



**HAL**  
open science

## Gage commercial : la Cour de cassation défie le législateur ! (note sous Cass. Com. 17 février 2015)

Corine Namont Dauchez

### ► To cite this version:

Corine Namont Dauchez. Gage commercial : la Cour de cassation défie le législateur ! (note sous Cass. Com. 17 février 2015). Les Petites Affiches, 2015, 250, pp. 10. hal-01459331

**HAL Id: hal-01459331**

**<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01459331>**

Submitted on 9 Feb 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.

## **Gage commercial : la Cour de cassation défie le législateur !**

**Com. 17 février 2015, n° 13-27080**

Corine Dauchez, Maître de conférences, Université Paris Ouest Nanterre La Défense,  
Membre du CEDCACE (EA 3457)

Lors de la réforme du droit des sûretés opérée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, le législateur a certes modifié le droit commun du gage, mais le contrat de gage est demeuré un contrat formaliste soumis au principe de spécialité. La Chambre commerciale lui résiste pour faire explicitement échapper le gage commercial à l'exigence d'écrit et remettre en cause implicitement le principe de spécialité. Elle ouvre ainsi la possibilité de conclure et rendre opposable, en droit français, un gage commercial sur catégorie équivalent au *security interest*, sûreté mobilière générale polyvalente de droit américain rejetée par le législateur en 2006...

**Droit commun du gage – art. 2336 et 2337 du Code civil – Gage sur catégorie - Gage commercial – art. L 521-1 du Code de commerce – Liberté de la preuve – Ecrit - Contrat formaliste – Principe de spécialité – Publicité – Opposabilité aux tiers.**

1. La décision rendue le 17 février 2015 par la chambre commerciale de la Cour de cassation est un exemple topique de l'autonomie du droit commercial, rebelle aux velléités formalistes du droit civil, jugées superflues et perturbatrices là où les parties sont des professionnels en quête de rapidité et de simplicité. Les faits soumis à la Cour de cassation impliquent trois sociétés : une avance est consentie par la société Lactalis, le créancier, à la société Seec, le débiteur. L'avance est garantie par un « acte de caution réelle portant gage sans dépossession » sur les stocks de la société Cibem, le constituant. On aura reconnu la morphologie désormais classique de la sûreté réelle pour autrui, qui n'est d'ailleurs peut-être pas sans incidence sur la décision rendue par la Cour. Le scénario est quasi-classique : le constituant de la sûreté réelle pour autrui est mis en liquidation judiciaire, le créancier déclare sa créance en qualité de créancier gagiste, puis un plan de cession est arrêté au profit d'un tiers. Le créancier renonce à son droit de rétention fictif sous réserve de se faire attribuer le prix de cession des stocks gagés. Ce prix lui est versé sous condition de l'admission définitive de sa créance, admission prononcée à titre privilégié par une ordonnance ultérieure. L'AGS conteste le caractère privilégié de la créance, ainsi que le liquidateur de la société Cibem, auteur du pourvoi.

2. La contestation est admise par le juge-commissaire, mais la cour d'appel d'Orléans fait droit à la demande du créancier et infirme l'ordonnance. La nature du gage a tout d'abord été discutée devant la cour d'appel, qui décide sans surprise qu'en dépit des références aux articles 2333 et s. du Code civil, le gage « garantissant un prêt consenti par une société commerciale à une autre société commerciale pour les besoins de son activité, n'en était pas moins un gage commercial ». Le débat s'est ensuite concentré sur le régime du gage commercial dont la validité et l'opposabilité étaient mises en cause par le liquidateur qui soutenait que le formalisme *ad validitatem* et *ad opposabilitatem*, prévu par le législateur pour le gage civil depuis la réforme opérée en 2006, devait s'appliquer au gage commercial. Ainsi, l'écrit constituant le gage commercial sans dépossession devait désigner précisément la quantité des biens gagés, de même que le bordereau d'inscription. Or, l'*instrumentum* constitutif se bornait « à viser l'intégralité de la production de boîtes fromagères, présente et à venir » du constituant et « l'acte de publication du gage précisait seulement que celui-ci portait sur l'intégralité des stocks » du constituant. La cour d'appel ne fait pas droit à la demande du liquidateur, considérant que le gage commercial est un contrat consensuel parfait dès la rencontre des volontés et que la publicité qui en a été faite est suffisante.

