norme de droit international privé matériel : indépendamment de la loi applicable au contrat, le droit français déclare la liberté de la monnaie de compte pourvu qu'il s'agisse d'une transaction internationale. Visant surtout les clauses-or ou valeur-or, la "jurisprudence Matter" a néanmoins été la première à accepter de conférer à la monnaie étrangère un rôle plein dans les obligations. C'est en effet grâce à elle que des dettes monétaires insérées dans un contrat international vont pouvoir être libellées en monnaie étrangère, tout en étant reconnues par le droit français ³.

165. Outre les contrats internationaux, la monnaie étrangère est admise comme monnaie de compte dans les contrats internes. On n'en prendra pour preuve que l'article 138 du Code de commerce, qui dispose : « lorsqu'une lettre de change est stipulée payable en une monnaie n'ayant pas cours au lieu du paiement, le montant peut en être payé dans la monnaie du pays, d'après sa valeur au jour de l'échéance ». Il est ainsi expressément prévu par le droit commercial que la monnaie puisse servir au compte d'une obligation, encore que le paiement doive être effectué en monnaie nationale. Cette disposition se retrouve dans de nombreuses législations étrangères, et notamment dans la section 3.107 2 du Uniform Commerce Code américain, qui expose plus nettement encore : « une promesse ou un ordre de payer stipulé en monnaie étrangère porte sur une somme déterminée » ⁴. De telles dispositions se prononcent très nettement sur le statut

¹ Du nom d'un avocat général près la Cour de cassation, qui ne doit pas être confondu, comme en témoignent les orthographes, avec André Mater, auteur du *Traité juridique de la monnaie et du change*, paru en 1925.

² Civ. 17 mai 1927, D.P. 1928.1.25, concl. av. gén. Matter, note H. Capitant.

³ Sur cette jurisprudence, parmi une très abondante bibliographie, v. B. DEBOSQUE, *Le choix de la monnaie dans les contrats privés*, th. Lille II, 1984, multigr., p. 152 et s.

⁴ P. BLOCH, *Les lettres de change et billets à ordre dans les relations commerciales internationales*, préf. P. Fouchard, Economica, 1986, n° 79 et s., p. 60.

de l'obligation de monnaie étrangère. Aussi bien les auteurs qui ont une conception trop mercantile de la monnaie étrangère sont-ils fréquemment amenés à essayer de renier la portée de telles dispositions ¹.

Il résulte par ailleurs des ordonnances de 1958 et 1959 que des monnaies étrangères peuvent être utilisées dans les obligations internes comme indices monétaires, ce qui revient à en faire l'objet du contrat. Il n'y a en effet aucune différence à avoir une obligation libellée en francs, mais indexée sur le cours du dollar, ou à avoir une obligation dont le libellé est directement formé d'un certain nombre de dollars. Cette admission de la monnaie étrangère résulte de la réglementation des indexations, puisqu'est valable tout indice en relation avec l'objet du contrat ou l'activité de l'une des parties. Depuis l'arrêt *Colombo 2*, confirmé encore par la jurisprudence postérieure ³, la validité de telles indexations est acquise. Sans doute les appréciations de cette autorisation jurisprudentielle sont-elles généralement réservées ⁴. Mais c'est qu'elles se fondent sur des motifs d'opportunité. Le danger des indexations en général, et plus encore peut-être de la clause valeur devise, consiste d'une part à rendre aléatoire la situation du débiteur, mais aussi à créer des hausses de prix sur le marché intérieur, dictées par les évolutions d'un autre marché, qui ne lui est pas autrement relié. On rejette donc en général ces clauses au motif que le débiteur est menacé (mais il peut aussi bien s'en trouver mieux), et que la clause peut être un facteur inflationniste (mais elle pourrait aussi bien avoir un effet déflationniste). Ces arguments de pure opportunité ne sont donc pas convaincants ; en revanche, le fait qu'une monnaie étrangère serve au compte des obligations ne paraît pas choquant dans le principe.

166. Plus notable et plus convaincant encore : les tribunaux eux-mêmes ont pu, dans certains cas, prononcer des condamnations dont le *quantum* était libellé en monnaie étrangère, ce qui constitue effectivement une reconnaissance de leur caractère monétaire ⁵. Même là où la condamnation est prononcée en monnaie étrangère, le paiement ne doit pas se faire dans cette monnaie, sur le territoire français : il doit y avoir conversion avant paiement. Mais le fait même que les tribunaux, dans de nombreux pays certainement ⁶, exceptionnellement en France,

¹ V. les explications un peu contournées de M. Roblot à propos de l'art. 138 C. com., in *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 2, précité, n° 2080, p. 189.

² Civ. 1^{re} 10 mai 1966, *J.C.P.* 1966.II.14871, note J.-P. Lévy ; *D.* 1966.496, note P. Malaurie ; *Rev. crit. dr. int. priv.* 1967.710, note J.-P. Eck ; *J.D.I.* 1966.90, note B. Goldman.

³ Civ. 1^{re} 4 février 1969, *J.D.I.* 1970.74, note P. Malaurie ; *Rev. crit. dr. int. priv.* 1970.273, note J.-P. Eck ; *Rev. trim. dr. civ.* 1969.803, obs. G. Cornu ; *Com.* 30 avril 1969, *Bull. civ.* IV, n° 149 ; *J.D.I.* 1970.74, note P. Malaurie ; *Rev. trim. dr. civ.* 1969.767, note Y. Loussouarn.

⁴ J.-P. LÉVY, *op. cit.*, n° 45 et s., et les réf. citées.

⁵ Cette situation se présente rarement en droit français : *Crim.* 8 janvier 1959, précité ; *Civ.* 12 janvier 1960, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1960.573, note L. Anselme-Rabinovitch ; plus récemment, *Civ.* 1^{re} 4 décembre 1990, *Bull. civ.* I, n° 280, p. 198. Les droits de *Common law* semblent bien plus familiers de cette question, qui a secrété une abondante doctrine ; v. par ex. : J. H. C. MORRIS, « English judgments in foreign currency: a "procedural" revolution », *Law and contemporary problems* 1977.44 ; J. BECKER, « The currency of judgment », *The American Journal of Comparative Law* 1977.153.

⁶ V. les réf. citées par Mann, *op. cit.*, p. 339 et s. C'est sans doute en Angleterre que l'indistinction entre les monnaies des divers pays est la plus absolue,

acceptent de condamner en une monnaie qui n'est pas la monnaie nationale, illustre à l'évidence que la monnaie étrangère peut servir au compte des obligations, mais aussi qu'une obligation en monnaie étrangère est effectivement une obligation monétaire. L'utilisation par un juge national d'une monnaie qui n'est pas la sienne va même au-delà d'une simple prise en compte de l'existence des monnaies étrangères : il semble qu'alors le juge admette que pour le compte des obligations, les différences d'origine s'effacent derrière le seul caractère monétaire. Encore ne doit-on pas trop tirer de cette possibilité. Le juge français, qui peut légitimement appliquer une loi étrangère sans méconnaître la souveraineté qui l'a instituée, peut aussi compter en monnaie étrangère sans pour autant bafouer l'autorité du franc ni celle de la France. En outre, il est clair que la juge ne procède ainsi que lorsqu'il s'agit de prononcer des dommages-intérêts alors que le préjudice a été subi à l'étranger¹, ou y sera réparé². Avant de conclure à l'indistinction entre la monnaie française et la monnaie étrangère dans le compte des obligations, il convient donc de relever les évidentes considérations de bonne justice sur lesquelles la solution s'appuie. Si la possibilité d'une condamnation en monnaie étrangère ne signifie pas que celle-ci est considérée comme la monnaie du for, elle est néanmoins une reconnaissance affirmée de son caractère monétaire.

167. La monnaie étrangère fait l'objet d'une large admission dans le compte des obligations, que celles-ci soient internes ou internationales. Mais cette admission ne s'étend pas aux paiements, tant il est vrai que le seul paiement en francs est considéré comme libératoire en France. Les obligations de monnaie étrangère doivent ainsi être converties pour pouvoir être honorées, c'est-à-dire leur objet transformé en francs. C'est précisément cette conversion obligatoire qui assure à la monnaie étrangère son caractère monétaire dans le droit des obligations. Mais inversement, on doit ajouter que le régime de la monnaie étrangère et celui des paiements se brouillent par l'admission exceptionnelle du paiement en monnaie étrangère³. Il est en effet admis, sous réserve des règles du contrôle des changes, que le débiteur puisse se libérer en monnaie étrangère à la condition que cela ait été expressément prévu par le contrat⁴. Ce point n'a jamais été clairement tranché par la Cour de cassation, mais il semble néanmoins qu'une clause-deviser

dans le domaine processuel. Depuis le célèbre arrêt *Miliangos* du 5 novembre 1975 (*Miliangos v. George Frank (Textiles) Ltd.*, (1976) A.C. 443 ; D. Tallon, « Les dettes libellées en monnaie étrangère devant la Chambre des Lords : l'arrêt *Miliangos* du 5 novembre 1975 », *Rev. crit. dr. int. priv.* 1977.485), aucune obligation de monnaie étrangère ne doit plus subir la moindre altération pour pouvoir être portée devant le juge anglais. Ainsi est réalisée la fusion processuelle de la catégorie monnaie.

¹ Rouen 6 mars 1952, *J.C.P.* 1952.II.6934, concl. Charbonnier ; Civ. 1^{re} 5 février 1957, *J.C.P.* 1957.IV.41 ; Soc. 8 octobre 1975, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1976.745, Civ. 1^{re} 4 décembre 1990, précité

² Montpellier 14 décembre 1951, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1953.834.

³ Sur les raisons de cette admission, *infra*, n° 452 et s.

⁴ Paris 20 octobre 1952, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1953.376, note Y. Loussouarn ; Civ. 1^{re} décembre 1954, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1957.43 note L. Anselme-Rabinovitch ; Civ. 15 janvier 1962, *J.C.P.* 1962.IV.30 ; Com. 8 février 1972, *J.C.P.* 1972.IV.73. *Adde* : A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, préf. H. Batiffol, Bibl. dr. int. priv. XIV, Dalloz, 1972, n° 340, p. 313.

claire et précise, c'est-à-dire une stipulation de paiement en monnaie étrangère, doit être respectée.

On peut se demander si cette possibilité marque un pas de plus dans l'admission du statut monétaire de la monnaie étrangère, ou à l'inverse si elle n'est pas une négation de ce statut. À partir du moment où la dette est libellée en monnaie étrangère et est payée en monnaie étrangère, plus rien ne la sépare d'une obligation en nature : que l'on doive une marchandise ou une devise revient au même, si l'on paie en versant ce que l'on doit. Il serait excessif de se fonder sur cet exemple pour dire que le statut monétaire des devises étrangères est nié par le droit des obligations. Mais il semble bien que ce statut a pour point extrême le paiement en monnaie étrangère, où la monnaie étrangère se fond à nouveau dans les marchandises.

168. À côté des domaines où la monnaie étrangère est traitée comme une marchandise, à côté de ceux où elle est admise au rang de monnaie, il faut faire sa place à une troisième situation où curieusement, la monnaie étrangère est prise en considération sans qu'elle soit traitée comme une monnaie ni comme une marchandise. De prime abord, on pense volontiers que le droit pénal devrait avoir une conception précise de la monnaie étrangère puisqu'il la protège de toute imitation. L'article 133 du Code pénal réprime la contrefaçon de monnaie étrangère, dans les termes mêmes où il réprime la contrefaçon d'espèces ayant cours légal sur le territoire français. Mais on ne saurait déduire d'une telle règle que le droit pénal considère la monnaie étrangère comme une monnaie. Il n'y a en effet dans cette disposition aucune considération qui soit spécifique à la monnaie étrangère, sa protection n'étant instituée que pour des raisons d'opportunité.

Les incriminations de l'article 133 sont récentes, et constituent la réception dans l'ordre interne du traité international de 1929, organisé sous l'égide de la Société des Nations, et dont l'objet était de poursuivre les contrefaçons de monnaie organisées sur un territoire autre que le territoire sur lequel la monnaie contrefaite avait cours. Les États étant susceptibles de ne pas considérer la monnaie étrangère comme une monnaie, les faussaires auraient pu faire de la fausse monnaie en toute impunité, du moment que ce n'était pas celle du pays où ils se trouvaient. Ainsi la position adoptée par le droit pénal français ne réside-t-elle ni dans une reconnaissance particulière du caractère de la monnaie étrangère, ni même dans un désir quelconque que ne soient pas bafouées des souverainetés étrangères, mais plutôt dans la considération d'un intérêt bien compris : en protégeant les monnaies des autres États, la France protège sa propre monnaie des imitations qui pourraient en être faites à l'étranger. Le droit pénal ne vise donc pas la monnaie étrangère en raison de son caractère de monnaie, mais plutôt parce que d'autres États lui ont demandé de le faire, et qu'elle y trouve un intérêt.

De façon plus générale, il faut étendre cette position du droit pénal à sa conception globale de la monnaie. Le droit pénal ne connaît pas mieux sa propre monnaie qu'il ne s'intéresse aux monnaies étrangères. Les articles 132 et suivants du Code pénal qui réglementent la contrefaçon de monnaie sont vieilliss : ils font droit à une conception de la monnaie qui est essentiellement métalliste, alors que les pièces de métal précieux n'ayant plus cours légal ne font guère l'objet de contrefaçons. Par ailleurs, cette réglementation est, dans son ensemble, une réglementation suscitée par l'urgence. Plutôt que de partir d'une conception de la monnaie et de l'exigence d'une protection efficace qui s'étendrait dans son principe jusqu'aux supports et aux instruments les plus contemporains, le droit pénal a réglementé toutes les situations qu'il voulait contrôler au fur et à mesure que des difficultés se manifestaient, mais sans aucun souci d'une cohérence d'ensemble. Les premiers textes ne protégeaient que les monnaies métalliques. Puis, chronologiquement, sont apparues les dispositions portant sur

la contrefaçon des billets de banques, non visée d'abord, et qui entrent dans l'incrimination des articles 133 et 139 à partir de 1954. La troisième vague législative vient interdire les contrefaçons de monnaies et billets de banque étrangers en 1957. Enfin, pour achever de brouiller toute conception monétaire éventuelle, la loi de 1968 a organisé une incrimination spéciale portant sur la contrefaçon de monnaies n'ayant plus cours légal, nationales ou étrangères. Sans doute un texte spécial manquait-il, la poursuite de tels agissements étant difficile¹ et ces contrefaçons nombreuses. Les pièces de monnaie anciennes restent en effet cotées pour leur teneur métallique, à quoi s'ajoute une surprise liée à la figure de l'avers. Ainsi des faux-monnayeurs "honnêtes" qui respecteraient la teneur métallique des pièces imitées bénéficieraient-ils tout de même de la sur-cote ; la situation se dégrade évidemment s'ils ne respectent pas même le poids ou le titre du métal. Mais qu'une telle incrimination fût nécessaire n'enlève rien au fait qu'elle ne concerne pas la monnaie². On aurait pu aussi bien considérer qu'il s'agissait là de fausses médailles, et non de monnaies. Placer la loi de 1968 dans un ensemble législatif concerné exclusivement par la contrefaçon des monnaies manifeste au mieux de la confusion, au pire une incompréhension totale du système monétaire.

La conséquence de cette inaptitude du droit pénal à penser le phénomène monétaire, national ou étranger, débouche sur un effet inattendu mais logique : les auteurs ne parviennent pas à déduire de ces textes une nature juridique du faux-monnayage qui soit satisfaisante³. Toutes les explications les plus variées sont données, qui achoppent toujours sur le fait que manque une conception d'ensemble de la monnaie pour qu'émerge la compréhension de ses imitations.

169. Ballottée entre les diverses branches du droit, la conception de la monnaie étrangère paraît mystérieuse. On peut même se demander si le droit français se fait une idée globale de la monnaie étrangère, s'il la considère comme une marchandise ou une monnaie. Mais avant de répondre à cette question de façon plus synthétique qu'on ne l'a fait jusqu'ici, il convient de préciser le cadre de réflexion dans lequel doit s'inscrire la réponse. Le fait que les différentes branches du droit traitent différemment les espèces étrangères ne signifie pas qu'il y ait là un problème de qualification. Des commodités d'écriture ne doivent pas amener à utiliser le mot "qualification", qui éloignerait le débat de ses intérêts principaux. La question posée ne se présente en fait ni comme un problème de qualification, ni, pire, comme un conflit de qualifications au sens du droit international privé. La qualification est l'opération par laquelle on fait entrer un ensemble de faits à l'intérieur d'une structure juridique, dans le but de lui appliquer une règle de droit. Pour savoir si un objet mérite d'être appelé "monnaie", il ne s'agit que de faire entrer ses caractéristiques positives à l'intérieur des diverses catégories juridiques de l'ordre qui l'a créé. Il n'y a donc que l'ordre juridique du pays à l'intérieur duquel un objet au statut indéterminé circule, qui soit compétent pour dire si cet objet doit être ou non qualifié de monnaie : chaque État est souverain pour dire ce qu'il considère comme sa monnaie, et aucun État étranger ne peut le décider

¹ V. par ex. : Rouen 16 juin 1952, *D.* 1953.720, note J. Carbonnier.

² C'est ainsi qu'un numismate qui refrappait des pièces datant d'Alexandre le Grand, destinées à être vendues comme objets de collection, a pu être condamné sur le fondement de l'art. 132, al. 2, C. pén. La Cour de cassation avait en effet estimé : « qu'il est établi par des consultations et avis d'expertises, et non contestées par le prévenu, que ces pièces ont eu cours légal dans la Grèce antique ». Où va se loger le faux-monnayage de nos jours ? (Crim. 13 mai 1987, *Bull. crim.*, n° 196).

³ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit pénal criminel. Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, n° 628, p. 491 ; M.-L. RASSAT, *J.-Cl. pénal*, V° précité, n° 1 et s., p. 4.

pour son compte ¹. Si l'on sort de ce cadre purement interne, la question se déplace et quitte le terrain de la qualification où on la placerait à tort.

La monnaie étrangère est toujours une monnaie parce que l'État qui l'a émise ou celui sur le territoire duquel elle circule en ont ainsi décidé. Le fait qu'elle soit traitée en France plutôt comme une marchandise, ou plutôt comme une monnaie, n'est pas une question de qualification, mais de réglementation. Par essence, la monnaie étrangère est une monnaie ; mais il se peut que ses pouvoirs monétaires soient rognés en France, qu'elle n'y dispose pas de toutes les prérogatives qui sont les siennes là où elle a été frappée. De la sorte, se demander si une devise étrangère doit être considérée en France comme une monnaie revient à s'interroger sur le régime caractéristique de la monnaie interne. Plus exactement, la question est de savoir si l'écart de réglementation qui sépare la monnaie interne des monnaies étrangères est un écart substantiel qui les atteint dans leur nature même de monnaie, amputant leur essence, ou si cet écart n'est rien d'autre qu'une privation temporaire de certaines qualités, qui n'entame en rien leur statut monétaire.

170. Si les positions des diverses branches du droit varient en ce qui concerne le statut reconnu à la monnaie étrangère, il en va de même des auteurs. Certains, tels Mater ou MM. Roblot et Carbonnier, considèrent que la monnaie étrangère est forcément traitée comme une marchandise ² ; Nussbaum le pense aussi mais tempère le propos en précisant que l'obligation de monnaie étrangère n'est pas une obligation en nature, mais bien une obligation monétaire ³ ; Neumeyer, à l'opposé, estime que de quelque façon que l'on aborde la question, la monnaie étrangère doit toujours être considérée comme une monnaie ⁴. La conciliation de ces positions variées n'est pas simple, sauf à adopter la réponse de Normand donnée par Mann : « Ce problème n'admet pas de solution dogmatique. De même que la signification de la monnaie peut varier, et qu'un objet ordinairement utilisé comme monnaie peut aussi être une marchandise, de même la question de savoir si la monnaie étrangère doit être traitée comme une monnaie ou comme une marchandise dépend des circonstances de l'espèce, des mots employés dans une réglementation ou un contrat, ou de la nature juridique de l'opération elle-même » ⁵. Mais il n'est pas satisfaisant de céder à cette tentation, en accordant un statut mixte ou alternatif à la monnaie étrangère : c'est avoir trop d'égards pour la dispersion des solutions données par le droit positif, considérées hors des fondements qui les justifient.

L'attitude de Mann a toutefois ceci de satisfaisant qu'elle s'adapte à la variété des situations. Les solutions semblent opposées de façon si tranchée que l'on a

¹ P. MAYER, *Droit international privé*, Montchrestien, 4^e éd., 1991, n° 736, p. 455 ; G. VAN HECKE, *Problèmes juridiques des emprunts internationaux*, p. 132 et s. ; É. LOQUIN, « Délimitation juridique des espaces monétaires nationaux et espace monétaire transnational », in *Droit et Monnaie*, précité, p. 425, spéc. n° 3, p. 426.

² A. MATER, *op. cit.* ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, p. 189 ; J. CARBONNIER, *Les biens*, précité, n° 31, p. 55.

³ A. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 318 et p. 340.

⁴ NEUMEYER, *Internationales Verwaltungsrecht*, vol. III, part. 2, p. 128 et s.

⁵ F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 185. (*This problem does not admit a rigid solution. In the same way as the meaning of money may vary, and as a chattel which usually is money may sometimes be a commodity, so the question whether foreign money is to be treated as a commodity or money depends on the circumstances of the case, on the imports of the words of a statute or an agreement, or on the legal nature of the individual transaction*).

effectivement le sentiment qu'une tentative de synthèse serait vaine : le droit des obligations reconnaît à la monnaie étrangère un rôle spécifiquement monétaire, sauf en ce qui concerne le paiement, normalement effectué en francs français, mais qui peut être fait en espèces étrangères lorsque la monnaie est considérée comme une marchandise ; dans le même sens, l'existence d'un marché monétaire et le droit pénal douanier font droit à la conception mercantile de la monnaie étrangère. Mais pour opposées que soient ces solutions, elles ne semblent pas pour autant inconciliables.

171. C'est dans le domaine du paiement des obligations que la différence de traitement surprend le plus, car on éprouve le sentiment que la ligne de partage entre monnaie et marchandise passe à l'intérieur même de cette opération. Normalement, la dette de monnaie étrangère est payée après conversion des unités de compte étrangères en francs français, ce qui assure son statut monétaire ; exceptionnellement, ces dettes peuvent être payées en devises étrangères lorsque l'exigence en a été spécifiée au contrat, et cette monnaie est alors considérée comme une marchandise. Si le paiement ne peut normalement se faire en monnaie étrangère en France, c'est parce que tout pouvoir libératoire lui est refusé. L'explication technique en est très simple : les unités de paiement étrangères sont le support d'un droit subjectif d'extinction, soit d'une prérogative qui doit être juridiquement protégée ; territoriale, cette protection est réservée au franc et n'est donc pas accordée par le droit français aux unités étrangères. Comment les unités de paiement étrangères pourraient-elles alors éteindre une dette libellée en unités de valeur étrangères, puisque le seul pouvoir extinctif rend possible une extinction dont le fonctionnement échappe autrement au droit des obligations ? Dénuées de ce pouvoir d'extinction propre, les unités étrangères se révèlent inaptes à payer les obligations dans le compte desquelles elles se trouvaient mises en œuvre. S'il arrive qu'elles puissent jouer un rôle extinctif, ce n'est pas grâce à leur pouvoir libératoire, mais parce qu'il y a adéquation entre ce qui était dû et ce qui est proposé. C'est ainsi que l'on ne peut comprendre ce paiement qu'en opérant une modification de la conception de l'obligation : l'objet n'en est pas des unités de valeur étrangères, mais des unités de paiement. Lorsque le contrat précise que le règlement de l'obligation se fera en monnaie étrangère plutôt qu'en monnaie interne, ce qui est la norme, il crée une obligation de livraison d'une marchandise bien plutôt qu'une obligation monétaire.

Cette différence de régime est significative, qui permet de comprendre le fonctionnement irrégulier de la monnaie étrangère dans les paiements internes. Elle est aussi éclairante car elle fait apparaître une césure dans la prise en considération de la monnaie étrangère, qui pourrait donner la clef de son traitement. Il apparaît que les monnaies étrangères font l'objet d'une certaine reconnaissance lorsqu'elles se manifestent sous l'aspect des unités de valeur et servent alors au compte des obligations, mais sont récusées dans leur rôle d'instrument de paiement, lorsque les unités de paiement cherchent à jouer leur rôle. Si le droit français peut accepter à certaines conditions que les unités de valeur étrangères servent à compter les dettes, il est clair qu'il refuse tout pouvoir extinctif aux unités de paiement ; d'où le sort des objets en circulation qui servent au règlement des obligations.

Dénuée de son pouvoir extinctif, la monnaie étrangère ne peut guère qu'être assimilée à une marchandise. C'est ce qui explique qu'elle apparaisse comme une chose sur le marché monétaire¹, qu'elle soit ainsi traitée par le droit pénal

¹ L'explication donnée plus haut à cette conception n'est pas remise en cause pour autant. Les monnaies étrangères ne peuvent servir au compte sur le marché

douanier, et qu'elle ne serve aux paiements que par réification. Toutes les fois que la monnaie étrangère apparaît comme un instrument de paiement, elle est traitée comme une marchandise, qu'elle apparaisse surtout sous la forme de billets comme en droit douanier, ou sous une forme scripturale.

172. On doit donc se séparer de l'opinion exprimée par Mann. Sans doute les diverses branches du droit laissent-elles penser que la monnaie est parfois une monnaie, d'autres fois une marchandise. Mais au-delà de ces divergences de surface, on peut dire que l'admission des monnaies étrangères par le droit français est assez nuancée : elle est relative lorsque les unités de valeur sont en jeu, puisque l'admission de cette monnaie étrangère ne doit pas aller jusqu'à concurrencer la monnaie interne ; mais cette admission est le point ultime de la reconnaissance monétaire, puisque les unités de paiement ne peuvent jamais jouer de rôle monétaire.

Il n'est donc pas exact de prétendre que la monnaie étrangère est parfois une monnaie, et parfois une marchandise. D'une part, il est acquis qu'elle est toujours substantiellement une monnaie, que la réglementation locale peut cantonner dans des rôles peu monétaires. D'autre part, cette monnaie est reconnue comme telle selon le degré d'immixtion dans le droit interne : elle est admise jusqu'au compte des obligations, certainement pas jusqu'à leur paiement.

monétaire, comme on l'a dit. À quoi s'ajoute dans le même sens qu'elles ne peuvent pas non plus servir au paiement. L'ensemble de ces limitations les cantonne dans un rôle de marchandise.

CHAPITRE II APPROPRIATION DES MOYENS DE PAIEMENT

173. L'analyse juridique s'est emparée après les économistes de la fonction de réserve de valeur, prise comme caractéristique nécessaire de la monnaie. Mais autant la fonction a un sens dans la pensée économique, autant elle en est dépourvue dans la doctrine où elle a été convertie en « objet de propriété »¹. Pour qu'une chose puisse être qualifiée de monnaie, il faut qu'elle soit susceptible d'appropriation par son détenteur. Ce critère est cependant vide de tout contenu, qui correspond à un état de la monnaie et non à une fonction monétaire. La monnaie objet de propriété, c'est le support envisagé en lui-même, indépendamment de tout instrument qui l'insère dans les paiements. Il est évident qu'un tel support est objet de propriété, puisqu'on peut sans hésiter le ranger parmi les éléments de patrimoine. Inversement, on imagine assez mal qu'une monnaie ne soit pas susceptible d'appropriation, faute de quoi son rôle dans les paiements serait rendu impossible : on ne paie pas avec la chose d'autrui, ou avec celle qui n'appartient pas au *solvens*. En marge de cela, on voudrait à présent montrer que dans le mouvement de son appropriation elle-même, la monnaie fiduciaire ou scripturale pose problème. Plus exactement, dans la ligne d'une constante difficulté relevée en matière monétaire, le caractère approprié de la monnaie est incertain. Et c'est à raison de cette incertitude qu'il convient d'examiner de près les relations entre la monnaie et celui qui la détient.

174. À l'évidence, le problème du droit de propriété se concentre dans les supports monétaires. Les unités monétaires qui y sont incorporées sont à la disposition de celui qui les détient : il peut les utiliser dans la mesure du droit auquel elles donnent lieu. Le seul fait d'être titulaire de ce pouvoir extinctif définit les relations entre les unités et le détenteur ; ce n'est donc pas d'une appropriation *stricto sensu* qu'il s'agit, mais de la jouissance d'un droit. Du reste, la notion de droit de propriété n'a guère de sens appliquée à des objets incorporels qui ne se définissent que par le droit subjectif qui leur est inhérent : on est titulaire d'un droit et non propriétaire.

La question de l'appropriation de la monnaie en circulation se présente ainsi à propos des supports monétaires, c'est-à-dire à propos du titre et non du droit. Mais même ainsi recentrée, la question demeure incertaine. Faut-il considérer les supports uniquement comme les réceptacles des unités, auquel cas la question de propriété s'efface devant celle de l'utilisation du droit subjectif conféré par les unités ; ou bien les en distinguer pour les apprécier en eux mêmes et tenter de

¹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 25, p. 44.

voir les droits que le détenteur de monnaie a sur eux ? L'interrogation a des contours clairs en ce qui concerne les billets de banque ou les pièces de monnaie, puisqu'on peut simplement se poser la question de la propriété de l'objet matériel, pièce ou billet (Section I). Mais ces contours sont plus flous dès lors que l'on s'intéresse aux comptes en banque, qui ne sont pas susceptibles d'un droit de propriété. Il faut donc se demander quels liens nouveaux ils mettent en place entre les unités de paiement et les titulaires des comptes (Section II).

Section I. RÉGIME DE LA MONNAIE FIDUCIAIRE

175. La dissociation des supports et des unités qu'ils incorporent nous laisse en présence de billets et de pièces de monnaie considérés comme de simples meubles corporels¹. À première vue, ces objets sont la propriété de leur détenteur, tant il paraît évident que celui qui a des pièces ou des billets en poche en est propriétaire. Mais des aspects organiques brouillent la question. Sinon forcément créés par l'État, ces meubles sont du moins émis par des organes étatiques qui disposent d'un monopole d'émission : la Banque de France pour les billets, l'Administration des Monnaies et Médailles pour les pièces. D'où l'on peut penser qu'à leur création, les objets fiduciaires sont la propriété de l'État, au sens large du terme. La question à envisager consiste donc à savoir qui, de l'État ou de l'utilisateur, est propriétaire de ces meubles lorsqu'ils ont été lancés dans le circuit économique (§ 1), et quelles conséquences l'identité du propriétaire emporte sur les problèmes que pose leur circulation (§ 2).

§1. LA PROPRIÉTÉ DES PIÈCES ET DES BILLETS

176. La question de la propriété des moyens de paiement fiduciaires ne doit pas être prise au pied de la lettre. À l'évidence, la monnaie entre bien mal dans les cadres étroits du droit des biens, et il n'est guère concevable que la notion de propriété y ait le sens très absolu qui ressort de l'article 544 du Code civil. Ce

¹ J. HAMEL, « Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie », précité, spéc. p. 87. G. SOUSI, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », n° 7, p. 519.

que l'on cherche à comprendre tient plutôt aux pouvoirs de l'État et des individus sur la monnaie : celui-là l'émet, et ceux-ci l'utilisent. Mais dans le cadre de cette utilisation, des limites bien dessinées apparaissent qui confèrent à l'État un pouvoir de fait si fort qu'il semble raisonnable d'admettre qu'il est propriétaire des espèces, et que celles-ci sont mises à la disposition des utilisateurs à seule fin de paiement ¹.

177. Au cours de l'année 1986, une agence de publicité avait eu l'idée d'une singulière campagne pour un magasin de grande distribution. Plutôt que d'utiliser les supports publicitaires habituellement en usage, elle avait conseillé au magasin d'apposer des autocollants publicitaires sur l'avvers de toutes les pièces de monnaie de dix francs qui passeraient par ses caisses. Le magasin retirait ainsi les pièces de la circulation, les estampillait du message prévu, puis les remettait en circulation en rendant la monnaie aux clients. Les pièces de dix francs se chargeaient ainsi de vanter les mérites du magasin pendant leur circulation ².

Cette excellente idée publicitaire a néanmoins connu un sort peu favorable. Elle a en effet très tôt suscité l'hostilité des clients du magasin, puis l'interdiction pure et simple de l'État. C'est à cette interdiction que l'on prêterait attention, qui révèle soit l'absence de propriété des pièces par ceux qui les détiennent, soit la limite de leur droit de propriété. Si les utilisateurs de supports monétaires en étaient les propriétaires, le comportement visé aurait dû être considéré comme légitime. Propriétaire des pièces de monnaie, le magasin aurait été libre de les marquer à sa guise. On n'imagine même pas qu'il puisse y avoir là abus du droit de propriété, car toute appropriation de monnaie à des fins personnelles serait alors considérée comme un abus de droit, ce qui n'est pas le cas ³. Tout au plus les acheteurs auraient-ils pu refuser qu'on leur rende la monnaie en pièces estampillées, comme si l'apposition du message contrariait le cours légal des espèces. Le contentieux se serait ainsi placé sur le terrain du droit des obligations, la question étant de savoir si les acheteurs étaient contraints d'accepter qu'on leur rende la monnaie avec de telles pièces, ou s'il était légitime qu'ils les refusent. Mais ce type de contentieux, fondé sur les droits de propriétaire du détenteur des pièces, n'a pas eu lieu : l'État a en effet préféré intervenir par décret pour interdire cette pratique ⁴.

La prise de ce décret pourrait passer pour une manifestation de propriété de l'État ou de la collectivité sur les moyens de paiement fiduciaires. Mais ce n'est pas sur ce terrain que l'État a agi. Déniant tout droit de propriété aux utilisateurs, l'État n'a pas non plus affirmé ses droits absolus sur la monnaie. Lorsque l'on examine cette affaire, il est même troublant de relever l'indécision dont il a fait preuve pour fonder l'interdiction de cette pratique publicitaire. Le visa du décret ne mentionne aucun texte probant permettant à l'État d'agir, ce qui rend mystérieux le fondement de cette intervention. Le seul texte de loi auquel il est fait référence est l'article R. 25 du Code pénal, qui précise le régime des cinq classes de contravention, mais non les pouvoirs de l'État sur les signes

¹ M. Carbonnier évoque d'ailleurs la propriété éminente des souverains d'autrefois pour caractériser les pouvoirs actuels de l'État sur la monnaie (J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 32, p. 56).

² On lira les observations du doyen Carbonnier à propos de cette épisode : J. CARBONNIER, « Conclusion générale », *Droit et monnaie*, précité, p. 525, spéc. p. 526.

³ On pense par exemple aux rétentions de pièces ou billets à fins numismatiques, qui ne font pas l'objet d'interdiction.

⁴ D. n° 87-658 du 11 août 1987, *J.O.* n° 186 du 13 août 1987 p. 9266.

monétaires¹. Par ailleurs, un communiqué interne de la Banque de France², en date du 20 août 1987, informait les services de la prise de ce décret, et fournissait quelques explications qui ne sont pas beaucoup plus convaincantes que le visa. L'Institut d'émission exposait d'abord que : « aucune raison ne justifie l'emploi gratuit de la monnaie comme support publicitaire », ensuite que ces estampilles pouvaient gêner la circulation monétaire : méprises sur les pièces, gêne pour les caissiers, perturbations dans le fonctionnement des appareils automatiques.

En somme, l'État a placé son action sous le signe de la protection de l'ordre public, estimant que les manœuvres publicitaires y attentaient en rendant la circulation des pièces moins efficace. Mais à aucun moment il ne s'est expliqué sur les fondements de son droit à interdire une utilisation à des fins privées de la monnaie fiduciaire : la protection de l'ordre public est un argument implicite dans la note de la Banque de France, mais absent du décret. Si les pièces étaient effectivement appropriées par leur détenteur, l'interdiction venant de l'État serait un acte discrétionnaire, passablement abusif. Si l'on estime en revanche que les pièces appartiennent à l'État, ou au moins qu'il dispose d'importants pouvoirs de fait sur elles, les fondements de l'intervention de l'État deviennent plus clairs, même s'ils ne sont pas explicites pour autant³.

178. La possibilité que l'État puisse être propriétaire des moyens fiduciaires est à rechercher dans les conditions de leur création. Deux faits marquants rendent cette propriété possible : la charge financière de l'émission repose sur l'État, et elle n'est pas répercutée sur les détenteurs de monnaie.

Les billets de banque sont imprimés sous la responsabilité directe de la Banque de France, les pièces de monnaie sont frappées par l'Administration des Monnaies et Médailles. Le coût de ces émissions repose sur ces deux organismes, et en fait sur la Banque de France puisque l'Administration des Monnaies et des Médailles lui vend les pièces de monnaie divisionnaire. La Banque de France n'est pas remboursée de ces coûts de fabrication, qui entrent dans son budget de fonctionnement. Et même si elle met les espèces monétaires à la disposition du Trésor pour leur valeur faciale, ce n'est qu'une façon de faire pénétrer la monnaie dans le circuit économique qui ne l'indemnise pas des coûts de fabrication. C'est donc un organe étatique qui assume la charge pécuniaire de l'émission.

L'imputation de la charge de l'émission se pose aujourd'hui de façon renouvelée. À l'époque des monnaies métalliques, l'émetteur pouvait prélever de quoi indemniser son travail, voire un bénéfice, en créant des pièces dont la valeur faciale était légèrement plus forte que la teneur métallique. Ce procédé, le seigneurage⁴, a rendu très tôt le monopole de l'émission monétaire intéressant sur le plan pécuniaire, alors qu'il l'était déjà pour des raisons politiques. Mais il n'y a plus de possibilité de seigneurage aujourd'hui : la valeur intrinsèque des supports fiduciaires est très faible, et, sauf pour les plus petites pièces de cinq ou

¹ Le visa fait également référence au rapport présenté par deux ministres, ainsi qu'à l'audition du Conseil d'État (section de l'intérieur).

² Communiqué du Service de l'information de la Banque de France, 20 août 1987.

³ Il est d'ailleurs regrettable à cet égard que le décret n'ait pas donné lieu à un recours pour excès de pouvoir. Cela aurait permis au Conseil d'État, dont l'avis avait été entendu avant la prise du décret, de s'expliquer sur la question.

⁴ Sur le seigneurage, v. *supra* n° 71.

dix centimes ¹, sans rapport avec la valeur faciale. De plus, l'idée que l'État tirerait un bénéfice de l'écart entre la valeur faciale et le coût de fabrication est une idée fausse, marquée par les souvenirs du seigneurage. Pour que cela soit exact, il faudrait que l'État vende sa monnaie ; or il ne fait que la mettre à disposition des utilisateurs, en fonction des politiques monétaires mises en œuvre par le Trésor. L'objet de celles-ci est qu'il y ait ajustement global de la masse de biens produite à la masse monétaire en circulation. Le coût de fabrication des pièces et des billets est donc acquitté par l'Institut d'émission, qui ne se rembourse pas de cette charge sur le Trésor ou les citoyens ².

On pourrait ainsi dire que l'utilisateur qui reçoit un billet ne reçoit que le droit subjectif auquel celui-ci permet d'accéder, tandis que la propriété du meuble reste à l'État : il l'a en effet émis et payé, mais ne l'a pas vendu. Plus exactement, le billet est gratuitement mis à disposition des utilisateurs par l'État, et non pas approprié par ceux-ci : ils jouissent du droit sans être propriétaires du titre. Les utilisateurs reçoivent la monnaie fiduciaire pour sa valeur faciale, et l'échangent pour cette même valeur. Ils ne paient donc pas les coûts occasionnés par la fabrication du billet ou de la pièce. Du moins, ils n'acquittent aucun paiement lors de la réception du support, destiné à indemniser l'État du coût de fabrication. Une telle imputation n'est pourtant pas impensable : elle existe déjà pour certains instruments monétaires. Le coût de la carte de paiement, par exemple, est payée par l'utilisateur. De plus, il est question depuis longtemps déjà de faire payer le support scriptural sous le couvert de frais bancaires de tenue de compte, ou du paiement des chèques émis ³.

179. Sans conférer à la notion de propriété les traits absolus qui lui viennent de l'article 544 du Code civil, on peut penser que l'État est propriétaire des monnaies qu'il émet ou à tout le moins qu'il a à leur égard des droits semblables à ceux du propriétaire. On trouverait un indice supplémentaire de cette propriété matérielle dans la propriété incorporelle que l'État détient sur les gravures insérées sur les vignettes et les pièces : celles-ci ne peuvent être reproduites sans l'agrément de la Banque de France, qui dispose d'un droit moral sur ces représentations. Mais ce droit de propriété, ces pouvoirs que détient l'État sur les espèces ne sont jamais clairement affirmés. On peut en suivre la trace dans un certain nombre de manifestations positives, où l'État intervient contre les utilisateurs. Mais les pouvoirs sur lesquels l'intervention est fondée ne sont jamais nettement exprimés, ce qui rend problématique la conscience que l'État aurait d'être propriétaire des instruments qu'il met à la disposition des individus.

180. On s'est souvent demandé si la Banque de France pouvait interdire aux utilisateurs de lacérer ou déchirer, voire détruire, un billet. La question s'est

¹ La pièce de cinq centimes a une valeur intrinsèque négligeable, mais son coût de fabrication est supérieur à cinq centimes.

² On ne peut aujourd'hui parler de seigneurage dans l'acception ancienne que par métaphore : la différence entre la rémunération des actifs du bilan de la Banque de France et celle de son passif peut faire office de rétribution de l'émetteur des billets. Mais on le voit, ce seigneurage n'est plus textuel, mais est affaire d'opportunité et de placements.

³ Le débat public occasionné par les efforts des banques pour obtenir ces rémunérations particulières n'a pas été sensible à cet aspect du problème : est-il légitime que l'accès à la monnaie scripturale soit payant, alors que cette forme de monnaie constitue aujourd'hui l'essentiel des liquidités, et que l'accès à la monnaie fiduciaire est depuis toujours gratuit pour les utilisateurs ?

encore posée récemment lorsqu'au cours d'une émission de télévision en direct, un chanteur célèbre a brûlé un billet de cinq cents francs. À ceux qui considéraient que chacun était libre d'utiliser à sa guise son argent, au besoin en le brûlant, la Banque de France avait à l'époque objecté qu'elle aurait pu poursuivre les agissements contraires à l'utilisation normale du billet, mais n'avait pas souhaité le faire dans ce cas précis. De tels propos tendent à laisser penser que l'État dispose de prérogatives lui permettant d'empêcher les détenteurs de détruire les billets de banque. Mais à l'examen, les choses sont moins nettes que les dirigeants de la Banque de France ne l'avaient à l'époque laissé entendre. En l'absence de tout texte répressif spécial interdisant l'atteinte aux signes monétaires de l'État¹, les dirigeants avaient songé à utiliser l'article 439 du Code pénal, qui poursuit la destruction volontaire de « registres, minutes ou actes originaux de l'autorité publique, des titres, billets, lettres de change, effets de commerce ou de banque, contenant ou opérant obligation, disposition ou décharge »². Dans son acception actuelle, ce texte est toutefois inapplicable à l'hypothèse considérée. Statuant sur une affaire où un mari se plaignait de ce que, lors d'une tentative de partage "amiable" de biens communs dans le cadre d'une instance en divorce, sa femme prise de colère subite ait détruit par le feu des billets composant l'actif commun, la Chambre Criminelle de la Cour de cassation reprenant les analyses du magistrat instructeur de la Chambre de mises en accusation, déclarait le 4 juin 1975 que : « des billets de banque, simples signes monétaires qui ne contiennent ni n'opèrent actuellement obligation, disposition ou décharge, ne rentrent pas dans la catégorie des pièces dont l'incendie ou la destruction volontaire sont réprimés par l'article 439 du Code pénal »³.

La Banque de France avait également songé à poursuivre l'atteinte au crédit de l'État auquel la destruction avait donné lieu. L'article 1 de la loi du 18 août 1936 était peut-être applicable à l'espèce⁴, qui dispose : « sera puni...quiconque par des voies ou des moyens quelconques aura sciemment répandu dans le public des faits faux ou des allégations mensongères de nature à ébranler directement ou indirectement sa confiance dans la solidité de la monnaie... ». Cependant, cet article ne permet pas de réprimer la destruction même du billet. Le fait condamnable est plutôt que la destruction ait eu lieu en direct à la télévision, aux yeux des téléspectateurs qui auraient pu en concevoir des doutes quant à la valeur effective d'un billet de banque qu'on pouvait brûler de la sorte.

La destruction du billet de banque n'est donc pas interdite *per se*. Et pourtant, confrontés à une situation dans laquelle il aurait été tentant de réprimer un tel acte, les représentants de la Banque de France ont laissé entendre qu'il était en leur pouvoir de le faire. Incompréhensible sur le terrain du droit de propriété, cette démarche illustre à sa façon les relations contradictoires qui unissent l'État aux instruments monétaires qu'il émet.

¹ Texte qui existe par exemple aux États-Unis d'Amérique, où la destruction du dollar est pénalement poursuivie, de même que l'atteinte à certains signes de la Nation tels que le drapeau.

² Sur l'interprétation et la spécificité des termes employés par l'article 439, v. A. JACQUEMONT, « L'acte contenant ou opérant obligation, disposition, décharge : contribution à l'étude du droit des preuves en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1978.33.

³ Crim. 4 juin 1975, *Bull. crim.*, n° 143 p. 393.

⁴ D.P. 1937.4.38. V. encore sous l'art. 421 C. Pénal.

181. Les autres pouvoirs apparents de l'État sur les supports ne sont guère plus explicites. Si l'État peut agir sur les billets entre les mains de leurs détenteurs, cette action n'est jamais présentée sous l'angle du droit du propriétaire¹. En cas de remplacement des billets, par exemple, les détenteurs de billets démonétisés sont invités à les échanger contre les coupures nouvelles, sans qu'il y ait véritablement de délai. Le retraitement des billets anciens est effectué par les banques, qui échangent à la Banque de France des coupures nouvelles contre les anciennes. Néanmoins, les coupures anciennes sont toujours échangeables contre des nouvelles aux guichets de la Banque de France, même une fois paru le décret démonétisant formellement la coupure ancienne². Cependant, après le décret de démonétisation, le taux de conversion n'est plus le même que celui qui était en vigueur pendant le délai initial. Mais il reste au libre-arbitre de chacun de faire l'échange ou non. Si un numismate décide de ne pas procéder au remplacement, il peut conserver par devers lui les coupures anciennes, les vendre plus tard, sans que cette attitude soit sanctionnée pénalement. Garant du droit contenu dans les billets, l'État gère les supports fiduciaires de manière à le protéger indépendamment des altérations que le titre peut subir. Il reste que dans des circonstances perçues comme exceptionnelles, l'État peut agir par une prise directe sur les supports.

182. La France n'a connu dans les années récentes qu'un seul échange obligatoire de billets, épisode où l'État exerce des droits plus absolus sur le billet de banque. À la suite de la seconde guerre mondiale, la confusion était totale tant dans la masse monétaire en circulation du fait des gains réalisés par certains au marché noir, que dans les types de billets utilisés sur le territoire français : billets ayant eu cours sous le régime de Vichy, billets de la Banque d'Algérie utilisés par la souveraineté française en Afrique du Nord, enfin billets "tricolores" émis par l'*American military government for occupied territories* (Amgot), qui circulèrent quelques jours avant que les Américains reconnaissent au Gouvernement Provisoire le soin d'émettre une monnaie française unifiée³. L'ordonnance du 30 mai 1945 qui réalise un échange forcé de billets est donc avant tout dictée par l'urgence politique et la protection de l'ordre public : il s'agissait à la fois de réduire les gains immoraux du marché noir et de restaurer l'unité monétaire et la souveraineté politique qui s'y attache traditionnellement. L'échange forcé eut lieu entre les 4 et 15 juin 1945, et fut interdit au-delà⁴. On sait que peu de billets furent échangés au regard de ceux qui circulaient, leurs détenteurs n'ayant pas voulu révéler qu'ils les avaient gagnés au marché noir. L'échange servait sans doute bien plus à apurer la situation économique française qu'à poursuivre ceux qui s'étaient enrichis. Mais cet exemple prouve peu, d'abord parce qu'il n'y avait guère de raisons que l'État ait des droits sur des billets de provenances aussi diverses, ensuite parce que cette décision s'apparente surtout à

¹ M. Carbonnier (*Les biens*, précité, n° 32, p. 56 et s.) présente cette possibilité comme une marque de souveraineté de l'État à l'encontre des propriétaires des billets, qui seraient les détenteurs ; il va jusqu'à faire référence à l'expropriation pour cause d'utilité publique. Prise globalement, cette position n'est guère discutable. À ceci près que sur l'essentiel, M. Carbonnier reste muet : d'où provient cette appropriation du billet, et non des unités ? (On insistera d'autant plus sur cette distinction que l'éminent auteur la fait lui-même, distinguant l'action sur les instruments monétaires de celle qui porte sur les unités monétaires).

² BANQUE DE FRANCE, Service de l'information, « Les billets de la Banque de France », *Note d'information*, n° 44, p. 5.

³ R. SÉDILLOT, *Histoire du franc*, Sirey, 1979, p. 200 et s.

⁴ BANQUE DE FRANCE, *op. cit.* p. 6. V. aussi R. SÉDILLOT, *op. cit.*, p. 209.

l'exercice d'un droit de réquisition, procédant de la souveraineté même de l'État et non de ses éventuels pouvoirs sur la monnaie.

183. Si l'État, comme nous le pensons, est effectivement propriétaire des pièces et billets qu'il place entre les mains des citoyens, ou si, ce qui revient au même, il dispose sur ces supports de droits semblables à ceux du propriétaire, l'expression de ses droits est bien discrète. Elle n'est en effet jamais clairement exprimée, quoique l'État se comporte vis-à-vis des billets comme un propriétaire. On peut alors se demander à quoi correspond cette propriété pour l'État, c'est-à-dire quel est le régime réservé aux meubles qui lui appartiennent.

L'ensemble des meubles possédés par l'État, mais affectés à l'usage du public, est regroupé dans le domaine public mobilier. Ce domaine comprend les meubles dont le rattachement au domaine public a été consacré par la loi. C'est le cas, par exemple, des objets d'art des musées, dont la domanialité est consacrée par les lois du 30 mars 1887 et du 31 décembre 1913. C'est encore le cas des documents d'archives, ainsi que des livres des bibliothèques publiques¹. Avant même que l'on puisse songer à y faire entrer quelque meuble que ce soit, le contenu de ce domaine public mobilier soulève plusieurs interrogations.

Ces hésitations quant à la notion sont en partie issues de la pauvreté de la doctrine administrativiste sur le sujet, qui semble s'être quasi-exclusivement intéressée au domaine public immobilier. Il a parfois été soutenu que la notion de "domaine public mobilier" n'existait pas en tant que telle². On peut toutefois en suivre la genèse. L'élaboration prétorienne de ce qu'on appelle aujourd'hui le domaine mobilier a d'abord procédé en réaction contre l'appropriation privée de certains objets, considérés comme appartenant au patrimoine national. C'est ainsi que pour protéger notamment les œuvres d'art, la jurisprudence administrative a élevé la barrière de l'inaliénabilité contre les effets jugés pervers de l'article 2279 du Code civil³. Ce n'est que petit à petit que l'idée d'un domaine public non immobilier semble avoir pris corps en jurisprudence, sans qu'il soit certain que la confusion entre l'inaliénabilité souhaitée et l'appartenance au domaine public n'ait pas longtemps perduré.

La seconde question que soulève ce domaine public est celui de sa composition. Faut-il reconnaître l'existence d'un ensemble conceptuel, sous le nom de "domaine public mobilier", ce qui signifierait que certains meubles y sont par nature incorporés, ou bien n'y accepter que les meubles dont l'incorporation a été expressément prévue ? La seconde position est celle de M. Reymond qui, niant qu'il s'agisse d'un concept juridique, considère qu'on ne doit y faire entrer que les meubles qui ont été précisément incorporés au domaine⁴. Dans une note éclairante, Waline semble en revanche admettre que la consistance du domaine public mobilier dépend de la situation juridique des meubles, et non seulement d'un commandement de la loi⁵. Il n'est évidemment pas question ici de trancher ce problème de conception administrative, faute de compétence. Toutefois, si l'on veut bien admettre que le contenu de la notion n'est pas fixé par la loi mais résulte de la situation juridique des meubles, on peut alors montrer que les espèces fiduciaires font alors partie de ce supposé domaine public mobilier.

¹ A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, t. 2, L.G.D.J., n° 271, p. 135.

² F. REYMOND, « Le domaine public mobilier », *Rev. dr. pub.* 1960.49.

³ *Ibid.*, p. 51 et s.

⁴ *Ibid.*, p. 60 et s.

⁵ M. Waline, note sous Nîmes 4 décembre 1944, *D.* 1946.28.

184. On considère aujourd'hui que doivent faire partie du domaine public, mobilier ou non, les biens affectés à l'usage public. Ce qui diffère d'une acception plus rigide qui ne verrait la domanialité que dans l'affectation à un service public. Laubadère affine même le concept en disant que l'usage public doit plutôt s'entendre d'un usage direct des particuliers que d'un usage collectif ¹.

À l'aune de cette conception, l'appartenance au domaine public des supports monétaires ne paraît pas faire de doute. Ce sont des meubles qui, comme on l'a vu, appartiennent par nature à l'État, puisqu'il n'en cède jamais la propriété. Mais ce sont également des meubles qui sont affectés à l'usage exclusif et direct du public. Il est à cet égard évident que l'émission de monnaie est avant tout destinée à favoriser les relations sociales : c'est assez dire que les supports fiduciaires sont affectés à l'usage public. L'objection selon laquelle les meubles monétaires sont aliénables, puisqu'on les trouve vendus par des particuliers après leur démonétisation ne suffit pas à écarter la qualification. Il ne paraît pas abusif d'admettre que le décret démonétisant tel ou tel type de billet vaut déclassement. De même que les livres d'une bibliothèque publique peuvent en sortir et être vendus au public, de même les billets qui n'ont plus cours peuvent être appréhendés par les numismates, et faire l'objet de transactions qui échappent à l'État. C'est pendant que le billet a cours légal que son appartenance au domaine public mobilier est consacrée ; elle cesse avec la fin de ce cours légal.

185. Le droit de propriété de l'État sur les moyens de paiement fiduciaires n'est établi par aucun texte, mais par des prérogatives manifestées par l'État. Néanmoins, il paraît conforme à la logique du droit de propriété que ce droit soit détenu par l'État, et non par les utilisateurs. De plus, c'est sous l'angle de ce droit qu'on peut le mieux comprendre les relations entre les Instituts d'émission et les détenteurs de billets et de pièces, en cas d'incident dans la circulation. C'est la raison pour laquelle il faut essayer de comprendre, en consolidant l'hypothèse selon laquelle l'État est propriétaire des meubles servant aux paiements, le mécanisme par lequel ces moyens de paiement sont mis à la disposition du public.

§ 2. LA MISE À DISPOSITION DES PIÈCES ET DES BILLETS

186. À première vue, il semble que ce soit par l'effet d'un mécanisme d'ordre contractuel que l'État remette aux utilisateurs des billets de banque ². Du côté de

¹ A. DE LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 258 et s.

² Le recours à la notion de contrat a déjà eu lieu en la matière, sous la plume de M. Inzitari (*La Moneta, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. six, Padoue, 1983, p. 39). Mais la conception développée par l'auteur italien est substantiellement différente de la nôtre. Selon lui, la monnaie doit être strictement et exclusivement entendue comme l'unité de valeur. L'unité de paiement ne fait pas partie de la substance de la monnaie : elle n'est qu'un moyen de mise en oeuvre de l'unité de valeur, qui simplifie les rapports sociaux. C'est à ce stade qu'il fait intervenir la notion de contrat. La population crée l'unité de valeur par la vie commerciale, mais passe un contrat avec l'État pour qu'il organise la création de l'unité de paiement, et la gère. Le contrat a donc pour objet l'existence de l'unité de

l'État, il y a obligation de créer et fournir cette monnaie fiduciaire, et de la conserver en bon état. C'est ainsi que l'État doit retirer de la circulation les billets usagés ou chiffonnés, les pièces élimées ; qu'il doit fabriquer des billets aussi difficiles à imiter que possible ; et enfin qu'il lui revient d'échanger les billets à leur valeur faciale lorsque les vignettes sont modifiées¹. Pour les utilisateurs, presque aucune obligation, sinon celle qui est mentionnée à l'article 136 du Code Pénal, et qui est, au fond, une obligation de "non-concurrence" : il est en effet interdit de fabriquer, de souscrire, d'émettre ou de mettre en circulation des moyens de paiement qui ont pour objet de suppléer ou remplacer les signes monétaires ayant cours légal. L'économie de la convention en cause consiste donc en une mise à disposition d'espèces monétaires par l'État, pour le profit de la collectivité ; contre quoi celle-ci s'oblige à respecter les efforts de l'État en ne lui faisant pas indûment concurrence.

Mais ce qui gêne dans ce schéma, pour limitée que soit l'assimilation au contrat, c'est qu'il n'y a aucune acceptation de la part des utilisateurs. Si mécanisme contractuel il y a, c'est un mécanisme qui se passe de l'accord exprès des particuliers. Il n'est pas contestable en effet qu'il y a de fréquentes tendances de la part des utilisateurs à vouloir soustraire la monnaie utilisée à l'empire de l'État, celui-ci en étant souvent considéré comme un exécrationnel gestionnaire². Friedrich von Hayek s'est d'ailleurs fait le théoricien de cette analyse radicale, en montrant que la gestion mise en œuvre par l'État était presque par nature inflationniste, et que la population n'aurait qu'à gagner à voir les monnaies privées entrer en concurrence les unes avec les autres³. Or l'article 136 du Code pénal, en interdisant aux individus toute unité de paiement privée, mais aussi toute unité de valeur, ne leur laisse aucun choix quant à la monnaie dont ils peuvent se servir⁴.

La tutelle étatique sur la monnaie s'explique, si l'on met de côté les motifs d'ordre politique, par des raisons proprement techniques. Si l'État ne centralisait pas l'émission de la monnaie, le monnayage privé s'apparenterait sans doute à ce qu'il a été dans l'occident médiéval⁵ : une mosaïque de souverainetés monétaires, qui rendrait les relations économiques plus que difficiles. Si c'est l'État qui se charge d'émettre la monnaie, c'est aussi parce qu'il est le seul à pouvoir le faire d'une façon unifiée et satisfaisante. Aussi bien peut-on concevoir que l'État se charge d'émettre la monnaie parce que s'il ne le faisait pas, nul ne serait en mesure de le faire aussi efficacement, et que cette carence créerait de nombreuses difficultés. C'est donc, plutôt qu'à un mécanisme d'ordre contractuel, à une sorte de gestion d'affaires que l'on est conduit à songer.

À l'évidence, nous ne nous référons pas là aux articles 1792 et suivants du Code civil. Au sens propre, il n'y a ni gestion d'affaire, ni, du reste, contrat.

paiement, tandis qu'il ne porte, dans notre position, que sur sa matérialisation, l'unité de paiement étant également créée par la population.

¹ BANQUE DE FRANCE, « Les billets de la Banque de France », précité.

² Sous une forme atténuée, c'était la position de la doctrine française qui estimait à une époque que l'inflation était suscitée par l'État pour son propre profit pécuniaire.

³ F. VON HAYEK, *Denationalisation of money...*, précité.

⁴ Il est difficile de savoir précisément comment jouera l'art. 136 C. Pénal, car il n'a été jusqu'ici mis en œuvre que dans des hypothèses de peu de portée. À s'en tenir à sa lettre, on pourrait lui faire produire des effets qui n'ont sans doute pas été prévus. Ainsi de l'interdiction de l'ECU pour les rapports internes, qui est un objectif d'une Europe intégrée. Sur l'article 136, v. : Crim. 10 décembre 1970, J.C.P. 1972.II.17277.

⁵ M. BLOCH, *Esquisse d'une histoire monétaire de l'Europe*, précité, p. 15.

Mais le mécanisme s'y apparente de façon métaphorique, et jusque dans les effets de la gestion d'affaire.

187. On a déjà évoqué la destruction du billet de banque sous l'angle du droit de propriété que l'État aurait sur lui ; il faut aussi l'envisager d'un point de vue opposé, en se demandant quelle est l'attitude de la Banque de France face aux billets détruits en totalité¹. En toute logique, l'individu entre les mains duquel un billet a péri devrait pouvoir en obtenir le remboursement auprès de la Banque de France. En effet, une des tâches de la Banque est de retirer les billets usagés de la circulation, de les détruire, et de les remplacer par des billets neufs. Que la Banque détruise elle-même le billet, ou qu'il périsse par cas fortuit entre les mains d'un particulier, il n'y a guère de différence au sens économique. Sans doute le billet aurait-il pu circuler un peu plus longtemps ; mais ce motif n'a qu'une portée réduite, insuffisante pour refuser de rembourser un billet détruit. Plus grave, il ne prend pas en considération le caractère accidentel de la perte. Dès lors que l'attitude du détenteur n'est pas en cause et que l'accident a produit un résultat qui aurait de toutes façons été atteint au terme de la circulation normale du billet, le remplacement du billet par la Banque s'impose logiquement : c'est le meuble qui est détruit dans ce cas, et l'on ne voit pas que le droit qui s'y incorpore disparaisse lui aussi².

On touche là à la différence essentielle qui sépare le billet brûlé du billet simplement perdu³. Dans ce dernier cas, il est certain que le détenteur négligent n'a pas utilisé le droit monétaire dont il disposait ; mais un autre que lui en profitera. Celui qui aura trouvé le billet pourra en effet l'utiliser à sa convenance. De ce fait, si la situation est la même, envisagée du point de vue de celui qui perd un billet ou le voit brûler entre ses mains, elle se présente de façon différente aux yeux de la Banque de France. Si elle remplace le billet de celui qui l'a perdu, elle augmente la circulation monétaire d'un billet, sans aucune contrepartie réelle. Ce qui n'est pas le cas si elle remplace un billet brûlé : à ce moment là, elle réajuste la masse monétaire qui avait à peine diminué en regard de la masse de biens existant. Il semble pourtant que la position officielle de la Banque de France soit de refuser le remboursement dans les deux cas, encore qu'aucune source ne permette de l'affirmer sans doute. Des raisons d'ordre probatoire sont certainement à l'œuvre dans cette position, puisqu'il est difficile de prouver qu'un billet a été brûlé. Mais ce qui suscite l'étonnement, c'est que la Banque de France n'ait pas élaboré de système probatoire précis déterminant les conditions dans lesquelles le changement aurait lieu. Elle aurait pu décréter, par exemple, que la présentation de cendres reconnaissables de billets en emporte le remboursement. Un tel système ne permettrait pas souvent le remplacement des billets ; mais il aurait l'avantage de préciser la position de la Banque.

La seule affaire connue de billets détruits incite à penser que le remplacement n'aurait pas lieu, à la condition toutefois que la transposition de l'affaire à l'époque actuelle soit légitime. En 1867, des billets de banque émis par la Banque d'Algérie furent perdus dans le naufrage d'un bateau⁴. Les numéros des billets avaient été relevés avant l'embarquement, et la preuve avait été rapportée que les billets se trouvaient à bord au moment du naufrage. Néanmoins, la Cour de cassation refusa de faire droit à la demande de remboursement du propriétaire, considérant que ses droits ne tenaient qu'au titre, et qu'une fois celui-ci disparu, le droit périssait également.

¹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 32, p. 57.

² *Contra* : J. CARBONNIER, *ibid.*

³ Sur ce point, v. J. HAMEL, *op. cit.*, p. 251 et s.

⁴ Civ. 8 juillet 1867, D. 1867.1.289, note H. Thiercelin ; S. 1867.1.317.

Il ne va pas de soi que la solution donnée dans cette affaire soit utilisable aujourd'hui. La nature du billet de banque a changé : il était autrefois considéré comme un titre de créance, conception qui n'a plus cours aujourd'hui. De plus, la Banque d'Algérie n'avait pas de monopole d'émission comparable à celui de la Banque de France. C'est pourquoi on peut hésiter avant de considérer que cette solution serait reprise de nos jours.

De plus, une telle position n'est pas en conformité avec certains droits étrangers. La situation des États-Unis d'Amérique n'est pas bien claire : le droit y a évolué d'une position relativement libérale où le billet détruit pouvait être remplacé si les conditions de preuve de la destruction étaient réunies, à une attitude de refus plus systématique¹. En Angleterre et dans certains pays de *Common Law*, à l'inverse, le billet détruit est remplacé². Sur le modèle du droit anglais, le billet français détruit devrait être remboursé au détenteur à condition que la preuve de la destruction soit rapportée sans ambiguïté. À tout le moins, une nette différence devrait être faite entre le billet perdu et le billet détruit, dont les implications économiques sont différentes.

188. Le rapprochement avec la position de la Banque de France en présence de billets altérés incite plus encore à penser que le billet brûlé devrait être remplacé³. Si un porteur possède un billet déchiré, ou dont une partie est amputée, il peut voir son billet remplacé sous certaines exigences de preuve⁴. Un auteur écrivait que cette situation différait de celle du billet brûlé en ce que : « il s'agit là d'un problème de preuve et non d'un problème de droit »⁵. Exacte pour le cas du billet perdu, la remarque est abusive lorsqu'il est détruit : du point de vue du billet de banque, la situation est exactement la même. Ce qui diffère de l'une à l'autre, c'est que si le billet est détruit par le feu, l'impossibilité de preuve est pour ainsi dire préconstituée ; ce qui n'est pas le cas avec un billet lacéré. Comment prouver qu'un billet a disparu quand il n'en reste rien, sinon des cendres inidentifiables ? À l'inverse, si le billet a été mutilé, ses restes permettent d'en connaître la valeur, de savoir s'il a péri en totalité ou s'il a pu être réutilisé pour la partie qui demeure. Le manque de réalisme du propos cité apparaît mieux encore si l'on imagine un billet en train de brûler. Si le possesseur arrive à temps, et qu'il en demeure une partie intacte, le remboursement n'est qu'une question de preuve. Si en revanche il arrive trop tard et voit son billet entièrement consumé, le problème deviendrait brusquement un problème de droit. La logique conduit à traiter les deux situations de la même façon, réserve faite des moyens probatoires.

¹ A. NUSSBAUM, *Money in the law*, précité, p. 82.

² F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 12. Sur une affaire canadienne, v. la note de Mann (*Canadian Business Law Journal*, 1977-1978, p. 471) commentant l'arrêt de la Cour suprême : *Bank of Canada v. Bank of Montreal*.

³ BANQUE DE FRANCE, « Les billets de la Banque de France », précité. La position actuelle de la Banque de France est beaucoup plus souple que celle qui prévalait autrefois en matière de billet mutilé, puisqu'il était alors exigé que tous les signes distinctifs s'y retrouvent, faute de quoi il ne pouvait y avoir remboursement. Cf. Civ. 12 mai 1869, D. 1869.1.470.

⁴ On ne fait ici référence qu'aux règles d'échange précisément établies par la Banque de France. En fait, sa position est plus souple, puisqu'il est écrit dans ses notices d'information qu'elle apprécie les demandes au cas par cas, remplaçant les billets toutes les fois qu'elle pense pouvoir le faire.

⁵ D. BEAULIEU, *Le billet de banque*, th. Paris, 1975, multigr., p. 132. C'est aussi la position de Thiercelin (*loc. cit.*).

Les règlements de la Banque de France sont très précis quant aux conditions dans lesquelles un billet altéré peut être remplacé. Le principe peut être exprimé simplement, qui consiste dans le remplacement du billet toutes les fois que la Banque peut être certaine que le remboursement du même billet ne lui sera pas redemandé. Si la Banque remplaçait purement et simplement les portions de billet présentées, il suffirait d'en découper un et d'en demander le remplacement autant de fois qu'il y a de morceaux. C'est la raison pour laquelle la Banque ne rembourse les billets que si les parties fournies sont substantielles¹. Pour les coupures d'un montant inférieur ou égal à deux cents francs, la Banque remplace sur le champ les fragments dont la superficie est supérieure à la moitié de celle du billet d'origine. Les fragments d'une surface inférieure sont considérés comme sans valeur. Les modalités de preuve sont théoriquement plus sévères pour les coupures de cinq cents francs. L'échange est immédiat si le fragment présenté a une superficie supérieure aux trois cinquièmes du billet intact. Si la superficie est inférieure aux deux cinquièmes du billet, le fragment est considéré comme sans valeur. Enfin si le fragment a une superficie comprise entre deux et trois cinquièmes d'une coupure intacte, le remboursement est ajourné jusqu'à la présentation des parties manquantes ou, à défaut, à l'expiration d'un délai de trois ans².

La situation du billet détruit étant la même que celle du billet mutilé, aux exigences de preuve près, l'attitude apparemment compréhensive de la Banque de France laisse penser que si l'affaire ayant entraîné l'arrêt de 1867 se reproduisait aujourd'hui, la demande serait favorablement accueillie par la Banque elle-même, sinon par les tribunaux.

189. La dernière situation à examiner pour faire le tour des relations entre la Banque de France et les utilisateurs de monnaie fiduciaire est celle où le billet n'est ni brûlé, ni mutilé, ni même perdu, mais simplement faux. Il n'est pas question de s'interroger ici sur l'interdiction pénale du faux-monnayage, mais plutôt sur les recours possibles du détenteur de bonne foi de faux billets contre la Banque de France. Le fait qu'il ait reçu le billet de bonne foi pourrait lui éviter d'être poursuivi pour complicité de faux monnayage³. L'état lacunaire de la réglementation pénale sur ce point impose le conditionnel, parce que l'article 135, alinéa 1, du Code pénal ne dispose que pour celui qui a reçu des pièces métalliques de bonne foi, et que le raisonnement par analogie est traditionnellement refusé en droit pénal. Celui qui a reçu un billet contrefait peut-il, sous la condition qu'il ne soit pas poursuivi pour complicité, exiger de l'Institut d'émission qu'il le lui rembourse ?

Les règles en vigueur tendent à montrer que le détenteur d'un faux billet ne peut ni le remettre en circulation, ni se le faire remplacer aux guichets de la Banque de France. Dans ce cas, le porteur est contraint par l'article 144-1 du Code pénal de remettre les supports falsifiés dont il dispose à la Banque de France pour les billets, à l'Administration des monnaies et médailles pour les pièces. Le billet de banque est donc retiré des mains du porteur malchanceux, qui voit sa

¹ BANQUE DE FRANCE, « Les billets de la Banque de France », précité, p. 5.

² Il est curieux que les exigences de preuve soient en fait moindres pour les grosses coupures que pour les petites. Si l'on coupe en deux un petit billet, une moitié à peine plus grande que l'autre, il ne pourra y avoir remplacement que par un seul billet. Mais si on fait la même chose avec une grosse coupure, et que l'on obtient deux vignettes aux superficies comprises entre deux et trois cinquièmes du billet, deux coupures seront données en échange — après un délai de trois ans il est vrai.

³ Ce qui suppose que la contrefaçon n'était pas aisément détectable. C'est là du reste une condition implicite de tous les développements qui suivent.

valeur faciale annulée dans son patrimoine. De son point de vue, cette annulation est choquante : il avait légitimement obtenu la disposition du droit subjectif auquel le nombre des unités lui aurait permis d'accéder. L'aspect fautif du titre n'entame pas la qualité de son droit. La situation apparaît au détenteur de la même façon que s'il avait un billet partiellement déchiré, que l'on refuserait de lui rembourser. Mais cette similitude est question de point de vue. L'appréciation de la Banque est différente, et conduit à refuser de remplacer le billet.

Dans toute affaire de fausse monnaie, trois parties sont concernées : la Banque de France, qui voit son monopole d'émission bafoué ; le porteur malchanceux, dont le patrimoine est privé de la valeur faciale du billet ; enfin la société, pour qui l'afflux de billets contrefaits emporte des bouleversements économiques. Parmi ces trois parties, l'une est définitivement lésée, la Banque de France ; une autre ne l'est pas forcément, la collectivité, dans la mesure où les effets pervers de la circulation de faux billets peuvent être circonscrits si les billets sont rapidement retirés ; le porteur se sentira évidemment lésé si son billet ne lui est pas échangé. C'est au regard de tous ces enjeux économiques que la charge de la perte doit être appréciée.

Les porteurs ont toujours échoué dans leurs prétentions contre l'Institut d'émission, la Banque de France répondant qu'il n'y avait aucune raison qu'elle répare les conséquences d'une faute qu'elle n'avait pas commise¹. Mais à y réfléchir, il n'y avait en réalité aucun motif déterminant pour que leurs demandes aboutissent. Si la Banque de France remplaçait les faux billets, la perte sociale que représente toute contrefaçon serait consolidée. En effet, soit la Banque diminuerait d'autant sa création monétaire, et c'est l'État qui assumerait la perte due à la contrefaçon, soit la Banque ne modifierait pas sa création monétaire subséquente et c'est la société qui la subirait, la monnaie perdant de sa valeur par un effet déflationniste. La perte devant bien reposer sur quelqu'un, il ne paraît pas anormal que ce soit sur le porteur : c'est lui qui a été abusé, et qui, sous ce rapport, a commis une faute ou au moins a manqué à un devoir de vigilance². Faire reposer la perte sur le porteur est un moyen d'éviter ses répercussions économiques, et donc de protéger le plus grand nombre au détriment d'une minorité lésée. Choissant l'intérêt collectif, la Banque de France adopte une attitude économiquement fondée. Mais qui est peut-être un peu discutable en droit.

190. On peut ainsi se demander s'il ne serait pas légitime que la charge de la perte, dans certaines conditions, passe des porteurs à la Banque de France. Il n'est d'ailleurs pas tout à fait exact que la Banque de France ne rembourse jamais les billets contrefaits. La Banque indemnise parfois des porteurs isolés qui viennent l'avertir d'une circulation de faux billets qu'elle ignorait, et lui en apportent des échantillons. Le remplacement est alors en quelques sortes la rémunération d'un service rendu. À côté de cette situation un peu marginale, la Banque de France a accepté d'indemniser les porteurs dans deux affaires demeurrées célèbres, où la responsabilité de la Banque n'était pas exclue.

L'affaire Hirsch n'a pas donné lieu à procès, la presse s'étant emparée de l'affaire avant que la Justice ne puisse trancher sereinement. Les porteurs de faux

¹ D. BEAULIEU, *op. cit.*, p. 119, citant une circulaire interne du 30 novembre 1970.

² Il faudrait en fait distinguer deux situations, correspondant à la perfection du faux billet. Si celui-ci révèle son caractère falsifié à toute personne non experte, la faute du porteur est constituée : il lui appartenait en effet d'être plus vigilant. C'est pourquoi on se place ici dans l'hypothèse inverse, où le billet ne paraît pas falsifié, du moins aux yeux des usagers.

billets ont ainsi été indemnisés sans qu'il soit possible de déterminer si cela tenait au renouvellement du privilège de la Banque de France qui devait avoir lieu cette année là, en 1888, ou à l'argumentation très fine de l'avocat de Hirsch. Cafetier de son état, Hirsch avait trouvé des faux billets dans sa caisse, et assigné la Banque de France qui lui en refusait le remboursement. Mais au lieu d'agir sur le terrain habituel d'un éventuel droit à remboursement, sur lequel les porteurs malchanceux n'avaient jamais gagné, son avocat reprocha à la Banque de France de n'avoir pas averti la population d'une circulation de faux billets dont elle était avisée. C'était donc une action en responsabilité, dont on ne saura jamais si elle aurait abouti ¹.

L'affaire Bojarsky, du nom du faussaire et non de la victime, donna également lieu à une indemnisation des porteurs de billets contrefaits. Cette fois, c'est la quasi-perfection des billets qui occasionna la "mansuétude" de la Banque. L'idée de responsabilité intervient ici sous deux aspects opposés. D'une part, la perfection des billets faisait qu'on ne pouvait reprocher aucun défaut de vigilance aux porteurs — ce qui laisse penser qu'autrement, c'est leur faute qui entraînait le refus d'indemnisation de la Banque de France. D'autre part, la Banque pouvait paraître responsable d'avoir fabriqué des billets aussi parfaitement imitables ².

191. L'idée de responsabilité de la Banque de France semble donc pouvoir contribuer à faire indemniser les porteurs. M. Beaulieu, dans la ligne de l'affaire Hirsch, propose de mettre en cause la responsabilité de la Banque toutes les fois qu'elle n'avertit pas la population d'une circulation de faux billets dont elle a connaissance ³. Ainsi, les porteurs de faux billets peuvent être indemnisés jusqu'au moment où la Banque de France fait l'annonce du trafic de faux billets, et exhorte les particuliers à la prudence. Mais ce système est peu satisfaisant à un double titre. Pour des raisons d'opportunité liées aux enquêtes en cours sur la source de l'émission de fausse monnaie, il peut être bon que la Banque ne fasse pas savoir aux faux-monnayeurs qu'elle est avertie de leurs menées. D'autre part, ce système postule une responsabilité de plein droit de l'Institut d'émission, quoique l'auteur s'en défende ⁴. En effet, aux termes de cette proposition, la Banque de France serait responsable de la circulation des faux jusqu'à ce qu'elle s'exonère de cette responsabilité en avertissant le public.

M. Razzak Haffar propose un autre système, bien plus attentif aux circonstances du faux monnayage ⁵. Il part de la constatation que tous les billets ne sont pas indistinctement touchés par la contre-façon. Certains billets sont très vite imités après leur émission, d'autres jamais, ces faveurs diverses n'étant nullement en liaison avec la valeur faciale des billets. Certains billets sont donc plus aisément imitables que d'autres. C'est là que se niche, selon lui, la responsabilité des Instituts d'émission, quels qu'ils soient. La faute de l'Institut, c'est d'avoir créé des billets trop facilement reproductibles par les faux monnayeurs, ou plutôt de les laisser en circulation alors qu'on les sait tels. Ce système de responsabilité est plus intéressant que le premier, qui procède par faute prouvée de l'émetteur de monnaie. Mais la responsabilité en cause n'a pas été suffisamment fondée par l'auteur, prêtant le flanc à la critique. C'est ainsi que

¹ D. BEAULIEU, *op. cit.*, p. 117.

² *Ibid.* p. 119.

³ *Ibid.* p. 124.

⁴ *Ibid.* p. 122.

⁵ A. RAZZAK HAFAR, « La circulation de faux billets de banque et le problème de la responsabilité », *Rev. de sc. et de leg. fin.* 1951.470.

M. Beaulieu a pu prétendre y opposer qu'il n'entrerait pas dans les obligations de la Banque de France de faire des billets inimitables ¹.

192. Ce qui rend assez délicate la mise en évidence de la responsabilité de la Banque de France, c'est l'indécision où sont les auteurs quant à ses obligations envers les utilisateurs de billets de banque. On a dit que la Banque et les porteurs avaient des obligations réciproques, quelle que soit la qualification approximative que l'on donne à la source de ces obligations. L'article 136 du Code pénal qui impose aux particuliers d'accepter la monnaie créée par l'État n'a de signification que si, en sens inverse, l'État accepte de faire tout ce qu'il peut pour que cette monnaie soit de la meilleure qualité possible. C'est pourquoi il renouvelle les figures vieilles ; c'est aussi la raison pour laquelle il remplace les billets abîmés dans les conditions que nous avons dites. Mais cette obligation doit aller jusqu'à s'assurer de la qualité la plus affinée des billets. Peut-être est-il un peu vain d'évoquer les soins du bon père de famille, comme dans la gestion d'affaires. Mais il y a sans doute quelque chose d'approchant dans la minutie que les utilisateurs sont en droit d'exiger de l'émetteur de billet, qui n'est du reste que la contrepartie de la confiance qu'ils sont contraints à lui faire.

On ne peut pas exiger de la Banque de France qu'elle fabrique des billets inimitables, tant il est vrai que l'industrie des faux monnayeurs est aussi remarquable que celle de ses experts ². Mais on peut attendre d'elle qu'elle crée des billets difficiles à imiter, et qu'elle les renouvelle assez fréquemment pour empêcher les faux monnayeurs d'opérer. L'exemple des billets américains est à cet égard représentatif de ce qu'on peut demander à un Institut d'émission de ne pas faire. Ils sont en effet tous de la même taille, ce qui rend possible le lavage des petites coupures et la surimpression des motifs des plus grosses. Le faux monnayage est ainsi favorisé, dans la mesure où la qualité du papier en est, normalement, un obstacle majeur. Par ailleurs, ces billets ont tous le même fond, et ne diffèrent que par la vignette représentant une figure, ainsi que celles portant la somme. On peut donc effacer ces vignettes et les remplacer, sans toucher à l'ensemble du billet ³.

193. Si la Banque de France ne met pas tout son soin à dérouter les faux monnayeurs, ne peut-on invoquer sa responsabilité pour faute ⁴ ? Celle-ci est suffisamment fondée par les obligations qui, pour la Banque, découlent de son monopole d'émission, ainsi que par la faute que constitue le fait de simplifier la tâche aux faussaires. Un tel système laisse bien sûr dans l'ombre certaines questions, et notamment celle de l'appréciation des soins exigés de la Banque de France. En allant vite, on pourrait estimer que tout billet contrefait était par là même imitable, ce qui à l'évidence ruinerait le système. C'est pourquoi ce n'est pas la première contrefaçon qui constitue la faute de la Banque de France, mais la répétition. Ce n'est qu'une fois que la Banque sait que le billet est imitable qu'il lui appartient de prendre le risque de le laisser en circulation, ou de le

¹ D. BEAULIEU, *op. cit.*, p. 121. À quoi l'on peut tout de même objecter que la Banque de France définit elle-même le bon billet de banque selon sa « capacité de résister aux tentatives des contrefacteurs » (*Note d'information*, n° 44, précitée, p. 2).

² B. BIANCO-BRUN, « Le faux-monnayage comme arme de guerre », *Rev. int. crim. et pol. tech.* 1979.43.

³ B. BIANCO-BRUN, « Les techniques modernes de falsification monétaire », *Rev. int. crim. et pol. tech.* 1979.167.

⁴ En ce sens, J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 32, p. 56.

démonétiser. Mais on ne voit pas pourquoi une mauvaise appréciation de ce risque par la Banque ne devrait pas être retenue contre elle.

Il appartiendrait donc aux juges du fond, dans la mesure où il s'agit là de questions de pur fait, de dégager des exigences de soin, et d'apprécier les risques excessifs pris. L'obligation de la Banque ne peut en effet être conçue que comme une obligation de moyens, dont les tribunaux doivent modeler les contours. Cependant, quelles que soient les difficultés d'application concrètes de ce système, que l'on ne se dissimule pas, il revient à faire porter sur la seule personne ayant commis une faute la charge du faux monnayage. C'est en effet l'Institut d'émission qui assume la responsabilité d'avoir laissé circuler des coupures excitant par trop l'intérêt des faussaires, et le porteur du billet dans tous les autres cas.

Section II RÉGIME DE LA MONNAIE SCRIPTURALE

194. Nous ne sommes plus à l'époque où les auteurs et le public refusaient de reconnaître que la monnaie scripturale est une forme moderne de monnaie de paiement. Si les faits ont établi la place prépondérante de cette monnaie dans les paiements, les objections traditionnelles n'ont pas cessé, notamment celle qui porte sur l'intermédiation d'un banquier dans le processus monétaire¹. Étrange monnaie en effet que celle-ci, utilisable par le titulaire des fonds, mais gérée et distribuée par un banquier, comme si ce dernier tenait les cordons de la bourse. Le problème de la propriété de la monnaie se présente ainsi de façon renouvelée à propos de la monnaie scripturale : il n'y a plus alors de meuble incorporant les unités de paiement susceptible d'être en soi un objet d'appropriation ; à la place, un compte immatériel d'unités de paiement, géré par un tiers, mais normalement aussi disponible que des billets de banque. Si, pour la monnaie fiduciaire, il ne s'agissait que de savoir quel type d'appropriation était celui du détenteur sur les billets, la question est à présent déplacée en matière scripturale, au gré de la qualification du contrat unissant le propriétaire des fonds et le banquier. Que les fonds déposés sur un compte appartiennent au déposant, c'est là un truisme ; mais qui ne permet pas de déduire les perturbations que la présence de la banque introduit dans la propriété. C'est pourquoi il est important d'étudier ces perturbations, sur le double champ où elles se propagent : qualifier le contrat passé entre le "capitaliste", comme on disait autrefois, et le banquier, aux termes duquel celui-là remet des fonds à celui-ci (§ 1) ; puis examiner les conséquences

¹ C'est implicitement la conception de Mann, qui refuse de considérer la monnaie scripturale comme monnaie parce qu'elle se présente plutôt comme une dette : F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 5.

que ces relations emportent sur la circulation monétaire dans les hypothèses où le rôle de la banque peut être mis en cause (§ 2).

§ 1. LA PROPRIÉTÉ DE LA MONNAIE SCRIPTURALE

195. Nous avons jusqu'ici envisagé la monnaie comme l'ensemble des procédures permettant de déplacer des unités de paiement aux fins d'exécution des obligations. Pour cela, sont requis à la fois des supports monétaires et des instruments monétaires. En matière scripturale, les instruments sont les chèques, les cartes de paiement ou les virements, qui permettent de déplacer les unités contenues sur le compte en banque qui fait office de support. Le type de compte bancaire n'a aucune conséquence sur l'existence de la monnaie : dès lors que des sommes sont constituées par des dépôts liquides, et qu'elles peuvent être utilisées à vue, on peut parler de monnaie scripturale¹. Peu importe qu'il s'agisse de compte de chèques ou de compte courant, pourvu que les sommes soient disponibles au moyen par exemple d'un carnet de chèques, ce qui est le plus souvent le cas pour les sociétés. Ce n'est pas à dire, bien évidemment, que la distinction entre les deux types de compte en banque ne soit plus pertinente. Mais en matière de monnaie scripturale, c'est le seul lien entre client et banquier à l'occasion de la remise de sommes qui importe, que celles-ci soient déposées par une entreprise sur un compte courant, ou par un particulier sur un compte de chèques².

196. L'hésitation quant à la qualification de la convention par laquelle la remise de fonds sur un compte bancaire s'effectue est traditionnelle en doctrine³. Ce n'est qu'à l'époque actuelle que cette polémique est devenue feutrée, en raison surtout du manque d'enjeu concret. En effet, que le contrat soit qualifié de dépôt irrégulier, ou de prêt de consommation, les liens entre le titulaire du compte et la banque sont à peu près les mêmes. C'est donc à seule fin d'affiner la qualification, mais sans conséquence sur le régime, qu'on continue de manifester l'hésitation entre les deux contrats.

La démarche de qualification de l'accord liant client et banquier a de tous temps été surdéterminée par l'appellation commune donnée à ce lien. On parle en effet de dépôt bancaire, sans se soucier de savoir s'il s'agit bien d'un dépôt au sens des articles 1915 et suivants du Code civil. Aussi bien l'idée de dépôt juridique a-t-elle fixé d'emblée les termes de référence du débat. De telle sorte que si les auteurs ont parfois cherché à montrer qu'il ne pouvait pas s'agir d'un dépôt mais de quelque autre contrat, un prêt par exemple, bien peu ont jamais pris la peine d'établir positivement cette qualification qui se trouvait comme préconstituée par la terminologie commune.

¹ C'est la conception implicite que l'on trouve dans : J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, n° 263, p. 356 ; P. DIDIER, « Monnaie de compte et compte bancaire », précité.

² Sur la distinction entre les différents types de compte, v. M. VASSEUR et X. MARIN, *Les comptes en banque*, Sirey, 1966.

³ J. HAMEL, *op. cit.*, p. 112 et s.

Aux termes de l'article 1915 du Code civil, le dépôt est « un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui à la charge de la garder et de la restituer en nature ». Ce qui correspond évidemment à l'économie générale du contrat bancaire, puisque le déposant est animé du double but de ne pas conserver des sommes d'argent trop importantes chez lui, et de pouvoir en disposer selon des modalités sociales particulières. Mais le dépôt auquel l'article 1915 fait référence prévoit une restitution en nature, ce qui ne serait pas possible en la matière : l'argent déposé en banque est utilisé par la banque, et la restitution porte sur une somme identique, mais pas sur la chose même qui a été déposée. Il faudrait pour cela que la banque s'engage non seulement à restituer les sommes, mais aussi à ne pas les utiliser avant la demande de restitution. Pour n'être pas impossible en soi¹, cet engagement n'est guère compatible avec le dépôt bancaire dans son état actuel. C'est pour cela que la doctrine considère ordinairement que, si le contrat bancaire est bien un dépôt, il ne peut être question que d'un dépôt irrégulier. Non prévu par le Code civil, ce dépôt porte sur des choses dites consommables, c'est-à-dire que l'on ne peut utiliser sans dissipation. Est-il légitime que le banquier utilise ces sommes ? C'est un point sur lequel on reviendra. Reste toutefois que cette utilisation existe aujourd'hui, au su des clients.

197. C'est en se fondant sur la possibilité d'utilisation des sommes par le banquier que le doyen Hamel a vigoureusement rejeté la qualification de dépôt. Selon lui, l'obligation de garde à laquelle est tenu le dépositaire interdirait de façon rédhitoire que le banquier utilise les sommes². Cette idée est reprise par M. Vasseur, qui y ajoute que la violation de cette obligation de garde entraînerait l'incrimination d'abus de confiance³. L'article 408 du Code pénal poursuit en effet le détournement ou la dissipation de deniers remis à des titres divers, dont celui de dépôt. Dès lors, selon M. Vasseur, l'utilisation par le banquier des sommes remises le rendrait passible de l'incrimination d'abus de confiance. Ce qui n'est pas le cas, puisque c'est en toute licéité que le banquier place les fonds de ses clients à son profit. Toutefois, il n'est pas certain que cette double objection soit aussi décisive que l'ont prétendu les deux éminents auteurs.

Pour être au centre des deux objections, la notion de garde n'en est pas moins incertaine. Lorsque l'on prétend que le fait de disposer d'une chose est une entrave à l'obligation de garde, on récuse implicitement la possibilité d'existence du dépôt irrégulier. Ce type de dépôt concerne les choses consommables, et le fait même d'envisager les choses sous l'angle de leur consommation revient à considérer que l'on en disposera au titre du contrat. Dès lors, dans le sens absolu qui est celui de MM. Hamel et Vasseur, il ne peut plus y avoir de garde. S'il est entendu que le dépositaire consommera la chose et n'en rendra que l'équivalent, il ne la conservera pas. Ce n'est donc pas sans contradiction qu'après avoir signalé l'existence et les conditions du dépôt irrégulier, les deux auteurs estiment que le contrat bancaire ne peut être qualifié de dépôt, faute de quoi l'obligation de garde serait alors violée.

Comment peut-on entendre ce devoir de garde, de manière à ce que le dépôt irrégulier soit compatible avec l'article 408 du Code pénal ? Peut-être en observant que le respect de l'obligation de garde en matière bancaire s'apprécie au moment où la demande de restitution de la chose déposée est formée. Pour savoir que le dépositaire n'a pas gardé la chose, il faut en effet la lui avoir réclamée, et

¹ G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 2, précité, n° 2357, p. 349.

² J. HAMEL, *Banques et opérations de banque*, t. 2, Rousseau, 1943, p. 95 et s.

³ M. VASSEUR, *Droit et économie bancaires*, Les cours de droit, 1982-1983, p. 1356 et s.

s'être vu soit opposer une impossibilité de restitution, soit restituer une chose non conforme. Il est douteux qu'il puisse en aller ainsi en matière de contrat bancaire. Les banques doivent restituer une somme équivalente à celle qui leur a été confiée ; mais elles savent que tous les dépôts ne leur seront pas réclamés simultanément, et elles ont à leur disposition des moyens statistiques leur permettant de connaître à peu près la proportion des dépôts qui doit rester liquide entre leurs mains. À cette connaissance empirique s'ajoute l'obligation légale, pour chaque banque recevant des dépôts, d'en conserver "dans ses caisses", une certaine proportion¹. Cette double précaution fait qu'il est plus que douteux que la violation d'une obligation de garde ainsi entendue soit constituée à l'encontre d'une banque.

À quoi il faut ajouter, pour faire justice de la critique de M. Vasseur, que la jurisprudence n'a jamais inclus le dépôt irrégulier dans les contrats permettant l'application de l'article 408 du Code pénal, et ce à la différence du dépôt ordinaire qui est expressément prévu². Au surplus, au cas où une impossibilité de restitution serait constituée et où la jurisprudence criminelle accepterait d'incriminer sur le fondement de l'article 408, la mise en cause de la banque au titre de l'abus de confiance serait secondaire par rapport aux conséquences occasionnées par le dépôt de bilan.

198. À celle de dépôt, une partie importante de la doctrine préfère la qualification de prêt. Le titulaire des fonds prêterait cette somme en la remettant à la banque. Ce serait moins son intérêt qu'il viserait en demandant à la banque de garder son argent que celui de la banque à qui il apporterait un financement³. Mais les objections ne manquent pas à cette qualification de prêt de consommation.

La première porte sur le fait qu'un prêt comprend toujours la prévision d'une échéance. L'idée d'un prêt à vue, remboursable à la demande du prêteur cerne une situation irréaliste, en ce qu'on ne voit plus quels y seraient les avantages des parties autres que ceux qu'elles trouvent dans le dépôt. Pourtant, dans l'hypothèse où le contrat de banque constituerait un prêt, il serait stipulé sans aucune échéance. Non seulement le prêteur peut mouvoir son compte quand il le veut et comme il l'entend, mais en outre la banque ne peut jamais lui rendre ses fonds contre son gré en estimant que le prêt a suffisamment duré. Il faudrait donc admettre que la remise par un client de fonds à son banquier, fonds utilisables à vue, constitue un prêt sans aucune échéance prévue, et qui serait à la disposition du prêteur.

De plus, le prêt de consommation n'est pas un contrat gratuit. S'il est vrai que le premier *mutuum* du droit romain a été un contrat de bienfaisance, c'est qu'il portait sur des biens fongibles et consommables qui n'étaient pas monétaires⁴. Il y a beau temps que le contrat de prêt n'est plus considéré comme un contrat à titre gratuit. Ce qui ne signifie pas qu'il ne puisse pas l'être dans certaines hypothèses, si le prêteur en décide ainsi. Mais telle n'est pas la situation en matière bancaire, où l'actualité a récemment illustré que les clients, donc les prétendus prêteurs, voulaient qu'on rémunère leurs dépôts, les banques s'y refusant.

¹ Sur les réserves obligatoires, J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, n° 366, p. 524.

² Crim. 11 juillet 1935, *D.H.* 1935.494 ; *Rev. sc. crim.* 1939.514, obs. H. Donnedieu de Vabres.

³ J. HAMEL, *Banques et opérations de banque*, précité, n° 754, p. 102.

⁴ P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé*, t. 1, p. 223 et s.

Il est d'ailleurs d'autant plus surprenant d'accepter de qualifier le contrat en prêt, que des prêts en bonne et due forme existent par ailleurs entre clients et banques. Mais dans ces hypothèses, le client s'engage à bloquer ses avoirs pendant une certaine durée, en fonction de laquelle est fixé le taux d'intérêt rémunérateur. Il y aurait donc deux types de prêts variant en fonction de l'échéance. L'un, sans échéance, serait un contrat gratuit ; l'autre, stipulé avec échéance, constituerait un prêt avec intérêt. Une telle situation, aussi singulièrement déséquilibrée, suggère une qualification artificielle.

Le doyen Hamel a toutefois présenté une objection qu'il est difficile de négliger. Il estime que la nullité du taux d'intérêt est la contrepartie de l'absence d'échéance dans le prêt¹. Prises séparément, l'absence d'échéance et de taux d'intérêt militent pour le refus de la qualification du prêt ; mais la démonstration tombe si on envisage l'une comme la cause de l'autre. On ne peut guère objecter directement à l'auteur : le système qu'il propose est assez logique pour n'être pas critiquable. Il reste que l'on peut s'interroger sur ce qui fait alors la différence entre le contrat de prêt de consommation et le dépôt irrégulier, dont les frontières deviennent transparentes². C'est ainsi que la critique déterminante que l'on peut adresser au doyen Hamel est qu'à force de rapprocher les deux contrats, on rend peut-être le choix d'une qualification inutile, mais on ne rend pas plus probante la qualification de prêt.

199. Pour sortir de l'hésitation entre dépôt irrégulier et prêt de consommation, on a parfois proposé d'avoir recours au critère de la cause du contrat³. Les caractéristiques des deux contrats étant très proches les unes des autres, la prise en compte des intérêts des parties permettrait peut-être de mieux trancher cette *crux juris* qu'est la qualification. Mais il n'en a rien été.

Henry Cabrillac a proposé de qualifier le contrat de dépôt « lorsqu'il apparaît que l'obligation de garde et de conservation a été le motif déterminant du contrat », alors que la qualification de prêt semblera plus adéquate dans les autres cas, parce que « les parties ont bien voulu conclure une convention à leurs avantages respectifs : le banquier entend acquérir la libre disposition des fonds, le déposant a poursuivi un désir de sécurité et aussi de commodité »⁴. Mais la barrière ainsi dressée entre les deux contrats est trop mince. M. Dauchy a ainsi pu contester qu'il y ait une véritable différence entre "garde et conservation" d'une part, "sécurité et commodité" de l'autre, qui permette de faire jouer l'idée de cause⁵. Par ailleurs, la distinction opérée par le doyen Cabrillac est un peu biaisée : la différence de situation consiste d'abord à ne pas considérer l'intérêt de la banque, permettant la qualification de dépôt, tandis qu'on le prend aussi en compte dans un second temps, ce qui débouche sur un prêt. On retrouve par ce biais la critique de M. Dauchy : si la barrière est si mince entre les deux contrats, c'est parce que la différence entre les deux situations tient à la prise en compte, ou non, de l'intérêt de la banque pour départager les situations. Ce qui constitue un vice de raisonnement : il est inconcevable que la banque accepte de n'avoir aucun intérêt à une situation, ou même que l'on affecte de raisonner

¹ J. HAMEL, *Banques et opérations de banque*, précité, p. 105.

² C'est d'ailleurs une position traditionnelle de la doctrine civiliste. Cf : L. JOSSERAND, *Cours de droit civil positif français*, t. 2, Paris, 1939, n° 1378, p. 810.

³ G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, p. 351.

⁴ H. CABRILLAC, « Les difficultés d'interprétation des contrats bancaires », *Mélanges Secrétan*, p. 1.

⁵ P. DAUCHY, « L'influence du droit civil sur le droit bancaire », *Rev. trim. dr. com.* 1986.1.

comme si elle pouvait n'y avoir aucun intérêt. Naturellement, l'avantage de la banque réside toujours dans l'utilisation à son profit des fonds déposés. Il est donc certainement vain d'imaginer discriminer selon le critère ainsi mis en œuvre.

200. Si l'on admet le principe selon lequel les deux parties trouvent un avantage dans l'opération, on peut sans doute affiner la qualification par l'idée de cause. Mais plutôt que de s'intéresser à des intérêts exclusifs, comme le fait Henry Cabrillac, mieux vaut considérer les intérêts prépondérants. L'avantage du déposant est double : avoir son argent gardé tout en continuant de l'utiliser dans les paiements. Par ailleurs, l'avantage de la banque est également perceptible, puisqu'elle tire bénéfice des dépôts en plaçant l'argent à son profit. Mais si l'intérêt de la banque était prépondérant, elle aurait plutôt recours à des prêts identifiés, prévoyant à la fois un taux d'intérêt et une échéance. La banque aurait alors une véritable garantie de durée lui permettant de négocier à son profit des prêts plus avantageux. Si les particuliers n'acceptent pas de bloquer ainsi leurs fonds, c'est parce qu'ils s'estiment susceptibles d'en avoir besoin dans un proche avenir. Le caractère simple du dépôt leur paraît en conséquence préférable. La prise en considération des intérêts prépondérants des parties conduirait ainsi à préférer la qualification de contrat de dépôt, évidemment irrégulier, à celle de prêt. Dans ce cadre, l'utilisation par la banque des fonds constitue la rémunération du service qu'elle rend au client, mais cette rémunération n'est que la contrepartie secondaire d'une obligation de garde qui est principale.

La théorie de la cause ne permet pas de qualifier le contrat — et d'autant moins que la cause dégagée par Henry Cabrillac est bien proche des motifs. Mais si on la conjugue à la théorie de l'accessoire¹, la qualification se dessine mieux puisque la prise en compte d'intérêts prépondérants fait basculer le contrat à l'intérieur de la catégorie dépôt.

201. Si les discussions ont été si nombreuses autour de la qualification du contrat alors que les deux branches de l'alternative étaient si voisines que tout choix en devenait délicat, c'est que le principal enjeu se trouvait moins dans des exigences théoriques que dans les conséquences supposées de la qualification : la jouissance des sommes déposées. L'enjeu pratique du débat sur la qualification du contrat a longtemps été de savoir si la banque pouvait placer à son profit les fonds déposés. Dans l'hypothèse où il se serait agi d'un dépôt, c'eût été impossible ; tandis qu'il ne se serait agi que d'une prérogative légitime dans le cas du prêt. La loi du 13 juin 1941 sur l'organisation bancaire est intervenue, qui a mis un terme à cette longue polémique en tranchant non sur la nature du contrat mais sur l'utilisation des sommes. La loi donnait en effet aux banques le droit d'employer les sommes versées pour leur propre profit², de telle sorte que la discussion perdit de sa virulence faute d'intérêt, sans que pour autant toutes les questions concernant la propriété des sommes soient résolues. Le fait que les banques puissent placer à leur avantage les sommes qui leurs sont remises n'empêche pas les déposants de continuer à avoir un droit sur ces sommes. Mais lequel ?

¹ Sur cette théorie, G. GOUBEUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, précité ; mais l'auteur ne s'est pas particulièrement intéressé au compte en banque.

² H. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE, *Encycl. Dalloz, Rép. dr. com.*, V° « Dépôt et compte en banque », n° 24.

202. On dit ordinairement que la banque est propriétaire des fonds déposés, tandis que le déposant ne dispose que d'un droit de créance contre la banque¹. Une telle formule peut passer pour satisfaisante, tant que l'on ne met pas en évidence les conflits entre ces deux droits. Quoique l'on envisage le premier rapport comme un droit réel, et le second comme un droit de créance, il est troublant que ces deux droits aient le même objet : les fonds déposés. Il peut se produire des situations où les deux parties peuvent vouloir mettre en œuvre leur droit concurremment, c'est-à-dire disposer en même temps de la même somme. La banque, quoiqu'elle ait un accès plus direct aux fonds, ne peut pas en interdire la libre disposition au déposant. Si celui-ci veut retirer des sommes à vue, ou faire un paiement par chèque, elle ne peut en aucune manière s'y opposer, même si elle a placé les fonds conformément à ses droits. C'est assez dire que si les deux parties ont des droits sur les sommes déposées, ces droits ne sont pas de rang identique. Rapidement, on pourrait dire que la banque ne peut utiliser les sommes que dans la mesure où le déposant ne le fait pas. Ce qui signifie qu'il a toujours une certaine prééminence sur elle, et que les dispositions de la loi ne permettent à la banque qu'une utilisation résiduelle des fonds. C'est encore une raison pour laquelle on ne saurait placer au premier plan du contrat bancaire l'idée de prêt.

203. On peut aussi essayer de traduire cette situation, non pas en l'envisageant du point de vue contractuel, mais plutôt sous l'angle monétaire. La prérogative essentielle du titulaire des fonds est de pouvoir utiliser à son profit le droit auquel donne lieu la propriété des unités. Or celles-ci lui sont dues, sans qu'il les détienne effectivement. Ce qui fait que, pour l'exercice de son droit, il a besoin de l'assistance de la banque, tandis que celle-ci peut utiliser la prérogative que lui permet la détention, même précaire, des unités.

On pourrait ainsi placer le problème entre le fait et le droit. Le titulaire du compte a le droit de jouir d'unités de paiement qui lui ont été remises, dans toute la mesure du nombre de ces unités. S'il ne profite pas de ce droit, celui-ci reste à l'état latent, puisqu'il est incorporé aux unités. Ce qui fonde les possibilités d'utilisation de la banque n'est donc qu'un fait : le titulaire du compte n'a pas utilisé en totalité les unités qui lui appartiennent. La loi de 1941 n'autorisait pas les banques à utiliser les fonds contre le gré des déposants, mais dans la seule mesure où ceux-ci n'en disposaient pas. L'autorisation reçue par les banques est un droit qui prend sa source dans un fait négatif, la non-utilisation des unités, fait qui est lui-même le résultat de l'exercice d'un droit, qui est à la disposition du titulaire.

204. Les hésitations entre les qualifications de dépôt et de prêt ont des conséquences moindres qu'on ne l'attendrait. Mais la qualification de dépôt paraît plus adéquate aux yeux d'un civiliste, et ce d'autant plus qu'elle seule permet de restaurer le statut monétaire du compte en banque. Si l'on ne considère le client déposant que comme un créancier de la banque, on peut penser qu'en cas de liquidation de celle-ci il doive venir au même rang que d'autres créanciers, créanciers, ceux-là, de l'exploitation bancaire. La situation n'est guère satisfaisante : compte tenu de l'économie générale du rapport bancaire, il serait bien plus convaincant que les déposants passent avant tous les créanciers, pour reprendre les sommes déposées. Cela constituerait sans doute une entrave à la technique juridique : la possession des choses consommables est toujours aussi une propriété, puisque l'*abusus* en est forcément transmis avec l'*usus*, de telle

¹ C'est en tout cas ce que décide une très nette jurisprudence. V. par ex. : Civ. 1^{re} 7 février 1984, *Rép. Defrénois* 1984, art. 33427, p. 1387, note C. Larroumet.

sorte que le banquier est propriétaire des sommes. Mais cette entrave à la rigueur juridique restaurerait l'économie générale de la situation. On a vu que cette propriété n'était pas pleine et entière, mais qu'elle dépendait pour son exécution du comportement du déposant. Est-il normal d'admettre ce droit de propriété entravé dans l'accomplissement du contrat bancaire, mais pas en cas de faillite de la banque ?

Les pouvoirs publics ainsi que la profession bancaire n'ont pas été insensibles à cet aspect du problème, puisqu'ils ont multiplié les systèmes garantissant les droits des déposants en cas de difficultés des banques ¹. Ceux-ci sont de plusieurs ordres, allant de la garantie des dépôts bancaires à une sorte de procédure d'alerte, mise en œuvre par l'article 52 de la loi bancaire du 24 janvier 1984. Mais à côté de ces mécanismes organisés par l'État, on trouve une innovation de la profession bancaire, qui tend à apporter aux déposants une protection spécifique en cas de faillite de la banque ².

Cette innovation se présente sous la forme d'un mécanisme de solidarité des banques commerciales, qui entre en jeu après la faillite de la banque ³. Ce mécanisme, placé sous l'autorité de l'Association Française de Banques, permet d'indemniser les déposants en cas de faillite d'une banque non nationalisée, en faisant jouer la solidarité inter-bancaire. L'A.F.B. dispose à cet effet d'une sorte de droit de tirage sur les banques, qui lui permet de procéder à un appel de fonds en cas de besoin, et d'indemniser les déposants malheureux par ce moyen. La restitution des sommes est ainsi organisée, alors qu'il n'y aurait guère de raison qu'elle le soit si le contrat bancaire était un contrat de prêt. De la sorte, le système bancaire, dans l'hypothèse d'une faillite de banque, retrouve une cohérence monétaire que le fait de qualifier le déposant de créancier lui ôtait.

205. La qualification du contrat bancaire a longtemps retenu l'attention de la doctrine, ce que l'on peut déplorer au vu des maigres effets concrets d'une qualification affinée. C'est assez dire que l'essentiel n'était pas de choisir le dépôt plutôt que le prêt ⁴. Complexe, le contrat qui unit la banque à son client l'est certainement, au point que l'on n'hésiterait pas à le qualifier de contrat *sui generis*, c'est-à-dire à se dérober à toute qualification. Mais dès lors que l'on tient la monnaie scripturale pour une monnaie au sens propre, il faut montrer que le compte en banque est un support monétaire, et donc *a contrario* que la gestion par un banquier n'a pas de conséquences quant au support. On a déjà vu que les unités de paiement stockées sur ce compte pouvaient être movimentées par le titulaire, au moyen d'instruments appropriés. Encore convenait-il d'apprécier la part que l'intermédiation bancaire prenait à ce phénomène monétaire. Qualifié de prêt, le contrat bancaire suggérerait une utilisation limitée des fonds par le titulaire du compte ; vu comme un dépôt irrégulier, le titulaire retrouve tous ses droits

¹ M. VASSEUR, « Assurance et garantie des dépôts bancaires en France », *Mélanges Flattet*, p. 169.

² La faillite des banques est parfois perçue comme une simple hypothèse d'école. C'est une idée qu'il faut remettre en cause, dans la mesure où les dix dernières années ont connu neuf faillites (chiffre donné par M. Vasseur, *eod. loc.*, p. 179). Il est certain que l'existence de groupes bancaires importants rend moins vraisemblable la perspective de la faillite d'un des membres, qui est soutenu par le groupe en cas de difficultés. Mais ces groupes ne préviennent pas totalement le risque de faillite.

³ M. VASSEUR, *eod. loc.*, p. 178.

⁴ Ce défaut d'intérêt se retrouve *a contrario* dans l'ouvrage de M. Grua (*Les contrats bancaires*, t. I, Economica, 1990), qui n'a pas jugé bon d'évoquer cette question.

sur les unités de paiement, et le statut monétaire du compte en banque s'affirme de plus fort.

§ 2. LES CONSÉQUENCES DU RÔLE DU BANQUIER

206. La monnaie fiduciaire permettait un rapport direct entre les espèces et celui qui les utilisait¹. Avec la monnaie scripturale, cette transparence se brouille. Dans les rapports entre l'*accipiens* et le *solvens* s'interposent plusieurs acteurs. Le chèque présente un schéma relativement simple, puisque n'interviennent au paiement que les deux banques des parties. La carte de paiement rend le rapport plus élaboré, puisqu'à ces deux banques s'ajoute l'organisme de crédit, ce qui fait au total trois intervenants. Cette interposition rend possibles les paiements scripturaux tout en compliquant leur économie ; mais elle a également des effets pervers. L'existence de ces intermédiaires débouche parfois sur des fraudes plus faciles qu'en matière de monnaie fiduciaire ainsi que sur certains détournements.

Dans le domaine fiduciaire, le support monétaire est constitué de pièces et de billets, l'instrument principal étant la tradition manuelle. Aussi bien la fausse monnaie y consiste-t-elle en contrefaçon du support : en faux billets. La situation est plus complexe en matière scripturale, puisque les dysfonctionnements peuvent apparaître aussi bien dans les supports que dans les instruments. Les altérations qui apparaissent à ces différents niveaux portent des noms différents. La banque est normalement responsable de la gestion du support qu'est le compte en banque. Mais son interposition entre *solvens* et *accipiens* peut donner lieu à des abus : un certain type d'utilisation frauduleuse de la monnaie peut être mis en œuvre du seul fait de la présence du banquier, de la garantie qu'elle suppose. À côté de ces abus qui peuvent affecter les supports scripturaux, il faut faire leur place aux altérations de l'instrument qui consistent peu ou prou en contrefaçons de monnaie scripturale. Les contrefaçons de support sont rares, sinon impossibles : il y faudrait la complicité de la banque, ou une incompétence manifeste, ce qui entraînerait de toutes façons sa responsabilité. C'est donc sur un terrain tout différent que se porte la fraude, celui des instruments monétaires. On sait qu'ils sont variés en la matière ; mais deux d'entre eux donnent aux fraudeurs des possibilités très étendues : le chèque et la carte de paiement. Au regard de la fraude, la monnaie scripturale se différencie de la fiduciaire en ce que la contrefaçon y porte sur les instruments et non sur les supports. Ce qui ne la rend pas moins efficace.

207. L'interposition du banquier entre le *solvens* et l'*accipiens* crée, dans certaines conditions, une "apparence" qui a des effets sur la monnaie. En raison de l'entremise du banquier, les titulaires de compte peuvent parfois faire des paiements qui seront honorés, quoiqu'ils ne disposent pas d'une provision nécessaire et préalable. La place qu'occupe la banque donne lieu à des utilisations

¹ Dans la préface à la thèse de M^{me} Catala (*La nature juridique du paiement*, précitée), M. Carbonnier considérait qu'aujourd'hui, « le papier-monnaie vient insérer la société en tiers dans tous les paiements » (p. 10). Il va de soi que ce n'est pas dans ce sens un peu imagé que nous entendons ici l'interposition.

de monnaie dont ne dispose pas le *solvens*, ce qui serait impossible avec des supports fiduciaires ¹.

La première des situations en cause est celle où, à la suite d'un incident de paiement non régularisé à temps, ou faisant trop vite suite à un autre, la banque est censée retirer toutes les formules de chèque d'un titulaire, mais ne le fait pas ou bien accepte de donner un carnet de chèques à une personne sur qui pèse une interdiction bancaire. L'*interdit* continue ainsi de tirer des chèques sur son compte, alors qu'une provision disponible et suffisante ne s'y trouve pas. Dans ce cas, le banquier est, aux termes de la loi du 3 janvier 1975, contraint de couvrir les engagements du tireur, jusqu'à concurrence de dix mille francs ². L'innovation légale n'est en fait qu'une application des principes de la responsabilité civile, puisque c'est la faute du banquier négligeant dans son obligation de résultat qui est sanctionnée. Mais cette innovation modifie le jeu des paiements, qui veut que l'on ne dispose que de ce dont on est propriétaire. Exceptionnellement, les chèques que fera un interdit bancaire seront payés, ce qui n'augmente pas la masse monétaire en circulation, mais crée une sorte d'obligation de garantie qui ne résulte que de l'apparence de solvabilité que constitue la détention d'un chéquier.

La loi de 1975 a encore consacré cette situation d'apparence en considérant que l'interposition du banquier aurait un effet sur le sort des petits chèques. Ainsi les chèques d'un montant inférieur à cent francs sont-ils payés par la banque indépendamment de toute provision du titulaire, s'ils sont présentés à l'encaissement dans le délai d'un mois après leur émission ³. La raison en est que la loi de 1975 considère que le fait de donner des formules de chèque au titulaire d'un compte incorpore une ouverture de crédit irrévocable. Et celle-ci est limitée par la loi à cent francs par chèque ; ce qui signifie implicitement que la garantie donnée par la banque peut aller au-delà de cent francs, en fonction du nombre de chèques émis ⁴.

La présence de la banque dans la relation entre débiteur et créancier entraîne donc certaines garanties. Celles-ci ne modifient pas la masse d'argent en circulation, puisque les unités qui ne sont pas versées par le tireur le sont par la banque ⁵ ; mais le tiré se voit mettre à disposition des droits qui ne lui reviennent pas légitimement. C'est en cela que la monnaie scripturale a bouleversé la situation du détenteur d'argent : sa prérogative essentielle, qui était de bénéficier du droit contenu dans les unités de paiement, se trouve à la disposition d'autres personnes.

¹ Dans une acception élémentaire, on pourrait dire qu'il en va ainsi chaque fois que la banque autorise le *solvens* à être en découvert. Mais cette situation s'analysant en une ouverture de crédit, le *solvens* est propriétaire des fonds qu'il utilise.

² J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, n° 280, p. 385.

³ *Ibid.*, n° 278, p. 379.

⁴ À quoi il faut ajouter que pour éviter un recours trop systématique à ces petits chèques, l'art. 37 du décret de 1975 a prévu une incrimination dans le fait de fractionner les montants à payer en sommes inférieures à cent francs, qui emportent garantie de la banque.

⁵ En ce sens, la mise à disposition d'un chéquier n'emporte pas un « menu droit privé de battre monnaie » : *Contra*, J. CARBONNIER, *Les obligations*, précité, n° 333, p. 585 ; « *Nomos, Numisma*, variations sur le droit monétaire », précité, p. 1278 ; l'éminent auteur est toutefois partiellement revenu sur ce point, mais uniquement parce que l'obligation du banquier cesse un mois après l'émission du chèque (J. CARBONNIER, *Les biens*, précité, n° 32, p. 57).

208. Les deux types majeurs de fraude qui affectent les chèques et les cartes sont aujourd'hui bien connus, et consistent dans la reproduction d'instruments. En matière de chèque, l'imitation peut consister en l'impression de formules, tirées sur des banques existantes ou non, au nom de détenteurs supposés ou non. Même chose avec la carte de paiement, pour laquelle les fraudes atteignent aujourd'hui des niveaux devenus alarmants en France ¹. L'imitation consiste soit en reproduction de cartes de paiement à partir de cartes existantes dont les noms et les numéros sont frauduleusement relevés, soit en création de cartes comportant noms et numéros fictifs ². À quoi s'ajoute que la sûreté constituée par les pistes magnétiques est devenue un peu illusoire, dans la mesure où existent des machines qui les décodent, et peuvent les reproduire sur des cartes imitées ³.

