



HAL
open science

La force d'attraction du gage des stocks

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

Manuella Bourassin. La force d'attraction du gage des stocks. Recueil Dalloz, 2013, pp.1363-1369.
hal-01458070

HAL Id: hal-01458070

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01458070>

Submitted on 23 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La force d'attraction du gage des stocks

Manuella Bourassin, Professeur agrégé à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, directrice du Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique (EA 3457)

1 - Le gage des stocks fut créé par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 ayant réformé le droit des sûretés réelles pour « développer le crédit des entreprises (...), augmenter leur capacité d'investissement (...), relancer l'économie »(1). Six ans après l'entrée en vigueur des articles L. 527-1 à L. 527-11 du code de commerce(2), ces objectifs sont loin d'être atteints, car le gage spécial des stocks, qui a reçu un accueil pour le moins hostile en doctrine(3), a largement été écarté par la pratique, semble-t-il(4), au profit, soit du gage de droit commun avec dépossession et entiercement, soit du nouveau gage de droit commun sans dépossession, selon la nature et la vitesse de rotation des stocks affectés en garantie. Cet échec est principalement imputé à un formalisme plus développé et plus rigoureusement sanctionné qu'en droit commun et, surtout, à la prohibition du pacte comissoire, autorisé au contraire par le code civil depuis la réforme de 2006.

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 (I), mais également parce qu'il présente, en réalité, de réels atouts pour la vie des affaires (II).

I - L'exclusion du gage de droit commun sans dépossession

2 - Le 19 février 2013, la chambre commerciale de la Cour de cassation a rendu un arrêt très attendu au sujet de l'articulation entre le gage spécial des stocks et le gage de droit commun(5). Elle 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 ». Elle a par conséquent cassé, pour fausse application de l'article 2333 du code civil et pour refus d'application de l'article L. 527-1 du code de commerce, l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 3 mai 2011(6), qui avait reconnu aux parties la liberté de conclure sur les stocks un gage de droit commun. Déjouant la plupart des prévisions doctrinales(7), la Cour de cassation a donc très clairement exclu le gage de droit commun(8) et reconnu le pouvoir d'attraction du gage spécial des stocks. Le champ (A) et la légitimité (B) de cette solution appellent des commentaires.

A - Le champ de l'exclusion

L'exclusion mérite d'être précisée quant à son objet, à ses conditions et à sa portée.

3 - L'objet de l'exclusion tout d'abord. La Cour de cassation a visé l'article 2333 du code civil, qui définit le gage de manière générale. Mais, dans son attendu de principe, elle a circonscrit l'exclusion en envisageant le « droit commun du gage de meubles sans dépossession ». Cela signifie, *a contrario*, que le gage spécial des stocks, qui est nécessairement un gage sans dépossession (art. L. 527-1, al. 1^{er}, c. com.), n'exclut pas le gage de droit commun avec dépossession. Dès lors, si les parties souhaitent éviter le régime spécial du gage des stocks et, particulièrement, l'interdiction du pacte comissoire, elles peuvent toujours conclure un gage avec mise en possession du gagiste lui-même ou d'un tiers convenu. Comme ce gage symbolise le droit antérieur à la réforme et qu'il véhicule l'image d'une sûreté antiéconomique, tant vis-à-vis du constituant que du gagiste, il pourrait être reproché à l'arrêt du 19 février dernier d'encourager une certaine régression. Ce serait toutefois occulter les améliorations apportées par l'ordonnance du 23 mars 2006 au régime du gage avec dessaisissement (9).

4 - Concernant les conditions de l'exclusion du gage sans dépossession de droit commun, deux ont été expressément posées par la Cour de cassation.

La première a trait à l'assiette du gage. Il doit s'agir des « éléments visés par l'article L. 527-3 du code de commerce », c'est-à-dire les « matières premières et approvisionnements, les produits intermédiaires, résiduels et finis ainsi que les marchandises »(10). Tous les biens, présents ou futurs, constituant les stocks d'une entreprise sont donc concernés.

La seconde condition d'exclusion du droit commun tient à la qualité du créancier, qui doit être un établissement de crédit. Tous les autres créanciers peuvent donc continuer à recourir au gage sans dépossession régi par le code civil. Cette solution n'est guère satisfaisante, car, si l'on considère que les stocks doivent faire l'objet d'une protection particulière en raison de leur caractère vital pour la poursuite de l'activité de l'entreprise(11), il n'est pas cohérent de faire dépendre cette protection de la qualité du créancier. Il est dès lors permis de regretter que la Cour de cassation ne se soit pas émancipée de l'article L. 527-1, qui limite lui-même le gage des stocks à la garantie de « tout crédit consenti par un établissement de crédit »(12).

Ce même article L. 527-1 précise, en outre, que le débiteur constituant doit être « une personne morale de droit privé ou une personne physique dans l'exercice de son activité professionnelle ». Il convient de se demander pourquoi la chambre commerciale n'a pas rappelé cette condition légale et s'est contentée d'évoquer « les parties, dont l'une est un établissement de crédit ». Faut-il y voir un simple raccourci, adapté aux faits de l'espèce, dans laquelle le constituant était une société, raccourci qui ne remet nullement en cause l'exigence de cette condition ? Est-ce plutôt, implicitement, une extension du gage spécial des stocks au cas où le crédit consenti à une personne physique ne serait pas affecté à son activité professionnelle ? Cette seconde interprétation contredirait certes la lettre de la loi, mais elle conforterait en revanche la volonté de ses auteurs de protéger spécialement les stocks et, par là même, la pérennité de l'entreprise dont ils assurent le fonctionnement.

