

La monnaie privée

Mathieu LAINE

Avocat

Chargé d'enseignement à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

La monnaie, que les juristes ont trop longtemps ignorée, est désormais comprise comme une institution régaliennne, objet d'un monopole étatique et ancrée dans le droit public. L'apparition de véritables monnaies électroniques – dont certaines sont aujourd'hui déjà convertibles en grammes d'or – permet cependant de revisiter la doctrine classique et de rechercher un régime juridique de droit privé adapté à la monnaie. L'occasion est ainsi offerte de penser la « monnaie privée » et de mesurer la viabilité juridique de sa résurrection.

Alors que l'économie, la littérature et le théâtre se sont depuis toujours emparés de la monnaie, portant ainsi en triomphe l'avare, l'usurier et le financier, le droit s'en est pendant longtemps, totalement désintéressé (1). Ce n'est que très récemment, et notamment grâce à des auteurs comme le doyen Hamel, le doyen Carbonnier et M. Libchaber, que la doctrine s'est penchée sur celle qui, de la réussite à l'échec et du bonheur à la tragédie, borne tant d'existences.

Le retard accusé par le droit dans ce domaine pouvait paraître congénital. En effet, la monnaie n'est pas, *a priori*, au cœur du droit. Si elle apparaît furtivement aux points cardinaux du code civil, elle est absente de la division fondamentale établie par son article 516 qui distingue les meubles et les immeubles. Écartée du *casting* juridique, la monnaie ne joue donc pas les premiers rôles et connaît même la mélancolie identitaire des apatrides. Dans notre système juridique bicéphale qui cloisonne le monde du droit en deux univers – public et privé – il semble, en effet, bien délicat de lui trouver

une terre d'adoption. Entre le droit patrimonial et le droit régalienn, l'hésitation paraît inévitable (2).

La majorité des rares penseurs à avoir investi les contrées obscures de la monnaie se sont pourtant quasiment tous accordés à lui donner une qualification institutionnelle et publiciste. L'avènement de l'euro, pur produit de décisions publiques nationales et communautaires, ainsi que la création récente du code monétaire et financier (3) devaient venir confirmer ces positions doctrinales et enterrer à jamais toute hésitation sur la nature de la monnaie. Cette perception strictement « publique » de la monnaie devrait cependant pouvoir être aujourd'hui remise en cause, notamment avec l'apparition d'authentiques monnaies privées circulant sur Internet (4).

(2) M.-A. Fison-Roche, *Argent privé, argent public*, in *L'argent et le droit*, Archives de philosophie du droit, t. 42, 1998, p. 197 et s.

(3) *Ord. n° 2006-1243*, 17 déc. 2006. Le livre premier de ce code est consacré à la monnaie. On retiendra notamment l'art. L. 111-1 qui dispose, de manière très exclusive, que « la monnaie de la France est l'euro. Un euro est divisé en cent centimes ».

(4) Un autre phénomène aurait pu retenir notre attention : le développement des systèmes d'échanges locaux (SEL). La création de ces unités de compte privées permettant l'échange de biens et services témoigne d'une aspiration contemporaine à contourner le monopole monétaire. Lire par exemple, R. Libchaber, *Actualité du non-droit : les systèmes d'échange locaux (SEL)*, RTD civ. 1998, 860.

(1) R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, Thèse Paris I, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 1982, n° 1 : Omniprésence dans les relations juridiques, la monnaie n'en demeure pas moins l'écoumène du droit : la monnaie qui est partout dans les relations sociales, n'est nulle part dans la pensée juridique.

«3. Contrairement à toute attente, il est même essentiel que les juristes s'intéressent de près à la monnaie privée car elle est au cœur d'un faisceau d'inventions nouvelles qui pourraient venir bouleverser, plus vite qu'il n'y paraît, le regard que porte non seulement l'économie mais également le droit sur le concept même de monnaie. Il existe ainsi, à ce jour, au moins trois véritables « monnaies-internet » qui font preuve d'un succès croissant et qui sont d'ores et déjà convertibles en or (5).

Pour l'heure, c'est dans l'indifférence généralisée que la monnaie privée revêt en partie le jour sur *le web* et il est fort à parier que son régime juridique soulèvera des difficultés qu'il convient d'anticiper et des revirements doctrinaux qu'il est stimulant d'imaginer. Alors que les grammes d'or commencent à circuler sur Internet, il est donc temps de donner à la monnaie privée l'occasion de croiser le fer avec la monnaie régaliennne pour mesurer la viabilité juridique de sa résurrection.

Avant d'envisager comment la monnaie privée peut être mise en œuvre, il convient de revenir sur ce concept.

◆ LE CONCEPT DE MONNAIE PRIVÉE

La compréhension du concept de monnaie privée est plus aisée lorsque l'on part des terres connues (la monnaie régaliennne) pour évoluer vers l'inconnu (la monnaie privée).

— Le concept symétrique : la monnaie régaliennne

Afin de découvrir le concept de monnaie régaliennne, « en tant qu'abstrait et général, ou plutôt susceptible de généralisation » (6),

(5) Ces monnaies sont *eGold*, *DigiGold* et *Goldmoney*. Lire à ce propos R.W. Rahn, H.R. Macqueson, M.J. Rogers, *Digital money & its impact on gold*: technical, legal and economic issues, World Gold Council, p. 34 et s. et consulter les sites www.eGold.com, www.digigold.net et www.goldmoney.com.

(6) A. LaLonde, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, Vol. 1, 5^e éd., Quadrige, PUF, 1991, p. 160.

il faut analyser le monopole d'émission qui le caractérise.

Le monopole étatique de création monétaire

«4. La monnaie est traditionnellement reconnue comme un prolongement de l'État. L'État dispose ainsi d'un bras armé et d'un bras monétaire pour mener à bien ses missions. Cette double puissance de frappe s'exerce dans le cadre d'un monopole juridique au service de ce qu'il est convenu d'appeler, notamment depuis le *Contrat social* de Rousseau, la « volonté générale ». Si, selon les nombreux défenseurs de cette thèse (7), la finalité d'une monnaie est avant tout de servir les relations entre les individus, le rapport inter-individuel s'avère toujours au moins triangulaire puisqu'une place est nécessairement réservée à ce tiers non invité qu'est l'État.

«5. Cette empreinte étatique serait, selon une doctrine majoritaire, figée depuis l'origine dans le mot même de *monnaie* dont la racine renverrait à *nomisma*, du *nomos* (8), la loi (9). Cette souveraineté monétaire éveille le souvenir des souverains qui lutèrent pour obtenir le pouvoir de « battre monnaie » et tenter de faire prévaloir le cours légal de

(7) Entre autres, J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3, Les biens, Édition refondue, 19^e éd., Thémis, PUF, 2000, n° 9 et s.; B. Stark, Roland et Boyer, *Introduction au droit*, 6^e éd., 2000, n° 1250 et s.; S. Tambourin-Bender, *La notion de monnaie européenne, aspects juridiques et institutionnels*, Thèse Aix-Marseille, 1997; C. Bernard, *La monnaie*, Petites affiches, 19 nov. 1993, n° 139; J.-M. Brugière, *Qu'est-ce que la monnaie ?*, JCF 2001 éd. E.1905.

(8) J. Carbauvier, *Nomisma, La monnaie en quête de droit*, *Flexibilité droit*, LGDJ 1998 351 et s. On peut cependant se demander si l'étymologie du mot « monnaie » ne proviendrait pas plutôt du verbe latin « *monere* » qui signifie avertir, informer.

(9) P. Duhes, *Droit commercial, La monnaie, les valeurs mobilières, les effets de commerce*, Thémis, PUF, 1999: « La monnaie est cette chose, matérielle ou non, qui, par l'effet du consensus social et de la loi, sert, dans les échanges sociaux, de contrepartie à toutes les autres ». Nous pensons, au contraire, que l'expression « la loi » doit pouvoir être interprétée comme la loi conventionnelle fixée par des parties par référence à « la loi » telle qu'on l'entend dans l'art. 1134, al. 1^{er} du code civil. Lire à ce sujet, J.-P. Ghazal, *De la signification du mot loi dans l'art. 1134, al. 1^{er} du code civil*, RTD civ. 2001, 265 et s.

leur monnaie au détriment des autres (privées celles-là).

La monnaie serait, en conséquence, comme l'affirme le doyen Carbonnier en ouverture de sa *Théorie de la monnaie*, « une institution de droit public, un mécanisme régalién, étatique, un attribut de la souveraineté (10) ». Il exprime cette idée comme un postulat, comme un principe intemporel, presque comme une définition.

