

ACTUALITÉ

Page 2

■ En bref

Page 4

■ Jurisprudence

Olivia Dufour

**Ne bis in idem : l'épilogue fiscal
approche**

DOCTRINE

Page 6

■ Civil

Laura Barre

**Common law et droit continental :
l'absence de culture juridique
commune est-elle un mythe ?**

Page 11

■ Sûretés / Garanties

Jérôme Attard

**Gage de stocks : un régime plus libéral
pour une meilleure attractivité**

JURISPRUDENCE

Page 17

■ Droit bancaire / Droit du crédit

François Viney

**De quelques précisions relatives au
contrat de coffre-fort
(Cass. com., 9 févr. 2016)**

CULTURE

Page 22

■ Ventes publiques

Bertrand Galimard Flavigny

L'âme indochinoise



ACTUALITÉ Jurisprudence



Ne bis in idem : l'épilogue fiscal approche ^{117Q0}

Olivia DUFOUR

Le 7 juin dernier, les avocats ont plaidé devant le Conseil constitutionnel les deux QPC soulevées en début d'année, respectivement dans les affaires *Wildenstein* et *Cahuzac*, qui interrogent les Sages sur la conformité à la Constitution des doubles poursuites en matière fiscale. Réponse le 24 juin prochain.

Le destin est parfois farceur. Tandis que le Sénat s'apprêtait à adopter définitivement la réforme de la répression des abus de marché imposée par la décision du 18 mars 2015 du Conseil constitutionnel mettant fin aux doubles poursuites en matière boursière (lire encadré *infra*, p. 5), ce même Conseil entendait les avocats sur la possible extension de cette jurisprudence à la matière fiscale. On plaidait en effet mardi 7 juin les deux QPC soulevées à l'occasion de l'affaire *Wildenstein* en janvier et *Cahuzac* en février qui interrogent les Sages du Palais-Royal sur la question de savoir si les doubles poursuites administratives et pénales en matière fiscale sont compatibles ou non avec le principe de nécessité des peines.

■ La question fatidique des quatre critères

Dans sa décision du 18 mars 2015, le Conseil constitutionnel a estimé que les doubles poursuites étaient contraires au principe de nécessité des peines lorsque quatre conditions étaient réunies : iden-

tité des faits poursuivis, identité des intérêts protégés par les textes, sanctions équivalentes, même ordre de juridiction concerné en cas de recours. Cette dernière condition fut posée, dit-on, afin d'éviter toute contamination de la solution boursière à la matière fiscale dès lors que le juge administratif est majoritairement compétent en matière fiscale. Et pour cause, en droit boursier, la double répression concerne une demi-douzaine de dossiers par an, tandis qu'en droit fiscal on en dénombre un millier. Les enjeux ne sont donc pas comparables. Seulement voilà, les affaires *Wildenstein* et *Cahuzac* ont ceci d'atypique que les droits concernés (droits d'enregistrement et impôt sur la fortune) relèvent du juge civil, de sorte que ces dossiers remplissent par exception en matière fiscale, la fameuse condition d'identité d'ordre de juridiction de recours. Quant à l'identité des faits, tout dépend du côté où l'on se place.

Suite en p. 4

Édition quotidienne des Journaux Judiciaires Associés

petites-affiches.com

Petites **a**ffiches

annonces@petites-affiches.com
2, rue Montesquieu - 75041 Paris Cedex 01
Tél. : 01 42 61 56 14

gazettedupalais.com

Gazette du Palais

annonceslegales@gazette-du-palais.com
12, place Dauphine - 75001 Paris
Tél. : 01 44 32 01 50

le-quotidien-juridique.com

Le
Quotidien
Juridique

annonces@le-quotidien-juridique.com
12, rue de la Chaussée d'Antin - 75009 Paris
Tél. : 01 49 49 06 49

lalo.com

La Loi
ARCHIVES COMMERCIALES DE LA FRANCE

loiannonce@lalo.com
33, rue des Jeûneurs - 75002 Paris
Tél. : 01 42 34 52 34



Directeur de la publication :

Bruno Vergé

Rédactrice en chef :

Emmanuelle Filiberti

Responsables de rédaction :

Valérie Boccara et Céline Slobodansky

Comité de rédaction :

Pierre Bézard, président honoraire de la chambre commerciale de la Cour de cassation

Jean-Pierre Camby, professeur associé à l'université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines

Jean-Marie Coulon, premier président honoraire de la cour d'appel de Paris

Alain Couret, professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Michel Grimaldi, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Jean-François Guillemin, secrétaire général, groupe Bouygues

Paul Le Cannu, professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Jacques Massip, conseiller doyen honoraire à la Cour de cassation

Denis Mazeaud, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Nicolas Molfessis, professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris II)

Jacqueline Morand-Deville, professeur à l'université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Bernard Reynis, conseiller à la Cour de cassation, président honoraire du Conseil supérieur du notariat

Alain Sauret, avocat au barreau de Paris, président du conseil scientifique de Fidere avocats

Rédaction :

70, rue du Gouverneur Général Félix Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

Tél. : 01 40 93 40 51

Fax : 01 41 08 16 05

E-mail : redaction@lextenso.fr

Merci de nous envoyer vos articles à :
redaction@lextenso.fr

Abonnements :

70, rue du Gouverneur Général Félix Éboué
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex

Tél. : 01 40 93 40 40

Fax : 01 41 09 92 10

E-mail : abonnementpa@lextenso.fr

Édition quotidienne des journaux judiciaires associés /
Groupement d'intérêt économique
Siège social : 2, rue Montesquieu, 75041 Paris Cedex 01
Commission paritaire N° 1216181038 / ISSN 09992170 /
Numéro J.J.A. : 7609
Imprimé par Jouve, 1, rue du docteur Sauvé, 53100 Mayenne

A B O N N E M E N T S

1 an France (TTC) 110 €

1 an Étranger (HT) UE 295 €

Hors UE 595 €

Pour tarifs particuliers
(enseignants, étudiants, ...) nous consulter

Direction Artistique : Agences Louisiane et Samarcande

■ Prix

■ Prix de thèse de l'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation pour l'année 2015 ^{117q5}

L'Ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation décerne chaque année un prix de thèse destiné à récompenser une thèse de doctorat en droit.

Une attention particulière est accordée aux travaux portant sur les fonctions, les missions et les méthodes de contrôle des juridictions suprêmes.

Le prix d'un montant de 3 800 € est destiné à faciliter la publication de la thèse.

Peuvent concourir les thèses proposées par l'université qui ont été soutenues entre le 1^{er} juillet 2015 et le 30 juin 2016.

Les candidats adresseront leur thèse **avant le 23 septembre 2016**, en deux exemplaires avec une copie du rapport de soutenance et une recommandation du directeur de recherches, au secrétariat de l'Ordre des avocats aux Conseils, 5, quai de l'Horloge, 75001 Paris.

