

RAPPORT	
N° C1418435	Assemblée Plénière 23 novembre 2015
STE Mja C/ STE Bank of London and the Middle East PLC	<u>Rapporteur</u> : Nicole Planchon assistée du bureau du droit commercial du Sder

L'Assemblée plénière doit statuer sur le pourvoi formé par :

1°/ la société MJA, société d'exercice libéral à forme anonyme, dont le siège est 102 rue du Faubourg Saint-Denis, 75010 Paris, agissant en la personne de Me Jean-Claude Pierrel en qualité de liquidateur judiciaire de la société Recovco Affimet,

2°/ la société Recovco Affimet, société par actions simplifiée, dont le siège est 121 avenue des Champs-Élysées, 75008 Paris, contre l'arrêt rendu le 27 février 2014 par la Cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 9),

contre l'arrêt rendu le 27 février 2014 par la Cour d'appel de Paris (pôle 5, chambre 9), dans le litige les opposant à la société Bank of London and the Middle East PLC, dont le siège est 165 Queen Victoria street, London EC4V 4DD (Royaume-Uni), défenderesse à la cassation ;

## **1- RAPPEL DES FAITS ET DE LA PROCÉDURE**

Le rappel des faits et de la procédure qui suit est repris du rapport déposé devant la chambre commerciale avant le renvoi de l'affaire en assemblée plénière.

“La société Recovco Affimet, mise en redressement judiciaire le 19 janvier 2009, la date de cessation des paiements étant fixée au 8 janvier 2009 et M. Facques étant nommé administrateur judiciaire, a fait l'objet d'un plan de cession le 10 juillet 2009, M. Facques étant nommé commissaire à l'exécution du plan, puis d'une liquidation judiciaire le 14 septembre 2009, la SELAFA MJA, en la personne de Me Pierrel, étant nommée mandataire liquidateur.

La Bank of London and the Middle East PLC, qui avait consenti à la société Recovco un prêt garanti par un gage sans dépossession portant sur des stocks de marchandises, par acte du 17 décembre 2007 contenant un pacte comissoire, a résilié le contrat de crédit pour non paiement des échéances le 9 janvier 2009, notifié à la société la réalisation de son gage le 16 janvier 2009, puis revendiqué le stock constituant l'assiette de son gage le 21 avril 2009 et, enfin, saisi le juge-commissaire.

Par décision du 30 octobre 2009, ce dernier a ordonné la restitution à la banque du stock existant à la date du 16 janvier 2009 ou de sa contre-valeur et donné acte à celle-ci de ce qu'elle était en droit de réclamer le paiement de celui consommé postérieurement à cette date.

Par jugement du 25 juin 2010, le tribunal a confirmé l'ordonnance.

Pour confirmer le jugement, la Cour d'appel de Paris a, par arrêt du 3 mai 2011, retenu que :

- les parties pouvaient valablement soumettre leur sûreté au droit commun du gage, qui autorise le pacte comissoire ;
- le choix de recourir au gage de droit commun plutôt qu'au droit spécial du gage ne constituait pas une fraude à la loi ;
- la mise en oeuvre du pacte comissoire pendant la période suspecte n'encourait pas la nullité de droit prévue par l'article L. 632-2 du code de commerce.

Cette décision a été censurée par la chambre commerciale qui, par arrêt du 19 février 2013, a jugé 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”** (pourvoi n° 11-21.763 Bull. IV n° 29).

L'affaire a été renvoyée devant la cour d'appel de Paris, autrement composée, qui, résistant à la doctrine du précédent arrêt de cassation, a de nouveau décidé, par arrêt du 27 février 2014, que les parties avaient pu licitement soumettre leur sûreté au régime de droit commun du gage de choses fongibles, et confirmé le jugement déféré en toutes ses dispositions.

C'est l'arrêt attaqué par un pourvoi formé le 30 mai 2014 la société et son liquidateur, les sociétés MJA et Recovco Affimet, ont déposé le 25 août 2014 un mémoire ampliatif auquel a répondu la société Bank of London and the Middle East PLC par un mémoire en défense le 24 décembre 2014.

Par arrêt du 16 juin 2015, la chambre commerciale a ordonné le renvoi du pourvoi devant l'Assemblée plénière.

La procédure semble régulière et l'affaire en état d'être jugée.

## **2- ANALYSE SUCCINCTE DES MOYENS**

L'unique moyen de cassation, développé en quatre branches, fait grief à l'arrêt de confirmer l'ordonnance du juge-commissaire qui avait donné acte à la banque qu'elle était propriétaire des stocks tels que définis à l'article 1.1 du « contrat de gage de biens meubles » en date du 17 décembre 2007 :

1°) 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 ; que pour juger cependant que la banque avait régulièrement mis en oeuvre le pacte comissoire, la cour d'appel a décidé « qu'aucune disposition n'interdisant aux parties de choisir l'application du droit commun du gage, issu de la réforme de 2006, pour garantir un crédit consenti par un établissement financier à une personne dans le cadre de son activité professionnelle, la société et la banque ont pu valablement choisir, comme elles l'ont fait, de se référer aux dispositions des articles 2333 et suivants du code civil » ; qu'en statuant ainsi, quand les parties ne pouvaient valablement 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 ;

2°) alors que, en relevant que le contrat du 17 décembre 2007 emportait mise en gage sans

dépossession d'éléments visés par l'article L 527-3, n'a pas tiré les conséquences légales qui s'évinçaient de ses propres constatations, et a violé les articles 12, alinéa 2 du code de procédure civile, 6 et 2354 du code civil, ensemble les articles L. 527-1, alinéa 3, L. 527-2 et L. 527-4, alinéa 1er du code de commerce, ces derniers étant d'ordre public ;

3°) alors que, la soumission par les parties de leur contrat de gage au régime de droit commun, constituait donc une fraude à la loi puisqu'elle avait pour unique but de mettre en place un gage soumis au régime du gage des stocks tout en échappant à la prohibition du pacte comissoire ; qu'en jugeant le contraire la cour d'appel a violé par refus d'application la règle "fraus omnia corrumpit", ensemble l'article L. 527-2 du code de commerce ;

4°) alors qu'en retenant que la mise en oeuvre par la banque du pacte comissoire pendant la période suspecte ne constituait pas un paiement non communément admis dans les relations d'affaires, la cour d'appel a violé l'article L.632-1 du code de commerce.

A l'exception de la deuxième branche, les griefs sont identiques à ceux soulevés dans le précédent pourvoi.

Le mémoire en défense fait valoir que :

- l'analyse littérale des différents textes applicables ne permet pas de conclure au caractère impératif du gage des stocks et donc à l'exclusion du gage de droit commun ;
- on ne peut recourir à l'interprétation de la volonté du législateur concernant l'ordonnance du 23 mars 2006 pour justifier l'application exclusive du gage des stocks et l'éviction du gage sans dépossession de droit commun ;
- l'analyse du pourvoi repose sur deux contrevérités, consistant à faire valoir que l'impérativité du régime du gage des stocks découlerait, d'une part, de la nécessité souhaitée par le législateur de protéger spécifiquement les stocks de l'entreprise et, d'autre part, du caractère plus protecteur de ce régime pour le débiteur ;
- les éléments caractérisant la fraude ne sont pas réunis en l'espèce ;
- la réalisation du pacte comissoire pendant la période suspecte ne constitue pas un paiement non communément admis dans les relations d'affaires.

### **3- IDENTIFICATION DES POINTS DE DROIT À JUGER**

Le pourvoi pose les trois questions déjà soumises à la chambre commerciale par le précédent pourvoi ayant donné lieu à l'arrêt de cassation du 19 février 2013 :

- le gage consenti au profit d'un établissement de crédit et portant sur les stocks d'une société peut-il être soumis au droit commun qui autorise la stipulation d'un pacte comissoire ou doit-il être soumis au régime spécial prévu par l'article L. 527-1 du code de commerce dans le cadre duquel la clause comissoire est interdite ? Il s'agit de la question principale.
- le choix d'un gage de droit commun est-il constitutif d'une fraude dès lors que les conditions du gage des stocks du code de commerce sont réunies ?
- la mise en oeuvre d'un pacte comissoire peut-elle intervenir pendant la période suspecte sans encourir l'annulation prévue par l'article L. 632-1 du code de commerce ?

### **4- DISCUSSION CITANT LES RÉFÉRENCES DE DOCTRINE ET DE JURISPRUDENCE**

## **I - GAGE SANS DEPOSSESSION : CHOIX OU EXCLUSIVITE (Première et deuxième branches du moyen)**

Le législateur a, par la loi n° 2005-842 du 26 juillet 2005, confié au Gouvernement le soin de moderniser et rendre plus efficace et compétitif le droit des sûretés, notamment mobilières.

L'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 trouve son origine dans les travaux de la commission Grimaldi<sup>1</sup>, qui recommandait, outre l'élargissement de l'assiette du gage aux biens mobiliers actuels ou futurs et la généralisation de la possibilité de convenir d'un pacte comissoire, l'introduction du gage sans dépossession.

En effet, antérieurement, le gage sans dépossession était en quelque sorte le cousin pauvre des sûretés. Notre droit exigeait qu'en l'absence d'un texte spécial, une sûreté mobilière implique la dépossession de celui qui la constitue.

Certes, les textes spéciaux instituant une sûreté mobilière sans dépossession sur des biens divers, souvent extérieurs au code civil, se sont multipliés au fil des années. Mais leur foisonnement rendait particulièrement complexe, voire inefficace, le droit français des sûretés mobilières.

Il est ainsi apparu que le gage sans dépossession correspondait à une nécessité urgente pour les entreprises ainsi que s'en était fait l'écho la commission Grimaldi qui soulignait dans son rapport : *"Plus ambitieuse encore serait la réforme du gage : sûreté dont la complète refonte s'impose, notamment si l'on souhaite renforcer l'attractivité du droit français."*

Le rapport Grimaldi précisait également : *"En outre, lorsque le bien nanti est fongible ou constitue l'élément d'un ensemble, le détenteur pourrait l'aliéner si la convention l'y autorise, et les droits du créancier gagiste s'exerceraient alors sur le bien qui en serait la représentation (article 2339). Serait ainsi grandement facilitée la constitution du gage sur stocks, qui est aujourd'hui nécessaire au développement du crédit commercial"*.

La création, dans un chapitre II intitulé "Du gage", d'une sûreté réelle mobilière conventionnelle sans dépossession et polyvalente a donc semblé opportune. Deux autres propositions attendues par la pratique prolongent cette innovation : l'extension de l'assiette du nantissement et l'assouplissement de ses modes de réalisation.

Ainsi que le précise le rapport au Président de la République de l'ordonnance de 2006, le gage sans dépossession, qui *"est inspiré du security interest institué par l'article 9 du Code de commerce Uniforme des États-Unis d'Amérique, mais sans en être une simple copie (...) renforcerait l'attractivité du droit français, mais faciliterait aussi la reconnaissance en France de certaines sûretés constituées sous l'empire de lois étrangères"*.

L'ordonnance du 23 mars 2006<sup>2</sup>, qui impacte les codes civil, commercial et de la consommation, a été chaleureusement accueillie par la doctrine, même si certains lui reprochent de ne pas avoir supprimé les gages spéciaux<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Rapport du groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés remis le 31 mars 2005 au Garde des sceaux, consultable sur le site Internet du ministère de la justice

<sup>2</sup> Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006

<sup>3</sup> L. Aynes, le nouveau droit du gage, Droit et Patrimoine, 2007, n° 161

Ont donc vu le jour en vertu des nouvelles dispositions, d'une part, le gage de droit commun, prévu par les articles 2333 et suivants du code civil, qui autorise le gage sans dépossession et la conclusion d'un pacte comissoire, d'autre part, le gage des stocks, intégré dans le code de commerce aux articles L 527-1 et suivants, qui, au contraire, prohibe toute clause de transfert de propriété.

## **I - 1 - Analyse des régimes de gage en présence**

**L'analyse du rapport de la commission Grimaldi confirme la volonté de ses membres de promouvoir le gage des stocks dans le cadre du gage de droit commun.**

Tout milite, en effet, en ce sens : la définition générale du gage, combinée à la liste de l'arrêté du 1<sup>er</sup> février 2007 relatif à la nomenclature des biens susceptibles d'être gagés qui est suffisamment large et exhaustive<sup>4</sup>, le gage des stocks constituant l'une des déclinaisons du gage de droit commun et étant intégré comme tel dans le code civil.

Toutefois, la Chancellerie a estimé nécessaire d'intégrer, par la même ordonnance, mais dans le code de commerce, des dispositions spécifiques concernant le gage des stocks dont l'application est strictement encadrée et réservée aux établissements de crédit.

### **A / La comparaison du gage des stocks et du gage de droit commun**

#### 1/ Le champ d'application :

Le gage de droit commun est intégré dans le code civil aux articles 2333 à 2350, plus précisément à la section I intitulée "Du droit commun des gages" du chapitre II "Du gage de meubles corporels", du titre II, intitulé "Des sûretés réelles" figurant dans le livre IV consacré aux sûretés.

Simultanément, apparaît dans le code de commerce le gage des stocks régis par les articles L 527-1 et suivants, qui constituent le chapitre VII du titre II intitulé "Des garanties". Ce titre rassemble, non seulement, les dispositions générales du gage commercial (articles L 521-1 et suivants constituant le chapitre Ier) mais aussi les gages spéciaux comme le dépôt en magasins généraux (articles L522-1 et suivants constituant le chapitre II), le warrant hôtelier (articles L 523-1 et suivants constituant le chapitre III), le warrant pétrolier (articles L 524-1 et suivants constituant le chapitre IV), le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement (articles L 525-1 et suivants constituant le chapitre V) et un chapitre VI consacré à la protection de l'entrepreneur individuel et du conjoint (chapitre VI, articles L 526-1 et suivants) qui traite plus précisément de l'affectation de patrimoine.

---

<sup>4</sup> La rubrique 17° vise la catégorie "Autres"

L'article 2333 du code civil définit le gage comme "une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers par un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs". Cette présentation, très générale, concerne tout bien mobilier, ainsi que cela a été rappelé en introduction de ce chapitre, et ne limite ni les personnes ni les opérations concernées.

Le champ de l'article L 527-1 du code de commerce est beaucoup plus étroit :

- ✓ le gage ne peut être constitué que des biens listés à l'article L 527-3,
- ✓ le gage ne peut être consenti que dans le cadre d'une opération de crédit,
- ✓ par une personne morale de droit privé ou à une personne physique dans l'exercice de son activité professionnelle,
- ✓ à un établissement de crédit ou une société de financement<sup>5</sup>.

a/ Une opération de crédit

A l'époque de la signature du contrat, l'opération de crédit était définie par l'article 313-1 du code monétaire et financier comme *"tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie"*.

Depuis, cet article a été complété par un alinéa 2 disposant que *"sont assimilés à des opérations de crédit le crédit-bail, et, de manière générale, toute opération de location assortie d'une option d'achat"*<sup>6</sup>.

Pour alimenter la réflexion, il est utile de rappeler quelques chiffres mettant en relief la place des établissements bancaires dans le fonctionnement des entreprises et notamment des plus réduites. Ainsi que le relève un rapport établi par un groupe de travail constitué par le Conseil National de l'Industrie : *"Pour les TPE, les PME et les petites ETI, les banques sont et resteront la principale source de financement : dans l'industrie en 2012, les crédits bancaires de moyen-long terme représentaient ainsi encore 96% de l'endettement externe des PME, et 77% de celui des ETI."*<sup>7</sup>

Une autre source précise que *"Les entreprises non financières françaises (toutes tailles confondues) ont vu le montant de leur financement par crédit bancaire augmenter de 10 points de PIB entre 1995 et 2012 pour atteindre l'équivalent de 60 % du PIB en 2012. Les données préliminaires de 2013 et 2014 suggèrent un ratio similaire pour ces années."*<sup>8</sup>

---

<sup>5</sup> Cette précision a été apportée par l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013

<sup>6</sup> Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008

<sup>7</sup> Le financement des entreprises industrielles : rapport du groupe de travail au bureau du Conseil National de l'Industrie, novembre 2014, page 3 ; Pour rappel, la loi de modernisation de l'économie de 2001 définit les PME comme les entreprises qui occupent moins de 250 personnes, et qui ont un chiffre d'affaires annuel inférieur à 50 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 43 millions d'euros. Les ETI sont les entreprises n'appartenant pas à la catégorie des PME, occupant moins de 5 000 personnes et qui ont un chiffre d'affaire annuel inférieur à 1 500 millions d'euros ou un total de bilan n'excédant pas 2 000 millions d'euros.

<sup>8</sup> J. Cailloux, A. Landier, G. Plantin : Crédit aux PME, des mesures ciblées pour des difficultés ciblées ; Les notes du Conseil d'analyse économique, n° 18, décembre 2014

Concrètement, le montant des encours des crédits aux entreprises à la fin du mois d'août 2015 se montait à 858 milliards d'euros, soit un taux d'évolution annuel de + 3,2%. Sur ces 858 milliards d'euros, 591 milliards correspondent à des encours de crédit à l'investissement et 186 milliards à des crédits d'encours de trésorerie<sup>9</sup>.

#### b/ Etablissement de crédit et société de financement

A l'époque de la signature de la convention de gage, l'article L 527-1 du code de commerce ne concernait que les établissements de crédit définis à l'article L 511-1 du code monétaire et financier comme des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des opérations de banque, au sens de l'article L 311-1 du même code, et, notamment, les opérations de crédit.

C'est l'ordonnance n° 2013-544 du 27 juin 2013 qui a réformé le statut d'établissement de crédit en vue de l'entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> janvier 2014 du règlement européen CRR ("Capital requirements regulation"), qui transpose en Europe le nouveau cadre prudentiel dit de Bâle III, et qui a ajouté les sociétés de financement.

#### 2/ Les créances garanties :

Si le gage de droit commun garantit aussi bien des créances simples ou assorties de modalités particulières, de nature civile ou commerciale, actuelles ou futures qui, dans ce cas, doivent être déterminables, le gage des stocks concerne seulement tout crédit, de nature civile ou commerciale, qui constitue une créance actuelle.

#### 3/ L'assiette du gage

Le gage de droit commun concerne tout bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels (article 2333 du code civil) qui peuvent être fongibles (article 2341 du même code).

Le gage des stocks ne peut être consenti que sur "les stocks de matières premières et approvisionnements, les produits intermédiaires, résiduels et finis ainsi que les marchandises appartenant au débiteur et estimés en nature et en valeur à la date du dernier inventaire" (article L 527-3 du code de commerce).

Pour les deux gages (articles 2335, L. 527-1, alinéa 4 et L 527-3), le débiteur doit être le propriétaire des choses qu'il apporte en gage<sup>10</sup>. Toutefois, l'article 2334 du code civil autorise le gage par un tiers.

---

<sup>9</sup> Les chiffres clés de la Fédération Bancaire Française : Crédits à l'économie, mise à jour 7/10/2015

<sup>10</sup> Sont ainsi prohibés le gage de la chose d'autrui et le gage de biens faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété

#### 4/ Acte constitutif du gage :

Pour les deux types de gage un écrit est nécessaire<sup>11</sup>. Plusieurs mentions doivent y figurer :

- ❑ outre la désignation des parties, l'article 2336 du code civil prévoit seulement trois mentions obligatoires : "la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature" ;
- ❑ outre ces mentions, l'article L 527-1 du code de commerce exige que soit porté sur l'acte, à peine de nullité, la dénomination "acte de gage des stocks", l'indication que l'acte est soumis aux dispositions des articles L. 527-1 à L 527-11, le nom de l'assureur qui garantit contre l'incendie et la destruction et la durée de l'engagement.

#### 5/ Publicité du gage :

S'agissant d'un gage sans dépossession, la publicité est nécessaire pour rendre le gage opposable aux tiers. Les deux gages doivent donc être inscrits chacun sur des registres qui leur sont propres :

- ❑ le gage de droit commun doit être inscrit d'une part, dans un registre spécial tenu par le greffier du tribunal de commerce dans le ressort duquel le constituant est immatriculé ou, en l'absence d'immatriculation, dans le ressort duquel est situé son domicile ou son siège, d'autre part dans un fichier électronique national, tenu par le Conseil national des greffiers des tribunaux de commerce constitué en GIE, sur lequel est mentionnée l'existence des inscriptions<sup>12</sup> ;
- ❑ le gage des stocks est inscrit, en application de l'article L 527-4, sur un registre public tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le débiteur a son siège ou son domicile. Les modalités d'inscription, qui sont similaires à celles du gage de droit commun, sont prévues par le décret n° 2006-1803 du 31 décembre 2006.

L'inscription du gage des stocks doit, à peine de nullité, impérativement intervenir dans les 15 jours à compter de l'acte constitutif.

#### 6/ Conservation et surveillance

Les dispositions relatives au gage des stocks offrent plusieurs avantages au créancier qui peut ainsi :

- désigner un gardien (L 527-1 dernier alinéa),
- faire constater l'état des stocks à tout moment (L 527-5 dernier alinéa).
- en cas de diminution de la valeur des stocks de plus de 20 %, mettre en demeure le débiteur, soit de rétablir la garantie, soit de rembourser une partie des sommes prêtées en proportion de la diminution constatée. S'il ne lui est pas donné satisfaction, il peut exiger le remboursement total de la créance, considérée comme échue (L527-7).

Au rang des obligations pour le débiteur, celui-ci doit justifier que les stocks sont assurés contre les risques d'incendie et de destruction (article L 527-5).