Cette motivation des juges du fond est par la suite reprise et étayée par la Cour de cassation statuant sur le pourvoi qu'elle rejette. Elle fait valoir, concernant la validité du gage, « que l'article L 521-1, al. 1<sup>er</sup>, du Code de commerce, qui n'a pas été modifié par l'ordonnance n°2006-346 du 23 mars 2006, permettant de constater par tous moyens le gage commercial, rend inapplicable à ce dernier les dispositions de l'article 2336 qui subordonne la validité du gage à la rédaction d'un écrit ». Concernant l'opposabilité du gage, elle considère que le gage est opposable aux tiers car l'indication dans le bordereau d'inscription de « l'intégralité de la production des boîtes fromagères et des matériaux nécessaires à leur production » permet de renseigner « utilement et valablement les tiers sur la nature, la qualité et la quantité considérées ».

3. A première vue, la décision rendue par la Cour de cassation peut sembler justifiée<sup>1</sup>. En réalité, elle est tout à fait contestable. Arc-boutée sur la liberté de la preuve en matière commerciale, la Cour défie le législateur en refusant explicitement de soumettre le gage commercial au formalisme solennel (I) et implicitement de le soumettre au principe de spécialité (II).

### **I – Le refus explicite de soumettre le gage commercial au formalisme solennel**

4. En 1804, le législateur entendait réserver un traitement spécial au gage commercial (anc. art. 2084 C. civ., nouvel art. 2354). Cependant, le Code de commerce en 1807 ne lui a consacré aucune disposition spécifique. Il a donc été nécessaire de recourir aux articles 2074 et s. du Code civil<sup>2</sup> et, ainsi qu'il résulte de l'exposé des motifs de la loi du 23 mai 1863 qui a introduit les articles 91 à 93 dans le Code de commerce consacrés au gage, « les auteurs du Code de commerce [...] ont pris en toute matière, comme base de leur travail, sans même qu'il fût nécessaire d'y renvoyer expressément, les principes, les règles du Code civil, s'attachant seulement à les compléter ou à les modifier, quand il était nécessaire, pour les besoins du commerce »<sup>3</sup>. Les articles 2333 et s. du Code civil forment donc le droit commun du gage ; le Code de commerce y déroge par voie de dispositions spéciales. En l'absence de telles dispositions spéciales, le gage commercial devrait être soumis à la condition de forme prévue par le droit commun, simplement modifiée par le législateur en 2006 (A). La Cour de cassation ne l'entend pas ainsi, considérant que la liberté de la preuve en droit commercial permet de déroger à la forme du contrat de gage de droit commun (B).

#### **A. La modification de la forme du contrat de gage en droit commun**

5. Les contrats solennels et réels sont des contrats formalistes<sup>4</sup>. Dans ces contrats, l'accord des volontés s'exprime par la rédaction d'un écrit ou la remise de la chose. « La forme leur donne l'être (*forma dat esse rei*). En son absence, l'accord des volontés, resté à l'état purement consensuel, est impuissant à faire naître des obligations, l'opération est atteinte de nullité absolue, sinon d'inexistence »<sup>5</sup>. Avant la réforme, le contrat de gage n'était pas un contrat solennel, car l'écrit était une condition d'opposabilité aux tiers et non une condition de validité entre les parties<sup>6</sup>. Le gage était un contrat réel ; il se formait *re*, qu'il soit civil ou commercial.