La *ratio legis* pourrait ainsi conduire à reconnaître la force d'attraction du gage spécial des stocks, quelle que soit l'affectation du crédit accordé au constituant personne physique, mais aussi quelle que soit la qualité du créancier.

5 - Se pose enfin la question de la portée de l'exclusion du gage sans dépossession de droit commun : au-delà de la solution consacrée au bénéfice du gage des stocks, l'arrêt du 19 février 2013 énonce-t-il, implicitement, une règle de conflit favorable à tous les gages spéciaux(13), voire, plus généralement, une « restriction à la liberté de choix dans le droit des garanties dès lors que coexistent un texte de portée générale et un texte spécial »(14) ? Rien dans l'arrêt lui-même ne permet d'étendre la solution qu'il renferme, puisque le visa et les motifs s'attachent précisément au conflit entre le gage sans dépossession de droit commun et le gage spécial des stocks. En réalité, le spécial ne devrait chasser le général que lorsque son objet présente une réelle spécificité par rapport à celui des règles de droit commun avec lesquelles il entre en conflit et à condition encore de conférer aux intéressés des avantages notables par rapport au droit commun. Le gage spécial sur automobile a longtemps présenté un tel avantage, en offrant au créancier un droit de rétention fictif(15). Depuis que la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 a reconnu ce droit à « celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession » (art. 2286, 4^o, c. civ.), l'intérêt du gage spécial sur automobile s'est considérablement réduit, au point qu'il ne devrait pas nécessairement l'emporter sur le gage sans dépossession de droit commun. La loi Dailly ne devrait pas non plus être appliquée de préférence au droit commun, non seulement parce que les créances professionnelles ne présentent pas une spécificité suffisante, mais également en raison de l'efficacité du nantissement de créance réglementé par le code civil. Si la solution de l'arrêt du 19 février 2013 ne mérite donc pas d'être systématiquement étendue au profit de tous les droits spéciaux, elle nous semble en revanche tout à fait justifiée à l'égard du gage spécial des stocks.

B - La légitimité de l'exclusion

6 - Depuis 2006, la doctrine s'est majoritairement prononcée en faveur d'un choix entre gage des stocks et gage de droit commun. L'exclusion de ce dernier serait ainsi critiquable, principalement pour les raisons suivantes. D'abord, elle ne pourrait être justifiée par la maxime *specialia generalibus derogant*, faute pour le droit spécial d'être postérieur au droit commun. Ensuite, l'exclusion du droit commun contredirait la volonté des auteurs de la réforme : les membres de la commission Grimaldi et le gouvernement avaient effectivement souhaité favoriser le gage des stocks en réformant le seul droit commun du gage(16). De plus, l'article L. 527-1 du code de commerce emploie lui-même le verbe « pouvoir » au sujet de la conclusion du gage spécial(17). Dans le sens de l'option encore, le gouvernement, dans un arrêté du 1^{er} février 2007 relatif à la nomenclature des différentes catégories de biens susceptibles de faire l'objet d'un gage sans dépossession publié, a semblé admettre que l'assiette de celui-ci soit composée de stocks(18). L'exclusion du droit commun contredirait, par ailleurs, la liberté contractuelle et entraverait par conséquent l'adaptation de la garantie aux attentes des parties, alors que la réforme a privilégié cette liberté en matière de gage et que, plus fondamentalement, la liberté devrait demeurer le principe à défaut de disposition expresse rendant un régime impératif. Enfin, et peut-être surtout, comme le gage spécial des stocks est jugé moins efficace, par la plupart des commentateurs de la réforme, que le gage de droit commun, sa primauté sur ce dernier serait antiéconomique, en ce sens qu'obliger les établissements de crédit à recourir à un gage spécial moins protecteur que le gage civil risquerait de freiner l'octroi de crédit et d'entraver la relance de l'économie, qui constituent pourtant des objectifs essentiels de la réforme des sûretés.

7 - Toutes ces critiques, et particulièrement la dernière, nous semblent excessives, car il existe une raison majeure d'appliquer la maxime *specialia generalibus derogant* : le droit spécial reflète davantage que le droit commun du gage de choses fongibles les spécificités des stocks, d'ordre économique, à savoir leur caractère nécessairement évolutif et leur caractère vital pour la poursuite de l'activité de l'entreprise constituante.

8 - S'agissant du renouvellement permanent des stocks, il est facilité par l'absence de dépossession du constituant, imposée par l'article L. 527-1, ainsi que par le maintien de tous les attributs du droit de propriété du constituant sur les stocks(19), et ce, sans qu'aucune clause ne soit nécessaire(20), pas plus qu'une autorisation préalable du créancier ou d'un juge(21). Le constituant conserve ainsi toute latitude pour gérer le stock engagé, au mieux des intérêts de son entreprise, sous réserve seulement de reconstituer celui-ci en valeur équivalente à celle du stock initial(22).