Déjà J. Bodin relevait que le pouvoir de battre monnaie fait nécessairement partie intégrante de la souveraineté de l'État, faute de quoi celle-ci ne serait pas totalement constituée (11).

La Cour permanente de justice internationale (CPIJ) a solennellement confirmé cette idée en donnant une formulation de principe à la souveraineté monétaire dans l'affaire des *Emprunts serbes et brésiliens* : « C'est un principe généralement admis que tout État a le droit de déterminer lui-même ses monnaies » (12).

26. La théorie étatique de la monnaie a en réalité été élaborée par G. F. Knapp à la fin du XIX^e siècle dans son traité monétaire *Staatliche Theorie des Geldes* (13). L'État est, selon cet auteur, un acteur incontournable du phénomène monétaire : non seulement il frappe la monnaie mais il en impose également l'usage. Au droit d'émettre s'adjoint un droit d'exclure les autres formes de monnaie et un droit de substituer le métal de référence. La monnaie se définirait ainsi par une inspiration étatique et non par son contenu, par sa valeur ou par son essence.

27. L'histoire monétaire française depuis l'an XI (14) illustre parfaitement ce lien si particulier qui unit la monnaie à l'État. Des monnaies royales au franc Germinal, que l'Empereur avait exigé en complément du code civil pour fonder un nouvel ordre politique, du franc Pinay à l'avènement de l'euro, une constante apparaît : l'État utilise

la monnaie – qui est devenue, au fil du temps et au gré des volontés princières, non seulement une unité aisément échangeable et représentant un certain poids d'or ou d'argent mais également un support de publicité pour le prince (15) – pour agencer sa politique et asseoir son pouvoir (16).

28. La doctrine a même coutume d'affirmer que l'État est « propriétaire » de la monnaie fiduciaire (17). Aujourd'hui, tous les instruments monétaires matériels ont le caractère d'une monnaie absolue et sont détachés d'un support de métal précieux d'où ils tiraient, auparavant, leur valeur (18). Ils la puisent désormais de leur seule valeur faciale, de l'empreinte de l'émetteur public, c'est-à-dire de la confiance en l'État.

Il en va autrement de la monnaie scripturale (19) qui n'est, en réalité, que la reconnaissance d'une créance constatée par un titre. Le plus souvent, la créance donnera lieu à « des jeux d'écritures sans déplacement d'instruments monétaires matériels » (20). Le caractère régalién s'estomperait-il alors par la magie du scriptural ? Le doyen Carbonnier va jusqu'à évoquer à ce propos l'idée d'une certaine « privatisation du système des monnaies scripturales » (21), accentuée par la loi du 3 janvier 1975 qui, en modifiant l'article 73-1 du décret-loi du 30 octobre 1935 (22), oblige le banquier à payer les

(15) J. Carbonnier, *L'imagerie*, in *Études de droit commercial dédiées à H. Cabré*, 1968, p. 45 et s. Notons cependant que les premières empreintes monétaires étaient très probablement des empreintes privées.

(16) P. Tulkens, *Mémoire des monnaies européennes*, du denier à l'euro, PUF, 1999.

(17) G. Larroumet, *Droit civil*, t. 2, *Les biens, droits réels principaux*, 3^e éd., 1997, n° 6 et s. selon lequel la monnaie étatique fut l'objet d'un véritable droit réel au profit de l'État.

(18) Depuis 1914 (excepté entre 1928 et 1936), le billet a cessé d'être, en France, convertible en or. Lire notamment, J. Hamel, *La théorie juridique de la monnaie*, *Droit civil approfondi, Les cours de droit*, 1941, p. 16 et s.

(19) Ch. Casaldi et J. Stoufflet, *Droit bancaire*, 4^e éd., Larc, 1999, n° 239 et s. ; J.-L. Rives-Lange, *La monnaie scripturale (contribution à une étude juridique)*, *Études de droit commercial à la mémoire de H. Cabré*, Larc, 1968, p. 405 et s.

(20) J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 5, *Les biens*, Édition refondue, 19^e éd., Thémis, PUF, 2000, n° 23.

(21) J. Carbonnier, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^e éd., 1473] 1976 365.

(22) *Nouvel art. L. 131-82 c. mon. et fin.*

(10) J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 3, *Les biens*, Édition refondue, 19^e éd., Thémis, PUF, 2000, n° 9.

(11) J. Bodin, *La République*, Livre I, Chapitre 11.

(12) Arrêts du 12 juill. 1929, série A, n° 20, p. 45 et s.

(13) K. Lohshaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, thèse Paris I, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 1992, n° 60 et s.

(14) J. Carbonnier, *Droit et passage du droit*, Flammarion, p. 185 et s.

petits chèques inférieurs à quinze euros, même en l'absence de provision. Ne faudrait-il pas plutôt y voir une simple délégation, du reste strictement encadrée, du pouvoir monétaire régalién ? Si le « système », comme l'évoque le doyen Carbonnier, se fonde, dans de telles circonstances, en partie sur des acteurs de droit privé, cela n'emporte cependant en rien privatisation de la « monnaie » à part entière.

Le monopole étatique en matière de monnaie semble donc à première vue bien ancré dans le droit positif. La doctrine juridique a cependant porté sur lui des regards différents.

Les définitions fonctionnalistes de la monnaie régaliénne

Trois auteurs ont investi pleinement l'univers monétaire avec un regard juridique. Ils se rejoignent, plus ou moins consciemment, sur un constat : la monnaie se définit par ses fonctions.

119. Le doyen Hamel définit la monnaie comme un instrument patrimonial de transaction (23). Les instruments monétaires sont, selon lui, des biens non spécifiques qui composent le patrimoine des particuliers. Ainsi, « l'instrument monétaire est un bien comme les autres : on a de la monnaie dans son patrimoine comme on a un immeuble, un bijou ou un fonds de commerce ». Les instruments monétaires sont des choses consommables (24) (art. 587 c. civ.) et fongibles (25) (art. 1201 c. civ.).

(23) J. Hamel, *op. cit.* ainsi que ses *Réflexions sur la théorie juridique de la monnaie* in *Mélanges Sugyama*, 1940, p. 83 et s.

(24) Il s'agit, pour le doyen Hamel, d'une consommabilité particulière. L'instrument monétaire ne se détruit pas par l'usage. Mais il s'agit tout de même d'une destruction juridique parce que la chose va sortir du patrimoine. L'instrument monétaire ne peut rendre ses services que s'il est aliéné, s'il sort du patrimoine.

(25) Hamel identifie dans la volonté du législateur la source de la fongibilité des instruments monétaires. « du fait de la volonté du législateur, il y a non seulement fongibilité à l'intérieur du même instrument monétaire, mais il y a une fongibilité des instruments monétaires entre eux, fongibilité qui fait qu'un billet de 100 F est fongible avec cinq pièces de 20 F ». On retrouve donc à ce stade de la réflexion l'influx étatique propre à la monnaie régaliénne.

Le doyen Hamel fait cependant de la monnaie un bien un peu différent des autres. Il adopte en effet une démarche fonctionnaliste et découvre que la monnaie est un bien qui n'a de valeur qu'en vue des transactions que réalisera son détenteur. Sa valeur intrinsèque est donc différente de celle définie par le processus d'échange.

L'identification qu'établit tout de même le doyen Hamel entre la monnaie et un bien quelconque sera particulièrement utile dans le cadre d'une tentative de réhabilitation juridique de la monnaie privée. Une telle approche facilitera en effet la référence à la théorie générale des obligations et des biens comme cadre juridique naturel pour cette monnaie.

120. Autre très grand auteur à avoir pensé la monnaie en droit, le doyen Carbonnier en a même fait l'un des piliers de son manuel de droit des biens. Il fonde son raisonnement sur une analyse ontologique en écrivant que « l'essence de la monnaie est d'être un pouvoir d'achat indifférencié : c'est un bien en échange duquel il est possible d'acquiescer indifféremment toutes sortes de biens » (26).

Mais dans sa quête d'essence, le doyen Carbonnier utilise en réalité un raisonnement téléologique car « acquiescer indifféremment toute sorte de biens » constitue la fonction de la monnaie et non sa nature profonde. La logique fonctionnaliste l'emporte aussi lorsqu'il décrit la monnaie comme étant à la fois un intermédiaire des échanges, une mesure des valeurs (27) et un réservoir de liquidités (28).

Lorsqu'il évoque la monnaie comme objet de propriété, le doyen Carbonnier semble dans un premier temps rejoindre le doyen Hamel. Les instruments monétaires peuvent, selon lui, être l'objet d'un droit de propriété puisque ce sont des meubles corporels consommables par le premier usage et fon-

(26) J. Carbonnier, *Droit civil, t. 3. Les biens*, Édition refondue, 19^e éd., Thémis, PUF, 2000, n° 13.