■ Diplôme

■ Cycle des hautes études pour le développement économique (CHEDE) – Session 2017 ^{117m8}

L'Institut de la gestion publique et du développement économique (IGPDE) lance sa campagne de recrutement pour la session 2017 du Cycle des hautes études pour le développement économique (CHEDE) qui se déroulera sur une période de 6 mois de janvier à septembre 2017.

Le CHEDE a pour ambition d'associer les partenaires et usagers des ministères économiques et financiers à une réflexion sur l'élaboration des politiques publiques dans le domaine économique.

Programme :

— Thèmes liés à l'action publique :

- aux enjeux des mutations économiques et au développement des territoires ;

- aux politiques budgétaires et fiscales ;

- aux besoins de protection, prévision et régulation de l'activité économique.

— Contenu des séminaires :

- des rencontres avec des personnalités de haut niveau ;

- des conférences, assurées par des personnalités ou des acteurs majeurs du monde économique et social, sur les grands enjeux actuels ;

- des tables rondes réunissant des décideurs ou des relais d'opinion : élus, chefs d'entreprise, journalistes, syndicalistes ;

- des travaux de groupes, qui permettent la mise en commun des expériences et des points de vue ;

- des visites de terrain et des voyages d'études en France et à l'étranger apportent des illustrations concrètes et des éclairages internationaux aux problématiques abordées au cours des séminaires.

Informations : téléchargez le dossier de candidature sur <https://e-formation.igpde.finances.gouv.fr>, ou <https://www/chede/minefi.gouv.fr>.

Clôture des inscriptions le **1^{er} juillet 2016**.

Contact : francoise.harrault@finances.gouv.fr.

Tél. : 01 58 64 81 40.

www.economie.gouv.fr/igpde-chede/chede-national.

■ Lu au JO et JOUE

JORF

Finances et comptes publics

- D. n° 2016-725, 1^{er} juin 2016, modifiant le D. n° 2007-914 du 15 mai 2007 pris pour l'application du I de l'art. 30 de la L. n° 78-17 du 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (3 juin 2016).

- D. n° 2016-732, 2 juin 2016, portant ouverture et annulation de crédits à titre d'avance (4 juin 2016).

Aménagement du territoire

- D. n° 2016-733, 2 juin 2016, actualisant le régime des aides à l'investissement immobilier et à la location d'immeubles accordées aux entreprises par les collectivités territoriales et leurs groupement (4 juin 2016).

Affaires sociales et santé

- D. n° 2016-743, 2 juin 2016, relatif aux compétences des sages-femmes en matière d'interruption volontaire de grossesse par voie médicamenteuse et en matière de vaccination (5 juin 2016).

- D. n° 2016-745, 2 juin 2016, complétant la liste des maladies faisant l'objet d'une transmission obligatoire de données individuelles à l'autorité sanitaire (5 juin 2016).

- D. n° 2016-750, 6 juin 2016, relatif à la liste des activités de services à la personne soumises à agrément ou à autorisation dans le cadre du régime commun de la déclaration (8 juin 2016).

Travail, emploi

- D. n° 2016-729, 1^{er} juin 2016, relatif au système d'information concernant les demandeurs d'emploi et salariés mis en œuvre par Pôle emploi (3 juin 2016).

Logement, habitat durable

- L. n° 2016-719, 1^{er} juin 2016, habilitant le Gouvernement à adopter des mesures relevant du domaine de la loi pour simplifier et rationaliser l'organisation de la collecte de la participation des employeurs à l'effort de construction et la distribution des emplois de cette participation (2 juin 2016).

- D. n° 2016-748, 6 juin 2016, relatif aux aides personnelles au logement (7 juin 2016).

- D. n° 2016-751, 6 juin 2016, relatif aux conditions d'agrément des sociétés d'économie mixte exerçant une activité de construction et de gestion de logements sociaux (8 juin 2016).

Ville, jeunesse et sport

- D. n° 2016-737, 2 juin 2016, relatif au Comité paralympique et sportif français (4 juin 2016).

Culture et communication

- D. n° 2016-752, 6 juin 2016, portant modification du cahier des charges de la société nationale de programme France Télévisions (8 juin 2016).

Intérieur

- D. n° 2016-723, 31 mai 2016, modifiant les conditions d'obtention des catégories A et BE du permis de conduire (2 juin 2016).

Justice

- Ord. n° 2016-727, 2 juin 2016, relative à la désignation en justice, à titre habituel, des huissiers de justice et des commissaires-priseurs judiciaires en qualité de liquidateur ou d'assistant du juge commis dans certaines procédures prévues au titre IV du livre VI du Code de commerce (3 juin 2016).

- Ord. n° 2016-728, 2 juin 2016, relative au statut de commissaire de justice (3 juin 2016).

- L. n° 2016-731, 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale (4 juin 2016).

- D. n° 2016-747, 6 juin 2016, relatif à des commissions administratives à caractère consultatif relevant du ministère de la Justice (7 juin 2016).

Environnement, énergie

- D. n° 2016-739, 2 juin 2016, prescrivant au Commissariat à l'énergie atomique et aux énergies alternatives (CEA) de procéder aux opérations de démantèlement de l'installation nucléaire de base n° 71 dénommée « Phénix » (5 juin 2016).

- D. n°s 2016-740 et 2016-741, 2 juin 2016, modifiant le D. du 12 mai 1981 modifié autorisant la création de l'installation nucléaire des bases n°s 116 et 117 dénommées « UP3-A » et « UP2-800 » implantées dans l'établissement de La Hague (5 juin 2016).

Agriculture, forêt

- D. n° 2016-734, 2 juin 2016, relatif au plan simple de gestion concerté et à la procédure de reconnaissance de la qualité de groupement d'intérêt économique et environnemental forestier (4 juin 2016).

- D. n° 2016-735, 2 juin 2016, relatif à l'option pour l'assiette de cotisations du conjoint survivant en cas de décès du

chef d'exploitation ou d'entreprise agricole et à l'option pour l'assiette annuelle de cotisations des chefs d'exploitation ou d'entreprise agricole (4 juin 2016).

JOUE

- Dir. (UE) 2016/881 du Conseil, 25 mai 2016, modifiant la dir. 2011/16/UE en ce qui concerne l'échange automatique et obligatoire d'informations dans le domaine fiscal (L. 146, 3 juin 2016, p. 8-21).

- Dir. (UE) 2016/882 de la Commission, 1^{er} juin 2016, modifiant la dir. 2007/59/CE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les exigences linguistiques (L. 146, 3 juin 2016, p. 22-24).

- Déc. (UE, Euratom) 2016/883 de la Commission, 31 mai 2016, sur les modalités d'application des mesures de sécurité standard, des niveaux d'alerte et de la gestion des situations de crise au sein de la Commission conformément à l'art. 21 de la décision (UE, Euratom) 2015/443 relative à la sécurité au sein de la Commission (L. 146, 3 juin 2016, p. 25-28).

