

**ASSEMBLÉE PLÉNIÈRE DU 23 NOVEMBRE 2015 à 14 HEURES**

**CONSEILLER-RAPPORTEUR** : Mme Nicole PLANCHON

**PREMIER AVOCAT GÉNÉRAL** : M. Laurent LE MESLE

**POURVOIN**<sup>o</sup> : C 14-18.435

Sociétés Mja Selafa et Recovco Affimet SAS  
(SCP Bénabent et Jéhannin)

et

Société Bank of London and the Middle East PLC  
(SCP Hémerly et Thomas-Raquin)

**ARRÊT ATTAQUÉ** : Arrêt rendu sur renvoi après cassation par la Cour d'appel de Paris  
(pôle 5 - chambre 9) le 27 février 2014

**AVIS**  
**de Monsieur le premier avocat général**  
**Laurent LE MESLE**

Il arrive que les textes de loi soient tellement ambigus que, dans quelque sens qu'on les regarde et quelque bonne volonté que l'on y mette, ils n'autorisent pas d'interprétation pleinement satisfaisante; il peut même arriver que leur sens le plus immédiatement vraisemblable, celui que la logique abstraite pourrait indiquer, se trouve être celui qui comporte intrinsèquement le plus de danger, en tous cas la plus grande contradiction.

Ainsi, c'est à l'obscurité de la loi, et à la mission de celui qui doit en être l'interprète, que pousse à réfléchir le retour devant la Cour de cassation, deux ans après un arrêt très remarqué et très commenté de la chambre commerciale<sup>1</sup>, de la question controversée de la constitution et de la réalisation du gage de stocks et du conflit entre les textes qui sont susceptibles de le régler. La résistance des juridictions du fond (ici la cour de Paris<sup>2</sup>) est une chose, à laquelle la Cour de cassation est habituée et qui fait partie du paysage ordinaire des assemblées plénières, la persistance d'une opposition de la pratique (et de la majeure partie de la doctrine) à une solution pourtant fermement exprimée, et publiée, en est une autre, plus rare, et qui doit nourrir la réflexion.

“La vie du droit n'est pas logique, elle est expérience”, disait le juge américain Oliver Holmes.<sup>3</sup>

**1/ - Faits et procédure.**

1-1 L'arrêt attaqué présente ainsi les faits : “aux termes d'un contrat du 17 décembre 2007, intitulé ‘contrat de gage de biens meubles’, la Bank of London and the Middle East PLC a consenti à la SAS Recovco Affimet, (...) un prêt garanti par un gage sans dépossession portant sur un stock de marchandises visant les article 2333 et suivants du Code civil et comprenant un pacte comissoire. Le 9 janvier 2009, n'étant pas payée des échéances échues, la banque a résilié le contrat de prêt et a notifié le 16 janvier suivant la réalisation de son gage”<sup>4</sup>.

On observera que cette présentation des faits est peut-être trop simple. Il ressort, en effet, du mémoire en défense que l'opération de financement en cause “était une opération de *Murabaha* soumise aux principes islamiques, dont la qualification en tant qu'opération de crédit était

---

<sup>1</sup> Cass com, 19 février 2013, n° 11-21.763.

<sup>2</sup> Arrêt de “rébellion” de la cour d'appel de Paris (pôle 5 - chambre 9) en date du 27 février 2014.

<sup>3</sup> Cité dans le rapport de la Mission de recherche Droit et Justice, les conflits de normes (conflits horizontaux), février 2012, page 8.

<sup>4</sup> Arrêt attaqué page 2, premier paragraphe.

litigieuse à l'époque de conclusion du gage alors qu'elle repose sur un mécanisme de double-vente, la seconde vente étant assortie d'un délai de paiement"<sup>5</sup>. Quoiqu'il en soit, la question de la qualification de l'opération de financement n'est pas dans le débat. Ce n'est pas en effet sur une distinction entre établissement de crédit et opération de crédit que repose la solution adoptée par la cour d'appel; aucune des quatre branches du pourvoi ne porte d'ailleurs sur ce point (au demeurant, la solution donnée en 2013 à cette affaire par la chambre commerciale n'ouvrait pas non plus la porte à ce débat puisque c'était bien à la nature de l'établissement financeur, et non à celle de l'opération de financement, que se référait la décision).<sup>6</sup>

1-2 Le 19 janvier 2009, soit trois jours après la notification par la banque de la réalisation de son gage, la société emprunteuse a été placée en redressement judiciaire<sup>7</sup> (la déclaration de cessation des paiements était intervenue le 8 janvier...).

C'est à l'occasion de la revendication par la banque, entre les mains du liquidateur, des éléments de stock constituant son gage que la question de la qualification du contrat de gage a été posée. Gage de droit commun (sans dépossession, de choses fongibles), a dit le créancier qui, se recommandant des dispositions de l'article L. 521-3 du code de commerce (2348 du Code civil), et de la clause insérée dans le contrat, entendait faire valoir son droit de propriété sur le bien gagé; gage de stock prévu par les articles L. 527-1 et suivants du code de commerce a répondu le liquidateur judiciaire qui a contesté la validité de la clause compromissoire sur le fondement de l'article L. 527-2 du dit code, et a conclu à la nullité du gage faute qu'aient été respectées les conditions de constitution (L. 527-1) et de publicité (L. 527-4) posées par le code de commerce.

