

La nature juridique de la monnaie électronique

Trois projets de porte-monnaie électronique (PME) sont à l'étude et pourraient voir le jour en France d'ici la fin de l'année¹. Les trois systèmes reposent sur le même principe : le chargement, par un émetteur, d'unités électroniques sur la puce d'un PME contre remise d'une somme d'argent par le porteur. Le porte-monnaie électronique est fondé sur la technologie des cartes à microprocesseur, comme les cartes de paiement traditionnelles, mais à la différence de celles-ci, le porteur du PME a prépayé les unités qu'il dépensera. Il existe déjà des exemples de systèmes dits mono-prestataires où les cartes prépayées servent à payer les biens ou services de l'émetteur de la carte, comme les cartes de téléphone utilisées dans les cabines publiques ou par les téléphones portables. En revanche, les futurs projets ont vocation à être déployés sur l'ensemble du territoire dans un réseau diversifié de commerçants.

L'expression « monnaie électronique » désigne les unités électroniques émises par l'émetteur et enregistrées dans la puce du PME. Pour payer avec le PME, le porteur transfère les unités électroniques de sa carte vers la carte du vendeur. Cette opération n'engendre aucun mouvement de débit/crédit sur les comptes bancaires respectifs de l'acheteur et du vendeur². C'est dans un deuxième temps que l'émetteur convertit les unités électroniques en unités monétaires, et que les fonds sont transférés par un virement bancaire sur le compte du vendeur. Quant au compte du porteur, c'est lors de l'achat des unités électroniques qu'il a été éventuellement débité, si cette opération est réalisée à l'aide de monnaie scripturale.

Le PME est l'instrument qui incorpore la monnaie électronique et en permet la circulation. La présente étude n'a pas pour objet de définir le porte-monnaie électronique, support de la « monnaie électronique », mais bien de tenter de définir la nature juridique de la monnaie électronique.

La « monnaie électronique » est en réalité un véritable « système de paiement », composé d'un émetteur, de porteurs-consommateurs et d'un réseau de commerçants. Ce système introduit, sans aucun doute, un nouveau moyen de paiement constitué d'un PME chargé d'unités électroniques permettant de transférer des fonds et d'exécuter une obligation de somme d'argent. On ne peut, toutefois, se contenter de cette qualification de moyen de paiement, sachant que des moyens de paiement comme la monnaie fiduciaire, les instruments de paiement scripturaux tels que le chèque ou la carte de paiement, ou bien les titres de créance n'ont ni une nature ni un régime juridique uniforme.

¹ « En France, trois porte-monnaie électroniques, trois technologies », *Technologies Bancaires Magazine* n° 72, janvier-février 1999

² En réalité, il n'y aura pas réellement transfert d'unités, mais transfert d'un message codé, qui engendrera une augmentation du nombre d'unités dans la puce du vendeur et une diminution corrélative et égale de ce nombre sur la puce du débiteur.

Le choix de l'expression « monnaie électronique » suggère qu'en raison de ses similitudes d'emploi avec la monnaie fiduciaire ou scripturale, ce nouveau moyen de paiement présente les caractéristiques d'une nouvelle forme juridique de monnaie. Avant de déterminer s'il en est bien ainsi (cf. 2.), il semble indispensable de rappeler les éléments caractéristiques de la monnaie et les raisons qui ont conduit à qualifier de « monnaie » les billets de banque ou la monnaie scripturale (cf. 1.).

Serge LANSKOY
Direction des Services juridiques
Chargé de recherches sur la monnaie électronique³

1. La monnaie et ses instruments monétaires

Pour être qualifié de monnaie⁴, un moyen de paiement doit présenter toutes les caractéristiques de celle-ci (cf. 1.1.), notamment celle d'être un instrument monétaire (cf. 1.2.).

1.1. Les caractéristiques de la monnaie

Alors que certains pronostiquent la disparition future de la monnaie en raison de l'introduction des nouvelles technologies⁵, les juristes constatent qu'elle demeure encore aujourd'hui l'inconnue du droit : « la monnaie est partout dans les relations sociales, mais nulle part dans la pensée juridique »⁶. Les rares définitions juridiques⁷ de la monnaie la caractérisent principalement par sa fonction d'unité de compte ou par sa fonction de paiement, sans distinguer ses différentes fonctions.

1.1.1. Les trois fonctions de la monnaie

Selon un auteur, « Les juristes s'intéressent à la monnaie au regard des droits et obligations qu'entraînent son usage, ce qui les conduit à définir ce qui est monnaie et ce qui ne l'est pas »⁸. Or, comme le fait remarquer M. le doyen Jean Carbonnier⁹, « la monnaie est un moyen de paiement, mais tout moyen de paiement n'est pas une monnaie ». La monnaie réunit donc d'autres caractéristiques que celle d'éteindre une créance de somme d'argent.

³ La présente étude s'inscrit dans le cadre d'une recherche sur les moyens de paiement faisant appel aux nouvelles technologies, actuellement en cours sous la direction de M. le professeur Thierry Bonneau.

⁴ La monnaie prise en compte dans cette analyse correspond à celle qui est calculée par l'agrégat monétaire M1, qui regroupe les billets, les monnaies divisionnaires et les dépôts à vue émis et gérés par les établissements de crédit et le Trésor. Cf. Didier Bruneel, « La monnaie », la revue *Banque*, éd. 1992

⁵ Richard W. Rahn, *The End of Money and the Struggle for Financial Privacy*, Seattle, Discovery Institute Press, 1999

⁶ Rémy Libchaber, *Recherche sur la monnaie en droit privé*, Bibliothèque de droit privé, Tome 225, Librairie générale de droit et de jurisprudence (LGDJ)

⁷ « Un instrument légal de paiement, pouvant avoir, suivant les systèmes monétaires, une base métallique ou une base fiduciaire, le plus souvent par combinaison des deux », Gérard Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant

⁸ Jean-Michel Servet, « La monnaie contre l'État ou la fable du troc », in *Droit et Monnaie*, Litec 1988

⁹ Jean Carbonnier, Conclusions générales du colloque « Droit et Monnaie », in *Droit et Monnaie*, Litec 1988

Pour leur part, les économistes se sont attachés davantage aux fonctions monétaires de la monnaie et à ses effets dans le système économique, ce qui a conduit à la distinction entre : l'unité de compte qui permet de mesurer la valeur de biens hétérogènes, le moyen de paiement qui permet d'acquiescer n'importe quel bien, et la réserve de valeur qui prend la forme d'un actif de patrimoine présentant la particularité de pouvoir être conservé et de rester parfaitement liquide, c'est-à-dire immédiatement utilisable à l'échange sans transformation risquée et éventuellement coûteuse¹⁰.

Cependant, il n'y a pas forcément de grandes différences entre ce que l'on définit en économie et ce que l'on cherche à caractériser en droit. En effet, la monnaie a aussi une triple fonction juridique¹¹ : elle est un instrument d'évaluation, c'est sa fonction d'unité monétaire ; elle est un instrument de paiement ; et elle est enfin un bien qui peut être thésaurisé sous la forme d'instruments monétaires¹². L'*unité monétaire* (unité de compte) est une unité idéale essentiellement définie par un nom (franc, euro, dollar) servant de référence dans le cadre d'un système monétaire. Un ensemble d'unités monétaires constitue une somme d'argent. Mais cette unité idéale doit avoir un support auquel elle s'incorpore pour être échangée et stockée, c'est l'*instrument monétaire* (réserve de valeur)¹³. Les instruments monétaires, dans lesquels s'incorporent les unités monétaires, sont les billets de banques, les pièces métalliques et la monnaie scripturale. Enfin, les *moyens de paiement* servent à transférer des fonds soit par la tradition soit par des écritures en compte. Ce sont les chèques, les cartes bancaires, les virements. Le billet de banque a la particularité de réunir la fonction d'instrument monétaire et de moyen de paiement.