Concernant le gage de droit commun, l'article 2344, alinéa 2, autorise le créancier à se

---

<sup>11</sup> Alors que cette formalité n'est pas nécessaire pour le gage commercial visé aux articles L 521-1 et suivants, règle rappelée par la chambre commerciale dans son arrêt du 17 février 2015 (n° 13-27.080 en cours de publication au bulletin)

<sup>12</sup> Décret n° 2006-1804 du 31 décembre 2006



prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de gage si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage.

Il convient également de rappeler les dispositions de l'article 1188 du code civil qui interdit au débiteur de se prévaloir du bénéfice du terme lorsque, par son fait, il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier. Mais selon la doctrine, ce texte ne protège pas le créancier comme l'article L 527-7 du code de commerce qui joue automatiquement en cas de simple diminution de valeur.<sup>13</sup>.

Il n'apparaît pas interdit que la convention de gage de droit commun prévoit des modalités de conservation et surveillance similaires à celles du gage des stocks.

#### 7/ Possibilité de substitution des objets gagés :

S'agissant du gage des stocks, le 2<sup>ème</sup> alinéa de l'article L 527-5 prévoit que *"le privilège du créancier passe de plein droit des stocks aliénés à ceux qui leur sont substitués"*, autorisant donc la substitution de plein droit alors qu'elle doit en revanche être expressément prévue par la convention de gage de droit commun (article 2342).

En cas de destruction des stocks gagés, il convient de souligner que le droit de préférence de l'établissement de crédit se reporte sur les indemnités d'assurances, *"sans qu'il y ait besoin de délégation expresse"* (article L 121-13, al. 1<sup>er</sup>, du code des assurances).

#### 8/ Incidence du règlement des échéances de la dette

S'agissant du gage des stocks, l'article L 527-8 autorise les parties à convenir que *"la part des stocks engagés diminue à proportion du désintéressement du créancier"*.

Même si les textes sur le gage de droit commun ne la prévoit pas, une telle disposition peut toujours figurer dans la convention de gage.

#### 9/ Les droits découlant du gage sans dépossession :

##### a/ Le droit de rétention

Ce droit peut être défini comme *"la faculté reconnue au créancier de retenir une chose appartenant à son débiteur dont il a la détention, jusqu'au paiement complet de ce qui lui est dû"*<sup>14</sup>.

S'agissant des gages sans dépossession, quelle qu'en soit la nature, la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 est venue combler l'absence de toute mention sur ce point dans l'ordonnance de 2006 en ajoutant un 4° à l'article 2286 du code civil prévoyant que peut se prévaloir d'un droit de rétention sur la chose *"celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession"*.

Il ne s'agit, bien évidemment, que d'un droit de rétention fictif qui, même s'il ne bénéficie pas de la même force du droit de rétention réel du créancier gagiste avec dépossession, présente certains intérêts, notamment en cas de procédure collective (voir infra).

Ainsi que le souligne le professeur Lucas, *"pour les gagistes, l'innovation est considérable puisqu'elle les soustrait à la discipline collective pour leur permettre d'exercer cette violence"*

---

<sup>13</sup> J. Clavel-Thoraval : Caractère impératif du gage des stocks, Revue Lamy Droit des affaires, 2013, 82 et auteurs cités

<sup>14</sup> D. Gibirila, Jurisclasseur Banque-Crédit Bourse, fascicule n° 760, "Sûreté portant sur des biens" 2015, n° 13

*légitime que la loi met à la disposition de tout rétenteur.*<sup>15</sup>

b/ Le droit de préférence

Le droit de préférence bénéficie aux deux types de gage.

L'article 2333 du code civil confère au créancier gagiste un droit de préférence sur le prix du bien gagé par rapport, notamment, aux créanciers chirographaires.

Toutefois, ce droit de préférence ne prévaut pas sur les privilèges de rang supérieur que sont notamment les privilèges des frais de justice ou encore les différents privilèges fiscaux<sup>16</sup>.

c/ Le droit de suite

Ce droit est expressément reconnu au créancier gagiste de droit commun par l'article 2337, alinéa 3, du code civil qui dispose : "Lorsque le gage est régulièrement publié, les ayants-cause à titre particulier du constituant ne peut se prévaloir de l'article 2276"<sup>17</sup>.

Cette disposition autorise donc le créancier à saisir le bien qui aurait pu être cédé par le débiteur, directement entre les mains de l'acquéreur, sans que la possession de bonne foi ne puisse lui être opposée en raison de la publicité<sup>18</sup>.

Pour certains auteurs<sup>19</sup>, "la publicité du gage des stocks ne confère pas de droit de suite. En effet, l'article L 527-5, alinéa 2, du code de commerce reconnaît implicitement que le privilège du gagiste ne suit pas les stocks aliénés, lorsqu'il précise que ce privilège "passe de plein droit" sur ceux qui lui sont substitués. De plus, le code de commerce n'a pas interdit aux ayants-cause à titre particulier, à l'instar de l'article 2337, alinéa 2, du code civil, d'invoquer la règle "en fait de meubles, possession vaut titre."

10/ La réalisation du gage (hors procédure collective) :

Qu'il s'agisse du gage de droit commun ou du gage des stocks, en cas de non-paiement de la dette garantie, le créancier peut poursuivre la réalisation de son gage dans les conditions des articles 2346 ou 2347 du Code civil et faire ordonner en justice soit la vente du bien gagé, soit son attribution, l'article L 527-10 renvoyant expressément à ces dispositions.

a/ Autorisation judiciaire de vendre le bien gagé

Le créancier gagiste impayé peut donc, en application de l'article 2346 du code civil, faire ordonner en justice la vente du bien gagé et exercer son droit de préférence sur le prix de celle-ci. La vente a lieu selon les modalités prévues par les procédures civiles sans qu'il soit possible d'y déroger.

Le rang des différents créanciers privilégiés est régi, s'agissant des privilèges spéciaux, par

---

<sup>15</sup> Les actes du 121<sup>ème</sup> congrès du Conseil National des greffiers des tribunaux de commerce 2009, L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises, p.77 et suivantes

<sup>16</sup> Privilèges visés notamment aux articles 1920 (privilèges garantissant le recouvrement des contributions directes et taxes assimilées), 1926 (taxe sur le chiffre d'affaire), 1927 (contributions indirectes) ou 1929 du code général des impôts (taxe d'enregistrement).

<sup>17</sup> "En fait de meubles, la possession vaut titre"

<sup>18</sup> 1<sup>ère</sup> Civ., 20 mars 1990, n° 87-19.162, Bull. I, n° 70

<sup>19</sup> M. Bourassin, V. Brémond et M-N Jobard-Bachelier : Droit des sûretés, Sirey, 4<sup>ème</sup> édition, 2014

l'article 2332 qui place le créancier gagiste en deuxième position dans cette catégorie.

b/ L'attribution judiciaire du bien gagé

Cette faculté est régie par l'article 2347 du code civil. Contrairement au pacte comissoire, l'évaluation par expert n'est pas obligatoire.

En cas de gage sans dépossession, le créancier qui entend se faire attribuer le bien doit exercer une action en revendication.

Le second alinéa de l'article 2347 prévoit que *“lorsque la valeur du bien excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée”*.

### 11/ Le pacte comissoire

Le pacte comissoire, défini par le professeur Cornu<sup>20</sup> comme *“la clause qui attache à l'inexécution de l'obligation garantie, l'effet radical de rendre le créancier propriétaire du bien engagé (sans avoir à le demander en justice)”*, permet au créancier titulaire d'un droit réel accessoire de garantie, hypothèque ou gage, de devenir propriétaire du bien affecté en garantie en cas de défaut de paiement du débiteur.

La possibilité ou non de conclure un pacte comissoire constitue la différence fondamentale entre les deux types de gage.

Introduit dans le code civil par la réforme de 2006, le pacte comissoire était interdit, en droit civil comme en droit commercial, et sanctionné d'une nullité absolue d'ordre public. Cette interdiction visait deux objectifs : éviter le recours à l'usure par les créanciers et préserver un certain ordre en droit des sûretés.

Ainsi que cela est rappelé dans le rapport de Mme Jacques (sous le pourvoi n° 11-21.763), la jurisprudence antérieure à l'ordonnance de 2006 avait assoupli la rigueur de cette interdiction en considérant que, d'une part, celle-ci n'était applicable que si le pacte était conclu au moment de la constitution du gage (voir arrêts cités dans le rapport), d'autre part le pacte était valide dès lors que le bien avait une valeur déterminée, garantissant ainsi que le créancier ne puisse s'approprier un bien d'une valeur supérieure à sa créance.

La chambre commerciale a également assoupli sa jurisprudence relative à la nullité du pacte comissoire en décidant qu'elle n'était plus absolue mais seulement relative<sup>21</sup>, considérant que les formalités de l'article 2078 du code civil prohibant le pacte comissoire avaient pour finalité la protection du débiteur, qui pouvait donc renoncer à la nullité et que *“les dispositions de l'article 2078 du code civil ne font pas obstacle à ce que, postérieurement à la constitution du gage, le débiteur donne mandat au créancier gagiste de procéder pour son compte à la vente de la chose donnée en gage.”*

La réforme de 2006, répondant aux attentes des créanciers et, notamment, des établissements bancaires, a consacré la possibilité d'introduire une clause comissoire sans restriction dans l'article 2348 alinéa 1 du code civil qui énonce : “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 engagé”.

En revanche, est toujours prohibée la clause dite de voie parée, qui autorise le créancier à vendre le bien du débiteur à l'amiable.

---

<sup>20</sup> Vocabulaire dictionnaire juridique, PUF

<sup>21</sup> Com. 5 octobre 2004, n° 01-00.863, Bull. IV, n° 176

La possibilité de conclure un pacte comissoire est ainsi ouverte à tous les créanciers gagistes de meubles corporels, avec ou sans dépossession, ainsi que le montre le renvoi effectué par l'article 2353<sup>22</sup> du code civil concernant la réalisation du gage portant sur un véhicule automobile, ou incorporels.

La loi ne fixe aucune condition particulière à la conclusion du pacte comissoire qui est donc soumis aux conditions de droit commun des contrats.

Cette convention peut intervenir, soit au moment du gage, soit ultérieurement, sauf après l'ouverture d'une procédure collective. L'article L 622-7 du code de commerce prévoit, en effet, que le jugement ouvrant la procédure collective fait obstacle à la conclusion et à la réalisation d'un tel acte.

Le recours au pacte comissoire est formellement interdit en droit de la consommation, pour protéger le consommateur, ainsi que dans la législation spéciale régissant le gage des stocks dont l'article L 527-2 considère "réputée non-écrite toute clause prévoyant que le créancier deviendra propriétaire des stocks en cas de non-paiement de sa dette par le débiteur", tandis que l'article L 527-10 renvoie expressément aux modalités de réalisation du gage de droit commun régies par les articles 2346 et 2347 du code civil.

Pour un commentateur de l'ordonnance de 2006, cette exclusion se justifierait par la pluralité de gages sur les mêmes biens<sup>23</sup>. Pour un autre, "... la clause comissoire permettant au créancier d'acquérir la propriété automatiquement à la défaillance du débiteur est interdite en matière de stock : au regard des enjeux, l'acquisition ne peut se faire sans l'intervention et sans la surveillance d'un juge<sup>24</sup>.

## 12/ Les gages et la procédure collective

Les créanciers titulaires d'un gage de droit commun ou d'un gage des stocks sans dépossession sont traités de façon identique dans le cadre d'une procédure collective.

Ce traitement est différent selon que l'on se trouve dans une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, d'une part, ou de liquidation judiciaire, d'autre part.

En effet, ainsi que le souligne Mme Bourassin, "... les auteurs de l'ordonnance ont poursuivi deux objectifs opposés, à savoir préserver les chances de sauvetage de l'entreprise, en réduisant les effets du droit de rétention fictif en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire et, à l'inverse, favoriser le crédit aux entreprises, en amplifiant lesdits effets en cas de liquidation judiciaire"<sup>25</sup>.

a/ Le gage sans dépossession dans le cadre des procédures de sauvegarde ou de redressement judiciaire

Le but de ces deux procédures est de favoriser les chances de sauvetage de l'entreprise afin que celle-ci puisse retrouver un fonctionnement normal et des finances saines.

---

<sup>22</sup> La réalisation du gage est soumise, quelle que soit la qualité du débiteur, aux règles prévues aux articles 2346 à 2348.

<sup>23</sup> S. Tork : Les garanties mobilières sur biens fongibles après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, RD bancaire et fin. 2006, étude 12

<sup>24</sup> J. Clavel-Thoraval : précitée note 13

<sup>25</sup> M. Bourassin, V. Brémond, M-N Jobard-Bachelier, précités note 19, n° 2536

L'article L 622-7 du code de commerce prévoit que le jugement ouvrant la procédure emportée de plein droit inopposabilité du droit de rétention conféré par le 4° de l'article 2286 du code civil pendant la période d'observation et l'exécution du plan, sauf si le bien objet du gage est compris dans une cession d'activité décidée en application de l'article L 626-1.

Les mêmes dispositions s'appliquent également à la procédure de redressement judiciaire en vertu de l'article L 631-14, alinéa 1.

Le débiteur bénéficie d'une certaine marge de manoeuvre à l'égard du bien gagé, la protection du créancier étant, dans certains cas, très réduite, voire inexistante en raison justement de cette inopposabilité.

En cas de vente d'un bien grevé, notamment d'un gage, la quote-part du prix correspondant aux créances garanties doit, en application de l'article L 622-8, être consignée à la Caisse des dépôts et consignations, le solde du prix tombant dans l'actif du débiteur.

En vertu du 2<sup>ème</sup> alinéa de cet article, le juge-commissaire a la possibilité d'ordonner le paiement provisionnel de tout ou partie de leur créance aux créanciers titulaires de sûretés sur le bien, moyennant la présentation par ces derniers d'une garantie émanant d'un établissement bancaire ou d'une société de financement. En cas de refus, le créancier devra patienter.

Au terme de la période d'observation, la créance, objet du gage, sera réglée après le règlement des créances super-privilégiées des salariés ou du Trésor public, des frais de justice afférents à la procédure collective ou encore des créances nées postérieurement au jugement d'ouverture de la procédure.

L'on peut ainsi s'interroger sur la possibilité, pour le créancier gagiste, d'obtenir le versement de la totalité de la somme consignée dès lors que, outre les salaires et les créances postérieures, l'administrateur judiciaire devra encore régler les frais de justice et surtout le privilège du Trésor, avant lui. Au mieux, il arrivera au deuxième rang, au pire au cinquième ou sixième rang du classement des créanciers.

Il en va de même en cas de plan de sauvegarde ou de redressement<sup>26</sup>.

b/ La procédure de liquidation ou la cession totale ou partielle de l'entreprise

Le gage sans dépossession retrouve tout son intérêt dans l'hypothèse d'une procédure de liquidation judiciaire ou celle de la cession partielle ou totale de l'entreprise. En effet, concernant cette dernière situation, l'article L 642-12, 5°, du code de commerce prévoit que *"les dispositions du présent article n'affectent pas le droit de rétention acquis par un créancier sur des biens compris dans la cession"*.

Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 souligne que cette règle a *"notamment vocation à s'appliquer au créancier titulaire d'un gage sans dépossession prévu à l'article 2286, 4° du code civil"*.

En vertu de l'article L 641-3 du code de commerce, *"le juge-commissaire peut autoriser le liquidateur ou l'administrateur à payer les créances antérieures au jugement pour retirer le gage ou la chose légitimement retenue"*.

A défaut de retrait du gage, l'article L 642-20-1 dispose que *"le liquidateur doit, dans les six mois du jugement de liquidation judiciaire, demander au juge-commissaire l'autorisation de procéder à la réalisation. Le liquidateur notifie l'autorisation au créancier quinze jours avant"*

---

<sup>26</sup> C'est l'article L 626-22 qui régit la vente d'un bien gagé dans le cadre de ces procédures

*la réalisation.*

*Le créancier gagiste, même s'il n'est pas encore admis, peut demander au juge commissaire, l'attribution judiciaire. Si la créance est rejetée en tout ou partie, il restitue au liquidateur le bien ou sa valeur, sous réserve du montant admis de sa créance.*

*En cas de vente par le liquidateur, le droit de rétention est de plein droit reporté sur le prix. L'inscription éventuellement prise pour la conservation du gage est radiée à la diligence du liquidateur”.*

L'article L 643-2 prévoit que les créanciers titulaires, notamment, d'un gage peuvent, dès lors qu'il ont déclaré leur créance même s'ils ne sont pas encore admis, exercer leur droit de poursuite individuelle si le liquidateur n'a pas entrepris la liquidation des biens grevés dans le délai de trois mois à compter du jugement qui ouvre ou prononce la liquidation.

## **B/ En dépit des critiques dont il est l'objet, le gage des stocks offre des garanties non négligeables aux créanciers**

### 1/ Critiques concernant le gage des stocks

Si la naissance du gage de droit commun a été saluée avec enthousiasme par la doctrine, il n'en a pas été de même pour celle du gage des stocks figurant dans le code de commerce.

#### a / Critiques concernant son utilité

La doctrine s'est interrogée sur l'utilité d'un régime spécifique du gage des stocks alors que la commission Grimaldi, dont les travaux sont à l'origine de la réforme des sûretés, l'avait intégré dans le gage de droit commun.

Un auteur explique la présence des deux types de gage dans la loi du 26 juillet 2005 par le fait que les services de la chancellerie n'auraient pas perçu la portée du gage proposé par la commission Grimaldi.

Ainsi que le soulignait le rapporteur du pourvoi n° 11-21.763, *“cet ajout a été considéré unanimement comme inutile et sans intérêt parce que trop formaliste, et faisant double emploi avec les dispositions introduites dans le code civil. La doctrine n'a pas manqué de souligner que les nouveaux articles L. 527-1 à L.527-11 du code de commerce qui régissent ce gage apporteraient des complications inutiles”.*

#### b / Critiques concernant sa complexité

Si l'article L 521-1 du code de commerce, qui définit le gage commercial en général, fait du formalisme une simple faculté, le gage des stocks apparaît sur ce point beaucoup plus pointilleux.

### Sa complexité et à sa rigueur expliqueraient son manque d'attractivité.

Trois reproches principaux sont formulés contre le gage des stocks :

- ❑ Son formalisme excessif résidant notamment dans la présence de 7 mentions obligatoires dans l'acte constitutif, toutes exigées à peine de nullité

Certains auteurs, toutefois, relativisent cette complexité : *“L'inconvénient de ce formalisme ad valitatem nous semble avoir été exagéré, car certaines de ces mentions sont également requises par le code civil (la désignation des parties et celle de la créance garantie, en application du principe de spécialité) ; d'autres sont très faciles à satisfaire (la dénomination “acte de gage des stocks” ; la mention que l'acte est soumis aux dispositions des articles L 527-1 à L 527-11) ; d'autres encore sont protectrices du créancier (le nom de l'assureur et*

la description détaillée des biens gagés)<sup>27</sup> ;

❑ Ses modalités de publicité, plus rigoureuses que celles du droit commun

Alors que la publicité n'est pas une condition de validité du gage de droit commun, elle est prescrite à peine de nullité pour le gage des stocks et doit intervenir dans les 15 jours de la formation de l'acte constitutif.

❑ L'interdiction de conclure un pacte comissoire

Ainsi que cela a déjà été souligné, l'article L 527-2 du code de commerce énonce qu' "*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*".

Cette interdiction a suscité des interrogations quant à la différence de traitement faite aux établissements de crédit qui, avec les sociétés de financement, sont en effet les seuls qui ne peuvent bénéficier du pacte comissoire, le gage des stocks, versus droit commun, étant autorisé pour tous les autres.

Selon le mémoire en défense : "*Il est en outre bien difficile de comprendre en quoi le stock serait plus en danger lorsqu'il est gagé au profit d'une banque que d'un bailleur ou d'un fournisseur, à l'égard desquels le droit commun du gage sans dépossession s'applique.*"

Est ainsi relevé par plusieurs auteurs<sup>28</sup> l'inégalité de traitement entre les établissements de crédit et les autres créanciers à laquelle s'ajoute une autre inégalité entre les établissements de crédit eux-mêmes. Il apparaît en effet qu'un établissement de crédit habilité à faire du crédit en France ne peut recourir au gage du code civil pour garantir sa créance de remboursement de prêt, alors qu'un établissement de crédit non habilité peut financer le même emprunteur par le biais de la souscription à une émission obligataire tout en bénéficiant d'une telle garantie.

Ainsi donc, on traiterait plus rigoureusement des professionnels "rompus aux affaires" que de "parfaits profanes" qui s'adonneraient à une opération du même type sous l'empire des textes du droit.

## 2 / Le gage des stocks présente cependant des avantages pour les créanciers

Certaines voix se sont élevées pour défendre le gage des stocks et lui reconnaître quelques qualités, voire certaines supériorités par rapport à son homologue du code civil, évoquant même "la force d'attraction du gage des stocks"<sup>29</sup>. Cet argument est repris dans le mémoire ampliatif pour justifier la spécificité du régime du gage des stocks.

Ainsi, commentant l'arrêt critiqué de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 19 février 2013, Mme Bourassin considère que "*l'avenir pourrait cependant réserver un sort meilleur au gage des stocks, non seulement parce que la Cour de cassation vient de décider qu'il exclut le droit commun du gage sans dépossession, mais également parce qu'il présente, en réalité, de réels atouts pour la vie des affaires*".