Successivement, le juge commissaire, le tribunal de commerce puis la cour d'appel ont donné raison au créancier, cette dernière considérant qu'il ne résultait ni des dispositions des articles L. 527-1 et suivants du code de commerce, ni des articles 2333 et suivants du Code civil une interdiction pour les parties de contracter sur le fondement du droit commun du gage quand bien même elles remplissaient aussi les conditions pour contracter sur la base des textes consacrés au gage de stocks par le code de commerce. Elle ajoutait qu'en outre la réalisation du gage ne se heurtait pas aux règles d'ordre public du droit des entreprises en difficulté.

C'est sur le premier point que la chambre commerciale avait censuré la cour d'appel, par son arrêt du 19 février 2013: "attendu qu'en statuant ainsi, alors que, s'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du code de commerce, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession, la cour d'appel a violé l'article 2333 du Code civil par fausse application et l'article L. 527-1 du code de commerce par refus d'application."

---

<sup>5</sup> Mémoire en défense, page 2.

<sup>6</sup> Sur ce point, Yann Beckers, *Revue de droit bancaire et financier*, n°3, mai 2014.

<sup>7</sup> Puis adoption d'un plan de cession totale, et conversion du redressement en liquidation judiciaire, mais l'une et l'autre de ces deux décisions sont indifférentes à la solution de notre dossier.

## 2/ - Décision attaquée et pourvoi.

2-1 Statuant sur renvoi de cassation, la cour d'appel de Paris autrement composée a adopté la même solution que celle qui avait été cassée. C'est l'arrêt attaqué.

Sur la liberté de choix entre les deux régimes de gage, elle a considéré qu'en prévoyant un régime spécifique pour la garantie sur stocks consentie à un établissement de crédit, le texte de l'ordonnance du 23 mars 2006 n'interdit pas expressément de recourir au gage de droit commun sans dépossession. Et qu'il convient dès lors d'appliquer *“le principe d'interprétation selon lequel le doute et le silence profitent au régime de droit commun, lequel en l'espèce a été rénové”*.

2-2 Et sur l'application des règles d'ordre public du droit des entreprises en difficulté, elle a considéré que *“si la réalisation d'une sûreté permet au créancier d'obtenir l'équivalent de sa créance”* elle n'en constitue pas pour autant un paiement prohibé en période suspecte au sens de l'article L. 632-1 du code de commerce. Et ce d'autant que la constitution de la sûreté est antérieure à la cessation des paiements. Et elle a ajouté que la preuve de la connaissance par le créancier de l'état de cessation des paiements du débiteur au jour de la réalisation du gage n'est pas établie.

2-3 Le pourvoi est articulé en un seul moyen, et quatre branches, dont deux seulement retiendront l'attention, la première qui, s'appropriant le principe posé par l'arrêt de la chambre commerciale en date du 19 février 2013, soutient que *“s'agissant d'un gage portant sur des éléments visés à l'article L. 527-3 du code de commerce, les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage de meubles sans dépossession”* et la dernière qui invite à confronter la réalisation du pacte comissoire en période suspecte aux dispositions d'ordre public du droit des procédures collectives. Les deux autres branches pourraient relever d'une non admission.

## 3/ - Textes applicables

A quelques modifications (postérieures) près, le gage sans dépossession de droit commun et le gage de stocks prévu par le code de commerce sont issus d'un même texte, à savoir l'ordonnance n° 2006.346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

3-1 S'agissant du **gage sans dépossession de droit commun sur choses fongibles**, on relèvera:  
- quant à sa constitution : que, dès lors qu'il est commercial, le gage de droit commun n'exige aucun écrit, malgré les dispositions contraires du Code civil. Ainsi en a jugé la chambre commerciale dans un arrêt du 17 février 2015<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Cass com, 17 février 2015, n° 13-27.080 : *“l'article L. 521-1, alinéa 1 du code de commerce, qui n'a pas été modifié par l'ordonnance 2006.346 du 23 mars 2006, permettant de constater par tous moyens le gage commercial, rend inapplicable à ce dernier les dispositions de l'article 2336 du Code civil qui subordonnent la validité du gage à la rédaction d'un écrit”*.

- quant à sa publicité (condition d'opposabilité et non de validité) : que le gage est publié par une inscription sur un registre spécial tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le constituant est immatriculé (décret du 23 décembre 2006).
- quant à la protection du créancier : qu'il résulte de l'article 2342 du Code civil que "le constituant peut les aliéner (les stocks) si la convention le prévoit, à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes".
- quant à sa réalisation : "qu'il peut être convenu, lors de la constitution du gage ou postérieurement, qu'à défaut d'exécution de l'obligation garantie le créancier deviendra propriétaire du bien gagé" (article 2348 du Code civil).

3-2 S'agissant **du gage sur stocks** prévu par les dispositions des articles L. 527-1 et suivants du code de commerce, on retiendra en revanche :

- quant à sa constitution : qu'il résulte nécessairement (*ad validitatem*) d'un acte sous seing privé contenant un certain nombre de mentions obligatoires dont la liste figure à l'article L. 527-1 du code de commerce.
- quant à sa publicité (condition de validité, et pas seulement d'opposabilité aux tiers) : que l'inscription sur le registre tenu au greffe doit intervenir "dans le délai de quinze jours à compter de la formation de l'acte constitutif". Cette condition de délai est, elle-aussi, prescrite à peine de nullité.
- quant à la protection du créancier : qu'elle est double - d'une part, "le privilège du créancier passe de plein droit des stocks aliénés à ceux qui leur sont substitués" (L. 527-5 du code de commerce) et d'autre part le législateur a créé une procédure de reconstitution de la garantie en cas de diminution de 20% de la valeur des stocks. (L. 527-7 du code de commerce).
- quant à sa réalisation : qu'elle est nécessairement judiciaire (est réputée non-écrite toute clause prévoyant que le créancier deviendra propriétaire des stocks en cas de non-paiement de la dette exigible par le débiteur - article L. 527-2 du code de commerce).