9 - Concernant le caractère vital des stocks, il explique les protections spéciales dont ils font l'objet tout au long de la vie du gage, protections qui visent, *in fine*, à conforter l'activité des entreprises(23), ce qui est évidemment de nature à consolider les propres droits de leurs créanciers. De quelles protections s'agit-il ?

10 - D'abord, le gage des stocks semble interdit en garantie de la dette d'autrui (alors qu'il est autorisé par l'art. 2334 c. civ.), puisque l'article L. 527-1 vise les « stocks détenus » par le débiteur. Bien que le terme « appartenant » eût été plus juste, une identité paraît ainsi imposée entre le débiteur et le constituant. Cette restriction permet de protéger les stocks des dangers de la garantie de la dette d'autrui.

Ensuite, le formalisme est plus strict qu'en droit commun, et ce, à deux niveaux.

11 - Le premier concerne le formalisme *inter partes*, au sein de l'acte constitutif de gage. Comme en droit commun (art. 2336 c. civ.), un écrit conditionne la validité du gage. Mais l'article L. 527-1 subordonne en outre la validité du gage des stocks à la rédaction de sept mentions. L'inconvénient de ce formalisme nous semble avoir été exagéré, car certaines de ces mentions sont également requises par le code civil (tel est le cas de la désignation des parties, ainsi que de la désignation de

la créance garantie, en application du principe de spécialité(24) ; d'autres sont très faciles à satisfaire (la dénomination « acte de gage des stocks » ; la mention de l'application des art. L. 527-1 à L. 527-11) ; d'autres encore sont protectrices du créancier (il s'agit du nom de l'assureur et de la description détaillée des biens gagés(25)). C'est pourquoi ce formalisme, qui a souvent été présenté comme l'une des principales faiblesses du gage des stocks, est en réalité compatible avec les exigences de souplesse et de sécurité des relations d'affaires. Dans la mesure où la sécurisation du crédit, pour les parties au contrat de gage, mais également pour les autres créanciers du constituant, a présidé à l'adoption de ce formalisme, et non la volonté de protéger le consentement du constituant(26), la nullité qui en sanctionne le non-respect présente certainement un caractère absolu et devrait probablement jouer en présence d'une irrégularité mineure(27). La rigueur de ces solutions pour les créanciers est indéniable, mais elle est le prix de la sécurité attachée au formalisme.

12 - Ce sont, en second lieu, les formalités de publicité du gage qui sont plus strictes qu'en droit commun. Le gage des stocks doit effectivement être inscrit, dans les quinze jours de l'acte constitutif, dans un registre tenu au greffe du tribunal de commerce dans le ressort duquel le débiteur a son siège ou son domicile(28), et ce, à peine de nullité (art. L. 527-4, al. 1^{er}). Cette sanction est certes originale par rapport à celle du code civil (art. 2337, al. 1^{er}), l'inopposabilité aux tiers du gage non publié, mais elle n'est nullement inédite. D'autres régimes spéciaux de sûretés mobilières sans dépossession la retiennent de longue date, en particulier celui du nantissement de fonds de commerce (art. L. 142-4 c. com.) et celui du nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement (art. L. 525-3, al. 2, c. com.). Dans les trois cas, la rigueur de la sanction du défaut de publicité peut s'expliquer par le caractère essentiel du bien grevé pour l'entreprise constituante. Dans le gage des stocks, cette sanction paraît néanmoins excessive, car les effets de la publicité sont limités. Effectivement, elle ne confère pas de droit de suite(29), le code de commerce n'ayant 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 ». L'article L. 527-5, alinéa 2, du code de commerce reconnaît, au contraire, 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 leur sont substitués(30). La publicité sert uniquement, selon l'article L. 527-4, alinéa 2, à établir le classement entre les créanciers gagistes non mis en possession(31). S'agissant du conflit entre le gage des stocks et un gage postérieur avec dépossession, la publicité du premier ne devrait pas suffire à rendre de mauvaise foi le créancier bénéficiaire du second et à paralyser, par là même, le jeu de l'article 2276 du code civil, car cette publicité a des effets très limités à l'égard des tiers(32) et qu'il n'existe pas, dans le régime spécial du gage des stocks, de disposition analogue à celle de l'article 2340, alinéa 2, du code civil, qui accorde la primauté au gage sans dépossession, malgré le droit de rétention attaché au gage postérieur avec mise en possession. Concernant le conflit entre le gage des stocks et une clause de réserve de propriété, que les articles L. 527-1 et L. 527-3 du code de commerce rendent en apparence impossible(33), mais que l'absence de publicité de celle-ci risque cependant d'occasionner, il sera probablement résolu en faveur du vendeur, dont l'action en revendication ne saurait être paralysée, ni par l'article 2276 du code civil, faute de mise en possession du gagiste(34), ni par une publicité si peu efficace que celle du gage des stocks(35).

13 - La protection des stocks se manifeste ensuite au cours de la vie du gage, si une clause a été prévue pour que « la part des stocks engagés diminue à proportion du désintéressement du créancier » (art. L. 527-8). Les stocks se trouvent en effet plus rapidement libérés par le jeu de cette clause rendant la garantie « glissante ». Il convient cependant de souligner que l'admission de cette clause dérogeant au principe d'indivisibilité du gage(36) n'est nullement originale, puisque sa validité est admise, en droit commun, depuis le XIX^e siècle(37).