---

<sup>1</sup> N. Borga, *D.* 2015, p. 787, n°7 ; Ch. Albiges, *AJCA*, 2015, p. 176 ; M-P. Dumont-Lefrand, *Gaz. Pal.* 18-19 mars 2015, p. 18.

<sup>2</sup> Rép. gén. alpha. du droit français, dir. Fuzier-Herman, 1900, t. 23, V° Gage, n°471.

<sup>3</sup> Rép. gén. alpha. du droit français, *op. cit.* n° 474.

<sup>4</sup> J. Carbonnier, t. 4, *Les obligations*, PUF, 22<sup>ème</sup> éd. réfondue, 2000, n°89.

<sup>5</sup> *Ibid.* ; pour l'inexistence, Rép. gén. alpha. du droit français, *op. cit.* n°114.

<sup>6</sup> Civ. 1<sup>ère</sup>, 25 mai 1976, *Bull. civ.* I, n° 201.

Cependant, la remise de la chose gênait les relations commerciales et professionnelles. Aussi, de longue date, le législateur a élaboré des régimes spéciaux où il a remplacé la remise de la chose par la rédaction d'un écrit requis à peine de nullité (nantissement de fonds de commerce (L 142-3 C. com.), de films cinématographiques (art. 33 C. ind. cin.), des droits d'exploitation des logiciels (L 132-34 CPI), de l'outillage et du matériel (L 525-3 C. com.) ou encore le fameux gage de stocks introduit lors de la réforme (L 527-1 C. com.)...). En 2006, le législateur a généralisé son action et assoupli le droit commun du gage en substituant, au titre des conditions de validité, la rédaction d'un écrit à la remise de la chose. Le gage commercial, antérieurement soumis à l'exigence de dépossession à peine de nullité, devrait donc être assujéti au formalisme de l'écrit à peine de nullité. L'absence d'écrit aujourd'hui, tout comme l'absence de remise de la chose avant la réforme, devrait entraîner la nullité du gage commercial, ou plus exactement, son inexistence<sup>7</sup>.

6. L'exigence de l'écrit lors de la formation du gage commercial est, en tout état de cause, peu contraignante car, en pratique, un écrit est toujours rédigé<sup>8</sup>. Par ailleurs, depuis la réforme, l'opposabilité du gage sans dépossession repose sur la publicité de l'*instrumentum* constitutif. L'un des originaux de l'acte sous seing privé constitutif du gage ou une expédition, si l'acte est établi sous forme authentique, doit être produit au greffe du tribunal de commerce qui le conserve et la date de l'acte doit être indiquée sur le bordereau (art. 2 et 3, D. n°2006-1804 du 23 déc. 2006). La soumission du gage commercial à l'exigence de l'écrit lors de sa constitution participe d'ailleurs d'un mouvement contemporain plus général de progression de l'écrit *ad validitatem* en droit commercial<sup>9</sup>, car « les formes juridiques, loin d'être un obstacle à la conclusion des actes, la facilitent bien souvent en renforçant la sécurité des transactions »<sup>10</sup>. Aussi, « les contrats les plus indispensables à la vie des affaires doivent être établis par écrit »<sup>11</sup>. Dès lors, non seulement la soumission du gage commercial à l'exigence de l'écrit n'a rien d'exceptionnel, mais le gage commercial étant un gage, on ne voit guère que son régime puisse emprunter des voies différentes de celles tracées par le droit commun<sup>12</sup>, sauf si des dispositions spéciales y dérogeaient.