---

<sup>27</sup> M. Bourassin, V. Brémond et M-N Jobard-Bachelier, précités note 19, n° 1760

<sup>28</sup> L. d'Avout et F. Danos, « *Collisions de régimes juridiques en matière de sûretés réelles* », Dr. et Pat., 2013, n° 227, p. 24 ; C. Gijssbers : L'exclusion du droit commun du gage par le régime spécial du gage des stocks, Revue Lamy Droit civil, 2013, 103, Actualités ; D. Teyssier, « *La malheureuse consécration du gage de stocks de l'article L.527-1 du Code de commerce* », RTDF, 2013, n° 2, p. 54.

<sup>29</sup> M. Bourassin, La force d'attraction du gage des stocks, D. 2013, page 1363

Elle cible ainsi six atouts :

- ❑ la faculté de substitution des objets gagés (article L 527-5 alinéa 2) : ce report se faisant “de plein droit” alors que pour le gage civil, si cette possibilité existe, elle doit être expressément prévue par la convention ;
- ❑ la possibilité pour le créancier gagiste de demander en justice l’attribution des stocks dans les conditions de l’article 2347 du code civil (article L 527-10) : et ce afin d’éviter, en cas de vente forcée, “de voir son droit de préférence primé par un éventuel créancier de meilleur rang” ;
- ❑ le droit de rétention fictif consenti au créancier gagiste sans dépossession par l’article 2286, 4°, du code civil, issu de la loi de modernisation de l’économie du 4 août 2008, s’applique non seulement au gage de droit commun mais également aux gages spéciaux, tel le gage de stocks ;
- ❑ le gage des stocks assure une parfaite conservation des biens gagés :
  - ✓ l’article L 527-6 fait obligation au constituant de conserver les stocks en qualité et en quantité et lui interdit de diminuer leur valeur de son fait ;
  - ✓ à ce titre, impose des modalités précises de conservation aux parties tenant d’une part à la description précise dans l’acte constitutif du gage des stocks gagés, d’autre part en permettant la désignation “d’un gardien” dont la mission consiste “à surveiller, au nom et pour le compte du gagiste, l’état des stocks que le constituant continue de détenir et de gérer” ;
  - ✓ “l’article L 527-5 alinéa 3 reconnaît au créancier le droit de faire constater, à tout moment et à ses frais, l’état des stocks engagés et l’article L 527-7 alinéa 1, oblige le débiteur à tenir à la disposition du créancier un état des stocks engagés, ainsi que la comptabilité de toutes les opérations le concernant” ;
- ❑ en cas de destruction des stocks gagés, “le droit de préférence de l’établissement de crédit se reporte sur les indemnités d’assurances, “sans qu’il y ait besoin de délégation expresse” (article L 121-13, al. 1<sup>er</sup>, c. assur.).  
Dans le gage des stocks, cette subrogation réelle est favorisée, puisque l’assurance contre l’incendie et la destruction est rendue obligatoire par l’article L 527-1,4°, qui subordonne la validité du contrat de gage à la mention du nom de l’assureur dans l’acte constitutif ;
- ❑ enfin, l’article L 527-7 prévoit des sanctions à l’encontre du constituant en cas de diminution de la valeur des stocks d’au moins 20%, “que cette baisse soit imputable aux opérations de gestion du débiteur ou à des causes étrangères, comme une variation des cours ou la vétusté des stocks”.  
Selon Mme Bourassin, ces dispositions sont plus protectrices des intérêts du créancier que celle de l’article 2344, aliéna 2, du code civil “*puisque l’obligation générale de conservation que renferme le droit commun ne saurait être sanctionnée en présence de telles causes étrangères*”.

Certains spécialistes de la matière considèrent pour leur part que l’encadrement rigoureux du gage des stocks est nécessaire, dès lors que lesdits stocks constituent “un élément nécessaire de la vie économique” de celle-ci, ajoutant même qu’ “il en va de l’ordre public économique”.

Pour Mme Clavel-Thoraval, “*dans l’ensemble, le gage des stocks ne protège pas moins le créancier que le gage de droit commun, il le protège différemment. Certes, en contrepartie de l’octroi d’une sûreté intéressante, il est soumis à un formalisme qu’on pourrait juger inadapté au monde des affaires et fastidieux. Néanmoins, ce seul formalisme ne devrait pas*



*nuire à l'utilisation du gage portant sur les stocks qui reste une sûreté intéressante*<sup>30</sup>.

Ainsi, *“conçu pour ces biens particuliers que sont les marchandises, le régime du gage des stocks tient compte de deux traits caractéristiques de cet objet - qui singularisent d'ailleurs d'autres techniques du droit commercial [tel le nantissement du fonds de commerce, qui peut porter sur les divers éléments du fonds excepté, précisément, les stocks]. Premièrement, les stocks sont des actifs circulant : ils sont destinés à être vendus, de sorte qu'ils ne représentent pas un élément stable du patrimoine du professionnel. Secondement, les stocks sont le vecteur de son activité : outre qu'ils témoignent de la bonne santé financière de son activité, ils sont essentiels au professionnel qui ne peut plus exercer son activité s'ils disparaissent au profit d'autrui. Concrètement, ces caractères justifient qu'un régime “sur mesure” soit élaboré pour le gage de marchandises, destiné à assurer un fonctionnement optimal de la sûreté, informer les tiers sur l'état des stocks et protéger le constituant qui compte sur cette valeur essentielle à la survie de son entreprise : plus de stocks, plus d'activité*<sup>31</sup>

## **I - 2 - Le débat sur l'exclusivité ou non du gage des stocks doit prendre en compte les conséquences de l'une ou l'autre option**

La question fondamentale concernant le gage des stocks reste celle de son exclusivité par rapport au gage de droit commun. C'est, d'emblée, cette interrogation qui a irrigué la plupart des commentaires, avant même le contentieux ayant abouti à l'arrêt du 19 février 2013 de la chambre commerciale et c'est elle qui constitue la problématique principale de notre affaire. Le mémoire ampliatif fait également longuement état de ce débat et des arguments invoqués, parfois *a contrario*, par les tenants de l'un ou de l'autre des solutions.

### **A/ Le débat sur l'exclusivité ou non du gage des stocks**

Plusieurs arguments sont utilisés, parfois à front renversé, par les tenants de l'une ou l'autre solution.

#### **1/ Les arguments en faveur de l'option entre les deux régimes de gage : l'analyse littérale des textes en cause et la protection de la liberté contractuelle**

##### **a/ L'analyse littérale des textes**

C'est l'un des arguments repris dans le mémoire ampliatif.

Si dans son arrêt du 3 mai 2011, la cour d'appel de Paris s'est livrée à une analyse littérale des dispositions concernées par le litige, elle s'est montrée plus réservée sur ce point dans sa décision du 27 février 2014, se contentant *“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”*.

❑ La rédaction de l'article L 527-1 du code de commerce :

C'est la méthode utilisée par la cour d'appel de Paris dans son premier arrêt du 3 mai 2011.

Les juges relèvent tout d'abord : *“Il résulte sans ambiguïté du mot “peut” qu'il s'agit d'une possibilité offerte aux parties auxquelles aucune disposition n'interdit de prévoir l'application*

---

<sup>30</sup> Précitée note 13

<sup>31</sup> L. Andreu et J-F. Quivy : L'exclusivité du gage des stocks du code de commerce : regards convergents d'un universitaire et d'un praticien : Petites affiches 29 mai 2013, n° 107

*des règles de droit commun du gage telles qu'elles sont fixées par les articles 2333 et suivants du code civil."*

Ainsi, pour les juges de la cour d'appel de Paris, l'emploi du verbe "pouvoir" dans l'article L 527-1 du code de commerce consacre le choix laissé aux contractants.

Cette analyse est partagée par plusieurs spécialistes de la matière<sup>32</sup> qui relèvent notamment que le verbe "pouvoir" est utilisé dans les différents textes ayant instauré des sûretés spéciales et dont personne n'a revendiqué l'exclusivité au détriment d'autres sûretés.

Un rapprochement a ainsi été fait entre la rédaction de l'article L 527-1 du code de commerce qui régit le gage des stocks et celle de l'article L 313-23 du code monétaire et financier qui prévoit la "cession de créance Dailly"<sup>33</sup>.

Toutefois, certains relativisent cette comparaison<sup>34</sup> dès lors que, concernant la cession de créance, "*...l'acte irrégulier au sens de l'article L 313-23 "ne vaut pas comme acte de cession de créances professionnelles au sens des articles L 313-23 à L 313-34" ; ce qui suggère qu'un tel acte n'est pas dépourvu de tout effet et qu'il pourrait valoir cession de créance ordinaire. Le code de commerce, pour sa part, indique que l'acte de gage irrégulier est sujet à "nullité" : ce qui semble exclure qu'il puisse valoir gage ordinaire*".

Ces auteurs relèvent en tout état de cause le caractère contestable de cette interprétation<sup>35</sup> comme n'a pas manqué de le souligner l'avocat général dans l'avis rendu dans la précédente affaire. Tous soulignent que cette rédaction peut aussi signifier que les parties, dès lors qu'elles se trouvent dans le cadre défini par l'article L 527-1, n'ont d'autre choix que de conclure ou non une convention de gage des stocks. Si elles optent pour le gage, celui-ci ne pourra que respecter les dispositions dudit article.

❑ La rédaction de l'article 2354 du code civil

L'arrêt du 3 mai 2011 juge également : "*Une telle interdiction ne peut davantage être déduite de l'article 2354 du code civil qui prévoit que "les dispositions du présent chapitre ne font pas obstacle à l'application des règles particulières prévues en matière commerciale ou en faveur des établissements de prêt sur gage autorisés", sans établir d'exclusivité au profit de ces dernières règles*".

Cependant, il peut être donné à ces dispositions des versions diamétralement opposées.

Une interprétation pourrait faire prévaloir la volonté du législateur de favoriser les gages spéciaux. C'est celle suivie par l'avis de l'avocat général dans la précédente affaire (pourvoi 11-21.763), qui renvoie à la rédaction identique des articles 2223 du code civil (en

---

<sup>32</sup> R. Damman : Gage des stocks : caractère impératif du code de commerce, D 2013, p. 493 ; C. Gijssbers : L'exclusion du droit commun du gage par le régime spécial du gage des stocks, Revue Lamy Droit civil 2013, p. 103 ; A. Cerles : Le gage sans dépossession sur meubles corporels de l'article 2333 du code civil interdit aux établissements de crédit : JCP G n° 11, 11 mars 2013, 299 ; E. Le Corre-Broly : Le gage sur stocks et le code de commerce : un mariage forcé ? JCP E n° 43, octobre 2014, 1538

<sup>33</sup> A. Cerles précité

<sup>34</sup> L. Andreu et J-F. Quivy, précités note 31, n° 107 ; N. Martial-Braz : L'inévitable caractère exclusif du gage des stocks ou les conséquences des errements du législateur de 2006, La Semaine Juridique, Ed. G, n° 19, 6 mai 2013, 539

<sup>35</sup> L. Andreu et J-F. Quivy : précités, n° 107; N. Borga, Bulletin Joly Entreprises en difficulté, 1<sup>er</sup> mai 2013, n° 3, p 149

matière de prescription) et 2287 du même code<sup>36</sup> (en matière de sûretés) : *“En réalité, dire que le texte “ne fait pas obstacle à l’application” d’autres textes, signifie exactement que les régimes spécifiques dérogatoires s’appliqueront nonobstant leur incompatibilité avec le régime général. (...) La formule utilisée par l’article 2354 conduit plutôt à affirmer la préférence des textes spéciaux du code de commerce sur les textes généraux du code civil.”*

La lecture de certaines décisions pourraient, à l’inverse, fournir une interprétation contraire.

Le rapporteur du pourvoi 11-21.763 cite un arrêt rendu par la chambre commerciale le 15 avril 2008 (n° 03-15.969 Bull. IV n° 88), qui juge que l’existence de règles spéciales (relatives en l’espèce à la titrisation) n’exclut pas l’application des règles de droit commun dès lors que celles-ci sont compatibles, en l’absence d’exclusion expresse du législateur et qui emploie l’expression “ne fait pas obstacle”, consacrant ainsi cette ouverture.

Concernant cette décision, M. Le professeur Legeais relevait : *“De l’arrêt, il est permis de déduire des enseignements plus généraux. Du raisonnement retenu, il faut déduire que toutes les règles de droit commun de la cession de créance, qui ne sont pas incompatibles avec celle du régime spécial ont vocation à s’appliquer.*

*Cet arrêt est aussi intéressant car il enrichit la réflexion sur les rapports entre le droit commun et les régimes spéciaux. Il se confirme que la multiplication des régimes spéciaux ne prive pas de son intérêt le droit commun.*

*Le raisonnement retenu peut renforcer la position de ceux qui considèrent qu’il est toujours possible d’utiliser un mécanisme de droit commun alors même qu’un régime spécial existe. Ainsi le gage de droit commun du code civil doit pouvoir être choisi de préférence au gage sur stocks du code de commerce, même si telle n’est pas la position de la Chancellerie<sup>37</sup>.*

Certains commentateurs de l’arrêt du 19 février 2013, se montrent réservés<sup>38</sup> quant à cette interprétation de l’article 2354, voire la conteste : *“L’expression “ne font pas obstacle” milite en faveur de l’application du régime du gage sur stocks quel que soit le choix des parties, de même que l’article 2287 du code civil dispose que les règles du même code propres aux sûretés “ne font pas obstacle à l’application des règles prévues en cas d’ouverture” d’une procédure collective<sup>39</sup>.*

❑ De son côté, N. Martial-Braz déduit l’exclusivité du gage des stocks de l’écriture de l’article 2355 du code civil :

*“La logique d’exclusivité se déduit des dispositions relatives aux nantissements de biens incorporels. L’article 2355<sup>40</sup> souligne bien, dans le même esprit, que le régime du code civil ne s’applique que par défaut, en l’absence de sûretés spéciales. Ce caractère subsidiaire du régime de droit commun prévu par le code civil est souligné deux fois aux alinéas 4 et 5 de l’article 2355 du code civil (“le nantissement conventionnel qui porte sur les créances est régi, à défaut de dispositions spéciales, par le présent chapitre” et “celui qui porte sur les créances*

---

<sup>36</sup> Article 2223 : Les dispositions du présent titre ne font pas obstacle à l’application des règles spéciales prévues par d’autres lois.

Article 2287 : Les dispositions du présent livre ne font pas obstacle à l’application des règles prévues en cas d’ouverture d’une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire ou encore en cas d’ouverture d’une procédure de traitement des situations de surendettement des particuliers

<sup>37</sup> D. Legais : Commentaire de l’arrêt du 15 avril 2008, RTD Com. 2008, page 606

<sup>38</sup> C. Gijssbers : précité note 32

<sup>39</sup> C. Albiges et M.P. Dumont-Lefrand : Chronique de jurisprudence de droit des sûretés, Gazette du Palais, 21 mars 2013, n° 80, page 22

<sup>40</sup> Figurant également dans l’ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2009

est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels”<sup>41</sup>.

Au delà de l’analyse littérale, le mémoire en défense renvoie à l’esprit de la loi pour rappeler l’absence cruelle d’élément en la matière.

b/ L’atteinte portée au principe de liberté contractuelle

A titre liminaire, il convient d’indiquer que les articles L. 527-1, L. 527-2 et L. 632-1 du code de commerce et 2333, 2348 et 2354 du code civil n’ont à l’heure actuelle fait l’objet ni d’un contrôle *a priori*, ni d’un contrôle *a posteriori* de constitutionnalité.

Le premier alinéa de l’article 1134 du code civil énonce que *“les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites”* et consacre ainsi le principe de la liberté contractuelle, aujourd’hui reconnu par l’ensemble des juridictions nationales, judiciaires et administratives, et européenne.

Le ministère de la justice a préparé un projet d’ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations<sup>42</sup>. Ce projet a fait l’objet d’une consultation publique, qui s’est achevée le 30 avril 2015. L’article 1102 du projet d’ordonnance est ainsi libellé : *“Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi.*

*Toutefois, la liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l’ordre public, ou de porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d’intérêts légitimes et proportionnée au but recherché.”*

La reconnaissance de la valeur constitutionnelle du principe de liberté contractuelle n’est intervenue que récemment<sup>43</sup> à l’occasion de l’examen de la loi relative à la sécurisation de l’emploi qui modifiait les dispositions de l’article L 912-1 du code de la sécurité sociale en imposant, dans le cadre de l’obligation faite aux entreprises de garantir aux salariés une couverture sociale, une négociation portant notamment sur la définition du contenu et du niveau des garanties, la répartition de la charge des cotisations entre employeurs et salariés ainsi que *“les modalités du choix de l’assureur”*.

Le Conseil constitutionnel a jugé que *“il est loisible au législateur d’apporter à la liberté d’entreprendre et à la liberté contractuelle qui découlent de l’article 4 de la Déclaration de 1789 des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l’intérêt général, à la condition qu’il n’en résulte pas d’atteintes disproportionnées au regard de l’objectif poursuivi”*.

Cette décision vient finaliser une évolution jurisprudentielle commencée en 1994, le Conseil constitutionnel estimant à l’époque que *“aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle”*<sup>44</sup> avant de considérer en 1998 que *“le législateur ne saurait porter à l’économie des conventions et contrats légalement conclus une atteinte d’une gravité telle qu’elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l’article 4 de la*

---

<sup>41</sup> N. Martial-Braz : précitée note 34

<sup>42</sup> L’article 8 de la loi n° 2015-177 du 17 février 2015 de modernisation et de simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures, habilite le gouvernement à procéder par voie d’ordonnance à la réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>43</sup> Cons. const. 13 décembre 2013, n° 2013-672 DC

<sup>44</sup> Cons. Const. 3 août 1994, n° 94-348 DC

*Déclaration*” de 1789<sup>45</sup>, pour reconnaître finalement en 2000 que “*la liberté contractuelle découle de l’article 4 de la Déclaration*”.<sup>46</sup>

Les arrêts de la Cour de cassation font rarement appel à l’expression “liberté contractuelle”. Ainsi que le souligne le Pr Gadhoun, “*la doctrine tend généralement à interpréter les solutions retenues par la Cour de cassation à l’aune de la liberté contractuelle alors même que l’expression n’apparaît pas dans l’arrêt*.”<sup>47</sup>.

Elle a expressément consacré le principe de la liberté contractuelle dans plusieurs domaines comme le contrat d’association<sup>48</sup> ou le contrat de scolarisation avec une école privée<sup>49</sup>.

Plus généralement, ainsi que le relève M. Maymond<sup>50</sup>, “*à l’image de la loi qui reconnaît implicitement la liberté contractuelle par une approche négative fondée sur l’article 6 du code civil. (...) la Cour de cassation semble reconnaître cette liberté au regard des limitations qui lui sont apportées. Autrement dit, la reconnaissance de la liberté contractuelle par la Cour de cassation ne se mesure qu’à travers ses limitations* », lesquelles « *nuir[aient] parfois à la liberté contractuelle des contractants.*»

Selon la jurisprudence de la Cour de cassation, les limites à la liberté contractuelles peuvent se manifester au regard des “*objectifs spécifiques d’intérêt général*”<sup>51</sup> ou de la conformité de la clause “*à l’économie générale du contrat*”<sup>52</sup> ou encore en présence d’une atteinte à “*une obligation essentielle du contrat*”<sup>53</sup>.

Mais l’une des principales limites à la liberté contractuelle demeure l’ordre public.

2/ Les arguments en faveur de l’exclusivité du gage des stocks du code de commerce : le caractère d’ordre public des dispositions du code de commerce et l’application de l’adage “*Specialia generalibus derogant*”

Certains commentaires considèrent que, pour inopportune qu’elle soit, la chambre commerciale ne pouvait que choisir cette solution<sup>54</sup>.

a / Le caractère d’ordre public des dispositions du code de commerce

Le mémoire ampliatif fait valoir que les articles L 527-1 et L 527-2 du code de commerce

---

<sup>45</sup> Cons. Const. 10 juin 1998, n° 95-401 DC

<sup>46</sup> Cons. Const. 19 décembre 2000, n° 2000-437 DC

<sup>47</sup> P. Y. Gadhoun : Jurisclasseur Civil Annexes, Fasc. 20 : Libertés - Liberté contractuelle, n° 25

<sup>48</sup> 1<sup>ère</sup> Civ. 7 avril 1987, n° 85-14976, Bull., I, n° 119 ; 1<sup>ère</sup> Civ. 25 juin 2002, n° 01-01093, Bull. I, n° 171 ; 1<sup>ère</sup> Civ. 6 mai 2010, n° 09-66969, Bull. I, n° 101

<sup>49</sup> 1<sup>ère</sup> Civ. 11 septembre 2013, n° 12-20844, diffusé

<sup>50</sup> A. Maymont : la liberté contractuelle du banquier, réflexions sur la sécurité du système financier, thèse, Bibliothèque de droit privé, L.G.D.J. Lextenso Editions 2014, page 53 à 54

<sup>51</sup> 3<sup>ème</sup> Civ. 3 avril 2014, n° 14-40006, Bull. III, n° 46

<sup>52</sup> Com. 15 février 2000, n° 91-15578, Bull. IV, n° 29

<sup>53</sup> Com. 29 juin 2010, n° 09-11841, Bull. IV, n° 115 : “Seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l’obligation essentielle souscrite par le débiteur.”