(27) A le lire, la monnaie perçue comme un instrument d'évaluation constituerait une sorte de performant. Le simple fait de l'énoncer proclamerait l'événement attendu et bouleverserait le bien qui pourrait dès lors être remplacé, comparé, converti. Selon nous cependant, le fait que la monnaie soit un étalon de mesure n'est pas propre à la monnaie. N'importe quel autre bien peut jouer ce rôle.

(28) J. Carbonnier, *op. cit.* n° 26.

gibles entre eux. Mais il limite immédiatement son propos en affirmant que « la monnaie tirant son être de la volonté du souverain, la propriété privée ne peut avoir sur les instruments monétaires la même force, ni le même sens, que sur un meuble quelconque » (29). Une telle immixtion du Prince dans l'ordonnement naturel des droits de propriété met cependant en péril le patrimoine monétaire de chacun et nourrit une insécurité juridique qui pèse injustement sur tout détenteur légitime de monnaie (30).

En M. Libchaber affirme quant à lui, dans sa thèse consacrée à la monnaie en droit privé, qu'il refuse de « plier le genou » devant les économistes. Il considère que les juristes n'ont fait que calquer une conception économique de la monnaie faisant d'elle une enveloppe vide qui ne se caractérise que par ses fonctions d'évaluation, de paiement et de réserve de valeur. Si l'on adhère à la démarche de l'auteur quand il se concentre sur une réflexion ontologique, on peut regretter qu'en développant un réflexe autarcique, il fasse des économistes un bloc uniforme et procède ainsi à une simplification trompeuse. Ainsi, les économistes de l'école « autrichienne » (31) proposent, nous allons le voir, une analyse de la monnaie qui peut s'avérer très utile pour les juristes.

De même, alors que M. Libchaber dénonce, à raison, les regards fonctionnalistes sur la monnaie, il finit malheureusement par adopter un tel raisonnement. Il utilise, en effet, une grille d'analyse duale : l'unité monétaire est, selon lui, à la fois une unité de paiement et une unité de valeur. Le numéraire évaluateur complète le pouvoir libérateur, les unités de paiement ayant pour rôle d'éteindre des obligations qui sont libel-

lées en unités de valeur. Mais une telle description est proprement fonctionnaliste et nous offre de surcroît, une lecture quasiment tautologique de la monnaie. Le prix est, en effet, un vecteur d'informations parce qu'il est découvert lorsque l'offre rencontre la demande, mais il est aussi agent d'évaluation et déclencheur du paiement. Passer de l'unité de valeur à l'unité de paiement tient de la simultanéité et, en réalité, d'une même opération : fixer le prix. Il n'y a pas de changement de *nature* de l'unité dans le temps. Il n'y a qu'une simple différence de *fonction*.

M. Libchaber définit ensuite la monnaie comme le moyen d'éteindre une dette. Une définition nécessaire cependant des éléments de distinction, de différenciation. Si la monnaie peut effectivement éteindre une dette de monnaie, la livraison de tomates éteindra aussi une dette de fourniture de tomates. Pourtant, la définition de la tomate ne sera pas « un moyen d'éteindre une dette ».

À la suite de Gény et contre une doctrine ultra-majoritaire, M. Libchaber (32) a, en revanche, très justement critiqué la théorie étatique de la monnaie en rappelant notamment qu'à l'origine, la monnaie n'a pas été créée par un État mais par des personnes privées. On oublie en effet trop souvent que la monnaie est issue des échanges commerciaux et non du pouvoir politique. Pour cet auteur, l'État n'est donc pas essentiel à l'existence de la monnaie. Il écrit ainsi qu'« une monnaie peut exister indépendamment de l'État pourvu qu'elle fasse l'objet d'un certain consensus. L'État n'est pas un élément nécessaire de la théorie juridique de la monnaie. Son rôle n'est jamais obligé en droit ».

Ce raisonnement est bien entendu fondamental pour le juriste qui s'intéresse au sort réservé aux monnaies privées. Si l'État n'est pas un élément incontournable à la définition de la monnaie, il existe nécessairement un espace juridique viable pour les monnaies privées. Cet espace n'étant pas public, il devrait donc être régi par la norme contractuelle. De ce fait, la monnaie privée serait une monnaie de type conventionnel.

(29) J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 34.

(30) Un tel raisonnement autoriserait par ailleurs, à percevoir la dévaluation comme le produit d'une expropriation d'utilité publique mais ce serait oublier que celle-ci est dépourvue de justice et préalable indemnitée.

(31) Les économistes de l'école « autrichienne » ont contribué très largement à reformuler la pensée économique à partir d'une analyse praxéologique, au fondement d'une science de l'agir humain. V. pour l'un de ses fondateurs, le prix Nobel F. A. Hayek, Ph. Malaurie, *Anthologie de la pensée juridique*, Cujas, 1996, p. 267 et s.

(32) R. Libchaber, *op. cit.*, n° 60 et s. ; il se fonde notamment sur l'analyse sociologique de la monnaie de A. Niskanen in *Money in the Law, national and international*, Breda, 1960.

Le concept restauré : la monnaie privée

L'analyse traditionnelle – régalienne – de la monnaie fait l'objet d'un projet alternatif. Il trouve sa spécificité dans la remise en cause de l'intervention étatique dans la sphère monétaire et prône une analyse contractuelle, inspirée du raisonnement économique.

L'apport de l'analyse économique

Les économistes « autrichiens » ont imaginé une théorie de la monnaie qui ouvre un débat non clos sur la propension des banques à créer de la monnaie.

112. Cette école de pensée, rassemblant des auteurs tels que C. Menger, L. Von Mises ou F. A. Hayek (33), a développé sa propre analyse de la monnaie (34). La monnaie est, pour ces auteurs, un bien qui est considéré par les individus différemment des autres biens mais qui reçoit le même traitement que les autres biens. En clair, la monnaie étant soumise à la rareté, elle est un moyen rare de l'action sur lequel les individus arbitrent en permanence pour savoir s'il faut le détenir ou pas et dans quelles proportions.

La monnaie est donc une marchandise. Mais c'est une marchandise particulière parce qu'elle est un bien complexe qui rend des services différents, appréciés de manière différente. Aussi, Mises écrit-il : « un instrument d'échange qui est d'usage commun est appelé monnaie. Un instrument intermédiaire d'échange est un bien que les gens n'acquiescent ni pour le consommer eux-mêmes, ni pour l'employer dans leur propre activité de production, mais avec l'intention de l'échanger ultérieurement contre des biens qu'ils comptent employer pour la

consommation ou la production » (35). Chaque fragment de monnaie est donc, dans cette optique, la propriété de l'un des membres de l'économie de marché.

Pour Mises, les individus accumulent de la monnaie parce qu'ils ne désirent pas nécessairement pouvoir à leurs besoins dès l'instant où ils livrent leurs biens ou services sur le marché. La monnaie réalise donc une sorte de troc indirect et déplacé dans le temps.

113. Mises rejette la thèse selon laquelle l'origine de la monnaie se situerait dans un décret ou dans une loi. Il conteste qu'elle soit le produit de l'autorité, de l'État ou d'un vaste contrat conclu entre tous les citoyens. La monnaie apparaît spontanément car les individus ont conscience des avantages de l'échange indirect qui permet notamment de surmonter les inconvénients du troc (échange direct).

L'État n'a donc pas inventé la monnaie, il l'a constatée. La monnaie ainsi perçue n'est dès lors ni un numéraire abstrait, ni un étalon de valeur ou de prix. C'est un bien économique qui, comme tel, est revêtu de valeur et pourvu de prix en raison de ses mérites propres (c'est-à-dire des services que l'homme en attend s'il conserve une encaisse liquide) et c'est le marché (c'est-à-dire les individus) qui, par l'effet d'un processus de sélection historique long, a fini par identifier les métaux précieux comme disposant des caractères suffisants pour servir de monnaie (36).

La monnaie peut ainsi être perçue comme une *politeia*, au sens platonicien du terme, c'est-à-dire comme un horizon fondamental de constitution, un pilier, inventé inconsciemment par les hommes, porteur de l'échange privé et socle de l'agiri humain.

114. Mises a, par ailleurs, introduit une distinction fondamentale entre la « monnaie » et les « substituts monétaires ». La monnaie est constituée du bien sélectionné par les hommes (l'or et l'argent notamment) (37).

(33) F. A. Hayek, *Choice in currency*, Institute of Economic Affairs, 1976.