Qu'il s'agisse de chèques ou de cartes de paiement, le mécanisme de la fraude est le même : le faux instrument conduit l'*accipiens* à mettre en marche le processus du paiement, processus qui ira plus ou moins loin selon les types d'imitation. Dans l'hypothèse du faux chèque tiré sur une banque supposée, le commerçant ne pourra jamais encaisser son faux chèque. Si en revanche la banque mentionnée sur la formule existe, il faudra attendre que celle-ci se rende compte du fait que l'identification du titulaire est fictive pour que le processus s'interrompe. Enfin, si les formules reprennent des noms et des numéros de compte réels, il est probable que la banque payera le chèque, mais qu'il y aura protestation ultérieure du titulaire du compte. On retrouve les mêmes degrés avec les cartes de paiement. Si les mentions sont fausses, l'organisme de crédit refusera le paiement ; mais si elles sont exactes, il payera, puis la banque l'indemniserà. Il faudra sans doute les protestations véhémentes du propriétaire de la carte pour remettre en cause le paiement.

La contrefaçon de chèques a été relativement peu utilisée, sans doute parce qu'il s'agit d'un procédé assez lourd, exigeant des moyens d'impression importants. Il n'en est pas de même des cartes de paiement, qui sont devenues d'imitation plus qu'aisée. C'est ce que constatait un magistrat rendu méprisante par les risques nouveaux : « c'est là une différence fondamentale avec la contrefaçon de billets qui est la forme première du faux-monnayage, et qui avant de devenir un travail d'artisan, était à ses débuts un travail d'artiste ; la fausse monnaie issue de cette technologie nouvelle n'exige plus, comme jadis, une technique raffinée : l'électronique banalise la contrefaçon » ⁴.

209. Le régime de cette fausse monnaie est plus difficile à délimiter, dans la mesure où l'on ne peut plus vraiment savoir sur qui doit peser la perte. Si les

¹ La fraude en matière scripturale représentait en 1987 0,2 % du volume des transactions, contre 0,07 % dans des pays comme les États-Unis d'Amérique ou le Royaume-Uni. À quoi s'ajoute qu'en raison de l'interbancarité, qui rend les cartes utilisables à peu près partout, le volume des transactions par carte représente 50 % du volume des transactions scripturales totales, contre 10 % dans les pays comparables. La fraude française, si on cumule les deux pourcentages, porte donc sur un montant bien plus important qu'ailleurs, ce qui ne va pas sans créer de difficultés. Cf. R. BELLANGER, « La concurrence des cartes et des chèques », *Le Monde*, daté du 23 février 1988, p. 36.

² W. JEANDIDIER, « Les truquages et usages frauduleux de cartes magnétiques », *J.C.P.* 1986.I.3229.

³ B. DELAFAYE, « Les cartes de paiement : fraudes d'aujourd'hui, fraudes de demain, quelle protection ? », in *Les nouveaux moyens de paiement...*, précité, p. 189.

⁴ *Ibid.*, p. 190.

références du faux chèque ou de la fausse carte sont entièrement supposées, la question se règle aisément : le commerçant ne pourra présenter à personne sa demande de transfert d'unités de paiement, et c'est donc lui qui aura à subir une perte qui ne pourrait peser sur qui que ce soit d'autre. Pourrait-il reprocher à des banques ou à l'organisme de crédit d'avoir émis chèques ou cartes aisément reproductibles ? C'est peu probable. D'abord parce qu'à la différence des billets qui font l'objet d'un soin jaloux, la banque émet ses chèques en série, et ne peut donc en garantir l'infalsifiabilité¹. Et ce, d'autant plus que la formule de chèque est un objet consommable, dans lequel les banques refusent de trop investir. Au reste, la multiplicité des banques existantes rendrait impossible la connaissance par les commerçants de tous les types de chèques en circulation, même s'ils étaient rendus difficilement falsifiables par les banques². La situation de la carte de paiement est la même à cet égard³. On ne pourrait d'ailleurs pas adresser de reproches à l'organisme émetteur de chèques ou de cartes dans la mesure où ces instruments n'ont pas cours légal. À partir du moment où le commerçant peut refuser de recevoir un chèque ou un paiement par carte, c'est à lui d'apprécier les risques qu'il prend.

La situation est plus délicate lorsque le faux instrument reprend des mentions réelles, c'est-à-dire s'il est la contrefaçon d'un chéquier existant ou d'une vraie carte. Les instruments ainsi élaborés se référant à des codes réels, il n'est pas douteux que la banque du titulaire ou l'organisme de crédit indemniseront le commerçant payé. Ce ne sera donc qu'une fois le paiement effectué que le titulaire du compte pourra y objecter. Mais, dans cette situation, aucune des parties ne commet la moindre faute qui permette de mettre rationnellement la perte à sa charge. Le titulaire du compte d'abord ne peut rien se voir opposer. À l'extrême rigueur pourrait-il être considéré comme gardien des informations placées sur ses formules de chèque ou sur sa carte. Ce serait toutefois une obligation de garde impossible à exécuter, le titulaire du compte étant contraint d'abandonner les informations pendant un temps plus ou moins long. Ainsi, le commerçant qui reçoit le chèque peut le conserver huit jours, durée pendant laquelle il peut relever toutes les informations qu'il désire⁴. Les choses sont plus complexes pour les cartes de paiement, qui ne restent que peu de temps entre les mains du commerçant. Celui-ci en conserve toutefois une trace sur une "facturette" ou un carbone, écrits sur lesquels les informations essentielles sont consignées, et peuvent être aisément complétées.

La position de l'*accipiens* est cependant moins assurée que celle du titulaire du compte. Si le *solvens* a payé par chèque, on pourra reprocher au commerçant de ne pas avoir vérifié son identité. Sur les brisées de l'article 12-2 du décret-loi de 1935, modifié par la loi de 1972, les tribunaux considèrent en effet qu'il peut y avoir faute civile si le commerçant s'abstient de vérifier l'identité du *solvens*⁵. Cette jurisprudence n'est cependant pas transposable au paiement par carte, pour lequel l'identité du *solvens* n'est jamais vérifiée. Dans cette dernière situation, le commerçant ne commet donc pas de faute qui puisse justifier que la perte repose sur lui.

¹ Les banques se contentent de faire en sorte que le grattage, la surimpression ou le lavage des chèques soient impossibles, le papier se marquant à la moindre atteinte.

² Même ainsi, il resterait toujours au fraudeur la possibilité de tirer un chèque sur une banque n'existant pas.

³ La carte Visa est toutefois munie d'un hologramme très difficile à contrefaire.

⁴ Le commerçant peut du reste conserver le chèque plus longtemps ; mais il perd alors les recours cambiaires (M. JEANTIN, *op. cit.*, n° 87, p. 65).

⁵ C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, n° 216, p. 294.

La position de la banque ou de l'organisme de crédit doit enfin être envisagée, encore qu'on ne puisse pas mettre de faute à leur charge. En effet, si ces personnes règlent son dû à l'*accipiens*, elles ne font rien que de très normal, puisque les éléments en raison desquels elles décident de transférer les fonds ne peuvent pas leur paraître suspects. On notera tout de même qu'au moins en ce qui concerne les chèques, la banque est supposée en vérifier la signature. Celle-ci ne peut être conforme, puisque le chèque n'a pas été émis par le titulaire du compte. Ce qui fait qu'en payant l'*accipiens*, la banque fait sans doute une faute. Mais si elle avait vérifié la signature, la banque se serait abstenue de payer, ce qui n'aurait fait que déplacer la perte sur le commerçant, d'une façon peut-être un peu arbitraire. En revanche, concernant les cartes de paiement, il n'est prévu nulle part que la signature doive être vérifiée par les organismes payeurs, ce qui rend plus solide leur position.

210. L'interposition de personnes dans le rapport entre *solvens* et *accipiens* crée donc des possibilités de fraude nombreuses, dont la responsabilité, finalement, n'incombe à personne. Par conséquent, en l'absence de jurisprudence sur ces sujets qui permette d'en traiter de façon plus précise¹, on peut penser que la charge de la perte pécuniaire sera attribuée en fonction de considérations de pur fait, et non en droit.

À l'évidence, cet état de fait incertain met en péril le fonctionnement de la monnaie scripturale, ou plutôt des instruments dont nous avons aujourd'hui l'usage. C'est peut-être cette fraude sur une large échelle qui constitue aujourd'hui la meilleure chance de la carte à mémoire. Celle-ci est, selon les experts, une carte infalsifiable². Mais les banquiers la refusent encore, car l'exploitation de ce moyen nouveau les empêcherait de rentabiliser tous les investissements qu'ils ont entrepris pour rendre plus efficace l'utilisation à grande échelle de la carte de paiement à piste magnétique. On peut néanmoins se demander si, à une assez courte échéance, les fraudes ne décideront pas les banques et l'État à passer à un système fondé sur la carte à puce.

211. Le passage de la monnaie fiduciaire à la monnaie scripturale a de quoi surprendre, les habitudes de pensée que la première avait engendrées se trouvant déjouées par la seconde. Alors que la question de l'appropriation de la monnaie fiduciaire se résout assez facilement, au moins en ce qu'elle ne soulève guère de difficultés pour le régime de la monnaie, elle devient quasiment inextricable avec la monnaie scripturale. Le banquier intervenant en tiers dans toute relation de paiement, des altérations sont susceptibles d'apparaître aussi bien dans les supports que les instruments. L'écart qui sépare la monnaie scripturale de la monnaie fiduciaire ne devrait pas surprendre, et surtout ne pas conduire à la rejeter comme monnaie. Les mêmes disjonctions étaient apparues lorsque la monnaie métallique a laissé la place à la monnaie fiduciaire, les habitudes de pensée étant pareillement déjouées. Chaque altération du support monétaire doit être comprise comme une modification de l'économie générale des paiements, sans que la conception même de la monnaie soit bouleversée pour autant.

La monnaie scripturale est une monnaie, dans la même mesure où la monnaie fiduciaire l'est encore, où la monnaie métallique l'a été. Mais il importe par-

¹ La synthèse la plus complète se trouve dans les articles précités de MM. Jeandidier et Delafaye. V. aussi : R. TRINQUET, « État de la jurisprudence sur les cartes de paiement », in *Les nouveaux moyens de paiement...*, précité, p. 139, spéc. p. 148.

² J.-M. TEULIÈRE, « Les modes de protection liés à l'utilisation de la carte à mémoire », in *Les nouveaux moyens de paiement...*, précité, p. 185.

dessus tout de comprendre que l'inadéquation des caractéristiques de la monnaie fiduciaire à rendre compte de la monnaie scripturale ne saurait en rien disqualifier cette dernière en tant que monnaie. Chaque forme de monnaie de paiement est porteuse des traits fondamentaux du concept de monnaie, mais les met en œuvre d'une façon chaque fois différente.

DEUXIÈME PARTIE
APPROCHE DYNAMIQUE DE LA
MONNAIE

212. L'approche de la monnaie qui a été tentée dans la première partie de cette étude a consisté à l'étudier en elle-même, comme un objet. Ce serait trop dire pour autant qu'il s'agit d'une étude menée en droit des biens, tant il est vrai que diverses branches du droit ont été sollicitées pour décrire la monnaie. Mais on aimerait pouvoir employer une telle expression, qui justifierait que la monnaie soit saisie par un seul coup d'œil, que l'on en rende compte d'une façon globale.

Pour intéressante qu'elle soit, cette approche de la monnaie en tant que bien est néanmoins insuffisante, car incomplète. Ce qu'elle gagne à prendre la monnaie en soi comme objet d'étude, elle le perd en la coupant de son environnement, en l'extirpant du lacis des obligations où le fonctionnement monétaire est pris. Cette approche de la monnaie comme d'un bien est donc une approche statique, qui n'a aucun égard pour le jeu des obligations monétaires où la monnaie produit pourtant une part essentielle de son activité. C'est pourquoi il faut ajouter une approche dynamique à celle qui a été entreprise jusqu'ici, consistant à étudier la monnaie à l'intérieur des obligations¹. À cet égard, il conviendra de s'intéresser au fonctionnement de l'obligation monétaire (Titre II), et surtout d'y examiner les deux rôles majeurs de la monnaie : l'évaluation du *quantum* des obligations (Sous-titre I), et leur paiement (Sous-titre II). Mais avant de se livrer à l'étude du contenu de l'obligation monétaire, encore faut-il s'interroger sur sa définition (Titre I).

¹ Ce type d'analyse consiste parfois du reste, d'une certaine manière, à extirper la dette du droit des obligations pour la considérer comme un bien en soi : J. HENRIOT, « De l'obligation comme chose », *Arch. phil. dr.* 1979.235.

TITRE I DÉFINITION DE L'OBLIGATION MONÉTAIRE

213. Pour s'intéresser au jeu de la monnaie dans les obligations, il convient au préalable d'étudier l'obligation monétaire. Essentielle dans le cadre de la circulations des richesses au sein des sociétés, la monnaie intervient toujours par le biais d'obligations monétaires : quelle qu'en soit la source, contrat ou fait juridique, la monnaie est d'abord due et ensuite transférée, ce qui assure sa circulation efficace. L'obligation monétaire est le point de passage obligé pour comprendre la façon dont la monnaie fonctionne dans les relations pécuniaires. Elle n'est pas pour autant bien connue, et son examen détaillé s'impose comme un préalable nécessaire à celui de la monnaie en situation.

Ce détour peut surprendre en raison de l'apparente évidence de l'objet de l'étude. L'obligation monétaire est à première vue l'obligation qui s'exprime en monnaie, et se paie en monnaie. Ayant analysé la monnaie, il semble que l'on puisse décrire l'obligation sans peine, qui ne serait que la mise en jeu de cette monnaie dans les relations inter-individuelles ¹. Autant il pouvait sembler

¹ C'est d'ailleurs la démarche de M^{me} Bruneau, qui n'étudie pas en soi la structure de l'obligation monétaire, mais consacre ses développements préliminaires à la

nécessaire de se poser la question de la nature de la monnaie, autant il paraît vain de s'intéresser à une obligation qui ne semble être caractérisée que par la présence de cette monnaie. Mais la connaissance de la monnaie ne présuppose pas que l'on sache ce qu'est une obligation monétaire.

214. Il ressort des travaux de doctrine qu'une obligation doit être dite monétaire lorsqu'elle met en jeu des sommes d'argent, et qu'on la qualifie d'obligation en nature lorsqu'elle exclut toute monnaie¹. La présence de monnaie apparaît ainsi comme le critère répartiteur des obligations, qui peuvent toutes être distinguées en obligations pécuniaires et obligations en nature selon que l'on y trouve trace de monnaie ou non². Mais les qualifications sont bien moins stables qu'on ne peut le penser, et bien des obligations font intervenir la monnaie qui ne sont pas pour autant des obligations monétaires, ou dont le classement est à tout le moins difficile³. La notion d'obligation monétaire soulève plusieurs difficultés, qui renvoient à l'imprécision du critère adopté pour la caractériser. Pour peu que l'on s'interroge sérieusement sur ses caractéristiques, on se trouve dans l'incapacité de dire plus que : l'obligation monétaire est libellée en monnaie, et se paie en monnaie⁴. Dans toutes les situations un peu confuses où l'on aimerait préciser le contenu de l'obligation monétaire pour en déduire un régime, le critère adopté se révèle insuffisant à force d'être vague. L'analyse de l'obligation monétaire doit donc être affinée.

215. La première question à envisager a trait au mode d'intervention de la monnaie dans l'obligation. L'obligation monétaire, dit-on, est celle qui fait intervenir la monnaie ; mais cette intervention a-t-elle lieu dans l'objet de l'obligation, forcément libellé en monnaie, ou peut-elle ne se produire qu'au dernier moment, lors du paiement ? Autrement présentée, l'interrogation se ramène à savoir si une obligation monétaire est une obligation qui se compte en monnaie, ou plus largement une obligation qui se paie en monnaie. Il est certain qu'une obligation libellée en unités monétaires se paie en monnaie, puisqu'alors seule une dation en paiement permettrait un paiement non monétaire. En revanche, il existe des obligations dont le compte n'est pas fixé par un nombre d'unités monétaires, qui se paient tout de même en monnaie : les dettes de valeur. Pour que la présence de monnaie joue le rôle escompté de critère répartiteur entre les obligations monétaires et en nature, il importe de savoir à quel stade la monnaie doit intervenir dans le fonctionnement du critère⁵.

nature de la monnaie, avant de passer à la différenciation des obligations monétaires et en nature : C. BRUNEAU, *La distinction entre les obligations monétaires et en nature*, th. précitée.

¹ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *Obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, précité, n° 46 et s., p. 32 ; G. FARJAT, *Droit privé de l'économie*, précité, pp. 40 et 41.

² *Supra* n° 154 et s.

³ Cf : C. BRUNEAU, *op. cit.*, dont le travail tout entier est consacré aux indécisions de la distinction entre les deux types d'obligations.

⁴ C. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, *Les obligations - Le contrat*, Economica, 2° éd., 1990, n° 63, p. 60.

⁵ Mann est le seul auteur à avoir essayé de répondre à cette question. Mais la réponse qu'il a apportée, pour convaincante qu'elle soit en elle-même, est fournie pour des raisons qu'on ne retiendra pas. La *summa divisio* opérée par Mann distingue selon que les obligations sont directement exprimées en monnaie ou liquidées au moment du paiement ; elle est donc déterminée par le fait que cet auteur considère les obligations monétaires comme celles qui s'exécutent en monnaie, peu important la composition

Et même lorsque la monnaie compose le *quantum* de l'obligation, on peut se demander s'il faut entendre unités de valeur ou unités de paiement sous le terme faussement clair de "monnaie". Sans doute pensera-t-on d'emblée que ce sont les unités de valeur qui mesurent l'objet de l'obligation, les unités de paiement n'étant mises en jeu que lors de l'exécution. Mais outre que cette réponse suppose résolue la première interrogation, elle se prononce à tort sur l'objet de l'obligation, qui est composé dans certains cas, rares il est vrai, d'unités de paiement. Il y a dans le cas le plus général des obligations libellées en unités de valeur, et moins souvent des dettes composées d'unités de paiement : on doit donc se demander si toutes deux doivent entrer dans la catégorie des obligations monétaires.

216. Ni la doctrine ni le contenu des décisions des tribunaux n'apportent de réponses satisfaisantes à ces questions. Considérant l'obligation de somme d'argent comme quelque chose d'évident, ils négligent d'en faire un objet de doute, de la questionner afin de mieux la connaître¹. Un peu comme si elle était une réalité immédiatement perceptible, l'obligation monétaire est d'emblée incontestée dans son analyse comme dans son régime. Elle mérite pourtant une étude détaillée.

L'obligation pécuniaire est traitée comme une catégorie unitaire, à laquelle un seul régime peut s'appliquer sous le nom de principe du nominalisme. Les obligations monétaires sont définies comme étant celles dont le compte et le paiement se font en monnaie : c'est ce qui fonde l'unité théorique de la notion. Ensuite vient l'unité du régime : l'extinction de l'obligation s'obtient lorsque le nombre d'unités de paiement versé est le même que celui qui était prévu dans l'objet. Mais cette vision figée et sereine ne correspond pas à la réalité.

Contrairement aux perceptions initiales, la notion d'obligation monétaire n'est pas univoque. La présence de monnaie délimite sans doute un certain type d'obligations, mais à l'intérieur de ce type, différentes composantes apparaissent, qui ne reflètent aucune unité. Le premier travail à faire consiste donc à interroger la notion d'obligation monétaire, à la disloquer entre ses différentes composantes pour mettre son objet en évidence (Chapitre I). Mais une fois la notion ainsi dispersée entre plusieurs situations, il conviendra d'étudier le régime qui peut convenir à un ensemble aussi disparate, si tant est qu'il y en ait un. Le principe du nominalisme, considéré comme d'application évidente et nécessaire lorsque les obligations monétaires sont conçues de façon unifiées, ne saurait résister à la dispersion de la notion. Il faudra donc réfléchir au contenu et à la portée du principe du nominalisme, et voir comment on peut le retailer et le refonder autour d'obligations monétaires diversifiées (Chapitre II).

de leur *quantum* (F.-A. MANN, *op. cit.*, chap III, p. 63 et s.). Il y a ainsi quelque chose de peu satisfaisant dans la classification de l'éminent auteur, qui n'admet à titre de dettes non liquidées que les dettes de réparation (chap. V, p. 115 et s.). Ce faisant, Mann ne traite pas des obligations qui s'exécutent en monnaie, mais dont l'objet est une valeur matérielle, et non une valeur sociale comme en matière de responsabilité. Les dettes de valeur hors la réparation sont ainsi traitées comme des dettes dont le montant est fixé mais varie artificiellement, à la manière d'une indexation. Il y a là une distinction entre des situations du même ordre qui ne convaincent pas.

¹ La seule question habituellement suscitée par la monnaie a trait au nominalisme. En ce sens, A. BÉNABENT, *Droit civil - Les obligations*, Montchrestien, 1987, n° 119 et s., p. 58.

CHAPITRE I OBJET DE L'OBLIGATION MONÉTAIRE

217. L'obligation monétaire est parfois considérée comme fondatrice d'une distinction des obligations selon leur objet. Cette classification est construite autour de la présence de monnaie à l'intérieur de l'obligation : si l'obligation met en œuvre une monnaie, elle est considérée comme monétaire ; si ce n'est pas le cas, elle est considérée comme une obligation en nature. Mais l'inconvénient de cette classification est que son fondement et son critère sont indécis. C'est d'ailleurs à raison de ces imprécisions que l'on est contraint à repenser les termes de la classification (Section I), puis à réinsérer l'obligation monétaire à l'intérieur d'une classification renouvelée (Section II).

Section I CLASSIFICATION DES OBLIGATIONS SELON LEUR OBJET

218. L'objet est un critère couramment utilisé pour construire une classification des obligations. C'est ainsi que la doctrine a pu hésiter entre la nature de l'objet : faire, ne pas faire ou donner ; le type de prestations qu'il suppose : obligations de moyens ou de résultat ; ou aujourd'hui sa matérialité : obligations en nature ou monétaire. Mais cette classification dernière venue, point encore tout à fait reconnue, n'est pas exempte d'incertitudes. On devra donc, après avoir montré pourquoi elle n'est pas recevable en l'état (§ 1), la reconstruire autour de conceptions monétaires affinées (§ 2).

§ 1. DISTINCTION DES OBLIGATIONS MONÉTAIRES ET EN NATURE

219. Les juristes ont toujours connu l'obligation monétaire, qui est sans doute aussi ancienne que la monnaie. Mais son statut a changé avec le temps pour conquérir une autonomie croissante. Alors que la doctrine considérait autrefois l'obligation monétaire comme une modalité des obligations de donner ¹, cette dernière a progressivement acquis son indépendance en s'imposant comme une obligation spécifique et irréductible à toute autre ², avant de devenir pour certains auteurs le pivot d'une classification renouvelée des obligations ³. Il revient ainsi à la doctrine du xx^e siècle d'avoir élaboré la catégorie des obligations monétaires comme ensemble spécifique, et de l'avoir opposée aux obligations en nature dans le cadre d'une classification pouvant prendre le relais de celle qu'avait forgée le Code civil.

Les articles 1101 et 1126 divisent l'ensemble des obligations en trois types : celles de donner, faire ou enfin ne pas faire. Mais cette tripartition fondée sur l'objet de l'obligation a été parfois critiquée en raison de son manque de rigueur ⁴. Il est apparu que les obligations de faire et ne pas faire n'étaient que l'avvers et le revers d'une même pièce. Un acte et une abstention s'opposent sans doute par leur résultat ; mais dans leur structure, ils s'apparentent l'un à l'autre. D'où la formule du doyen Carbonnier : « ne pas faire, c'est encore faire », même si c'est de façon négative. Par ailleurs, il n'est pas certain que l'obligation de donner se distingue très bien de l'obligation de faire ⁵ : transférer la propriété revient à "faire" quelque chose, au sens de l'obligation de faire. Même si l'on désire marquer la spécificité de ce transfert en l'élevant en catégorie à part, il n'en reste pas moins que conceptuellement, l'obligation de donner fait partie intégrante des obligations de faire, dont elle ne pourrait tout au plus qu'être considérée comme une modalité particulière ⁶. La classification du Code civil pouvant ainsi se ramener à l'idée de prestation ⁷, elle n'est pas aussi opératoire qu'elle peut d'abord le paraître.

¹ Conception qui est encore celle de M. Larroumet, *op. cit.*, p. 59 et s. La conception est sans doute celle de MM. Mazeaud, mais ce n'est nulle part dit explicitement : H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Obligations : théorie générale*, par F. CHABAS, Montchrestien, 7^e éd., 1985 ; implicitement encore : J. CARBONNIER, *Les obligations*, précité, n° 9, p. 27. C'est en revanche patent chez M^{me} Catala : *La nature juridique du paiement*, précité, n° 63 et s., p. 123.

² A. BÉNABENT, *Les obligations*, précité, n° 119 et s., p. 58 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Les obligations*, t. 2, *Le régime*, précité, n° 9 et s., p. 8.

³ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 9, p. 26 ; G. FARJAT, *Droit privé de l'économie*, précité, p. 40 ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n° 46 et s., p. 32.

⁴ J. CARBONNIER, *ibid.*

⁵ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, t. 2, *Contrat*, Litec, 3^e éd., 1989, n° 954 et s. *Contra* : N. CATALA, *op. cit.*, n° 50, p. 106.

⁶ Sur les spécificités et les difficultés conceptuelles que soulève l'obligation de donner, v. P. BLOCH, « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *Rev. trim. dr. civ.* 1988.673.

⁷ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 9, p. 26.

Les embarras de cette classification des obligations, ainsi que son caractère peu effectif, ont conduit la doctrine à essayer d'en élaborer d'autres qui refléteraient mieux les nécessités contemporaines du droit des obligations ¹.

220. M. Carbonnier est le premier auteur à avoir essayé d'ériger la présence de monnaie en véritable système de classification ². Son analyse s'appuie avant tout sur le régime des obligations de somme d'argent : la monnaie fluctuant en permanence, faire le départ entre les obligations pécuniaires et les obligations en nature permet d'opposer les unes aux autres celles qui sont sensibles à l'exécution échelonnée dans le temps, et celles qui y sont indifférentes ³. L'obligation en nature se caractérise ainsi par sa fixité, sa stabilité, pour ainsi dire sa certitude, et se distingue des obligations pécuniaires dont l'objet est sensible aux aléas de la conjoncture. Cela ne signifie pas que le *quantum* de l'obligation monétaire se modifie dans le temps, tandis que celui de l'obligation en nature demeure inchangé : l'un et l'autre restent constants en dépit du passage du temps. Mais le pouvoir d'achat incorporé par la somme due est sensible aux évolutions économiques, au contraire de l'emploi du bien escompté qui en est à l'abri ⁴. Le bois attendu par un artisan pour des travaux de menuiserie est indifférent à l'évolution du cours du bois : c'est son emploi qui est en cause, non sa valeur vénale. Il se peut bien qu'*in fine*, les altérations du cours du produit aient certaines conséquences ; mais elles échappent au cadre strict de l'obligation de délivrer du bois. En revanche, la dépréciation de la monnaie touche directement le créancier de l'obligation, qui ne pourra faire tout ce qu'il escomptait avec la somme reçue.

221. Fondée sur cette sensibilité particulière au temps qui passe, la distinction entre les deux obligations a été reprise par de nombreux auteurs, qui n'ont toutefois pas tous désiré en faire une *summa divisio* du droit des obligations, au contraire du doyen Carbonnier ⁵. Certains d'entre eux, acceptant le dispositif général, se sont montrés peu satisfaits de l'étroitesse de l'alternative proposée et ont estimé qu'il fallait faire sa place à un type d'obligations intermédiaire entre les obligations en nature et les obligations de somme d'argent ⁶ : il existe des obligations dont l'objet semble être un bien matériel, quoique l'exécution doive

¹ La classification des obligations fondée sur l'objet est fonction d'époques et de besoins. Après la guerre, la classification qui avait les faveurs de la doctrine était celle qui distinguait les obligations de moyens et de résultat (H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 21, p. 14). Sans être abandonnée aujourd'hui, elle est circonscrite à un usage particulier en matière de responsabilité, et ne sert pas de *summa divisio* de l'ensemble des obligations. Cf : G. VINEY, *Traité de droit civil*, t. IV, *La responsabilité : conditions*, L.G.D.J., 1982, n° 522 et s., p. 629.

² J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 9, p. 27.

³ Dans le même sens, A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 119, p. 59.

⁴ Sauf dans l'hypothèse où le bien serait acquis pour des raisons spéculatives ; mais on n'est plus alors très loin de l'économie monétaire.

⁵ Par ex. : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 961, p. 338 ; P. MALAURIE, *Cours de droit civil*, 1973-1974, p. 23. *Contra* : G. FARJAT, *op. cit.*, p. 40, et surtout C. BRUNEAU, *op. cit.*, dont tout le travail consiste à tenter de rendre opératoire la distinction des deux types d'obligation ; mais cette thèse est par là même la critique la plus dure adressée à la construction de M. Carbonnier, puisque l'auteur montre les imperfections du critère, la difficulté de déboucher sur une classification simple et efficace.

⁶ J. FLOUR et J.-L. AUBERT, *op. cit.*, n° 48, p. 33.

être faite par versement d'une certaine somme d'argent correspondant à la valeur de ce bien. Cette tierce catégorie emprunte son objet aux obligations en nature, mais son mode d'exécution aux obligations de somme d'argent. Le rapport des libéralités en matière successorale en est un bon exemple. Le donataire qui a reçu du vivant du *de cuius* un immeuble ne doit en rapporter que la valeur à sa succession ; on peut donc estimer que c'est cet immeuble qui est pris comme objet de la dette, mais cette obligation s'exécute en argent puisque le donataire doit fictivement reverser une certaine somme au patrimoine du *de cuius*, et non restituer l'immeuble lui-même. Ce troisième type d'obligations s'apparente ainsi aux obligations en nature par son objet matériel, et aux obligations pécuniaires par sa prestation monétaire. Certains auteurs ont ainsi substitué une classification tripartite à l'alternative proposée par M. Carbonnier, en ajoutant aux deux obligations en nature et monétaires la catégorie des dettes de valeur ¹.

La classification tripartite élaborée est sensible au degré d'immixtion de la monnaie dans le déroulement de l'obligation. À une extrémité, les obligations en nature se signalent par une absence totale de monnaie ; les dettes de valeur occupent une situation intermédiaire : elles n'incorporent pas de monnaie dans leur l'objet, mais sont exécutées par un versement monétaire ; enfin l'obligation pécuniaire, *stricto sensu*, réalise la pleine vocation de la monnaie, puisque l'objet et le paiement y sont monétaires ².

222. Reste que l'entrée de la dette de valeur à l'intérieur du système de M. Carbonnier affine bien moins la classification qu'elle ne la brouille. Séduisante pour l'esprit, cette tripartition ne convainc pas, qui est fondée sur une double erreur de qualification et d'analyse.

L'idée d'intercaler la dette de valeur entre l'obligation en nature et l'obligation monétaire est d'abord discutable : l'objet de cette dette est différent de celui de l'obligation en nature en dépit d'une analogie de surface. On peut de prime abord croire que l'objet du rapport d'une libéralité est cela même qui a été donné ; mais cette perception est erronée puisque le rapport n'est pas une action révocatoire : c'est la contre-valeur du bien donné qui est rapportée, et non le bien lui-même. Or le versement de monnaie ne peut être extinctif que parce que c'est de la monnaie qui est due. Aussi bien l'objet d'une dette de valeur n'est-il pas un certain bien en nature, mais la valeur vénale de ce bien ³. Comme son nom l'indique, l'objet de la dette de valeur est une valeur ; l'indication d'un bien matériel n'en fait pas l'objet de la dette, mais le support de la valeur due.

C'est donc par un illusoire effet de symétrie que la dette de valeur s'insère entre l'obligation en nature et l'obligation monétaire. Par sa structure, la dette se rapproche plutôt de l'obligation monétaire : comme elle, elle se paie en monnaie et son objet porte la trace d'une évaluation ⁴. En toute rigueur, il ne saurait donc y avoir de classification tripartite des obligations, mais bien deux catégories dont

¹ Sur la dette de valeur, v. notamment : P. RAYNAUD, « Les dettes de valeur en droit français », *Mélanges Brèthe de la Gressaye*, p. 611, spéc. p. 612 ; G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, *La notion de dette de valeur en droit civil*, Bibl. dr. priv. CXXXVIII, préf. P. Raynaud, L.G.D.J., 1975, p. 41 ; P. MALAURIE, *op. cit.*, n° 120 et s. ; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *op. cit.*, n° 10 et s., p. 8.

² Cf. G.-L. PIERRE-FRANÇOIS : « Hybride de sa nature, la dette de valeur présente cette originalité d'être tout à la fois par son objet une obligation en nature, de faire, mais qui s'exécute comme une obligation de somme d'argent » (*op. cit.*, n° 55, p. 41).

³ P. MALAURIE, *op. cit.*, p. 121 ; G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 1, p. 2.

⁴ C'est à ce rapprochement que procèdent MM. Raynaud et Jestaz (*op. cit.*, p. 8 et s.) ; v. aussi : C. LARROUMET, *op. cit.*, n° 64, p. 61.

l'une, celle des obligations monétaires, se révèle d'une complexité inattendue et appelle l'analyse.

223. La tripartition suggérée est encore critiquable en ce qu'elle ne respecte pas les critères qui ont présidé à la *summa divisio* de M. Carbonnier. Celle-ci s'adosse à une sorte de régime juridique commun, puisqu'elle est construite sur la constatation que certaines obligations sont insensibles aux fluctuations monétaires, à la différence d'autres¹. Un traitement séparé s'impose dès lors en raison de besoins spécifiques de réglementation. S'emparant de ce système, certains auteurs ont ajouté une tierce catégorie pour des raisons qui tiennent à la structure des obligations et non à leur régime. Ce faisant, l'équilibre établi par M. Carbonnier est rompu car on substitue des considérations de structure à la prise en compte du régime : rien ne prouve en effet que la dette de valeur ait un régime différent de celui des obligations en nature ou de somme d'argent. Bien au contraire, le régime de la dette de valeur se rapproche de celui de la dette de somme d'argent, puisque le paiement monétaire emporte un certain nombre de caractéristiques spécifiques² ; en sens contraire, ce régime s'apparente à celui de l'obligation en nature si on lui applique le critère utilisé par M. Carbonnier : la dette de valeur a été instituée pour éviter les répercussions des aléas monétaires sur le *quantum* de l'obligation³. Proche de l'une et l'autre obligation, la spécificité de la dette de valeur tient donc à sa structure, nullement à son régime.

La classification tripartite des obligations n'est satisfaisante à aucun titre : la structure des catégories isolées n'est pas spécifique puisque la dette de valeur apparaît à certains égards comme une modalité de la dette de somme d'argent ; le régime de la dette de valeur est si peu déterminé qu'au gré des critères adoptés, on peut la rattacher aux obligations monétaires ou aux obligations en nature. La bipartition proposée par le doyen Carbonnier paraît ainsi mieux apte à rendre compte de la diversité des obligations.

224. Toutefois, le classement de la dette de valeur peut aussi servir de pierre de touche à la classification opérée par le doyen Carbonnier. Si l'on récuse l'existence de situations intermédiaires dégagées par M^{me} Bruneau pour exiger que les obligations entrent toutes dans l'une ou l'autre catégorie⁴, on ne sait s'il faut répartir la dette de valeur parmi les obligations monétaires ou en nature. La présence de monnaie au stade du paiement incite à considérer la dette comme une obligation monétaire, tandis que son insensibilité aux variations monétaires pousse à la classer parmi les obligations en nature. Ainsi, selon que l'on utilise le critère structurel de la présence de monnaie, ou le critère, lié au régime, de la sensibilité aux variations monétaires, le rattachement de la dette de valeur est différent. C'est d'ailleurs d'autant plus surprenant que ces deux critères sont présentés par le doyen Carbonnier comme superposables : présence de monnaie et sensibilité aux variations monétaires ne seraient qu'une seule et même chose⁵. La dette de valeur faisant éclater ce bel ordonnancement, il convient de

¹ Opinion également formulée par M. Bénabent : « la particularité de ces obligations qui portent sur la monnaie trouve son originalité dans le phénomène d'instabilité monétaire : si l'on connaît la valeur actuelle d'une monnaie, il est difficile de prévoir le "poids" (c'est-à-dire le pouvoir d'achat) qu'elle représentera quelques mois ou quelques années plus tard » (*op. cit.*, n° 119, p. 59).

² C. BRUNEAU, *op. cit.*, p. 12 ; de façon un peu confuse : G. SOUSI, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », précité.

³ C'est ce qu'avaient déjà vu MM. Flour et Aubert, *op. cit.*, n° 48, p. 34.

⁴ C. BRUNEAU, *op. cit.*, p. 115 et s.

⁵ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 9 et s.

reconstruire la classification des obligations monétaires et en nature en fonction de critères plus rigoureux.

§ 2. RECONSTITUTION DE LA CLASSIFICATION DES OBLIGATIONS

225. Une obligation peut se définir comme un engagement assumé par une personne, aux termes duquel elle "fera" quelque chose, ce terme étant entendu largement¹. On peut glisser ici assez vite sur les difficultés qui ressortissent au fait que cet engagement peut avoir été librement consenti, ou bien avoir été imposé par un juge en raison d'un délit ou d'un quasi-délit². On peut encore raisonner sans distinguer si l'engagement en question impose au débiteur une obligation de faire, ne pas faire ou donner. Ce qui nous retiendra plus longtemps ici, c'est ce que l'on nomme l'objet de l'obligation.

Cette notion mérite que l'on s'y arrête : apparaissant comme évidente, elle n'a jamais été minutieusement traitée alors qu'elle l'aurait mérité³. L'objet de l'obligation paraît simple au premier abord : c'est la prestation qui est visée par l'engagement, celle que le débiteur doit effectuer⁴. L'objet de l'obligation de construire un mur, mise à la charge d'un conducteur maladroit qui a endommagé le mur d'un voisin, est la reconstruction du mur. Le conducteur doit construire ou faire reconstruire le mur. C'est la prestation qui est attendue de lui. Il y a donc coïncidence parfaite entre l'objet de l'obligation, et la prestation qui l'exécute : l'objet de l'obligation renvoie à la prestation qui sera exécutée, et celle-là à l'objet de l'obligation.

Plus complexe serait l'exemple du vendeur de grain. L'objet de son obligation est clair : c'est le transfert de la propriété des céréales. L'objet de la prestation est également identifiable : les grains. Mais une étape manque pour passer de l'un à l'autre : la quantité de grains qui doit être livrée. De l'objet de l'obligation, on ne peut passer à la prestation faute que la mesure de la dette ait été déterminée. De la sorte, dans certains cas, lorsqu'une mesure est inutile, il y a parfaite superposition entre l'objet de l'obligation et la prestation ; mais dans des situations plus spécifiques, ce va-et-vient entre l'un et l'autre n'est pas aisé. La question de la mesure de l'obligation s'introduit pour désajuster l'objet de l'obligation et la prestation. C'est avec l'obligation de somme d'argent que le bouleversement ainsi opéré est le plus flagrant.

¹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 2, p. 15.

² La classification des obligations par la source est une des plus traditionnelles, pour des raisons en grande partie pédagogiques. Elle est ici négligée au profit d'une classification par l'objet.

³ V. toutefois : H. MAYER, *L'objet du contrat*, th. Bordeaux, 1968, multigr. ; M.-L. EBERHARD-GROSJEAN, « La détermination de l'objet dans les contrats », *Annales de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand*, t. XIII, 1976.439 ; J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, précité, p. 567 et s.

⁴ A. WEILL et F. TERRÉ, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 4^e éd., 1986, n° 224, p. 236 ; H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Obligations*, précité, n° 231, p. 229 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. 1, *Les sources*, Sirey, 2^e éd., 1988, n° 171, p. 171 ; J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 510 et 511, p. 567.

226. Lorsque l'on constate qu'une personne verse cent francs à une autre, l'on n'est pas en mesure de dire quel était l'objet de l'obligation qui a entraîné cette prestation. Du maçon, on pouvait affirmer qu'il s'était engagé à construire un mur ; mais du *solvens*, on ne saurait conjecturer quelle obligation il exécute. La tentation immédiate sera de suggérer qu'il devait cent francs à l'*accipiens*. D'où l'on déduira que l'obligation consistait en une dette de cent francs. Cette affirmation hâtive est inexacte : plutôt que d'une dette d'un montant de cent francs, le *solvens* a pu être débiteur d'aliments, d'une dette de responsabilité, d'un rapport ou d'une réduction de libéralité, d'une dette contractée lors d'un emprunt indexé¹..., toutes obligations qui, une fois liquidées, représenteront une somme de cent francs. On peut ainsi multiplier les éventualités portant sur l'objet de l'obligation, qui toutes débouchent sur une exécution semblable : le versement de la somme de cent francs. L'identification de la prestation ne permet donc pas de remonter à l'obligation. Qu'en déduire, sinon que la prestation monétaire ne se confond pas avec l'objet de l'obligation qui en est à l'origine ?

Ce n'est pas là un simple jeu de mots, une présentation des choses qui serait transformée en problème de fond. En toute rigueur, il est inexact d'énoncer que l'objet d'une obligation alimentaire ou d'un rapport de libéralité est une somme d'argent. L'objet de l'obligation alimentaire est un besoin social, celui du rapport la valeur de la chose qui a été donnée, ou l'emploi qui en a été fait. Le vrai est qu'au moment de l'exécution de l'obligation, le besoin social ou la chose donnée seront transformés en monnaie, et céderont ainsi fugitivement la place à une somme d'argent. On pourrait aussi bien soutenir que c'est l'importance de la mesure qui est ainsi mise en évidence, plutôt qu'un décrochage entre l'obligation et la prestation. Mais cette autre façon de voir les choses ne bouleverse pas la démonstration entreprise. Il resterait de toutes façons que les modalités de la mesure de l'obligation sont si fondamentales qu'elles en atteignent l'objet.

Les obligations ainsi liquidées ne deviennent pas pour autant de pures et simples dettes de somme d'argent. Si l'on décidait de considérer ainsi toutes ces obligations, on dénaturerait de façon flagrante certains types d'obligation² : la dette de réparation, par exemple, ne peut pas avoir pour objet une somme d'argent³. Le principe de la réparation intégrale fait obligation au juge de réparer le préjudice subi dans toutes ses composantes⁴, et l'objet de l'obligation est la valeur monétaire qui correspond à l'évaluation du préjudice subi. Qu'à un certain moment, en raison d'un paiement prochain, ce préjudice soit converti en monnaie ne doit pas masquer que la monnaie n'est ici qu'un mode obligé de libération, mais pas l'objet de l'obligation.

227. La comparaison entre l'objet de l'obligation et la prestation est instructive, et permet de distinguer par leur structure deux types d'obligations. À la certitude des unes, qui se traduit par une identité matérielle entre l'objet de l'obligation et la prestation, correspond l'incertitude des autres, la connaissance de l'objet de l'obligation ne permettant pas de savoir *a priori* quel sera le

¹ Pour une approche de toutes ces catégories sur lesquelles on reviendra longuement par la suite, v. généralement : G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, *La notion de dette de valeur en droit civil*, précité ; et C. BRUNEAU, *La distinction des obligations monétaires et en nature*, th. précitée.

² Et l'on perdrait du reste le bénéfice de constructions élaborées depuis longtemps pour contrer certains effets pervers de la baisse de la valeur de la monnaie.

³ Sur l'évolution qui fait passer la réparation du préjudice d'une dette de somme d'argent à une dette de valeur, v. G. VINEY, *La responsabilité : effets*, précité, n° 67 et s., p. 99.

⁴ *Ibid.*, n° 57, p. 80.

quantum de la prestation, ou inversement celle de la prestation, l'objet de l'obligation. Cette dernière caractéristique peut surprendre dans le droit des obligations. Comment la connaissance d'un des objets ne permettrait-elle pas de connaître l'autre ? Comment peut-on savoir quelle prestation sera exécutée, si on ne peut le tirer de l'objet de l'obligation ? Cette formulation laisse apparaître une gêne vis-à-vis des grands principes du droit des obligations, puisque la détermination de l'objet est essentielle à la validité de l'obligation. Mais cette gêne doit être surmontée, car elle n'est qu'apparente ¹.

Ce que l'on ignore dans les obligations du second type n'est pas exactement l'objet de la prestation, *stricto sensu* : on sait que cette obligation s'exécutera en monnaie. Ce qui échappe en revanche, c'est la quantité de monnaie qui sera nécessaire pour éteindre l'obligation, la liquidation de l'objet n'intervenant qu'au moment de son exécution. Lors de la formation de l'obligation, l'objet permet de savoir de quelle façon le montant sera calculé à l'échéance : s'il faudra prendre en considération la valeur d'un immeuble, celle de l'entretien d'une personne démunie, ou bien celle d'un dommage. L'objet de l'obligation ne fait ainsi référence qu'à une certaine valeur, qui devra être actualisée au moment de l'exécution ². L'incertitude n'est donc pas si troublante qu'elle peut le paraître, puisqu'à défaut d'être déterminé, l'objet est déterminable conformément à l'exigence posée par l'article 1129 du Code civil.

228. Du reste, l'objet de l'obligation ne diffère pas tant de celui de la prestation qu'on l'a d'abord dit. Il est bien certain que ces objets ne sont pas identiques dans leur aspect matériel : une valeur figée dans un support matériel n'est pas une somme d'argent. Mais ces objets sont liés l'un à l'autre dans la mesure où la prestation se trouve dans la dépendance de l'objet de l'obligation : celui-ci permet de calculer celle-là. Rien d'étonnant à cela : l'objet de l'obligation et la prestation ne peuvent pas être indépendants puisque la seconde est fonction du premier. Toutefois, le lien de dépendance qui les unit n'est pas un lien matériel, mais un lien de valeur : la prestation est d'une nature différente de l'objet de la dette, tout en y étant équivalente ³. C'est la valeur qui assure la continuité de l'obligation, de sa naissance à son exécution.

Aussi bien la différence entre les deux obligations apparaît-elle de façon flagrante. L'obligation en nature ⁴ est caractérisée par le fait que la prestation n'est matériellement rien d'autre que ce que désignait l'objet de l'obligation exécutée, et non par l'absence de monnaie. La dénomination de l'obligation est en cela adéquate : la nature de la prestation est identique à celle de l'obligation. En revanche, dans les obligations qui s'exécutent en monnaie, cette constatation n'est plus de mise : la nature de la prestation diffère de celle de l'objet de l'obligation ⁵. Mais elle ne s'en écarte que matériellement ; si l'on envisage la valeur de l'une et de l'autre, une adéquation parfaite apparaît puisque la somme d'argent versée n'est que la contre-valeur de l'objet de l'obligation. Ce dernier type d'obligations n'est donc pas tant caractérisé par la différence de matérialité des deux objets que par leur équivalence : l'évaluation de l'objet de l'obligation correspond à la somme de monnaie qui est payée lors de l'exécution.

¹ J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 516 et s., p. 571.

² G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 330 et s., p. 273.

³ On rappellera du reste que par son étymologie, le terme *équivalent* renvoie aux choses qui ont une valeur égale.

⁴ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 9, p. 27.

⁵ On insiste sur le fait que l'obligation monétaire ne se définit plus seulement par le jeu de la monnaie, de même que l'obligation en nature n'est pas caractérisée par l'exclusion de monnaie.

229. La situation peut être exposée de façon plus synthétique : deux types d'obligations s'opposent, dont la différence de régime est imputable à une différence d'objet. D'une part, il y a des obligations en nature, qui se caractérisent par l'identité matérielle de l'objet de l'obligation et de celui de la prestation. L'exécution de l'obligation est prévue dans ses modalités dès sa formation, de sorte que l'obligation est insensible à quelque bouleversement que ce soit ¹. Celui qui s'est engagé à livrer un bien livrera ce bien. Il importe peu que cette livraison lui revienne plus ou moins cher, selon que le bien se trouve en abondance ou non : l'évolution du cours du bien est prise en compte dans l'économie générale de la convention. En tous cas, en centrant l'objet de l'obligation sur le bien en question, les parties ont conventionnellement assumé la variation toujours possible de son cours.

Il existe par ailleurs une autre catégorie d'obligations, que l'on peut baptiser du nom d'obligations en valeur. Celles-là sont caractérisées par leur objet d'une part, qui est une valeur et non un bien matériel, et par leur mode d'exécution d'autre part, qui est toujours monétaire. Trait pour trait, les obligations en valeur s'apparentent aux obligations en nature : la valeur y joue le même rôle dans l'une que la matérialité de la prestation dans l'autre ². À l'identité entre l'objet de l'obligation et la prestation se substitue un lien d'équivalence : le type de dépendance varie, non le principe. Pour autant, cette caractéristique emporte des conséquences plus importantes que cette vue rapide ne le laisse penser.

230. Il semble que les deux catégories d'obligations en valeur et en nature s'opposent tant par leur structure que par leur régime. Il reste à présent à examiner ce que l'on peut faire de l'obligation de somme d'argent. Deux types de possibilités s'offrent à l'esprit : la constituer en troisième catégorie insérée à côté des deux autres, ou bien faire entrer cette obligation dans l'une ou l'autre des deux catégories existantes.

Contrairement à ce que l'on pourrait penser, ni la première ni la seconde solution ne sont opératoires, l'obligation de somme d'argent se distribuant entre les obligations en nature et les obligations en valeur selon une ligne de fracture inattendue, mais bien visible à l'aune de la distinction entre unités de valeur et unités de paiement.

¹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 9, p. 27.

² Le droit est si peu habitué à raisonner en termes de valeur, au sens où on l'entend ici, que cette obligation paraît presque exotique. Sur la valeur, v. *supra* n° 48 et s.

Section II

STATUT DES OBLIGATIONS DE SOMME D'ARGENT

231. On peut réserver pour l'heure le terme d'obligation de somme d'argent à la dette qui fait intervenir la monnaie tant *in obligatione* qu'*in solutione*. Son objet est exprimé par une certaine somme d'argent, et l'exécution de l'obligation a elle-même lieu par versement de monnaie. La dette de l'acheteur dans le contrat de vente en fournit un exemple élémentaire : après l'achat d'un objet vendu cent francs, il est débiteur d'une obligation dont l'objet consiste en un certain nombre d'unités monétaires, et il s'en libérera en versant cent francs. La monnaie apparaît donc à la fois dans le compte et le règlement de l'obligation ; celle-ci peut dès lors être qualifiée d'obligation monétaire. Mais cette obligation est difficile à classer dès lors que l'on a reconstitué les critères de la classification des obligations en nature et en valeur. La classification n'étant plus fondée sur l'intervention de monnaie, on peut se demander comment l'obligation de somme d'argent s'y insérera.

Le critère permettant de répartir les créances dans le groupe des obligations en nature ou dans celui des obligations en valeur reposant sur le lien entre l'objet de l'obligation et la prestation, il convient de commencer par rechercher quel est l'objet d'une obligation de somme d'argent. Considérer qu'il s'agit d'un objet monétaire est insuffisant, car le terme de monnaie est par trop indistinct. Ce que l'on nomme monnaie se distribue entre deux unités : l'unité de valeur et l'unité de paiement. Il faut donc déterminer au préalable quel type d'unités constitue l'objet de l'obligation de somme d'argent de manière à savoir si la dette de monnaie ressortit à l'un ou l'autre type.

232. Dans la logique de la démonstration qui a été faite dans la première partie de ce travail, on sera tenté de dire que l'objet de l'obligation monétaire est toujours composé d'unités de valeur¹. Celles-ci sont les unités en lesquelles les dettes sont libellées dans la plupart des cas, puisqu'elles portent la trace d'une évaluation. Les unités de paiement sont en revanche des unités matérialisées, qui recèlent un droit subjectif leur permettant d'éteindre des dettes libellées en unités de valeur. La logique et la cohérence exigeraient donc que l'on reconnaisse que le *quantum* des obligations de somme d'argent est constitué d'unités de valeur².

Cette proposition ne soulève en elle-même guère de difficultés, si l'on considère par exemple le mode de fixation du prix dans le contrat le plus commun, le contrat de vente. Il apparaît clairement que le prix ne peut qu'être exprimé en unités de valeur. Ce n'est pas à dire que le prix se réduise à la valeur de la chose. Dans toute sa rigueur, cette proposition est inexacte : à n'être que la valeur de la chose, le prix ne permettrait pas au vendeur de faire de bénéfice, et serait souvent dérisoire. Pour autant, le prix de vente ne peut être conçu indépendamment de toute valeur³. C'est entre ces deux positions qu'il faut se

¹ *Supra*, n° 25 et s.

² Au surplus, le plein fonctionnement monétaire étant assuré par le jeu combiné des deux unités, l'intervention de l'unité de valeur dans l'objet et de l'unité de paiement au stade de l'exécution de l'obligation vont de soi.

³ *Supra* n° 49. V. égal. : R. RODIÈRE, note sous Civ. 1^{re} 28 novembre 1973, D. 1975.21, précitée ; J. HAMEL, *Recherches sur la théorie juridique de la monnaie*, t. 2, précité, p. 53 et s.

situer, pour admettre que le prix est fixé par le vendeur à la croisée de deux valeurs : celle de l'ensemble du service que représente la vente de la chose, à laquelle il ne devrait jamais être inférieur ; celle que le marché attribue à la chose, à laquelle il ne devrait pas être supérieur. C'est donc par une double référence à la valeur, intrinsèque puis extrinsèque, que le prix est fixé. Il apparaît ainsi composé d'unités de valeur qui seules permettent de figer cette valeur. Par extension, on peut affirmer que dans tous les cas où l'objet de l'obligation de somme d'argent est fixé par référence à une valeur, les unités monétaires qui tiennent le compte de l'obligation sont des unités de valeur. On ne s'attardera d'ailleurs pas à en dresser la liste, car les obligations monétaires sont le plus souvent libellées en unités de valeur. Une telle taxinomie serait difficilement exhaustive et son intérêt réduit tant le critère de la valeur à la base de l'obligation est simple et opératoire. La certitude de savoir sans difficulté si le compte d'une obligation est composé d'unités de valeur dispense ainsi de toute énumération.

233. L'idée que certaines obligations de somme d'argent puissent avoir un objet constitué d'unités de paiement paraîtra surprenante pour les mêmes raisons qui persuadent que les obligations sont d'habitude libellées en unités de valeur. En admettant cette prémisse, on se place dans l'impossibilité de voir que pour habituelle qu'elle soit, cette situation n'est pas unique. Il convient ainsi de montrer que certaines obligations monétaires bien identifiables ne sont pas fondées sur la prise en compte d'une valeur et ne peuvent à aucun prix l'être. Pour cette raison, l'objet ne peut en être composé d'unités de valeur. L'exemple du prêt d'argent est tout à fait topique à cet égard, qui montre en quoi certaines dettes d'argent se révèlent être des dettes d'unités de paiement.

Le simple prêt ou prêt de consommation est un contrat réglementé par le Code civil dans les articles 1892 et suivants, aux termes desquels l'une des parties livre un certain nombre de choses consomptibles à l'autre, qui s'engage en retour à lui en rendre autant d'une même qualité ¹. Ainsi Primus peut-il prêter cent francs à Secundus, qui ne lui devra que cette même somme. On exclut ainsi de cet exemple à la fois le prêt portant stipulation d'intérêt et le prêt indexé, qui sont des contrats différant fortement du simple prêt. La dette contractée par Secundus porte sur cela même que Primus lui a donné : cent francs, puisqu'il s'agit d'une dette de restitution. Mais cette somme n'est pas encore assez déterminée : s'agit-il de cent unités de valeur, ou de cent unités de paiement ? À l'évidence, l'objet du premier transfert de monnaie effectué par Primus ne peut être qu'un certain nombre d'unités de paiement. Les unités de valeur ne sont jamais des objets matériels, ou même incorporés à un support matériel. Comment pourrait-on faire matériellement circuler de tels objets à des fins sociales ? Au surplus, à supposer même que cela soit possible, quelle serait l'utilité pour Secundus de recevoir de telles unités, qui n'ont aucun pouvoir social ? Secundus n'emprunte que parce qu'il a besoin de faire des achats ou de payer des dettes urgentes ; le versement de monnaie qu'il reçoit est donc un versement d'unités de paiement, ce qui est d'ailleurs attesté par les moyens de paiement utilisés.

La dette de restitution qui en résulte est une dette monétaire : Secundus doit cent francs à Primus, l'équivalent de ce qu'il a reçu. Mais encore une fois, les termes sont ambigus, qui dissimulent s'il s'agit de cent unités de valeur ou de paiement.

¹ R. FRIDMAN, *J.-Cl. civil*, art. 1895, Fasc. C ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, Cujas, 3^e éd., 1989, n° 889 et s., p. 442.

234. Pour en écarter la possibilité, on peut commencer par supposer que Secundus a contracté une dette de cent unités de valeur vis-à-vis de Primus. Cela implique que ce *quantum* reflète une évaluation. Mais quelle valeur pourrait avoir été ainsi liquidée ? Contrairement à d'autres situations que nous avons envisagées, où le compte en monnaie est la traduction de la prise en considération d'une valeur, le montant de la dette de restitution n'est pas *a priori* l'émanation d'une valeur. Secundus ne doit cent francs que parce que le prêt lui-même était d'un tel montant. Pour connaître le *quantum* du remboursement, aucune évaluation n'a été nécessaire : Secundus a simplement pris en considération le montant du transfert d'unités de paiement. On est donc ainsi empêché d'admettre que l'obligation est libellée en unités de valeur, la dette de remboursement étant le reflet de la matérialité d'un transfert, et non d'une évaluation ¹.

On pourrait toutefois tenter de dire que la réception par Secundus de cent unités de paiement a mis à sa charge une dette de restitution de la même valeur, et non du même montant. Ce que Secundus devrait alors, ce ne serait pas cent unités de paiement, mais l'équivalent monétaire de ces cent unités au moment du remboursement. Autrement dit, le transfert d'unités de paiement créerait une dette d'unités de valeur, dont le *quantum* refléterait la valeur du prêt au moment de sa constitution. Une telle conception du prêt d'argent est néanmoins à proscrire, qui ne s'accorderait ni avec le droit positif ², ni avec les principes en usage.

Si le montant du prêt d'argent se transformait en valeur pour les besoins du remboursement, la conversion en unités de valeur ne serait pas suffisante pour obtenir l'effet escompté. Pour que des unités de valeur puissent non seulement refléter une évaluation mais même en conserver les effets jusqu'au paiement, il est impératif de se situer dans un cadre valoriste. Dans l'environnement juridique où nous sommes, une dette de cent unités de valeur sera toujours éteinte par un versement de cent unités de paiement. De telle sorte que la mutation des unités de paiement en unités de valeur n'aurait pas pour effet de conserver la valeur de cent unités de paiement au moment de la constitution du prêt. Pour que ce résultat se produise, il faudrait bien plutôt que les parties reconnaissent conventionnellement que les cent francs versés représentent la valeur de telle ou telle quantité de marchandise ; ce serait alors le cours de cette marchandise qui formerait l'objet de la restitution à l'échéance du prêt. Mais ce type de prêt est bien différent de celui qui est envisagé ici : à vouloir faire entrer la valeur dans le prêt simple, on passe insidieusement au prêt indexé.

235. On pourrait tester la validité de cette hypothèse en examinant les modalités de la restitution du prêt dans l'ancien droit. De même que l'on a ici estimé que la substance d'une dette de restitution était conforme à celle du

¹ On raisonne là dans le silence des parties : celles-ci ont pu spécifier des modalités de restitution différentes ; mais on quitte alors le domaine du simple prêt.

² On en trouvera un exemple un peu détourné dans une affaire de prêt contracté en anciens roubles tsaristes après la révolution de 1917. Pour le remboursement, la Chambre des Requêtes a estimé que : « le prêteur n'a droit au remboursement de ces roubles que d'après leur valeur au jour où il a fait au débiteur sommation de les payer ; à ce jour, les roubles ayant perdu toute valeur, la demande en remboursement est dénuée de tout intérêt (Req. 25 février 1929, *D.H.* 1929.161). C'est certainement par erreur que la Cour se prononce en termes de valeur du prêt ; aussi bien ne le fait-elle pas réellement : s'il y avait substitution de valeur aux unités de paiement prêtées, il y aurait eu remboursement à la valeur actuelle. C'est parce que la Cour a raisonné en termes de restitution des unités qu'elle a considéré que le remboursement était inutile, les unités prêtées ayant été démonétisées.

transfert initial, de même l'objet de la restitution d'un prêt fait en monnaie réelle devrait être identique au montant de ce prêt, exprimé en monnaie réelle¹. Toutefois, ce test n'est pas aussi concluant au premier abord qu'on pourrait l'espérer. Pothier écrit en effet : « Lorsque c'est une somme d'argent qui a été prêtée, l'obligation de l'emprunteur a pour objet une pareille somme d'argent, dont le prêteur a droit de demander le paiement à l'emprunteur par l'action *ex mutuo* »². Si le principe paraît conforme à celui sur lequel on a raisonné, son application est différente. Pothier entend ainsi que lorsqu'un prêt a été fait, c'est le montant de ce prêt en monnaie de compte qui doit être restitué, non le montant en monnaie réelle : « L'usage est constant dans notre jurisprudence qu'il (l'argent prêté) doit être rendu sur le pied qu'il vaut au temps du paiement. Notre jurisprudence est fondée sur ce principe que, dans la monnaie, on ne considère pas les corps et pièces de monnaie, mais seulement la valeur que le prince y a attachée : *In pecunia, non corpora quis cogitat, sed quantitatem*. Les pièces de monnaie ne sont que le signe public de cette valeur qui seule est considérée »³. Cette attitude paraît du reste conforme à ce que fut la jurisprudence dominante en la matière du XVI^e au XVIII^e siècle : lorsque le contrat a été spécifié en monnaie de compte, c'est la même somme de monnaie de compte qui est restituée ; lorsqu'il est constitué en monnaie réelle, c'est l'équivalent de ce montant en monnaie de compte, évalué à la constitution du contrat, qui doit être rendu⁴. La solution donnée par l'ancien droit paraît donc infirmer les principes sur lesquels on a ici raisonné, ce qui pourrait conduire à estimer que la dette de restitution du prêt n'est pas forcément libellée en unités de paiement.

Toutefois, il faut prendre garde à faire sa place à la spécificité du fonctionnement d'un système monétaire fondé sur la séparation des monnaies réelles et des monnaies de compte. Si ces dernières sont instituées pour libeller les dettes, il paraît logique que le montant de la restitution du prêt soit ainsi évalué, faute de quoi l'articulation des fonctions des monnaies n'est pas respectée. Et de fait, si l'on remonte suffisamment loin dans la réglementation du prêt, on se rend compte que la tendance naturelle a longtemps été le remboursement au pair de ce qui a été reçu. Jusqu'à la fin du Moyen-Âge, le remboursement du prêt ou le rachat de la rente n'étaient valables que si l'emprunteur versait exactement ce qu'il avait reçu, dans les mêmes espèces où il l'avait reçu. « Selon les Canonistes et les Glossateurs, le problème est extrêmement simple à résoudre. On est obligé, d'après le droit romain, de rendre ce qu'on a emprunté. Le débiteur ne peut pas s'acquitter en d'autres espèces que celles qui couraient au moment de la conclusion du contrat. Ce sont ces espèces qui ont été prises en considération par les contractants, ce sont donc elles qui doivent faire l'objet du paiement »⁵. Ainsi, sur les brisées du droit romain, on a longtemps estimé que cela même qui avait été prêté devait être remboursé. Il n'en demeure pas moins que cette façon de compter était attentatoire au bon

¹ Dans tout ce qui suit, on raisonne indifféremment sur l'exemple du prêt ou celui de la rente, substitué au prêt lorsque celui était interdit.

² POTHIER, « Traité du contrat du prêt de consommation », *Œuvres de Pothier*, t. IV, par M. Dupin, Paris, 1835, n° 35, p. 67.

³ *Ibid.*, n° 36, p. 68.

⁴ E. SZLECHTER, « La monnaie en France au XVI^e siècle... », article précité, spéc. p. 87 et s. et, reprenant la jurisprudence de Merlin de Douai, J. HAMEL, *Recherches sur la théorie juridique de la monnaie*, t. 1, précité, p. 49 et s.

⁵ B. SCHNAPPER, *Les rentes au XVI^e siècle*, précité, p. 180 ; sur la doctrine canoniste et celle des glossateurs, v. G. HUBRECHT, « Compte rendu de l'ouvrage de E. Stampe, *Das Zahlkraftrecht der Postglossatorenzeit*, Berlin 1928 », *Rev. hist. dr. fr. étr.* 1933.776.

fonctionnement du système monétaire, et que de nombreuses règles ont été instituées pour interdire aux contractants de stipuler en monnaie réelle¹.

Au reste, le test proposé ici est en réalité peu probant. Le fait que la restitution des prêts se fasse dans la même monnaie qui a été transférée rapproche le prêt du dépôt, sans nous satisfaire : dire que la restitution du prêt est nécessairement du même nombre d'unités de paiement qui a été prêté ne signifie pas que ce soient les mêmes billets qui doivent être rendus. Inversement, lorsque l'on estime que le prêt doit être restitué en fonction de la somme de monnaie de compte prêtée, on échappe à la monnaie de paiement pour faire droit à l'unité de paiement : le passage obligé par la monnaie imaginaire signifie que ce qui sera restitué aura toujours le même pouvoir extinctif que ce qui a été prêté. On peut donc penser que la restitution en monnaie de compte est aussi probante pour notre hypothèse que la restitution en monnaie de paiement.

De cette plongée dans l'histoire du prêt, il résulte que les principes qui ont permis de déterminer que la restitution d'un prêt était nécessairement libellée en unités de paiement sont des principes qui sont à l'œuvre depuis le droit romain, mais que le système monétaire a changé à tel point qu'aucun test historique ne peut nous renseigner quant à la validité globale de l'hypothèse.

236. La situation dans laquelle on se trouve au terme de ces quelques pages est paradoxale, puisque marquée par une disparition et un dédoublement. C'est d'une part la catégorie des obligations monétaires, édifiée en opposition aux obligations en nature, qui s'est effacée derrière les obligations en valeur. La répartition de l'obligation monétaire à l'intérieur de la classification est dès lors difficile, puisqu'elle a perdu la place de premier plan qui lui était réservée. Par ailleurs, l'ensemble des obligations monétaires s'est dédoublé, puisqu'à côté des obligations libellées en unités de valeur — catégorie typique des obligations monétaires —, sont apparues des obligations libellées en unités de paiement.

La question de la classification de l'obligation monétaire s'est du reste dédoublée avec la catégorie elle-même. Il ne s'agit plus guère de savoir si l'obligation monétaire est une obligation en nature ou une obligation en valeur, mais de répartir les obligations libellées en unités de valeur et en unités de paiement à l'intérieur de ces catégories. À cet égard, il apparaît que les dernières doivent être rangées avec les obligations en nature (§ 1), tandis que les obligations libellées en unités de valeur ressortissent aux obligations en valeur (§ 2).

§ 1. LES OBLIGATIONS LIBELLÉES EN UNITÉS DE PAIEMENT

237. L'existence de ces obligations particulières que sont les obligations libellées en unités de paiement ne remet pas en cause la construction monétaire qui a été jusqu'ici proposée. Au contraire, elle en éclaire crûment certains caractères peu évidents. On a toujours affirmé que le rôle plein de la monnaie n'était mis en œuvre que lorsque l'on parlait de l'évaluation pour aboutir au paiement, que lorsque le processus monétaire se déployait de la prise en compte

¹ On n'en prendra pour preuve que l'Édit d'Angers, du 5 juin 1551 : E. SZLECHTER, *op. cit.*, p. 83.

des valeurs jusqu'à la circulation sociale des richesses ¹. La restitution du prêt semble donc faire droit à une acception monétaire réduite par rapport au rôle plein ainsi décrit. Secundus se contente de rendre ce qui lui a été prêté, sans se préoccuper de la valeur cristallisée par la monnaie. Mais au regard des principes exposés, cette obligation monétaire qui s'affranchit de la valeur ne nous détourne-t-elle pas un peu du domaine monétaire ?

Précisément, l'étude du prêt simple nous amène aux confins de la sphère monétaire, dans cette zone où les contours de la monnaie s'estompent, où elle se confond avec la masse indistincte des marchandises. Si l'on reprend l'exemple du prêt, et que l'on substitue aux cent francs prêtés cent kilogrammes de blé, l'économie de la transaction n'est pas modifiée : la restitution de cent kilogrammes de blé n'est pas bien différente de celle de cent francs. Une question supplémentaire se posera tout au plus, consistant à savoir quelle espèce de blé devra être donnée en remboursement de ce qui a été prêté, question qui ne se pose pas avec la monnaie qui est toujours d'une seule espèce définie par la loi et les usages ². Mais cette question de qualité n'est qu'accessoire par rapport à la structure et à l'équilibre du contrat de prêt. Pour le surplus, l'économie du contrat est similaire. Secundus doit cent unités de paiement comme il aurait dû cent kilogrammes de blé. Au fond, ce que Secundus doit, s'apparente à une marchandise bien plus qu'à une monnaie : en se détachant de la valeur, la monnaie due s'est réifiée et transformée en marchandise.

Il existe donc certaines hypothèses dans lesquelles l'objet de l'obligation de somme d'argent est constitué d'unités de paiement et non d'unités de valeur. Mais on le voit, la différence entre les deux hypothèses est une différence de nature, et non seulement de structure : dans le second cas, la monnaie est prise comme monnaie, et joue un rôle plein ; dans le premier, la monnaie n'est plus qu'une variété de marchandise considérée dans son *quantum*, et non pour sa valeur. On peut donc supposer que ces obligations un peu spéciales, qui ne sont pas sensibles à la valeur et donc aux variations des monnaies, suivront un régime dérogatoire à celui des obligations en valeur. Mais avant même d'étudier ces spécificités (B), il convient de dresser la courte liste de ces obligations d'unités de paiement (A).

A. Typologie des obligations libellées en unités de paiement

238. Si l'on s'est aidé du prêt d'argent pour mettre en évidence les obligations d'unités de paiement, ce n'est pas seulement parce qu'il en fournissait un exemple clair. C'est aussi parce que ce contrat propose une structure qui peut servir de matrice à toutes les situations où des dettes d'argent ont un objet constitué d'unités de paiement.

Dans ses *Institutes*, Gaius avait relevé certaines similitudes entre la dette de remboursement d'un prêt d'argent et la répétition de l'indu : lorsqu'une somme d'argent a été donnée en paiement alors qu'il n'existait aucune dette à éteindre, l'*accipiens* est tenu vis-à-vis du *solvens* d'une dette de restitution du même ordre

¹ *Supra* n° 25 et s.

² Encore la question pourra-t-elle se poser de savoir quel sera le support ou les instruments utilisés, ce qui constitue un autre choix, un peu différent.

que si l'*accipiens* avait été emprunteur. Sous l'angle de sa restitution future, le paiement de l'indu est ainsi comparé à un prêt d'argent ¹.

Cette analyse est sous-tendue par une certaine conception du paiement, qui est encore la nôtre. Parce que le paiement est un acte juridique ², sa validité est soumise à l'existence d'une cause. Dans la plupart des cas, cette cause n'est rien d'autre que l'existence d'une dette à éteindre. Le *solvens* ne paie qu'en raison du lien qui l'oblige à l'égard du créancier ; s'il n'était pas tenu, il ne lui verserait pas d'argent ³. Si un paiement monétaire a lieu malgré l'absence de dette, c'est qu'il résulte d'une erreur, ou en tous cas d'une croyance erronée en l'existence d'une dette. Or cette erreur ne peut servir de cause au paiement : il ne s'agirait alors que d'un mobile, et non de la cause objective que la doctrine et les tribunaux réclament ⁴. L'acte juridique que constitue le paiement manquant d'un des éléments de validité exigé par l'article 1108 du Code civil, il sera annulé. Conformément à l'adage *quod nullum est nullum producit effectum*, les parties devront être remises en l'état où elles se trouvaient avant la naissance de l'obligation ⁵. C'est dans le cadre de cette remise en l'état que l'assimilation faite par Gaius entre la répétition de l'indu et le prêt est pour nous féconde. Elle nous permet en effet de considérer que pour la restitution, l'*accipiens* se trouve vis-à-vis du *solvens* dans la même situation que l'emprunteur vis-à-vis du prêteur. On peut ainsi affirmer que la dette de restitution après un paiement indu a un *quantum* lui aussi constitué d'unités de paiement.

239. Cette assimilation de la répétition de l'indu au remboursement du prêt n'est pas rhétorique : elle est fondée dans son principe. Le paiement effectué par erreur consistait en un transfert d'un certain nombre d'unités de paiement, qui avait pour but d'éteindre une dette supposée, d'un montant évalué par un nombre identique d'unités de valeur. Ce transfert d'unités de paiement ne peut donc pas être en lui-même considéré comme un transfert de marchandises, au moment de la réalisation du paiement. À cette date, ces unités étaient prises dans le déploiement d'un processus monétaire et avaient pour objet d'éteindre une dette. Mais dès lors qu'il apparaît que la dette n'existait pas, aucune cause ne peut plus servir de justification au paiement. Le lien entre valeur et unités de paiement achève de se désagréger, qui n'existait que dans l'esprit des parties, ou tout au moins dans celui du *solvens*. De la sorte, ces unités se révèlent après coup n'avoir jamais été versées que comme des marchandises, puisqu'elles étaient abstraites de toute dette, donc de toute valeur. Ce sont les mêmes marchandises

¹ GAIUS, *Institutes*, 3, 91, p. 108.

² *Contra* : N. Catala (*La nature juridique du paiement*, précité), qui considère le paiement comme un fait juridique. Cette opinion doctrinale certainement exacte est peu reçue par la doctrine, et pas du tout par les tribunaux. Cependant, même dans le système de M^{me} Catala, la procédure d'exécution de l'obligation est de type conventionnel, si l'extinction proprement dite résulte d'un fait juridique. En cela, les considérations sur le paiement de l'indu restent inchangées quelle que soit la conception du paiement. Sur la question du paiement, v. *infra* n° 460 et s.

³ On laisse temporairement de côté le désir que pourrait avoir le *solvens* de faire une libéralité à l'*accipiens*, désir qui sera traité ailleurs, et qui ne modifie guère l'analyse entreprise.

⁴ Sur cette distinction, v. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. I, *Les sources*, précité, n° 194, p. 196 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Contrat*, précité, n° 664 et s., p. 290.

⁵ A. PIÉDELIEVRE, « Quod nullum est nullum producit effectum », *Mélanges Voirin*, p. 638. H. ROLAND et L. BOYER, *Locutions latines et adages du droit français contemporain*, t. II, p. 391.

qu'il faut ensuite restituer. De même que la restitution du prêt se fait en unités de paiement car elles ont fait l'objet du prêt, de même le paiement de l'indu consiste dans les unités mêmes qui ont été payées. À cet égard, le débiteur d'un paiement indu est dans une situation identique à celle de l'emprunteur.

L'assimilation purement intuitive de Gaius est donc pénétrante, puisque, par delà des situations juridiques différentes, elle identifie les modalités particulières du fonctionnement monétaire, lorsque la monnaie est versée à titre de marchandise. Derrière la diversité des habillages juridiques des deux situations, Gaius a précisément vu la communauté de structure qui les reliait.

240. Pour connaître les autres cas où l'obligation monétaire a un objet constitué d'unités de paiement, il suffit de raisonner par analogie en envisageant toutes les situations où le versement d'une somme d'argent n'est pas motivé par l'extinction d'une dette préexistante libellée en unités de valeur. Le raisonnement emprunte une voie *contrario* : si le rôle monétaire plein est obtenu dans le déploiement d'un processus qui va de l'évaluation au paiement, la monnaie est prise comme marchandise dans le cadre d'une obligation libellée en unités de paiement toutes les fois que les unités de paiement sont prises en considération hors de toute évaluation. On peut faire le détail de ces situations en étudiant successivement les trois causes possibles du transfert de monnaie de paiement. D'une part, c'est le cas le plus habituel, le paiement peut être justifié par l'existence d'une dette. D'autre part, c'est encore une situation à laquelle on songe aisément, le transfert de monnaie pourra être occasionné par l'intention libérale du *solvens* : c'est l'hypothèse de la donation de somme d'argent. Enfin, on pense moins souvent aux contrats réels, pour lesquels le transfert de monnaie se justifie par l'obligation de restitution qu'il fait naître ¹.

241. Cette dernière hypothèse a déjà été plus qu'à moitié envisagée, puisqu'aussi bien son représentant le plus éminent, le prêt simple d'argent, a été étudié ². Encore faut-il y ajouter le dépôt monétaire et le gage, dans la seule mesure où l'on peut le considérer comme un contrat de ce type ³. De façon synthétique, on peut dire que ces trois situations se distinguent des autres en ce que le caractère de marchandise qu'assume la monnaie y est prévu dès le transfert initial, constitutif du contrat. Tandis que dans les autres cas, la monnaie est transférée comme une monnaie, mais dégénère ensuite en marchandise parce que la cause du transfert se désagrège, elle est d'emblée considérée comme une marchandise sous l'angle de la restitution dans le cas des contrats réels ⁴. On l'a montré en détail pour le prêt ; c'est *a fortiori* exact concernant le dépôt ⁵. La structure même de ce contrat réifie la chose déposée. Le dépôt est une obligation de garde mise à la charge du dépositaire : comment mieux dire qu'il n'est question que de conserver la chose en l'état où elle se trouve, afin de la restituer telle quelle ? Cela implique à l'évidence la similitude entre ce qui a été déposé et

¹ Sur ces questions de cause, G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 194 et s.

² On doit du reste classer dans la même catégorie les hypothèses voisines de restitution, mais distinctes du prêt : le paiement des récompenses et le rapport des libéralités.

³ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les sûretés - La publicité foncière*, Cujas, 3^e éd., 1990, n° 506, p. 172.

⁴ Cf. : G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 62, p. 55. Sur le caractère approximatif de la notion, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? La valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *Rev. trim. dr. civ.* 1985.1.

⁵ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les contrats spéciaux*, précité, p. 411 et s.

ce qui sera restitué. Il y a d'ailleurs dans le dépôt un goût pour l'identique, que les articles 1915 et 1932 du Code civil exaltent¹. L'obligation de restitution porte donc sur les choses mêmes qui ont été déposées. Si ce sont des unités de paiement, ce qui est le cas dans le dépôt monétaire, la restitution a pour objet des unités de paiement. Cela s'évince du reste de l'article 1932, alinéa 2, du Code civil, aux termes duquel : « le dépôt des sommes monnayées doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il a été fait, soit dans le cas d'augmentation, soit dans le cas de diminution de leur valeur ». Encore cette conséquence que nous lisons n'était-elle pas prévue par les rédacteurs du Code, la disposition ayant été forgée pour régler les conséquences des substitutions monétaires à l'intérieur d'un système de monnaie métallique².

Ce qui est vrai pour le prêt et le dépôt s'étend aux autres contrats réels. On peut ainsi refaire cette constatation à propos du contrat de gage, et pour des raisons du même ordre. Le régime du gage s'apparente en effet à bien des égards à celui du dépôt, ainsi que l'article 2079 du Code civil le rappelle³. La restitution du gage se fait donc par une « égale quantité de choses de même valeur », lorsque le gage porte sur des choses fongibles⁴. Aussi bien la dette de restitution de la somme gagée après que la créance aura été honorée s'apparentera-t-elle à la dette de restitution de la somme déposée⁵. Dans tous ces cas, la restitution porte sur cela même qui a été transféré : des unités de paiement ; l'obligation de restitution s'analyse donc en une dette d'unités de paiement.

242. Il en va de même pour ce qui concerne les obligations dont la cause réside dans l'intention libérale du donateur. Une obligation de restitution ne naît à la suite d'une donation de somme d'argent que lorsqu'elle est révoquée. C'est bien sûr rare en raison du principe de l'irrévocabilité des donations : *donner et retenir ne vaut* disait déjà l'ancien droit, par la bouche de Loysel⁶. Il n'en demeure pas moins que dans certaines situations prévues, la cause de la donation peut disparaître rétroactivement, ce qui en provoque la révocation⁷. Dans certaines hypothèses, le législateur a considéré que le comportement manifesté par le donataire après la donation, ou la modification de la situation du donateur, portaient atteinte à l'existence de l'*animus donandi* qui en avait été la cause. Étrange annulation, rétroactive donc, mais qui a pour effet notable de créer une

¹ Art. 1932, al. 1, C. civ. : « Le dépositaire doit rendre identiquement la chose qu'il a reçue ».

² G. HUBRECHT, *La dépréciation monétaire et la stabilisation*, th. précitée, p. 85. *Contra* certains auteurs qui en font une prescription nominaliste : C. BRUNEAU, *op. cit.*, n° 190, p. 447 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les obligations*, Cujas, 2° éd., 1990, n° 992, p. 543 ; B. NOGARO, « Les principes fondamentaux du droit monétaire français », *Rev. trim. dr. civ.* 1929.949, spéc. p. 961.

³ Art. 2079 C. civ. : « Jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a lieu, il reste propriétaire du gage qui n'est, dans la main du créancier, qu'un dépôt assurant le privilège de celui-ci ».

⁴ G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Les Sûretés - La publicité foncière*, Sirey, 2° éd., 1987, n° 92, p. 70 ; M. DAGOT, *Les Sûretés*, P.U.F., 1981, p. 139 ; M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, Litec, 1990, n° 681, p. 533.

⁵ Pour la réglementation du nantissement de somme d'argent, v. M. CABRILLAC et C. MOULY, *op. cit.*, n° 695 et s., p. 544.

⁶ H. ROLAND et L. BOYER, *Locutions...*, précité, t. I, p. 229 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983, n° 503 et s., p. 392.

⁷ *Ibid.*, n° 512 et s., p. 398.

obligation de restitution à la charge du donataire. Ces hypothèses de révocation sont au nombre de trois, selon qu'il y a eu inexécution des charges par le donataire, ingratitude, ou survenance d'enfants au donateur¹. Dans chacun de ces cas, le donataire doit restituer la somme d'argent qu'il avait reçue. La cause de la donation, l'*animus donandi*, n'étant plus compatible avec le comportement du donataire ou la situation personnelle du donateur, la donation perd toute raison d'être. Il apparaît alors qu'une somme d'argent a été versée par le *solvens* sans aucune cause puisque l'on s'aperçoit, mais après-coup, que l'intention libérale avait disparu. Le donataire doit donc restituer ce qu'il avait reçu à titre de donation. On peut répéter en peu de mots un raisonnement qui a déjà été mené : le donataire a reçu des unités de paiement ; ce sont donc également des unités de paiement qui forment l'objet de sa dette de restitution, et non des unités de valeur. Il s'agit là d'une conséquence logique du caractère rétroactif de la nullité, et de l'adage *quod nullum est nullum producit effectum*. Au reste, les textes ont bien souvent pris la peine de préciser cette restitution en l'état de ce qui a été donné².

243. Il reste que l'on peut se demander s'il ne serait pas possible de lier la donation révoquée à une valeur. Sans doute l'objet de cette donation n'est-il qu'une certaine somme de monnaie de paiement³. Mais cette somme d'argent a pu être donnée dans le but d'acheter quelque chose. Pourquoi ne considérerait-on pas que la chose immédiatement achetée forme l'objet de la donation, et donc qu'elle est l'objet réel de la dette de restitution ? Plutôt qu'une dette d'unités de paiement, l'obligation de restituer apparaîtrait alors soit comme une dette de valeur, dont l'objet serait la valeur de la chose acquise avec les deniers, soit comme une obligation en nature, si la chose achetée devait en elle-même être restituée. L'hypothèse est séduisante, et d'autant plus qu'elle retrouve le fil de certaines solutions jurisprudentielles fondées sur l'idée d'indivisibilité entre la donation de somme d'argent et ce qu'elle a permis de faire⁴. Plus exactement, il est arrivé que la jurisprudence ait considéré que la donation d'argent, à seule fin d'acquisition d'un immeuble par exemple, devait être traitée comme une donation d'immeuble⁵. Derrière les unités monétaires versées, les tribunaux sont ainsi

¹ Respectivement art. 953, 955 et 960 C. civ.

² V. par ex. l'art. 954 C. civ. : « Dans le cas de la révocation pour cause d'inexécution des conditions, les biens rentreront dans les mains du donateur, libres de toutes charges et hypothèques du chef du donataire ». *Adde* : G. MARTY et P. RAYNAUD *op. cit.*, n° 516, 524 et 530.

³ Au passage, on peut souligner que la décision qui prend le donateur de donner une certaine somme d'argent crée une obligation libellée en unités de paiement, quoiqu'il ne s'agisse pas d'une obligation de restitution. Le donateur ne s'engage pas à donner une certaine valeur, mais une somme d'unités de paiement. Dans l'hypothèse où le donateur s'engagerait à donner « suffisamment pour acquérir telle chose », l'obligation deviendrait une dette de valeur. Elle ne pourrait en tous cas jamais être une dette d'unités de valeur, sauf peut-être pour le donateur à promettre de donner « ce que coûte telle chose aujourd'hui, indépendamment de son prix au moment de la donation ». Mais quelle que soit la nature de la dette, elle sera toujours exécutée par versement de monnaie, d'unités de paiement.

⁴ J. BOULANGER, « Usages et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », *Rev. trim. dr. civ.* 1950.1.

⁵ H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français, Contribution à la théorie générale de la donation*, Bibl. dr. priv. CLXXXIV, préf. P. Raynaud, L.G.D.J., 1985, n° 151 et s., et les réf. citées.

parfois allé rechercher la valeur à laquelle ces unités avaient été affectées. Mais quelle est la validité de ce raisonnement, appliqué à notre hypothèse ?

On peut dans un premier temps considérer que le législateur, par le nouvel article 1099-1 du Code civil, a eu à cœur d'interdire cette façon de penser, fondée sur l'indivisibilité existant entre la donation de la somme et son affectation à un bien. L'article 1099-1 dispose en effet : « quand un époux acquiert un bien avec des deniers qui lui ont été donnés par l'autre à cette fin, la donation n'est que des deniers et non du bien auquel ils sont employés ». Mais on en déduirait peut-être trop vite que l'indivisibilité est proscrite. Le deuxième alinéa de l'article laisse plutôt penser que cette disposition n'a pour effet que de délimiter l'objet de la donation : il ne s'agit pas du bien acquis, dans sa matérialité, mais de la valeur de ce bien. Autrement dit, l'indivisibilité entre la donation et l'acquisition peut créer, en cas de restitution ou de rapport une dette de valeur, mais pas une obligation en nature. Il ne semble donc pas que l'on puisse utiliser cette disposition législative pour considérer le rattachement de la donation à un bien comme illégitime, et d'autant moins que cela semble correspondre à une pente fondamentale de la jurisprudence, qui en présente des exemples aujourd'hui encore ¹.

Pour aborder cette question, il est nécessaire de démonter les mécanismes psychologiques qui y sont à l'œuvre. On observera en guise de préambule qu'il faut une totale indivisibilité entre la donation et l'emploi de la somme pour les accrocher l'une à l'autre : si par exemple le donataire recevait cent francs, qu'il utilisait pour moitié à l'acquisition d'une chose, le reste de la somme étant employé plus tard, on peut douter que l'on considérerait les biens acquis comme représentant la valeur de la donation. Il est donc nécessaire que l'emploi soit non seulement immédiat, mais aussi du total de la somme.

Ces conditions déplacent le raisonnement sur un autre terrain. Cette adéquation, tant dans le montant que dans le moment, ne vient-elle pas suggérer que la donation a été faite dans le seul but de l'achat ? Le donateur aurait pu acheter lui-même le bien en question, puis en faire don au donataire ; mais il a préféré que ce dernier fasse l'acquisition lui-même. Dans ce cas, il y a une donation déguisée quant à l'objet, qui justifie l'indivisibilité retenue par la jurisprudence. On ne peut plus alors se demander si la révocation de la donation fera naître une dette libellée en unités de paiement. La donation étant en réalité une donation d'immeuble, il est plus juste de considérer que la révocation doit porter sur l'immeuble, ou au moins sur sa valeur. On peut en effet considérer que le fait de la donation d'argent, même à seule fin d'acquérir un immeuble, emporte en lui-même la nécessité de restituer la valeur monétaire de l'immeuble, et non l'immeuble lui-même.

La question de la légitimité du procédé se pose en revanche dans l'hypothèse où la somme donnée a été employée en totalité, mais indépendamment de tout désir du donateur. La restitution portera-t-elle alors sur la valeur de la chose achetée, ou sur le montant de la donation ? Il semble que la seule solution juste soit la dernière. Il serait en effet illégitime d'avantager ou de désavantager le donateur selon ce qui a été fait de la somme, alors qu'il a donné cette somme dans la considération de son montant et non dans la perspective de son emploi. Dans ce dernier cas, on aura donc tendance à penser que la restitution porte sur le même nombre d'unités de paiement qui a été donné. On y sera d'ailleurs incité en observant une importante différence avec la situation précédente dans l'ordre chronologique des actions. Dans la première situation, l'intention du donateur

¹ Dernièrement : Civ. 1^{re} 18 janvier 1989, *D.* 1989.305, note G. Morin ; *J.C.P.*, éd. N., 1989.II.149 note J.-F. Montredon ; *Rev. trim. dr. civ.* 1989.794 obs. J. Patarin.

d'acheter l'immeuble précède la donation de somme d'argent, qui n'est au fond qu'un moyen de satisfaire cette volonté ; en revanche, dans notre hypothèse, la donation précède le désir d'acheter, qui ne vient à l'existence que par l'occasion que la donation provoque. Au surplus, ce désir n'a pas été manifesté par le donateur, puisqu'il ne naît chez le donataire qu'en raison de la donation. Il serait donc illégitime de confondre deux situations qui se distinguent par les intentions dont elles portent la trace ¹.

De la sorte, on peut affirmer que sauf dans le cas de la donation déguisée, la révocation de la donation de somme d'argent donnée est une obligation de restitution dont l'objet est libellé en unités de paiement. À nouveau, la disparition de la cause de la donation ravale la monnaie au rang de simple marchandise.

244. La dernière situation à évoquer est celle où le transfert de monnaie procède d'un paiement, et tend à éteindre une dette qui n'existe pas. Deux situations sont visées : le paiement de l'indu, bien sûr, qui consiste pour le *solvens* à payer une dette inexistante, et le paiement de la dette qui sera ultérieurement annulée ². Ces deux hypothèses doivent-elles être confondues ³ ? L'annulation de l'obligation, qui entraîne la nullité du paiement par disparition de sa cause, est considérée comme rétroactive. C'est-à-dire que la cause de la nullité ayant toujours existé, le paiement n'a jamais été légitime. Une fois la nullité révélée et prononcée, elle remonte à la formation du contrat, et celui-ci est considéré comme ayant toujours été nul ⁴. De telle sorte que le *solvens* qui avait payé une dette considérée à l'époque comme légitime se trouve avoir effectué un transfert monétaire dépourvu de cause. La situation ressemble donc par sa structure au paiement de l'indu. Dans les deux cas, le paiement est dépourvu de cause ; cependant, le *solvens* aurait pu savoir que son paiement était dépourvu de cause dans le cas du paiement de l'indu, mais non dans le premier cas.

Une différence sépare toutefois les deux hypothèses : l'action en répétition de l'indu n'est recevable que si le *solvens* a payé par erreur. Cette erreur est une des conditions essentielles de l'action en répétition, faute de laquelle la répétition ne pourra pas être poursuivie ⁵. Mais d'évidence, cette condition ne peut être exigée dans le cas du paiement d'une dette annulée. Si erreur il y a au moment du paiement, ce n'est pas une erreur sur l'existence de la dette, comme dans la répétition de l'indu, mais éventuellement une erreur sur la validité de la dette : le débiteur paie sans savoir que la dette est viciée. Cette différence entre les deux situations a longtemps été considérée comme une différence de nature, encore que les tribunaux aient souvent écarté cette condition ⁶. Il reste que la doctrine a

¹ On se gardera d'autant plus de cette confusion que l'indivisibilité est ordinairement fondée sur la volonté du donateur (F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, op. cit., n° 473 et s.).

² Où se range l'hypothèse de la rescision pour cause de lésion, ultérieurement étudiée.

³ En faveur de l'absence de distinction : B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Obligations*, t. 3, *Régime général*, Litec, 3^e éd., 1989, n° 234, p. 97.

⁴ R. JAMBU-MERLIN, « Essai sur la rétroactivité des actes juridiques », *Rev. trim. dr. civ.* 1948.271 ; G. DE LA PRADELLE, *Les conflits de lois en matière de nullités*, Bibl. dr. int. priv., VIII, Dalloz, 1967, première partie.

⁵ Y. LOUSSOUARN, « La condition d'erreur du solvens dans la répétition de l'indu », *Rev. trim. dr. civ.* 1949.212.

⁶ Civ. 1^{re} 28 juin 1969, *J.C.P.* 1969.II.16131, note R. L. ; Com. 29 février 1972, *Gaz. Pal.* 1972, 2, 70.

aujourd'hui bien mieux précisé cette condition d'erreur du *solvens*, bien distinguée de l'erreur vice du consentement. L'étude minutieuse de la jurisprudence montre que l'erreur n'est pas recherchée pour elle-même, à la façon d'une condition d'ouverture du droit à répétition, mais qu'elle est exigée parce qu'on ne saurait pas autrement si le *solvens* n'a pas payé en connaissance de cause, dans le désir de faire une libéralité. L'erreur joue donc un rôle quasi-probatoire et n'est pas une condition de fond. En matière de restitution après annulation, il est d'emblée évident qu'il n'y a aucune intention libérale, puisque le *solvens* ignorait que son paiement serait nul. Le fait que l'annulation n'ait lieu qu'après le paiement implique sans aucun doute que la condition d'erreur ne peut être exigée dans ce cas dans son sens usuel¹, sauf à admettre que l'erreur sur la validité de l'obligation fait aussi bien l'affaire. Il est en tout cas admis aujourd'hui que les deux situations peuvent être traitées de la même façon². Dans l'un et l'autre cas, le paiement de l'indu fait naître une dette de restitution d'un même montant que ce qui a été versé. Cette dette est donc libellée en unités de paiement³.

B. Régime des obligations libellées en unités de paiement

245. Il existe un certain nombre d'obligations de somme d'argent, où la monnaie apparaît tant *in obligatione* qu'*in solutione*, dont l'objet est constitué d'unités de paiement et non d'unités de valeur. Ces obligations se ressemblent d'ailleurs par leur origine ou leur fonction : ce sont toutes des obligations procédant de restitutions⁴. Il reste à présent à savoir comment cette obligation de somme d'argent pourra s'insérer dans la classification proposée entre obligations en nature et obligations en valeur.

¹ P. CHAUVEL, note sous Civ. 1^{re} 17 juillet 1984, *D.* 1985.258. V. égal. : J. GHESTIN, « L'erreur du solvens, condition de la répétition de l'indu ? », *D.* 1972, *Chron.* XLIV, p. 271.

² J. GHESTIN, *Encycl. Dalloz, Rép. dr. civ.*, V^o « Répétition de l'indu », n^o 17 et s. I. DEFRENOIS-SOULEAU, « La répétition de l'indu objectif », *Rev. trim. dr. civ.* 1989.243, spéc. n^o 3.

³ G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Les obligations*, t. 2, *Le régime*, précité, n^o 241, p. 214.

⁴ Cela ne signifie peut-être pas que toutes les restitutions monétaires entrent dans cette catégorie, dans la mesure où le régime positif de certaines restitutions ne correspond pas à ce schéma, comme la restitution des biens de l'absent après son retour (G. GOUBEUX, *Traité de droit civil*, t. VII, *Les Personnes*, L.G.D.J., 1989, n^o 100, p. 109) ; mais toutes celles qui y entrent sont des restitutions consécutives à des transferts monétaires. La doctrine n'a pas pour autant mis en évidence cette catégorie des restitutions monétaires comme regroupant des obligations unies par des caractéristiques de structure comme de régime. Deux auteurs semblent avoir eu l'intuition de cette communauté, sans réellement la fonder juridiquement : J. LOPEZ-SANTA MARIA, *Le droit des obligations et des contrats et l'inflation monétaire*, t. I, *Chili et droits hispano-américains*, Éd. du C.N.R.S., 1980, spéc. p. 165 et s. ; P.-J. HABIB, *Les conséquences de la dépréciation monétaire sur les obligations en droit civil interne ; étude comparative des droits français et québécois*, th. Paris II, 1977, multigr., qui a opposé dans son plan les obligations résultant de restitutions (p. 324), à celles qui n'en résultent pas (p. 14), mais sans jamais exposer les raisons de ce découpage.

246. L'obligation monétaire dont le montant est constitué d'unités de paiement se distingue des autres obligations monétaires par son objet. L'une et l'autre se rejoignent en revanche dans la mesure où elles s'exécutent par un versement d'unités de paiement. Mais cette différence d'objet est essentielle pour le classement.

Les obligations en nature sont celles dont l'objet coïncide avec la prestation qui les exécute. L'obligation d'unités de paiement s'y rattache donc, qui réalise ce critère puisque le même objet se retrouve dans l'objet de l'obligation et dans la prestation : l'unité de paiement. De la sorte, aucune difficulté d'évaluation ne peut se poser concernant cette obligation : ce qui doit être payé est adéquat à l'objet, c'est-à-dire au montant, de la dette¹. Dans la rigueur des principes, on aura donc tendance à considérer que cette obligation monétaire n'est rien d'autre qu'une obligation en nature, ce type d'obligations étant caractérisé par la similitude entre les deux objets de l'obligation et du paiement².

À la réflexion, ce rattachement aux obligations en nature ne devrait d'ailleurs pas surprendre, en dépit d'un premier mouvement de rejet causé par des habitudes trop bien ancrées. Du fait du rôle de marchandise que la monnaie joue dans les restitutions, et qui n'est pas son rôle plein, l'obligation d'unités de paiement s'apparente à une obligation de donner des marchandises. Le fait qu'il s'agisse en l'espèce de monnaie n'a guère de conséquences sur le mode de classement. L'objet de cette obligation étant composé d'unités de paiement, celles-ci se trouvent incorporées dans le champ obligatoire. Les parties à l'obligation ont donc assumé les possibles évolutions de la valeur de ces unités de paiement, puisque ces variations, pour perturbatrices qu'elles puissent être, sont intrinsèques à l'objet et non extrinsèques. La dépréciation apparaît ainsi comme un risque couvert par les parties.

247. Du reste, cette analyse théorique n'est en rien contredite par l'étude détaillée du régime de toutes ces obligations, qui se comportent de fait comme des dettes non monétaires. Dans certaines situations privilégiées, on peut d'ailleurs comparer *in situ* leur fonctionnement avec celui des obligations en valeur, et en voir apparaître toutes les différences. L'analyse purement conceptuelle des obligations libellées en unités de paiement se confirme ainsi par la constatation de spécificités apparaissant dans son régime. L'exemple le plus caractéristique à cet égard est celui de l'action en rescision pour lésion, dans les ventes d'immeuble ou le partage. Le seuil de la lésion, on le sait, n'est pas le même dans les deux cas ; mais le processus de l'action est identique. Aussi raisonnera-t-on sur l'exemple de la lésion des sept douzièmes en matière immobilière, en nous contentant d'en détailler les seuls aspects importants pour notre propos³.

¹ Un certain nombre de dispositions du C. civ. le précise d'ailleurs expressément, tels que les art. 869, 1895 ou 1932.

² Ce rattachement permet d'insister à nouveau sur la modification importante que cette classification introduit par rapport à la classification traditionnelle : la présence de monnaie dans une obligation, qui lui interdit normalement l'accès à la catégorie des obligations en nature, est une caractéristique à notre avis dépourvue de pertinence. Dans notre classification, l'obligation en nature n'est caractérisée que par la certitude qui provient de la similitude de son objet à la prestation qui l'exécute. On ne doit donc pas rejeter l'assimilation de l'obligation d'unités de paiement aux obligations en nature sous le seul prétexte que la monnaie y intervient de façon claire.

³ Notamment, on laissera ici de côté le fait que l'article 1681 C. civ. dispense l'acquéreur de verser le dixième du prix, en tout état de cause. Sur la réglementation de la lésion : J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *La vente*, précité, n° 424 et s., p. 490 ;

Primus, propriétaire d'un immeuble d'une valeur de mille francs en a imprudemment cédé la propriété à Secundus, pour un prix de trois cents francs. La somme payée par Secundus étant inférieure de plus des sept douzièmes à la valeur de l'immeuble, Primus se voit ouvrir l'action en rescision pour lésion. Ce qui signifie qu'il peut demander à Secundus de choisir entre deux possibilités : compléter le prix payé et conserver la propriété, ou bien renoncer à son titre et se voir restituer la somme versée. C'est Primus qui intente l'action en rescision, mais l'article 1681 du Code civil donne à Secundus le droit d'opter pour le régime de son choix. C'est à la confrontation de ces deux régimes que l'on va s'attacher, en supposant qu'au moment où Primus ouvre l'action, la valeur de l'immeuble a augmenté, et s'est établie à deux mille francs.

Supposons que Secundus décide de conserver la propriété. Il est alors débiteur du complément du prix à l'égard de Primus. Mais si la lésion s'apprécie par rapport au prix de vente de l'immeuble, la jurisprudence décide depuis 1961 que le complément de prix doit être calculé par rapport à la valeur de l'immeuble au moment du rachat de la lésion¹. Pour évaluer ce complément, la jurisprudence procède par un raisonnement proportionnel². En payant trois cents francs sur mille, Secundus avait payé les trois dixièmes du prix de vente. Il lui restait donc à en payer sept dixièmes³. Mais ces sept dixièmes seront imputés sur la valeur actuelle de l'immeuble, soit deux mille francs. Alors qu'au moment de la vente, Secundus n'a pas payé sept cent francs, il doit payer le double pour racheter la lésion : mille quatre cents francs.

Si Secundus choisit l'autre branche de l'alternative, il va laisser rescinder la vente, en récupérant ce qu'il a payé. Dans la ligne de ce qui vient d'être vu, on pourrait penser que la jurisprudence mènerait encore un raisonnement proportionnel pour restituer le prix versé. Les tribunaux pourraient ainsi considérer que Secundus a versé trois cents francs, soit trois dixièmes du prix, et donc que Primus lui doit les trois dixièmes de la valeur actuelle de l'immeuble dont il redevient propriétaire. Secundus, qui a payé trois cents francs, s'en verrait donc restituer six cents. Mais quoique cette méthode procède d'un mode de calcul similaire au précédent, elle n'est pas retenue par les tribunaux, qui suivent en cela l'article 1681 du Code civil. Ils décident plus simplement, en conformité avec la formule du Code selon laquelle « l'acquéreur a le choix de rendre la chose en retirant le prix qu'il en a payé », que la restitution portera sur les mêmes trois cents francs qui ont été versés par Secundus, quelles que soient la valeur de l'immeuble et l'éventuelle dépréciation de la monnaie⁴.

P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les contrats spéciaux*, précité, n° 222 et s., p. 132 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Principaux contrats : vente et échange*, par M. DE JUGLART, précité, n° 879 et s., p. 148.

¹ Décision rendue en matière de partage, mais clairement transposable : Ass. plén. 9 mars 1961, *D.* 1961.505, rapp. Ancel ; *J.C.P.* 1961.II.1209, note Voirin. *Addé* : R. SAVATIER, « Le rachat de la lésion et l'instabilité monétaire », *D.* 1961, *Chron.* XXXVII, p. 139 ; sur le mécanisme de la double évaluation : G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 261, p. 218.

² Civ. 3^e 22 janvier 1970, *D.* 1970.753, rapp. Cornuey ; *Rev. trim. dr. civ.* 1970, p. 788, obs. G. Cornu, et p. 164, obs. Y. Loussouarn.

³ Pour un exemple développé du mode de calcul, v. J. GHESTIN et DESCHÉ, *op. cit.*, n° 441, p. 504.

⁴ Implicitement : H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 887, p. 154.

248. Si l'on raisonne en considération des catégories de la classification proposée ici, les deux branches de l'option témoignent de la prise en considération d'une obligation en valeur dans un cas, d'une obligation en nature dans l'autre. Lorsque la jurisprudence considère les trois cents francs versés par Secundus comme une fraction de l'immeuble, elle transforme la dette de rachat de la lésion en obligation en valeur. Si Secundus veut conserver la propriété de l'immeuble, il acquitte une dette dont le montant consiste en une évaluation, puisqu'il doit la valeur monétaire des sept dixièmes de l'immeuble. En revanche, dans le cas où la vente est rescindée, la jurisprudence traite la restitution de la somme versée comme une obligation en nature : l'objet de la dette n'est plus alors que le même nombre d'unités de paiement qui a été transféré par Secundus.

Mais ce double traitement n'est en aucun cas l'effet d'une décision arbitraire des tribunaux. Le fondamental arrêt de 1961¹ n'est à la vérité que la prise en compte intuitive d'une dualité de régime. À la base, il y a toujours les mêmes trois cent francs versés. Mais il est normal et légitime qu'en cas de rescision, ces seuls trois cents francs soient restitués. La vente se trouvant rétroactivement annulée, la cause du paiement est supprimée et cette somme ne peut plus passer pour autre chose qu'un transfert non causé qui doit être restitué à l'identique. Si les tribunaux décidaient non de restituer la somme nominale, mais la fraction du prix qu'elle représente, ils commettraient une erreur grave : ils feraient survivre un contrat annulé pour les seuls besoins d'une restitution². La vente n'a jamais eu lieu, en raison de la lésion qui la grevait *ab origine*, ainsi que de la double décision de Primus de la mettre en cause, de Secundus de la laisser rescinder. De la sorte, la jurisprudence ne pourrait pas considérer ces trois cents francs comme trois dixièmes de la valeur de l'immeuble, puisqu'ils n'y sont en aucune manière rattachés. À supposer qu'on le tente néanmoins, ce rattachement apparaîtrait comme aussi arbitraire et immotivé qu'un rattachement à telle quantité de céréales ou à tel poids d'or, au motif que les trois cents francs représentaient bien une telle valeur au moment du versement du prix.

Le régime de l'obligation d'unités de paiement se caractérise ainsi par l'impossibilité à aller rechercher une valeur derrière l'objet de l'obligation. Celui-ci, composé d'unités de paiement, est détaché de toute valeur, et ne saurait y être artificiellement rattaché. De la sorte, les obligations d'unités de paiement s'exécuteront toujours en nominal, dans le même temps où la jurisprudence ou les parties iront chercher la valeur qui se trouve derrière les obligations d'unités de valeur. Il paraît en effet légitime, s'agissant du rachat de la lésion, d'accrocher les trois cents francs versés à la valeur de l'immeuble puisqu'aussi bien l'argent est versé pour parfaire une vente en cours de réalisation. L'exécution des obligations d'unités de paiement s'apparente ainsi à celle des obligations en nature, jamais à celle des obligations en valeur.

¹ Ass. plén. 9 mars 1961, précité.

² La liaison entre le prix et la chose en dépit de l'annulation de la vente est souvent maintenue dans l'objectif d'apurer les comptes. Mais tant la démarche en elle-même que les résultats auxquels elle aboutit paraissent discutables. Pour les applications jurisprudentielles, v. Com. 21 juillet 1975, *D.* 1976.582 note E. Agostini et P. Diener ; Com. 18 octobre 1974, *D.* 1975.625 note P. Malaurie ; Civ. 1^{re} 12 décembre 1979, *J.C.P.* 1980.II.19464 note J. Prévault ; Rouen 1^{er} juillet 1969, *D.* 1970.235 ; Paris 26 mai 1972, *J.C.P.* 1973.II.17419 ; plus généralement : E. POISSON-DROCOURT, « Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat », *D.* 1983, Chron. XV, p. 85. Mais la Cour de cassation est heureusement revenue sur cette façon de procéder : J. MESTRE, « Des restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », *Rev. trim. dr. civ.* 1988.528.

249. L'exemple très pur de la lésion permet de relever la brutale différence de régime entre les obligations d'unités de paiement et les obligations en valeur. Mais d'aucuns pourraient contester la portée des considérations tirées de cette analyse en invoquant le fondement moral de la lésion¹. La différence de traitement entre les deux branches de l'option ne serait ainsi motivée que par les conditions propres au phénomène lésionnaire, qui rend le contrat « contraire à la conscience »². Mais s'il est vrai que la lésion peut apparaître comme une irruption brutale de la morale dans le droit civil, cette seule considération ne permet pas en elle-même de justifier son régime. Le fait que la dette de valeur joue au profit du vendeur, et jamais à celui de l'acheteur ne résulte pas de considérations morales, destinées à protéger un vendeur naïf contre un acquéreur peu scrupuleux³. Pour s'en rendre compte, il n'est que de se placer dans l'hypothèse d'une baisse des prix immobiliers. A ce compte, le rachat proportionnel de la lésion s'élèverait à une somme inférieure à celle qui résulterait du paiement du complément du prix initial. C'est donc le vendeur qui souffrirait du principe de la dette de valeur, et l'acquéreur qui s'en trouverait bien. Sauf à considérer que la baisse des prix immobiliers est un phénomène imaginaire, on ne peut donc pas accepter que le régime de la lésion procède de considérations morales. Les motifs purement mécaniques qui ont été mis en évidence son bien plus explicatifs que le fondement moral.

On se convaincra mieux encore de la validité de l'exemple choisi en voyant qu'il n'est pas le seul qui permette cette comparaison entre les deux types d'obligations⁴. Une autre situation, un peu moins lumineuse toutefois, permettra les mêmes constatations. Mais contrairement à l'exemple de la lésion où la comparaison s'évince d'elle-même, il faudra ici la construire à partir de l'exemple de la donation de somme d'argent.

250. Un père donne une somme de mille francs à chacun de ses deux fils, Primus et Secundus, avec laquelle ils acquièrent en bourse la même quantité des mêmes actions, qu'ils conservent. Quelques années plus tard, au moment de la mort du père, Primus voit sa donation révoquée pour ingratitude, tandis que Secundus rapporte sa donation à la succession, aux fins de liquidation du régime successoral. La même somme versée suivra alors deux régimes différents. Concernant Primus, la révocation de la donation l'obligera à considérer qu'il a reçu mille francs sans aucune cause. C'est cette même somme de mille francs

¹ Sur les rapports entre lésion et morale, v. surtout : G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4^e éd., L.G.D.J., 1949, n° 61 et s.

² Formule anglaise, citée par Ripert, *op. cit.*, n° 67.

³ Sur cette question, v. H. DE MESMAY, *La nature juridique de la lésion en droit civil français*, th. Paris II, 1980, multigr., spéc. n° 57 et s., p. 177.

⁴ La différence de régime entre les obligations libellées en unités de valeur et les obligations libellées en unités de paiement apparaît également, mais de façon moins claire, en matière de garantie des vices cachés. Aux termes de l'art. 1644 C. civ., l'acheteur a le choix entre rendre la chose en se faisant restituer le prix — obligation libellée en unités de paiement —, et garder la chose et obtenir la restitution d'une partie du prix, évaluée par expert — obligation libellée en unités de valeur. On retrouve une disjonction du même type que celle à laquelle on assiste en matière de lésion ; mais ici, ce n'est pas tout à fait la même somme qui est traitée de façons différentes : dans un cas on restitue ce qui a été versé ; dans l'autre, on remodèle le prix. En tous cas, on voit ici aussi fonctionner *in situ* les deux types d'obligations, dans des registres très proches (Sur la question, J. GHESTIN et B. DESCHÉ, *op. cit.*, n° 742 et s., p. 798).

qu'il restituera à son père ou à la succession¹. Secundus en revanche ne rapportera pas mille francs à la succession, mais la valeur correspondant aux actions acquises avec ces mille francs². La même obligation de restitution de mille francs est donc considérée dans le cas de Primus comme une obligation en nature, dans celui de Secundus comme une obligation en valeur³.

La solution peut surprendre par son inéquité, si l'on se place dans une hypothèse où la valeur des actions a augmenté, et représente par exemple trois mille francs. Primus, censément indigne puisque sa donation a été révoquée, restituera beaucoup moins que Secundus, qui s'est bien comporté vis-à-vis de son père. D'où l'on se convaincra mieux encore que ces méthodes de restitution ne sont pas fondées sur des considérations morales, mais, ce qui est bien plus adéquat, sur l'effet mécanique du fonctionnement des obligations. C'est parce que l'argent remis à Primus n'a aucune cause que celui-ci doit en restituer le montant nominal ; c'est en revanche parce qu'on est allé rechercher la valeur derrière la somme versée à Secundus qu'il doit rendre trois mille francs.

251. L'obligation d'unités de paiement est donc marquée par une certaine immutabilité. La prestation qui l'exécute correspond toujours à l'objet de l'obligation, sans aucun égard pour les variations de la monnaie. On peut d'ailleurs observer que cette immutabilité est expressément prévue par le Code civil, pour certaines obligations libellées en unités de paiement. Sous des aspects parfois redondants, les articles 1895 pour le prêt, 1932 pour le dépôt, 869 en matière de rapport des libéralités, 1436 ancien en matière de paiement des récompenses⁴, précisent que la dette de restitution porte sur la somme même qui a été versée⁵ ; dans les hypothèses où le Code est resté muet, la jurisprudence s'est chargée de prononcer cette immutabilité en termes souvent nets⁶. On est ainsi conduit à penser que ce type d'obligation ne soulève aucune des difficultés auxquelles la monnaie nous confronte d'habitude. S'apparentant aux obligations en nature, l'obligation d'unités de paiement sera pour le reste de ce travail

¹ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les successions...*, précité, n° 524, p. 406.

² Art. 869, et 860 par renvoi, C. civ. ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 726, p. 537.

³ Dans ce dernier cas, il s'agit bien sûr d'une dette de valeur, de la valeur des actions, et non d'une dette libellée en unités de paiement.

⁴ Art. 1436, *in fine* : « Dans tous les cas, la récompense n'a lieu que sur le pied de la vente, quelque allégation qui soit faite touchant l'immeuble vendu ». V. égal. en la matière les art. 1408 et 1433, toutefois moins nets (sur l'ensemble de la question, A. COLOMER, *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux. Le mal et ses remèdes*, préf. M. Fréjaville, Rousseau, 1955, spéc. n° 48 et s., p. 58).

⁵ Le fait que l'immutabilité de l'objet soit prévue *expressis verbis* pour ces obligations pourrait conduire à la conclusion inverse de celle qui est ici tirée : que la logique interdit le fonctionnement nominal de ces obligations, qui n'est obtenu que par disposition expresse. En réalité, cette formulation expresse ne provient que de la rédaction du Code civil à une époque marquée par la dissociation des monnaies de compte et de paiement : il pouvait être utile de fixer obligatoirement la monnaie en laquelle le compte de l'obligation devait être tenu. Si on mentionne aujourd'hui ces dispositions expresses, ce n'est pas tant pour leur contenu, que la logique juridique détermine aisément, qu'en raison de leur existence même. Toutes ces obligations font l'objet d'un traitement à part, et cette communauté les regroupe et les isole de toutes les autres obligations monétaires.

⁶ V. *supra* n° 248 pour les ex. de rescision de la vente ou de nullité du contrat.

considérée comme une obligation élémentaire, non susceptible de soulever d'interrogations quant à sa nature ou son régime.

Il reste toutefois qu'en vertu du principe du nominalisme, la plupart des auteurs exposent que les obligations dont le *quantum* est monétaire s'exécutent toutes par versement de la somme d'argent prévue au contrat. Cette remarque vaut évidemment que l'objet de l'obligation soit constitué d'unités de paiement, on vient de le voir, ou d'unités de valeur. La différence de régime postulée dans ce travail pourrait donc n'être qu'une illusion, puisqu'aussi bien les deux obligations, censément différentes, fonctionneraient de la même façon. Il reste donc à établir que les obligations libellées en unités de valeur subissent un fonctionnement différent de celui des obligations d'unités de paiement, en droit sinon toujours en fait.

§ 2. LES OBLIGATIONS LIBELLÉES EN UNITÉS DE VALEUR

252. L'étude des obligations de somme d'argent dont le *quantum* est fixé en unités de valeur sera plus brève que celle des obligations d'unités de paiement. En effet, celles-ci n'ont été exposées en détail qu'en raison de leur originalité, de leur caractère dérogoire. En revanche, les obligations d'unités de valeur ne feront pas pour l'heure l'objet d'une telle étude car il en sera longuement question dans la suite de ce travail. La seule question à laquelle on s'efforcera de répondre ici a trait au rattachement des obligations d'unités de valeur à l'une ou l'autre des catégories jusqu'ici évoquées.

