l'auteur ne peut qu'être salué en ce qu'il invite le juriste contemporain (publiciste comme privatiste) à sortir de la « forteresse du droit »[10]. Il s'agit alors pour lui de dépasser le rôle de serviteur des textes qui ne mène qu'à être un dévot du pouvoir. Pouthier nous rappelle en effet une chose essentielle : le juriste est avant tout un intellectuel.

Victor Janin
Institut de recherche Montesquieu
Université de Bordeaux

Ouvrages étrangers

Sous la responsabilité de
Éric **Descheemaeker***
Professeur à l'Université de Melbourne
Jonas **Knetsch***
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne – Université Paris I Panthéon-Sorbonne

724

1. Abel B. Veiga Copo, *Tratado de la prenda* [Traité du gage et du nantissement]

3e éd., Cizur Menor, Thomson Reuters Civitas, 2021, 1622 p.

En 2021, Abel B. Veiga Copo a publié la troisième édition de son *Tratado de la prenda* qui est, pour les juristes espagnols, le traité de référence du gage et du nantissement (la terminologie espagnole n'utilise qu'un mot, *prenda*, pour ces deux figures juridiques). Professeur de droit commercial à l'Université Pontificale de Comillas et actuellement doyen de sa faculté de droit, l'auteur est un spécialiste du droit des assurances, du droit des entreprises en difficulté et du droit des sûretés. Son traité du contrat d'assurance (dont la 7e édition est parue en 2021) est également un ouvrage de référence en Espagne. Quant aux procédures collectives, il faut signaler sa contribution au commentaire « article par article » du texte refondu de la loi de 2020. Concernant le troisième axe, c'est le *Tratado de la prenda*, ici présenté, qui constitue sa plus importante contribution.

Le *Tratado* est divisé en sept chapitres répartis sur trois parties. Le premier chapitre traite de la nécessité d'une nouvelle approche des sûretés mobilières. Le deuxième porte sur le droit réel de *prenda*. Le troisième, sur le nantissement d'actions et de parts sociales. Le quatrième est consacré aux différentes formes de nantissement d'actions. Le cinquième, à l'exercice des droits sociaux découlant d'actions, parts sociales ou titres nantis ; tandis que le sixième traite des effets du gage ou du nantissement dans les situations de

(10) Pour reprendre les mots de Frédéric Audren, Les professeurs de droit, la République et le nouvel esprit juridique, Mil neuf cent. Revue d'histoire intellectuelle, nº 29, 2011. 8.

(*) Contact pour toute personne intéressée à la publication d'un compte rendu : eric.descheemaeker@unimelb.edu.au ou jonas.knetsch@ univ-paris1.fr.

Imprimé par Tous droits réservés

faillite. Enfin, le septième analyse l'exécution de la sûreté.

Cette structure peut surprendre le lecteur français qui pourrait s'attendre à ce que chaque partie soit plus nettement le point de convergence des chapitres qui y sont insérés. En effet, nous croyons que quelques modifications formelles pourraient améliorer la présentation générale de l'ouvrage. Le chapitre troisième (p. 629-763), malgré sa référence au nantissement d'actions et de parts sociales, constitue en réalité une analyse de ces biens, destinée à mieux présenter l'objet d'étude qui est abordé dans le chapitre suivant (p. 765-912). Le regroupement des deux chapitres serait raisonnable en ce qu'il se rapprocherait de celui des chapitres premier (p. 49-376) et deuxième (p. 377-626). On songerait également à l'intégration du chapitre septième qui aborde l'exécution de la sûreté et dont les développements semblent trop succincts (p. 1399-1480) par rapport aux autres chapitres et au regard de l'intérêt que suscitent les questions analysées. En outre, les chapitres cinquième et sixième seraient mieux placés dans une même partie, parce qu'ils touchent des aspects qui s'éloignent quelque peu du gage et du nantissement en tant que tels. Force est enfin de constater que les passages consacrés à l'exercice des droits sociaux et aux situations de faillite se situent à la marge du droit civil et relèvent davantage du droit des sociétés et du droit des entreprises en difficulté. Cela implique que, bien que l'existence d'une sûreté demeure toujours le point de départ, le lien avec la matière ne semble pas toujours évident, notamment au sein du chapitre sixième (p. 1190-1217 sur la liste de créanciers, par exemple).