14 - Au stade de la réalisation du gage, enfin, la protection renforcée des stocks est encore plus manifeste, non seulement parce que l'exécution par vente forcée ne peut s'opérer dans les formes simplifiées (autorisation judiciaire non requise) du gage commercial(38), mais surtout parce que l'article L. 527-2 prohibe le recours au pacte comissoire, alors qu'il a été consacré par la réforme de 2006 dans toutes les sûretés réelles classiques(39). Cette interdiction, qui vaut certainement pour le pacte inscrit dans l'acte constitutif lui-même aussi bien que pour celui qui ferait l'objet d'un

avenant(40), a cristallisé les critiques contre le gage des stocks. Il est vrai que la prohibition du pacte commissaire entrave la liberté contractuelle, qui est un facteur d'efficacité des sûretés, et elle complique indéniablement la réalisation du gage des stocks, alors que la simplicité de mise en oeuvre des sûretés constitue un autre facteur d'efficacité que l'ordonnance du 23 mars 2006 avait pour but de renforcer(41). Même si l'inefficacité résultant de cette prohibition mérite d'être relativisée compte tenu de l'interdiction du pacte commissaire lorsque le constituant fait l'objet d'une procédure collective(42), elle n'en est pas moins réelle. L'interdiction du pacte commissaire est cependant opportune si l'on se place du côté de l'entreprise constituante, car elle permet d'éviter la perte des stocks, sans aucun contrôle judiciaire(43). Ainsi, comme la prohibition du pacte commissaire au sein des hypothèques portant sur la résidence principale du débiteur (art. 2459 c. civ.), la prohibition de ce pacte au sein du gage des stocks permet de protéger, non pas la personne même du constituant(44), mais les biens qui en sont l'objet en raison de leur caractère vital.

15 - C'est véritablement ce caractère qui justifie l'existence même du gage spécial des stocks, les protections renforcées des stocks qu'il renferme, et l'exclusion du gage sans dépossession du code civil qu'il emporte.

La force d'attraction du gage spécial des stocks ne résulte pas seulement de cette articulation avec le droit commun. Elle repose, en outre, sur son efficacité pour les établissements de crédit bénéficiaires.

II - L'efficacité du gage spécial des stocks

16 - Jusqu'à présent, le gage spécial des stocks n'a pas rencontré un grand succès pratique. Les faiblesses qu'il présente, réelles (celles tenant aux effets limités de la publicité et à sa sanction radicale, ainsi que celles liées à la prohibition du pacte commissaire) ou seulement apparentes (les mentions requises à peine de nullité), ont conduit les établissements de crédit à lui préférer le gage de droit commun sans dépossession ou avec dépossession. L'arrêt de principe du 19 février 2013 n'autorise plus le premier(45), mais laisse au contraire ouvert le recours au second. A l'avenir, le gage avec mise en possession ne l'emportera pas systématiquement sur le gage des stocks et celui-ci ne connaîtra pas la « mort » que plusieurs auteurs lui prédisent déjà(46), si ses forces sont enfin reconnues. Elles résultent, pour l'essentiel, de la préservation des droits du gagiste sur les stocks (A) et des sanctions prévues contre le débiteur qui en diminuerait la valeur (B).

A - La préservation des droits du gagiste sur les stocks

17 - Le gage des stocks confère plusieurs droits au créancier en cas d'inexécution de la dette garantie.

D'abord, un droit de préférence dont l'assiette est étendue, puisqu'il porte sur les biens initialement gagés ou sur ceux qui leur sont substitués. L'article L. 527-5, alinéa 2, prévoit expressément ce report, ce qui n'est pas le cas de l'article 2342 du code civil(47). Comme il ressort clairement de l'article L. 527-7 que le gage des stocks est un gage en valeur(48), le report du droit de préférence peut s'opérer sur des biens n'ayant pas nécessairement la même nature. Dans le gage des stocks, cette fongibilité en valeur est certainement opposable aux tiers, puisque l'article L. 527-5, alinéa 2, précise que le report a lieu « de plein droit ». Cette solution, protectrice des intérêts du gagiste, prête davantage à discussion dans le gage de droit commun(49).

18 - Le gage des stocks permet ensuite au gagiste, qui ne souhaiterait pas faire procéder à la vente forcée des stocks et voir son droit de préférence primé par un éventuel créancier de meilleur rang, de demander en justice l'attribution des stocks, dans les conditions de l'article 2347 du code civil (art. L. 527-10). L'assiette de l'attribution est sans doute aussi large que celle du droit de préférence.

19 - Enfin, bien que les articles L. 527-1 et suivants du code de commerce ne reconnaissent pas à l'établissement de crédit bénéficiaire un droit de rétention (par hypothèse fictif en l'absence de mise en possession), il serait logique et opportun que l'article 2286, 4°, du code civil, issu de la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, qui offre un droit de rétention à « celui qui bénéficie d'un gage sans dépossession », s'applique non seulement au gage de droit commun, mais également aux gages spéciaux sans dépossession, tel le gage des stocks.