## B. Le caractère dérogatoire de la liberté de la preuve en droit commercial

7. On a beau lire les deux articles du Code de commerce consacrés au gage commercial (L 521-1 et 521-3), on ne saurait y trouver une disposition qui déroge expressément au caractère solennel du gage de droit commun. La Cour de cassation n'est pas de cet avis ; elle déduit de la liberté de la preuve du gage commercial, maintenue lors de la réforme, la volonté du législateur de soustraire le gage commercial à la rédaction de l'écrit *ad validitatem*<sup>13</sup>. En effet, la preuve d'un acte juridique doit être rapportée par écrit (art. 1341 C. civ.). Cette exigence est écartée en matière commerciale : la preuve du gage commercial peut être rapportée par tous moyens, ce qui résultait, et résulte toujours, de l'article L 521-1, al. 1<sup>er</sup>, du Code de commerce qui renvoie à l'article L 110-3. La technique empruntée n'est pas sans rappeler la fameuse interprétation jurisprudentielle de l'article 1326 du Code civil en matière de cautionnement. La règle de preuve a joué un temps le rôle d'une

<sup>7</sup> L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, Defrénois, 8<sup>ème</sup> éd., 2014, n°506.

<sup>8</sup> L. Aynès et P. Crocq, op. cit., n°503; A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, 14<sup>ème</sup> éd., 2014, n°116.

<sup>9</sup> L. Grynbaum, *Rép. com.*, V° Preuve, 2010, n°8, 36 et s.

<sup>10</sup> G. Ripert et R. Roblot, *Du droit commercial au droit économique*, par L. Vogel, 1<sup>er</sup> vol., LGDJ-Lextenso, 19<sup>ème</sup> éd., 2010, n°67.

<sup>11</sup> Y. Reinhard, S. Thomasset-Pierre et C. Nourissat, *Droit commercial*, LexisNexis, 8<sup>ème</sup> éd., 2012, n°323.

<sup>12</sup> M. Bourassin, V. Brémond et M-N. Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, Sirey, 4<sup>ème</sup> éd., 2014, n°1754 ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, Dalloz, 6<sup>ème</sup> éd. 2012, 637 ; L. Aynès, "Le nouveau droit du gage", *Droit et patrimoine*, juill.-août 2007, p. 48, n°61.

<sup>13</sup> D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 9<sup>ème</sup> éd., 2013, n°474 ; M. et S. Cabrillac, Ch. Mouly et P. Petel, *Droit des sûretés*, Litec, 9<sup>ème</sup> éd., 2010, n°746 ; Y. Picod, *Droit des sûretés*, PUF, 2<sup>ème</sup> éd. 2011, n°214.

véritable règle de fond avant de retrouver sa fonction probatoire. Ici, la Cour de cassation accorde une fonction substantielle à la liberté de la preuve formulée par l'article L 521-1 du Code de commerce. La solution adoptée n'est pas inédite<sup>14</sup>.

8. Si l'on comprend bien qu'il y ait une contradiction entre le maintien de la liberté de la preuve et le caractère obligatoire de l'écrit, il n'en demeure pas moins vrai que « la forme et la preuve relèvent de deux mondes différents », ainsi que le soulignait le Doyen Carbonnier<sup>15</sup>, et qu'en cas de conflit entre les deux types de règles, la forme doit prévaloir sur la preuve. En effet, le titulaire d'un droit subjectif doit être en mesure d'en prouver l'existence, ce qui suppose d'établir l'existence de l'acte ou du fait dont il résulte<sup>16</sup>. La preuve du gage résulte donc de la preuve du contrat de gage. Or, dès lors que le gage est un contrat solennel, il faudra nécessairement prouver l'existence d'un acte écrit, car, à défaut d'écrit, l'acte solennel n'a pas d'existence<sup>17</sup>. Admettre la solution inverse revient à autoriser la preuve d'un acte qui n'existe pas... Or, on ne peut prouver que ce qui existe. La solution n'est pas propre au gage. La preuve d'un chèque ou d'une lettre de change ne peut être rapportée par un autre mode de preuve que l'écrit<sup>18</sup> ; de même en droit civil, la donation ou l'hypothèque n'existent que si un écrit a été rédigé. Il est dès lors « impossible de considérer que ces opérations existent si un écrit n'a pas été rédigé, même dans les cas exceptionnels où la loi admet une preuve autrement que par écrit, lorsque l'écrit normalement rédigé ne peut être présenté »<sup>19</sup>. Pour expliquer la décision de la Cour de cassation, on peut songer à invoquer *Generalia specialibus non derogant*<sup>20</sup>. Cependant, pour appliquer l'adage, il faut admettre que la règle de preuve déroge à la règle de forme, ce qui conduit à les mettre sur un pied d'égalité. Or, le formalisme substantiel est au sommet de la hiérarchie du formalisme ; le formalisme substantiel « écrase » le formalisme probatoire<sup>21</sup>. En outre, la Cour de cassation extrapole l'intention du législateur. Le rapport du groupe Grimaldi souligne le caractère polyvalent de la nouvelle sûreté mobilière inspirée du *security interest* de droit américain<sup>22</sup> et il est bien plus vraisemblable que le législateur ait conféré une portée générale au caractère solennel du gage, plutôt que de considérer qu'il y a dérogé pour le gage commercial, sans le dire expressément, en maintenant une règle relevant du droit de la preuve... Si le législateur voulait y déroger, il en aurait spécialement disposé. Aussi, il est souhaitable que cette décision ne soit pas réitérée, d'autant que la véritable question à laquelle se heurtait la Cour n'était pas celle de la solennité du gage commercial mais celle de sa soumission au principe de spécialité.