Toujours sur un plan formel, on constate la répétition de quelques phrases. Ponctuellement il s'agit d'une simple erreur qui donne lieu à une réitération superflue (p. 809-810). Dans d'autres cas, le propos oblige le lecteur à revenir sur des idées déjà exprimées par l'auteur, lequel n'a pas pris le soin de consacrer d'autres formules lorsqu'il y a une qui lui paraît suffisamment convaincante (p. 151-152 et 173-174 ; p. 159-160 et 272-273 ; p. 651-652 et 691-692). Plus problématique, peut-être, est la répétition des notes de bas de page au lieu d'un simple renvoi. Surtout, parce que les notes ne sont pas schématiques. L'auteur les utilise souvent pour clarifier l'idée trouvée dans la source citée, y compris en reproduisant parfois quelques lignes. Finalement, quant à la rédaction, on doit admettre qu'elle est brillante, mais pas simple. Son style personnel est assez littéraire : c'est le reflet d'une veine poétique qui s'est traduit par ailleurs par la publication de trois recueils de poèmes.

Nous nous tournons maintenant vers les éléments de fond qui caractérisent le *Tratado de la prenda*. S'agissant d'un ouvrage de plus de 1 600 pages, nous ne pouvons à l'évidence exposer qu'une sélection très réduite des idées présentées par l'auteur.

Quant à la vision abstraite de l'auteur sur les sûretés mobilières, il ouvre le chapitre en évoquant leur fonction : garantir l'intérêt patrimonial du créancier dans n'importe quelle situation, y compris face aux autres créanciers dont la présence peut être source de conflits (p. 50, v. aussi p. 161). Cela révèle une approche « économique » de la matière, le gage et le nantissement n'apparaissant pas sous la forme d'une relation bilatérale classique, mais sous un angle plus large, holistique et dynamique. C'est leur rôle dans le marché qui est décisif, ce qui conduit, selon l'auteur, à bannir les rigidités et les « abstractions dogmatiques » qui font obstacle à leur développement (p. 51-73). La nécessité d'un nouveau paradigme afin de moderniser la normativité des sûretés réelles (p. 151-155, 173-175) est une idée sous-jacente, présente tout au long du chapitre.

Le chapitre deuxième aborde la *prenda* en tant que droit réel. La présentation de la notion est suivie de développements

Imprimé par Tous droits réservés

sur les biens dont le droit de propriété se trouve ainsi limitée, sur les facultés octroyées au créancier gagiste ou nanti ainsi que sur les caractéristiques des sûretés réelles. Ensuite, l'auteur examine la délivrance du bien, la forme et l'opposabilité, les clauses du contrat de gage ou nantissement, la publicité de la sûreté et les droits et les obligations des parties avant de se concentrer sur le nantissement d'un élément d'actif en particulier, à savoir une créance.

À propos de l'objet de la *prenda*, on aurait souhaité une analyse plus approfondie de certaines questions controversées, comme le débat sur le nantissement des droits d'émission de gaz à effet de serre (p. 388-389). Il en va de même à propos de la possibilité de gager ou nantir des biens ou créances déjà gagés ou nantis, pour laquelle des observations plus détaillées sur les difficultés par rapport aux biens immatériels auraient été les bienvenues (p. 396). En revanche, d'autres aspects sont traités de manière concise, mais suffisante (par exemple, p. 402-403, sur l'idée du gage ou nantissement unilatéral).

Concernant l'opposabilité, il convient de noter que selon l'article 1865 du code civil espagnol, la *prenda* n'a d'effet contre les tiers que si la date de sa constitution est établie par acte notarié. Malgré la rigidité de cet article, l'auteur constate que la pratique oblige à relativiser l'exigence en fonction du bien nanti. Par exemple, l'acte notarié demeure nécessaire lorsqu'il s'agit d'actions incorporées dans des titres au porteur. En revanche, dans le cas d'actions incorporées dans des titres à ordre, il suffirait d'un endossement en garantie et d'une inscription dans le livre-registre pour que la garantie soit opposable à l'entité qui a émis les titres (p. 456).

Enfin, s'agissant des droits et des obligations des parties au contrat, l'auteur attire notre attention sur la règle de l'article 1859 du code civil. Selon ce texte, le créancier ne peut s'approprier ni disposer des choses données en *prenda*. C'est une solution pertinente s'il s'agit d'un bien « statique ». Mais il n'en est pas ainsi si le bien gagé ou nanti est périssable ou que sa valeur est fluctuante, pensons par exemple aux portefeuilles de valeurs. Dans ce cas, cette règle engendre quelques frictions avec le devoir du créancier de préserver la valeur de la garantie. L'auteur offre quelques pistes de réflexion sur la faculté du créancier de disposer de ce qui est gagé ou nanti ou de le faire remplacer (p. 498-508).