3-3 On en aura terminé avec cette présentation des textes applicables en soulignant que, de façon simultanée, ont ainsi été introduits en droit français deux gages d'objet similaire mais assez largement distincts dans leurs régimes juridiques<sup>9</sup>; que les dispositions qui régissent l'un (gage de droit commun) ne précisent pas s'il peut porter sur des stocks mais ne l'excluent pas non plus, tandis que celles qui organisent l'autre (gage de stocks) ne font rien d'autre que de l'autoriser expressément pour la garantie des créances professionnelles détenues par des établissements de crédit ou des sociétés de financement<sup>10</sup> à l'occasion d'une opération de crédit.

3-4 **Quelle était l'intention du législateur?** Avait-il la volonté de laisser les parties libres de choisir entre les deux régimes?

---

<sup>9</sup> L'ordonnance du 4 août 2008 a ajouté un 4° à l'article 2286 du Code civil de telle sorte que peut désormais se prévaloir d'un droit de rétention "celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession". Toutefois, cette réforme est neutre au regard de la question qui nous préoccupe, puisqu'elle concerne tous les gages sans dépossession, donc autant le gage sur biens fongibles du Code civil que le gage spécial de stocks du Code de commerce.

<sup>10</sup> L'ordonnance n° 2013-544 a, en effet, modifié l'article L. 527-1 du code de commerce en y ajoutant, comme bénéficiaire potentiel du gage de stocks, les sociétés de financement.

En réalité, il est sans doute difficile d'identifier précisément l'intention des auteurs d'un texte qui a été constitué d'alluvions successives correspondant à autant d'objectifs, eux-mêmes successifs et parfois contradictoires. Ainsi, il a été soutenu qu'il s'agissait de favoriser le crédit et d'éviter le *law shopping* au détriment du droit français (on sait qu'en matière de sûretés la concurrence des systèmes juridiques n'est pas un risque abstrait), mais aussi et tout à la fois qu'il convenait de protéger les entreprises contre les possibles conséquences dommageables d'une sûreté potentiellement dangereuse puisque pouvant aboutir à menacer leur activité.

Pourquoi un sort différent pour les établissements de crédit? On a pu dire que l'interdiction faite aux établissements de crédit de se prévaloir d'un pacte comissoire tenait à la nature des relations qu'ils entretiennent avec leurs clients et aux informations confidentielles qu'ils sont les seuls à détenir sur la santé économique et financière de ceux-ci.

Autrement dit, les autoriser à réaliser le gage sans passer par la case Justice serait de nature à leur permettre, et à eux seuls, d'anticiper l'ouverture imminente d'une procédure collective. Et il faut bien reconnaître que, plus sans doute qu'aucun autre, notre dossier est de nature à encourager ce type d'analyse - 8 janvier, déclaration de cessation des paiements du déclarant - 9 janvier, résiliation du contrat de prêt - 16 janvier, tentative de réalisation du gage et 19 janvier, ouverture du redressement judiciaire.

Observons toutefois que l'établissement prêteur n'est pas forcément la banque habituelle de l'entreprise, celle où se trouvent ses comptes (on ne le sait d'ailleurs pas au cas particulier, et ce n'est pas invoqué). Surtout, si tel était l'objectif du législateur en organisant un régime spécifique du gage pour les établissements de crédit, pourquoi avoir étendu en 2013 celui-ci aux sociétés de financement? De quelles informations celles-ci pourraient-elles disposer que n'auraient pas les autres créanciers, notamment les fournisseurs?

Le rapport au Président de la République, à propos de l'ordonnance 2006-346 du 23 mars 2006, offre des raisons de penser qu'il s'agissait tout autant, sinon plus, de mieux garantir les créanciers gagistes que de protéger les constituants. A ce titre, relevons cette observation : "l'utilisation de cette sûreté en qualité de créancier est réservée aux établissements de crédit, ceux-ci disposant seuls des moyens leur permettant d'évaluer la consistance de l'objet donné en garantie".

Ne préexistent donc à notre débat, au moment d'en examiner le cadre puis le contenu, que le doute et l'incertitude.

#### **4/ - Le cadre du débat.**

##### **4-1 Le débat ne porte pas sur l'interdiction du pacte comissoire en soi.**

Certes, on a dit que celui-ci était désormais autorisé par le droit commun du gage (article 2348 du Code civil et, s'agissant du gage commercial, L. 521-3 du code de commerce) mais prohibé en matière de gage de stocks. Et beaucoup ont voulu voir dans cette différence majeure le seul enjeu véritable de notre problématique.

Pour autant, on observera qu'il y a une autre hypothèse dans laquelle l'ordonnance du 23 mars 2006 a interdit le pacte comissoire, il s'agit des gages constitués en garantie d'un crédit à la

consommation. L'article L. 311-32 du code de la consommation a en effet été complété par la précision qu'en "cas de défaillance de l'emprunteur, seuls les modes de réalisation du gage autorisés par les articles 2346 et 2347 du Code civil (réalisation judiciaire) sont ouverts aux créanciers gagistes, à l'exclusion du pacte comissoire prévu par l'article 2348 qui est réputé non écrit".