20 - L'efficacité de ces différents droits dépend de la conservation des stocks, en quantité, qualité et valeur. Le droit spécial favorise cette conservation et préserve par là même les droits du gagiste. Effectivement, le constituant doit conserver les stocks gagés en quantité et en qualité (art. L. 527-6, al. 1^{er}) et il ne doit pas diminuer de son fait leur valeur (art. L. 527-7, al. 2). Ces deux obligations sont davantage à même de favoriser l'efficacité du gage des stocks que l'obligation générale de conservation inscrite dans l'article 2344, alinéa 2, du code civil, car des modalités précises de conservation ont été imposées ou proposées aux parties.

21 - Ainsi, une obligation de décrire précisément les stocks gagés dans l'acte constitutif est-elle requise à peine de nullité. Cette description, bien plus détaillée que dans le gage de droit commun(50), permet une meilleure appréciation de leurs évolutions et facilite dès lors la mise en oeuvre des sanctions attachées à leur diminution(51). On peut toutefois regretter que l'article L. 527-3 impose d'estimer les stocks en nature et en valeur à « la date du dernier inventaire », car, si celui-ci est ancien et que les biens concernés sont soumis à des fluctuations de cours rapides et importantes, l'estimation risque d'être trompeuse.

22 - La conservation matérielle des stocks est par ailleurs favorisée par la possibilité qu'ont les parties de désigner un « gardien » (art. L. 527-1, dern. al.)(52), qui n'a pas pour rôle, contrairement au tiers convenu en cas de gage avec dépossession, de détenir les stocks en lieu et place du créancier, mais 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. Cette désignation conventionnelle d'un « gardien » est de nature à dissuader le constituant de porter atteinte aux intérêts du gagiste et elle permet à celui-ci de réagir plus rapidement en cas d'atteinte à la valeur des stocks gagés.

23 - Dans la même optique, 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^{er}, oblige le débiteur à tenir à la disposition du créancier un état des stocks engagés, ainsi que la comptabilité de toutes les opérations les concernant.

24 - Notons encore que, dans l'hypothèse où les stocks seraient détruits, 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 » (art. L. 121-13, al. 1^{er}, c. assur.). Dans le gage des stocks, cette subrogation réelle est favorisée, puisque l'assurance contre l'incendie et la destruction(53) 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.

Les droits du gagiste - droit de préférence, faculté d'attribution judiciaire, droit de rétention fictif - sont donc confortés par diverses dispositions intéressant la conservation des stocks. Lorsque la valeur des stocks diminue, ce sont les sanctions prévues à l'encontre du débiteur qui permettent de se convaincre de l'attractivité du gage spécial.

B - Les sanctions contre le débiteur en cas de perte de valeur des stocks

25 - En cas de diminution de la valeur des stocks, dont la constatation est facilitée et accélérée par

les mesures précédemment décrites, l'efficacité du gage des stocks est manifeste. En effet, des sanctions protectrices du créancier sont prévues par l'article L. 527-7, alinéa 3, lorsque cette diminution atteint 20 % par rapport à la valeur obligatoirement inscrite dans l'acte constitutif, et ce, 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. L'article L. 527-7 est, à cet égard, bien plus protecteur des intérêts du créancier que l'article 2344, alinéa 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.

26 - Il convient de souligner que le nombre retenu - 20 % - peut sembler arbitraire, mais qu'un seuil légal présente en revanche plusieurs avantages. Il est plus accessible qu'un seuil fixé par voie réglementaire. Il est surtout plus sûr qu'un seuil inscrit dans une clause, car un seuil conventionnel très bas pourrait créer « un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties » et être ainsi qualifié de stipulation abusive permettant d'engager la responsabilité du créancier (art. L. 442-6, I, 2^o, c. com.). De plus, le seuil légal de 20 % exprime un compromis préservant tout à la fois la sécurité du créancier et la liberté de gestion du débiteur, à tout le moins lorsque les activités de celui-ci ne conduisent pas à de très fortes variations des stocks au cours d'une année.

27 - Cette recherche d'équilibre entre la protection du créancier et le respect des intérêts du constituant s'exprime par ailleurs dans la gradation des sanctions que contient l'article L. 527-7, alinéa 3. Ce texte prévoit, en effet, que « 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(54). S'il ne lui est pas donné satisfaction (dans un délai de quinze jours selon l'art. R. 527-17), le créancier peut exiger le remboursement total de la créance, considérée comme échue ». Ces sanctions légales, qui dispensent le gagiste de stipuler une clause dite « d'arrosage », rendent effective la protection des établissements de crédit créanciers et devraient les convaincre de l'utilité de recourir, à l'avenir, au gage spécial des stocks.

(1) Gage des stocks, Dossier de presse du gouvernement sur l'ord. du 23 mars 2006, www.presse.justice.gouv.fr.

(2) L'application de ce régime spécial n'est possible que depuis l'entrée en vigueur du décr. n° 2006-1803, 23 déc. 2006 relatif à la publicité du gage des stocks.