Dans le chapitre sur la constitution d'un nantissement d'actions, l'ouvrage contient d'abord une analyse des situations où les actions ne sont documentées ni dans des effets de commerce (*títulos-valores*) ni dans des inscriptions comptables (v. art. 92 du décret-loi nº 1/2010 du 2 juill. 2010 approuvant le texte refondu de la loi des sociétés de capitaux – LSC). Par exemple, le nantissement d'actions d'une société en formation est en théorie interdit (v. C. civ. espagnol, art. 1858 et LSC, art. 34). Or, l'auteur considère que la raison d'être de cette interdiction générale devrait inciter à une interprétation plus souple afin de ne pas créer des obstacles dans la pratique (p. 771-778). Un autre exemple est celui des sociétés inscrites mais dont les actions ou parts sociales ne sont ni représentées ni documentées, ce qui n'est pas inhabituel (p. 632-633, 780-782). La constitution d'un nantissement est alors soumise aux règles générales sur la cession de créance en garantie, sous réserve de leur adaptation en ce qui concerne la dépossession et la documentation de la sûreté (p. 780-791, v. aussi p. 425).

S'agissant du nantissement d'actions représentées par des titres, l'auteur envisage plusieurs hypothèses, dont nous mentionnerons seulement trois. La *première* est celle des actions nominatives, pour lesquelles deux modes de constitution coexistent. L'un, de droit commun (admis tacitement par l'art.

Imprimé par Tous droits réservés

120.2 de la LSC), sur la base des articles pertinents du code. L'autre, de droit spécial, est indiqué par l'article 121.2 de la LSC : l'endossement avec une clause de valeur en garantie (p. 791-809). Une *deuxième* hypothèse est celle du nantissement d'actions dont la transmission est soumise à des restrictions (p. 809-815, v. aussi p. 418-420). Or, lorsque les statuts d'une société anonyme contiennent de telles restrictions (sans pour autant rendre les actions pratiquement intransmissibles, LSC, art. 123.2), mais gardent le silence sur la constitution de droits réels limités, la situation juridique est incertaine et sujette à controverses. L'auteur semble considérer que, dans un tel cas, la constitution d'un nantissement est en principe libre (p. 812). La *troisième* situation concerne la constitution d'un nantissement d'actions au porteur : l'article 121.1 de la LSC nous renvoie au droit commun (p. 819-820).

Quant à la constitution d'un nantissement d'actions représentées par le biais d'une inscription comptable, on trouve à nouveau l'alternative de droit commun et celle de droit spéciale (p. 834-835). Le principal problème pratique de la première sera de faire valoir l'éventuelle légitimation du créancier pour exercer les droits sociaux (p. 838). Le régime de droit spécial oblige à renvoyer à l'article 12 du décret-loi nº 4/2015 du 23 octobre 2015 qui approuve le texte refondu de la loi du marché des valeurs : la constitution du droit réel doit être inscrite en compte, et cette inscription, qui équivaut au déplacement possessoire du titre, désigne le moment où la garantie devient opposable aux tiers (p. 843-845).

Sur l'exécution de la sûreté, elle peut se faire par voie judiciaire ou extrajudiciaire et il y a un large éventail de dispositions applicables à cet égard (loi de la procédure civile, art. 634, 635, 636 et 681 ; C. civ., art. 1872 ; C. com., art. 322 ; loi du notariat du 28 mai 1862, art. 72 à 77 ; loi du 16 décembre 1954 sur l'hypothèque mobilière et le gage sans déplacement de la possession, art. 94 et 95 ; LSC, art. 109 ; décret-loi nº 5/2005 à propos des garanties financières, art. 11).

De cette panoplie de normes, nous nous limiterons à exposer l'idée générale. L'article 1872 du code civil prévoit l'exécution du gage ou nantissement par voie notariale. Cette disposition, qui demeure assez incomplète, n'a pas été modifiée à l'occasion de l'importante réforme opérée par la loi nº 15/2015 du 2 juillet 2015 sur la procédure gracieuse. Celle-ci a introduit dans la loi du notariat les articles 72 et suivants concernant la vente aux enchères par voie notariale. À ce sujet, l'auteur considère que, faute de disposition dans le code civil, les éléments contenus dans la loi du notariat doivent s'appliquer (p. 1428). La section consacrée au pacte commissoire est également passionnante. La règle de base selon le droit commun demeure son interdiction (v. C. civ., art. 1859). Elle s'étend vraisemblablement à son accord après la constitution de la sûreté, mais l'auteur s'y montre néanmoins opposé s'il ne comporte pas une atteinte injustifiée pour le débiteur.