## II – Le refus implicite de soumettre le gage commercial au principe de spécialité

---

<sup>14</sup> Cass. com. 16 nov. 2010, non publié, pourvoi n°09-71380, aucun écrit n'avait été rédigé et les filiales n'avaient pas donné expressément leur consentement au gage en garantie de la dette de la société mère. La cour d'appel a décidé que « s'agissant d'un gage commercial, il pouvait être prouvé par tous moyens » et déduit de la remise des pièces administratives des véhicules au créancier l'existence du gage. Le moyen du pourvoi, remarquablement rédigé mais néanmoins rejeté, faisait valoir que « par application de l'article 2336 du code civil [...] le gage n'est parfait que par l'établissement d'un écrit contenant la désignation de la dette garantie, la qualité des biens donnés en gage ainsi que leur espèce ou leur nature ; que l'écrit est ainsi prescrit *ad validitatem* ; que cette règle est d'application générale et ne peut être tenue en échec par la liberté de la preuve du gage commercial, dès lors que l'existence d'un écrit est une règle de fond et non de preuve ».

<sup>15</sup> J. Carbonnier, *Droit civil*, t. 4, Les obligations, PUF, 22<sup>ème</sup> éd., 2000, n°89

<sup>16</sup> Ch. Larroumet et A. Aynès, *Introduction à l'étude du droit*, Economica, 6<sup>ème</sup> éd., 2013, n°542.

<sup>17</sup> Ch. Larroumet et A. Aynès, *op. cit.*, n°565.

<sup>18</sup> *Ibid.*

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> N. Borga, *art. préc.*, n°6.

<sup>21</sup> Rappr. sur la primauté de l'art. L 341-2 C. cons. sur l'art. 1326 C. civ., Com. 22 janv. 2013, inédit, n°22831.

<sup>22</sup> Groupe de travail relatif à la réforme du droit des sûretés, Rapport au Garde des Sceaux, 2005, p. 10.

9. La Cour de cassation aurait très bien pu se prononcer en faveur du caractère solennel du gage commercial, car en réalité ce n'est pas l'exigence de l'écrit qui était problématique, dès lors qu'il y avait bien un *instrumentum* constitutif, mais les mentions qu'il contenait ou plutôt qu'il ne contenait pas... Le principe de spécialité était donc davantage visé dans l'affaire que l'exigence de l'écrit<sup>23</sup>. Or, la décision de la Cour de cassation, en écartant l'article 2336 du Code civil, refuse implicitement de soumettre le gage commercial au principe de spécialité, que le législateur a expressément maintenu lors de la réforme, tant lors de la constitution du gage (A) que de l'inscription (B) du gage.