1.1.2. L'unité monétaire

L'unité monétaire est parfois considérée comme le seul élément qui caractérise la monnaie¹⁴. Selon cette conception, la monnaie est une unité de compte qui sert à apprécier la valeur des services et des choses dont on a besoin¹⁵, indépendamment de sa matérialisation par son incorporation dans un support¹⁶. C'est ainsi que le franc a été créé par l'article 5 de la loi du 18 germinal an III (avril 1795), défini comme 5 grammes d'argent au titre de 900/1 000 (loi du 17 germinal an XI), puis comme 65,5 mg d'or au titre de 900/1 000 (franc Poincaré, loi du 25 juin 1928). Cette dernière définition a été supprimée, sans être immédiatement remplacée, par l'article 2 de la loi du 1^{er} octobre 1936. Le décret-loi du 30 juin 1937, qui, à son tour, a modifié le texte de 1936, avait prévu que la nouvelle teneur en or du franc serait fixée ultérieurement par décret, mais ce décret n'est jamais intervenu.

La Constitution de 1958 a prévu que « *la loi fixe les règles concernant ...le régime d'émission de la monnaie* » (article 34), et c'est par une ordonnance, dans le cadre des mesures transitoires prévues par l'article 92 de la Constitution pour la mise en place des nouvelles institutions, que fut instaurée à compter du 1^{er} janvier 1960 une unité monétaire nouvelle désignée sous l'appellation de « nouveau franc » (ordonnance du 27 décembre 1958 et décret du 22 décembre 1959). Le nouveau franc devint ainsi un

¹⁰ Monique Béziade, *La monnaie et ses mécanismes*, éd. La Découverte, 1993

¹¹ Jean-Louis Rives-Lange, « La monnaie scripturale » (contribution à une étude juridique), *Études de droit commercial à la mémoire de Henri Cabrillac*, Litec, 1968

¹² Anne-Marie Moulin, « Le droit monétaire français et les paiements en écus », *Bulletin trimestriel de la Banque de France*, décembre 1992

¹³ Jean Carbonnier, *Les biens*, Thémis, PUF, p. 36

¹⁴ J. Hamel, « Réflexion sur la théorie juridique de la monnaie », *Mélanges dédiés à M. le professeur Sugiyama*, 1940

¹⁵ Christine Lassalas, *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, Thèse, LGDJ, 1997

¹⁶ J. Hamel, *op. cit.*

multiple de l'ancien franc sans modification de substance et sans rattachement à un quelconque étalon. Depuis le 1^{er} janvier 1999, l'euro a remplacé le franc en tant qu'unité monétaire de la zone euro à laquelle la France appartient. Cette nouvelle unité monétaire est définie par le règlement (CE) n° 974/98 du 3 mai 1998, qui énonce dans son article 2 que « À compter du 1^{er} janvier 1999, la monnaie des États membres participants est l'euro. L'unité monétaire est 1 euro »¹⁷. Toute obligation de somme d'argent doit désormais être payée, en France, en unité monétaire euro ou bien, jusqu'au 31 décembre 2001, fin de la période transitoire, dans une subdivision temporaire de la monnaie euro, l'unité monétaire nationale de l'ancienne monnaie nationale.

Cependant, la conception réduisant la monnaie à une unité de compte fait abstraction de sa fonction d'échange, qui suppose sa matérialisation dans un instrument monétaire et de sa circulation de patrimoine en patrimoine par des moyens de paiement.

1.2. Les instruments monétaires et les moyens de paiement

Le paiement est généralement défini comme l'exécution d'une obligation par la satisfaction du créancier. Dans le cadre d'une obligation de somme d'argent, cette satisfaction est réalisée par la remise de la somme, soit avec des espèces qui ont cours légal et forcé (billets de banque et pièces métalliques), soit par l'inscription sur le compte bancaire du créancier du montant de la somme d'argent due. Le paiement s'effectue au moment du transfert des unités monétaires¹⁸ contenues dans le patrimoine du débiteur vers celui du créancier.

Ces unités monétaires, incorporées dans des instruments monétaires, vont circuler à l'aide de moyens de paiement. Aux termes de l'article 4 de la « loi bancaire » du 24 janvier 1984 : « Sont considérés comme moyens de paiement tous les instruments qui, quel que soit le support ou le procédé technique utilisé, permettent à toute personne de transférer des fonds »¹⁹.

Les billets et pièces métalliques (monnaie fiduciaire) comme les comptes bancaires (monnaie scripturale) sont donc trois instruments monétaires qui contiennent des unités monétaires. Pour la monnaie fiduciaire, le moyen de paiement se confond avec l'instrument monétaire. Le paiement est réalisé par la seule remise de billets ou de pièces métalliques, ce que le juriste appelle la « tradition » (cf. 1.2.1.). Dans le cas de la monnaie scripturale, c'est le compte bancaire qui joue le rôle d'instrument monétaire ; les moyens de paiement, aussi appelés instruments de paiement scripturaux, vont déclencher le paiement en donnant l'ordre à l'établissement bancaire qui détient le compte de transférer des fonds sur le compte de son créancier²⁰, par une double opération : une inscription au débit d'un compte (celui du payeur) et une inscription au crédit d'un autre compte (celui du payé)²¹.

¹⁷ Journal officiel des Communautés européennes (JOCE) L 139 du 11 mai 1998

¹⁸ Rémy Libchaber, *op. cit.*

¹⁹ Journal officiel du 25 janvier 1985. « Le terme de support se rapporte bien à l'instrument et désigne probablement le fait que celui-ci peut utiliser un support papier ou une bande magnétique », cf. à ce propos Éric Froment, « L'innovation dans les paiements », la revue *Banque* n° 471, 1987

²⁰ Le paiement peut aussi se réaliser par une opération de novation où le créancier est payé par un tiers.

²¹ Thierry Bonneau, *Droit bancaire*, 2^e éd., n° 420

L'étude des divers instruments monétaires montre qu'aucun d'entre eux, hormis la monnaie fiduciaire, n'est à l'origine de la circulation des unités monétaires²². Comme le fait remarquer Thierry Bonneau : « *Si la monnaie métallique et la monnaie fiduciaire sont des moyens de paiement, en revanche, la monnaie scripturale est seulement une monnaie sans être un moyen de paiement* »²³. Ce que l'on appelle monnaie scripturale, c'est donc bien le solde figurant sur les comptes bancaires et non pas les différents instruments (chèques, cartes bancaires et virements) qui permettent la circulation de cette monnaie scripturale (cf. 1.2.2.).

1.2.1. La monnaie fiduciaire : le billet de banque

1.2.1.1. Nature juridique de la monnaie fiduciaire

*Alors qu'il représentait autrefois un titre de créance sur l'institution émettrice, le billet de banque est aujourd'hui considéré comme un bien meuble d'une nature particulière*²⁴.