L'obligation en nature se définit par l'identité de son objet avec celui de la prestation qui l'exécute. Ce critère suffit donc à en écarter l'obligation libellée en unités de valeur : l'objet en est composé d'unités de valeur, tandis que la prestation est exécutée par un versement d'unités de paiement. Pour estimer qu'il y a coïncidence entre ces deux objets, et rapprocher l'obligation d'unités de valeur de l'obligation en nature, il faudrait considérer que les deux unités de valeur et de paiement ne sont en fait qu'une seule et même chose, que l'objet de l'obligation et la prestation sont superposables. Mais cette affirmation est inexacte, comme on doit à présent en être convaincu. En outre, elle conduit à tenir pour valide l'ancienne conception indistincte de la monnaie, que l'on a répudiée après en avoir montré le caractère peu explicatif. Les deux unités composant la monnaie sont assez différentes l'une de l'autre pour que l'on puisse affirmer que l'obligation libellée en unités de valeur n'est pas une obligation en nature. Doit-on pour autant la rapprocher de la catégorie des obligations en valeur ?

253. La question revient à se demander si un certain nombre d'unités de valeur équivaut à une évaluation. En première approche, on peut en douter : une évaluation exigerait une liquidation au moment de l'exécution de l'obligation afin de savoir quel nombre d'unités de paiement sera dû, alors que le libellé en unités de valeur semble déboucher directement sur un paiement. Lorsque le montant d'une obligation est ainsi fixé, le débiteur sait quel nombre d'unités de paiement il devra payer, qui est identique. Mais cette absence de liquidation avant paiement ne suffit pas à écarter l'obligation du groupe des obligations en valeur, et apparaît comme un effet de surface : plutôt comme une différence de régime

que comme une différence de nature ¹. S'il n'est pas nécessaire de liquider le *quantum* de l'obligation d'unités de valeur pour connaître la somme à payer, c'est parce que les deux unités composant la monnaie portent le même nom — toutes deux s'appellent en effet : "franc" —, et que le pouvoir extinctif d'une unité de paiement s'impute sur une dette d'une unité de valeur. On sait ainsi d'emblée qu'une dette d'un franc se payera par le versement d'un franc, alors que le même mot franc recouvre deux réalités de nature différente. Si l'on revenait au système de la différenciation des monnaies de compte et des monnaies de paiement que l'ancienne France a longtemps connu, la liquidation du montant de l'obligation monétaire redeviendrait nécessaire dans la perspective du paiement. La dette d'unités de compte fixée dans l'obligation ne pouvant *a priori* être directement éteinte par aucune somme prédéterminée d'unités de paiement, il faudrait évaluer la valeur de cette dette en unités de paiement au moment de l'exécution de l'obligation ². La démarche est la même aujourd'hui, mais on ne le voit plus en raison de la coïncidence des noms des deux unités, qui entraîne par voie de conséquence une certaine liaison dans leur fonctionnement. Mais de cela, on ne peut pas déduire que le passage entre l'objet de l'obligation et celui de la prestation est automatique. C'est un passage qui a été simplifié par l'évolution monétaire, mais qui doit néanmoins être effectué.

Le *quantum* d'une obligation d'unités de valeur s'apparente en soi à une valeur, quoiqu'il ne soit pas besoin de la liquider *in extremis* pour en permettre le paiement. On peut d'ailleurs aller plus loin encore dans le rapprochement de l'unité de valeur du concept de valeur en montrant que l'obligation d'unités de valeur et la dette de valeur ne sont que deux moments d'un même processus, que la dette de valeur commence, et que l'obligation monétaire achève.

254. Entre la formation de la dette de valeur et son exécution monétaire, une étape intermédiaire est nécessaire : la conversion de la valeur incorporée dans l'objet en un certain nombre d'unités monétaires ³. L'obligation s'exécutant par versement d'unités de paiement, le débiteur doit à l'échéance savoir à quel montant sa dette s'élève. Mais il reste à se demander si le montant ainsi obtenu est donné en unités de paiement, ou en unités de valeur. L'idéal serait que la conversion s'établisse directement de la valeur dans les unités de paiement, puisque l'exécution de l'obligation se fera au moyen de ces unités. Le nombre en serait ainsi connu sans plus d'opérations. Mais ce lien direct ne peut exister. On l'affirmera en premier lieu au motif que l'équivalent monétaire d'une évaluation est toujours composé d'unités de valeur, en vertu de la construction que l'on a élaborée de ces unités. Celles-ci reflétant la contrepartie monétaire d'une valeur perçue, on voit mal comment la liquidation d'une dette de valeur pourrait s'exprimer autrement que par un certain nombre d'unités de valeur. En outre, imaginer que la liquidation puisse se faire directement de la valeur aux unités de paiement méconnaît la nature propre de ces unités : cela revient à estimer que les unités de paiement ont par elles-mêmes une valeur, ce qui est inexact. Les unités de paiement n'ont pas de valeur, mais incorporent un certain pouvoir d'extinction des dettes libellées en unités de valeur. Ce que l'on prend parfois pour leur valeur intrinsèque n'est rien d'autre que le reflet de la valeur mesurée par les unités de valeur, avec lesquelles elles ont un nom en partage. Les unités de paiement ne permettant que d'éteindre des dettes, on ne peut pas considérer qu'il existe un

¹ C'est en revanche ce trait qui distingue l'obligation libellée en unités de valeur de la dette de valeur.

² Sur le système des monnaies à l'âge classique : F. BRAUDEL, *op. cit.*, p. 383 et s ; B. SCHNAPPER, *Les rentes au XVI^e siècle*, précité, p. 142 et s.

³ G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 237 et s.

mode direct de transfert de la valeur, qui constitue l'objet de l'obligation dans des unités de paiement. En outre, un passage immédiat d'une catégorie à l'autre aurait pour conséquence de transformer la dette de valeur en obligation en nature, ce qui serait bien paradoxal.

Avant leur exécution, les dettes de valeur seront donc liquidées, et le résultat de cette liquidation sera la transformation de l'objet de l'obligation en un certain nombre d'unités de valeur¹. Cette étape existe, même si elle est invisible : le paiement serait autrement irréalisable. Il n'est toutefois pas certain qu'elle se marque par une scansion chronologique : la liquidation n'est qu'à peine antérieure au paiement de l'obligation. Mais c'est cette préséance logique qui permet de dire que, fût-ce pendant un instant de raison, la dette de valeur est muée en obligation monétaire. L'obligation d'unités de valeur apparaît ainsi comme une étape obligée pour les dettes de valeur sur leur chemin vers l'exécution². Cela crée entre ces deux obligations un lien très fort, qui est un lien de nature. Si la dette de valeur a vocation à se transformer en obligation de somme d'argent avant son exécution, c'est parce que les deux obligations sont d'un même type, quoi qu'elles ne soient pas saisies au même moment du parcours. Mais cela ne signifie pas pour autant que les deux obligations soient identiques³.

255. Les deux obligations sont donc deux moments différents d'un même mouvement, qui part de la valeur pour aboutir au paiement monétaire. Sur cette route, la dette de valeur est située en amont, l'obligation monétaire en aval, plus près du paiement. Cette différence de localisation emporte certaines conséquences quant à l'utilité respective des deux obligations. Du fait qu'elle s'attache à la valeur des choses, la dette de valeur est à l'abri des effets de la dépréciation monétaire. En revanche, étant libellée en monnaie, l'obligation monétaire répercute toutes les variations de la "valeur" de la monnaie. Cette différence de sensibilité explique que les parties aient tendance à choisir telle ou telle forme, en considération de leurs intérêts respectifs et de leurs perceptions quant à l'évolution de la monnaie.

Mais cette différence d'objectif ne résulte que du régime positif de l'une et l'autre obligation. S'il est vrai que l'obligation monétaire expose le créancier à la dépréciation de la monnaie, c'est parce que le droit français s'oppose à la valorisation des obligations. Loin de considérer que le valorisme automatique est une bonne chose, on se contente ici de relever que si le droit français était favorable à la valorisation des créances, l'obligation d'unités de valeur protégerait aussi efficacement le créancier contre la dépréciation que la dette de valeur dont elle ne serait qu'une modalité idéale⁴. Le valorisme constituerait une protection

¹ *Ibid.*, n° 372, p. 300.

² Ce lien n'est peut-être pas à sens unique, comme on le suggère ici. Même liquidée, l'obligation conserve certains traits qui la rapprochent de la dette de valeur qu'elle fut : G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 300 et s.

³ Dans sa thèse, M. Hubrecht s'était opposé à la théorie des dettes de valeur récemment élaborée par Nussbaum, en alléguant que : « toutes les dettes d'argent sont des dettes de valeur, car il ne paraît pas possible de penser argent sans penser valeur » (G. HUBRECHT, thèse précitée, p. 242). Dirigée contre la théorie de la dette de valeur, cet argument ne porte pas. Les objectifs qu'atteint la dette de valeur sont hors de portée de la dette de somme d'argent, ce qui suffirait à la distinguer. Mais il est regrettable que M. Hubrecht n'ait pas tiré toutes les conséquences de son rapprochement entre monnaie et valeur : il avait probablement vu un des traits communs de la structure des obligations qui se paient en monnaie.

⁴ Pour passer du système actuel à un système valoriste, il suffirait de disjoindre les deux unités, comme cela a été le cas dans l'ancienne France. C'est ainsi qu'au lieu

plus efficace encore que celle qu'apporte la dette de valeur en ce que la seule dépréciation de la monnaie serait corrigée, et non les évolutions propres du bien qui sert de pivot à la valeur dans le système de la dette de valeur.

Mais le valorisme automatique est refusé en France, au nom du principe du nominalisme. Ce refus résulte surtout de décisions d'ordre économique ou de politique juridique, et non de la nature de l'obligation d'unités de valeur qui peut techniquement se prêter à un régime valoriste sans inconvénient. Le *quantum* de cette dernière obligation est en effet assimilable à une valeur, que l'on pourrait songer à lier à la "valeur" de la somme de monnaie en question au moment de la formation de l'obligation. Soit une dette de cent unités de valeur : sa valeur est de cent. Objectera-t-on que cela n'est rien dire ? On aura à la fois raison et tort. Raison parce que le chiffre de cent ne renseigne pas sur la valeur effective de l'obligation. Mais tort également parce que l'on n'a pas besoin de connaître cette valeur effective. L'important n'est pas en effet d'apprécier la valeur de ces cent unités, mais de savoir si cette valeur se modifie : s'apprécie ou se déprécie. Si nous disposions d'indicateurs fidèles nous permettant de mesurer qu'entre la formation de l'obligation et son exécution, la monnaie s'est dépréciée de dix pour cent, il nous serait alors aisé de réévaluer le montant du paiement prévu de manière à corriger les effets de cette dépréciation. Il suffira en effet que le débiteur paie à peine plus de cent onze unités de paiement au créancier pour que les perturbations occasionnées par les aléas de la monnaie s'estompent¹.

Mais ce système n'a pas cours en droit français². C'est du reste une excellente chose en soi, puisque l'on verra que la mesure exacte de la dépréciation ou de l'appréciation monétaire est impossible à connaître. De ce fait, le droit français n'accepte aucune réévaluation de l'obligation d'unités de valeur, contrairement à ce qui se produit implicitement pour la dette de valeur. Mais cette différence entre les deux obligations ne résulte que d'une réglementation positive, et non de la nature intrinsèque des obligations. Le paiement nominal est une nécessité pour les obligations d'unités de paiement ; il procède en revanche d'un choix pour les obligations libellées en unités de valeur.

d'éteindre une dette d'un franc, la pièce d'un franc pourrait être donnée en paiement d'une dette de cinquante centimes, par exemple, en fonction de la date de la constitution de la dette. Pour glisser dans un système valoriste, il suffit de modifier le pouvoir d'extinction des unités de paiement : au lieu de la parité actuelle due au nom, ce taux d'extinction est ainsi fondé sur la date de naissance de la dette et les aléas de la conjoncture survenus depuis.

¹ Deux auteurs ont notablement développé un valorisme de principe. Savigny a autrefois été très attaché à ce raisonnement, qui lui a valu de nombreuses critiques : SAVIGNY, *Le droit des obligations*, t. II, précité. M. Hirschberg a repris aujourd'hui ce flambeau, dont les travaux sont entièrement tournés contre le principe nominaliste ; v. notamment : E. HIRSCHBERG, *The impact of inflation and devaluation on private legal obligations*, Ramat-Gan, 1976. Parmi les auteurs valoristes, on pourrait aussi évoquer la figure du doyen Gény, encore que son valorisme soit tempéré, et orienté vers la protection des créanciers : F. GÉNY, « La validité juridique de la clause "payable en or" dans les contrats entre particuliers français en temps de cours forcé », *Rev. trim. dr. civ.* 1926.557 ; « Cours légal et cours forcé... », précité.

² J. CARBONNIER, « Le principe du nominalisme monétaire et ses limites en droit français », *Travaux et conférences de l'Université libre de Bruxelles*, t. VIII, 1960.113 ; spéc. p. 121 et s.

256. Les obligations de somme d'argent suivent donc deux régimes distincts, ce qui justifie qu'elles soient dépecées entre obligations en nature et obligations en valeur. D'une part, les obligations libellées en unités de valeur se rattachent aux obligations en valeur, en dépit du fait qu'un régime nominaliste leur est imposé. D'autre part, les obligations libellées en unités de paiement doivent être considérées comme des obligations en nature, et le nominalisme est pour elles une caractéristique structurelle. Écartelée entre ces deux catégories, l'obligation de somme d'argent retrouve un régime unitaire par son fonctionnement nominal : quel que soit le type d'obligations, le valorisme n'a pas droit de cité. C'est pourquoi il importe de réexaminer le principe du nominalisme, afin de comprendre pourquoi il s'impose aux obligations de somme d'argent de deux façons mal conciliables, et de découvrir s'il existe un principe unitaire du nominalisme.

CHAPITRE II RÉGIME DE L'OBLIGATION MONÉTAIRE

257. En France comme dans la plupart des pays, on choisit de faire suivre aux obligations de somme d'argent une règle nominaliste¹. Une dette de somme d'argent est ainsi toujours payée en fonction de son montant nominal, sans aucun égard pour l'évolution de la valeur de ce montant depuis la constitution de la dette. Le nominalisme s'oppose par là au valorisme, qui tend à intégrer la valeur à l'intérieur de la dette de monnaie. Par diverses méthodes, le valorisme accroche le *quantum* de la dette de monnaie à une valeur, dont les évolutions seront suivies pas à pas. De la sorte, le créancier n'est pas soumis à la dépréciation monétaire, mais à la destinée de la valeur choisie. C'est contre cette substitution à l'intérieur de l'objet de l'obligation que le nominalisme se prononce, qui refuse de laisser quelque place que ce soit à l'évaluation. Le nominalisme est un mode de pensée qui proscribit absolument que l'on ait égard à quelque valeur que ce soit à l'intérieur de l'objet de l'obligation de somme d'argent, et en demeure à l'énoncé nominal du *quantum* de la dette.

258. Quoiqu'affirmé depuis longtemps, ce principe du nominalisme ne va pas sans incertitudes. Celles-ci tiennent d'abord au fait qu'il a évolué avec les formes de la monnaie. Il y a un nominalisme historique lié à la monnaie métallique qui n'a plus rien à voir avec le nominalisme actuel, propre à une monnaie sans valeur intrinsèque². Le principe est encore incertain en ce qui concerne son domaine. S'il a commencé par interdire le jeu de la valeur dans les obligations de somme d'argent, il a aussi été brandi par certains auteurs à l'encontre d'un tel jeu dans toutes les obligations qui se paient en monnaie, en dépit qu'elles ne fussent pas strictement monétaires. Ainsi, on ne saurait dire *a priori* si cette exclusion de la valeur se manifeste sur toute l'étendue du droit des obligations, ou si elle se limite au seul paiement monétaire. Dans cette dernière acception, le nominalisme

¹ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Contrat*, précité, n° 547, p. 238 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Les obligations*, t. 2, *Le régime*, précité, n° 14 et 15 ; A. BÉNABENT, *Les obligations*, précité, n° 122, p. 60 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Obligations*, précité, n° 863, p. 949 ; J. CARBONNIER, *Les biens*, précité, n° 13, p. 27 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les obligations*, précité, n° 990, p. 438. Pour des aspects comparatifs, v. F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 80 et s. ; T. A. DOWNES, « Nominalism, indexation, excuse and revalorisation: a comparative survey », *The Law Quarterly Review* 1985.98.

² Sur le nominalisme propre à la monnaie métallique, v. B. SCHNAPPER, *Les rentes au XVI^e siècle*, précité, p. 179 et s.

n'est qu'un principe de solution applicable à la question du montant des dettes ; dans la première en revanche, le nominalisme prend une tournure drastique, et pourrait interdire toute évaluation dans le montant de l'obligation, et objecter de la sorte à l'existence de la catégorie des obligations en valeur.

La question que pose le principe du nominalisme est donc double, qui porte tant sur ses modalités que sur son domaine d'application. En tant que principe général du droit, a-t-il vocation à se prononcer globalement sur le jeu de la valeur à l'intérieur de toutes les obligations qui s'exécutent en monnaie, ou se limite-t-il aux obligations dont le *quantum* est fixé en monnaie ?

259. Le réexamen nécessaire du principe est rendu pénible par l'énoncé incertain qui en est donné par la doctrine comme par les tribunaux. Une formulation claire est difficile à trouver : sur le plan judiciaire, le nominalisme est certes un principe inspirateur de solutions, mais un principe qui n'est jamais mis en avant, qui ne fonde aucune décision ; pour les auteurs, le principe est considéré comme incontestable dans son existence, mais ses effets varient des uns aux autres.

L'incertitude règne donc quant à la formulation du principe. Que l'on tente d'en exprimer la substance, et une équation est très fréquemment donnée comme synthétisant le principe : « un franc égale un franc »¹. À la lettre, cela signifie que l'extinction des dettes de somme d'argent se fait en fonction de leur montant nominal, et non de la valeur de la monnaie. Toute obligation qui fait intervenir la monnaie *in obligatione* et *in solutione* n'est donc pas susceptible de voir son *quantum* réévalué ou modifié pour des raisons tenant à la variation du pouvoir d'achat de la monnaie.

Mais lorsque l'on recherche une expression détaillée du principe qui en indique tous les aspects, il semble qu'alors le nominalisme déploie ses effets jusqu'à refuser tout jeu de la valeur à l'intérieur des obligations monétaires. Sont de la sorte interdits tous les types de valorisme, automatique comme contractuel, ainsi que la revalorisation exceptionnelle des dettes consécutive à de trop graves bouleversements de la valeur de la monnaie².

Ainsi, d'un énoncé concentré à une présentation déployée, le nominalisme semble s'être modifié tant l'écart est important. À l'équation canonique correspond le rejet du valorisme automatique, qui en serait la négation. Mais le valorisme contractuel et la revalorisation exceptionnelle des dettes ne paraissent pas devoir être interdits par cette expression du principe. Pour passer d'une formulation à l'autre, il faut ajouter ou retrancher selon le cas. Il s'en déduit que l'énoncé du principe est mal stabilisé, qu'il hésite entre divers contenus possibles.

Il importe toutefois d'aller rechercher la vérité du principe, d'en donner un contenu minimal adéquat au droit positif.

260. On ne peut essayer de rendre compte des embarras du nominalisme sans en rechercher les causes dans l'Histoire. Deux raisons y incitent : c'est d'abord dans l'évolution du principe que l'on pourra saisir les influences différentes qui ont concouru à son élaboration ; en outre, le terme "nominalisme" n'est pas

¹ C. LARROUMET, *op. cit.*, n° 63, p. 60 ; A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 122, p. 60 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, n° 990, p. 543 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, précité, n° 1257, p. 488 ; A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 1000, p. 971 ; J. GHESTIN et M. BILLIAU, *Le prix dans les contrats de longue durée*, L.G.D.J., 1990, n° 42, p. 73.

² J. CARBONNIER, « Le principe du nominalisme... », précité ; J. CARBONNIER, *Les biens*, précité, n° 28, p. 49.

spécifique au droit monétaire, mais fait référence à une école de pensée apparue au Moyen-Âge et plongeant ses racines dans la philosophie antique, active dans les domaines théologique et philosophique ¹. On peut ainsi penser que les embarras du nominalisme tiennent aux divers courants qui s'y fondent, époque après époque.

Guillaume d'Occam, représentant le mieux accompli du courant nominaliste, a essayé de régler la question du rapport entre les choses et les mots. En elles-mêmes, les choses sont des entités spécifiques, individuelles et uniques. Mais elles sont prises en charge par des mots, par des appellations qui en transcendent les spécificités pour atteindre à la généralité. À l'essence propre de la chose s'oppose l'universalité du mot, son caractère véhiculaire. La question débattue autour du nominalisme notamment au Moyen-Âge a consisté à préciser le sort de ces universaux du langage dans leur rapport avec les choses. Pour certains, l'aspect conceptuel de ces universaux devait être reconnu : le conceptualisme a ainsi cherché à raisonner sur des catégories abstraites en admettant que ce qui s'en évincerait s'appliquerait aux réalités concrètes que les mots recouvraient. Face à ce conceptualisme, plus ou moins absolu selon les époques, les nominalistes tenaient que les universaux du langage n'étaient que des mots, vides de toute substance. La connaissance du particulier était la seule connaissance qui vaille, la connaissance en soi.

Ce nominalisme philosophique a des traits communs avec le nominalisme monétaire. Celui-ci s'est opposé au valorisme par une attitude de fond tendant à imposer l'idée que la valeur de la monnaie n'était pas réductible à son pouvoir d'achat mais à sa valeur nominale, comme le nominalisme philosophique a voulu montrer que les universaux du langage ne valent que comme des noms et n'ont pas de validité quant aux référents auxquels ils renvoient. Dans les deux cas, il s'agit de trancher l'option entre le signe et ce qu'il désigne. Mais si la problématique est en partie commune, la question a été résolue de façon opposée sur les deux terrains, ce qui interdit de placer le nominalisme monétaire dans la filiation du nominalisme philosophique. Ce dernier fait choix de la chose contre le mot, du référent contre le signe, alors que le nominalisme monétaire préfère le signe à ce à quoi il renvoie, le nom monétaire à la composition de la monnaie ².

261. La recherche historique des conditions qui ont présidé à l'élaboration du nominalisme serait instructive, puisqu'on pourrait y voir le nominalisme monétaire prenant son autonomie au sein de l'ensemble conceptuel du nominalisme, et ce nouveau principe monétaire fondre en lui divers apports extérieurs. Autrement exposé, il serait intéressant de saisir les origines du nominalisme tant en synchronie qu'en diachronie, de manière à pouvoir en saisir toutes les déterminations. Mais ce n'est pas à une telle recherche que nous nous livrerons ici, faute des compétences nécessaires bien sûr et parce que les enjeux de cette étude sont limités au domaine monétaire.

La recherche historique ne sera pas pour autant abandonnée, puisque nous chercherons à connaître les conditions économiques qui ont rendu possible le développement du nominalisme, et les différents enjeux entre lesquels il a été partagé (Section I). Mais cette exploration ne tendra qu'à refonder le principe, en

¹ P. VIGNAUX, *Nominalisme au XIV^e siècle*, Vrin, 1981 ; J.-A. SCHUMPETER, *Histoire de l'analyse économique*, t. I, précité, p. 128 ; C. DUPUY, avant-propos au *Traité des monnaies* de Nicolas Oresme, précité, spéc. p. 22 ; J. LARGEAULT, *Enquête sur le nominalisme*, Paris-Louvain, 1971.

² C. DUPUY, avant-propos au *Traité des monnaies* de Nicolas Oresme, précité, n. 22, p. 23.

conciliant ses nécessités conceptuelles avec les aspects connus en droit positif (Section II).

Section I ÉLABORATION DU CONTENU DU NOMINALISME

262. La question de la "valeur" de la monnaie et des répercussions des bouleversements de cette valeur se présente différemment selon que l'on se situe dans un système de monnaie métallique ou de monnaie fiduciaire. Dans un cas en effet, les pièces ont un cours commercial c'est-à-dire une valeur marchande, à côté de leur cours légal. Il va donc falloir choisir entre l'un et l'autre cours pour se prononcer sur l'objet de l'obligation de somme d'argent : on pourra avoir égard au cours légal, et considérer le montant de l'obligation comme immuable, ou bien au cours commercial, et ne retenir le contenu du montant de l'obligation qu'au regard de la valeur métallique incorporée dans l'objet de l'obligation¹. Dans l'autre cas, la monnaie n'étant faite que de papier, sa "valeur" est avant tout une abstraction qui renvoie à la fois à un contenu psychologique et à une manifestation économique : le pouvoir d'achat. En dépit de cette essentielle différence dans les systèmes monétaires, le principe du nominalisme est réputé s'appliquer à la monnaie métallique comme à celle qui ne l'est pas, et qui plus est de la même façon. C'est pourtant dans un environnement métalliste que le principe est apparu, ce qui a influé sur les conditions dans lesquelles il a pu être transposé aux systèmes postérieurs. Mais encore faut-il savoir de quelle manière le principe fonctionnait dans le système métalliste.

263. La question de l'évaluation des obligations a pris un tour polémique au Moyen-Âge lorsque se sont opposées deux conceptions de la valeur de la monnaie, face aux mutations monétaires décidées par les Pouvoirs en place².

¹ Cette hésitation typique de l'ancienne France est en fait le propre des systèmes de monnaie métallique bien plus que de la division des monnaies. C'est ainsi qu'elle a continué d'exister après l'unification interne des monnaies, et perduré tant qu'il y a eu des monnaies-or.

² On trouvera des exemples en matière de rente chez : B. SCHNAPPER, *op. cit.*, p. 180 et s. (Une très grande importance est donnée à la rente au XVI^e siècle parce qu'elle était alors le substitut du prêt à intérêt, interdit par la loi. Le rachat des rentes constituées pose des problèmes identiques à ceux de la restitution du prêt aujourd'hui, l'une et l'autre opération se produisant après un certain temps passé, lorsque la dépréciation monétaire a produit ses effets). V. aussi : G. HUBRECHT, « Quelques observations sur l'évolution des doctrines concernant les paiements monétaires du XII^e au XVIII^e siècle », *Mélanges Simoni*, p. 133.

Dans une première vue, métalliste ou réaliste, les parties qui contractaient et spécifiaient un prix entendaient par là non un certain nombre de pièces de monnaie frappées, mais un certain poids de métal précieux, correspondant au poids total des pièces estimé lors de la fixation du prix. De la sorte, si la teneur en métal précieux ou le poids des pièces employées venaient à être modifiés sans que celles-ci ne disparaissent, le raisonnement valoriste conduisait à refuser le paiement du prix par versement du nombre de pièces prévu, et à ne l'accepter que s'il consistait en un nombre de pièces dont le poids de métal ou la teneur correspondaient aux conditions métalliques initiales. À cette considération d'équilibre contractuel s'opposait le principe du nominalisme, pour lequel la seule valeur à retenir pour le paiement de l'obligation était la valeur faciale des pièces. Dans cette vue, les mutations monétaires ne devaient pas avoir la moindre répercussion sur les parties puisque la modification de la valeur intrinsèque des pièces n'avait pas d'effet sur leur valeur extrinsèque, leur valeur faciale. Un paiement prévu par référence à un certain nombre de pièces métalliques était valablement effectué dès lors que ce nombre de pièces était versé, en dépit des évolutions de la teneur métallique de celles-ci.

264. De cette opposition entre nominalisme et valorisme, appelé encore réalisme, ainsi que de la victoire du premier sur le second, on trouvera une illustration d'une particulière netteté dans la décision de principe anglaise sur la question, très souvent citée pour la clarté de ses attendus, le « *case de mixt moneys* »¹. Gilbert, habitant Londres, avait vendu des marchandises à Brett de Drogheda, en Irlande. En contrepartie, Brett devait lui payer à Dublin cent livres sterling en monnaie ayant cours légal. Mais sous l'influence des guerres d'Irlande qu'il fallait financer, la reine Elizabeth proclama l'abrogation du cours de la monnaie anglaise en Irlande, et attribua ce cours à une pièce de moindre teneur métallique que la livre anglaise, d'où son nom de *mixt money*. Le *mixt money* ayant cours légal en Irlande, et le paiement devant se faire à Dublin, il était clair qu'il aurait lieu dans cette monnaie. La question essentielle à la libération du débiteur était celle du montant de la dette. Pour des raisons d'opportunité, Gilbert assumait alors une attitude valoriste, Brett une attitude nominaliste. Celui-ci considérait en effet qu'il ne fallait avoir égard qu'au nom : le *mixt money* remplaçant la livre sterling en Irlande, il y devenait la livre sterling, et les dettes en livres sterling réglables en Irlande y devaient être payées en *mixt money*. À l'inverse, Gilbert tenait un raisonnement valoriste, aux termes duquel la dette de cent livres sterling contractée par Brett n'était pas une dette d'un montant abstrait, mais une dette fondée sur la valeur d'un certain nombre de produits vendus, cristallisée dans le métal des livres sterling. En conséquence, il lui paraissait choquant de ne pas prendre en considération le fait que cent unités de *mixt moneys* ne correspondaient plus à la valeur des cent livres sterling, donc à celle des marchandises cédées dans la vente.

Pour résoudre le problème, le *Privy Council* commença par confirmer le statut juridique du *mixt money*. La nouvelle pièce fut ainsi considérée comme ayant cours légal en Irlande, puisque, selon la formule de la décision, le *mixt money* est : « *le loyall and current money de cest realme de Ireland* »². Il ne s'agissait donc que de savoir si Brett pouvait se libérer en payant à Gilbert cent de ces pièces, ou s'il lui devait la contre-valeur de cent livres anglaises telles qu'elles existaient au moment de la formation du contrat. Le *Privy Council*, après avoir établi le cours légal de cette monnaie, en tira la conséquence qu'elle

¹ *Gilbert v. Brett* (1604), Davies 18 ; 2 State trials 114. Citations chez Mann, *op. cit.*, p. 90 et s. ; et A. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 172.

² (La monnaie légale en circulation dans le Royaume d'Irlande).

se substituait à la livre sterling, et ce dans cette langue babélique qui date d'après la conquête de l'Angleterre par Guillaume, où le Saxon et le Français mélangé au Latin sont encore côte à côte sans que l'Anglais ait émergé. « *Le doubt prima facie fuit, come cest mixt money sera dit sterling. Et pur le cleering de cest doubt, fuit dit que en chescun coine ou piece de money est bonitas intrinseca et bonitas extrinseca. Intrinseca consistit in pretiositate materiae et pondere, viz. finenesse and weight. Extrinseca bonitas consistit in valuatione seu denominatione, and in forma seu caractere... Et cest bonitas extrinseca, que cest auxy dit æstimatio sive valor impositus est formalis and essentialis bonitas monetæ; and cest forme dat nomen and esse a le money: car sans tiel forme le plus precious and pure metall que poet estre nest pas money. Et pur ceo Molinæus libro de mutatione monetæ dit, non materia naturalis corporis monæ, sed valor impositus est forma et substantia monetæ, quae non est corpus physicum sed artificiale, come Aristotle dit Ethicorum lib. 5* »¹.

Le *mixt money* devait donc, après la proclamation royale dont il avait fait l'objet, remplacer la livre sterling en Irlande. Encore restait-il à savoir si cette substitution pouvait affecter les contrats en cours, et substituer le *mixt money* à la livre sterling qui y était prévue en paiement. Appliquant un raisonnement nominaliste le Conseil Privé d'Irlande décida que ce n'était pas la valeur de la monnaie au moment de la formation du contrat qui importait, mais la monnaie ayant cours légal lors de l'exécution de ce contrat, au lieu du paiement : « *Et pur ceo tiel money serra pay que serra current à tiel future temps, issint que le temps del payment, and nemy le temps de contrat, serra respect* »². L'obligation de cent livres sterling pouvait donc être payée par Brett grâce à un versement de cent livres de plus faible teneur métallique, pour le simple motif que le *mixt money* avait le cours de la livre sterling en Irlande.

265. Le principe du nominalisme est contenu dans cette affaire, et il s'y définit par son opposition au valorisme. Schématiquement, le nominalisme s'en tient à la valeur faciale des pièces de monnaie, le valorisme à leur valeur réelle, c'est-à-dire à leur valeur marchande. Mais les deux doctrines ne sont ni "vraies" ni "fausses". L'une et l'autre adoptent à l'égard du système de la monnaie une position qui a sa cohérence. Le choix d'un fonctionnement nominaliste ou valoriste n'est pas l'effet de nécessités profondes tenant à la monnaie, mais le résultat d'enjeux. Comprendre le nominalisme d'hier comme celui d'aujourd'hui, c'est essayer de saisir les raisons du choix, c'est-à-dire élucider ces enjeux.

Il reste donc à décomposer le fonctionnement de ce nominalisme, pour en décrire la structure et le fondement dans un système de monnaie métallique (§ 1),

¹ (On put douter de prime abord que le "*mixt money*" puisse être qualifié de sterling. Et pour que le doute se dissipe, il fut considéré qu'en chacune de ces pièces se trouvait une valeur intrinsèque (*bonitas intrinseca*) et une valeur extrinsèque (*bonitas extrinseca*). La valeur intrinsèque tient dans la matière, le poids et l'aloi. La valeur extrinsèque tient dans la dénomination et l'aspect de la pièce... Et cette valeur extrinsèque, que l'on peut qualifier d'estimation de la valeur imposée, est la qualité formelle et essentielle de la monnaie : cette forme donne son nom et sa vie à la monnaie : sans cette forme, le métal le plus pur, le plus précieux, ne peut pas être considéré comme de la monnaie. À ce sujet, Dumoulin dit dans son livre sur les mutations monétaires : « ce n'est pas la matière qui fait la monnaie, mais la valeur qu'on attribue à la pièce de monnaie, qui n'est pas physique mais conventionnelle comme Aristote l'avait dit dans son *Éthique à Nicomaque*, Livre 5 »).

² (Quant à cela, la monnaie payée sera celle qui circulera au moment du paiement, et non celle qui avait cours lors de la formation du contrat)

avant de voir comment la transposition a pu se faire, et au prix de quelles approximations, à un système de monnaie fiduciaire (§ 2).

§ 1. LE NOMINALISME ET LA MONNAIE MÉTALLIQUE

266. Dire que le nominalisme naît dans un environnement métalliste ne précise pas assez les conditions de son émergence. Composée de métal précieux, la monnaie peut aussi bien se présenter sous forme de pépites ou de lingots, que de pièces de monnaie. Mais seule cette dernière forme d'émergence monétaire justifie l'apparition du principe nominaliste. Par cette innovation capitale qu'a été le monnayage, la valeur des pièces a pu entrer en conflit avec leur poids ou leur nom (A). Et cette concurrence a rapidement tourné à l'avantage de la marque de la pièce. Mais cette victoire, qui est aussi celle du nominalisme sur le valorisme, n'a été rendu possible que par le développement d'une théorie des pouvoirs propres de la royauté, préfigurant la théorie étatique de la monnaie (B).

A. Le monnayage et l'apparition du nominalisme

267. Le mode de pensée nominaliste en matière monétaire n'a de sens que pour les sociétés qui ont recours au métal précieux monnayé. Si le métal est utilisé sous la forme de lingots ou de pépites, une pesée est nécessaire lors de chaque transaction. De la sorte, le concept d'unité monétaire n'a pas encore de validité propre, l'unité de poids de métal précieux étant le pivot du système ¹. Tout cela change avec le monnayage, qui substitue la pièce de monnaie au métal sans forme prédéterminée. Mais encore faut-il s'entendre sur la signification du monnayage ². Il importe bien peu que le métal se présente sous la forme de pépite ou sous une apparence circulaire, s'il faut malgré tout le peser lors de chaque transaction. L'évolution de la pépite à la pièce n'est alors qu'une amélioration technique, condition d'un véritable monnayage qui reste encore à venir. Et celui-ci n'apparaît que lorsque l'on tire partie de la circularité ouvrée des pièces et de leur caractère reconnaissable pour les peser une fois frappées, et inscrire ce poids sur leur avers. Elles peuvent alors circuler dans les échanges de façon autonome, sans devoir être repesées avant toute transaction. C'est là l'origine du nominalisme, au moins dans une acception étymologique.

Ce n'est en effet qu'à partir du moment où le poids des pièces de monnaie a été inscrit sur leur avers que l'habitude a été prise de nommer ces pièces, souvent d'ailleurs d'après le poids marqué. C'est lui qui se répand dans les conversations et les contrats comme mode de désignation, pour devenir petit à petit le nom de la pièce de monnaie. De cette habitude, il demeure que le nom des pièces les plus anciennes est souvent le nom d'unités de poids ³. À la faveur du monnayage,

¹ Ce qui n'empêche la notion d'unités de valeur de se reconstituer autour de cette unité de poids. V. G. F. KNAPP, *infra*, n° 275.

² *Supra*, n° 88.

³ La livre sterling, le mark allemand, sont ainsi des noms monétaires qui renvoient à une indication ancienne de teneur en métal.

c'est le nom monétaire qui naît, ouvrant de larges perspectives à l'histoire de la monnaie. Encore fallait-il pour cela que le monnayage se répandît largement, c'est-à-dire que le poids des pièces ait pu se transformer en un nom propre. C'est clairement ce qui s'est passé en Occident dès le Haut Moyen-Âge.

268. Le monnayage est devenu essentiel à la circulation économique et aux transactions parce qu'il supprimait l'office obligé des peseurs dans les paiements¹. Mais il a également apporté avec lui un risque d'abus dans les échanges, qui jusque là n'existait pas. Dès lors que les pièces n'étaient plus repesées par les parties aux échanges, il pouvait être intéressant de bouleverser le rapport prétendu entre le poids ou la teneur en métal de la pièce, et la valeur qu'elle indiquait. La pièce, plus pauvre en métal précieux qu'elle n'aurait dû l'être, était échangée pour une valeur marchande supérieure à sa valeur réelle : cela constituait un enrichissement pour celui qui avait procédé à la manipulation. Cet abus a revêtu différents aspects selon le degré de raffinement de la fraude². Une manipulation un peu primaire consiste dans l'écornage de la pièce, c'est-à-dire l'amputation d'une petite parcelle de métal : le poids réel est ainsi inférieur au poids indiqué sur la pièce, qui est pourtant le poids pour lequel elle circulera. De manière à peine plus fine, c'est le monnayeur qui peut lui-même procéder à une sorte d'écornage institutionnel de sa pièce, en indiquant un poids théorique qui ne correspond pas à la réalité. Mais une telle fraude peut être découverte, au contraire de celle qui consiste à frapper des pièces dont le poids réel est indiqué, mais dont la teneur métallique est inférieure à ce qu'elle devrait être. La pièce circule alors pour un poids théorique de métal précieux, mais le métal qu'elle incorpore est impur, ce que ne révèle qu'une analyse minutieuse de la pièce. La pièce coûte ainsi moins cher au monnayeur, qui la cède toutefois pour son poids et sa teneur affichés.

À côté de ces fraudes à la matérialité de la pièce commises par des personnes privées, le monnayage a également ouvert la voie aux mutations monétaires, mises en œuvre par le pouvoir politique. Cette seconde forme d'abus diffère de la première par la technique, mais la rejoint par ses effets : le possesseur d'une pièce ne jouit pas du pouvoir théorique que cette pièce était supposée lui apporter. Les mutations monétaires ont connu deux modalités successives. Au Moyen-Âge, les mutations sont opérées par décri des pièces de monnaie, et remplacement par de nouvelles pièces d'un poids ou d'un aloi plus faible, mais qui sont investies de la même "valeur extrinsèque"³. Plus subtilement, à partir du XVI^e siècle, la seconde génération de "fraudes" prend acte de l'existence des monnaies de compte, qui sont le résidu des noms monétaires des pièces dont la circulation effective a cessé⁴. La monnaie de compte permet de fixer les prix, mais ceux-ci sont payés en monnaie réelle. Or il suffisait de déclarer que la pièce de monnaie réelle éteignait une somme de monnaie de compte inférieure à celle qu'elle éteignait antérieurement, pour qu'une mutation monétaire soit implicitement réalisée, au détriment des utilisateurs mais à l'avantage du pouvoir royal⁵.

¹ Le droit romain a connu la *mancipatio*, mode de transfert de la propriété réelle qui nécessitait l'intervention du peseur, le *libripens*, dans toute transaction. Sur la complexité de l'opération, v. R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, t. I, Paris, 1941, n° 295, p. 531.

² V. la liste systématique donnée par N. ORESME, *op. cit.*, chap. VIII et s., p. 56.

³ B. SCHNAPPER, *op. cit.*, p. 179.

⁴ M. BLOCH, *op. cit.*, p. 48.

⁵ B. SCHNAPPER, *op. cit.*, p. 180.

269. En dépit des avantages qu'il apportait à la circulation monétaire, le monnayage a donc créé une réelle instabilité dans les échanges en rendant possibles les abus. Les distorsions entre valeur réelle et valeur annoncée ont d'ailleurs pu être le fait tant de l'émetteur de monnaie, que de l'utilisateur. Mais tandis que l'atteinte à la matérialité des pièces a très tôt été considérée comme un grave délit¹, les manipulations opérées par l'émetteur n'étaient pas sanctionnées. C'est ainsi que s'étant approprié le droit de battre ou faire battre les monnaies, les Souverains ont très tôt pu modifier la teneur matérielle des pièces, ou bouleverser le lien entre les monnaies de compte et de paiement à leur profit exclusif.

Les manipulations monétaires sont ainsi devenues un recours quasi-fiscal habituel pour la souveraineté, dès lors que celle-ci était parvenue à s'arroger le droit exclusif de battre monnaie. Mais la condition pour que ces manipulations représentent un notable avantage était que personne ne puisse y objecter en contrecarrant les effets de la mutation. À supposer qu'instruits des modifications, les utilisateurs aient cessé de faire circuler les pièces pour leur poids nominal en exigeant de les repeser avant chaque paiement, les mutations n'auraient plus représenté aucun avantage pour le Souverain. D'où l'apparition historique du principe nominaliste, consistant à interdire aux intervenants économiques de payer sans faire droit à la valeur faciale ou nominale de la monnaie². En imposant aux individus de n'avoir égard qu'à la valeur faciale de la monnaie, sa *bonitas intrinseca* devenait inutile dans les relations économiques ; mais la pièce était néanmoins premièrement cédée par l'émetteur de monnaie pour cette valeur théorique.

Lorsque l'on recherche l'origine du nominalisme, on rencontre le monnayage, qui en a été la condition. En tirant le fil de ce monnayage, on prend conscience des abus, des fraudes, dont il a rendu possible la réalisation. Mais ces fraudes ne doivent pas être conçues comme un incident de parcours : elles sont à leur tour une des justifications du nominalisme, tant il est vrai que l'avantage que tirait la royauté des mutations monétaires a pesé lourd dans la décision de faire survivre le système en l'état.

270. Le nominalisme monétaire est ainsi marqué par les conditions de son émergence, et apparaît à la croisée de deux objectifs mal conciliables. Il se recommande d'abord de conditions d'ordre économique, liées à la circulation monétaire. C'est le versant honorable du principe, qui tient dans l'idée qu'il faut sauvegarder les avantages apportés par le monnayage. La méfiance envers les mutations aurait pu conduire les utilisateurs à repeser les monnaies lors de chaque transaction. Considéré en tant qu'institution, le monnayage n'aurait plus alors été d'aucune utilité et aurait même représenté une charge financière sans aucune contrepartie. Tout le travail d'affinage de la forme des pièces et leur marque proprement dite auraient été inutiles, la monnaie frappée circulant à la façon des pépites de métal précieux. Dans l'énoncé du principe du nominalisme, on lit ainsi une prise de position attentive au bon fonctionnement du circuit économique. La balance des avantages et des inconvénients du nominalisme penchant du côté des avantages, les abus par mutations ne devant être que l'exception, le nominalisme se présente comme la doctrine qui choisit la fluidité de la circulation monétaire contre les tracas du pesage. Et il semble bien que si le

¹ L'altération de la monnaie frappée était considérée comme une des plus graves infractions, le crime de lèse-majesté, non pas en raison de l'importance de la monnaie, mais parce que le portrait du Souverain y était frappé.

² Pour des exemples de ces interdictions, v. A. MATER, *op. cit.*, n° 80, p. 118 et s.

monnayage a été accepté en dépit des risques d'abus, c'est bien parce que la lourdeur des transactions où intervenaient forcément des peseurs a paru un inconvénient plus grave que les abus eux-mêmes¹. Le monnayage est donc marqué à l'origine par les avantages qu'il apporte à la circulation monétaire, les mutations n'en étant en quelque sorte que le prix à payer.

Il n'est guère essentiel pour notre propos de savoir si cette recherche d'une circulation monétaire fluide a été pure de toute arrière-pensée, ou si elle a été dominée par le désir de maintenir vivant le système qui rendait possibles et intéressantes les manipulations. S'il est vrai que c'est la même Royauté qui tirait avantage des manipulations et imposait le nominalisme, on ne saurait en conclure que les avantages circulatoires propres du monnayage n'ont compté pour rien. Tout au plus dira-t-on alors que la Royauté a fait d'une pierre deux coups, en imposant des améliorations du circuit monétaire qui lui permettaient par ailleurs des profits pécuniaires.

271. La préoccupation circulatoire n'est évidemment pas la seule qui ait été prise en compte. On peut même douter que cette seule considération eût pareillement fait du nominalisme un principe monétaire aussi absolu. À côté de l'intérêt pour la circulation monétaire se place l'enjeu pécuniaire : les mutations monétaires étaient un important moyen de prélever indirectement des richesses dans la population.

Il faut insister sur le fait que ces mutations sont un avantage supplémentaire par rapport à celui qui résultait du seul seigneurage². La fabrication de la monnaie n'est pas une activité neutre : elle secrète par elle-même de nombreuses sources de profit. En tout premier lieu, le coût de fabrication de la monnaie ne repose pas sur le monnayeur, qui le répercute sous la forme d'un droit de brassage. Outre ce droit, le monnayeur tire de la frappe un profit, qui est la rémunération de l'exclusivité de son droit : c'est le seigneurage. Il en résulte que la monnaie a cours pour une valeur légèrement supérieure à son poids, la distorsion permettant le paiement effectif du droit de brassage et du seigneurage. Mais ces légers décrochages étaient autrefois parfaitement identifiables, puisqu'institutionnellement prévus. Avant 1914 par exemple, les frais de frappe étaient en France de 2,165 %, tandis qu'à l'époque carolingienne, la frappe et le seigneurage s'élevaient à 9 %³.

C'est par rapport à ces avantages institutionnalisés qu'il faut concevoir l'effet des mutations. Le profit directement issu du monnayage rémunère le monnayeur. Mais il arrive qu'en plus, l'Autorité pour le compte de laquelle le monnayage est effectué veuille elle aussi une rémunération. C'est donc d'une sorte de seigneurage au second degré qu'il s'agit, seigneurage non du monnayeur, mais de celui qui lui a accordé son privilège. Ce prélèvement est d'abord choquant en ce qu'il n'est pas une rémunération, comme le seigneurage, mais une taxe⁴. Il l'est encore parce que n'étant pas institutionnalisé, ce prélèvement n'est enfermé

¹ La chose est d'ailleurs assez habituelle en matière monétaire, où une nouvelle forme de monnaie est toujours adoptée lorsque ses inconvénients paraissent moins lourds que ses avantages. Le billet de banque n'a en soi aucune valeur, ce qui est un inconvénient ; mais il a prospéré parce qu'il permettait de supprimer les crises internes à la monnaie, dues au pluri-métallisme. Le compte en banque dépossède les individus du contact avec leur argent, ce qui est un inconvénient ; mais il permet une rationalisation de l'ensemble des moyens de paiement, tout en diminuant les risques de la détention des fonds.

² N. ORESME, *op. cit.*, chap. VII, p. 55.

³ M. BLOCH, *op. cit.*, p. 21.

⁴ N. ORESME, *op. cit.*, chap. XX, p. 75.

dans aucune limite et donc susceptible de tous les abus, le Souverain pouvant sans cesse augmenter la part prise sur la population au moyen des mutations. De cette situation confuse se déduit à la fois le danger inhérent à ce système sans frein qui entraînera nombre de protestations, et l'acharnement de la souveraineté à le faire prospérer. Le moyen de maintenir l'efficacité des mutations était le recours au nominalisme monétaire, qui interdisait aux particuliers de pouvoir contourner les effets pervers des mutations.

Cette composante est donc également à prendre en considération dans l'apparition historique du principe du nominalisme¹. À côté d'enjeux tenant au bon fonctionnement du système de la monnaie, il y en a d'autres moins avouables, selon lesquels le nominalisme n'est qu'un moyen de faire des prélèvements fiscaux souterrains par la technique des mutations monétaires, c'est-à-dire par ce que l'on nommera plus tard la dévaluation.

272. Curieusement, de ces deux enjeux du nominalisme, c'est le plus conforme à l'intérêt général qui va en surface céder le pas, débordé par un renversement idéologique de première importance à propos des aspects quasi-fiscaux du nominalisme. Les avantages que la Royauté tirait du nominalisme ont dans un premier temps été perçus comme de véritables coups de force : ils dépossédaient la population d'une part des richesses qu'elle détenait, sans aucune légitimité à agir ainsi. De la sorte, certains juristes proches du Pouvoir et soucieux de ses intérêts ont été amenés, plutôt qu'à nier le caractère injuste des manipulations monétaires, à interdire qu'on les conteste en les transformant en prérogatives royales indiscutables dans leur fondement. L'avènement et la théorisation du principe du nominalisme apparaissent ainsi comme un passage du fait au droit, légitimant le coup de force permanent que représentaient les mutations.

B. La théorisation des intérêts du Pouvoir politique

273. Il apparaît clairement que la composante circulatoire du nominalisme n'a jamais retenu l'attention des auteurs qui ont lutté pour ou contre le principe. Sans doute parce que cet aspect des choses désavantageait ceux qui étaient opposés au principe, en même temps qu'il aurait représenté un moyen de défense plus que cynique de la part de leurs adversaires. Il y a en outre dans la considération circulatoire un aspect intellectuellement raffiné, qui ne pouvait peut-être pas émerger à l'époque : dans sa composante circulatoire, le monnayage est inséparable d'une pensée globale du système de la monnaie et du système économique tout court, qui n'apparaît que tard dans l'analyse économique, autour du XVIII^e siècle avec la révolution industrielle. Les enjeux circulatoires du monnayage et donc du nominalisme, qui ont pu venir à l'esprit des auteurs, ne pouvaient pas constituer un terrain de discussion adéquat.

En second lieu, l'aspect circulatoire ne s'est pas trouvé au centre des débats parce que le nominalisme lui-même ne s'y est curieusement jamais trouvé. En elles-mêmes, les manipulations monétaires n'auraient produit aucune conséquence néfaste si le principe du nominalisme n'avait pas existé. Aussi bien la lutte contre les effets des mutations pouvait-elle aussi efficacement se situer sur le terrain des manipulations que sur celui du principe. Mais cette lecture

¹ « Il me semble que la cause première et dernière pour laquelle le Prince veut s'emparer du pouvoir de muer les monnaies, c'est le gain ou le profit qu'il peut en avoir, car autrement, c'est sans raison qu'il ferait des mutations si nombreuses et si considérables », N. ORESME, *op. cit.*, chap. XV, p. 67.

actuelle du système économique n'était pas celle qui était faite à l'époque du développement du principe. Plutôt que de considérer que si les mutations ne pouvaient être interdites au Roi, le valorisme devait en retour être permis à la population, les auteurs hostiles aux droits régaliens ont porté leurs efforts sur le terrain de l'existence et de la légitimité de ces droits. Erreur de perspective certainement, mais aussi peut-être erreur stratégique, puisqu'à la fin du Moyen-Âge, il ne paraît pas que l'intérêt général ait pesé d'un grand poids face aux intérêts royaux ¹.

C'était certainement du principe du nominalisme qu'il aurait fallu discuter, tant sa légitimité est incertaine en période de monnaie métallique. Mais ce sont les manipulations monétaires qui ont été mises en accusation, comme si les pouvoirs de la royauté pouvaient être contenus par les besoins de la population.

274. Sur le terrain choisi, la défaite des adversaires des pouvoirs royaux a été écrasante. Pour s'en apercevoir, il n'est que de se rappeler que les manipulations de Philippe-le-bel à la fin du XIII^e siècle ont tellement choqué l'opinion, qu'il est resté dans l'Histoire sous le nom du "Roi faux-monnayeur" ², et qu'une part notable des travaux d'un intellectuel aussi reconnu que Nicole Oresme ³, moins d'un siècle après, a précisément consisté à contester la légitimité, sinon la légalité, des manipulations monétaires ⁴. Mais un siècle après Oresme, Bodin faisait la théorie des pouvoirs royaux à l'intérieur desquels il faisait entrer les pouvoirs monétaires ⁵, et Dumoulin fondait le nominalisme sur ces mêmes pouvoirs monétaires ⁶, devenant indiscutés. La reconnaissance du nominalisme au XVI^e siècle apparaît ainsi dans la dépendance de la consécration des pouvoirs royaux sur la monnaie : la bataille était perdue faute d'avoir été engagée ; le débat s'était situé sur un terrain inadéquat.

¹ Ces considérations un peu schématiques sur les relations entre le pouvoir royal et la population ne correspondent pas à l'équilibre délicat des pouvoirs qu'un historien détecterait. Il n'en va ainsi que parce que cette reconstitution fait prévaloir l'émergence d'un concept par rapport à la vérité politique ou historique.

² Dante l'a d'ailleurs placé dans l'enfer de sa *Divine Comédie*, avec les grands criminels.

³ E. BRIDREY, *La théorie de la monnaie au XVI^e siècle. Nicole Oresme*, th. précitée.

⁴ « Il est vraiment exécrable et infâme au plus haut point de la part d'un prince de commettre une fraude, de falsifier la monnaie, d'appeler or ce qui n'est pas de l'or, et livre ce qui n'est pas une livre, et autres actes de cette sorte [...] En outre, il lui incombe de condamner les faux-monnayeurs. Comment donc peut-il rougir assez si l'on trouve chez lui ce qu'il devrait chez autrui punir de la mort la plus infâme » N. ORESME, *op. cit.*, chap. XIX, p. 74.

⁵ J. BODIN, *La République*, précité, Livre I, chap. 11. Bodin avait toutefois été précédé dans cette voie par les canonistes qui avaient littéralement interprété l'Évangile selon Saint-Mathieu : « De qui est cette effigie et cette inscription ? ... Rendez à César ce qui est à César », pour estimer que la monnaie appartenait par nature, ou au moins par tradition évangélique, au Souverain (Cf : R. GONNARD, *Histoire des doctrines monétaires*, t. 1, précité, p. 104).

⁶ Cf G. HUBRECHT, th. précitée, p. 35 ; J. HAMEL, *Recherches sur la théorie juridique de la monnaie*, t. 2, précité, p. 28 et s.

Sur le terrain juridique, c'est Dumoulin qui est l'auteur décisif à cette époque ¹. Réinterprétant les textes nominalistes de l'antiquité ², il se situe assez exactement à la croisée des enjeux du nominalisme. D'une part, il défend le monnayage pour lui-même : « le cours et valeur imposée à toute monnoye est la vraie bonté intrinsèque d'icelle, en tant qu'elle est monnoye, soit d'or, soit d'argent. Car si on la considère comme masse, ce n'est plus la considérer comme monnoye » ³. Et d'autre part, Dumoulin fonde cette considération sur les pouvoirs régaliens en matière monétaire. Difficile, la conciliation entre les deux aspects était toute intellectuelle, puisqu'elle reposait sur l'exigence d'une monnaie stabilisée, dont la valeur ne se modifierait pas ⁴. Mais c'était là précisément rendre les deux exigences de la circulation monétaire et des intérêts étatiques inconciliables, puisque la condition de ces derniers était l'existence des mutations. Les nominalistes ultérieurs ont sans doute mieux compris que la stabilité viderait l'option de tout contenu réel, et ils ont choisi de fonder le principe sur les pouvoirs régaliens ⁵.

À la fin du XVI^e siècle, le nominalisme acquiert droit de cité, dans la mesure où les manipulations monétaires deviennent une prérogative royale à laquelle la collectivité est entièrement soumise. Il y a dans ce retournement quelque chose de subtil : mêmes légitimées dans leur principe, les manipulations monétaires auraient pu rester contestées dans leur pratique. Mais les travaux des auteurs du XVI^e siècle visent à rendre impossible toute critique des manipulations, en droit comme en fait. En énonçant que les manipulations sont une prérogative royale, discrétionnaire donc, les auteurs font en sorte que celles-ci ne soient plus discutées dans leur principe, mais aussi bien dans leur opportunité. Le jugement commun est contraint à se retirer, et fait place nette à des pouvoirs royaux sans frein. Les manipulations monétaires ne seront plus jugées pour elles-mêmes, exactement comme si l'on considérait alors que le profit n'y entraînait pour rien. Et même si les avantages pécuniaires s'avéraient en être à la source, ils ne devaient plus servir à les condamner. Ce qui explique qu'à partir de cette date, mais c'est aussi un effet d'un meilleur comportement de la royauté vis-à-vis des monnaies, il n'y aura plus de discussions acharnées autour des réformes monétaires visant à contester les positions prises par le Souverain.

275. Fondé par Dumoulin, un tel nominalisme devait durer autant que la monnaie métallique. Une fois acquis que les manipulations monétaires étaient une nécessité pour le Souverain, peu important qu'il en tire ou non profit, le principe ne pouvait plus guère être ébranlé. Paradoxalement, l'invention du papier-monnaie allait le déstabiliser : le billet de banque étant une monnaie sans valeur intrinsèque, sans autre valeur que faciale, le nominalisme aurait pu s'y adapter d'emblée. Pourtant, effrayés par cette monnaie "dégénérée", les premiers utilisateurs ont voulu revenir à un valorisme de principe fondé sur le pouvoir d'achat de la monnaie, faute de ne conserver entre leurs mains qu'un papier vide de toute valeur. C'est au regard de ces nouvelles exigences que la doctrine a redonné vie au nominalisme en le refondant sur des bases plus actuelles, propres à une monnaie non-métallique. Le mouvement est inauguré par Knapp en Allemagne, qui reconstitue le nominalisme d'une façon qui n'a guère été retenue

¹ B. SCHNAPPER, *op. cit.*, p. 117 et s. et p. 184 et s.

² Notamment ceux de Paul et de Papinien, cités in G. HUBRECHT, th. précitée, p. 19 et s. À ces deux auteurs, il faut ajouter Aristote, dont l'*Éthique à Nicomaque* n'a cessé d'être commenté.

³ G. HUBRECHT, thèse précitée, p. 35.

⁴ *Ibid.*, p. 36.

⁵ *Ibid.*, p. 60 et s.

après lui, mais qui montre le retournement des enjeux au sujet des mutations monétaires ¹.

Prenant acte de la fin de l'ère des monnaies métalliques, Knapp considère que l'époque est contrainte à un nominalisme de principe : « L'homme de la rue est métalliste ; le théoricien quant à lui est contraint de devenir nominaliste, parce qu'il n'est pas toujours possible de définir une monnaie par une certaine quantité de métal » ². C'est principalement sur le fondement de la matérialité de la monnaie que Knapp va établir son nominalisme. Il a montré que l'État était le seul intervenant à pouvoir opérer des substitutions de métaux à l'intérieur des systèmes monétaires ; cette succession de métaux se fait par l'entremise d'une quantité de métal servant de pivot à la substitution, quantité de métal qui a vocation à devenir l'unité en laquelle s'expriment les dettes, soit une unité de compte ³. Là est l'origine du nominalisme, selon Knapp : pour être opératoire, tout système monétaire doit avoir pour pivot une unité de compte, qui est l'unité en laquelle les obligations sont évaluées. De la sorte, même dans un système métalliste, le nominalisme est de mise. Comment ne le serait-il pas lors même que la monnaie change de nature pour devenir fiduciaire, et requiert plus encore une unité de compte ⁴ ?

Ce faisant, Knapp modifie la perspective classique à propos des mutations monétaires. Celles-ci ne sont considérées par tradition que comme un domaine vaguement mystérieux, terrain d'élection des pouvoirs royaux et des profits indus. Mais la perspective se renverse : l'État, successeur de la royauté, ne saurait manipuler les monnaies dans son intérêt ou pour son profit. S'il le fait, c'est au service du bien public. Les substitutions monétaires ne sont pas un caprice du pouvoir, mais une nécessité économique. Or l'État est le seul à être à même de réaliser ces substitutions, sans bouleverser les conditions économiques. Le Pouvoir, longtemps considéré comme fauteur d'abus dans le domaine monétaire, se mue en *deus ex machina* sans lequel la marche de l'économie ne serait plus possible ⁵.

276. Ainsi refondé, le nominalisme conserve toute sa force. Sans doute était-il délicat de justifier le nominalisme par les mutations monétaires, dans un environnement dominé par une bourgeoisie d'affaire peu portée à apprécier les interventions de l'État dans la vie économique. En renouvelant le principe, en le fondant non sur les intérêts de l'État mais sur ceux de la population, Knapp recouvrait le principe d'une dignité nouvelle qui le rendait acceptable : ce qui était né comme un objectif propre du Pouvoir était par là même transformé en moyen propice à la réalisation d'un objectif social.

Les travaux de Knapp n'ont pas directement influencé tous ceux qui, après lui, ont continué à tenir pour le principe du nominalisme. Il reste que c'est sur des considérations du même ordre que le principe a ensuite été défendu.

¹ G. F. KNAPP, *The state theory of money*, précité.

² *Ibid.*, p. 10 (*The natural man is a metallist ; the theorist, on the other hand, is forced to become a nominalist, because it is not always possible to define the unit of value as a given quantity of metal*).

³ *Ibid.*, p. 13 et s.

⁴ *Ibid.*, p. 17 et s.

⁵ Knapp est d'ailleurs très en avance sur la doctrine française, qui a longtemps considéré que les dévaluations ou la dépréciation monétaires ne résultaient que d'un choix délibéré de l'État, destiné à procéder à des prélèvements inavoués. Ce travers a sans doute été favorisé par l'histoire particulière du franc, seule monnaie d'Europe à avoir connu une érosion quasi-continue depuis la fin de la première guerre mondiale (sur l'érosion de la monnaie française, v. R. SÉDILLOT, *Histoire du franc*, précité).

L'attaquer, ce n'était pas tant attaquer l'État, que ses objectifs sociaux, c'est-à-dire sa politique économique¹. Knapp est donc ici l'illustration non d'un renouvellement du nominalisme, mais d'une tendance au rajeunissement de la doctrine, à sa transposition aux systèmes de monnaie non métalliques.

Malgré la modification objective de l'environnement économique, résultant du passage d'un système de monnaie métallique à un système de monnaie fiduciaire, le nominalisme est resté dans la dépendance de pouvoirs devenus étatiques, sans être repensé en dehors d'eux. Il y avait pourtant du chemin à faire pour passer d'un système métalliste à un système où la monnaie ne pouvait plus trouver sa justification dans sa matérialité. Cela aurait sans doute dû inciter à se demander si la transposition du principe nominaliste était légitime, ou au moins à quelles conditions elle pouvait l'être. Mais il n'en a rien été. De là l'étrange configuration du nominalisme contemporain.

§ 2. LE NOMINALISME ET LES SYSTÈMES MONÉTAIRES ACTUELS

277. La transposition d'un principe se référant à la valeur nominale du métal précieux n'a pas pu être réalisée sans mal à un circuit monétaire progressivement émancipé de ce métal. La référence à la valeur faciale de la monnaie pouvait apparaître comme une constante entre l'un et l'autre environnement, justifiant techniquement la transposition. Mais cette justification fonctionnelle impliquait l'abandon du fondement ancien du principe nominaliste. La valeur faciale de la monnaie avait autrefois été choisie contre sa valeur métallique intrinsèque, c'est-à-dire contre le cours commercial du métal incorporé. Cette valeur réelle disparaît avec la monnaie fiduciaire qui n'est matériellement composée que de papier. Le choix de la valeur faciale de la monnaie apparaît ainsi comme une survivance du système antérieur, dépourvue d'assise réelle. En particulier, elle ne permet pas de justifier des raisons pour lesquelles le pouvoir d'achat de la monnaie n'est pas pris en considération dans l'exécution échelonnée des prestations monétaires. Les manipulations avaient été la clef de voûte du nominalisme lors de son installation ; par la disparition de la possibilité de manipuler la monnaie, le principe devient indécis dans son fondement. Le nominalisme s'est en effet greffé sur le nouveau système monétaire en s'attachant à la valeur faciale des monnaies, sans que la disparition de la valeur intrinsèque de la monnaie soit remontée au premier plan pour remettre en cause le choix nominaliste². La greffe réalisée

¹ Cette évolution est sans doute inséparable de l'idée d'État qui se fait jour au XVIII^e siècle, et qui lui assure pour fondement non le coup de force d'une caste ou d'une coterie, ce qui est le cas de la royauté médiévale, mais la souveraineté populaire. Issu du peuple, soutenu par lui, comment l'État pourrait-il aller contre les intérêts de ceux qui l'ont institué ? Il y a chez Knapp l'idée d'un État "bon sauvage", créature désincarnée consacrée au Bien et qui serait inaccessible à toute idée de profit personnel. C'est pourtant en persistant dans son être que l'État use du nominalisme, à mi-chemin entre le bien public et sa survie en tant qu'État.

² Aussi est-il nécessaire de rappeler que l'adaptation du nominalisme à nos systèmes a été facilitée par certains paliers : le métal n'a pas été brutalement démonétisé. Longtemps, les monnaies de papier ont eu des correspondants

incorpore donc une grande part d'arbitraire, qui explique pourquoi le nominalisme ainsi hérité est si confus¹.

278. Au-delà des imprécisions du principe, on peut essayer de le confronter à ses enjeux initiaux pour en percevoir la continuité. Le nominalisme est né à la croisée de deux objectifs : sauvegarder les avantages fonctionnels du monnayage, et assurer un mode de prélèvement indirect au Souverain. On peut retrouver le fil de ces deux objectifs dans les systèmes non métalliques.

En un premier sens, le nominalisme peut être considéré comme assurant le bon fonctionnement du système de la monnaie : il interdit de considérer les évolutions que la "valeur" de la monnaie a connues entre la formation d'une dette de somme d'argent et son paiement. Affirmant que le débiteur ne doit rien d'autre que ce qui était alors prévu, le nominalisme protège la fluidité du circuit monétaire puisqu'aucun calcul n'est nécessaire pour connaître le *quantum* de la dette. Aucune barrière ne s'interpose entre la formation de la dette et son paiement : la circulation monétaire n'est jamais entravée.

Par ailleurs, le nominalisme se coule dans les avantages anciens que la Royauté tirait des manipulations monétaires, en refusant toute prise en considération de la valeur dans les obligations de somme d'argent, c'est-à-dire en refusant que l'évolution du pouvoir d'achat de la monnaie soit pris en compte. Ce n'est pas à dire que l'État procède à des manipulations monétaires destinées à l'enrichir, comme le fit la Royauté : ce serait inexact aussi bien au regard de l'action concrète de l'État que des possibilités du circuit économique. Cela signifie plutôt que les droits de l'État sur la monnaie sont mis au service d'une politique monétaire exclusive, qui n'accepte pas que les particuliers puissent influencer sur la monnaie en y faisant entrer des considérations de valeur qui pourraient la déstabiliser. Le nominalisme n'est donc pas justifié par le profit de l'État, sur les brisées du système ancien, mais par les prérogatives dont il dispose en raison de son rôle politique, économique et monétaire. Dans cette seconde acception, le nominalisme est considéré comme une conséquence ou un effet de la théorie étatique de la monnaie².

279. Ces deux aspects du nominalisme avaient été repérés par le doyen Carbonnier qui avait baptisé la première acception : nominalisme de circulation, réservant le terme de nominalisme d'évaluation à la seconde³. D'un côté, le nominalisme n'a égard qu'à la circulation monétaire et tente d'en garantir la fluidité ; de l'autre, il détache la monnaie de la valeur de façon si absolue qu'il refuse la prise en considération de la valeur dans toutes les obligations qui se paient en monnaie. Mais l'éminent auteur est sans doute revenu sur cette distinction, puisqu'aussi bien elle n'est plus présentée comme une articulation fondamentale du nominalisme⁴. Les motifs de cet abandon ne sont

métalliques en circulation (le franc-or par exemple), avec lesquels elles entraient en concurrence ; ce n'est qu'avec l'établissement définitif du cours forcé de la monnaie, en 1914, que l'or est démonétisé dans les relations internes. Sur ces questions : R. SÉDILLOT, *Histoire du franc*, précité.

¹ On trouve la première trace de la transposition du nominalisme chez Pothier, qui s'interroge sur l'extension du nominalisme au papier, qui n'était pas encore le billet de banque. Cf : B. NOGARO, art. précité, p. 959.

² F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 85 et s.

³ Cité par G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 42 et 43, p. 31 et s. ; P. RAYNAUD, cours précité, p. 35 et s.

⁴ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 9 et s.

malheureusement pas explicités, ce qui nous condamne aux conjectures. La plus immédiate est que l'abandon est motivé par le fait que ces deux tendances ne recouvriraient au fond qu'un seul et même nominalisme, c'est-à-dire que les effets de la distinction seraient artificiels. Reste toutefois à en être certain. Du nominalisme de circulation au nominalisme d'évaluation, le principe paraît écartelé entre des contenus différents et peu conciliables. Dans le système de la monnaie métallique, la fluidité du circuit monétaire et les avantages des manipulations se recoupaient dans une formulation unique du nominalisme. À l'inverse, dans un système de monnaie non-métallique, entre le fonctionnement harmonieux de la monnaie dans les obligations et l'exclusion de la valeur, il y a une disjonction telle qu'on ne sait où se situe la vérité du nominalisme. C'est pourquoi on commencera par confronter l'un à l'autre les deux aspects du principe pour écarter le nominalisme d'évaluation, qui se rattache plutôt à la théorie étatique de la monnaie (A), afin d'établir que le seul contenu rigoureusement assignable au principe est celui du nominalisme de circulation (B).

A. Le nominalisme d'évaluation

280. Pour se rendre compte à quel point le contenu du nominalisme d'évaluation est excessif et discutable, il faut commencer par évoquer ce qu'il y a d'incontestable dans l'énoncé du principe. Le nominalisme de circulation se justifie sans difficulté car il porte avec lui une conception globale du système monétaire qui est immédiatement perceptible. Lorsqu'une obligation monétaire est créée, elle est assortie d'un objet où se trouve précisé le nombre des unités monétaires dues. Le jeu harmonieux du système monétaire veut qu'au moment du paiement, le même nombre d'unités soit versé. S'il en allait autrement, si le montant pécuniaire de l'obligation ne correspondait pas à la prestation, une entrave à la circulation apparaîtrait. Lors de chaque paiement, il faudrait calculer la somme à verser : se reporter à l'époque de la naissance de la dette afin de savoir quelles évolutions la monnaie aurait connues entre-temps, et corriger ces bouleversements par la modification du nombre des unités à payer. En conséquence, la circulation monétaire serait toujours entravée par la nécessité de recalculer le *quantum* des dettes, à supposer du reste que ce calcul ne soulève pas de difficultés intrinsèques¹. C'est l'ensemble de ces difficultés que le principe du nominalisme a pour fin d'éviter, en exigeant qu'une dette soit payée par référence à son montant nominal, et non aux évolutions que la valeur de la monnaie a pu connaître entre la constitution de la dette et son paiement. Le nominalisme de circulation procède ainsi à une stabilisation du montant de la dette, destinée à rendre fluide la circulation monétaire.

En partant du nominalisme de circulation, on aboutit ainsi à une composante du nominalisme d'évaluation. Celui-ci s'oppose en effet au valorisme automatique, de droit, attitude consistant à recalculer le montant de chaque dette

¹ On peut en effet douter qu'en pareil cas, les parties s'accorderaient spontanément sur les taux de revalorisation. Pour qu'il n'y ait pas de conflit, il faudrait qu'une autorité acceptée établisse au moins chaque mois des tableaux de revalorisation, permettant de connaître le montant de la dette en fonction de sa date de création. Encore cette autorité consensuelle ne supprimerait-elle pas toutes les sources de conflit. Par un effet mécanique, celles-ci se découvriraient dans l'appréciation de la date de constitution de la dette, nouvel objet de litige.

pour faire droit aux pertes de valeur subies par le créancier ou le débiteur ¹. En ce point, le nominalisme de circulation et le nominalisme d'évaluation mêlent leurs eaux : tous deux proscrivent la revalorisation automatique des obligations de somme d'argent. Les impératifs de la circulation monétaire justifient le paiement nominal des dettes exprimées directement en monnaie et excluent par voie de conséquence des valorisations erratiques.

281. Il y a donc entre les deux formes du nominalisme une passerelle, qui permet peut-être d'expliquer pourquoi le doyen Carbonnier n'a pas maintenu une distinction qu'il avait premièrement faite. Le nominalisme d'évaluation a toutefois un domaine plus vaste que le nominalisme de circulation, et ne se limite pas à interdire le valorisme automatique.

M. Carbonnier a présenté le nominalisme comme s'opposant, dans sa rigueur, aux trois figures possibles du valorisme ². Outre le valorisme automatique qui est interdit, le nominalisme s'oppose à la revalorisation légale des créances, qui pourrait intervenir dans les hypothèses où le préjudice subi par l'une des parties du fait des évolutions de la monnaie est trop insupportable ³. Exceptionnel, ce valorisme ne trouble pas le système, mais impose certains réajustements causés par des situations particulières. Enfin le nominalisme interdirait le valorisme contractuel, c'est-à-dire le recours des parties à des moyens tendant à retarder l'évaluation monétaire définitive de la créance, de manière à ce que celle-ci soit le moins longtemps possible la proie des évolutions de la monnaie ⁴.

Deux composantes du nominalisme d'évaluation ne ressortissent donc pas au nominalisme de circulation, ne sont pas rendues nécessaires par le bon fonctionnement du système de la monnaie. En effet, ni l'interdiction du valorisme contractuel, ni le refus de la revalorisation exceptionnelle ne peuvent se justifier par le nominalisme de circulation.

282. Le refus opposé par le nominalisme à ces deux figures du jeu de la valeur surprend. Il en va d'abord ainsi de la revalorisation exceptionnelle des créances, qu'aucun principe ne saurait interdire. Cette revalorisation est le type même des procédures d'urgence, liées à des situations rares où le maintien des créances en l'état constitue une menace plus grave qu'une entrave au principe du nominalisme ⁵. En France, une revalorisation générale des créances a eu lieu après la chute des assignats ⁶, et une revalorisation sectorielle a été mise en place à partir de 1944 pour les rentes viagères progressivement grignotées par l'inflation rampante, à partir de 1949 ⁷ ; à l'étranger, la revalorisation des créances allemandes pendant la terrible crise monétaire des années vingt est la

¹ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 28, p. 49.

² J. CARBONNIER, « Le principe du nominalisme... », précité, p. 113.

³ *Ibid.*, p. 118. J. CARBONNIER, *Les biens*, n° 28, p. 51.

⁴ J. CARBONNIER, « Le principe du nominalisme monétaire... », p. 115 ; *Les biens*, n° 19, p. 37, et n° 28, p. 51.

⁵ Sur la question, v. A. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 204.

⁶ L. 18 mars 1796 ; F. AFTALION, *L'économie de la révolution française*, Hachette, 1987, p. 227.

⁷ L. 25 avril 1949 ; v. égal. : H. MARIE, *La révision des rentes viagères constituées entre particuliers*, préf. P. Malaurie, L.J.N.A., 1980 ; J.-L. BERGEL, « La révision des rentes viagères entre particuliers. Une expérience économique et sociale dans le droit des contrats », *Rev. trim. dr. civ.* 1973.45.

mesure de revalorisation la plus connue ¹. Toutes ces valorisations constituent des mesures d'urgence qu'on ne saurait interdire *a priori*. Au reste, si la revalorisation est exceptionnelle, c'est bien parce que le nominalisme est de règle, et que sa fixité a mené à la situation de crise. Il n'est donc guère raisonnable de faire entrer le refus de la revalorisation exceptionnelle des créances dans le principe du nominalisme. C'est à la valorisation automatique qu'il s'oppose, et non à la revalorisation par décision expresse, qui n'est qu'une conséquence de l'application, de la validité et de la toute-puissance du nominalisme. L'admission de la valorisation exceptionnelle est donc un à-côté du principe du nominalisme, et l'on peut même reprocher au système juridique français d'affaiblir le nominalisme en ne revalorisant pas plus souvent les créances ².

283. Le valorisme contractuel est également présenté par les auteurs comme une dérogation, sinon comme une entrave, aux règles du nominalisme, alors qu'il n'a jamais été interdit ou limité au nom de ce principe ³. S'il est vrai que l'histoire du valorisme contractuel est troublée au XX^e siècle, la responsabilité n'en incombe guère au nominalisme, mais bien plutôt à la théorie étatique de la monnaie. C'est cependant le nominalisme qui est allégué contre le valorisme contractuel, sans doute en raison des liens historiques qui existent entre le nominalisme et les pouvoirs royaux. Mais c'est un nominalisme purement "nominal" qui est en réalité concerné.

C'est avec la question de la validité des clauses-or ou devises qu'à la fin du XIX^e et au début du XX^e siècle apparaissent les premières restrictions au valorisme contractuel. Auparavant, le franc français avait connu une longue période de stabilité. C'est par une loi du 7 germinal an XI (8 mars 1803) que le franc acquiert une définition métallique stable ⁴. Ce franc dit "germinal", composé de cinq grammes d'argent au titre de 9/10^e de fin ou de 322 milligrammes d'or au titre de 9/10^e, restera stable jusqu'à la première guerre mondiale, qui relancera l'instabilité des monnaies européennes ⁵. C'est ce qui explique que le valorisme contractuel ait partout refait son apparition de façon marquée au début de ce siècle ⁶. L'économie ayant été fragilisée par la guerre, le franc se dépréciant, la valeur intrinsèque de la pièce ne pouvait suffire à le retenir sur cette pente puisque le cours forcé du franc avait été définitivement rétabli par la loi du 5 août 1914 ⁷. Les contractants décidèrent donc d'introduire des clauses

¹ M. PÉDAMON, *La réforme monétaire de 1948 en Allemagne occidentale et le droit des obligations*, préf. J. Carbonnier, L.G.D.J., 1956, p. 5 et s.

² J. CARBONNIER, *Les biens*, n° 28, p. 51.

³ C'est ainsi que Nogaro distingue l'étude du nominalisme de celui des clauses de variation (art. précité, p. 957 et 967) ; v. aussi : L. BOYER, « À propos des clauses d'indexation : du nominalisme monétaire à la justice contractuelle », *Mélanges Marty*, p. 87.

⁴ Il convient tout de même de rappeler que le franc "germinal" n'a pu naître que grâce au rééquilibrage de la parité entre l'or et l'argent, que l'Ancien régime avait réalisé. V. G. Thuillier, « La réforme monétaire de 1785 », *Annales E.S.C.* 1971.1031.

⁵ J.-P. DOUCET, *op. cit.*, p. 9 et s. ; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *op. cit.*, n° 16, p. 13.

⁶ V. notamment : A. PLESCH, *Recueil d'arrêts et de consultations sur la clause-or*, Éd. Duchemin, 1937, qui témoigne de l'utilisation extensive de la clause-or en droit comparé.

⁷ J.-P. LÉVY, *J.-Cl. civil*, art. 1895, précité, Fasc. B-1, 2^e cah., n° 3 et s.

monétaires dans leurs contrats, visant à ce que la dette ne suive plus les aléas du franc, mais soit rattachée à des valeurs plus stables. Deux types de clauses se sont alors généralisées, fondées sur l'or ou les devises étrangères¹. Dans un premier cas de figure, clause-or ou clause-devise, le franc est remplacé par l'or ou une monnaie étrangère, ce qui signifie que la dette est comptée et payée autrement qu'en francs. Moins radicales sont les clauses valeur-or, ou valeur-devise, qui stipulent que la dette ne sera pas comptée en franc, mais qu'elle sera tout de même payée dans cette monnaie après conversion. De la sorte, séparée de l'or par le cours forcé, la monnaie continuait d'y être liée par le jeu des clauses monétaires. Ce lien était direct ou indirect : établi par la référence à des monnaies étrangères convertibles en or. Les règles du cours forcé ont donc pu paraître méconnues, et cette méconnaissance a été le premier fondement de l'interdiction des clauses monétaires reliées à l'or².

Mais ce fondement n'était guère satisfaisant, dans la mesure où il interprétait bien plus les règles sur le cours forcé qu'il n'en appliquait la lettre. Le cours forcé prononce la non convertibilité des billets de banque en or, en interdisant à la Banque de France d'échanger métal contre billets. Apparue en 1870, pendant la guerre, réapparue en 1914 pendant une autre guerre, la règle est justifiée par l'insuffisance du métal précieux détenu par la Banque de France, ou la meilleure affectation de ce métal au commerce extérieur. Or cette règle est interprétée comme une disposition nominaliste, refusant que la valeur de l'or puisse servir à évaluer les dettes. C'était là certainement excessif par rapport à la lettre du cours forcé³, qui ne faisait droit qu'à une situation d'urgence, maintenue d'ailleurs après que l'urgence a disparu⁴.

Les entraves mises au jeu des clauses monétaires n'étaient donc pas fondées sur des bases juridiques claires. En tous cas, ce n'est pas le nominalisme qui est à l'époque opposé à ces clauses. Il semble en revanche que la théorie étatique de la monnaie en soit le véritable fondement. Deux éléments le laissent particulièrement penser. D'une part, les objections aux clauses s'articulent autour des cours forcé et légal de la monnaie, censément méconnus par les particuliers. Comment mieux dire que les clauses étaient annulées parce que les pouvoirs particuliers de l'État sur la monnaie n'avaient pas été respectés ? D'autre part, l'objection de fond tient à ce que le franc français puisse perdre son rôle au profit de l'or ou de devises étrangères, ce qui entravait l'exclusivisme du rôle de l'État dans le domaine économique⁵.

¹ Sur la typologie de ces clauses, v. A. NUSSBAUM, « La clause-or dans les contrats internationaux », *Rec. Acad. La Haye* 1933.555, spéc. p. 562 et s. V. égal., pour le régime, J.-P. LÉVY, *op. cit.*, Fasc. B-1, 2^e cah. et Fasc. B-2, 1^{er} cah..

² Un arrêt de principe est très tôt venu les interdire, dès le premier cours forcé de 1870 : Civ. 11 février 1873, S. 1873.1.97 note Labbé. V. aussi : J.-P. LÉVY, *op. cit.*, Fasc. B-1, 2^e cah., n° 6 et les réf. ; J.-P. DOUCET, *op. cit.*, n° 94 et s., p. 78 ; *Contra* : F. GÉNY, « La validité juridique de la clause "payable en or"... », précité.

³ H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 877, p. 955.

⁴ Raffinant un peu l'interdiction de ces clauses, Capitant eut l'idée de fonder les entraves sur la combinaison du cours légal et du cours forcé (note sous l'arrêt *Pélissier du Besset*, Civ. 17 mai 1927, D.P. 1928.I.25, concl. Matter, note H. Capitant). Mais ce n'était guère plus convaincant (Cf. F. GÉNY, « Cours légal et cours forcé... », précité).

⁵ J.-P. LÉVY, *op. cit.*, Fasc. B-1, 2^e cah., n° 32.

284. Cette interprétation est d'ailleurs confirmée par le sort fait aux clauses d'échelle mobile¹, c'est-à-dire aux clauses indexant le *quantum* de la dette sur un indice économique ou le prix d'une marchandise. Contre toute attente, ces clauses ont été d'emblée validées dans le même temps où les clauses monétaires étaient interdites². La Cour de cassation et la doctrine ont estimé que la référence à un indice ou à un bien pour faire varier le montant d'une dette n'équivalait pas à la substitution de l'or ou d'une monnaie au franc. On pouvait remplacer l'unité légale par un bien, mais non par une monnaie étrangère ou par le métal précieux. Cela signifiait que la concurrence faite au franc par un objet d'ordre monétaire justifiait l'interdiction des clauses, et non la même concurrence faite par un bien non monétaire. C'est donc la théorie étatique de la monnaie qui sert à réglementer la clause, nullement le principe du nominalisme : du point de vue des résultats, les clauses monétaires et les clauses d'échelle mobile sont équivalentes ; si le principe nominaliste avait eu vocation à intervenir, il aurait interdit toutes les clauses faisant jouer la valeur à l'intérieur des obligations payables en argent. Le fait de laisser une valeur non monétaire jouer à son aise dans les obligations, mais pas une valeur monétaire, désigne clairement l'origine étatique de l'intervention. La théorie étatique de la monnaie remplace le nominalisme pour interdire certaines clauses seulement, sans que cette substitution soit toutefois avouée.

La théorie étatique qui a marqué cette première limite va du reste en imposer une seconde au sein même des clauses d'échelle mobile, confirmant que c'est bien elle qui anime la réglementation. Alors que le premier mouvement avait été de valider ces clauses, le second va être de les limiter pour des raisons un peu semblables à celles qui ont prévalu en matière de clauses monétaires. À partir d'un arrêt de la Cour de cassation de 1939³, un critère nouveau apparaît dans la jurisprudence, consistant à interdire les clauses dictées par une méfiance vis-à-vis de la valeur de la monnaie française⁴. Si les parties ont essayé de se prémunir contre la dépréciation de la monnaie, leur clause doit être annulée comme étant une clause monétaire⁵ ; dans le cas contraire, la clause sera validée car elle n'est qu'une clause économique. La différence est sans doute bien ténue, et tellement psychologique que le critère ne pourra pas subsister longtemps⁶. On y retrouve toutefois à l'œuvre l'interdiction dirigée contre tout procédé par lequel le rôle du franc serait méconnu, par lequel la souveraineté monétaire de l'État serait bafouée.

La confusion la plus évidente règne ainsi dans la matière, puisqu'aussi bien le principe applicable aux obligations de somme d'argent n'est pas celui qui est

¹ Pour une synthèse historique à la hussarde, v. A. TOULEMON, « Les étapes de la jurisprudence en matière d'échelle mobile », *Rev. trim. dr. com.* 1958.697.

² L'autorisation résulte de trois arrêts très clairs : Req. 18 février 1929 et 18 mars 1929, S. 1930.I.1, note M. Hubert ; Req. 1^{er} août 1929, S. 1930.I.97, note M. Hubert.

³ Arrêt quelque peu passé inaperçu à l'époque : Civ. 24 juillet 1939, *Rev. loyers* 1940.390.

⁴ G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *op. cit.*, n° 25, p. 23.

⁵ Civ. 24 juillet 1939, précité : « Attendu que les parties ont eu en vue non un changement de circonstances économiques, mais uniquement une variation du pouvoir d'achat de la monnaie française... qu'une semblable clause, rédigée en prévision de la baisse du franc est nulle ».

⁶ V. la vigoureuse critique de Fréjaville (« Les clauses d'échelle mobile », *D.* 1952, Chron. VIII, p. 31).

utilisé : c'est la théorie étatique de la monnaie qui s'oppose au valorisme contractuel, et non le principe du nominalisme ¹.

285. Le nominalisme n'est donc pas écartelé entre deux conceptions divergentes, baptisées nominalisme de circulation et nominalisme d'évaluation. Dans cette seconde acception, le nominalisme est un leurre qui dissimule la théorie étatique de la monnaie. Les aspects spécifiques du nominalisme d'évaluation sont injustifiables par les exigences du nominalisme lui-même : on ne voit pas au nom de quoi il voudrait interdire la revalorisation exceptionnelle des créances, pas plus que l'on ne saisit par quoi d'autre le valorisme contractuel pourrait être limité que par la théorie étatique de la monnaie. À cet égard, on peut montrer que loin de s'y opposer, le nominalisme de circulation est compatible avec cette forme de valorisme, et doit ainsi être considéré comme recelant l'essence du principe.

B. La validité du nominalisme de circulation

286. Le nominalisme interdit que le *quantum* de l'obligation monétaire soit modifié au moment du paiement à raison des évolutions subies par la valeur de la monnaie. Mais que dispose-t-il pour les modifications de valeur qui seraient préalables au paiement, lorsque l'objet de l'obligation n'est pas libellé en monnaie ? Le refus d'une revalorisation à l'instant du paiement a sa logique, orientée par les nécessités d'une circulation monétaire fluide. Mais en vertu de quel principe pourrait-on interdire la mutabilité d'un objet non monétaire, antérieurement au paiement ? Si l'objet de l'obligation n'est pas fixé en monnaie, mais se contente d'être déterminable par référence à certains indices choisis ou pondérés, au nom de quels intérêts, de quel nominalisme, interdirait-on cette souplesse dans le fonctionnement ? La question n'a jamais été résolue par la doctrine française, une des seules pourtant à avoir poussé si loin le principe du nominalisme. Faute de l'avoir fait, on peut douter de la validité globale du nominalisme d'évaluation. Et on en doutera d'autant plus en montrant que rien n'interdit que le valorisme joue tant que le *quantum* de la dette n'a pas été définitivement fixé ².

Cela apparaît d'ailleurs comme une évidence dès lors qu'on lève les incertitudes qui tiennent à la formulation de cette prétendue difficulté. Si le valorisme contractuel faisait évoluer le montant d'une dette de somme d'argent avant le moment du paiement, il semble qu'en effet le principe du nominalisme aurait vocation à s'appliquer. Quelle différence dans les modalités de la circulation y aurait-il alors, selon que la valorisation serait imposée par la loi ou prévue par les contrats ? Le droit des obligations voit deux situations distinctes là où la circulation monétaire est touchée de la même façon : avant le paiement, le *quantum* de la dette fluctuera et il faudra toujours recalculer le montant des dettes pour savoir quelle somme sera due *in fine*. En revanche, ces objections tombent si l'on s'avise que le contenu du valorisme contractuel n'est pas celui qui vient d'être énoncé, et si l'on en reformule la présentation.

¹ Il n'y a qu'une seule occasion où le nominalisme servira de fondement autonome à l'interdiction de l'indexation : dans le cas du prêt d'argent. C'est alors l'art. 1895 C. civ. qui interdit l'indexation, et cette interdiction a été considérée comme d'ordre public jusqu'à l'arrêt *Guyot* de 1957.

² M. HUBERT, « Observations sur la nature et la validité de la clause d'échelle mobile », *Rev. trim. dr. civ.* 1947.1.

287. Au lieu de considérer que le montant de la dette est fixé une première fois puis se modifie en fonction d'un indice, il est plus exact de dire que le montant monétaire de la dette n'est pas fixé avant que celle-ci ne soit liquidée¹. La précision initiale d'une somme d'argent n'équivaut pas à la fixation définitive de l'objet de la dette, mais n'est que la condition pour que celui-ci soit déterminable. En soi, la somme initiale n'a pas une plus grande importance que le choix de l'indice, puisque l'une et l'autre sont indissociablement nécessaires à l'obtention finale d'un *quantum* à payer. C'est là d'ailleurs une évidence lorsque l'on raisonne dans les termes du droit des obligations : si le montant de la dette était d'abord fixé puis se modifiait, il faudrait techniquement avoir recours à une explication dualiste, permettant de justifier cette espèce de novation de l'objet. En effet, il n'y aurait alors qu'une solution de continuité entre la dette d'un premier montant, et la seconde dette au *quantum* modifié. Or il n'y a aucune novation en la matière : l'objet n'est pas d'abord fixé, puis reformé de manière à donner lieu à paiement. La première présentation monétaire de la dette n'est à tout prendre qu'une base, à partir de laquelle l'indice produira ses effets de manière à aboutir finalement à l'expression monétaire de la dette².

288. Méconnaître cette souplesse dans l'objet de l'obligation n'est pas seulement un choix qu'opérerait le principe du nominalisme : cela constitue également une contrariété au regard de l'article 1129, alinéa 2, du Code civil. Celui-ci dispose en effet que l'objet d'une obligation ne doit pas nécessairement être déterminé lors de sa formation, du moment qu'il est déterminable. Refuser que l'objet monétaire de l'obligation puisse n'être fixé que lors de l'exécution de l'obligation revient à prétendre que l'objet de l'obligation était déterminé dès lors qu'une expression monétaire en était donnée, ne fût-elle qu'initiale et destinée à permettre l'obtention d'une expression finale. Le valorisme contractuel ne consiste qu'à donner aux obligations un *quantum* déterminable, fixé par une base monétaire et un indice, tandis que son expression monétaire première laisse penser qu'il est déterminé. Croire qu'en raison de cette expression d'origine, le *quantum* est déterminé est assurément une erreur qui conduit à une expression trop rigide du principe du nominalisme, inadaptée à la souplesse exigée des obligations de somme d'argent³.

Ce n'est ainsi qu'après que le montant monétaire effectif de l'obligation a été obtenu que le principe du nominalisme pourra entrer en jeu : l'objet de la dette une fois déterminé, alors qu'il n'était d'abord que déterminable, on ne saurait accepter qu'il se modifie. En premier lieu, parce que dans ce cas, trop d'incertitudes naîtraient de ce que le montant de la dette ne serait jamais stabilisé. Mais cette raison n'est pas encore la plus satisfaisante. Accepter des mutations postérieures à la fixation définitive de la dette reviendrait à rendre sans objet le valorisme contractuel. Complété par une sorte de valorisme automatique entrant en jeu après qu'il a produit certains effets, le valorisme contractuel se révélerait inutile : l'effet cumulé de ces deux valorismes s'obtiendrait aussi bien à l'aide du

¹ C'est ce qu'avait très bien vu Hubert (*ibid.*, n° 27, p. 20) : « Le débiteur ne doit payer en monnaie légale que le montant fixé au contrat. Mais précisément, en adoptant une clause d'échelle mobile, les parties n'ont pas déterminé le montant nominal de la prestation. Cette fixation est retardée ».

² Ce qui permet d'affirmer qu'il n'y a aucune différence entre l'obligation monétaire indexée et la dette de valeur : P. CATALA et G. MORIN, *La réforme des liquidations successorales*, préf. J. Carbonnier, Répertoire du notariat Defrénois, 3^e éd., 1982, n° 6, p. 30 ; *Contra* : P. MALAURIE, *Cours de droit civil*, précité, p. 43 et s.

³ *Ibid.*, n° 25, p. 19.

seul valorisme automatique. Il est donc nécessaire de faire jouer le nominalisme de circulation dès lors que le montant de la dette a été fixé, mais pas avant.

289. On peut donc donner une formulation globale du principe du nominalisme, en observant que des deux composantes idéologiques qui l'imprègnent, une seule lui est adéquate. Le seul nominalisme de circulation donne au principe un contenu opératoire et indiscutable. Au surplus, ce contenu acquiert d'emblée un fondement satisfaisant, puisque ce nominalisme excluant uniquement le valorisme automatique a pour objet d'assurer la bonne circulation de la monnaie à l'intérieur du circuit économique.

Cela nous permet du reste d'affirmer la compatibilité de la catégorie des obligations en valeur avec le principe du nominalisme. Cela ne signifie naturellement pas que toutes les obligations en valeur doivent être autorisées : elles présentent certains dangers pour la politique économique qui justifient qu'elles soient au moins réglementées. Mais si elles doivent l'être dans leurs modalités, elles ne peuvent être exclues dans leur principe : le nominalisme ne permettant pas d'objecter au valorisme contractuel, ces clauses peuvent être envisagées dans le cadre du droit des obligations auquel elles ne contreviennent pas. La classification des obligations ici présentée en obligations en valeur et en nature ne doit donc pas être contestée pour des motifs extrinsèques, tels ceux tenant au nominalisme.

290. Afin de montrer que ce nominalisme réduit à une juste mesure présente le seul contenu effectif du principe, il convient de mettre en évidence les embarras des fondements textuels du nominalisme. Pour être plus explicite, il faut partir de l'idée que si la France est le seul pays à avoir connu une histoire du nominalisme aussi troublée et confuse, c'est peut-être parce que c'est en France que le principe a été le moins bien fondé. Pourtant, à l'origine du nominalisme français, il y a un texte fameux : l'article 1895 du Code civil¹. Précisément : c'est ce texte qui a dévoyé le principe en paraissant lui donner une justification, alors qu'il ne s'agissait que d'un fondement en trompe-l'œil.

¹ L'histoire de l'art. 1895 C. civ. reste encore à écrire, non tant celle de son émergence, rendue mystérieuse par le caractère anodin de cet article dans les recueils de travaux préparatoires (v. tout de même : G. HUBRECHT, th. précitée, p. 86 et s. ; parmi les sources directes, on verra la synthèse de la jurisprudence que fait Merlin de Douai, et la constatation qu'il dresse dans les éditions tardives de son *Répertoire*, V^o Monnaie, de la conformité de l'art. 1895 à cette jurisprudence : J. HAMEL, cours précité, t. 2, p. 45 et s.), mais celle de son étonnante postérité : non seulement l'article a connu une forte extension de son domaine en quittant le prêt pour s'appliquer à toute les obligations à titre de principe général, mais en plus la France, seul pays à avoir un nominalisme écrit, l'a très largement exporté (F.-A. MANN, *op. cit.*, n. 43, p. 88).

Section II LES FONDEMENTS DU NOMINALISME

291. Contrairement à la plupart des autres pays qui ne connaissent le principe du nominalisme que comme un principe général du droit, le droit français est réputé connaître un nominalisme législatif. L'article 1895 du Code civil est traditionnellement considéré comme imposant le principe sur toute l'étendue du droit monétaire, quoique la disposition n'ait été posée qu'en matière de prêt d'argent¹. L'article 1895 dispose en effet : « L'obligation qui résulte d'un prêt en argent, n'est toujours que la somme numérique énoncée au contrat. S'il y a eu augmentation ou diminution d'espèces avant l'époque du paiement, le débiteur doit rendre la somme numérique prêtée, et ne doit rendre que cette somme dans les espèces ayant cours au moment du paiement ».

Il y a un évident aspect nominaliste dans cette disposition, puisque sa formulation impose de s'intéresser à la valeur faciale de la monnaie plutôt qu'à sa valeur réelle. Toutefois, il n'est pas certain que cet article permette de trancher l'option existant à propos des obligations d'unités de valeur : paiement nominal ou non. Pour que l'article 1895 du Code civil propose une solution, encore faudrait-il que ce qu'il dispose soit applicable aux obligations pécuniaires dont le *quantum* est libellé en unités de valeur. Or toutes ces obligations ne sont pas apparentées au prêt d'argent, ce qui laisse penser que c'est à tort que le contenu de cet article leur a été étendu (§ 1). Mais le retrait de l'article 1895 des fondements du nominalisme laisse en présence d'un principe incertain, dont les justifications sont avant tout institutionnelles (§ 2).

§ 1. LE PRÉTENDU FONDEMENT TEXTUEL DU NOMINALISME

292. À considérer les dispositions contenues dans l'article 1895, on éprouve quelque difficulté à distinguer les apports spécifiques de chacun des alinéas. Le premier semble plutôt faire droit à ce qu'on a appelé le nominalisme de circulation. Il s'en évince que le montant du remboursement du prêt se déduit des termes du contrat, c'est-à-dire de l'énoncé de la somme prêtée. Le second alinéa paraît en revanche plus proche du nominalisme d'évaluation, puisqu'il affronte la question du changement de la valeur de la monnaie dans un système de monnaie métallique : il précise qu'en cas de bouleversement dans la teneur des pièces ayant cours, ce n'est pas à la valeur réelle de la somme prêtée qu'il faut faire droit, mais à la somme nominale. D'où l'on déduira volontiers que l'objet du prêt était d'un certain nombre d'unités monétaires, et non d'une certaine valeur.

Toutefois, le partage ne paraît pas aussi clair qu'il est ici présenté, puisqu'aussi bien on supprimerait l'un des deux alinéas sans bouleverser la

¹ L'article est contenu dans le Chapitre II « Du prêt de consommation ou simple prêt », du Titre X « Du prêt », du Livre III du Code civil.

signification actuelle de la disposition. L'aspect un peu redondant de l'article peut se comprendre par la proximité entre les deux formes de nominalisme, et les passerelles qui les relient. Mais cette explication viderait un peu de son sens la double règle de l'article 1895. Pour lui restituer sa signification, peut-être n'est-il pas inutile de se rappeler que l'article 1895 est précisément situé dans un chapitre consacré au prêt à usage, et n'est donc pas une disposition valable pour toutes les obligations monétaires.

293. Le premier alinéa de l'article 1895 rappelle une prescription spécifique au prêt, mais qui peut être étendue à toutes les obligations d'unités de paiement : leur montant n'est jamais rien d'autre que le nombre d'unités de paiement du premier transfert, dont naît l'obligation seconde qui est toujours en quelque manière une obligation de restitution. Loin d'être une prescription d'ordre nominaliste, le premier alinéa n'est qu'un truisme, fondé sur la nature des obligations : il rappelle une règle que la logique aurait suffi à déterminer, que le Code a posé pour d'autres obligations¹, et dont la jurisprudence retrouvera le fil sans suivre de prescriptions expresses². L'article 1895 commence ainsi par une disposition propre au prêt d'argent, et par extension aux obligations d'unités de paiement, mais qui ne résulte pas de l'application du nominalisme de circulation.

En comparaison, le second alinéa paraît avoir un contenu monétaire général plus marqué, puisqu'il recommande de n'avoir égard qu'à la valeur nominale des sommes d'argent en cause, et non à leur valeur réelle. En cas de modification de la teneur des pièces, il prescrit de prendre en considération leur valeur faciale, et non la valeur métallique incorporée. Mais ce serait aller bien vite en besogne que d'en déduire un contenu monétaire non limité au prêt en argent. En effet, cette seconde prescription peut encore être lue dans la perspective du prêt.

Pour s'en rendre compte, il faut confronter cette disposition à l'article 1932 du Code civil, qui régit les restitutions en cas de dépôt monétaire. L'article 1932 dispose, dans son second alinéa : « Ainsi, le dépôt de sommes monnayées doit être rendu dans les mêmes espèces qu'il a été fait, soit dans le cas d'augmentation, soit dans le cas de diminution de leur valeur ». Pour nous qui ne connaissons plus les monnaies métalliques, cet article n'est qu'un doublet imprécis de l'article 1895³. Il était pourtant conçu en 1804 comme une disposition contraire. En effet, en cas de bouleversement monétaire, c'est-à-dire de modification de la teneur métallique des pièces, l'emprunteur devait rendre les nouvelles pièces, en ne se fiant qu'au nombre de pièces prêtées, tandis que le dépositaire devait restituer les mêmes espèces qui lui avaient été déposées, quand bien même elles n'auraient plus eu cours. De la sorte, le second alinéa un peu inutile de l'article 1895 pourrait avoir pour fonction d'énoncer le mode de remboursement du prêt, extensible aux autres obligations de même type, l'exception se trouvant précisée pour le dépôt de sommes monnayées⁴.

¹ Par ex. : art. 869 et 1932 C. civ.

² V. par ex. la jurisprudence développée en matière d'annulation des contrats : Cf. J. MESTRE, « Des restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », précité.

³ C. BRUNEAU, *op. cit.*, n° 190, p. 447 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les obligations*, précité, n° 992, p. 543 ; *Contra* : G. HUBRECHT, th. précitée, p. 85.

⁴ Il va de soi qu'il y a dans ce développement une certaine part d'incertitude, qui se marque par l'emploi du conditionnel et le recours à des hypothèses un peu tâtonnantes. Mais on y est réduit par le peu d'informations laissées par les codificateurs sur la portée réelle de l'art. 1895. Certains auteurs avaient noté, mais de manière un peu impressionniste, qu'il était curieux que l'art. 1895 ait une portée générale, tandis que les débats du corps législatif à son égard avaient été si brefs, au contraire d'autres

C'est donc en contemplation du prêt que l'article 1895 a été forgé, qui s'adapte parfaitement à ses spécificités. Encore reste-t-il à montrer que parce qu'il est caractéristique du prêt, l'article 1895 est inextensible aux obligations de somme d'argent.

294. L'affirmation selon laquelle l'article 1895 ne concerne que le prêt d'argent à l'exclusion des autres obligations monétaires apparaît comme une attitude frondeuse par rapport à toute la doctrine française de ce siècle, qui a très tôt considéré que l'article 1895 était d'application générale en matière monétaire¹. Du prêt d'argent, le domaine d'application de l'article a ainsi été étendu à l'ensemble des obligations de somme d'argent, comme si le prêt en constituait l'archétype. On notera toutefois que la légitimité de cette extension du prêt à l'ensemble du domaine monétaire n'a jamais été établie sinon de façon négative, les auteurs se contentant le plus souvent d'écrire qu'ils ne voyaient pas la raison pour laquelle ce qui est vrai du prêt d'argent ne le serait pas des autres obligations pécuniaires². Une telle considération ne vaut pas preuve, d'autant que l'on montrera qu'il existe des raisons sérieuses de considérer que le prêt est un contrat qui crée une obligation de restitution bien différente de la plupart des obligations de somme d'argent.

L'inquiétude à l'idée de soulever la spécificité du contrat de prêt s'accroît encore de ce que la doctrine française ne s'est pas contenté d'élargir le domaine de l'article 1895 du prêt à toutes les autres obligations, mais a été plus loin encore en considérant autrefois que cet article était d'ordre public, c'est-à-dire qu'il ne pouvait y être dérogé pour des motifs tenant aux intérêts privés³. C'est d'ailleurs ce texte considéré comme d'ordre public qui a constitué un fondement renouvelé des lois sur le cours forcé et le cours légal, permettant d'interdire certaines clauses d'indexation jusqu'à l'arrêt de principe de 1957. De la sorte, un texte qui s'est d'abord appliqué de façon supplétive au prêt s'est hypertrophié jusqu'à valoir absolument pour toutes les obligations de somme d'argent. Sans doute la Cour de cassation est-elle revenue sur cette seconde extension⁴. Il n'empêche qu'elle n'a été rendue possible que par la conviction que l'article 1895 avait certes été posé en matière de prêt, mais dans le but de s'appliquer beaucoup plus largement.

C'est donc à l'encontre d'une idée solidement ancrée dans la doctrine française que nous proposons d'aller. Cette démarche est toutefois nécessaire, non dans un but de provocation, mais bien parce que ce fondement textuel est cause des dérives impérialistes du nominalisme d'évaluation. Sans l'article 1895 et l'effet généralisé qui en a été déduit, le nominalisme français n'aurait pas eu la

dispositions. On ne reprendra pas cet argument, qui porte peu, sinon pour rappeler que les travaux préparatoires ne sont ici d'aucun secours pour comprendre quelle était la portée assignée à l'art. 1895, ce qui laisse toute latitude à l'interprète.

¹ *Contra* : la position adoptée par certains auteurs au début des années cinquante, consistant à réserver l'art. 1895 au seul prêt : R. SAVATIER, note sous Civ. 1^{re} 3 novembre 1953, *D.* 1954.1 ; J. CARBONNIER, « Des clauses tendant à parer à la dépréciation monétaire », *Rev. trim. dr. civ.* 1951.394 ; H. LALOU, note sous Paris, 22 juin 1953, *D.* 1954.111 ; plus tard : BESSON, concl. sous l'arrêt *Guyot*, Civ. 1^{re} 27 juin 1957, *J.C.P.* 1957.II.10093 bis, n° 69 et s.

² J.-P. DOUCET, *op. cit.*, n° 63, p. 55 ; P. MALAURIE, cours précité, p. 38 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Contrat*, précité, n° 547, p. 238 ; J.-P. LÉVY, *op. cit.*, Fasc. B-1, 1^{er} cah., n° 16, p. 6.

³ J.-P. LÉVY, *op. cit.*, n° 17 et s., p. 7.

⁴ *Ibid.*, n° 18, p. 7.

formulation très dogmatique qui a été et reste la sienne, et n'aurait en conséquence pas entravé le développement du valorisme contractuel.

295. Le fait que l'article 1895 du Code civil soit posé en matière de prêt d'argent n'est pas anodin, dans la mesure où il cadre parfaitement avec l'économie générale de ce contrat, et où, malgré qu'on en ait, l'obligation de restitution diffère profondément de la plupart des autres obligations de somme d'argent.

Pour fonder ces affirmations péremptoires, on se contentera de reprendre ici les développements qui ont été formés à propos de la distinction des obligations en nature et en valeur, appliquée aux obligations de somme d'argent. Les obligations libellées en unités de paiement ne sont pas susceptibles d'être soumises à l'influence de quelque valeur que ce soit, puisqu'aussi bien elles ne sont en réalité que des obligations de livrer une marchandise un peu particulière : l'unité de paiement. À l'inverse, l'obligation d'unités de valeurs est une obligation fondée sur une évaluation. Or, il apparaît que l'obligation de restitution d'un prêt est une obligation d'unités de paiement, qui sert d'ailleurs de modèle à toutes les obligations de ce type. En étendant une disposition valable en matière de prêt à toutes les obligations monétaires, on étend le régime des obligations d'unités de paiement aux obligations libellées en unités de valeur. C'est une extension sans fondement, aux résultats critiquables.

On peut prendre un exemple qui radicalise les régimes de l'une et l'autre obligation. Lorsque Primus prête cent francs à Secundus, il lui prête cent unités de paiement. Ce que celui-ci lui doit en retour, ce n'est pas la valeur de ce qui a été prêté, mais bien cent unités identiques de paiement. L'obligation de restitution du prêt est donc libellée en unités de paiement, l'argent prêté consistant en de telles unités. L'obligation est ainsi une obligation en nature, une obligation dont l'objet coïncide matériellement avec la prestation qui aura lieu. Par voie de conséquence, cette obligation de restitution n'est pas comparable aux obligations de somme d'argent classiques, lorsqu'elles sont libellées en unités de valeur. Cette différence de classement emporte une différence fondamentale dans le régime des obligations. Alors que par un effet mécanique, le remboursement du prêt est toujours conforme à son montant, le montant du paiement de l'obligation libellée en unités de valeur dépendra d'une décision à prendre quant à son *quantum*. Il peut être décidé que celui-ci sera le montant nominal de l'obligation, ou qu'il y aura revalorisation : aucune nécessité tirée de la structure de l'obligation n'imposera un paiement nominal, ou revalorisé ; c'est l'opportunité qui en décidera.

Il se trouve qu'aujourd'hui, le principe nominaliste est en usage. Le choix effectué quant au mode de paiement des obligations d'unités de valeur les confond avec les obligations libellées en unités de paiement. Toutefois, ce qui dans un cas est une conséquence mécanique de la structure de l'objet de l'obligation résulte d'un choix dans l'autre. C'est d'ailleurs en cela que l'inapplicabilité de l'article 1895 du Code civil est patente. On veut appliquer aux obligations en valeur une disposition qui ne fait que constater un effet mécanique, situé sur un autre terrain. C'est alors oublier que la transposition n'est plus fondée sur aucune nécessité, sur aucune justification. La décision de faire régir le paiement des obligations en valeur par l'article 1895 apparaît donc comme un choix arbitraire, aux conséquences déformantes.

296. Les ambiguïtés du nominalisme en droit français procèdent en partie de ce que l'on n'a jamais bien saisi son terrain d'application. En outre, une observation attentive montre que la doctrine a été chercher le texte imposant le nominalisme aux obligations libellées en unités de valeur dans un domaine qui ne les concernait pas. Le premier alinéa de l'article 1895 ne fait que constater le

fonctionnement nominal du remboursement du prêt, comme d'autres dispositions applicables aux obligations monétaires en nature le font pour l'institution qu'elles concernent ¹. L'article 1895 n'est donc pas une prescription nominaliste, mais une constatation ; il ne s'applique pas aux obligations en valeur mais peut servir par extension à toutes les obligations en nature.

C'est pour l'ensemble de ces raisons que l'on considérera que le principe du nominalisme en droit français n'est pas fondé sur l'article 1895 du Code civil. Encore reste-t-il alors à déterminer ce qui le fonde.

§ 2. LE FONDEMENT INSTITUTIONNEL DU NOMINALISME

297. L'article 1895 du Code civil n'est qu'un fondement en trompe-l'œil du principe nominaliste : en dépit d'une lettre claire en apparence, il ne donne pas une directive nominaliste applicable à toutes les obligations de somme d'argent. Il reste à s'interroger sur la positivité d'un tel principe, à en rechercher la source. Malgré les attaques menées ici même contre les excès du nominalisme d'évaluation, le principe demeure justifié, voire acquis, en ce qui concerne sa composante circulatoire. Encore faut-il se demander pour quelles raisons on ne peut plus modifier le *quantum* monétaire d'une obligation, une fois que son expression monétaire a été stabilisée.

Paradoxalement, cette recherche à laquelle on ne parvient qu'après une critique de l'applicabilité de l'article 1895 à toutes les obligations de somme d'argent, n'est pas neuve. Sans que les ambiguïtés de l'article 1895 aient été mises en évidence par le passé, certains auteurs ont parfois estimé que le nominalisme n'avait pas besoin de texte pour s'appliquer. C'était là un moyen de souligner les embarras que traîne derrière lui l'article 1895 dans l'établissement du principe nominaliste. Dans un article demeuré célèbre, après avoir marqué un certain scepticisme tant à l'endroit de l'article 1895 que de la combinaison des lois sur le cours légal et le cours forcé, le doyen Carbonnier écrivait : « Qu'est-il besoin, d'ailleurs, de lois ? Le nominalisme monétaire, c'est un principe général du droit français, c'est une coutume. Elle était restée en sommeil dans la période d'exceptionnelle, d'anormale stabilité monétaire, que la France connut de 1804 à 1914, mais tout naturellement, elle reparut à la surface quand revint le désordre des monnaies » ². Par là, une partie minoritaire de la doctrine française rejoint certains droits étrangers qui ne se sont pas souciés d'assurer une assise législative au principe, se contentant de le considérer comme un principe général du droit. Il n'empêche que tout principe, fût-il général, a ses raisons d'être qu'il convient de dégager.

298. La source du principe du nominalisme ne doit pas être recherchée dans un texte, mais dans les conditions d'existence et de fonctionnement du circuit de la monnaie. À la réflexion, il n'est d'ailleurs pas surprenant qu'un principe assurant

¹ Art. 869 pour le rapport des sommes d'argent ; art. 1932 pour la restitution du dépôt ; art. 1681 pour la rescision de la vente pour lésion.

² J. CARBONNIER, « Le principe du nominalisme... », précité, p. 113 et s.

la fluidité de la circulation monétaire doive s'évincer des conditions concrètes dans lesquelles cette circulation a lieu.

Tel que nous le connaissons positivement, c'est-à-dire dans sa composante de circulation qui ne saurait interdire que le valorisme automatique, le nominalisme n'existe dans notre droit que depuis l'abolition de la distinction entre les monnaies de compte et de paiement, et l'instauration d'une seule unité tant pour la mesure des valeurs que pour la circulation des richesses. Ce n'est qu'à partir de cette décision que les unités de valeur et de paiement, cessant de mener une vie séparée, ont été liées par un lien institutionnel. C'est l'existence de ce lien qui a engendré le problème nouveau de sa stabilité ou de ses distorsions. Si l'on se reporte par la pensée aux systèmes séparant les deux unités, il apparaît évident que le taux d'extinction des dettes libellées en unités de compte par des versements d'unités de paiement doit toujours être précisé. De la sorte, le nominalisme de circulation n'a plus de sens, puisqu'aussi bien le *quantum* de la dette, exprimé par référence à l'unité de compte, variera jusqu'à l'instant du paiement effectif. Cette souplesse essentielle des anciens systèmes contourne la nécessité du nominalisme : il y a comme une adaptation automatique des créances aux bouleversements affectant le lien entre les unités de compte et de paiement.

C'est cela qui s'abolit lorsque l'on passe aux systèmes qui identifient les unes aux autres les unités de paiement et de valeur. Sans doute cela n'empêche-t-il pas que les deux unités de valeur et de paiement existent au sein du système, et se distinguent intellectuellement. Mais ces deux unités ne peuvent plus avoir un jeu autonome l'une par rapport à l'autre, alors que c'était la marque des systèmes antérieurs. Le taux d'extinction de l'obligation, en vertu de la communauté du nom de l'unité de valeur et de l'unité de paiement, est préfixé à un. Une dette d'une unité de valeur est toujours éteinte par le versement d'une unité de paiement. Voilà pourquoi, en dépit de la dévalorisation du franc, une dette de cent francs constituée il y a vingt ans s'exécutera par un versement de cent francs : nul principe arbitraire là-dedans, mais les conditions du jeu normal de la circulation monétaire.