Si l'application de ce texte n'a pas soulevé de difficulté, c'est parce qu'il ne s'intègre pas, comme l'article L. 527-2 du code de commerce, dans le régime particulier d'un gage spécial, mais qu'il a été conçu comme une règle directement dérogatoire au droit commun. Autrement dit, en matière de crédit à la consommation c'est le régime du gage de droit commun qui s'applique sous tous ses aspects à la seule exception de l'autorisation du pacte comissoire. Dès lors, la portée de la règle dérogatoire prévue par l'article L. 311-32 du code de la consommation ne peut pas faire débat: les parties n'ont aucune liberté de choix et aucune possibilité de se prévaloir d'une clause contraire. Il s'agit très clairement d'un rapport de principe à exception, de telle sorte qu'il ne peut y avoir la moindre hésitation sur l'application de l'exception, sauf à la nier dans son existence même.

Il n'en va pas de même de la prohibition qui résulte de l'article L. 527-2 du code de commerce. Puisque celui-ci fait partie intégrante d'un ensemble de règles qui définissent un gage spécifique, sa portée dépend de la liberté laissée, ou non, aux parties de s'extraire du cadre restrictif de ce gage spécial. Ce n'est que dans le cas où serait posé en règle que celui-ci a un caractère exclusif que le pacte comissoire serait interdit, quel que soit le contenu du contrat, dans tous les cas où les stocks sont l'objet du gage. Il n'est donc pas ici question d'une exception à un principe mais d'une dualité de régimes dont il faut se demander si le choix de se prévaloir de l'un est interdit par l'existence de l'autre.

Les choses auraient été différentes, bien sûr, si le législateur n'avait consacré au gage sur stocks que la seule disposition relative à la prohibition du pacte comissoire et l'avait conçue comme le pendant de l'article L. 311-32 du code de la consommation, c'est à dire s'il s'était borné à dire que, lorsque le gage a été constitué sur les stocks de l'entreprise, il ne peut être réalisé, en cas de défaillance du débiteur, que sur autorisation judiciaire. En effet si c'était des considérations d'ordre public (de protection) qui avaient guidé le législateur, c'est à dire si l'objectif n'avait été que de protéger le professionnel au motif que, comme l'ont souligné des auteurs, les stocks lui sont essentiels car "il ne peut plus exercer son activité s'ils disparaissent au profit d'autrui"<sup>11</sup>, il n'était pas nécessaire de créer un autre mode de gage, il suffisait de poser, dans le domaine des stocks gagés pour garantir des opérations de crédit, la même interdiction que celle qui a été introduite en matière de crédit à la consommation.

#### **4-2 La solution ne peut résulter de l'application de l'adage "*specialia generalibus derogant*".**

On a beaucoup voulu expliquer (souvent pour y trouver une raison supplémentaire de la critiquer) la décision rendue le 19 février 2013 par la chambre commerciale en faveur du caractère impératif des textes relatifs au gage de stocks (dès lors qu'en sont réunies les conditions) par l'application de cet adage. Autrement dit, en présence de deux gages aux régimes différents, introduits en

---

<sup>11</sup> L Andreu et JF Quievy, L'exclusivité du gage de stocks du code de commerce : regards convergents d'un universitaire et d'un praticien, Petites affiches, 29 mai 2013, n° 107.

même temps dans notre droit, ce serait parce qu'est spécial le gage de stocks, et plus général le gage sans dépossession de biens fongibles, que la chambre commerciale aurait décidé que, dès lors que la sûreté constituée entrait dans le périmètre du premier, il était interdit aux parties de faire le choix de lui appliquer les règles qui gouvernent le second.

Le contenu de la décision ne permet pas de savoir si c'est cet argument qui a emporté la conviction des magistrats composant la chambre commerciale, sauf à considérer que le recours dans la décision à l'expression : "droit commun du gage de meubles sans dépossession" ne correspondrait pas seulement à la nécessité de nommer la sûreté que l'on écarte mais vaudrait aussi référence implicite à l'adage susvisé.

Quoiqu'il en soit, il me semble que la règle *specialia* n'est d'aucun secours dans la problématique particulière dont vous a saisi le pourvoi.

Lorsque se trouvent en conflit deux normes impératives de même rang (conflit dit horizontal), on en voit bien la pertinence. Il y a un conflit et, en l'absence d'indication dans la loi, il faut trouver les moyens de sa solution. C'est par exemple ce qu'a fait la chambre commerciale dans son arrêt précité du 17 février 2015 où il lui a fallu arbitrer entre une disposition de droit commun (l'article 2236 du Code civil : le gage est parfait par l'établissement d'un écrit...) et une disposition spéciale préexistante ( L. 521-1 du code de commerce qui renvoie à l'article L. 110-3 du même code : liberté de la preuve en matière commerciale), toutes les deux impératives et exclusives l'une de l'autre en ce sens qu'elles ne pouvaient pas s'appliquer concomitamment, et que l'arbitrage entre elles ne pouvait pas relever du choix des parties . On sait que la chambre commerciale s'est finalement déterminée en faveur de la disposition spéciale<sup>12</sup>.

Dans notre hypothèse, toute la question est au contraire de savoir s'il y a conflit ou si les deux séries de règles peuvent exister concurremment (ce qui est le sens de l'arrêt attaqué). Il faut redire, en effet, que l'alternative n'est pas entre deux normes exclusives l'une de l'autre, mais entre l'attribution d'un caractère impératif à l'un des deux régimes possibles et le jeu normal de la liberté contractuelle.

Il n'est pas possible de postuler l'existence du conflit, car cela reviendrait à nier *a priori* ce principe de liberté; or décider d'utiliser un outil de règlement des conflits comme la règle *specialia* c'est bien postuler l'existence d'un conflit<sup>13</sup> .. et donc ne pas répondre à la question posée, ou du moins inverser l'ordre des questions puisqu'avant de se demander pour lequel des deux régimes doit se prononcer le juge quand sont remplies les conditions de l'un et de l'autre, il faut d'abord s'interroger sur le point de savoir si cette décision doit effectivement être celle du juge ou bien celle des parties, autrement dit si ce n'est pas le choix fait par ces dernières qui doit s'imposer.