À l'origine, le billet de banque en francs, dont l'émission est réservée à la Banque de France depuis la loi du 24 germinal an XI, présentait des ressemblances avec le billet à ordre. Le billet était une reconnaissance de dette échangeable en or auprès de l'Institution d'émission. Puis, il en a progressivement abandonné toutes les contraintes littérales : nom du bénéficiaire, signature manuscrite du souscripteur, échéance, montant nominal chaque fois différent.

En période de *cours libre*, le billet était seulement une créance sur l'encaisse métallique et les effets du portefeuille de la banque d'émission. À cet égard, l'article 17 de la loi du 22 avril 1806 disposait que le Conseil général de la Banque de France « *statue sur la création et l'émission des billets de banque, payables au porteur et à vue* ». Celui qui recevait un billet acceptait pour débiteur la banque émettrice au lieu de la personne qui lui remettait le billet. Ce billet s'analysait comme un effet de commerce ou un titre de créance transmissible par simple tradition manuelle, étant entendu que le porteur pouvait exiger le paiement à vue d'une certaine quantité d'espèces métalliques. Le billet représentait dans ce système un droit personnel, donc un droit de créance.

En période de *cours forcé*²⁵, le régime en vigueur en France depuis la loi du 1^{er} octobre 1936, on abandonne la convertibilité or du franc. La Banque de France est dispensée de l'obligation de rembourser les billets en espèces. Il en résulte que le billet ne représente plus un droit de créance depuis cette date, mais il est assimilé à un bien meuble. Un arrêt du 4 juin 1975 de la Cour de cassation a d'ailleurs refusé d'appliquer l'article 439 du *Code pénal*, qui réprime la destruction des titres, à un cas de destruction de billets²⁶.

²² Ainsi, les lettres de change émises au Moyen Âge en contrepartie d'un dépôt monétaire ou en raison d'une dette sur l'émetteur ne contenaient pas les unités monétaires, mais permettaient seulement de faire circuler une créance d'unités monétaires, qui étaient elles-mêmes contenues dans les pièces d'or ou d'argent chez l'émetteur. Rémy Libchaber, *op. cit.*, n° 85

²³ Thierry Bonneau, *op. cit.*, n° 418, p. 260

²⁴ « Le statut juridique du billet de banque », article paru dans le numéro de février 1976 du *Bulletin trimestriel de la Banque de France*

²⁵ Le cours forcé a été établi à plusieurs reprises, pour des périodes plus ou moins longues : de 1848 à 1850, de 1870 à 1875 et de 1914 à 1928.

²⁶ *Bulletin de criminologie*, 1975, n° 143

En outre, le billet tire sa valeur de la volonté du législateur. Ce dernier lui a donné cours légal par la loi du 12 août 1870, qui dispose que les billets de la Banque de France « *seront reçus comme monnaie légale par les caisses publiques et par les particuliers* ». Avant cette date, le billet de la Banque de France ne tirait sa valeur que de la seule confiance accordée à l'institution émettrice. Ainsi, la Cour de cassation, dans un arrêt du 7 avril 1856, affirmait que « *le billet de la Banque de France est pure confiance* »²⁷. Aujourd'hui, l'article 5 de la loi du 4 août 1993 modifiée rappelle que la Banque de France est seule habilitée à émettre les billets ayant cours légal. Tout débiteur d'une somme d'argent peut aussi se libérer en versant, en billets, un montant égal à la somme due à son créancier, lequel est obligé de les accepter comme moyen de paiement.

Le cours légal est le corollaire du cours forcé : dès lors que l'inconvertibilité des billets est décidée, il faut protéger les porteurs de ces billets en s'assurant qu'ils ne pourront se voir refuser en paiement. Les créanciers n'acceptent un signe monétaire pour sa valeur nominale que s'ils ont la certitude de pouvoir à leur tour faire accepter cette monnaie pour la même valeur.

Ainsi, alors qu'en régime de cours libre le billet tient son pouvoir exclusivement de la confiance accordée à l'établissement émetteur, en régime de cours légal et forcé, il tient son pouvoir de la loi et de la confiance accordée à l'État.

Contrairement à tout autre bien meuble corporel, le billet de banque, véritable papier-monnaie, est dépourvu de toute valeur intrinsèque autre que numismatique.

Depuis de nombreuses années, le législateur prend des dispositions juridiques restreignant les paiements effectués au moyen de billets, sans pour autant porter atteinte au cours légal dont sont dotés les billets. Ainsi, la loi du 12 octobre 1940 modifiée fait obligation, pour certains règlements, de payer au moyen d'instruments scripturaux, et la loi de finances pour 1999 interdit d'effectuer des règlements en espèces entre particuliers, ou de particuliers à commerçants, au-delà d'un montant de 50 000 francs. La monnaie fiduciaire présente, en effet, l'inconvénient d'être un moyen de paiement anonyme, ce qui a conduit le législateur à en écarter l'emploi pour des raisons de transparence et de lutte contre les activités criminelles.

1.2.1.2. Le régime de protection de la monnaie fiduciaire

Le législateur a toujours été très vigilant contre toute tentative privée de substituer à la monnaie fiduciaire un autre moyen qui aurait l'ensemble de ses caractéristiques et avantages.

Ainsi, le décret du 25 thermidor an III a autorisé l'émission des billets au porteur²⁸, sauf lorsque ces billets ont pour objet « de remplacer ou de suppléer la monnaie ». La crainte du législateur était de voir apparaître des titres tirés sur des débiteurs dont la solvabilité ne pouvait être vérifiée et pouvant concurrencer les billets.

Cette vigilance se traduit aujourd'hui par une protection juridique particulière de la monnaie fiduciaire.

²⁷ Nicole Catala, *La nature juridique du paiement*, Thèse 1961

²⁸ Cette émission avait été interdite par un décret du 9 novembre 1792.

L'article 442-4 du nouveau *Code pénal* prévoit que « la mise en circulation de tout signe monétaire non autorisé ayant pour objet de remplacer les pièces de monnaie ou les billets de banque ayant cours légal en France est punie de cinq ans d'emprisonnement et de 500 000 francs d'amende »²⁹.

L'introduction et l'utilisation de signes monétaires concurrents de la monnaie fiduciaire sont donc prohibés et la monnaie fiduciaire bénéficie d'un régime de protection pénale *ad hoc*. En outre, les atteintes portées au cours légal sont sanctionnées par l'article R 642-3 du nouveau *Code pénal*, qui punit « ceux qui auraient refusé de recevoir des pièces ou des billets de banque ayant cours légal en France selon la valeur pour laquelle ils ont cours ».

Enfin, le billet de banque bénéficie d'un régime juridique spécifique en vertu de l'article 5 de la loi du 4 août 1993, selon lequel « les dispositions relatives aux titres au porteur perdus ou volés ne sont pas applicables aux billets ayant cours légal ». En cas de perte ou de vol de billets, les billets sont soumis à l'article 2279 du *Code civil*³⁰.

1.2.2. La monnaie scripturale

La monnaie fiduciaire n'est pas le seul support des unités monétaires. Depuis longtemps, les économistes estiment que les soldes des comptes bancaires constituent de la monnaie, car ils fonctionnent comme de la monnaie. M. Ansiaux³¹, économiste belge qui est à l'origine du vocable « monnaie scripturale », définit celle-ci comme une nouvelle monnaie, différente du numéraire ou du billet, « qui passe de compte à compte au lieu de circuler de la main à la main ».