Nous ne saurions oublier de mentionner les implications d'un nantissement d'actions sur l'exercice de droits sociaux, qui est un point susceptible de controverse, car les intérêts du créancier et du débiteur-associé ne coïncident pas forcément : celui du premier est surtout économique et sa position reste temporaire, tandis que l'intérêt du second est peut-être plus « social » parce qu'il continuera probablement à être associé une fois la sûreté éteinte (p. 913-920, 949-952).

L'article 132.1 de la LSC établit que l'exercice des droits sociaux appartient à l'associé sauf disposition contraire des statuts. Il s'agit d'un choix raisonnable qui, dans un souci de sécurité juridique, favorise le fonctionnement de la société tout en octroyant de la flexibilité pour modifier le régime par voie explicite et statutaire (p. 926-927). En ce qui

Imprimé par Tous droits réservés

concerne la contestation des accords sociaux (LSC, art. 204), le créancier gagiste ou nanti peut le faire en tant que tiers ayant un intérêt légitime (LSC, art. 206.1, p. 964). Il en va de même pour la contestation des accords qui sont contraires à l'ordre public, parce que dans ce cas les « tiers » sont spécifiquement légitimés par la loi (LSC, art. 206.2). En outre, l'article 1868 du code civil affirme que si le gage ou nantissement produit des intérêts, le créancier les compense avec ceux qui lui sont dus ; tandis que si l'on ne lui en doit pas ou s'ils excèdent ceux qui sont dus, il devra les imputer sur le capital. Or, il y a une controverse sur le sens du mot « intérêts » et notamment sur la question de savoir si les fruits (les dividendes, pour ce qui nous concerne) y sont inclus. L'auteur y est favorable (p. 982-984), mais quant à l'exercice du droit au dividende en tant que tel, l'auteur ne partage pas la position doctrinale qui propose son attribution au créancier nanti. Les arguments sont surtout pratiques : la difficulté de compenser les dividendes au cas où l'associé devra encore procéder à des versements, ainsi que la période plus ou moins longue qui peut séparer le versement des dividendes et les échéances de l'obligation garantie (p. 984-986).

Pour conclure ce compte rendu, nous revenons sur l'avant-propos de cette troisième édition du *Tratado de la prenda*. L'auteur y forme le vœu que le lecteur lui apporte « son jugement critique, la réfutation de ses positions et son appréciation bienveillante » (p. 37). Réfuter ses propos serait trop audacieux, voire téméraire de notre part, eu égard à son parcours académique. Une recension offre un espace limité et nous ne pouvions pas analyser ici une matière tellement complexe et technique dans toutes ses subtilités. Quant au jugement critique, les pages précédentes visent à constituer une réponse digne de l'appel de l'auteur. En définitive, l'appréciation de l'ouvrage ne peut qu'être positive, sans que soit nécessaire la moindre bienveillance.

Ricardo Pazos
Universidad Autónoma de Madrid

2. Helmut Koziol, *Österreichisches Haftpflichtrecht* [Droit autrichien de la responsabilité], vol. 1 : *Allgemeiner Teil* [Partie générale]

Vienne, Jan Sramek Verlag, 2021, xliv + 1002 p.

Bien qu'immense, l'œuvre scientifique de Helmut Koziol est peu connue des spécialistes francophones de la responsabilité civile. La parution de la quatrième édition du volume introductif de son traité de droit autrichien de la responsabilité nous donne l'occasion de présenter aux lecteurs la pensée de ce grand juriste qui a labouré inlassablement depuis plus d'un demi-siècle le champ du droit de la responsabilité et du droit des assurances. Pendant plus de trente ans, Helmut Koziol a occupé une chaire de droit civil à l'Université de Vienne avant de fonder et diriger l'*European Centre of Tort and Insurance Law* (ECTIL), mieux connu sous le nom de « Groupe de Vienne », qu'il a réussi à établir comme une référence pour la recherche comparative en la matière.

En tant que directeur de l'ECTIL, Helmut Koziol a pu initier de nombreux projets de recherche ambitieux en droit comparé de la responsabilité qui ont donné lieu à la publication de dix ouvrages collectifs dans une collection intitulée « Principles of European Tort Law » et qui ont conduit en 2005 à la présentation officielle de *Principes européens du*

Imprimé par Tous droits réservés