<sup>54</sup> N. Martial-Braz, précitée note 34 ; J. Clavel-Thoraval, précitée note 13

régissant le gage des stocks revêtent un caractère d'ordre public, qui rend le recours à ces dispositions obligatoire lorsque les conditions prévues par L 527-1 et L 527-3 sont remplies. Les demandeurs tirent ce caractère d'ordre public du fait que certaines mentions prévues par l'article L 527-1 sont prescrites à peine de nullité et que l'article L 527-2 prévoit que toute clause commissaire est réputée non écrite.

Ainsi que le souligne le rapport annuel 2013 de la Cour de cassation dont l'étude porte sur l'ordre public<sup>55</sup>, *“Quand on pense à l'ordre public, la première réflexion nous porte vers l'article 6 du code civil qui énonce que “on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs”. Ce n'est pas une définition mais une limite posée à la liberté contractuelle. Car la manifestation de l'ordre public, dans le code civil, consiste à le poser en limite à la liberté contractuelle”.*

La notion d'ordre public est particulièrement difficile à appréhender, comme en témoigne les nombreuses définitions que les uns et les autres ont tenté d'élaborer. Pour MM. Hauser et Lemouland, la définition de l'ordre public est à géométrie variable. Il s'agit de *“tout ce que le législateur estime essentiel, à un moment donné, pour, soit l'imposer, soit l'interdire”*<sup>56</sup>.

Généralement, on distingue deux types d'ordre public : l'ordre public de protection et l'ordre public de direction.

La caractéristique d'un ordre public de protection est de protéger des intérêts particuliers et c'est pour cette raison que la violation d'une clause contraire à un ordre public de protection n'est sanctionnée que par une nullité relative à laquelle il est possible de renoncer. Il en résulte qu'une telle clause, qui ne porte pas atteinte à l'intérêt général, doit continuer à produire ses effets aussi longtemps que la nullité de celle-ci n'a pas été constatée par le juge.

A contrario, l'ordre public de direction vise à interdire toute atteinte à des règles édictées pour la sauvegarde de l'intérêt général, et pour ce faire le législateur peut réputer non écrites les clauses contrevenant à cet ordre public de direction pour faire en sorte que celles-ci soient privées ab initio de toute force obligatoire.

L'ordre public irrigue de nombreux pans du droit comme le droit du travail ou encore le droit de la consommation qui constituent des bastions en la matière.

Dans le domaine commercial, on peut citer, notamment le statut des baux commerciaux<sup>57</sup>, le droit des sociétés ou encore celui des procédures collectives à l'égard duquel *“l'ordre public était traditionnellement considérable. La volonté contractuelle passait au second plan au nom de la protection des intérêts en présence”*<sup>58</sup>, même si l'on constate un recul actuel de l'ordre public, notamment dans ces deux domaines. *“En matière de procédures collectives, on assiste à un renforcement de la liberté contractuelle au détriment de dispositions d'ordre public. En effet, le législateur a favorisé des procédures plus contractuelles, à l'image de la conciliation<sup>59</sup> et de la procédure de sauvegarde<sup>60</sup>, aux dépens de procédures plus judiciaires telles que le redressement ou la liquidation judiciaires. La place ainsi laissée à la liberté*

---

<sup>55</sup> Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation, dont l'étude porte sur « L'ordre public »

<sup>56</sup> J. Hauser et J-J Lemouland, « Ordre public et bonnes moeurs », Répertoire Dalloz de droit civil, janvier 2015, n° 1 et suivants

<sup>57</sup> Voir sur cette question l'étude de J-P Blatter, « L'ordre public du statut des baux commerciaux », AJDI 2003, p. 396

<sup>58</sup> A. Maymont, précité note 50

<sup>59</sup> Article L 611-6 et suivants du code de commerce

<sup>60</sup> Article L 620-1 et suivant du Code de commerce

*contractuelle permet au débiteur d'agir avant la cessation des paiements et d'anticiper le traitement des difficultés de son entreprise."*

Aujourd'hui, la doctrine s'entend sur la notion d'ordre public économique qui *"est celui qui s'applique dans l'échange des biens et des services"* et qui présente *"un caractère instable et évolutif inévitable puisqu'il est, par nature, lié à la conjoncture économique."*<sup>61</sup>

M. Maymond considère que, si l'on assiste au déclin de l'ordre public de direction, on observe *"la prégnance de l'ordre public économique de protection"*. Il relève notamment *qu'en matière de sûretés réelles, "le banquier doit respecter un certain formalisme restrictif de liberté contractuelle. (...)....chaque sûreté concerne un type spécifique de bien ou d'obligation et des restrictions sont imposées tant par la loi que par le juge". (...) "Les sûretés prises par le banquier lui permettent d'accorder davantage de crédit dans la mesure où le risque d'insolvabilité est couvert. Les sûretés participent donc au développement du crédit dont l'octroi reste à la discrétion du banquier, et augmentent considérablement sa liberté contractuelle. L'ordre public en matière de sûretés conventionnelles n'est pas suffisamment efficace afin de limiter cette liberté. Au contraire, le développement des dispositions d'ordre public a provoqué la diversification des sûretés afin d'échapper aux prescriptions imposées. Ce constat impose de renouveler les modes d'intervention de l'ordre public afin qu'il s'ajuste aux sûretés conventionnelles."*

Le rapport de la Cour de cassation de 2013, consacré à l'ordre public, estime pour sa part que *"même si les concepts d'ordre public de direction ou de protection sont assez souvent invoqués expressément devant elle, (...), il n'appartient pas à la Cour de cassation de décerner à telle ou telle norme une qualification imaginée par la doctrine, mais que le législateur n'emploie guère. La distinction entre "les ordres publics n'est, pour elle, qu'un cadre de raisonnement non contraignant, lui donnant des pistes pour trancher le plus rationnellement possible, dans le silence de la loi, une question relative à une norme impérative..."*<sup>62</sup>

Le caractère d'ordre public d'un texte peut :

soit ressortir de la lettre du texte :

Celui-ci contiendra alors les expressions "nonobstant toute stipulation contraire" ou "toute clause contraire est réputée non écrite".

Tel est ce qui a été jugé pour l'article 16 de la loi n° 91-593 du 25 juin 1991 relative aux relations entre les agents commerciaux et leurs mandants<sup>63</sup>, l'article 6,1, de la loi n° 70-9 du 2 janvier 1970 relatif à la rémunération des agents immobiliers<sup>64</sup>, l'article 43 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965 en matière de copropriété, s'agissant de la création de syndicats secondaires<sup>65</sup>. C'est également le cas pour l'article L 527-2 du code de commerce qui répute

---

<sup>61</sup> J. Hauser et J-J Lemouland, précités note 56 , n° 69 et suivants

<sup>62</sup> Rapport de la Cour de cassation 2013, p. 294

<sup>63</sup> Art. 16. - Est réputée non écrite toute clause ou convention contraire aux dispositions des articles 2, 4, 11, troisième et quatrième alinéa, et 15 ou dérogeant, au détriment de l'agent commercial, aux dispositions des articles 9, deuxième alinéa, 10, premier alinéa, 12, 13 et 14, troisième alinéa ; Com. 28 mai 2002, n° 00-16.857, Bull. 2002, n° 91

<sup>64</sup> 3<sup>ème</sup> Civ. 9 juillet 2014, n° 13-19.061, Bull. 2014, n° 96

<sup>65</sup> Toutes clauses contraires aux dispositions des articles 6 à 37, 42 et 46 et celles du décret prises pour leur application sont réputées non écrites. Lorsque le juge, en application de l'alinéa premier du présent article, répute non écrite une clause relative à la répartition des charges, il procède à leur nouvelle répartition" ; 3<sup>ème</sup> Civ. 20 mai 2009, n° 08-10.043, Bull. 2009, n° 113

non écrite toute clause commissaire.

S'agissant du réputé non écrit, M. Confino met en avant "la fonction d'assainissement et de sauvetage du contrat". Pour lui, "À l'inverse de la nullité, il préexiste à l'action en amputant le contrat de sa clause illicite *ab initio*, avant même toute intervention du juge. Le réputé non écrit opère ainsi comme un "raccourci "par rapport à la nullité, laquelle n'existe qu'au jour de son prononcé par un jugement constitutif (4), alors que le jugement qui constate l'existence d'une clause réputée non écrite est simplement déclaratif."<sup>66</sup>

Selon Mme Gaudemet<sup>67</sup>, "L'expression clause réputée non écrite est utilisée ponctuellement comme pour marquer l'importance attachée à une disposition," et pour justifier ces propos elle renvoie, notamment, aux dispositions relatives aux effets de commerce des articles L 511-1 et suivants du code de commerce et, plus précisément, à celles des articles L 511-6 et L 511-8. Elle cite également le droit de la consommation et plus précisément des clauses abusives : "Il n'est plus seulement question d'assurer ponctuellement le respect de telle ou telle obligation, mais plus largement de favoriser un équilibre d'ensemble de la relation contractuelle. (...)...une idée paraît sous-tendre la consécration formelle d'un certain nombre de règles non écrites : la sanction contribuerait à assurer le respect de règles que le législateur tient pour essentielles dans les catégories de contrat qu'il réglemente."

❑ Soit ressortir de l'objet de la loi :

Lorsque l'ordre public ou le caractère impératif d'un texte ne se manifeste pas de manière aussi évidente, il appartient alors au juge de déterminer la valeur des textes.

"C'est le juge qui participe à "l'élaboration du domaine de la clause formellement réputée non écrite."<sup>68</sup>

Selon la doctrine, la Cour de cassation se fonde principalement dans ces hypothèses sur l'objet de la loi. "Il appartient au juge de considérer comme impératives les règles qui ont pour objet d'encadrer les stipulations contractuelles ou de contraindre les parties à un certain comportement. C'est évidemment le cas des articles L. 145-40-1 et L. 145-40-2 du code de commerce, qui viennent respectivement imposer à l'établissement d'un état des lieux et encadrer la répartition des charges. C'est au titre de leur objet, bien plus qu'à celui de leur inclusion dans le groupe des articles L. 145-37 à L. 145-41, qu'ils ne souffrent pas les clauses contraires."<sup>69</sup>

C'est ainsi que la Cour de cassation a reconnu comme étant d'ordre public, et à tout le moins impératives, alors même qu'elles n'étaient pas "estampillées" comme telles par le législateur :

- les dispositions de l'article L. 145-12 du code de commerce relatif à la durée du bail commercial lors du renouvellement<sup>70</sup>, qui ne sont pas mentionnées dans l'article L 149-15 qui liste les dispositions de droit public. L'arrêt énonce ainsi, "Lorsqu'un bail commercial a été conclu pour une durée supérieure à neuf ans, il appartient aux parties, lors de chaque renouvellement, d'exprimer expressément leur volonté de contracter pour cette durée, faute de quoi le bail est renouvelé pour la durée légale de neuf années ;". Ainsi que le relève M.

---

<sup>66</sup> A. Confino : Réflexions sur le réputé non écrit dans le bail commercial après la loi Pinel, AJDI 2015, p. 407

<sup>67</sup> S. Gaudemet : La clause réputée non écrite, Edition Economica 2006, n° 399 et suivants

<sup>68</sup> S. Gaudemet, précitée, n° 408

<sup>69</sup> F. Planckeel, « La loi Pinel et l'ordre public des baux commerciaux », AJDI 2015, p. 11

<sup>70</sup> Article L. 145-12 du code de commerce : "La durée du bail renouvelé est de neuf ans sauf accord des parties pour une durée plus longue." ; 3e Civ., 2 octobre 2002, 01-02.781, Bull. III, n° 194



Planckeel, *“la loi Pinel n’a pas pour autant actualisé la liste de l’article L 145-15. C’est dire que le législateur ne voit pas dans ce texte un obstacle interdisant au juge de déclarer d’ordre public un texte qui l’est implicitement.”*,

- les dispositions de l’ancien article L 145-9 alinéa 5<sup>71</sup> (alors applicable), relatif aux règles de forme en matière de congé, y compris en cas de soumission conventionnelle<sup>72</sup>, qui oblige le bailleur à préciser les motifs du congé, *“à peine de nullité”*,

- les dispositions de l’article 265, alinéa 1<sup>er</sup> du code civil<sup>73</sup> : à cet égard, la Cour de cassation a jugé qu’il résulte des articles 265, alinéa 1<sup>er</sup>, et 1096, alinéa 2, du code civil que le divorce est sans incidence sur une donation de biens présents faite entre époux et prenant effet au cours du mariage. Les dispositions impératives du premier de ces textes font obstacle à l’insertion, dans une donation de biens présents prenant effet au cours du mariage, d’une clause résolutoire liée au prononcé du divorce ou à une demande en divorce<sup>74</sup>.

b/ Application de la règle *“Specialia generalibus derogant”*

Dans sa décision du 13 février 2013, la chambre commerciale juge 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...”*

Elle sanctionne, au visa des articles 2333 du code civil et L 527-1 du code de commerce, pour violation de la loi, la solution adoptée par la cour d’appel de Paris qui d’une part, fait une fausse application du gage de droit commun, et, d’autre part, refuse d’appliquer les textes spécifiques du code de commerce.

Le commentaire de cet arrêt qui est fait dans le rapport annuel 2013 de la Cour de cassation précise que la chambre commerciale, *“estimant que les arguments de texte n’étaient pas convaincants, (...), a considéré que l’intention des rédacteurs de l’ordonnance, en créant le gage des stocks, était de déroger au droit commun du gage, la rédaction de l’article L 527-1 du code de commerce correspondant à la volonté d’instaurer un régime spécial pour les établissements financiers, protecteur des intérêts du débiteur.”*

Ainsi que le souligne Mme Clavel-Thoraval<sup>75</sup> : *“La Cour de cassation rappelle au juges du fond, conformément à l’article 12 du code de procédure civile, qu’ils sont tenus de restituer au contrat son exacte qualification (Martin R., La règle de droit adéquate dans le procès civil, D. 1990, chr., p. 163, n° 2). Or, entre deux qualifications possibles, celle spéciale l’emporte. Dès lors, un contrat de gage portant d’une part, sur un stock et, d’autre part, conclu avec un établissement*

---

<sup>71</sup> Ancien article L. 145-9, alinéa 5, du code de commerce, alors applicable : Le congé doit être donné par acte extrajudiciaire. Il doit, *à peine de nullité*, préciser les motifs pour lesquels il est donné et indiquer que le locataire qui entend, soit contester le congé, soit demander le paiement d’une indemnité d’éviction, doit, à peine de forclusion, saisir le tribunal avant l’expiration d’un délai de deux ans à compter de la date pour laquelle le congé a été donné.

<sup>72</sup> Article L 145-9, alinéa 5 du code de commerce : *“Le congé doit être donné par acte extrajudiciaire. Il doit, à peine de nullité, préciser les motifs pour lesquels il est donné et indiquer que le locataire qui entend, soit contester le congé, soit demander le paiement d’une indemnité d’éviction, doit, à peine de forclusion, saisir le tribunal avant l’expiration d’un délai de deux ans à compter de la date pour laquelle le congé a été donné.”*; Ass. plén., 17 mai 2002, n° 00-11.664, Bull. Ass. plén. n° 1

<sup>73</sup> Article 265, alinéa 1, du code civil : *“le divorce est sans incidence sur les avantages matrimoniaux qui prennent effet au cours du mariage et sur les donations de biens présents quelle que soit leur forme”*

<sup>74</sup> 1<sup>ère</sup> Civ., 14 mars 2012, n° 11-13.791, Bull. I, n° 56

<sup>75</sup> J. Clavel-Thoraval, précitée note 13

*de crédit, est un gage des stocks du Code de commerce. Les conditions d'application de la règle de droit sont remplies. Le juge procède donc en deux temps : il commence par qualifier le contrat et, ensuite seulement, il le soumet aux normes correspondantes. A défaut, il commet une violation de la loi, tant par refus d'application du texte mis à l'écart, que par fausse application du texte mis en oeuvre en l'espèce."*

*(...). La solution inverse reviendrait à reconnaître l'existence d'un pouvoir judiciaire d'appréciation sur l'opportunité d'une qualification. Ainsi, le juge pourrait ignorer les conditions d'application de la norme applicable au bénéfice d'une seconde norme qui aurait sa faveur. La Cour de cassation condamne donc ce type de pouvoir judiciaire (Martin R., Le juge a-t'il l'obligation de qualifier ou de requalifier, D. 1993, chr., p. 308 ; Martin R., Le juge doit restituer à la prétention son exacte qualification, D. 1998, p. 272 ; Martin R., l'article 6-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme contre l'article 12 du nouveau code de procédure civile, D. 1996, chr., p. 20). A ce titre, la solution de la Cour de cassation doit être approuvée (...).*

❑ Les éléments de l'espèce renvoyant à la règle "*Specialia generalibus derogant*"

Le rapport du pourvoi n° 11-21.763 rappelle que certains auteurs considéraient déjà que cet adage était susceptible de s'appliquer, et ce pour plusieurs raisons<sup>76</sup> compte tenu des termes du rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 23 mars 2006.

*Ce rapport mentionne, notamment, concernant le gage des stocks : "Il est introduit un nouvel instrument juridique dans la partie du code de commerce consacrée aux garanties. (...) Notion classique, le gage porte ici sur un objet nouveau et spécifique, les stocks, dont la particularité est de présenter un caractère fongible et circulant.*

*C'est pourquoi la création de cette sûreté mobilière conventionnelle s'accompagne d'un certain nombre de garanties, protectrices des intérêts du créancier et du débiteur, qui la distinguent du droit commun du gage.*

*(...). L'utilisation de cette sûreté en qualité de créancier est réservée aux établissements de crédits, ceux-ci disposant seuls des moyens leur permettant d'évaluer la consistance de l'objet donné en garantie.*

*(...). Cet article prévoit également un certain formalisme comme condition de validité afin de protéger les parties et de renforcer la sécurité juridique. Comme pour le nantissement de fonds de commerce, un écrit est exigé.*

*Comme pour le nantissement de créances professionnelles, un certain nombre de mentions sont nécessaires.*

*(...). Le pacte compromissoire est prohibé : les parties ne peuvent convenir lors de la constitution du gage que le créancier gagiste deviendra propriétaire des stocks gagés en cas de défaillance du débiteur (article L. 527-2)."*

Une partie de la doctrine soutient que "*l'intention du législateur laissait en réalité peu de place au doute sur ce point : à tort ou à raison, ce dernier a estimé qu'il était nécessaire de protéger les entreprises contre le risque d'être dépossédées de leurs stocks à la veille d'une procédure collective*"<sup>77</sup>.

Est également venu alimenter le débat sur ce thème la réponse du ministre de la Justice à une question parlementaire relative à l'articulation des dispositions des articles 2351 et suivants relatives au gage portant sur un véhicule automobile et celles du décret n° 53-698 du 30

---

<sup>76</sup> R. Damman : « La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée », D.2006, chron., p. 1298, n° 12 ; D. Robine : Aperçu de la réforme du droit des sûretés par l'ordonnance no2006-346 du 23 mars 2006 », Bull. Joly sociétés 2006, p. 880, n° 22 ; N-H. Aymeric : Gages et Nantissement divers », JurisClasseur Contrats – Distribution, fasc. 2960, 2009, no 34 ; R. Damman, G. Le Beuze : Réforme des sûretés et des procédures collectives : quelle sûreté choisir ? », Cahiers de droit de l'entreprise no 2, 2007, dossier 9

<sup>77</sup> R. Damman : Gage des stocks, caractère impératif du code de commerce, D. 2013, p. 493

septembre 1953, régissant également ce type de gage dans certains cas<sup>78</sup>.

Dans cette réponse, le ministère de la justice explique que le nouveau gage du code civil “a vocation à s'appliquer à tout meuble corporel à défaut de législation spéciale (...). Cependant, depuis la réforme du 23 mars 2006, un véhicule automobile peut également faire l'objet d'un gage sans dépossession de droit commun dans tous les cas non visés par le décret du 30 septembre 1953 et notamment lorsque le gage n'est pas consenti au profit d'un vendeur à crédit ou d'un prêteur de deniers pour garantir le financement du véhicule remis en gage.”<sup>79</sup>

La plupart des spécialistes y ont vu la volonté d'appliquer strictement l'adage “Specialia generalibus derogant”, susceptible d'aller bien au delà du simple gage du véhicule automobile, certains ne manquant pas de faire le parallèle avec le gage des stocks.

A ce jour, aucune juridiction n'a été appelée à statuer sur le choix du régime applicable en matière de gage portant sur un véhicule automobile.

#### □ Portée de l'adage “Specialia generalibus derogant”

Pour certains, qui n'y voient qu'un simple “guide” ou un “modèle” mais non une règle obligatoire pour le juge qui est libre de l'appliquer ou non, la portée de l'adage *Specialia generalibus derogant* doit être relativisée<sup>80</sup>.