(3) C. Albiges et M.-P. Dumont-Lefrand, *Droit des sûretés*, 3^e éd., Dalloz, coll. HyperCours, 2011, n° 448 ; L. Aynès, *Le nouveau droit du gage*, Dr. et patr. 2007, n° 161, p. 48 ; M. Bourassin, V. Brémond et M.-N. Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, Sirey, 2012, n^{os} 1756 à 1770 ; P. Bouteiller, *Le gage de stocks de biens ou de marchandises*, JCP E 2006. 1698 ; M. et S. Cabrillac, C. Mouly et P. Pétel, *Droit des sûretés*, 9^e éd., Litec, 2010, n° 767 ; S. Cabrillac, *Le gage sur stock du code de commerce, in Evolution des sûretés réelles, regards croisés Université-Notariat*, Litec, coll. Colloques et débats, 2008, p. 45 ; A. Cerles, *Gage sans dépossession : gage de droit commun du code civil et gage des stocks*, RD banc. fin. 2011. Comm. 166 ; D. 2008. 2104, obs. P. Crocq ; R. Dammann, *La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée*, D. 2006. 1298 ; D. Legeais, *Le gage de meubles corporels*, JCP 2006, n° spécial 20, p. 12 ; RTD com. 2006. 639, obs. D. Legeais ; P. Simler et P. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, Précis, 6^e éd., 2012, n° 713 ; P. Stoffel-Munck, *Premier bilan de la réforme des sûretés en droit français*, Dr. et patr. 2012, n° 213, p. 56.

(4) Sur les difficultés qu'il y a à connaître l'accueil réservé par la pratique aux sûretés créées par l'ord. de 2006, V. P. Stoffel-Munck, préc.

(5) Com. 19 févr. 2013, n° 11-21.763, D. 2013. 1176, chron. H. Guillou. Dans cette affaire, le contentieux est né de l'exercice d'un pacte commissaire, trois jours avant l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire au bénéfice du constituant, puisqu'« évidemment sans stocks, pas de redressement possible » (D. 2013. 493, obs. R. Dammann et G. Podeur).

(6) Paris, 3 mai 2011, n° 10/13656, D. 2012. 1913, obs. D. R. Martin ; RTD civ. 2011. 785, obs. P. Crocq.

(7) En faveur de l'option entre le gage de droit commun et le gage spécial, V. A. Cerles, comm. préc. ; RTD civ. 2011. 785, préc. ; Gaz. Pal. 21 déc. 2011, p. 21, note M. Dumont-Lefrand ; JCP E 2012, p. 35, note P. Delebecque. Pour une position plus réservée, V. R. Dammann, art. préc.

(8) La cour d'appel de renvoi devrait dès lors annuler le gage conclu dans le respect des art. 2333 s. c. civ. Plus largement, tous les contrats de gage des stocks conclus depuis la réforme de 2006, sans mise en possession de l'établissement de crédit bénéficiaire, et sans que n'aient été respectés les art. L. 527-1 s. c. com., sont annulables. Pour le passé, l'arrêt de la Cour de cassation du 19 févr. 2013 est certes dévastateur. Mais, si l'on se tourne vers le futur, il mérite en revanche l'approbation.

(9) V. spéc. art. 2341, al. 2, c. civ. qui autorise les parties à stipuler une clause dispensant le créancier d'individualiser les choses fongibles reçues en gage (telles celles qui composent les stocks d'une entreprise). Comme ce texte précise que le créancier « acquiert la propriété des choses gagées », celles-ci vont pouvoir être vendues. Le gagiste en tirera avantage ; le constituant également si le gage comporte en outre une clause prévoyant l'extinction du gage au fur et à mesure des aliénations effectuées par le créancier.

(10) Cette énumération ne nous semble pas de nature à susciter davantage de contentieux que l'emploi du seul terme « marchandises ».

(11) V. *infra* n^{os} 9 à 14.

(12) Selon les auteurs de la réforme, les établissements de crédit disposent « seuls des moyens leur permettant d'évaluer la consistance de l'objet donné en garantie » (dossier de presse préc.). Cette justification est peu convaincante dans la mesure où, les stocks étant des biens destinés à être commercialisés, leur évaluation pose peu de difficultés. En réalité, la restriction aux seuls établissements de crédit n'est peut-être que le fruit de la reprise du régime de la cession et du nantissement par bordereau Dailly, qui a fortement inspiré celui du gage des stocks.

(13) En ce sens, LEDEN mars 2013, p. 1, note F.-X. Lucas ; Gaz. Pal. 28 mars 2013, p. 9, note M. Mignot.

(14) JCP E 2013. 1173, note D. Legeais.

(15) Le droit spécial du gage automobile attache à la délivrance du reçu de la déclaration du gage en préfecture une possession fictive du véhicule (art. 2, al. 3, décr. n° 53-968, 30 sept. 1953 ; art. 2352, c. civ.). La jurisprudence en déduit que le gagiste peut exercer un droit de rétention sur le véhicule, alors même qu'il n'en a pas la possession. Cet avantage, longtemps dérogatoire au droit commun, a pu justifier de donner la préférence au gage spécial (en ce sens, Rép. min. n° 1055, JOAN Q, 9 oct. 2007, p. 6172).