299. Pour bien marquer les distances qui sont ainsi prises avec l'expression traditionnelle du nominalisme, ainsi que le caractère systématique du nominalisme de circulation, on peut critiquer l'équation canonique du nominalisme, à laquelle il est souvent ramené. Le nominalisme s'incarne dans une surprenante égalité, aux termes de laquelle : un franc égale toujours un franc, ou vaut toujours un franc¹. À la prendre à la lettre, cette égalité est fausse. À l'abri de l'immutabilité du nom, le pouvoir d'achat de la monnaie s'est tellement modifié au cours de ce siècle qu'il paraît illusoire de prétendre que le franc demeure identique à lui-même. Quoiqu'il persiste dans son être à l'abri de son nom, le franc se modifie à raison des bouleversements qui affectent son pouvoir d'achat. Il peut ainsi paraître curieux d'affirmer, envers et contre toutes les évolutions de l'économie, l'identité absolue du franc par-delà les siècles.

En fait, on peut douter que les partisans du nominalisme aient à cœur d'affirmer une identité que les faits démentent. Pour rendre la formule à la fois juste et adéquate aux intentions circulatoires qui l'animent, il convient de se

¹ C'est l'énoncé du principe donné par tous les manuels d'obligations, ou presque : C. LARROUMET, *op. cit.*, n° 63, p. 60 ; A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 122, p. 60 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, n° 990, p. 543 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Introduction au droit*, précité, n° 1257, p. 488 ; A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 1000, p. 971 ; J. GHESTIN et M. BILLIAU, *Le prix dans les contrats de longue durée*, précité, n° 42, p. 73.

limiter à dire que le versement d'un franc peut toujours éteindre une dette d'un franc. Autrement dit, sans qu'il y ait quelque constance de la valeur du franc : le droit subjectif incorporé dans les unités de paiement produit ses effets sur l'unité de valeur, et non sur la valeur de celle-ci. Le versement d'une unité de paiement peut ainsi toujours éteindre une dette d'une unité de valeur. Le nominalisme ne soutient pas la constance de la valeur du franc, ni la stabilité de sa nature : il n'a trait qu'à sa circulation. Pour le nominalisme, le franc versé éteindra toujours le franc dû, quelle que soit la date de naissance de la dette et les altérations du pouvoir d'achat du franc qui se sont produites depuis lors.

300. Cette recherche des fondements du nominalisme a également préoccupé les auteurs provenant de pays ne connaissant pas de texte posant le principe. Mann s'est demandé quel pouvait être le fondement autonome du principe du nominalisme. Il semble qu'il l'ait effectivement découvert, encore qu'il ait présenté au premier plan un fondement inexact, qui n'est à tout prendre que l'explication du recours au nominalisme, mais non la justification propre du principe.

Selon Mann, les parties peuvent toujours échapper à la rigueur du principe nominaliste en soumettant l'obligation en cause à une clause monétaire¹. Celles-ci étant largement acceptées dans la plupart des droits positifs, il adopte ce possible recours comme point de départ du raisonnement. On en déduit l'aboutissement, en toute logique contractualiste : si les parties n'ont pas voulu avoir recours à une clause parant à la dépréciation monétaire, c'est qu'elles ont accepté que celle-ci préjudicie à l'une des parties ; de la sorte, le principe nominaliste s'exerce au détriment du créancier, puisqu'aussi bien ce principe : « s'évince empiriquement de la généralisation de la situation factuelle normale »². En l'absence de directive spéciale tendant à répartir la charge de la dépréciation sur l'une ou l'autre des parties, il convient de n'avoir égard qu'au nom monétaire, seule réalité de fait à pouvoir concrètement indiquer les modalités selon lesquelles l'obligation doit être exécutée. La validité du principe nominaliste est donc fondée par Mann sur l'intention présumée des parties, ou tout au moins sur leur tacite acceptation de la répartition ainsi induite de la charge de la perte en cas de dépréciation monétaire³.

Clairement énoncé par Mann, ce fondement constitue en fait la synthèse de tendances existantes notamment dans le droit américain, que l'éminent auteur rappelle⁴. On peut néanmoins se demander si, pour emprunter un chemin inverse de celui choisi par les anciens pays de droit romain, ce fondement n'est pas largement illusoire.

301. Ce qui peut nous faire hésiter dans le raisonnement de Mann est la prise de position initiale à propos des clauses monétaires. Qu'elles soient aujourd'hui reçues dans la plupart des droits positifs est une certitude. Mais ce qui a parfois gêné l'acceptation de ces clauses est très précisément le principe du nominalisme. C'est par exemple le cas en France, puisque l'article 1895 du Code civil a pu être brandi contre le jeu des clauses monétaires. En sens inverse, c'est

¹ F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 84.

² « *Nominalism in this sense is a legal principle, but is empirically derived from a generalization of the normal factual situation* ». Cette formule de Mann, dont la destinée paraît brillante (Cf. F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 84 et n. 23), semble faire reposer le nominalisme sur un fondement mécanique assez proche de celui sur lequel le principe est assis dans ce travail.

³ *Ibid.*, p. 85.

⁴ *Ibid.*, n. 23, p. 85.

l'affaiblissement du nominalisme qui a ouvert la voie à ces clauses. Il n'est donc guère rigoureux de considérer en retour que l'existence de ces clauses fonde le caractère volontaire du nominalisme. Dans les pays qui se sont d'abord opposés aux clauses monétaires au nom du nominalisme, le raisonnement de Mann n'est pas convaincant.

Mais il ne l'est pas plus s'agissant des droits de *Common law*, qui ont plus facilement accepté ces clauses. En effet, à propos de celles-ci, Mann se demande quel rôle le nominalisme joue dans leur acceptation. Et s'il déduit « qu'en lui-même, le principe nominaliste n'invalide pas les clauses-or ou les clauses similaires »¹, c'est bien parce que la question de la validité de ces clauses au regard du nominalisme s'est d'abord posée, avant d'avoir été tranchée. Il semble donc qu'à un moindre degré avec les droits de *Common law*, l'aspect tautologique du fondement conféré par Mann aux clauses monétaires apparaisse.

Mais cette difficulté ne résulte en fait que d'une question de mots. Le caractère volontaire du principe nominaliste ne doit pas être conçu comme le fondement du système : quoique Mann le présente comme une justification, c'est en fait inexact. On peut d'ailleurs adresser à ce fondement les mêmes reproches qu'à l'article 1895. Dès lors que ce dernier n'était plus considéré comme impératif mais comme interprétatif de la volonté des parties, le nominalisme qu'on en déduisait ne pouvait plus être fondé que sur une volonté présumée. Ce qui laissait dans l'ombre toute justification intrinsèque du nominalisme : savoir que les parties ont tacitement accepté telle ou telle disposition n'aide pas à comprendre pourquoi on l'a conçue.

302. Quoique cela n'apparaisse pas nettement dans son ouvrage, Mann fonde le nominalisme sur des considérations si simples et si élémentaires qu'elles ne semblent pas en constituer le fondement. Mais les tribunaux allemands ne s'y sont pas trompés, qui ont fait reposer une décision sur une phrase de Mann, déjà citée : « Le nominalisme est un principe légal, mais il s'évince empiriquement de la généralisation de la situation factuelle normale »². Cette situation factuelle normale, qui peut paraître un peu sibylline au premier abord, est l'exact équivalent des considérations de système qui ont été ici proposées comme fondement du nominalisme. Cet empirisme consiste à prendre en considération le fait que le nom monétaire est le nom de l'unité en laquelle les dettes sont comptées, et dans le même temps celui de l'unité en laquelle elles sont payées. De la sorte, il apparaît comme "empiriquement" normal que ces deux unités se correspondent l'une l'autre. Et ainsi, selon Mann, en l'absence de toute stipulation contraire, l'exécution de l'obligation aura lieu par versement d'une unité de paiement pour chaque unité due.

¹ « *The nominalistic principle as such ... does not invalidate gold or similar clauses* » (F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 161). Et dans la n. 134 : « *If an English authority is wanted, it is supplied by Feist's case (1934 A.C. 161) which, though it does not solve all problems relating to the question of validity and though it does not expressly discuss the question of validity at all, by giving judgement for the plaintiffs implies the validity of the gold value clause* » (C'est dans l'affaire Feist que l'on trouvera un précédent anglais, affaire qui, quoiqu'elle n'apporte pas réponse à toutes les questions de validité, et quoiqu'elle ne discute pas expressément cette question de validité, implique la validité de la clause valeur-or puisque la décision a été rendue en faveur des demandeurs).

² Cour Financière Fédérale 14 mai 1974, cité par Mann, *op. cit.*, n. 23, p. 85 (*Nominalism is a legal principle, but is empirically derived from the generalization of the normal factual situation*).

Le fondement réel du nominalisme est pourtant relégué au second plan par Mann, au profit de la volonté des parties. Mais cette volonté est en elle-même impuissante à fonder le principe du nominalisme. Elle ne peut servir qu'à justifier le recours au nominalisme pour répartir la charge de la dépréciation monétaire. Ainsi la volonté des parties n'est-elle effective que dans un environnement juridique qui connaît le nominalisme, et l'a donc déjà justifié. La volonté des parties ne fonde que le recours au nominalisme, et non le principe lui-même. C'est pourquoi en dépit de la position affichée par Mann, on persistera à faire reposer le nominalisme sur la structure de la monnaie, ou la situation factuelle normale ¹.

303. Le doyen Carbonnier et Mann ont été les premiers auteurs à prétendre qu'il n'était pas besoin de texte pour fonder le nominalisme, mais n'ont guère été suivis sur cette voie. Pourtant, le nominalisme n'est rien d'autre qu'une caractéristique inhérente aux exigences du circuit économique, à la circulation monétaire. Si c'est la structure des obligations libellées en unités de paiement qui justifie qu'elles fonctionnent selon un schéma nominal, c'est celle de la monnaie qui explique pourquoi les obligations en valeur se régilent sans réévaluation de leur *quantum* avant paiement. Parce que les monnaies de compte n'existent plus au sens ancien, les unités de valeur et de paiement sont reliées l'une à l'autre par un taux d'extinction uniforme et immuable, égal à un. Il se peut qu'en cas de crise grave, la décision de faire varier ce taux soit prise, pour éviter des situations critiques : c'est la revalorisation exceptionnelle des créances. Mais dans la situation la plus commune, lorsqu'aucune tension monétaire trop grave n'existe, les créances sont payées sans revalorisation de leur *quantum*. En cela réside le principe du nominalisme.

¹ La position de Mann paraît ainsi assez proche de celle qui a été ici défendue à propos du nominalisme. Il y a néanmoins une différence importante entre les deux positions, qui a déjà été relevée, mais dont l'importance mérite d'être réaffirmée. Pour Mann, la séparation à l'intérieur des obligations de somme d'argent passe entre celles qui sont d'emblée liquidées, et celles qui ne le sont pas (F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 80 et 115). Cette seconde catégorie est la plus spécifique, la première n'étant au fond qu'une catégorie résiduelle, apte à recevoir les obligations pécuniaires usuelles. C'est dans cette seconde catégorie que sont notamment placées les obligations de somme d'argent réparant un dommage, ainsi que les indemnités d'expropriation (*ibid.*, p. 115 et s.). L'obligation de somme d'argent indexée ne trouve donc pas sa place dans cette catégorie, et est en conséquence reversée dans la première. Ce qui signifie que cette obligation est considérée par l'auteur comme initialement liquidée, et justifie que le principe nominaliste doive s'y appliquer. L'aspect systématique du fondement conféré par Mann au nominalisme est donc du même ordre que celui que nous y voyons, mais il entre en application de façon fort différente. À suivre la logique de l'éminent auteur, on ne voit pas bien ce qui justifie les clauses monétaires, qui entravent pourtant la marche du nominalisme par la revalorisation qui a lieu après la liquidation. Si on admet de revaloriser de la sorte, pourquoi poser un principe d'interdiction ?

C'est pourquoi il est apparu comme une nécessité de réexplorer l'objet de l'obligation de somme d'argent, de manière à constituer deux catégories, fondées non pas sur le fait que les obligations étaient ou non liquidées, mais sur la présence d'évaluation à l'intérieur de leur objet. On peut ainsi dire en toute certitude qu'une obligation indexée n'est rien d'autre qu'une obligation non liquidée, et affirmer que le nominalisme n'entre en jeu qu'une fois que la liquidation est intervenue, et non auparavant.

TITRE II

FONCTIONNEMENT DE L'OBLIGATION MONÉTAIRE

304. On pourrait penser avoir tout dit de l'obligation monétaire, une fois que l'on en a décrit la variété et montré que le principe du nominalisme s'y applique de façon différenciée et complexe. Reste tout de même à entrer dans le détail du fonctionnement de l'obligation. De façon très classique, on pourra distinguer les questions afférentes à l'objet de l'obligation monétaire, à ce qu'on appelle parfois le compte de l'obligation (Sous-titre I), de manière à examiner ensuite les modalités du paiement de cette obligation (Sous-titre II).

SOUS-TITRE I LE COMPTE DE L'OBLIGATION MONÉTAIRE

305. La catégorie des obligations monétaires recouvre un ensemble de situations disparates, alors qu'elle était autrefois posée par la doctrine et les tribunaux comme une réalité élémentaire : était monétaire l'obligation dont l'objet se composait d'unités monétaires, et dont le paiement se faisait par versement d'une certaine somme d'argent. Une telle conception n'est plus possible aujourd'hui, puisque l'objet de l'obligation s'est fragmenté et peut se manifester de trois façons différentes, selon qu'il consiste en une valeur non monétaire ou une monnaie, et, dans ce dernier cas, selon qu'il s'agisse d'unités de paiement ou d'unités de valeur. Ce qui en revanche n'a pas changé, et permet d'inscrire cette obligation complexe dans le prolongement de la catégorie ancienne, c'est que le paiement de cette obligation, quel qu'en soit l'objet, s'effectue toujours par versement d'une certaine somme de monnaie de paiement. Aussi bien ne peut-on plus aujourd'hui définir l'obligation monétaire que par ce qui en assure la cohésion : les modalités de son exécution. On peut nommer obligations monétaires toutes les obligations qui se paient en monnaie, indépendamment de la configuration exacte de leur objet.

S'intéresser à l'objet de l'obligation monétaire, c'est évidemment s'intéresser à chacune des configurations possibles de cet objet : unités de valeur, unités de paiement ou prise en compte directe de valeurs. Mais dans cet ensemble, ce sont les obligations dont le compte est tenu par une valeur non monétaire qui paraissent les plus utiles. Qu'elle soit libellée en unités de valeur ou en unités de paiement, l'obligation s'apparente à ce que l'on nommait autrefois l'obligation monétaire. Un raffinement d'analyse a permis d'opérer une scission à l'intérieur de la catégorie, en raison de la distinction des deux types d'unités. Mais l'ensemble de ces deux obligations était connu de longue main, puisque l'existence des obligations monétaires est aussi ancienne que la monnaie, quoique le régime n'en ait pas été exploité. En revanche, c'est une nouveauté due à la doctrine du XX^e siècle que d'avoir conçu des obligations directement libellées par

une valeur, dont la liquidation permet *in extremis* le paiement ¹. C'est à raison de cette nouveauté que ces dernières obligations seront ici plus particulièrement étudiées.

En outre, loin de s'être bornée à découvrir cette modalité d'obligations qui se paient en argent, la doctrine de ce siècle en a aussitôt fait une application extensive. Sous l'appellation générique de dette de valeur, les obligations dont le compte est tenu par une valeur non monétaire se sont mises à proliférer notamment en droit français ², au point qu'une étude de l'objet de l'obligation monétaire est à bien des égards une étude du rôle de la valeur dans le compte des obligations payables en monnaie.

306. On recherche volontiers les raisons pour lesquelles le XX^e siècle a massivement recouru à la valeur, tandis que confrontées à l'érosion monétaire, les époques antérieures ne songeaient pas à éluder le rôle normal, habituel, de la monnaie. L'inflation, l'érosion monétaire, scandent des altérations du système de la monnaie que toutes les sociétés monétarisées ont connues ³. S'il est vrai que toutes s'en sont défendues en cherchant à échapper d'une façon ou d'une autre à l'emprise de la monnaie ⁴, aucune n'a, comme la nôtre, songé à éliminer une des composantes de la monnaie : la valeur est intervenue dans ce siècle pour prendre la place dévolue à la monnaie dans l'objet des obligations. C'est ainsi que si l'on peut rendre compte du rôle joué par la valeur à la place des unités de valeurs, on doit aussi se demander ce qui justifie le considérable pouvoir d'expansion de cette valeur au sein des obligations payables en argent ⁵.

En effet, non seulement la prise en compte de valeurs a tendance à remplacer les unités de valeur dans des obligations traditionnellement libellées en monnaie, mais elle remplace également les unités de paiement dans des obligations où la valeur n'a pas sa place. Les nouveaux territoires conquis par la dette de valeur en France au cours des années soixante ont ainsi marqué un profond renouvellement du jeu et du rôle de la valeur ⁶. Alors que les promoteurs allemands de la notion n'avaient songé qu'à remplacer, dans des cas assez rares, les unités de valeur par la valeur de la liquidation dont elles provenaient, les juristes français, entraînés par le doyen Carbonnier, ont été bien au-delà en faisant entrer la valeur dans des obligations libellées en unités de paiement : le rapport des libéralités et le paiement des récompenses, qui sont par excellence des obligations libellées en unités de paiement, et donc exclusives de toute valeur, sont ancrées à la valeur de l'achat qu'elles ont permis de faire. Par ce biais, la valeur s'introduit dans des obligations qui, par leur source, ne sont rien d'autres que des obligations en nature.

307. Lorsque l'on a cherché à comprendre et à analyser le processus monétaire, on a été amené à dévoiler le fonctionnement articulé des unités monétaires, paiement et valeur, en postulant que l'obligation monétaire était par excellence

¹ C'est à la théorie de la dette de valeur que l'on fait ici allusion.

² V. surtout : G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, *La notion de dette de valeur en droit civil*, précité.

³ Par ex. : P. VILAR, *Or et monnaie dans l'Histoire*, Garnier-Flammarion, 1974.

⁴ À titre d'exemple, on peut évoquer la lutte contre le nominalisme, qui n'est rien d'autre qu'une tentative pour desserrer l'étau d'une monnaie qui se dégrade.

⁵ Expansion remarquée par Mann, *op. cit.*, p. 116, n. 4.

⁶ L. 17 mai 1960 modifiant notamment le régime des impenses, L. 3 juillet 1971 sur les successions, L. 13 juillet 1965 sur les régimes matrimoniaux...

l'obligation libellée en unités de valeur. L'obligation de somme d'argent part en général de la valeur, pour aboutir à la monnaie : c'est ce qui explique à la fois son objet et son mode de paiement. L'obligation libellée en unités de paiement constitue un type d'obligations plus particulier dans la mesure où la valeur n'y intervient pas, où la monnaie joue le rôle d'une marchandise¹. Mais du fait même de l'existence d'une exception, le schéma du fonctionnement monétaire n'est pas absolu. De manière quasi-irréductible, il y a des obligations monétaires en valeur, et d'autres, tout aussi monétaires, qui doivent être considérées comme des obligations en nature. Cette scission au sein des obligations monétaires est irréductible : les unités de valeur ne peuvent en aucune manière être substituées aux unités de paiement dans l'objet de l'obligation, faute qu'il y ait entre elles une adéquation autre que celle qui provient du fonctionnement même de la monnaie. En revanche, dès lors que la valeur fait son apparition dans l'objet des obligations monétaires, la diversité de cette catégorie peut être surmontée, même si c'est d'une façon un peu artificielle.

L'expansion que l'unité de valeur ne pouvait réaliser, limitée qu'elle est par son fonctionnement, la valeur peut la prendre à sa charge. Il est d'abord assez clair que la valeur peut se substituer aux unités de valeur. Après tout, l'unité n'est rien d'autre qu'une variation sur la valeur, et il est toujours possible de passer de l'espèce au genre sans dénaturer l'obligation. Mais en outre, la valeur a vocation à tout saisir, y compris les unités de paiement. Celles-ci n'étant en soi qu'une possibilité de libération, elles peuvent être conçues comme un pouvoir d'achat, et donc une manière de valeur. C'est ainsi que s'il est faux et arbitraire de prétendre qu'une certaine somme d'unités de paiement est adéquate au même nombre d'unités de valeur, il l'est bien moins d'estimer que la chose qu'un certain nombre d'unités de paiement a permise d'acheter peut, considérée comme valeur, remplacer ces mêmes unités dans l'objet de l'obligation.

Assumant le rôle des unités de valeur dans l'obligation, la prise en compte directe de la valeur a pour avantage manifeste de pouvoir s'étendre à la place des unités de paiement également. Il est ainsi probable que l'attraction réalisée par la valeur se justifie par le fait qu'elle tend à recréer la cohésion détruite d'une catégorie. Les obligations monétaires, dans cette vue, sont celles qui se paient en monnaie, et dont l'objet est une valeur indifférenciée. L'expansion de la valeur au XX^e siècle conduit à reconstituer la catégorie des obligations monétaires, en la dotant d'un fonctionnement global qui n'est rien d'autre que celui de la monnaie elle-même.

308. Pour comprendre comment la valeur a ainsi pu diffuser dans la sphère des obligations payées en argent, et se substituer globalement à la monnaie, même s'il reste des poches de résistance, une double recherche est nécessaire. Il convient d'une part de rendre compte, techniquement, de la montée en puissance du rôle de la valeur dans l'obligation monétaire, et de saisir comment elle a pu écartier la monnaie et s'y substituer (Chapitre I). Mais on le verra, cette approche par la technique juridique n'est pas très satisfaisante, qui montre que la substitution de la valeur à la monnaie n'est pas justifiable dans tous les cas. De ce fait, il faudra remonter aux causes de l'irruption de la valeur dans un champ dont elle a toujours été écartée, pour voir si au regard de l'objectif que constitue la lutte contre l'inflation, la valeur a pu jouer le rôle qu'on attendait d'elle (Chapitre II).

¹ *Supra* n° 237 et s.

CHAPITRE I LE JEU DE LA VALEUR DANS L'OBLIGATION DE SOMME D'ARGENT

309. La lutte contre les effets du principe du nominalisme marque la tentative la plus claire pour faire pénétrer les valeurs dans le domaine monétaire ¹. On en déduit *a contrario* que l'adoption constante et indiscutée du nominalisme a abouti à rejeter de façon rédhitoire la prise en compte de la valeur dans les obligations de somme d'argent. C'est à cause de cette constante scission entre valeur et monnaie que la réintroduction de la valeur dans ces obligations est complexe : dès lors que valeur et monnaie s'étaient longtemps ignorées, était-il possible de les mêler sans dénaturer les obligations ? Sans doute apparaît-il que monnaie et valeur sont des éléments aux ramifications intriquées, faute de quoi le rejet brutal du principe du nominalisme n'aurait pas eu lieu. Mais on peut néanmoins se demander comment leurs relations ont été prises en compte, dès lors qu'il était admis que la valeur devait jouer son rôle dans les obligations de somme d'argent.

Cette interrogation est susceptible de deux types de réponses, selon que l'on considère la situation de façon évolutive ou synchronique. La première question que l'on peut se poser tourne en effet autour de la présence de la valeur, et revient à se demander de quelle façon celle-ci a été réintroduite dans le champ monétaire, alors que sous l'empire du nominalisme, la réflexion juridique portait essentiellement sur la justification du refus du jeu de la valeur (Section I). Mais une fois que l'on aura assisté à la cristallisation de l'idée selon laquelle la valeur jouait un rôle essentiel dans les obligations, encore faudra-t-il montrer selon quelles modalités, quels principes, les obligations de somme d'argent ont pu être transformées en obligations en valeur (Section II).

¹ F.-A. MANN, *op. cit.*, p. 116 ; L. BOYER, « À propos des clauses d'indexation... », précité, p. 87.

Section I
LA PRÉSENCE DE LA VALEUR DANS L'OBLIGATION

310. On doit aux juristes allemands de l'entre-deux-guerres d'avoir pressenti que la valeur jouait à plein dans certaines obligations monétaires, et d'avoir conçu de quelle façon on pouvait en tirer parti dans la lutte contre l'érosion monétaire¹. Mais constatation n'est pas raison : la découverte du rôle éminent de la valeur dans des obligations dont on la croyait écartée ne justifie pas que la valeur se mette à occuper l'objet des obligations de somme d'argent. Il est ainsi intéressant de voir comment la valeur s'est mise à diffuser dans les obligations de somme d'argent (§ 1), afin d'essayer de comprendre les places respectives que cette valeur et la monnaie occupent, en droit, dans l'obligation (§ 2).

§ 1. L'AVÈNEMENT HISTORIQUE DE LA VALEUR DANS
L'OBLIGATION

311. La classification renouvelée des obligations fondée sur la présence de monnaie est due au doyen Carbonnier², et date de la seconde partie du siècle. En proposant la monnaie comme critère répartiteur, l'auteur proposait un mode de classement qui n'avait pas été à l'honneur jusque là, sans pour autant créer des types nouveaux d'obligations. L'obligation monétaire est une donnée ancienne du droit des obligations, à qui l'on a ainsi décidé de faire une place à part en raison du relief particulier que les troubles économiques lui ont conféré. Sous l'effet de la hausse des prix, la créance monétaire semble évoluer et se modifier, contrairement aux obligations en nature dont la stabilité est certaine au regard de leur objet³. C'est en raison des caractéristiques de régime propres à son objet, la monnaie, que l'obligation monétaire a pu être classée à part.

Ce n'est qu'en rappelant l'ancienne présentation élémentaire de l'obligation monétaire que l'on peut comprendre la nouveauté qu'y a introduite la théorie de la dette de valeur, et les bouleversements qu'elle a contribué à provoquer au sein de la classification des obligations. Confrontée à une inflation virulente, dont le siècle n'a peut-être pas d'autres exemples en Europe, l'Allemagne de l'entre-deux-guerres a cherché à briser les cadres étroits de l'obligation de somme d'argent. La fixité du montant monétaire de l'obligation était alors cause de la ruine des créanciers, qui se voyaient remettre des sommes sans rapport avec celles qui leur étaient dues, en termes de pouvoir d'achat. Il s'agissait de faire effort pour reconsidérer la structure de l'obligation de somme d'argent de manière à

¹ Sur l'émergence historique de la dette de valeur, v. M. PÉDAMON, *La réforme monétaire de 1948 en Allemagne occidentale*, précité ; A. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 180 et s.

² J. CARBONNIER, *Les obligations*, précité, n° 9, p. 26.

³ J. CARBONNIER, *op. cit.*, *loc. cit.* ; C. BRUNEAU, *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature*, th. précitée, n° 5, p. 11 et s.

revaloriser certaines obligations, sans pour autant déroger au principe du nominalisme encore perçu comme essentiel. Plus exactement, la question était de savoir comment on pouvait stabiliser les obligations dans le respect des principes juridiques, de sorte qu'il y ait adéquation entre ce que le débiteur devait et ce qu'il verserait, en dépit de la dépréciation monétaire ¹. La dette de valeur est ainsi née, au carrefour de l'hyper-inflation et du nominalisme monétaire, comme un moyen de sauvegarder, autant que cela était possible, la situation des personnes privées parfois ruinées par les effets cumulés de l'une et de l'autre ².

312. L'idée de dette de valeur part d'une observation en elle-même évidente, mais fascinante par le mouvement des idées qu'elle suggère. Des auteurs allemands de l'époque ³ ont remarqué qu'à l'intérieur de certaines obligations libellées en monnaie, celle-ci ne jouait qu'un rôle de mesure secondaire, le compte primaire de l'obligation étant tenu par une valeur. C'est-à-dire que, face à quelques obligations considérées comme monétaires telle la réparation du préjudice ⁴, ils se sont avisés que la somme de monnaie représentant l'objet de la dette n'était rien d'autre que la liquidation de la valeur du préjudice, valeur antérieure à cette expression monétaire. C'est ainsi qu'ils ont pu retourner la conception traditionnelle de l'obligation, pour revenir à une expression primitive. Plutôt que de considérer le montant monétaire de l'obligation comme sa mesure absolue et indiscutable, ils ont suggéré de le remplacer par la valeur dont la somme de monnaie n'était que l'actualisation. Le principe de la première dette de valeur était né : par sa présence, la monnaie fait parfois écran à un objet plus fondamental, qui peut la remplacer dans le compte de l'obligation.

La doctrine allemande, très partagée à l'époque sur la question, s'est néanmoins accordée sur trois types d'obligations correspondant à ce schéma ⁵. La réparation du préjudice était l'exemple même de la dette de valeur, puisqu'il y apparaissait évident que c'était le préjudice qui donnait la mesure de l'obligation ⁶. Mais les créances de remboursement avaient aussi bien leur place dans ce cadre, la valeur de l'objet à rembourser fournissant le montant actuel de monnaie à payer. Enfin les créances d'enrichissement sans cause portaient la trace de ce même principe, puisque l'enrichissement, tel qu'il s'était traduit dans le patrimoine du débiteur, établissait le compte de la dette en fournissant sa mesure.

¹ On peut d'ailleurs incidemment se demander pourquoi, face à une situation aussi préoccupante de crise, l'Allemagne n'a pas décidé de se débarrasser du verrou nominaliste pour permettre aux parties de revaloriser leurs obligations dans l'exacte contre-partie de la dépréciation monétaire. Sans doute craignait-on qu'un tel déblocage ne stimule plus encore l'inflation, et n'atteigne finalement aucun des objectifs à l'origine de la mesure. En effet, en désirant stabiliser les obligations au niveau de leur formation, les juristes n'ont alors voulu que réaliser une certaine justice individuelle, sans pour autant intervenir dans le champ de la politique économique.

² Sur l'émergence historique de la dette de valeur, v. M. PÉDAMON, *La réforme monétaire de 1948 en Allemagne occidentale*, précité.

³ Parmi lesquels, au premier chef, Nussbaum. Cf. : A. NUSSBAUM, *Das Geld in Theorie und Praxis des Deutschen und Ausländischen Rechts*, 1928.

⁴ Arrêts allemands des 12 mars et 13 juin 1921, cité in G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 74, p. 55.

⁵ M. PÉDAMON, *op. cit.* p. 12 et s.

⁶ Sur le caractère exemplaire de la créance de réparation, v. A. NUSSBAUM, *Money in the law*, précité, p. 180.

313. En elles-mêmes, les observations relatives à ces trois applications de la dette de valeur paraissent évidentes, la valeur y apparaissant chaque fois au cœur de l'obligation. Mais cette apparente évidence masque la portée de l'innovation. Si les esprits sont aujourd'hui mieux disposés à admettre que la valeur joue un rôle important dans l'obligation monétaire, ce n'était pas le cas lors de l'émergence de l'idée de dette de valeur¹. Le nominalisme avait figé en l'état l'obligation de somme d'argent, exclusivement constituée de monnaie, et en avait écarté toute valeur. De ce fait, pour évidentes qu'elles paraissent aujourd'hui et limitées au regard de l'immense domaine où joue en réalité la valeur, ces constatations des auteurs allemands sont fascinantes : elles témoignent d'une modification du regard juridique, qui repère l'articulation primaire de la monnaie et des valeurs que la présentation traditionnelle de l'obligation n'aurait jamais dû dévoiler.

L'obligation monétaire étant définie par son objet, la somme d'argent, il n'allait pas de soi que cette monnaie pût usurper une place qui ne lui revenait pas de droit, et il était plus aventureux encore de disqualifier la monnaie dans ce rôle pour la remplacer par une valeur. Sans le faire tout à fait, les auteurs allemands ont accepté de mettre en doute le rôle sacro-saint de la monnaie et de réintroduire le jeu de la valeur que le nominalisme avait obstinément tenu éloigné. Par là, ils ont ébranlé les cloisons de la pensée juridique, et fait apparaître des ouvertures par lesquelles toute une pensée moderne de la monnaie et de l'obligation monétaire allaient pouvoir s'enouffrer.

314. Dès lors que l'on avait constaté que l'objet de certaines obligations payables en argent n'était pas monétaire au premier chef, la question du contenu de l'objet de l'obligation était prête à émerger. En fait, le problème pouvait se développer selon deux directions. La première, théorique, porte sur la nature même de l'objet d'une obligation. Dans la théorie juridique, l'objet apparaît avant tout comme un outil descriptif, qui, par opposition par exemple à la notion de cause, ne présente guère de difficultés conceptuelles, et se définit par sa capacité à décrire la substance de l'obligation². Par l'émergence de la dette de valeur, l'objet de l'obligation cesse de n'être qu'un outil, pour devenir une notion : dès lors qu'une obligation monétaire peut être libellée par une monnaie ou autre chose qu'une monnaie, dès lors que l'adéquation entre l'objet de l'obligation et celui de la prestation peut paraître rompue, la notion d'objet devient enjeu de réflexion pour la théorie du droit³.

Mais cette ouverture purement théorique qui s'est réalisée en sourdine a eu pour contrepartie une ouverture pratique, d'une importance déterminante pour le droit positif. L'hyper-inflation allemande avait fait déboucher les juristes sur l'idée que certaines obligations monétaires n'étaient pas tout entières déterminées par la somme d'argent qui faisait office de *quantum*. L'inflation d'après-guerre,

¹ V. les querelles suscitées en France par le déplacement de la date de l'évaluation du préjudice : G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 76 et s., p. 56 ; M. GENDREL, « Influence de la dépréciation monétaire sur le droit de la responsabilité civile », in *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, préf. J. Carbonnier, Bibl. dr. priv. XXVI, L.G.D.J., 1961, p. 143, et notamment n° 21 et s., p. 155.

² En tant que tel, l'objet n'est qu'une description de la substance de l'obligation ; mais cette description déclenche des conséquences quant à la validité de l'obligation. V. par ex. : G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. 1, *Les sources*, précité, n° 171 et s., p. 171.

³ C'est ainsi que MM. Raynaud et Jestaz traitent de la dette de valeur à l'intérieur du chapitre consacré à l'objet de l'obligation : G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Les obligations*, t. 2, *Le régime*, précité, n° 10 et s., p. 8.

mouvement mondial d'abord de faible ampleur mais constant, puis de plus en plus intense, a permis la réutilisation et l'extension de cette observation : dès lors qu'une valeur se trouvait être objet de l'obligation monétaire, ne pouvait-on pas soumettre la somme de monnaie à cette valeur, de manière à ce que les répercussions de l'inflation sur les patrimoines soient amorties ¹ ?

À l'idée premièrement apparue que le libellé monétaire des obligations dissimulait parfois une valeur, on a substitué le désir d'effacer, dans tous les cas où cela était possible, la monnaie derrière une valeur. D'où une conception extensive de la dette de valeur, qui a produit d'étonnants effets législatifs en France dans les années soixante ².

315. Le développement de la technique de la dette de valeur après la seconde guerre mondiale présente en France des aspects troublés et intéressants. Ce sont d'abord les résistances dont le droit français a fait preuve pour stabiliser les obligations qui frappent l'esprit, et surtout la résistance à l'encontre des clauses monétaires ³. Mais le droit français est tout aussi étonnant pour ses audaces. On a parfois considéré qu'il y avait eu réception législative globale de la théorie de la dette de valeur dans les années soixante, lorsque celle-ci a été introduite dans la réglementation des libéralités entre époux, l'évaluation des récompenses et surtout le droit des successions : rapport des donations, réduction des libéralités excessives, valorisation de certaines dettes et notamment des soultes ⁴. Ces divers modes de restitution ont en effet été construits sur le modèle de la dette de valeur, dans la mesure où c'est toujours une valeur qui tient le compte de l'obligation, et non une somme d'argent. Mais si l'appellation de dette de valeur se justifie en cela, force est de reconnaître que la notion a été infléchie par rapport à celle qui avait été héritée des auteurs allemands. L'audace de la doctrine française n'est pas d'avoir eu recours à la valeur, mais de l'avoir fait de façon toute différente : la valeur ne joue pas de la même manière dans la réparation et dans les libéralités.

Tant que l'on se contente de voir dans la dette de valeur une caractéristique structurelle marquée par la prise en compte d'une valeur, la différence entre la dette "à l'allemande" et la dette "à la française" ne s'impose pas, toutes deux s'efforçant de remplacer des monnaies par des valeurs ⁵. Elle apparaît en revanche lorsque l'on entreprend de rechercher la provenance de la valeur de remplacement. À cet égard, au sein même de la loi du 3 juillet 1971 sur les successions, on voit fonctionner côte à côte les deux types de dettes de valeur, sans que la différence profonde qui les sépare soit marquée d'une quelconque façon.

D'une part, la réduction des libéralités témoigne d'une dette de valeur entendue dans un sens habituel. Lorsqu'une libéralité excède la quotité disponible, elle doit être réduite de manière à ne pas entamer la réserve héréditaire. Mais si la constatation de l'excès a lieu au jour du décès, la réduction effective ne se

¹ G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *op. cit.*, n° 10, p. 9.

² Sur le développement impressionnant de la technique de la dette de valeur en France, v. P. RAYNAUD, « Les dettes de valeur en droit français », précité, p. 611 ; G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, *La notion de dette de valeur en droit civil*, précité ; J.-M. DURAND, *La dette de valeur en droit français*, th. Paris II, 1972 ; C. BRUNEAU, *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature*, th. précitée, p. 563 et s.

³ *Supra*, n° 283 et s.

⁴ Respectivement : art. 1099-1, 1469, 869, 868 et 833-1 C. civ.

⁵ C'est la description la plus couramment donnée par la doctrine française, et qui anime par exemple l'ouvrage de M. Pierre-François (*La notion de dette de valeur en droit civil*, précité).

produira qu'au moment du partage. Entre les deux, la valeur du bien objet de la libéralité aura eu le temps de se modifier, surtout dans l'hypothèse où ces deux dates sont nettement séparées¹. C'est la raison pour laquelle la jurisprudence d'abord, relayée ensuite par la loi de 1971², a opté pour une double évaluation comparable à celle qui prévaut en matière de "rachat" de lésion, soit une évaluation de type proportionnel. Au jour du décès, on calcule la proportion dans laquelle la libéralité excessive doit être réduite ; et cette proportion est effectivement imputée sur la valeur actuelle du bien au moment du partage. De la sorte, l'indemnité de réduction suit l'évolution de la valeur excédentaire, sans que celle-ci soit figée au jour du décès. En cela, il s'agit bien d'une dette de valeur au sens habituel : la valeur choisie pour ancrer l'obligation est celle dont la liquidation permet de connaître l'indemnité de réduction. La valeur est donc antérieure à son expression monétaire, et le principe de la dette de valeur ne consiste à tout prendre qu'à éviter de liquider cette valeur.

Il en va autrement en matière de rapport de libéralités³, puisque le donateur n'a pas toujours d'emploi en vue lorsqu'il donne une certaine somme d'argent. Nulle valeur à l'origine de la monnaie, dans ce cas, puisqu'il appartient le plus souvent au donataire de décider de ce qu'il fera de la somme donnée. La dette de valeur ne consiste donc plus à rattacher l'obligation à la valeur qui préexiste à son expression monétaire, mais à la rattacher à la valeur sur laquelle débouche la somme de monnaie donnée. Le gratifié qui a acquis un immeuble avec l'argent restituera la valeur de l'immeuble ; la valeur de substitution est prise à l'horizon de la somme d'argent, et non plus à son origine⁴.

De la sorte, si l'on raisonne au regard du rôle de la valeur par rapport à la monnaie dans la dette de valeur, deux voies s'ouvrent, selon qu'elle est antérieure ou postérieure à la présence de monnaie. Pour autant, la dette de valeur ne doit pas être dépeinte sous des aspects dualistes. Si la valeur y émerge de deux façons différentes, la structure de la dette est la même après l'émergence.

316. Le déplacement qu'ont introduit les auteurs allemands dans la conception de l'obligation monétaire a été suivi d'un second déplacement dans la conception de la dette de valeur, et a conduit à un double bouleversement en profondeur de la catégorie des obligations monétaires. Dans une première acception, la dette de valeur s'est développée en tant que technique, et a remis en cause les principes classiques du droit monétaire, tout en modifiant le visage habituel des obligations payables en argent⁵. Alors qu'on ne les concevait guère que sous des espèces très simples, l'argent étant à l'origine et dans l'exécution de l'obligation monétaire, elles se sont vu transformées en obligations plurielles, dont le seul trait commun est que l'exécution s'en fera en monnaie, sans que l'on sache pour autant de quoi est composé leur objet. Mais dans une seconde acception, la dette de valeur est apparue comme un principe mettant en jeu les liens entre monnaie et valeur au cœur même de l'obligation. Celle-ci s'est trouvée travaillée par une interrogation de fond portant sur les positions respectives de la monnaie et de la valeur à l'intérieur de l'obligation⁶. Si la valeur peut si facilement se

¹ On se place bien sûr ici dans l'hypothèse d'une réduction en valeur, et non en nature.

² M. GRIMALDI, *Successions*, Litec, 1989, n° 805, p. 733.

³ Sur la question, v. surtout : P. CATALA et G. MORIN, *La réforme des liquidations successorales*, précité.

⁴ M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 685 et s., p. 626.

⁵ J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 11, p. 33.

⁶ G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 11 et s., p. 12.

glisser dans les obligations de somme d'argent, cela signifie sans doute qu'elle entretient des rapports particuliers avec la monnaie. Mais ceux-ci ne sont pas faciles à examiner, d'autant plus qu'une des fonctions les plus traditionnelles du nominalisme a consisté à les occulter.

317. Ce n'est qu'au prix de ce premier ébranlement dû aux auteurs allemands au début du siècle, que les juristes français, notamment, ont ensuite exploité au cours des années soixante, que la conception de l'obligation monétaire a pu être bouleversée : l'obligation monétaire n'est plus celle qui est libellée en monnaie, et s'exécute en monnaie. Il en résulte que si l'on caractérise à présent l'obligation monétaire par sa seule exécution en monnaie, c'est parce qu'il serait trop difficile de le faire par son objet. Le compte d'une telle obligation peut en effet être tenu par une valeur non monétaire, comme par des unités de valeur ou des unités de paiement. S'il nous est possible de faire aujourd'hui des distinctions plus affinées à l'intérieur de cette catégorie, c'est bien grâce à cette première remise en cause des évidences, par laquelle l'obligation monétaire a cessé d'être un type d'obligation élémentaire, pendant parfait des obligations en nature. Était-il prévisible qu'il en sortirait une structure tripartite de l'obligation de somme d'argent ? Ce serait sans doute se méprendre sur les déterminations originaires d'un effort qui ne cherchait qu'à parer aux conséquences néfastes de l'inflation ¹. Mais le fait est que cet effort, dicté par des considérations d'opportunité, a permis de découvrir une obligation complexe et nuancée là où on ne voyait autrefois qu'une obligation élémentaire.

318. On ne peut pas pour autant en rester là, et se satisfaire d'une classification qui paraît mieux faite, et plus opératoire. L'étude historique montre que la dette de valeur est née de la transformation d'obligations libellées en monnaie, sous l'effet de la hausse des prix. Après avoir subi un certain travail, ces obligations libellées en monnaie sont apparues comme des obligations dont le compte est tenu au moyen d'une valeur, et non d'une monnaie. Aussi bien des passerelles apparaissent-elles entre les objets possibles de l'obligation payable en argent, puisque les obligations libellées en monnaie peuvent se transformer en obligations libellées en valeur ². S'il est certain que d'une façon résiduelle, il y a des obligations d'unités de paiement ou de valeur qui ne se modifieront jamais, il est non moins vrai que la plupart d'entre elles connaissent des mutations destinées à les transformer en dettes de valeur. Quoique la découverte des auteurs allemands ait consisté à découvrir sous une apparence d'obligation simplement monétaire des dettes de valeur originaires, la plupart des dettes de valeur sont obtenues par transformation d'obligations libellées en argent.

Il convient donc d'essayer de saisir les méthodes qui sont à l'œuvre dans ces transformations, c'est-à-dire d'ajouter un volet dynamique à une description jusqu'ici purement statique.

¹ Le doyen Carbonnier, promoteur pour une large part de l'entrée de la dette de valeur dans la législation française, sous son aspect inattendu, concluait une note d'arrêt présentant un cas de subrogation de l'emploi de fonds à une quantité de monnaie de paiement due : « On n'a peut-être pas suffisamment étudié les ressources juridiques que l'on pourrait demander à la théorie de la subrogation réelle, pour apporter aux créanciers quelque protection contre les risques de dépréciation de la monnaie » J. CARBONNIER, note sous Bordeaux 9 juillet 1942, *J.C.P.* 1943.II.2112.

² Les conditions d'une telle transformation de la dette monétaire en dette de valeur ont toujours été un problème pour la doctrine : P. RAYNAUD, art. précité, n° 4, p. 612 ; G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 51 et s., p. 90 et s.

§ 2. LA RECHERCHE DE LA VALEUR PROPRE À L'OBLIGATION

319. À la suite des auteurs allemands du début du siècle, tout le système de la dette de valeur a été construit sur les ressources internes de l'obligation. De la même façon que certaines obligations révélaient la présence de valeurs derrière des montants monétaires apparaissant au premier plan, c'est dans l'obligation elle-même que les auteurs ont été chercher des valeurs auxquelles ancrer l'objet de la dette, et non dans des considérations extérieures. La recherche intrinsèque de la valeur de l'obligation a été choisie de préférence à une recherche extrinsèque, quête la réévaluation en dehors de la sphère de l'obligation. C'est à comprendre cette quête qu'il faut nous attacher maintenant, non sans une remarque préalable.

Pour les auteurs allemands qui ont été évoqués¹, il allait de soi qu'une obligation monétaire se présentait avant tout comme une obligation libellée en argent. En faisant pénétrer des valeurs dans l'obligation, ces auteurs avaient sans doute le sentiment de déroger au fonctionnement normal de l'obligation. Cette attitude n'est plus guère tenable aujourd'hui : nous avons tellement modifié, étendu, le champ des obligations monétaires qu'il n'est plus possible de savoir si la monnaie y est première dans l'objet, ou si c'est la valeur. Certaines obligations, on le sait, sont d'abord libellées en valeur, et secondairement en monnaie. Dans d'autres cas, la technique de la dette de valeur a consisté à modifier le *quantum* des obligations, à le transformer de monnaie en valeur. On peut ainsi se demander s'il existe une certitude quant à l'objet de l'obligation, permettant de savoir ce qui s'y trouve à l'origine.

Dans l'ignorance complète où nous sommes de ces rapports premiers qui unissent monnaie et valeur, il convient d'éviter les positions *a priori*, et notamment celle selon laquelle il serait naturel que l'obligation soit libellée en monnaie, et exceptionnel que la valeur s'y substitue. On pourrait en effet adopter la position inverse, et considérer qu'en raison de la nature de la monnaie, les valeurs sont toujours les premières venues. La monnaie peut se définir, pour l'une de ses composantes, comme la commune mesure des valeurs² ; c'est dire que toutes les valeurs ont une expression monétaire, et donc que la valeur précède toujours la monnaie, qui est à son service. Le fait de considérer que la monnaie est première dans l'expression des obligations monétaires s'apparente plus à un effet d'habitude qu'à une considération rigoureuse. Au vrai, nulle rigueur ne permet de dire *a priori* ce qui entre de droit dans l'objet de l'obligation payable en argent.

320. Pour saisir les relations qui unissent monnaie et valeur dans l'objet de l'obligation, il faut savoir comment le *quantum* en est obtenu, par quels procédés

¹ Au premier rang desquels on doit placer Nussbaum, qui a non seulement fondé la notion dans l'Allemagne des années vingt, mais en a suivi le développement dans l'Amérique de la guerre et de l'immédiat après-guerre.

² Qu'est-ce que la valeur, sinon un rapport entre deux choses, fonction en même temps de leur rareté et de leur utilité ? Mais ce rapport est forcément bilatéral, qui ne permet de comparer des éléments différents que deux à deux. La monnaie, en tant que mesure des valeurs, s'introduit comme un élément auquel toutes les valeurs pourront être comparées. De la multiplication des rapports bilatéraux objet-monnaie provient de la sorte une mesure commune : le rapport bilatéral objet-monnaie perd toute importance, pour que naisse une possibilité de comparaison de toutes les valeurs entre elles. *Supra*, n° 48 et s.

les parties à l'obligation décident de son montant. Mais cette recherche est délicate : la doctrine ne s'intéresse qu'assez peu au mode de détermination du contenu des obligations, et n'a jamais cherché à savoir comment leur équilibre interne était obtenu ¹. Cet état de fait est sans doute le résultat d'un parti-pris de l'analyse juridique, intéressée surtout par l'origine formelle de l'obligation, par l'ensemble des circonstances qui donnent naissance au lien de droit obligatoire ². C'est ainsi que depuis le Code civil, et même avant sans doute, l'étude des obligations est d'abord et avant tout celle de leur source : contrats, quasi-contrats, délits, quasi-délits, pour reprendre la classification contestée du Code civil ³. Pour légitime qu'elle soit, cette étude des sources de l'obligation ne permet pas de rendre compte du contenu du rapport de droit : l'obligation n'y est saisie qu'à titre de lien de droit abstrait, dégagé de tout contenu. Seul est pris en considération le rapport d'ordre juridique qui est créé entre des personnes, envisagé hors de toute substance, et non les spécificités internes de ce lien. On cherche ainsi à savoir en vertu de quelle situation juridique telle personne est devenue débitrice d'une dette de cent francs, et non pourquoi ce débiteur doit cent francs, et non pas plus ou moins. L'analyse de l'obligation à travers ses sources n'est pas une analyse du contenu de l'obligation en soi. Pire, il semble qu'elle fasse parfois écran à une analyse de ce type.

Sans doute cette lacune provient-elle des conceptions pédagogiques en usage dans le droit des obligations. On entreprend l'étude des obligations à travers celle du contrat, considéré comme l'archétype de ces rapports de droit. Or les contrats représentent entre tous le domaine où l'analyse du contenu des obligations est la plus difficile, peut-être aussi la moins utile. Le principe de l'autonomie de la volonté, qui continue de servir de soubassement au droit des contrats en dépit des atteintes et des attaques dont il est l'objet, décourage de se demander de quoi sont faites les obligations issues d'un contrat. Dès lors que l'on admet que le juge ne doit pas intervenir dans l'économie globale d'une convention au motif que le contrat est la chose des parties et d'elles seules, l'analyse juridique ne peut plus s'intéresser à ses composantes, sinon, marginalement, au nom de l'ordre public ⁴.

Pour comprendre l'obligation monétaire de l'intérieur, il convient donc de quitter les chemins balisés par la doctrine, et d'utiliser d'autres outils que les siens, par trop inadaptés.

¹ J. HAMEL, cours précité, t. 2, p. 52.

² *Contra* : J. Hamel, qui constate que l'indifférence au contenu des obligations se manifestait déjà en droit romain, droit qui ignorait tout de l'autonomie de la volonté. L'éminent auteur fait ainsi remonter cette indifférence à une caractéristique de la réglementation, aux termes de laquelle celle-ci devrait se contenter de fixer des cadres généraux aux relations sociales (*op. cit.*, p. 53).

³ Les critiques adressées à cette méthode ne portent d'ailleurs que sur l'authenticité de telle ou telle source : quasi-contrats et, dans une moindre mesure, quasi-délits. Mais le fait de n'approcher les obligations que par leur source est rarement mis en cause.

⁴ On pourrait du reste, accessoirement, se demander s'il est légitime que l'analyse juridique soit à la traîne des tribunaux, ne se saisisse des problèmes qu'une fois que ceux-ci en ont été saisis. Le pouvoir souverain des juges du fond en matière de réparation, l'autonomie de la volonté pour les contrats, ne devraient peut-être pas dissuader les juristes de s'intéresser aux questions laissées dans l'ombre des tribunaux : l'absence de contentieux ne renvoie pas à l'inexistence de questions de droit. Sans doute ces questions deviennent-elles alors théoriques, empreintes mêmes de considérations micro-économiques. Mais ces objections doivent-elles détourner d'une étude de l'obligation qui soit moins formelle, plus effective ?

321. Les moyens utilisés dans le droit des obligations pour définir et décrire les obligations sont inutiles dans le cadre d'une recherche ainsi renouvelée : dynamique et non plus statique. L'objet et la cause de l'obligation renseignent assez mal sur le mode de formation du contenu de l'obligation. L'objet dépeint le contenu de la relation de droit, sa substance ¹, tandis que la cause rend compte de son origine, c'est-à-dire des raisons de sa création. Mais en réalité, ces deux outils ne sont guère utilisés qu'à propos des contrats, et ne concernent que de loin les obligations prises en elles-mêmes. On ne parle jamais de l'objet, de la cause d'une obligation de réparation ou d'un rapport de libéralité, alors que rien ne s'y opposerait. Cause et objet d'une obligation existent, et peuvent même être facilement énoncés. Mais sans doute néglige-t-on cette approche en raison d'un défaut d'intérêt : ces deux notions ne font en réalité que répéter des renseignements que l'obligation donne d'elle-même. N'a-t-on pas tout dit du lien de droit dès lors que l'on sait qu'une personne doit cent francs en réparation d'un dommage qu'elle a causé ? Qu'ajoute-t-on à dire que l'objet de l'obligation est une certaine somme d'argent, sa cause étant à rechercher dans l'existence d'un droit de la responsabilité qui exige que le responsable d'un dommage en répare les conséquences ? Le type de description que permettrait l'énoncé de la cause et de l'objet de l'obligation serait redondant dans presque tous les cas. Mais cela ne condamne pas une approche nouvelle du contenu de l'obligation : aucun outil spécifique n'a été forgé par la doctrine pour approcher la question de l'origine du *quantum* de l'obligation. Rendre un compte formel des rapports juridiques qui sont à l'origine du lien de droit ne suffit pas à justifier des contours de l'obligation. Pour une telle recherche, il faut forger de nouveaux outils.

Mais sont-ils donc si différents de ceux qu'a utilisés traditionnellement l'analyse juridique ? On le sent bien : les interrogations qui portent sur les caractéristiques du lien de droit sont aussi des questions qui tournent autour de sa cause, tout en étant décalées. Ce n'est à l'évidence ni de la cause du contrat, ni de celle de l'obligation qu'il s'agit. La première recherche la raison d'être de l'existence d'un contrat, la seconde de l'existence d'une obligation. Or la cause qui est ici entr'aperçue s'intéresserait plutôt à la raison d'être de l'objet d'une obligation, de ses modalités. On pourrait donc parler, non sans risque de choquer, de la "cause de l'objet" de l'obligation. De même que la notion de cause rend compte de la question : pourquoi y a-t-il une dette ?, que la notion d'objet répond à la question : qu'est-ce qui est dû par le débiteur de l'obligation ² ?, la notion de "cause de l'objet" cernerait la question : pourquoi la dette a-t-elle été formée avec cet objet particulier, et non un autre ?

C'est à l'aide de ce nouvel outil à l'énoncé un peu barbare qu'il faut examiner les différentes obligations payables en argent, de manière à y repérer les liens entre valeur et monnaie.

322. La recherche de la "cause de l'objet" est facile à mener dans les domaines où l'objet de l'obligation est fixé par une valeur non monétaire. Il en va ainsi de la réparation du préjudice, de l'obligation alimentaire, de l'indemnité d'accession, de l'obligation de payer le prix en cas de "rachat de lésion", de l'indemnité de réduction des libéralités excédentaires, ou encore de la valorisation des paiements décalés en matière successorale : soultes ou indemnités de réduction retardées. Le fait que la formation de ces obligations soit souvent judiciaire explique sans doute pourquoi le mode d'élaboration en est mieux exploré : c'est aux exigences

¹ On parle évidemment ici de l'objet de l'obligation, non de celui du contrat.

² A. WEILL et F. TERRÉ, *Les obligations*, précité, n° 254, p. 266, qui distinguent l'objet, répondant à la question *quid debetur* ?, de la cause, que l'on détermine après s'être demandé *cur debetur* ?

posées par la Cour de cassation qu'on le doit. Celle-ci, en matière de réparation par exemple, ne contrôle pas la fixation du *quantum* de la réparation allouée, mais vérifie à tout le moins que ce *quantum* a été fixé dans le respect d'un principe essentiel : celui de la réparation intégrale du préjudice ¹. C'est dire que la Cour suprême impose que le montant de la réparation soit déterminé à partir de la valeur de l'ensemble du préjudice subi par la victime, que ce préjudice soit physique, moral, ou réside dans la perte d'une chance dont disposait la victime. Aussi bien le *quantum* de l'objet de l'obligation de réparation est-il directement fixé par une valeur : celle du préjudice ².

C'est cette valeur qui sera liquidée pour permettre à la dette de réparation d'être payée. Autrefois, cette valeur était liquidée au jour de l'accident, parce qu'il représentait le moment où naissait la dette ³ ; aujourd'hui ⁴, on attend le jour du prononcé du jugement pour liquider cette valeur, de manière à ce que la dépréciation monétaire, intervenue entre l'accident et le jugement, n'entame pas les droits de la victime en empêchant la réparation de couvrir l'entier préjudice ⁵. Mais cette évolution jurisprudentielle quant au moment de la liquidation de la valeur est sans conséquence sur la nature de l'obligation, et sur la place que la valeur y occupe. Quel que soit le moment où la valeur est liquidée, le montant de la réparation est établi en contemplation du préjudice lui-même, et de toutes les conséquences directes qui s'en sont ensuivies. Le principe de la dette de valeur n'est donc pas d'application récente en matière de réparation ; c'est en revanche le décalage de la date d'évaluation du préjudice qui est nouveau ⁶. Sur l'exemple de la réparation, toutes les obligations dont il est ici question ont en commun d'être articulées autour d'une valeur, qui, par sa liquidation, préside à la fixation du montant monétaire de l'obligation ⁷. Toutefois, que le libellé de l'objet de ces obligations ait toujours été une valeur n'empêche pas que la présence de cette valeur n'a été identifiée que récemment, puisque ce n'est que depuis peu de temps que l'on a songé à en tirer parti dans la lutte contre les effets de la dépréciation monétaire.

Dans certains cas, le montant de l'obligation est donc directement et entièrement mesuré par une valeur. Mais il se peut aussi bien que des considérations de valeur entrent dans la formation de l'objet, sans que cette valeur occupe tout l'objet de l'obligation.

¹ G. VINEY, *La responsabilité : effets*, précité, n° 57 et s., p. 80.

² De la même façon, le montant de l'obligation alimentaire est directement fixé par une valeur : l'étendue des besoins du créancier ; de même encore : le montant de l'indemnité d'accession est fonction de la valeur actuelle de l'élément transféré par accession (art. 566, 570 et 574 C. civ.) ; en matière successorale, la valorisation des soultes ou des indemnités de réduction payées dans le temps se fait en prenant en considération les valeurs de la libéralité excédentaire ou du bien déséquilibrant les lots des copartageants.

³ Par ex. : Civ. 27 juin 1928, *Gaz. Pal.* 1929.2.920.

⁴ C'est-à-dire depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 23 mars 1942 (*D.* 1942.118).

⁵ G. VINEY, *op. cit.*, p. 99 et s. ; M. GENDREL, *op. loc.*

⁶ Mais à lui seul, ce décalage ne permet pas d'identifier la dette de valeur. *Contra* : G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Les obligations*, t. 2, *Le régime*, précité, n° 11, p. 10.

⁷ S'agissant de l'obligation alimentaire, la valeur prise en compte est le minimum vital du créancier d'aliments ; pour le rachat de la lésion, c'est la part non payée de l'immeuble ; pour l'indemnité d'accession, la part de terrain occupée.

323. L'approche de la "cause de l'objet" d'une obligation est ainsi bien plus délicate lorsque l'obligation naît d'un contrat synallagmatique. On rend compte de la formation des conventions par l'équilibre des deux obligations qui en naissent : chacune est supposée être la cause de l'autre, c'est-à-dire que chacun des objets sert de cause à l'autre obligation. Si un immeuble est donné à bail pour un loyer de cent francs, on dira que la cause de l'obligation qu'endosse le propriétaire est le paiement du loyer, tandis qu'en sens inverse, la cause de ce paiement est la location de l'immeuble. Cette présentation laisse toutefois dans l'ombre une question pour nous essentielle : pourquoi cent francs ? À cette question, il est difficile de répondre exactement, tant il est vrai que le droit civil se désintéresse de la façon dont sont établis les termes des contrats, sauf dans certains cas assez rares¹. En vertu du principe du consensualisme, il appartient aux parties de construire l'équilibre de leur convention, équilibre considéré comme parfait dès lors que les parties l'ont accepté, hors de tout contrôle extérieur. De la sorte, il est presque impossible d'apprécier les considérations en fonction desquelles un prix ou un loyer sont fixés.

Cela est d'autant plus vrai qu'il faut se garder de la tendance première qui consisterait à dire que le prix s'analyse comme valeur de la contre-prestation. En l'espèce, il serait certainement inexact de penser que les cent francs du loyer représentent la valeur d'un mois de bail. Cette somme prend certainement en compte la valeur locative de l'immeuble, telle que l'ont appréciée les parties ; mais elle ne s'y réduit pas : bien d'autres choses encore doivent entrer dans le loyer². Ce que l'on nomme plus généralement le prix dépend d'un complexe de nombreux facteurs : la prise en compte de la chose elle-même, sans doute, qui en constitue la base ; mais y entrent aussi la marge bénéficiaire, un certain nombre de taxes, et tous les frais les plus divers qui ont été nécessaires à l'obtention de la chose et au commerce en général. Le prix est donc fixé par référence à la valeur locative de l'immeuble, mais ne se confond pas avec cette valeur³.

Il n'est du reste pas question d'objecter à cela en observant qu'un prix étant normalement fixé en unités de valeur, c'est bien la valeur de la chose qu'il désigne. La présence d'unités de valeur désigne sans doute une valeur, mais c'est de celle de l'ensemble du service qu'il s'agit. Dans cette vue, la valeur de la chose n'est qu'un élément d'une valeur plus globale, qui est seule prise en compte. Ainsi la valeur d'un objet, ce qui permet de le confronter à tous les autres objets, ce qui en constitue la mesure commune, n'est pas assimilable au prix de vente de cet objet⁴.

¹ On pense évidemment, par exemple, à la rescision pour lésion, à la question de la clause pénale, ou encore aux délais obligatoires dans la vente à domicile. Mais de tels interventions destinées à contrôler le contenu du contrat sont très rares, puisque la liberté dans la formation des contrats reste la règle, même si la matière paraît sourdement travaillée par des considérations d'équité (J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, précité).

² C'est du reste tout à fait évident : si le donneur à bail louait l'immeuble pour sa seule valeur, si le vendeur ne vendait l'objet que pour sa valeur, on ne voit pas quel profit ils tireraient de l'immeuble ou de l'objet.

³ Cela n'est d'ailleurs pas incompatible avec le fait que la monnaie est la mesure commune de toutes les valeurs. Cette dernière considération signifie simplement que toutes les valeurs peuvent s'exprimer en monnaie, et non que les produits incorporant de telles valeurs doivent nécessairement être vendus pour cette somme de monnaie.

⁴ Il faut donc concevoir que le fait que la monnaie soit la mesure commune de toutes les valeurs ne signifie pas que les choses interviennent dans la vente ou les contrats pour cette valeur. La valeur, instrument de comparaison entre les choses, est différente du prix, concept juridique représentant la chose dans les échanges.

Il est donc délicat de traiter de cette "cause de l'objet", puisqu'aussi bien elle est contenue dans le consensus des parties. Sans doute leur accord est-il fonction des perceptions que chacune d'elles a de la valeur de la chose. Mais il n'y est pas réductible : le montant d'une obligation née d'un contrat synallagmatique n'est pas identifiable à la valeur de la chose dont la présence fonde et justifie le contrat, sans toutefois y être étranger.

324. S'il y a un cas où la question de la "cause de l'objet" de l'obligation n'a apparemment aucun sens, c'est celui des obligations libellées en unités de paiement. L'objet de ces obligations n'est rien d'autre qu'une marchandise, les unités monétaires n'étant pas saisies sous l'angle de leur valeur. La question de l'origine du *quantum* ne devrait donc pas se poser, la raison d'être de la dette d'une certaine quantité de marchandises se résolvant ordinairement par des considérations de fait. Il en va ainsi puisque l'existence de la dette n'est justifiée que par le premier transfert de monnaie de paiement, en sens inverse, qui lui donne naissance. L'emprunteur ne doit cent francs pour aucune raison d'ordre valoriste, mais parce qu'il a reçu cent francs du prêteur. Il n'y a donc pas de valeur à l'origine de l'obligation, ce qui dissuade de s'intéresser à la formation du montant de l'obligation. Pourtant, s'il est vrai que le *quantum* d'une obligation libellée en unités de paiement n'est jamais directement rattaché à une valeur, il arrive parfois que cette somme provienne de la considération de valeurs extérieures à la sphère de l'obligation *stricto sensu*, mais qui ont présidé à sa naissance.

325. Il se peut en effet que la somme d'argent soit rattachée à une situation juridique antérieure, par laquelle l'existence d'une valeur lui donne tout son sens. C'est par exemple le cas en matière de récompense due par un époux à la communauté¹. Le montant de la dette est, en soi, détaché de toute valeur : l'époux ne saurait devoir, abstraction faite des règles du droit positif, que l'équivalent en unités de paiement de ce qu'il a reçu. Mais le *quantum* de la restitution de cette espèce de prêt est moins arbitraire si on la rapporte aux conditions dans lequel le prêt est né : l'époux a sans doute emprunté à la communauté dans le but de réaliser un achat, ou des réparations². Si le montant de la récompense n'est pas dicté en soi par une considération de valeur, on retrouve tout de même la valeur en élargissant le cadre de l'analyse, en se plaçant en aval de l'obligation de restitution. Le caractère abstrait de toute valeur que l'on pouvait imputer aux obligations libellées en unités de paiement doit donc être relativisé³.

La même situation se reproduit toutes les fois que l'on a affaire à un transfert de monnaie de paiement qui est de fait orienté par un certain résultat : la valeur qui est à l'horizon de la monnaie, valeur de l'emploi qui sera réalisé, permet de rattacher la somme de monnaie de paiement à une valeur, qui lui préexiste parfois dans l'esprit des parties, non dans le fonctionnement de l'obligation. Le rapport

¹ A. COLOMER, *Les régimes matrimoniaux*, Litec, 1986, n° 926 et s., p. 427 ; F. TERRÉ et P. SIMLER, *Droit civil, Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 1989, n° 663 et s., p. 579.

² F. TERRÉ et P. SIMLER, *op. cit.*, n° 641, p. 560.

³ Pour le moment, on se borne à montrer qu'il y a des considérations de valeur qui sont intervenues, quoique de loin, dans les récompenses ; mais on ne dit pas qu'il faille tenir compte de cette valeur. Il ne s'agit que de montrer qu'en prenant un peu de recul, le *quantum* de l'obligation paraît moins immotivé qu'au premier abord.

des libéralités ressortit à cette logique, de même que le contrat de prêt¹, en général.

326. Il n'est pas possible de mener ce type de raisonnement pour toutes les obligations libellées en unités de paiement. Pour certaines, il est impossible d'accrocher le montant des unités de paiement à une valeur préexistante, quelle qu'elle soit. Aucun élargissement du cadre d'observation ne permet plus alors de restituer la présence d'une valeur à l'origine de l'obligation. Dans le cas général de la donation de somme d'argent, par exemple, rien ne peut rendre compte des raisons exactes pour lesquelles le donateur fait don de telle somme d'argent. Si l'on se situe dans un cas non spécifique, c'est-à-dire si la donation n'est motivée que par le désir du donateur de faire une gratification indépendamment de tout emploi précis en vue, le *quantum* de la somme donnée n'est relié à aucune valeur. La somme d'argent est, pour ainsi dire, donnée pour elle-même, sans conscience de l'emploi qui pourra en être fait. Peut-être cette somme est-elle le maximum de ce que le donateur pouvait offrir ; peut-être lui paraît-elle raisonnable compte tenu de l'âge et de la situation du gratifié². Le montant de la donation n'est certes pas arbitraire pour autant, puisqu'il correspond toujours à un ensemble de motivations du donateur ; mais du moins n'a-t-il bien souvent de réalité que pour le donateur, qui le mesure à l'aune de sa perception des montants monétaires. La somme d'argent donnée échappe ainsi à toute prise en compte tangible d'une valeur.

Le cas de la donation de somme d'argent n'est du reste pas singulier, puisque ressortissent au même esprit les hypothèses dans lesquelles une obligation de restitution naît d'un transfert de monnaie dont l'emploi n'existe pas *a priori*, mais est laissé à la discrétion de celui qui bénéficie du transfert monétaire. C'est le cas d'un prêt dont le prêteur ne se soucierait pas de la destination, ou encore qui ne serait contracté par l'emprunteur que pour avoir de l'argent à disposition pour sa vie quotidienne.

327. Les obligations libellées en unités de paiement présentent un panorama singulier : dans certaines hypothèses, la somme due n'est pas immotivée, contrairement à d'autres où aucune espèce de valeur ne peut en rendre compte. Il y a enfin des situations intermédiaires, où une valeur existe à l'origine de l'obligation, mais ne devrait pas être prise en considération.

Lorsqu'un contrat de vente est annulé, deux obligations de restitution naissent, l'une portant sur la chose, l'autre sur le prix. Sans doute cette dernière obligation est-elle une obligation libellée en unités de paiement. L'*accipiens* doit cent francs, parce que cent francs lui ont été versés : la correspondance stricte avec le montant du contrat annulé exclut qu'il y ait prise en considération de quelque valeur que ce soit. Dans le seul cadre de l'obligation de restitution, les cent francs à restituer reflètent des considérations exemptes de toute valeur. Mais si on la replace dans le cadre plus général de l'obligation annulée, cette somme apparaît dans la perspective d'une valeur qui a d'abord été prise en compte. Cent francs sont dus, et non pas plus ou moins, parce que le prix de la chose avait été fixé à cent francs dans le contrat. Ce prix n'était sans doute pas adéquat à la valeur de la chose, on l'a vu³, mais il ne pouvait pas lui être étranger non plus.

¹ Sans doute le droit positif est-il assez différent en matière de prêt, mais l'arrêt du 18 janvier 1989 peut laisser songeur à cet égard (Civ. 1^{re} 18 janvier 1989, précité, D. 1989.305, note G. Morin).

² Sur les ambiguïtés de la cause dans les libéralités, v. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les successions...*, précité, n° 375 et s., p. 288.

³ *Supra*, n° 323.

La somme restituée qui semblait vierge de toute valeur, paraît un peu moins arbitraire si on modifie la perspective. Toutefois, l'annulation du contrat ayant été prononcée, la cause du transfert de monnaie de paiement a disparu ¹. Les cent francs versés en considération de l'acquisition de la chose ne sont donc plus rattachés à rien. Il existe ainsi, dans ce cas, une valeur à laquelle on peut se référer pour comprendre la fixation du montant de l'obligation ; mais il serait anormal que l'on fasse produire quelque effet juridique que ce soit à cette valeur, dans la mesure où elle a été judiciairement découpée de la somme de monnaie ².

328. Les relations entre monnaie et valeur dans l'obligation payable en argent ne s'ordonnent donc pas de façon simple. En tout cas, on ne peut pas déchiffrer ces relations selon une ligne qui passerait par la distinction des obligations libellées en unités de valeur, directement en valeur, ou en unités de paiement. S'il est vrai que ces trois catégories ont des comportements différents, ces différences tendent à s'estomper pour peu que l'on élargisse le cadre d'observation. Notamment, dans le cas des obligations libellées en unités de paiement où la valeur ne devrait pas avoir droit de cité, on la voit parfois apparaître de façon essentielle dans le compte de l'obligation, ce qui est le cas des récompenses, ou bien n'y avoir aucun rôle à jouer, le meilleur exemple étant sans doute celui de la donation de somme d'argent sans emploi prévu. Il y a enfin des cas où une valeur a été prise en compte dans le transfert de somme d'argent à l'origine de l'obligation, à laquelle on ne peut plus se référer car tous les liens ont été rompus entre la valeur et ce transfert par l'annulation du contrat.

Il n'est pas possible de faire de typologie claire du rôle originaire de la valeur en fonction des différentes obligations : des obligations de types variés ont des comportements parfois semblables, et au sein d'un même type, les comportements peuvent différer. En revanche, il est plus facile de faire des regroupements en fonction des modes d'intervention de la valeur à l'intérieur de l'obligation.

Il y a d'abord une catégorie d'obligations dont l'objet est subordonné à l'existence d'une valeur. Dans ce groupe, on placera bien sûr certaines obligations en valeur, comme la dette de réparation, l'obligation alimentaire, l'indemnité d'accession ou le rachat de la lésion ; mais aussi certaines obligations libellées en unités de paiement, lorsque le transfert à l'origine de la somme a été déterminé par la prise en compte d'une valeur : rapport de certaines libéralités, compte des récompenses, donation entre époux, prêt avec destination précise.

À cette catégorie s'opposent les hypothèses dans lesquelles l'objet de l'obligation échappe à toute valeur. Il s'agit là forcément d'obligations libellées en unités de paiement, faute de quoi la valeur serait malgré tout au cœur de l'objet, et qui ont en outre pour caractéristique de n'être rattachable à aucune valeur. Deux cas de figure sont envisageables, soit qu'une somme d'argent ait été donnée en l'absence de tout emploi prévu, soit qu'un lien existant entre valeur et monnaie ait été détruit, par exemple par l'annulation du contrat qui justifiait de ce lien. Dans ces deux hypothèses, le compte de l'obligation monétaire est tenu par une marchandise, et aucune valeur ne permet de rendre compte de la quantité de marchandise transférée.

Enfin la dernière possibilité est que l'objet de l'obligation incorpore la prise en compte d'une valeur, sans pour autant y être subordonné. C'est la situation

¹ J. MESTRE, « Des restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », précité.

² Pour une application parlante de cette situation, v. l'ex. de la lésion, *supra* n° 247 et s.

qui prévaut dans la plupart des contrats synallagmatiques où intervient une somme de monnaie : celle-ci ne représente pas la contre-valeur de la prestation qui lui sert de cause, mais prend cette valeur en considération. L'existence d'un prix fixé par la rencontre de la volonté des parties crée une sorte de halo autour de la valeur. Elle existe dans le prix, mais pas seule, environnée d'autres éléments qui jouent un rôle rien moins que négligeable.

Certaines obligations n'ont donc aucun lien avec des valeurs, au contraire d'autres qui y sont totalement ou partiellement liées. Le principe de la dette de valeur envisagé de façon synthétique consiste à lier la quantité de monnaie due à la valeur qui fonctionne à l'intérieur de l'obligation. Pour stabiliser les obligations, pour leur éviter d'être soumises à la dépréciation monétaire, la dette de valeur se débarrasse de la monnaie dans l'objet de l'obligation. Mais encore reste-t-il à examiner concrètement de quelle façon la quantité de monnaie due a pu être ancrée à la valeur émergeant de l'obligation.

Section II LES PRINCIPES DE L'ANCRAGE À LA VALEUR

329. La variété des obligations libellées en monnaie est limitée par le fait que la monnaie intervient dans l'objet de l'obligation, de la même façon que l'ensemble des obligations en nature est prédéterminé par la possibilité matérielle d'effectuer ce qui fait l'objet de cette obligation. Dans l'un et l'autre cas, on peut énumérer par avance toutes les obligations susceptibles de venir au jour, puisqu'aussi bien l'objet y est toujours matériellement déterminable. Au contraire de ces deux ensembles clos sur eux-mêmes par leurs limites matérielles, la dette de valeur se déploie sur un champ très étendu : la sphère des valeurs est bien plus vaste que les deux autres, la plupart des éléments circulant à l'intérieur d'une société pouvant être saisis sous l'angle de leur valeur, encore qu'ils ne puissent pas toujours être livrés.

La première extension de cette sphère des valeurs par rapport à la monnaie ou aux biens matériels est due précisément aux caractéristiques sociales de ces valeurs. On peut en effet concevoir des valeurs qui n'aient pas pour support des biens matériels, et qui ne trouvent de signification que par rapport à un certain tissu social. Lorsqu'un tribunal condamne un débiteur à verser à un parent une rente mensuelle dont le montant représentera « de quoi faire vivre » le créancier¹, l'objet de l'obligation n'est rien en lui-même : il est impalpable,

¹ C'est bien sûr l'hypothèse de l'obligation alimentaire qui est visée. V. J. PÉLISSIER, *Les obligations alimentaires*, préf. R. Nerson, Bibl. dr. priv. XVIII, L.G.D.J., 1961 ; J. BARRÈRE, « Influence de la dépréciation monétaire sur les

impossible à livrer, et variable autant qu'il y a d'individus qui mènent des existences concrètes différentes. Un tel objet, qui s'incarne le plus souvent dans une somme d'argent pour son exécution, déborde la sphère des biens qui peuvent être livrés. Mais cet objet n'est pas pour autant inexistant : il fait référence à des éléments dont la réalité ne peut s'apprécier que par rapport à une situation sociale effective. L'obligation alimentaire dont il est ici question est une dette de valeur d'un genre particulier, si l'on veut, en ce qu'elle est une obligation dont le *quantum* est fixé par référence à une valeur sociale, et non matérielle. Cela signifie que cette valeur n'a de sens qu'au sein de la société qui détermine les conséquences juridiques attachées à l'existence de liens de parenté, et l'intensité des besoins d'un individu¹. Le fait qu'il s'agisse d'une valeur sociale ne gêne pas le rattachement de l'obligation à la dette de valeur, et ne modifie pas non plus le fonctionnement de cette technique.

À cette première extension des objets de l'obligation, d'ordre technique, on doit en ajouter une seconde, juridique. Certains objets matériels, qui pourraient faire l'objet d'obligations de délivrance, sont récusés dans ce rôle pour des raisons diverses, tenant notamment à l'ordre public. Interdits en raison de leur matérialité, des dangers que pourrait faire naître leur circulation effective, ces objets peuvent néanmoins intervenir dans l'obligation dès lors qu'ils ne sont saisis que pour leur valeur. Il en va par exemple ainsi des monnaies étrangères en France, à l'aide desquelles on ne peut faire aucun paiement mais qui peuvent être utilisées pour tenir le compte des obligations, à la façon d'autres objets². En effet, dès lors que la monnaie étrangère n'est plus utilisée dans les paiements, elle ne survit dans l'obligation que pour sa valeur, ce qui n'est en aucune manière illégitime³. L'extension du champ de l'objet des obligations par l'utilisation de

obligations alimentaires », in *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, précité, p. 35.

¹ J. HAUSER et D. HUET-WEILLER, *Traité de droit civil*, t. VIII, *La famille : fondation et vie de la famille*, L.G.D.J., 1989, n° 1272 et s., p. 831.

² Le danger que représente le libre paiement en monnaie étrangère sur le territoire est en grande partie écarté dès lors que la monnaie étrangère n'est plus saisie que sous l'angle de sa valeur. Sans doute recèle-t-elle encore un risque inflationniste ; mais celui-ci n'est pas différent de celui que crée la dette de valeur en général, quelle que soit la valeur utilisée. Enfin aucun grief portant sur la mise en cause de la souveraineté nationale par l'utilisation d'une monnaie étrangère n'est pertinent : dès lors que la monnaie étrangère n'est plus utilisée que comme référence, l'ordre public monétaire ne saurait être autrement méconnu qu'il l'est par la référence à un meuble quelconque. Du reste, si les clauses valeur devise ont été autrefois interdites, elles sont aujourd'hui admises dans le cadre des ordonnances de 1958-1959 (P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les obligations*, précité, n° 993, p. 546).

³ La légitimité de l'utilisation de la monnaie de compte étrangère dans les contrats internes est acquise depuis l'arrêt *Colombo*, où la Cour de cassation validait une clause-valeur devise tout en observant que le contrat n'était pas international (Civ. 1^{re} 10 mai 1966, précité, *J.C.P.* 1966.II.14871, note J.-P. Lévy, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1967.710, note J.-P. Eck, *J.D.I.* 1966.90, note B. Goldman ; en droit positif, cette admission est certaine ; mais encore la clause ne doit-elle pas objecter aux exigences des ordonnances de 1958-1959, cette condition n'étant pas apparue dans l'arrêt *Colombo*, le contrat étant antérieur aux ordonnances : Civ. 1^{re} 12 janvier 1988, *D.* 1989.80, note P. Malaurie). Dans le même sens : Civ. 1^{re} 4 février 1969, précité, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1970.273, note J.-P. Eck, *J.D.I.* 1970.74, note P. Malaurie ; Com. 30 avril 1969, précité, *J.D.I.* 1970.74, note P. Malaurie ; Civ. 1^{re} 25 mars 1981, *Bull. civ.* I, n° 104. Sur l'ensemble de la

valeurs permet donc la réintroduction dans la circulation juridique d'objets qui sont écartés du champ des obligations en nature, ou des obligations monétaires.

Le champ des objets potentiels de l'obligation s'étend enfin dans un troisième sens, tenant aux modes de référence à la valeur. Tous les modes dont nous avons jusqu'ici traité étaient des modes de référence directs, que l'objet de l'obligation désigne la valeur d'un immeuble, les besoins d'un indigent ou encore le cours d'une monnaie. À ceux là, il reste encore à ajouter certains modes de référence indirects, qui ne prévoient pas le remplacement de l'objet par un seul bien qui en occupe toute la place, mais font varier une somme d'argent qui sert de base à l'obligation en fonction d'une valeur choisie. C'est ainsi qu'une prime et une indemnité d'assurance-incendie peuvent varier à la hausse comme à la baisse en fonction d'une valeur telle que l'indice du coût de la construction¹. Il serait difficile de remplacer le montant nominal de la prime par quelque bien matériel qui remplisse l'objectif souhaité ; la référence indirecte va permettre ce que la référence directe interdit de façon rédhibitoire². L'extension ainsi réalisée est double : d'une part, le mode de référence indirect diversifie les obligations en question ; d'autre part, dans le prolongement du nouveau mode de référence, des valeurs nouvelles vont être utilisées. Alors qu'un mode de référence direct suppose que la valeur existe à l'état brut, en elle-même, la référence indirecte permet de créer des valeurs à chaque besoin qui se manifeste. C'est ainsi que deviennent envisageables des types de valeurs qui représentent des ensembles pondérés d'autres valeurs, existant à l'état brut ou non³. Par la méthode de la référence indirecte, l'ordre juridique entre de plain-pied dans la sphère des valeurs qu'il modèle à la mesure de ses besoins. La référence indirecte aboutit ainsi à la naissance des indices et de l'indexation.

330. La diversité des modes d'intervention de la valeur suppose une pluralité d'ancrages, directs ou indirects, à des valeurs sociales ou existant à l'état brut. Plutôt qu'aux techniques de l'ancrage qui sont de conception assez simple, c'est à ses modalités qu'il faut à présent s'intéresser, et notamment à la valeur à utiliser pour réaliser cet ancrage.

La question du choix de la valeur à laquelle accrocher le montant de l'obligation payable en argent ne s'est pas posée comme telle à la doctrine, quoiqu'elle ait assez tôt cherché à échapper à la fixité des montants monétaires, par trop sensibles à l'érosion monétaire. Mais cela ne veut pas dire non plus que cette question ait été passée sous silence. Bien plutôt, des éléments de solution lui ont été apportés dans tous les domaines où l'on a voulu appliquer la dette de valeur, au fur et à mesure que des contestations à l'encontre de la technique s'élevaient. La question a d'abord été agitée à propos des ordonnances de 1958 et 1959, l'une corrigeant l'autre, qui ont cantonné les indexations à un choix assez

question : J. MESTRE, « Des clauses se référant à une monnaie de compte étrangère », *Rev. trim. dr. civ.* 1988.738.

¹ Celui-ci calcule en effet le surcroît d'argent nécessaire à reconstruire le même immeuble d'une année sur l'autre.

² Sur le mécanisme de l'indexation : B. BOCCARA, « Définir l'indexation », *J.C.P.* 1985.I.3187 ; sur la définition des clauses : J.-P. LÉVY, *J.-Cl. civil*, art. 1895, précité, Fasc. B-2, 1^{er} cah., n° 33 et s.

³ L'ECU est un indice, qui prend en compte des valeurs monétaires ; l'indice R.I. utilisé dans les assurances de risques industriels est composé de la pondération de trois indices.

strict¹ ; la doctrine s'est par ailleurs demandé, non sans âpreté, s'il était légitime, et à quelles conditions, de retarder l'évaluation de la créance de réparation, de la déplacer du jour de l'accident à celui de l'indemnisation ; de la même façon, le fait de remplacer une somme d'argent par son emploi pour évaluer le montant des remboursements n'est pas allé sans discussions, la loi acceptant le procédé dans certains cas, le refusant dans d'autres².

On ne peut donc pas dire que la question de la substitution d'une valeur à une somme d'argent n'ait jamais été posée, ni résolue. Mais elle n'a été abordée que de façon particulière, sans être jamais envisagée de manière synthétique. En l'absence d'une conscience claire du caractère global de la dette de valeur, les tentatives de réponse apparues se sont éparpillées sans cohérence d'ensemble, incapables de refléter l'état des relations qu'entretiennent monnaie et valeur au sein de l'obligation.

Il semble toutefois qu'en dépit de l'absence de réponse globale à la question du mode de choix de la valeur, certains principes sous-jacents permettent de justifier les transformations d'objet. La loi et la jurisprudence françaises ont implicitement fait appel à divers ordres de raisonnement leur permettant de rendre compte des motifs de ces transformations. Les procédés ainsi utilisés par le droit français pour valoriser les obligations sont assez pragmatiques, qui tiennent le plus grand compte des types d'obligations en cause. C'est ainsi que deux situations ont été distinguées, selon qu'une valeur apparaissait ou non à l'intérieur de l'obligation. Dans l'hypothèse où il y a une valeur préexistante à l'expression monétaire de l'obligation, il a suffi de tirer parti du potentiel que recelait la créance en ancrant son objet sur cette valeur originaire, ce qui évite d'en dénaturer l'économie générale (§ 1). Quant à la question plus difficile des obligations pour lesquelles aucune valeur n'apparaît à l'origine de l'obligation, le droit français l'a résolue en ayant recours, pour l'ancrage, aux valeurs qui se trouvent à l'horizon de l'obligation, si tant est qu'il y en ait (§ 2).

§ 1. L'ANCRAGE À UNE VALEUR PRÉEXISTANTE

331. Un tel ancrage suppose pour être possible que la valeur se trouve d'emblée au cœur de l'obligation. Mais cette condition une fois acquise, encore reste-t-il à savoir comment l'ancrage se réalisera, et par qui. À cet égard, on peut faire le départ entre deux cas, selon que l'obligation est involontaire, ou résulte d'un rapport volontaire³. Dans le premier cas l'obligation naît souvent d'un fait juridique, mais pas toujours. C'est en tous cas le juge qui en constate et en prononce l'existence, et qui l'ancre à la valeur sur laquelle elle est fondée (A). En revanche, dans le cas où l'obligation résulte d'un contrat, il appartient aux parties

¹ Sur le système mis en place par les ordonnances de 1958-1959, v. J.-P. DOUCET, *Les clauses d'indexation...*, précité.

² Le procédé a été accepté en matière de rapport des libéralités (art. 869 C. civ.), mais refusé pour les impenses (G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 245 et s., p. 203).

³ Sur ces distinctions, v. C. FABIEN et E. MACKAAY, « Le droit civil aux prises avec l'inflation », *Revue de droit Mc Gill*, 1983.27.

de procéder à cet ancrage, qui se présente alors sous les espèces d'une indexation (B).

A. Les rapports involontaires

332. Dans les rapports involontaires, l'ancrage à la valeur s'est manifesté par une modification caractérisée du mode de fixation du montant de l'obligation par le juge. Alors que l'usage était de fixer ce *quantum* par l'énoncé d'une certaine somme d'argent, les magistrats se sont détournés de cette fixation monétaire originaire en considérant que l'obligation était essentiellement fixée en valeur, dès l'origine de l'obligation, et que cette valeur constituait ainsi le compte authentique de l'obligation¹. C'est ainsi que l'économie générale de la dette a pu paraître renouvelée par une substitution entre monnaie et valeur, alors qu'en fait l'obligation se ressourçait en voyant son expression se rapprocher de ses conditions d'existence essentielles. On peut décrire cette évolution dans l'expression des obligations payables en argent en disant que dans la première moitié de ce siècle, certains auteurs, allemands notamment, se sont rendu compte que le libellé monétaire de certaines obligations n'était rien d'autre que le résultat de la liquidation d'une valeur, véritable substance de l'obligation². Une fois cet état de fait repéré, il allait de soi qu'en cas de hausse des prix, on pouvait substituer à la somme de monnaie la valeur originaire, comme si aucune liquidation n'avait eu lieu ni ne devait avoir lieu avant le jugement ou l'exécution. La conscience de la présence de valeurs au cœur de l'obligation a ainsi permis de mettre les dettes relativement à l'abri de la dépréciation monétaire, tout en obtenant une expression plus pure de l'obligation. Cette expression apurée avait pour avantage principal d'éviter que l'équilibre de l'obligation ne soit altéré par la dégradation de la monnaie.

En France, on trouve les prodromes de ce renouvellement dans les querelles qui ont eu lieu à propos du mode de fixation de la dette de réparation. La solution traditionnelle en jurisprudence consistait à évaluer tant le préjudice que sa réparation en se plaçant au jour de l'accident. Mais sous les effets de l'érosion monétaire, un dédoublement est apparu consistant à évaluer le préjudice à la date de l'accident, mais la réparation ultérieurement, lors du jugement³. Cette solution, qui seule permettait au créancier d'obtenir une somme d'argent adéquate à son préjudice, au moins au moment du prononcé du jugement, a été très vivement critiquée par une certaine partie de la doctrine, qui y voyait une entrave à des principes de droit bien établis, et même au droit de la responsabilité lui-même⁴. Mais lorsque l'on analyse la "querelle de la réparation", il apparaît

¹ L'exemple le plus clair est celui de la réparation du préjudice.

² M. PÉDAMON, *La réforme monétaire de 1948 en Allemagne occidentale et le droit des obligations*, précité ; A. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 180 et s.

³ Civ. 23 mars 1942, *D.* 1942.118. La solution est constante en jurisprudence. V. G. VINEY, *op. cit.*, p. 100, n. 4.

⁴ Ces objections n'ont plus guère de pertinence aujourd'hui, mais on peut tout de même les rappeler. En premier lieu, la violation du principe du nominalisme était invoquée, puisqu'aussi bien la réparation qui aurait dû être fixée en monnaie était *de facto* réévaluée par la fixation au jour du jugement ; l'art. 1151 C. civ. avait également été invoqué, renouvelé de la responsabilité contractuelle, aux termes duquel la réparation ne devait porter que sur le préjudice direct, alors que la fixation au jour du jugement réparait les conséquences de l'érosion monétaire, conséquence indirecte du

qu'elle n'a pas vraiment été tranchée par la résolution des objections soulevées, mais plutôt par la modification du point de vue adopté, qui écartait ces objections ¹. Le nouveau point de vue consistait à considérer que le montant de la dette était directement fixé par l'étendue du préjudice, ou par le besoin qui en naissait ; mais ce besoin pouvait être évalué à n'importe quel moment, parce que la monnaie n'en était qu'une médiation, une expression, et non un élément constitutif. Cette solution peut aujourd'hui nous apparaître comme allant de soi. Elle emporte toutefois plus de conséquences qu'on ne le croirait à première vue. Notamment, elle révèle que la dette de réparation est en réalité une dette de valeur, c'est-à-dire une dette dont une valeur constitue le compte. Dans cette vue, la position ancienne apparaissait comme caractéristique d'une époque de monnaie stable, puisque l'évaluation monétaire y était fixée au jour du préjudice, alors qu'elle est fixée aujourd'hui au jour du jugement. Cette fixation pourrait encore porter sur une date intermédiaire, comme celle de la demande en justice ², ou sur une date ultérieure au jugement, au jour de la réparation effective ³. Toutes ces solutions se valent au regard de la théorie de la dette de valeur, car l'essentiel y est que le préjudice tienne le compte de l'obligation, peu important le moment où il est converti en monnaie ⁴. Mais elles ne sont pas équivalentes en opportunité, et la fixation du moment de la conversion dépend des avantages que l'on veut apporter à l'une ou l'autre des parties. Malgré la diversité des solutions de fait, qui traduisent parfois des considérations de politique législative, il semble que l'idée soit aujourd'hui bien ancrée que l'objet de l'obligation est d'abord une valeur, et que cet objet peut être fixé en valeur comme en monnaie.

333. Les obligations qui naissent d'un fait juridique se signalent le plus souvent par la présence originaire de valeurs dans leur objet, caractéristique qui emporte des conséquences patrimoniales essentielles. Un fait ou un événement ont modifié l'état normal d'un patrimoine, ou de plusieurs, et la répartition première doit en être reconstituée. L'obligation qui procède d'un fait juridique et qui est prononcée par un juge se présente comme une obligation de rééquilibrage, c'est-à-dire que son objet est de remettre les patrimoines dans le même état relatif où ils étaient avant que le déséquilibre n'intervienne. On n'en prendra pour preuve que l'indemnité due en cas d'accession immobilière involontaire ⁵. Selon l'article 555 du Code civil, le propriétaire qui veut conserver la propriété des constructions, plantations et ouvrages doit, à son choix, rembourser au tiers la valeur dont le fonds s'est augmenté ou celle des travaux entrepris, considérée au

préjudice ; enfin le jugement fixant les dommages-intérêts était réputé avoir un caractère simplement déclaratif, et ne pouvait donc rien constituer qui n'ait été apparent au jour du préjudice.

¹ G. VINEY, *op. cit.*, n° 64, p. 101.

² C'est du reste la solution qui était adoptée en matière de garantie d'éviction (Civ. 3^e 17 octobre 1973, *D.* 1974.556, note P. Malaurie, solution ultérieurement contredite par Civ. 3^e 16 janvier 1991, *D.* 1992.109, note F. X. Testu, *Rev. trim. dr. civ.* 1992.408, obs. P.-Y. Gautier). À cet égard, on a parfois tendance à dire que l'indemnité d'éviction constituait une modalité inachevée de la dette de valeur. Mais cette façon de s'exprimer est trompeuse. L'indemnité d'éviction est par nature une dette de valeur. Mais le droit français en anticipait la liquidation par rapport au paiement, et l'exposait plus ainsi à la dépréciation monétaire.

³ Sur cette proposition, v. G. VINEY, *op. cit.*, n° 70 et s., p. 102.

⁴ *Contra* : G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *op. cit.*, n° 11, p. 10.

⁵ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les biens*, Sirey, 2^e éd., 1980, n° 127 et s., p. 171.

moment du remboursement ¹. Le déséquilibre entraîné par l'utilisation indue du terrain d'autrui se rétablit donc par versement du *quantum* de ce déséquilibre. C'est ainsi que l'objet de l'obligation qui opère rétablissement est trouvé soit dans la diminution du patrimoine de celui qui a construit par erreur (valeur actuelle des travaux), soit dans l'accroissement du patrimoine de celui qui s'enrichit par accession (plus-value du fonds) ².

C'est la même idée de rééquilibrage des patrimoines qui anime des hypothèses où il n'y a pas eu transfert de valeur d'un patrimoine à un autre, mais perte enregistrée par un patrimoine par la faute d'un tiers. C'est le cas de la dette de réparation, dont l'objectif est de réparer intégralement le préjudice subi. Cette formule, qui recouvre le principe énoncé par la Cour de cassation elle-même, ne fait état que de la nécessité que le patrimoine de la victime ne subisse en aucune manière le contrecoup de l'accident ³ : la victime doit être indemnisée de tous ses préjudices, directs comme indirects. C'est encore cette idée de rééquilibrage d'un patrimoine qui explique que si l'accidenté se trouve incapable de reprendre son travail, et en subit une baisse de niveau de vie, celle-ci doit être compensée par le responsable de l'accident. C'est bien dans le patrimoine de la victime que l'on ira chercher la valeur de rééquilibrage, et plus exactement dans la perte enregistrée par ce patrimoine.

L'idée de rééquilibrage apparaît aussi, mais de façon plus confuse, en matière d'obligation alimentaire. On ne peut dire dans ce cas qu'un patrimoine s'est amoindri par la faute d'un tiers, ou que le patrimoine s'est amoindri au bénéfice de celui d'un tiers. En revanche, il semble que le Code civil s'en tienne à l'idée que les patrimoines des personnes unies par des liens familiaux ne doivent pas être disproportionnés au point que l'une d'elles ne soit plus susceptible de vivre sans faire appel à l'aide publique, quand l'autre pourrait l'aider. Quoique le déséquilibre entre les patrimoines ne soit pas dû à un accident, ni ne résulte d'une relation de cause à effet, il appartient à la personne la plus fortunée d'aider l'autre, et la mesure de cette aide est obtenue à partir de l'examen du patrimoine du créancier de l'obligation alimentaire. Le débiteur doit alors verser au créancier de quoi satisfaire les besoins dont son patrimoine porte la marque ⁴.

L'ancrage à la valeur de toutes ces obligations se fait donc par recours aux valeurs qui préexistent à l'énoncé monétaire de la dette. Mais ces valeurs se présentent sous des modalités diverses, qu'il faille aller les chercher dans le patrimoine de l'une des parties ou qu'elles existent en soi, à l'état brut. La "révolution" de la dette de valeur a consisté à tirer parti d'une virtualité de l'obligation, à se rendre compte que pour éviter les conséquences de l'érosion monétaire, il n'était que d'examiner de manière plus approfondie l'aspect de l'obligation, et ses caractéristiques authentiques.

334. Toutefois, il arrive que des valeurs apparaissent comme essentielles dans une obligation, sans être pour autant prises en considération dans le cadre d'un ancrage à la valeur. Pire encore : cela se produit même dans certaines hypothèses où l'on a accepté la mutabilité du *quantum* de l'obligation. L'enrichissement sans cause est une situation parlante où l'on voit la dette de valeur ne pas

¹ *Ibid.*, n° 130 et s., p. 173.

² Cet exemple doit être manié avec prudence : l'art. 555, comme le remboursement des récompenses (art. 1469, al. 1), ressortissent au modèle de l'enrichissement sans cause, et ne sont donc pas exactement des dettes de valeur. Sur cette question, *infra* n° 334.

³ G. VINEY, *op. cit.*, p. 80 et s.

⁴ Ce versement est ordinairement fait en argent, et exceptionnellement en nature : J. PÉLISSIER, *Les obligations alimentaires*, précité.

parvenir à s'imposer. Ce qui est d'autant plus curieux que, de même que pour la gestion d'affaire, un transfert de valeur d'un patrimoine dans un autre a eu lieu, transfert dont il serait assez facile d'annuler les conséquences en organisant les modalités de la restitution autour de la valeur transférée. Cela n'a pas été fait, quoique certains auteurs pensent le contraire, qui trouvent dans l'action *de in rem verso* une application du principe de la dette de valeur¹, mais partielle en ce que l'enrichissement constitue l'objet de la dette sans que pour autant cet enrichissement soit évalué au jour du jugement². Il s'agit cependant là d'une vue qui n'est guère satisfaisante.

On sait que celui qui s'est enrichi aux dépens d'autrui lui doit restitution de cet enrichissement indu. Quant au *quantum*, la jurisprudence a considéré qu'il devait être égal à la plus faible des deux sommes de l'enrichissement et de l'appauvrissement³. De la sorte, l'enrichi ne rendra pas plus que ce dont il s'est enrichi, et à son tour l'appauvri ne s'enrichira pas sans cause en gagnant plus que l'argent qu'il a déboursé⁴. Autrement dit, si l'on se place dans une hypothèse où l'appauvri a payé une somme d'argent, la restitution sera de cette somme si l'enrichissement corrélatif en est supérieur, et de l'enrichissement dans le cas inverse. Or ce fonctionnement est l'exact symétrique de celui de la dette de valeur. Par hypothèse, le *quantum* de la dette y suit la valeur de la chose ; mais pour éviter que cela ne constitue un encouragement au gaspillage, cette identification à la valeur a pour limite la somme nominale qui a été versée : le donataire qui a reçu une somme d'argent doit la rapporter à la succession du *de cuius* même s'il l'a dissipée, mais doit la valeur à laquelle elle a été employée si elle se révèle supérieure au nominal de la dépense. On peut dire que le fonctionnement normal de la dette de valeur devrait être que la restitution suive totalement la valeur de la chose ; mais en pratique, le montant de la somme d'argent versée fixe le minimum de la dette.

Rien de tel s'agissant d'enrichissement sans cause, puisque le principe y est contraire : la restitution suit la valeur nominale de la dépense de l'appauvri sauf si l'enrichissement est moindre⁵. Ce n'est donc pas la valeur qui est le pivot du système, mais le nominal de l'appauvrissement⁶. Au regard de la théorie de la

¹ G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 241, p. 205 ; P. MALAURIE, *op. cit.*, p. 135 ; C. BRUNEAU, *op. cit.*, n° 240, p. 584.

² La Cour de cassation considère en effet que l'enrichissement doit être évalué au jour de la demande en justice : Civ. 1^{re} 18 janvier 1960, D. 1960.753 note P. Esmein.

³ Pour un énoncé très clair du principe : Civ. 1^{re} 19 janvier 1953, D. 1953.234.

⁴ F. GORÉ, *L'enrichissement aux dépens d'autrui, source autonome et générale d'obligations en droit français*, Dalloz, 1949, n° 296, p. 309 et s.

⁵ Pour s'en rendre mieux compte encore, il n'est que de confronter enrichissement sans cause et gestion d'affaire. Dans ce dernier cas, l'indemnité est toujours du nominal de la dépense : l'art. 1375 C. civ. précise que le maître doit rembourser au gérant toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites. Le gérant d'affaire est donc toujours avantagé par rapport à l'appauvri, puisque même si la valeur de la chose vient à diminuer, celui-là récupérera sa dépense. Or, comme il est légitime de supposer que le gérant est toujours préféré à l'appauvri, sa situation doit être considérée comme meilleure.

⁶ Il en irait autrement si la proposition de M. Goré avait été suivie, aux termes de laquelle : « l'appauvri doit profiter de la plus-value même si elle dépasse le préjudice qu'il a subi, parce qu'il la crée. Selon nous, l'indemnité devrait toujours être calculée sur le montant de la plus-value apportée au patrimoine du défendeur »

dette de valeur, cette inversion est fondamentale : dès lors que le nominal de l'appauvrissement est pris comme limite supérieure de l'indemnisation, la dette est soumise aux aléas de la monnaie. L'appauvri reçoit ce montant nominal, ou moins, et se trouve ainsi exposé de front à la dévalorisation de la monnaie, contrairement à l'objectif de la dette de valeur. C'est pourquoi on ne prendra pas ici l'enrichissement sans cause et l'action *de in rem verso* en considération, ni toutes les situations qui sont dans la dépendance implicite de l'enrichissement sans cause¹. Il s'agit là d'une application contournée de la dette de valeur, qui en réalise partiellement la forme mais pas les objectifs.

C'est ainsi qu'à suivre même la tendance perceptible dans un arrêt récent de la Cour de cassation ayant admis le jeu de la valeur dans l'enrichissement sans cause, on ne transformerait pas pour autant l'action *de in rem verso* en dette de valeur. Dans l'acception traditionnelle, l'appauvrissement est évalué au jour où l'acte qui le constitue se produit, tandis que l'enrichissement est apprécié plus tard, à la date de l'introduction de l'instance. Il en résulte que le jeu de la durée tend à minorer le *quantum* de l'appauvrissement par rapport à celui de l'enrichissement, ce qui défavorise l'appauvri qui n'est jamais indemnisé que sur la base de la plus faible des deux sommes. Dans un arrêt isolé de 1982, la Cour de cassation a modifié cette analyse en appréciant l'appauvrissement, comme l'enrichissement, à la date de l'introduction de l'instance². À supposer ce principe d'évaluation acquis par la Cour de cassation, pourrait-on pour autant en déduire que l'action *de in rem verso* se serait transformée en dette de valeur³ ? Probablement pas, car l'élément de justice ainsi introduit dans l'action n'en modifie pas l'orientation générale. L'indemnité a toujours pour base la dépense de l'appauvri, et non la valeur de l'enrichissement. Certes, la valorisation de l'appauvrissement contre quelque peu les effets de la dépréciation monétaire ; mais cette tentative de rétablissement est inaboutie en ce qu'elle se contente de relever un niveau plancher, sans aller chercher dans le patrimoine de l'enrichi tout ce que le travail de l'appauvri y a mis. Du reste, face à un appauvrissement résultant d'une dépense, on voit mal comment la Cour de cassation pourrait briser le tabou du nominalisme, et réévaluer l'appauvrissement alors qu'il serait exprimé par un certain nombre d'unités monétaires. Et à supposer même qu'elle le fasse, il en résultera que l'indemnité versée suivra la réévaluation de la monnaie, tandis que le jeu de la dette de valeur aurait été bien au-delà, en suivant l'évolution de la valeur mise par l'appauvri dans le patrimoine de l'enrichi.

335. La confrontation de la créance résultant de l'action *de in rem verso* et des dettes de valeur permet de préciser la structure de ces dernières. Technique simple, la dette de valeur se caractérise non par le retard à l'évaluation comme on le dit

(F. GORÉ, « Les lois modernes sur les baux et la réparation de l'enrichissement aux dépens d'autrui », *D.* 1949.69, spéc. p. 72). Passée dans la pratique jurisprudentielle, cette proposition ferait entrer l'enrichissement sans cause dans les situations dont il est ici question : l'action *de in rem verso* deviendrait une dette de valeur.

¹ Il semble du reste que la cour de cassation ait expressément consacré cette façon de voir : Civ. 3^e 18 mai 1982, *D.* 1983, *Inf. rap.*, p. 14 ; *Gaz. Pal.* 1982.2.Pan.307.

² Civ. 1^{re} 26 octobre 1982, *J.C.P.* 1983.II.19992, note F. Terré.

³ En ce sens : P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les obligations*, précité, n° 952, p. 517.

parfois¹, ni même par la concurrence entre monnaie et valeur, mais par la substitution de la valeur à la monnaie dans le compte de l'obligation. On se retrouve ainsi dans une situation un peu inusitée, où l'objet de l'obligation peut paraître indéterminé : autrefois monétaire, il ne l'est pas en fait car il y a fixation originaire en valeur, au moins jusqu'à la conversion finale en monnaie à fin de paiement. Tout se passe donc comme si l'objet de l'obligation hésitait entre monnaie et valeur jusqu'à l'extinction de l'obligation, comme si l'obligation avait deux objets, ou encore un objet alternatif. Mais pour exactes qu'elles soient, ces constatations ne doivent pas nous égarer jusqu'à nous laisser penser que la dette de valeur peut être considérée comme une obligation alternative².

On sait que l'obligation alternative est définie par les articles 1189 et suivants du Code civil comme une obligation qui peut être éteinte par « la délivrance de l'une des deux choses qui étaient comprises dans l'obligation ». On sait encore que ce type d'obligations a connu les faveurs de la doctrine du siècle dernier, faveurs dont nous n'avons plus l'idée³. Il y a pourtant dans l'existence de cette obligation des aspects qui intéressent aujourd'hui notre propos. Si le Code civil admet la licéité de l'obligation aux termes de laquelle le débiteur s'engage à livrer au créancier indifféremment un quintal de blé ou un quintal de maïs, on peut en tirer des conclusions quant à l'objet de l'obligation. Et tout d'abord, que le compte d'une obligation n'est pas défini par l'unicité de son objet, puisqu'aussi bien le débiteur est libéré dès lors qu'il a livré un quintal de l'une ou l'autre céréale, en dépit des différences de valeur qui peuvent exister entre elles. Mais cette possibilité double de libération ne nous intéresse qu'à titre d'indice : si une obligation est susceptible de deux modes d'exécution, c'est qu'elle peut avoir deux objets. Ainsi, indépendamment de la pluralité de ses modes d'exécution, une obligation est parfaite qui a plusieurs objets alternatifs, différents les uns des autres, mais équivalents au regard de la validité de l'obligation. L'exemple de l'obligation alternative prouve qu'il peut y avoir une sorte d'ambivalence de l'objet à l'intérieur même du compte de l'obligation⁴.

¹ *Contra* : G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Les obligations*, t. 2, *Le régime*, précité, n° 11, p. 10.

² M.-J. GEBLER, « Les obligations alternatives », *Rev. trim. dr. civ.* 1969.1.

³ En se fondant sur le fait que l'obligation alternative donnait au créancier des garanties renforcées de paiement pour le cas où l'une des deux choses viendrait à périr, Demolombe y voyait « une sorte de solidarité réelle et objective, à l'instar de la solidarité personnelle et subjective » (Cité par D. VEAUX, « Obligations alternatives », *J.-Cl. Civil*, art. 1189 à 1196, Fasc. 53, n° 3, p. 3). Mais cette interprétation n'a guère survécu, dont la cohérence interne n'était pas le fort (*ibid.*, n° 4, p. 3), et l'obligation alternative a perdu avec le siècle l'importance qui avait été la sienne.

⁴ La pluralité d'objets est quelque chose d'un peu plus rare qu'on ne le dit en général. Sous cette rubrique, la doctrine a tendance à placer trois types d'obligations, mais à tort : les obligations conjonctives, alternatives et facultatives. En fait, la seule obligation alternative a un objet double. L'obligation conjonctive est celle par laquelle le débiteur s'engage à livrer, par exemple, un bien et son travail. Mais parler de double objet est une erreur, puisqu'il n'y a là en fait qu'un objet s'exécutant indivisément par deux prestations. De même, l'obligation facultative met à la charge du débiteur une prestation, tout en admettant qu'il pourra se libérer par l'exécution d'une autre prestation. Mais il n'y a alors dans cette obligation qu'un objet principal et un objet accessoire, et non une pluralité d'objets.

336. La dette de valeur ne peut toutefois pas être considérée comme une obligation alternative, car elle n'est pas susceptible de plusieurs modalités d'exécution : elle ne se paye qu'en monnaie. Mais conformément au modèle du Code civil, c'est une obligation dont l'objet n'est pas unique, sans être divers pour autant : on peut plutôt qualifier l'objet de l'obligation d'hésitant, sinon d'alternatif. La somme de monnaie qui est l'enjeu du paiement de l'obligation, peut être exprimée de deux façons dans le compte de l'obligation : par une monnaie ou par une valeur. Les deux expressions sont différentes par leur forme, mais équivalentes quant au fond : au moment où la valeur est convertie en monnaie, il y a adéquation parfaite entre ces deux expressions. Cette équivalence disparaît ensuite très vite en raison des aléas monétaires, mais elle existe lors de la liquidation de l'obligation. C'est pourquoi l'objet ne peut être qualifié de multiple, sans être unique pour autant. On pourrait peut-être le qualifier de potentiellement monétaire, le terme se justifiant par le fait que lorsqu'une valeur tient le compte de l'obligation, elle ne le fait que pour être liquidée en monnaie. Il paraît du reste d'autant mieux choisi que l'expression en valeur peut être rompue à n'importe quel moment, en fonction d'intérêts législatifs : la liquidation de la valeur peut être immédiate, retardée jusqu'au dernier moment, celui de la réparation ou du jugement, ou encore être fixée à la date intermédiaire de l'assignation. Cet objet potentiellement monétaire apparaît ainsi comme particulier au sein du droit des obligations, et l'on est amené à se demander s'il y a des conditions de validité à cette pluralité d'objets, ou si l'on peut concevoir une obligation ainsi construite en dehors du cadre de l'obligation alternative du Code civil, et même en dehors de tout cadre juridique fourni par ce Code.

La question est délicate en ce qu'on ne lui connaît pas de réponse doctrinale, mais aussi parce qu'il n'est pas facile de repérer la raison d'être précise des articles 1189 et suivants. Dans la conception très autonomiste du Code civil, on aura sans doute tendance à considérer que c'est l'accord des volontés des parties qui fonde la possibilité d'une obligation alternative¹. Cet accord des volontés est libre et fondateur, ce qui signifie que les objets alternatifs n'ont pas besoin d'être objectivement équivalents. Mais ils doivent toutefois être adéquats dans l'esprit des parties. Si l'on peut livrer indifféremment un quintal de blé ou de maïs, ce n'est pas parce que le blé et le maïs ont la même valeur vénale, mais parce qu'il revient au même pour les parties que l'un ou l'autre soit livré.

C'est dans une acception un peu voisine que la doctrine a utilisé l'objet alternatif dans la dette de valeur, en substituant à une équivalence subjective une équivalence objective ou matérielle. Ce qui fonde la dette de valeur, c'est bien l'aspect quelque peu alternatif de l'objet, c'est-à-dire le fait qu'il peut être fixé en monnaie ou en valeur avant l'exécution de l'obligation. Sans doute cet objet finira-t-il par endosser une expression monétaire dans la plupart des cas, faute de quoi la dette ne pourrait être payée². Mais avant cette expression définitive, il y a choix : la dette peut demeurer en valeur, ou être transformée en monnaie. La circulation entre ces deux formes d'expression est due à l'équivalence objective entre monnaie et valeur, chaque valeur utilisée ayant sa contrepartie monétaire, et non à une équivalence subjective comme dans l'obligation alternative. Il serait en effet inacceptable qu'une valeur quelconque puisse être substituée à une somme de monnaie, en raison d'une équivalence perçue : parce que les parties seraient

¹ Req. 17 juillet 1929, *D.* 1929.1.143, rapp. cons. Bricout.

² Ce qui n'est pas exact pour l'obligation alimentaire, seule de cette espèce à pouvoir être payée aussi bien en monnaie qu'en nature, à la convenance du débiteur. On peut ainsi considérer que l'obligation alimentaire est une dette de valeur alternative, c'est-à-dire une dette de valeur dont le paiement est susceptible de diverses modalités (sur ce point : J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 56, p. 118).

d'accord pour que telle chose soit représentée par telle somme à tel moment, en dépit d'une différence de valeur vénale. La caractéristique essentielle de la dette de valeur est la toujours possible liquidation de la valeur en monnaie, c'est-à-dire une circulation à sens unique. Contrairement à l'obligation alternative où les deux objets sont subjectivement équivalents au regard de l'exécution, l'hésitation dans l'objet de la dette de valeur ne provient que d'une possibilité de substitution univoque, au moment de la liquidation de l'obligation.

Fondée sur les rapports particuliers qu'entretiennent monnaie et valeur, sur la toujours possible liquidation de l'une en l'autre, la validité de la dette de valeur paraît incontestable, quoiqu'on ne puisse pas la rapprocher de celle de l'obligation alternative. Différentes en ce que l'une est caractérisée par la dualité de son exécution, les deux obligations le sont encore par leurs fondements, subjectif dans un cas, objectif dans l'autre. On est ainsi amené à admettre que la dette de valeur constitue un type d'obligation valable en soi, parce qu'aucun principe ne l'interdit pas, quoique sa validité ne résulte pas des règles du Code civil.

337. L'ancrage direct de l'obligation à la valeur qui constitue son objet à l'origine s'est donc réalisé assez facilement une fois passées les premières querelles dues à la nouveauté¹, tant les déterminations implicites de la méthode paraissaient claires et allant de soi. La légitimité de la substitution a été immédiatement acquise pour deux raisons : l'évidence du rôle de la valeur à l'intérieur de l'obligation, et l'urgence qu'il y avait à parer aux conséquences de l'érosion monétaire. La conjonction de ces raisons aurait pu faire achopper la dette de valeur, le jeu de la valeur n'étant pas facilement acceptable dans les obligations soumises au principe du nominalisme². Mais cette résistance de principe fut assez vite surmontée par la structure simple de la dette de valeur : un objet représenté par une valeur, qui a vocation à se transformer en monnaie dès que l'on en éprouve le besoin. C'est pourquoi l'obligation potentiellement monétaire qu'est la dette de valeur a pu être acceptée sans difficulté. Il en est allé assez différemment pour les obligations issues de rapports volontaires, lorsque les parties ont désiré les ancrer à des valeurs par le moyen de l'indexation.

B. Les rapports volontaires

338. L'indexation, on le sait, a suscité un contentieux très important ainsi que des discussions doctrinales acharnées avant de s'imposer³. Pourtant, le procédé

¹ V. par ex. la critique virulente de Flour, « Pot-pourri autour d'un arrêt », *Rép. Defrénois* 1975, première partie, art. 30854, p. 145, spéc. p. 185.

² G. HUBRECHT, th. précitée, p. 242.