Le professeur Goldie-Genicon<sup>81</sup>, qui s'est livrée à une analyse très fine de l'application de cet adage dans le droit des contrats conclut tout d'abord qu'il s'agit d'un “adage fantôme” : *L'adage specialia... n'a, en d'autres termes, aucune force contraignante, aucune valeur normative, pas même celle d'un principe général du droit. Il ne s'agit que d'une maxime, invoquée a posteriori par la doctrine pour éclairer certaines décisions, qui n'a d'autre autorité que celle de la tradition.(...)*

8. *Cette absence de valeur contraignante a d'indéniables répercussions sur les solutions données par la jurisprudence aux concours de normes qui se présentent à elle. La Cour de cassation n'a aucun guide véritable en la matière, décidant tantôt de fermer l'option entre règles communes et règles spéciales, tantôt de l'ouvrir au plaideur, tantôt même d'adapter les dispositions communes pour y greffer certains éléments de la règle spéciale – comme un délai de prescription – sans que l'on parvienne à déceler les ressorts de telles divergences.”*

Ainsi que le développe Mme Goldie-Génicon, cet adage a vocation à s'appliquer dans certaines conditions :

- ✓ “*Tout d'abord, l'adage ne peut recevoir application que pour trancher un concours opposant une norme spéciale à une norme générale.(...). Le champ d'application de la disposition spéciale doit être inclus dans celui de la disposition générale.*”
- ✓ Ensuite, la règle spéciale doit être dérogatoire, apporter une exception à la règle générale. “*L'adage ne doit recevoir application qu'en cas de contradiction entre la règle commune et la règle spéciale*” ;

---

<sup>78</sup> Pour le vendeur à crédit de véhicules automobiles, du prêteur de deniers pour l'achat de ceux-ci, du cessionnaire de la créance de ces derniers ou de l'escompteur d'un effet de commerce créé pour le règlement de l'achat ou de l'emprunt dudit véhicule

<sup>79</sup> Rép. Min. n° 1055, JOAN 9 octobre 2007, p. 6172

<sup>80</sup> C. Gijssbers, précité note 32

<sup>81</sup> C. Goldie-Génicon : Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, LGDJ 2009 et la synthèse qui en est faite, Revue de droit d'Assas, n° 7, février 2013 : Droit commun et droit spécial, n° 11 et suivants

- ✓ Enfin, la règle spéciale ne l'emporte sur la règle générale que dans son strict domaine d'application.

Selon Mme Goldie-Génicon, il existe deux conceptions de l'adage<sup>82</sup> :

- ✓ une conception souple, qui a vocation à s'appliquer dès qu'une disposition spéciale, plus rigoureuse ou moins favorable que la disposition générale, entre en "concurrence directe" avec celle-ci.

Toutefois, ainsi que le souligne l'auteure, *"l'acceptation extensive de l'adage, (...), risque de se retourner contre ceux-là même que la réglementation spéciale avait pour objet de protéger"*. Ceci explique certaines décisions de la Cour de cassation qui a opté pour le texte général dès lors que la réglementation protectrice aurait placé celui qu'elle était censée protéger dans une situation moins favorable que celui qui échappe à son domaine de protection. Cette conception souple favorise, selon Mme Goldie-Génicon, le recours à la fraude à la loi : *"l'invocation de la norme générale est regardée comme une manoeuvre frauduleuse destinée à permettre au plaideur de se soustraire à l'application de la norme spéciale"*.

- ✓ une conception stricte de l'adage, qui a sa préférence et qui n'autorise l'éviction des normes générales qu'à de strictes conditions.

Pour Mme Goldie-Génicon, il doit y avoir impérativement incompatibilité entre les deux normes. *"Deux normes sont incompatibles lorsqu'il est impossible de les appliquer simultanément, que ce soit de manière cumulative ou alternative. L'application des deux règles doit se heurter à une impasse, conduire à un non-sens, même si une option est offerte en elles. (...) Il en sera ainsi non seulement lorsque l'une des deux normes est la négation de l'autre, son versant opposé, mais aussi lorsque les deux règles soumettent à un régime divergent une action, un acte ou un fait de même nature. On ne peut par exemple, accorder pour l'exercice d'une même action, le choix entre deux délais de prescription distincts ni ouvrir une option entre une disposition interdisant une action et une disposition l'accueillant."*

#### ❑ Application jurisprudentielle de l'adage *"Specialia generalibus derogant"*

Mme Goldie-Génicon rappelle les solutions fluctuantes rendues en ce qui concerne le cumul ou le non cumul de l'action en nullité pour erreur et l'action en garantie des vices cachés<sup>83</sup> ou encore celles relatives à l'option entre l'action en garantie pour inexactitude des mentions dans l'acte de cession d'un fonds de commerce – article L. 141-3 du code de commerce – et les actions en nullité pour dol<sup>84</sup>.

Pour elle, *"l'adage, tel du moins qu'il est compris par la majorité de la doctrine, est impuissant à refléter l'état du droit positif sur la question du concours de normes. Il n'existe aucune clé de lecture fiable en la matière, la Cour de cassation privilégiant, encore une fois, une résolution opportuniste des conflits en fonction des intérêts en présence."*

Le mémoire en défense liste également de nombreuses jurisprudences allant dans ce sens.

En matière de droit des sûretés, l'articulation du régime de droit commun avec celui d'une sûreté spécifique est un sujet qui n'est pas nouveau. Les nantissements de fonds de commerce, ou les warrants agricoles, par exemple, fournissent des exemples anciens où la

---

<sup>82</sup> C. Goldie-Génicon, précitée

<sup>83</sup> la Cour a d'abord préféré appliquer le bref délai de l'article 1648 du code civil à l'action en nullité, puis choisi de revenir temporairement à l'option entre les deux actions, avant de refermer cette option dans son dernier état

<sup>84</sup> Com. 15 janvier 2002, n° 99-18.774, Bull. IV, n° 11

chambre commerciale a pu trancher en faveur d'un régime ou d'un autre.

Force est de constater que la jurisprudence ne donne pas de réponse tranchée à la question de savoir si les contractants, souhaitant constituer une sûreté mobilière, disposent de la faculté de choisir entre le régime de droit commun et le régime spécial d'une sûreté. En effet, il n'a pas été trouvé, pour les sûretés mobilières, d'exemple équivalent à celui de l'arrêt du 19 février 2013 rendu à propos du gage des stocks sans dépossession.

Il semble cependant que la Cour de cassation détermine, pour chaque espèce qui lui est soumise, les dispositions applicables au litige, à la lumière du principe selon lequel les dispositions spéciales dérogent aux dispositions générales.

Ainsi, en matière de gage commercial, il résulte de la jurisprudence constante de la chambre commerciale que l'article L. 521-1 du code de commerce rend inapplicable au gage commercial les dispositions de l'article 2336 du code civil, qui exige un écrit constitutif du gage<sup>85</sup>, jurisprudence encore récemment rappelée par la chambre commerciale sous l'empire des nouveaux textes sur les sûretés<sup>86</sup>. Un commentateur de cet arrêt, tout en reconnaissant le bien fondé de la solution, objectait *“Si le raisonnement de la Cour de cassation doit être approuvé, on conviendra néanmoins que le résultat n'est guère satisfaisant et participe d'un certain byzantinisme dont le droit des sûretés devient coutumier. Mais, de la même manière que pour le gage des stocks du code de commerce, il incombe au législateur de prendre ses responsabilités<sup>87</sup>”*.

En matière de warrants<sup>88</sup>, la première chambre civile, puis la chambre commerciale ont statué chacune sur l'articulation entre droit des warrants et droit commun des sûretés, faisant à chaque fois prévaloir le droit spécial, que ce soit en matière de détermination de l'ordre des créanciers<sup>89</sup> ou encore concernant le régime d'opposabilité du warrant<sup>90</sup>.

En matière de nantissement<sup>91</sup>, qui ne bénéficie pas d'un régime propre de droit commun, l'article 2355, alinéa 5, du code civil, disposant seulement que : *“[Le nantissement] qui porte sur d'autres meubles incorporels est soumis, à défaut de dispositions spéciales, aux règles prévues pour le gage de meubles corporels.”*, la question s'est posée de savoir si ce renvoi permettait au créancier nanti de se prévaloir d'un droit de rétention en application de l'article 2286-4° du code civil.

---

<sup>85</sup> Com., 9 mai 2001, 98-10.333 diffusé : “(...) il résulte de l'article 91, devenu l'article L. 521-1 du Code de commerce que, dès lors qu'un gage est consenti pour garantir un acte de commerce, il se prouve conformément aux dispositions de l'article 109, devenu l'article L. 110-3 du code de commerce”

<sup>86</sup> Com., 17 février 2015, n° 13-27.080, en cours de publication au Bulletin

<sup>87</sup> N. Borga : le gage commercial résiste au formalisme... et à l'abrogation implicite, D. 2015, p. 787

<sup>88</sup> Y. Picod, « Droit des sûretés », PUF, 1re édition, 2008, p. 296 : qui définit le warrant comme un billet à ordre “dont le paiement est garanti par le gage des marchandises ou d'autres éléments d'exploitation”

<sup>89</sup> Com. 28 février 1989, n° 86-18857, Bull. IV, n° 76 qui énonce que : “la somme dont la déduction était demandée ne représentait pas des frais de vente, au sens de l'article 12, alinéa 1er, mais une indemnité de nature de celle dont l'article 1er, dernier alinéa interdisait à l'emprunteur de demander le remboursement”.

<sup>90</sup> 1<sup>ère</sup> Civ. 2 décembre 1975, n° 74-10864 Bull. I, n° 352 qui juge que “Doit être cassé l'arrêt qui, pour admettre qu'un warrant consenti à un créancier par un débiteur sur des produits agricoles garantissait, non seulement le montant du capital de la créance, mais encore trois annuités d'intérêts énonce que le warrant pouvant s'analyser comme une hypothèque mobilière, il convient d'étendre au créancier le bénéfice des dispositions de l'article 2151 du Code civil, se fondant ainsi sur un texte qui ne s'applique pas à l'espèce”

<sup>91</sup> Depuis la réforme de 2006, le nantissement désigne le gage des biens meubles incorporels

La question est débattue<sup>92</sup> et la chambre commerciale, qui avait déjà jugé, avant la réforme de 2006, que le nantissement du fonds de commerce ne confère au créancier aucun droit de rétention, a confirmé cette solution sous l'empire des nouvelles dispositions dans un arrêt du 26 novembre 2013<sup>93</sup>.

Une majorité de la doctrine approuve cette solution et rappelle que le droit commun du nantissement, et donc le régime du gage de meubles corporels, est applicable, sauf lorsque des règles spéciales y dérogent<sup>94</sup>.

Un commentateur a toutefois émis des réserves sur cette solution : *“La Cour de cassation le refuse au motif, notamment, que “les nantissements de fonds de commerce sont régis par des textes spéciaux, notamment l'article L. 142-1 du code de commerce”, mais cela n'est guère convaincant, car les textes spéciaux relatifs au nantissement de fonds de commerce sont muets sur la question de l'existence ou de l'absence d'un droit de rétention fictif. Or “un régime spécial n'exclut totalement l'application du droit commun que si ce régime est complet”<sup>95</sup> et un autre se fonde sur une application littérale des articles du code civil pour conclure qu'elle aurait donc dû conduire à la solution inverse de celle retenue par la haute juridiction.”<sup>96</sup>.*

Certains commentateurs estiment que l'interdiction de l'option entre gage de droit commun et gage de stocks est également dictée par le principe de l'effet utile des dispositions législatives, les dispositions particulières encadrant le régime spécial du gage de stocks, demeurant sans aucun effet si l'option était possible : cet argument est longuement repris dans le mémoire ampliatif. Ce à quoi certains n'ont pas manqué de rétorquer, de façon ironique, *“Qui pourrait regretter qu'une loi mal faite demeure inappliquée.”<sup>97</sup>*

## **B/ Les conséquences générées par l'une ou l'autre des options doivent être envisagées.**

### 1/ Les critiques et commentaires concernant l'exclusivité du gage des stocks

L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 19 février 2013, qui pour certains, confirme *“une tendance jurisprudentielle récente défavorable à l'influence des volontés individuelles dans le droit des sûretés réelles”<sup>98</sup>*, a fait l'objet de multiples commentaires dont certains reconnaissent à la Cour de cassation une certaine impuissance face à des textes particulièrement inopportuns et critiquables.

Les conséquences de l'exclusivité du gage des stocks sont de plusieurs ordres.

#### a/ Cette solution menace l'avenir des gages des stocks conclus antérieurement

---

<sup>92</sup> M.Cabrillac, C. Mouly, S. Cabrillac, et P. Pétel, « Droit des sûretés », Litec, 9e édition, 2010, n° 784

<sup>93</sup> Com., 26 novembre 2013, n° 12-27.390, diffusé

<sup>94</sup> N. Dissaux, Jurisclasseur commercial, Fasc. 206 : Fonds de commerce – Nantissement, 2010, n° 6 ; O. Buisine, « L'opposabilité du droit de rétention « fictif » dans le cadre du plan de cession », Revue des procédures collectives, n° 6, novembre 2011, étude 31 ; M-P Dumont-Lefrand, « Le nantissement de fonds de commerce confère-t-il au créancier nanti un droit de rétention ? », Gazette du Palais, 20 mars 2014, n° 79, p. 22

<sup>95</sup> N. Balat, Essai sur le droit commun, th. dactyl., Paris II, 2014, n° 829

<sup>96</sup> M. Le professeur Crocq, « Droit des sûretés », D. 2014, 1610

<sup>97</sup> Y. Paclot : Droit applicable au gage sur stocks : JCP E n° 16-17, 17 avril 2014, 1218

<sup>98</sup> L. Andreu et J-F Quivy, précités note 31

Cette question est l'une des plus importantes car, concernant la pratique, elle est loin d'être théorique et ne se limite pas à un simple débat juridique.

Même si le législateur, a, dans la loi pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques n° 2015-990 du 6 août 2015 (dite loi Macron), autorisé le Gouvernement à légiférer par ordonnance pour réformer tant les dispositions du gage de droit commun que celles du gage des stocks afin "d'une part de les clarifier et de les rapprocher des règles applicables au pacte comissoire (...) Et d'autre part, de favoriser le développement des stocks", il reste la question de l'avenir des gages des stocks consentis antérieurement. De nombreux commentateurs n'ont pas manqué de la soulever<sup>99</sup>.

Les articles L 527-1 et suivants du Code de commerce soumettant le gage des stocks à un formalisme plus rigoureux que celui du droit commun, ces contrats encourrent un risque non négligeable d'annulation.

❑ La première question qui se pose est celle de la portée de cette nullité : sera-t-elle absolue ou relative ?

Concernant le défaut de mentions obligatoires du gage, le professeur Legeais considère, s'agissant du gage de droit commun tel qu'il existe depuis la réforme de 2006, que cette irrégularité doit être sanctionnée par la nullité absolue<sup>100</sup>.

S'agissant du gage des stocks, certains auteurs estiment que "*tous les gages sont sujets à une entière nullité, faute, par construction, de respecter les exigences de forme du code de commerce*"<sup>101</sup>.

Toutefois, certains auteurs, s'agissant de la sanction de la violation de l'ordre public économique, considèrent que la nullité absolue n'apparaît plus comme la sanction logique en la matière, dès lors que la plupart des dispositions concernées relèvent de l'ordre public de protection et non de l'ordre public d'intérêt général<sup>102</sup>.

Ainsi que le soulignent ces auteurs : "*Doctrine et jurisprudence sont partagées sur le caractère de la nullité pour défaut de la mention manuscrite en matière de cautionnement (dans le cadre de l'article L. 313-7 du code de la consommation, il semble s'agir d'un ordre public de protection dont la violation entraînerait la nullité relative, Paris, 17 mai 1996, JCP 1997. I. 3991, obs. Simler. - Mais en faveur de la nullité absolue, Limoges, 20 mai 1997, CCC 1998, n o 12, obs. Raymond. - Dans le cadre des cautionnements entre personne physique et créancier professionnel, L. no 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, JO 5 août, un débat s'est instauré et certains ont estimé que la nullité absolue n'était pas à exclure, S. PIEDELIÈVRE, La réforme de certains cautionnements par la loi du 1er août 2003, Defrénois 2003. 1371 ; mais en faveur de la nullité relative, Com. 5 févr. 2013, no 12-11.720*

---

<sup>99</sup> Commentaire de l'arrêt du 19 février 2013 par M. le Pr. Crocq : RTD Civ. 2013, p. 418 ; V.

Lasbordes-de Virville : L'avenir incertain du gage de stocks du code de commerce après l'arrêt du 19 février 2013 : à propos de l'interdiction d'une soumission conventionnelle au gage du code civil, Revue des procédures collectives n° 4, juillet 2013, étude 20 ; S. Calme : Le régime juridique des gages sur stocks se resserre : Petites Affiches, 26 avril 2013 n° 84, p. 16 ; C. Gijssberg précité note 28

<sup>100</sup> D. Legeais : le gage des meubles corporels, contrats Concurrence consommation, n° 6, juin 2006, 13

<sup>101</sup> L. Andreu et J-F Quivy : précités note 31

<sup>102</sup> J. Hauser et J-J Lemouland, précités note 61, n° 194

, Bull. civ. IV, n° 20 ; D. 2013. 1113, note Libchaber. - V. Cautionnement). Les avis sont également très variables sur la sanction applicable aux clauses abusives dans les contrats de consommation.”

A titre d'exemple, on peut citer la jurisprudence de la chambre commerciale relative au formalisme des articles L 341-2 et L 341-3 du code de la consommation, qui a pour finalité la protection des intérêts de la caution. Le non-respect de ce formalisme est sanctionné par une nullité relative, à laquelle la caution peut cependant renoncer par une exécution volontaire<sup>103</sup>.

A défaut de jurisprudence actuelle sur ce point, on peut essayer de raisonner par analogie en restant dans le domaine des sûretés. Ainsi, en matière de gage de la chose d'autrui, la chambre commerciale a reconnu, en matière de nantissement d'un fonds de commerce, antérieurement à la réforme de 2006, la possibilité pour le constituant de la chose d'autrui de devenir propriétaire du fonds ainsi gagé, neutralisant ainsi la possible nullité<sup>104</sup>.

Depuis la réforme de 2006, cette nullité figure toujours à l'article 2335 du code civil<sup>105</sup>, ce qui conduit la doctrine à considérer qu'il s'agit toujours d'une nullité relative<sup>106</sup>, confirmée en cela par une réponse ministérielle<sup>107</sup> concernant la co-existence d'un gage et d'une clause de réserve de propriété et qui en cas de conflit, conseille de faire primer le titulaire de la clause sur le créancier gagiste dès lors qu'il s'avère difficile pour ce dernier, à défaut de publicité des clauses de ce type, de s'informer préalablement.

- ❑ La seconde interrogation concerne le devenir du pacte comissoire contracté concomitamment à ces gages.

L'article L 527-2 du code de commerce répute non-écrite toute clause comissoire.

L'ancien article 2078 du code civil prohibant le pacte comissoire était d'ordre public et faisait obstacle à toute clause de voie parée (clause qui prévoit que le gage peut être réalisé par la vente amiable du bien gagé par le créancier) ou à tout pacte comissoire.

La chambre commerciale avait considéré que, sauf si ces clauses constituaient la cause déterminante du contrat, la nullité prévue par l'article 2078 interdisant le pacte comissoire était relative, les dispositions légales ayant pour finalité l'unique protection du débiteur, celui-ci pouvant même renoncer à se prévaloir de celle-ci.

Après avoir considéré qu'une clause réputée non écrite était "censée n'avoir jamais existé", la Cour de cassation a considéré, en 2006, que "les clauses d'un règlement de copropriété

---

<sup>103</sup> Com. 5 février 2013, n° 12-11.720, Bull. IV, n° 20

<sup>104</sup> Com. 5 novembre 2002, pourvoi n° 00-14.885, Bull., IV, n° 159

<sup>105</sup> Article 2335 du code civil : Le gage de la chose d'autrui est nul. Il peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque le créancier a ignoré que la chose fût à autrui

<sup>106</sup> J. F. Quivy : Du gage avec dépossession, par tierce détention de la chose d'autrui, Gazette du Palais, 6 octobre 2009, n° 279, p. 3 ; P. Delebecque : Sûretés mobilières, JCP Entreprises et affaires, n° 50, 11 décembre 2008, 2493 ; N-H Aymeric : Gages et nantissements divers, JCL Contrats - distribution, décembre 2009, fasc. n° 2960

<sup>107</sup> Réponse ministérielle n° 16491 : JOAN Q, 29 avril 2008, p. 3667



*doivent recevoir application tant qu'elles n'ont pas été déclarées non écrites par le juge.*<sup>108</sup>

Sont recevables à solliciter du juge un tel constat, tout d'abord toute personne qui présente un intérêt direct et personnel au constat de l'inexistence de la clause litigieuse, ensuite le ministère public qui dispose du droit d'agir à titre principal dans des circonstances dans lesquelles "l'ordre public est directement et principalement intéressé", ce qui est le cas en matière de procédure collective, enfin le juge pourrait, selon certains auteurs, le faire d'office, s'agissant d'un texte d'ordre public, sous réserve du respect de l'objet de la demande<sup>109</sup>.

Ainsi que le relève Mme Gaudemet *"Concernant les clauses réputées non écrites, il n'y a au contraire pas à distinguer selon la nature de l'intérêt protégé par la règle de droit transgressée"*<sup>110</sup>.

C'est ainsi que la 3<sup>ème</sup> chambre civile a jugé que *"une clause réputée non écrite étant censée n'avoir jamais existé, le syndicat des copropriétaires, comme tout copropriétaire intéressé, peut, à tout moment, faire constater l'absence de conformité des clauses du règlement de copropriété aux dispositions légales"*<sup>111</sup>.