#### A. Le principe de spécialité quant à la constitution

10. Lors de la constitution d'une sûreté réelle, le principe de spécialité quant au bien grevé, seul en cause dans l'affaire, oblige, à peine de nullité, à identifier individuellement chacun des biens grevés. Le principe proscribit les formulations générales. Dans le gage, contrat formaliste, le principe de spécialité était assuré avant la réforme par la remise de la chose et, depuis la réforme, par une mention comportant l'identification de chacun des biens dans le titre constitutif (art. 2336 C. civ.)<sup>24</sup>. L'accord de volonté, manifesté par la rédaction de l'écrit, s'exprime ainsi relativement à chaque bien gagé. L'écrit et la spécialité sont étroitement liés. Lorsque les biens sont des choses fongibles, elles ne peuvent être déterminées individuellement, aussi l'espèce, la nature et la quantité de biens gagés doivent être indiquées dans le titre. La quantité est un élément essentiel d'identification de l'assiette de la sûreté ; elle en fixe les contours. Dans l'affaire commentée, l'*instrumentum* vise « l'intégralité de la production de boîtes fromagères, présente et future [...], ainsi que les matériaux nécessaires à leur fabrication ». Le titre ne permet pas de quantifier les biens grevés, ce que faisait valoir le pourvoi qui soutenait que le gage était soumis à peine de nullité « à la rédaction d'un écrit mentionnant précisément la quantité des biens gagés ». Ici, le gage porte sur tous les biens présents et à venir relevant des catégories visées ; la formulation générale retenue aurait donc dû conduire à l'annulation du gage. Cependant, la Cour de cassation rejette le pourvoi en écartant l'application de l'article 2336 du Code civil qui impose certes la rédaction d'un écrit, mais également le principe de spécialité en droit commun du gage.

11. La solution adoptée par la Cour conforte l'analyse avancée par une partie de la doctrine suivant laquelle le principe de spécialité n'est pas applicable en matière commerciale en raison de la liberté de la preuve<sup>25</sup>. Cependant, au même titre que l'écrit, le principe de spécialité ne relève, pas plus aujourd'hui qu'hier, du formalisme probatoire ; la liberté de la preuve en droit commercial ne devrait pas pouvoir justifier qu'il y soit dérogé. Par ailleurs, il n'est pas possible ici d'invoquer la volonté implicite du législateur, car il ne fait aucun doute qu'il a souhaité maintenir le principe de spécialité<sup>26</sup>, et écarter la transposition, en droit français, de la sûreté réelle mobilière générale polyvalente de droit américain. Or, la solution adoptée par la Cour permet de valider un gage commercial équivalent, à cet égard, au *security interest*. En effet, la sûreté américaine peut être valablement constituée dès lors que le *security agreement* identifie raisonnablement les biens grevés, qui peuvent être désignés par référence à des catégories<sup>27</sup>. La Cour de cassation pouvait difficilement aller plus loin dans la déspecialisation, sauf à admettre un gage « sur tous les meubles du constituant »,

---

<sup>23</sup> Voir l'incertitude sur la portée de la décision quant au principe de spécialité, N. Borga, art. préc., n°8 et s.

<sup>24</sup> Notre thèse, *Le principe de spécialité en droit des sûretés réelles*, UP II, 2013, n°159.

<sup>25</sup> Not. M. Cabrillac et Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 7<sup>ème</sup> éd., 2004, n°675, après la réforme, M. et S. Cabrillac, Ch. Mouly et Ph. Petel, *Droit des sûretés*, Litec, 9<sup>ème</sup> éd., 2010, n°746.

<sup>26</sup> Groupe de travail, op. cit., p. 11.

<sup>27</sup> UCC §9-108(b)(2).

clause qui n'est d'ailleurs même pas admise en droit américain lequel interdit les « *super-generic descriptions of collateral* »<sup>28</sup>...