³ Les références en cette matière sont difficiles à donner, tant il y en a (M. Carbonnier en faisait déjà la remarque il y a trente ans dans sa préface à : *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, précité, p. 3). De manière assez générale, on verra : J.-P. DOUCET, *Les clauses d'indexation...*, précité ; E. S. DE LA MARNIÈRE, « Observations sur l'indexation comme mesure de valeur », *Rev. trim. dr. civ.* 1977.54 ; A. TOULEMON, « Les étapes de la jurisprudence en matière d'échelle mobile », précité. Sur les aspects doctrinaux de l'opposition à l'indexation : M. HUBERT, « Observations sur la nature et la validité de la clause d'échelle mobile », précité ; J.-P. LÉVY, *op. cit.*, Fasc. B-2, 2^e cah., n° 20 et s.

ne présente aucune difficulté d'ordre technique, et, par son fonctionnement, n'est rien d'autre qu'un ancrage à la valeur du type que l'on vient d'examiner. Selon des modalités spécifiques, l'indexation est un ancrage à une valeur choisie pour tenir le compte de l'obligation ; mais au lieu que la référence s'établisse directement, par substitution de la valeur en question à la somme d'argent dans l'objet de l'obligation, elle n'est qu'indirecte et procède par identification de l'évolution de la somme d'argent prise comme base aux mouvements qu'aura connus la valeur de référence¹. L'indexation consiste ainsi en une somme d'argent prise comme quotité, dont la caractéristique est de suivre les évolutions d'une valeur représentée par un indice. Mais cette différence d'ordre technique entre indexation et dette de valeur ne touche pas le fond de l'institution : l'indexation s'analyse comme un ancrage à une valeur préexistante à l'objet de l'obligation.

Le rattachement à cette catégorie est toutefois moins net qu'en matière de responsabilité, ou d'obligation alimentaire. Cette relative imprécision du rôle de la valeur relève du fait que l'indexation trouve son domaine d'élection en droit des contrats, ou la valeur joue un rôle mieux dissimulé que dans le domaine des obligations judiciaires, puisque le principe de l'autonomie de la volonté empêche de saisir précisément la façon dont les parties ont élaboré le *quantum* de l'obligation².

339. Il importe de bien montrer que l'indexation ne se distingue pas des dettes de valeur en général, que ce soit par sa structure ou ses effets.

On lit parfois que l'indexation s'en distinguerait, au motif que son objet est d'emblée monétaire³. Mais, si l'on doit reconnaître cette particularité, on n'en fera pas une caractéristique essentielle de l'indexation, qui la différencierait de la dette de valeur. En effet, l'énoncé monétaire de l'obligation indexée ne peut être conçu comme un *quantum* monétaire, qui serait modifié après sa fixation par le jeu de l'indexation. Cette conception encourt le reproche d'introduire deux étapes successives dans la naissance de l'obligation, et de dénaturer ainsi son unité profonde. En distinguant l'obligation indexée de la dette de valeur, on raisonne comme si le montant de l'obligation était dans un premier temps fixé en monnaie, de manière autonome, après quoi l'on prendrait conscience de l'érosion monétaire, et l'on déciderait d'imputer un indice à ce montant chargé d'en maintenir la valeur. Mais cette description articulée des opérations ne correspond nullement à la réalité de l'obligation indexée ; en outre, elle est à l'évidence

¹ B. BOCCARA, « Définir l'indexation », précité.

² Pour être plus précis, il convient de rappeler que la technique de l'indexation, dite encore clause d'échelle mobile, ne se limite pas aux rapports volontaires. En effet, à côté des indexations contractuelles, on trouve également des indexations judiciaires (Sur ces questions, v. tout particulièrement : J. HONORAT, « Les indexations contractuelles et judiciaires », *Mélanges Flour*, p. 251 ; spéc. n° 31 et s., p. 288), et même quelques fois des indexations légales (L'exemple même d'indexation légale est le S.M.I.G., en matière de droit du travail, conçu pour servir d'indice aux bas salaires). Si l'on met ici l'accent sur les indexations contractuelles, c'est d'abord parce qu'elles ont été l'occasion de polémiques nombreuses et dures, mais aussi en raison de leur importance pratique. Au surplus, les considérations liées à la validité de l'indexation sont similaires, qu'il s'agisse d'indexations contractuelles ou judiciaires.

³ Sur ce point, v. G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, *op. cit.*, p. 90 et s. ; P. MALAURIE, cours précité, p. 43 et s. ; *Contra* : G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *op. cit.*, n° 10, p. 10 ; P. CATALA, *op. cit.*, n° 6, p. 30.

attentatoire aux principes juridiques admis. Le bouleversement du montant de l'obligation après sa naissance heurterait le principe du nominalisme, tel que le droit positif l'entend ; si l'indexation a pu prospérer, ce n'est pas par dérogation à un principe aussi établi que celui-là, mais bien parce qu'elle n'en violait aucun¹.

Il est clair que l'obligation indexée naît d'une seule pièce, et non en deux étapes successives. L'obligation est directement créée munie d'un ancrage à la valeur dont témoigne l'indice. C'est-à-dire qu'il est d'emblée acquis que l'obligation évoluera parallèlement à une valeur utilisée comme indice, et la somme de monnaie qui apparaît dans l'objet de la dette, au côté de l'indice, ne doit être regardée que comme une base monétaire permettant de faire jouer l'échelle mobile². La valeur à l'œuvre dans l'obligation indexée est concentrée toute dans l'indice ; mais cette valeur ne peut à elle seule jouer un rôle identique à celui qui est le sien dans les modes de référence directs à la valeur. Au contraire de ceux-ci, qui utilisent une valeur brute qui se suffit à elle-même pour tenir le compte de l'obligation, l'indice ne saurait être auto-suffisant, faute d'une indication de quotité pour contribuer à en former le *quantum*. Dire que l'obligation sera indexée sur le cours du blé ne permet pas de savoir à combien s'élèvera son montant. Il faut pour cela préciser la quotité sur laquelle s'imputera cette variation.

L'énoncé monétaire de l'obligation n'a donc pas de rôle principal ou déterminant à l'intérieur de l'obligation indexée ; c'est la raison pour laquelle il ne faut pas faire de cette somme une caractéristique de l'obligation. La créance indexée est une créance dont l'objet est solidairement formé d'une somme d'argent et de la tendance à l'évolution d'une valeur, ces deux éléments y étant liés de façon indivisible. Ce n'est donc pas cette expression monétaire qui différenciera l'obligation indexée de la dette de valeur.

340. L'indexation ne se distingue pas non plus de la dette de valeur par ses effets. Si les obligations se référant indirectement à la valeur ont en commun un dispositif assez lourd qui les distingue de celles qui se rattachent directement à des valeurs, elles atteignent des résultats identiques³. On s'en rend aisément compte en imaginant un prêt consenti à un agriculteur, d'un montant de mille francs, somme correspondant à la valeur de dix quintaux de blé. Le prêteur peut mentionner au contrat que la dette de l'emprunteur porte non pas sur les mille francs — ce serait alors une dette monétaire —, mais sur la contre-valeur des dix quintaux de blé à l'échéance du prêt. Si le prix du quintal de blé passe de cent à cent cinquante francs, le prêteur remboursera donc le prix des dix quintaux, soit mille cinq cents francs. L'obligation de remboursement du prêt doit alors s'analyser en une dette de valeur, dont l'objet est précisé par une référence directe au quintal de blé.

Le même résultat s'obtient au moyen d'une méthode toute différente, par une référence indirecte. Supposons le même prêt et les mêmes conditions. Cependant, au lieu de stipuler que les mille francs prêtés représentent dix quintaux de blé, le prêteur décide d'indexer le montant du prêt sur le cours du blé. Dans la période qui s'étend entre le prêt et son échéance, le quintal de blé a vu son cours varier de cent à cent cinquante francs ; le cours du blé a donc haussé de 50 %. En conséquence, le montant du remboursement va suivre cette hausse, et s'élever jusqu'à la somme de mille cinq cents francs. Quoique son objet présente une

¹ *Contra* : M. Boyer, selon qui l'admission de l'indexation marque le recul du nominalisme (« À propos des clauses d'indexation... », précité, p. 87).

² M. HUBERT, *op. cit.*, n° 25 et s., p. 19.

³ M. HUBERT, *op. cit.*, n° 10 et s., p. 8.

référence indirecte à la valeur du blé, la dette de remboursement indexée aboutit à un résultat quantitativement semblable à celui obtenu par la référence directe.

Sous des oripeaux empesés, un fonctionnement plus complexe, le mode de référence indirect tend aux mêmes effets que la dette de valeur, au point qu'on peut l'y assimiler. On vient d'évoquer la controverse doctrinale portant sur la compatibilité des deux systèmes ; on peut voir en action, sur cet exemple, qu'il n'y a guère de différence pratique selon que l'on utilise l'un ou l'autre. Il convient donc de ne distinguer à aucun titre l'obligation indexée de la dette de valeur.

341. Il reste toutefois à s'interroger sur l'origine de la valeur utilisée dans l'obligation indexée pour stabiliser l'obligation et lui éviter de subir par trop la dépréciation monétaire.

La réponse à cette question est plus délicate que dans le cas du recours direct, car la présence de la valeur à l'intérieur d'un contrat synallagmatique est une présence floue. Ce n'est pas à dire que la valeur y fasse défaut. Que l'on considère une vente, un bail ou un contrat d'entreprise, la valeur d'une chose ou d'une prestation est l'enjeu même du contrat. Les obligations issues de ces contrats naissent donc d'emblée autour d'une valeur qui en assure la cohérence. Mais l'objet monétaire de l'obligation, son prix, est la marque d'une valeur plus complexe qu'on ne le croit, d'une évaluation qui ne se réduit pas à prendre en compte la seule valeur de la chose objet du contrat. Il est ainsi évident que le prix de vente n'est pas la valeur de la chose vendue, mais tout autre chose : la valeur du service que représente cette vente. Si le prix et la valeur se confondaient, la vente n'apporterait rien au vendeur, qui en tire pourtant bénéfice. À l'intérieur du prix, la valeur de la chose est essentielle, mais doit nécessairement côtoyer d'autres valeurs qui contribuent également à la fixation du prix. C'est pourquoi il est difficile de repérer, dans la pluralité des valeurs qui concourent à la formation de l'obligation, celle par laquelle l'ancrage pourra être réalisé ¹.

Cette incertitude est toutefois théorique, tant est fort le pouvoir d'attraction de la chose objet du contrat à l'intérieur de la convention ². Le droit positif ne s'est d'ailleurs guère embarrassé de scrupules pour ancrer l'obligation, puisqu'aussi bien c'est la valeur de cette chose qui a été choisie. C'est en effet ce qui ressort notamment de l'ordonnance du 4 février 1959 ³, dont l'article 14 porte : « dans les nouvelles dispositions statutaires ou conventionnelles, sauf lorsqu'elles concernent des dettes d'aliments, sont interdites toutes clauses prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum interprofessionnel garanti, sur le niveau général des prix ou des salaires, ou sur des prix de biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention, ou avec l'activité de l'une des parties ». L'ancrage à la valeur de l'obligation n'est valable qu'à la condition que cette valeur soit celle de l'objet de l'obligation ⁴.

¹ *Supra* n° 49.

² Sur l'indexation dans les contrats, v. J. NOIREL, « Influence de la dépréciation monétaire sur les contrats de droit privé », *Influence de la dépréciation monétaire...*, précité, p. 69.

³ Sur cette réglementation, v. J.-P. DOUCET, *Les clauses d'indexation...*, précité.

⁴ On peut temporairement laisser de côté la seconde condition de validité : le lien avec l'activité des parties, qui répond de considérations tout à fait différentes, étrangères aux questions de valeur (Sur ce point : J.-P. LÉVY, *op. cit.*, Fasc. B-2, 3^e cah., n° 119 et s.).

Le mode de choix de la valeur qui permet d'ancrer l'obligation est du même type que dans le cas du recours direct : on trouve à nouveau une référence à une valeur préexistante à l'énoncé monétaire de l'obligation. Dans les deux cas, la valeur choisie pour tenir le compte de l'obligation est la valeur autour de laquelle l'obligation a été construite, qui apparaît ainsi dans toute sa pureté, dégagée de toute expression monétaire. Dans les deux cas, on pourrait réutiliser une formulation doctrinale pour préciser où se trouve la valeur mise en œuvre en parlant de référence "interne" ¹. Par ce terme, la doctrine signifiait que la référence utile pour ancrer l'obligation devait se trouver à l'intérieur de la "sphère contractuelle", et non y être extrinsèque ². C'est ce que les ordonnances de 58-59 ont imposé pour les indexations ; c'est aussi ce que la doctrine allemande, et ses successeurs, ont déduit pour la référence directe à la valeur. Mais alors que cette valeur a un rôle essentiel dans le cas du recours direct, il est plus mitigé en matière d'indexation, puisque la valeur de la chose y est concurrencée par d'autres à l'intérieur même de l'obligation. Cela se manifeste du reste par le fait qu'autant, pour le recours direct, l'ancrage à la valeur paraît d'emblée satisfaisant, autant, pour l'indexation, le recours à la valeur soulève une certaine gêne quant à sa validité.

342. Le premier malaise que suscite l'indice rattaché à l'objet de l'obligation a trait au caractère partiel de la valeur qui occupe l'objet de l'obligation. Au lieu qu'il s'agisse d'une valeur identifiable à cet objet, ce n'est en réalité que la valeur de la chose qui est prise en compte. De la sorte, il y a comme une confusion entre valeur et prix qui est ainsi créée, et qui est d'un point de vue théorique tout à fait regrettable ³. Le prix de la chose a été fixé dans la dépendance de sa valeur, mais aussi en fonction d'autres considérations. Or par le jeu de l'indexation, la seule valeur de la chose déterminera l'évolution du prix, sans aucune prise en considération du mouvement des autres valeurs, qui contribuent toutefois à l'existence de ce prix. Il est possible qu'en pratique cette critique soit de peu de pertinence, tant il est difficile d'obtenir une indexation qui soit satisfaisante. Mais le grief s'aggrave encore de la marge de liberté laissée par le texte aux parties. L'article 14 de l'ordonnance n'exige pas un indice fondé sur le prix de la chose en elle-même, ce qui encourrait déjà la critique, mais se contente d'un indice qui n'est que rattaché à la chose, et parfois d'assez loin ⁴.

De la sorte, à peu près n'importe quel indice qui aura un lien avec cette chose pourra être considéré comme satisfaisant ⁵. Si l'on prend à titre d'exemple la vente d'un tracteur, payable en plusieurs mensualités, on aura une idée de l'ensemble des distorsions ainsi créées. On peut considérer qu'une indexation

¹ Sur la notion d'« indexation interne », v. notamment : J.-P. DOUCET, *Les clauses d'indexation...*, précité, n° 126, p. 97, qui prend le fil de la tradition doctrinale pour fixer les limites de la validité de l'indexation.

² J. NOIREL, « L'influence de la dépréciation monétaire dans les contrats de droit privé », précité, n° 45, p. 132.

³ On ne poussera toutefois pas beaucoup dans cette voie, puisque la confusion entre valeur et prix est constante en droit privé. Toutes les fois que l'on parle de dette de valeur, on parlerait plus justement de dette de prix, dans la mesure où la valeur visée n'est souvent rien d'autre que le prix de la chose. Le prix apparaît ainsi comme une formulation privilégiée de la valeur, alors que ce sont deux réalités différentes.

⁴ J.-P. LÉVY, *op. cit.*, Fasc. B-2, 3^e cah., n° 71 et s. ; sur la critique des ordonnances, v. R. TENDLER, « Indexation et ordre public. L'ordonnance du 30 décembre 1958 : Majorité ou Sénilité ? », *D.* 1977, Chron. XXXIII, p. 245.

⁵ Sur les imprécisions de ce critère, v. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Contrat*, précité, n° 586, p. 251.

valable ferait aussi bien référence au cours des produits agricoles, qu'à celui des principales cultures auxquelles le tracteur servira, ou à un indice intermédiaire, tel qu'un indice composite. De tels indices seraient certainement en liaison étroite avec l'objet de l'obligation. Mais tel qu'est rédigé l'article 14 de l'ordonnance, et tel que les tribunaux l'ont interprété, ces types d'indices disparaissent derrière l'ensemble de tous ceux que l'on peut utiliser. En effet, tout indice agricole, quel qu'il soit, et tout indice lié à l'industrie, quelle que soit sa pertinence en l'espèce, pourront être adoptés. De telle manière que la première critique formulée s'aggrave par le fait même que les indices "liés" à la chose sont multiples, et que le lien entre la valeur de la chose et le prix se distend encore, pour quasiment disparaître.

On a ainsi parfois le sentiment que l'article 14 de l'ordonnance ne trace que des limites floues, que la pratique des contrats s'est d'ailleurs chargée de dénaturer. Alors que les principes de l'indexation paraissent satisfaisants, la pratique en est à bien des égards regrettable, qui fait suivre au prix d'une chose les évolutions d'une valeur qui ne lui est liée que de très loin ¹.

343. La réglementation de l'indexation laisse encore à désirer puisqu'elle ne se révèle pas susceptible d'utilisation pour le contrat qui réclame le plus clairement l'indexation, car le plus sensible à l'érosion monétaire : le prêt d'argent à long terme ². Le prêt simple, on le rappelle, crée une obligation de restitution, qui est libellée en unités de paiement, c'est-à-dire une obligation où la valeur ne tient aucune place. Il importe pourtant d'y réintroduire une valeur de manière à la stabiliser : plus un prêt est important, plus les remboursements en sont étalés dans le temps, et plus l'érosion monétaire affecte le créancier qui ne peut plus même reconstituer son capital. C'est pourquoi l'ancrage à une valeur est essentiel en la matière, sans que l'on sache bien où la trouver. Les polémiques nombreuses quant à l'admission de l'échelle mobile dans le prêt ont toutes porté sur la validité de l'indexation, mais non sur ses modalités. De telle sorte qu'à la fin des années cinquante, une fois qu'il a été acquis qu'un prêt pouvait faire l'objet d'une indexation en dépit de l'article 1895 du Code civil ³, on ne savait pas bien comment indexer le contrat, comment tirer parti de la victoire acquise. La question était d'autant plus délicate que les ordonnances de 58 et 59 fixant le droit positif, il fallait choisir un indice en relation avec l'objet du contrat, ce qui était paradoxal. En toute logique civiliste, il apparaît que l'objet d'une obligation de restitution est la monnaie elle-même, et les unités de paiement pour mieux dire ⁴. L'indice en relation avec l'objet du contrat ne pouvait ainsi qu'être un

¹ À titre d'exemple, le prix d'un terrain peut être indexé sur le prix du lait (Civ. 3^e 4 juin 1971, *Bull. civ.* III, n° 356), sur le salaire de l'ouvrier agricole (Civ. 3^e 17 juillet 1972, *Rép. Defrénois* 1973, art. 30271, note critique P. Malaurie), sur les cours de la viande et du maïs (Civ. 3^e 6 février 1974, *Bull. civ.* III, n° 64). Pour un recensement détaillé : J.-P. LÉVY, *op. cit.*, Fasc. B-2, 3^e cah., n° 106 et s.

² J.-P. LÉVY, *op. cit.*, Fasc. B-2, 2^e cah., n° 38 et s.

³ L'indexation du prêt a d'abord été autorisée par la Cour de cassation en 1957, dans l'arrêt *Guyot* : Civ. 1^{re} 27 juin 1957, précité, *J.C.P.* 1957.II.10093 bis, concl. Proc. gén. Besson ; D. 1957.649 note G. Ripert ; *Rev. trim. dr. civ.* 1957.553 obs. J. Carbonnier, et 1957.698 obs. Mazeaud. Les ordonnances de 1958 et 1959 ont remis en cause l'arrêt *Guyot*, mais ont admis l'indexation dans une mesure qui y inclut le prêt.

⁴ J.-P. LÉVY, *op. cit.*, Fasc. B-2, 3^e cah., n° 72 ; une telle conception de l'objet de l'emprunt est d'ailleurs d'autant plus envisageable qu'elle a été autrefois retenue par la Cour de cassation, de manière caractérisée (Civ. 19 mars 1928, *D.H.* 1928.303).

indice reflétant les évolutions de la valeur de la monnaie. C'est là chose impossible, la monnaie, qui est la mesure commune des valeurs, n'ayant pas de valeur en elle-même. L'indice devrait donc être assimilé à un indice des prix, ce qui est erroné : comme son nom l'indique, l'indice des prix enregistre les variations moyennes des prix, sans que celles-ci dépendent des évolutions de la monnaie¹. Mais à supposer même que l'on passe sur cette difficulté, il resterait encore que l'indice des prix est un indice général, d'utilisation restreinte aux termes des ordonnances. Peu souhaitable, cet indice serait également sans doute interdit par le droit positif.

L'indexation du prêt n'a donc pas été possible dans le double respect des articles 1126 et suivants du Code civil, relatifs à l'objet des obligations, et des règles relatives à l'indexation, tirées des ordonnances de 1958 et 1959. Dans cette situation de conflit, c'est la conception de l'objet de l'obligation qui a cédé, puisqu'aussi bien il a été décidé par la Cour de cassation que l'objet d'un prêt n'était pas la monnaie elle-même, mais ce que cette monnaie permettait de faire, son emploi. Cette décision a été rendue en matière de prêt immobilier où l'urgence se faisait le plus particulièrement sentir, le recours aux emprunts étant souvent impératif pour acheter un immeuble ou le faire construire. C'est en 1974 que la Cour a décidé de dénaturer l'objet de l'obligation, en exposant que : « la cour d'appel décide à bon droit que l'objet de la convention, au sens de l'article 79 de l'ordonnance du 30 décembre 1958..., doit s'entendre dans son acception la plus large et que notamment l'objet d'un prêt peut être de permettre à l'emprunteur de construire ou d'acheter un immeuble »². Cette ouverture essentielle de la Cour de cassation marque son désir d'étendre le champ de l'indexation aux contrats pour lesquels elle est essentielle. Dans le même temps, elle témoigne de l'insuffisance du système de 58-59, qui oblige à dénaturer les règles les mieux établies pour être efficace.

344. Au-delà de ces considérations sur la validité de l'indexation en matière de prêt, il importe de montrer que l'arrêt de 1974 s'insère dans un mouvement de pensée de plus vaste ampleur, qui a commencé de produire ses effets au milieu des années soixante³, et qui consiste à utiliser, en l'absence de toute valeur à l'origine de l'obligation, les valeurs qui en sont à l'horizon, c'est-à-dire les valeurs qui constituent l'emploi de la monnaie. Second principe permettant l'ancrage de l'obligation à la valeur, véritable contrepartie à la référence à la valeur préexistante, le recours à la valeur subséquente constitue la profonde révolution apportée par la dette de valeur, celle qui donne les moyens de lutter efficacement contre l'inflation, mais soulève aussi tous les doutes.

¹ Encore peut-on admettre par approximation que l'augmentation des prix donne le sentiment de la dégradation de la monnaie, et donc que la mesure de celle-là s'étende à celle-ci.

² Civ. 1^{re} 9 janvier 1974, *J.C.P.* 1974.II.17806, note J.-P. Lévy ; *Rép. Defrénois* 1974, art. 30547 ; et 1975, art. 30996 note J.-L. Aubert ; *Rev. trim. dr. civ.* 1974.805 obs. Y. Loussouarn.

³ Dans la loi du 13 juillet 1965 sur les régimes matrimoniaux ; la loi du 17 mai 1960, parfois présentée comme ancêtre de ce mouvement législatif, n'est pas retenue ici car elle ne crée pas de vraies dettes de valeur.

§ 2. L'ANCRAGE À UNE VALEUR SUBSÉQUENTE

345. L'absence de valeur perceptible à l'intérieur d'une obligation crée une situation délicate face à l'érosion monétaire : l'obligation y est vulnérable, sans que l'on sache bien comment l'en mettre à l'abri. Le contenu monétaire de la dette paraissant pur de toute valeur, on ne voit pas comment faire échapper l'obligation à sa référence monétaire en l'ancrant à une valeur, sans pour autant altérer la substance de l'obligation. C'est pour faire face à cette incertitude que le droit français a adopté une méthode inversant le mouvement qui va de la valeur à sa liquidation, à la monnaie. La méthode choisie ne recherche pas cette valeur là où elle n'est pas : à l'origine de l'obligation ; elle la trouve à l'horizon de l'obligation, dans l'emploi qui a été fait de la somme d'argent. Tant que l'on n'a pas pris conscience du renversement que suppose ce cheminement, le procédé peut paraître légitime, et dans la perspective de l'ancrage classique à une valeur. Mais des doutes apparaissent dès lors que l'on s'aperçoit que cette façon de faire prend à contre-sens la logique propre aux institutions : on cherche alors vainement la légitimité du procédé. C'est pourtant à essayer de comprendre ce qui le justifie qu'il faut s'employer (B), après avoir dressé la typologie des manifestations de ce tour de pensée étrange (A).

A. Description de l'ancrage à la valeur subséquente

346. À considérer les obligations libellées en unités de paiement comme exemptes de toute valeur, leur stabilisation par une valeur peut sembler impossible. Il est toutefois apparu que le dynamisme propre de l'obligation permettait d'aider à échapper à une situation qui risquait de ruiner les créanciers exposés à l'érosion monétaire.

Les obligations qui évitent toute référence à la valeur peuvent parfois être rattachées à des valeurs : pour peu que l'on cesse de concentrer toute l'attention sur l'obligation prise en elle-même, son montant monétaire peut apparaître dominé par des considérations de valeur extérieures au lien entre créancier et débiteur. L'élargissement du cadre de référence aboutit à trouver des valeurs à l'horizon de la monnaie, la plupart du temps dans l'emploi qui en est fait, et non à l'origine de l'obligation comme on en a l'habitude. C'est ce qui permet de restituer un choix entre monnaie et valeur, puisqu'aussi bien une fois qu'elle a été identifiée, et même si elle ne joue pas le même rôle par rapport au libellé monétaire, cette valeur pourra se trouver utilisée dans le même type de substitution que lorsqu'elle préexistait à l'énoncé monétaire. Une même hésitation entre monnaie et valeur se met alors en place à l'intérieur de l'objet de l'obligation, et la dette de valeur peut fonctionner sur le modèle du système précédent. La dette, de monétaire qu'elle était, devient potentiellement monétaire en s'accrochant à la valeur d'emploi de la somme d'argent, et sa stabilisation est assurée.

Le tour de pensée à l'œuvre est assez subtil : une obligation monétaire se présente vierge de toute valeur ; on va chercher une valeur avec laquelle cette somme de monnaie a été en contact étroit, de manière à recréer une obligation à objet potentiellement monétaire ; il ne reste plus alors, pour contourner les effets de la dépréciation monétaire, qu'à considérer que l'objet de l'obligation n'est pas la somme de monnaie en question, mais la valeur dans laquelle elle a été employée.

347. Un exemple parlant de ce procédé est fourni par les donations¹. Lorsqu'une personne donne une somme d'argent à l'un de ses successibles, celui-ci contracte l'obligation de rapporter cette donation à la succession qui s'ouvre au décès du *de cujus*². L'article 869 ancien du Code civil disposait, à l'égard du rapport de la donation de somme d'argent : « le rapport de l'argent donné se fait en moins prenant dans le numéraire de la succession ». Cela signifie au moins par prétérition que le rapport porte sur une somme de même montant nominal que celle qui a fait l'objet de la donation. La règle est du reste immédiatement compréhensible : considéré en lui-même, le rapport d'une somme d'argent ne peut s'analyser qu'en une obligation monétaire libellée en unités de paiement. Ce que le donataire doit rapporter à la succession, c'est cela même qui a fait l'objet de la donation : un certain nombre d'unités de paiement. Si aucune loi ne vient en réglementer autrement les modalités, un raisonnement mécaniste nous conduit à effectuer un rapport fondé sur le montant nominal de la donation.

La loi du 3 juillet 1971 a voulu proposer un mode de rapport dérogatoire pour un certain nombre de situations³. Elle a ainsi commencé par rappeler cette règle d'évidence que la logique dégageait autrefois, avant d'annoncer ses innovations. L'alinéa 1 du nouvel article 869 dispose en effet : « Le rapport d'une somme d'argent est égal à son montant ». Puis, dans le second alinéa vient la nouvelle modalité du rapport de somme d'argent : « Toutefois, si elle a servi à acquérir un bien, le rapport est dû de la valeur de ce bien, dans les conditions prévues à l'article 860 ». Dans l'hypothèse où la monnaie donnée n'a pas été dissipée mais consacrée à l'achat d'un bien, le rapport de l'argent donné ne se fera donc pas en fonction du montant nominal de la donation, mais des destinées de la valeur de la chose que la somme donnée a permis d'acquérir⁴. La valeur qui tient le compte de l'obligation ne préexiste pas à son énoncé monétaire : lors de la donation, il n'est pas certain que le donataire ait eu un emploi en vue, ni que le donateur ait fait la donation à cette fin. Il n'est pas possible d'estimer que la liquidation d'une valeur préexistante a livré le *quantum* monétaire, pour faire le chemin inverse en rattachant l'objet de l'obligation à cette valeur. On se trouve ici dans une situation contraire : la somme de monnaie ne procède pas de la liquidation d'une valeur, mais le choix de la valeur résulte de l'utilisation qui a été faite de la somme de monnaie. C'est en quoi l'ancrage à la valeur subséquente constitue une modalité de dette de valeur bien différente de la précédente, avec laquelle elle ne doit pas être confondue.

Il s'agit là d'un mode de rapport dérogatoire au fonctionnement logique des obligations monétaires libellées en unités de paiement. Et il est d'autant plus nécessaire d'en rendre compte que cette même technique, ce même tour de pensée, que nous voyons à l'œuvre dans le rapport de la donation de somme d'argent a été utilisée pour régler d'autres situations dans le domaine des restitutions *lato sensu*, sans toutefois être généralisée.

348. Le droit patrimonial de la famille a été le terrain d'élection de cette technique. Pour en rester au droit des libéralités, on peut évoquer les donations entre époux, pour lesquelles le législateur a posé une règle apparentée à celle de

1 P. CATALA, *La réforme des liquidations successorales*, précité, n° 19 et s., p. 51.

2 M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 662 et s., p. 601 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les successions...*, n° 710 et s., p. 526.

3 P. CATALA, *op. cit.*, n° 42, p. 87.

4 C'est donc l'attitude du gratifié qui devient la mesure du rapport, et non pas la générosité du donateur : Y. BOICHE, *L'objet du rapport et de la réduction des libéralités*, th. Paris II, 1974, multigr., p. 416.

l'article 869, où elle s'applique à la donation en général¹. L'article 1099-1 du Code civil dispose en effet : « Quand un époux acquiert un bien avec des deniers qui lui ont été donnés par l'autre à cette fin, la donation n'est que des deniers et non du bien auquel ils sont employés. En ce cas, les droits du donateur ou de ses héritiers n'ont pour objet qu'une somme d'argent suivant la valeur actuelle du bien ». La rédaction particulière de l'article a pu embarrasser certains commentateurs, qui ont vu une contradiction entre les deux alinéas². Il n'en est rien : le premier alinéa concerne la matérialité de la donation, tandis que le second n'a trait qu'à son *quantum*. L'article fait ainsi valoir que même lorsque l'argent donné doit servir à l'achat d'un bien, c'est l'argent qui fait l'objet de la donation, et non ce qu'il permet d'acheter. La théorie de l'indivisibilité qu'on aurait pu vouloir appliquer est par là répudiée³. Puis, dans le second alinéa, cette disposition précise que le fait que de l'argent soit donné n'emporte pas que son seul montant nominal soit pris en considération. À l'inverse, la somme donnée est réputée être la contre-valeur de la chose acquise, et non le montant nominal qui a permis l'acquisition. En cas d'annulation, c'est cette valeur seconde qui devra être restituée.

La même solution avait été antérieurement adoptée en matière de régimes matrimoniaux par la loi du 13 juillet 1965, à propos du calcul des récompenses. Aux termes de l'article 1469, alinéa 3, la récompense « ne peut être moindre que le profit subsistant, quand la valeur empruntée a servi à acquérir, à conserver ou à améliorer un bien qui se retrouve, au jour de la dissolution de la communauté, dans le patrimoine emprunteur. Si le bien acquis, conservé ou amélioré a été aliéné avant la liquidation, le profit est évalué au jour de l'aliénation ; si un nouveau bien a été subrogé au bien aliéné, le profit est évalué sur ce nouveau bien ». Ainsi, en cette matière encore, c'est la valeur de la chose à laquelle la récompense a été affectée qui permet de connaître le *quantum* de la récompense, et non le seul montant nominal. On voit bien la répétition du même type d'innovation qu'en matière de libéralités, puisqu'aussi bien le principe traditionnel en la matière était que « la récompense a son montant figé en monnaie au jour de l'acte qui l'engendre »⁴.

La loi du 23 décembre 1985 a aligné sur le régime du paiement des récompenses les créances entre époux, de telle manière que la restitution des prêts entre l'un et l'autre époux se fait de la même façon exactement que lorsque le prêt a eu lieu entre la Communauté et l'un ou l'autre des époux⁵.

349. Après le droit patrimonial de la famille, et avant le droit des obligations, il convient de citer un exemple jurisprudentiel particulier d'appropriation de cette figure, qui se situe à la croisée des deux domaines. Le prêt simple a été considéré ici comme l'archétype des obligations libellées en unités de paiement.

¹ On se gardera cependant de lire l'art. 1099-1 C. civ. comme une application pure et simple de l'art. 869 : parce que ses enjeux sont différents, bien sûr, mais aussi parce qu'il a été forgé par la loi du 28 décembre 1967, quand l'art. 869 est issu de la réforme des successions du 3 juillet 1971. Plutôt qu'une application de la méthode de l'art. 869, l'art. 1099-1 en apparaît comme un signe avant-coureur.

² G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 135, p. 115, qui montre toutefois comment se résout l'apparente contradiction.

³ L'indivisibilité, sur laquelle on reviendra plus longuement, est un tour de pensée jurisprudentiel aux termes duquel celui qui a donné de l'argent pour faire une acquisition est réputé avoir directement donné non l'argent, mais la chose acquise.

⁴ A. COLOMER, *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux...*, précité, n° 48, p. 58.

⁵ Art. 1543 et 1479, al. 2, C. civ.

Lorsqu'une somme d'argent a été prêtée sans conditions particulières, l'emprunteur doit restituer une somme d'un même montant, puisque ce sont des unités de paiement qu'il s'est engagé à rendre, et non une valeur. Cependant, à propos de cet archétype même, quoique dans une hypothèse assez particulière, la Cour de cassation a récemment considéré que l'emploi des fonds pouvait être substitué aux unités monétaires pour tenir le compte de la dette de restitution¹.

Deux enfants avaient emprunté de l'argent à leurs parents en vue d'acheter des immeubles. À la mort de ceux-ci, les immeubles avaient été acquis, mais les prêts non encore remboursés. Il convenait donc de les rapporter à la succession afin de la liquider. Mais le frère et la sœur étaient en désaccord quant au mode de rapport : fallait-il restituer les montants nominaux des prêts, bien sûr inégaux, ou bien la valeur des immeubles qu'ils avaient permis d'acquérir, et qui se trouvaient encore dans l'un et l'autre patrimoine ?

Le problème de droit est donc simple à énoncer : l'article 1895 du Code civil applicable au prêt en général permet-il de régler la question par une restitution nominale, ou doit-on lui préférer l'application de l'article 869, prévu pour la donation de somme d'argent, mais dont la lettre peut concerner le prêt aussi bien ? S'il est simple à énoncer, le problème de droit ne se résout pas aussi aisément. Déjà M. Catala avait estimé qu'aucune des deux réponses ne s'imposait absolument², et les auteurs qui se sont intéressés à la question paraissent réticents à appliquer l'article 869³. Mais la Cour de cassation a dénoué le dilemme en considérant que : « l'article 869 c. civ., rédigé en termes généraux, ne distingue pas suivant que les sommes rapportables par un successible ont fait l'objet d'un don ou d'un prêt ; qu'il a dès lors vocation, sauf stipulation contraire [...] à s'appliquer à l'un comme à l'autre ».

Aussi bien la Cour suprême a-t-elle décidé de modeler la restitution du prêt sur le rapport des libéralités, en faisant pénétrer l'ancrage à la valeur subséquente dans un domaine commun au prêt et au rapport de la donation : le frère et la sœur devront ainsi rapporter la valeur actuelle de leurs immeubles, et non leur prix d'achat. Tout se passe comme si le prêt équivalait à une donation dans ces circonstances, ce que le droit des libéralités n'exclut d'ailleurs pas⁴. Mais on peut se demander si le chemin inverse n'a pas sa part de validité : plutôt qu'une assimilation du prêt à la donation, justifiée par ces circonstances particulières, ne faut-il pas voir là une modification larvée du régime du prêt, qui échapperait à l'article 1895 du Code civil pour se rapprocher du régime actuel des obligations libellées en unités de paiement, de la dette de valeur ? C'est bien sûr trop tirer d'une décision isolée, justifiée par l'analyse des faits et du problème de droit qu'il s'agissait de trancher. Il demeure toutefois que cette évolution du régime du prêt est contenue dans cet arrêt, même si c'est de façon latente, et qu'il pourrait passer pour le premier jalon d'une évolution dans l'hypothèse où la tendance qui s'y fait jour serait poussée à son terme.

Sans prendre parti sur la validité de la décision, il convient de repérer qu'une fois encore, l'objet d'une obligation libellée en unités de paiement a connu une

¹ Civ. 1^{re} 18 janvier 1989, précité, D. 1989.305, note G. Morin ; J.C.P., éd. N, 1989.II.149, note J.-F. Montredon ; Rev. trim. dr. civ. 1989.749, obs. J. Patarin.

² P. CATALA, *La réforme des liquidations successorales*, précité, n° 42 bis, p. 116 et s.

³ G. MORIN, commentaire précité, n. 6, p. 306. V. toutefois V. RANUIL, selon qui : « un prêt sans intérêt, au capital non indexé et remboursable au décès du prêteur, équivaut à une donation en avancement d'hoirie » (V. RANUIL, *La subrogation réelle en droit civil français*, Bibl. dr. priv. CLXXXVII, p. 117).

⁴ Cf. V. RANUIL, *op. cit.*, p. 117.

mutation, et que les destinées de la somme en question se sont substitué à celle-ci pour tenir le compte de l'obligation ¹.

350. On trouve d'autres applications de la technique évoquée dans le droit des obligations proprement dit ², mais elles ne sont pas toujours aussi nettes que dans le droit patrimonial de la famille. Le fait qu'elles ne soient pas d'origine législative explique sans doute la tiédeur des manifestations : la jurisprudence a pu hésiter à aller au bout de ses audaces.

Le premier exemple, et presque le seul, que l'on puisse donner remonte au Code civil lui-même, c'est-à-dire à une époque où l'on ne pouvait avoir conscience de déroger à une règle purement mécanique. En cas d'éviction totale de la chose par un tiers, l'acquéreur peut exiger du vendeur qu'il lui restitue le prix payé. Cependant, la chose a pu voir sa valeur évoluer entre l'acquisition et l'éviction. D'où un régime bifide : la diminution de la valeur de la chose n'a aucune incidence sur l'indemnité d'éviction : l'article 1631 prévoit qu'alors le prix total doit être restitué ; en revanche, l'augmentation de la valeur de la chose se répercute sur le montant de l'indemnité d'éviction, puisqu'aux termes de l'article 1633, « si la chose vendue se trouve avoir augmenté de prix à l'époque de l'éviction, indépendamment même du fait de l'acquéreur, le vendeur est tenu de lui payer ce qu'elle vaut au-dessus du prix de la vente ». Autrement dit, selon la lettre du Code, l'indemnité suit la valeur de la chose lorsqu'elle hausse, mais reste limitée à son montant nominal dans le cas inverse. Des considérations mécaniques justifieraient pourtant que le montant nominal de la vente soit toujours la mesure de la restitution, puisqu'aussi bien l'indemnité d'éviction n'est rien d'autre qu'une obligation libellée en unités de paiement ³. Le Code civil a donc choisi d'accrocher la mesure de l'indemnité à la valeur de l'emploi qui avait eu lieu, mais n'a fait qu'une application partielle de cette méthode. La jurisprudence s'est du reste chargée d'accentuer ce caractère partiel, en refusant de suivre la valeur de la chose jusqu'au bout du chemin : par un arrêt de 1973, la Cour de cassation a considéré que la valeur de l'immeuble ne devait pas s'apprécier au jour du jugement, mais à celui de l'éviction, confondu avec celui

¹ On observera la profonde parenté de cette décision avec l'arrêt du 9 janvier 1974, précité, rendu en matière d'indexation d'un prêt servant à acquérir un immeuble ou à en construire un. Cette analogie incite d'ailleurs à considérer qu'au rebours de ce que dit la Cour elle-même, ce n'est pas tant la généralité des termes de l'art. 869 qui fonde la solution, que le principe du recours à la valeur d'emploi de la monnaie pour en stabiliser le montant.

² Le droit patrimonial de la famille n'est-il pas, par excellence, la zone frontière entre le droit de la famille et le droit des obligations ?

³ On pourrait croire trouver quelque normalité à ce raisonnement en pensant que la dette de restitution dont l'évincé est créancier est une dette libellée en unités de valeur. Il n'en est rien. Sans doute le prix était-il libellé en unités de valeur. Mais dès lors que la vente est annulée, et que l'évincé doit être indemnisé, le paiement qu'il a fait pour acheter la chose devient indu, et le lien entre la monnaie et la chose se distend jusqu'à disparaître.

de la demande en justice^{1 2}. Par un arrêt de revirement daté du 16 janvier 1991, la Première chambre civile de la Cour de cassation a décidé de retenir la date de la décision constatant la cause de l'éviction³, en refusant de retarder l'appréciation jusqu'à la date du jugement sur la garantie⁴. Le fait de substituer un bien aux unités de paiement qui auraient dû former l'objet de l'obligation n'emporte donc pas toutes les conséquences que l'on est habitué à tirer de l'idée de dette de valeur.

A ces exemples, il convient d'ajouter une autre situation assez proche par sa structure, où la jurisprudence a eu la tentation d'appliquer le même raisonnement, mais y a heureusement résisté. Certains arrêts rendus en matière de restitution dans les contrats synallagmatiques annulés ont manifesté le désir de voir le *quantum* de la restitution suivre la valeur de la chose en laquelle la somme avait été employée. On retrouvait ainsi le même tour de pensée à l'œuvre qu'en matière d'indemnité d'éviction, puisque le compte de l'obligation était tenu par une valeur qui se trouvait à l'horizon de la monnaie, et non à l'origine. Cette solution, peut-être satisfaisante au regard d'un ancrage éventuel à la valeur, ne l'était pas du tout rapportée à ses conditions. L'annulation rétroactive du contrat détruisant sa cause, la monnaie et son emploi ne sont plus liés en vertu du contrat, mais d'une simple circonstance de fait. C'est ainsi que la jurisprudence peut substituer au recours à une valeur préexistante (la valeur de la chose ou de la prestation en considération de laquelle la somme a été versée), le recours à une valeur subséquente : la valeur en laquelle la monnaie a été investie, en l'absence de toute légitimité. Le tort de cette démarche est de passer sans le dire sur le caractère rétroactif de l'annulation du contrat, d'en faire survivre la cause à des fins de liquidation. La règle logiquement applicable, on le sait, est celle qui procède du raisonnement mécanique, et non d'un principe nominaliste qui n'a rien à faire ici⁵ : le prix est normalement restitué sans aucune réévaluation, puisque la valeur a disparu avec la cause de l'obligation⁶. Néanmoins, il est arrivé que l'on revienne sur cette intangibilité du prix, surtout lorsque la valeur de la chose restituée s'était modifiée depuis la date de la vente. Il s'est alors trouvé des arrêts pour refuser de s'en tenir au montant nominal du prix, et prendre

¹ Civ. 3^e 17 octobre 1973, précité, *D.* 1974.556 note P. Malaurie. Cet arrêt recèle une ambiguïté quant à la date d'évaluation de la valeur de l'immeuble, dont on ne sait si elle est forcément celle de la demande en justice, ou si elle peut être celle de l'éviction effective : « l'acquéreur n'a de recours en garantie contre son vendeur que jusqu'à concurrence de la valeur de la chose, au temps de l'éviction, c'est-à-dire au jour de la demande en justice ».

² La solution apportée est ainsi du même type que celle que donne l'art. 815-13 C. civ., puisque les améliorations apportées par un indivisaire à la chose ne lui sont comptées qu'au jour du partage ou de l'aliénation. Toutefois, la solution de l'art. 815-13 est corrigée par le fait que l'indemnité peut être réévaluée par le juge, "selon l'équité" (V. RANOUIL, *op. cit.*, p. 70).

³ Civ. 3^e 16 janvier 1991, précité, *D.* 1992.109, note F. X. Testu, *Rev. trim. dr. civ.* 1992.408, obs. P.-Y. Gautier.

⁴ En ce sens, P.-Y. GAUTIER, obs. précitées.

⁵ *Contra* : C. BRUNEAU, *op. cit.*, n° 240-1, p. 591

⁶ C'est à cette solution fort logique que la jurisprudence s'est finalement ralliée : Civ. 1^{re} 4 octobre 1988, *Bull. civ. I*, n° 274, p. 188 ; *Rev. trim. dr. civ.* 1989.539 obs. J. Mestre ; Civ. 1^{re} 2 juin 1987, *Bull. civ. I*, n° 183, p. 137, *Rép. Defrénois* 1988, p. 373, obs. J.-L. Aubert, *Rev. trim. dr. civ.* 1988.529, obs. J. Mestre. Dans le même sens : Paris 22 novembre 1972, *D.* 1974.101, note P. Malaurie.

en considération son emploi dans la chose qu'il a permis d'acquérir¹. Peu nous importe à ce stade la légitimité plus que discutable de ce mode de raisonnement jurisprudentiel, non plus que les difficultés nombreuses qui en découlent quant à la charge des plus ou moins-values. Seul est intéressant le fait que l'on retrouvait ici un procédé qui est à l'œuvre dans d'autres domaines du droit monétaire, et qui consiste à remplacer dans l'économie générale de la dette, un objet composé d'unités de paiement par une certaine valeur, qui se situe en aval.

351. Malgré la rareté de l'ancrage de l'obligation à une valeur subséquente dans le droit des obligations, le procédé est utilisé pour la plupart des obligations libellées en unités de paiement. En fait, il est utilisé toutes les fois qu'une valeur apparaît. Seules échappent à la dette de valeur les obligations libellées en unités de paiement qui se dérobent à l'influence de toute valeur. Mais encore reste-t-il à essayer de comprendre ce qui justifie l'utilisation de cette démarche de pensée apparemment anormale.

B. Légitimité de l'ancrage à une valeur subséquente

352. La question de la légitimité de l'ancrage à une valeur subséquente peut s'entendre de deux façons, selon que l'on insiste sur la validité interne du raisonnement, c'est-à-dire sa cohérence intrinsèque, ou sur son opportunité globale. La dissociation de ces deux points de vue est ici importante : aussi assurément cet ancrage à une valeur est nécessaire et opportun pour protéger l'obligation des effets de la dépréciation monétaire, aussi assurément il est impossible à justifier au regard des principes applicables aux obligations. Utile, l'ancrage n'en reste pas moins injustifiable dans ses principes.

Le spectre qui hante et menace l'ancrage à la valeur d'une obligation, quelles que soient l'obligation et la valeur, c'est le risque d'arbitraire. L'opération apparaît en effet comme délicate, pour peu que l'on y songe, qui consiste à remplacer un objet par un autre à l'intérieur d'une obligation, sans pour autant en rompre l'équilibre interne. C'est pour cela que cette substitution est normalement fondée sur l'existence d'un lien intime, très étroit, entre la somme de monnaie et la valeur qui a vocation à s'y substituer. Dans les hypothèses où il apparaît que l'expression monétaire de l'obligation n'est rien d'autre que le produit de la liquidation d'une valeur qui constituait la substance réelle de l'obligation, ce lien est d'emblée présent et impose sa nécessité : si le *quantum* de l'obligation résulte de la liquidation d'une valeur, celle-ci peut aussi légitimement tenir le compte de l'obligation. En revanche, dès lors qu'aucun lien aussi incontestable n'existe, la substitution de la valeur à la monnaie risque d'être arbitraire, c'est-à-dire de ne pas respecter l'équilibre sur lequel l'obligation repose. C'est pourquoi il est nécessaire d'essayer de trouver le lien qui unit la monnaie à la valeur subséquente qui la remplace, sauf à devoir reconnaître que la substitution est immotivée, et peut-être dangereuse.

¹ Com. 21 juillet 1975, précité, *D.* 1976.582 note E. Agostini et P. Diener ; Com. 18 octobre 1974, précité, *D.* 1975.625, note P. Malaurie ; Civ. 1^{re} 12 décembre 1979, *J.C.P.* 1980.II.19464 note J. Prévault ; Rouen 1^{er} juillet 1969, *D.* 1970.235 ; Paris 26 mai 1972, *J.C.P.* 1973.II.17419 ; plus généralement : E. POISSON-DROCOURT, « Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat », précité. Mais la Cour de cassation est heureusement revenue sur cette façon de procéder : J. MESTRE, « Des restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », précité.

353. Le tour de pensée en usage en matière d'ancrage à une valeur subséquente évoque la théorie de l'indivisibilité¹, que l'on dirait toutefois réinvestie dans une acception nouvelle². Dans une optique traditionnelle, cette théorie a été conçue pour rendre compte d'un déguisement intervenant dans le processus de certaines donations interdites, déguisement consistant en une fragmentation de l'opération de sorte que l'élément prohibé n'apparaisse pas³. La théorie de l'indivisibilité permet, en retour, d'annuler pour le tout des opérations complexes, dont aucune partie ne serait à elle seule spécifiquement nulle⁴. Une situation visée par la théorie est très proche de celle qui nous occupe : la donation-achat. Il s'agit de l'hypothèse où le donateur donne une certaine somme d'argent au donataire, à charge pour celui-ci d'acquérir un immeuble, dont le prix est entièrement couvert par la somme donnée⁵. Chacune des deux opérations est parfaitement légitime, et semble autonome. Pourtant, les deux actes sont corrélés, en dépit de leur autonomie apparente, de telle manière que la jurisprudence a pu être amenée à considérer qu'en dépit de la spécificité de chacun des deux contrats, l'objet de la donation n'était pas les deniers, mais l'immeuble acquis. En cas d'annulation de la donation, c'est donc l'immeuble qui doit faire retour au patrimoine du donateur, et non les seuls deniers.

Cette solution est très proche de celle qui a été apportée en matière d'ancrage de l'obligation à la valeur, puisque la monnaie y est de même remplacée par ce qu'elle a permis d'acheter, avec des conséquences plus drastiques encore. Pourtant, le fondement de la théorie de l'indivisibilité ne peut être étendu à l'hypothèse qui nous occupe. En effet, ce qui justifie la "contraction"⁶ de deux opérations en une seule, c'est avant tout l'intention des parties : c'est parce qu'il y a adéquation entre ce qu'a donné le donateur et l'emploi qu'en a fait le donataire que l'on peut en conclure à une indivisibilité entre les deux opérations. C'est ce qui ressort tout particulièrement des motifs de la Cour de cassation dans un arrêt du 30 mai 1951 : « attendu que les juges du fond constatent que les sommes versées correspondaient toujours au montant du prix [...] que ce que l'on voulait donner c'était le bien »⁷. C'est donc dans la volonté des parties que réside la justification du recours à la théorie de l'indivisibilité dans ce cas, ce qui explique que M. Simler ait eu recours à l'expression d'indivisibilité subjective⁸. Mais cette indivisibilité qui résulte des intentions des parties à l'acte ne peut rendre compte de la raison pour laquelle, dans une obligation libellée en unités de paiement, la somme d'argent peut faire corps avec son emploi. Contrairement à ce qui apparaît en matière d'indivisibilité, aucun emploi n'est prévu dans la plupart des cas où le droit français substitue la valeur d'emploi à la monnaie. Plus exactement, rien ne permet en général de dire que les sommes transférées

¹ P. CATALA, *op. cit.*, n° 42, p. 89.

² Sur cette théorie, v. P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. A. Weill, Bibl. dr. priv. CI, L.G.D.J., 1969, p. 358 et s. ; J. BOULANGER, « Usage et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », précité.

³ M. HUBERT, « La théorie jurisprudentielle de l'indivisibilité en matière de donation déguisée », *J.C.P.* 1944.I.414.

⁴ H. MÉAU-LAUTOUR, *La donation déguisée en droit civil français*, précité, n° 151, p. 115.

⁵ P. SIMLER, *op. cit.*, p. 373 et s.

⁶ Selon l'heureuse expression de Voirin dans sa note sous Cass. 30 avril 1941, *J.C.P.* 1941.II.1727.

⁷ Civ. 1^{re} 30 mai 1951, *Bull. civ. I*, n° 166, p. 128, *D.* 1951.617 note Lenoan.

⁸ P. SIMLER, *op. cit.*, p. 369.

devaient être affectées à l'emploi qui a été le leur ; au surplus, la loi ne dit pas qu'il faille se soucier qu'une telle intention ait présidé à l'acte pour ancrer l'obligation à la valeur. Le mode de rapport des libéralités n'est en aucune manière affecté par le fait que le donateur a donné tout l'argent dont il disposait au donataire, ou une fraction seulement, sans se demander ce que celui-ci en ferait. Dans tous les cas, l'ancrage à la valeur subséquente est utilisé dans la plus parfaite méconnaissance des intentions des parties. C'est assez dire que l'espèce d'indivisibilité que l'on voit à l'œuvre dans l'ancrage à la valeur subséquente, sans doute destinée à permettre de lutter contre l'érosion monétaire, ressortit bien plutôt à une indivisibilité matérielle qu'à une indivisibilité subjective.

Si l'on est contraint d'écarter toute justification puisant ses racines dans la théorie de l'indivisibilité, l'ancrage à la valeur subséquente se trouve dépourvu de fondement. Dès lors se repose la question de savoir en quoi cet ancrage est moins arbitraire qu'un ancrage à n'importe quelle autre valeur, adéquate à la somme de monnaie au moment du rattachement.

354. De toute évidence, la conjonction matérielle qui unit la monnaie à son emploi ne peut à elle seule justifier l'ancrage à la valeur. Dans son principe, cette conjonction ne se distingue en rien de toutes les autres qui auraient été envisageables au même moment, et qui auraient de ce fait le même titre à stabiliser une obligation. Les cent francs qui ont été donnés ont servi au donataire à acheter de l'or ; mais il aurait pu aussi bien acheter à la même date un autre métal précieux, un minéral quelconque, du blé, un immeuble, un bien de consommation... En conséquence, la valeur de tous ces objets aurait eu, en cas d'emploi, la même vocation à se substituer à la monnaie pour tenir le compte de l'obligation ; semblable vocation n'existe-t-elle pas en l'absence d'un emploi effectif, pour la seule raison qu'il était possible ? Cette conception choque de prime abord en ce qu'elle fait dépendre le montant de la restitution d'une valeur extérieure à la sphère de l'obligation : la valeur en question n'a pas été visée par les parties ; elle n'est pas même entrée dans le patrimoine du débiteur. La valeur d'emploi est moins arbitraire dans la mesure où, si elle échappe à la sphère qui englobe le lien contractuel, elle s'y réintroduit néanmoins si l'on y fait entrer le patrimoine des parties. L'ancrage à la valeur d'emploi de la monnaie représente ainsi une liaison arbitraire, mais qui ne l'est que relativement au regard de l'ancrage à des valeurs d'emploi potentielles, totalement immotivé celui-là. Mais cette relativité n'est pas une justification : que l'ancrage soit moins arbitraire qu'il aurait pu l'être ne saurait en aucune manière le justifier.

Bien au contraire, l'arbitraire marque de toutes façons cet ancrage pour la raison que le débiteur choisit en toute liberté la valeur dont le montant de l'obligation suivra l'évolution. Cette valeur n'est donc que contingente, puisqu'imposée par décision unilatérale sans qu'elle s'évince de l'économie générale de l'obligation.

355. Des auteurs ont toutefois tenté d'apporter une justification à ce qui n'en a pas, en faisant appel à certains principes de droit civil. Le premier, M. Carbonnier a préconisé le recours à la subrogation réelle pour remédier aux conséquences de la dépréciation monétaire ¹. Dans une affaire de restitution pour fraude paulienne où des enfants avaient déguisé une acquisition immobilière faite par leur père, la Cour de Bordeaux avait estimé que les donations faites en fraude aux droits des créanciers par le père justifiaient que l'immeuble litigieux soit remis dans le patrimoine du père, et non les deniers versés. Dans une note approuvée, le doyen Carbonnier relevait que la notion de subrogation réelle

¹ Bordeaux 9 juillet 1942, *J.C.P.* 1943.II.2112, note J. Carbonnier.

pouvait servir à stabiliser les obligations ébranlées par l'érosion monétaire ¹. Mais la subrogation réelle fait revenir vers le patrimoine d'origine la chose acquise, et non sa contrepartie monétaire.

C'est la raison pour laquelle M. Malaurie n'a pas repris la notion de subrogation au sens où le doyen Carbonnier l'avait utilisée, mais a qualifié la situation examinée de subrogation réelle imparfaite, signifiant par là que l'ancrage à la valeur constituait un véritable mécanisme subrogatoire, qui n'allait pas à son terme puisqu'était rapportée la valeur de l'emploi, et non l'emploi lui-même ². Contrairement à ce qui se produit avec la subrogation réelle ordinaire, "parfaite", un droit personnel permet le maintien du patrimoine plutôt qu'un droit réel. Certains se sont empressés de critiquer le recours à la notion de subrogation ainsi déformée, en arguant qu'il n'y avait aucun besoin de mettre de la subrogation dans le mécanisme pour en rendre compte de façon satisfaisante ³. Plutôt que rechercher si l'élaboration de la notion de subrogation imparfaite est utile ou nécessaire, on se demandera ici si elle permet de fonder l'ancrage à la valeur hors de tout arbitraire.

356. Il semble qu'à cet égard, l'entreprise ne soit pas aussi satisfaisante qu'elle pourrait le paraître. La notion de subrogation rend compte du fonctionnement extérieur de l'ancrage à la valeur, mais ne permet pas d'en justifier les effets. Ce n'est d'ailleurs pas imputable à un défaut de construction, mais plutôt à la nature de la subrogation elle-même, dont M^{me} Ranouil a bien montré qu'elle était une notion fonctionnelle, et non conceptuelle ⁴. Non susceptible d'être fondée sur des bases assurées, la subrogation tient toute dans le mécanisme lui-même et dans son objectif de conservation des patrimoines. Mais c'est précisément en partant de cette exigence de conservation de la valeur des patrimoines que l'on prend conscience de l'inutilité du recours à la notion de subrogation pour fonder l'ancrage à la valeur subséquente. En effet, l'ancrage ici réalisé n'assure pas la stabilité d'un patrimoine ou d'une créance. Pour qu'il en soit ainsi, il serait nécessaire que la dette de somme d'argent se manifeste d'emblée sous les espèces d'une dette de valeur, de manière à ce qu'une fois entrée dans le patrimoine, elle s'y conserve à travers ses avatars successifs. Mais une somme d'unités de paiement ne peut jamais être une valeur, puisqu'aussi bien celles-ci se définissent par leur nature de marchandise. Le passage d'une somme d'unités de paiement à une valeur constitue dès lors un changement de nature : dette de marchandise, elle devient dette de valeur, sans que le mécanisme subrogatoire puisse justifier de la substitution. Parce que l'objet initial de l'obligation est une monnaie, et non pas une valeur, l'ancrage n'est ni une subrogation, fût-elle imparfaite, ni une conservation de la valeur du patrimoine ⁵.

¹ Dans le même sens, H. MÉAU-LAUTOUR, *op. cit.*, n° 151, p. 115. Ponsard s'est toutefois livré à une vigoureuse critique de l'intrusion de la subrogation réelle dans ces matières : A. PONSARD, *Les donations indirectes en droit civil français*, th. Dijon, 1946, p. 248.

² P. MALAURIE, note sous Paris 19 novembre 1966, *D.* 1967.154. Sur la subrogation imparfaite, v. notamment : V. RANOUIL, *op. cit.*, qui fait entrer la subrogation imparfaite dans sa théorie générale de la subrogation réelle.

³ F. CHAPUISAT, « Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle. À propos des lois du 13 juillet 1965 et 3 juillet 1971 », *Rev. trim. dr. civ.* 1973.643.

⁴ V. RANOUIL, *op. cit.*, p. 25 ; sur la nature juridique de la subrogation, *ibid.* p. 57 et s.

⁵ La critique de la notion de subrogation imparfaite ne conduit pas à récuser la validité de la subrogation réelle classique. Dans ce cas, on pourrait en effet être tenté

357. La réponse à la question de la justification du procédé est donc embarrassante puisqu'aucune réponse convaincante ne s'impose. Autant l'ancrage à la valeur préexistante est aisément justifiable qui ne dénature pas la substance de l'obligation, autant l'ancrage à la valeur subséquente ne l'est pas. Aussi bien faut-il accepter cet état de fait : le rattachement à la valeur subséquente de l'expression monétaire est un rattachement que nul raisonnement ne permet de justifier. Mais par un retournement ironique, cet ancrage illégitime dans le principe n'est pas détestable pour autant. Ou plutôt, quoiqu'en soi condamnable, le type d'arbitraire auquel il donne lieu n'est pas dangereux, ou guère. Ce qui nous rebute face à un rattachement immotivé tient sans doute autant à l'absence de justifications intrinsèques qu'aux dangers que ce rattachement fait courir au débiteur. Pour ne pas s'être méfié d'un correctif au fonctionnement nominal de l'obligation, celui-ci peut être ruiné par l'utilisation d'une valeur dont l'évolution est hors de proportion avec ce qui fait l'objet du contrat. Mais si l'on s'assure que l'évolution de la valeur servant de référence à la substitution ne peut en aucune manière ruiner le débiteur, les objections formulées à son encontre perdent de leur virulence. C'est le cas ici.

S'il est vrai que la valeur choisie est arbitraire dans la mesure où elle ne répond à aucune nécessité interne, elle n'apparaît guère que comme relativement arbitraire si l'on s'avise qu'elle ne peut jamais conduire à mettre le débiteur dans l'impossibilité de payer sa dette, celle-ci demeurant toujours raisonnable au regard de son patrimoine. Le montant de la dette est en général du prix de la chose qui sert à ancrer l'obligation, si celle-ci se trouve encore entre les mains du débiteur, ou du prix de cession si elle n'y est plus¹. Dans l'un comme dans l'autre cas, le débiteur est en mesure de payer sa dette : parce qu'il détient la chose et qu'il peut toujours la liquider dans le cas extrême où il n'aurait pas d'argent disponible ; parce qu'il a eu entre les mains la somme même qu'on lui demande de rembourser, et qu'il lui est plus facile de la payer puisqu'elle s'est érodée en termes de pouvoir d'achat depuis l'aliénation.

Immotivé au regard des relations entre créancier et débiteur, l'ancrage à la valeur subséquente se justifie en partie par la conjonction du besoin de stabilisation et de l'absence de danger réel pour le patrimoine du débiteur. Le fait qu'en raison de l'ancrage réalisé, le débiteur ne soit pas placé dans l'impossibilité de pouvoir faire face à sa dette ne justifie pas l'adoption du procédé, mais le

d'estimer que lorsqu'une valeur est liquidée, elle se réduit à n'être qu'une certaine somme d'unités de paiement, marchandise et non valeur. Dès lors, on pourrait adresser à la subrogation classique le même reproche que l'on fait à l'imparfaite : de substituer une valeur à une marchandise, et de dénaturer ainsi la créance ou la valeur du patrimoine. Mais la critique ne serait pas justifiée. Parce que le point de départ du mécanisme est une valeur entrée dans un patrimoine, d'une part, et d'autre part que la subrogation n'investit pas les deniers (V. RANOUIL, *op. cit.*, p. 23), mais ce qu'ils deviendront, la subrogation suit la valeur au fur et à mesure de ses avatars, mais glisse sur la monnaie sans jamais s'incarner dans une somme d'argent. Sauf si la monnaie apparaît en bout de chaîne, son caractère matériel justifie qu'elle ne puisse être le support des droits qui s'incarnaient dans une valeur. La subrogation réelle est un mécanisme qui passe de valeur en valeur, sans jamais s'arrêter sur la transition technique entre deux valeurs : la monnaie.

¹ V. par ex. : art. 860, al. 2 : « si le bien a été aliéné avant le partage, on tiendra compte de la valeur qu'il avait à l'époque de l'aliénation... » ; art. 1469, al. 3 : « si le bien acquis, conservé ou amélioré a été aliéné avant la liquidation, le profit est évalué au jour de l'aliénation » ; art. 1099-1, al. 2 : « si le bien a été aliéné, on considère la valeur qu'il avait au jour de l'aliénation ».

légitime quelque peu. Au reste, l'ancrage étant recherché pour des raisons d'opportunité, il n'est pas inconséquent d'apprécier ses effets précisément à la lueur de cette opportunité.

358. D'ailleurs, par une sorte de renversement des perspectives, ces considérations fortifient le recours à la notion de subrogation imparfaite. Peu satisfaisante au regard des principes, elle se revigore dès que l'on fait appel à l'opportunité, conformément à sa nature profonde. En dépit des critiques que l'on peut adresser à la notion, on ne peut s'en détacher car l'idée de conservation du patrimoine du débiteur ne peut être étrangère au recours à la subrogation. La subrogation réelle est par essence destinée à protéger la teneur des patrimoines¹. Si la notion de subrogation imparfaite échoue contre le fait que les unités de paiement ne sont pas des valeurs, elle atteint en revanche son but en s'assurant que le patrimoine du débiteur est toujours en état de supporter le paiement de la dette, car il aura probablement évolué dans les mêmes proportions que celle-ci.

La critique que l'on peut adresser à l'ancrage à la valeur subséquente doit donc se moduler : injustifiable en lui-même, notamment au regard de la substance de l'obligation, ce rattachement permet toutefois de la stabiliser en valeur et donc de la mettre relativement à l'abri de la dépréciation, sans pour autant rendre périlleuse la situation du débiteur. La critique doit donc se nuancer pour faire leur place aux aspects positifs de la méthode : ce que la nature de la monnaie lui retire de rigueur, l'exigence de justice commutative le lui apporte².

¹ V. RANQUIL, *op. cit.*, p. 19.

² Sur les liens entre la subrogation et la justice commutative, v. V. RANQUIL, *op. cit.*, p. 75. On verra plus loin que d'autres considérations interviennent en la matière, la spécificité familiale de la dette de valeur influençant les modalités de la restitution.

CHAPITRE II

L'UTILITÉ DE LA VALEUR DANS L'OBLIGATION DE SOMME D'ARGENT

359. Les juristes français — les étrangers aussi bien —, se sont saisis de la question de l'inflation après la seconde guerre mondiale, et n'ont cessé de s'y intéresser depuis. Le nombre des contributions sur ce sujet est ainsi difficile à établir avec précision, la plupart des auteurs ayant tenté, chacun dans son domaine, d'apporter une réponse à la question consistant à savoir comment stabiliser les obligations dans une conjoncture où la monnaie s'altère¹. Mais l'abondance de la doctrine atteste *a contrario* qu'aucune solution n'a pu être proposée qui satisfasse à la fois les intervenants économiques et les responsables de la politique monétaire. On ne s'en étonnera d'ailleurs pas. L'ensemble des relations patrimoniales est articulé autour d'une pièce maîtresse qui en permet la mesure : la monnaie. Or, autant il est possible de traiter des dysfonctionnements qui ne sont que périphériques, autant il est douteux que l'on puisse jamais opérer de régulation lorsque le cœur même du système est attaqué. C'est bien là ce qui se produit en matière d'inflation, puisque la hausse tendancielle des prix n'est pas séparable du sentiment d'une altération de la monnaie². Conjuguant des mouvements sectoriels avec une dégradation de l'idée de mesure contenue dans la monnaie, l'inflation crée une des difficultés les plus graves qui soit en perturbant le cœur du système économique en même temps que la périphérie, et il n'est pas sûr que ce problème puisse recevoir une solution satisfaisante.

D'une certaine façon, cette absence de solution est légitime : comment peut-on penser introduire de l'ordre et de la régularité dans un système qui est globalement en train de se désorganiser ? La déshérence du système économique, qui se traduit par la dégradation de la monnaie, condamne à des ajustements

¹ La bibliographie est extrêmement fournie. On en citera au fur et à mesure les éléments. Deux ouvrages sont toutefois consacrés en totalité à la question : *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée, Études de droit privé sous la direction de Paul Durand*, Bibl. dr. priv. XXVI, préf. J. Carbonnier, précité ; *Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques*, Trav. ass. Capitant, t. XXIII, Journées d'Istanbul 1971, Istanbul 1973.

² Keynes n'écrivait-il pas : « Les changements de valeur de la monnaie, c'est-à-dire des prix... » (J.-M. KEYNES, « Les effets sociaux des fluctuations de la valeur de la monnaie », *Essais sur la monnaie et l'économie. Les cris de Cassandre*, Payot, 1971, p. 15).

locaux sans qu'une solution générale du problème soit envisageable¹. Encore n'est-on jamais certain de la validité de ces ajustements : pour sectoriels qu'ils soient, ils auront peut-être en retour une action sur la hausse des prix, évidemment non voulue. Dans un système qui se dérègle, on ne conçoit qu'à peine de changer certaines pièces sans entraîner de conséquences globales.

C'est en tout cas pour ces raisons que le traitement juridique de l'inflation doit être partiel². L'étude du contenu de l'obligation ouvre quelques pistes permettant la stabilisation de l'obligation ; mais il n'est pas certain que la poursuite de ces pistes jusqu'à leur terme ne déboucherait pas sur des conséquences néfastes, plus encore peut-être que l'érosion monétaire. D'où l'on peut se demander s'il est bien judicieux de chercher à stabiliser des obligations, lors même que l'on ignore les conséquences exactes de cette recherche. Il ne faut toutefois pas exagérer cette difficulté : le droit français s'efforce souvent d'être dogmatique, ce qui lui a permis d'acquérir une cohérence d'ensemble plus apparente que celle d'autres droits, davantage préoccupés de solutions pragmatiques. On doit ici poursuivre les efforts dans la voie conceptuelle, tout en conservant certaines arrière-pensées en ce qui concerne l'application des solutions obtenues : celles-ci ne devront être concrètement appliquées que par des esprits pragmatiques, seule façon d'éviter que la cohérence de l'analyse ne débouche sur l'incohérence des effets.

Les solutions qui seront ici proposées doivent donc être relativisées. En l'état, elles seront sans doute trop systématiques, et d'un fonctionnement d'ensemble trop lourd. Mais les principes de solution qui les animent ne sont pas vains : ils permettent de comprendre pourquoi les propositions divergentes faites au fil du temps n'ont pas réussi à produire des effets favorables. Les propositions se recommandent d'une part de n'avoir jamais été avancées en tant que système global de solution, quand la conception qui les soutient paraît assez justifiée sur le fond, et d'autre part d'être dans le prolongement technique des politiques législatives mises en œuvre en France depuis l'après-guerre, ce qui devrait en assurer le caractère concret. Mais pour pouvoir présenter ces solutions ainsi que leurs spécificités (Section II), il convient dans un premier temps d'analyser ce que l'on nomme habituellement le phénomène inflationniste (Section I).

¹ L'objectif d'une solution juridique ne saurait d'ailleurs être la lutte contre l'inflation en tant que phénomène ; il ne s'agit que d'en éviter les effets les plus dommageables pour la cohésion sociale.

² *Contra* : l'économiste Maurice Allais, selon qui l'indexation généralisée est un moyen de lutte contre l'inflation et l'ensemble de ses conséquences. V. en dernier lieu : M. ALLAIS, *Pour l'indexation. Condition majeure d'efficacité, d'équité et d'honnêteté*, Clément Juglar éd., 1990.

Section I
DESCRIPTION DU PHÉNOMÈNE INFLATIONNISTE

360. Pour un juriste, l'approche du phénomène de l'inflation ne peut se contenter d'être seulement économique¹. Sans doute l'inflation est-elle une réalité dont les effets se font d'abord sentir sur le terrain économique. Mais l'analyse économique du phénomène n'est qu'un préalable, censé permettre de faire des propositions destinées à stabiliser les obligations ébranlées par les conséquences de la hausse des prix. Aussi bien est-il nécessaire, en plus de parvenir à la compréhension des causes d'un tel phénomène, de savoir ce que le système juridique est prêt à accepter dans la lutte contre l'inflation. C'est pourquoi l'approche économique (§ 1), toujours nécessaire en la matière, doit se doubler d'une approche politique, opportune surtout dans un pays comme la France qui a constamment refusé que les parties puissent stabiliser leurs obligations (§ 2).

§ 1. L'APPROCHE ÉCONOMIQUE

361. L'idée transparait parfois dans la doctrine que les effets de l'inflation sont simples, au contraire de ses causes qui sont complexes. Cette conjoncture économique est ainsi assimilée à une situation de hausse uniforme des prix, dont certains indices donneraient la mesure, et que suivrait chaque bien ou service. Dans cette analyse rudimentaire, l'indice des prix a pu apparaître comme le point fixe auquel toutes les tentatives de stabilisation des obligations monétaires devaient être confrontées. Mais de ce fait, les appréciations juridiques d'un certain nombre de politiques destinées à esquiver les effets de la dépréciation monétaire ont été soumises à des considérations d'ordre économique, malheureusement plus qu'approximatives. Pour pouvoir proposer ou apprécier les méthodes de revalorisation des obligations monétaires (B), il convient au préalable d'aborder la question de l'inflation et de sa mesure (A).

A. Le concept d'inflation et sa mesure

362. L'inflation est un état économique plus facile à définir par ses effets que par ses causes. La situation qu'elle entraîne se manifeste notamment par une augmentation tendancielle de l'ensemble des prix, dont la cessation n'est pas

¹ L'approche juridique la plus complète et la plus intéressante du phénomène inflationniste est celle de M. Rosenn, qui n'exclut ni les aspects économiques, ni les aspects comparatifs : K. S. ROSENN, *Law and inflation*, Philadelphie, 1982.

prévisible¹. Mais l'existence de ce mouvement d'ensemble ne signifie ni que tous les prix augmentent dans de semblables proportions, ni même qu'ils augmentent en même temps. Quel que soit le rythme moyen de l'inflation, on peut en effet trouver des prix qui n'augmentent pas, voire qui baissent. Par ailleurs, ainsi que l'atteste l'existence d'un indice des prix, il est bien évident que les évolutions des prix sont différentes selon les types de produits. À quoi servirait-il d'élaborer un indice, c'est-à-dire une moyenne de la hausse des prix, si tous connaissaient la même évolution² ?

De ces remarques, qui dessinent un panorama imprécis, il ne convient pas de déduire qu'il existe une hausse moyenne uniforme des prix, que les différents produits disponibles sur les marchés viennent perturber. Le fait qu'un prix ait plus haussé que la moyenne ne signifie pas que sans hausse des prix, celui-ci aurait tout de même augmenté dans la mesure correspondant au différentiel enregistré entre sa hausse effective et celle des prix. L'inflation est un phénomène global, une tendance à l'augmentation de l'ensemble des prix qui n'est pas imputable à une seule cause produisant des effets uniformes ; c'est pourquoi on ne peut dissocier la hausse moyenne des prix, qui serait le seul effet de l'inflation, de hausses sectorielles qui viendraient corriger en plus comme en moins cette augmentation uniforme. La recherche des causes de l'inflation atteste que la hausse des prix est imputable à des déséquilibres entre offres et demandes qui diffèrent selon les marchés, puisqu'aussi bien ces déséquilibres sont toujours sectoriels³. Ce n'est qu'à faire le bilan de tous ces déséquilibres que l'on parvient à une moyenne, à une hausse uniforme. Mais cette apparence de moyenne n'est qu'une vue de l'esprit, favorisée par la nécessité d'obtenir un outil statistique rendant globalement compte de la tendance des prix. La hausse des prix n'est pas le reflet fidèle des hausses que chaque produit a connues.

L'inflation se manifeste donc par une tendance à la hausse du prix des produits, et est ordinairement caractérisée par le rythme moyen de cette hausse. Sans grande rigueur, les économistes ont l'habitude de parler d'inflation rampante lorsque le taux moyen de hausse des prix est inférieur à 10 %, d'inflation galopante ou d'hyper-inflation lorsque le rythme de dévalorisation de la monnaie influe sur le prix des choses au quotidien, et d'inflation ouverte pour les situations intermédiaires. Ces appellations désignent des types de situations aux frontières floues, et même rigoureusement inconnues. Mais au-delà de ces

¹ Toute hausse des prix n'implique pas l'inflation. Les prix agricoles peuvent fort bien hausser à la suite d'une mauvaise récolte, sans pour autant qu'un mouvement d'inflation ne se soit produit. Dans ce cas, l'ensemble des prix en aurait-il même été affecté à la hausse, la fin de celle-ci en serait tout de même prévisible. Ce qui caractérise l'inflation, c'est un enchaînement de causes et d'effets dont on ne sait comment sortir (H. GUITTON et G. BRAMOULLÉ, *La monnaie*, Dalloz, 6^e éd., 1987, p. 466).

² J.-P. LÉVY, *op. cit.*, Fasc. B-2, 1^{er} cah., n° 81 et s.

³ Le droit n'a rien à dire sur les causes de l'inflation, qui ressortissent essentiellement au domaine économique. Pour mémoire, on rappellera tout de même que trois séries de raisons sont envisagées pour justifier la hausse des prix. L'explication historique par la théorie quantitative de la monnaie n'est plus guère retenue, qui voit dans l'inflation la conséquence mécanique d'une augmentation de la quantité de monnaie sur le marché, augmentation qui n'est absorbable que par une augmentation corrélative du prix des produits jusqu'à l'ajustement. Les économistes actuels distinguent l'inflation par les coûts, l'inflation par la demande, et l'inflation par les structures. (V. par ex. : H. GUITTON et G. BRAMOULLÉ, *op. cit.*, p. 489 et s.).

qualificatifs, il importe avant tout de donner précisément la mesure du mouvement inflationniste ¹.

363. Pour établir une sorte de moyenne reflétant le mouvement des prix, il faut que toutes les hausses qu'ils connaissent soient rapportées à une base commune. Il est inutile — parce que faux —, d'additionner en l'état les augmentations de prix des produits, en prétendant en tirer une moyenne. Si deux produits ont vu leur prix hausser au cours d'une période, l'un de 10 %, l'autre de 30 %, il est arithmétiquement inexact de prétendre que la hausse moyenne est de 20 % ². La hausse moyenne du prix des produits ne peut jamais être la moyenne de leurs hausses, pour la simple raison qu'il faut avant tout pondérer la consommation de chacun des deux produits ³. Le rythme moyen de hausse des prix n'a de sens que si l'on s'accorde d'abord sur un certain type de consommation, au regard duquel la hausse sera appréciée. Compte tenu par exemple de la disparité du niveau des loyers et du prix des cigarettes, la moyenne de leurs hausses ne saurait désigner aucune grandeur économique, tant il est vrai qu'une hausse infinitésimale du loyer représentera, en francs, bien plus que le décuplement du prix des cigarettes. Si l'on veut parvenir à mesurer une hausse, il est nécessaire de ramener tous ces prix à une unité comparable : on calcule ainsi la mesure dans laquelle la hausse de tous les produits affecte un budget donné. Autrement dit, c'est par référence à un certain type de consommation que l'on pourra mesurer la hausse moyenne des prix, car ce budget-type permettra de connaître l'augmentation pécuniaire destinée à reconduire la consommation en question d'une année sur l'autre.

Autant il est impossible de connaître la hausse moyenne de prix tous différents, autant il est possible de calculer la hausse moyenne du coût d'une certaine structure de consommation, sans cesse renouvelée. C'est précisément ainsi que procèdent les statisticiens chargés des calculs des indices de prix. L'INSEE a par exemple choisi d'adopter comme consommation-type le budget d'un ménage urbain de quatre personnes dont le chef de famille est ouvrier ou employé. L'institut a de ce fait établi la consommation statistique de ce type de foyer pour l'année 1970 ⁴. Et c'est en fonction de cette structure de consommation que sont calculées les augmentations de somme d'argent nécessaires à la reconduction du budget d'une année sur l'autre ⁵. L'indice des

¹ J.-P. PIRIOU, *L'indice des prix*, P.U.F., 1986 ; J.-L. BOURSIN, *Les indices de prix*, Éd. La Découverte, 1979.

² Soit une société où les individus consomment deux produits par an : A, qui vaut 100 francs, et B qui n'en vaut qu'un. Après la hausse, A vaut 110 francs, et B 1,30 franc. Le coût de la vie s'est donc renchéri de 10,30 francs pour un budget de 101 francs, soit une hausse moyenne de 10,2 %. Si la proportion des hausses avait été inverse, A aurait valu 130 francs, et B 1,10 franc. Soit une hausse moyenne de 30,10 francs pour 101 franc, soit 29,8 %.

³ Ces questions ont eu une formulation historique fameuse, puisque Galilée lui-même s'était posé la question de savoir comment établir de telles moyennes. Si un cheval qui vaut 100 couronnes est évalué 1000 par une personne, 10 par une autre, les deux estimations sont-elles erronées dans la même proportion ? Sur ce problème et sa résolution, v. J.-L. BOURSIN, *op. cit.*, p. 30 et s.

⁴ L'indice comprend deux cent quatre-vingt-quinze postes, chaque poste étant établi à partir d'une moyenne de quatre produits. L'énumération des postes et des produits serait très lourde ; mais il peut être intéressant de savoir que le budget est découpé en trois rubriques : alimentation pour 23,37 %, produits manufacturés pour 43,29 % et services pour 33,34 %.

⁵ Le calcul de l'indice soulève un certain nombre de difficultés d'ordre statistique, que l'on ne pourrait pas vraiment détailler ici. Mais il importe de préciser que l'indice

prix à la consommation calculé par l'INSEE ne désigne donc rien d'autre que ce que ses éléments composants dévoilent.

364. Ainsi, cela même qui rend possible le calcul de l'indice en limite les possibilités d'exploitation rigoureuse : on ne procède pas à une évaluation de la hausse moyenne des prix, mais à un calcul de la hausse des coûts correspondant à un certain type de consommation. Tout se passe comme si l'on calculait de la sorte la quantité d'argent qu'il faudra déboursier en plus pour acheter les mêmes produits d'une année sur l'autre. L'indice ne mesure pas la hausse de l'ensemble des prix, mais les augmentations d'un budget affecté à la même structure d'achat.

Pour cette raison, le choix d'un certain budget-type, qui est la condition du calcul de l'indice, est aussi ce qui en réduit la portée. Pour tous ceux dont le budget de consommation est calqué sur le budget-type, l'indice exprime une certaine vérité en désignant la mesure de la dépréciation ou de l'appréciation du coût de la vie. En revanche, pour ceux dont la consommation s'écarte du budget-type, la réalité de l'indice est moins assurée ¹.

Il demeure que l'indice ne désigne pas une hausse moyenne des prix, qui n'existe pas, mais l'augmentation du budget de la consommation des ménages visés. Cet indice a été contesté, et notamment par la C.G.T. qui établit depuis longtemps un indice concurrent ². Mais pour différent que soit cet indice, il n'est en réalité ni plus ni moins exact que celui de l'INSEE : les deux indices ne reflètent que les contraintes dont ils sont *a priori* affectés ³. L'indice est un indicateur relatif, qui se contente d'approximations reflétant toutes un certain nombre de choix ⁴.

365. La mesure de la hausse des prix est donc essentiellement relative, puisqu'aussi bien l'idée même que l'on puisse connaître cette hausse est chimérique. Mais ces difficultés d'évaluation n'enlèvent rien à la réalité de l'état d'inflation, et aux distorsions qu'il entraîne sur le régime des obligations qui s'exécutent dans la durée.

D'évidence, un créancier ne peut éviter de se sentir lésé si le paiement qu'il s'apprête à recevoir est décalé dans le temps par rapport à la prestation qu'il a effectuée. En vertu du principe du nominalisme, le *quantum* de l'obligation ne sera pas modifié. Mais de ce fait, en termes de pouvoir d'achat, le paiement sera inférieur à ce qu'en représentait le montant au moment de la formation du

de Laspeyres, utilisé comme technique de calcul, prend ici en considération les modifications de la structure de la consommation, car il s'agit d'un indice-chaine, qui procède par réactualisation de la base d'une année sur l'autre : J.-P. PIRIOU, *op. cit.*, p. 43.

¹ Il semble toutefois qu'en dépit de la validité de ce raisonnement, les modifications de budgets-types ne donnent des indices que légèrement différents : J.-P. PIRIOU, *op. cit.*, p. 40.

² Cet indice se distingue de celui de l'INSEE tant par les méthodes statistiques utilisées que par la pondération des différents postes et la manière de relever les prix (Sur ces questions, v. J.-P. PIRIOU, *op. cit.*, p. 84).

³ Cependant, si l'on veut se livrer à une critique interne de l'indice, il convient non de discuter les choix qui s'y reflètent, mais l'adéquation des moyens statistiques utilisés aux choix avoués.

⁴ Sur le modèle de l'indice des prix à la consommation, l'INSEE calcule également, selon des procédés globalement identiques, un indice des prix de gros, un indice de la production industrielle, ainsi que l'indice permettant de calculer le S.M.I.G.

contrat. Au surplus, le créancier a d'autant plus de raisons de se sentir lésé que ce qu'il reçoit ne correspond pas non plus à ce qu'il recevrait si le contrat se formait et s'exécutait au jour où il en attend le paiement. Les cent francs qui lui sont dus n'ont plus le même pouvoir d'achat un an après qu'au jour de la naissance de la dette ; et si cette dette naissait un an plus tard, son *quantum* serait supérieur à cent francs. Non seulement la hausse des prix rogne sur le revenu du créancier, mais celui-ci se trouve désavantagé de n'avoir pas retardé la formation du contrat. Inversement, le débiteur ne peut se sentir qu'avantagé, dans la double mesure où le créancier se trouve lésé. Sa dette s'est allégée par l'effet du temps, qu'on l'envisage en termes de pouvoir d'achat, ou qu'on la rapporte à ce qu'il aurait dû en coûter au débiteur s'il n'avait pas obtenu l'exécution anticipée du contrat.

Les avantages que le temps procure au débiteur sont si clairs que M. Malaurie n'a pas hésité à y faire référence sous l'expression de "révolution débitoriale" ¹. Révolution en ce que pour une fois, les débiteurs trouvent avantage à exécuter leurs dettes de somme d'argent dans le temps. Mais révolution également en ce que le rapport traditionnel se renverse entre créanciers et débiteurs : d'un statut de soumission, de dépendance en tous cas, les débiteurs passent à une position favorable. La révolution débitoriale se déroule ainsi tout autant dans les faits, par la faveur pécuniaire dont jouit le débiteur, que dans les mentalités, puisque le statut de débiteur cesse d'être déprécié pour devenir recherché.

366. Mais plus gravement encore, l'inflation produit des effets proprement révolutionnaires en ce qu'elle entraîne une nouvelle répartition du revenu national, qui peut avoir des conséquences dramatiques ². Quoique l'état d'inflation ne puisse se concevoir comme un jeu à somme nulle ³, il est évident que certains groupes sociaux en tirent un bénéfice notable, que d'autres s'y trouvent systématiquement sacrifiés ⁴. Il en va notamment ainsi des intervenants sociaux qui ont statutairement la position de créanciers, c'est-à-dire de ceux qui ne vivent que grâce à leurs débiteurs : victimes d'accidents, retraités, rentiers, bénéficiaires d'aides diverses... Mais même sans aller jusqu'à ces situations individuelles sacrifiées, d'autant plus graves que ceux qu'elles concernent sont démunis ou hors d'état de se défendre, force est d'admettre que l'inflation modifie injustement les revenus en ce qu'elle avantage les uns ou les autres, sans qu'il y ait à cela de raisons économiques ou même morales.

La pérennisation des conséquences de l'inflation doit donc être évitée, autant que possible. Mais c'est là un objectif plus facile à désigner qu'à atteindre. Ou plutôt, s'il est vrai que la lutte contre l'inflation, au niveau économique, est un combat aux destinées improbables, la lutte à l'échelon individuel contre les nouvelles répartitions imposées par l'inflation paraît plus facile. On s'étonnera ainsi que le recours à la revalorisation des obligations ne soit pas plus habituel en France.

¹ Par ex. : P. MALAURIE, « L'inflation et le droit civil des obligations », *Mélanges Azard*, p. 178.

² J.-M. KEYNES, « Les effets sociaux des fluctuations de la valeur de la monnaie », précité.

³ Contrairement à ce qui est parfois sous-jacent dans les raisonnements économiques, il ne paraît pas exact de dire que ce qui est gagné par certains est perdu par d'autres.

⁴ M. et J. ALLAIS, « Inflation, répartition des revenus et indexation », *Économie appliquée* 1976.677.

B. Les modalités d'une éventuelle revalorisation des obligations

367. À partir du constat des déséquilibres introduits par l'inflation, deux modes de revalorisation des obligations sont concevables, selon la référence que l'on adopte. Dans une première vue, on peut estimer que les conséquences essentielles de l'inflation se marquent par un trouble du pouvoir d'achat du créancier. Lors de la formation de l'obligation, le débiteur s'était engagé à lui verser une somme donnée, représentant un certain pouvoir d'achat. Pour le créancier, le passage de l'inflation sera donc marqué par l'écart entre le pouvoir d'achat qu'il comptait recevoir, et celui dont il disposera. La lutte contre les conséquences de l'inflation doit dès lors se traduire par le rattrapage de ce pouvoir d'achat perdu.

Dans une seconde vue, le déséquilibre emporté par la hausse des prix peut être observé à la lumière de toutes les parties liées par l'obligation bouleversée, et non en fonction du seul créancier. Ce que l'on prendra alors en compte, ce ne sont pas tant les pertes de pouvoir d'achat subies par le créancier, que l'altération du lien obligatoire. L'inflation a manifesté ses effets en modifiant la valeur sociale de l'objet de l'obligation : le *quantum* de la dette serait différent si l'obligation était reformée. La lutte contre les effets de l'inflation se manifestera dès lors de manière différente, puisqu'elle tendra à reformer le lien obligatoire en actualisant ses aspects pécuniaires, dans la perspective d'une exécution plus juste.

368. Ces deux voies, on s'en doute, constituent deux modes alternatifs de lutte contre les effets de la hausse des prix. Mais avant de les départager, il convient de justifier l'entreprise. Lutter contre la hausse des prix revient à faire comme si la hausse des prix ne s'était pas manifestée pour le créancier. D'où l'on déduira peut-être que ce que regagne ainsi le créancier est perdu par le débiteur¹. Autrement dit, on peut croire que la lutte contre la hausse des prix ne revient qu'à déplacer la charge de la perte subie, des épaules du créancier à celles du débiteur. Si la revalorisation des obligations ne menait qu'à cela, on y objecterait à bon droit qu'aucun motif légitime ne saurait justifier que l'une des parties soit sacrifiée à l'autre². Mais précisément, cette crainte n'est pas fondée.

Sans doute la revalorisation de l'obligation de somme d'argent se traduit-elle toujours par l'élévation du montant de la somme d'argent à payer ; sans doute encore le débiteur doit-il tirer ce surcroît d'argent de son patrimoine. Cela ne signifie pas pour autant que la charge de la dépréciation pèse sur lui. Pour que l'on puisse tirer cette conclusion, encore faut-il que le patrimoine du débiteur soit demeuré inchangé. Or si l'on décide de revaloriser toutes les obligations, ce patrimoine doit également être modifié en raison de la hausse des prix. Tout débiteur est aussi créancier : il doit, mais on lui doit dans le même temps, faute de quoi il ne pourrait vivre. Si l'obligation dont il est débiteur est réévaluée, celles dont il est créancier le seront aussi. C'est ainsi qu'il faut apprécier les conséquences de la revalorisation de l'obligation non pas au regard d'un patrimoine fixe, mais d'un patrimoine en évolution. Dès lors, on ne peut plus considérer la réévaluation comme une nouvelle répartition de la charge de la dépréciation. C'est là un effet possible de la réévaluation des obligations ; ce n'est pas une conséquence nécessaire. Il en résulte que la réévaluation juste n'est

¹ P. MALAURIE, cours précité, p. 37.

² Encore qu'historiquement, il apparaisse de façon constante que les législations ont cherché à protéger le créancier : B. SCHNAPPER, *Les rentes au XVI^e siècle*, précité, p. 179 et s.

plus si facile à établir, puisqu'il faut pour cela savoir si la hausse du *quantum* d'une obligation est supérieure à l'ensemble des hausses dont le patrimoine du débiteur s'est enrichi.

In fine, on peut dire qu'une partie ne subit la charge de la dépréciation que si l'obligation représente après réévaluation une part de son patrimoine différente de ce qu'elle représentait lors de sa formation. Si le débiteur doit une fraction de son patrimoine plus importante, la réévaluation de l'obligation est une charge pour lui. Mais le créancier de cette obligation n'en tire pas forcément pour autant un bénéfice symétrique : son patrimoine a fort bien pu hausser de façon plus importante que le *quantum* de la créance en question. Les évolutions différentielles des patrimoines rendent ainsi impossible de dire *de plano* si la charge de la dépréciation pèse sur l'une ou l'autre des parties, sur les deux ou aucune des deux ¹.

369. Deux certitudes toutefois : en l'absence de revalorisation, le créancier est lésé ; mais le débiteur peut l'être aussi bien si la revalorisation de l'obligation est excessive, si le créancier est amené à bénéficier de l'inflation. Entre ces deux certitudes, s'étend une zone floue à l'intérieur de laquelle la revalorisation est possible, sans qu'aucune des deux parties n'en subisse nécessairement un préjudice, c'est-à-dire sans qu'aucune des deux ne s'enrichisse du temps passé ni des hausses endurées.

La question de la revalorisation des obligations ne peut donc pas être une question d'opportunité : elle est nécessaire pour éviter les injustices, mais elle doit être savamment dosée de manière à ce qu'une nouvelle inégalité ne vienne pas remplacer celle que l'on avait voulu corriger.

370. La question générale de la revalorisation des obligations doit être affinée : pour revaloriser les obligations, faut-il avoir égard aux pertes de pouvoir d'achat subies par le créancier, ou à l'altération du lien obligatoire ? Cette alternative se justifie en ce que l'évolution des prix en période d'inflation est une évolution différenciée. S'ils augmentaient tous de la même façon et que l'indice des prix reflétait cette hausse, il serait simple de corriger le montant des obligations. Mais ce n'est pas le cas : la plupart des prix augmente, certains stagnent, un petit nombre d'entre eux baisse. Le choix est donc entre une revalorisation uniforme, fonction de la hausse du coût de la vie, et une adaptation à l'évolution du prix en cause dans l'obligation.

Ce choix est lourd de conséquences pratiques, mais aussi difficile en théorie. On peut toutefois l'aborder plus facilement en procédant par élimination, en montrant qu'une revalorisation fondée sur la hausse générale des prix n'est pas adéquate.

371. Revaloriser les obligations en fonction de l'indice des prix revient à estimer que le *quantum* d'une obligation est un *quantum* figé ou, pour parler en termes techniques, qu'il est libellé en unités de paiement ². Si les prix ne reflétaient rien d'autre qu'un certain pouvoir d'achat, il est certain qu'il n'y aurait que justice à les revaloriser en fonction de ce pouvoir d'achat. Mais s'il est vrai que le créancier peut raisonner en fonction des anticipations d'emploi de la

¹ Du reste, on peut même se demander si l'idée de charge de la dépréciation a une signification certaine dans un système en évolution.

² *A contrario*, le raisonnement qui est ici mis en œuvre n'a guère de légitimité s'agissant des obligations originellement libellées en unités de paiement, dont le traitement sera distingué de celui des obligations monétaire libellées en unités de valeur.

somme, il est tout aussi certain que le débiteur ne devrait pas y être soumis. Dans un contrat de vente dont le paiement est retardé, le débiteur n'est pas comptable de ce que le créancier s'attendait à faire de la somme : il ne lui a pas promis un certain pouvoir d'achat, mais le prix d'une chose. Vouloir revaloriser ¹ les obligations en fonction du coût de la vie, c'est oublier que la somme due aux termes d'un contrat ne représente pas un pouvoir d'achat indéterminé, mais la valeur marchande d'une chose. Lorsqu'un prix est fixé en unités de valeur, il conserve comme la mémoire de ses origines : les unités de valeur traduisent l'existence d'une valeur en amont du prix.

Si le marché du produit vendu dans l'exemple choisi a subi une évolution différente de celle des autres produits, quelle justice serait atteinte par la revalorisation en fonction de l'indice des prix ? Si le produit est très spéculatif, le créancier continuera de se sentir lésé après réévaluation, puisqu'il aura vendu la chose pour un prix inférieur à celui qu'il aurait pu obtenir s'il n'avait accepté qu'un paiement concomitant à la livraison. Inversement, si le prix de ce produit a stagné, le créancier se trouvera avantagé par la hausse des prix. La revalorisation de l'obligation en fonction de l'indice des prix est donc arbitraire par rapport à l'objet de l'obligation. Aussi bien ne peut-elle combler le créancier de l'obligation que dans la mesure où il considère cette somme non pour ce qu'elle est — un certain nombre d'unités de valeurs —, mais sous l'aspect de son futur paiement, comme une marchandise formée d'unités de paiement. La revalorisation fondée sur l'indice des prix est en cela dénaturante de la substance de l'obligation ; en tant que telle, elle n'a aucune légitimité à être mise en œuvre, autre que celle tirée d'un raisonnement hâtif quant aux causes de l'inflation.

372. Il semble en outre qu'une telle façon de procéder entraîne des conséquences fâcheuses, sur le terrain même du niveau des prix. Le fait de revaloriser les obligations en fonction d'une hausse qu'elles n'ont pas connue a pour effet de créer des hausses nouvelles. Une augmentation sera artificiellement suscitée pour les produits dont le prix n'avait que faiblement haussé, qui se trouveront alignés sur la tendance moyenne. Cette hausse, en retour, aura des répercussions sur le niveau général des prix. Il est probable que cette inflation induite ne sera pas contrebalancée par le fait que les produits qui auront le plus augmenté n'auront pas été correctement réajustés. Au reste, l'insatisfaction qui en naîtrait pour les créanciers n'aurait d'autre effet que de susciter des anticipations de hausse, qui probablement viendraient faire gonfler l'indice, qui ne bénéficierait plus alors de l'apaisement des tensions que l'on peut escompter d'une revalorisation généralisée.

Les compétences nous manquent pour établir ce point ainsi qu'il le mériterait. Mais on peut tout de même signaler que l'hypothèse d'indexation généralisée dont il est ici question a toujours fait l'objet de la méfiance des auteurs, à raison précisément de ses dangers inflationnistes ². Du reste, les pays qui ont adopté ce type de mesure ne s'en sont pas bien tiré, et s'il est vrai qu'il est difficile de condamner définitivement l'indexation généralisée à la lumière de

¹ Cette revalorisation n'est peut-être pas opportune sur le fond. On peut en effet considérer qu'une fois la chose vendue, le prix en est déterminé de façon intangible. Toutefois, ce que l'on cherche à montrer par cet exemple, c'est que la revalorisation est techniquement possible dans le cas où elle serait considérée comme opportune. Le fait de montrer comment le paiement du prix dans la vente peut être revalorisé n'est donc pas une prise de position sur l'opportunité d'une telle revalorisation.

² K. S. ROSENN, *op. cit.*, p. 371 et s.

ces expériences ¹, il est bien peu d'auteurs pour penser que cet ancrage à la hausse mesurée par l'indice n'est pas nocif pour l'ensemble des prix.

373. Il n'est pas intellectuellement satisfaisant, ni opportun en pratique, de vouloir corriger les effets de l'inflation en se fondant globalement sur sa mesure moyenne, statistique : la hausse des prix. Pour lutter contre les effets de l'inflation, il faut prendre conscience de ce que ce phénomène n'a pas de signification globale, qu'il n'est pas imputable à une cause unique, et le ramener toujours à ses diverses composantes : les hausses sectorielles de prix, différentes pour chaque produit. En outre, il convient de faire une distinction entre la substance des obligations monétaires à réévaluer, selon qu'il s'agit d'unités de valeur ou d'unités de paiement. Dans ce dernier cas, il n'est pas illégitime que le créancier raisonne en fonction du pouvoir d'achat qu'il doit recevoir : de toutes façons, cette somme est abstraite de toute valeur en considération de laquelle le créancier pourrait anticiper l'avenir. Ce n'est donc que dans cette situation assez rare, résiduelle pour tout dire, que l'on peut songer à une revalorisation fondée sur l'indice des prix. Dans le cas le plus général, celui où la valeur influe dans l'obligation jusqu'à en modeler l'objet, ce taux moyen qu'est l'indice des prix n'a pas droit de cité, et doit céder la place à une prise en compte concrète des données de l'obligation. La revalorisation ne peut pas être uniforme, mais doit alors se modeler sur l'évolution particulière des objets de chaque obligation.

De tels principes sont-ils adoptés par le droit français ? Une réponse négative s'impose, qui doit toutefois être légèrement corrigée : si le droit positif ne prescrit pas ces solutions, il ne les interdit pas non plus — ce qui apparaît notamment en matière d'indexation. Ces solutions sont dans une certaine mesure intégrées dans le système mis en place, à moins qu'elles n'y soient noyées. Une approche plus attentive du droit français montre en effet sa très profonde hostilité à la revalorisation des obligations.

§ 2. L'APPROCHE POLITIQUE

374. Il est difficile de saisir les raisons pour lesquelles la possibilité de lutte contre les répercussions de l'inflation a été constamment écartée par le droit positif français. Et ce l'est d'autant plus que l'objectif paraît louable, et que bien des systèmes étrangers ont essayé, chacun à sa façon, d'aider les parties à ne pas trop subir les conséquences de la dépréciation monétaire. Cette attitude peut toutefois s'expliquer (B) pour peu que l'on commence par faire un tour exact du refus opposé par le système français à la stabilisation des créances monétaires (A).

¹ On lit dans un entretien donné par Milton Friedman : « J'étais favorable à l'indexation avant que le Brésil l'ait adoptée. Et je continue à l'être depuis. Je suis par conséquent partisan de l'indexation. Cela n'entretient pas l'inflation. On ne peut pas dire que l'indexation fasse augmenter ou diminuer l'inflation. Mais, en revanche, elle réduit les effets annexes de l'inflation et elle en atténue les méfaits » (M. FRIEDMAN, *Inflation et systèmes monétaires*, Plon, 1976, p. 71).

A. La protection des parties contre l'érosion monétaire

375. Il serait excessif d'exposer de front que le droit français interdit aux parties de parer aux conséquences de la dévalorisation monétaire, puisqu'aussi bien certaines méthodes existent à cet effet. Regroupées sous le terme générique de clauses d'adaptation¹, l'indexation en est le type sinon le plus achevé, du moins le plus utilisé. Mais encore faut-il analyser exactement le contenu de ces méthodes, pour apprécier la marge de manœuvre qui est laissée aux parties. Les clauses d'adaptation sont particulières en ce qu'elles doivent avoir été prévues dans le contrat, et qu'elles ne sont en conséquence efficaces qu'à l'encontre d'une inflation déclarée, ou au moins prévue. Autrement dit, le droit français permet aux parties d'essayer d'esquiver les conséquences de la dépréciation monétaire à la condition qu'elles aient anticipé le déclenchement de la hausse des prix, et qu'elles en aient apprécié l'exacte mesure². Une telle possibilité de protection doit être saluée, qui peut être efficace dans certaines situations. Toutefois, cette double condition mise à la lutte contre les répercussions de l'inflation suggère que dans la généralité des cas, la dépréciation monétaire videra les obligations de leur substance sans que les parties puissent rien faire pour l'éviter³ : il apparaît *a contrario* que les obligations sont intangibles dans les cas où l'émergence d'une situation d'inflation n'a pas été prévue, ou bien que son rythme se révèle supérieur au taux que les parties avaient prévu. Des prévisions erronées, ou l'absence de prévision, soumettent les parties à la dépréciation, sans que rien ne soit organisé pour qu'elles en esquivent les effets. C'est dans ce sens, peut-être un peu limité, que l'on peut considérer que le droit français ne cherche pas à remédier aux conséquences de l'inflation : il tolère que les parties cherchent à s'en prémunir, mais ne les protège pas au-delà des stipulations contractuelles.

Pourtant, des techniques juridiques existent dans l'arsenal normatif français, qui pourraient servir à stabiliser les obligations en dépit de l'absence de prévision de la part des parties. L'efficacité de la plupart de ces techniques est du reste éprouvée, puisqu'aussi bien elles sont souvent utilisées dans des pays aux systèmes juridiques assez proches du nôtre où elles donnent des résultats satisfaisants.

376. La théorie de l'imprévision constitue par excellence une technique utilisable à l'encontre d'un état d'inflation non prévu, ou mal maîtrisé⁴. Cette

¹ R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *Rev. trim. dr. civ.* 1983.1

² Ces remarques sont surtout valables pour l'indexation. Il existe par ailleurs des clauses d'adaptation qui ne jouent pas automatiquement, aux termes desquelles la modification de l'objet est envisagée, mais doit être négociée : R. FABRE, *eod. loc.*, n° 37 et s., p. 16.

³ C. FABIEN et E. MACKAAY, art. précité, p. 29 et s.

⁴ Sur l'imprévision, v. en général : J. GHESTIN et M. BILLIAU, *Le prix dans les contrats de longue durée*, précité, p. 108 et s. ; J. SAVATIER, « La théorie de l'imprévision dans les contrats », in *Études de droit contemporain*, Paris, 1959, p. 1 ; J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », in *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, préf. P. Durand, L.G.D.J., 1960, p. 189. Outre les manuels, c'est dans la doctrine étrangère, notamment suisse, que l'on trouve les développements les plus intéressants sur la question : C. BESSON, *La force obligatoire du contrat et les changements dans les circonstances*, th. Lausanne, 1955 ; H. SCHÖNLE, « L'imprévision des faits futurs

théorie a un domaine d'application beaucoup plus vaste que celui qui est ici en vue : elle sert à reconstituer par voie judiciaire les obligations affectées par des facteurs extérieurs à l'économie du contrat, qui viennent en bouleverser l'équilibre. Des auteurs écrivent ainsi : « il y a imprévision lorsque le prix d'un bien ou d'un service, fixé dans une convention, ne correspond plus à une valeur vénale objective appréciée par le juge en se plaçant au moment de l'exécution du contrat »¹. Les raisons de la rupture d'équilibre sont diverses, imprévues par définition, et ne peuvent être déterminées qu'au cas par cas, en considération des perturbations créées. Mais il est clair que ce domaine assez large a vocation à intégrer l'inflation². La hausse imprévue des prix peut être comptée parmi ces facteurs, qu'elle se déclenche lors même que les prix sont stables, ou que son rythme s'emballerait quand il paraissait stabilisé.

Le refus du droit privé français de faire jouer la théorie de l'imprévision est toutefois un refus ancien, qui n'est pas dirigé contre la correction des obligations ébranlées par la hausse des prix, puisque cette attitude a été maintenue depuis l'affaire du *Canal de Craponne*³. Si la Cour de cassation refuse ainsi au juge judiciaire le droit de reconstituer l'équilibre interne d'un contrat lorsqu'il a été rompu par un événement imprévu, c'est en raison du dogme de l'autonomie de la volonté. Le juge s'interdisant de pénétrer dans la sphère contractuelle, qui est la chose des parties, rien ne pourrait justifier qu'il remodèle un contrat ou une obligation valablement formés⁴. C'est sans doute en vertu de cette position de principe que la théorie de l'imprévision n'a jamais pu être reçue en droit privé français, et que les juges ne se reconnaissent pas le droit de reconstituer des obligations dénaturées par l'inflation : l'entrée dans la sphère contractuelle serait par trop attentatoire à l'autonomie de la volonté.

Pourtant, les arguments doctrinaux n'ont jamais manqué, faisant valoir que l'équité gagnerait ce que l'autonomie de la volonté perdrait, à reconstituer les obligations bouleversées par des circonstances imprévues⁵. De plus, légitime en soi, cette admission se révélerait opportune face à l'inflation. C'est là par excellence le facteur imprévu qui a le plus continûment entraîné la dégénérescence des obligations, depuis la fin de la seconde guerre mondiale. Cela aurait donc été une modalité de lutte contre les effets de cet état économique que de réinvestir la théorie de l'imprévision d'une fonction nouvelle de lutte contre

lors de la conclusion d'un contrat générateur d'obligations », in *Le centenaire du Code des Obligations*, Fribourg, 1982, p. 413.

¹ J. GHESTIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 74, p. 109.

² Cf. B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Contrat*, précité, n° 158, p. 477, qui trouvent dans l'érosion monétaire l'exemple même de l'imprévision. Dans le même sens, G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. 1, *Les sources*, précité, n° 249, p. 261.

³ Civ. 6 mars 1876, *D.* 1876.1.193. Cette position est inchangée depuis. V. dernièrement : Com. 3 janvier 1979, *Gaz. Pal.* 1979, Somm. 214. Pour une évolution historique de l'attitude du droit français face à l'imprévision, J. GHESTIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 78 et s., p. 114.

⁴ On verra les attendus très clairs de la Cour suprême dans l'affaire du *Canal de Craponne*, précité : « Dans aucun cas il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ». V. aussi : G. MARTY et P. RAYNAUD, *op. cit.*, n° 250, p. 262.

⁵ B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 1162 et 1163, p. 479 ; de façon nuancée : J. GHESTIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 77, p. 112.

les répercussions de la hausse des prix. Le point de vue se serait d'ailleurs recommandé de ce que la théorie de l'imprévision a triomphé dans certains droits étrangers, dont ceux de systèmes assez proches des nôtres¹.

Deux types de raisonnement justifient techniquement la réception de la théorie dans les droits étrangers. Mais un seul des deux, empruntant la voie continentale, pourrait être approprié par le droit français, fondé qu'il est sur l'existence d'un principe de bonne foi des parties dans l'exécution des conventions². Une clause *rebus sic stantibus* est considérée comme implicitement insérée dans les contrats, aux termes de laquelle le contrat ne doit être exécuté que s'il correspond à ce à quoi les parties s'étaient engagées lors de sa formation. Dans le cas inverse, si l'équilibre du contrat ne correspond plus à ce qui était en question lors de la conclusion, l'accord doit être reformé de manière à obtenir une adaptation de l'équilibre ancien. On peut ainsi considérer, pour le droit français, que les articles 1134 et 1135 du Code civil, par l'exigence de bonne foi qu'ils comportent, sous-entendent que l'équité ne doit pas être déjouée lorsque des facteurs extérieurs ont fait basculer l'économie interne du contrat. Théoriquement possible, cette voie n'a jamais été empruntée par les tribunaux de l'ordre judiciaire, à la différence de ce qui s'est produit dans la jurisprudence administrative³.

377. Pas plus que le rééquilibrage du contrat pour imprévision, la rescision pour cause de lésion n'a été utilisée par le droit français pour remédier aux conséquences de l'inflation⁴. Le mode de fonctionnement de l'institution

¹ R. DAVID, « L'imprévision dans les droits européens », *Mélanges Jauffret*, p. 211 ; *Les modifications du contrat au cours de son exécution en raison de circonstances nouvelles*, sous la direction de R. Rodière, Paris, 1986 ; v. égal. : K. S. ROSENN, *Law and inflation*, précité, p. 85 et s.

² La seconde voie, anglo-saxonne, est radicalement inadaptable au droit français, puisqu'elle repose sur des considérations d'ordre économique. Sur le dernier état de cette théorie, qui admet la remise en cause du contrat lorsqu'il est devenu par trop défavorable à une partie, v. B. RUDDEN et P. JUILHARD, « La théorie de la violation efficace », *Rev. int. dr. comp.* 1986.1015.

³ On a l'habitude de renvoyer dos à dos les jurisprudences du Conseil d'État et de la Cour de cassation à propos de l'imprévision, en s'étonnant de leur contrariété. Mais celle-ci n'est pas telle qu'on la dit parfois. Ou plutôt, s'il est vrai que l'un accepte le remaniement du contrat (*Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux*, Cons. d'Ét. 30 mars 1916, S. 1916.3.17, concl. Chardenet, note Hauriou), tandis que l'autre le refuse, ce n'est pas en raison d'une position différente au regard du droit des contrats, mais parce que les enjeux mis en œuvre par l'imprévision ne sont pas identiques dans les deux cas. L'essentiel pour le Conseil d'État est de garantir le principe de continuité du service public, menacé par les risques que font courir à l'une des parties la modification des circonstances. Si celle-ci aboutit à la liquidation d'un concessionnaire, le service public sera interrompu, ce qui est grave. Mais rien ne dit que le Conseil d'État, sur le fond, ait une position divergente de celle de la Cour de cassation quant à la force obligatoire des contrats et l'autonomie de la volonté. Sur la question, v. F. HAUT, « Contrats administratifs », in *Les modifications du contrat...*, précité, p. 35 et spéc. p. 40 et s.

⁴ Rien d'étonnant à cela : la conception restrictive de la lésion va de pair avec le rejet de la théorie de l'imprévision. Sur ce point, G. CORNU, *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil : « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général »* (Essai de lecture d'un titre du Code), Les Cours de Droit, 1977, n° 92, p. 77.

permettait pourtant de parvenir à un tel résultat¹. Pour ce faire, il aurait toutefois fallu infléchir les principes en vigueur, et admettre que la lésion s'apprécie non pas au moment de la formation de l'obligation, mais lors de son exécution. Équilibrées lors de la formation du contrat, les obligations qui se servent mutuellement de cause peuvent apparaître comme déséquilibrées une fois que le temps a passé. Mais prendre en compte ce déséquilibre reviendrait à faire jouer la théorie de la cause dans une acception objectiviste, que le droit français ne connaît pas. La prise en compte du temps dans le mécanisme et le *quantum* de la rescision ne s'est donc pas étendue jusqu'à l'appréciation de l'existence d'une lésion, pour demeurer cantonnée au mécanisme de la double évaluation en cas de rachat². La lésion est ainsi restée en dehors des techniques utilisées dans la lutte contre l'inflation, en dépit du potentiel interne de ce correctif. Celui-ci est d'ailleurs attesté par les systèmes juridiques de certains pays étrangers, qui ont renouvelé de l'ancien droit l'idée de lésion de manière à en faire un instrument pouvant servir à éviter les modifications de l'équilibre des obligations dues à la hausse des prix³.

378. Le correctif aux effets de l'inflation que peut représenter le recours à la théorie de l'imprévision ou la rescision pour lésion ne joue pas en droit privé français. Refusée dans son principe, la revalorisation est encore condamnée par le refus de recourir à des méthodes qui permettraient de reconstituer *a posteriori* les contrats. La revalorisation législative des obligations n'est pas inconnue en France, et constitue un mode original et opératoire d'intervention. Par deux fois, cette revalorisation a été utilisée pour répondre à des situations d'urgence⁴. Mais aucune de ces deux utilisations n'a été générale, ou même probante, de telle sorte que la solution est demeurée un palliatif exceptionnel, destiné aux situations périlleuses. C'est l'urgence qui a entraîné les mesures de revalorisation après la chute finale des assignats, lors de la mise en place des mandats territoriaux⁵. Sans doute a-t-on alors voulu éviter que la crise monétaire que connaissait le pays n'entraîne à sa suite la ruine complète de l'économie. Mais en raison de ces circonstances dramatiques, la France n'a pas gardé d'autre souvenir de la revalorisation législative que celui d'un échappatoire pour situations désespérées.

¹ D'une évolution complexe et troublée, on retiendra que dans le passé, la lésion a parfois été admise à l'encontre des obligations déséquilibrées, notamment par les canonistes. À la *læsio* romaine s'oppose ainsi une *læsio enormis*, voire, à certaines époques, une *læsio enormissima*, qui permettaient toutes deux de rescinder des contrats devenus inéquitable. Cf. P. OURLIAC et J. DE MALAFOSSE, *Histoire du droit privé, Les obligations*, P.U.F., n° 113 et s. Plus près de nous, la lésion est parfois utilisée dans une acception très peu restrictive, comme un mode de reformation de contrats dont l'équilibre initial n'est plus maintenu. C'est notamment le cas du B.G.B. allemand, des Codes suisses et québécois des obligations. V. G. CORNU, cours précité, n° 264, p. 201 ; plus généralement : *Objet, cause et lésion du contrat*, sous la direction de R. Rodière, Paris, 1980.

² G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 377 et s., p. 304.

³ V. K. S. ROSENN, *op. cit.*, p. 94 et s.

⁴ Sur les différentes expériences de revalorisation législative tentées hors de France, v. A. NUSSBAUM, *op. cit.*, p. 204 ; K. S. ROSENN, *op. cit.*, p. 73.

⁵ L. 18 mars 1796. Les mandats territoriaux devaient s'échanger contre les anciens assignats dans une proportion de un contre trente, ce qui constituait en réalité une revalorisation législative des créances existantes. La revalorisation n'était toutefois que très limitée, et ne reflétait pas l'exacte mesure de la dépréciation : les assignats étaient alors tombés à 0,33 % de leur valeur nominale. Sur cette question, v. F. AFTALION, *L'économie de la révolution française*, précité, p. 227.