Le solde figurant sur un compte bancaire représente une somme d'argent, c'est-à-dire une certaine quantité d'unités monétaires (ex. : 100 000 francs) « qui existe indépendamment des instruments monétaires dont elle fait l'addition (ex. : 200 billets de 500 francs), ou de la créance qui lui sert de véhicule dans le commerce (ex. : chèque)³² ». Ainsi, la monnaie scripturale peut se définir comme une somme d'argent inscrite sur un compte bancaire et qui circule de compte à compte à l'aide d'instruments de paiement scripturaux comme le chèque, le virement ou la carte bancaire. Ces instruments, comme les cartes bancaires qui étaient à l'origine qualifiées de « monnaie électronique », permettent seulement de transmettre à un établissement de crédit l'ordre de transférer des fonds sur un autre compte bancaire³³.

²⁹ L'article R 642-2 du nouveau *Code pénal* dispose au surplus que « Le fait d'accepter, de détenir ou d'utiliser tout signe monétaire non autorisé ayant pour objet de remplacer les pièces de monnaie ou de billets de banque ayant cours légal en France, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de 2^e classe ».

³⁰ L'article 2279 du *Code civil* dispose « En fait de meuble possession vaut titre ». Il s'applique aussi aux titres au porteur, même si ce sont des meubles incorporels. Cf. 1^{re} Chambre civile, 2 mai 1990 inédit, concernant les bons de caisse.

³¹ *Revue d'économie politique*, septembre-octobre 1912

³² Jean Carbonnier, *Les biens*, Thémis, PUF, p. 36

³³ Elie Alfandari, « Le droit et la monnaie de l'instrument à la politique », in *Droit et Monnaie*, Litec, 1988

La qualification juridique du droit du déposant sur son compte bancaire traditionnellement retenue par la jurisprudence et la doctrine est celle d'une créance sur l'établissement qui tient le compte³⁴. Cette qualification repose sur la théorie du dépôt irrégulier, selon laquelle les fonds étant des biens fongibles, leur dépôt sur un compte emporte transfert de propriété au banquier. Ce dernier est dans l'obligation de restituer, non pas les unités monétaires mêmes qui ont constitué le dépôt, mais la valeur des unités déposées (article 1927 du *Code civil*). Pour cette raison, le banquier dépositaire peut utiliser les fonds qu'il a reçus. À cet égard, l'article 2 de la loi de 1984 dispose que « *sont considérés comme fonds reçus du public les fonds qu'une personne recueille d'un tiers, notamment sous forme de dépôts, avec le droit d'en disposer pour son propre compte, mais à charge pour elle de les restituer* ».

L'établissement bancaire n'utilise les fonds que dans la mesure où il n'a pas eu l'ordre de les restituer ou de les transférer sur un autre compte. Certains considèrent d'ailleurs que le paiement en monnaie scripturale est précaire, car « *il ne tient qu'à la disponibilité des fonds que le banquier détient*³⁵ ».

Les instruments de paiement scripturaux servent seulement à donner l'ordre au banquier dépositaire du débiteur de transférer des fonds au banquier du bénéficiaire du paiement. Ainsi, à l'émission d'un chèque, même garanti par l'établissement bancaire, on ne transmet pas des fonds mais seulement une créance de somme d'argent. Le bénéficiaire du chèque doit le présenter au banquier de l'émetteur pour qu'il lui vire la somme d'argent. La jurisprudence considère que l'émission d'un chèque ne vaut paiement que dans la mesure où le chèque est payé par l'établissement bancaire du tireur³⁶. Par contre, au moment où le banquier du débiteur vire des fonds sur un autre compte bancaire, il ne cède pas une créance mais bien une somme d'argent (les unités monétaires), qui sera inscrite sur le compte du bénéficiaire. La monnaie scripturale est bien une monnaie, car elle est effectivement une réserve de valeur (d'unités monétaires) que l'on peut faire circuler de compte à compte.

³⁴ Cependant, d'autres auteurs tendent à écarter cette qualification pour lui préférer celle de droit réel sur un compte bancaire. Le titulaire d'un compte bancaire ne serait pas seulement titulaire d'un droit de créance sur l'établissement bancaire, mais aurait un véritable droit de propriété sur ce compte et les sommes qu'il contient. Cette controverse, qui vient peut-être d'une confusion entre la propriété des unités monétaires inscrites sur le compte bancaire et la nature des relations contractuelles entre le déposant et le banquier, ne peut remettre en cause la qualification de « monnaie » scripturale qui a été consacrée aussi bien par la jurisprudence que par la doctrine, car les unités monétaires peuvent parfaitement s'incorporer sur ce support. Cf. en ce sens : *L'inscription en compte des valeurs : la notion de propriété scripturale*, Christine Lassalas, Thèse 1997, LGDJ, *contra cf.* : *Le dépôt de monnaie en banque*, François Grua, D. 1998, Chronique ; Elie Alfandari, *Les droits des créanciers et des déposants d'un établissement de crédit en difficulté*, D. 1996, 33^e Cahier, Chronique

³⁵ François Grua, *Qu'est-ce qu'un compte en banque ?*, D. 1999, 24^e Cahier, Chronique, p. 24

³⁶ Cassation civile, 17 décembre 1927, S. 1925, I, p. 19

2. La monnaie électronique

On observe aujourd'hui le développement de nouveaux moyens de paiement, tels que la monnaie électronique, qui font disparaître entièrement l'usage du papier dans les transferts de fonds. Mario Giovanoli développe, à ce titre, dans un récent article, une vision intéressante de l'évolution des moyens de paiement, où il considère que le XX^e siècle est certainement la période qui a vu le plus de bouleversements dans la sphère monétaire³⁷. On distingue traditionnellement trois stades d'évolution de la monnaie : la monnaie métallique, or ou argent, la monnaie fiduciaire et la monnaie scripturale. À l'aune de cette distinction, la question est de savoir si ce nouveau moyen de paiement qu'est la monnaie électronique constitue une nouvelle forme juridique de monnaie (cf. 2.1.), ou bien s'avère n'être en fait qu'une autre manière de gérer de la monnaie scripturale (cf. 2.2.).

2.1. La « monnaie » électronique n'est pas une nouvelle forme juridique de monnaie

Si la monnaie électronique était une nouvelle forme juridique de monnaie, elle devrait réunir les trois fonctions de celle-ci. Elle devrait être une unité de compte (cf. 2.1.1.), être utilisée comme moyen de paiement (cf. 2.1.2.), et s'incorporer dans un instrument monétaire (cf. 2.1.3.).

2.1.1. La fonction d'unité de compte

Comme toutes les formes de monnaies, la monnaie électronique doit et peut remplir une fonction d'unité monétaire. Un commerçant n'acceptera pas d'être payé en monnaie électronique sauf s'il est convaincu que la quantité d'unités électroniques reçues du porteur représente l'équivalent de la somme d'argent qu'il aurait reçue s'il avait été payé sous la forme scripturale ou fiduciaire. Le commerçant doit pouvoir réclamer à l'émetteur une somme qui représente exactement le montant de la vente.