(16) Le rapp. Grimaldi du 31 mars 2005 (www.ladocumentationfrancaise.fr) avait préconisé de faciliter le gage des stocks en étendant l'assiette du gage de droit commun à des ensembles de biens, présents ou futurs, en consacrant une alternative entre gage avec ou sans dépossession et en reconnaissant la validité du pacte comissoire. De la même façon, le projet initial de loi d'habilitation (projet de loi pour la confiance et la modernisation de l'économie n° 2249 du 19 avr. 2005) avait uniquement envisagé une réforme du gage dans le c. civ.

(17) Cet argument textuel a tenu une place importante dans la motivation de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 3 mai 2011, alors que l'emploi du verbe « pouvoir » dans la disposition relative au gage des stocks peut signifier « simplement que cette sûreté est une possibilité parmi d'autres sûretés, en général » (M.-P. Dumont-Lefrand, Gage sur stocks *versus* gage sans dépossession de droit commun, Gaz. Pal. 21 mars 2013, p. 22).

(18) Cet arrêté (JO 10 févr. 2007) fait expressément état de catégories de biens susceptibles d'être stockés et il comporte en outre une dix-septième catégorie intitulée « autres » dans laquelle il est possible, *a priori*, de faire entrer un ensemble de biens constitutifs d'un stock.

(19) L'art. L. 527-7 vise « toutes les opérations les concernant ».

(20) En droit commun, la vente des choses fongibles laissées en la possession du constituant doit au contraire faire l'objet d'une stipulation contractuelle (art. 2342 c. civ.).

(21) De telles autorisations sont prévues dans le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement (art. L. 525-7, al. 1^{er}, c. com.).

(22) La liberté de gestion du constituant est indolore pour le créancier, non seulement parce que la loi impose cette reconstitution, mais aussi parce qu'elle protège le créancier contre la diminution, voire la perte du gage (V. *infra* n^{os} 17 à 27).

(23) En ce sens, V. le rapp. du gouvernement au président de la République (www.justice.gouv.fr).

(24) Art. 2336 c. civ.

(25) V. *infra* n^{os} 21 et 24.

(26) Les mentions obligatoires de l'art. L. 527-1 ne sont pas à ranger parmi celles qui expriment le formalisme informatif (sanctionné par la nullité relative) qui, à l'instar de celui existant en matière de cautionnement, vise d'abord à faire prendre conscience au contractant bénéficiaire des principales caractéristiques, et donc des principaux risques, de son engagement.

(27) Cette solution s'impose dès lors que l'on reconnaît au formalisme un rôle dans la protection d'un intérêt général, en l'occurrence la sécurité du crédit. Il en va ainsi, notamment, du formalisme entourant le nantissement Dailly, qui a fortement inspiré les auteurs du gage des stocks, ou encore de celui existant en matière hypothécaire.

(28) Il est regrettable, pour les autres créanciers du constituant, que les gages de stocks ne soient pas en outre publiés dans un fichier national accessible gratuitement sur internet (comme celui créé par le Décr. n° 2006-1804, 23 déc. 2006 pour le gage sans dépossession de droit commun) et que l'accès aux données dans le registre tenu par le greffe du tribunal de commerce s'opère uniquement à partir du nom du débiteur.

(29) Au contraire, l'art. L. 143-12 c. com. dispose que « les privilèges du vendeur et du créancier gagiste suivent le fonds (de commerce) en quelques mains qu'il passe ».

(30) Ce report ne s'explique nullement par la publicité. Il est consacré par la loi en application du mécanisme de la subrogation réelle.

(31) Compte tenu de l'exclusion du gage sans dépossession de droit commun lorsque les conditions du gage des stocks sont réunies, le concours entre ces deux sûretés n'est plus envisageable. Un conflit peut en revanche opposer plusieurs gages des stocks. L'art. L. 527-4, al. 2, prévoit alors que « le rang des créanciers gagistes entre eux est déterminé par la date de leur inscription. Les créanciers inscrits le même jour viennent en concurrence ». Cette dernière solution est critiquable à l'égard de ceux qui fournissent les deniers nécessaires à l'acquisition des stocks, dans la mesure où priorité est classiquement donnée au vendeur le plus ancien (art. 2332-3, al. 3, c. civ., relatif au classement des privilèges spéciaux des vendeurs de meubles).

(32) Dans le même sens, au sujet du nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement, Com. 9 mai 1990, n° 88-16.753, Bull. civ. IV, n° 141 ; RTD com. 1991. 97, obs. B. Bouloc : « à défaut d'apposition sur le matériel nanti de la plaque indiquant le lieu, la date et le numéro d'inscription du privilège dont il est grevé, prévue à l'article 4 de la loi du 18 janvier 1951, le créancier nanti ne dispose pas, en vertu de l'article 7 de la loi, pour l'exercice du privilège résultant du nantissement, du droit de suite prévu à l'article 22 de la loi du 17 mars 1909 ; le créancier et le possesseur du bien peuvent invoquer les droits qu'ils tiennent des dispositions de l'article 2279 du code civil ».

(33) L'interdiction de gager des stocks faisant l'objet d'une clause de réserve de propriété peut

recevoir plusieurs justifications : d'abord, éviter un conflit fréquent en pratique (mais, faute de publicité de cette clause, l'efficacité de cette mesure préventive dépend des vérifications du créancier) ; ensuite, faire respecter la primauté du droit de propriété ; faire respecter également la primauté du créancier ayant introduit la valeur sur laquelle un autre prétend exercer un droit de préférence ; enfin, favoriser l'approvisionnement de l'entreprise en marchandises, nécessaire à son bon fonctionnement.