12. Cette décision est d'autant plus contestable qu'une autre solution était envisageable. Elle consistait à requalifier le gage nul pour défaut de spécialité en promesse de gage. La jurisprudence traditionnelle procède à la conversion par réduction de l'hypothèque, pour défaut d'authenticité ou de spécialité, en promesse d'hypothèque<sup>29</sup>. La transposition de cette solution était naturelle dès lors que l'écrit a remplacé la remise de la chose gagée<sup>30</sup>. La promesse de gage aurait mis à la charge du constituant une obligation de faire non susceptible d'exécution forcée. Cette solution était d'autant plus opportune que l'on peut se demander si la solution retenue par la Cour de cassation n'a pas été inconsciemment guidée par cette circonstance que le constituant, qui n'était pas débiteur, aurait été intégralement libéré si la nullité du gage avait été prononcée. Retenir la qualification de promesse de gage aurait permis de mettre à la charge du constituant des dommages et intérêts dont le montant aurait pu être fixé à la valeur des biens gagés. Le créancier aurait ainsi produit sa créance, certes à titre chirographaire, mais le constituant n'aurait pas été libéré.

## B) Le principe de spécialité quant à l'inscription

13. Par ailleurs, la Cour de cassation écarte l'application du principe de spécialité lors de l'inscription du gage commercial qui impose notamment d'indiquer la quantité des biens gagés (art. 2, 4°, D. n°2006-1804 du 23 déc. 2006). En effet, tout comme l'*instrumentum* constitutif, le bordereau mentionnait « l'intégralité de la production des boîtes fromagères et des matériaux nécessaires à leur production ». La validité d'une telle inscription permet d'assurer l'opposabilité du gage sur catégorie. La formulation générale aurait donc dû entraîner le refus du dépôt au greffe, ou dès lors que le greffe avait procédé à la formalité, la nullité de l'inscription et donc l'inopposabilité aux tiers. La Cour de cassation ne l'a pas entendu ainsi ; elle se justifie en indiquant que « ces éléments renseignant utilement et valablement les tiers sur la nature, la qualité et la quantité considérées, le gage était opposable aux tiers ». C'est oublier que notre système de publicité repose sur le titre constitutif (*transaction filing*) et n'est donc pas, comme aux États-Unis, un système de *notice filing*. Le bordereau d'inscription reprend les éléments du titre avec lequel il est déposé au greffe<sup>31</sup>, titre lui-même soumis au principe de spécialité. Ainsi, sans l'affirmer ouvertement, la décision de la Cour de cassation ouvre la voie à la sûreté réelle générale alors que le législateur a décidé de ne pas l'introduire en droit français en 2006. La décision de la Cour de cassation est donc contestable. Ce n'est pas dire qu'il ne peut y avoir d'évolution tant au regard de l'exigence de l'écrit que du principe de spécialité, mais, d'une part, cette évolution doit nécessairement passer par une modification législative et non par une émancipation de la Haute juridiction de la volonté du législateur. D'autre part, elle ne doit pas reposer sur l'opinion, encore répandue, que le formalisme est une contrainte dont il faut nécessairement libérer le droit commercial ou le droit des sûretés. En effet, le formalisme participe à la sécurisation des échanges économiques. Il a donc vocation à jouer un rôle essentiel dans un monde juridique contemporain en quête de sécurité juridique.

---

<sup>28</sup> UCC §9-108(c).

<sup>29</sup> Civ. 3<sup>ème</sup>, 7 janv. 1987, *Bull. civ.* III, n°4 ; Com. 13 février 2001, non publié, pourvoi n°97-21460.

<sup>30</sup> De même, à défaut d'écrit, il est possible de transposer la solution traditionnelle qui consistait à requalifier le contrat en promesse de gage à défaut de remise de la chose, Civ. 1<sup>ère</sup>, 6 janv. 1994, *Bull. civ.* I, n°4 ; Com. 28 janv. 1997, *Bull. civ.* IV, n°35.

<sup>31</sup> Notre thèse, op. cit., n°326.