Les utilisateurs de cette monnaie auront confiance en elle tant qu'il y aura identité entre la valeur de la monnaie électronique et la valeur de la monnaie scripturale ou fiduciaire. Il faudrait donc éviter de voir apparaître un taux de change de la monnaie électronique vis-à-vis de la monnaie scripturale ou fiduciaire, car la fonction d'unité de compte pourrait alors être remise en cause³⁸.

De la même manière, la monnaie électronique ne peut pas être libellée dans une autre unité monétaire que celle fixée par l'État dans lequel elle est utilisée, ni être exprimée en unités monétaires d'origine conventionnelle. En effet, comme il a déjà été signalé (cf. 1.1.2.), l'euro est l'unité monétaire en France telle que définie par le règlement (CE) n° 974/98 du 3 mai 1998. En application conjuguée de ce texte et de celui concernant le cours légal, un commerçant peut refuser tout paiement qui lui serait proposé dans une autre devise. Pour autant, cela ne signifie pas qu'un commerçant ne pourrait en aucun cas accepter conventionnellement un paiement dans une autre devise.

³⁷ Mario Giovanoli, « Virtual Money and Global Financial Market: Challenges for Lawyers », *Yearbook of International Financial and Economic Law*, 1998

³⁸ Jean-Michel Godeffroy et Philippe Moutot, « Monnaie électronique : enjeux prudentiels et impact sur la politique monétaire », *Revue d'économie financière*, n° 53

Cependant, selon la jurisprudence de la Cour de cassation en date du 17 février 1937, « *il est de principe (...) que tout paiement fait en France, quelle qu'en soit la cause, doit être effectué en monnaie française* »³⁹. Cette jurisprudence doit toutefois être limitée aux paiements dit internes et non pas aux paiements internationaux, en raison d'une autre jurisprudence de la Cour en date du 17 mai 1927, dite jurisprudence « Matter »⁴⁰.

Les enregistrements électroniques sur la puce du porte-monnaie doivent représenter, en France, l'unité monétaire utilisée sur le territoire français (euro). On ne pourrait pas utiliser un PME dont les valeurs électroniques seraient libellées dans une autre unité monétaire, pour éteindre une dette libellée dans l'unité monétaire euro (bien entendu, pendant la période transitoire, on peut également utiliser l'unité monétaire franc).

2.1.2. Un moyen de paiement original

2.1.2.1. Le système de paiement en monnaie électronique constitue bien une nouvelle génération de moyens de paiement, génération qui présente cependant des caractéristiques originales par rapport aux instruments de paiement scripturaux.

En effet, l'architecture du système s'articule de la manière suivante.

- Des unités électroniques sont chargées sur un porte-monnaie (PME) en échange d'une somme d'argent versée à l'émetteur.
- Le paiement se traduit par un transfert de ces unités du PME du porteur-consommateur vers la carte du commerçant et entraîne une opération de débit/crédit du solde de chacun de ces deux PME.
- Le solde inscrit sur le support représente le montant de la somme d'argent que son porteur peut réclamer à l'émetteur. En effet, l'émetteur s'est engagé à convertir ce solde en monnaie scripturale ou fiduciaire, que ce soit à la demande du porteur ou du commerçant.
- L'intérêt pour l'émetteur d'un tel système est de capter et d'investir des fonds versés sur un compte, dont le solde créditeur découle du décalage temporel entre le versement des fonds par les porteurs et le paiement ou le remboursement de la monnaie électronique aux commerçants ou aux porteurs⁴¹.

La logique de ce système de paiement présente plusieurs originalités par rapport aux solutions classiques.

D'une part, pour l'émetteur, les fonds reçus ne sont pas inscrits au nom du porteur-consommateur du support. Ils ne sont pas dus, non plus, à un commerçant identifié. Ainsi, la première originalité tient à ce que *la dette de l'émetteur n'est pas assimilable à celle du banquier dépositaire envers le déposant*.

D'autre part, *le paiement entraîne une modification instantanée des soldes des PME*. Ce n'est pas l'émetteur qui va réaliser cette modification. C'est là la seconde originalité du système par rapport aux chèques ou à la carte bancaire. En effet, la remise au commerçant d'un chèque ou le paiement par carte bancaire n'entraîne pas une imputation immédiate sur le compte du bénéficiaire du paiement. Seule la présentation de l'instrument de paiement au banquier du débiteur entraîne un crédit sur le compte du bénéficiaire.

³⁹ Cassation Chambre des requêtes, 17 février 1937, S. 1938, p. 140

⁴⁰ Cassation, 1^{re} Chambre civile, 17 mai 1927, S. 1928 p. 25

⁴¹ Jean-Michel Godeffroy et Philippe Moutot, *op. cit.*

Enfin, un paiement en monnaie scripturale se traduit par une opération de transfert de fonds qui se réalise par le débit sur le compte du débiteur et de crédit sur le compte du créancier⁴². Dans le cas du porte-monnaie électronique, le paiement en monnaie électronique ne se traduit pas par un transfert de fonds. Les fonds ont déjà été versés à l'émetteur par une opération de débit sur le compte du débiteur, ou le versement de monnaie fiduciaire, en contrepartie du chargement de la carte du débiteur. L'émetteur restitue les fonds par une opération de crédit sur le compte du créancier, ou par un versement d'espèces, après que ce dernier ait demandé la conversion des unités électroniques qu'il aura reçues en paiement.

Le commerçant détient sur l'émetteur une créance de conversion des unités électroniques inscrites sur sa carte (ou terminal de paiement électronique — TPE). Il n'y a donc pas d'incertitude sur son règlement tenant à la solvabilité du consommateur. Vis-à-vis de ce dernier, le commerçant est définitivement payé. Son règlement ne dépend que de la solvabilité de l'émetteur. Les unités électroniques sont donc bien un instrument de paiement, puisqu'elles éteignent la dette née entre le commerçant et le consommateur. La nouveauté réside dans l'absence d'incertitude quant à l'existence de la provision du paiement. C'est une caractéristique qui résulte de la technique du prépaiement.

2.1.2.2. En raison de ces éléments, la monnaie électronique est parfois présentée comme une alternative à la monnaie fiduciaire. En effet, elle se transmet manuellement, sous réserve de manipulation électronique, elle permet de réaliser un paiement libératoire et elle n'exige aucun lien avec un compte bancaire. Tout se passe comme si on avait donné conventionnellement à la monnaie électronique un régime juridique identique à celui de la monnaie fiduciaire.

Toutefois, cette analyse fait peu de cas du régime légal dont est assortie la monnaie fiduciaire et de son régime de protection, lequel empêche l'émission de tout signe monétaire ayant vocation à se substituer à celle-ci. La monnaie fiduciaire a une spécificité qui résulte de la loi et que, par définition, en l'état actuel des textes, ne peut pas avoir la monnaie électronique. De plus, comme nous allons le démontrer ci-dessous, la monnaie électronique est avant tout un droit sur une somme d'argent. Au contraire, les billets de la Banque de France étant qualifiés de biens meubles corporels depuis le régime du cours forcé, ils représentent bien plus qu'une simple créance de somme d'argent. Il n'y a donc juridiquement aucune assimilation possible entre la monnaie électronique et la monnaie fiduciaire.

Si la monnaie électronique est un moyen de paiement original et une unité de compte, elle doit aussi être, pour constituer une nouvelle forme juridique de monnaie, un nouvel instrument monétaire au même titre que le billet de banque ou le compte bancaire.