Le même sentiment de danger, pour les particuliers cette fois, a par ailleurs conduit à instituer une revalorisation législative des rentes viagères en 1949 ¹. Le fait que le niveau de vie des crédirentiers ait été ébranlé par l'usure continue de la monnaie était perçu comme particulièrement grave, puisque ceux-ci ne disposaient d'aucun moyen pour regagner ce qu'ils perdaient sur la rente, et ne pouvaient de ce fait plus stabiliser leurs revenus et recevoir le minimum vital ².

379. Le droit français n'a pas essayé de lutter contre les conséquences de la hausse des prix en utilisant le potentiel de certaines institutions, contrairement à ce qui a été fait dans des pays voisins. Il est plus frappant encore de constater que là même où le système juridique a paru proposer des échappatoires à la fixité des obligations menacées par l'érosion monétaire, l'objectif n'était pas tant de parer aux effets de l'inflation que d'obtenir une réglementation équilibrée et efficace de domaines sensibles.

Si le droit français avait voulu organiser une riposte contre la dégradation des situations individuelles, due aux effets conjugués du nominalisme et de la hausse des prix, il l'aurait fait. De nombreux pays connaissent ou ont connu la stabilisation des obligations, généralisée ou partielle, lâche ou renforcée ³. Force est de dire que rien de tel ne s'observe dans le droit français. C'est précisément à la lueur de cette absence de riposte systématique que l'on est conduit à s'interroger, *a contrario*, sur les quelques tentatives apparentes qu'a entreprises le droit français pour éviter le glissement des créances. S'il n'a pas voulu mettre les parties à l'abri de la dépréciation pour tous les contrats qui s'exécutent à long terme, on peut se demander pourquoi cela a tout de même été fait dans certains domaines. La question pourrait même être retournée : il s'agit de savoir si, dans les domaines apparemment protégés, ce sont les répercussions de l'inflation qui ont été visées, ou plutôt le règlement particulier de certaines questions. L'exemple de la dette de valeur dans sa composante législative est tout à fait édifiant à cet égard, qui nous montre que les enjeux de la protection sont différents de ceux qu'une vision immédiate laisse entrevoir.

380. Les domaines dans lesquels la loi a introduit la dette de valeur au milieu et à la fin des années soixante concernent l'ordre familial, saisi à travers certaines relations pécuniaires : libéralités entre époux, évaluation des récompenses, rapport ou réduction des libéralités, valorisation des soultes ⁴... Cette appartenance commune au domaine familial n'est pas le fait du hasard : elle suggère que les enjeux de l'intrusion de la dette de valeur dans le jeu du système nominaliste ne sont pas tant liés à la prise en compte de l'inflation, comme on le dit parfois, qu'à la nécessité d'obtenir un certain équilibre dans des relations pécuniaires familiales, impossibles à gérer efficacement par les parties ⁵.

¹ L. 25 mars 1949, *J.C.P.* 1949.III.14209, très souvent complétée et modifiée par la suite.

² V. *infra* n° 401 et s. pour une présentation et une discussion plus précise de la revalorisation des rentes viagères.

³ Dans la plupart des cas, il s'agit d'indexations généralisées. Plusieurs pays en ont fait l'expérience qui n'a été nulle part probante, la relance de la hausse des prix en étant le résultat le plus constant. Il ne s'agit donc pas ici de reprocher au droit français de n'avoir pas choisi une douteuse méthode, reproche évidemment absurde, mais de constater qu'aucune garantie individuelle n'a été recherchée par notre droit.

⁴ Pour un panorama complet de ces interventions dans le droit patrimonial de la famille, v. M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 687, p. 628, et la n. 2.

⁵ Sur l'importance de la monnaie dans les relations familiales : P. HÉBRAUD, « L'instabilité monétaire et les règlements d'intérêts familiaux », *Mélanges Ripert*,

La plupart des règles applicables aux obligations en général sont fondées sur le libre jeu de la volonté des parties, et perdent en conséquence toute efficacité en matière familiale. Les relations pécuniaires y échappent d'habitude à toute négociation, de sorte qu'elles n'y ont pas le même soubassement que dans le cas général. C'est vraisemblablement cette caractéristique qui a provoqué l'intervention législative, destinée à constituer un corps de règles supplétives pour les hypothèses où les relations pécuniaires n'ont pas été négociées, au préjudice de l'une des parties. L'époux qui a prêté à la communauté n'a sans doute pas prévu les modalités du remboursement de son prêt. En cas de désordre dans le couple, cette absence de prévision tournera à son détriment, surtout en période d'érosion monétaire : celui-ci ne pourra que se faire restituer le montant nominal de son prêt, alors que l'érosion a fortement réduit le pouvoir d'achat qu'il incorpore ¹. C'est à des menaces de ce type que correspond l'irruption de la dette de valeur dans le champ des relations familiales, et son objectif est d'assurer la paix des familles en évitant que les relations entre les membres ne soient exaspérées par la crainte de désavantages pour certains, faute que les modalités des transferts monétaires aient pu être librement négociées.

C'est sans doute l'inflation qui a été la cause de l'intervention de la dette de valeur ; mais à titre presque secondaire : la lutte contre les effets de la hausse des prix n'en constitue pas le but ultime. Le droit français n'a pas voulu protéger l'ensemble des contractants lésés du fait de l'inflation, ni même ceux qui souffriraient de l'inflation pour n'avoir su négocier un contrat. Bien plutôt, il a cherché à sauvegarder la qualité des relations familiales, en évitant que celles-ci ne soient empoisonnées par la perspective de troubles futurs. En garantissant l'équilibre des restitutions familiales de façon supplétive, le système de la dette de valeur permet aux époux, aux parents, aux successibles ², d'avoir des relations pécuniaires aussi harmonieuses que possible. La dette de valeur a pu passer pour un des domaines où la loi avait organisé une riposte contre les effets de la dépréciation monétaire ³. Mais cette opinion doit être nuancée : l'incontestable riposte que constituent les lois des années soixante n'est qu'un effet accessoire de la hausse des prix, qui ne saurait en constituer la *ratio legis*. On peut ainsi presque dire que c'est par accident que le droit français a permis aux membres des familles de se trouver à l'abri des effets de l'inflation, et qu'il ne l'a permis qu'à raison de l'affaiblissement des fondements du droit des obligations en matière familiale.

381. Ce sentiment est du reste renforcé par l'examen des autres domaines où ce que l'on nomme "dette de valeur" fonctionne, domaines qui lui ont été

t. I, p. 499 ; O. KUHNMUNCH, « L'incidence de la dépréciation monétaire sur le patrimoine familial », in *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, précité, p. 191.

¹ La loi de 1965 a ainsi renouvelé le fondement des récompenses. Historiquement, celles-ci tendaient à protéger la femme mariée contre les tentatives d'enrichissement personnel de son mari (C. SAUJOT, « Le fondement des récompenses », *Rev. trim. dr. civ.* 1970.684). Devenus capables, les époux ne sont plus soumis l'un à l'autre ; la technique des récompenses tend dès lors à assurer l'équité dans les restitutions, menacée par la difficulté à négocier ce prêt qu'est le transfert de monnaie à l'origine de la récompense.

² M. DAGOT, « L'esprit des réformes récentes du droit successoral (Liberté-Égalité-Fraternité) », *Mélanges Marty*, p. 305.

³ Par ex., P. MALAURIE, « L'inflation et le droit civil des obligations », précité, p. 187.

principalement ouverts par la jurisprudence des tribunaux. On y constate de même que si c'est la perspective de l'inflation qui a conduit à moduler le *quantum* des obligations en fonction de valeurs essentielles à l'obligation, cette modulation est le plus souvent dictée par les dangers sociaux que recèleraient des déséquilibres en ces domaines. Il en va ainsi au premier chef en matière de réparation : c'est l'objectif social de la réparation elle-même qui est menacé par l'inflation, puisque celle-ci ne peut plus couvrir intégralement le préjudice, qui demeure alors pour une part à la charge de la victime ¹. On en dira volontiers de même de l'obligation alimentaire, puisqu'il s'y agit par excellence de faire vivre un créancier qui se trouve en état de nécessité, et qui est incapable de subvenir lui-même à ses besoins. La dette de valeur est destinée, au-delà de la question limitée de l'inflation, à lui assurer l'obtention d'un minimum vital ².

Les domaines d'élection de la dette de valeur ne sont donc jamais neutres, et renvoient tous à la nécessité d'une protection d'ordre juridique en face de situations présentant un risque social clair. La dette de valeur tend à assurer la justice, au regard de l'inflation sans doute, mais avant tout de façon globale : cette cause d'injustice n'en est qu'une parmi toutes celles auxquelles la technique tente d'obvier.

382. La démonstration de l'hostilité ainsi affichée à l'encontre de la stabilisation paraîtra sans aucun doute inexacte dans le domaine particulier des clauses d'indexation dans les contrats, domaine si vaste qu'on peut le croire apte à garantir toutes les situations existantes ³. Il s'agit là par excellence d'un domaine où la réglementation française a permis aux parties de se placer elles-mêmes à l'abri des bouleversements monétaires, puisqu'elles peuvent y organiser par avance la refonte de leurs obligations. Mais pour incontestables que soient ces possibilités octroyées aux parties, il n'en reste pas moins que le droit français s'est opposé à ces clauses dans toute la mesure où il l'a pu, et n'a finalement cédé que sur ce qu'il ne pouvait pas empêcher.

On peut d'emblée introduire une distinction fondamentale à l'intérieur de l'ensemble formé par ces clauses, au regard de leur validité. Certaines clauses contiennent un mécanisme d'adaptation automatique, prévu par le contrat, conduisant à un réajustement du *quantum* de l'obligation, réajustement périodique et régulier dans certains cas, soumis à un effet de seuil dans d'autres ⁴. Par opposition à ces clauses à fonctionnement automatique, d'autres prévoient que les contractants eux-mêmes ou bien un tiers renégocieront le contrat à condition que telle ou telle circonstance se produise ⁵. Dans un cas, l'adaptation a lieu indépendamment de toute volonté actuelle des parties, en vertu des stipulations du seul contrat ; dans l'autre, elle suppose une renégociation du contrat par les

¹ De ce fait, le principe de la réparation intégrale du préjudice n'est plus tout à fait assuré : v. les concl. av. gén. Gégout sous Ch. mixte 6 janvier 1974, J.C.P. 1975.II.17978, note R. Savatier.

² Il n'est d'ailleurs pas certain que la même technique de dette de valeur ne serait pas utilisée dans l'hypothèse d'une stabilité parfaite des prix. Cette méthode conduit en effet en l'espèce à prendre strictement en considération les besoins du créancier. S'ils peuvent augmenter en nominal du fait de la hausse des prix, ils peuvent également s'accroître par un processus propre, indépendant des fluctuations monétaires (par ex., perte d'un emploi à temps partiel).

³ *Contra* : R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », précité, n° 37 et s., p. 16, qui montre bien qu'il y a de nombreuses techniques à côté de l'indexation.

⁴ *Ibid.*, n° 17 et s., p. 7.

⁵ *Ibid.*, n° 37 et s., p. 16.

parties, ou une refonte par un tiers agréé. Le principe de l'autonomie de la volonté ne permettrait pas au système juridique français de s'opposer aux clauses du second type. S'il est vrai que la renégociation du contrat n'aboutit pas à la novation des obligations qu'il comporte, il n'en reste pas moins que ce résultat est toujours à la portée des parties, au moins comme position de repli : elles peuvent à tout moment décider de résilier le premier contrat, devenu insatisfaisant, et d'en négocier un second. Le dogme de l'autonomie de la volonté, fondant le principe du nominalisme et le refus de rééquilibrer l'économie des conventions, doit au moins être respecté dans les hypothèses où les parties décident d'elles-mêmes certaines formes de renégociation de leur convention.

383. En revanche, le droit français a tenté autant qu'il le pouvait de s'opposer aux réajustements automatiques des obligations. Historiquement, le premier refus signifié aux parties désireuses de s'affranchir du nominalisme leur est opposé dans les années vingt, avec le refus du jeu de la clause-or, de la clause-valeur-or et des clauses valeur-devises ¹. Le mécanisme de l'indexation *stricto sensu* n'était pas alors conçu, mais le droit français rejetait tout remodelage mécanique du contrat. C'est avec l'indexation que la querelle va se faire plus vive. S'il entrerait des aspects de souveraineté dans le rejet des clauses monétaires, il n'y en a plus guère avec les clauses d'indexation. Celles-ci répondent au désir des parties de placer leurs contrats à l'abri des conséquences de la dépréciation, sans le moins du monde vouloir concurrencer la monnaie par l'intervention d'une monnaie substituée, ni tourner les lois sur le cours forcé du billet de banque. Mais en dépit de ce que les objectifs des contractants fussent clairs, les tribunaux de l'ordre judiciaire ont étendu à l'indexation la suspicion qu'ils avaient manifestée à l'égard de la clause-or. Si la position première de la Cour de cassation a été d'autoriser les clauses d'indexation, elle est assez vite revenue sur cette autorisation de principe pour distinguer entre les clauses monétaires, interdites car faisant référence à la valeur de la monnaie, et les clauses économiques, licites car liées à des éléments qui ne prenaient pas en considération la valeur de la monnaie ². Mais cette distinction était trop artificielle pour être opératoire. Le besoin de sécurité dont témoignait l'utilisation des clauses d'échelle mobile a finalement été reconnu par la Cour de cassation, au terme d'une constante pression des contractants. C'est en 1957 qu'elle a modifié le sens de sa jurisprudence, et admis les clauses d'indexation ³.

L'histoire troublée de l'indexation ne s'arrête toutefois pas à 1957 ⁴, puisqu'aussitôt admises en principe par la Cour de cassation, on a pu croire que ces clauses allaient être interdites, toujours dans leur principe, par les ordonnances de 1958 et 1959 ⁵. L'énoncé de l'article 14 de l'ordonnance de 1959, rédigé de façon purement négative, paraît revenir sur l'autorisation donnée par la Cour de cassation : « dans les nouvelles dispositions statutaires ou

¹ J.-P. LÉVY, *J.-Cl. civil*, art. 1895, précité, Fasc. B-1, 2^e cah.

² Sur cette analyse, v. J. HAMEL, « Les clauses d'échelle mobile et le droit monétaire français », *Revue de l'économie* 1955.167 ; M. FRÉJAVILLE, « Les clauses d'échelle mobile », précité.

³ Civ. 1^{re} 27 juin 1957, précité, *Bull. civ.* I, n° 302 ; D. 1957.649 note G. Ripert ; J.C.P. 1957.II.10093 bis, avec les concl. contraires proc. gén. Besson.

⁴ A. TOULEMON, « Les étapes de la jurisprudence en matière d'échelle mobile », précité ; J.-P. DOUCET, *Les clauses d'indexation...*, précité, p. 75 et s.

⁵ Sur le rôle du juge dans ces matières : B. OPPETIT, « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », *Trav. ass. Capitant* 1970.185.

conventionnelles, sauf lorsqu'elles concernent des dettes d'aliments, sont interdites, toutes clauses prévoyant des indexations fondées sur le salaire minimum interprofessionnel garanti, sur le niveau général des prix ou des salaires, ou sur des prix de biens, produits ou services n'ayant pas de relation directe avec l'objet du statut ou de la convention, ou avec l'activité de l'une des parties ». En fait, l'interdiction qui paraît ainsi formulée ne fait qu'exclure certains types d'indice, et on peut considérer qu'*a contrario*, ces ordonnances ont confirmé l'admission du principe de la clause d'échelle mobile en droit français ¹. Il demeure toutefois que l'on peut s'interroger sur les raisons qui ont conduit le gouvernement à formuler une autorisation sous l'aspect d'une interdiction !

384. Si la clause d'échelle mobile n'a pas été interdite au début de la V^e République, elle a été sévèrement réglementée, et d'une façon qui laisse soupçonner que la protection effective des contractants contre les effets de l'inflation n'était pas recherchée au premier chef. Les indexations générales sur le niveau des prix ont été interdites aux parties, sauf dans un domaine particulier : les dettes d'aliments. Il s'ensuit que les indices généraux ne sont autorisés que si le maintien du pouvoir d'achat des créances peut être une question de survie pour le créancier. Les rédacteurs des ordonnances étaient donc convaincus de ce qu'ils ne permettaient qu'une protection incomplète et partielle à l'encontre des effets de la hausse des prix. Si la lutte contre les répercussions de l'inflation a été ouverte aux parties, ce n'est que d'une façon restrictive, aux termes de laquelle ils sont quasiment certains de ne pas parvenir à maintenir en valeur leurs obligations au regard de la hausse des prix.

La réserve des dettes d'aliments donne donc la clef de la réglementation de fond des ordonnances de 58-59 ². Elle éclaire également la position d'ensemble du droit français, en permettant de comprendre les raisons pour lesquelles la protection des situations individuelles n'a jamais été recherchée pour elle-même.

B. Le rôle de l'État dans la lutte contre l'inflation

385. Le refus du droit français d'aider les parties à échapper aux répercussions de l'inflation surprend et appelle l'analyse. Si l'on s'intéressait avant tout à l'efficacité des remèdes proposés, on pourrait faire des propositions alternatives destinées à en améliorer l'efficacité. Mais dès lors que le système s'oppose par principe à la revalorisation des obligations, les propositions envisagées deviennent inutiles. L'efficacité de la stabilisation des obligations n'étant pas visée, il est vain de critiquer le système pour ses résultats médiocres, alors qu'il ne les a pas voulu meilleurs ³.

¹ J.-P. DOUCET, *op. cit.*, n° 125, p. 97. M. Lévy qualifie d'ailleurs ce texte de revanche du nominalisme sur l'arrêt de 1957 (J.-P. LÉVY, *op. cit.*, Fasc. B-1, 1^{er} cah., n° 104, p. 25).

² *Contra* : P. CATALA, « Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit civil français », *Trav. ass. Capitant*, 1971, p. 435, spéc. n° 16, p. 467 : l'auteur interprète restrictivement la portée de cette réserve en estimant qu'elle trouve son sens par rapport à l'art. 4 de la loi du 13 juillet 1963, considérant comme obligations alimentaires les rentes viagères constituées entre particuliers.

³ C'est du reste une évidence trop souvent oubliée qu'une norme ne doit pas être appréciée au regard de ses seuls résultats, considérés *in abstracto*, mais de l'adéquation

Avant de vouloir améliorer le système, il convient de saisir ce qui motive l'hostilité du droit français, et de savoir si elle peut être surmontée. Ce n'est que s'il apparaît que le refus d'un système de se préoccuper des conséquences particulières de l'inflation n'est pas fondé dans son principe qu'il importera d'essayer de l'améliorer. Il est donc nécessaire de rechercher les motifs essentiels justifiant l'attitude étrange du droit français, dans la mesure où elle aboutit à une injustice criante qu'on ne peut justifier. Nul doute que l'inflation désavantage certaines parties, en avantage d'autres. En s'opposant au principe d'une revalorisation, le système français semble prêter la main à cette forfaiture, à cette nouvelle répartition induite de la richesse à laquelle mène parfois l'inflation¹. Or il est difficile d'accepter que ce soit par intérêt que l'État français s'accommode de la situation, au seul motif qu'il est de ceux qui y trouvent des avantages². On doit essayer de justifier autrement la position du droit français, notamment par des raisons d'ordre politique. Ce n'est qu'à percer ces raisons inavouées que l'on pourra voir comment faire évoluer la situation française.

386. L'explication de la position de l'État ou du droit français met en jeu les pouvoirs de l'État en matière de politique économique, mais aussi, semble-t-il, une erreur de perception d'ordre économique. Dans la lutte contre l'inflation, deux voies paraissent envisageables. L'une consiste à lutter contre le phénomène lui-même, en s'attaquant à ses causes ; l'objectif est alors d'éviter qu'un mouvement tendanciel des prix à la hausse ne se produise³. L'autre voie n'est pas dirigée contre l'inflation elle-même, mais d'abord contre ses effets⁴ ; elle tente de stabiliser le contenu des obligations ébranlées par la hausse des prix, de manière à ce que les aléas de la monnaie ne débouchent pas sur une nouvelle répartition du revenu national⁵.

Les deux méthodes diffèrent par l'angle d'attaque choisi : la première porte la lutte contre la hausse des prix à un niveau global, macro-économique, tandis que la seconde choisit un terrain d'intervention situé en aval, au niveau des

toujours renouvelée entre les objectifs sociaux qui en justifient l'application actuelle, et les résultats. Faute de cette appréciation technicienne, on tombe dans une espèce de droit naturel, qui apprécie les normes en se référant à une justice théorique que personne, peut-être, n'a cherché à atteindre.

¹ M. et J. ALLAIS, « Inflation, répartition des revenus et indexation », précité ; J.-M. KEYNES, « Les effets sociaux des fluctuations de la valeur de la monnaie », précité.

² On sait pourtant que c'est là une position habituelle de la doctrine française, qui prétend que l'inflation n'est pas seulement subie par le Pouvoir, mais voulue par lui. L'État étant le plus fréquemment débiteur, il bénéficierait de la hausse des prix, qui constituerait pour lui une sorte d'impôt inavoué. Mais si la constatation n'est pas inexacte, il le paraît de penser que l'État accepte l'inflation. Qu'il s'en accommode et en bénéficie est une chose ; qu'il la recherche une autre, qu'on ne peut admettre sans faire de procès d'intention. Cette position est néanmoins, par exemple, celle du doyen Carbonnier (*Les biens*, précité, n° 9, p. 23) ; on trouve des économistes qui partagent cette position : M. et J. ALLAIS, *eod. loc.*, n° 16, p. 682 ; M. FRIEDMAN, « L'inflation, mal incurable ? », *Inflation et systèmes monétaires*, précité, p. 51.

³ M. BÉZIADE, *La Monnaie*, Masson, 1979, p. 366 ; M. FRIEDMAN, *eod. loc.*, p. 43.

⁴ On en trouve les illustrations les plus claires dans l'ouvrage de M. Rosenn (*Law and inflation*, précité).

⁵ M. et J. ALLAIS, *eod. loc.*, n° 16, p. 682.

intervenants économiques, des parties aux obligations. Elles se distinguent encore par l'objectif, l'une s'attaquant de front à la hausse des prix, l'autre acceptant de s'en accommoder à la condition que cela ne bouleverse pas la répartition des revenus. Elles se séparent enfin par la nature de leur intervention, la première étant économique, la seconde procédant par des ajustements d'ordre juridique. Chacune de ces deux méthodes d'intervention a donc apparemment un domaine propre, et procède par des techniques spécifiques.

387. Toutefois, on doit y regarder d'un peu plus près avant de considérer ces deux voies comme séparées. S'il semble bien certain que leur mise en œuvre les sépare, les raisonnements qui les fondent, pour différents qu'ils soient à première vue, tendent toutefois à se chevaucher lorsqu'on les pousse assez loin. Il est ainsi inexact de dire que la première méthode n'a cure des particuliers, ou qu'elle les laisse exposés à l'inflation sans accepter de se préoccuper de leur situation. Sans doute est-ce bien là ce qui ressort de l'observation de la méthode mise en œuvre. Mais l'idée sous-jacente à cette méthode macro-économique est qu'en supprimant l'inflation, ses effets pervers se trouveront éliminés par surcroît. La fin de la hausse des prix débouche sur l'élimination de ses conséquences, et donc sur le maintien de la répartition du revenu. La méthode macro-économique vise à obtenir *in fine* une situation sociale harmonieuse, mais tente d'y parvenir par une voie indirecte qui passe en premier lieu par la lutte contre les causes du mal.

Inversement, la méthode juridique, quoiqu'elle ne prétende pas de front éliminer l'inflation¹, tend à en réduire une des causes considérée parfois comme essentielle : les anticipations de hausse des prix. Dans une économie où tous les ajustements sont réalisés de manière à ce que l'érosion monétaire ne vienne pas perturber le jeu des relations individuelles, les parties courent moins de risques monétaires liés à l'exécution de leurs obligations dans le temps. Confiantes dans la stabilité du *quantum* de leurs obligations, elles ne cherchent pas à organiser elles-mêmes la sur-protection de leur situation, par des anticipations du taux d'inflation. Elles ne sont donc pas incitées à gonfler les prix hors de toute hausse globale constatée, à seule fin de parer à l'imprévu². De la sorte, les parties ne stimulent pas l'inflation en créant elles-mêmes des moyens de paiement sans contrepartie réelle, au seul motif qu'elles ont anticipé une hausse future des prix. C'est ainsi qu'on a pu estimer que : « dans la mesure où la croyance dans la hausse des prix existe, où l'on pense que la hausse des prix acquise va non seulement se poursuivre, mais encore s'amplifier pour les périodes suivantes, elle sera subjectivement un facteur de hausse des prix et un facteur de développement de l'inflation »³. La détente sociale à l'égard des aléas de la monnaie présente l'avantage d'éviter que les parties n'augmentent volontairement les prix, pour faire face à des hausses jusqu'alors inexistantes, mais qu'elles contribuent à créer pour l'avenir⁴.

¹ J. Rueff disait de l'indexation qu'elle était un parapluie qui protégeait de l'orage sans l'empêcher (cité par : J.-P. LÉVY, *op. cit.*, Fasc. B-2, 2^e cah., n° 29), et M. Friedman écrit qu'en soi, l'indexation n'augmente ni ne diminue l'inflation, mais en atténue les méfaits (M. FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 71).

² Sur le fonctionnement des anticipations d'augmentation des prix, v. l'analyse littéraire de MM. Guitton et Bramoullé, *op. cit.*, p. 502 et s. ; v. égal. l'analyse technique de M^{me} Béziade, *op. cit.*, p. 200 et s.

³ H. GUITTON et G. BRAMOULLÉ, *op. cit.*, p. 503.

⁴ Cette détente dans les relations sociales produirait également d'appréciables résultats en matière d'épargne : J. LAFOURCADE, « Pour un renouveau des obligations indexées », *Rev. trim. dr. com.* 1983.51.

Quoique leurs domaines soient apparemment bien distincts, les deux méthodes de lutte contre l'inflation finissent par se rejoindre et se chevaucher. Au fond, l'une et l'autre combattent à la fois les causes et les effets de la hausse des prix ; mais la première attaque les effets par les causes, tandis que la seconde atteint les causes en affrontant d'abord leurs effets. Dans cette vue, la lutte contre l'inflation peut être présentée comme un choix entre deux stratégies possibles.

388. Néanmoins, il n'est pas démontré, au moins sur un plan théorique, que les recoupements entre les deux méthodes empêchent leur mise en œuvre simultanée. La prise en charge par l'État d'une politique économique dirigée contre les causes de l'inflation ne paraît pas incompatible avec l'organisation, par le système juridique, de méthodes visant à ce que l'érosion monétaire ne porte pas préjudice aux parties. On peut penser qu'une politique économique destinée à lutter contre l'inflation des moyens monétaires se conjugue avec la fin des anticipations inflationnistes, obtenue par une action concrète sur chaque obligation. Dans cette vue, loin de s'opposer, les deux méthodes apparaîtraient comme complémentaires. Mais il semble que le système français n'ait pas voulu prendre les risques de cette complémentarité, l'utilisation conjuguée des deux méthodes laissant craindre une relance de l'inflation plutôt que sa stabilisation.

Si l'analyse économique a du mal à cerner les causes et les effets du phénomène inflationniste, il y a toutefois un minimum qui paraît accepté. L'inflation serait caractérisée par son effet principal, la hausse des prix, effet causé mécaniquement par une augmentation des moyens de paiement en circulation, sans rapport avec l'accroissement de la production effective¹. Dans cette vue, tout processus consistant à créer de la monnaie sans contrepartie réelle contribue à engendrer la hausse des prix. Ainsi, la revalorisation du montant d'une obligation peut être perçue comme une création de monnaie dégagée de toute production effective puisque le rapport économique fondamental à l'origine du transfert de monnaie s'est déjà déroulé. Si Primus vend un objet à Secundus pour cent, mais que le paiement est décalé par rapport au transfert de propriété, la revalorisation du *quantum* de cent à cent vingt peut s'apparenter à une création de monnaie, d'un montant de vingt, sans aucune contrepartie.

Il n'appartient pas au juriste de dire si un tel raisonnement est justifié : cela ressortit bien plutôt à la compétence de l'économiste. Mais il est toutefois vraisemblable que ce raisonnement est à l'origine de l'attitude du système français. Celui-ci considérant que la protection individuelle risquerait d'augmenter la quantité de monnaie en circulation, il a préféré mener une politique globale à l'encontre de l'inflation, avec les résultats que l'on sait. D'où le refus d'aider les parties à stabiliser les obligations, que cette aide se manifeste par des mesures légales de revalorisation, par des modes judiciaires de protection, ou même par l'admission de techniques contractuelles de protection. Il reste que c'est à l'occasion des discussions sur l'admissibilité de l'indexation dans les contrats

¹ Dire cela ne revient pas à reprendre l'explication par la théorie quantitative de la monnaie. Au reste, le tort principal de cette explication était de ne pas en être une. La théorie justifie qu'une offre de monnaie sans contrepartie entraîne mécaniquement la hausse des prix, par un effet d'adaptation. Mais la théorie ne cherche pas à rendre compte des raisons de ce surcroît de monnaie en circulation. C'est à quoi visent les autres explications : que l'on justifie les déséquilibres par l'accroissement de la demande, la hausse des coûts par voie salariale, les déséquilibres intrinsèques aux structures, on cherche chaque fois à montrer pourquoi la monnaie afflue sur le marché. Ces trois analyses, qui sont à la recherche des causes, peuvent ainsi se combiner avec la théorie quantitative de la monnaie, qui se contente de décrire l'aspect mécanique du processus.

privés que la question de l'articulation du juridique et du politique dans la lutte contre l'inflation s'est le mieux posée, et que l'on prend conscience de la signification du choix français.

389. Dans un article de 1952, M. Vasseur se plaçait à la croisée des sciences juridiques et économiques pour établir les raisons pour lesquelles il fallait refuser, ou au moins sévèrement contenir, l'indexation dans les contrats internes¹. Résumée, son argumentation tendait à démontrer que par nature, la clause d'échelle mobile avait un effet inflationniste, et qu'il était en conséquence vain de prétendre par ce moyen lutter contre l'inflation : les moyens mêmes de cette lutte constitueraient l'aliment de la hausse des prix. Le raisonnement développé par M. Vasseur, sur les brisées de certains économistes, revenait à distinguer l'état d'inflation causé par les contradictions du système économique, de l'inflation induite par le jeu des clauses monétaires par perpétuation des déséquilibres entre offre et demande sur le marché des biens et services. Ces clauses auraient pour résultat de stimuler l'inflation ou à tout le moins d'en proroger les effets. À ces considérations d'ordre économique, l'auteur ajoutait un certain nombre d'éléments juridiques tendant à montrer qu'au fond, la protection individuelle n'était pas source de justice sociale mais d'injustice². Très équitablement, M. Vasseur reconnaissait par ailleurs que d'autres économistes que ceux sur les travaux desquels il s'était fondé, rejetaient comme inexact son mode de pensée, sans être toutefois convaincu par leur argumentation³. Or, c'est précisément l'arbitrage ainsi réalisé par M. Vasseur qui fragilise quelque peu sa position.

390. Il n'appartient pas à un juriste, ès-qualités, de déterminer si telle ou telle mesure a pour effet de relancer, stimuler, ou même entretenir l'inflation. Mais il saute aux yeux de ce même juriste, au vu des travaux des économistes et des recensements qui en sont faits, qu'il n'y a aucune unanimité dans la pensée économique et que des opinions présentées parfois comme incontestées font l'objet de débats acharnés. M. Rosenn a montré que l'appréciation de l'évolution de la situation des prix dans une économie où l'indexation est généralisée, est fonction d'écoles, de chapelles, et qu'aucune position n'est clairement admise en la matière⁴. C'est ainsi qu'il a pu donner au dernier chapitre de son ouvrage un titre révélateur des ambivalences latentes dans la théorie économique : « *indexation: inflationary anesthesia or adrenaline?* »⁵.

¹ M. VASSEUR, « Le droit des clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique », *Rev. trim. dr. civ.* 1952.431. L'intérêt de cet article est, parmi d'autres, qu'il est un des seuls qui fait équitablement valoir les deux points de vue, juridique comme économique, et essaie d'arbitrer entre les deux. Avant la seconde guerre mondiale, cette tendance avait été brillamment illustrée par Nogaro, qui avait entrepris de présenter les fondements économiques du droit monétaire (« Les principes fondamentaux du droit monétaire français », précité). Reprise avec M. Vasseur, cette tendance s'est quelque peu tarie dans les années récentes, en dépit de la soumission croissante des intérêts juridiques à des considérations de politique économique. Sur ce point, B. OPPETIT, « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », précité.

² M. VASSEUR, art. précité, n° 15 et s.

³ *Ibid.*, n° 5 et s. À ce titre, non cités, v. l'art. de H. GUITTON, « Le problème économique de l'indexation », *Revue économique* 1955.187 ; et aussi : J.-P. LÉVY, *op. cit.*, Fasc. B-2, 2° cah., n° 29.

⁴ K. S. ROSENN, *op. cit.*, p. 371 et s.

⁵ K. S. ROSENN, *op. cit.*, chap. 10, p. 371.

Ce point est essentiel, et trop souvent passé sous silence. Dans la vulgate économiste, il est admis sans discussion que les clauses d'adaptation des obligations ont un effet inflationniste, qui justifie les restrictions. Mais dès que l'on s'intéresse de plus près aux travaux économiques, il apparaît qu'aucune certitude n'est admise. S'il est vrai que des tentatives d'indexation généralisées ont eu en général des effets néfastes, cela ne signifie pas que toute clause de stabilisation produise les mêmes résultats¹. Quant aux effets d'une politique modulée et spécifique de revalorisation des obligations, il ne semble pas que la science économique soit en mesure de les prévoir.

C'est de ce point de vue qu'il faut partir pour apprécier l'attitude du droit français au regard de la lutte contre les effets de l'inflation. Celui-ci refuse d'aider les parties à stabiliser leurs obligations, *a priori* comme *a posteriori*, parce que cela pourrait gêner les politiques anti-inflationnistes. Mais s'il se révèle qu'en toute rigueur, il n'est pas assuré que les modes de stabilisation sont néfastes à l'économie, que devient l'objection tirée de la lutte macro-économique contre l'inflation² ?

391. Si l'on admet que les modes de protection particuliers contre l'inflation n'ont pas nécessairement d'effet inflationniste, on ne voit plus bien les raisons pour lesquelles le système français refuse aux parties son aide. En l'absence de certitudes quant aux conséquences exactes de cette lutte, ce refus traduit l'acceptation des inégalités qu'engendre l'inflation. Le choix n'est plus alors entre une inflation induite, et plus de justice sociale, mais entre une situation où, par crainte d'effets néfastes possibles mais non certains, on ne fait rien pour empêcher certains groupes de profiter de l'inflation, et une autre où l'on essaye de stabiliser les obligations. Si l'on admet encore que le Pouvoir peut avoir intérêt, dans le cadre de la conduite de l'État, à obtenir une coopération entre un mode de lutte macro-économique, dont il a la charge, et des techniques de protection sociales d'ordre juridique, il revient aux juristes d'essayer de montrer de quelles façons ces techniques doivent être articulées afin de servir l'objectif qui est le leur, sans entraîner de dérapages inflationnistes.

¹ M. Guitton a d'ailleurs démontré, sur le plan théorique, qu'il n'était pas acquis que la clause d'indexation perçue comme la plus dangereuse, l'indexation des salaires, entraîne une inflation induite impossible à maîtriser (H. GUITTON, *op. cit.*, p. 198 et s.).

² On touche ici un aspect peu recommandable de la "science" économique, qui est à la fois un discours prétendant dire la vérité du fonctionnement du système des échanges, et un mode de gestion sociale. Sous prétexte que les économistes cherchent à percer les mystères théoriques de l'allocation des ressources rares, on admet qu'ils connaissent le dernier mot du fonctionnement économique concret des sociétés. Mais c'est là une erreur grossière, dont la plupart des pays ont à leur tour fait l'expérience. À côté d'un discours théorique dont il revient aux économistes d'apprécier la validité, il y a un discours idéologique par lequel les économistes s'abritent derrière une prétendue science pour exprimer des choix sociaux. Le refus de l'indexation est l'un d'eux. Les différentes écoles s'affrontent sur le point de savoir si oui ou non l'indexation est nocive pour un pays. En prenant parti dans un sens positif, la politique s'infléchit dans le sens de la perpétuation d'iniquités, que l'on se donne ainsi bonne conscience pour perpétrer.

* *
*

392. En période d'inflation, que le rythme en soit fort ou grignote petit à petit le pouvoir d'achat de la monnaie, la lutte contre les seules causes de l'inflation n'est pas suffisante d'un point de vue social. Plus exactement, le refus qui en résulte de prendre en considération les situations individuelles pour éviter tout surcroît d'inflation est choquant dès lors que le risque n'est pas certain et que l'injustice induite par l'inflation est criante. La certitude d'une injustice ne doit pas l'emporter sur la possibilité de dérapages économiques. L'inégalité brutale que porte en lui le nominalisme en période d'inflation n'est pas aménageable, au contraire de la réévaluation des obligations dont il est possible d'adapter avec précision les conditions aux besoins. Quelles que soient les modalités de la prise en compte des effets de l'inflation, la revalorisation des obligations s'impose ainsi, de manière presque négative : parce qu'elle n'est pas forcément néfaste, elle est nécessaire. Celle-ci sera prévue par les parties ou non : l'important n'est pas tant la stricte observation des principes contractuels que l'obtention de résultats économiques. Aussi faut-il que la revalorisation soit prévue dans son principe, plutôt que dans ses modalités : celles-ci pourront bien être adaptées à la diversité des situations qui se présenteront. La revalorisation fondée sur la hausse des prix n'ayant aucune validité, c'est par l'ancrage à la valeur des obligations que celles-ci pourront être au mieux revalorisées.

Section II

TRAITEMENT JURIDIQUE DU PHÉNOMÈNE INFLATIONNISTE

393. L'idée qu'une obligation monétaire pouvait dissimuler une valeur sous la somme inscrite dans son compte est née dans l'Allemagne de l'entre-deux-guerres, sous la pression de l'hyper-inflation. Mais une fois émergée, cette idée s'est apparentée à une évidence et a rompu ses liens avec la hausse des prix : celle-ci a sans doute révélé une caractéristique de l'obligation, mais qui avait existé de tout temps. On peut dire avec assurance, au moins pour les obligations qui sont libellées en unités de valeur, que la valeur est leur principe et peut toujours servir à les étalonner directement. Quelle signification pourrait-on attribuer à ces unités, si elles ne renvoyaient pas à la présence de valeur au sein de l'obligation ? Mais il s'agit bien sûr d'une valeur déjà liquidée en monnaie. L'innovation connue sous le nom de dette de valeur n'a consisté qu'à faire machine arrière, à exprimer l'obligation sous sa forme primitive ¹. La présence

¹ P. RAYNAUD, « Les dettes de valeur en droit français », précité, p. 611.

d'unités de valeur garantissait la validité du procédé ; la nécessité de parer aux effets de la dépréciation accélérée du Mark en justifiait l'opportunité. Si l'on devait adresser un reproche aux auteurs allemands de l'époque, ce serait celui de n'avoir pas été au bout de leurs audaces. La valeur intervient à l'évidence dans l'objet de certaines obligations, où elle a été aperçue ; mais elle est également présente dans toutes celles qui sont libellées en unités de valeurs, quoiqu'il soit plus difficile de le voir et d'en tirer les conséquences. On se prend ainsi à regretter que sur la lancée de leurs découvertes, ces auteurs n'aient pas tenté d'ancrer toutes les obligations à la valeur qui les anime ¹, et créé ainsi un mouvement généralisé de revalorisation des obligations, qui évite une sensibilité inutile et induit à la hausse des prix.

Dès lors que l'on considère comme injuste que les créanciers soient livrés à l'inflation, et qu'il n'apparaît pas que la revalorisation des obligations soit dangereuse dans son principe, on va donc proposer de généraliser le procédé dégagé entre les deux guerres pour quelques obligations seulement, de l'étendre à toutes les obligations monétaires libellées en unités de valeur.

394. Le même procédé n'est pas adoptable pour les obligations libellées en unités de paiement : leur libellé n'est à la vérité le produit de la liquidation d'aucune valeur. On ne peut donc pas remonter à une expression primitive et apurée de l'obligation qui permettrait de ne pas la dénaturer ². Cependant, la contribution proprement française à la théorie de la dette de valeur a consisté à s'attaquer à ces obligations dénuées de toute référence non monétaire, pour les accrocher elles aussi à des valeurs auxquelles elles étaient liées. Ces valeurs, qui ne pouvaient se trouver antérieurement à l'expression monétaire de l'obligation, ont pu être recherchées en aval, dans l'emploi qui était fait de la somme en question. Justifiable dans le cadre des lois des années soixante, ce procédé prête en soi le flanc à la critique. Les raisons pour lesquelles on choisit la valeur d'emploi de la monnaie ne sont pas bien assurées, et il y entre des présomptions psychologiques qui sont discutables ³. Néanmoins, dès lors que le droit français a adopté cette méthode d'ancrage à la valeur subséquente dans un certain nombre de situations, que la doctrine l'a en général admise sans en relever les difficultés internes, et qu'elle permet d'éviter que les obligations ne soient soumises à l'érosion monétaire, on peut se demander si sa généralisation n'est pas souhaitable, ou à tout le moins possible.

Il reste que les mêmes raisons qui nous ont conduit à considérer que la revalorisation parallèle à l'indice des prix n'était pas souhaitable pour les obligations libellées en unités de valeur, militent pour l'adoption de cette revalorisation lorsqu'il s'agit d'unités de paiement. Le créancier qui s'apprête à recevoir un certain nombre d'unités de paiement ne les saisit que sous l'angle de leur pouvoir d'achat, car aucune valeur ne se trouve au principe de ces obligations. Sans aucun doute, la somme ne peut être marquée par les

¹ Les auteurs allemands n'ont appliqué la théorie de la dette de valeur qu'à trois situations : réparation du préjudice, créances de remboursement, et enrichissement sans cause (M. PÉDAMON, *op. cit.*, p. 14 et s.).

² Cette distinction avait été faite par Raynaud, opposant « les obligations de somme d'argent qui n'ont d'autre objet que ces sommes », aux obligations « pour la définition desquelles la monnaie n'intervient qu'à titre secondaire », et qui seront le terreau de la dette de valeur (P. RAYNAUD, *eod. loc.*, p. 611).

³ L'ancrage à la valeur subséquente ne peut avoir les mêmes justifications que l'indivisibilité : la pseudo-justification psychologique de celle-ci ne peut servir à celle-là. Sur l'absence de fondements rigoureux de l'ancrage à la valeur subséquente, v. *supra* n° 352 et s.

circonstances dans lesquelles son *quantum* est né, puisqu'aucune valeur n'est prise en considération. Il n'est donc pas illégitime de la part du créancier de figer la somme en question, et de ne l'envisager que sous l'angle du pouvoir d'achat des unités de paiement. Dans ce cas, l'indice des prix est en relation avec l'objet de l'obligation, et l'on pourrait admettre que l'on s'y réfère pour la revalorisation des obligations.

Il y a un choix à faire entre deux méthodes possibles de revalorisation, choix qui n'intéresse guère que le prêt d'argent. C'est en effet la seule obligation libellée en unités de paiement dont les modalités de revalorisation ne sont pas réglées par la loi, mais qui permet néanmoins un ancrage à la valeur subséquente dans de nombreux cas.

395. Contrairement aux auteurs qui n'ont conçu la lutte contre les effets de la hausse des prix que comme une revalorisation unilatérale des obligations conforme à l'indice des prix de l'INSEE, on voudrait ici proposer que les obligations qui s'exécutent dans le temps soient réévaluées de façon différenciée : chacune dans une mesure propre, liée à la valeur qui la fonde ou lui sert de pivot. Cette revalorisation aura des contours différents selon le type d'obligation libellée en monnaie considérée. S'agissant d'obligations libellées en unités de valeur, on pourra leur faire suivre l'évolution de la valeur qui a été prise en considération dans leur *quantum*, mais liquidée prématurément. Pour les obligations libellées en unités de paiement, on peut songer à un traitement double : si la somme d'unités de paiement fondatrice de l'obligation a été employée, on utilisera cet emploi pour ancrer l'objet de l'obligation et éviter de le laisser soumis aux effets de l'érosion monétaire ; si aucune emploi de ce type n'existe, on pourra préférer réévaluer les obligations selon la hausse des prix, de pures et simples considérations de pouvoir d'achat entrant en compte.

Si l'on admettait une revalorisation généralisée de ce type, encore ne faudrait-il pas la soumettre de façon trop rigide aux exigences du droit des obligations. Notamment, un système où ces revalorisations n'auraient lieu qu'à la condition d'avoir été prévues par les parties ne serait peut-être pas efficace. La proposition se recommande de détendre l'économie monétaire en évitant les anticipations inflationnistes. Dès lors que l'on passerait d'une revalorisation automatique après-coup à une revalorisation anticipée, les effets pervers des clauses monétaires auraient tendance à se réintroduire.

On peut penser qu'une revalorisation ainsi modulée rencontrerait quelques succès pour deux raisons. En premier lieu, cette modification du *quantum* des obligations atteindrait une certaine justice, dans la mesure où au moment du paiement décalé dans le temps, aucune des parties n'aurait le sentiment que le montant monétaire l'avantage ou lui fait grief¹. En second lieu, les obligations revalorisées par rapport aux valeurs qui les fondent n'entraînent pas un accroissement illégitime de la quantité de monnaie en circulation : les prix des biens et services ne sont guère qu'actualisés, ce qui évite une disproportion entre la quantité de monnaie en circulation et la masse des biens².

Atteignant des résultats équitables sans relancer l'inflation, cette modalité de revalorisation des obligations présente certains avantages non négligeables. Pour

¹ La justice inhérente à cette solution avait été signalée par M. Catala, qui la proposait comme principe de solution d'une réglementation à l'encontre des effets de la dépréciation monétaire : P. CATALA, « Les effets de la dépréciation monétaire... », précité, n° 3, p. 446.

² Il n'y a pas disproportion, mais il y a un décalage dans le temps entre la circulation des biens et celle de la monnaie, dont il n'est pas exclu qu'il emporte certaines conséquences.

autant, la méthode n'est pas idéale : elle est alourdie par le nombre des obligations qu'elle met en jeu ; elle recèle une part d'incertitude en raison de montants monétaires qui ne sont connus qu'à l'échéance de l'obligation ; elle pourrait enfin être source de conflits par le recours systématique à une technique proche de la dette de valeur ¹.

396. Dans ce cadre, on pourra montrer que le droit français a déjà réussi, sans le dire, certains ancrages à la valeur qui donnent toute satisfaction, mais que ses efforts peuvent être prolongés dans nombre de domaines où la revalorisation est complexe ou peu satisfaisante en l'état (§ 1). Toutefois, pour montrer le sens des propositions sans trop alourdir les discussions, on ne prendra pour exemple que les obligations dans lesquelles la durée intervient de façon institutionnelle, et qui n'ont pas été examinées jusqu'ici. Toute obligation peut faire l'objet d'une exécution échelonnée ou décalée ; mais certaines, peu nombreuses, connaissent obligatoirement ce mode de fonctionnement, qui ressortissent à certains contrats : bail, prêt d'argent, contrat d'assurance, rente viagère, et contrat de travail. C'est sur ces exemples que l'on raisonnera, tant pour décrire les réglementations satisfaisantes que pour proposer des méthodes permettant d'améliorer le mode de revalorisation. Mais après la description du régime des diverses obligations, il faudra montrer pourquoi la stabilisation par ancrage à la valeur est satisfaisante dans son principe (§ 2).

§ 1. APPLICATIONS DE L'ANCRAGE À LA VALEUR

397. Les contrats à exécution successive, ou ceux dont l'exécution est retardée, sont les plus vulnérables face à la hausse des prix. Ils appellent la protection de l'obligation en même temps que le respect de son intégrité, condition pour qu'aucune des parties ne soit lésée et que les contrats puissent prévoir la durée tout en étant formés sans d'excessives réticences ². Il était prévisible que ces contrats aient fait l'objet de certaines protections, adaptées à leur nature. Mais ce qui n'était pas si prévisible, c'est que la protection dans ces matières se soit parfois avérée satisfaisante, parce qu'un ancrage implicite à la valeur y avait été réalisé. Par-delà les sinuosités de la réglementation des indexations, il est frappant de voir que ce sont les caractéristiques de la question à résoudre qui ont

¹ J.-F. PILLEBOUT, « Observations pragmatiques sur la dette de valeur », *Mélanges Holleaux*, p. 357.

² Cette condition est essentielle notamment en matière de bail d'habitation. Ce contrat ne trouve sa pleine efficacité que si les locataires sont assurés de pouvoir s'installer dans les locaux loués sans subir de situation précaire. Mais la prévision d'un bail de longue durée présente pour le bailleur l'inconvénient que le contrat devienne désavantageux faute d'une revalorisation périodique satisfaisante. Le meilleur moyen de protéger les baux n'est peut-être pas tant d'en faire l'objet d'une réglementation impérative qui désavantage toujours le propriétaire, que de placer les parties dans une situation où aucune des deux ne se sente lésée par la durée : le locataire parce qu'il loue l'immeuble à son prix effectif ; le bailleur parce qu'il trouve autant d'avantages à conserver son locataire qu'à vouloir en changer pour renégocier un contrat.

ici ou là fini par dicter le mode de résolution¹. Toutefois, les solutions les plus raisonnables ne finissent pas toujours par émerger au terme d'un processus naturel : à côté d'applications satisfaisantes de l'ancrage à la valeur (A), on en trouve qui manquent totalement la juste mesure de la revalorisation, pour soumettre en général l'une des parties à l'autre (B).

A. Les applications satisfaisantes

398. Dans un certain nombre de domaines, l'ancrage à la valeur située au cœur de l'obligation a fini par s'imposer, sans que l'on y reconnaisse toujours la marque originale de la dette de valeur. Mais alors que ces manifestations réussies auraient pu toutes se dérouler dans le sillage de la réglementation des indexations, il est clair que ces solutions favorables n'ont pas toutes émergé dans le cadre des ordonnances de 58-59. Si l'indexation s'est parfois trouvé être la réponse favorable, c'est bien le cas le plus rare : la plupart des orientations satisfaisantes ont échappé à l'indexation, ou sont venues se loger dans les interstices laissés par les exceptions à la règle.

399. Il en va ainsi en matière de dette d'aliments². Par sa nature, cette obligation appelle une protection renforcée du créancier : celui-ci ne vivant que grâce aux aliments qui lui sont versés, sa survie est mise en péril si l'inflation vient en grignoter périodiquement le pouvoir d'achat. Sans doute le créancier est-il d'abord protégé par la nature de l'obligation alimentaire, traditionnellement classée parmi les dettes de valeur. Si le niveau des prix hausse, les besoins pécuniaires du créancier augmenteront de même. C'est ainsi que le *quantum* de la dette devra être réévalué pour s'adapter au niveau effectif des besoins. Mais cette solution, satisfaisante quant au fond, présente l'inconvénient d'une mise en œuvre difficile : la réévaluation passe par une décision judiciaire, et donc par une assignation en justice. Or il est un moyen d'éviter ce recours aux tribunaux, fastidieux dans certains cas, difficile dans d'autres. L'indexation peut parfaitement pallier cette difficulté, tout en atteignant les mêmes résultats, et ce en utilisant un indice existant qui s'adapte parfaitement à l'obligation alimentaire : l'indice des prix³.

Le recours à cet indice, on le sait, a été proscrit par l'ordonnance de 1959, qui a interdit l'utilisation des « indexations fondées sur le salaire minimum interprofessionnel garanti, sur le niveau général des prix ou des salaires... ». Néanmoins, l'indice des prix a été autorisé *expressis verbis* par le même texte pour les dettes d'aliments. Si l'on est amené à faire ainsi retour à l'ordonnance,

¹ On fait bien sûr référence à "l'indexation interne", indexation sur l'objet de la convention, qui constitue l'obligation indexée en véritable dette de valeur, par la technique comme par l'esprit.

² Sur la question, v. surtout J. PÉLISSIER, *Les obligations alimentaires*, précité.

³ Pour une application partielle de la technique, G.-L. PIERRE-FRANÇOIS, « L'indexation judiciaire des rentes viagères allouées en réparation d'un préjudice de responsabilité délictuelle », *D.* 1972, Chron. XXXV, p. 229. Les rentes viagères constituées entre particuliers sont considérées comme des obligations alimentaires par la loi du 13 juillet 1963, ce qui leur ouvre la totalité du champ des indices. Pour une appréciation un peu divergente, dictée par la prise en considération du point de vue de l'assureur : M. GAUDET et G. MONIN, « À propos de la revalorisation des rentes indemnitaires en cas de fluctuations monétaires », *Mélanges Besson*, p. 171.

ce n'est pas parce qu'il importerait de profiter d'une dérogation expresse. C'est plutôt parce qu'au-delà de ses maladresses de rédaction, l'ordonnance de 1959 ouvrirait ainsi la voie à un ancrage sur la valeur préexistante à l'énoncé monétaire de l'obligation, ancrage intéressant à réaliser. Le recours à l'indice des prix ne s'impose pas pour profiter de l'exception formulée, mais en vertu de la règle elle-même, selon laquelle l'indice choisi doit être en rapport avec l'objet de l'obligation¹. En effet, cette créance ne visant à rien d'autre qu'à faire vivre le créancier qui n'a souvent pas d'autre ressource, l'objet de cette obligation n'est pas une certaine somme d'argent, mais un certain niveau de vie². L'indice des prix étant une mesure fidèle de l'évolution du pouvoir d'achat, il est en relation étroite avec l'objet de l'obligation alimentaire. C'est pourquoi l'indexation des créances d'aliments sur l'indice des prix est à la fois légale et légitime : le créancier sera bien protégé si la mesure des subsides qu'on lui verse est en phase avec l'évolution du coût de la vie, et mal protégé toutes les fois qu'on lui donnera une somme moindre. L'indexation dans ce cas permet une protection automatique fondée sur l'objet de l'obligation, qui se combine avec une protection exceptionnelle par voie judiciaire³.

En matière d'obligation alimentaire, la protection du créancier peut donc se loger dans les exceptions de l'ordonnance de 1959, qui consacrent ainsi un ancrage à la valeur tout à fait satisfaisant.

400. Mais il arrive aussi que l'ancrage à la valeur soit obtenu par l'utilisation des règles de droit commun de l'article 14 de l'ordonnance. Toutes les fois que l'indice choisi est en liaison stricte avec l'objet de la convention, un ancrage satisfaisant à la valeur est réalisé. On ne reviendra pas ici sur les multiples actualisations de cet ancrage dans la pratique quotidienne, pour montrer quelles ont été ses destinées face à d'autres obligations issues de certains contrats d'assurance qui s'exécutent dans le temps, telle l'assurance incendie.

Du fait de l'érosion monétaire ou de la hausse des prix de la construction, la valeur pour laquelle un immeuble est assuré a tendance à couvrir de moins en moins bien le sinistre en vue duquel l'assurance est souscrite. De sorte que, si l'assuré ne veille pas scrupuleusement sur la valeur en jeu, notamment par la voie d'avenants au contrat, l'indemnité éventuelle d'assurance ne lui permet pas la reconstruction de l'immeuble détruit en totalité, et peut même se révéler

¹ Les rédacteurs de l'ordonnance de 1959 auraient pu rédiger son art. 14 en se contentant de poser une règle d'application stricte, selon laquelle les obligations ne pouvaient qu'être indexées par un indice lié à leur objet. Dans ce cadre, la prohibition des indices généraux aurait été comprise puisqu'ils ne sont que rarement relatifs à l'objet de conventions, et il n'aurait pas non plus été besoin de formuler des exceptions qui laissent penser que la règle n'est pas instituée au bénéfice des parties.

² Cette interprétation est du reste attestée par le fait que l'obligation est considérée comme une dette de valeur, mais aussi parce qu'une des particularités de l'obligation alimentaire est de pouvoir être exécutée en nature comme en argent : dès lors qu'il s'agit de faire vivre le créancier, le débiteur doit le mettre en mesure d'assurer sa survie, ou bien l'assurer directement lui-même.

³ La solution de l'indexation, qui pare à l'érosion de la rente versée au créancier, est globalement insuffisante. Si le créancier effectue un petit travail, en complément duquel vient la créance d'aliments, la seule protection du niveau de celle-ci ne répond pas aux objectifs globaux de la matière. S'il est amené à perdre son travail, ou si la rémunération qu'il en retire n'est pas stabilisée, la protection judiciaire exceptionnelle s'impose pour lui sauvegarder son minimum vital. Protection judiciaire et conventionnelle doivent ainsi être coordonnées pour permettre une stabilisation effective de la dette d'aliments.

ridicule si l'immeuble n'a été que partiellement détruit, lorsque la règle proportionnelle a joué. À l'inverse, si l'assuré renouvelle souvent la valeur couverte par voie d'avenants, il sauvegarde sa position, mais met l'assureur en difficultés : celui-ci doit chaque fois recalculer la prime, ce qui est très onéreux. La solution qui est en conséquence assez tôt apparue à la profession, dans les années cinquante, a consisté à indexer le contrat ¹, c'est-à-dire à faire varier tant les primes que l'indemnité en fonction d'un certain indice. Dans cette vue, l'indice du coût de la construction s'est imposé : il permettait seul de maintenir globalement l'indemnité d'assurance au niveau du coût de la reconstruction d'un immeuble bien évalué au départ ². L'indice représentant les augmentations de monnaie nécessaires à reconstruire le même immeuble d'une année sur l'autre, il incorpore et moyenne les hausses pécuniaires de tous les éléments entrant dans la construction de l'immeuble. Parallèle à l'évolution du coût de la construction, l'indemnité d'assurance suit donc à peu près celle de la quantité de monnaie nécessaire pour reconstruire l'immeuble détruit. L'indice est adéquat à son objet, en ce qu'il cerne de près l'objet du contrat d'assurance incendie ³.

C'est donc encore à l'intérieur de l'objet du contrat qu'il faut aller chercher la valeur à laquelle accrocher les obligations en vue de leur revalorisation, en matière d'assurance également ⁴.

401. De façon plus intéressante encore, on peut montrer que les ajustements réalisés par la loi en dehors du domaine de l'indexation ont aussi consisté à revenir vers la valeur qui se trouve au cœur de l'obligation. Il en va ainsi en

¹ M. PICARD, « Les clauses d'indexation dans l'assurance incendie », *Mélanges Julliot de la Morandière*, p. 451. R. BEINEIX, « L'évolution de l'assurance à indice variable et les garanties incendie illimitées », *Rev. gén. ass. terr.* 1950.381.

² L'indice utilisé n'est du reste pas celui qui est calculé par l'INSEE. Dans un premier temps, les assureurs ont choisi l'indice du coût de la construction dans la région parisienne, puis l'indice de la Fédération Nationale du Bâtiment.

³ Il faudrait tout de même tempérer ces propos par le fait que la seule assurance "valeur à neuf" est ici visée. Dans la plupart des contrats, la chose n'est pas assurée pour son coût de reconstruction, mais pour sa valeur actuelle : aux termes de la loi du 13 juillet 1930, l'indemnité d'assurance ne peut être source d'enrichissement pour l'assuré. Au fil du temps, la vétusté doit s'imputer en moins dans l'indemnité. Lente et donc marginale pour les immeubles, cette vétusté est bien plus nette pour les meubles, et doit correspondre à un abattement sur l'indemnité d'assurance.

⁴ La solution est d'ailleurs d'autant plus satisfaisante que toutes les assurances de choses fonctionnent sur ce principe. L'indice des risques industriels (indice R.I.), est par exemple construit par la profession pour couvrir les risques industriels, où il fonctionne selon des principes voisins (Sur cet indice, R. BEINEIX, « La situation des risques industriels du Marché Commun face à l'érosion monétaire », *Rev. gén. ass. terr.* 1976.277, spéc. p. 282). Sur l'indexation dans les assurances en général, v. R. VANARD, « Les clauses de variation dans l'assurance », *Rev. gén. ass. terr.* 1952.5.

En revanche, l'indexation n'est guère praticable en matière d'assurances sur la vie. Sans doute le problème s'y manifeste-t-il de façon comparable ; mais l'indemnisation de l'assuré répond à des objectifs distincts. En effet, le risque y est couvert par la constitution d'une réserve mathématique, qui permet de demander à l'assuré des primes constantes alors que le risque s'accroît au fur et à mesure de l'âge. Pour réévaluer l'indemnité d'assurance, il faudrait donc réévaluer la prime, ce qui est facile, mais aussi la réserve mathématique. C'est en cela que la revalorisation de l'indemnité future se révèle impossible, sauf à faire entrer le risque inflationniste dans le risque couvert par l'assurance-vie.

matière de rentes viagères. La loi du 25 mars 1949, « révisant certaines rentes viagères constituées entre particuliers », a cherché, par souci humanitaire, à placer les crédientiers à l'abri des répercussions de l'érosion monétaire¹. On a pu de même constater qu'en matière de dettes d'aliments, l'article 14 de l'ordonnance du 4 février 1959 a mis en évidence l'attention dont faisaient l'objet les créanciers d'aliments, puisqu'il leur permet d'indexer leur dette sur un indice général. Le législateur de 1949 avait ouvert cette voie protectrice en sauvegardant déjà la situation de ceux qui ont aliéné un bien de grande valeur, en contrepartie d'une rente viagère. Le raisonnement sous-jacent à cette protection est, semble-t-il, le même, et tient à ce que rien ne doit diminuer un pouvoir d'achat lorsqu'il correspond au minimum vital². C'est ce besoin de protection qui explique d'ailleurs que, revenant sur le souvenir déplorable qu'avait laissé la revalorisation législative des assignats, le législateur ait décidé de protéger le contrat de rente viagère en renouvelant ces mesures législatives³.

Mais cette revalorisation des rentes est complexe, tant du fait des obscurités de l'ensemble législatif qui la met en œuvre que de la coopération qu'elle prévoit entre différentes méthodes de revalorisation. En premier lieu, force est de reconnaître que si l'on a tendance, par commodité, à parler de la loi de 1949, il serait plus approprié d'évoquer la nébuleuse législative issue de la loi de 1949 : de très nombreuses lois sont venues corriger, modifier ou amender la loi de 1949, de telle manière que la réglementation procède aujourd'hui de l'articulation d'une trentaine de lois. Cette nébuleuse est si compacte qu'il est sans doute assez peu de personnes capables de dresser aujourd'hui un tableau global de la réglementation⁴. Au surplus, l'ensemble législatif est rendu plus complexe encore par la diversité des modes de revalorisation prévus : législatif, judiciaire ou contractuel, qui peuvent parfois même se cumuler.

402. La revalorisation mise en œuvre au premier chef par la loi de 1949 est forfaitaire, fondée sur divers taux fixés en considération de la date de naissance de la rente, et modifiés périodiquement pour s'adapter à la dépréciation monétaire. Le débirentier d'une rente constituée en 1970 devra réévaluer les versements mensuels qu'il fait par l'application d'un pourcentage de revalorisation qui lui est donné chaque année, dans la loi de finance. Mais ce serait trop dire que le maintien du pouvoir d'achat initial de la rente est ainsi assuré, dans la mesure où les taux de revalorisation sont en général inférieurs à la hausse des prix⁵. Il est bien certain que même affectées de la revalorisation législative, les rentes viagères ne demeurent pas constantes en termes de pouvoir d'achat.

C'est pour cette raison peut-être qu'à côté de ce mécanisme de revalorisation forfaitaire, la loi du 13 juillet 1963 a assimilé les rentes viagères à des dettes

¹ Pour l'analyse de cette loi fixant les principes de la revalorisation, et de la trentaine de celles qui l'ont partiellement amendée, v. notamment : H. MARIE, *La révision des rentes viagères constituées entre particuliers*, précité.

² Cf. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les contrats spéciaux*, précité, n° 971, p. 473. De ce que le crédientier est le plus souvent une personne âgée qui a vendu en viager un immeuble dont elle se garde l'usufruit, on déduit tout naturellement l'importance de la protection juridique dont il est l'objet.

³ Le fait qu'il s'agisse d'une revalorisation par voie législative est d'autant plus remarquable que c'est la seule que connaisse le droit français. V. à ce propos : J.-L. BERGEL, « La révision judiciaire des rentes viagères entre particuliers... », précité.

⁴ V. les réf. de ces lois dans l'ouvrage de M^{me} Marie (*op. cit.*, n. 8, p. 6).

⁵ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, n° 980, p. 479.

d'aliments, au regard de la législation sur les indexations ¹. Il en résulte que les rentes viagères sont indexables, et qu'elles sont susceptibles de se voir revaloriser selon les indices généraux proscrits par les ordonnances de 58-59, évidemment avantageux : le crédientier peut s'assurer que le pouvoir d'achat sur lequel il comptait lors de la constitution de sa rente lui demeurera acquis toute sa vie. Prévoyant toutefois que certains indices utilisés par les particuliers seraient moins favorables aux débirentiers que le taux forfaitaire, le législateur a coordonné les deux modes de revalorisation, en rectifiant la loi de 1949. Le troisième alinéa de son article 4 prévoit en effet que le taux de revalorisation forfaitaire constitue un minimum légal : l'indice choisi doit céder devant le taux forfaitaire au cas où la protection qu'il procure est moindre que celle que la loi garantit ².

Outre la revalorisation légale et la possibilité conventionnelle de stabiliser l'obligation, la loi de 1949 a prévu une modification judiciaire partielle de la rente, destinée cette fois à la protection du débirentier. Lorsque la valeur du bien aliéné ³ en contrepartie de la rente a connu une hausse inférieure à celle que procurerait la revalorisation forfaitaire, celle-ci constitue un appauvrissement immérité pour le débirentier. Retournant un peu les principes jusqu'ici mis en œuvre, la loi de 1949 a fait passer le souci de la justice devant la protection du crédientier. Par une sorte de clause échappatoire, elle a décidé de protéger le débirentier lorsque l'augmentation de la rente servie lui portait préjudice. C'est ainsi que l'article 2 de la loi de 1949 a prévu la possibilité d'une revalorisation judiciaire de la rente pour le cas où le bien reçu par le débirentier a acquis une plus-value moindre que ce qui s'évince du coefficient de revalorisation de la rente ⁴.

Si l'on fait la synthèse de la revalorisation de base prévue par la loi de 1949, il ressort que la rente doit être au moins revalorisée conformément au taux légal, sauf dans l'hypothèse où la valeur du bien aliéné en contrepartie de la rente a augmenté dans une moindre mesure que ce coefficient.

403. À cet ensemble déjà fort complexe, la loi du 23 février 1963 est venu ajouter une seconde clause échappatoire, symétrique de celle qui vient d'être évoquée, et plus qu'intéressante au regard de l'ancrage à la valeur. Il a été prévu par l'article 3 de la loi que le montant de la rente pouvait être judiciairement majoré par rapport au taux forfaitaire ou au taux conventionnel, si la plus-value du bien aliéné en contrepartie de la rente était supérieure au taux forfaitaire, et non plus inférieure ⁵. Toutefois, cette possibilité a été assortie d'une nouvelle clause échappatoire, et de deux tempéraments. La clause échappatoire réside en ce que l'application du principe n'est pas mécanique, mais doit résulter de la prise en compte de tous les intérêts en présence. Si le juge estime souverainement qu'il n'est pas opportun de revaloriser la rente au-delà de la majoration forfaitaire,

¹ Art. 4 L. n° 63-699 du 13 juillet 1963, *J.O.* du 17 juillet 1963 : « pour l'application de l'article 79-3 de l'ordonnance n° 58-1374 du 30 décembre 1958, modifiée par l'article 14 de l'ordonnance n° 59-246 du 4 février 1959, doivent être regardées comme des dettes d'aliments les rentes viagères constituées entre particuliers... ».

² Sur l'articulation de l'indexation et de la révision forfaitaire, v. la synthèse de M^{me} Marie, *op. cit.*, p. 40 et s.

³ En cas d'aliénation du bien acquis par le débirentier, des difficultés nouvelles naissent. V. M. MOREAU, « La majoration des rentes viagères en cas d'aliénation de la contrepartie », *Rev. trim. dr. civ.* 1977.399.

⁴ H. MARIE, *op. cit.*, p. 59 et s.

⁵ H. MARIE, *op. cit.*, p. 71 et s.

c'est ce dernier taux qui entrera en application. Mais quand bien même le juge accepterait la revalorisation supérieure au taux forfaitaire, le rattrapage ne pourrait être total, mais limité à soixante-quinze pour cent de la plus-value enregistrée. Le second tempérament, propre à cet article, tient au fait que cette réévaluation judiciaire de la rente ne peut être demandée qu'une seule fois dans la vie de la rente ¹.

Si l'on considère dans toute son étendue la modification que le principe de cette clause introduit dans la matière, en faisant abstraction des limites qui y ont été placées, on doit reformuler les modalités de la revalorisation, telle que la loi de 1949 les prévoit. On peut dire que le principe de majoration forfaitaire prévu par la loi de 1949, qui fait appel à l'idée d'une revalorisation parallèle à la hausse des prix ², est remplacé par un principe de revalorisation fondé sur l'évolution de la chose donnée en contrepartie dans le contrat de rente viagère. Schématiquement, le taux de la revalorisation de la rente viagère est égal à la plus ou moins-value de la chose en échange de laquelle la rente a été constituée. Un nouveau mode de revalorisation, fondé sur l'économie propre du contrat, tend ainsi à se substituer à un raisonnement nominaliste, surtout intéressé par le montant de la rente. Toutefois, ces possibilités de revalorisation ne tendent pas à reformer l'équilibre du contrat : en aucun cas la revalorisation de la rente ne doit bouleverser le contenu du contrat, que celui-ci ait avantagé l'une ou l'autre des parties ³.

La loi de 1949 est en voie de remplacer une revalorisation fondée sur le pouvoir d'achat de la rente par un ancrage de la rente viagère à la valeur qui la fonde. La démarche du droit français, là même où il essaie de lutter contre les effets de la hausse des prix, reflète donc un mode de pensée plus sensible au dynamisme propre de l'obligation, du contrat, qu'au niveau général de la hausse des prix.

404. Par des méthodes diverses, chaque fois différentes, la protection des parties dans des contrats qui s'exécutent dans le temps a pu être assurée par un principe souterrain, s'incarnant dans la méthode de l'ancrage à la valeur. Concurrément, d'autres méthodes de protection des obligations sont utilisées qui ne donnent pas toujours satisfaction. C'est en quoi l'on regrettera que ce procédé ne soit pas imposé aux parties, non plus que généralisé à des situations où il pourrait rendre de grands services.

B. Les applications souhaitables

405. Le bail d'habitation est, entre les contrats, celui qui exige le plus la protection contre l'érosion monétaire : il est de sa nature de développer ses effets dans la durée tout en étant à l'abri des turbulences causées par de trop nombreux renouvellements. De sorte que l'idéal en la matière est que le contrat soit conclu

¹ Comme MM. Malaurie et Aynès l'ont bien vu (*op. cit.*, n° 981, p. 479), ces tempéraments font échapper la revalorisation de la rente à la catégorie des dettes de valeur. C'est pourquoi on les laissera temporairement de côté, afin d'apprécier le sens de la loi en dehors des limites contraignantes qu'on lui a mises.

² Que la revalorisation ait toujours été inférieure à la hausse n'enlève rien au fait que c'est le maintien du pouvoir d'achat constitué par la rente qui a été recherché par la loi.

³ Civ. 1^{re} 29 octobre 1984, *Bull. civ. I*, n° 284.

pour une longue durée, sans pour autant que le donneur voie le pouvoir d'achat du loyer baisser continûment sans y pouvoir rien faire. Mais lorsque l'on se demande comment stabiliser le niveau du loyer de manière à ce qu'il ne subisse pas les effets de la dépréciation monétaire, aucune réponse claire ne s'impose, et en tous cas pas la réponse législative donnée par l'article premier de la loi du 9 juillet 1970, aux termes de laquelle est « réputée en relation directe avec l'objet d'une convention relative à un immeuble bâti toute clause prévoyant une indexation sur la variation de l'indice national du coût de la construction publié par l'INSEE »¹.

Il est en effet certain que l'indice du coût de la construction est sans lien avec les baux, puisqu'il se réfère à un contenu étranger aux questions locatives. Autant il est vrai que l'indice des prix à la consommation tend à être chassé du champ de l'indexation alors qu'il renvoie à une mesure approximative de la dégradation de la situation personnelle des individus, autant l'indice du coût de la construction est favorisé, puisqu'il est l'indice par excellence en matière de loyers d'habitation, alors qu'il ne traduit en aucune manière l'évolution des baux. Calculé par l'INSEE depuis 1953 à la demande du gouvernement, cet indice s'est progressivement imposé comme une manière d'indice de droit commun pour toutes les questions relatives au domaine immobilier, sans que l'on puisse pour autant comprendre de quelle manière il peut être en relation avec les baux d'habitation. Mais pour mieux saisir les griefs que l'on peut lui adresser, il n'est que de s'intéresser à son mode de formation².

406. Le coût de la construction recouvre une valeur sociale à tel point paradoxale, et qui renvoie à une réalité si confuse, que plusieurs indices censés en mesurer l'évolution sont établis, tous différents, et qui revendiquent tous une plus grande exactitude³. Comme le nom de l'indice l'évoque, il est supposé refléter l'évolution des différentes composantes pécuniaires entrant dans la construction. Mais ce que le nom ne dit pas, c'est qu'il s'agit d'un indice des prix de la construction, plutôt que d'un indice des coûts : le point de vue adopté est celui du constructeur. Toutefois, la structure et les modalités de la construction se modifient si vite qu'on peut se demander comment faire pour rendre compte d'une réalité aussi mouvante.

Deux méthodes sont utilisées pour établir l'indice, qui prennent inégalement en considération la modification des structures de la construction⁴. La première méthode prend en considération un immeuble-type, dont on observe les coûts pour l'année de base : matériaux, main d'œuvre, transport, frais divers⁵. Une fois cet immeuble théorique ainsi disséqué, l'indice est calculé par référence à l'augmentation de la quantité de monnaie nécessaire à la reconstruction du même

¹ Les développements qui suivent ne concernent que le bail d'habitation. Les baux commerciaux présentent des difficultés du même ordre, mais ils font l'objet d'un traitement spécifique. Sur ce dernier point : P. CHAUVEL, « Indexation et baux commerciaux », *Rev. trim. dr. com.* 1986.359.

² « L'indice du coût de la construction », *Bloc-Notes de l'Observatoire économique de Paris-INSEE*, août-septembre 1987.

³ J.-P. LÉVY, *op. cit.*, Fasc. B-2, 1^{er} cah., n° 73 et s.

⁴ Ces deux méthodes sont du reste les deux méthodes de base utilisées dans les calculs d'indice fondés sur l'évolution de structures de consommation. Elles portent les noms de leurs promoteurs : Laspeyres et Paasche. D'autres méthodes, plus complexes, sont également utilisées (J.-L. BOURSIN, *op. cit.*, p. 42 et s.).

⁵ Cette méthode est la même que celle utilisée pour l'établissement de l'indice des prix : la ventilation des coûts de construction est un mode de raisonnement analogue à la pondération de la consommation par un budget-type.

immeuble d'une année sur l'autre. Mais cette méthode, qui sert à calculer certains autres indices de construction ¹, présente l'inconvénient de faire comme si la ventilation des composants d'un immeuble demeurerait immuable, ce qui n'est pas exact ².

D'où la seconde méthode d'élaboration de l'immeuble, choisie par l'INSEE. Cette technique consiste à établir pour chaque année la composante statistique des immeubles construits, par examen d'un ensemble représentatif de devis. La pondération des prix entrant dans l'indice est établie à partir d'un monstre immobilier : une sorte d'immeuble représentatif, véritable tentative de moyenne de tous les immeubles construits dans une année ³. Pour connaître l'indice, il suffit ensuite de faire régresser les coûts afférents à cet immeuble jusqu'à l'année de base, et d'évaluer ainsi combien un tel immeuble aurait coûté à l'époque ⁴.

Laquelle des deux méthodes est la plus exacte, lequel des deux indices le plus représentatif ? La question n'a pas de sens ⁵. Si les modes d'évaluation sont différents, aucun n'est plus exact, plus juste, que l'autre : les deux méthodes ne font que refléter la prise en considération d'éléments différents ⁶. C'est pourquoi la défaveur marquée tant par la loi que la jurisprudence à l'égard des indices privés est mal fondée ⁷. Dès lors que la méthode de calcul d'un indice est donnée, et que l'on peut présumer qu'il n'y a pas de biais dans la prise en compte et l'observation des prix, l'indice doit être tenu pour valide. Sans doute faut-il interroger scrupuleusement sa composition pour savoir de quelle évolution l'indice rend un compte exact. Mais la méfiance systématique à l'encontre d'un indice n'a de raison d'être que si on en ignore le mode d'établissement ⁸.

¹ Notamment : l'indice BT 01, l'indice de la Fédération Nationale du Bâtiment, ainsi que celui de l'Académie d'Architecture.

² Le progrès des techniques, l'évolution des goûts, le développement des contraintes légales entraînent un renouvellement périodique des constructions, d'autant plus rapide aujourd'hui que l'obsolescence des modes de construction est vite ressentie.

³ Cet immeuble est fictif, comme celui qui est pris en considération dans la méthode précédente. Mais du moins l'immeuble précédent pouvait-il éventuellement être construit. Celui-ci ne le pourra jamais.

⁴ En termes techniques, il s'agit donc d'un indice de Paasche, c'est-à-dire d'un indice dont la pondération est toujours actuelle, alors que les prix sont fictivement évalués pour l'année de base. L'autre indice, celui de Laspeyres, procède par des prix toujours exacts, mais utilise des pondérations qui deviennent de plus en plus fictives au cours du temps (sauf lorsque l'on a recours à un indice-chaîne).

⁵ Le fait qu'il n'y ait pas de réponse à cette question n'empêche pas les indices d'évoluer de façon très différentes. L'indice de l'INSEE est d'ailleurs celui dont la progression est la plus lente.

⁶ L'indice des architectes, par exemple, avant tout destiné à la profession, prend en compte de façon prépondérante les types d'immeubles les plus habituellement construits par eux : les pavillons. L'INSEE en revanche accorde une très grande importance aux logements sociaux. Des écarts de ce type suffisent à créer des différences assez importantes dans l'indice.

⁷ V. par ex. : J.-P. LÉVY, *op. cit.*, Fasc. B-2, 3^e cah., n° 93 et s. La présomption de lien avec l'indice de l'INSEE n'est pas valable avec un autre indice du coût de la construction : Civ. 3^e 7 mars 1973, *Bull. civ.* III, n° 183 ; Rép. min. Justice, n° 13790, *J.O. débats, Ass. nat.*, 13 février 1971, p. 412 ; Rép. min. Équipement et Logement, n° 7075, *J.O. débats, Ass. nat.*, 2 mars 1974, p. 967.

⁸ *Contra* : P. MALAURIE, *Rép. Defrénois* 1973, art. 30273.

Demeure en tous cas une certitude : l'indice du coût de la construction n'est pas en relation avec l'objet du bail d'habitation. L'indice fait référence à l'évolution de la quantité de monnaie nécessaire chaque année pour construire un type donné d'immeuble, alors que le contrat de bail n'a partie liée qu'avec des immeubles bâtis, dont la valeur locative tient bien plus à l'emplacement qu'aux coûts de production passés. En créant une présomption quasi-irréfragable de relation directe entre le bail et l'indice de la construction, la loi du 9 juillet 1970 a délibérément tourné le dos à la stabilisation de l'obligation à partir de la valeur qui la fonde, en choisissant un indice sans relation avec l'immeuble donné à bail, qui forme pourtant l'objet du contrat.

407. Pour autant, un indice qui prendrait en compte l'objet du contrat, c'est-à-dire la valeur locative de l'immeuble loué, n'est pas unimaginable. Sans doute faudrait-il le construire en mettant sur pied un "observatoire" chargé de constater les hausses géographiques et sectorielles de loyer¹ ; mais cette difficulté technique n'empêche pas que la chose soit théoriquement possible, et pratiquement souhaitable.

L'augmentation tendancielle des loyers à une certaine époque, constatable sur une certaine zone géographique, peut s'expliquer par une cause générale, l'érosion monétaire, mais résulte surtout de considérations de marché. Non seulement le montant des loyers doit nominalement augmenter de manière à demeurer stable en termes de pouvoir d'achat, mais l'état des besoins en logements locatifs influe aussi sur ce niveau. De sorte que si l'on cherche un indice permettant de maintenir les positions relatives du bailleur et du locataire, tout en évitant de soumettre l'un ou l'autre à la baisse du pouvoir d'achat de la monnaie, il faut que l'indice prenne en considération les hausses sectorielles, sans que le contrat de bail soit pour autant réformé. Le seul indice qui permettrait que les loyers suivent une évolution de ce type est un indice fondé sur le niveau moyen des loyers des appartements aux caractéristiques semblables, situés dans des zones géographiques cohérentes².

Un tel indice mesurerait l'évolution de groupes d'appartements, constitués en fonction de leurs caractéristiques propres (nombre de pièces), et des caractéristiques de l'immeuble où ils sont situés (types d'immeubles, types de quartiers). De la sorte, le niveau du loyer serait en permanence tel que si le locataire devait renégocier le bail, le contrat s'établirait à un niveau identique. Le locataire ne serait pas désavantagé, puisque ce qu'il payerait serait conforme à la valeur locative de l'immeuble. De même le propriétaire ne craindrait pas la signature de baux à long terme, puisque le locataire lui verserait en permanence la même somme que si le contrat avait été renouvelé. En permettant de sauvegarder les intérêts des parties, l'indice maintiendrait leurs positions respectives : les loyers peu onéreux par rapport au marché demeurant tels, et les donneurs à bail avantagés par une bonne négociation perpétuant leurs avantages dans le temps. La solution ainsi préconisée, fondée sur l'objet du contrat, aurait enfin pour avantage de renforcer la stabilité du bail, puisque de part et d'autre, les parties ne craindraient pas de le prévoir à long terme³.

¹ Dans son art. 16, la loi du 16 juillet 1989 prévoit du reste la mise en place de tels observatoires, avec mission de recueillir les données statistiques utiles aux commissions départementales de conciliation (Sur la loi du 16 juillet 1989 : J. et F. LAFOND, *Les baux d'habitation après la loi du 16 juillet 1989*, Litec, 1990).

² Cette référence connaît un début d'application législative avec les art. 17 b) et 19 L. 16 juillet 1989.

³ Naturellement, cette indexation qui paraît efficace au regard des critères énoncés serait pratiquement difficile. La construction d'un tel indice serait complexe puisque si

408. L'indice du coût de la construction ne donne certainement pas de résultats comparables à ceux que l'on peut escompter d'un tel indice. Il semble que son seul rattachement avec le marché locatif soit le caractère immobilier, ce qui ne signifie en aucun cas que cet indice soit apte à garantir le niveau des loyers. C'est peut-être en cela, d'ailleurs, que se trouve la justification de la présomption légale de rattachement de la loi de 1970 : sans elle, l'indice du coût de la construction de l'INSEE n'aurait jamais pu être utilisé de façon extensive dans les baux, comme il l'a été. Or c'est un indice dont il est patent qu'il augmente moins vite que le niveau général des loyers, que les indices de coût concurrents, et qu'il est encore très inférieur à l'évolution du pouvoir d'achat, tel que la décrit l'indice des prix¹. S'il n'y a pas de raisons proprement juridiques d'imposer cet indice, il en est d'autres, qui tiennent à la protection des locataires, mais aussi à l'état de l'opinion, et à la gestion de l'indice des prix. La loi de 1970 semble ainsi être davantage fondée sur des motifs politiques que sur des arguments juridiques ou économiques.

On pourrait peut-être tenter de comprendre la pertinence de l'irruption de l'indice de la construction dans le domaine locatif, en raisonnant comme si l'immeuble loué était une denrée périssable, et qu'il fallait l'amortir grâce aux loyers afin de le reconstruire une fois péri. Imaginons que l'on construise un immeuble, dont le coût est mille. Si l'on décide qu'il se dressera pendant dix ans après quoi il sera détruit, le loyer de cet immeuble, envisagé globalement, sera de cent par an. Mais si l'on est en période de hausse des prix, il est douteux que la reconstruction de l'immeuble à l'identique ne coûte que mille. C'est pourquoi l'indexation sur le coût de la construction est utile en ce cas : par l'ajustement des loyers qu'elle permettrait, la somme totale encaissée sur les dix années au titre du bail permettrait à peu près de reconstruire l'immeuble à l'identique.

Le raisonnement peut paraître exact dans cet exemple ; c'est assez dire qu'il est faux dans l'absolu, et pour des raisons diverses. La première est qu'un immeuble bâti n'a pas, comme un meuble d'entreprise, de durée de vie prévue. L'idée d'un amortissement de l'immeuble n'a pas de signification en soi : il n'y a guère que la vétusté d'un immeuble qui puisse entraîner sa destruction, mais non une décision prise *a priori*, au moment de la fixation du loyer. En imaginant même que l'immeuble s'amortisse, il est *a fortiori* inconcevable qu'il s'agisse d'un amortissement par voie de bail. En effet, signifiant que le loyer n'est rien d'autre qu'une fraction de la valeur vénale de l'immeuble à amortir, cette solution implique que le loyer doit devenir nul une fois l'immeuble amorti. Conséquence singulière, puisqu'aussi bien il est fréquent que les immeubles les plus anciens soient les plus recherchés, et donc susceptibles des loyers les plus élevés. Enfin,

tous les loyers étaient ainsi indexés, leur niveau général ne pourrait plus guère servir de référence. C'est d'ailleurs tout le problème de l'auto-référence en matière de contrat : elle a pour effet de juguler les hausses, de sorte que l'indice, conçu comme juste, finit par être inefficace pour peu qu'il ait un certain succès. En conséquence, pour construire ce type d'indice, il conviendrait de se fonder non sur le niveau des loyers, mais sur celui des renouvellements de loyers à condition qu'ils soient libres et négociés.

En plus de cela, une difficulté concrète provient de l'organisation d'un tel indice, réclamant des échantillonnages difficiles à relever, et encourant le risque d'un manque de représentativité. Cette considérable difficulté technique n'empêche pas qu'une indexation satisfaisante soit théoriquement praticable.

¹ L'indice du coût de la construction apparaît ainsi comme un indice "gouvernementaliste", qui tente de réguler les rapports sociaux au bénéfice de l'état global de l'économie, sans se soucier de l'équilibre des situations individuelles.

on relèvera que si le raisonnement en question était exact, le montant du loyer ne dépendrait que du coût de fabrication de l'immeuble, et de sa durée de vie théorique. C'est bien sûr faux puisque le loyer dépend d'autres éléments, et notamment de la situation géographique de l'immeuble.

409. L'ancrage à la valeur n'a donc pas été réalisé en matière de bail pour des raisons politiques, alors qu'il n'est pas impossible dans le principe¹. En revanche, la question de la possibilité d'un ancrage à la valeur se complique jusqu'à devenir aiguë pour certaines obligations libellées en unités de paiement, dont l'expression échappe par nature à la prise en compte de toute valeur.

Les obligations libellées en unités de paiement présentent des difficultés particulières en ce qui concerne leur stabilisation. Évitant par définition toute référence à la valeur, il est bien difficile de trouver à quoi les accrocher afin d'éviter leur dévalorisation. Mais cela ne signifie pas que les obligations libellées en unités de paiement doivent être livrées à l'érosion monétaire. C'est en matière de prêt que la question se pose de la façon la plus sensible, d'une part en raison de la barrière psychologique que continue de dresser l'article 1895 du Code civil à la revalorisation des prêts², d'autre part en ce que le régime de la plupart des obligations de ce type est spécialement réglé. Le seul prêt d'argent pose un problème spécifique, faute de réglementation adaptée. Toutefois, contrairement à ce que l'on pourrait d'emblée penser, la difficulté essentielle que cette obligation recèle ne tient pas tant à l'absence de valeurs auxquelles accrocher l'objet qu'au choix alternatif par lequel il faut passer pour la stabiliser.

410. Il y a deux façons d'appréhender le contenu de la restitution du prêt, selon le point de vue d'où on l'observe : extrinsèque ou intrinsèque. Dans une première vue, intrinsèque à la transaction, la restitution du prêt est prise en considération à partir de son équilibre interne : l'emprunteur doit alors non pas la somme nominale que lui a transférée le prêteur, mais ce que cette somme lui a permis de faire, car tout ce qui est issu de cette somme n'a été rendu possible que par le prêteur, et doit donc lui être rapporté. Dans une seconde vue, extrinsèque par rapport au lien entre les parties, la restitution du prêt n'a de sens qu'à travers l'emploi que le prêteur pouvait anticiper de la somme qui lui était due, et l'emprunteur doit ainsi un certain pouvoir d'achat, le même que celui qui lui a été transféré lors de la constitution du prêt. Dans le point de vue intrinsèque au rapport, on envisage le prêt sous l'angle de l'emploi auquel il donne lieu, et l'on ancre ainsi la restitution à la valeur qui se trouve à l'horizon de la monnaie, s'il en est une. Dans le point de vue extrinsèque, tout se passe comme si l'objet du prêt consistait plus en un pouvoir d'achat qu'en une somme de monnaie, de telle sorte que c'est ce même pouvoir d'achat qui doit être stabilisé à seule fin d'être restitué.

¹ Certains des éléments nécessaires à la constitution d'un indice favorable apparaissent, on l'a vu, dans la loi du 16 juillet 1989. Peut-être est-ce là le signe annonciateur d'une réforme future de l'indexation des baux, d'autant plus favorable que les outils techniques sur lesquels elle s'appuierait seraient déjà acquis en législation. En tout cas, il est bien certain qu'aucune indexation satisfaisante ne sera obtenue tant que la présomption de relation directe entre le bail et l'indice du coût de la construction, mise en place par la loi du 5 juillet 1970, n'aura pas été supprimée.

² On rappelle toutefois que la Cour de cassation, qui a mis très longtemps avant d'admettre l'indexation en matière de prêt en raison de l'art. 1895 C. civ., est revenue sur sa position en 1957 : Civ. 1^{re} 27 juin 1957, *J.C.P.* 1957.II.10093 bis, concl. Besson ; *D.* 1957.649, note G. Ripert, précité.

411. La première voie a déjà été débattue dans son principe, et n'appelle à la vérité plus de longs développements. En faveur de cette solution, on peut exciper de l'article 1469 du Code civil, applicable aux récompenses, qui prévoit que le montant de la restitution des prêts, en matière matrimoniale, suit la valeur de l'emploi qui a été fait de la somme d'argent prêtée. On peut encore mentionner l'autorisation jurisprudentielle d'indexer les prêts immobiliers sur l'indice du coût de la construction, alors que le domaine immobilier fait référence à l'emploi de la monnaie, et non aux considérations qui ont présidé à l'obtention du prêt¹. On signalera encore, mais avec plus de précautions, l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 18 janvier 1989, aux termes duquel le prêt doit être assimilé à la donation en ce qui concerne son rapport, et donc suivre la valeur de l'emploi de la somme².

Bien entendu, les objections ne manquent pas à un tel traitement. Les unes sont d'ordre quasi-moral, et tiennent au fait qu'il n'y a guère de raison que le prêteur s'enrichisse des bonnes affaires de l'emprunteur, ou s'appauvrisse de ses maladresses ; les autres plutôt pratiques, et concernent la difficulté à connaître, *a priori*, le montant du remboursement, et donc les modalités de celui-ci³.

Mais quelles que soient les difficultés réelles qu'elle implique, cette solution peut se recommander de ses avantages théoriques, comme de sa mise en œuvre dans certains secteurs du droit positif français⁴.

412. La seconde solution se justifie, quant à elle, par une analyse serrée de l'objet de l'obligation de remboursement du prêt d'argent, et par l'application des principes gouvernant l'ancrage à la valeur préexistante à l'obligation. Lorsqu'une obligation est libellée en unités de paiement, celles-ci constituent l'objet de l'obligation à l'exclusion de toute valeur. On peut dès lors dire que l'ancrage à l'objet de l'obligation est possible en matière de prêt, puisqu'aussi bien l'obligation libellée en unités de paiement a pour objet la monnaie, au sens matériel⁵, et que l'on peut en connaître l'évolution par approximation. En effet, la notion de "valeur de la monnaie", telle qu'elle est entendue, désigne quelque chose qui s'apparente à son pouvoir d'achat. Dans cette vue, la monnaie n'est plus la mesure commune de toutes les valeurs, mais plutôt un pouvoir d'achat indifférencié⁶. Et ce que le créancier s'attend à recevoir, au-delà de la somme nominale qui lui est promise, c'est bien un certain pouvoir d'achat correspondant à celui qu'il avait prêté. C'est ainsi qu'il n'y a aucune objection logique à considérer que la restitution d'un prêt d'argent peut contrebalancer la baisse du pouvoir d'achat de la monnaie, par le biais d'un rattachement à l'indice des prix.

Sans doute les ordonnances de 58-59 ont-elles interdit le recours à l'indice des prix. Mais par ailleurs, elles ont encouragé les clauses prévoyant l'indexation sur

¹ Civ. 1^{re} 9 janvier 1974, précité, *J.C.P.* 1974.II.17806 note J.-P. Lévy ; *Rép. Defrénois* 1974, art. 30547, et 1975, art. 30996 note J.-L. Aubert ; *Rev. trim. dr. civ.* 1974.805 obs. Y. Loussouarn.

² Civ. 1^{re} 18 janvier 1989, précité, *D.* 1989.305, note G. Morin

³ Ces difficultés sont assez considérables, et l'on conçoit mal, dans le cadre d'un prêt à long terme, la façon de prévoir un taux d'intérêt servi à échéances fixes, alors que le principal du remboursement est amené à se modifier.

⁴ Pour une proposition assez mesurée d'extension jurisprudentielle de la méthode : J.-C. LAURENT, « Brèves observations sur la cause d'un prêt », *Gaz. Pal.* 1975.1.Doct. p. 365.

⁵ J.-P. LÉVY, *op. cit.*, Fasc. B-2, 3^e cah., n° 71 et s.

⁶ Cette différence de conception n'est pas nécessairement choquante, car dans un cas, il est fait référence aux unités de valeur, et aux unités de paiement dans l'autre.

des prix de biens, produits ou services ayant un rapport avec l'objet de la convention. Il en résulte que d'une certaine façon, l'article 14 de l'ordonnance de 1959 crée une sorte de cercle vicieux pour le prêt d'argent. C'est pourquoi on adoptera comme position de principe, en dehors des chemins balisés par le droit positif, qu'il est légitime de soutenir que l'indexation du prêt d'argent sur l'indice des prix est valable, en contemplation de l'objectif consistant à ancrer l'obligation à une valeur intrinsèque à l'obligation.

413. Toutefois, l'existence de deux possibilités d'ancrage à la valeur n'oblige peut-être pas à faire un choix. On a constaté que l'ancrage à la valeur subséquente était en elle-même difficile à justifier, ce qui devrait nous laisser hésitant quant à une éventuelle généralisation de la solution. C'est ainsi que l'on aura avantage à essayer de démêler d'abord les raisons pour lesquelles le droit français a pu avoir recours à ce type de solutions dans les situations déjà passées en revue, avant de pouvoir se prononcer sur la restitution du prêt en général.

La spécificité des récompenses ou du prêt aux enfants n'est pas au fond leur commun caractère familial, encore que l'on puisse d'abord le penser. Ce critère discriminant n'est pas non plus tout à fait le caractère négocié des prêts, puisqu'à des degrés divers, les deux le sont ou pourraient l'être. Ce qui les sépare des autres prêts de manière bien plus déterminante, c'est qu'ils sont faits à titre gratuit, alors que les prêts ont d'habitude un caractère onéreux. On peut ainsi bien mieux rendre compte du droit positif : lorsque le prêt est à titre onéreux, les modalités de sa restitution sont prévues et fixées par le contrat ; lorsqu'il s'agit d'un prêt à titre gratuit, la restitution n'est plus la restitution nominale caractéristique des obligations libellées en unités de paiement, mais procède par rattachement à la valeur d'emploi de la monnaie.

On sera du reste encouragé à utiliser cette grille de lecture en observant que cette caractéristique de gratuité se retrouve dans l'autre domaine où fonctionne identiquement la dette de valeur : le rapport des libéralités. On est d'autant mieux fondé à insister sur le lien entre un mode de restitution particulier et le caractère gratuit du contrat que ce critère fonctionne à propos de toutes les restitutions particulières que connaît le droit français ¹.

414. Mais encore reste-t-il à justifier ce lien entre la gratuité et l'ancrage à la valeur d'emploi de la monnaie. Sans doute apparaît-il de façon immédiate que ces prêts à titre gratuit n'incorporent ni rémunération pour le prêteur, ni indexation, ni protection d'aucune sorte contre l'érosion monétaire. Ne pas les réévaluer, c'est alors mettre le fardeau de la dépréciation monétaire à la charge de celui qui a rendu service, ce qui revient à lui faire payer bien cher sa gentillesse. Mais le mode de restitution ne peut s'expliquer seulement par là, car un indice forfaitaire, proche du rythme de la hausse des prix ou du taux du marché monétaire, aurait pu être choisi pour servir spécialement en cette circonstance. Si le législateur a inventé un mode de restitution très différent, et somme toute avantageux pour le

¹ Au reste, Pothier avait repris la suggestion que Barbeyrac avait faite avant lui, consistant à distinguer le mode de remboursement du prêt selon que le contrat avait été gratuit ou onéreux. En cas de prêt négocié, Barbeyrac prévoyait un remboursement conforme à ce qui avait été prévu par contrat ; en cas de prêt à titre gratuit, il estimait que la restitution devait porter sur le même poids d'or, et de même aloi, qui avait été prêté. Pothier justifie la validité de la distinction, et la trouve juste. Mais des considérations nominalistes interviennent *in extremis* pour lui faire refuser que la monnaie puisse avoir cours pour une autre valeur que celle que le Prince a décidé de lui donner : POTHIER, *Traité du contrat de prêt de consommation*, n° 36, in *Œuvres de Pothier*, t. IV, précité, p. 69.

créancier, c'est peut-être parce qu'il a été sensible à certains éléments particuliers de l'acte à titre gratuit.

L'objet exact d'un prêt ou d'un don d'argent est bien sûr la monnaie de paiement versée. Mais à y regarder de plus près, il apparaît que l'objet de ces obligations est double, que si l'on donne ou prête de la monnaie, c'est toujours au bon moment, lorsque l'*accipiens* en éprouve la nécessité. À la caractéristique monétaire de l'obligation s'ajoute un autre élément, qui tient de l'occasion comme du service : au moment où l'argent est prêté ou donné, l'*accipiens* en avait besoin¹. Or cet aspect occasionnel est peut-être le plus important en matière de transfert de monnaie à titre gratuit : ce qui donne la clef du mode de restitution.

415. Tant que l'on considère le prêt ou la donation comme axés sur l'argent transféré, on ne comprend plus guère pour quelle raison la restitution déroge au mode de fonctionnement normal des obligations libellées en unités de paiement. En revanche, si l'on s'avise que le service rendu est déterminant en la matière, le mode de restitution du transfert s'explique bien mieux. Il va de soi que cet aspect justifie que le *solvens* ne se trouve pas lésé après restitution, qu'il retrouve une somme d'argent qui ne soit pas obérée par l'érosion monétaire. Mais au-delà, le caractère gratuit du transfert justifie que fasse retour vers le premier patrimoine non pas ce qui a été donné, mais tout ce que cela a permis d'acquérir ou de faire. Ce qui fait à titre principal l'objet du paiement, c'est le service plus que l'argent prêté. L'objet de la restitution est le paiement du service rendu, au-delà du remboursement de la somme. Dans cette vue, l'important dans le transfert n'est pas l'argent, mais le moment, c'est-à-dire l'opportunité. L'urgence passée, le débiteur ou le successible, en meilleure posture, peuvent reverser l'intégralité de ce qui leur a été apporté, c'est-à-dire la mise de fonds et ce qu'elle a permis de faire².

Ce qui caractérise ainsi le rapport des libéralités, c'est la nécessité de reconstituer le patrimoine du *de cujus* en prenant en considération l'aide ponctuelle qu'il a apportée au successible à un moment donné. De la sorte, on considère presque que ce qu'il avait donné de son vivant n'était pas donné *stricto sensu*, mais plutôt confié à la façon d'un usufruit : la chose ou l'argent sont entre les mains du gratifié, qui en aura plus tard la propriété ; entre-temps, celui-ci peut en disposer, en est possesseur ou détenteur, mais la propriété ultime en demeure au donateur. De telle sorte qu'il ne paraît pas illégitime de rattacher au patrimoine d'origine non seulement la chose objet de la donation, mais aussi bien toutes ses destinées, tout l'enrichissement auquel elle a pu donner lieu. Après tout, l'entier profit réalisé par le gratifié a eu la donation pour condition ; s'il peut être imputé à ses mérites, il l'est tout autant à la mise de fonds initiale. Le retour vers le patrimoine donateur peut s'analyser en un retour de tout ce qui est entré dans le patrimoine donataire à la faveur de la donation³. À certains

¹ Il y a à l'intérieur de ces obligations quelque chose qui ressortit au *Kairos* des anciens Grecs, quelque chose qui est de l'ordre du bon moment, de l'occasion qui ne se présente qu'une fois. Le prêt gratuit s'insère normalement dans une circonstance marquée par le besoin. Au moment où l'époux emprunte à la communauté, c'est sous la pression des circonstances : la somme aurait été inutile avant, elle le sera peut-être après. Mais au moment où la réparation doit avoir lieu, où l'acquisition peut se faire, le prêt est le bienvenu.

² À l'exception naturellement de l'hypothèse où l'*accipiens* a dissipé la somme, auquel cas c'est un mode de retour normal qui s'impose.

³ Ce que l'on peut en concevoir d'injuste est tempéré par la modalité du rapport, qui se fait en moins-prenant. Ce que le donataire aura réalisé de son propre chef

égards, le principe du rapport n'est pas choquant : la donation est un acte à titre gratuit, et l'on conçoit que les avantages perçus par le gratifié doivent être rapportés, puisqu'il ne se trouvera jamais dans une situation plus mauvaise que celle où il était avant la gratification. En se plaçant dans une hypothèse extrême, il peut se produire que tout le profit réalisé par le gratifié soit réduit en raison de l'insuffisance de la succession. Mais même dans cette hypothèse, la situation du gratifié demeure meilleure que celle où il était avant la gratification, puisqu'il a tout de même bénéficié de certains effets de la libéralité, sinon de tous.

Ces considérations conservent leur validité en matière de paiement des récompenses, puisque le transfert de monnaie n'y était justifié que par la nécessité de rendre service à l'un des époux ou à la communauté à un moment donné. De la sorte, on comprend bien que la restitution ne suive pas les règles contractuelles applicables en matière de prêt, pour prendre en compte l'intégralité de ce que ce service a permis. S'agissant de rendre non une somme de monnaie au sens limité mais les avantages de son transfert à un moment donné, c'est tout l'enrichissement qui doit être restitué.

416. Deux solutions distinctes peuvent donc être proposées en matière de prêt, de manière à adapter l'obligation à la condition d'ancrage à la valeur : lorsque le contrat est stipulé à titre gratuit, l'emprunteur doit au prêteur l'entière destinée de la somme ; lorsque le contrat est onéreux, le principal de la dette doit suivre la hausse des prix à moins qu'une autre modalité de restitution ait été choisie, plus favorable à la partie que l'on cherche à protéger.

§ 2. BILAN DE L'ANCRAGE À LA VALEUR

417. C'est presque par déduction que l'ancrage à la valeur a pu nous apparaître comme la meilleure des solutions à l'encontre des effets de la hausse des prix. La référence à l'indice des prix étant écartée comme inadaptée au phénomène inflationniste, l'ancrage à la valeur-pivot de l'obligation est apparu par défaut comme la seule méthode de stabilisation efficace. On a du reste pu voir que cet ancrage était parfois réalisé dans la pratique, la réglementation de certains contrats à long terme l'ayant adopté ou étant en passe de le faire. Dans d'autres domaines où une telle stabilisation n'a pas été mise en place, on a montré qu'il n'était pas impossible de faire jouer ce mécanisme. Il est donc temps de porter une appréciation critique sur la méthode, de manière à montrer qu'elle a d'autres titres à faire valoir pour s'imposer en la matière, qu'une simple vocation résiduelle. En particulier, il importe de mettre en évidence que cette méthode, en plus d'être adéquate à son objet, permet de promouvoir la justice contractuelle¹. La justification apportée à la méthode ne passe donc pas par des considérations d'ordre économique. Mais cette lacune n'est pas due à un manque de compétences

continue de lui appartenir, même si c'est considéré comme une part qu'il ne prendra pas dans la succession.

¹ Sur l'importance de cette notion, v. J. GHESTIN, *Le contrat : formation*, précité, p. 178 et s. ; *Addé* : le numéro spécial des Archives de philosophie du droit de 1981, portant en titre : l'utile et le juste. (notamment : J. GHESTIN, « L'utile et le juste », *Arch. phil. dr.* 1981.35).

qui rendrait une telle vérification périlleuse ; elle l'est plutôt à la prise en compte de la doctrine économique, et au fait que celle-ci n'est pas en mesure de prévoir si une décision politique aura ou non les répercussions économiques souhaitées ¹. C'est la raison pour laquelle on devra présumer que cette méthode ne cause aucun désordre économique, et qu'elle est valable si ses avantages juridiques sont établis. Toutefois, après que l'on aura montré que l'ancrage à la valeur réalise une certaine justice que l'on ne peut atteindre autrement (A), il conviendra de porter un regard critique sur la méthode, qui sous prétexte de lutter contre les répercussions de l'inflation, va bien au-delà de son objet, dans des zones où sa validité est moins assurée (B).

A. Les avantages de l'ancrage

418. L'utilisation d'une valeur pour tenir le compte d'une obligation monétaire en fait évoluer le *quantum* monétaire jusqu'à l'échéance, ce qui est du reste l'effet escompté. Mais la juste mesure de la différence entre le montant nominal et le nouveau montant est difficile à apprécier. Nous manquons de critères nous permettant de dire dans quelle mesure la substitution d'objet est légitime, et dans laquelle elle est abusive. En se fondant sur les règles de la justice distributive, il semble que l'on puisse toutefois dire que les effets de la transformation sont justes si celle-ci se borne à remettre les parties dans la situation même où elles seraient si l'obligation naissait au moment où le paiement doit être fait ². Dans un sens un peu détourné, on peut utiliser la formule *rebus sic stantibus* comme critère de la transformation des obligations : celle-ci n'est légitime que si elle réactualise à tout moment les positions respectives initiales des parties. Pour être juste, l'augmentation du montant monétaire de l'obligation ne doit pas se doubler d'une augmentation de ce montant par rapport à la valeur objet de l'obligation.

C'est donc à la lumière de la substance de l'obligation que l'on peut s'assurer de la légitimité de l'opération : l'objet n'étant pas modifié par le recours à la valeur, expression primitive de l'obligation, la créance ne peut être dénaturée. Par l'ancrage à la valeur, l'objet n'est pas transformé dans sa substance, mais remplacé par une autre expression à laquelle il est par définition équivalent. Le maintien du principe, de la substance, de l'objet de l'obligation à travers cet ancrage exclut ainsi toute dénaturation.

419. Soit l'exemple d'un contrat de location d'immeuble à usage d'habitation, dont le loyer s'échelonne dans le temps en période de hausse des prix ³. Si ce

¹ Cette prise de position n'est pas dirigée contre la science économique, mais contre la tentation de confondre le modèle et la réalité. Les économistes raisonnent à partir de modèles sociaux, qui ne sont que des représentations simplifiées de la réalité. Tout résultat n'est donc vrai que pour le modèle, et non à l'égard de la réalité à laquelle il est supposé être adéquat. Au reste, qui n'a en tête les polémiques entre économistes à propos des résultats attendus de telle ou telle mesure, dont il ressort ordinairement qu'elles ne tiennent qu'à des modèles différents ?

² V. P. Catala, qui estime que la solution théorique aux effets de la dépréciation monétaire consiste dans la plupart des cas à "actualiser l'évaluation" : P. CATALA, *op. cit.*, n° 3, p. 446.

³ Cet exemple est pris pour sa valeur illustrative, ce qui explique qu'il soit indépendant de la réglementation en vigueur.

loyer est laissé en l'état, le bailleur aura loué sa chose pour un montant inférieur à celui qu'il obtiendrait en relouant fréquemment l'immeuble, et donc en refusant les baux à long terme. L'érosion monétaire aura ainsi compromis sa situation. En revanche, il pourra se considérer comme satisfait si les loyers qui lui sont périodiquement versés ne le lèsent pas par rapport à ceux qu'il aurait pu obtenir en relouant, si les effets de la hausse des prix sont contrecarrés par une adaptation systématique aux loyers en vigueur. Mais pour que la solution apparaisse comme juste aux yeux des deux parties, encore faut-il l'affiner quelque peu. Imaginons que le locataire ait fait une bonne affaire en ce que le loyer demandé était inférieur aux loyers des immeubles équivalents : si l'on appliquait à la lettre la consigne qui vient d'être proposée, ce déséquilibre initial serait globalement compensé, puisqu'aussi bien le loyer à percevoir au moment du paiement s'alignerait sur les loyers des immeubles équivalents. Trop radical, ce réajustement esquiverait certes les risques monétaires, mais compterait pour rien l'autonomie de la volonté, le libre jeu de la négociation entre les parties. C'est pourquoi on serait plus précis en disant que le réajustement du loyer de baux à long terme doit être tel que les deux parties se retrouvent dans le même état relatif que celui où elles étaient au moment de sa fixation. De la sorte, si le bailleur a demandé un montant inférieur à celui du marché, un ancrage satisfaisant sera celui aux termes duquel le nouveau loyer restera inférieur à celui du marché, de manière à ce que le bailleur ne soit pas victime de la dépréciation monétaire, sans pour autant bénéficier de la substitution d'une valeur au contenu monétaire de l'obligation. De la même façon, si c'est le locataire qui a fait une piètre affaire, il convient que l'ancrage réalisé ne l'avantage pas en retournant indûment la situation à son profit.

Ce n'est qu'en choisissant un indice qui épouse au plus près la valeur des loyers d'immeubles comparables que l'on peut parvenir à ce résultat. Pour sauvegarder l'équilibre du contrat entre les parties, il importe de toujours les laisser face à la substance de leur obligation. Le rattachement à la valeur ainsi opéré est tel qu'il conserve l'économie générale de la transaction, tout en épargnant aux parties les répercussions de la dépréciation monétaire. Le prix de la chose suit les méandres de l'évolution de son cours, sans que pour autant les positions relatives des parties soient remodelées par l'indice, au bénéfice de l'une ou de l'autre.

420. Cette solution n'est du reste pas seulement valable en matière contractuelle : elle l'est tout autant lorsque l'obligation est issue d'un fait juridique, ou prononcée par un juge. Lorsque l'ancrage de l'obligation est réalisé par le recours à une valeur préexistante, on observe encore le maintien des conditions essentielles de l'équilibre de l'obligation. Ce recours est fondé sur l'idée que l'expression monétaire de l'obligation n'est rien d'autre que la liquidation d'une valeur qui en tient le compte. De la sorte, fixer d'emblée un *quantum* monétaire revient à figer inutilement l'obligation, et à la livrer aux conséquences de la dépréciation monétaire. En revanche, conserver à l'obligation son libellé en valeur permet d'obtenir un *quantum* monétaire satisfaisant dès lors que l'on a besoin de liquider l'obligation pour l'exécuter.

Ces considérations s'appliquent tout particulièrement en matière de responsabilité, puisqu'aussi bien à quelque moment que l'on décide de liquider la dette de réparation, celle-ci se révèle apte à réparer l'intégralité du préjudice. De la sorte, la somme fournie est toujours adéquate au préjudice, puisqu'elle y demeure en permanence rattachée. Cette solution produit encore des effets favorables par exemple en matière de rachat de la lésion, puisque c'est toujours la valeur actuelle de l'immeuble qui est prise en compte à fin d'indemnisation. Le vendeur lésé pourra donc toujours obtenir un juste complément de prix, puisque c'est à partir de la valeur actuelle que ce complément sera calculé. Mais globalement, il recevra toujours moins que ce à quoi il aurait eu droit s'il avait vendu

l'immeuble au moment du rachat de la lésion. En effet, la part premièrement payée par l'acheteur n'est jamais réévaluée, qui empêche le vendeur d'obtenir la totalité du juste prix. C'est ainsi que les effets de la lésion pourront être corrigés à travers le rachat, sans que l'imprudence du vendeur ne lui soit totalement imputée, ni que l'acheteur s'en tire toujours par une bonne affaire¹. C'est là d'ailleurs la raison pour laquelle la technique de la dette de valeur est née dans des matières où la valeur préexistante apparaissait d'emblée : la justification de la technique y était en effet évidente, puisque le rôle de pivot de l'obligation qu'occupe la valeur est immédiatement perceptible.

421. Le recours à la valeur préexistante apparaît comme une solution satisfaisante pour la raison simple qu'il exclut la prise en compte du temps dans l'obligation. Tout se passe comme si l'obligation, au lieu d'être munie d'une apparence temporelle, actualisée par le *quantum* monétaire, était soustraite à l'actualité, et comme mise en suspens. Accrochée à une valeur, l'obligation n'est plus immédiatement payable puisqu'elle doit être liquidée auparavant. Elle existe donc à l'état latent, susceptible de donner lieu à exécution, mais végétant dans l'attente de celle-ci. La technique de la dette de valeur fige en l'état l'obligation qui se payera en argent, et cet immobilisme lui permet d'éviter de subir le passage du temps. Si cette technique en suspend ainsi le cours, c'est pour que l'obligation soit à tout moment adaptée à son objet. Le paradoxe de la dette de valeur est ainsi de retirer l'obligation du temps qui passe, mais pour en assurer l'actualité.

422. Il est incontestable que l'ancrage à la valeur préexistante réalise une forme de justice distributive dans les rapports entre parties aux obligations, puisqu'il permet d'esquiver les conséquences de l'érosion monétaire, sans pour autant dénaturer la substance de l'obligation. Par ailleurs, cette solution n'a guère de raison de poser des problèmes d'ordre économique. Sans doute faudrait-il des simulations économétriques précises pour savoir si cet ancrage stimulerait la hausse des prix. Mais d'une façon un peu littéraire, on pourrait dire qu'à partir du moment où le *quantum* de l'obligation qui s'exécute dans le temps n'est pas différent de ce qu'il serait si elle s'exécutait au moment du paiement, l'équilibre économique ne doit pas être bouleversé. Comment des déséquilibres pourraient-ils apparaître, alors que tout se passe comme si l'érosion monétaire n'avait pas produit d'effets ?

S'il est vrai qu'au regard des tensions inflationnistes, l'ancrage proposé peut paraître moins satisfaisant qu'un système nominaliste absolu, en ce que les montants monétaires des obligations y seront malgré tout poussés à la hausse, il est néanmoins meilleur que celui qui existe aujourd'hui. La conception actuelle du nominalisme n'exclut pas que les obligations soient revalorisées : tout au plus est-il interdit que les parties aient recours à certains types d'indices, ou à des indices inadaptés à l'obligation. Mais ce faisant, le risque de dénaturation de l'obligation est grand. Si l'indice choisi était toujours en relation étroite avec

¹ Il serait peut-être un peu imprudent de considérer que la stabilisation du rapport existant entre vendeur et acheteur est voulue, l'un continuant tout de même à faire une bonne affaire, et l'autre une mauvaise. Toutefois, si rien de positif ne permet de dire que ce résultat a été effectivement poursuivi, il est tout de même notable qu'il existe. Une fois de plus, on admirera l'acuité du regard judiciaire, qui tranche intuitivement des situations au plus près de ce que des exigences raisonnées expriment.

De toute façon, le fait que le prix de rachat soit minoré du dixième du prix constitue un obstacle rédhibitoire à l'obtention par le vendeur du prix qu'il aurait perçu en vendant ultérieurement.

l'objet de la convention, une sorte d'ancrage à la valeur serait réalisé, qui serait tout à fait acceptable. Mais la pratique des contrats montre que les indices sont le plus souvent très éloignés de l'objet réel de la convention, quand les contractants ne choisissent pas un indice en relation avec leur activité, ce qui constitue presque toujours une dénaturation flagrante de l'objet du contrat ¹.