(34) Leur analyse est, à notre avis, déformée et caricaturée dans l'art. de P. Caye, *Pouvoir et monnaie, du marché à la souveraineté*, in *L'argent et le droit*, op. cit., p. 175 et s.

(35) L. Von Mises, *L'action humaine*, PUF, Librairie Échange, Paris 1985, p. 418. Lire également, G. Selgin, *Ludwig von Mises and the Case for Gold*, *Cato Journal*, vol. 19, n° 2, 1999.

(36) On retrouve la même idée dans Aristote, *La politique*, trad. J. Tricot, 1970, I, p. 9.

(37) J. Wolowski, *L'or et l'argent*, 1865.

qui ont été sélectionnés pour leurs qualités physiques et économiques) alors que les substituts monétaires sont des créances pour une quantité de monnaie définie. Ce sont, selon lui, des créances parfaites car elles rendent à l'individu tous les services qu'une monnaie est susceptible de rendre. Il faut, pour cela, que ces créances soient exigibles en permanence, que le débiteur soit solvable et qu'il ait une intention de payer indubitable (38).

Ces substituts monétaires sont, en réalité, ce que les juristes appellent la « monnaie », qu'ils confondent le plus souvent avec les « instruments monétaires » (39). Une telle confusion trouve son explication dans le droit positif qui, avec la suppression de la convertibilité-or, a fait disparaître la véritable « monnaie » – au sens de Mises – pour ne laisser subsister que des instruments monétaires uniquement fondés sur l'autorité de l'État qui les crée.

Si la plupart des économistes « autrichiens » partagent cette vision de la monnaie, ils s'opposent sur la question des réserves fractionnaires.

La question des réserves fractionnaires

□15. A l'origine, la monnaie était une marchandise (40), des coquillages jusqu'aux pièces d'or. Son utilisation quotidienne exigeant une plus grande flexibilité, les marchands ont encouragé la circulation de titres de propriété sur l'or. Des depositaires, notamment des orfèvres anglais, ont ainsi émis des billets représentatifs de ces droits de propriété : les certificats d'or. La généralisation de ces billets et la nécessité de rémunérer des depositaires confrontés aux coûts

de la conservation et de l'émission des billets les a ensuite incités à passer d'un système de réserves à 100 % à un système de réserves fractionnaires (41). L'émission de billets est ainsi devenue plus importante que la réserve de marchandises.

Si l'on comprend l'utilité pratique d'un tel système de réserves fractionnaires, celui-ci engendre cependant un risque pour l'utilisateur du substitut monétaire, risque qui augmente proportionnellement avec le nombre de billets en circulation.

□16. L'école « autrichienne » est divisée sur ce point entre partisans d'un système de réserves fractionnaires (42) et partisans d'un système de réserves à 100 % (43).

□17. Pour les tenants des réserves à 100 %, le danger des réserves fractionnaires réside dans une atteinte des banquiers aux droits de propriété des déposants. Ils fondent leurs critiques sur le principe juridique du respect par le contractant émetteur des titres de ses obligations contractuelles. En effet, l'utilisation de réserves fractionnaires permet au dépositaire, après avoir reçu l'objet du dépôt, de faire une opération de crédit à partir de ce dernier, dans le but d'en retirer un intérêt pécuniaire. Les détracteurs d'une telle pratique affirment qu'il y a alors une incompatibilité entre le contrat de dépôt et l'apparition d'un contrat de prêt car ils ont le même objet. Ils fustigent une atteinte du

(41) M. Germain, *Sociologie de la dématérialisation*, in *L'argent et le droit*, op. cit., p. 105 et s. : l'anneur revient sur les pratiques bancaires hollandaises du XIX^e siècle. A l'origine, la banque est depositaire, puis elle fait des prêts à partir des dépôts. L'auteur voit le cœur du mystère de la création de monnaie par la banque, expression d'une véritable dématérialisation de la monnaie.

(42) P. Solu, *Free banking and fractional reserves*, *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, vol. 1, n° 3, 1998.

(43) J. Huerta de Soto, *A critical note on fractional-reserve free banking*, *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, vol. 1, n° 4, 1998, p. 25 et s. ; J. Huerta de Soto, *Banque centrale ou banque libre*, le débat théorique sur les réserves fractionnaires, *Journal des Économistes et des Études Humaines*, n° 2, 1994 ; H. H. Hoppe, J.-G. Hulsmann et W. Block, *Against fiduciary media*, *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, vol. 1, n° 1, 1998, p. 19 et s. ; J.-G. Hulsmann, *Banks cannot create money*, *The Independent Review*, n° 1, 2000, p. 101 et s. ; J.-G. Hulsmann, *Has fractional-reserve banking passed the market test?*, *The Independent Review*, n° 3, 2003, p. 390 et s.

(38) L. Von Mises, op. cit., p. 454 et s.

(39) Pour le doyen Coburnier, le chèque, par exemple, est une monnaie scripturale, qui n'est qu'une monnaie de second rang en raison d'un pouvoir libérateur réduit (la remise d'un chèque ne libère pas le débiteur : il ne le sera que lors de l'encaissement effectif). En revanche, pour M. Rives-Lange, le chèque ne fait que préparer la remise de monnaie, il n'est pas lui-même de la monnaie. Lire J.-J. Rives-Lange, op. cit., p. 405.

(40) Turgot, *Réflexion sur la formation et la distribution des richesses*, in *Collection des principaux économistes*, 1844, p. 29.

banquier aux droits de propriété du déposant lors de l'utilisation des fonds qu'il a déposés. Le banquier agirait alors comme un deuxième propriétaire, illégitime, maniant des fonds qui ne lui appartiennent pas.

Les défenseurs du système de réserves fractionnaires refusent quant à eux d'y voir un cumul de deux contrats. Pour eux, quand le banquier émet des titres au-delà de la réserve de monnaie (d'or), il agit dans le cadre d'un contrat unique d'échange de biens actuels contre des biens futurs. Il n'y aurait donc, au moins économiquement, pas d'opération de dépôt. Car si le dépôt implique la restitution des fonds déposés à une date laissée à la discrétion du déposant, on doit pouvoir l'analyser comme un échange volontaire d'or contre un titre donnant accès à une quantité de biens à une date indéterminée. Cela reviendrait donc à un simple échange de propriétés. Une telle opération incorpore un risque car le banquier promet de fournir de la monnaie dans l'avenir sans toutefois être certain de pouvoir tenir sa promesse. Mais ce risque n'implique pas l'illégalité de l'opération. La pratique des réserves fractionnaires respecte la liberté contractuelle de l'individu, conscient de sa prise de risque. La mesure du risque sera même, en situation de concurrence, une incitation à la gestion optimale du ratio des réserves.

□18. Ce détour par le raisonnement économique permet de mesurer l'enjeu d'une réflexion sur la monnaie privée. Il faut ainsi profiter de l'éclairage offert par les économistes pour découvrir sa nature juridique. Ne serait-elle pas une créance ? Pour être plus précis, le substitut monétaire n'est-il pas une créance ? En effet, plus qu'une chose, le substitut monétaire est la promesse d'une chose future. Le facteur temps prend ici toute sa part dans le débat. Juridiquement, des auteurs comme M. Didier se sont opposés à cette proposition. Pour cet auteur, la monnaie étant la promesse de toute chose, sans détermination, elle n'est pas juridiquement une créance (44). En droit, la créance a un objet déterminé, un débiteur dénommé et une échéance fixée et le substitut monétaire ne remplit effectivement pas ces critères.

(44) P. Didier, *op. cit.*, p. 3 et s.

La monnaie privée n'est-elle alors pas plutôt un warrant ? Un warrant est un billet à ordre souscrit par un commerçant et garanti par des marchandises qu'il s'engage à conserver. Étant donné que les expérimentations actuelles entendent recréer avec la monnaie privée des instruments monétaires ayant une contrepartie réelle, matérielle et économique, on pourrait peut-être qualifier les substituts monétaires de warrants. Ils circulent aisément et se fondent sur un apport initial de marchandise qui pourrait, par exemple, être un métal précieux. Cependant, si l'on désire défendre l'avènement d'une monnaie privée dotée de réserves fractionnaires, le warrant deviendrait une qualification trop restrictive puisque le professionnel devrait s'engager à conserver le bien et ne pourrait donc pas l'utiliser pour émettre d'autres titres afin de financer son activité.