Sinon, il faudrait considérer que la liberté contractuelle est, par principe, écartée à chaque fois qu'une convention est susceptible de relever de deux régimes distincts dont l'un est plus général

---

<sup>12</sup> Ce qui impliquait, en réalité, l'application d'un autre adage en forme de réciproque : *generalia specialibus non derogant*.

<sup>13</sup> Comme le souligne un auteur, "la reconnaissance d'une abrogation implicite repose sur l'existence d'une incompatibilité entre la loi nouvelle et la loi ancienne. Leur application simultanée étant irréalisable, il faut choisir entre elles...". François Terré, Introduction générale au droit, n° 486 - Dalloz 7<sup>ème</sup> édition.



que l'autre<sup>14</sup>. Or ce n'est pas le cas. Ainsi, on sait qu'en matière de cession de créances l'existence d'un régime spécial n'interdit pas aux parties de choisir le régime général du Code civil: "l'article L. 214-43 du code monétaire et financier n'interdit pas le recours à d'autres modes de cession de créances" a dit la chambre commerciale de la Cour de cassation<sup>15</sup>. On ne peut exclure *a priori* qu'il puisse en aller de même en matière de gage de stocks.

## **5- Le contenu du débat : liberté de choix ou régime exclusif?**

### **5-1 L'article L. 527-1 du code de commerce ne contient pas de prohibition, mais procède au contraire par voie d'autorisation.**

Contrairement à ce que pourrait laisser penser la façon dont a été formulée la règle posée par l'arrêt de la chambre commerciale en date du 19 février 2013, l'article L. 527-1 du code de commerce n'est pas rédigé en termes d'obligation, ou d'interdiction, mais de possibilité: "tout crédit consenti par un établissement de crédit ou une société de financement à une personne morale de droit privé ou à une personne physique dans l'exercice de son activité professionnelle peut être garanti par un gage sans dépossession des stocks détenus par cette personne".

Autrement dit, ce n'est pas parce que le gage a été constitué au profit d'une société de crédit qu'il ne peut pas relever du droit commun. En revanche, c'est parce que le gage a été constitué au profit d'une société de crédit qu'il peut relever du gage spécifique du code de commerce. Faire dire l'inverse au texte serait *contra legem*.

En introduisant dans notre droit positif le gage de stocks au moyen d'un texte qui n'exprime rien d'autre que l'autorisation d'y recourir, le législateur a pu vouloir dire deux choses qui se trouvent être exclusives l'une de l'autre, mais deux choses seulement:

- Soit il a simplement voulu donner à certains créanciers une autre possibilité de gager les stocks, en plus (et différemment) de celle que leur ouvrait le droit commun du gage.

- Soit, au contraire, c'est parce qu'il a considéré que le droit commun du gage sans dépossession de choses fongibles ne permettait pas de gager les stocks qu'il a décidé de créer un régime spécial pour autoriser cette sûreté à certains créanciers, dans certains cas et sous certaines conditions. Il se serait alors agi de pallier un manque: ce ne sont pas les textes relatifs au gage de stocks qui interdisent le recours au droit commun; si interdiction il y a, elle serait donc ailleurs.

Et si les textes consacrés spécifiquement au gage de stocks n'impliquent pas, par eux même, un choix entre les deux branches de l'option, ils permettent en revanche de préciser les implications de ce choix.

### **5-2 Donner un caractère exclusif aux règles du code de commerce aboutirait à ce qu'en dehors de leur périmètre soit interdit à quiconque tout gage de stocks sans dépossession.**

---

<sup>14</sup> Dans le même sens : Jean Jacques Ansault, Revue de droit bancaire et financier, septembre 2014, page 3, n°6: cette solution "commanderait d'exclure toutes sûretés de droit commun en présence de régimes particuliers".

<sup>15</sup> Cass com, 6 décembre 2011, n° 10-24.353.

En 2013, la chambre commerciale a considéré que les dispositions des articles L. 527-1 et suivants du code de commerce avaient un caractère impératif.

Je ne suis pas certain qu'ait toujours été exactement perçue la conséquence obligatoire du principe ainsi posé, à savoir qu'il n'y a pas de possibilité de gager les stocks en dehors du régime spécial du code de commerce et aux conditions de ce texte, ce qui revient à dire qu'il ne devrait y avoir de gage portant sur les stocks que lorsqu'il s'agit de garantir un crédit octroyé par un établissement de crédit ou une société de financement.

Certains feront peut-être observer que ce n'est pas ce que paraît impliquer l'arrêt du 19 février 2013 et qu'en disant que "les parties, dont l'une est un établissement de crédit, ne peuvent soumettre leur contrat au droit commun du gage" la chambre commerciale aurait, au contraire, laissé entendre que dans tous les autres cas, soit que le crédit émane par exemple des fournisseurs dont on rappellera qu'ils sont les premiers dispensateurs de crédits aux entreprises, soit que la créance garantie ne porte pas sur une opération de crédit, le gage de droit commun demeurerait possible.