(34) En ce sens, Rép. min. n° 16491, JOAN Q, 29 avr. 2008, p. 3667.

(35) Le gagiste pourrait toutefois engager contre son débiteur une action en responsabilité, sur le fondement d'un manquement à la bonne foi contractuelle, pour ne pas avoir été informé de l'existence de la clause, à condition toutefois que celle-ci n'ait pas été publiée.

(36) Principe inscrit dans l'art. 2349 c. civ. et rappelé par l'art. L. 527-5, al. 1^{er}, c. com.

(37) Civ., 18 déc. 1866, DP 1867. I. 307.

(38) L'art. L. 527-10 c. com. renvoie aux conditions prévues par l'art. 2346 c. civ.

(39) En matière de gage de meubles corporels (art. 2348 c. civ. ; art. L. 521-3 c. com.), de nantissement de créance (art. 2365 c. civ.), d'hypothèque (art. 2459 c. civ.), de gage immobilier (art. 2388 c. civ.).

(40) Parce que l'art. L. 527-2 vise « toute clause » et conformément à la *ratio legis*.

(41) Pour contester la prohibition, on peut ajouter que le risque d'enrichissement indu du créancier, par le jeu du pacte comissoire, est d'autant moins important dans le gage des stocks qu'il s'agit de biens faciles à évaluer.

(42) Art. L. 622-7, I, al. 3 (sauvegarde), L. 631-14, al. 1^{er} (redressement judiciaire), et L. 641-3 (liquidation judiciaire) c. com.

(43) Les deux modes de réalisation autorisés en matière de gage des stocks, à savoir la vente forcée et l'attribution judiciaire, toutes les deux dans les conditions du code civil, se traduisent également par l'expropriation du constituant, mais sous le contrôle d'un juge.

(44) C'est pourquoi il ne nous semble pas pertinent de critiquer la prohibition au motif qu'elle conduirait injustement à mieux traiter le constituant professionnel que les particuliers.

(45) Une interprétation *a pari* de l'arrêt conduit à écarter une autre sûreté, présentée au contraire par certains auteurs comme une alternative au gage des stocks (R. Dammann et G. Podeur, préc.), à savoir la fiducie sans dépossession. En effet, sa réalisation conduit à l'expropriation du débiteur, sans contrôle judiciaire, que la Cour de cassation n'entend pas entériner à l'égard des stocks, à tout le moins en présence d'un créancier établissement de crédit.

(46) JCP 2013. 299, note A. Cerles, et JCP E 2013. 1173, note D. Legeais.

(47) Dans le gage de droit commun sans dépossession contenant une clause autorisant le constituant à vendre les choses fongibles gagées, le report du droit de préférence sur les biens acquis en remplacement devrait toutefois pouvoir jouer sur le fondement de la subrogation réelle, qui est largement admise en matière de sûretés réelles, voire sur le seul fondement de la fongibilité.

(48) V. *infra* n^{os} 17 à 27 l'obligation pour le constituant de ne pas diminuer de son fait la valeur des stocks (al. 2) et les sanctions prévues en cas de diminution de cette valeur d'au moins 20 % (al. 3).

(49) L'opposabilité aux tiers du droit de préférence sur des biens équivalents en valeur seulement n'est pas prévue par l'art. 2342 c. civ. Elle pourrait être écartée à l'aune des textes relatifs à la propriété réservée d'un bien fongible, qui limitent son exercice aux seuls « biens de même nature et de même qualité détenus par le débiteur » (art. 2369 c. civ. ; art. L. 624-16, al. 3, c. com.). Cependant, dans un arrêt du 26 mai 2010 (Com. 26 mai 2010, n° 09-65.812, Bull. civ. IV, n° 98 ; D. 2010. 1412, obs. A. Lienhard, et 2011. 410, obs. P. Crocq ; RTD civ. 2010. 595, obs. P. Crocq ; RTD com. 2010. 596, obs. D. Legeais, et 785, obs. A. Martin-Serf), la Cour de cassation a confirmé la validité d'une clause de substitution et clairement consacré l'opposabilité de la substitution en valeur à un vendeur réservataire exerçant une action en revendication sur les biens substitués. Cette solution, rendue au sujet d'un gage constitué avant la réforme du 23 mars 2006, préfigure probablement la position qu'adoptera la haute juridiction en application du nouvel art. 2342.

(50) L'art. L. 527-1, 6°, impose « 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 », là où l'art. 2336 c. civ. se contente d'« un écrit contenant (...) la quantité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce et leur nature ».

(51) V. *infra* n^{os} 25 à 27.

(52) Si cette désignation n'est nullement prévue par les art. 2333 s. c. civ., elle peut néanmoins prendre place dans un gage sans dépossession de droit commun, en application des règles générales du mandat.

(53) Il est regrettable que d'autres sinistres n'aient pas été envisagés, en particulier le vol et l'endommagement.

(54) Ce remboursement partiel n'est pas prévu par l'art. 2344, al. 2, c. civ., qui ouvre seulement une option entre la déchéance du terme de la dette garantie et une demande en complément de gage.