- Règl. d'exécution (UE) 2016/869 de la Commission, 27 mai 2016, arrêtant les informations techniques devant servir au calcul des provisions techniques et des fonds propres de base aux fins des déclarations ayant une date de référence comprise entre le 31 mars et le 29 juin 2016, conformément à la dir. 2009/138/CE du Parlement européen et du Conseil sur l'accès aux activités de l'assurance et de la réassurance et leur exercice (L. 147, 3 juin 2016, p. 1-102).

- Règl. (UE) 2016/888 du Conseil, 6 juin 2016, modifiant le règl. (UE) 2015/323 portant règlement financier applicable au 11^e Fonds européen de développement en ce qui concerne le versement des tranches (L. 149, 7 juin 2016, p. 1-3).

- Règl. d'exécution (UE) 2016/892 de la Commission, 7 juin 2016, sur la prorogation des périodes de transition concernant les exigences de fonds propres pour les expositions sur une contrepartie centrale prévues dans les règlements du Parlement européen et du Conseil (UE) n° 575/2013 et (UE) n° 648/2012 (L. 151, 8 juin 2016, p. 4-5).



Ne bis in idem : l'épilogue fiscal approche 117q0

Le 7 juin dernier, les avocats ont plaidé devant le Conseil constitutionnel les deux QPC soulevées en début d'année, respectivement dans les affaires *Wildenstein* et *Cahuzac*, qui interrogent les Sages sur la conformité à la Constitution des doubles poursuites en matière fiscale. Réponse le 24 juin prochain.

Le destin est parfois farceur. Tandis que le Sénat s'apprêtait à adopter définitivement la réforme de la répression des abus de marché imposée par la décision du 18 mars 2015 du Conseil constitutionnel mettant fin aux doubles poursuites en matière boursière (lire encadré *infra*, p. 5), ce même Conseil entendait les avocats sur la possible extension de cette jurisprudence à la matière fiscale. On plaidait en effet mardi 7 juin les deux QPC soulevées à l'occasion de l'affaire *Wildenstein* en janvier et *Cahuzac* en février qui interrogent les Sages du Palais-Royal sur la question de savoir si les doubles poursuites administratives et pénales en matière fiscale sont compatibles ou non avec le principe de nécessité des peines.

■ **La question fatidique des quatre critères**

Dans sa décision du 18 mars 2015, le Conseil constitutionnel a estimé que les doubles poursuites étaient contraires au principe de nécessité des peines lorsque quatre conditions étaient réunies : identité des faits poursuivis, identité des intérêts protégés par les textes, sanctions équivalentes, même ordre de juridiction concerné en cas de recours. Cette dernière condition fut posée, dit-on, afin d'éviter toute contamination de la solution boursière à la matière fiscale dès lors que le juge administratif est majoritairement compétent en matière fiscale. Et pour cause, en droit boursier, la double répression concerne une demi-douzaine de dossiers par an, tandis qu'en droit fiscal on en dénombre un millier. Les enjeux ne sont donc pas comparables. Seulement voilà, les affaires *Wildenstein* et *Cahuzac* ont ceci d'atypique que les droits concernés (droits d'enregistrement et impôt sur la fortune) relèvent du juge civil, de sorte que ces dossiers remplissent par exception en matière fiscale, la fameuse condition d'identité d'ordre de juridiction de recours. Quant à l'identité des faits, tout dépend du côté où l'on se place. Envisagée globalement ce sont bien les mêmes, mais il n'est pas impossible à un esprit pointilleux de trouver des différences entre les poursuites administratives et pénales. De même que certains distinguent entre le texte fiscal

qui ne viserait qu'à recouvrer l'impôt tandis que le pénal sanctionnerait la fraude. Au chapitre sanction enfin, l'argument le plus sérieux a été soulevé par le vice-procureur financier, Jean-Marc Toublanc, lors du procès de Jérôme Cahuzac : comment considérer comme comparables une sanction administrative proportionnelle et donc variable d'un côté et, de l'autre, pas moins de sept sanctions pénales dont la prison, mais aussi la suspension du permis de conduire ou encore l'interdiction de gérer ? Assez finement, le tribunal correctionnel présidé par Peimane Ghaleh-Marzban a répondu que si la sanction fiscale était variable, alors cela avait pour conséquence que sa constitutionnalité était variable aussi, puisque le montant de la sanction pouvait parfois être comparable aux peines pénales et parfois non...

■ **Des conséquences pas si excessives**

Lors de l'audience du 8 juin, les avocats s'étaient répartis les rôles afin d'exploiter au maximum les dix minutes traditionnellement imparties à chaque conseil pour faire ses observations. L'avocate aux Conseils, Claire Waquet, pour Guy Wildenstein a rappelé que le Conseil constitutionnel ne comparait pas la nature des sanctions mais leur poids respectif, soulignant que la sanction fiscale de 45 millions d'euros était en l'espèce comparable en termes de sévérité aux peines pénales. Éric Dezeuze, également conseil de Guy Wildenstein, s'est voulu rassurant en soulignant qu'une décision favorable n'entraînerait pas de conséquences excessives. On ne dénombrait en effet l'an dernier que deux affaires concernées par les doubles poursuites en matière d'ISF et de droits d'enregistrement. Les proscrire dans ces deux matières n'entamerait donc pas outre mesure l'efficacité de la répression de la fraude fiscale en France. Pas plus que cela ne mettrait fin aux poursuites pénales contre les intéressés qui doivent répondre d'autres infractions connexes. Jean-Pierre Martel pour le neveu de Guy Wildenstein, Alec Wildenstein, a déclaré, quant à lui, qu'un recours venait d'être déposé devant le TGI de Paris contre le redressement fiscal infligé aux Wildenstein, mettant ainsi en lumière le risque de contrariété de décision au sein du même ordre de juridiction s'il advenait que le juge ci-

Suite de la lecture de l'article de couverture

vil invalide le redressement tandis que le juge pénal poursuivrait. Ce n'est pas le seul risque de contradiction. Jérôme Cahuzac est poursuivi pour fraude à l'ISF mais également à l'impôt sur le revenu (IR). Or, contrairement à l'ISF, l'IR relève du juge administratif. Devant le tribunal correctionnel, les avocats de Jérôme Cahuzac ont soulevé deux QPC, l'une sur l'ISF, l'autre sur l'IR, et le tribunal a refusé de transmettre la deuxième au motif qu'elle ne remplissait pas la condition d'identité de juridiction. Devant le Conseil constitutionnel, c'est une partie intervenante, représentée par Rodolphe Mossé, qui a souligné la difficulté : peut-on admettre que des contribuables soient dispensés de doubles poursuites et d'autres non au seul motif qu'il

existe en France une dualité de juridictions ? Et en effet, il apparaît compliqué pour le Conseil de déclarer contraires à la Constitution les doubles poursuites en matière d'ISF mais pas celles relatives à l'IR...

S'il advenait que le Conseil constitutionnel donne raison aux avocats, il faudrait alors, comme cela a été fait en matière boursière, réorganiser les poursuites afin que pour chaque dossier l'Administration choisisse entre la voie fiscale et la voie pénale. La différence, soulignée par Jean-Pierre Martel, c'est qu'en matière fiscale, le juge pénal ne peut être saisi que par l'Administration.