423. Ces avantages n'ont plus guère de validité dès lors que l'on passe du rattachement à une valeur préexistante, à un rattachement à une valeur subséquente. La condition de validité essentielle, dans le premier cas, était que le supplément nominal à payer par le débiteur ne soit pas disproportionné par rapport à l'équilibre de l'obligation, c'est-à-dire que la part en plus à payer ne se traduise pas en même temps par un supplément de la part du revenu du débiteur affectée au remboursement. C'est en considération de ces intérêts que le rattachement à une valeur subséquente soulève bien plus de méfiance que l'ancrage à la valeur préexistante. En l'absence de toute valeur fondatrice de l'équilibre de l'obligation, la valeur utilisée pour la stabiliser est une valeur extrinsèque au rapport initial, une valeur tout droit venue des intérêts propres du débiteur. En effet, le principe de l'ancrage au remploi de la somme permet au seul débiteur de choisir la valeur que suivra l'obligation. Du fait de cet ancrage arbitraire, il apparaît que l'économie initiale de l'obligation est sacrifiée au désir de mettre celle-ci à l'abri des conséquences de l'érosion monétaire. Autant le procédé pouvait paraître légitime dans le premier cas, en présence d'une valeur préexistante à l'obligation monétaire, autant il peut ne pas l'être dans celui-ci : la valeur choisie n'est liée à l'objet de l'obligation que par un lien contingent et non nécessaire. Est-il légitime que le *quantum* en soit différent selon que le *solvens* a dissipé l'argent, l'a conservé par devers lui, ou a réalisé un investissement profitable ? Une réponse négative s'impose, l'arbitraire le mieux caractérisé se trouvant ainsi placé au centre de la dette de valeur. C'est là du reste ce qui constitue l'objection primordiale à la mise en œuvre de la technique dans ce cas.

Tout au plus peut-on reconnaître que cet arbitraire n'existe pas dans tous les cas, puisque la valeur d'emploi pouvait servir de référence effective à l'obligation ², et qu'il n'est pas dangereux car le débiteur de l'obligation est toujours en mesure d'acquitter sa dette. L'arbitraire de la liaison à la valeur est sans doute gênant *per se*, en ce qu'il dénature l'objectif essentiel de la dette de valeur : ancrer l'obligation sans en bouleverser l'économie interne. Mais les dangers que fait courir au débiteur la dépréciation sont sans doute perçus comme plus graves encore qu'un arbitraire relatif. Entre la dépréciation du *quantum* de l'obligation, défavorable au créancier, et l'arbitraire relatif de son *quantum*, le droit français a choisi l'arbitraire, pourvu qu'il ne menace aucun des patrimoines en présence.

Dans les obligations libellées en unités de paiement, la sensibilité de la dette aux aléas monétaires est extrême, puisque leur *quantum* n'est fixé que par les unités de paiement. S'il est dangereux qu'un emprunteur ne puisse pas rembourser sa dette en raison du gonflement de son montant, hors de toute proportion avec les possibilités de remboursement du débiteur, ce danger peut paraître contenu lorsque l'on est certain que la situation du débiteur ne sera pas aggravée par le rattachement à une valeur, ce qui est le cas lorsqu'il y a eu ancrage à la valeur de remploi de la monnaie. On pourrait superficiellement en tirer que la charge de la dépréciation est ainsi passée du créancier au débiteur. Ce

¹ Sur la question, v. J.-P. LÉVY, *op. cit.*, Fasc. B-2, 3^e cah., n° 119 et s.

² C'est par exemple le cas de la donation de deniers en vue d'une utilisation précise.

n'est pas tout à fait exact pour autant. Par son attitude, le débiteur ancre lui-même l'obligation à une valeur. C'est donc lui qui a la responsabilité de son remboursement. Mais il n'est pas vrai que le *quantum* du remboursement avantage toujours ce débiteur : s'il dissipe la somme, ou ne l'emploie pas, c'est le montant nominal qui est dû, au préjudice du créancier. L'injustice de la démarche ne réside donc pas tant dans le *quantum* de l'obligation, que dans l'inégalité qui consiste à laisser à une seule des parties le choix de la somme à rembourser.

424. Avec ce nouvel ancrage, les exigences de la justice commutative viennent remplacer celles de la justice distributive, puisque la restitution est ainsi organisée que tout ce que le transfert initial d'unités de paiement a permis d'acquérir doit faire retour vers le patrimoine d'origine. La restitution, bien plus que comme une obligation envisagée isolément, se présente ainsi comme un mode de rééquilibrage global entre deux patrimoines, qu'un transfert initial a placés hors d'équilibre.

Le successible qui doit rapporter une libéralité en deniers qui lui a été faite du vivant du donateur doit rapporter les destinées de cette somme. Si le mode de rapport allait au bout de sa logique, le donataire qui a fait un investissement productif en rapporterait toute l'étendue à la succession, celui qui a conservé les fonds en rapporterait le montant nominal, et celui qui les a dissipés ne rapporterait rien¹. Le principe n'est pas appliqué dans toute sa rigueur ; mais le gratifié doit quand même rapporter tout le bénéfice qui lui vient de l'impulsion initiale, en quoi consiste la donation venue d'un autre patrimoine. S'il a acquis un immeuble grâce à des deniers donnés, c'est la valeur de cet immeuble qui doit être rapportée. Et le donataire est toujours en mesure de faire cette restitution, puisqu'aussi bien il a l'immeuble entre les mains ; s'il ne disposait pas de l'argent nécessaire, il pourrait toujours vendre l'immeuble². Enfin si le bien a été aliéné sans emploi, l'article 860 du Code civil dispose que le bien sera compté pour la valeur qu'il avait au moment de l'aliénation, ce qui correspond à une somme d'argent que le donateur a eue entre les mains, et dont il a profité ; s'il y a eu emploi après aliénation, la subrogation réelle jouera son rôle, et l'on se trouve, du point de vue des conséquences patrimoniales, dans la même situation que si l'immeuble avait été conservé en l'état. L'ancrage à la valeur subséquente ne produit donc pas de risques particuliers, car elle ne peut jamais ruiner le patrimoine du débiteur³.

425. Au-delà des questions de légitimité propres à l'ancrage à la valeur, au regard de l'équilibre de l'obligation, ce rattachement paraît justifié par des considérations de justice commutative⁴. On a en effet ici une application très pure d'un principe commutatif, puisque l'on évalue le rapport à partir du supplément que la donation a fait naître dans un patrimoine. Ce qui est restitué

¹ Mais le système encouragerait alors les donataires à dissiper les libéralités, de manière à ce que leur part finale de succession ne soit pas amputée. C'est pourquoi même lorsque le donataire vit de la libéralité et la dissipe, il doit tout de même en rapporter le montant initial. Sur cette question, v. P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Droit civil, Les successions, les libéralités*, Cujas, 1989, n° 920, pp. 429 et 430.

² On raisonne là de façon un peu idéale, en présence d'une obligation de restitution presque abstraite, sans insister sur le fait que le rapport se fait en moins-prenant de telle sorte que le débiteur ne doit rien payer. Mais l'hypothèse pourrait tout de même se réaliser en cas de réduction d'une libéralité.

³ Pour l'application à la subrogation réelle, v. V. RANOUIL, *op. cit.*, p. 75.

⁴ Sur la notion, J. GHESTIN, *op. cit.*, p. 194 et s.

par cette méthode, ce n'est pas tant ce qui a été donné que tout ce qui est né de cette donation dans le patrimoine du donataire. Le rapport fonctionne donc comme un rééquilibrage global des deux patrimoines : ce qu'une conception élargie de l'indivisibilité permet de faire techniquement, des considérations de justice commutative le fondent juridiquement. À propos des rattachements précédents, on a pu dire qu'ils étaient légitimes si l'augmentation du montant de l'obligation rattachée à une valeur ne se traduisait pas également par une augmentation de la part des ressources consacrée au remboursement. Mais ces conditions de justice distributive n'ont pas cours pour les rattachements dont il est ici question, parce qu'il est d'emblée évident que la nouvelle somme due se marquera par une modification certaine de la part affectée au remboursement.

Cependant, avant de critiquer la dette de valeur de ce chef, il convient de préciser que c'est en quelque sorte le prix à payer pour une possibilité d'ancrage. La stabilisation de l'obligation n'étant plus possible au regard de la justice distributive, il reste à l'établir au regard de la justice commutative. Tout le bénéfice qui est passé d'un patrimoine à l'autre sous le couvert d'un simple transfert de monnaie de paiement doit s'écouler en sens inverse, puisque ce n'était pas la somme en elle-même qui était versée, mais tout ce qu'elle permettait de faire.

L'ancrage à la valeur subséquente est donc bien moins convaincant en soi que le précédent : s'il permet d'éviter que l'obligation ne soit livrée à la dépréciation monétaire, il ne se recommande guère que d'avoir des effets peu dangereux ¹.

B. Les inconvénients de l'ancrage

426. Le mode de stabilisation des obligations qui est proposé paraît juste, ou en tout cas efficace : il remet les parties dans l'état où elles étaient lors de la formation de l'obligation, de telle sorte que tout se passe comme si la hausse des prix n'avait pas produit d'effets pervers dans leurs rapports ; même quand la situation des parties est bouleversée, le mode de stabilisation choisi protège

¹ Il semble du reste que ce soit sur un principe de justice commutative qu'est fondé le second rattachement de l'art. 14 de l'ordonnance de 1959, la possibilité d'indexer la convention sur « l'activité de l'une des parties ». En effet, ce type d'indexation mène sans coup férir à la dénaturation de l'obligation, puisque la valeur utilisée pour en tenir le compte est parfaitement arbitraire par rapport à l'objet de la convention. Un dentiste qui donnerait à bail deux appartements similaires pour un même loyer pourrait indexer un des contrats sur le cours de l'or, car son activité y est partiellement liée, et l'autre sur le cours du cacao si le locataire est par exemple pâtissier. Un an après la signature des deux baux, les loyers seront disproportionnés, alors que les appartements sont en tout point comparables. Comment les rédacteurs de l'ordonnance ont-ils pu justifier cette solution ? Sans doute par le recours à l'idée de justice commutative. En prenant un indice dans l'activité de l'une des parties, on pense peut-être que le montant du contrat ne deviendra jamais trop onéreux, puisque le patrimoine du débiteur, également sensible à l'indice, évoluera de la même façon. Ce raisonnement est évidemment faux. Pour qu'il fût en partie défendable, encore aurait-il fallu que l'indice choisi ait été en liaison avec les deux activités, et non avec une seule. Ou à tout le moins, que l'indice ait obligatoirement été en relation avec l'activité du débiteur, puisque lui seul est en cause. Faute d'avoir ainsi corrigé le choix de l'indice, on se retrouve avec une indexation qui dénature sûrement la substance de l'obligation, et qui n'apporte aucune garantie au débiteur (sur cette liaison : J.-P. LÉVY, *op. cit.*, Fasc. B-2, 3^e cah., n° 119 et s.).

relativement les obligations de la hausse des prix, sans compromettre le sort de l'une ou l'autre de ces parties. La méthode se recommande surtout de ne pas dénaturer les obligations stabilisées, d'en présenter un mode d'expression qui les double si parfaitement qu'hors de la hausse des prix, ces deux expressions pourraient être alternatives¹. Il n'en reste pas moins que la méthode entraîne certaines difficultés pratiques non négligeables, qui pourraient laisser penser qu'intéressante du point de vue de la conception de l'obligation, elle est en fait inapplicable. Au fond, elle consiste à remplacer toutes les obligations libellées en monnaie par des dettes de valeur. De ce fait, la méthode expose à toutes les difficultés pratiques de la dette de valeur², en même temps qu'elle crée un environnement où l'on ne sait jamais exactement quel sera le *quantum* de la dette avant son échéance. Ces difficultés sont certaines, mais il n'y a guère que la pratique qui puisse dire si la dégradation des obligations monétaires y est préférable. Du reste, la dette de valeur soulève des difficultés concrètes parce qu'elle est un greffon valoriste à l'intérieur d'un environnement nominaliste. Si la méthode était généralisée, les reproches qu'on lui adresse aujourd'hui disparaîtraient probablement. Ce qui ne signifie d'ailleurs pas que d'autres difficultés ne verraient pas le jour.

427. Par ailleurs, la méthode proposée suscite des difficultés de fond en ce qu'elle aboutit à la réception de la théorie de l'imprévision en droit français³.

En l'absence d'inflation, les prix ne sont jamais stables : ils continuent d'évoluer, chacun selon leur rythme propre. L'inflation n'est qu'un mouvement tendanciel de hausse, qui n'a pas de cessation prévisible. On peut dès lors n'être pas en situation d'inflation, tout en ayant certains prix qui évoluent par rapport aux autres, à la baisse comme à la hausse. Dans une telle situation, l'ancrage à la

¹ Raynaud écrit ainsi : « Si la monnaie jouait parfaitement son rôle, la distinction des dettes de valeur et des dettes de somme d'argent serait sans signification ; une bonne monnaie est la mesure des valeurs, donc toute dette s'exprime ou peut s'exprimer normalement en argent et son libellé monétaire traduit la valeur de la prestation qui en fait l'objet » (P. RAYNAUD, « Les dettes de valeur en droit français », précité, p. 611).

² M. Pillebout s'est récemment livré à une critique pratique de la dette de valeur, dont la vigueur impressionne (J.-F. PILLEBOUT, « Observations pragmatiques sur la dette de valeur », précité). On y lit en effet : « après avoir goûté les délices qu'offrent les raisonnements subtils du mécanisme de la réévaluation des dettes dans le droit de la famille, j'en suis arrivé à préconiser tout ce qui peut en éviter l'application pratique » (n° 1, p. 357). On ne discutera pas la pertinence de ces propos, tirés de la pratique notariale de l'auteur. Toutefois, on peut critiquer la dénonciation entreprise en ce qu'elle s'appuie sur les difficultés de la dette de valeur et les contentieux qu'elle emporte dans deux cas : le rapport des libéralités et la restitution des récompenses. Or ces deux situations sont par nature troublées, et génératrices de conflit, puisqu'il s'agit de divorce et de liquidation successorale. La dette de valeur est contestée pour ses inconvénients pratiques ; mais ceux-ci lui sont peut-être moins dus qu'imposés par les domaines où l'analyse est menée. Le jeu de la dette de valeur dans des secteurs moins contentieux donne de meilleurs résultats, en matière de réparation par exemple.

³ Dans la doctrine, cette réception est mieux assurée qu'en législation. Outre l'ouvrage classique de M. Starck, qui a toujours prôné l'admission de la révision pour imprévision (B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Contrat*, précité, n° 1156 et s., p. 476), MM. Ghestin et Billiau se prononcent également pour une certaine réception positive de l'imprévision ; néanmoins, la généralisation de ce qui est proposé ici irait outre la révision nuancée que les deux auteurs proposent (J. GHESTIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 127 et s., p. 168).

valeur continuera de rendre les mêmes services qu'en situation inflationniste, puisqu'il se désintéresse de l'état économique général pour prendre en considération les évolutions singulières de l'objet de l'obligation. De telle manière que les obligations continueront d'être stabilisées au regard de l'objet qui leur sert de pivot, sans pour autant que l'état d'inflation motive cette stabilisation.

En somme, hors d'une situation d'inflation, l'ancrage à la valeur constitue une acceptation rampante, larvée, de la théorie de l'imprévision. En effet, l'ancrage à la valeur conserve un certain équilibre interne de l'obligation contre les causes de rupture de cet équilibre. En acceptant cet ancrage, il semble donc que l'on revienne sur le fait que les parties forment une fois pour toutes les termes de leur contrat, pour accepter qu'elles modèlent l'économie générale de la convention indépendamment des modalités qui actualisent cet équilibre.

428. La question de cette acceptation larvée pourrait n'être que théorique, puisqu'aussi bien l'ancrage n'est proposé que comme un mode de lutte contre les effets de l'inflation. Mais on ne peut pas éluder ainsi la question, pour deux raisons. La première est que l'on n'est pas en mesure de décider clairement quelle est la hausse des prix qui justifie l'ancrage des obligations, ce qui fera jouer la stabilisation en permanence. S'il suffit d'une augmentation tendancielle des prix, quel que soit son rythme, alors l'imprévision ne sera refusée que dans le cas sans doute exceptionnel où l'indice des prix serait stable sur une longue durée. Si en revanche on décide de réserver l'ancrage à un taux d'inflation plus net, il faudra d'une part décider du seuil choisi, et d'autre part accepter une inflation faible mais constante, en dépit des problèmes qu'elle engendre à long terme¹. De ce fait, réserver l'ancrage à la valeur aux situations d'inflation occasionnerait des difficultés de mise en œuvre qui ne sont pas faciles à résoudre. Au surplus, une révision à éclipse du montant des obligations apparaîtrait politiquement comme une situation discutable.

En outre, à partir du moment où l'on déplace la question de l'état global de l'économie vers l'objet du contrat, on s'intéresse bien plus à l'obligation en elle-même qu'à son environnement. Dès lors, on voit mal les raisons de corriger les atteintes à l'équilibre du contrat lorsque toutes les situations contractuelles sont touchées, et de ne pas tenter d'y remédier lorsque certains biens voient leur cours évoluer de façon particulière. Si l'objectif que l'on s'assigne dans la correction des déséquilibres nés de l'inflation est d'éviter la détérioration des situations individuelles, on voit mal pourquoi celles-ci devraient être admises lorsque l'état global de l'économie n'est pas touché.

429. Si l'on reprend les exemples du bail, de l'accession ou encore du rachat de la lésion, on se rend compte que l'application de la dette de valeur va au-delà d'un certain rattrapage par rapport à l'érosion monétaire. Le remplacement de la monnaie par la valeur permet de parer aux conséquences de toutes les variations de prix, alors qu'elles ne sont peut-être imputables qu'au mouvement propre de la chose et nullement à la dépréciation monétaire, c'est-à-dire à l'effet perçu du bouleversement des prix. Pour le dire autrement, la technique de la dette de valeur protège les parties contre toutes les modifications de prix qui les affectent, que

¹ Les tentatives pour lutter contre la hausse des prix datent de l'après-guerre, en France, et ont donc été motivées par un taux d'inflation assez faible correspondant à une situation qui n'a jamais dépassé l'inflation à deux chiffres. De même, l'inflation des années soixante, à l'encontre de laquelle les art. 1099-1, 1469, 833-1, 868 et 869 C. civ. semblent avoir été dressés, était une inflation de faible ampleur au regard de celle que l'on a pu connaître à partir de 1973.

leur cause soit monétaire ou non. On s'en rendra compte en prenant l'exemple d'une vente lésionnaire, dans laquelle l'acheteur choisit le rachat plutôt que la rescision. On sait que le coût du rachat est fondé sur le prix actuel de l'immeuble, et non sur le prix de vente. Pourtant, si l'on ne se situe pas dans un contexte inflationniste, et donc si le prix de l'immeuble a augmenté pour des raisons spéculatives, le vendeur sera tout de même protégé par la double évaluation, puisqu'il bénéficiera des effets d'une hausse qui n'est pas due à l'érosion monétaire, mais par exemple à une meilleure desserte de l'immeuble. Si l'on peut admettre que les parties soient mises relativement à l'abri des aléas dus à la monnaie, peut-on accepter qu'elles soient également protégées de variations internes à l'économie de l'obligation ? Est-il acceptable que, sous couvert d'éviter les répercussions fâcheuses de l'instabilité monétaire, la dette de valeur institue au bénéfice des parties, ou de l'une d'elles cette fois, une véritable clause d'adaptation de l'obligation à toutes les circonstances extérieures, une sorte de clause de *hardship*¹ qui prend mécaniquement en charge tout ce qui peut affecter le montant de l'obligation ?

430. La résolution de cette question n'est guère aisée, tant il est vrai qu'on ne sait pas bien de quel côté l'aborder. L'existence de la protection par ancrage à la valeur peut d'abord rebuter en tant qu'elle est un moyen dissimulé de contourner le refus de la théorie de l'imprévision en droit privé français². Il n'est pas utile d'explorer à nouveau les raisons pour lesquelles, depuis le célèbre arrêt *Canal de Craponne*, la Cour de cassation refuse de prendre en considération les modifications de circonstances, fussent-elles mêmes fondamentales et profondément bouleversantes pour l'économie du contrat. Sans doute a-t-elle déjà transigé sur ce refus hautain, puisque, quoique admises sous certaines conditions en droit français, les clauses d'adaptation y font l'objet d'une certaine réception, ne serait-ce que sous la forme de l'indexation ! Mais c'est là une autre question que celle qui est débattue. Le refus théorique d'accepter que le changement de circonstances bouleverse l'équilibre du contrat est une chose, le fait que la dette de valeur réalise une certaine adaptation sans l'avouer en est une autre. Il y a donc d'une part une question de politique législative, et un problème d'adéquation des moyens aux objectifs d'autre part. La critique principalement articulée porte ici sur la validité de la technique de la dette de valeur, et peut esquiver les autres aspects.

Ce qui gêne dans le cas présent, ce n'est pas tant que la dette de valeur puisse servir de clause d'adaptation de portée très large, mais c'est qu'elle le fasse hypocritement. En effet, si tel est le rôle de la dette de valeur, il ne faut peut-être pas la défendre comme on le fait traditionnellement, en la confrontant à l'érosion monétaire.

431. Même si on laisse de côté toute considération liée à l'imprévision, il apparaît que le droit français n'a pas les mêmes intérêts à protéger les parties contre les conséquences de l'érosion monétaire, et à les garantir contre toute espèce de variation affectant leur obligation. La monnaie joue dans l'ensemble du système des dettes et des créances un rôle particulier, qui justifie une particulière

¹ B. OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de "hardship" », *J.D.I.* 1974.794 ; P. VAN OMMESELAGHE, « Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux », *Revue de droit international et de droit comparé* [belge] 1980.7.

² Pour des raisons liées au principe de continuité du service public, le Conseil d'État accueille la théorie depuis le célèbre arrêt *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* du 30 mars 1916, S. 1916.3.17, concl. Chardenet, note Hauriou.

protection. Commune mesure des valeurs, la monnaie est un des pivots essentiels de la vie en société. C'est la raison pour laquelle tous les biens lui sont rapportés, dès lors qu'ils font l'objet d'une demande spécifique et identifiable. En ne protégeant pas les obligations contre les aléas que peut subir la monnaie, le droit organise et endosse une légitime méfiance contre la monnaie, dont le système a globalement à souffrir.

Par ailleurs, la monnaie est presque toujours extérieure au contrat, ou aux obligations. Saisie comme mesure des valeurs, c'est le support de valeur qui intervient de façon active dans la sphère obligatoire, mais la monnaie simplement à titre résiduel. L'altération de l'obligation par la monnaie peut donc être perçue comme une atteinte étrangère, d'autant plus dommageable qu'elle touche un objet unique, dont on ne peut esquiver l'utilisation. En revanche, la chose qui sert de support à la valeur fait partie intégrante de la sphère contractuelle. Elle est un des éléments qui ont été pris en considération dans la réalisation de l'équilibre contractuel, ou dans la pesée des intérêts de l'obligation. C'est précisément pourquoi il ne peut pas être question de mettre les parties à l'abri des variations de cette valeur : peut-être ont-elles été anticipées, et si elles ne l'ont été, il n'appartenait qu'aux parties de le faire. Dès lors que la variation ne leur est pas étrangère, elle était d'une certaine façon prévisible, et il n'appartient pas au système juridique de réparer les conséquences de l'incurie des parties, ou de rogner les avantages que l'une d'elles tire de l'obligation.

432. On peut donc se montrer un peu critique à l'égard de l'ancrage à la valeur, qui est en fait un moyen très puissant qui ne se contente pas de lutter contre les répercussions de l'inflation, mais prend en charge un ensemble de situations qu'il ne lui revient pas de traiter. Ce défaut est grave, sans être déterminant. Il est en effet le prix à payer pour l'incapacité où nous sommes de connaître la mesure de la dépréciation monétaire. S'il nous était possible de savoir, dans une situation donnée, quel est le *quantum* de l'affaiblissement de la monnaie, on pourrait sans difficulté redresser les dégâts occasionnés. Mais cette connaissance nous échappe, et peut-être même n'existe-t-elle pas : il n'est pas exclu que la notion de dépréciation monétaire ne désigne qu'une tendance, qui n'aurait pas de mesure réelle ; il n'est pas même exclu que la notion de dépréciation monétaire n'ait pas de contenu réel. Dans ce cadre, la dette de valeur apparaît sans doute comme relativement fautive, qui fait bien plus que ce qui lui est demandé ; mais ses excès mêmes doivent être relativisés par l'impuissance qui est la nôtre, hors du recours à cette technique, à protéger efficacement les parties contre les augmentations tendancielle des prix.

SOUS-TITRE II LE PAIEMENT DE L'OBLIGATION MONÉTAIRE

433. Le passage de l'objet de l'obligation de somme d'argent à son paiement déroute : apparemment, la question du paiement est celle qui met en œuvre de la façon la mieux caractérisée la monnaie, le paiement étant le mode normal de la circulation des richesses. Or en quittant la question du compte de l'obligation monétaire pour celle de son paiement, on passe d'un domaine en plein renouvellement, ayant depuis environ un siècle suscité polémiques et controverses, à un autre qui semble si parfaitement apaisé qu'il n'a fait l'objet d'aucune tentative de renouvellement doctrinal¹. On peut ainsi se montrer surpris d'un paiement dont la physionomie semble figée dans l'état même où elle était lors de la rédaction du Code civil², sans que ni la loi, ni la jurisprudence des tribunaux, ni la doctrine n'aient eu à cœur d'en réformer la conception d'ensemble, ou même d'en proposer une analyse nouvelle³. Très peu de décisions concernent la question du paiement proprement dite ; très peu de pages

¹ À l'exception notable de la thèse de M^{me} Catala (*La nature juridique du paiement*, précitée), dont la réception illustre toutefois les embarras de la théorie juridique à propos du paiement, puisque les analyses de l'auteur n'ont pas été reprises par la doctrine dominante, et ce pour des raisons qui ne sont guère convaincantes. Plus récemment, le paiement a fait l'objet d'une tentative d'analyse serrée sous une apparence technique : J. COURROUY, « La consignation d'une somme d'argent... », précité.

² Cette stabilité exceptionnelle est d'ailleurs un trait caractéristique du droit des contrats, qui est à l'origine du cours de M. Cornu : G. CORNU, *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil*, précité.

³ Ce qui ne signifie pas que les modes de paiement n'aient pas évolué, ni que doctrine et tribunaux aient méconnu ces importantes évolutions. Mais à l'abri de ces renouvellements formels de la technique du paiement, aucune remise en question de l'économie de l'acte n'a été proposée, et l'étude du paiement se limite le plus souvent à celle des moyens de paiement.

lui sont consacrées dans les manuels ¹, et celles-ci sont souvent grossies de considérations portant en réalité sur l'objet de l'obligation ². Suivant une pente habituelle au Code civil qui exalte la formation des contrats et des obligations au détriment de l'exécution ou de l'extinction, le paiement de l'obligation monétaire est un domaine négligé.

434. Il convient pourtant de ne pas se laisser trop vite prendre à cette apparente évidence du paiement. Sans goût aucun du paradoxe, on peut montrer qu'un grand nombre d'incertitudes entrent dans la conception du paiement, dont on prend conscience dès l'instant où l'on tente d'en approcher la définition. En droit, le mot paiement est synonyme d'exécution de l'obligation. On doit ainsi parler de paiement de l'obligation toutes les fois que celle-ci entre dans la phase d'exécution matérielle ³. S'agissant en revanche de la définition du paiement monétaire, deux réponses différentes se présentent selon que l'on se situe en droit civil ou en droit commercial. Dans la première de ces deux branches du droit, le paiement monétaire apparaît comme l'exécution pure et simple de l'obligation de livrer une somme d'argent ⁴. C'est ainsi que le paiement tient dans le phénomène du transfert de fonds, auquel on ajoute la compensation légale par tradition doctrinale, considérée comme un double paiement fictif. Le droit commercial présente en revanche une conception élargie du paiement, puisque sous l'appellation de "modes de paiement anormaux" se trouve rassemblé l'ensemble des opérations extinctives de l'obligation : novation, délégations, compensations non légales, dation en paiement, et leur régularité à titre de paiement ne peut être contestée que si elles ont pris place pendant la période suspecte.

Depuis de très nombreuses années, les tribunaux, et la doctrine après eux, ont développé une véritable "théorie des paiements anormaux" à l'occasion de la cessation des paiements des entreprises. Le débiteur en difficulté qui ne parvient plus à payer ses fournisseurs par des versements de somme d'argent peut être tenté de payer certains d'entre eux par d'autres procédés, avec leur accord. C'est ainsi que le droit commercial admet sous certaines conditions que des modes d'extinction imprévus prennent la place du paiement monétaire, et soient considérés comme des modes de paiement de l'obligation. Mais il s'agit là d'une acceptation implicite, comme par prétérition, tant il est vrai qu'elle n'est formulée nulle part. Ces modes de paiement ne sont pas expressément

¹ J. CARBONNIER, *Les obligations*, précité, p. 574 et s. ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les obligations*, précité, p. 527 et s. ; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *Les obligations*, t. 2, *Le régime*, précité, p. 177 et s. ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Obligations : théorie générale*, précité, p. 831 et s. ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Régime général*, précité, p. 47 et s. ; A. WEILL et F. TERRÉ, *Les obligations*, précité, p. 963 et s.

² La description et l'étude des clauses monétaires se trouvent parfois dans les développements concernant le paiement, alors qu'elles ont en fait trait à la formation de l'obligation. V. par ex. : H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, p. 947 et s. ; A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.*, p. 970 et s. ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 542 et s.

³ Le verbe "payer" est en effet issu du latin *pacare*, formé sur le substantif *pax*. *Pacare*, c'est tendre vers la paix : pacifier, ou apaiser. Le paiement est ainsi ce qui dénoue l'obligation, ce qui amène à la détente le débiteur et le créancier qui étaient jusque là liés par une relation antagoniste.

⁴ C'est la conception que l'on trouve dans la thèse de M^{me} Catala, ainsi que dans les différents manuels de droit des obligations déjà cités.

autorisés ; ils sont en revanche interdits lorsqu'ils prennent place pendant la période suspecte.

Lorsqu'un juge prononce le redressement judiciaire ou la liquidation des biens, il détermine la date de la cessation des paiements du débiteur, qui ne peut être située plus de dix-huit mois avant le jugement. S'ouvre ainsi, rétroactivement, une période de temps dite suspecte au cours de laquelle les actes discutables du débiteur peuvent être annulés, et seront en tout cas contrôlés. Un des principes de ce contrôle, valable dès avant la loi de 1967 et maintenu jusqu'après 1985, est celui de l'égalité des créanciers¹. Le débiteur ne doit rien faire qui puisse apporter un avantage particulier à l'un de ses créanciers, car cet avantage emporte une contrepartie négative, au préjudice des autres créanciers ; la faveur ainsi faite contribue à vider l'actif du débiteur, de telle manière que sont réduites les parts que les autres créanciers pourraient escompter tirer de la liquidation. Au cours de la période suspecte, le même regard embrasse l'ensemble des créanciers chirographaires : leur sort est lié et leur destinée semblable. Aussi bien aucun créancier ne doit-il avoir été privilégié par le débiteur, faute de quoi serait bafouée l'exigence d'égalité.

Avant la loi de 1967, l'égalité des créanciers chirographaires était assurée par l'article 477 du Code de commerce, aujourd'hui abrogé, qui déclarait inopposables à la masse des créanciers : les actes translatifs de propriété à titre gratuit, certains paiements ainsi que certaines sûretés. S'agissant des paiements, l'article visait : « tous paiements soit en espèce, soit par transport, vente, compensation ou autrement, pour dettes non échues, et pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce ». Le versant positif de ces interdictions était la qualification de paiement conférée à des opérations que le Code civil ni la doctrine civiliste n'avaient l'habitude de considérer ainsi². Cette disposition fut reprise, dans son esprit plutôt que dans sa lettre, par la loi du 13 juillet 1967 : l'article 29, alinéa 2, 3^o et 4^o, déclare inopposables à la masse les paiements des dettes non échues, ainsi que les paiements des dettes échues faits autrement que par un "mode normal de paiement". Élargissant de façon un peu vague le domaine de l'article 477 du Code de commerce, la loi laissait aux tribunaux le soin de caractériser les modes anormaux de paiement. Mais à nouveau, l'étendue du domaine du paiement n'est reconnue qu'implicitement, en termes négatifs. En tous cas, le revers de cette règle est clair : les modes anormaux de paiement sont toujours des modes de paiement, même si, opérés pendant la période suspecte, ils peuvent ne pas avoir d'efficacité. La loi de 1985 a poursuivi sur les brisées des lois précédentes, puisque le contenu de l'article 29 de la loi de 1967 a été repris dans le nouvel article 107, 3^o et 4^o. La permanence de la référence renseigne sur l'esprit du droit des procédures collectives, mais témoigne aussi du fait que le droit commercial connaît de nombreuses modalités de paiement, sur la conception desquelles il n'est jamais revenu.

Il n'est pas essentiel à notre propos de discuter longuement du sens de ces inopposabilités ou de ces nullités, selon la loi envisagée³. Elles se trouvent à

¹ M. VASSEUR, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, th. Paris, 1949 ; M.-J. REYMOND DE GENTILE, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, préf. G. LAGARDE, Bibl. dr. com. 25, Sirey, 1973.

² Sur l'acception stricte du paiement, v. l'ouvrage qui la véhicule de la façon la mieux articulée : N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, précité.

³ Inopposables à la masse des créanciers avant 1985, ces paiements se sont trouvés annulés avec la disparition de la masse dans la loi de 1985 : G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité élémentaire de droit commercial*, précité, n° 3108, p. 893.

l'évidence à la croisée de deux désirs, dont un seul justifie techniquement l'existence des modes de paiement anormaux ¹. L'exigence d'une véritable égalité entre les créanciers a toujours animé le droit des procédures collectives. Dans cette vue, tout acte du débiteur destiné à favoriser un créancier, ce qui se manifeste par un acte différent d'un paiement *stricto sensu*, ne doit pas pouvoir porter préjudice au reste des créanciers ². Il y va d'un principe général d'équité, mais aussi de motifs d'opportunité : les règlements collectifs constituent des procédés d'apurement du passif dérogoires au droit commun ; la coopération des créanciers y est donc nécessaire, encore que la loi de 1985 y fasse un peu moins appel que les lois précédentes. Dans ces conditions, la rupture d'égalité entre eux entraînerait un mauvais vouloir sans doute préjudiciable au règlement global. Il reste à préciser que la rupture d'égalité entre les créanciers ne s'apprécie pas par l'analyse des caractéristiques de l'acte critiqué. Qu'il s'agisse d'une dation en paiement ou d'une délégation importe peu : la rupture d'égalité, la faveur faite au créancier, se signale immédiatement par un paiement qui n'est pas conforme à l'objet de l'obligation, qui n'en respecte pas le terme ou les parties initiaux ³.

Font ainsi partie de l'ensemble des paiements, au sens du droit commercial, des procédés aussi divers que la cession de créance, les délégations parfaite ou imparfaite, la dation en paiement, les résolutions de vente, amiable ou judiciaire, les compensations conventionnelle ou judiciaire, ou enfin la novation ⁴. Dès le premier coup d'œil, le paiement des obligations de somme d'argent recèle ainsi un certain nombre d'incertitudes, qui tiennent au fait que sa conception est écartelée entre l'acception stricte du droit civil et l'acception large du droit commercial.

435. La conception commercialiste diverge de la conception civiliste au point que la plupart des ouvrages de droit civil refusent d'y faire droit. On peut d'ailleurs se demander si le mot "paiement", plusieurs fois utilisé par les lois sur les procédures collectives, fait référence au même paiement qu'en droit civil. En effet, si dans ce dernier cas, le paiement est manifestement considéré comme renvoyant à l'exécution de l'obligation, il en va autrement en droit commercial. Admettre que l'on peut payer sans exécuter la prestation prévue, mais en y substituant une autre prestation, revient à estimer que le paiement est caractérisé par l'extinction de l'obligation, et non par la prestation définie par l'objet du

¹ Le deuxième objectif de ces nullités est contemporain de la crise économique commencée au début des années soixante-dix, et marque donc plus la loi de 1985 que les précédentes. La progression du chômage en France a rendu nécessaire d'éviter tout licenciement. Aussi bien la survie de l'entreprise, le redressement judiciaire, doit-il être préféré chaque fois que c'est possible à la procédure de liquidation (G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, n° 2822 et 2823, p. 693). Ainsi, toutes les manœuvres du débiteur ayant contribué à vider l'actif de façon indue sont-elles interdites. L'action en nullité tend alors plus à reconstituer un patrimoine nécessaire au bon fonctionnement futur de l'entreprise qu'à assurer l'égalité entre les créanciers chirographaires.

² On peut d'ailleurs se demander pourquoi le paiement ordinaire n'est pas lui-même attaqué lorsqu'il se produit pendant la période suspecte. Le fait de payer un créancier, même de façon régulière, est un avantage qui lui est conféré au détriment des autres. Sans doute des raisons d'ordre psychologique militent-elles pour ce respect du paiement, qui sont à rapprocher du fait que le paiement est également protégé de l'action paulienne. Cf. : C. Colombet, « De la règle que l'action paulienne n'est pas recevable contre les paiements », *Rev. trim. dr. civ.* 1965.5.

³ M.-J. REYMOND DE GENTILE, *op. cit.*, n° 66, p. 48.

⁴ M.-J. REYMOND DE GENTILE, *op. cit.*, n° 66 et s., p. 47 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, n° 3123 et s., p. 901.

contrat. Jouant un peu sur la polysémie du mot "paiement", qui désigne à la fois le processus d'exécution de l'obligation et son résultat concret ¹, la disparition du lien obligatoire, le droit commercial qualifie de paiement ce qui procède par dissociation des deux moments : l'opération qui éteint l'obligation sans l'avoir exécutée comme elle aurait dû l'être.

Ce n'est donc sans doute ni par erreur ni par approximation que se trouvent qualifiées de modes de paiement, des opérations dont le droit civil estime qu'elles ne dénouent pas le lien obligatoire dans les conditions prévues. L'acception particulière du mot "paiement" que choisit le droit commercial n'est due qu'au rattachement du paiement à l'extinction de l'obligation plutôt qu'à son exécution.

436. C'est toutefois en raison de ce particularisme que le paiement du droit commercial sera écarté du champ de l'étude. Le paiement de l'obligation de somme d'argent intéresse le domaine monétaire en ce qu'il met en jeu la monnaie matérielle dans les relations sociales. Mais dès lors que l'on fait choix d'une acception limitée à l'idée d'extinction de l'obligation, la présence de monnaie se trouve éliminée. Les paiements du droit commercial ont ceci de particulier qu'ils visent l'hypothèse où le débiteur ne peut effectuer le paiement monétaire qui lui est demandé. C'est en raison de son incapacité à trouver les fonds dans son patrimoine qu'il va être amené à substituer un bien, une prestation, ou une obligation au versement de somme d'argent prévu. C'est précisément en cela que ces modes de paiement débordent le champ de notre étude : toutes les situations ainsi évoquées se caractérisent par le fait qu'elles mettent en jeu des prestations non monétaires.

Il ne serait sans doute pas inintéressant d'étudier l'ensemble de ces modes anormaux de paiement, de manière à examiner la variété des procédés d'extinction qu'ils mettent en œuvre. Pour intéressante qu'elle soit, cette étude n'en serait pas moins radicalement distincte de celle de la monnaie, au point de n'avoir pas sa place dans un travail qui n'est pas consacré *per se* au paiement.

437. On doit encore limiter d'une autre façon le champ de cette étude du paiement monétaire. Parce qu'il est un acte de dénouement, de pacification, le paiement est traditionnellement investi d'enjeux affectifs intenses. Le doyen Carbonnier évoquait d'ailleurs à ce propos : « les dieux délieurs de la *solutio*, symétriques des dieux lieurs de l'*obligatio* » ². Cet aspect affectif du paiement se conjugue ici au moyen par lequel il est effectué : la monnaie, qui est elle aussi le support d'investissements symboliques dans toutes les sociétés ³. Évoquant la rencontre de ces deux éléments, l'éminent auteur ajoutait : « Alors le paiement en argent revêtira une signification unique — le seul paiement véritable, comme le remarquait du reste Domat, comme le sent encore le langage populaire —, précisément parce que la monnaie est une chose à part des autres, celle qui a la vertu magique de faire tomber toutes les bandelettes » ⁴. Une étude complète du paiement devrait faire droit à tous les aspects culturels et psychologiques que

¹ V. la thèse de M^{me} Catala (*La nature juridique du paiement*, précitée), dont tous les développements sont articulés autour de cette ambivalence fondamentale du paiement.

² J. CARBONNIER, préface à N. CATALA, *La nature juridique du paiement*, précité, p. 7.

³ V. par ex. : J. SCHACHT, *Anthropologie culturelle de l'argent*, trad. J. Feisthauer, Payot, 1973.

⁴ J. CARBONNIER, *ibid.*

l'acte traîne avec lui. Mais on n'examinera le versement de monnaie à fin libératoire que sous un angle de technique juridique.

Du reste, il n'est pas même certain que l'importance symbolique du paiement ait des répercussions sur le terrain de la technique juridique de l'acte. Les époques passées ont souvent idolâtré la monnaie sous sa forme la plus matérielle, la choisissant contre le crédit qui préparait toujours peu ou prou le désastre prochain¹. Cette faveur à la monnaie la plus concrète, ce refus du décalage du moment du paiement par rapport à la contre-prestation, ont d'ailleurs influencé la technique juridique. La vente, par exemple, était presque considérée comme un double contrat réel, le transfert de la propriété de la chose étant conditionné par le paiement du prix². Le refus de toute dette d'argent produisant ses effets dans le temps a donc aménagé le régime du paiement, ou en tout cas celui de l'obligation monétaire. Mais le Code civil est venu, qui a réformé tout ce que cette configuration pouvait avoir de primitif, au profit d'une conception plus savante des contrats. Installant le consensualisme au creux de la vente, le Code a marginalisé l'acte du paiement en le transformant en obligation accessoire au transfert de la propriété, à égalité avec la livraison de la chose³. Plus généralement, par la théorie de la cause, le Code civil a pu dénouer la matérialité de la contrepartie dans le contrat synallagmatique, au profit d'une liaison juridique. Parce que le paiement du prix est comme conditionné par la première prestation, le décalage n'est plus perçu comme un trop grand danger : en cas de non-paiement, le créancier pourra reprendre sa chose, se faire indemniser de son service. La double innovation du consensualisme et de la cause ont ainsi désenclavé le paiement, transformant son immédiateté impérative en simple modalité de l'obligation, le paiement comptant devenant du reste une sorte de résidu pour les "petits contrats". La matérialité du paiement, en dépit de ses enjeux affectifs, n'a donc plus la même traduction juridique qu'autrefois.

438. Il importe donc de recentrer l'objet de l'étude sur l'acception civiliste du paiement monétaire, c'est-à-dire sur le versement de somme d'argent à fin d'exécution et d'extinction d'une dette de monnaie.

Les questions que soulève le paiement des obligations monétaires ne sont pas nombreuses, tant il est vrai que les contours de ce type d'exécution sont rapidement dessinés. Sans vouloir traiter ici de questions déjà étudiées, et qui ont trait au mode opératoire des unités de paiement⁴, on peut concentrer l'attention sur certains aspects complexes du versement de monnaie : le contenu exact de ce versement de somme d'argent (Section I), les modalités par lesquelles il opère

¹ C'est un thème populaire de l'iconographie classique que celui de l'enterrement de Crédit, toujours personnalisé. V. un ex. chez F. BRAUDEL, *Les structures du quotidien*, précité, p. 387. M. Carbonnier évoque une variante française de ce thème où l'on voit en contrepoint de l'enterrement une oie repue, autour de laquelle est écrit : « Mon oie fait tout ! » (J. CARBONNIER, « L'Influence du paiement du prix sur le Transfert de la Propriété dans la Vente », *Travaux de l'Université Libre de Bruxelles*, t. VIII, 1960.127).

² J. CARBONNIER, « L'influence du paiement du prix... », précité, p. 129 et s.

³ *Ibid.*, p. 130.

⁴ En particulier, on n'évoquera pas ici les questions liées aux supports et aux instruments monétaires. Sans doute pourrait-il être utile de rappeler le mode de fonctionnement des pièces, des billets, des chèques et des cartes à l'intérieur du paiement. Mais outre que cette étude a déjà été menée en relation avec le rôle des unités de paiement, on peut estimer qu'il ne s'agit là que de la technique du paiement, quand ce qui est ici en cause est sa conception.

extinction de l'obligation (Section II), et enfin les conséquences de certains défauts de son exécution (Section III).

Section I L'EXÉCUTION DE L'OBLIGATION MONÉTAIRE

439. La simplicité apparente du paiement monétaire décourage : il n'y a guère d'obscurité dans un phénomène tel que le versement de somme d'argent. Devoir de la monnaie, la transférer au créancier, ce sont là des opérations si élémentaires qu'on ne voit pas où une quelconque complexité pourrait se nicher. Ce fonctionnement monétaire articulé autour de la dette et du paiement est tellement rôdé depuis que les sociétés existent que l'on comprend que l'analyse n'ait tenté personne ¹. Pourtant, la monnaie nous apparaissant comme une réalité double, on peut être tenté d'examiner la question du paiement monétaire comme si elle n'était pas une question simple, mais cachait des ambivalences derrière sa limpidité apparente. Et de fait, on verra que la nature bifide de la monnaie, qui influence la conception monétaire, débouche sur un paiement qui se dédouble lui aussi : s'agissant aussi bien de la nature du paiement réalisé par versement d'unités françaises (§ 1) que de l'exécution de la dette d'unités étrangères (§ 2), l'exécution de l'obligation de somme d'argent est une réalité scindée.

§ 1. LA NATURE DU PAIEMENT MONÉTAIRE

440. À s'en tenir aux très rares pages que la doctrine lui a consacrées, la question de l'exécution des obligations ne soulève guère de difficultés. Si l'on s'accorde à mettre en évidence l'aspect complexe de la naissance de l'obligation,

¹ En revanche, le paiement se réintroduit dans la réflexion juridique dès lors qu'il n'est plus question d'exécution, mais de preuve : M.-J. PIERRARD, « Les procédés de preuve du paiement », *Rev. trim. dr. civ.* 1948.429 ; N. CATALA-FRANJOU, note sous *Civ. 1^{re}* 2 février 1966, *J.C.P.* 1966.II.14841. De façon plus lointaine : R. SAVATIER, « La facture et la polyvalence de ses rôles juridiques en droit contemporain », *Rev. trim. dr. com.* 1973.1.

c'est pour mieux souligner l'évidence de l'exécution ¹. Celle-ci n'est-elle pas par excellence la mise en œuvre de ce qui a été prévu par les parties, l'actualisation dans les faits d'un projet abstrait marqué par la détermination d'un certain nombre d'exigences ? Cette évidence du paiement est patente en doctrine, puisque les auteurs n'analysent guère le phénomène d'exécution, peu ou prou considéré en lui-même comme un simple fait matériel, mais se contentent d'en rappeler les éléments descriptifs. L'étude du paiement est ainsi scandée par une suite de questions de base telles que : qui doit payer ?, quoi ?, à quel moment ?, selon quelles formes ?, au prix de quels incidents majeurs ² ? De la sorte, l'exécution des obligations est perçue comme une réalité élémentaire pour les obligations de donner ou de faire, dont l'actualisation du contenu est à certains égards évidente : celui qui doit donner transfère la propriété ³, celui qui doit faire effectue la prestation attendue ⁴. L'exécution des obligations de ne pas faire tend à soulever plus de difficultés, non pas tant pour ses incertitudes propres que pour la constatation de la réalisation de l'exécution ⁵.

441. Cette évidence du paiement en droit français ⁶ est plus accusée encore en matière d'obligation monétaire, tant le contenu de l'exécution paraît alors aller de soi. L'obligation de somme d'argent est le plus souvent comprise comme l'obligation de livrer des unités monétaires, fiduciaires ou scripturales. De telle sorte que si l'on a pu hésiter en doctrine pour savoir si l'obligation de transférer ces unités était une obligation de donner ou de faire, l'hésitation porte bien davantage sur le rattachement de l'obligation à ces catégories que sur le contenu du paiement monétaire lui-même. On peut néanmoins penser que les difficultés que la doctrine a pu rencontrer pour qualifier l'obligation résultent en réalité d'incertitudes quant à la matérialité même de l'exécution de l'obligation monétaire.

La qualification de l'obligation de somme d'argent à partir des modalités de son exécution n'a jamais pu être menée de façon satisfaisante. M^{me} Catala a analysé l'obligation de somme d'argent comme une obligation de donner : l'étude en est menée dans un titre consacré à l'exécution des obligations de donner ⁷. Mais les raisons de ce rattachement ne sont pas explicitées. Il semble en fait que M^{me} Catala procède de façon dualiste : lorsque le paiement est réalisé

¹ En atteste la flagrante disproportion dont sont affectés tous les ouvrages consacrés au droit des obligations, entre ce qui ressortit à la formation des obligations, et ce qui ressortit à leur exécution.

² Parmi une doctrine importante, V. par ex. : H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, p. 946 et s. ; A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.*, p. 963 et s. ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 529 et s. ; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *op. cit.*, p. 177 et s.

³ N. CATALA, *op. cit.*, p. 106 et s.

⁴ *Ibid.*, p. 53 et s.

⁵ *Ibid.*, p. 41 et s. ; la même complexité se retrouve du reste en droit de la preuve, dès lors qu'il s'agit de prouver le fait négatif : J. LARGUIER, « La preuve d'un fait négatif », *Rev. trim. dr. civ.* 1953.1.

⁶ Fondée en grande partie sur l'étude des doctrines étrangères, la thèse de M^{me} CATALA met en pleine lumière les difficultés que la notion de paiement a suscitées dans les doctrines italiennes et allemandes. Mais la doctrine française est presque complètement absente de son étude, et ce ne sont malheureusement pas les travaux effectués depuis qui pourraient laisser penser que son ouvrage a stimulé la recherche sur la question.

⁷ N. CATALA, *op. cit.*, p. 123 et s.

par tradition de pièces ou de billets, le rattachement à l'obligation de donner s'évince de ce que le transfert de propriété de ces instruments de paiement était prévu par l'obligation ; en revanche, lorsque le paiement est effectué en monnaie scripturale, c'est la créance que le débiteur détient contre la banque qui est cédée, cette cession justifiant l'analyse ¹. À l'évidence, une telle conception n'est pas rigoureuse : on voit mal pourquoi on traiterait de la même façon le transfert de propriété de pièces et de billets et une cession de créance ² ; de plus, l'analyse paraît d'autant moins adéquate qu'elle passe sous silence ce qu'il y a de plus spécifique dans la monnaie : les unités monétaires. Livrer des billets ou une créance, c'est en quelque manière transférer un corps certain indépendamment de ce qu'il recouvre. Or il est clair que le contenu de l'obligation est un certain nombre d'unités monétaires, et non des pièces ou des billets, ou encore un chèque. Il est ainsi choquant de voir le support ou les instruments prendre le pas sur les unités, alors que l'économie du paiement monétaire suppose que les supports et les instruments s'effacent derrière les unités monétaires : ce sont des francs qui sont dus, non des billets ou des chèques.

Ce sont sans doute les embarras de cette qualification qui ont incité M. Soussi à reprendre l'étude de la qualification de l'obligation de somme d'argent ³. Cédant à la même tentation que M^{me} Catala, il a qualifié l'obligation en fonction de ses modalités d'exécution, et non en considération de l'objet même de la dette. C'est ainsi qu'aux termes d'une étude minutieuse de toutes les modalités de paiement monétaire d'une obligation de somme d'argent, M. Soussi débouche sur une classification tripartite de l'obligation : dans certains cas, versement de pièces ou de billets, l'obligation s'analyse en une obligation de *dare* ⁴ ; certaines modalités de paiement par monnaie scripturale, telles que le virement ou l'autorisation de prélèvement, justifient que l'on qualifie la dette de somme d'argent d'obligation de *facere* ⁵ ; enfin le paiement par remise d'un chèque ou d'une lettre de change rend l'obligation impossible à qualifier, suspendue qu'elle est entre les obligations de *dare* et de *facere* ⁶. Une telle classification ne peut satisfaire. M. Soussi l'a d'ailleurs fort bien compris, qui écrit lui-même : « il peut sembler curieux d'affirmer que c'est la technique du paiement qui permet de qualifier l'obligation, car, en général, c'est la nature du contrat qui détermine cette qualité » ⁷. Ce disant, M. Soussi désignait la partie la plus faible de sa construction, et en tout cas montrait combien elle était peu convaincante. Les modalités d'exécution d'une dette n'en altèrent en aucune manière la substance : que l'obligation soit mise en œuvre par tradition de billets ou utilisation d'une carte de paiement n'empêche pas que l'objet de l'obligation prescrivait le versement d'un certain nombre d'unités monétaires. Mais en fait, au lieu d'analyser l'objet de l'obligation en lui-même pour la faire rentrer dans les cadres des articles 1101 et 1126 du Code civil, M. Soussi s'est situé à un niveau intermédiaire entre l'objet de l'obligation et la prestation elle-même. C'est ainsi qu'il n'a pas cherché à qualifier le projet, sans pour autant parvenir à rendre compte de son exécution. Qualifier l'obligation monétaire en fonction de son

¹ *Ibid.*, n° 63, p. 125.

² Au surplus, la cession d'une créance pourrait aussi bien être analysée comme l'exécution d'une obligation de faire, et non de donner.

³ G. SOUSI, « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », précité, p. 528.

⁴ G. SOUSI, *eod. loc.*, n° 29, p. 529.

⁵ *Ibid.*, n° 30 et s., p. 529.

⁶ *Ibid.*, n° 36 et s., p. 530.

⁷ *Ibid.*, n° 28, p. 528.

exécution, c'est en quelque sorte estimer que la nature de l'obligation d'un transporteur change de nature selon que les mêmes marchandises seront acheminées par route ou chemin de fer ; c'est encore estimer qu'une différence de régime positif dans les modalités d'exécution implique en amont une différence de nature de la dette. C'est donc une démarche erronée qui a été suivie, et qui débouche sur des résultats inadéquats.

442. Fondées sur la diversité des prestations exécutant l'obligation, les tentatives doctrinales pour qualifier l'obligation de somme d'argent n'aboutissent donc pas de façon satisfaisante. Sans doute est-ce pour partie imputable à la démarche entreprise, qui confond l'objet de l'obligation et les modalités du paiement. La variété du paiement en droit civil interne est en effet en tous points comparable à l'option de place dans les obligations monétaires internationales¹ : la possibilité de se libérer en billets ou par chèque est du même ordre que la possibilité, à la suite d'un emprunt de mille livres sterling, de percevoir un remboursement de mille livres sterling à Londres, ou leur contre-valeur en francs à Paris ou en florins à Amsterdam. Or le choix que permet l'option de place ne suppose pas des obligations de nature différente : c'est en vertu d'une seule obligation de mille livres sterling que des livres, des francs ou des florins seront payés. Il n'y a là du reste ni pluralité d'objets, ni même obligation alternative², mais simple modalité de paiement qui n'entame pas la substance de la dette. Cela est du reste attesté par le fait que le changement conventionnel de monnaie de paiement n'est pas considéré comme une novation par les tribunaux, tant l'objet de l'obligation est peu troublé par la variété des modes d'exécution³. De la même façon, la possibilité de payer une dette monétaire au moyen de billets ou de chèques ne doit pas être considérée comme débouchant sur une pluralité d'obligations, mais comme une modalité de paiement indépendante de l'objet de la dette.

Cette confusion entre l'objet de l'obligation et les modalités de paiement paraît déterminée par les incertitudes quant au contenu de l'obligation. À ne pas distinguer les unités monétaires des supports et des instruments, à ne faire aucune distinction entre les unités monétaires elles-mêmes, on se met dans l'incapacité de traiter du paiement. En revanche, pour peu que l'on se souvienne de la composition complexe de la monnaie et de la nature dualiste de l'obligation monétaire, une conception globale du paiement de l'obligation de somme d'argent peut apparaître de façon plus satisfaisante.

443. Les obligations de somme d'argent se divisent en deux composantes, selon leur objet : elles peuvent être des obligations libellées en unités de paiement, ou bien des obligations libellées en unités de valeur⁴. Cette dualité à l'intérieur de l'objet de l'obligation de somme d'argent a une nécessaire

¹ J.-P. LÉVY, *J.-Cl. civil*, art. 1895, précité, Fasc. E, n° 7.

² Sur la distinction entre l'obligation alternative et les modalités de paiement, v. M.-J. GEBLER, « Les obligations alternatives », précité, p. 13 et s. ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 56, p. 118.

³ Civ. 17 décembre 1928, *D.H.* 1929.49 ; sur l'étendue de la modification de l'objet de l'obligation justifiant l'existence d'une novation, v. C. PACTET, « De la réalisation de la novation », *Rev. trim. dr. civ.* 1975.435 et 643, spéc. n° 33 et s.

⁴ On peut laisser de côté l'hypothèse de la dette de valeur, dont l'objet non monétaire doit être converti en monnaie pour permettre l'exécution. Aux fins de paiement, la liquidation d'une dette de valeur s'apparente ainsi dans tous les cas à une obligation libellée en unités de valeur.

contrepartie sur le terrain de l'exécution, dont il faut rendre compte : à des objets distincts doivent normalement correspondre des actualisations différentes.

Le paiement des obligations libellées en unités de paiement se révèle sous des modalités assez simples, et peut aisément être décrit dans le prolongement des conceptions anciennes du paiement monétaire. Le débiteur qui doit un certain nombre d'unités de paiement n'est tributaire que d'une obligation consistant à livrer des unités de paiement, le support et les instruments utilisés constituant une question accessoire par rapport au contenu de la dette. De ce fait, l'exécution de l'obligation monétaire s'identifie à l'exécution des obligations en nature, et plus précisément à celle des obligations de donner. Devoir cent unités de paiement ou un quintal de blé sont une seule et même chose au regard des principes juridiques. La spécificité certaine de l'objet monétaire n'est ici d'aucune conséquence, tant il est vrai que considérée abstraitement de la représentation de la valeur qu'elle véhicule, la monnaie n'est plus guère qu'une marchandise comme une autre.

On peut d'ailleurs conforter dans une certaine mesure la qualification d'obligation de donner qui était celle de M^{me} Catala, en remodelant quelque peu la justification proposée. Ce qui doit être donné, aux termes de l'obligation libellée en unités de paiement, ce ne sont ni des billets, ni des créances, mais plus simplement des unités monétaires. La dette de cent francs que doit payer le débiteur tient toute dans l'obligation de livrer cent unités de paiement, qui font l'objet du transfert de propriété. Quant à la façon dont ce transfert aura lieu, elle n'est pas essentielle à la qualification de l'obligation, quoi qu'elle soit fondamentale pour apprécier la validité du paiement. Le débiteur doit un certain nombre d'unités de paiement, et se libérera en les versant de la même façon qu'il pourrait devoir un bien meuble.

Pour affiner un peu l'analyse, il reste à signaler que le rattachement aux obligations de donner doit être entendu de façon un peu métaphorique. En effet, la spécificité de la monnaie se répercute tout de même en ceci qu'il est loin d'être certain que les unités de paiement soient un objet patrimonial comme un autre, permettant de justifier la qualification d'obligation de donner. Prises hors de toute considération de valeur, ces unités ont sans doute un fonctionnement proche de celui de biens en nature. Mais ce serait peut-être trop rapide de les y assimiler totalement. L'obligation libellée en unités de paiement fonctionne à la façon d'une obligation de donner, sans qu'elle entre par essence dans les cadres de l'article 1126 du Code civil.

444. Dans l'hypothèse de l'exécution de l'obligation libellée en unités de paiement, la spécificité monétaire se réintroduit qui écarte cette dette de l'obligation de *dare* classique : même quand les unités de paiement sont transférées dans les conditions de l'obligation libellées en unités de paiement, même lorsque l'adéquation de la prestation à ce qui faisait l'objet de la dette justifie l'extinction de l'obligation, on ne peut oublier que les unités de paiement ne constituent jamais des richesses en elles-mêmes. Bien plutôt, elles se présentent comme les supports d'un droit d'extinction, qui permet la circulation des richesses par extinction des dettes existantes. S'il est vrai que l'on peut devoir des unités de paiement de la même façon que l'on doit un quintal de blé, il faut noter que cette dette n'a de sens que par rapport à une obligation autre. Le créancier qui reçoit des unités de paiement reçoit certes ce qu'on lui devait, mais dispose par là d'un objet qui n'a aucune valeur en soi. Si les unités reçues sont intéressantes pour le créancier, c'est parce qu'elles lui permettent d'éteindre d'autres dettes dont il se trouve être débiteur. Aussi bien la dette s'éteint-elle par le versement des unités de paiement, sans que ces unités soient recherchées pour elles-mêmes. Ce que le créancier reçoit avant tout, c'est un pouvoir d'extinction d'autres dettes, qu'il devra tourner vers des obligations encore inexécutées.

Sous l'apparence lisse de l'obligation d'unités de paiement, apparemment proche de l'obligation de donner classique perce ainsi une réalité plus complexe. Si le fonctionnement de l'obligation est proche de celui des obligations de donner, la dette ne peut y être assimilée tant il est vrai que les unités de paiement sont autre chose que des objets patrimoniaux susceptibles d'être donnés, et qu'elles interviennent avant tout comme les supports d'un droit d'extinction dont l'enjeu excède l'économie de l'obligation à éteindre.

445. À l'évidence, l'exécution de l'obligation libellée en unités de valeur doit présenter des contours différents de ceux que l'on vient de décrire. On peut l'affirmer d'emblée en observant que l'objet d'une telle obligation n'est pas la fourniture d'un certain nombre d'unités de paiement, mais la "livraison d'une valeur". L'objet de la dette n'étant plus le versement de cent unités de paiement mais cent unités de valeur, il n'y a *a priori* aucune raison particulière que l'exécution doive consister dans le versement de cent unités de paiement. Mais elle ne pourrait pas non plus s'opérer par versement de cent unités de valeur : ces unités n'étant pas matérialisables, il n'est pas possible qu'elles soient livrées sous une forme corporelle.

À raisonner strictement, l'obligation de cent unités de valeur ne devrait peut-être pas même être exécutable en monnaie. Pour comprendre ce que recouvrirait alors le contenu de l'obligation, il faudrait admettre que l'obligation impose la livraison d'un bien dont la valeur serait jugée adéquate au nombre d'unités de valeur mentionné dans l'objet de l'obligation. La dette étant une dette de valeur, l'exécution conforme passerait par le versement d'une valeur identique, c'est-à-dire par la fourniture d'un bien ainsi évalué. L'extinction de la dette de cent unités de valeur ne pourrait donc se faire que si le bien proposé par le débiteur au créancier était évalué par ce dernier à cent unités de valeur. À suivre cette démarche, il est clair que l'obligation d'unités de valeur ne pourrait plus, ou très mal, passer pour une obligation de donner. Sans doute l'exécution de l'obligation passerait-elle encore par la tradition d'un bien, mais ce bien serait inconnu dans sa matérialité comme dans sa quotité avant l'exécution. En fait, si l'on devait absolument faire entrer cette obligation dans les cadres de l'article 1126 du Code civil, il vaudrait mieux la rattacher à la catégorie résiduelle que forment les obligations de faire. Mais ces hésitations ne font que mettre en lumière l'inadéquation de cette classification aux obligations de somme d'argent.

446. Tels qu'ils ont été ici tracés de façon prudente et incertaine, les contours de l'exécution de l'obligation de somme d'argent libellée en unités de valeur peuvent paraître contournés au regard de la pratique du paiement : quel que soit l'objet exact de l'obligation de somme d'argent, unités de valeur ou de paiement, l'exécution s'en fera d'habitude par versement de monnaie. La présentation qui est faite de l'exécution de l'obligation pourrait ainsi choquer : issue d'une déduction conceptuelle fondée sur l'objet de l'obligation, elle semble ne pas respecter les règles d'un jeu social éprouvé depuis bien longtemps à l'égard du paiement. Il importe toutefois de montrer que si cette description paradoxale du paiement est sans profit pour sa compréhension immédiate, elle en permet néanmoins une description minutieuse à l'intérieur de laquelle la pratique du paiement s'insère sans peine. Au sens usuel du terme, le paiement n'est qu'une modalité du potentiel que recèle le paiement monétaire : la description de ce dernier justifie le versement de somme d'argent, dans le même temps où elle ouvre sur une conception enrichie du paiement, dont il n'est pas certain que nous ne soyons pas tributaires. Pour choquantes qu'elles soient, les modalités du paiement ainsi exposé reflètent donc une part de la vérité de la notion, et aident à en saisir toute la complexité.

447. Il importe de montrer dans un premier temps que cette description du paiement n'est pas de nature à remettre en cause sa pratique quotidienne, fondée sur l'utilisation de monnaie. Par la complexité et la lourdeur qu'elles imposent, de pareilles modalités de paiement ne peuvent pas être opératoires. Le nécessaire accord de volonté entre débiteur et créancier pour parvenir à l'extinction de l'obligation ralentirait à tel point les transactions qu'il les paralyserait parfois, et ce sans profit réel. Si l'exécution des obligations n'est pas ainsi entravée en permanence, c'est parce que le débiteur a toujours la possibilité d'avoir recours à un mode de libération auquel le créancier ne peut objecter : le versement d'unités de paiement.

Les unités de paiement sont investies du pouvoir d'éteindre les dettes libellées en unités de valeur. De la sorte, tout débiteur d'un certain nombre d'unités de valeur peut toujours se libérer de sa dette en versant au créancier le même nombre d'unités de paiement. Cette modalité de libération n'est pas induite par le libellé de l'obligation, mais par la cohérence du système monétaire : le fait qu'une monnaie ait cours dans un pays donné signifie que les unités de paiement y sont aptes à éteindre les dettes libellées en unités de valeur. Cette possibilité d'extinction de la dette n'est pas explicable par la logique en usage dans le droit des obligations : seule une prestation conforme à ce qui fait l'objet de la dette devrait pouvoir conduire à son extinction¹. S'il en va autrement dans le cas des unités de paiement, c'est parce que la construction du système de la monnaie exige qu'un exceptionnel pouvoir d'extinction soit déposé dans les unités de paiement².

Cette possibilité de libération, déviante par rapport à un mode de libération qui serait "normal" et consisterait en un accord entre les parties, est la plus usitée en pratique. Dès lors que le débiteur dispose d'un moyen de libération auquel le créancier ne saurait objecter, on voit mal, sauf indisponibilité monétaire, pourquoi il prendrait le risque de rechercher un difficile accord sur des procédés de libération. C'est ainsi que la possibilité annexe d'extinction des dettes libellées en unités de valeur, par versement d'unités de paiement, est le mode d'extinction principal, le plus utile et le plus utilisé.

Une présentation renouvelée du paiement des obligations libellées en unités de valeur est donc à placer, théoriquement, à côté du paiement effectué par tradition d'unités de paiement : la pratique est sauve sans que l'on ait encore justifié de l'intérêt d'une telle présentation.

448. En fait, la surprenante présentation de l'exécution des obligations de somme d'argent libellées en unités de valeur ne devrait pas trop heurter, car elle permet de rendre compte de l'écart existant entre les conceptions civiliste et commercialiste du paiement. Le caractère strict du paiement en droit civil³ s'adapte fort bien à l'exécution des obligations libellées en unités de paiement, puisque le versement desdites unités y constitue le mode normal de libération. Il

¹ N. CATALA, *op. cit.*, n° 177, p. 258.

² S'agissant du versement d'unités de paiement, on peut donc considérer qu'il est extinctif de l'obligation selon deux modalités bien différentes. D'une part, lorsque de telles unités étaient dues, leur versement éteint l'obligation car la prestation est conforme à l'objet de la dette ; d'autre part, dans les obligations libellées en unités de valeur, les unités opèrent seules en vertu du pouvoir extinctif des obligations libellées en unités de valeur qui y réside.

³ Conception qui ne tient pour paiement que la prestation conforme à l'objet de l'obligation, à quoi est parfois ajoutée la compensation légale. Pour une illustration caractéristique de cette conception, v. la thèse de M^{me} Catala (*La nature juridique du paiement*, précitée).

en va autrement pour les obligations libellées en unités de valeur, qui supposent un paiement aux modalités variées, passant par le versement d'une chose ou d'une créance dès lors que la valeur en est subjectivement considérée comme adéquate à l'objet de l'obligation. Ce mode de paiement plus varié, divers ou incertain en ses modalités, correspond aux "modes de paiement anormaux" du droit commercial¹. Dans ce rameau du droit des procédures collectives, toute méthode d'extinction est valable et considérée comme paiement dès lors qu'elle est proposée par le débiteur et acceptée par le créancier². C'est précisément de cela qu'il s'agit en matière d'exécution des obligations de somme d'argent, ce qui laisse penser que la conception commercialiste du paiement, sous des dehors pragmatiques et peu raffinés, rejoint en fait une certaine vérité du paiement.

Plus globale que la conception civiliste du paiement, la conception commercialiste a l'avantage d'offrir une vision synthétique du paiement, où le versement de monnaie apparaît comme la modalité la plus pratique sans que les opérations d'ordre conventionnel pouvant conduire à l'extinction de l'obligation soient pour autant écartées.

449. Le paiement des obligations de somme d'argent se présente ainsi comme une réalité complexe, mouvante, et paradoxale. Le paiement de l'obligation libellé en unités de paiement apparaît simplement comme l'exécution d'une obligation de donner des francs, mais on peut bien imaginer que les parties conviennent exceptionnellement d'éteindre leur dette par d'autres moyens, en ayant recours aux opérations mentionnées dans l'article 1234 du Code civil. Par ailleurs, si l'on observe le rôle que jouent les unités de paiement dans l'économie du paiement, on peut se demander si cette obligation de donner n'est pas aussi bien une obligation de faire, tant il est vrai que les unités y sont considérées en tant que support d'un droit subjectif.

Ce régime s'inverse lorsque l'on aborde le paiement de l'obligation libellée en unités de valeur. *A priori*, l'exécution devrait pouvoir s'en faire de toutes les façons imaginables, dès lors que les propositions du débiteur rencontrent la satisfaction du créancier. Mais en pratique, le paiement par tradition d'une somme d'argent en constitue la modalité la plus commode et la plus opératoire. De même, cette obligation qu'endosse le débiteur d'éteindre la dette en recherchant l'accord du créancier se présente comme une obligation de faire, dont les modalités les plus usuelles seront celles de l'obligation de donner, puisqu'il ne sera question que de verser des unités monétaires.

D'une certaine façon, les modes d'exécution des deux types d'obligation monétaire sont symétriques l'un de l'autre, et aucune unité ne s'en dégage. Pour la suite de ce travail, on peut toutefois estimer que, quel qu'en soit le type, l'obligation monétaire peut toujours être éteinte par versement de monnaie, mais que la présence de ce versement ne débouche pas, ou très mal, sur un rattachement convaincant de l'obligation aux catégories des articles 1101 et 1126 du Code civil.

450. Au-delà de ces constatations qui révèlent la complexité intrinsèque du paiement des obligations de somme d'argent, il reste à mettre en lumière le jeu subtil de la monnaie dans ces paiements. Le souvenir des pièces de monnaie métallique marque ordinairement l'imagination au point que l'on continue de voir

¹ M.-J. REYMOND DE GENTILE, *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, précité, p. 47 et s. ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, t. 2, n° 3123 et s.

² Les modes de paiement anormaux tirent leur spécificité de ce qu'ils sont normalement valables, sauf lorsqu'ils ont été opérés pendant la période suspecte.

dans la monnaie un élément patrimonial, fût-elle dépourvue de toute valeur intrinsèque¹. Cette conception est non seulement inexacte aujourd'hui que les supports se sont définitivement affranchis du métal précieux, mais gênante lorsque l'on cherche à comprendre le fonctionnement global du paiement. À considérer que la monnaie est en elle-même une richesse, on a le sentiment qu'elle est donnée en paiement pour elle-même, pour sa valeur intrinsèque. L'économie du paiement est alors ressentie comme une sorte d'échange de valeur : à celle de la prestation répond celle qu'incorpore la monnaie ; le paiement n'est plus ce qui dénoue l'obligation, mais ce qui complète la contre-prestation au sein d'un ensemble contractuel plus vaste². Toutefois, cette vision du paiement n'est pas explicative, non parce que les métaux précieux ont été démonétisés, mais parce que même à l'époque de la monnaie métallique, le paiement ne fonctionnait pas ainsi.

Si les transferts de monnaie aboutissent à l'extinction des obligations, c'est parce les unités de paiement sont investies d'un pouvoir juridique d'extinction des dettes. Parfois, ce pouvoir agit à l'intérieur de l'opération de paiement, et la dette libellée en unités de valeur est éteinte ; d'autres fois, l'extinction de la dette d'unités de paiement résulte de la conformité entre la dette et la prestation, mais la monnaie n'a été recherchée et n'est versée qu'en contemplation de l'utilisation future du pouvoir d'extinction des dettes qu'elle incorpore. Il n'y a donc aucune trace d'échange, *lato sensu*, dans l'opération de paiement : ce n'est pas parce qu'elles incorporent une quelconque valeur que les unités de paiement sont efficaces dans les paiements, mais parce qu'elles s'insèrent dans le fonctionnement juridique des obligations. Le paiement en monnaie résulte du pouvoir d'extinction de l'unité, non de sa valeur. Que l'on se réfère à la théorie de la monnaie-signes ou à celle de la monnaie-marchandise, il semble que toutes deux ont manqué la spécificité de la monnaie en la renvoyant à sa valeur, et non à son pouvoir juridique. Accessoire dans l'échange, la valeur extrinsèque ou intrinsèque de la monnaie n'était toutefois pas inutile : si les monnaies ont été pendant très longtemps composées de métal précieux, c'était en raison de la confiance en l'économie monétaire que cette *bonitas intrinseca* induisait, et de l'effet de stabilisation du cours des métaux précieux que cela permettait. Les conceptions valoristes aident ainsi à comprendre comment l'objet monétaire était composé, non pourquoi il circulait.

451. La circulation de la monnaie par le paiement ne peut donc s'apparenter à une circulation de richesses que négativement, les unités monétaires étant un pouvoir et non un avoir. Quelle que soit leur apparence matérielle, les supports monétaires opèrent par leur pouvoir, non par leur contenu. Mais c'est précisément la circulation sociale de ce pouvoir qui donne le sentiment, ou l'illusion, d'une transmission de richesses. Le versement de monnaie n'enrichit pas le créancier payé, mais lui donne le droit d'éteindre à son tour une dette dont il est débiteur. L'enrichissement du créancier n'est pas substantiel, ne réside pas dans les espèces reçues, mais dans l'ensemble des obligations que ces espèces lui permettront de dénouer.

¹ On trouve une trace frappante de ce mode de pensée sous la plume de M. Sédillot : « À tout prendre, dans l'histoire de l'or, le fait monétaire n'est qu'un fait relativement accidentel » (R. SÉDILLOT, *La victoire de l'or*, précité, p. 18). Sur la persistance du métal dans l'économie actuelle, v. M. PÉDAMON, « L'or au regard du droit », *Mélanges Savatier*, p. 739.

² Sur ce point : J.-M. PUGHON, *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. J.-P. Baud, précité, n° 63 et s., p. 33.

Le jeu de la monnaie répond ainsi d'un fonctionnement complexe, tant il paraît absurde qu'on s'y laisse prendre. Le vendeur d'un bien cède quelque chose qui incorpore son travail, et permettra le travail ou la survie d'autres personnes ; en échange de ce bien substantiel, il ne reçoit rien d'équivalent ou de tangible, mais un moyen de faire ce que son débiteur vient de faire à son égard. Tout se passe donc comme si la monnaie dans les échanges était une sorte de fuite en avant permanente¹ : chaque débiteur cède à son créancier le moyen d'agir ainsi qu'il vient de le faire, sans que la chaîne des cessions puisse s'interrompre à aucun moment, la monnaie cédée ne trouvant son sens que dans la prochaine cession. Le plus fascinant dans ce fonctionnement improbable ne tient du reste pas à ses contours, mais plutôt au fait qu'il se perpétue sans que quiconque se rende compte qu'à la vérité, la monnaie de paiement n'est rien².

§ 2. APPLICATION AU PAIEMENT EN MONNAIE ÉTRANGÈRE

452. L'analyse diversifiée du paiement monétaire qui a été proposée a pu paraître surprenante, au point d'en être inutile. Elle présente toutefois l'avantage de permettre de mieux comprendre le fonctionnement du paiement monétaire. On a vu ce qu'il en était à l'égard du versement d'unités françaises ; il reste à montrer que les distinctions introduites aident aussi à rendre compte de la typologie du paiement en monnaie étrangère en France.

On prétend parfois que seules les unités de paiement internes peuvent être utilisées dans les paiements opérés sur le territoire national, sans que la positivité de cette règle soit facile à établir : M. Loussouarn a très bien montré que partir à la recherche des dispositions légales imposant un paiement en francs français est une quête un peu vaine³. En revanche, la jurisprudence témoigne plus facilement de la nécessité de payer en francs français. À cet égard, il n'est que de citer l'attendu de principe d'un arrêt rendu par la Chambre des requêtes de la Cour de cassation en 1937 : « Il est de principe que tout paiement fait en France, quelle qu'en soit la cause, doit être effectué en monnaie française »⁴. Toutefois, par dérogation à cette règle fermement énoncée, on admet la validité de

¹ À propos de la monnaie dévalorisée, M. Malaurie a évoqué l'image du mistigri, ce jeu d'enfant où chacun cherche à faire passer la mauvaise carte à son voisin (P. MALAURIE et L. AYNÈS, *Les obligations*, précité, n° 990, p. 543). Mais ce qui est vrai de la monnaie qui a perdu son pouvoir d'achat l'est tout autant de la monnaie en général, quoique pour des raisons différentes. Une monnaie de paiement n'a de signification ou de réalité que si elle circule : on ne la "passe" pas au voisin pour se défaire sur lui d'une mauvaise carte, mais parce que c'est là le fonctionnement normal de la monnaie.

² La crise monétaire se produit dans les situations où la vanité de la circulation monétaire émerge comme une évidence, où chaque individu se met à fuir la monnaie parce qu'il est persuadé qu'elle ne circulera plus longtemps.

³ Note à la *Rev. crit. dr. int. priv.* 1953.386.

⁴ Req. 17 février 1937, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1938.675, note H. B. ; D.H. 1937.234 ; S. 1938.1.140 ; dans le même sens : Req. 11 juillet 1917, S. 1918.1.215.

paiements effectués en France en monnaie étrangère, dès lors que les parties ont expressément prévu un tel mode de libération. C'est ainsi que la Cour de cassation a été amenée à énoncer par le passé que : « lorsqu'un Français a donné sa garantie en monnaie étrangère par l'intermédiaire d'une banque française, c'est à bon droit qu'un arrêt le condamne à payer à cette dernière banque le montant de la somme garantie, dans la monnaie étrangère stipulée, sans qu'il puisse être soutenu que les parties contractantes étant françaises et le lieu du contrat étant situé sur le territoire français, il ne pouvait être stipulé que le paiement devrait se faire en monnaie étrangère »¹. On a pu se demander si une telle orientation conserverait sa validité sous l'empire du contrôle des changes². Mais outre que le contrôle des changes n'a pas à se substituer à la loi pour dire si le paiement en espèces étrangères est libératoire en France, et se contente de réglementer l'entrée et la sortie d'espèces, il semble que des décisions récentes aient maintenu l'autorisation de payer en France en monnaie étrangère, à condition que cela ait été prévu par les parties³.

Le régime des paiements en monnaie étrangère en France est donc double, ce qui laisse indécis quant à ce que le droit français permet ou interdit.

453. Certains auteurs ont voulu trouver l'explication de cette dualité sur le terrain de la règle de conflit⁴. On considère ordinairement que la détermination de la monnaie de règlement dépend de la *lex loci solutionis*, la loi du lieu de règlement étant compétente pour déterminer les modes de paiement libératoires en France. Dans la plupart des cas où elle est consultée, il semble que la loi française proscrive le règlement en monnaie étrangère sur le territoire français, et impose le paiement en francs. Mais selon MM. Loussouarn et Bourel, une certaine indécision pèserait sur la règle de conflit elle-même. La monnaie de paiement étant un effet du contrat, c'est à la loi applicable au contrat, la loi d'autonomie choisie par les parties, que l'on devrait demander s'il est légitime que le paiement soit fait en monnaie étrangère. De la sorte, les parties pourront se libérer autrement qu'en francs à la double condition qu'elles l'aient voulu, prévu *expressis verbis*, et que cela soit admis par la loi applicable aux effets de leur contrat.

Le double régime du paiement en monnaie étrangère en France s'expliquerait ainsi non par les incertitudes de la loi substantielle française, mais par une indécision quant à la règle de conflit en usage. C'est ainsi que le paiement en monnaie étrangère serait refusé lorsque la loi applicable à la détermination de la monnaie de paiement est la loi française, loi du lieu du paiement, tandis qu'il pourrait être admis s'il est validé par la loi d'autonomie applicable au contrat, et si les parties en ont ainsi décidé.

¹ Req. 27 octobre 1943, S. 1946.1.17, note J.-P. Niboyet.

² L. ANSELME-RABINOVITCH, note sous Civ. 1^{re} 1^{er} décembre 1954, *Rev. crit. dr. int. priv.* 1957.43.

³ Civ. 1^{re} 15 janvier 1962, *J.C.P.* 1962.IV.31 ; Com. 8 février 1972, *J.C.P.* 1972.IV.73 ; pour les auteurs : H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *Droit international privé*, t. II, L.G.D.J., 7^e éd., 1983, n° 613, p. 344, n. 2 ; P. MAYER, *Droit international privé*, précité, n° 740, p. 457 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *Droit international privé*, Dalloz, 3^e éd., 1988, n° 384, p. 608 ; J.-P. ECK, *Encycl. Dalloz, Rép. dr. int.*, n° 52 et s.

⁴ Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *op. cit.*, n° 384, p. 608.

454. Mais cette explication ne peut guère satisfaire, faute que l'indécision alléguée quant à la règle de conflit de lois apparaisse réellement en droit positif ¹.

Si l'on cherchait à identifier la règle de conflit à partir de la configuration des éléments du rapport de droit, la loi des effets du contrat apparaîtrait avec évidence comme étant la seule règle adéquate : on ne voit pas quel pourrait être l'empire de la loi d'autonomie si elle ne gouvernait pas la formation et les effets directs du contrat ². Or le choix de la monnaie de règlement, de même que la détermination de toutes les prestations emportées par le contrat, n'est rien d'autre qu'un effet du contrat normalement régi par la loi qui y est applicable ³.

Stipulation contractuelle, le choix de la monnaie de paiement devrait dépendre de la loi du contrat. Mais cette nécessité du rapport de droit se trouve bouleversée en raison des effets matériels que cette stipulation va produire sur un certain territoire, dont l'ordre juridique pourra se trouver troublé. L'exécution du contrat passe en effet par la circulation d'une monnaie étrangère au territoire, ce qui peut fort bien avoir des conséquences néfastes sur le terrain économique ⁴. Dès lors que ce danger existe, l'ordre public interne au lieu du paiement peut entrer en jeu pour valider ou autoriser le choix qui a été fait par les parties. Si la loi du lieu du paiement est ainsi amenée à intervenir, ce n'est donc pas parce que le siège du rapport de droit y est localisé, mais à titre de loi de police. La compétence de la loi du lieu de règlement s'évince de la nécessaire protection du territoire sur lequel le paiement en monnaie étrangère doit être fait, et le caractère impératif de cette loi écarte toute autre loi qui pourrait réclamer son application, serait-ce la loi choisie par les parties.

La détermination rationnelle de la loi applicable au choix de la monnaie de règlement s'écarte ainsi de la présentation qu'en fait parfois la doctrine. La référence à la *lex loci solutionis* ⁵ ne peut pas être présentée comme une règle de conflit savignienne, puisqu'elle n'est pas abstraite et qu'elle n'identifie pas le siège du rapport de droit, mais comme une loi de police d'utilisation si constante qu'elle en est bilatéralisée. Chaque État ayant besoin de maîtriser ses flux monétaires, on peut penser qu'aucun n'admettra que la monnaie étrangère ait toute liberté pour circuler sur son territoire, et qu'il substituera ses dispositions internes à la loi du contrat normalement applicable. Sans doute l'idée d'une bilatéralisation de lois de police est-elle plus que choquante, tant il est vrai que c'est le contenu impératif de la loi en question qui permet de dire si elle est une loi de police, et non le rôle qu'elle joue. Il n'empêche qu'en la matière, la loi du lieu du paiement n'identifie pas le siège du rapport de droit, et intervient avant tout pour des raisons de protection de l'ordre économique interne. La bilatéralisation de cette loi de police, qui s'exprime par la formule *lex loci*

¹ La plupart des auteurs considère que la monnaie de règlement est fixée par la loi du lieu du paiement : H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, n° 613, p. 344 ; P. MAYER, *op. cit.*, n° 740, p. 458 ; D. HOLLEAUX, J. FOYER, G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, n° 1412, p. 604.

² A. TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, précité, n° 85 et s., p. 76 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, n° 612, p. 341.

³ A. TOUBIANA, *op. cit.*, n° 333, p. 307.

⁴ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, n° 612, p. 342.

⁵ Sur les ambiguïtés de cette règle de conflit : J. H. C. MORRIS, « The eclipse of the *lex loci solutionis*. A fallacy exploded », *Vanderbilt Law Review* 1953.505.

solutionis, ne doit donc pas faire illusion : sous son apparente neutralité toute savignienne, la règle de conflit est là d'essence nettement différente ¹.

Reste toutefois qu'il n'y a pas d'hésitation en droit français pour savoir si le choix de la monnaie de règlement procède de la loi du contrat ou de la loi du lieu de règlement : cette dernière s'impose toujours à la première ².

455. Dès lors que la règle de conflit applicable à la détermination de la monnaie de paiement désigne la loi du lieu du paiement, il ne convient d'analyser la diversité du régime du paiement en monnaie étrangère en France qu'en fonction des dispositions internes de la loi française. S'il est dans certains cas possible de payer en monnaie étrangère, et impossible dans d'autres, c'est pour des raisons qui tiennent à la loi française, et non à la règle de conflit. En reformulant la question, on peut ainsi se demander pourquoi la loi française admet dans certains cas que le paiement ait lieu en monnaie étrangère, mais prescrit dans la plupart qu'il se fasse en francs ; au surplus, on voit mal pourquoi cette possibilité est admise de façon restrictive, et surtout pourquoi elle devrait dépendre de la prévision des parties.

D'évidence, le paiement en monnaie étrangère n'est possible sur le territoire français que lorsqu'il a été spécifiquement prévu ³. Lorsque l'obligation monétaire est libellée en unités étrangères, mais qu'aucun mode de paiement n'a été précisément défini, le paiement aura lieu en francs, la seule difficulté portant alors sur la date de la conversion ⁴. Lorsqu'en revanche l'objet de l'obligation est composé d'unités étrangères, et qu'il est en outre expressément stipulé que le paiement aura lieu dans ces mêmes unités, la volonté des parties est respectée. On peut toutefois se demander si c'est à la volonté des parties qu'il est ainsi fait droit dans cette hypothèse, ou bien à la nature de l'obligation monétaire : si le paiement en monnaie étrangère peut s'expliquer par un respect aveugle pour l'autonomie de la volonté, il se peut aussi bien que les prévisions des parties fonctionnent comme indice d'un type différent d'obligations monétaires.

Lorsqu'un paiement en monnaie étrangère est prévu, tout se passe comme si l'on avait affaire à une obligation libellée en unités de paiement. Une dette de monnaie étrangère précisément identifiée est une dette de monnaie spécifique, soit

¹ Sur la bilatéralisation des lois de police, v. F. DEBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, préf. B. Goldman, Bibl. dr. int. priv. XVI, Dalloz, 1973, p. 46 et s., spéc. n° 79, p. 58.

² On peut du reste penser que s'il y avait concurrence effective entre la loi du contrat et la protection apportée par la loi interne, la règle de conflit se présenterait sous les mêmes apparences panachées qu'en droit du travail : le contrat de travail est en effet soumis à la loi choisie par les parties, mais ses stipulations ne peuvent être moins avantageuses pour le travailleur que celles du lieu d'exécution du travail. Sur ces questions, et les ambiguïtés de la position de la Cour de cassation, v. P. LAGARDE, « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », *Mélanges Lyon-Caen*, p. 83.

³ H. BATIFFOL et P. LAGARDE, *op. cit.*, n° 613, p. 344, n. 2 ; P. MAYER, *op. cit.*, n° 740, p. 458 ; Y. LOUSSOUARN et P. BOUREL, *op. cit.*, n° 384, p. 608 ; J.-P. ECK, *Encycl. Dalloz, Rép. dr. int.*, précité, n° 52 et s.

⁴ On admet en général que la date de conversion doit être concomitante au paiement : J.-P. ECK, *ead. loc.*, n° 58. La Cour de cassation a récemment précisé que : « La contre-valeur en francs français d'une dette stipulée en monnaie étrangère doit être fixée au jour du paiement, sauf si le retard apporté à celui-ci est imputable à l'une des parties » (Civ. 1^{re} 18 décembre 1990, cité par J. MESTRE, « La conversion en francs français de la dette stipulée en monnaie étrangère », *Rev. trim. dr. civ.* 1991.529).

une dette de marchandise et non une obligation en valeur : les unités étrangères sont traitées comme un corps certain, dont la livraison en nature est recherchée, et ce serait dénaturer la substance de l'obligation et les règles monétaires que de convertir ces unités de paiement étrangères en unités internes¹. Il en va tout autrement dans l'hypothèse où l'obligation est libellée en unités étrangères, sans que le paiement soit prévu dans cette unité : aux yeux du for, l'obligation s'analyse alors en obligation en valeur², puisque la monnaie étrangère n'est pas saisie en fonction de sa matérialité mais plutôt comme une indication de valeur en fonction de laquelle le paiement de l'obligation pourra être effectué. Il revient au même que le débiteur doive des unités de valeur étrangères ou l'équivalent monétaire d'un bien considéré en valeur. Dans les deux cas, l'obligation s'apparente à la dette de valeur, et les règles de liquidation de la dette à fins de paiement sont d'ailleurs identiques³.

Entre l'obligation monétaire assortie d'une clause-devise et l'obligation pourvue d'une clause-valeur devise, il y a donc le même écart qu'entre l'obligation de donner un bien, et l'obligation monétaire consistant à payer la contre-valeur de ce bien.

456. C'est cette différence d'analyse qui justifie la diversité du régime du paiement. Lorsque l'on se trouve confronté à une obligation en nature, la monnaie est perçue comme une marchandise, et l'on voit mal pourquoi l'on refuserait à cette marchandise de circuler en France. Pour être plus exact, on dira que les obstacles éventuels à cette circulation ne peuvent ressortir qu'au contrôle des changes, c'est-à-dire à une modalité de gestion de l'ordre public interne, mais ne se situent pas dans l'exécution de l'obligation. De même que la circulation de certaines marchandises peut être entravée par des réglementations internes, que l'on pense par exemple aux stupéfiants, de même la monnaie étrangère peut être contrôlée dans sa circulation non pour ses dangers propres, mais pour les risques que la quantité en circulation peut faire courir à l'économie nationale. Aussi bien est-il logique de laisser produire tous ses effets à la stipulation contractuelle, non parce qu'elle représente la volonté des parties et que d'anciennes conceptions autonomistes imposeraient qu'on y fasse droit, mais parce que la volonté des parties a transformé la dette de monnaie en une sorte de dette de marchandise, et qu'il n'y a aucune raison, hors l'ordre public, de s'opposer à la circulation d'une marchandise en France.

La situation se présente autrement face à une obligation libellée en unités de valeur, dont le paiement n'est pas stipulé dans cette même monnaie. L'obligation apparaissant comme une dette de valeur, il convient qu'elle en suive le régime : ce qui est dû n'est pas un certain nombre d'unités étrangères, mais la contre-valeur de ces unités. C'est la raison pour laquelle le paiement en monnaie étrangère n'a pas même de raison d'avoir lieu : on n'est pas confronté à une obligation de donner des unités étrangères, mais à l'obligation de verser des unités de paiement internes pour éteindre une dette qui sera liquidée en unités de valeur internes. Il s'ensuivra logiquement un paiement en francs français, non au

¹ L. ANSELME-RABINOVITCH, note précitée, n° V, p. 47.

² Il importe que l'on ne se méprenne pas sur le fait que les qualifications proposées sont indépendantes de ce qui ressortit à la source de l'obligation. Une dette libellée en unités de valeur peut passer pour une obligation libellée en unités de paiement dès lors qu'elle doit être exécutée dans un autre pays, si cette exécution a été spécifiquement prévue en monnaie étrangère. La qualification de l'objet de l'obligation — monnaie spécifique ou monnaie générique —, se transforme par le passage des frontières, parce que le rôle de la monnaie change alors brutalement.

³ Y. LOUSSOUARN, note précitée, p. 388 et s.

titre de *moneta loci solutionis*, mais parce que le régime de la dette de valeur entre alors en application.

457. On pourrait aussi bien justifier le double régime du paiement en monnaie étrangère sans passer par l'étude de la règle de conflit de lois, mais en raisonnant à partir des unités de paiement étrangères dont le versement est problématique¹.

On l'a dit, si les unités de paiement sont aptes à éteindre une dette libellée en unités de valeur, ce n'est pas parce que l'économie de l'obligation impose un tel mode de libération, mais en raison du pouvoir extinctif contenu dans ces unités. Le système monétaire est fondé sur deux unités, l'une qui permet de libeller les dettes, l'autre de les éteindre. Mais ce droit d'extinction a un fonctionnement propre, qui échappe au droit des obligations : c'est le système monétaire ou le système juridique qui en garantit la validité, de telle manière que ce droit n'a d'existence que là où il est garanti. S'il est vrai qu'une pièce de un franc est apte à éteindre une dette d'une unité de valeur française, cette possibilité n'est garantie qu'en France, ou éventuellement dans les pays qui admettraient la circulation du franc français. Intérêt légalement protégé, le droit subjectif d'extinction incorporé dans les unités de paiement n'a de réalité que là où il est opératoire.

La France n'ayant pas d'autre unité en circulation que le franc français, elle dénie tout pouvoir extinctif aux unités étrangères sur son territoire. C'est la raison pour laquelle le paiement en monnaie étrangère n'est normalement pas possible en France : il est inapte à éteindre les obligations qui doivent s'y exécuter.

458. S'il arrive toutefois, de façon exceptionnelle, que le versement d'unités de paiement étrangères éteigne les obligations, ce ne peut pas être en raison d'un quelconque pouvoir extinctif qu'incorporeraient ces unités. Dans ce cas, l'explication du phénomène est plus proche du fonctionnement normal, habituel, de l'extinction des obligations. On sait que le mode opératoire normal du paiement est l'exécution conforme de l'obligation : s'il y a extinction, c'est parce que ce qui était dû a été versé par celui qui en avait la charge. Ainsi la dette d'un quintal de blé s'éteint-elle par le versement du blé : le créancier désintéressé par la prestation du débiteur ne peut que s'en montrer satisfait, ce qui provoque l'extinction de l'obligation. Il en va de même en matière de versement d'unités de paiement étrangères : incapables d'éteindre des dettes qui seraient exprimées en valeur, les unités retrouvent un fonctionnement extinctif, mais plus proche de celui des marchandises, lorsqu'elles sont exigées aux termes mêmes de l'obligation. Le débiteur qui s'est engagé à livrer des unités de paiement étrangères en France ne devrait pas pouvoir éteindre cette dette autrement que par la prestation à laquelle il s'est engagé. C'est la raison pour laquelle on peut admettre que de façon résiduelle, les unités de paiement étrangères puissent être données en paiement sur le territoire français.

Cette possibilité ne peut d'ailleurs être que résiduelle, et limitée en pratique. Sans doute la nécessaire manifestation de volonté des parties réduit-elle le nombre des obligations concernées par ce mode de libération. Mais outre cela, les impératifs qui ont fait prendre le pas à la *lex loci solutionis* sur la loi d'autonomie produisent ici aussi leurs effets. La circulation effective de monnaie étrangère sur le territoire français constitue un danger que la puissance publique se doit de contenir. Aussi bien les règles applicables au contrôle des changes

¹ Ce qui revient en fait à dire que la question du choix de la monnaie de règlement n'est pas une question qui doit être traitée par le droit international privé, mais ressortit entièrement au droit interne de l'État sur le territoire duquel le paiement est opéré.

entreront-elles en jeu pour éviter ou contenir cette sorte de fuite devant le franc, et la prolifération d'espèces étrangères dans l'économie française.

459. D'une certaine façon, le mystère qui se noue au creux de l'utilisation de la monnaie étrangère en France n'est pas celui de son régime dualiste, qui est aisément explicable par les règles de fonctionnement de la monnaie et de l'obligation monétaire, mais celui des raisons pour lesquelles le contrôle des changes français connaît certains affaiblissements ponctuels, au gré desquels un paiement en monnaie étrangère devient possible en France. La possibilité théorique d'un paiement en monnaie étrangère en France est ainsi bien moins surprenante que l'existence de ses rares manifestations concrètes, dont la présence même déroute.

Section II LES CONDITIONS DU PAIEMENT MONÉTAIRE

460. Les obligations libellées en unités de paiement et en unités de valeur ont des objets différents, ce qui se traduit par des paiements à fonctionnement différent. Même lorsque la prestation extinctive de l'obligation est une prestation monétaire, l'économie des deux opérations diffère de façon notable. Dans un cas, l'extinction provient de l'adéquation du paiement à la dette : le débiteur devait des unités de paiement au créancier, et il les lui verse ; dans l'autre, elle résulte du pouvoir extinctif incorporé dans les unités de paiement, apte à produire l'extinction de dettes libellées en unités de valeur. Mais en dépit de ces différences de fonctionnement, ces deux paiements se rapprochent en ce qu'ils procèdent tous deux d'un versement monétaire, et que ce versement emporte l'extinction du rapport obligatoire. Encore reste-t-il à examiner les conditions de validité de ce versement monétaire.

461. Au chapitre du paiement, les manuels de droit des obligations conduisent leur étude par un certain nombre d'étapes obligées, qui permettent la description des modalités du paiement¹. Ce n'est pas tout à fait dans cette optique que l'on voudrait ici se situer. La doctrine semble unanime à considérer qu'il appartient normalement au débiteur de payer sa dette, sauf à ce qu'elle soit payée par un tiers pour son compte ; que la dette doit être payée au créancier ou à toute personne valablement habilitée pour recevoir le paiement ; que le débiteur doit régler ce qui est précisément dû aux termes de l'obligation qu'il a contractée ;

¹ V. par ex. : H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, p. 946 et s. ; A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.*, p. 963 et s. ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, p. 529 et s. ; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *op. cit.*, p. 177 et s.

qu'au cas où il s'agit d'un paiement monétaire, toutes les modalités de transferts de fonds sont valables dès lors que le créancier est d'accord pour les accepter, le paiement au moyen d'instruments ayant cours légal pouvant toujours lui être imposé ; que le paiement étant normalement quérable, il doit être fait au domicile du créancier à moins que la convention des parties en dispose autrement ; enfin que le paiement doit être fait à l'échéance, ou lorsque le créancier le désire s'il n'y a pas eu d'échéance fixée. Ces éléments descriptifs étant certains dans la doctrine comme dans la jurisprudence des tribunaux, il est inutile d'en débattre plus longtemps.

Tout au plus doit-on rappeler que le paiement en France doit normalement être fait dans les unités qui y ont cours, ce qui exclut les unités étrangères dans les conditions que l'on a dites. Mais il importe de bien distinguer la notion de cours de la monnaie, qui permet de déterminer les unités qui pourront valablement être données en paiement, du cours légal qui permet d'identifier les supports et les instruments en vertu desquels le paiement pourra être fait¹. Seul le franc a cours en France, et les paiements en francs peuvent toujours se faire en suivant les règles du cours légal : par tradition de billets de banque jusqu'à une certaine somme, par chèque au-delà de cette somme.

462. Ce qui nous retiendra plus longuement, ce sont les conditions dans lesquelles ce versement doit se faire pour être valable, c'est-à-dire pour entraîner derrière lui l'extinction de l'obligation. La notion d'extinction d'une obligation par paiement paraît ordinairement bien plus simple qu'elle ne l'est en fait. Au sens commun, payer est l'activité la plus élémentaire et la plus quotidienne qui soit, puisqu'elle ne consiste qu'à verser des fonds. Au sens juridique, le mot est plus lourd de sens, puisque l'on nomme paiement l'exécution de toutes les obligations, monétaires ou non². De plus, le mot est un peu indéfini puisqu'il désigne à la fois le processus d'exécution : la prestation conforme à ce que l'obligation prévoyait, et le résultat de ce processus : l'extinction de l'obligation. On peut considérer pour l'heure que le paiement en tant qu'acte d'extinction de l'obligation ne nous intéresse guère, pour étudier plus en détail le paiement en tant qu'acte d'exécution de l'obligation³.

Lorsque le débiteur exécute l'obligation qu'il avait assumée, la dette s'éteint : le créancier est satisfait, et le débiteur est libéré. On peut donc présenter le paiement de l'obligation comme un ensemble d'opérations orienté vers la prestation du débiteur et la satisfaction du créancier. Pour qu'un paiement soit efficace, il faut ainsi qu'il y ait rencontre de la prestation du débiteur, conforme à l'objet du paiement, et de la satisfaction du créancier, à raison de cette conformité. Cette rencontre emporte extinction de l'obligation, parce que le créancier a obtenu ce qu'il désirait, et l'a obtenu du débiteur.

463. *A contrario*, on peut estimer que si la rencontre n'a pas lieu, l'extinction de l'obligation ne se produit pas. Naturellement, si le débiteur ne propose aucune exécution à son créancier, il n'y a aucune raison que l'obligation puisse s'éteindre. Mais on peut déceler une situation plus confuse ou complexe, dans les hypothèses où la prestation du débiteur ne rencontre pas la satisfaction du

¹ B. COURBIS, « Comment l'État confère la qualité monétaire à un avoir ?... », précité ; P. QUADEN, « Monnaie légale et cours légal », *Annales de la Faculté de droit de Liège* 1959.315.

² N. CATALA, *op. cit.*, n° IV, p. 15.

³ Sur la distinction entre exécution et extinction du paiement, v. la thèse de M^{me} Catala qui y est entièrement consacrée (*La nature juridique du paiement*, précitée).

créancier, à moins que celle-ci se produise sans que le débiteur y soit pour quoi que ce soit. Si la rencontre de la prestation conforme et de la satisfaction du créancier emporte extinction de l'obligation, l'une sans l'autre ne doit pas pouvoir mener à la même conséquence. Mais cette satisfaction sans prestation, ou cette prestation sans succès, ne restent pas pour autant lettre-morte.

L'accomplissement partiel de l'exécution de l'obligation ne va pas conduire à la disparition du rapport, mais à une modification de sa configuration : à l'accomplissement partiel correspondent des effets partiels, fondamentaux pour les parties mais sans conséquences pour le lien obligatoire. Le débiteur qui a accompli sa prestation sans que le créancier en soit satisfait est libéré, alors que l'obligation n'est pas éteinte ; le créancier satisfait par un tiers subrogé dans les droits du débiteur est désintéressé du rapport juridique, qui survit entre le débiteur et le tiers. Si l'extinction de la dette libère le débiteur et désintéresse le créancier, la réciproque est inexacte : le débiteur peut être libéré, le créancier désintéressé, sans que pour autant l'obligation soit éteinte.

Comprendre l'exécution conforme de l'obligation et sa conséquence, l'extinction du rapport obligatoire, c'est arriver à saisir les étranges rapports qui se nouent entre la prestation du débiteur et la satisfaction du créancier.

464. Cette possibilité d'émancipation par rapport au lien de droit, indépendante de l'extinction proprement dite, se trouve réalisée dans deux situations parfaitement symétriques, dont les points communs n'ont pas été suffisamment signalés ¹.

Le débiteur de somme d'argent qui est prêt à exécuter sa prestation monétaire se heurte parfois à l'opposition de son créancier : à la proposition qui lui est faite de recevoir cent francs, celui-ci oppose un refus. Ce refus peut être dû à des causes très diverses, légitimes ou non ; mais les motivations du créancier n'entrent pas dans la procédure consécutive à ce refus. Seul importe que le débiteur est ainsi empêché de procéder à l'extinction de l'obligation, alors qu'il est prêt à exécuter sa prestation. Il se trouve donc maintenu malgré lui dans le lien obligatoire, sans guère de possibilités de s'en affranchir puisque la prestation qu'il a proposé d'exécuter lui paraît correspondre à sa dette. C'est dans ces conditions qu'intervient l'article 1257 du Code civil pour permettre au débiteur de se libérer en dépit du créancier, par la procédure lourde des offres réelles et de la consignation ². Au créancier qui refuse le paiement, le débiteur peut diligenter un huissier de justice chargé de lui faire la proposition de paiement jusque-là refusée, de la façon la plus matérielle possible. Soit le créancier se décide alors à accepter l'argent qui lui est proposé, et le lien de droit est éteint puisque la prestation du débiteur et la satisfaction du créancier coïncident pour donner une exécution parfaite ; soit le créancier s'entête dans son refus de recevoir les fonds proposés, et l'huissier constate le déroulement de la procédure des offres réelles et son échec. Il consigne alors la somme qu'il devait remettre au créancier auprès de la Caisse des Dépôts et Consignations : l'argent y est mis à la disposition de ce dernier, qui peut le retirer à sa guise. Si le créancier se décide à accepter les fonds,

¹ V. tout de même J. COURROUY, « La consignation d'une somme d'argent... », précité. Comme son titre l'indique, l'article est centré autour de la procédure des offres réelles et de la consignation. Mais un lien y est incidemment fait avec la subrogation personnelle : v. n° 13, p. 30.

² J. COURROUY, *op. cit.* ; N. CATALA, *op. cit.*, n° 124, p. 196 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *op. cit.*, n° 214, p. 151 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 118 et s., p. 51 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 839 et s., p. 926 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 329, p. 578 ; A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 1014 et s., p. 981.

le rapport juridique s'éteint par leur retrait de la Caisse des Dépôts et Consignation. Par ailleurs, le débiteur a la possibilité de faire valider en justice la consignation opérée, ce qui a pour conséquence de le libérer définitivement, et de l'empêcher de retirer les fonds *ad nutum*¹. Il est admis en doctrine comme par la jurisprudence des tribunaux que les effets du jugement de validation sont exactement les mêmes que ceux de l'acceptation de la consignation par le créancier².

Mais tant que le créancier n'a pas effectué de retrait et que la consignation n'a pas fait l'objet d'un jugement de validation, la situation juridique paraît confuse. D'une part, aux termes de l'article 1257, alinéa 2, du Code civil, « les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur ». Mais il n'en va ainsi que pour autant que le débiteur ne revienne pas sur la consignation opérée : il a en effet le droit d'effectuer lui-même le retrait, les effets de la libération étant alors annulés³. L'article 1261 du Code civil dispose en effet : « tant que la consignation n'a point été acceptée par le créancier le débiteur peut la retirer ; et s'il la retire, ses codébiteurs ou ses cautions ne sont point libérés ». De la confrontation de ces deux articles, il résulte d'une part que le débiteur n'est libéré que pour autant que les sommes soient actuellement consignées⁴, mais d'autre part que la consignation n'emporte pas extinction de l'obligation. Pour que la possibilité d'un retrait de la part du débiteur soit envisageable, il est impératif que la consignation n'ait point eu d'effet extinctif⁵. Dans le cas inverse, on ne peut pas comprendre comment l'obligation, censément éteinte, pourrait renaître de ses cendres en cas de retrait.

La procédure des offres réelles et de la consignation présente ainsi un cas de figure particulier, où l'une des parties est évincée du rapport de droit parce qu'elle a exécuté la part qui lui revient dans le déroulement de l'obligation, sans que cette éviction coïncide avec l'extinction du lien de droit.

465. On peut trouver un schéma symétrique de celui des offres réelles, intéressant donc l'éviction du créancier, c'est-à-dire son désintéressement. Dans l'hypothèse de la subrogation personnelle, le créancier satisfait par un tiers subrogé dans ses droits n'a plus rien à voir avec l'obligation existante sans que celle-ci s'éteigne pour autant⁶.

Ce cas de figure heurte de front une tendance récurrente dans la doctrine, qui recherche dans la seule satisfaction du créancier une possible cause de l'extinction

¹ Aux termes de l'art. 1263 C. civ., il peut tout de même les retirer avec l'accord du créancier.

² J. COURROUY, *eod. loc.*, n° 29, p. 41, et les réf.

³ Pour les modalités et les personnes aptes à exercer ce retrait, *ibid.*, n° 16 et s., p. 32.

⁴ Sur cet effet, *ibid.*, n° 6 et s., p. 27.

⁵ À cet égard, on relèvera la formule frappante de M. Martin de la Moutte, reprise par M. Courrouy : « le lien d'obligation existe toujours » (MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, th. Toulouse, 1949, n° 54, p. 62).

⁶ Sur la subrogation personnelle, v. J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, préf. P. Kayser, Bibl. dr. priv. CLX, L.G.D.J., 1979. *Adde* : G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *op. cit.*, n° 381 et s., p. 347 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 53 et s., p. 23 ; P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, n° 1206 et s., p. 538 ; H. L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 841 et s., p. 927 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 334 et s., p. 585 ; A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 1031 et s., p. 989.

du lien de droit¹. Mais l'exemple de la subrogation montre bien que la satisfaction du créancier n'est qu'un élément de l'extinction, plus ou moins masqué selon les circonstances², qui ne suffit pas à lui seul à la disparition du lien. Lorsque le *solvens* n'est pas le débiteur de l'obligation mais que par son paiement, il est subrogé dans les droits du créancier désintéressé, que ce soit par la subrogation conventionnelle de l'article 1250 du Code civil ou la subrogation légale *lato sensu* de l'article 1251-3°, le *solvens* remplace le créancier dans le lien obligatoire, sans que celui disparaisse pour autant. La subrogation opère ainsi transfert de l'obligation : le lien de droit qui existait entre le débiteur et le créancier survit, mais se déplace entre le débiteur et le *solvens*³. Le tiers subrogé s'insère dans la même obligation, dont le créancier désintéressé se trouve évincé. Pour qui admet le caractère extinctif de la satisfaction du créancier, la situation est troublante : l'indéniable exécution de la prestation à son égard n'entraîne pas la disparition du lien.

En revanche, de même qu'avec la procédure des offres réelles et de la consignation, on remarque que la satisfaction évince le créancier d'un rapport de droit qui survit en dehors de lui, entre le débiteur et une nouvelle partie.

466. L'extinction de l'obligation entraîne, on le sait, la libération du débiteur et suppose le désintéressement du créancier. Mais la réciproque est inexacte, puisqu'à elles seules, ni la libération du débiteur ni la satisfaction du créancier n'entraînent cette extinction. L'une et l'autre peuvent être réalisées sans que l'obligation s'éteigne. Après libération du débiteur, l'obligation survit entre la Caisse des Dépôts et le créancier ; après désintéressement du créancier occasionné par un paiement dû à un tiers, la créance continue de produire ses effets entre le débiteur et le tiers subrogé. On pourrait toutefois penser que c'est l'incomplétude de la prestation qui entraîne ces effets partiels. Mais ce ne serait pas tout à fait exact puisqu'on peut construire des hypothèses où offres réelles et subrogation jouent ensemble à propos de la même obligation sans pour autant en causer l'extinction. On aboutit de la sorte à une situation paradoxale et inattendue, où l'on voit l'obligation survivre entre des parties différentes de celles qu'elle liait à son origine.

Pour construire un exemple mettant en jeu cette double éviction du rapport obligatoire sans extinction, il suffit d'imaginer que Primus est débiteur de Secundus, mais qu'il ne peut payer. Tertius accepte de payer à sa place, et se fait subroger dans les droits de Secundus. L'obligation se maintient dès lors entre Primus et Tertius, créancier subrogé. Au moment où le débiteur Primus veut payer, une contestation sur le *quantum* de la dette apparaît, dont il importe peu de savoir si elle est ou non légitime. Sûr de son bon droit, Primus fait consigner la somme auprès de la Caisse des Dépôts et Consignation après une procédure d'offres réelles. C'est par là-même la Caisse des dépôts qui devient la nouvelle

¹ G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *op. cit.*, n° 192, p. 176. Pour une réfutation vigoureuse de l'idée que la satisfaction du créancier puisse à soi seule avoir une vertu extinctive, v. N. CATALA, *op. cit.*, p. 190 et s.

² La satisfaction du créancier disparaît presque dans l'hypothèse de l'exécution conforme à l'objet de l'obligation, tant il apparaît que le lien est éteint par une prestation adéquate à son objet. Cette satisfaction intervient de façon plus saillante lorsque l'on se trouve en présence des modes de paiement "anormaux" du droit commercial, l'acceptation du créancier étant alors essentiellement justifiée par la satisfaction que lui procure la prestation substituée.

³ Sur l'effet translatif du paiement, J. MESTRE, *op. cit.*, p. 357 et s. ; P. RAYNAUD, *Les contrats ayant pour objet une obligation (Suite)*, Les Cours de Droit, 1978-1979, p. 168 et s.

“débitrice” de Tertius, puisque celui-ci peut aller y chercher son dû à sa guise. Le lien de droit qui oblige la Caisse des Dépôts vis-à-vis de Tertius est bien identique au lien primitif, mais ni Primus ni Secundus n'y sont plus partie.

La libération du débiteur ou la satisfaction du créancier n'entraînent pas à elles seules l'extinction du rapport obligatoire, et la réunion des deux sur une même obligation ne suffit pas toujours à obtenir ce résultat. L'extinction de l'obligation par exécution conforme est donc une opération d'apparence élémentaire, mais qui correspond à des exigences très strictes.

467. Pour que l'exécution d'une obligation entraîne l'extinction du rapport de droit, il est nécessaire que l'exécution conforme de l'obligation par le débiteur et la satisfaction émanée du créancier soient concomitantes. Dès lors que le débiteur fait lui-même ce que l'objet de l'obligation lui prescrit de faire, et que le créancier s'en montre satisfait, l'obligation est éteinte. En fait, ces exigences doivent être encore réduites : si le débiteur a parfaitement rempli son obligation, le créancier ne peut pas refuser sa satisfaction, c'est-à-dire qu'il ne doit pas maintenir l'obligation en survie artificielle. La procédure des offres réelles et de la consignation permet de libérer le débiteur. De plus on peut estimer que le jugement de validation de la consignation éteint l'obligation : dès lors que le débiteur n'a plus le droit de retirer les sommes consignées sauf autorisation du créancier, tout se passe comme si le dépôt appartenait effectivement au créancier. Une consignation à la validité constatée emporte ainsi extinction de l'obligation, le créancier ne pouvant s'opposer inlassablement au dénouement du rapport juridique.

Il en résulte que les deux exigences nécessaires à l'extinction de l'obligation sont d'une part une prestation émanant du débiteur et non d'un tiers, et d'autre part une prestation adéquate à l'objet de l'obligation ¹.

468. C'est parce que l'extinction de l'obligation se réduit à cette seule rencontre de deux faits matériels et constatables, que l'analyse proposée par M^{me} Catala du paiement comme d'un fait juridique est une analyse qui ne peut être que difficilement dépassée. Si l'on doit admettre qu'en tant que processus d'exécution — tradition des espèces par le débiteur, réception par le créancier —, le paiement s'apparente à un acte juridique, c'est-à-dire à un ensemble d'opérations bilatérales fondées sur la volonté et destinées à produire des effets de droit, une telle analyse se révèle inexacte s'agissant de l'extinction elle-même. Celle-ci résultant de la réalisation d'une prestation conforme à son objet, opérée par le débiteur, elle n'apparaît que comme une conséquence mécanique de cette prestation satisfaisante, échappant par là même à tout effet de volonté de l'une ou l'autre partie. Si leur volonté est sans doute aucun à l'œuvre dans la procédure d'exécution, elle n'a plus aucune place dès lors que la prestation du débiteur a été effectuée, sans désaccord du créancier. Ni le débiteur ni le créancier ne peuvent s'opposer à l'extinction une fois que la prestation a eu lieu ; et cette extinction s'opère en l'absence de toute volonté émanée de l'une ou l'autre partie. En ce sens, le paiement envisagé en tant que procédé extinctif ne peut guère passer que pour un fait juridique ².

¹ On retrouve du reste ainsi les conditions de validité dégagées par M^{me} Catala dans sa thèse, qui avait réduit l'efficacité du paiement à la seule rencontre de ces deux éléments, exempté de tout effet de volonté de la part de l'une ou l'autre partie (N. CATALA, *op. cit.*, n° 177 et s., p. 258).