□19. À ce stade du raisonnement, la monnaie privée peut d'ores et déjà être identifiée comme un bien meuble, chose de genre, créé ou approprié librement par un émetteur et conventionnellement reconnu comme le moyen d'acquiescer toutes sortes d'autres biens au moyen de substituts monétaires matériels ou immatériels. Une telle perception modifie quelque peu l'approche classique de la monnaie mais tend à rapprocher sa nature juridique de la réalité économique. Elle puise dans l'origine historique de la monnaie la compréhension de cette notion et offre des réponses utiles aux nouvelles créations monétaires contemporaines. Après avoir analysé le régime juridique de la monnaie privée, il sera plus aisé de distinguer cette marchandise un peu particulière et de découvrir les véritables enjeux soulevés par les innovations monétaires récentes.

◆ LA MISE EN ŒUVRE DES MONNAIES PRIVÉES

Il ne saurait être envisageable de confronter ces analyses théoriques avec la réalité des monnaies privées sans avoir, au préalable, tenté de régler la question de leur régime juridique.

Le régime juridique applicable aux monnaies privées

L'analyse du régime juridique de la monnaie privée permet d'affirmer qu'elle est un objet à la fois contractuel et soumis au droit commun.

La monnaie privée : un objet soumis au droit commun

120. La monnaie privée ne semble pouvoir se développer sans qu'il ait lieu, auparavant, une remise en cause du monopole monétaire de l'État. Or ce monopole est, contre toute attente, d'origine législative. L'article 84 de la Constitution de 1958 attribue en effet au Parlement le choix du « régime d'émission de la monnaie ». Le monopole peut donc disparaître par un simple vote au Parlement. C'est une information capitale car, contrairement à ce que l'on pouvait supposer intuitivement, le monopole monétaire n'est absolument pas gravé dans la pierre constitutionnelle et une simple loi pourrait le remettre en cause.

121. On peut relever d'autres failles dans le monopole. L'article L. 111-1 du code monétaire et financier dispose que la monnaie de la France est l'euro. Cette affirmation s'inscrit dans un chapitre 1^{er} intitulé « l'unité monétaire ». L'unité monétaire est constituée de l'unité de paiement et de l'unité de compte. Or ce dernier élément connaît d'ores et déjà des exceptions au monopole dans les contrats internationaux mais aussi dans l'ordre interne lorsque la monnaie - or ou étrangère - a été prévue non comme instrument de paiement mais comme unité de compte. La jurisprudence a par ailleurs su, à de rares occasions, apporter une restriction à l'exclusivité de la souveraineté monétaire. Une clause valeur-or a ainsi été reconnue valable (45) alors que le cours légal était déjà en vigueur (46). Cependant,

la Première chambre civile de la Cour de cassation semblait implicitement refuser les clauses-or (c'est-à-dire de paiement en or) et incitait, en acceptant l'indexation sur l'or, à privilégier la qualification de « marchandise » pour l'or plutôt que celle de « monnaie » (47). En réalité, depuis l'établissement du cours forcé, cet arrêt est isolé et la jurisprudence n'a cessé, d'annuler les clauses-or et valeur-or, c'est à dire des conventions tendant à imposer au débiteur de sommes d'argent le paiement en pièces d'or ou en billets de banque mais sur la base du cours de l'or. Le bouleversement qu'aurait pu susciter cet arrêt de 1962 est donc resté sans suite.

122. Malgré l'existence du monopole, il est possible de réaliser, en France, un prêt d'argent en une autre monnaie que la monnaie nationale. Tout au moins, à la remise initiale, ce prêt peut se faire en toute monnaie. Les règles qui gouvernent la fixation de la créance et qui exigent l'emploi de la seule monnaie régaliennne pour les paiements internes s'appliquent en effet au remboursement du prêt, mais non à la remise initiale (48). S'il est donc licite de prêter, en France, des francs suisses, par exemple, rien ne devrait s'opposer au prêt des monnaies privées.

123. Les règles relatives à la fausse-monnaie, qui sont la conséquence du monopole étatique d'émission monétaire, ne pourraient pas, enfin, être opposées à un créateur de monnaie privée. En effet, les articles L. 162-1 et L. 162-2 du code monétaire et financier visent « la contrefaçon et la falsification des monnaies et des billets de banque ». La

absences de protection et souligne les quelques progrès en matière d'assurance ; dans le même volume : J. Noirel, L'influence de la dépréciation monétaire dans les contrats de droit privé, *ibid.*, p. 71 et s. dans lequel l'auteur propose une longue étude des clauses de garanties ; Ph. Malaurie, L'inflation et le droit civil des obligations, Mélanges P. Azard, 1980, p. 179 ; S. Gjidara, L'endettement et le droit privé, thèse Paris II, Bibliothèque de droit privé, LGDJ 1979 n° 70 et s. sur les risques liés à l'endettement du fait de la valeur de la monnaie.

(47) M. Pédarion, L'or au regard du droit, Études Savatier, 1964, p. 738 et s. Voir aussi Cass. 1^{re} civ. 10 juin 1966, Dalloz, 1966-497 et s., note Malaurie.

(48) A. Benabent, Droit civil. Les contrats spéciaux civils et commerciaux, Montchrestien, 4^e éd., 1999, n° 935.

(45) Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 1962, Dalloz, 1963-698, note Pédarion ; JCP 63.II.13033, note Esmein.

(46) Ce développement renvoie aux nombreuses analyses classiques des effets de la dépréciation monétaire sur les contrats et du nominalisme monétaire. V. J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 26 ; M. Vasseur, Les effets de la dépréciation monétaire sur les rapports juridiques contractuels en droit commercial français, Travaux de l'Association H. Capitant, t. XXIII, 1971, p. 679 et s. dans lequel l'auteur dénonce les

fausse monnaie consiste, par conséquent, en la contrefaçon et la falsification de monnaies *préexistantes*. Ainsi, si l'on venait à inventer une monnaie privée, totalement nouvelle, elle ne pourrait pas être qualifiée de fausse monnaie par le juge.

124. Si le monopole d'émission monétaire venait à tomber, la monnaie privée pourrait être une monnaie strictement conventionnelle. Elle serait alors soumise aux règles du code civil. Il ne faudrait pas, pour autant, s'en effrayer et développer une quelconque nostalgie à l'égard de la supposée sécurité qu'offrirait le maintien du monopole public et la préservation d'un droit monétaire spécial. En effet, le code civil est construit de telle façon que les zones qualifiées à tort de « vide juridique » ne sont qu'une illusion de l'esprit. Le « vide » tant décrié est en réalité un espace de liberté offert aux contractants. Il n'est donc pas dangereux car si ces derniers ne prévoient rien, les règles d'interprétation du code civil (49) et son mode de fonctionnement supplétif, renvoyant, en dernière analyse, à la théorie générale des obligations, permettraient toujours de trouver une solution juridique cohérente aux difficultés rencontrées. Les règles régissant la formation et l'exécution des contrats qui auront la monnaie privée pour objet seront donc les mêmes que pour tout autre bien.

125. La soumission des monnaies conventionnelles au droit commun implique, à la lecture du code civil et notamment de ses articles 6 et 1133, le respect de l'ordre public et des bonnes mœurs. D'aucuns pourraient en déduire que, pour que l'ordre public soit respecté, une monnaie conventionnelle ne pourrait voir le jour, en parallèle à la monnaie publique, sans prévoir un mécanisme de conversion avec cette dernière. Mais cette convertibilité en monnaie étatique n'a, d'une part, plus de sens en situation de libre création monétaire et se déduit naturellement, d'autre part de la coexistence de plusieurs monnaies. Elle ne pose donc aucune difficulté. Elle va de soi. Les monnaies sont convertibles entre elles au regard de leur différentiel d'utilité qui se mesure subjectivement de la même façon que le prix de toute chose.

(49) Art. 1156 et s. c. civ.

126. De même, le fait que la mise en concurrence des monnaies permette la détention de plusieurs monnaies ne serait pas contraire à l'ordre public. Le droit commun ne s'y oppose pas de même qu'il n'interdit pas la détention d'une pluralité de biens (50). Enfin, si aujourd'hui l'ordre public interdit les clauses d'indexation à référence monétaire (51), l'apparition d'une monnaie privée et la fin du monopole monétaire impliqueraient logiquement la suppression d'une telle prohibition.

La monnaie privée : un objet contractuel

127. Si la monnaie privée est un bien, elle devrait, dans une approche économique, pouvoir être l'objet de droits de propriété et pourrait donc être échangée contre un autre bien ou une prestation de service. L'existence de droits de propriété sur les espèces monétaires a fait l'objet de débats en droit français. Une idée fréquemment admise est que le dépôt monétaire en banque (52) transfère au banquier la propriété des espèces sur lesquelles il porte (53). Même la Cour de cassation est venue reconnaître un tel transfert (54) et donc, implicitement, l'existence d'un droit de propriété sur la monnaie. Elle a aussi admis la revendication des espèces en cas de vol (55). La monnaie serait donc un bien envisagé comme un élément de patrimoine. Ces quelques indices ne peuvent cependant pas combler

(50) La monnaie commune proposée sans succès dans le cadre de l'Union monétaire européenne aurait mis à la disposition des européens deux types de monnaie : la monnaie nationale et la monnaie commune. La détention d'une monnaie publique et d'une monnaie privée aboutirait à un même résultat. C'est aussi ce qui s'est produit lors de la phase de double démission monétaire pour le passage à l'euro.