Olivia DUFOUR

Un nouveau système de répression des abus de marché

Le 8 juin, le Parlement a adopté définitivement la loi réformant le système de répression des abus de marché. Celle-ci s'inscrit dans le prolongement de la décision du 18 mars 2015 par laquelle le Conseil constitutionnel a mis fin aux doubles poursuites administratives et pénales en matière boursière. Il avait laissé au Gouvernement jusqu'au 1^{er} septembre 2016 pour réformer les textes du Code monétaire et financier concernés, c'est donc chose faite. Désormais le parquet national financier et l'Autorité des marchés financiers devront s'interroger mutuellement avant de lancer des poursuites contre les auteurs supposés d'un délit boursier. Dans l'hypothèse où les deux institutions voudraient traiter le même dossier, la loi confie au procureur général de Paris le soin d'arbitrer entre l'AMF et le parquet. En dehors de cette réforme, la loi transpose la directive européenne abus de marché révisée. Celle-ci modifie les définitions des délits et aggrave les sanctions pénales. Les peines de prison passent de deux ans à cinq ans, voire dix ans si l'infraction est commise en bande organisée. Par ailleurs, l'amende pénale maximale passe de 1,5 million d'euros à 100 millions afin de l'harmoniser avec le plafond de l'amende susceptible d'être prononcée par l'AMF. Enfin, la loi étend le pouvoir de transaction de l'AMF aux abus de marché, répondant ainsi à une demande forte du régulateur boursier.

Laura BARRE

Docteur en droit privé
à l'université Toulouse 1
Capitole

Common law et droit continental : l'absence de culture juridique commune est-elle un mythe ? ^{113m3}

Une absence de culture juridique commune est habituellement retenue entre la *common law* et le droit continental. Mais toutes les branches du droit ne connaissent pas une telle opposition : elle apparaît principalement en droit civil. La raison historique de cette différence et la convergence actuelle laissent penser que la distinction n'est pas aussi globale, mais se cantonne à un aspect plus subtil.

Il n'y a rien de plus sûr que la profonde différence qui existe entre la *common law* et le droit continental. Peu de faits juridiques offrent un tel degré de certitude. *Summa divisio* du droit comparé, les deux systèmes juridiques sont érigés face à face, et se toisent avec curiosité. Il n'est plus question de relever ici la profondeur de leurs désaccords ou la multitude de leurs singularités, ni d'en chercher les causes. Cet exercice a été brillamment exécuté depuis plusieurs siècles par les juristes, les historiens, et les sociologues. Le constat est toujours sans appel : tout les oppose. La doctrine s'accorde à dire que ce qui sépare ces deux entités, c'est une absence complète de culture juridique commune¹. Or la mouvance actuelle est sans précédent : chacun est désormais conscient de l'influence du droit européen et international, et de sa capacité à modifier et harmoniser lentement l'ADN du droit national². Le droit supranational devient un « moyen de direction »³. De là à considérer qu'avancer simultanément dans la même direction implique de finalement s'y rencontrer, il n'y a qu'un pas. On a longtemps cru ces deux systèmes imperméables et incompatibles, on découvre qu'il n'en est rien⁴. Ils cohabitent en toute harmonie, et s'autorisent même quelques emprunts réciproques⁵. Au sein des juridictions européennes, les juges appliquent un droit mélangé⁶ avec lequel ils semblent parfaitement à l'aise. Nous serions tentés de croire la doctrine qui prédit une harmonisation⁷ voire,

à long terme, une fusion des deux systèmes⁸ : les deux cultures n'en feraient plus qu'une⁹.

Pourtant certaines voix s'élèvent pour dénoncer cette idée : selon elles, les deux systèmes ne convergent pas, et leur opposition demeure¹⁰. Mais si nous parvenons à nous entendre, à prononcer des jugements ensemble, à édicter et appliquer des règles communes, qu'harmonisons-nous si ce n'est la culture juridique ? Chaque auteur a certainement sa propre opinion sur le sujet, mais cet article propose une alternative osée. Admettons un instant que ces deux constats soient exacts : d'une part les deux systèmes juridiques tendent à s'harmoniser, et d'autre part chaque système conserve une culture juridique intacte et qui lui est propre. Ne pourrait-on alors envisager que ce qui sépare les deux systèmes n'est pas une question de culture juridique, mais une différence d'une toute autre nature ? Pour soulever un problème aussi considérable, repartons des bases mêmes de la distinction, et des indices à notre disposition.

I. Le principe théorique et sa remise en cause

Il n'est pas nécessaire de reprendre l'intégralité des raisonnements concernant la distinction entre la *common law* et le droit continental. Rappelons simplement qu'en *common law*, le juge prononce une sentence qui doit suivre un courant de décisions précédentes sur des faits similaires. Il s'agit du principe du *binding precedent*¹¹. Le juge est lui-même législateur, mais également arbitre, notamment entre le Gouvernement et le citoyen. Il a un pouvoir régulateur qui le valorise, alors qu'en France la loi et le règlement sont prédominants et le juge est

1) Bussani M., « Faut-il se passer du *common law* (européen) ? Réflexions sur un code civil continental dans le droit mondialisé », RID comp. 2010, p. 18, n° 1.

2) Campana M.-J., « Vers un langage juridique commun en Europe », *European Review of Private Law*, 2000, n° 1, p. 33 ; Moccia L., « Les bases culturelles du juriste européen : un point de vue continental », RID comp. 1997, n° 4, p. 799.

3) L'auteur traduit librement l'expression « *steering medium* », issue de Habermas J., *The Theory of Communicative Action*, vol. II : *Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason*, McCarthy T. (trad.), 1987, p. 365.

4) Il est reconnu de longue date que l'Écosse, le Québec, la Louisiane ou les États-Unis ont des systèmes juridiques hybrides.

5) C'est le cas par exemple de l'importation du concept de *trust* anglais en droit français depuis quelques années.

6) Bell J., *European Legal Development. The Case of Tort*, 2012, Cambridge University Press, p. 50.

7) Eörsi G., « Réflexions sur la méthode de la comparaison des droits dans le domaine du droit civil », RID comp. 1967, n° 2, p. 397.

8) Glenn H. P., « La civilisation de la *common law* », RID comp. 1993, p. 559 ; Markesinis B., « Constructions de systèmes et résolution de problèmes concrets », RTD civ. 2005, p. 47.

9) de Groot G.-R., « European Education in the 21st Century », in *De Witte and Forder, The Common Law of Europe*, 1992, p. 11.

10) Legrand P., « European Legal Systems Are Not Converging », *The International and Comparative Law Quarterly*, janv. 1996, vol. XLV, n° 1, p. 52.

11) Perry S. R., « Judicial obligation, precedent and the common law », *Oxford Journal of Legal Studies* 1987, p. 215.