La rédaction de cet arrêt, et l'utilisation de l'expression "à tout moment", soulève également la question du délai dont dispose le demandeur pour invoquer l'inexistence de la clause réputée non écrite. Cette expression a été reprise dans un arrêt de 1991, toujours en droit de la copropriété<sup>112</sup>, qui sanctionne une cour d'appel ayant eu recours à la prescription décennale. Cette solution a, à nouveau, été adoptée dans un arrêt du 7 mai 2008 concernant la non-application, toujours en matière de copropriété, de la prescription décennale à une action en nullité d'une clause non écrite<sup>113</sup>.

b/ La solution de l'exclusivité du gage des stocks nuit à l'attractivité du droit français

A l'époque de l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 mars 2006, M. Damman écrivait *"De nos jours, le law shopping est devenu une réalité. Les acteurs économiques localisent leurs actifs et leurs activités en fonction de l'efficacité des règles matérielles nationales qui sont les mieux adaptées à leurs besoins (...) Les biens meubles corporels, les créances et autres meubles incorporels peuvent en effet faire l'objet d'une localisation volontaire entraînant dans leur sillage le choix de la loi applicable. Ce phénomène risque d'ailleurs de s'accroître après l'entrée en vigueur du nouveau ratio de solvabilité de Bâle II qui donne une prime aux sûretés particulièrement efficaces. Or, la rentabilité des établissements de crédit est déterminée sur la base d'un pourcentage de retour sur fonds propres. On voit dès lors qu'à terme l'efficacité des sûretés pourrait avoir des incidences sur le comportement des banques et sur le choix de la localisation des financements internationaux et de la loi applicable aux sûretés. (...) Faute (...) d'instituer un registre central et d'harmoniser la multitude de régimes spéciaux, la réforme apparaît comme une occasion manquée."*<sup>114</sup>

---

<sup>108</sup> 3<sup>ème</sup> Civ, 21 juin 2006, n° 05-13607, Bull. III, n° 159

<sup>109</sup> H. Motulsky, cité dans l'ouvrage de Mme Gaudemet, précitée note 67, n° 224

<sup>110</sup> S. Gaudemet : précitée note 67

<sup>111</sup> 3<sup>ème</sup> Civ. 9 mars 1988 n° 86-17.869, Bull. Civ. III, n° 54

<sup>112</sup> 3<sup>ème</sup> Civ. 12 juin 1991 n° 89-18.331, Bull. Civ. III, n° 170

<sup>113</sup> 3<sup>ème</sup> Civ., 7 mai 2008 n° 07-13.409, Bull. 2008, III, n° 76

<sup>114</sup> R. Damman : La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée, D. 2006, page 1298

MM. Adelle et Gentil<sup>115</sup> soulignent plus récemment que *“la qualité et la stabilité du droit des sûretés français sont des éléments essentiels de l’attractivité de la Place financière française, de la compétitivité des banques et du crédit des emprunteurs sur le marché du financement. De ce point de vue, l’oeuvre de responsabilité de la décision de la cour d’appel de Paris est à saluer”*.

La majorité des commentateurs est unanime sur ce point et note que l’exclusivité du gage des stocks va à l’encontre des buts poursuivis par l’ordonnance du 23 mars 2006 qui a repris les propositions de la commission Grimaldi qui insistait fortement sur cet aspect.

Cependant, une partie de la doctrine considère que *“les sûretés ont une tendance générale à favoriser l’accroissement des crédits consentis par le banquier. Cet accroissement est accompagné de celui du risque, notamment en matière de sûretés réelles. En effet, ces sûretés peuvent nuire aux tiers dans la mesure où elles portent sur un bien et le risque principal est inhérent à la dépréciation de l’actif.”*<sup>116</sup>

c/ La solution de l’exclusivité du gage des stocks risque de détourner les établissements bancaires de cette pratique et de les inciter à recourir à d’autres moyens de garantie moins protecteurs des débiteurs

La doctrine<sup>117</sup> n’a pas manqué de relever cet inconvénient et de broser des tableaux pessimistes de l’avenir, allant jusqu’à envisager un refus de crédit à un débiteur qui, même in bonis, n’aurait que ses stocks à donner en gage.

Par ailleurs, comme le rappellent certains commentateurs, *“... conformément au règlement CRR applicable depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2014”*<sup>118</sup>, *“dans le but de limiter les risques de crédit et leur circulation, les établissements de crédit sont tenus d’obtenir des avis juridiques indépendants sur la validité et le caractère exécutoire des mécanismes de protection contre le risque de crédit qu’ils retiennent et, au premier chef, des sûretés. Il est à craindre que, si la loi organisant les sûretés n’est pas claire ou que les tribunaux compétents ne protègent pas efficacement les principes de confiance raisonnable et de sécurité juridique, les avis juridiques indépendants délivrés seront assortis de nombreuses réserves visant toutes sortes d’incertitudes, liées à des interprétations possibles et divergentes de la loi”*<sup>119</sup>.

Certains redoutent que les établissements bancaires recourent à des garanties beaucoup moins protectrices du débiteur comme le gage des stocks avec entiercement, organisé par la pratique pour limiter les inconvénients de la dépossession et les frais afférents (déménagement, frais de conservation) avec la participation d’un tiers qui détient les biens donnés en gage pour le compte du créancier, ou encore la fiducie-sûreté dont l’efficacité tient à ce que le bien affecté en garantie est cédé au fiduciaire et se trouve ainsi soustrait au gage des créanciers et à l’emprise de la procédure collective si celle-ci vient à s’ouvrir par la suite. De cette façon le créancier qui en bénéficie échappe à la discipline d’une procédure collective qui ne devrait pas l’affecter puisque précisément son paiement a vocation à intervenir en dehors de la procédure collective.

---

<sup>115</sup> J.F. Adelle et E. Gentil : Gage de stocks de droit commun en faveur des banques, Banque et Droit n° 156, juillet 2014

<sup>116</sup> A. Maymont : précité note 50

<sup>117</sup> N. Martial-Braz, précitée note 34

<sup>118</sup> Règlement UE 575/2013 du 26 juin 2013 concernant les exigences prudentielles applicables aux établissements de crédit et aux entreprises d’investissement et modifiant le règlement UE n° 648/2012

<sup>119</sup> J.F. Adelle et E. Gentil : précités note 115

d/ La solution de l'exclusivité du gage des stocks favoriserait l'émiettement du droit des sûretés réelles

Ainsi que le souligne M. C. Gijsbers<sup>120</sup>, *“L'obligation faite aux parties d'emprunter les régimes spéciaux au détriment du droit commun se limiterait-elle à certaines sûretés particulières (celles par exemple qui sont soumises à des règles plus contraignantes que le droit commun) ? Ou jouera-t-elle chaque fois qu'un régime spécial est susceptible de s'appliquer comme le laisse supposer la motivation de l'arrêt qui se contente de relever que les parties se trouvaient placées dans le champ d'application du gage des stocks ? Si, comme on peut le craindre, cette seconde interprétation devait s'imposer, la nouvelle jurisprudence de la Chambre commerciale aboutirait, de facto, à perpétuer la dispersion actuelle de la matière, en limitant singulièrement les occasions d'application du droit commun rénové”*.

La plupart des gages dits “spéciaux” ont été instaurés pour remédier à l'inconvénient majeur du gage antérieur à la réforme de 2006, à savoir la nécessité d'une dépossession afin de rendre ce gage opposable aux tiers.

Qu'il s'agisse, pour ne traiter que du code de commerce, du nantissement du fonds de commerce, organisé par les articles L 142-1 et suivants du Code de commerce, du gage de matériel et d'outillage, régi par l'article L 525-1 du Code de commerce, du warrant hôtelier ou du warrant pétrolier, prévus respectivement par les articles L 523-1 et L 524-1 du même code, tous ont été instaurés, de façon désordonnée et au coup par coup, pour remédier à “l'exigence antiéconomique de dépossession du constituant”.

Certaines de ces sûretés étant devenues obsolètes, d'autres étant rarement appliquées, beaucoup attendaient de l'ordonnance de 2006 qu'elle remette un peu d'ordre et d'harmonie dans ce que M. Charles Gijsbers a qualifié de *“plan cadastral ou de manteau d'arlequin”*.

e/ La solution adoptée par la Chambre commerciale peut, selon certains commentateurs, agir, par contagion, dans d'autres domaines que le droit commercial.

La doctrine a exprimé ses inquiétudes sur ce point.

Le professeur Ansault rappelle la force potentielle d'entraînement de cette décision. *“Et de fait, sur sa lancée qui malmène la liberté contractuelle, la Cour de cassation pourrait bien imposer une nouvelle directive. Celle-ci irait bien au-delà de la question des sûretés sur les stocks. Elle commanderait d'exclure toutes sûretés de droit commun en présence de régimes particuliers. (...). Outre que cette voie hasardeuse fait peu de cas de la subtilité de l'adage “specialia generalibus derogant”, elle engendrerait un véritable bouleversement du droit positif français. D'ailleurs, force est de constater qu'avant la réforme du 23 mars 2006, chacun paraissait convaincu que la réglementation de gages spéciaux dans un secteur déterminé ne fermait pas l'alternative d'un recours au droit commun”*<sup>121</sup>.

La réponse du ministère de la Justice concernant l'application des nouvelles dispositions relatives au gage portant sur un véhicule automobile n'est pas de nature à rassurer la doctrine sur ce point.

## 2/ La mise en oeuvre du choix entre les gages n'est pas non plus exempte de difficultés

Tout en saluant les deux arrêts rendus par la cour d'appel de Paris les 3 mai 2011 et 28

---

<sup>120</sup> C. Gijsbers : précité note 28

<sup>121</sup> Le gage du Code civil : gage de droit commun ou droit commun du gage ?, R.D. bancaire et financier, n° 5, septembre 2014, dossier 39

février 2014, la doctrine a aussi mis en exergue les difficultés susceptibles de se présenter dans l'hypothèse où le choix serait laissé aux praticiens.

Pour un auteur, faire le choix du cumul des deux gages *“aurait pu avoir des conséquences imprévisibles pour la résolution d'autres questions. Des possibilités de fraude auraient pu être offertes aux parties, en leur permettant toujours de choisir la règle la plus favorable”*<sup>122</sup>.

#### a/ Risque d'un conflit entre les deux types de gage

Ce risque existe dès lors que le choix serait possible et que les deux créanciers gagistes bénéficient d'un droit de rétention fictif au sens de l'article 2286-4° du code civil.

A priori, l'article 2340 du code civil qui prévoit que *“lorsqu'un même bien fait l'objet de plusieurs gages successifs sans dépossession, le rang des créanciers est réglé par l'ordre de leur inscription”* est susceptible de régler le problème.

Cependant, il convient de rappeler que les inscriptions des gages de droit commun se font sur un registre différent de celles des gages des stocks. Les créanciers futurs doivent-ils prendre la précaution d'aller vérifier chacun des fichiers ? Cette chronologie fonctionne-t-elle avec des gages faisant l'objet d'inscriptions différentes ?

Pour Mme Martial-Braz, *“Reconnaître le caractère cumulatif des deux garanties aurait eu pour conséquence de générer des difficultés d'articulation entre les régimes des deux sûretés, notamment en raison de la dualité des registres qui seraient alors susceptibles d'être compétents pour recevoir les inscriptions. (...) La recherche d'efficacité du système consacrée par la réforme issue de l'ordonnance du 23 mars 2006 semble donc appeler une telle exclusivité des dispositions spéciales”*.

#### b/ Incompatibilité du pacte comissoire avec certains type de biens gagés :

Selon le professeur Bazin-Beust, *“... l'article L. 527-2 du Code de commerce répute non écrit le pacte comissoire consenti au créancier gagiste sur stocks. (...) La nature des biens gagés pourrait aussi justifier ce choix très décrié du législateur. Ainsi, le pacte comissoire pourrait s'avérer inadapté à propos de marchandises dont la détention ou l'aliénation est réglementée et pour lesquelles l'attribution conventionnelle ne serait qu'illusoire. Songeons à la vente de médicaments dont le monopole est réservé aux pharmaciens, le créancier d'un laboratoire pharmaceutique ou d'un grossiste dont les stocks ont été gagés ne pourrait pas tirer aisément parti d'un pacte comissoire. La même difficulté risquerait de se produire pour les stocks — tels des produits de luxe ou de haute technicité — d'un revendeur appartenant à un réseau de distribution sélective et tenu d'une clause d'étanchéité. C'est une raison voisine qui a été avancée pour justifier le refus d'accorder au créancier nanti sur un fonds de commerce le droit d'en demander l'attribution judiciaire. En raison de la personnalité de l'exploitant auquel la clientèle est attachée, il serait irréaliste d'accorder au créancier la faculté d'en devenir propriétaire. (...)”*<sup>123</sup>.

c/ La réalisation du pacte comissoire et ses effets suscitent de nombreuses questions

A ce jour, bien des questions restent encore en suspens concernant la mise en oeuvre du pacte comissoire et comme l'a souligné le Pr Aynes *“le pacte comissoire constitue un*

---

<sup>122</sup> D. Legeais : Absence d'option offerte aux parties, R. D. Bancaire et fin. N° 2, mars 2013, comm. 59; JCP Entreprise et affaires, n° 12, 21 mars 2013, 1173

<sup>123</sup> D. Bazin-Beust (Une analyse du pacte comissoire... ou prudence est mère de sûreté chez les financeurs) : Petites affiches, 19 mai 2011 n° 99, p. 50)

appel à la créativité contractuelle<sup>124</sup>.

Plusieurs auteurs doutent des procédures à mettre en oeuvre pour faire jouer le pacte commissaire. Tandis que, pour certains, la réalisation du pacte est automatique du seul fait de la défaillance du débiteur, d'autres, comme Mme Macorig-Venier<sup>125</sup> estiment qu'il convient d'exiger au moins une mise en demeure préalable d'exécuter adressée par le créancier au débiteur, mise en demeure rappelant le pacte, de la même manière que la mise en demeure rappelle l'existence de la clause résolutoire lorsqu'elle est stipulée. Elle rappelle que cette procédure est d'ailleurs prescrite par les dispositions spéciales régissant le gage de compte d'instrument financier.

C'est d'ailleurs ce que prévoyait la convention conclue entre les parties de la présente affaire.

Beaucoup s'interrogent sur les modalités d'évaluation du bien objet du pacte commissaire soumise à une expertise dont les conditions de mise en oeuvre demeurent encore imprécises et sources de lenteur<sup>126</sup>, le risque d'insolvabilité du créancier dans l'hypothèse où la valeur du bien serait supérieure à la créance, l'opposabilité du pacte commissaire aux autres créanciers qui bénéficieraient d'une sûreté ou d'un droit de préemption sur le bien objet du pacte ou aux tiers en cas de vente du bien par le débiteur lorsque le pacte fait l'objet d'un avenant qui n'est pas soumis à publicité<sup>127</sup>, la procédure à laquelle devra recourir le créancier pour revendiquer son bien ou encore le risque d'instrumentalisation de la procédure collective pour neutraliser les effets du pacte commissaire.

Sur ce dernier point la chambre commerciale a jugé que *“hors le cas de fraude, l'ouverture de la procédure de sauvegarde ne peut être refusée au débiteur, au motif qu'il chercherait ainsi à échapper à ses obligations contractuelles, dès lors qu'il justifie, par ailleurs, de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui sont de nature à le conduire à la cessation des paiements”*<sup>128</sup>.

#### d/ Impact du pacte commissaire sur les procédures collectives

A titre liminaire, il n'est pas inutile de rappeler que depuis le début de la crise financière à l'automne 2008, le nombre de défaillances d'entreprises – principalement des petites et moyennes entreprises (PME) – est d'environ 60 000 par an en France, contre environ 48 000 auparavant<sup>129</sup>.

Selon M. Le professeur Lucas<sup>130</sup>, *“On voit mal comment voler à la rescousse des débiteurs malheureux sans imposer des sacrifices à leurs créanciers, seraient-ils munis de sûretés, le sauvetage de l'un ne pouvant se faire qu'au détriment des autres. Il y a donc quelque imposture à prétendre tout à la fois défendre les créanciers en redorant le blason des sûretés*

---

<sup>124</sup> L. Aynés : précité note 3

<sup>125</sup> F. Macorig-Venier : Le pacte commissaire (et les sûretés réelles mobilières), Revue Lamy droit des affaires, n° 14, mars 2007

<sup>126</sup> S. Hébert : Le pacte commissaire après l'ordonnance du 23 mars 2006, D. 2007, p. 2052

<sup>127</sup> D. Bazin-Beust : précitée note 123

<sup>128</sup> Com. 8 mars 2011, n° 10-13990 Bull. IV, n° 33, arrêt dit “Coeur défense”

<sup>129</sup> J. Cailloux, A. Landier, G. Plantin : Crédit aux PME, des mesures ciblées pour des difficultés ciblées ; Les notes du Conseil d'analyse économique, n° 18, décembre 2014

<sup>130</sup> Les actes du 121ème congrès du Conseil National des greffiers des tribunaux de commerce 2009, L'efficacité des sûretés réelles et les difficultés des entreprises, p.79 :

*et protéger les débiteurs en leur offrant des procédures collectives efficaces et propices au sauvetage de leur entreprise. (...) ...c'est bien un rééquilibrage favorable aux créanciers qui s'est opéré au fil des dernières réformes. Avec la fiducie-sûreté (C. civ., art. 2011) et les nouveaux gages assortis d'un droit de rétention (C. civ., art. 2286, 4°), les créanciers disposent désormais de sûretés qui résistent à la faillite de leur débiteur et leur assurent la certitude d'un paiement en dépit de la survenance d'une procédure collective."*

L'article L 622-7, I, alinéa 3, du code de commerce interdit la conclusion et la réalisation d'un pacte commissaire après l'ouverture d'une procédure collective, ce qui, aux dires de certains commentateurs, *"place le gage de droit commun au même niveau d'efficacité pratique que celui portant sur les stocks : l'intervention du juge est nécessaire dans les deux cas."*<sup>131</sup>

Le mémoire ampliatif insiste sur cette interdiction et souligne qu'elle représentait, pour les rédacteurs de l'ordonnance, l'un des *"éléments majeurs du nouveau gage des stocks : nécessaire à la protection du débiteur, elle est la contrepartie de la faveur faite au créancier qui bénéficie d'une sûreté sur la principale richesse de l'entreprise"*.

Pour Mme Macorig-Venier<sup>132</sup>, *"La portée de cette prohibition dépend largement de la détermination du moment et des modalités de la réalisation du pacte commissaire, sur laquelle des divergences existent."*

Ainsi qu'elle le montre, s'il est opté pour la réalisation automatique du pacte, cela permettrait au créancier d'échapper à la prohibition dès lors que le défaut de paiement est survenu avant le jugement d'ouverture.

Si une manifestation de volonté du créancier de se prévaloir du pacte est nécessaire et suffisante pour déclencher le transfert de propriété, *"il suffirait qu'elle se soit produite avant le jugement d'ouverture si la réalisation du pacte réside dans cette simple manifestation de volonté, peu important alors que le transfert de la propriété et le paiement effectif au profit du créancier aient été conventionnellement différés jusqu'à l'établissement de l'acte notarié, par exemple"*.

Selon elle, ce n'est que si la réalisation du pacte s'entend du transfert effectif de propriété au profit du créancier que la prohibition de l'article L. 622-7, I, alinéa 3 du code de commerce, pourrait jouer.

Elle conclut ainsi cette démonstration : *"En toute hypothèse, la réalisation du pacte commissaire, même apparemment opérée avant le jugement d'ouverture de la procédure, ne saurait être admise et permettre au créancier, prétendument propriétaire, de revendiquer le bien et d'en obtenir la restitution si le recours au pacte commissaire était prohibé, ce qui est le cas en matière de gage sur stocks dont les parties ne peuvent évincer le régime dès lors qu'elles entrent dans son champ d'application"*.

De façon plus spécifique, on peut légitimement s'interroger sur l'intérêt de la procédure de sauvegarde dès lors qu'intervient la réalisation d'un pacte commissaire avant l'ouverture de celle-ci.

En effet, pour bénéficier d'une sauvegarde, le débiteur, sans être en cessation de paiement, doit justifier de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter. Il n'y a donc plus de période suspecte ni la possibilité de recourir à la protection des régimes des nullités de l'article L 632-1 du code de commerce.

---

<sup>131</sup> J. Clavel-Thoraval , précitée note 13

<sup>132</sup> Répertoire Dalloz, Entreprises en difficultés : Les créanciers - 1 - Situation des créanciers, mars

Qu'advient-il de cette procédure si l'établissement de crédit, bénéficiaire d'un pacte comissoire, devient propriétaire des stocks, qui sont souvent la force vitale d'une entreprise au moment même où apparaissent les difficultés que le débiteur n'est pas en mesure de surmonter ? Quelles seront les perspectives d'une entreprise qui ne pourra plus disposer librement de ses stocks ? Quelle sera la réaction des autres créanciers face à cette situation où l'un d'entre eux aura déjà une longueur d'avance sur eux du fait de la réalisation du pacte comissoire, et ce s'agissant d'un établissement de crédit susceptible d'appartenir à l'un des deux comités des créanciers instauré par l'article L 626-30 du code de commerce<sup>133</sup> dans le cadre de la procédure de sauvegarde, le second étant celui des principaux fournisseurs de biens ou de service du débiteur ?