2.1.3. Un nouvel instrument monétaire ?

Jusqu'à présent, la monnaie (au sens d'unités monétaires) était incorporée dans trois instruments monétaires : les pièces métalliques et les billets de banque (monnaie fiduciaire), et dans les comptes bancaires (monnaie scripturale). En effet, c'est à partir du moment où les billets ont été dotés du cours légal, donc déclarés inconvertibles en or et tirant leur valeur de leur seule valeur faciale, qu'ils ont été considérés comme une véritable monnaie. Les soldes figurant sur les comptes bancaires ont été qualifiés de « monnaie scripturale » à partir du moment où l'on a réalisé qu'ils pouvaient être transférés de compte en compte sans être convertis en monnaie fiduciaire. Pour considérer la monnaie électronique comme une nouvelle forme juridique de monnaie, elle doit aussi remplir cette fonction d'instrument monétaire.

⁴² Selon la jurisprudence, le créancier est payé au moment de l'inscription de la somme au compte. Cassation 1^{re} Chambre civile 23 juin 1993, *Revue trimestrielle de droit commercial* 1993, p. 694, obs. Henri Cabrillac et Bernard Teysse

2.1.3.1. On entend par là que les unités électroniques qui s'échangent entre porteurs et commerçants doivent aussi représenter une réserve de valeur équivalente à celle que peuvent représenter les billets et pièces métalliques ou les soldes figurant sur les comptes des établissements de crédit.

Or, ces unités électroniques peuvent être qualifiées de deux manières. Soit ce sont des biens corporels, soit ce sont des biens incorporels.

Les unités électroniques ne peuvent être qualifiées de biens corporels, car elles ne sont pas matérialisées. Elles entrent donc dans la catégorie des biens incorporels. On distingue traditionnellement au sein de cette catégorie, les droits réels comme la propriété qui frappent une chose et qui s'imposent à tous, ce sont les « propriétés » incorporelles, et les droits personnels ou droits de créance, opposables seulement aux personnes liées par ces droits l'une à l'autre⁴³.

En vertu de cette distinction, soit la monnaie électronique est une « propriété » incorporelle, soit c'est une créance.

Compte tenu du fait que la monnaie électronique ne dispose pas du régime du cours légal ou forcé, le porteur de cette monnaie doit toujours avoir le droit de demander à l'émetteur la conversion des unités électroniques contenues dans le PME, en monnaie fiduciaire ou scripturale. Aucun commerçant n'accepterait en effet d'être payé avec ce système de paiement s'il n'avait pas l'assurance de pouvoir échanger les unités électroniques auprès de l'émetteur, c'est-à-dire si la monnaie électronique n'était pas assortie d'un droit de créance sur l'émetteur. La monnaie électronique est donc toujours assortie d'un droit de créance sur l'émetteur.

La question est donc finalement celle de savoir si la monnaie électronique est une « propriété » incorporelle assortie d'un droit de créance qui en serait l'accessoire, ou si elle est seulement une créance sur l'émetteur.

Or, la monnaie électronique n'a pas une valeur autonome, indépendamment de la valeur de la créance sur une somme d'argent qu'elle représente.

La preuve en est que si l'émetteur ne pouvait plus convertir ces unités électroniques en monnaie scripturale ou fiduciaire, les commerçants n'accepteraient plus cette monnaie. Les unités électroniques ne tirent, en effet, leur valeur que de l'existence de la créance sur l'émetteur. Le paiement en monnaie électronique a seulement pour effet de transférer entre le débiteur (consommateur) et le créancier (commerçant) un droit sur une somme d'argent.

2.1.3.2. En outre, du point de vue de l'émetteur, il n'y a pas de transfert de somme d'argent au moment du paiement entre le consommateur et le commerçant.

L'émetteur de monnaie électronique détient sur un compte global unique la totalité de la somme d'argent reçue en contrepartie des unités électroniques qu'il a émises. Le paiement d'un achat par le consommateur au commerçant au moyen des unités électroniques n'entraîne pas chez l'émetteur un transfert de la somme d'argent susvisée. La situation est d'ailleurs la même que dans un virement entre deux comptes bancaires dans une même agence. L'agence détient toujours la même somme d'argent après l'exécution du virement. Seul le créancier de cette somme a changé. La seule différence entre le cas du virement et celui du paiement à l'aide des unités électroniques est que l'émetteur ne connaît pas son nouveau créancier tant que celui-ci ne demande pas la conversion des unités électroniques.

⁴³ René Savatier, « Essai d'une présentation nouvelle des biens incorporels », *Revue trimestrielle de droit commercial*, 1958, p. 331

En effet, dans le système de paiement en monnaie électronique, il y a transfert de somme d'argent :

- entre le commerçant et l'émetteur au moment où le commerçant demande la conversion des unités électroniques qu'il a acceptées en paiement ;
- entre l'émetteur et le consommateur au moment du chargement et rechargement de la carte ;
- le cas échéant, entre l'émetteur et le porteur (consommateur) si ce dernier demande le remboursement des unités électroniques inscrites sur son support.

En conclusion, c'est le compte global de l'émetteur qui joue la fonction de réserve de valeur. Les unités électroniques représentent seulement une créance sur ce compte, donc une créance de monnaie scripturale. Elles ne sont pas une nouvelle forme d'instrument monétaire mais seulement un nouveau moyen de paiement. À cet égard, elles peuvent être qualifiées de titre de créance.

On notera que la nature juridique de la monnaie électronique n'a pas de raison de changer selon les caractéristiques des systèmes. En effet, si certains systèmes prévoient que la monnaie électronique doit remonter vers l'émetteur dès son premier usage chez un commerçant avant de repartir dans le circuit de paiement, d'autres prévoient que les unités électroniques circulent plusieurs fois dans le système avant de remonter vers l'émetteur⁴⁴. Certains estiment que dans ces systèmes la monnaie électronique serait une vraie monnaie, car les utilisateurs la considéreraient comme ayant une valeur propre. Or, même si ces titres circulent plusieurs fois, ils ne représenteront toujours qu'une créance sur l'émetteur. De plus, en raison des risques de fraude ou de contrefaçon, les émetteurs devront comparer en permanence le montant d'unités électroniques présent dans le système au montant émis. Cela supposera de faire remonter les unités électroniques régulièrement vers l'émetteur. La monnaie électronique n'est pas prête à circuler dans un système parfaitement hermétique, complètement autonome par rapport au système de paiement en monnaie scripturale ou fiduciaire.

2.2. La « monnaie » électronique est un nouveau titre de créance

On a vu que la monnaie électronique était un droit de créance sur une somme d'argent. Cette créance circule de support en support (de PME en PME) jusqu'au moment où elle est convertie chez l'émetteur. Les unités électroniques remplissent, semble-t-il, une double fonction : celle de faire constater un droit vis-à-vis de l'émetteur et celle d'apporter la preuve que le porteur du PME sur lequel sont enregistrées les unités électroniques est bien le titulaire de la créance⁴⁵. Les unités électroniques sont donc plus que de simples créances et l'on doit préférer à leur égard la qualification de titres au porteur, que la doctrine s'accorde à appeler dorénavant titres anonymes par opposition aux titres nominatifs. Les unités électroniques présentent, en effet, toutes les caractéristiques de titres anonymes incorporés dans un support électronique, dont la circulation réalise un paiement libératoire.