« la bouche de la loi »¹². En droit continental, le juge s'appuie sur un *corpus* de textes établis par le législateur, et y confronte les faits de l'espèce. Le droit continental est un droit académique, professoral, fondé sur la logique, la structure et la théorie. Les professeurs et les juristes en général sont des créateurs de système. La *common law*, au contraire, est un droit forgé par les juges et les praticiens du droit¹³. Il s'agit ici de résoudre un problème singulier plutôt que d'établir une règle universelle¹⁴. La *common law* a une approche pragmatique basée sur les faits, alors que le droit continental opère par catégories abstraites et par systématisation¹⁵. Il en résulte une des théories les plus ardemment soutenues, celle du relativisme culturel¹⁶, dont l'un des grands défenseurs est Pierre Legrand¹⁷.

Pourtant, ces systèmes obéissent-ils à des normes et des cultures si divergentes ? Nombre de commentaires doctrinaux ont déjà permis d'en douter. On considère le droit continental comme l'héritier direct du droit romain, en raison de sa pratique de la loi comme texte écrit dictant les règles que le juge se doit de respecter dans le prononcé de ses décisions. Mais il serait faux d'en conclure que la *common law* n'est pas elle aussi historiquement ancrée dans le droit romain. En effet, la tradition est également une composante intangible du droit romain. Elle est rattachée à une forme de droit fondamental, à des normes naturelles et suprêmes que les lois écrites par les hommes ne peuvent contredire¹⁸. Sophocle évoque de pareilles lois dans *Antigone*, sous le nom de *nomos*. Caton l'Ancien estime que la coutume des ancêtres est supérieure à la loi écrite, car une création collective, qui s'est lentement construite au fil des générations, l'emporte par nature sur les possibilités d'un seul homme¹⁹. La *common law* n'ignore pas les textes écrits, puisqu'elle conserve de grands

textes fondateurs, comme la *Magna Carta* et l'*Habeas Corpus*²⁰. De même, pour assurer davantage de sécurité juridique, la tentation est grande d'entériner les principes de droit privé dans un texte²¹, et par conséquent, la *common law* actuelle a de plus en plus souvent recours à la législation sous une forme codifiée²², à l'exception notable de la Grande-Bretagne²³.

Sur le plan de la technique juridique, le principe de *stare decisis*, très présent dans la *common law*, consiste à retenir que les tribunaux doivent rendre des décisions conformes aux décisions antérieures²⁴. Ce principe n'a pas d'autre vocation que d'assurer une forme de continuité et de sécurité juridique : les cas similaires en faits doivent aboutir à des décisions similaires en droit²⁵. Le précédent judiciaire lie le juge, qui ne peut l'ignorer qu'en estimant que les faits de l'espèce ne sont pas similaires à ceux des autres précédents. Pour recourir à une telle analyse, le juge a nécessairement recours à une forme plus au moins élaborée de catégorisation. Elle n'est pas écrite et codifiée, mais verbale et spontanée. Le *binding precedent* impose une jurisprudence constante, qui a quasiment force de loi. La seule différence avec la jurisprudence continentale, c'est qu'en matière de *stare decisis*, une seule décision suffit à établir un précédent, alors qu'il faut bien souvent plusieurs décisions similaires pour établir une jurisprudence constante en droit continental²⁶. La place beaucoup plus limitée de la jurisprudence dans le droit français est à nuancer. Eddie Bruce-Jones note que le *binding precedent* est parfois tout aussi efficace en droit continental, surtout quand ce précédent est en accord avec un principe de droit européen, même contradictoire avec un droit national²⁷. C'est parfois la loi même qui accorde

12) Montesquieu, *L'esprit des lois*, Genève, 1748 ; Picq J., *Une histoire de l'État en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen Âge à nos jours*, 2015, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, p. 41.

13) Kirat T., « Économie et droit. De l'analyse économique du droit à de nouvelles alliances ? », *Revue économique* 1998, vol. XLIX, n° 4, p. 1057.

14) Markesinis B., « Concerns and Ideas about our Developing Law Privacy (and how Knowledge of Foreign Law Might be of Help) », *The American Journal of Comparative Law* 2004, vol. LII, p. 133.

15) Ponthoreau M.-C., « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », *AJDA* 2006, p. 20.

16) Jutras D., « Énoncer l'indicible : le droit entre langues et traditions », *RID comp.* 2000, vol. LII, n° 4, p. 781.

17) Legrand P., « European Legal Systems Are Not Converging », art. cit., note 10, p. 52.

18) Leca A., *La genèse du droit. Essai d'introduction historique au droit*, 3^e éd., 2002, Librairie de l'université d'Aix-en-Provence, p. 80, § 17.

19) V. en ce sens les commentaires détaillés d'Antoine Leca : *ibid.*, note 18, p. 82.

20) Picq J., *Une histoire de l'État en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen Âge à nos jours*, *op. cit.*, p. 153.

21) Collins H., *Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law Through Constitutionalization*, Horace E. Read Memorial Lecture, Dalhousie Law School, 22 mars 2007.

22) Glenn H. P., « La civilisation de la *common law* », art. cit., note 8, p. 559.

23) Fromont M., *Grands systèmes de droit étrangers*, 5^e éd., 2005, Dalloz, Mémentos, p. 8.

24) Kocourek A. et Koven H., « Renovation of the Common Law Through *Stare Decisis* », *Law Review*, 1934, vol. XXIX, p. 917 ; Douglas W. O., « *Stare Decisis* », *Columbia Law Review*, 1949, p. 735.

25) Geary A., *Common Law : The role of precedent*, LLB Study Weekend 2011, University of London International Programmes, 2011.

26) Cour suprême de Louisiane, *Med. Ctr. v. Caddo-Shreveport Sales & Use Tax Commission*, 903 So. 2D 1071, 2005.

27) Bruce-Jones E., *Eddie Bruce-Jones discusses the Common Law system in the United States of America*, UOLIAulp, 2013. Ce fut le cas notamment lorsque la Cour de cassation a validé l'inscription à l'état civil d'enfants nés à l'étranger par gestation pour autrui, prenant acte de deux condamnations de la France par la Cour européenne des droits de l'Homme : *Cass. ass. plén.*, 3 juill. 2015, n° 14-21323, arrêt n° 619.

une place à l'interprétation et à la jurisprudence, comme en témoignent les sources du Code Napoléon. Si le droit romain est sa source principale, il est également issu de l'ancien droit français, de la transcription des coutumes du XVI^e siècle, et également des grandes ordonnances de codification du XVII^e siècle²⁸. Or les spécialistes s'accordent sur le point que ces dernières ordonnances octroient une place considérable à la jurisprudence, dans sa conception la plus large possible²⁹.

Les deux systèmes sont fondés sur les mêmes grands principes moraux, principes qui sont par nature fondamentaux et immuables, mais les emploient différemment. La *common law* règle un maximum de situations possibles pour que ces principes trouvent toujours à s'appliquer, alors que le droit continental édicte ces principes et ne corrige que les situations où ils se trouvent bafoués³⁰. Chaque système utilise un mélange de droit immuable, parfois écrit, et d'interprétation des règles. Seule la proportion de ces composantes rend chaque système unique. Mais fondés sur des éléments communs, ils peuvent coexister et s'accorder.