A cet égard, M. Le professeur Gout préconise de "*poser une règle générale reconnaissant au débiteur la prérogative d'user, pour les besoins du sauvetage de l'entreprise, de l'ensemble des biens se trouvant en sa possession, y compris d'ailleurs vis à vis du bénéficiaire d'une réserve de propriété*".<sup>134</sup>

Pour être complet, il convient de souligner que les établissements de crédit bénéficient, dans le cadre des procédures collectives, du privilège dit "de l'argent frais" conféré par l'article L 611-11 du code de commerce aux personnes ayant consenti "*dans le cadre d'une procédure de conciliation ayant donné lieu à l'accord homologué mentionné au II de l'article L 611-8, un nouvel apport en trésorerie au débiteur en vue d'assurer la poursuite de l'entreprise et sa pérennité...*". Ce privilège leur permet d'être payés, avant toutes les autres créances.

## **II - SUR LA FRAUDE SUSCEPTIBLE D'ENTRAÎNER L'ANNULATION DU GAGE (3<sup>ÈME</sup> BRANCHE DU MOYEN)**

M. Le professeur Cornu définit la fraude comme "un acte régulier en soi (ou en tout cas non sanctionné d'inefficacité), accompli dans l'intention d'éluder une loi impérative ou prohibitive et qui, pour cette raison, est frappé d'inefficacité par la jurisprudence ou par la loi."<sup>135</sup>

Selon M. Vidal, il y a fraude "*chaque fois que le sujet de droit parvient à se soustraire à l'exécution d'une règle obligatoire par l'emploi, à dessein, d'un moyen efficace, qui rend ce résultat inattaquable sur le terrain du droit positif*"<sup>136</sup>.

Dans leur ouvrage, MM. Roland et Boyer<sup>137</sup> cet adage revêt une grande importance en droit français ; ils le qualifient même « d'adage de la plus haute volée qui sert parfois de visa unique à des arrêts de cassation ». La fraude à la loi n'est concevable qu'en présence d'une loi impérative. En effet, il est toujours possible d'échapper à l'application de lois interprétatives ou supplétives.

Les auteurs prennent pour illustration de la fraude à la loi le contrat de gage : le code civil interdisait le pacte comissoire dans le prêt sur gage (article 2078 du code civil dans sa version abrogée depuis la réforme de l'ordonnance du 23 mars 2006). Les usuriers, pour

---

<sup>133</sup> Ces comités, certes réservés aux entreprises d'une certaine importance (plus de 150 salariés ou faisant un chiffre d'affaire supérieur à 2 millions d'euros), se prononcent sur chaque projet de plan qui détermine "les perspectives de redressement en fonction des possibilités et des modalités d'activités, de l'état du marché et des moyens de financement disponibles."

<sup>134</sup> O. Gout : Quel droit commun pour les sûretés réelles, RTD Civ. 2013, p. 255

<sup>135</sup> G. Cornu : Vocabulaire juridique, PUF, 2007, page 430

<sup>136</sup> J. Vidal, Théorie générale de la fraude en droit français, le principe « *fraus omnia corrumpit* », Dalloz, 1957, p. 341 et suivantes

<sup>137</sup> H. Roland et L. Boyer : *Fraus omnia corrumpit* (la Fraude corrompt tout), adages du droit français, Litec, 3<sup>ème</sup> édition, n° 141

contourner la prohibition d'un tel pacte, utilisaient alors le procédé de la vente à réméré : « *le prêteur se porte acheteur à réméré de la chose qui gage l'emprunt ; il est stipulé que si le rachat n'a pas lieu dans le délai qui correspond à celui du prêt, la chose lui sera acquise. Il n'est pas prévu d'intérêts, mais le prix de rachat est fixé au-dessus du prix de vente* ». La jurisprudence analysait la différence entre le prix de vente, la valeur réelle de la chose et le prix de rachat afin de caractériser la fraude.

## **II - 1 - La caractérisation de la fraude**

### **A/ Selon la doctrine**

Mme Goldie-Génicon<sup>138</sup> la seule invocation de la règle générale au détriment de la règle spéciale ne saurait constituer la fraude. Selon elle, les trois éléments cumulatifs qui caractérisent la fraude, à savoir une règle obligatoire qui s'impose au fraudeur, l'emploi de manœuvres, d'un procédé en lui-même licite et efficace et enfin, l'intention du fraudeur de contourner la règle applicable, ne sont pas réunis dans cette hypothèse. « *En premier lieu, le caractère impératif, obligatoire de la règle éludée ne s'impose pas avec évidence. La règle générale et la règle spéciale, lorsqu'elles viennent en concours « ont a priori la même vocation à être mises en oeuvre* ». Pour que la règle spéciale soit considérée comme obligatoire, il faut, en amont, admettre que la règle générale n'est pas applicable et qu'aucune option n'existe entre les deux règles. Le recours à la fraude n'est d'aucun secours pour justifier cette éviction de la norme générale, puisqu'elle ne peut intervenir qu'une fois acquis le caractère impératif de la règle éludée.

*C'est en deuxième lieu, l'élément matériel de la fraude qui fait défaut. On peut douter que le simple fait pour une partie d'invoquer la règle de droit commun devant le juge soit constitutif d'un manœuvre frauduleuse. Le procédé manque singulièrement de consistance. Le plaideur ne se livre à aucun artifice, aucune manipulation de la situation de fait.(...). ... il n'y a en effet aucune dissociation entre le moyen employé et la règle de droit dont le plaideur entend bénéficier. La manœuvre se confond avec l'invocation de la règle de droit dont il recherche l'application, sans que la mise en oeuvre d'aucun procédé ne puisse être relevée. De surcroît, l'efficacité de ladite « manœuvre » est douteuse. De deux choses l'une : soit une option est reconnue entre la règle générale et la règle spéciale, et dans ce cas la règle spéciale est dépourvue du caractère obligatoire nécessaire pour caractériser la fraude ; soit il n'existe aucune option entre la règle générale et la règle spéciale, car cette dernière s'impose au demandeur, et l'invocation de la règle générale n'est pas un procédé efficace puisque le juge saisi assurera la primauté de la règle spéciale sur la règle générale. La théorie de la fraude est impuissante, dans les deux hypothèses, à justifier la mise à l'écart de la règle commune. En troisième lieu, la démonstration de l'intention frauduleuse de celui qui se prévaut de la règle générale risque de s'avérer délicate. Un plaideur n'a pas nécessairement la volonté de se soustraire à une disposition spéciale plus rigoureuse en invoquant la règle commune concurrente. Il se peut qu'il n'ait pas connaissance de cette règle spéciale, ou qu'il n'ait pas le sentiment d'éluder une règle impérative parce qu'il croit qu'il est libre de choisir entre la règle générale et la règle spéciale. Les nombreux revirements de jurisprudence relatifs aux concours de normes sont faits pour nourrir ce type de sentiment : lorsqu'une option a été accordée pendant plusieurs années entre deux règles et que la Cour de cassation décide brusquement de fermer cette option, la partie qui a, en toute bonne foi, invoqué le bénéfice de la norme générale plus favorable, alors qu'elle croyait l'option encore ouverte, peut difficilement se voir suspectée de fraude. On peut ajouter que, même si celui qui invoque la règle générale cherche à échapper à une disposition spéciale rigoureuse, comme par exemple à un bref délai de prescription, cette finalité n'est pas toujours l'unique but poursuivi. Pour caractériser l'intention frauduleuse, il faudrait prouver que le plaideur se prévaut du droit commun dans le dessein exclusif de se soustraire à l'application d'une disposition spéciale plus stricte, sans rechercher les autres conséquences juridiques attachées au résultat de son option, ce qui ne sera pas toujours le cas.»*

---

<sup>138</sup> C. Goldie-Génicon : précitée note 81



Pour MM. Mayer et Heuzé<sup>139</sup>, l'intention frauduleuse “ ne consiste pas dans le seul désir d'obtenir le résultat défendu par la loi éludée. [...] La fraude réside dans le fait de changer l'élément dont dépend la loi applicable pour obtenir le résultat cherché, sans accepter les conséquences plus essentielles normalement attachées à ce changement».

M. Le professeur Delebecque, commentant l'arrêt de la cour d'appel de Paris, affirme : “Sans doute, le choix fait en faveur du droit commun permet-il de tourner la prohibition du pacte commissaire. Pour autant, il est impossible de parler de fraude, puisque le choix est permis par la loi et que l'utilisation d'un moyen légal plutôt qu'un autre ne constitue pas une fraude, les parties se bornant à exercer le choix entre deux régimes prévus par la législation.”

## **B/ Selon la jurisprudence**

Selon la Cour de cassation, fait une juste appréciation la cour d'appel qui définit la fraude comme un acte qui a été réalisé en utilisant des moyens déloyaux destinés à surprendre un consentement, à obtenir un avantage matériel ou moral indu ou réalisé avec l'intention d'échapper à l'application d'une loi impérative ou prohibitive<sup>140</sup>.

La Cour de cassation fait une interprétation stricte des éléments caractéristiques de la fraude et refuse de la reconnaître lorsque tous les éléments ne sont pas réunis.

### 1/ L'existence d'une règle obligatoire

La Cour de cassation a eu à statuer sur l'existence d'une fraude notamment en matière de statut du fermage, d'interdiction du pacte commissaire dissimulé derrière une vente à réméré (sous l'empire de l'ancien article 2078 du code civil), de droit des sociétés, ou encore dans le cadre de l'application de l'article 712-6 du code de la propriété intellectuelle relatif au dépôt de marque dès lors que celui-ci est effectué dans l'intention de priver autrui d'un signe nécessaire à son activité.

### 2/ L'élément matériel

La Cour de cassation a jugé que la fraude n'était pas constituée :

- dès lors que l'objet de la conversion d'un découvert en prêt assorti d'une garantie n'est pas uniquement de donner à la banque des garanties mais aussi de permettre à la société de poursuivre pendant quelques temps ses activités<sup>141</sup> ;
- en cas de coïncidence de la date d'effet du congé avec celle de la date d'échéance contractuelle du bail (plus favorable qu'une résiliation qui aurait pu intervenir avant cette date), la cour d'appel relevant par ailleurs que le congé respectait le délai de préavis exigé par l'article L 411-32 du code rural<sup>142</sup> ;
- dès lors que la révocation d'un dirigeant peut intervenir à tout moment, et que le conseil d'administration était convoqué par le demandeur qui ne pouvait pas ignorer, eu égard à la position prise par les futurs administrateurs et à celle, connue, de la société, que la question de sa révocation serait discutée lors de ce conseil<sup>143</sup> ;
- lorsque la banque ne clôture pas un compte malgré la lettre de dénonciation et la négociation

---

<sup>139</sup> P. Mayer et V. Heuzé, Droit international privé, LGDJ, 11ème édition, n°278

<sup>140</sup> Com., 2 octobre 2012, n° 11-23.213, diffusé

<sup>141</sup> Com., 3 avril 2002, n° 98-22.813, diffusé

<sup>142</sup> 3ème Civ., 18 décembre 2002, n° 01-12.867, Bull. III, n° 264

<sup>143</sup> Com. 12 mai 2004, n° 00-19.415, diffusé

de conventions d'amortissement du solde débiteur<sup>144</sup> ;  
- dès lors que l'introduction dans le contrat de certaines stipulations contraires à la loi ne suffit pas à démontrer la fraude<sup>145</sup>.

### 3/ L'élément intentionnel

Le caractère frauduleux, qui suppose certes la constatation de certaines circonstances de fait propres à établir la fraude, repose sur l'existence d'une intention frauduleuse qui relève quant à elle de l'appréciation souveraine des juges du fond<sup>146</sup>.

La Cour de cassation s'assure toutefois que la cour d'appel a procédé aux recherches et analyses nécessaires pour statuer sur cette intention<sup>147</sup>.

S'agissant de l'intention des parties, il n'est pas inutile de rappeler qu'en l'espèce, d'une part le contrat de financement conclu entre les deux parties n'était pas une opération de crédit classique mais un financement islamique sous forme de Murabaha<sup>148</sup> et d'autre part, l'arrêt du 3 mai 2011 relevait que les parties avaient, eu égard à cet élément, décidé qu'il était plus approprié de convenir d'un gage de droit commun.

La qualification d'opération de crédit n'est pas contestée par le défendeur dans le cadre du contentieux et ce d'autant qu'une instruction fiscale de 2010 relative aux opérations de Murabaha considère que *"le revenu du financier constitue la rémunération d'un différé de paiement assimilable, sur le plan fiscal, aux intérêts dus dans le cadre d'un financement conventionnel"*. (...) <sup>149</sup>.

Un commentateur de cette instruction fiscale conclut que l'effet économique de l'opération de Murabaha permet de la qualifier d'opération de crédit au sens du droit français<sup>150</sup>.

### 4/ Le cas particulier de la fraude à la loi commise aux fins d'échapper à un régime d'ordre public

Antérieurement à la réforme du droit des sûretés intervenue en 2006, l'ancien article 2078 du code civil prohibait le pacte commissoire en matière de sûretés.

Afin de contourner cette prohibition, des parties avaient parfois recours à divers mécanismes, et notamment à la vente à réméré.

Connue sous la dénomination de "fraude pignorative", la vente à réméré consiste à vendre fictivement le bien qui ferait l'objet de la sûreté, la "vente" s'analysant en un prêt, et le "prix de

---

<sup>144</sup> Com., 2 octobre 2012, n° 11-23.213, diffusé

<sup>145</sup> 1<sup>ère</sup> Civ., 20 juin 2000, n° 98-14.098, diffusé

<sup>146</sup> 1<sup>ère</sup> Civ., 8 juin 2004, n°01-15.644, Bull. I, n° 165 ; Com., 14 mai 1996, n° 94-11.124, Bull. IV, n°134 ; Com, 3 juin 2008, n° 07-11.697, diffusé

<sup>147</sup> Com., 26 février 2013, n° 12-13.721, diffusé

<sup>148</sup> La finance islamique prohibant le prêt à intérêts, les financements sont justement structurés de façon à ne pas être qualifiés de prêts. Le murabaha consiste en l'achat par la banque d'un actif qu'elle revend à terme à ses clients avec une marge préétablie

<sup>149</sup> B.O.I. N° 78 du 24 août 2010 (BOI 4FE/S1/10)

<sup>150</sup> A. Lemeux : Les instructions fiscales concernant la mourabaha, l'ijara et l'istisna : une neutralité fiscale affichée, une qualification juridique bancaire en filigrane, RTD Financier 2010, n° 3, p. 85

vente” constituant la somme prêtée par l'acheteur au vendeur, le créancier devenant propriétaire du bien en cas d'incapacité du débiteur de racheter celui-ci.

Selon M. Le professeur Gautier<sup>151</sup>, *“De longue date, la clause est notamment utilisée par un prêteur d'argent, afin d'être assuré de son remboursement : si le débiteur le règle, il lui rendra la propriété, s'il ne le fait pas, il la conservera. La propriété joue le rôle de garantie (M. Bourassin, V. Brémond et M-N. Jobard-Bachellier, Droit des sûretés, 4e éd., Sirey, 2014, n° 1261 ; et par ex., Civ. 13 juill. 1891, DP 1892. 1. 227 : validité de l'opération en soi, pas d'application analogique des règles sur les sûretés immobilières).*

*Le débiteur est le premier à y trouver avantage : le réméré lui permet de « se procurer des fonds en utilisant la valeur de sa chose, sans perdre l'espoir de la récupérer un jour » (M. Planiol et G. Ripert, Traité pratique de droit civil, 2e éd., t. X, par J. Hamel, n° 187 bis).*

*Sans être vraiment une simulation, il s'apparente alors à un pacte comissoire ou « contrat pignoratif », qui s'y trouve assimilé. Celui-ci fut longtemps hors la loi, mais c'est du passé, il est désormais valable, ainsi qu'en dispose depuis 2006 l'article 2549 du code civil, au sujet de l'hypothèque : « il peut être convenu... que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué ». C'est désormais la validité de l'accord qui constitue le principe”.*

Cinq éléments permettaient de caractériser la fraude pignorative : la faculté de rachat, la vileté du prix, la relocation du bien au vendeur, le caractère usuraire du prix de rachat et l'habitude du vendeur de pratiquer l'usure ou ce type d'opération.

La Cour de cassation, très tôt saisie de cette question, y a souvent vu une fraude à la loi<sup>152</sup>, tout en étant toujours particulièrement stricte sur la caractérisation de la fraude.

C'est ainsi qu'elle a jugé :

- qu'une délégation de la faculté de rachat attachée aux bons de capitalisation accompagnant l'acte de nantissement au bénéfice du créancier gagiste n'est constitutive ni d'appropriation, ni de disposition du gage au sens de l'article 2078 du code civil, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 23 mars 2006<sup>153</sup> ;

- ou encore que la requalification de la vente à réméré en pacte comissoire prohibé ne peut se déduire de la seule concomitance entre un acte de prêt et un acte de vente dès lors que la cour d'appel constate que le prêt était remboursable sans intérêt, et relève, d'une part, que n'était pas démontrée la fréquence des achats effectués par l'acheteur, et d'autre part, qu'il n'était prouvé ni que le prix de rachat du bien serait éloigné des valeurs du marché immobilier, ni que l'opération prévoyait que le vendeur reste dans les lieux ou que le bien lui serait reloué, et qu'elle a souverainement retenu que la majoration du prix de vente augmenté des frais et travaux nécessaires, qui correspondait à une avance des fonds pendant dix-huit mois, n'apparaissait pas usuraire<sup>154</sup>.

Concernant ce dernier arrêt, un commentaire relève que la pertinence des critères permettant de sanctionner la fraude pignorative ne serait plus satisfaisante *“dans la mesure où leur finalité première était de traquer l'usure et visait donc “davantage à contrôler l'équité de l'opération qu'à en opérer une qualification correcte”*. L'auteur observe qu'en réalité, c'est le critère de la vileté du prix qui est systématiquement relevé par les juges et qui *“s'avère décisif*

---

<sup>151</sup> P.Y. Gautier : « La vente à réméré est morte, vive la faculté de rachat pignorative : », RTD Civ. 2014, p. 668

<sup>152</sup> Com., 3 avril 1978, n° 76-12.814, Bull. IV, n° 112

<sup>153</sup> Com., 8 janvier 2008, n° 06-17.430, diffusé

<sup>154</sup> 3e Civ., 21 mai 2014, n° 12-23.607, Bull. III, n° 71 statuant sur l'article 2459 du code civil qui dispose : Il peut être convenu dans la convention d'hypothèque que le créancier deviendra propriétaire de l'immeuble hypothéqué. Toutefois, cette clause est sans effet sur l'immeuble qui constitue la résidence principale du débiteur.

en pratique.”<sup>155</sup>

Le statut d'ordre public du fermage a donné lieu à une jurisprudence fournie sur la fraude à la loi, qui met en évidence l'importance de l'élément intentionnel dans la qualification de la fraude à un régime d'ordre public par le recours à un régime conventionnel soumis à des dispositions légales supplétives plus favorables (convention de vente d'herbe sur pied, contrat de prêt à usage ou convention de vente temporaire d'usufruit).

Il a ainsi été jugé que *“les précautions prises par le propriétaire dans la rédaction des conventions n'avaient eu d'autre but, dans son intention, que de faire fraude à la loi”*<sup>156</sup> ou à l'inverse que *“la cour d'appel, qui a constaté l'intention clairement exprimée par les parties dans l'acte authentique du 13 décembre 1958 d'exclure de la location les immeubles bâtis ; la persistance de cette intention lors du renouvellement du bail et l'absence de tout accord postérieur de la bailleresse sur ce point, a pu estimer que la fraude à la loi ne résultait ni des conditions stipulées pour l'occupation des bâtiments, ni de la durée fixée pour cette occupation.”*<sup>157</sup>

Dans la jurisprudence plus récente de la troisième chambre civile, la référence à la notion d'intention apparaît de manière moins explicite. Cela étant, le raisonnement vise toujours à déterminer si les parties ont eu, dans les faits, l'intention d'échapper aux dispositions d'ordre public de la loi<sup>158</sup>. Selon un commentateur de la jurisprudence de la 3<sup>ème</sup> chambre civile sur la fraude en matière de statut du fermage et du métayage, le contrôle exercé par le juge consiste à rechercher l'existence d'un motif légitime et vérifiable permettant de justifier que le choix du statut plus favorable n'est pas motivé par le seul souci d'échapper à l'application d'une règle impérative.<sup>159</sup>

### **III - SUR LA RÉALISATION DU PACTE COMMISSOIRE DURANT LA PÉRIODE SUSPECTE (4<sup>ème</sup> branche du moyen)**

Les articles L 631-8 (pour la procédure de redressement judiciaire) et L 641-1 (pour la procédure de liquidation judiciaire), disposent que le tribunal qui prononce l'ouverture de la procédure fixe la date de la cessation des paiements.

La date de cessation des paiements est le point de départ de la période suspecte qui s'achève à la date du jugement d'ouverture de la procédure collective. Cette date peut être modifiée tout au long de la procédure.