(51) J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 27.

(52) F. Gria, *Le dépôt de monnaie en banque*, *Daloz Chron.*, 1998, p. 259 et s.

(53) V. aussi D. Martin, *Analyse juridique du règlement par carte de paiement*, *Daloz Chron.*, 1997, p. 51 et s. pour les débats relatifs aux droits de propriété en matière de carte bancaire.

(54) *Cass. 1^{re} civ.*, 7 fév. 1984, *Bull. civ.*, I, n° 49.

(55) *Req.*, 25 nov. 1929, *DH* 1930. En pratique, la revendication faite contre l'impossibilité d'individualiser les espèces dans le patrimoine du voleur.

l'absence de consécration légale ou jurisprudentielle d'une reconnaissance d'un véritable droit de propriété sur la monnaie qui puisse être transféré, comme tout autre bien, par une vente ou un échange. D'ailleurs, comme nous l'avons déjà évoqué, on imagine difficilement comment un tel principe aurait pu être énoncé alors qu'est par ailleurs affirmée la propriété publique des pièces et des billets.

228. Une brève analyse comparative de la vente et de l'échange dans le code civil pourra, ici, éclairer le raisonnement. On peut, en effet, déduire de la conscriptibilité *primo usu* des instruments monétaires que celui qui acquiert de la monnaie ne peut l'acquérir qu'avec le droit de l'aliéner. L'instrument monétaire ne vaut que si l'on peut l'aliéner, le faire sortir du patrimoine. Le code civil dispose ainsi dans son article 1893, à propos du prêt de consommation, que « par l'effet du prêt de consommation, l'emprunteur devient propriétaire de la chose prêtée ». Par conséquent, l'emprunteur d'une somme d'argent devient propriétaire de cette somme d'argent. Il peut donc l'aliéner comme bon lui semble. De même, l'article 1851 du code civil relatif aux apports en nature dans les sociétés, dispose que « si les choses se consomment, si elles se détériorent en les gardant, si elles sont destinées à être vendues (...), elles sont au risque de la société ». Si la société en supporte les risques, cela signifie qu'elle en a acquis la propriété car elle ne peut acquérir l'accessoire sans le principal. Or, si l'apport est un apport en numéraire, la société a acquis la propriété des espèces apportées et elle peut en disposer comme elle l'entend. Ces deux exemples tirés du code civil annoncent que dans tous les contrats qui vont porter sur une somme d'argent, excepté – étrangement – le dépôt non bancaire (56), le créancier de l'obligation de verser l'argent deviendra, dès la réception des fonds, propriétaire des instruments monétaires. Il aura sur ces substitués

monétaires le pouvoir d'en disposer à sa guise (57).

229. Si la monnaie privée est un bien susceptible d'appropriation, peut-on retrouver, en droit, un mécanisme qui permette le transfert de la propriété de ce bien en échange d'un autre de telle façon que l'on puisse « acheter de la monnaie » ou « vendre de la monnaie » contre un bien, un titre ou un service ?

230. L'hésitation repose sur une alternative : vente ou échange ? L'article 1582 du code civil dispose que « la vente est la convention par laquelle l'un s'engage à livrer une chose et l'autre à la payer ». Le mot « payer » pourrait laisser entendre que le paiement doit toujours être entendu comme le versement d'une somme d'argent. Ce serait une erreur de penser ainsi, voire un anachronisme. Car dans la langue de 1804, le mot « payer » a un sens plus large et signifie exécuter une obligation. Planiol et Ripert définissaient le paiement comme « le mode normal d'extinction des obligations, puisqu'il consiste dans le fait d'accomplir la prestation promise, quelle qu'elle soit, remise d'une somme d'argent, délivrance d'un objet, fourniture de travail, etc. » (58). Ainsi, quand on lit l'article 1238 du code civil qui dispose que « pour payer valablement, il faut être propriétaire de la chose donnée en paiement et capable

(57) *Contra*, F. Goux, *op. cit.*, n° 4 et s. Pour ces auteurs, le transfert de propriété n'est qu'une fiction car les espèces monétaires ne sont pas, à l'origine, des biens. La monnaie étant, selon lui, uniquement faite pour être due, sa seule fonction serait d'être objet d'obligation. Elle accède ainsi directement à l'état d'objet sans avoir eu besoin de passer préalablement par l'état de bien. La monnaie ne peut, si l'on adhère à ce raisonnement, être considérée comme un bien et ne saurait dès lors faire l'objet d'un droit de propriété et encore moins d'un transfert de propriété. Nous pensons, au contraire, que la monnaie est avant tout un bien et qu'elle fait à ce titre l'objet d'obligations. Elle peut donc être l'objet d'un droit de propriété et peut très bien être transférée selon les règles traditionnelles du droit civil, comme n'importe quel autre bien. Le transfert de propriété n'est donc en rien artificiel mais correspond à la traduction juridique la plus naturelle de l'échange économique.

(58) M. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, t. VII, Obligations. Deuxième partie, avec le concours de P. Esmein, J. Radouant, G. Gabolde, LGDJ 1951, n° 1149. V. aussi M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, 7^e éd., LGDJ 1937, n° 418 et s.

(56) Notons que le dépôt irrégulier constitue une exception à l'exception puisqu'il permet la restitution par équivalents lorsqu'elle a été convenue par les parties. Cf. J.-C. Cav., art. 1915 à 1920 et art. 1932 à 1940, n° 29.

de l'aliéner », l'expression « payer valablement » signifie payer en fournissant une chose que l'on s'est engagé à fournir et ne vise donc pas exclusivement une somme d'argent. C'est l'aliénation d'une chose qui constitue le paiement dans la conception du code civil. On paie même lorsque l'on exécute une prestation. Raisonner ainsi nous autorise à penser que l'on peut donc « vendre de la monnaie » ou « acheter de la monnaie » comme tout autre bien et rejoindre ainsi l'idée des économistes « autrichiens » qui considèrent que la monnaie est vendue contre des tomates et qu'elle est, réciproquement, achetée au moyen de tomates.

131. Le doyen Hamel (59) refuse une telle lecture du code civil. Il compare l'article 1582, consacré à la vente, avec l'article 1702 sur l'échange. Ce dernier dispose que « l'échange est un contrat par lequel les parties se donnent respectivement une chose pour une autre ». Pour cet auteur comme pour la doctrine majoritaire, le seul élément qui distingue la vente de l'échange est que, dans la vente, l'acheteur ne donne pas une chose mais une somme d'argent. Cette différenciation est à l'origine d'une classification séculaire selon laquelle la vente ne doit pas être assimilée à l'échange (60). Dès lors, la monnaie ne saurait être transférée par un simple échange car une telle opération entraînerait automatiquement une requalification en vente.

132. Mais si l'on peut librement consentir à échanger un bien contre un autre bien, on doit pouvoir échanger un bien monétaire contre un bien non-monétaire et même un bien présent contre un bien futur. Le droit commun de l'échange ne l'interdit aucunement. Et de ce fait, si l'on adhère à l'idée que la monnaie est un bien comme les autres, on doit se résoudre à penser que la vente n'est en rien différente de l'échange (61). Partant

de ce postulat, l'échange présente l'avantage de pouvoir être décliné en de multiples formes et devenir, au gré des volontés contractantes, un crédit ou un dépôt. Ne peut-on pas, en effet, échanger une quantité d'or contre un titre qui donnera accès à la même quantité d'or dans un délai indéterminé – c'est-à-dire à tout moment – ou à une quantité d'or supérieure dans un délai défini ? Les articles 1703 et suivants du code civil, qui fixent le régime juridique de l'échange, offrent donc un cadre optimal pour accompagner le développement de la monnaie privée. Ce sont des règles souples (62) et complètes (63) qui sont un gage d'efficacité.

Le régime juridique de l'échange doit être préféré à celui du dépôt car si ce dernier permet de justifier un système de réserves à 100 %, il empêche l'avènement d'un système de réserves fractionnaires.