II. De coexistence à convergence

Les conventions internationales tendent à unifier le droit national et à harmoniser les objectifs juridiques. Les distinctions de procédure deviennent dérisoires³¹. La *common law* offre une faculté d'adaptation beaucoup plus rapide et performante que le droit continental. Mais est-ce que la *common law* se répand pour autant ? On peut en douter, car même si l'analyse de la singularité des faits est très présente, les juges réclament de plus en plus la sécurité d'un texte général écrit, garde-fou face aux travers d'une justice ayant un périmètre autrement plus étendu que celui d'un seul pays³². Par exemple, la traduction de certains termes dans des langues étrangères peut être sujette à caution, et entraîner en droit une différence de taille suivant le terme finalement retenu dans la langue du tribunal ou de l'administré³³. Alors qu'en *common law*, l'immédiateté ne permet pas de faire face à cet obstacle, un texte écrit laisse assez de temps

pour traduire les règles applicables dans toutes les langues des pays soumis à cette justice³⁴, et harmoniser non seulement le vocabulaire, mais aussi l'intention du texte. En pratique, le phénomène d'hybridation des systèmes si cher à John Bell³⁵ s'exprime pleinement. Il trouve son apothéose dans une idée simple : envisager pour la première fois la création d'un Code civil européen³⁶. La seule évocation d'un tel projet aurait été invraisemblable il y a encore quelques années³⁷, et il apparaît maintenant comme une réalité presque palpable. L'opposition ne serait plus désormais qu'une « simplification excessive »³⁸.

Pourtant, certains auteurs continuent de soutenir que cette convergence est une illusion et que les deux systèmes demeurent foncièrement inchangés et différents³⁹. Pour nuancer cette opinion sans la rejeter, il faut admettre que toutes les branches du droit ne montrent pas une opposition aussi indiscutable entre la *common law* et le droit continental. Certaines branches sont le témoin d'une opposition frontale, alors que d'autres montrent des modes de fonctionnement quasi identiques.

III. Un schisme ancré en droit privé

Chaque branche du droit a ses propres dynamiques et réagit de manière autonome. John Bell remarque qu'en ce qui concerne le droit administratif et le droit commercial, au niveau européen, la majorité du système est créée par le juge⁴⁰. Cela engendre une porosité de la frontière entre les deux systèmes juridiques, puisqu'ils utilisent le même mécanisme de création juridique⁴¹. De même, la majorité des auteurs de la doctrine sont des praticiens du droit, ce qui atténue la distinction entre une doctrine académique et une doctrine professionnelle. Pour le droit privé, l'influence est plutôt le droit romain, et l'impact des praticiens du droit, bien qu'incontestable, s'en trouve amoindri.

34) Campana M.-J., « Vers un langage juridique commun en Europe », art. cit., note 2, p. 33.

35) Bell J., *European Legal Development. The Case of Tort*, op. cit., note 6, p. 50.

36) Bussani M., « Faut-il se passer du *common law* (européen) ? Réflexions sur un code civil continental dans le droit mondialisé », art. cit., p. 7-26, note 1 ; Gandolfi G., « Pour un Code européen des contrats », RTD civ. 1992, p. 707.

37) Il a d'ailleurs été vivement critiqué : Cornu G., « Un code civil n'est pas un instrument communautaire », D. 2002, p. 351.

38) Markesinis B., « Constructions de systèmes et résolution de problèmes concrets », art. cit., note 8, p. 47.

39) Legrand P., « European Legal Systems Are Not Converging », art. cit., note 10, p. 52.

40) Bell J., *Common Law*. The Open University, 2004, University College London, Londres.

41) Ponthoreau M.-C., « Trois interprétations de la globalisation juridique. Approche critique des mutations du droit public », art. cit., note 15, p. 20 ; Campana M.-J., « Vers un langage juridique commun en Europe », art. cit., note 2, p. 33.

28) Lepointe G. et Monier R., *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, 1954, Librairie du Recueil Sirey.

29) Leca A., *La genèse du droit. Essai d'introduction historique au droit*, op. cit., note 18, p. 141.

30) Collins H., *Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law Through Constitutionalization*, op. cit., note 21.

31) Cuniberti G., *Grands systèmes de droit contemporains*, 2^e éd., 2011, LGDJ, p. 129, § 214.

32) Schiemann K., *Common Law*, The Open University, 2004, University College London, Londres.

33) Legrand P. le notait déjà dans « Pour le *common law* », RID comp. 1992, vol. XLIV, n° 4, p. 941.

drie. En droit public, la distinction est moins visible⁴².

Cette distinction est justifiée au regard de l'origine du droit. Il a été précédemment dit que le droit continental est l'héritier direct du droit romain. Or ce dernier traite très majoritairement de droit privé. La preuve en est que le Code Napoléon de 1804, première grande codification écrite du droit national, est un code exclusivement de droit privé. Par opposition, l'appellation de *common law* est instaurée au XII^e siècle : chaque seigneurie possède ses propres principes juridiques, distincts de toutes les autres. Guillaume le Conquérant émettant le souhait d'uniformiser le droit applicable sans bouleverser la coutume locale⁴³, de nouvelles juridictions royales sont mises en place⁴⁴, et invoquent pour justifier leurs décisions une *common law* qui n'existe pas encore⁴⁵. Elles participent à la naissance du concept mais aussi à la création juridique dans son ensemble⁴⁶. Là encore, ces principes ne visaient initialement qu'un droit principalement privé, puisque les règles établies localement ne concernaient que la résolution des affaires civiles sur un territoire restreint⁴⁷. On oppose alors une *common law* issue « d'en bas » à partir des litiges que doivent résoudre les juges, à un droit continental produit « d'en haut » à partir des légistes royaux qui préparent la législation royale⁴⁸.

Cette distinction n'est pas aussi importante dans toutes les branches du droit. En droit public notamment, on la remarque beaucoup moins. La raison la plus évidente est le fait que le droit public continental a été fortement marqué par la jurisprudence, comme en témoigne la place considérable des normes constitutionnelles non écrites, notamment à travers les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République⁴⁹. Le juge n'agit pas en simple commentateur de la loi, mais façonne le droit à travers les décisions de jurisprudence. Les prin-

cipes généraux du droit ainsi énoncés sont des principes fondamentaux de notre droit public, et ont valeur législative. Le droit administratif en tant que tel n'apparaît en Angleterre que lorsque la *common law* est déjà bien installée⁵⁰. La jurisprudence est un outil prépondérant, et le juge demeure l'un des premiers créateurs du droit. Mais le règne de la reine Victoria de 1837 à 1901 apporte des modifications considérables dans le système de droit. Une mutation libérale engendre une véritable transformation du régime politique anglais. Sous l'influence de Gladstone⁵¹ et Disraeli⁵², la puissance publique s'autorise désormais à intervenir et à légiférer⁵³. La *common law* se trouve considérablement restreinte, et le juge est partiellement renvoyé à un rôle de « bouche du droit » similaire au droit français⁵⁴.