⁴⁴ Ce sont notamment les systèmes qui permettent le transfert d'unités électroniques entre PME appartenant à des porteurs-consommateurs. En revanche, il n'existe pas, à notre connaissance, de systèmes qui permettent aux commerçants de réutiliser les unités électroniques auprès d'autres commerçants ou particuliers.

⁴⁵ Cf. Philippe Goutay, « La dématérialisation des valeurs mobilières », *Bulletin Joly Sociétés*, avril 1999, n° 4

2.2.1. L'émission des unités électroniques

L'opération d'émission trouve sa source dans le contrat entre l'émetteur du titre de créance et son détenteur. Le titre anonyme se présente comme un titre sans indication de créancier, par lequel le débiteur s'engage à payer celui qui sera le détenteur matériel du titre le jour de l'échéance⁴⁶. La validité de tels « titres » est reconnue par le décret du 25 thermidor an III (12 août 1795)⁴⁷ et leur émission est permise même en l'absence de disposition législative expresse⁴⁸. L'émission d'un titre de créance n'est pas qualifiée de prêt ni de dépôt. C'est une opération spécifique d'émission de titres⁴⁹, qui se réalise, pour la monnaie électronique, lors de l'opération de versement de fonds contre inscription d'unités électroniques sur le PME.

2.2.2. Le régime de la circulation des unités électroniques

Si la monnaie électronique n'était qu'une simple créance sur l'émetteur, la cession de celle-ci ne serait opposable aux tiers que par la signification au débiteur par voie d'huissier ou par acceptation dans un acte authentique, selon les dispositions de l'article 1690 du *Code civil*⁵⁰ qui fixe le régime général de la cession de créance. Le débiteur, c'est-à-dire l'émetteur, pourrait donc, à défaut d'une telle formalité, refuser de s'acquitter de sa dette entre les mains de porteurs commerçants ou non commerçants, ce qui rendrait le régime impraticable. Certes, la jurisprudence semble favorable à ce que, conventionnellement, le débiteur accepte la cession par acte sous seing privé, mais celle-ci demeurerait alors inopposable aux tiers⁵¹.

En revanche, si cette créance, incorporée dans un acte qui la constate, est assortie d'une clause de négociabilité, elle permet au créancier de transmettre ses droits à un tiers par la simple voie de transfert. La négociabilité est, selon Didier Martin, « l'aptitude d'un titre à être cédé par un procédé simplifié du droit commercial, c'est-à-dire par simple remise assortie ou non d'un endossement⁵² ».

Le régime juridique de ce nouveau titre anonyme sera en grande partie fixé par les contrats signés par les porteurs et les commerçants avec les banques intermédiaires et/ou l'émetteur. En effet, aucune disposition spécifique du *Code de commerce* ne les concerne et on ne saurait soumettre ces titres à la réglementation de la lettre de change ou du billet à ordre⁵³.

⁴⁶ Christian Gavalda et Jean Stoufflet, *Droit du crédit 2* ; 3^e éd., p. 177

⁴⁷ Décret qui permet de souscrire et mettre en circulation de gré à gré des effets au porteur (I, *Bulletin* 172, n° 1028, B. 57, 140) « La Convention nationale décrète que, dans la prohibition, portée par l'article 22 du décret du 8 novembre 1792, de souscrire et mettre en circulation des effets et billets au porteur n'est pas comprise la défense de les émettre lorsqu'ils n'ont point pour objet de remplacer ou suppléer la monnaie... »

⁴⁸ La loi du 15 juin 1976 ayant seulement interdit l'émission des grosses notariées, on en déduit la licéité de principe des titres civils au porteur.

⁴⁹ Par exemple, concernant le chèque de voyage, qui est un instrument similaire, un arrêt du 27 novembre 1991 de la Cour d'appel de Paris précise « l'organisme émetteur de traveller's cheques n'acquiert la qualité d'émetteur qu'à partir du moment où un client achète des chèques de voyage, soit à ses guichets, soit à ceux d'un de ses agents émetteurs, soit encore à ceux d'un changeur agréé par l'un d'eux, seul cet acte d'achat, qui implique le versement d'une somme égale à la valeur nominale du titre, faisant naître des obligations, notamment à la charge de celui qui est devenu émetteur ».

⁵⁰ Cet article dispose que « Le cessionnaire n'est saisi à l'égard des tiers que par la signification du transport faite au débiteur. Néanmoins, le cessionnaire peut être également saisi par l'acceptation du transport faite par le débiteur dans un acte authentique ».

⁵¹ Christine Lassalas, Thèse précitée

⁵² Didier R. Martin, *Du titre et de la négociabilité* (à propos des pseudo-titres de créances négociables), D. 1993, Chroniques

⁵³ Rouen, 14 juin 1963, D. 1963, J, p. 636

En outre, la qualification de titre anonyme présente l'avantage de voir l'émetteur soumis à la règle de l'inopposabilité des exceptions, puisqu'il s'est engagé à payer tout porteur. Ce principe résulte d'un arrêt du 31 octobre 1906 de la Cour de cassation qui a décidé « dans les bons au porteur, le débiteur accepte d'avance pour ses créanciers directs tous ceux qui en deviendront successivement porteurs, qu'il suit de là que le porteur est investi d'un droit qui lui est propre et n'est passible, s'il est de bonne foi, que des exceptions qui lui sont personnelles ou qui résultent de la teneur de l'acte »⁵⁴.

2.2.3. L'effet libératoire du paiement

Le faible montant des transactions concernées par ces systèmes et la difficulté de connaître l'identité des porteurs sont des éléments qui justifient que les commerçants acceptant d'être payés avec ce moyen de paiement acceptent aussi que les porteurs consommateurs soient libérés par la seule remise de monnaie électronique. Ce type de paiement libératoire est possible dès lors qu'il répond aux conditions de la délégation novatoire⁵⁵.

En effet, le paiement par le seul transfert d'une créance de somme d'argent n'emporte pas « par lui-même extinction de la dette du cédant envers le cessionnaire »⁵⁶. Pour que le paiement soit réellement libératoire, il faut que le créancier accepte de décharger son premier débiteur. Ceci résulte des dispositions de l'article 1275 du *Code civil* qui énonce que « la délégation, par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation ». La seule incertitude qui demeure alors est la manière dont le commerçant doit exprimer sa volonté de libérer le porteur-consommateur. En effet, certains auteurs, comme MM. Malaurie et Aynes, préconisent que cette volonté doit résulter d'une manifestation expresse et qu'elle ne se présume point. D'autres, cependant, estiment que rien de justifie, en la matière, l'exigence formaliste d'une déclaration expresse et qu'une volonté tacite doit être tenue pour suffisante pourvu qu'elle soit certaine⁵⁷. Donc, il pourrait suffire que les contrats conclus entre l'émetteur et les commerçants contiennent des dispositions relatives au paiement libératoire pour caractériser la volonté de l'*accipiens* de libérer le porteur.