133. Le dépôt est en effet « le contrat par lequel le détenteur d'une chose la confie à autrui pour en assurer la garde en vue de la lui restituer plus tard » (64). En principe, le dépositaire doit apporter à la chose les mêmes soins qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent (65). Comme la chose ne lui appartient donc pas et il ne peut s'en servir sans la permission expresse ou présumée du déposant (66). Et si la chose déposée a produit des fruits perçus par le dépositaire, il est tenu de les restituer (67). Dès lors (68), si une personne dépose de l'or contre un titre, substitut monétaire de la monnaie privée, le dépositaire ne peut pas émettre plus de titres que le montant des réserves car il donnerait alors à autrui des droits sur une chose qui ne lui appartient pas et qui, de surcroît, ne peut lui rapporter aucun fruit. Or ce sont ces fruits qui sont

(59) J. Hamel, *op. cit.*, p. 23.

(60) J.-P. Boughuis, *Histoire doctrinale de l'échange*, LGDJ 1987, n° 205 et s.

(61) F. Bastiat, *Œuvres complètes*, Guillaumin, 1856, t. 3, p. 82 ; d'Aguesseau, *Considérations sur le commerce des actions de la Compagnie des Indes*, *Œuvres*, t. 10, p. 10 ; J.-B. Say, *Traité d'économie politique*, 6^e éd., Guillaumin, 1841, p. 41 et p. 91. Ces lectures permettent, sans nécessairement renier la distinction faite de la pratique juridique, de créer, au plan conceptuel, un doute sur l'opportunité de la distinction.

(62) Art. 1703 c. civ. : « L'échange s'opère par le seul consentement, de la même manière que la vente ».

(63) Art. 1704 et s. c. civ.

(64) A. Bénabent, *op. cit.*, n° 710.

(65) Art. 1927 c. civ.

(66) Art. 1930 c. civ.

(67) Art. 1936 c. civ.

(68) Il ne faut pas confondre la situation ici évoquée avec celle du dépôt de monnaie en banque tel qu'il existe actuellement. Sur ce sujet, F. Criva, *op. cit.* et *Qu'est-ce qu'un compte ?*, Dalloz Chron., 1999. Lire aussi F. Collart Dutilleul et Ph. Delebecq, *Contrats civils et commerciaux*, 4^e éd., 1988, n° 822 et s.

recherchés dans le cadre des réserves fractionnaires pour financer l'activité du dépositaire. On comprend donc pourquoi le régime juridique du dépôt ne pouvait être retenu ici.

□34. En revanche, si l'on analyse la monnaie privée par le prisme d'échanges successifs, le transfert de propriété accordé au « banquier », qui a échangé de l'or contre un titre monétaire, toute latitude pour utiliser cette réserve pendant une période définie contractuellement. Il pourra donc émettre plus de titres que le montant de ses réserves dans la mesure où, contractuellement, les échangeurs s'accordent librement sur les termes de l'échange. La liberté contractuelle et le mécanisme de l'échange sont ainsi au fondement de la justification juridique des réserves fractionnaires.

□35. La souplesse du régime juridique de l'échange permet donc de penser à la monnaie privée comme un bien meuble, chose de genre, objet d'un droit de propriété privée et échangeable conventionnellement contre toute sorte d'autres biens.

— La réalité des monnaies privées

□36. Une réflexion consacrée à la monnaie privée ne saurait être menée sans une enquête pratique dans le monde des monnaies afin de rechercher si elle existe déjà ou si, tout au moins, elle n'est pas en germe. Si l'évolution ici analysée s'inscrit dans un mouvement de remise en cause du monopole monétaire régalien par des pratiques nouvelles, il participe, en réalité, de la phase descendante d'une dialectique qui s'étend sur de longs siècles. Car s'il faut y voir un mouvement tendant à la privatisation des monnaies, il faudrait préférer le terme disgracieux de *reprivatisation* pour rappeler l'existence de monnaies privées antérieurement à l'avènement des monnaies nationales. Il s'agit donc d'un retour aux sources qui entache une nouvelle ascension dialectique, portée par le progrès technique.

□37. Avant de porter le regard sur le présent et l'avenir, il convient de rappeler une fois encore qu'originellement, la monnaie est un bien sélectionné par les hommes (notamment les commerçants) sans qu'aucune

interférence étatique ne soit venue dicter leur conduite. Une étude plus longue de la monnaie privée aurait autorisé des développements sur les doctrines privatistes concernant les paiements monétaires du XI^e au XVIII^e siècle (69). Une telle recherche aurait pu s'accompagner d'une histoire juridique de la banque pour comprendre comment, de simple dépositaire, de simple garde-meuble, celle-ci est devenue une source privée de substituts monétaires (70). Il aurait, enfin, été utile d'analyser la période charnière de nationalisation de la monnaie par le prince (71). Nous nous contenterons, ici, de nous demander s'il existe aujourd'hui des monnaies privées. L'actualité offre, entre autres (72), deux exemples de monnaies nouvelles qui pourraient bien être ou devenir des monnaies privées.

La monnaie européenne : une monnaie privée ?

□38. Si l'écu et l'euro ont pu être perçus comme des monnaies privées, il s'agit en réalité d'une illusion de l'esprit.

□39. L'écu (73) est l'unité monétaire d'une monnaie composite et commune aux pays de la Communauté économique européenne. Il s'inscrit dans le premier chapitre d'une histoire qui mène, aujourd'hui, à l'avènement de l'euro. Il doit retenir notre attention car, alors qu'il avait été originellement institué à l'usage exclusif des organes de la Commu-

(69) B. Tindal, Les obligations contractuelles d'après la jurisprudence du Parlement, 1973, p. 330 et s.

(70) J. Haniel, Banques et opérations de banque, t. 1, 1933, notamment les n^{os} 6 et s. consacrés à une longue histoire sur le commerce de banque et les opérations de banque (des peuples de l'Orient antique à nos jours).

(71) Pour des développements succincts mais denses : J. Cathelin, *op. cit.*, n^o 18 ; M. Fleury et Y. Saurin, Bourse et marchés financiers, Economica, 2002, p. 11 et s. Pour une recherche plus approfondie : P. Tahatoni, *op. cit.*, M.-T. Bover-Nambou, G. Desplaces, L. Collard, Monnaie privée et pouvoir des princes, ENSP 1986-20 et s. pour l'apparition de la monnaie privée et p. 249 et s. pour le passage du monnayage privé des marchands-banquiers au monnayage public des princes (jusqu'aux fatales ordonnances de 1577 qui ont consacré la prise du pouvoir monétaire par l'État français : p. 312 et s.).

(72) *Supra*, note 1.

(73) S. Tamburini-Kender consacre une grande partie de sa thèse à une analyse de l'écu, *op. cit.*, n^o 66 et s.

nauté (il s'agissait de l'écu dit *officiel*), est apparu ce qu'il est convenu d'appeler l'écu *privé*. M. Delors l'avait alors qualifié d'« enfant naturel de l'écu officiel ». L'écu privé a pour singularité d'avoir été utilisé par les grandes entreprises pour échapper aux risques liés aux variations des taux de changes et à l'instabilité des monnaies régaliennes liée aux fluctuations inter-marginales, aux changements de parité et au flottement de certaines monnaies européennes. L'unité de compte *écu* étant une moyenne pondérée des monnaies européennes, elle permettait de se prémunir contre les effets néfastes d'amples mouvements monétaires et s'est donc développée comme unité de compte financière et comme monnaie de facturation pour les opérations commerciales entre entreprises. L'écu privé, qui avait une fonction de règlement et circulait dans le cadre des relations contractuelles est donc né de la pratique et n'a reçu un fondement juridique qu'*a posteriori* (74). Ce faisceau d'indices incite certains auteurs à penser que l'écu privé était une monnaie privée. En se fondant sur d'autres arguments, le doyen Carbonnier s'est quant à lui demandé si l'euro n'était pas devenu une monnaie privée ?

140. L'édition refondue du manuel de droit des biens du doyen Carbonnier (75) témoigne d'une actualité très vive en matière monétaire. A cette occasion, l'auteur s'est interrogé sur les conséquences juridiques du transfert de la compétence et de la souveraineté monétaire à l'Union européenne : en transférant la compétence monétaire à une banque, d'ailleurs déclarée indépendante du pouvoir politique, le traité n'a-t-il pas substitué un mécanisme bancaire à un mécanisme d'État au point que l'euro serait, en définitive, une monnaie privée ?