Ce n'est donc pas notre culture juridique dans son ensemble qui est ici mise en cause. Une différence de culture juridique impliquerait une différence d'habitudes, de raisonnements, d'objectifs qui seraient la marque de chaque système juridique. Il existe bien une forme de culture juridique commune dans certaines branches du droit. Certes, elle peut s'exprimer sous des formes variées, et opposer à une grande universalité encore quelques éléments traditionnels, mais l'intention et le résultat sont finalement bien similaires. Si cette différence n'est prépondérante qu'en droit privé, c'est que la raison ne se trouve pas dans la culture juridique générale, mais bien dans une spécificité de cette branche du droit.

IV. Vers une autre distinction ?

En droit privé, les différences semblent pourtant considérables. Marco Bussani fait d'ailleurs un état détaillé de ces nombreuses différences, notamment sur les définitions de la bonne foi, du contrat, de la responsabilité précontractuelle, ou encore du droit des biens⁵⁵. Or ce n'est pas parce que le *common lawyer* ne possède pas de texte qu'il n'applique pas ces principes,

42) Mathiot A., « Les apports du droit comparé au droit constitutionnel français de 1870 à 1940 », in *Livre du centenaire de la société de législation comparée*, 1969, LGDJ, p. 165.

43) La « loi commune » s'opposait pour ainsi dire aux lois locales spéciales.

44) Tunc A., « Coutume et "common law" », in *Droits* 1986, n° 3, p. 51.

45) Van Caenegem R., *The Birth of the English Common Law*, 1973, Cambridge University Press.

46) Legeais R., *Grands systèmes de droit contemporains. Approche comparative*, 2^e éd., 2008, Litec, p. 11, § 10.

47) Girard P. F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 1906, Rousseau A. ; Imbert J., Ourliac P. et De Malafosse J., *Histoire du droit privé*, 1961, PUF.

48) Picq J., *Une histoire de l'État en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen Âge à nos jours*, op. cit., note 20, p. 153.

49) Rivero J., « Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République : une nouvelle catégorie constitutionnelle ? », D. 1972, p. 266.

50) Dyzenhaus D. et Taggart M., « Reasoned Decisions and Legal Theory », in *Common Law Theory*, D. E. Edlin (éd.), 2007, Cambridge, p. 143.

51) Baxter W. F., « Separation of Powers, Prosecutorial Discretion, and the Common Law Nature of Antitrust Law », *Texas Law Review* 1981, vol. LX, p. 661 ; Holdsworth W. S., *A history of English law*, 1969, Methuen, A. L. Goodhart, & H. G. Hanbury Editions.

52) Silberman L. H., « The Intersection of Law & Policy », *George Washington Law Review* 1989, vol. LVIII, p. 821.

53) Sayre P. L., « A Common Law of Administrative Powers », *Iowa Law Review* 1932, vol. XVIII, p. 241.

54) Picq J., *Une histoire de l'État en Europe. Pouvoir, justice et droit du Moyen Âge à nos jours*, op. cit., note 20, p. 502.

55) Bussani M., « Faut-il se passer du *common law* (européen) ? Réflexions sur un code civil continental dans le droit mondialisé », art. cit., note 1, p. 17.

ou qu'il n'arrive pas, selon ses propres règles, à des solutions judiciaires très similaires à la jurisprudence française⁵⁶. Prenons par exemple le principe de bonne foi. La *common law* n'ignore pas totalement le concept, elle le déduit en négatif de celui de mauvaise foi. Le juge peut par exemple refuser d'accueillir des prétentions faites de mauvaise foi, à travers les procédures d'estoppel en droit anglais⁵⁷ et de *clean hands* en droit américain⁵⁸. Elle est également présente à travers l'idée de *reasonable person test*⁵⁹, copie conforme de l'ancien concept du bon père de famille si cher au droit privé. Les principes et les idées générales sont finalement assez similaires, puisque les grands principes moraux et l'idée même de justice est identique. Les rendus des décisions ne témoignent pas de conceptions diamétralement opposées.

Contrairement à ce qui est habituellement soutenu, il est possible de considérer que ce n'est pas la culture juridique qui est différente. Seuls les outils applicables, les processus mentaux et l'interprétation varient. L'outil a été un temps adapté au terrain dans lequel il s'est développé, pour les raisons historiques que nous avons

évoquées. La *common law* permettait une justice locale proche des administrés et très réactive⁶⁰. Le droit continental offrait une sécurité juridique et une plus grande harmonisation territoriale. L'édiction de règles mélangeant les deux systèmes offre un terrain neutre adaptable aux particularités de chacun. Pourtant ces particularités demeurent, car l'outil juridique de chaque système est maintenu. Instinctivement, le droit continental a recours à la loi, alors que la *common law* en appelle au juge. En d'autres termes, Hugh Collins aurait raison de considérer que cette distinction n'est pas propre au droit privé, mais à la manière dont les privatistes envisagent le droit⁶¹. La raison est une éducation et une approche différentes : les privatistes des deux systèmes ont hérité leur manière de comprendre et créer le droit, leur rapport à la règle et à l'interprétation. Armés des outils qui leur ont été transmis, ils œuvrent à des objectifs communs, mais avec leur propre langage. L'harmonisation est possible grâce à cette culture juridique commune, et les différences ne sont plus que le reflet de nos modes de fonctionnement et raisonnement spontanés.

56) Zweigert K., « Des solutions identiques par des voies différentes (Quelques observations en matière de droit comparé) », RID comp. 1966, p. 5, n° 1.

57) Anson W. R., *Principles of the English law of contract and of agency in its relation to contract*, Clarendon Press, 1906.

58) MacGibbon, « Estoppel in international law », *International and Comparative Law Quarterly* 1958, vol. VII, n° 3, p. 468.

59) Miller A. D. et Perry R., « Reasonable Person », *The New York University Law Review* 2012, vol. LXXXVII, p. 323.

60) Gessner V. et Schade A., « Conflicts of Culture in Cross-Border Legal Relations: The Conception of a Research Topic in the Sociology of Law », in *Global Culture*, 1990, Mike Featherstone Editions, p. 265.

61) Collins H., *Utility and Rights in Common Law Reasoning: Rebalancing Private Law Through Constitutionalization*, op. cit., note 21.

Gage de stocks : un régime plus libéral pour une meilleure attractivité ^{114nO}

(À propos de l'Ord. n° 2016-56 du 29 janv. 2016 relative au gage de stocks)

Jérôme ATTARD

Maître de conférences

Codirecteur Master 2 Juriste
d'entreprise à la faculté de
droit de Douai

L'ordonnance n° 2016-56 du 29 janvier 2016 relative au gage de stocks laisse un choix aux parties qui peuvent soumettre leur sûreté aux règles spécifiques prévues par le Code de commerce ou préférer celles du Code civil, ce qu'avait refusé la Cour de cassation. Elle opère un rapprochement entre les régimes institués par ces deux codes afin d'offrir un régime plus libéral et donc plus attractif aux praticiens souhaitant recourir à cette sûreté.