C'est sans doute la preuve qu'il faut se méfier de la lecture *a contrario* des décisions de la Cour de cassation. En tous cas, ici une telle lecture serait, on l'a dit, frontalement *contra legem*. Soulignons le à nouveau, l'article L. 527-1 du code de commerce n'interdit rien, il ne fait qu'ouvrir une possibilité; soit celle-ci s'ajoute à une autre dont disposeraient alors aussi tous les autres créanciers tout en réservant aux établissements de crédit et aux sociétés de financement une option qui leur est propre (c'est la solution retenue par l'arrêt attaqué), soit elle autorise ces derniers, et eux-seuls, à bénéficier d'un gage sur stocks dans un paysage général qui ne le permettrait pas (et, en dépit d'une rédaction dont on conviendra qu'elle est imprécise sur ce point particulier, c'est nécessairement ce qu'implique la solution adoptée en 2013 par la chambre commerciale). Il n'y a pas de troisième branche à l'alternative.

En résumé, décider que les établissements de crédit et les sociétés de financement doivent impérativement avoir recours aux règles spécifiques des articles L. 527-1 et suivants s'ils entendent faire garantir leur créance par un gage sur les stocks de leur débiteur reviendrait donc nécessairement à considérer que les autres créanciers ne le pourraient en aucun cas, même sur le fondement du droit commun.<sup>16</sup>

### **5-3 Pourtant, quoique ne le prévoyant pas expressément, le gage sans dépossession du Code civil permet de gager les stocks.**

On sait que le gage de droit commun n'implique plus la dépossession de la chose gagée puisque celle-ci n'est désormais qu'une modalité parmi d'autres de son opposabilité. Ainsi l'ordonnance du 23 mars 2006 a-t-elle levé l'un des principaux obstacles à la possibilité de gager les stocks. En

---

<sup>16</sup> C'est l'avis de l'une des commentatrices de l'arrêt de la chambre commerciale, Julie Clavel-Thoraval, Droit du financement, Lamy n° 82, mai 2013 : "ainsi, à s'en tenir à la *ratio legis* qui vise la protection de la survie de l'entreprise par un régime encadré du stock, le stock ne devrait pas pouvoir faire l'objet d'un gage en dehors de ce régime spécial. A défaut, cette protection spéciale deviendrait inutile si elle n'était imposée qu'en présence d'un créancier/établissement bancaire".

effet le plus souvent ceux-ci sont indispensables à l'activité de l'entreprise et impliquent donc l'absence de dépossession.

Dans la mesure où, par ailleurs, le gage peut porter sur des biens mobiliers présents ou futurs, en ce compris des choses fongibles, et que la convention peut prévoir une possibilité d'aliénation des dites choses fongibles sous la condition de leur remplacement par "la même quantité de choses équivalentes", on voit qu'a ainsi été dessiné un paysage favorable au gage sur stocks, ou du moins (et on verra que la nuance n'est pas sans conséquence dans notre débat<sup>17</sup>) sur les biens contenus dans ces stocks. On sait que c'est ainsi que la réforme avait été conçue à l'origine, et que la doctrine majoritaire a considéré que l'introduction *in extremis* d'un gage spécifique sur stocks dans le code de commerce n'avait pas, pour autant, interdit le recours au droit commun.

Parmi des dizaines et des dizaines d'articles et de commentaires en ce sens, on en citera deux qui illustrent tout à la fois la genèse et la portée de ce gage sur choses fongibles de droit commun.

- D'abord l'article de Monsieur Riffard : "De fait, le droit français des sûretés va présenter, pendant plus de deux siècles, une lacune considérable - voire incompréhensible: il n'existait aucune sûreté sans dépossession permettant aux commerçants et industriels de grever facilement et efficacement leurs stocks. Il fallut attendre la réforme du 23 mars 2006 pour que soit enfin introduite dans notre droit positif une telle sûreté, ou plus exactement deux nouvelles sûretés. En effet, alors que le nouveau gage du Code civil autorise parfaitement l'engagement de tels biens, le législateur a éprouvé le besoin de consacrer au code de commerce, un nouveau gage spécifique : le gage de stocks."<sup>18</sup>

- Et puis le commentaire du professeur Legeais: "le gage sans dépossession a le même champ d'application que le gage avec dépossession. Comme lui, il peut donc porter sur des biens meubles présents et futurs. Il peut porter sur des choses fongibles. Ainsi conçu, ce gage peut donc parfaitement concerner les stocks de marchandises. Les rédacteurs du projet avaient même expressément envisagé cette hypothèse. Dès lors il va exister une concurrence entre ce gage et le gage sur stocks. Il semble en effet assez délicat de refuser à un professionnel le bénéfice du gage de droit commun alors même qu'il remplit les conditions pour bénéficier du gage sur stocks"<sup>19</sup>.

C'est donc de manière tout à fait paradoxale que l'on a pu, en s'appuyant sur la conjonction de deux textes dont l'un n'interdit rien et l'autre n'impose rien, tout à la fois exclure le régime de droit commun et rendre impératif le régime spécifique.

---

<sup>17</sup> Cf *infra* 5-4.

<sup>18</sup> Jean-François Riffard, Quel devenir pour les sûretés sectorielles en matière agricole et commerciale, *Requiem ou statu quo?* - Revue de Droit rural, n° 372, avril 2009, paragraphe 16.

<sup>19</sup> Dominique Legeais, Le gage sur meubles corporels, *in* Contrats Concurrence Consommation, n°6, juin 2006, paragraphe 39.

#### **5-4 Or, pas plus que chacun des textes pris séparément, leur conjonction n'apparaît de nature à imposer le caractère exclusif du gage de stock.**

En effet, pour les tenants de l'exclusivité, au delà même des règles qui l'organisent, c'est l'institution même d'un gage spécifique sur les stocks qui en impliquerait le caractère obligatoire sauf à la priver de sens. Il ne s'agit pas, on l'a dit, d'une application de la règle *specialia* mais de l'invocation de l'utilité du texte.