La cessation des paiements suppose que le débiteur soit *“dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible.”*<sup>160</sup>

---

<sup>155</sup> F, Dournaux « Retour sur la question séculaire de la requalification de la vente à réméré en contrat pignoratif », JCP G, n° 38, 15 septembre 2014, 942

<sup>156</sup> Soc., 5 octobre 1967, Bull. IV, n° 609 ;

<sup>157</sup> 3<sup>ème</sup> Civ., 26 février 1971, n° 69-13033, Bull. III, n° 144

<sup>158</sup> 3<sup>e</sup> Civ., 24 novembre 1993, n° 90-10.074, diffusé ; 3<sup>e</sup> Civ., 20 juillet 2004, n° 92-18.573, diffusé ; 3<sup>e</sup> Civ., 10 décembre 2013, n° 12-23.778, diffusé

<sup>159</sup> F. Roussel, « La « vente temporaire d'usufruit » d'un immeuble rural échappe-t-elle au statut du fermage et du métayage ? », JCP N, n° 38, 23 septembre 2011, 1247 et « La constitution, sans fraude, d'un usufruit à durée déterminée sur un immeuble à usage agricole est soustraite, par nature, au statut du fermage et du métayage », Droit rural, n° 383, mai 2010, comm. 56

<sup>160</sup> C. Saint-Alary-Houin : Droit des entreprises en difficulté, LGDJ, 9<sup>ème</sup> édition

Le code de commerce a prévu un système de protection pour préserver les entreprises durant cette période où elle peuvent être l'objet de certaines pressions, notamment de la part de leurs créanciers.

Tout d'abord, l'article L 622-7 du code de commerce interdit la constitution ou la réalisation d'un pacte commissaire après l'ouverture d'une procédure collective et cette interdiction est strictement sanctionnée par la chambre commerciale.<sup>161</sup>

Ensuite, l'article L 632-1 prohibe, "*lorsqu'ils sont intervenus depuis la date de cessation des paiements*" notamment :

*"4° tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cession (...) Ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires" ;*

(...)

*6° Toute hypothèque conventionnelle, toute hypothèque judiciaire ainsi que l'hypothèque légale des époux et tout droit de nantissement ou de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées ;"*

Le régime des nullités sanctionne donc d'une part tout paiement "anormal", d'autre part la constitution de sûretés, le tout durant la période suspecte.

Enfin, l'article L 632-2 instaure un régime de nullité facultative concernant notamment les paiements pour dettes échues effectués à compter de la date de cessation des paiements et les actes à titre onéreux à compter de cette même date si ceux qui ont traité avec le débiteur ont eu connaissance de la cessation des paiements.

La question posée par le pourvoi est donc de savoir si la réalisation du pacte commissaire, intervenant durant la période suspecte, peut être sanctionnée par la nullité au titre de l'une ou l'autre de ces dispositions.

### **III - 1 - S'agissant de la prohibition des sûretés durant la période suspecte.**

**L'article L 632-1 du code de commerce** qui déclare nulles certaines sûretés telles que le nantissement, le gage ou encore la plupart des hypothèques au cours de la période suspecte pour garantir une dette antérieure **ne vise que la constitution de la sûreté** : la nullité est donc exclue lorsque la constitution est achevée.<sup>162</sup>

Il n'y aurait donc pas lieu de remettre en cause la réalisation du pacte commissaire durant la période suspecte dès lors que la convention serait antérieure à la date de cessation des paiements et que le pacte commissaire y étant inclus dès l'origine<sup>163</sup>, il n'y a pas eu modification de l'objet de la dette.

La sûreté n'est nulle que si elle garantit une dette antérieurement contractée volontairement et non une dette résultant de décisions judiciaires constitutives de créances.

En revanche, l'achèvement de la constitution d'une sûreté durant la période suspecte

---

<sup>161</sup> Com. 8 mars 2011, n° 10-13988, Bull. IV, n° 33

<sup>162</sup> F. Pérochon, Entreprises en difficulté, 2014, 10ème édition, LGDJ, à jour des ordonnances des 12 mars et 26 septembre 2014, n° 1488 et suivants ; Mémento Pratique Francis Lefebvre, Droit commercial, 2014, 22ème édition, à jour en février 2014, n° 62615

<sup>163</sup> G. Amlon : Jurisclasseur Commercial Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires – Créanciers antérieurs titulaires de sûretés réelles », 6 janvier 2012, n° 119 ; Mémento Pratique Francis Lefebvre, Droit commercial, 2014, 22ème édition, à jour en février 2014, n° 57055 ; P. F. Cuif, fasc. 110 : Hypothèques - Effets - Pacte commissaire et attribution judiciaire, mise à jour 10 juin 2009, n° 8, Jurisclasseur notarial,

entraînerait sa nullité même si la constitution correspond à l'exécution d'une promesse de constitution antérieure à la cessation des paiements.

La Cour de cassation n'a pas eu encore à statuer sur la réalisation d'un pacte comissoire durant la période suspecte. Les seules décisions des juges du fond, dont le rapporteur ait eu connaissance, sont celles rendues dans la présente procédure.

Qu'il s'agisse du jugement du tribunal de commerce ou des deux arrêts de la cour d'appel de Paris, tous ont considéré que la réalisation du pacte comissoire durant la période suspecte était régulière dès lors que le paiement en nature avait été envisagé dès l'origine dans la convention des parties.

S'agissant d'autres types de sûretés, tant la doctrine que la jurisprudence convergent vers la solution suivante : lorsque la sûreté a été régulièrement, et totalement, constituée en dehors de la période suspecte, sa réalisation durant celle-ci n'entraîne pas sa nullité.

Ainsi, en matière d'hypothèque, la chambre commerciale considère que pour apprécier l'inopposabilité d'une hypothèque judiciaire à la masse<sup>164</sup> ou la nullité de cette garantie<sup>165</sup>, il y a lieu, non de tenir compte de la date d'inscription de cette hypothèque, mais de rechercher si le jugement de condamnation lui donnant naissance est postérieur à la date de cessation des paiements du débiteur. De même, l'hypothèque constituée sur les biens du débiteur depuis la date de cessation des paiements pour une dette antérieurement contractée est nulle, peu important qu'une promesse d'hypothèque ait été consentie avant cette date<sup>166</sup>.

Par ailleurs, a été cassé un arrêt qui annule une délégation de loyers sur le fondement de l'article L. 621-107, I, 4° du code de commerce alors que l'acte prévoyant cette délégation avait été conclu avant la date d'insolvabilité notoire du cédant peu important que son exécution fût postérieure à cette date<sup>167</sup>.

### **III - 2 - S'agissant de la prohibition de tout paiement anormal**

L'article L 632-1 du code de commerce interdit *“tout paiement pour dettes échues, fait autrement qu'en espèces, effets de commerce, virements, bordereaux de cessions dailly ou tout autre mode de paiement communément admis dans les relations d'affaires”*.

Pour apprécier si le paiement litigieux est ou non communément admis, la chambre commerciale invite les cours d'appel à rechercher si le paiement litigieux constitue une *“pratique générale et habituelle dans les relations d'affaires du secteur bancaire<sup>168</sup>”* ou n'est pas *“communément admise dans le secteur considéré”*, en l'espèce celui du bâtiment, s'agissant d'une délégation de créance<sup>169</sup>.

Cela suppose une appréciation au cas par cas des usages de chaque profession et de leur évolution. Ainsi, la cession de créance a fini par être validée comme *“paiement communément*

---

<sup>164</sup> Com., 29 novembre 1988, n° 86-15.821, Bull. IV, n° 326 ; Com., 25 octobre 1994, n° 91-14.539, Bull. IV, n° 314

<sup>165</sup> Com., 25 octobre 1994, n° 91-14.539, Bull. IV, n° 314

<sup>166</sup> Com., 12 novembre 1997, n° 95-14.900, Bull. IV, n°287

<sup>167</sup> Com., 4 octobre 2005, n° 04-14.722, Bull. IV, n° 198

<sup>168</sup> Com. 23 janvier 2001, n° 98-10975, Bull. IV, n° 22

<sup>169</sup> Com. 5 février 2013, n° 11-28364, diffusé

*admis*<sup>170</sup>, alors qu'à l'origine elle était considérée comme un paiement anormal.

A l'inverse, la Cour de cassation considère qu'un mode de paiement ponctuel, issu d'un événement inhabituel, est anormal compte tenu des usages de la profession<sup>171</sup>.

Sur la nature du pacte comissoire, la doctrine est partagée.

Antérieurement à la réforme de l'ordonnance du 23 mars 2006, la mise en oeuvre du pacte comissoire, par ailleurs formellement prohibé, pendant la période suspecte, était assimilée à une dation en paiement<sup>172</sup> et ainsi sa réalisation était nulle au titre de l'article L. 632-1 du code de commerce.

Il a été jugé qu'il y a dation en paiement (au sens des dispositions sur les paiements anormaux en cas de faillite) lorsqu'il est remis au créancier autre chose que l'objet même de la dette<sup>173</sup>.

Dans l'affaire le pourvoi 11-21.763, Mme l'avocat général faisait référence dans son avis aux écrits de M. Léoty qui affirmait : *"Ce n'est pas le paiement en nature qui est le critère de la dation en paiement mais le changement de nature de l'obligation"*<sup>174</sup>.

En vertu d'une jurisprudence constante de la chambre commerciale de la Cour de cassation, d'une part, il appartient aux juges du fond de rechercher si une convention intervenue durant la période suspecte ne fait pas apparaître un processus de dation en paiement prohibé<sup>175</sup>, d'autre part, les datations en paiement conclues et réalisées durant la période suspecte doivent faire l'objet d'une annulation<sup>176</sup>.

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance de 2006, pour certains auteurs<sup>177</sup>, dès lors que l'article 2348 du Code civil autorise le pacte comissoire, il semble difficile d'y voir un paiement non communément admis dans les relations d'affaires dans la mesure où le Code civil l'encourage. Reste que le pacte comissoire est susceptible d'être contesté sur le fondement des nullités facultatives.

A l'inverse, une partie de la doctrine considère que la conclusion ou la réalisation d'un pacte comissoire peut être analysée comme une dation en paiement forcé et, à ce titre, pourrait relever du régime de nullité de l'article L 632-1,1,4° du code de commerce<sup>178</sup>. Ainsi que le souligne Mme Saint-Alary-Houin, *"...dès lors que le mode de règlement utilisé modifie l'objet de*

---

<sup>170</sup> Com. 30 mars 1993, n° 91-15931, Bull. IV, n° 130 ; 14 décembre 1993, n° 92-10858, Bull. IV, n° 472

<sup>171</sup> Com. 30 novembre 1993, n°91-13881, Bull. IV, n° 439

<sup>172</sup> En vertu de l'article 1243 du code civil, une dation en paiement est une modalité de règlement de sa dette par le débiteur qui substitue au paiement prévu par le contrat, avec l'accord du créancier, une chose réputée équivalente par les parties.

<sup>173</sup> Ass. plén. 22 avril 1974, n° 71-13450, Bull. As. plén. n° 001

<sup>174</sup> D. Léoty, La nature juridique de la dation en paiement - La dation en paiement, paiement pathologique, RTDCiv. 1975, n° 26, p. 29

<sup>175</sup> Com. 2 février 1999, n° 96-14467, Bull. IV, n° 37 ; Com. 5 avril 1994, n° 91-21840, Bull. IV, n° 143

<sup>176</sup> Com. 6 juillet 1999, n° 96-16129, diffusé

<sup>177</sup> Mmes C. Saint-Alary-Houin - M.H. Monsérié-Bon : Jurisclasseur commercial, fascicule 2508 : "Redressement et liquidation judiciaire - nullité des sûretés" de juillet 2011 n° 2508

<sup>178</sup> L. Aynès : Lamy droit des sûretés, n° 284-95 ; S. Hébert, « Le pacte comissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 », D. 2007, p. 2052 ; "La date de transfert de propriété en exécution du pacte comissoire", Droit et patrimoine, 2009-187, Lamy

*l'obligation du débiteur, il est nul*”.

C'est également le raisonnement suivi par M. Amlon <sup>179</sup> : “Que décider lorsque le pacte comissoire a été dénoué en amont du jugement d'ouverture ? Faut-il y voir un paiement anormal intervenu en cours de période suspecte ? La question ne se pose pas dans la procédure de sauvegarde, puisque l'état de cessation des paiements lui est étrangère (En ce sens, CA Lyon, 6e ch. civ., 27 mars 2008, RG n° 07/07964). Il semble que la doctrine dominante analyse le pacte comissoire comme une dation en paiement (V. S. Hébert, Le pacte comissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 : D. 2007, chron. p. 2052, n° 30 et les références note 45), ce qui est contestable lorsque l'attribution conventionnelle en propriété est prévue dès l'origine sous la condition suspensive du défaut de paiement en numéraire. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence, qui s'est élaborée en matière de dation en paiement ou en cas de stipulation prévoyant des modalités de paiement multiples ou alternatives, paraît transposable au pacte comissoire. Celle-ci impose de rechercher, au cas par cas, si la convention conclue pendant la période suspecte doit être annulée comme faisant "apparaître un processus de dation en paiement prohibé" (Cass. com., 2 févr. 1999, n° 96-14.467 : Bull. civ. 1999, IV, n° 37. – Adde, Cass. com., 5 avr. 1994, n° 91-21.840 : Bull. civ. 1994, IV, n° 143), et il en va ainsi toutes les fois que la dation n'a été retenue que comme la conséquence de la cessation des paiements du débiteur (Cass. com., 7 juill. 1992, n° 90-19.994. – Cass. com., 20 févr. 1996, n° 94-10.866 : Bull. civ. 1996, IV, n° 55. – Cass. com., 1er févr. 2000, n° 96-15.408). Si le pacte comissoire conclu et réalisé pendant la période suspecte procède de la même finalité, il ne fait donc pas de doute qu'il tombe sous le coup de la nullité de plein droit de l'actuel article L. 632-1, I, 4° du Code de commerce. Ainsi, il a été jugé qu'est entaché de nullité l'accord postérieur à la cessation des paiements du débiteur prévoyant la remise du navire grevé d'une hypothèque maritime au créancier (Cass. com., 18 févr. 2003, n° 99-19.249).”

## **ANNEXE 1**

### **LES TEXTES CONCERNÉS**

#### **1- Le gage des stocks est prévu par les articles L 527-1 à L 527-11 du code de commerce.**

Ces dispositions figurent au chapitre VII intitulé “Du gage des stocks”, du Titre II, intitulé “Des garanties” du Livre V intitulé “Des effets de commerce et des garanties”.

**Article L527-1** : 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.

Le gage des stocks est constitué par acte sous seing privé.

A peine de nullité, l'acte constitutif du gage doit comporter les mentions suivantes :

1° La dénomination : "acte de gage des stocks" ;

2° La désignation des parties ;

---

<sup>179</sup> G. Amlon, Jurisclasseur droit commercial, Fasc. 2383 : Sauvegarde, redressement et liquidation judiciaire, n° 156 et suivants



3° La mention que l'acte est soumis aux dispositions des articles L. 527-1 à L. 527-11 ;

4° Le nom de l'assureur qui garantit contre l'incendie et la destruction ;

5° La désignation de la créance garantie ;

6° Une description permettant d'identifier les biens présents ou futurs engagés, en nature, qualité, quantité et valeur ainsi que l'indication du lieu de leur conservation ;

7° La durée de l'engagement.

Les dispositions de l'article 2335 du code civil sont applicables.

Un gardien peut être désigné dans l'acte de gage.

**Article L527-2** : 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 L527-3** : Peuvent être donnés en gage, à l'exclusion des biens soumis à une clause de réserve de propriété, les stocks de matières premières et approvisionnements, les produits intermédiaires, résiduels et finis ainsi que les marchandises appartenant au débiteur et estimés en nature et en valeur à la date du dernier inventaire.

**Article L527-4** : Le gage des stocks ne produit effet que s'il est inscrit sur un registre public tenu au greffe du tribunal dans le ressort duquel le débiteur a son siège ou son domicile. L'inscription doit être prise, à peine de nullité du gage, dans le délai de quinze jours à compter de la formation de l'acte constitutif.

Le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leur inscription. Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence.

**Article L527-5** : Les stocks constituent, jusqu'au remboursement total des sommes avancées, la garantie de l'établissement de crédit ou de la société de financement.

Le privilège du créancier passe de plein droit des stocks aliénés à ceux qui leur sont substitués.

Le créancier peut, à tout moment et à ses frais, faire constater l'état des stocks engagés.

**Article L527-6** : Le débiteur est responsable de la conservation des stocks en quantité et en qualité dans les conditions prévues à l'article 1137 du code civil.

Il justifie que les stocks sont assurés contre les risques d'incendie et de destruction.

**Article L527-7** : Le débiteur tient à la disposition du créancier un état des stocks engagés ainsi que la comptabilité de toutes les opérations les concernant.

Il s'engage à ne pas diminuer de son fait la valeur des stocks.

Lorsque l'état des stocks fait apparaître une diminution de 20 % de leur 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. S'il ne lui est pas donné satisfaction, le créancier peut exiger le remboursement total de la créance, considérée comme échue.

**Article L527-8** : Les parties peuvent convenir que la part des stocks engagés diminue à proportion du désintéressement du créancier.

**Article L527-9** : En cas de remboursement anticipé de la créance, le débiteur n'est pas tenu des intérêts restant à courir jusqu'à son échéance.  
Si le créancier refuse les offres du débiteur, celui-ci peut, pour se libérer, consigner la somme offerte.

**Article L527-10** : En cas de non-paiement de la créance exigible, le créancier peut poursuivre la réalisation de son gage dans les conditions prévues aux articles 2346 et 2347 du code civil.

**Article L527-11** : Les conditions d'application des dispositions du présent chapitre sont fixées par décret en Conseil d'Etat.

## **2- Le gage sans dépossession de droit commun est prévu par les articles 2333 à 2350 du code civil,**

Ces articles figurent à la section 1 intitulée "Du droit commun des gages", du chapitre II intitulé "Du gage de meubles corporels", du Sous-Titre II, intitulé "Des sûretés sur les meubles", du Titre II intitulé "Des sûretés réelles", du Livre IV intitulé "Des sûretés".

**Article 2333** : Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs.  
Les créances garanties peuvent être présentes ou futures ; dans ce dernier cas, elles doivent être déterminables.

**Article 2334** : Le gage peut être consenti par le débiteur ou par un tiers ; dans ce dernier cas, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie.

**Article 2335** : Le gage de la chose d'autrui est nul. Il peut donner lieu à des dommages et intérêts lorsque le créancier a ignoré que la chose fût à autrui.

**Article 2336** : Le gage est parfait par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature.

**Article 2337** : Le gage est opposable aux tiers par la publicité qui en est faite.  
Il l'est également par la dépossession entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu du bien qui en fait l'objet.  
Lorsque le gage a été régulièrement publié, les ayants cause à titre particulier du constituant ne peuvent se prévaloir de l'article 2276.

**Article 2338** : Le gage est publié par une inscription sur un registre spécial dont les modalités sont réglées par décret en Conseil d'Etat.

**Article 2339** : Le constituant ne peut exiger la radiation de l'inscription ou la restitution du bien gagé qu'après avoir entièrement payé la dette garantie en principal, intérêts et frais.

**Article 2340** : Lorsqu'un même bien fait l'objet de plusieurs gages successifs sans dépossession, le rang des créanciers est réglé par l'ordre de leur inscription.

Lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il est régulièrement publié nonobstant le droit de rétention de ce dernier.

**Article 2341** : Lorsque le gage avec dépossession a pour objet des choses fongibles, le créancier doit les tenir séparées des choses de même nature qui lui appartiennent. A défaut, le constituant peut se prévaloir des dispositions du premier alinéa de l'article 2344. Si la convention dispense le créancier de cette obligation, il acquiert la propriété des choses gagées à charge de restituer la même quantité de choses équivalentes.

**Article 2342** : Lorsque le gage sans dépossession a pour objet des choses fongibles, le constituant peut les aliéner si la convention le prévoit à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes.

**Article 2343** : Le constituant doit rembourser au créancier ou au tiers convenu les dépenses utiles ou nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage.

**Article 2344** : Lorsque le gage est constitué avec dépossession, le constituant peut réclamer la restitution du bien gagé, sans préjudice de dommages-intérêts, si le créancier ou le tiers convenu ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage. Lorsque le gage est constitué sans dépossession, le créancier peut se prévaloir de la déchéance du terme de la dette garantie ou solliciter un complément de gage si le constituant ne satisfait pas à son obligation de conservation du gage.

**Article 2345** : Sauf convention contraire, lorsque le détenteur du bien gagé est le créancier de la dette garantie, il perçoit les fruits de ce bien et les impute sur les intérêts ou, à défaut, sur le capital de la dette.

**Article 2346** : A défaut de paiement de la dette garantie, le créancier peut faire ordonner en justice la vente du bien gagé. Cette vente a lieu selon les modalités prévues par les procédures civiles d'exécution sans que la convention de gage puisse y déroger.

**Article 2347** : Le créancier peut aussi faire ordonner en justice que le bien lui demeurera en paiement. Lorsque la valeur du bien excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée.

**Article 2348** : 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. La valeur du bien est déterminée au jour du transfert par un expert désigné à l'amiable ou judiciairement, à défaut de cotation officielle du bien sur un marché organisé au sens du code monétaire et financier. Toute clause contraire est réputée non écrite. Lorsque cette valeur excède le montant de la dette garantie, la somme égale à la différence est versée au débiteur ou, s'il existe d'autres créanciers gagistes, est consignée.

**Article 2349** : Le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers

du débiteur ou ceux du créancier.

L'héritier du débiteur qui a payé sa portion de dette ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage tant que la dette n'est pas entièrement acquittée.

Réciproquement, l'héritier du créancier, qui a reçu sa portion de créance, ne peut remettre le gage au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas payés.

**Article 2350** : Le dépôt ou la consignation de sommes, effets ou valeurs, ordonné judiciairement à titre de garantie ou à titre conservatoire, emporte affectation spéciale et droit de préférence au sens de l'article 2333.