² Cette thèse de M^{me} Catala n'a guère convaincu, en dépit de sa pertinence. Mais on se défend mal du sentiment que cette résistance est causée, au moins pour partie, par une question de vocabulaire. La même thèse n'aurait-elle pas d'emblée convaincu si

Il semble d'ailleurs que les travaux de doctrine qui contestent l'analyse de M^{me} Catala manquent quelque peu sa signification réelle. C'est ainsi que des auteurs objectent à la qualification en s'appuyant sur des traces de volontés individuelles, qui prennent place dans le processus d'exécution de l'obligation¹. Que pour payer, il faille avoir envie de payer est indéniable² ; mais cela n'empêche pas que cette volonté se manifeste lors de l'exécution de l'obligation, phase qui comporte d'ailleurs tous les traits caractéristiques de l'acte juridique. De façon plus générale, dès lors que l'on fait la distinction entre les faits matériels ressortissant à la phase d'exécution de l'obligation, et leur conséquence juridique qui n'est autre que l'extinction elle-même, l'analyse de l'exécution en acte juridique et du paiement en fait juridique n'est plus guère contestable. Tous les éléments mettant en œuvre la volonté ou supposant une prévision quant aux effets de droit se trouvent réalisés dans les relations entre les parties caractéristiques de l'exécution ; sitôt cette phase achevée, après un instant de raison, l'extinction s'impose comme une conséquence, hors de toute volonté de l'une ou l'autre partie.

Section III L'INEXÉCUTION DE L'OBLIGATION MONÉTAIRE

469. La question de l'inexécution des obligations de somme d'argent ne peut s'aborder sur le même mode que celle des autres obligations, quelles que soient leurs sources. En effet, s'il est envisageable qu'un contractant ne puisse livrer une récolte qu'il avait promise, celle-ci ayant péri, s'il est encore imaginable qu'un intermédiaire s'étant engagé à vendre une matière première ne puisse le faire, celle-ci étant devenue indisponible sur le marché, il est en revanche inconcevable qu'un débiteur ne puisse payer une somme d'argent en alléguant

M^{me} Catala avait parlé d'effet juridique plutôt que de fait ? Il est toutefois clair que c'est bien de cela qu'il s'agit : « Le paiement est un fait juridique parce que l'extinction de l'obligation est un effet de droit attaché par la loi à une situation de fait (la satisfaction du créancier) » (N. CATALA, *op. cit.*, n° 161, p. 241).

¹ G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *op. cit.*, n° 194, p. 178 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 181, p. 76 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 927, p. 995, n. 1 ; de façon plus nuancée, on lira MM. Malaurie et Aynès, qui qualifient le paiement d'acte complexe, « participant à la fois de la convention et du fait juridique », (*op. cit.*, n° 961, p. 527).

² H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *ibid.* ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *ibid.*

une impossibilité à se procurer de la monnaie ¹. Totalement différente en cela des obligations de donner qui peuvent demeurer inexécutées en raison d'une impossibilité liée à l'objet à livrer, l'obligation de somme d'argent peut dans tous les cas être exécutée, les hypothèses de rareté ou de pénurie de monnaie étant tout à fait marginales. De telles hypothèses ne peuvent se réaliser qu'à l'occasion de crises d'hyper-inflation, dont l'époque actuelle ne souffre plus guère dans les proportions où elles ont pu être éprouvées par le passé ². En dehors des situations d'hyper-inflation galopante, on ne voit pas que l'on puisse jamais dire que la monnaie soit indisponible.

En conséquence, le seul motif pouvant justifier l'inexécution de la dette ressortit à l'incapacité du débiteur à trouver la somme dans son patrimoine. Ce n'est jamais une pénurie objective de monnaie qui paralyse l'exécution, ce qui peut se produire pour d'autres obligations de donner, mais toujours l'insolvabilité du débiteur. En cela, l'obligation de somme d'argent emprunte certains des contours des obligations de faire, celles-ci ne pouvant demeurer inexécutées qu'en raison de causes propres au débiteur. Si dans les modalités de son exécution, l'obligation de somme d'argent tend à se rapprocher d'une obligation de donner, elle s'apparente aux obligations de faire en ce qui concerne son inexécution ³.

470. Cette conséquence paradoxale ne devrait guère surprendre, tant il est vrai que l'on a déjà pris conscience des embarras de l'application de l'article 1126 du Code civil aux obligations monétaires. Mais quoiqu'attendu, cet état de fait est gênant. La distinction des obligations de faire et de donner emporte ses conséquences principales sur le terrain de l'inexécution, puisque les premières ne donnent normalement pas lieu à exécution forcée et se résolvent par des dommages-intérêts compensatoires, tandis que les secondes sont susceptibles d'une exécution forcée, favorisée par l'allocation de dommages-intérêts moratoires. Le fait que l'on ne puisse déterminer auquel des deux types d'obligations ressortit la dette de monnaie empêche de déterminer par avance ce qui se produira en cas d'inexécution. C'est la raison pour laquelle la question de l'inexécution totale doit être reprise dans son ensemble, le système spécialement mis en place par la loi méritant une étude propre qui ne tente pas de le rapprocher des modèles connus (§ 2). Mais avant de traiter de l'inexécution totale de

¹ Sous réserve de la tentation qu'ont eue les conseillers de la Troisième chambre civile de la Cour de cassation, de considérer que le chômage entraînait l'impossibilité à trouver de la monnaie : Civ. 3^e 19 avril 1972, précité, *D.* 1973.205 note H. Souleau, et *Rev. trim. dr. civ.* 1973.581 obs. G. Durry ; Orléans 25 octobre 1973, précité, *D.* 1974.66 note H. Souleau ; Civ. 3^e 10 avril 1975, précité, *Bull. civ.* III, n° 195, *Rev. trim. dr. civ.* 1976.151 obs. G. Durry.

² Mais dans le cas où des transactions qui s'effectuaient en dizaines d'unités en exigent des millions, on peut considérer qu'il y a une certaine indisponibilité de la monnaie, faute que l'émission de monnaie parvienne à suivre le rythme de la dépréciation de l'unité. C'est à une telle situation que s'est trouvée confrontée l'Allemagne du début des années vingt : si en janvier 1922, le mark-or valait 46 marks-papier, il en valait 4 280 un an plus tard, 8 400 un an et demi plus tard, en juillet 1923, 24 millions en septembre, 6 milliards en octobre, et un trillion en décembre (P. MILZA, *De Versailles à Berlin*, p. 54). S'il faut une brouettée de billets pour payer une livre de beurre, on peut effectivement considérer que la monnaie s'est raréfiée sur le marché.

³ Cette approche métaphorique du régime ne doit en aucun cas être considérée comme une identification juridique de la nature de l'obligation, procédé qui a été dénoncé plus haut.

l'obligation de somme d'argent, il convient de dire quelques mots de l'inexécution, ou de l'exécution, partielle. Obligation divisible par excellence, la dette de monnaie se prête fort bien aux paiements fractionnés. Pourtant, le paiement des obligations de somme d'argent ne se satisfait à aucun prix de versements partiels (§ 1).

§ 1. L'EXÉCUTION PARTIELLE DE L'OBLIGATION MONÉTAIRE

471. Il y a, dans la règle posée par l'article 1244, alinéa 1, du Code civil, une mesure de sauvegarde pour le créancier¹ : le débiteur en difficulté, incapable d'acquitter sa dette en totalité, pourrait être tenté de payer son obligation de façon fractionnée, échelonnée, de telle sorte que l'avantage retiré par le créancier s'en trouverait chaque fois un peu rogné. Pour les obligations indivisibles, définies par l'article 1217 du Code civil, la règle est à tout le moins salutaire². Que vaudrait l'exécution fractionnée de travaux de peinture ? Le propriétaire qui fait repeindre son appartement ne trouve aucun avantage, mais bien plutôt des inconvénients, à voir les travaux effectués pièce après pièce, à des époques successives. Il en va de même de l'intermédiaire qui veut faire transporter un stock de produit à fin de revente au lieu de destination : que lui sert de voir la moitié du stock transportée, quand il s'est engagé pour le tout ?

Mais si on se place dans le domaine des obligations dites divisibles, c'est-à-dire de celles dont l'objet est susceptible d'un fractionnement matériel ou intellectuel³, le problème ne se présente pas avec la même netteté. Si l'obligation est susceptible d'être divisée quant à son montant, ne peut-on pas aussi en fractionner l'exécution dans le temps ? Le fractionnement d'une obligation indivisible en altère la substance ; celui d'une obligation divisible ne dénature pas l'objet de l'obligation, mais en déplace la réalisation dans le temps. L'inexécution est totale dans le premier cas, puisque les objectifs de l'obligation n'ont pas été atteints, tandis qu'elle n'est que relative dans le second : partielle ou retardée. On peut donc se demander si les objections au fractionnement de la dette, légitimes dans la première situation, le demeurent dans la seconde. Il reste que l'article 1220 du Code civil s'oppose aux exécutions partielles, en disposant que « l'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible ». Mais ne peut-on trouver à la règle de meilleures justifications que celles tirées de ce texte ? En fait, les chercher méconnaît toujours le principe de l'intérêt supérieur du créancier : s'il désire une exécution globale plutôt qu'une exécution partielle à laquelle l'article 1244 lui donne également droit, le droit positif ou les difficultés du débiteur ne doivent pas aboutir à ce que l'intérêt de ce dernier soit substitué au sien. Qu'elle soit ou non divisible, la dette est conçue de façon globale par le créancier. Le principe de la divisibilité n'objecte pas aux droits du créancier à une exécution

¹ Art. 1244, al. 1 : « Le débiteur ne peut point forcer le créancier à recevoir en partie le paiement d'une dette, même divisible ».

² A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 945, p. 932.

³ Art. 1217 C. civ. V. aussi : G. MARTY, P. RAYNAUD et P. JESTAZ, *op. cit.*, n° 95 et s., p. 86.

globale ; il permet seulement, en cas de pluralité de débiteurs, d'autoriser chacun de ne payer qu'une partie de la dette. Mais au total, celle-ci doit être intégralement réglée au créancier.

472. L'obligation de somme d'argent ne présente aucune spécificité sous le rapport de sa divisibilité. Et pourtant, c'est la seule qui dans certaines hypothèses définies est susceptible d'un paiement partiel en dépit de la volonté contraire du créancier¹. La division peut par exemple être imposée par les juges (art. 1244 alinéa 2) ; être le résultat d'un décès, les dettes étant alors fractionnées entre les héritiers du débiteur ; être la conséquence du bénéfice de division opposée au créancier par une caution saisie (art. 2026) ; être enfin le résultat de l'imputation des paiements, décidée par le débiteur lui-même ou le juge². On pourrait peut-être en déduire que l'article 1244 n'est pas d'ordre public. Pourtant, à considérer de plus près ces diverses hypothèses, on constate qu'il n'y en a véritablement qu'une où le débiteur semble pouvoir imposer sa volonté à son créancier ; et encore les circonstances dans lesquelles elle s'inscrit suggèrent-elles quelques hésitations.

Dans la plupart des cas, le fractionnement est causé par l'intervention de tiers au sein du lien obligatoire : héritiers ou cautions se substituant au débiteur, magistrat qui autorise à fractionner une dette ou impute des paiements. Il n'y a guère que lorsque l'imputation est décidée par le débiteur que sa volonté se substitue à celle du créancier, et qu'il peut lui imposer un paiement partiel. Encore ne s'agit-il là que d'une possibilité exceptionnelle, dérogatoire, sans doute prévue de manière à permettre au débiteur, partie faible, de ne pas se voir imposer des conditions trop désavantageuses par le créancier. Il reste que dans le cadre d'une exécution normale d'une dette de monnaie, le débiteur ne peut pas fractionner son paiement.

De la sorte, il convient de tempérer la généralité du propos selon lequel la division de la dette monétaire peut être imposée par le débiteur au créancier. S'il est bien certain que celui-ci peut y consentir de lui-même parce qu'il escompte ainsi pouvoir à terme récupérer l'ensemble de la dette sans frais excessifs, le débiteur ne peut pas décider de lui-même de fractionner le paiement, ni choisir le montant des paiements divisés. La règle posée par l'article 1244 conserve donc toute sa validité en matière d'obligation de somme d'argent.

473. Il reste tout de même que certains transferts de monnaie sont parfois considérés comme occasionnant un paiement partiel : les acomptes. Ceux-ci doivent être clairement distingués des arrhes et autres clauses diverses de dédit³. Alors que ces dernières offrent aux cocontractants, ou à l'un seulement des deux, la possibilité de ne pas s'engager au terme du processus de formation d'un contrat, au risque de payer à l'autre partie une indemnisation, l'acompte n'a trait qu'à une situation contractuelle stabilisée, et joue comme un engagement

¹ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Les obligations*, t. 1, *Les sources*, précité, n° 203, p. 183 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *op. cit.*, n° 132, p. 56 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 887, p. 973 ; A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 996, p. 969 ; J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 328, p. 577.

² On laisse de côté l'hypothèse souvent citée de la compensation légale. En effet, il n'est pas certain qu'il s'agisse là d'un paiement, le versement d'une somme d'argent étant précisément ce que l'on cherche à éviter en ayant recours à la compensation. D'autre part, la compensation joue un rôle de sûreté qui justifie à soi seul le caractère partiel du paiement.

³ Sur ce point, on lira la thèse ancienne de J. Redouin (*Les arrhes en droit français*, th. Paris, 1935).

d'exécution renforcé¹. L'acompte est la somme versée par le débiteur au créancier qui matérialise son engagement, sans pour autant conférer à aucun des deux une possibilité de dédit. Au moment du paiement du prix, l'acompte a vocation à représenter une partie du prix, payée de façon anticipée, qui vient en déduction du montant total du contrat. De là sans doute le fait que les tribunaux² comme parfois la doctrine³ considèrent l'acompte comme un paiement partiel.

À supposer justifiée cette analyse, il importe de noter d'emblée qu'elle ne s'inscrit pas en faux à l'encontre de l'article 1244 alinéa 1 du Code civil. Si l'acompte réalise un paiement partiel, il n'est pas imposé par le débiteur au créancier. Il semble bien plutôt qu'il constitue un mode de solidification de l'engagement qui intéresse l'une et l'autre partie. Néanmoins, on considère qu'au moment du paiement définitif de l'obligation, l'acompte est converti en paiement anticipé. C'est ainsi que l'acompte aurait réalisé un paiement partiel, fractionné, non seulement admis mais même recherché. C'est à cela qu'il faut s'intéresser, dans le relatif silence de la doctrine : M. Carbonnier a souligné dans son précis l'intérêt que présenterait une étude fouillée de l'acompte ; mais son injonction est demeurée jusqu'ici lettre morte⁴.

Ce qui peut motiver une hésitation quant à la qualification de l'acompte en paiement partiel provient de ce qu'elle n'est déduite que de l'exécution du contrat. C'est au moment de payer le prix que l'acompte vient en déduction, et se présente alors comme une part déjà acquittée. Mais est-il légitime de qualifier l'acompte en fonction de son rôle lors de l'exécution de l'obligation, et non au moment de la formation du contrat ? Ce n'est pas lors de l'exécution du contrat qu'il faut se placer tant il est vrai qu'à ce moment, l'acompte est à peine discernable du prix ; ce qui importe, c'est de savoir à quel titre le débiteur paie une certaine somme au créancier, qui n'a pas encore exécuté la prestation à laquelle il s'engage.

474. À propos de l'acompte, M. Carbonnier note qu'« on pourrait se le représenter comme un avoir que le débiteur se constitue entre les mains du créancier, et qui ne servira à l'extinction de la dette (par compensation) qu'au moment du règlement final »⁵. Vue certainement pénétrante, mais qui, en rapprochant l'acompte d'un avoir, ne renseigne pas de façon effective sur sa nature juridique. Les avoirs sont des dettes de commerçants, en général, à l'égard de clients, dettes qu'ils ne remboursent pas en unités monétaires, mais par un droit correspondant sur les objets qu'ils ont en magasin. L'avoir constitue ainsi une somme en monnaie, mais qui sera forcément dépensée dans le magasin. En cela, il est un instrument monétaire bien plutôt qu'un support. C'est dans cette voie qu'on peut mieux comprendre l'acompte. On ne peut pas le considérer comme un paiement partiel pour la raison qu'au moment où il est versé, le paiement du prix n'est pas encore exigible. L'acompte, qui s'impute finalement sur le prix, se signale d'emblée par le droit qu'il constitue au profit du débiteur, dans le patrimoine du créancier. En recevant cette somme, le créancier du prix devient débiteur de l'acompte, et cette dette pourra s'éteindre au moment de la

¹ P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, n° 967, p. 533.

² C'est ce que l'on peut déduire *a contrario* de : Civ. 1^{re} 23 mars 1966, *Bull. civ. I*, n° 210, p. 162.

³ R. DECOTIGNIES, *Encycl. Dalloz, Rép. dr. civ.*, V° « Arrhes » ; J. REDOUIN, *op. cit.*, p. 185 et s. De façon plus nuancée, P. MALAURIE et L. AYNÈS, *op. cit.*, qui voient plus dans l'acompte qu'un simple paiement partiel. Pour une opinion dubitative, J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 332, p. 584.

⁴ J. CARBONNIER, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵ *Ibid.*

livraison de la chose, ou bien disparaître par restitution en cas de résolution du contrat.

Si l'on ne doit pas assimiler l'acompte au prix, c'est tout simplement parce qu'il répond à des préoccupations différentes. On paie le prix pour éteindre une dette, tandis que le versement de l'acompte est une manœuvre destinée à favoriser la bonne exécution du contrat, manœuvre bien plutôt psychologique que juridique. En réalité, l'acompte peut être décrit comme une sorte de sûreté que les parties conviendraient de se donner l'une l'autre : un moyen de pousser le créancier à exécuter sa prestation, le débiteur à payer le prix, sans que pour autant ce dépôt monétaire s'intègre dans l'économie du contrat. Véritable à-côté, l'acompte est toujours restitué par le créancier au débiteur : soit parce que l'obligation est résolue, soit parce qu'elle est exécutée. Dans ce dernier cas, la dette du créancier se compense avec la prestation du débiteur, sans que cela signifie que l'acompte soit une fraction du prix. Pour se persuader de ce caractère accessoire de l'acompte, il suffit d'imaginer un contrat dans lequel une personne désirerait acheter du blé, et s'engagerait à le payer en versant du bois. Rien n'exclut que dans cette situation, un acompte soit versé sous la forme d'une certaine somme d'argent. Cette somme serait alors restituée, que le contrat soit exécuté ou résolu. On peut ainsi penser, contrairement à une opinion doctrinale¹, qu'en cas d'inexécution fautive du contrat par le débiteur, les dommages-intérêts éventuellement prononcés ne s'imputeront pas sur l'acompte : peut-être se compenseront-ils avec lui, mais l'acompte n'en devra pas moins être restitué au débiteur.

475. Ce qui déroute avec l'acompte, ce qui incite à lui donner une qualification juridique erronée, c'est le fait qu'il représente une sûreté purement psychologique, qui n'a pas d'effectivité juridique. C'est là du reste l'écart fondamental qui sépare l'acompte des arrhes : si le contrat est inexécuté par la faute de l'une des parties, les arrhes profitent à celui qui n'a pas commis de faute, tandis que l'acompte est de toutes façons restitué au débiteur. L'acompte naît et disparaît à côté des obligations fondamentales du contrat : il représente une sorte de poche de non-droit au sein d'un ensemble contractuel rigoureusement balisé par la réglementation.

§ 2. L'INEXÉCUTION TOTALE DE L'OBLIGATION MONÉTAIRE

476. Il arrive également qu'au jour du paiement de l'obligation de somme d'argent, le débiteur se révèle dans l'incapacité d'exécuter sa prestation. Il devait une certaine somme et, quelles qu'en soient les raisons, il ne la paie pas. Il y a alors inexécution totale de son obligation, puisque le créancier ne s'est pas même vu proposer un commencement d'exécution. La règle est alors que le créancier doit mettre le débiteur en demeure de payer, de manière d'une part à lui rappeler son engagement, et d'autre part à lui signifier qu'il n'est pas disposé à lui

¹ J. Redouin (*op. cit.*, p. 189 et s.), qui écrit : « Puisque les arrhes (au sens d'acompte) étaient en compte sur le prix, qu'elles étaient un commencement d'exécution, elles s'imputeront sur les dommages-intérêts ».

concéder des délais de grâce pour payer¹. Cette mise en demeure est normalement faite par exploit d'huissier, mais les tribunaux acceptent bien d'autres modes dès le moment que le créancier a parfaitement signifié à son débiteur qu'il était résolu à récupérer son dû². Une fois la mise en demeure effectuée, le débiteur qui ne s'est toujours pas manifesté va être contraint à un supplément monétaire pour prix de son retard : le propre des dommages-intérêts moratoires qui frappent alors le débiteur est de compenser le retard subi par le créancier. Plus le débiteur tardera à payer sa dette, plus il devra de dommages-intérêts au créancier, ceux-ci résultant de l'imputation d'un taux fixé à l'avance sur le capital.

477. L'évolution historique du *quantum* de l'intérêt moratoire est intéressante en ce qu'elle réfléchit la conception globale que se font le législateur ou les tribunaux de la perte subie par le créancier³. Le Code civil n'ayant pas prévu le taux de l'intérêt légal, la lacune fut comblée tôt après par la loi du 3 septembre 1807, qui consacrait la coutume de l'époque en fixant le taux à 5 % en matière civile et 6 % en matière commerciale⁴. On peut être d'emblée surpris de ce type de fixation forfaitaire ; on le sera plus encore en voyant l'étonnante stabilité du principe, mais aussi des taux. La loi du 7 avril 1900 modifia les taux d'un point, à la baisse ; la loi du 18 avril 1918 les releva d'un point, au niveau de 1807 ; enfin le décret-loi du 8 août 1935 les rabaisa à 4 et 5 %, taux qui devaient demeurer immuables jusqu'au début des années soixante-dix. La loi du 5 juillet 1972 ne modifia pas les taux, mais tenta de prendre acte des avantages que leur modicité conférait aux débiteurs. Si l'on se souvient qu'une inflation, dite rampante, c'est-à-dire de 5 à 6 % l'an, a commencé de se manifester en France à partir du milieu des années soixante, et que le taux de l'intérêt conventionnel était alors à peu près trois fois supérieur à celui de l'intérêt légal, on peut comprendre que les débiteurs n'étaient guère pressés de payer leurs dettes. Aussi la loi de 1972 décida-t-elle d'un doublement du taux, un mois après la notification d'une condamnation passée en force de chose jugée⁵. Mais cette mesure pusillanime n'eut guère d'incidences en elle-même, et d'autant moins que la jurisprudence la cantonna bien vite aux dettes contractuelles. Sur plus d'un siècle et demi, le principe du taux forfaitaire s'est donc maintenu, le forfait hésitant d'un point entre hausse et baisse. En dépit des bouleversements essentiels que le système de la monnaie a connus sur la période, l'attitude des parties par rapport à la monnaie est considérée, tant par les tribunaux que le législateur, dans une continuité et une stabilité parfaites.

On peut se perdre en conjectures quant aux raisons de cette survie exceptionnelle de taux très bas et sans rapports avec ce que l'on nomme parfois le loyer de l'argent. Héritage du droit canon, qui refusait que l'homme fasse des bénéfices en spéculant sur le temps, qui n'appartient qu'à Dieu⁶ ? Inaptitude des législateurs successifs à prendre acte de l'existence d'un marché monétaire, et à situer les obligations par rapport à lui ? Méfiance morale à l'encontre des profits

¹ D. ALLIX, « Réflexions sur la mise en demeure », *J.C.P.* 1977.I.2844.

² *Ibid.*, n° 4 et s.

³ A. ROBERT, « L'intérêt de l'argent : réflexions sur une évolution », *Mélanges Lambert*, p. 437.

⁴ Sur cet écart constant d'un point entre les domaines civil et commercial, on se souviendra de la maxime de l'ancien droit : *pecunia mercatoris valet plus quam pecunia non mercatoris*.

⁵ *Rev. trim. dr. civ.* 1972.835, obs. P. Jestaz.

⁶ J. LE GOFF, *La bourse et la vie*, Paris, 1986, p. 42.

réalisés par le "capitaliste" au détriment du débiteur ? Ou, plus simplement encore, conception particulière de la fonction de l'intérêt légal, qui ne justifierait pas qu'il permette de rattraper les inconvénients tirés du retard dans le paiement ? En tout cas, il est certain que dans le principe et presque dans les taux, l'intérêt légal est resté constant de 1807 à la loi du 11 juillet 1975, qui, cette fois, a introduit une réforme profonde ¹.

478. L'originalité de la réforme par rapport aux errements passés a consisté à envisager le taux de l'intérêt légal dans le prolongement du marché monétaire. Afin d'éviter que les débiteurs ne s'abstiennent de payer leurs dettes en tirant parti de l'écart considérable entre les taux conventionnels et le taux légal, le législateur les a alignés l'un sur l'autre. Il a ainsi été décidé que le taux applicable serait, pour chaque année, le taux d'escompte pratiqué par la Banque de France le 15 décembre de l'année précédente, que la dette soit civile ou commerciale. Au surplus, une mesure de sauvegarde a été prévue pour le cas où ce taux se modifierait trop vite : si le 15 juin, le taux de la Banque de France diffère de plus de trois points de son niveau du 15 décembre précédent, ce nouveau taux devient le taux d'intérêt légal pour les six derniers mois de l'année. La loi a en outre maintenu le principe posé en 1972 d'une majoration du taux à l'encontre des débiteurs récalcitrants, dont la dette résulte d'une condamnation judiciaire. Étendant le domaine de la disposition aux obligations de toutes sources, et non plus aux seules réparations contractuelles, la loi dispose que le taux est majoré de cinq points, deux mois après le jour où la décision est devenue exécutoire, fût-ce par provision.

Si la réforme s'est ainsi écartée du taux d'intérêt forfaitaire, c'est en fait pour consacrer des dommages-intérêts qui sont eux-mêmes forfaitaires. On s'est souvent interrogé sur ce qu'il convenait au juste de réparer, en cas de retard du débiteur ². Si l'on s'accorde sur le principe d'une réparation intégrale, il vient naturellement à l'esprit que le *quantum* de la réparation devrait couvrir le bénéfice qu'aurait réalisé le créancier s'il avait employé la somme d'argent aussitôt qu'il devait la recevoir. Mais cette réparation conforme aux principes entraînerait trop d'aléas, causés par les difficultés de preuve. Il est en effet très probable que le créancier prétendrait toujours *a posteriori* qu'il aurait effectué les investissements qui se seraient ensuite révélés les plus profitables. De la sorte, plutôt qu'une réparation intégrale, c'est un mode de réparation forfaitaire qui a été choisi ³. C'était du reste déjà le cas autrefois, à l'époque du taux d'intérêt fixe. L'originalité de la réforme ne consiste donc pas dans une modification du principe, mais plutôt dans une meilleure application, réalisée en fixant le taux en conformité avec le loyer de l'argent. Le forfait est donc devenu plus adéquat, sans que le principe ait été remis en cause.

Mais sous les apparences provoquées par la lettre des nouveaux textes, a-t-on effectivement mis le débiteur en retard dans la même situation où il aurait été placé s'il avait payé sa dette à temps ?

¹ M. VION, « L'intérêt légal depuis la loi du 11 juillet 1975 », *Rép. Defrénois* art. 30973, p. 1089 ; *Rev. trim. dr. civ.* 75.802, obs. P. Jestaz.

² La préoccupation est ancienne. G. BALIS, « Des dommages et intérêts dus à raison du retard dans l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent », *Rev. crit. lég. et jrsp.* 1934.97 ; A. MONTEL, « La réparation du dommage dérivant de l'inexécution d'une obligation de somme d'argent », *Rev. trim. dr. civ.* 1932.1017 ; lire également les observations de M. Carbonnier évoquant Pothier et Domat : J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 173, p. 316.

³ A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 438, p. 456.

479. Le taux d'escompte de la Banque de France correspond au taux auquel les banques se refinancent, lorsqu'elles ont consenti un prêt sans disposer de contrepartie préalable. On peut rappeler brièvement que dans le schéma de la création de monnaie scripturale, les banques créent de la monnaie par leurs ouvertures de crédit, mais sont limitées dans cette création par les possibilités de refinancement auprès de la Banque de France. De telle sorte que pour qu'une telle opération permette un bénéfice à la banque dispensatrice de crédit, il est nécessaire que le taux conventionnel appliqué au prêt consenti soit supérieur au taux d'escompte de la banque de France. Dans l'hypothèse inverse, l'ouverture de crédit obligerait la banque dispensatrice à payer plus à la Banque de France que ce que le client lui versera au titre de l'intérêt. Le taux d'escompte de la Banque de France est donc toujours inférieur au taux du marché ou au taux appliqué par les banques sur les prêts d'argent, la différence entre les deux taux constituant la rémunération du service bancaire ¹.

Imaginons un débiteur qui refuse de rembourser une dette en temps voulu. Considérons en outre qu'il agisse ainsi non par mauvais vouloir, mais parce qu'il ne dispose pas de la somme due. S'il était particulièrement scrupuleux, et désirait à toutes forces payer sa dette à son créancier, il devrait emprunter la somme en question. Quel serait l'intérêt de ce prêt ? C'est évidemment là affaire de politique bancaire, mais il est bien certain qu'il serait supérieur au taux d'escompte de la Banque de France. On peut le dire en vertu du principe absolu de la supériorité d'un taux sur l'autre, mais aussi en raison de la situation concrète : le débiteur en difficulté présente un risque bancaire plus grand, dont l'acceptation sera rémunérée à la banque par un taux d'intérêt plus élevé que celui du marché. Ainsi le débiteur scrupuleux payera-t-il bien plus s'il veut rembourser son créancier au jour dit que s'il n'y est pas disposé, car il ne lui versera alors que des dommages-intérêts moratoires. On objectait traditionnellement aux taux forfaitaires de l'ancienne législation qu'ils favorisaient l'incurie des débiteurs, puisqu'ils leur permettaient des facilités de trésorerie en retardant le paiement de leurs dettes. Force est de dire que si la législation récente a diminué l'avantage, elle n'a pas supprimé l'objection.

Encore faut-il faire une réserve concernant les intérêts majorés. En augmentant de cinq points le taux de l'intérêt légal, le nouveau taux obtenu est sans doute au moins comparable au taux du marché, ce qui réduit de façon drastique les avantages tirés d'un retard ². Mais entre le moment de la mise en demeure émanant du créancier, et celui où le taux sera majoré, il peut s'écouler un temps assez long. D'abord, il faut attendre l'instance, qui emportera condamnation au taux d'intérêt légal ; puis, que la décision soit devenue exécutoire. Certaines difficultés ont d'ailleurs été soulevées à ce propos, s'agissant de savoir à partir de quel moment la décision était exécutoire en matière d'appel : à partir du prononcé de la décision, qui n'est pas susceptible de recours, ou de sa notification au débiteur ? La logique et la cohérence des principes exigeraient que l'on n'attende pas la notification, qui peut prendre longtemps, les greffes étant souvent débordés. Mais la question n'est pas tout à fait tranchée par les tribunaux ³. Ainsi, la mesure de sauvegarde que représente la majoration des intérêts peut atténuer les avantages que rencontre le débiteur en retardant son paiement, mais son efficacité est lente à se faire sentir.

¹ J.-L. RIVES-LANGE et M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Droit bancaire*, précité, n° 406 et s., p. 573.

² Remarque déjà faite par Vion, *op. loc.*, n° 7 et s.

³ Y. LOBIN, « Le point de départ des intérêts légaux après une décision de condamnation », *D.* 1978, Chron. III, p. 13.

480. Si l'on s'interroge sur le fondement des dommages-intérêts moratoires, on est ainsi conduit à penser qu'au lieu d'un principe de réparation intégrale du préjudice, fondé sur le manque à gagner du créancier, le législateur s'est contenté de s'intéresser aux avantages perçus par le débiteur. Rien n'indique que le créancier payé à temps aurait placé son argent sur le marché monétaire, donc à un taux voisin de celui du taux d'escompte : le taux du marché constitue le bénéfice minimal que peut faire une personne qui désire placer de l'argent. Sans doute le spéculateur maladroît pourra-t-il perdre sur son capital ; mais l'investisseur prudent gagnera au moins le loyer de l'argent. En revanche, tout indique que si le débiteur avait été contraint d'emprunter pour faire face à ses engagements, il l'aurait fait à un taux voisin du taux d'escompte de la Banque de France. L'allocation du taux de l'intérêt légal permet donc au créancier de percevoir l'équivalent de ce que le débiteur a gagné en ne payant pas à temps, mais non pas la somme qu'il a manqué à gagner en raison de ce retard.

Ces constatations sont intéressantes lorsque l'on s'interroge sur le fondement des dommages-intérêts. Comme en toutes matières de réparation, le principe affirmé ici est celui de la réparation intégrale du préjudice. Mais parce qu'il est difficile de savoir après coup ce que le créancier aurait fait de son argent, la réparation qu'on lui octroie est forfaitaire. Cependant, si l'on désire ne pas s'en tenir à l'énoncé des principes, pour analyser de plus près les modalités concrètes de la réparation, on est surpris de trouver implicitement en usage un principe qui n'est pas celui de la réparation intégrale, mais qui n'en est pas moins un principe général du droit : celui de la restitution des enrichissements non causés¹.

Les conditions de l'action *de in rem verso* sont en effet réunies dans ce cas là : un enrichissement du débiteur, qui correspond au coût d'un prêt bancaire, qu'il n'a pas eu à engager ; un appauvrissement corrélatif du créancier, qui n'a pas pu employer une somme qu'il s'attendait à recevoir, en raison du retard du débiteur ; l'absence de cause est consacrée non par le retard lui-même, car le débiteur peut croire que le créancier est peu pressé d'être payé, et lui concède un délai de grâce, mais par la mise en demeure, qui supprime tout titre permettant au débiteur de conserver la somme due. Le mode de fonctionnement de l'action *de in rem verso* se trouve également réalisé en la matière. L'indemnisation des enrichissements non causés est en effet égale à la plus faible des deux sommes de l'appauvrissement et de l'enrichissement. En l'espèce, l'indemnisation correspond à l'enrichissement du débiteur qui, on l'a vu, est normalement inférieur à l'appauvrissement du créancier. Le loyer de l'argent étant le gain minimal d'un investisseur, le créancier s'est plus appauvri que le débiteur ne s'est enrichi. Et le taux légal de l'intérêt correspond à peu près au gain réalisé par le débiteur.

481. La réparation de l'inexécution de l'obligation de somme d'argent présente ainsi un aspect particulier, puisqu'y est battu en brèche le principe de la réparation intégrale du préjudice. Sans doute celui-ci est-il difficile, sinon impossible, à chiffrer de manière réaliste. Mais en adoptant un principe d'indemnisation fondé sur l'enrichissement sans cause, la loi de 1975 a fait bien plus que prendre acte de cette difficulté pratique.

On assigne ordinairement un double but aux dommages-intérêts moratoires : faire pression sur le débiteur afin qu'il acquitte sa dette, et réparer le préjudice subi par le créancier². Mais au fond, en raison de la méthode choisie, aucun des deux objectifs n'est atteint. Pourquoi le débiteur se hâterait-il de payer, s'il n'est au total condamné à payer qu'une somme inférieure à ce que lui aurait coûté un

¹ A. WEILL et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 818 et s., p. 836.

² G. VINEY, *La responsabilité : effets*, précité, n° 337, p. 443.

emprunt bancaire ? Loin de jouer un rôle de moyen de pression, l'indemnisation prévue se contente d'un rôle correcteur, permettant d'éviter que le débiteur ne s'enrichisse par trop aux dépens du créancier. C'est ainsi que ces dommages-intérêts "moratoires" se révèlent en fait jouer un rôle compensatoire¹. Sous l'apparence paradoxale de la formulation, il faut voir le fait qu'en la matière, les déséquilibres nés de la dette inexécutée sont corrigés, mais que le retard n'est pas indemnisé en lui-même. Parce qu'une dette de somme d'argent n'est jamais impossible à exécuter dans l'absolu, la signification des dommages-intérêts compensatoires traditionnels se dissout en matière monétaire. En revanche, le droit positif n'a pas réussi à créer un système établissant effectivement des dommages-intérêts moratoires. Peut-être est-ce sous la pression de ces deux influences contradictoires que les dommages-intérêts légaux français apparaissent de façon aussi brouillée par rapport aux principes².

¹ V. l'explication donnée par Weill et Terré (*op. cit.*, n° 436, p. 455).

² La matière est sans doute par nature rétive à une réglementation satisfaisante : V. F.-A. MANN, « On interest, compound interest and damages », *The Law Quarterly Review*, vol. 101, Jan. 1985, p. 30. La remarque finale est très explicite : « *The history of interest, particularly in the field of Admiralty, displays a lack of legal analysis and a degree of positivism and inflexibility which show the common law of England at its worst* » (L'histoire de l'intérêt, particulièrement en matière de droit maritime, témoigne d'un manque d'analyse juridique et d'un degré de positivité et d'inflexibilité qui montre la *Common law* anglaise sous son jour le plus défavorable).

CONCLUSION

482. L'étude de la monnaie dans les relations juridiques n'a été menée que de façon incomplète : ni les aspects de droit public, ni les aspects internationaux n'ont été abordés. Pour autant, dans son cadre limité, cette étude permet de constater qu'un droit monétaire au sens propre est à même d'émerger, dont les linéaments existent de façon latente dans la jurisprudence. Les occurrences de la monnaie en droit privé ne reflètent pas un régime éparpillé, mais témoignent d'une cohérence certaine : au lieu que les différentes institutions où elle émerge imposent à la monnaie un traitement chaque fois différent, c'est la monnaie elle-même qui secrète et impose son régime aux institutions qui la mettent en œuvre. Ce qui rend possible l'existence d'un droit monétaire, c'est cette communauté juridique indépendante des domaines d'émergence, qui renvoie à une conception juridique implicite de la monnaie, à une nature unifiée, dont il suffirait de tirer les conséquences sur toute l'étendue du droit privé.

483. La monnaie apparaît comme un objet juridique dès lors que l'on en donne une description qui utilise les outils conceptuels du droit privé, et non des références institutionnelles ou des notions économiques. Loin d'être, comme l'analyse économique le sous-entend parfois, un fragment de valeur projeté dans les relations sociales où elle circulerait à raison de cette valeur, la monnaie se définit avant tout comme un système, dont l'objet est de permettre la régulation des relations sociales¹. À cet effet, deux composantes coexistent dans la monnaie : une mesure de valeur, d'une part, baptisée unité de valeur, qui permet d'étalonner tous les objets disponibles dans les relations sociales, de les comparer les uns aux autres, enfin de libeller la plupart des dettes de somme d'argent qui ont pour origine la prise en compte de la valeur d'un bien ou d'un service ; un

¹ Dans une acception particulière, v. l'art. un peu complexe de : A. LONGHI, « Monnaie et information », *Rev. int. hist. bque* 1977.88.

moyen d'extinction des dettes libellées en unités de valeur, d'autre part, nommé ici unité de paiement, qui joue un rôle social de premier plan en permettant la détente des relations sociales par extinction des dettes de somme d'argent.

Ces deux unités ne sont rien en elles-mêmes, qui n'apparaissent pas au grand jour de la réalité, hors de l'analyse conceptuelle de la monnaie. Et même si l'on dit que la réunion des deux constitue une monnaie qui en France est nommée franc, cette monnaie n'a pas plus de réalité matérielle. Ou plutôt : la monnaie est dans le même temps un procédé de régulation d'essence mentale, ordonné par le jeu combiné de ces deux unités, et une réalité matérielle qui prend diverses formes (pièces, billets, moyens liés au comptes en banque...), réalité qui n'est qu'une matérialisation secondaire de ce processus premier de régulation. Le fait fondamental de la monnaie est la réunion des deux unités, qui seule rend possible le fonctionnement d'un système d'obligations monétaires¹. Ainsi décrit, notre système se rapproche des systèmes monétaires qui ont eu cours en Occident dès le Moyen-Âge, qui procédaient par dissociation entre les monnaies de compte et les monnaies de paiement : il en est l'héritier peu reconnaissable, puisqu'il en reprend les caractéristiques de fond tout en gommant leurs inconvénients.

484. Dès lors que la monnaie apparaît comme un objet qui a sa place dans la réflexion juridique, l'unité de son régime est prête à s'imposer : loin que la monnaie subisse l'influence des divers domaines où elle s'insère, c'est elle qui déforme les catégories les plus usuelles pour imposer sa cohérence, sa spécificité et ses caractéristiques².

C'est ainsi cette dissociation entre les deux unités composant la monnaie qui permet d'unifier le champ des moyens de paiement, en dépit de la variété, de l'hétérogénéité même qui caractérisent ce domaine. La pièce de métal précieux, le billet de banque, les virements, chèques et cartes de paiement, la carte à puce aujourd'hui, représentent autant d'institutions aux caractéristiques marquées et spécifiques. Pourtant, la dissociation des unités laisse apparaître que, sous la diversité des moyens de paiement constituant la monnaie matérielle en circulation, il y a d'une part des supports monétaires permettant de stocker les unités, d'autre part des instruments permettant techniquement de les faire transiter de patrimoine à patrimoine, rendant ainsi le paiement possible. Sous leur apparente variété, tous ces moyens de paiement, et même tous les moyens de paiement concevables, peuvent être considérés de façon unique une fois constaté qu'ils ne peuvent opérer que par la coexistence de moyens permettant de conserver les unités de paiement, et d'autres qui les déplacent dans le cadre des relations sociales.

La dissociation des unités de valeur et de paiement fait apparaître des difficultés là où l'on croyait la monnaie élémentaire³, tout en aidant à répondre à

¹ Au vrai, l'élément le plus important de ce système est l'unité de valeur, qui permet la comparaison entre tous les produits et le libellé des obligations. Le rôle de l'unité de paiement est un peu plus effacé, car plus social, et plus contingent.

² Peu importe ainsi que la conception des instruments de paiement, du rapport des libéralités ou de la réparation du préjudice, par exemple, paraissent un peu ébranlées par l'irruption de la monnaie : ce que ces domaines perdent en cohérence à devoir aménager un régime spécial à la monnaie, celle-ci le gagne à ordonner autour d'elle son régime selon un schéma unique. En déformant les catégories où elle intervient, la monnaie forme son régime de façon cohérente.

³ La monnaie est classiquement réputée être une chose de genre consommable et fongible. *Supra*, n° 123 et s.

des questions longtemps considérées comme insolubles¹. Il s'évince ainsi de l'étude que la monnaie n'est pas une chose de genre, ou d'un type si particulier que cette qualification se révèle sans intérêt ; que sa consomptibilité est tout à fait problématique, alors que sous l'angle de la fongibilité, la monnaie déploie tout le spectre des problèmes de change. Mais en même temps que les caractéristiques traditionnelles de la monnaie apparaissent comme improbables à travers le prisme de la dissociation des unités, celle-ci éclaire d'autres questions : elle permet ainsi de dire que la monnaie est toujours irréductible aux marchandises lorsqu'on la considère dans la conjonction des deux unités de valeur et de paiement, mais se rapproche des marchandises au point d'en être peu dissociable dès lors que l'on considère l'unité de paiement en faisant abstraction de ses relations avec l'unité de valeur.

Enfin, toujours à propos de la nature de la monnaie considérée isolément, la dissociation des unités dévoile l'imbrication croissante de tiers dans les relations monétaires. S'il est certain que l'État, qui frappe le plus souvent les monnaies, n'est en aucune façon un intervenant nécessaire à leur validité ou à leur circulation, il n'en demeure pas moins que sa place n'est pas négligeable. Autant l'unité de valeur répond à des processus d'appréhension individuels d'ordre psychologique, autant l'essence de l'unité de paiement la renvoie aux relations sociales. Elle pourrait ainsi être matérialisée de façon conventionnelle, l'important étant que sa circulation soit reconnue, acceptée, par le corps social. Force est pourtant de reconnaître que l'État a pris en charge la gestion des unités de paiement sous leur forme traditionnelle, pièces et billets, le système bancaire se chargeant de ce travail aujourd'hui renouvelé par la tenue du compte en banque. Dans les rapports monétaires s'insèrent des tiers, État ou banques, qui apparaissent un peu comme les garants de la monnaie en circulation, et qui mettent parfois en jeu leur responsabilité en raison de cette intervention.

485. L'analyse de la monnaie considérée isolément est importante : elle prépare et permet l'étude de cette monnaie dans le jeu des relations inter-individuelles, l'étude de l'obligation monétaire. Celle-ci a été de tous temps connue, puisqu'elle est par excellence le moyen de la circulation des richesses. Toutefois, la doctrine ne s'est jamais réellement intéressée à cette obligation en elle-même, de façon à pouvoir résoudre les difficultés que soulèvent son régime et les conséquences de la dépréciation de la monnaie.

C'est encore la dissociation des unités qui va donner la clef de la structure des obligations monétaires. Contrairement à l'apparence unifiée de cette catégorie : il y aurait dette de monnaie lorsque de la monnaie serait d'abord due puis payée, l'appellation *dette de somme d'argent* recouvre en fait deux situations sous un seul nom. Selon son objet et sa source, la dette monétaire peut être soit une dette libellée en unités de valeur, soit une dette libellée en unités de paiement. Dans le premier cas, la constitution de la dette procède de la prise en compte de la valeur d'un bien ou d'un service ; dans le second cas, elle résulte le plus souvent d'une restitution. Cette différence dans l'objet des deux obligations n'est pas facilement décelable, puisqu'aussi bien dans les deux cas la dette est libellée en francs. Il importe toutefois de repérer cette différence de structure, car ses répercussions sur le régime de l'obligation sont fondamentales.

La dépréciation monétaire est la difficulté essentielle à laquelle le droit monétaire doit faire face : les obligations de somme d'argent qui s'exécutent dans le temps sont affectées gravement par cette dépréciation, le débiteur acquittant plus facilement sa dette, le créancier recevant une somme au pouvoir d'achat

¹ Différencier la monnaie de l'ensemble des marchandises est une des pierres de touche de l'analyse traditionnelle de la monnaie. *Supra*, n° 146 et s.

inférieur à ce qu'il escomptait. On a donc très tôt songé à faire varier le *quantum* de la dette de somme d'argent de manière à éviter la dégradation de la situation de l'une ou l'autre des parties. Toutefois, le principe du nominalisme s'est interposé pour proscrire cette réévaluation des obligations en imposant la stabilité du pouvoir extinctif de l'unité de paiement indépendamment de la date de constitution de la dette. Mais la dissociation des unités et des obligations monétaires jette un doute sur la nécessité de cette règle. Lorsque des unités de paiement sont dues, le montant de la dette paraît intangible : ce serait altérer sa substance que de modifier ce nombre d'unités ; aucune justice ne légitime le changement d'objet d'une dette assimilable à une dette de marchandise. En revanche, lorsque des unités de valeur forment l'objet de la dette, la modification du nombre d'unités de paiement à payer *in fine* est envisageable ; le nominalisme n'est plus alors justifié que par le désir d'obtenir une circulation monétaire facilitée : en évitant de devoir recalculer le montant des dettes lors de chaque transaction, on rend fluide la circulation monétaire. Le principe du nominalisme apparaît donc comme un trait de la structure des obligations libellées en unités de paiement, mais n'est qu'un principe opportun en matière d'obligations d'unités de valeur ; en tant que tel, il peut céder lorsque la dépréciation monétaire a des conséquences plus graves que les entraves à une circulation monétaire aisée.

Au seul point de vue conceptuel, il apparaît que les dettes de somme d'argent sont divisées en deux catégories, dettes d'unités de paiement et dettes d'unités de valeur, et que le contenu des premières est intangible, tandis que celui des secondes pourrait être réévalué dans certains cas, si cela était jugé nécessaire ou souhaitable. La dissociation des unités composant la monnaie détermine ce qui est techniquement possible sans dénaturation de la substance de l'obligation, à charge de voir si cela est politiquement opportun.

486. Le régime positif des obligations a toutefois excédé ce qu'une vue rationnelle autorisait. Les effets de la dépréciation monétaire sur les obligations ont paru si préoccupants au législateur que celui-ci a développé divers moyens de revalorisation ou d'adaptation des obligations monétaires, sans égard à la dualité de cette catégorie. Sous le nom de dette de valeur, une modification de la structure de la dette a été décidée, permettant de la mettre relativement à l'abri des effets de la dépréciation monétaire : l'objet monétaire de l'obligation est remplacé par une valeur. Mais ce procédé, légitime dans l'hypothèse où la dette monétaire était elle-même issue de la liquidation d'une valeur, ne l'a plus du tout été dès lors que la dette était libellée en unités de paiement, hors de toute considération de valeur : la dette de valeur s'accroche à une valeur d'emblée présente dans le premier cas, arbitraire dans le second. Logique et admissible dans une seule de ses acceptions, la dette de valeur présente un versant d'ombre où ses justifications sont un peu évanescences, où elle ne se recommande plus que d'éviter les répercussions de la dépréciation monétaire : tout l'effort de réélaboration des obligations qui s'est déroulé au long du XX^e siècle a pour seul but de remédier aux conséquences toujours plus fâcheuses de l'érosion monétaire. On a parfois dit que notre siècle était celui de l'inflation ; on peut douter de la pertinence du propos à considérer les très vastes mouvements de hausse des prix qui ont secoué périodiquement l'Occident¹. Ce qui est toutefois certain, c'est que la très forte monétarisation de notre économie, jointe à la multiplication des relations patrimoniales, nous rend les effets de la hausse des prix moins supportables que par le passé. C'est pour limiter les conséquences de ces hausses que la dette de valeur a été conçue au début du siècle en Allemagne, et qu'elle a

¹ P. VILAR, *Or et monnaie dans l'Histoire*, précité.

été développée de façon discutable en France après la dernière guerre. Reste maintenant à prendre en considération ces deux étapes, pour achever le mouvement : la lutte contre les effets de l'inflation justifierait volontiers que l'on généralise l'ancrage à des valeurs pour toutes les obligations monétaires, dans les domaines où cela a déjà été fait comme dans ceux où cela demeure à faire. Sans doute cet objectif soulève-t-il des difficultés quant au choix de la valeur servant de pivot à l'obligation. On peut toutefois estimer que lorsque l'obligation, sous sa forme monétaire, procède de la liquidation d'une valeur, il suffit de revenir à cette valeur fondatrice ; en revanche, dans les hypothèses où il n'y a pas de valeur préexistante au sein de la monnaie, il n'est que de choisir la valeur en laquelle la monnaie a été employée s'il en est une, l'indice des prix dans tous les autres cas.

De la sorte, en partant de la dissociation des unités composant la monnaie, on aura créé un système permettant de limiter les conséquences néfastes de la dépréciation monétaire, sans pour autant dénaturer l'objet des obligations. Le droit monétaire y trouverait son compte, qui développerait des techniques adaptées à la spécificité de son objet.

487. La conséquence la plus importante de la description monétaire qui est proposée est qu'elle met l'accent sur l'unité de valeur, réalité fondatrice de la monnaie, bien plus que sur l'unité de paiement qui n'est que l'appendice concret du déploiement monétaire. Il en résulte que les questions liées à l'objet de l'obligation apparaissent comme plus riches que celles qui en concernent le paiement. Ce résultat est à certains égards paradoxal : c'est la monnaie au sens le plus matériel qui paraît souvent représenter l'essence de la monnaie, et c'est ce mode d'émergence de la monnaie qui a fait l'objet des investissements affectifs les plus forts. Il n'en reste pas moins que la question du paiement de l'obligation de somme d'argent est une question pauvre à bien des égards, c'est-à-dire une question élémentaire que la dissociation des unités permet de mieux comprendre, mais non de réordonner de façon satisfaisante.

Le paiement des obligations répond à des logiques différentes selon qu'il s'agit d'obligations libellées en unités de paiement ou en unités de valeur. Pour les premières, l'extinction procède de l'adéquation de ce qui est versé à ce qui était dû ; pour les dernières, du droit subjectif d'extinction incorporé dans les unités de paiement, et qui permet à une unité de paiement d'éteindre une dette d'une unité de valeur. C'est cette différence de mode opératoire entre les unités qui explique que dans certains cas les monnaies étrangères puissent être données en paiement sur le territoire français, lorsqu'elles éteignent des dettes de monnaie considérées comme des dettes de marchandise, tandis que dans le cas le plus général, elle sont refusées car elles n'incorporent en France aucun pouvoir extinctif de dettes libellées en unités de valeur. Pour le surplus, la rationalité du paiement est à rechercher bien plutôt dans la cohérence du droit des obligations que dans la spécificité de la monnaie. La nature juridique de la monnaie produit ses effets pour ce qui concerne le contenu du paiement monétaire, guère pour les modalités de l'extinction.

C'est donc la monnaie prise en son sens le plus matériel qui vient borner le champ d'application du droit monétaire : son domaine se termine là où la nature de la monnaie n'engendre plus aucun régime propre.

488. Si l'on peut déterminer les grandes lignes de ce droit monétaire au moins en droit privé, c'est parce que la structure juridique de la monnaie apparaît aujourd'hui assez clairement. Encore reste-t-il à s'interroger sur ce qui a rendu possible cette description de la monnaie, sur les raisons pour lesquelles elle ne pouvait apparaître plus tôt.

Hegel termine sa préface aux *Principes de la philosophie du droit* en écrivant : « Lorsque la philosophie peint sa grisaille dans la grisaille, une manifestation de la vie achève de vieillir. On ne peut pas la rajeunir avec du gris sur du gris, mais seulement la connaître. Ce n'est qu'au début du crépuscule que la chouette de Minerve prend son vol »¹. Ce qui rend d'un seul coup lisible une institution apparemment difficile à décrypter, c'est souvent que sa configuration est en train de se défaire. Et de même, nous pouvons mieux connaître et comprendre la monnaie aujourd'hui que dans les temps passés parce que son progressif remplacement par des formes financières nous dévoile petit à petit ce qui constituait le noyau dur de la monnaie, sa spécificité.

De l'aube de la monnaie jusqu'à la fin du XIX^e siècle, les hommes ont connu l'or pour toute monnaie ; ou plutôt : l'or et les métaux précieux ont été identifiés à l'idéal monétaire, quoique remplacés souvent par des monnaies matérielles plus primitives. Cette stabilité remarquable de l'or en matière monétaire explique pourquoi il a longtemps été confondu avec la monnaie, et pourquoi cette identification a été rendue impossible par la brutale accélération du développement des formes monétaires au XX^e siècle. Après la découverte de l'or américain, l'Occident, pauvre en richesses métalliques², a exploité les métaux précieux dans des proportions sans cesse croissantes, au point de rendre ces métaux insuffisants à sa boulimie de monnaie. Dans le même temps, l'Occident préparait les moyens de substituer d'autres formes monétaires à ce qui en avait été la forme reine : invention du compte en banque, et surtout développement du billet de banque. Acquises assez tôt, dès la fin de l'âge classique, ces potentialités monétaires demeureront inexploitées : il faudra attendre la fin du XIX^e siècle, le début du XX^e, pour que l'Occident se persuade de l'épuisement des moyens métalliques, et lance contre eux le billet de banque. Mais à peine la progression de celui-ci commencée, l'éviction de l'or tout juste entreprise, le compte en banque commençait sa carrière. C'est ainsi que la monnaie fiduciaire va concurrencer le billet entre les deux guerres, comme celui-ci s'était lancé à l'assaut de l'or dès avant la première guerre mondiale. Par le virement d'abord, le chèque ensuite, la carte de paiement aujourd'hui, le compte en banque va marginaliser le billet de banque ; mais aussitôt acquise, cette victoire du compte se conjugue à la naissance d'un nouveau moyen, de nature à remettre en cause l'existence du compte tenu dans les banques : la carte à mémoire.

Résumons : de l'aube des sociétés à la fin du XIX^e siècle, l'or a suffi à remplir l'essentiel des besoins monétaires et a offert une forme très pure de monnaie ; depuis la fin du XIX^e siècle, les formes monétaires se succèdent à un rythme effréné, aucune stabilisation de la forme de la monnaie en circulation ne paraissant plus possible. Mais c'est précisément ce rythme qui donne la clef de la monnaie. Les auteurs d'autrefois ont pu croire que la monnaie s'identifiait au métal précieux, faute d'avoir rien vu d'autre jouer le rôle de monnaie ; nous avons en revanche une expérience monétaire plus vaste, plus complexe, et surtout plus féconde : nous devrions savoir que tout ce qui porte le nom de monnaie est fondé sur une même nature, un même fonctionnement de fond. Ce qui a rendu possible une conception monétaire épurée à l'observateur de la fin du XX^e siècle, c'est l'intensification du développement des formes monétaires, jointe à l'idée que la nature de la monnaie matérielle gisait dans le lieu commun

¹ G. W. F. HEGEL, *Principes de la philosophie du droit*, trad. A. Kaan, Idées Gallimard, 1973, p. 45.

² Sur les ressources métalliques et leur commerce : M. BLOCH, « Le problème de l'or au Moyen-Âge », *Annales d'Histoire économique et sociale* 1933.1 ; F. BRAUDEL, « Monnaies et civilisations. De l'or du Soudan à l'argent d'Amérique : un drame méditerranéen », *Annales E.S.C.* 1946.9.

à toutes ces formes nouvelles de moyen de paiement. Dès lors que l'on pouvait ainsi préciser la nature juridique de la monnaie en circulation, la conception de la monnaie était prête à voir le jour.

489. Le dévoilement de la nature de la monnaie, l'émergence d'un droit monétaire, sont donc des conséquences de l'accélération récente du développement de la monnaie. Mais en même temps qu'il dévoile cette nature, ce développement la marginalise quelque peu en organisant sa substitution par des formes nouvelles de moyens de paiement, centrées autour de l'idée de finance. Les objets monétaires récents sont de plus en plus abstraits, puisqu'ils tiennent dans de simples jeux d'écriture ; en même temps, ils incorporent le temps dans leur fonctionnement, le paiement devenant une opération complexe qui détache la sortie d'unités de paiement d'un patrimoine de son entrée dans un autre. On peut ainsi se demander si ces deux caractéristiques ne font pas basculer la monnaie dans la sphère du crédit : la monnaie est un système d'information qui libelle des dettes et les éteint ; dès lors que l'on introduit le temps dans ce processus, et que ce temps emporte des conséquences pécuniaires¹, le concept de monnaie est abâtardi et pas à pas remplacé par celui de crédit. En la rapprochant de son essence immatérielle, l'accélération du développement de la monnaie ouvre ainsi la voie à une possible disparition de la monnaie, à son remplacement dans les relations sociales par quelque chose de mieux adapté aux exigences des transactions modernes².

Les lignes de cette évolution ne sont pas certaines ; mais il ne serait pas étonnant qu'à l'époque où la sphère financière gagne son autonomie par rapport à la sphère économique, elle ne cherche pas également à se forger l'instrument propre de son fonctionnement, qui n'est plus tout à fait la monnaie matérielle mais un composé financier construit autour de l'unité de paiement. Quoiqu'il en soit, si la monnaie venait à disparaître dans les formes rassurantes et familières que nous connaissons encore, si l'évolution des techniques devait réduire la monnaie circulant de main en main au seul souvenir que nous en aurions, il ne serait pas certain pour autant que le concept de monnaie serait bouleversé. Cette disparition affecterait l'organisation matérielle, la présentation et la gestion des unités de paiement ; mais cette substitution laisserait survivre ce qui est le fonds primitif de la monnaie, son essence indépassable hors laquelle les relations sociales ne seraient plus possibles : l'unité de valeur.

¹ Celles-ci sont perceptibles dans de nombreux domaines : crédit gratuit réalisé par les cartes de crédit ; produits financiers de plus en plus faciles à transformer en moyens de paiement (certificats de dépôts, et, demain sans doute, comptes à vue rémunérés), ou de mieux en mieux mobilisables (S.I.C.A.V.).

² La France de la fin des années quatre-vingt est un des meilleurs exemples de ce mouvement, où l'on assiste à un décloisonnement sans précédent des marchés monétaires, en même temps qu'à une véritable invasion de la société civile par les produits financiers.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GÉNÉRAUX

BATIFFOL (H.), LAGARDE (P.), *Droit international privé*, t. I et t. II, 7^e édition, L.G.D.J., 1981 et 1983.

BÉZIADÉ (M.), *La monnaie*, Masson, 1979.

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. 3. *Les biens (Monnaie, immeubles, meubles)*, 13^e édition, P.U.F., 1990.

CARBONNIER (J.), *Droit civil*, t. 4. *Les Obligations*, 14^e édition, P.U.F., 1990.

COLOMER (A.), *Droit civil. Régimes matrimoniaux*, 2^e édition, Litec, 1986.

FARJAT (G.), *Droit privé de l'économie*, t. 2, *Théorie des obligations*, P.U.F., 1975.

FLOUR (J.), AUBERT (J.-L.), *Droit civil, Les obligations*, vol. I, *L'acte juridique*, Armand Colin, 1988.

GAVALDA (C.), STOUFFLET (J.), *Droit du crédit*, t. 2, *Chèques, Effets de commerce, Cartes de crédit et de paiement*, Litec, 1988.

GHESTIN (J.), *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin. Les obligations. Le contrat : formation*, 2^e édition, L.G.D.J., 1988.

GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin. Introduction générale*, 2^e édition, L.G.D.J., 1983.

GRIMALDI (M.), *Droit civil. Successions*, Litec, 1989.

GUITTON (H.), BRAMOULLÉ (G.), *La monnaie*, 6^e édition, Dalloz, 1987.

JEANTIN (M.), *Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficultés*, Dalloz, 1988.

LOUSSOUARN (Y.), BOUREL (P.), *Droit international privé*, 3^e édition, Dalloz, 1988.

MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), *Cours de droit civil. Les contrats spéciaux*, 3^e édition, Cujas, 1989.

MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), *Cours de droit civil. Les obligations*, 2^e édition, Cujas, 1990.

MALAURIE (P.), AYNÈS (L.), *Cours de droit civil. Les successions, les libéralités*, Cujas, 1989.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil. Les obligations*, t. 1, *Les sources*, 2^e édition, Sirey, 1988.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.), JESTAZ (P.), *Droit civil. Les obligations*, t. 2, *Le régime*, Sirey, 1989.

MARTY (G.), RAYNAUD (P.), *Droit civil. Les successions et les libéralités*, Sirey, 1983.

MAYER (P.), *Droit international privé*, 4^e édition, Montchrestien, 1991.

MAZEAUD (H., L. et J.), CHABAS (F.), *Leçons de droit civil. Obligations : théorie générale*, 7^e édition, Montchrestien, 1985.

MAZEAUD (H., L. et J.), DE JUGLART (M.), *Leçons de droit civil. Principaux contrats : vente et échange*, 5^e édition, Montchrestien, 1979.

MERLE (R.), VITU (A.), *Traité de Droit criminel*, t. 1, 5^e édition, Cujas, 1984.

RIPERT (G.), ROBLOT (R.), *Traité élémentaire de droit commercial*, t. 1 et t. 2, 12^e édition, L.G.D.J., 1986.

RIVES-LANGE (J.-L.), CONTAMINE-RAYNAUD (M.), *Droit bancaire*, 5^e édition, Dalloz, 1990.

SAVATIER (R.), *La théorie des obligations, en droit privé économique*, 4^e édition, Dalloz, 1979.

STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Introduction au droit*, 2^e édition, Litec, 1988.

STARCK (B.), ROLAND (H.), BOYER (L.), *Droit civil. Obligations*, t. 2, *Contrat*, 3^e édition, Litec, 1989.

TERRÉ (F.), SIMLER (P.), *Droit civil. Les régimes matrimoniaux*, Dalloz, 1989.

VINEY (G.), *Traité de droit civil sous la direction de J. Ghestin. Les obligations. La responsabilité : effets*, L.G.D.J., 1988.

WEILL (A.) et TERRÉ (F.), *Droit civil. Les obligations*, 4^e édition, Dalloz, 1986.

OUVRAGES SPÉCIAUX

ALLAIS (M.), *Pour l'indexation. Condition majeure d'efficacité, d'équité et d'honnêteté*, Clément Juglar éd., 1990.

BEAULIEU (D.), *Le billet de banque*, th. Paris, 1975, multigr.

BÉQUIGNON (C.), *La dette de monnaie étrangère*, th. Caen, 1925.

BILLIAU (M.), *La délégation de créance. Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, préf. J. Ghestin, Bibl. dr. priv. ccvii, L.G.D.J., 1989.

BLOCH (M.), *Esquisse d'une histoire monétaire de l'Europe*, Armand Colin, 1954.

BOICHE (Y.), *L'objet du rapport et de la réduction des libéralités*, th. Paris II, 1974, multigr.

BOURSIN (J.-L.), *Les indices de prix*, Éd. La Découverte, 1979.

BRAUDEL (F.), *Civilisation matérielle, économie et capitalisme, xv^e-xviii^e siècle. Les structures du quotidien*, Armand Colin, 1979.

BRIDREY (E.), *La théorie de la monnaie au xv^e siècle. Nicole Oresme*, th. Caen, 1906.

BRUNEAU (C.), *La distinction entre les obligations monétaires et les obligations en nature*, th. Paris II, 1984, multigr.

BURDEAU (Geneviève), *Les successions de systèmes monétaires en droit international*, th. Paris II, 1974, multigr.

CATALA (N.), *La nature juridique du paiement*, préf. J. Carbonnier, Bibl. dr. priv. xxv, L.G.D.J., 1961.

CATALA (P.), MORIN (G.), *La réforme des liquidations successorales*, préf. J. Carbonnier, 3^e édition, Répertoire du Notariat Defrénois, 1982.

CARREAU (D.), *Souveraineté et coopération monétaire internationale*, préf. C.-A. Colliard, Cujas, 1970.

CHOUCROUN (J.), *L'usage privé de l'Ecu*, Centre de droit international de Nanterre, 1988.

COLOMER (A.), *L'instabilité monétaire et les régimes matrimoniaux. Le mal et ses remèdes*, préf. M. Fréjaville, Rousseau, 1955.

CORNU (G.), *Regards sur le Titre III du Livre III du Code civil, « Des contrats ou des obligations conventionnelles en général » (Essai de lecture d'un titre du Code)*, Les Cours de Droit, 1977.

CORVOL (B.), *L'émission des bons de monnaie par les Chambres de Commerce*, th. Paris, 1930.

DEBOSQUE (B.), *Le choix de la monnaie dans les contrats privés*, th. Lille II, 1984, multigr.

DOUCET (J.-P.), *Les clauses d'indexation et les ordonnances du 30 décembre 1958 et du 4 février 1959*, Préf. H. Mazeaud, Bibl. dr. priv. LXI, L.G.D.J., 1965.

FISCHEL (M.), *Le thaler de Marie-Thérèse. Étude de Sociologie et d'Histoire économiques*, th. Lettres, Dijon, 1912.

FOUCAULT (M.), *Les mots et les choses. Une archéologie des sciences humaines*, Gallimard, 1966.

FOURQUET (F.), *Richesse et puissance. Une généalogie de la valeur*, Éd. La Découverte, 1989.

FRIEDMAN (M.), *Inflation et systèmes monétaires*, Plon, 1976.

GAIUS, *Institutes*, texte établi par J. Reinach, Les Belles Lettres, 1979.

GHESTIN (J.), BILLIAU (M.), *Le prix dans les contrats de longue durée*, L.G.D.J., 1990.

GHESTIN (J.), DESCHÉ (B.), *Traité des contrats sous la direction de J. Ghestin : La vente*, L.G.D.J., 1990.

GONNARD (R.), *Histoire des doctrines monétaires dans ses rapports avec l'histoire des monnaies*, Sirey, 1935.

GORÉ (F.), *L'enrichissement aux dépens d'autrui. Source autonome et générale d'obligations en droit français*, Dalloz, 1949.

GOUBEAUX (G.), *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. Tallon, Bibl. dr. priv. XCIII, L.G.D.J., 1969.

HABIB (P.-J.), *Les conséquences de la dépréciation monétaire sur les obligations en droit civil interne. Étude comparative des droits français et québécois*, th. Paris II, 1977.

HAMEL (J.), *Recherches sur la théorie juridique de la monnaie*. t. 1 et t. 2, Les Cours de Droit, 1938-1939 et 1940-1941.

HAMEL (J.), *Banques et opérations de banque*. t. 2, Rousseau, 1943.

HAYEK (F. A. von), *Denationalisation of money. The argument refined*, Hobart Paper 70, 1978.

HIRSCHBERG (E.), *The impact of inflation and devaluation on private legal obligations*, Ramat-Gan, 1976.

HUBRECHT (G.), *La dépréciation monétaire et la stabilisation. Leurs effets sur l'exécution des obligations*, th. Strasbourg, 1928.

HUMBERT (H.), *Essai sur la fongibilité et la consomptibilité des meubles*, th. Paris, 1940.

INZITARI (B.), *Moneta e valuta, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, Vol. six, Padoue, 1983.

JACOMET (T.) et DIDIER (E.), *Les relations financières avec l'étranger*, Juridictionnaire Joly, 1985.

KAHN (P.) et ALII AUCTORES, *Droit et monnaie. États et espace monétaire transnational*, Litec, 1988.

KEYNES (J. M.), *A treatise on money*, Londres, 1958.

KNAPP (G. F.), *The state theory of money*, traduction anglaise de Lucas et Bonar, Londres, 1924.

KULA (W.), *Les mesures et les hommes*, Paris, 1984.

LAFOND (J. et F.), *Les baux d'habitation après la loi du 16 juillet 1989*, Litec, 1990.

LE BRANCHU (J.-Y.), *Écrits notables sur la monnaie*, t. I, Paris, 1934.

LOPEZ-SANTA MARIA (J.), *Le droit des obligations et des contrats et l'inflation monétaire*. t. I, *Chili et droits hispano-américains*, Éditions du C.N.R.S. 1980.

LUCAS DE LEYSSAC (C.), *L'utilisation de la compensation en droit commercial*, th. Paris I, 1973, multigr.

MALAURIE (P.), *Problèmes actuels du droit des obligations*, Les Cours de Droit, 1973-1974.

MANN (F. A.), *The legal aspect of money, with special reference to Comparative Private and Public International Law*, 4^e édition, Clarendon Press, Oxford, 1982.

MARCHAL (J.) et Lecaillon (J.), *Les flux monétaires. Histoire des théories monétaires*, Cujas, 1967.

MARIE (H.), *La révision des rentes viagères constituées entre particuliers*, préf. P. Malaurie, Librairie du Journal des Notaires et des Avocats, 1980.

MATER (A.), *Traité juridique de la monnaie et du change*, Dalloz, 1925.

MAYER (H.), *L'objet du contrat*, th. Bordeaux, 1968, multigr.

MÉAU-LAUTOUR (H.), *La donation déguisée en droit civil français. Contribution à la théorie générale de la donation*, préf. P. Raynaud, Bibl. dr. priv. CLXXXIV, L.G.D.J., 1985.

MESMAY (H. de), *La nature juridique de la lésion en droit civil français*, th. Paris II, 1980, multigr.

MESTRE (J.), *La subrogation personnelle*, préf. P. Kayser, Bibl. dr. priv. CLX, L.G.D.J., 1979.

MOURGUES (M. de), *La monnaie. Système financier et théorie monétaire*, Economica, 1988.

NAJJAR (I.), *Le droit d'option. Contribution à l'étude du droit potestatif et de l'acte unilatéral*, préf. P. Raynaud, Bibl. dr. priv. LXXXV, L.G.D.J., 1967.

NUSSBAUM (A.), *Money in the law, national and international*, Brooklyn, 1950.

NUSSBAUM (A.), « La clause-or dans les contrats internationaux », *Rec. Acad. La Haye* 1933.555.

OLIVECRONNA (K.), *The problem of the monetary unit*, Stockholm, 1957.

ORESME (N.), *Traité des monnaies*, réédition La Manufacture, 1989.

PANNIER (J.), *Aspects juridiques du change des monnaies*, th. Clermont-Ferrand, 1975, multigr.

PÉDAMON (M.), *La réforme monétaire de 1948 en Allemagne occidentale et le droit des obligations*, préf. J. Carbonnier, L.G.D.J., 1956.

PÉLISSIER (J.), *Les obligations alimentaires*, préf. R. Nerson, Bibl. dr. priv. XXVIII, L.G.D.J., 1961.

PERROUD (J.), *Essai sur le billet de banque*, th. Lyon, 1901.

PIERRE-FRANÇOIS (G.), *La notion de dette de valeur en droit civil*, préf. P. Raynaud, Bibl. dr. priv. CXXXVIII, L.G.D.J., 1975.

PIRIOU (J.-P.), *L'indice des prix*, P.U.F., 1986.

PLESCH (A.), *Recueil d'arrêts et de consultations sur la clause-or*, Éd. Duchemin, 1937.

POTHIER, « Traité du contrat du prêt de consommation », *Œuvres de Pothier*, t. 4, par M. Dupin, Paris, 1835.

POUGHON (J.-M.), *Histoire doctrinale de l'échange*, préf. J.-P. Baud, Bibl. dr. priv. CXCIV, L.G.D.J., 1987.

RANOUIL (V.), *La subrogation réelle en droit civil français*, préf. P. Malaurie, Bibl. dr. priv. CLXXXVII, L.G.D.J., 1985.

RAYNAUD (P.), *Instabilité monétaire et droit des obligations*, Les Cours de Droit, 1964-1965.

RAYNAUD (P.), *L'ordre public économique*, Les Cours de Droit, 1965-1966.

RAYNAUD (P.), *Les contrats ayant pour objet une obligation (Suite)*, Les Cours de Droit, 1978-1979.

REDOUIN (J.), *Les arrhes en droit français*, th. Paris, 1935.

REINECKER (H.), *L'influence de la dépréciation monétaire sur le droit des obligations (République Fédérale d'Allemagne)*, Éditions du C.N.R.S., 1982.

REYMOND DE GENTILE (M.-J.), *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires et la loi du 13 juillet 1967*, préf. G. Lagarde, Bibl. dr. com. 25, Sirey, 1973.

ROOVER (R. de), *L'évolution de la lettre de change xiv^e-xvii^e siècle*, Sevpen, 1953.

ROSENN (K. S.), *Law and inflation*, Philadelphie, 1982.

SCHMITT (B.), *L'Ecu et les souverainetés nationales en Europe*, Dunod, 1988.

SCHNAPPER (B.), *Les rentes au xvr^e siècle. Histoire d'un instrument de crédit*, Sevpen, 1957.

SCHUMPETER (J. A.), *Histoire de l'analyse économique*. t. I, *L'âge des fondateurs* ; t. II, *L'âge classique* ; t. III, *L'âge de la science*, Gallimard, 1983.

SÉDILLOT (R.), *Histoire du franc*, Sirey, 1979.

SERVET (J.-M.), *Nomismata. État et origines de la monnaie*, Presses Universitaires de Lyon, 1984.

SIGOGNE (M. P.), *La théorie juridique de la petite monnaie*, th. Paris, 1942.

SIMLER (P.), *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. A. Weill, Bibl. dr. priv. CI, L.G.D.J., 1969.

TERRÉ (F.), *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. Le Balle, Bibl. dr. priv. II, L.G.D.J., 1957.

TOUBIANA (A.), *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, préf. H. Batiffol, Bibl. dr. int. priv. XIV, Dalloz, 1972.

VARIH AUCTORES, *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée, Études de droit privé sous la direction de Paul Durand*, Bibl. dr. priv. XXVI, préf. J. Carbonnier, L.G.D.J., 1961.

VARIH AUCTORES, *Les cartes de Paiement*, sous la direction de C. Gavalda, Economica, 1980.

VARIH AUCTORES, *Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques*, Travaux de l'Association H. Capitant, XXIII, Journées d'Istamboul 1971, Istamboul, 1973.

VARIH AUCTORES, *Les nouveaux moyens de paiement. Droit, argent et libertés*, actes du 17^e congrès National des Huissiers de Justice. Dijon : 25, 26 et 27 septembre 1986, sous la direction de J.-P. Faget, Economica, 1986.

VARIH AUCTORES, « Variations monétaires et insécurité du droit », XIII^e journées franco-espagnoles, Toulouse, 5-7 mai 1983, *Annales de l'Université de sciences sociales de Toulouse*, t. XXXI, 1983, p. 201.

VASSEUR (M.), *Le principe de l'égalité entre les créanciers chirographaires dans la faillite*, th. Paris, 1949.

VASSEUR (M.), *Droit et économie bancaires*, Les Cours de Droit, 1982-1983.

VASSEUR (M.) et MARIN (X.), *Les comptes en banque*, Sirey, 1966.

VIGNAUX (P.), *Nominalisme au XIV^e siècle*, Vrin, 1981.

VILAR (P.), *Or et monnaie dans l'Histoire*, Garnier-Flammarion, 1974.

ARTICLES

ALFANDARI (E.), « Le droit de la monnaie : de l'instrument à la politique », *Droit et Monnaie*, Litec, 1988, p. 135.

ALLAIS (M. et J.), « Inflation, répartition des revenus et indexation », *Économie appliquée* 1976.677.

ALLIX (D.), « Réflexions sur la mise en demeure », *J.C.P.* 1977.I.2844.

ANCEL (P.), « La monnaie électronique : régime juridique », *Droit et monnaie*, Litec, 1988, p. 303.

ARRIGHI (J.-P.), « Le don manuel par chèque », *D.* 1980, Chron. xxiv, p. 165.

BALIS (G.), « Des dommages et intérêts dus à raison du retard dans l'exécution d'une obligation ayant pour objet une somme d'argent », *Rev. crit. lég. et jrsp.* 1934.97.

BARRÈRE (J.), « Influence de la dépréciation monétaire sur les obligations alimentaires », *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, Istamboul, 1973, p. 35.

BATIFFOL (H.), « Problèmes contemporains de la notion de biens », *Arch. phil. dr.*, t. 24, 1979.9.

BEINEIX (R.), « L'évolution de l'assurance à indice variable et les garanties incendie illimitées », *Rev. gén. ass. terr.* 1950.381.

BEINEIX (R.), « La situation des risques industriels du Marché Commun face à l'érosion monétaire », *Rev. gén. ass. terr.* 1976.277.

BELLANGER (R.), « Les cartes de paiement. Le point de vue de l'émetteur », *Les cartes de paiement*, Economica, 1980, p. 1.

BERGEL (J.-L.), « La révision des rentes viagères entre particuliers », *Rev. trim. dr. civ.* 1973.45.

BESSON (M.), « Le paiement par chèque des primes d'assurance et la prise d'effet de la garantie », *Rev. gén. ass. terr.* 1944.10.

BIANCO-BRUN (B.), « Le faux-monnayage comme arme de guerre », *Rev. int. crim. et pol. tech.* 1979.43.

BIANCO-BRUN (B.), « Les techniques modernes de falsification monétaire », *Rev. int. crim. et pol. tech.* 1979.167.

BLOCH (P.), « L'obligation de transférer la propriété dans la vente », *Rev. trim. dr. civ.* 1988.673.

BOCCARA (B.), « Définir l'indexation », *J.C.P.* 1985.I.3187.

BOULANGER (J.), « Usages et abus de la notion d'indivisibilité des actes juridiques », *Rev. trim. dr. civ.* 1950.1.

BOYER (G.), « Un texte inédit du ^{xiii} siècle sur l'Atelier Monétaire de Toulouse », *Annales de la Faculté de droit d'Aix-en-Provence*, nouvelle série, n° 43, 1950.5.

BOYER (L.), « À propos des clauses d'indexation : du nominalisme monétaire à la justice contractuelle », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, 1978, p. 87.

BOYER (P.), « Le droit monétaire au Moyen-Âge jusqu'à la mort de Saint-Louis », *Recueil de l'Académie de législation (Toulouse)*. 5^e série. t. 1, 1951.17.

CABRILLAC (H.), « Les difficultés d'interprétation des contrats bancaires », *Mélanges Roger Secrétan*, Montreux, 1964, p. 1.

CABRILLAC (H.) et RIVES-LANGE (J.-L.), *Encycl. Dalloz, Rép. dr. com.*, v° « Dépôt et compte en banque ».

CABRILLAC (M.), « Du décret-loi du 30 octobre 1935 au chèque instrument de crédit », *Aspects actuels du droit commercial français. Études dédiées à René Roblot*, L.G.D.J., 1984, p. 401.

CABRILLAC (M.), « Monétique et droit du paiement », *Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart. Aspects du droit privé à la fin du ^{xx} siècle*, L.G.D.J., 1986, p. 83.

CABRILLAC (M.) et RIVES-LANGE (J.-L.), « Les titres-restaurant », *Droit Social* 1970.91.

CARBONNIER (J.), « Des clauses tendant à parer à la dépréciation monétaire », *Rev. trim. dr. civ.* 1951.394

CARBONNIER (J.), « L'imagerie des monnaies », *Études de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac*, Litec, 1968, p. 47.

CARBONNIER (J.), « *Nomos, Numisma*, variations sur le droit monétaire », *Mélanges à la mémoire de Michel Dendias*, Athènes, 1978, p. 1275.

CARBONNIER (J.), « Sociologie de la vente », *Flexible droit*, L.G.D.J., 1983, p. 268.

CARBONNIER (J.), « Le principe du nominalisme monétaire et ses limites en droit français », *Travaux et conférences de l'Université libre de Bruxelles*, t. VIII, 1960.113.

CARBONNIER (J.), « L'influence du paiement du prix sur le transfert de la propriété dans la vente », *Travaux et conférences de l'Université libre de Bruxelles*, t. VIII, 1960.127.

CARREAU (D.), « L'Or », *J.D.I.* 1972.797.

CATALA (P.), « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne », *Rev. trim. dr. civ.* 1966.185.

CATALA (P.), « Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit civil français », *Travaux de l'Association Capitant 1971*, Istamboul, 1973, p. 435.

CHAPUISAT (F.), « Vers une utilisation extensive de la subrogation réelle. À propos des lois du 13 juillet 1965 et 3 juillet 1971 », *Rev. trim. dr. civ.* 1973.643.

CHAUVEL (P.), « Indexation et baux commerciaux », *Rev. trim. dr. com.* 1986.359.

COLOMBET (C.), « De la règle que l'action paulienne n'est pas recevable contre les paiements », *Rev. trim. dr. civ.* 1965.5.

COURBIS (B.), « Comment l'État confère la qualité monétaire à un avoir ? De la notion de cours à la notion de pouvoir libératoire légal », *Droit et Monnaie*, Litec, 1988, p. 33.

COURROUY (J.), « La consignation d'une somme d'argent après offres réelles est-elle un paiement ? », *Rev. trim. dr. civ.* 1990.23.

DACH (J.), « "Payment" in cashless societies », *International law and economic order: Festschrift für F. A. Mann*, Munich, 1977, p. 707.

DAGOT (M.), « L'esprit des réformes récentes du droit successoral (Liberté-Égalité-Fraternité) », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, 1978, p. 305.

DAUCHY (P.), « L'influence du droit civil sur le droit bancaire », *Rev. trim. dr. com.* 1986.1.

DAVID (R.), « L'imprévision dans les droits européens », *Études offertes à Alfred Jauffret*, Aix-Marseille 1974, p. 211.

DEFRENOIS-SOULEAU (I.), « La répétition de l'indu objectif », *Rev. trim. dr. civ.* 1989.243.

DELAPAYE (B.), « Les cartes de paiement : fraudes d'aujourd'hui, fraudes de demain, quelle protection ? », *Les nouveaux moyens de paiement. Droit, argent et liberté*, Economica, 1986, p. 189.

DELMAS-SAINT-HILAIRE (J.-P.), « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*, préf. P. Durand, L.G.D.J., 1960, p. 189.

DESPAX (M.), « Les travellers chèques », *Rev. trim. dr. com.* 1957.323.

DIDIER (P.), « Monnaie de compte et compte bancaire », *Études offertes à Jacques Flour*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 139.

DOWNES (T. A.), « Nominalism, indexation, excuse and revalorisation: a comparative survey », *The Law Quarterly Review* 1985.98.

DUBOIS (J.-P.), « L'exercice de la puissance publique monétaire. Le cas français », *Droit et monnaie*, Litec, 1988, p. 475.

DURRY (G.), « Le "paiement" de la prime d'assurance au moyen d'un chèque sans provision », *J.C.P.* 1984.I.3161.

EBERHARD-GROSJEAN (M.-L.), « La détermination de l'objet dans les contrats », *Annales de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand*, t. XIII, 1976.439.

FABIEN (C.) et MACKAAY (E.), « Le droit civil aux prises avec l'inflation », *Revue de droit Mc Gill*, 1983.27.

FABRE (R.), « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *Rev. trim. dr. civ.* 1983.1.

FARJAT (G.), « Nature de la monnaie : une approche de droit économique », *Droit et monnaie*, Litec, 1988, p. 101.

FLOUR (J.), « Pot-pourri autour d'un arrêt », *Rép. Defrénois* 1975, première partie, art. 30854, p. 145.

FONTBRESSIN (P. de), « De l'influence de l'acceptation du concept de prix sur l'évolution du droit des contrats », *Rev. trim. dr. civ.* 1986.655.

FOY (A.-M.), « Les cartes bancaires et les innovations technologiques », *Droit et monnaie*, Litec, 1988, p. 279.

FRÉJAVILLE (M.), « Les clauses d'échelle mobile », *D.* 1952, Chron. viii, p. 31.

FROMENT (E.), « L'innovation dans les paiements. Analyse et limite », *Banque* 1987.342.

FROMENT (E.), « L'informatisation des actes monétaires », *Droit et monnaie*, Litec, 1988, p. 289.

GAUDET (M.) et MONIN (G.), « À propos de la revalorisation des rentes indemnitaires en cas de fluctuations monétaires », *Études offertes à M. le Professeur André Besson*, Litec, 1981, p. 171.

GAUTRAS (N.), Rapport sur « La monnaie électronique », présenté au nom du Conseil Économique et Social, *J.O.C.E.*, 11 juin 1982, p. 532.

GEBLER (M.-J.), « Les obligations alternatives », *Rev. trim. dr. civ.* 1969.1.

GENDREL (M.), « Influence de la dépréciation monétaire sur le droit de la responsabilité civile », *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, L.G.D.J., 1961, p. 143.

GÉNY (F.), « Quelques observations sur le rôle et les pouvoirs de l'État en matière de monnaie et de papier-monnaie (Étude de droit public et de morale sociale) », *Mélanges Hauriou*, Paris, 1929, p. 389.

GÉNY (F.), « La validité juridique de la clause payable en or », *Rev. trim. dr. civ.* 1926.557.

GÉNY (F.), « Cours légal et cours forcé en matière de monnaie et de papier-monnaie », *Rev. trim. de dr. civ.* 1928.5.

GHESTIN (J.), « L'erreur du solvens, condition de la répétition de l'indu ? », *D.* 1972, *Chron.* XLIV, p. 271.

GHESTIN (J.), « L'utile et le juste », *Arch. Phil. dr.* 1981.35.

GORÉ (F.), « Les lois modernes sur les baux et la réparation de l'enrichissement aux dépens d'autrui », *D.* 1949, *Chron.* XVI, p. 69.

GUARDIA (M. de), « Un droit pénal très spécial : le droit pénal douanier », *J.C.P.* 1974.I.2652.

GUITTON (H.), « Le problème économique de l'indexation », *Revue économique* 1955.187.

GUITTON (H.), « La monnaie existe-t-elle ? », *Essais en l'honneur de Jean Marchal*, Cujas, 1975, p. 29.

HAGE-CHAHINE (F.), « Essai d'une nouvelle classification des droits privés », *Rev. trim. dr. civ.* 1982.705.

HAMEL (J.), « Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie », *Mélanges Sugiyama*, Tokyo, 1940, p. 83.

HAMEL (J.), « Les clauses d'échelle mobile et le droit monétaire français », *Revue de l'économie*, 1955.167.

HÉBRAUD (P.), « L'instabilité monétaire et les règlements d'intérêts familiaux », *Mélanges Ripert, Le droit privé français au milieu du x^e siècle*, t. I, L.G.D.J., 1950, p. 499.

HÉBRAUD (P.), « Observations sur la notion de temps dans le droit civil », *Études offertes à Pierre Kayser*, t. 1, Presses Universitaires d'Aix-en-Provence, 1979, p. 1.

HENRIOT (J.), « De l'obligation comme chose », *Arch. Phil. dr.* 1979.235.

HERRENSCHMIDT (J.-L.), « Histoire de la monnaie », *Droit et monnaie*, Litec, 1988, p. 15.

HESBERT (J.), « La stratégie bancaire et les cartes de paiement », *Les nouveaux moyens de paiement*, Economica, 1986, p. 153.

HONORAT (J.), « Les indexations contractuelles et judiciaires », *Études offertes à Jacques Flour*, Répertoire du Notariat Defrénois, 1979, p. 251.

HUBERT (M.), « La théorie jurisprudentielle de l'indivisibilité en matière de donation déguisée », *J.C.P.* 1944.I.414.

HUBERT (M.), « Observations sur la nature et la validité de la clause d'échelle mobile », *Rev. trim. dr. civ.* 1947.1.

HUBRECHT (G.), « Quelques observations sur l'évolution des doctrines concernant les paiements monétaires du xii^e au xviii^e siècle », *Aequitas et bona fides. Festgabe Simonius*, Bâle, 1955, p. 133.

JAMBU-MERLIN (R.), « Essai sur la rétroactivité des actes juridiques », *Rev. trim. dr. civ.* 1948.271.

JAUBERT (P.), « Deux notions du droit des biens : la consomptibilité et la fongibilité », *Rev. trim. dr. civ.* 1945.75.

JEANDIDIER (W.), « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *Rev. trim. dr. civ.* 1976.700.

JEANDIDIER (W.), « Les truquages et usages frauduleux de cartes magnétiques », *J.C.P.* 1986.I.3229.

JESTAZ (Ph.), « Le tireur conservera-t-il la disponibilité de la provision après l'émission d'une lettre de change ou d'un chèque ? », *Rev. trim. dr. com.* 1966.881.

JOBARD-BACHELLIER (M.-N.), « Existe-t-il encore des contrats réels en droit français ? La valeur des promesses de contrat réel en droit positif », *Rev. trim. dr. civ.* 1985.1.

KEYNES (J. M.), « Les effets sociaux des fluctuations de la valeur de la monnaie », *Essais sur la monnaie et l'économie. Les cris de Cassandre*, Payot 1971, p. 15.

KUHNMUNCH (O.), « L'incidence de la dépréciation monétaire sur le patrimoine familial », *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, L.G.D.J., 1961, p. 191.

LAFOURCADE (J.), « Pour un renouveau des obligations indexées », *Rev. trim. dr. com.* 1983.51.

LAURENT (J.-C.), « Brèves observations sur la cause d'un prêt », *Gaz. Pal.* 1975, 1, doct., p. 365.

LÉVY (J.-P.), *J.-Cl. civil*, art. 1895.

LOBIN (Y.), « Le point de départ des intérêts légaux après une décision de condamnation », *D.* 1978, Chron. III, p. 13.

LONGHI (A.), « Monnaie et information », *Revue Internationale d'Histoire de la Banque* 1977.88.

LOQUIN (E.), « Délimitation juridique des espaces monétaires nationaux et espace monétaire transnational », *Droit et Monnaie*, Litec, 1988, p. 425.

LOUSSOUARN (Y.), « La condition d'erreur du solvens dans la répétition de l'indu », *Rev. trim. dr. civ.* 1949.212.

LUCAS DE LEYSSAC (C.), « Les cartes de paiement et le droit civil », *Les cartes de paiement*, Economica 1980, p. 55.

MALAUURIE (P.), « L'inflation et le droit civil des obligations », *Mélanges Azard. Aspects contemporains du droit des affaires et de l'entreprise*, Cujas, 1980, p. 178.

MANN (F. A.), « On interest, compound interest and damages », *The Law Quarterly Review*, vol. 101, Jan. 1985, p. 30.

MARCHAL (J.), « Les fondements de la valeur », *Mélanges Gonnard*, L.G.D.J., 1946, p. 239.

MARCHAL (J.) et PIQUET-MARCHAL (M.-O.), « Essai sur la nature et l'évolution du billet de banque », *Revue Internationale d'Histoire de la Banque*, 1977.1.

MARNIERE (E. S. de la), « Observations sur l'indexation comme mesure de valeur », *Rev. trim. dr. civ.* 1977.54.

MARTIN (D.), « Analyse juridique du règlement par carte de paiement », *D.* 1987, Chron X, p. 51.

MAUBRU (B.), « L'incident de paiement d'un chèque », *D.* 1977, Chron. xxxix, p. 279.

MAZEAUD (H.), « Les tickets de métro détériorés », *J.C.P.* 1976.I.2807.

MENUT (B.), « La monnaie électronique », *Les nouveaux moyens de paiement*, Economica, 1986, p. 73.

MESTRE (J.), « Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p.439.

MESTRE (J.), « Des restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat », *Rev. trim. dr. civ.* 1988.528.

MESTRE (J.), « Des clauses se référant à une monnaie de compte étrangère », *Rev. trim. dr. civ.* 1988.738.

MONTEL (A.), « La réparation du dommage dérivant de l'inexécution d'une obligation de somme d'argent », *Rev. trim. dr. civ.* 1932.1017.

MOREAU (M.), « La majoration des rentes viagères en cas d'aliénation de la contrepartie », *Rev. trim. dr. civ.* 1977.399.

MORRIS (J. H. C.), « The eclipse of the lex loci solutionis. A fallacy exploded », *Vanderbilt Law Review* 1953.505.

MORRIS (J. H. C.), « English judgments in foreign currency: a "procedural" revolution », *Law and contemporary problems* 1977.44.

MURAD (A.), « The nature of money », *Southern Economic Journal* 1942-1943, p. 217.

NOGARO (B.), « Les principes fondamentaux du droit monétaire français », *Rev. trim. dr. civ.* 1929.949.

NOIREL (J.), « Influence de la dépréciation monétaire sur les contrats de droit privé », *Influence de la dépréciation monétaire sur la vie juridique privée*, L.G.D.J., 1961, p. 69.

OPPETIT (B.), « Le rôle du juge en présence des problèmes économiques en droit civil français », *Travaux de l'Association Capitant* 1970.185.

OPPETIT (B.), « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de "hardship" », *J.D.I.* 1974.794.

PÉDAMON (M.), « L'or au regard du droit », *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1964, p. 739.

PICARD (M.), « Les clauses d'indexation dans l'assurance incendie », *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 451.

PIÉDELIEVRE (A.), « Quod nullum est nullum producit effectum », *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur Pierre Voirin*, L.G.D.J., 1966, p. 638.

PIÉDELIEVRE (A.), « Le matériel et l'immatériel. Essai d'approche de la notion de bien », *Études réunies en l'honneur de Michel de Juglart. Aspects du droit privé à la fin du XX^e siècle*, L.G.D.J., 1986, p. 55.

PIERRARD (M.-J.), « Les procédés de preuve du paiement », *Rev. trim. dr. civ.* 1948.429.

PIERRE-FRANÇOIS (G.), « L'indexation judiciaire des rentes viagères allouées en réparation d'un préjudice de responsabilité délictuelle », *D.* 1972, Chron. xxxv, p. 229.

PILLEBOUT (J.-F.), « Observations pragmatiques sur la dette de valeur », *Mélanges dédiés à Dominique Holleaux*, Litec, 1990, p. 357.

PIQUET-MARCHAL (M.-O.), « L'émission de la monnaie scripturale et les pouvoirs publics. Évolution de la réglementation », *Hommage à Robert Besnier*, Paris, 1980, p. 201.

POISSON-DROCOURT (E.), « Les restitutions entre les parties consécutives à l'annulation d'un contrat », *D.* 1983, Chron. xv, p. 85.

QUADEN (P.), « Monnaie légale et cours légal », *Annales de la faculté de droit de Liège* 1959.315.

RAHARINARIVONIRINA (A.), « Quelques considérations sur la notion de contrebande de devises », *Études de droit pénal douanier sous la direction de R. Gassin*, P.U.F., 1968, p. 39.

RASSAT (M.-L.), « Fausse monnaie », *J.-Cl. Pénal*, art. 132 à 138.

RAYNAUD (P.), « Les dettes de valeur en droit français », *Mélanges offerts à Jean Brèthe de la Gressaye*, Bordeaux, 1967, p. 611.

RAZZAK HAFAR (A.), « La circulation de faux billets de banque et le problème de la responsabilité », *Rev. de sc. et de lég. fin.* 1951.470.

RENARD (C.), « L'article 2280 et les billets de banque », *Revue critique de jurisprudence belge* 1950.22.

REYMOND (F.), « Le domaine public mobilier », *Rev. dr. pub.* 1960.49.

RIVES-LANGE (J.-L.), « La monnaie scripturale (Contribution à une étude juridique) », *Études de droit commercial à la mémoire de Henry Cabrillac*, Litec, 1968, p. 405.

RIVES-LANGE (J.-L.), « Le chèque de voyage en droit français », *Études de droit contemporain (Nouvelle série), Travaux de recherches de l'Institut de Droit Comparé de l'Université de Paris*, XXX, p. 279.

RIVES-LANGE (J.-L.), « La saisissabilité du compte courant », *D.* 1974, Chron. xxxi p. 101.

ROBERT (A.), « L'intérêt de l'argent : réflexions sur une évolution », *Études offertes à Jacques Lambert*, Cujas, 1975, p. 437.

ROUBIER (P.), « Les prérogatives juridiques », *Arch. phil. dr.*, 1960.65.

RUDDEN (B.) et JUILHARD (Ph.), « La théorie de la violation efficace », *Rev. int. dr. comp.* 1986.1015.

SAUJOT (C.), « Le fondement des récompenses », *Rev. trim. dr. civ.* 1970.684.

SAVATIER (J.), « La théorie de l'imprévision dans les contrats », *Études de droit contemporain*, Paris,, 1959.

SAVATIER (R.), « Le rachat de la lésion et l'instabilité monétaire », *D.* 1961, Chron. xxxvii, p. 139.

SCHMITT (B.), « Nature de la monnaie : une approche économique », *Droit et monnaie*, Litec, 1988, p. 63.

SEMPÉ (H.), « La démonétisation de l'or et "l'étalon dollar" : la crise du système monétaire international », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, 1978, p. 1031.

SERVET (J.-M.), « La monnaie contre l'État ou la fable du troc », *Droit et monnaie*, Litec, 1988, p. 49.

SOUSI (G.), « La spécificité juridique de l'obligation de somme d'argent », *Rev. trim. de dr. civ.* 1982.514.

SOUSI-ROUBI (B.), « Le contrat d'échange », *Rev. trim. dr. civ.* 1978.257.

SZLECHTER (E.), « La monnaie au xvi^e siècle. Droit public. Droit privé », *Rev. Hist. dr. fr. étr.* 1951.500 et 1952.80.

TENDLER (R.), « Indexation et ordre public. L'ordonnance du 30 décembre 1958 : Majorité ou Sénilité ? », *D.* 1977, Chron. xxxiii, p. 245.

TEULIERE (J.-M.), « Les modes de protection liés à l'utilisation de la carte à mémoire » *Les nouveaux moyens de paiement*, Economica, 1986, p. 185.

THUILLIER (G.), « La réforme monétaire de 1785 », *Annales E. S. C.* 1977.1031.

TOULEMON (A.), « Les étapes de la jurisprudence en matière d'échelle mobile », *Rev. trim. dr. com.* 1958.697.

TRASBOT (A.), « La dévaluation monétaire et les contrats de droit privé », *Mélanges Ripert, Le droit privé français au milieu du xx^e siècle*, t. II, L.G.D.J., 1950, p. 159

TRINQUET (R.), « État de la jurisprudence sur les cartes de paiement », *Les nouveaux moyens de paiement*, Economica, 1986, p. 139.

VANARD (R.), « Les clauses de variation dans l'assurance », *Rev. gén. ass. terr.* 1952.5.

VAN MULLEN (J.), « L'incidence des variations monétaires sur le droit belge des obligations », *Annales de la Faculté de Liège* 1978.57.

VAN OMMESLAGHE (P.), « Les clauses de force majeure et d'imprévision (hardship) dans les contrats internationaux », *Revue de droit international et de droit comparé* (belge) 1980.7.

VAN WERVEKE (H.), « Monnaie de compte et monnaie réelle », *Revue belge de philologie et d'histoire* 1934.123.

VASSEUR (M.), « Le droit des clauses monétaires et les enseignements de l'économie politique », *Rev. trim. dr. civ.* 1952.431.

VASSEUR (M.), « Le paiement électronique. Aspects juridiques », *J.C.P.* 1985.I.3206.

VASSEUR (M.), « Assurance et garantie des dépôts bancaires en France », *Mélanges Guy Flattet*, Lausanne, 1985, p. 169.

VEAUX (D.), « Obligations alternatives », *J.-Cl. Civil*, art. 1189 à 1196, Fasc. 53.

VION (M.), « L'intérêt légal depuis la loi du 11 juillet 1975 », *Rép. Defrénois*, art. 30.973, p. 1089.

WOODFORD (A.), « Substitute currency of early Detroit », *Revue Internationale d'Histoire de la Banque* 1978.140.

INDEX

Les numéros renvoient aux paragraphes et non aux pages

Les caractères gras renvoient à un ensemble de paragraphes, à partir du numéro indiqué : **473** signifie 473 et s.

Le symbole (n.) renvoie à une note du paragraphe mentionné.

A

Accession 322, 333, 429

Acompte **473**

Action estimatoire 249 (n.)

Analyse en termes réels 5

Ancien Franc 50

Assurance-incendie 400

B

Bail 323, **405**, 419, 429

Banque de France 74, 178, 180, **187**,
478

Billet de banque 20, 60, **73**, 81, 89,
91, 126, 137, **176**, 270 (n.), 441

- destruction 127
- meuble du domaine public **183**
- perte 187
- remplacement **181**

Bons des Chambres de Commerce **65**

C

Carte de paiement 81, 95, 99, **101**,
119, 195, 208
• à mémoire 121, 210

Change de monnaie
• interne 100, **138**
• externe **141**

Chèque 81, 97, 99, **101**, 195, 207
• de voyage **111**

Chose de genre 123, 124, 134

Clause d'adaptation 375, 382

Clause d'échelle mobile 284, 286, 329, 338, 375

- histoire 383
- indexation généralisée 372, 389
- indexation interne 341, 397 (n.)

Clause-devise 164, 165, 167, 283, 383

Clause-or 283, 383

Compte en banque 20, 23, 75, 90, 101, 194, 270 (n.), 441

- nature juridique 196

Consignation 464, 466

Consomptibilité 123, 130

Contrat (fixation du prix) 323, 338, 382

Cours des Monnaies 7

Cours forcé 89, 95, 113, 283

Cours légal 41, 74, 89, 95, 111, 177, 283 (n.), 461

Création monétaire 61, 70, 75, 178

D

Denier 52

Dépôt 196, 241, 293, 474

Dette de valeur 221, 243, 252, 305, 335, 456

- en Allemagne 306, 311
- en France 306, 315, 345
- indexation 286, 339

Dommages-intérêts 155, 476

Donation 45, 242, 250, 326, 347

- entre époux 243, 315, 348, 380

Droit pénal douanier 161

E

Échange

- contrat 139, 156
- sens large 30, 83

ECU 78, 186 (n.)

Enrichissement sans cause 312, 334, 480

Étalon-or 147

Étalon de change-or 147

État (et monnaie) 57, 385

- théorie étatique 60, 273, 283
- théorie sociologique 62
- souveraineté 68, 269

État (et moyens de paiement)

- billets 176
- responsabilité 190

F

Faux-monnayage 168

- billets 189
- monnaie scripturale 206

Fongibilité 123, 134

- intra-monétaire 136
- inter-monétaire 141

G

Gage 241

Garantie d'éviction 350

Gestion d'affaire 186, 192, 334

I

Imprévision 376, 427

Indice 286, 329

- indice des prix 362, 371, 384, 399
- coût de la construction 405

Indivisibilité 243, 353

Inflation 311, 314, 359, 469

- définition 361, 388
- effets 365, 367

Instrument monétaire 85, 89, 96, 111, 195, 206

- spéciaux 111

J

Jetons de casino 111

L

Lésion 156, 247, 322, 377, 420, 429

Lettre de change 85, 98, 165

Lien récurrent 55 (n.), 61

Loi de Gresham 89 (n.)

M

Marché monétaire 148, 160, 478

Masse monétaire 9 (n.)

Mesure 50, 54, 72, 88 (n.), 117, 125, 225, 267

Monnaie

- approche économique 3, 13
- conception 7, 9, 11, 81, 155, 211, 450, 488
- cours 42, 150, 452
- créance 91
- crédit 101, 489
- divisionnaire 65, 137
- étrangère 141, 159, 283, 329, 452
- fiduciaire (voir billet de banque)
- fluctuations 220, 223, 255
- fonctions 5, 6, 14 (n.), 32, 67, 83, 117
- générique 126, 140, 142, 149, 160
- marchandise 3, 146, 159, 237, 246, 456
- métallique 3, 34, 50 (n.), 60, 88, 89 (n.), 146
- origine 30 (n.)
- propriété 173
- scripturale (voir compte en banque)
- signe 3.
- spécifique 126, 140, 142, 149, 160

Monnaie de compte (système de) 34, 51, 235, 241 (n.), 251 (n.), 253, 263, 266, 298

Monnaie "électronique" 86, 89

Monnaie obsidionale 62, 66 (n.)

Monnayage 71, 88, 267

Moyens de paiement 9, 14, 20, 44, 81, 85

Mutations monétaires 268, 274

N

Nominalisme 255, 257

- article 1895 C. civ. 285 (n.), 290, 291, 409
- de circulation 268, 278, 286, 299
- d'évaluation 278, 280
- fondement 297
- formulation 259, 277
- historique 260, 273

Nullité (de l'obligation) 244, 327, 350

O

Obligation (classification) 154, 217

Obligation alimentaire 322, 333, 336 (n.), 346, 381, 384, 399, 402

Obligation alternative 335, 442

Obligation en nature 154, 220, 229, 231

Obligation en valeur 229, 319

Obligation monétaire 14, 154, 213, 231, 256

- libellée en monnaie étrangère 126, 452
- libellée en unités de paiement 37, 45, 171, 237, 295, 328, 394, 443, 455
- libellée en unités de valeur 37, 252, 295, 328, 443, 445
- objet 218, 225, 251, 286, 314, 319, 336, 352, 412, 418

Offres réelles 43, 464, 466

Ordonnances de 1958-1959 341, 383, 400, 401, 412, 425 (n.)

P

Paiement 14, 17, 33, 107, 167, 171, 433

- division 471
- droit commercial 434, 436, 448
- fait juridique 468
- nature 441
- option de place 442

Pièce de monnaie 18, 20, 70, 81, 176, 267

- publicité 177

Prêt d'argent 45, 196, 233, 238, 291, 324, 326, 343, 410

- rapport de prêt 349

Prix 26, 28, 49, 135, 143, 232, 323, 341, 362

R

Rapport des libéralités 221, 241 (n.), 315, 334, 347, 380, 413, 415, 424

- rapport de prêt 349

Récompense 241 (n.), 315, 325, 348, 380, 411, 413

Réduction des libéralités 315

Rente viagère 401

Réparation du préjudice 312, 313 (n.), 322, 332, 333, 381, 420, 480

Répétition de l'indu 238, 244

Restitution (dette de) 45, 234, 245, 293, 312, 413

Revalorisation législative 378, 401

S

Seignuriage 71, 88, 178, 271, 409

Soulte 30, 157

Subrogation personnelle **465**

Subrogation réelle 355, 358

Support monétaire 85, **86**, 93, 100, 126, **136**, 174, 195

T

Téléphone (jetons et cartes) **111**, 121

Temps 54, 220, 421

Ticket de métro **111**

Ticket-restaurant **111**

U

Unité de paiement 20, **26**, 37, 171, 186, **231**, 299, **443**, 457

• droit subjectif **41**

• pouvoir 42

• pouvoir d'achat 27, 39, 50, 53, 137, 149, 307, 412

• réutilisabilité **101**

• valeur de l'unité 254

Unité de valeur 19, **30**, **47**, 77, 125, 171, 186, **231**, 306, 393, 489

• mesure 50, 54

• valeur de l'unité 49, **55**, 299

Unités monétaires **16**, **25**, **32**, 215, 298

V

Valeur 42, **47**, **55**, 232, **304**, 323, **332**, **341**

• réserve de valeur 117, 173

• caractère social 329, 406

Valorisme 255, 257, 259, **263**, 275, **280**, 288, 295

• conventionnel 283, **286**

• légal 282, 378, **401**

Vente 128, 132, 139, **142**, **156**, 327, 429, 437

Virement **90**, **98**, 195

TABLE DES MATIÈRES

PRÉFACE.....	I

INTRODUCTION.....	1

PREMIÈRE PARTIE Approche statique de la monnaie

TITRE I Le concept de monnaie

Chapitre I - Aspects analytiques.....	19

Section I - Le fonctionnement de la monnaie.....	20

§ 1. Présence des unités dans le processus monétaire.....	20

§ 2. Spécificité des deux unités.....	25

§ 3. Solidarité des deux unités	28

Section II - Analyse juridique des unités monétaires.....	32

§ 1. L'unité de paiement.....	32

§ 2. L'unité de valeur.....	38

Chapitre II - Aspects organiques.....	48

Section I - Critique de la théorie étatique de la monnaie.	50

Section II - Place de l'État dans la création monétaire.....	58

TITRE II Les manifestations de la monnaie

Chapitre I - Description juridique des moyens de paiement	72
Section I - Fonctionnement des moyens de paiement.....	72
§ 1. Les supports monétaires.....	74
A. Les supports naturels.....	74
B. Le billet de banque.....	76
C. La monnaie scripturale.....	78
§ 2. Les instruments monétaires.	83
A. Typologie des instruments monétaires.	83
1. Description des instruments monétaires.....	83
2. Instruments monétaires spéciaux.	92
B. Liens entre supports et instruments.....	95
1. Les supports sans instruments.....	95
2. Passages d'une catégorie à une autre.	97
Section II - Caractéristiques juridiques des moyens de paiement	99
§ 1. La monnaie comme chose de genre.....	100
§ 2. La consomptibilité de la monnaie.....	105
§ 3. La fongibilité de la monnaie.....	107
A. La fongibilité intra-monétaire.....	109
B. La fongibilité inter-monétaire.....	112
Section III - Spécificités juridiques des moyens de paiement.....	115
§ 1. Regards du droit français sur le franc.....	118
§ 2. Regards du droit français sur les monnaies étrangères.	126
Chapitre II - Appropriation des moyens de paiement.....	139
Section I - Régime de la monnaie fiduciaire.....	140
§ 1. La propriété des pièces et des billets.....	140
§ 2. La mise à disposition des pièces et des billets.....	147
Section II - Régime de la monnaie scripturale.	155
§ 1. La propriété de la monnaie scripturale.....	156
§ 2. Les conséquences du rôle du banquier.....	163

DEUXIÈME PARTIE

Approche dynamique de la monnaie

TITRE I

Définition de l'obligation monétaire

Chapitre I - Objet de l'obligation monétaire	178
Section I - Classification des obligations selon leur objet.	178
§ 1. Distinction des obligations monétaires et en nature.	179
§ 2. Reconstitution de la classification des obligations.....	183
Section II - Statut des obligations de somme d'argent.....	187
§ 1. Les obligations libellées en unités de paiement.	191
A. Typologie des obligations libellées en unités de paiement.	192
B. Régime des obligations libellées en unités de paiement.....	199
§ 2. Les obligations libellées en unités de valeur	205
Chapitre II - Régime de l'obligation monétaire	210
Section I - Élaboration du contenu du nominalisme.	213
§ 1. Le nominalisme et la monnaie métallique	216
A. Le monnayage et l'apparition du nominalisme	216
B. La théorisation des intérêts du Pouvoir politique.....	220
§ 2. Le nominalisme et les systèmes monétaires actuels.....	224
A. Le nominalisme d'évaluation.....	226
B. La validité du nominalisme de circulation.....	231
Section II - Les fondements du nominalisme.	234
§ 1. Le prétendu fondement textuel du nominalisme.	234
§ 2. Le fondement institutionnel du nominalisme.	238

TITRE II Fonctionnement de l'obligation monétaire

SOUS-TITRE I Le compte de l'obligation monétaire

Chapitre I - Le jeu de la valeur dans l'obligation de somme d'argent.....	248
Section I - La présence de la valeur dans l'obligation.....	249
§ 1. L'avènement historique de la valeur dans l'obligation.....	249
§ 2. La recherche de la valeur propre à l'obligation.....	255
Section II - Les principes de l'ancrage à la valeur.....	263
§ 1. L'ancrage à une valeur préexistante.....	266
A. Les rapports involontaires.....	267
B. Les rapports volontaires.....	274
§ 2. L'ancrage à une valeur subséquente.....	281
A. Description de l'ancrage à la valeur subséquente.....	281
B. Légitimité de l'ancrage à une valeur subséquente.....	287
Chapitre II - L'utilité de la valeur dans l'obligation de somme d'argent.....	293
Section I - Description du phénomène inflationniste.....	295
§ 1. L'approche économique.....	295
A. Le concept d'inflation et sa mesure.....	295
B. Les modalités d'une éventuelle revalorisation des obligations.....	300
§ 2. L'approche politique.....	303
A. La protection des parties contre l'érosion monétaire.....	304
B. Le rôle de l'État dans la lutte contre l'inflation.....	312
Section II - Traitement juridique du phénomène inflationniste.....	318
§ 1. Applications de l'ancrage à la valeur.....	321
A. Les applications satisfaisantes.....	322
B. Les applications souhaitables.....	327
§ 2. Bilan de l'ancrage à la valeur.....	336
A. Les avantages de l'ancrage.....	337
B. Les inconvénients de l'ancrage.....	342

SOUS-TITRE II
Le paiement de l'obligation monétaire

Section I - L'exécution de l'obligation monétaire.	353
§ 1. La nature du paiement monétaire.	353
§ 2. Application au paiement en monnaie étrangère.	362
Section II - Les conditions du paiement monétaire.	368
Section III - L'inexécution de l'obligation monétaire.	374
§ 1. L'exécution partielle de l'obligation monétaire.	376
§ 2. L'inexécution totale de l'obligation monétaire.	379
 CONCLUSION	 385
 BIBLIOGRAPHIE	 393
 INDEX	 413
 TABLE DES MATIÈRES	 419

Impression, façonnage par

IMPRIMERIE
FRANCE QUERCY
CAHORS

N° d'impression : 20934FF
Dépôt légal : septembre 1992

L.G.D.J.-E.J.A.
N° éditeur : 2494

*Fondée par
Henry Solus
Professeur honoraire
à la Faculté de droit
et des sciences
économiques de Paris*

**BIBLIOTHÈQUE
DE DROIT
PRIVÉ
TOME 225**

*Dirigée par
Jacques Ghestin
Professeur
à l'Université de Paris I
(Panthéon-Sorbonne)*

A la dualité des monnaies de l'ancien temps, l'époque moderne a substitué la monnaie unique. Au métallisme consubstantiel à la monnaie d'autrefois ont succédé des supports de moins en moins matériels, d'une abstraction sans cesse grandissante. Il est tentant d'en déduire le désordre des monnaies : une succession de formes monétaires hétérogènes, façonnées par l'époque et défaites par le temps. Mais il est plus tentant encore d'essayer, à travers la recherche généalogique des filiations, de montrer que la notion de monnaie, loin d'être un concept économique de pure conjoncture, est une notion juridique construite autour de certains traits invariants.

C'est à l'étude de ces traits que la première partie de l'ouvrage est consacrée. A l'écart des instruments du droit des biens mais proche de son esprit, il s'agit de révéler les fonctions qui sont au cœur de la monnaie. Évaluer, d'abord ; évaluer surtout et avant tout. Mais échanger les richesses aussi bien, tant l'émergence sociale de la monnaie demeure proche de son noyau conceptuel. Au-delà, il importe de saisir comment la monnaie est parvenue à se dégager des règles du droit positif où elle était prise, pour sécréter un régime juridique cohérent. La seconde partie de l'ouvrage tend ainsi à restaurer la place de la monnaie dans le droit des obligations : celle d'une pièce maîtresse.

A l'heure où les monnaies européennes connaissent un mouvement de convergence qui pourrait aboutir à leur substituer une monnaie unique, à l'heure où la composante étatique de la monnaie cède de plus en plus de terrain face à l'émergence de véritables monnaies privées, à l'heure enfin où la sphère financière déborde et menace d'engloutir une économie monétaire familière, il était nécessaire de faire le point sur la monnaie que nous connaissons. Pour marquer l'écart qui la sépare des formes dont elle constitue le point d'aboutissement, bien sûr. Mais aussi pour se doter des moyens intellectuels de percevoir et comprendre l'éclatement de la notion de monnaie que nous sommes en train de vivre.



ISBN 2.275.00564.1



250 F