141. Si la monnaie privée est un bien meuble, chose de genre, objet d'un droit de propriété privée et échangeable conventionnellement contre toute sorte d'autres biens, alors ni l'écu ni l'euro ne peuvent être qualifiés de monnaies privées. L'écu dit privé n'était pas une monnaie privée car il dépendait d'une constellation de souverainetés

monétaires et le souverain national pouvait unilatéralement agir sur elle en altérant sa propre unité. Il existait donc une intrusion d'influences étatiques au sein de l'écu privé qui supprimait toute ambition de qualification privative. L'interpénétration des deux systèmes et le contact, au moins institutionnel, entre les deux circuits s'ajoutent au lien de dépendance qui existait entre l'écu privé et le système monétaire européen pour anéantir l'idée d'une définition purement contractuelle de cette monnaie.

Quant à l'euro, il s'inscrit dans une logique supra-étatique de substitution d'un monopole monétaire public européen à douze monopoles publics nationaux. Cependant, ce qui éloigne l'euro de la qualification privative n'est en rien le caractère public de son créateur. Une monnaie originellement publique peut, en effet, devenir une monnaie privée, le critère de la monnaie privée n'étant pas la nature juridique de son inventeur (76).

En revanche, le fait que cette monnaie fasse l'objet d'un monopole imposé par des États rend l'utilisation de l'épithète « publique » incontournable. De surcroît, même si l'euro est le résultat d'un transfert de compétence, celui-ci a été orchestré par des États qui imposent unilatéralement un cours forcé. Le fait que le cours soit ainsi fixé autoritairement participe d'une logique publique qui ne saurait être envisagée dans un rapport strictement privé. Enfin, les banques centrales, même si elles sont officiellement indépendantes dans la direction de la politique monétaire à court terme, conservent un lien organique avec l'État. La procédure de nomination des gouverneurs illustre notamment les limites de cette indépendance.

Les monnaies européennes ne correspondent donc pas aux critères de définition que nous avons identifiés pour la monnaie privée. Qu'en est-il de la monnaie électronique ?

(76) Tel aurait pu être le cas, par exemple, si des opposants à l'euro étaient parvenus à maintenir, en France, l'usage du franc entre eux après la date officielle de sa disparition. Le franc aurait pu, dans une telle hypothèse, devenir une monnaie concurrente à l'euro et, bien que créé par un organisme étatique, il serait devenu une monnaie privée.

(74) Dans l'Acte unique européen : art. 102A.

(75) J. Carbonnier, *op. cit.*, notamment n° 11 et s.

La monnaie électronique : une monnaie privée ?

□42. La monnaie électronique (77) constitue-t-elle une nouvelle forme juridique de monnaie ou une nouvelle manière de gérer la monnaie scripturale ? Le développement du commerce électronique incite ses acteurs à découvrir des instruments de paiement adaptés (78). Ils se trouvent dans une situation semblable à celle qu'ont connu les inventeurs de la lettre de change qui, lors de l'apparition des foires, recherchaient un nouveau moyen de paiement pour éviter les désagréments du vol pendant le voyage. Chaque progrès du commerce s'accompagne de la volonté privée d'élaborer une forme monétaire perfectionnée et adaptée. L'heure est aujourd'hui à la recherche d'un moyen juridique permettant l'exécution à distance d'une convention par laquelle une personne s'oblige envers une autre à lui remettre une somme d'argent dans un lieu différent de celui de la promesse. Au-delà des débats sur la sécurisation et sur la preuve des opérations, l'enjeu est ici d'identifier la nature juridique de la monnaie électronique. Il faut, avant tout, évacuer les confusions pour ensuite s'interroger sur l'apparition progressive de véritables monnaies.

□43. La monnaie électronique ne doit être confondue ni avec l'utilisation des instruments monétaires classiques sur le réseau Internet (79) ni avec la « monnaie scripturale électroniquement traitée » (80). Si l'on

peut considérer, avec M. Lucas de Leyssac, que la monnaie électronique scripturale existe depuis la loi du 13 mars 2000 sur la preuve électronique (81) et que le support électronique est bien devenu un support original au même titre que le support papier, cela ne change rien dans le monde des monnaies privées. Ce ne sont en effet pas des monnaies nouvelles. Internet ne fait que transporter des ordres qui se traduisent par une inscription sur le compte bancaire (82). Typiquement, les expériences actuelles de porte-monnaie électronique ne portent que sur des outils permettant la circulation électronique de la monnaie scripturale (83). Ils ne relèvent en aucun cas d'une véritable « cyber-monnaie ».

□44. A lire les auteurs, aucun mécanisme ne permet aujourd'hui la remise sur la Toile d'une unité monétaire privée opérant l'extinction d'une dette par la satisfaction immédiate qu'elle donne au créancier. M. Lucas de Leyssac est même particulièrement sceptique à ce sujet et considère qu'« il ne faut pas oublier que si la monnaie est un attribut de la souveraineté, elle sert aussi à l'exercice de cette souveraineté. Et il est douteux que l'on souhaite que le monde de la cybermonnaie soit plus libre que l'autre. L'aspiration des internautes à une plus grande liberté sera sans doute déçue sur le chapitre du paiement » (84).

□45. Cependant, l'avènement récent de substituts monétaires privés, au sens de Mises, circulant sur la Toile et convertibles à tout

(77) Outre les références ci-dessous, M. Cabellac, *Monétique et droit du paiement*, Mélanges de Juglard, LGDJ 1986.85 et s. ; S. Muñoz, *Quelques interrogations sur le paiement électronique*, Petites affiches, 28 août 2000, n° 171, p. 3 et s. ; L. Rolin-Jacquemyns, *Quelques réflexions sur la monnaie électronique*, Dr. informatic et télécoms 1991.43 et s. ; P. Van Den Bergh, *Monnaie électronique, implications pour les activités*, Banque, n° 589, fév. 1998, p. 60 et s. ; Ch. Gavuda, *Télévente et télépaiement*, Petites affiches, n° 465, 29 mai 1996, p. 3 et s. ; M. Abels, *Le commerce sur Internet, moyens de paiement et risques afférents*, RD aff. int. 1998, n° 3, p. 349 et s. ; J. Huet, *Aspect juridiques du télépaiement*, JCP 1991.I.3521.

(78) J. Doorn, *L'avènement des monnaies privées*, in *Vingt économistes face à la crise*, O. Jurub, 1999.

(79) Sur ce sujet, V. G. Lucas de Leyssac et X. Lacaze, *Le paiement en ligne*, JCP 2001.I.477 et s.

(80) *Ibid.*, p. 480, utilisation des ordinateurs par les banques pour traiter les opérations en monnaies scripturales.

(81) Même si la loi du 13 mars 2000 n'a qu'une portée probatoire, l'équivalence créée, via les règles de preuve, entre l'écrit papier et l'écrit électronique a fait du support électronique un véritable support autonome.

(82) S. Lanskov, *La nature juridique de la monnaie électronique*, Bulletin de la Banque de France, oct. 1999, p. 57 ; selon cet auteur, la « monnaie » électronique doit être qualifiée de nouveau titre de créance. La créance consiste de support en support jusqu'au moment où elle est convertie chez l'émetteur en monnaie régulière. Les unités électroniques sont des titres anonymes incorporés dans un support électronique et dont la circulation réside au paiement libératoire.

(83) F. Schworer, *De la circulation électronique des monnaies scripturales à la monnaie électronique nouvelle*, RJ com., janv. 2001, p. 60 et s.

(84) G. Lucas de Leyssac et X. Lacaze, *op. cit.*, p. 482, *in fine*.

moment en véritable « monnaie », c'est-à-dire en grammes d'or, bouleverse la donne et relance le débat. Ce que l'on appelle communément les monnaies *e-gold*, *digigold* et *goldmoney* permettent ainsi la circulation de grammes d'or sur Internet pour régler des achats ou transférer des fonds entre internautes. Grâce à elles, les monnaies métalliques sont sur le point d'être réintroduites par des circuits privés dans le marché et en dehors de la sphère de l'État.

Utilisées pour les plus petits comme pour les plus gros paiements, ces cyber-monnaies, qui reposent sur la garantie de sécurité offerte par la convertibilité en or, sont donc au cœur d'une révolution de la matière car leur cir-

culation ne passe à aucun moment par un mécanisme étatique.

Tôt ou tard, se posera donc la question désormais classique : en l'absence de réglementation, faut-il créer des règles nouvelles ou appliquer le droit des contrats ? S'il nous semble, au terme de cette étude, que le droit privé a la souplesse suffisante pour accompagner ces innovations monétaires et leur donner un cadre juridique satisfaisant, ce débat est en tous les cas une aubaine pour la terre monétaire car, alors que son sol a été trop peu foulé par la doctrine, cette dernière ne devrait pas rester longtemps indifférente et devrait prochainement s'engager dans des échanges – non monétaires cette fois – qui promettent d'être particulièrement enrichissants.