Il est certain que les articles L. 527-1 et suivants du code de commerce ont doté le gage de stocks d'un régime lourd et contraignant. Ses modalités de constitution et de publicité sont beaucoup plus exigeantes que celles du gage de droit commun; et celles de sa réalisation sont nécessairement judiciaires, à rebours du mouvement général de déjudiciarisation du droit des sûretés. Si bien que l'idée qui domine (y compris d'ailleurs chez la plupart des auteurs qui sont partisans de la liberté contractuelle) est que si l'on ouvre le choix aux parties, le gage de stocks du code de commerce est une institution mort-née.

Il faut s'interroger sur la pertinence de ce diagnostic.

Bien sûr, on ne peut nier qu'il n'y a de sens à ériger en principe la liberté du choix des parties qu'autant qu'un choix leur est effectivement proposé (c'est à dire concrètement, et pas seulement sur un plan théorique). De ce point de vue, il n'est pas absurde de considérer que, pour qu'il y ait un choix réel en matière de gage sur stocks, il ne suffit pas de constater l'existence de deux régimes possibles, encore faut-il que ceux-ci soient réellement en concurrence, c'est à dire que chacun présente un jeu plus ou moins équilibré d'avantages et d'inconvénients de sorte que l'intérêt des parties à choisir l'un ou l'autre puisse varier en fonction de chaque situation particulière.

Autrement dit, s'il devait être considéré que le gage sur stocks ne présentait que des inconvénients pour les créanciers par rapport au gage de droit commun, il serait abusif de soutenir qu'un choix leur est réellement ouvert puisque, sauf à tourner le dos à leurs intérêts, ils n'auraient d'autre solution que de s'orienter nécessairement et dans tous les cas vers la sûreté de droit commun. Il faudrait dès lors, ou bien assortir le gage de stocks d'un caractère impératif, ou bien accepter l'idée que le législateur a introduit dans le droit positif une institution dépourvue d'utilité.

Mais en réalité, et contrairement à ce qui est habituellement soutenu, le gage spécifique du code de commerce a été doté d'un régime trop complexe et trop riche pour qu'il puisse être considéré qu'il ne présente que des inconvénients. Ainsi, il n'est pas interdit de trouver, dans les règles qui organisent la protection des créanciers, un atout qui ne se retrouve pas dans le gage de droit commun. Le professeur Torck avait fait observer au moment de la promulgation de l'ordonnance<sup>20</sup> que cette qualité de la protection était liée à une différence dans l'objet du gage. Il résulte en effet de l'article L. 527-3 du code de commerce que le gage porte sur le stock, c'est à dire comme l'avait souligné cet auteur que "le gage ne porte pas tant sur des biens - le contenu - que sur des stocks - le contenant" alors que la sûreté du Code civil, où n'est pas employé le terme de stocks, porte en réalité sur le contenu, à savoir des choses fongibles.

Quoiqu'il en soit, la réalité est bien que, dans le gage de stocks, "le privilège du créancier passe de plein droit des stocks aliénés à ceux qui lui sont substitués, indépendamment de la matérialité

---

<sup>20</sup> Stéphane Torck, Les garanties réelles mobilières sur bien fongibles après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, *Revue de droit bancaire et financier*, n° 4, juillet 2006, paragraphe n°21.

des biens nouveaux venant prendre la place des biens initialement engagés; ce qui explique également que lorsque l'état des stocks fait apparaître une diminution de 20% de la valeur telle que mentionnée dans l'acte constitutif, le créancier peut mettre en demeure le débiteur, soit de rétablir la garantie, soit de rembourser une partie des sommes prêtées en proportion de la diminution constatée. Le maintien des stocks doit donc avant tout s'apprécier en valeur (...) et non pas en nature; peu important pour le créancier gagiste la matérialité des biens qui composent les stocks dès l'instant où la valeur engagée est maintenue à un niveau suffisant"<sup>21</sup>.

Cela constitue une vraie différence avec le régime de droit commun que l'on décrira en continuant à s'abriter derrière le même auteur : " tout au contraire (...) le gage à domicile sur choses fongibles ne peut être amené à porter que sur des biens de même espèce et de même qualité. L'article 2342 *in fine* est implicitement en faveur de cette analyse puisqu'il prévoit que lorsque le constituant est autorisé à aliéner les biens mis en gage, il doit les remplacer par la même quantité de choses équivalentes; autrement dit par des choses de même espèce et de même qualité."<sup>22</sup>

### **5-5 C'est donc bien un véritable choix qui est offert aux parties .**

Ou bien les cocontractants optent pour un gage simple dans sa constitution et déjudiciarisé dans son exécution, la contrepartie de cette plus grande souplesse étant que les règles de préservation de la garantie sont en revanche peu élaborées. Ou bien elles optent pour un gage solennel et méticuleux dans sa constitution et judiciaire dans son exécution, mais avec un système de préservation de la garantie plus souple et plus sûr. On ajoutera que chacune des deux formules présente des atouts et des inconvénients tant pour le créancier gagiste que pour le constituant, de telle sorte qu'il n'est pas possible de considérer que le choix de l'absence d'exclusivité se ferait nécessairement au détriment de l'une des parties.

Dans ces conditions, il serait excessif de soutenir que le respect de la liberté contractuelle se traduira inéluctablement par la désaffectation du gage sur stocks, même s'il n'est sans doute pas faux que l'autorisation du pacte comissoire puisse peser lourd dans un certain nombre de cas et rendre plus attirant le régime de droit commun.