2.2.4. Un titre de créance nouveau ?

2.2.4.1. L'originalité des unités électroniques en tant que titres anonymes doit être tempérée, car celles-ci partagent de fortes similitudes avec le chèque de voyage. En effet :

- ces deux moyens de paiement sont sans lien avec le compte bancaire du débiteur, donc ce ne sont pas des instruments de paiement scripturaux. Les porteurs de ces titres n'ouvrent pas de compte chez l'émetteur ;

⁵⁴ Chambre civile, 31 octobre 1906 ; D.P. 1908, I. 497 ; S. 1908, 305, note Lyon-Caen

⁵⁵ La délégation est l'opération juridique par laquelle un débiteur, le délégué, obtient d'un tiers délégué, généralement son propre débiteur, qu'il s'oblige envers son créancier, le délégataire, et que ce dernier le décharge, corrélativement, de sa propre obligation.

⁵⁶ Cassation commerciale, 23 juin 1992, *Bulletin civ.* IV, n° 245

⁵⁷ Marc Billau, *La délégation de créance*, Bibliothèque de droit privé, Tome 207 ; ainsi que *Juris-classeur civil*, fascicule 104, *Contrats et obligations-délégation*, par Philippe Simler

- le système d'émission est le même : on verse une somme d'argent à un émetteur qui émet en contrepartie des titres permettant de payer des biens auprès d'un réseau de commerçants ;
- par ailleurs, le chèque de voyage contient la plupart du temps une clause à ordre lui permettant de circuler librement, sans respecter les formalités de la cession de créance.

La Cour de cassation a qualifié le chèque de voyage dans un arrêt du 16 janvier 1963⁵⁸ : « *Le chèque de voyage, qui exprime un engagement de payer contracté par le banquier émetteur, constitue non un billet de banque, mais un titre de créance à vue ou à court terme* ».

Un arrêt de la Chambre criminelle du 8 novembre 1950⁵⁹ avait auparavant estimé que les chèques de voyage « *s'ils en ont les apparences extérieures, ne répondent pas à la qualification juridique du chèque et expriment non pas un mandat mais seulement un engagement de payer contracté par le banquier émetteur* ».

Le chèque de voyage, transmissible par endossement, répond à la définition du titre constatant un droit qu'il est censé incorporer dans sa substance⁶⁰. La doctrine est simplement réservée sur la possibilité pour ces chèques de circuler en blanc, c'est-à-dire par la simple tradition manuelle : si tel était le cas, le chèque de voyage pourrait être assimilé au billet de banque, ce qui en ferait en France un moyen de paiement illicite en raison des dispositions précitées et notamment celles du *Code pénal* qui interdisent la mise en circulation de signes monétaires non autorisés ayant pour objet de remplacer les billets de banque ayant cours légal (article 442-4 du NCP précité)⁶¹.

2.2.4.2. Toutefois, à la différence du chèque de voyage, la monnaie électronique est un titre anonyme incorporé dans un microprocesseur et non pas sur un support papier. Ce ne serait pas la première fois que la sphère juridique reconnaît l'incorporation d'un droit dans une inscription puisque le décret du 2 mai 1983 relatif au régime des valeurs mobilières énonce dans son article premier que « *les titres de valeurs mobilières ne sont plus matérialisés que par une inscription au compte de leur propriétaire* »⁶². En conséquence, la dématérialisation des valeurs mobilières ne semble pas avoir fait disparaître le titre anonyme, lequel conserve sa faculté d'être opposable sans condition⁶³.

⁵⁸ D. 1963, p. 517, note Despax ; *Banque*, 1964, p. 115, obs. Xavier Marin

⁵⁹ *Revue trimestrielle de droit civil*, 1956, p. 91 ; *Banque*, 1956, p. 41, obs. Xavier Marin

⁶⁰ Si le chèque de voyage ne comporte pas de clause à ordre, il ne peut circuler que par la voie de la cession de créance. Toutefois, la quasi-totalité des chèques de voyage comportent une clause à ordre qui permet l'endossement du titre. L'endossement se réalise par l'apposition, par le preneur, d'une seconde signature, la comparaison entre cette signature et celle qui a été apposée sur le titre lors de la création étant destinée à éviter la circulation de chèques de voyage volés. Bien que le problème ne se soit jamais posé, on doit considérer que cet endossement produit tous les effets de l'endossement d'un titre à ordre. Le bénéficiaire de l'endossement bénéficie alors de la purge des exceptions personnelles et l'endosseur devient garant solidaire du paiement du titre.

⁶¹ L'objet de cette étude n'est pas d'analyser la légalité de ce type de chèques de voyage, pas plus qu'elle ne se penchera sur la légalité de la monnaie électronique.

⁶² Décret n° 83-359 du 2 mai 1983, *Journal officiel* du 3 mai 1983, p. 1359. Cf. aussi Didier R. Martin, « De la monnaie », *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*. Cependant, il ne semble pas utile que la dématérialisation soit consacrée par un texte législatif.

⁶³ Philippe Goutay, « Titre négociable et opposabilité », *Mélanges Association européenne pour le droit bancaire et financier (AEDBF)*, 1997

La monnaie électronique semble être une nouvelle forme « dématérialisée » de titre de créance. Cependant, un rapport très complet du Conseil national du crédit et du titre datant de 1997⁶⁴ a défini la dématérialisation comme « *tout simplement le processus par lequel la manipulation de papier est supprimée* ». Or, la monnaie électronique est bien un instrument d'une nature juridique particulière créé comme tel et non la dématérialisation d'une forme classique d'instrument papier existant antérieurement. C'est pour cette raison que nous retiendrons plutôt l'idée selon laquelle la monnaie électronique est un titre de créance non pas dématérialisé, mais « *incorporé dans un instrument électronique* », dont la circulation réalise un paiement libératoire.

La monnaie électronique n'est donc pas une nouvelle forme de monnaie mais un titre de créance qui permet de faciliter la circulation de la monnaie scripturale. Le système de paiement en monnaie électronique est une nouvelle manière de gérer de la monnaie scripturale, dans lequel le moyen de paiement est une carte chargée d'unités électroniques. D'un point de vue juridique, chaque unité électronique est donc *un titre de créance incorporé dans un instrument électronique et accepté comme un moyen de paiement par des tiers autres que l'émetteur*.

Le succès des projets dépendra très largement de la confiance que les utilisateurs accorderont à l'efficacité de ce nouveau moyen de paiement et à la solvabilité de son émetteur. À cet égard, ce dernier, en tant qu'intermédiaire dans des opérations de transfert de fonds, gère un moyen de paiement et doit avoir, en vertu de l'article premier de la loi bancaire, un statut d'établissement de crédit⁶⁵. De même, au niveau européen, la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil « concernant l'accès à l'activité des institutions de monnaie électronique et son exercice, ainsi que la surveillance prudentielle de ces institutions » pourrait inclure les émetteurs dans la catégorie des établissements de crédit, afin de les assujettir aux directives de coordination bancaires de 1977 et 1989, à la directive de 1991 relative au blanchiment de capitaux, ainsi qu'à des mesures de surveillance prudentielle.

⁶⁴ Rapport du CNCT, « Problèmes juridiques liés à la dématérialisation des moyens de paiement et des titres », mai 1997

⁶⁵ L'article premier de la loi de 1984 stipule que « *les établissements de crédit sont des personnes morales qui effectuent à titre habituel des opérations de banque. Les opérations de banques comprennent la réception de fonds du public, les opérations de crédit, ainsi que la mise à disposition de la clientèle ou la gestion de moyens de paiement.* ».