Reste qu'il est certain que la manière dont a été introduit le gage de stocks dans le code de commerce, et la façon dont son régime a été conçu, conduisent, près de dix ans après, à plus d'interrogations que de certitudes. En définitive, le choix est donc entre d'une part la liberté contractuelle, au risque sans doute de quelques abus, en nombre nécessairement très limité puisque susceptibles de ne se produire que pendant une période très brève, celle qui va des difficultés qui conduisent à ce que ne soient pas honorées les échéances d'un prêt au jugement d'ouverture d'une procédure collective, et d'autre part l'attribution d'un caractère impératif au gage de stocks, au prix d'une exclusion des créanciers qui ne sont ni organisme de crédit ni société de financement, contrairement très vraisemblablement à l'intention réelle du législateur. Au risque en outre de l'annulation et donc de la perte de très nombreuses sûretés constituées depuis 2006 puisque le caractère solennel du gage de stocks et les règles particulières de sa publicité interdisent qu'un gage de droit commun irrégulier se mue de plein droit en gage de stocks.

---

<sup>21</sup> Stéphane Torck, *ibid.*

<sup>22</sup> Stéphane Torck, *ibid.*

**Mon avis est que, lorsque la loi est obscure et l'intention du législateur peu lisible, il ne faut pas que la jurisprudence ajoute de la contradiction à l'incertitude. Il y a moins de risque à choisir la liberté. Je suis au rejet de la première branche.**

## **6- On pourra être beaucoup plus court sur la quatrième branche qui pose une question classique de droit des procédures collectives.**

On sait qu'il résulte des dispositions de l'article L. 622-7 du code de commerce que le jugement ouvrant la procédure collective "met obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un pacte comissoire". On a dit qu'au cas particulier, la procédure de redressement judiciaire a été ouverte postérieurement à la réalisation par le créancier gagiste du pacte comissoire.

Pour autant, cet acte de réalisation est intervenu pendant la période suspecte. Certes, l'article L. 632-1 du code de commerce, relatif à la nullité des actes de la période suspecte, n'envisage ni la conclusion ni la réalisation d'un pacte comissoire, mais son 4° interdit le paiement de dettes échues autrement que par "les modes de paiement communément admis dans les relations d'affaires".

A ce titre, il a été jugé que la dation en paiement n'était pas un mode normal de paiement. Ainsi que le souligne un auteur:<sup>23</sup> "tombent sous le coup du texte, à titre d'exemple, les datations en paiement puisque le débiteur se libère par la remise d'un bien autre que celui qui était prévu et, en général, une chose à la place d'espèces. Elles entraînent une modification de l'objet de l'obligation qui les rend annulables 'par nature' du moins si la remise d'un bien en paiement n'était pas prévue dans le contrat initial".

On observera que ce n'est donc pas le paiement en nature qui est, en tant que tel, le critère de la dation en paiement, mais la "modification de l'objet de l'obligation"<sup>24</sup> de telle sorte qu'on ne voit pas bien comment l'exécution d'un pacte comissoire pourrait constituer une dation en paiement.

Pour autant, la réalisation du pacte comissoire est-elle susceptible de constituer "en soi" un mode de paiement prohibé<sup>25</sup>, c'est à dire sans même qu'il soit besoin de la requalifier. Il me semble que cela ne pourrait être soutenu qu'au prix d'une approche erronée de ce que sont les nullités de la période suspecte et de leur raison d'être.

En effet, pour l'essentiel (c'est à dire à une seule exception près<sup>26</sup>) les nullités de la période suspecte visent des actes faits par le débiteur pendant la période suspecte. Comme l'indique un auteur : "il est en effet à craindre que le débiteur aux abois, pour faire face aux difficultés

---

<sup>23</sup> C Saint-Alary-Houin, Droit des entreprises en difficulté, Domat droit privé, 9<sup>ème</sup> édition, n°1151.

<sup>24</sup> Vocabulaire juridique Cornu, Dation en paiement : "modalité exceptionnelle du paiement consistant à changer l'objet même du paiement, en employant pour satisfaire le créancier (pour exécuter l'obligation) une chose autre que celle qui faisait l'objet de l'obligation.

<sup>25</sup> Ce qui est ce que dit, très exactement le quatrième moyen.

<sup>26</sup> Article L. 632-1, 7° du code de commerce: est également nulle "toute mesure conservatoire, à moins que l'inscription ou l'acte de saisie ne soit antérieur à la date de cessation des paiements".

financières qui l'assaillent, n'accorde des avantages à certains créanciers au détriment des autres, en consentant, par exemple, des sûretés en garantie de dettes antérieures ou des paiements de dettes non échues, ou qu'il ne cherche à organiser son insolvabilité en effectuant des libéralités ou des actes à titre gratuit".<sup>27</sup>

Au cas particulier, ce qui est incriminé par le liquidateur ce n'est pas le pacte commissaire en tant que tel puisque celui-ci est antérieur à la cessation des paiements, mais sa réalisation. Or celle-ci ne résulte pas à l'évidence d'un acte du débiteur. Si bien qu'à supposer même que l'on puisse considérer qu'il s'agit d'un paiement<sup>28</sup>, la réalisation du pacte commissaire ne peut en aucun cas tomber sous le coup des dispositions de l'article L. 632-1 du code de commerce.

### **Avis de rejet.**

---

<sup>27</sup> C Saint-Alary-Houin, *op cit* n° 1135.

<sup>28</sup> Ce qui serait inexact : le paiement se réalise par l'exécution de l'obligation principale, pas par la réalisation d'une sûreté.