Nombreuses sont les entreprises dont l'activité implique la détention de stocks. Si cette contrainte est une charge pour leur trésorerie, ces stocks ont une valeur qui peut favoriser l'obtention d'un crédit puisqu'en tant qu'objet d'une sûreté, ils présentent le double intérêt d'une évaluation et d'une commercialisation aisées. La constitution d'un gage les prenant pour objet, s'est toutefois longtemps heurtée à une contrainte majeure : celle de la dépossession qui ne rendait cette sûreté envisageable qu'à la condition que ces stocks aient été soumis à une faible vitesse de rotation et l'excluait dans les hypothèses où son activité imposait au constituant, de rester en possession de ses stocks pour les aliéner librement. Cette remarque avait déjà conduit le législateur à édicter quelques règles particulières en créant des *warrants* portant sur des stocks spécifiques, laissés en possession du constituant¹. Pour autant, ces interventions restaient limitées et le système reposant sur un principe de dépossession des biens gagés, y compris lorsque ceux-ci constituaient des stocks, était dénoncé comme ayant un caractère anti-économique. Cette considération a contribué à la proposition du groupe de travail présidé par le professeur Michel Grimaldi, d'introduire dans notre droit positif, un gage sans dépossession. Celui-ci pouvant s'appliquer aux choses fongibles, les auteurs de la proposition avaient estimé que ce gage pouvait concerner les stocks sans qu'il soit besoin d'introduire des dispositions spéciales à leur propos². Pour autant, alors même que l'un de ses objectifs était de simplifier le droit existant, la réforme du droit des sûretés réalisée par l'ordonnance du 23 mars 2006³, a donné naissance à deux nouveaux types de gage, sans dépossession, susceptibles d'intéresser les stocks, sans par ailleurs

faire disparaître ceux déjà existants. Le premier que l'on peut qualifier de gage de droit commun et dont le régime est organisé par le Code civil, a pour objet les biens mobiliers corporels, présents ou futurs sans que les stocks soient expressément écartés de son champ d'application ; le second visant spécifiquement ces stocks, est régi par le Code de commerce qui, sans affirmer le caractère exclusif de ses dispositions, le réservait à la garantie des concours consentis par un établissement de crédit, ou une société de financement, à un professionnel dans le cadre de son activité. Curieusement, alors même qu'il était uniquement destiné à des relations d'affaires, ce second type de gage était soumis à un régime plus protecteur des intérêts du constituant : sa validité était soumise à un formalisme plus rigoureux que celui prévu pour le gage sans dépossession de droit commun ; le pacte commissoire y était prohibé alors qu'il était possible dans le gage sans dépossession du Code civil. Ces différences de régimes avaient suscité une question importante : celle de savoir si un choix existait entre ces deux types de sûreté. L'assemblée plénière y avait répondu de manière négative en prononçant l'impossibilité de soumettre un gage aux dispositions de droit commun, prévues par le Code civil, dès lors que cette sûreté, conclue dans le cadre d'une opération de crédit dont l'une des parties était un établissement de crédit, portait sur des éléments prévus à l'article L. 527-3 du Code de commerce⁴. Une telle solution, conforme à l'adage *specilia generalibus derogant*, n'en risquait pas

1) Cabrillac M., Mouly C., Cabrillac S. et Pétel P., *Droit des sûretés*, 9^e éd., 2010, Litec, p. 568, n° 758.

2) Rapp. p. 11.

3) Ord. n° 2006-346, 23 mars 2006, relative aux sûretés : JO, 24 mars 2006, p. 4475. V. pour commentaires relatifs au gage : Legeais D., « Le gage des meubles corporels », JCP suppl. au n° 20 mai 2006 ; Aynès L., « Le nouveau droit du gage », Dr. et patr. juill.-août 2007, p. 48.

4) Cass. ass. plén., 7 déc. 2015, n° 14-18435 : D. 2015, p. 2556 ; JCP E 2015, 1633, note Brignon B. ; JCP G 2016, 57, note Ansault J.-J. et Gisbers C. – Cassation de CA Paris, 5-9, 27 févr. 2014, n° 13-03840 : D. 2014, p. 924, obs. Gisbers C., rendu après cassation prononcée par Cass. com., 19 févr. 2013 : RD bancaire et fin. 2013, comm. 59, obs. Legeais D. ; RLDC 2013, p. 26, note Gisbers C. et p. 35, obs. Marraud des Grottes G. ; Gaz. Pal. 20 mars 2013, n° 122y9, p. 22, obs. Dumont-Lefrand M.-P. ; JCP E 2013, 1173, note Legeais D. et JCP E 2013, 1314, spéc. n° 6, obs. Delebecque P. ; D. 2013, p. 493 note Dammann R. et Podeur G. ; D. 2013, p. 1713, obs. Crocq P. ; RTD com 2013, p. 574, obs. Legeais D. ; Dr. et patr. juill. 2013, p. 94, obs. Aynès L. et Dupichot P. – Cassation de CA Paris, 5-9, 3 mai 2011, n° 10-13656 : RTD com. 2011, p. 785, obs. Crocq P. ; Gaz. Pal. 22 déc. 2011, n° 356, p. 13, obs. Dumont-Lefrand M.-P. ; JCP G 2012, 626, spéc. n° 23, obs. Delebecque P.

moins de dissuader les établissements de crédit de garantir leurs créances par un gage de stocks présentant pourtant un intérêt majeur pour les entreprises et l'économie en général. On comprend, dans ces conditions, tout l'intérêt de l'ordonnance 2016-56 du 29 janvier 2016 relative au gage de stocks⁵. Ce texte pris en application de l'article 240 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances⁶, autorise désormais un choix entre le gage de stocks du Code de commerce et celui régi par les articles 2333 et suivants du Code civil. Il précise que le gage de stocks peut être constitué avec ou sans dépossession et opère un rapprochement entre les différentes formules désormais possibles. On notera que ce texte n'est entré en vigueur que le premier jour du troisième mois suivant sa publication, c'est-à-dire le 1^{er} avril 2016, et ne s'applique qu'aux contrats conclus à partir de cette date⁷. Deux points sont à retenir de cette réforme : l'option désormais laissée aux parties entre le régime du gage spécifique de stocks prévu par le Code de commerce et celui plus général du gage sans dépossession prévu par le Code civil (I) ; le rapprochement de ces deux régimes (II).

I. L'option entre gage de stocks du Code de commerce et le gage sans dépossession du Code civil

Si la solution de l'assemblée plénière paraissait conforme à l'adage *specilia generalibus derogant*, elle n'en révélait pas moins l'un des « ratés » de la réforme de 2006⁸ alors que la commission présidée par le professeur Michel Grimaldi proposait d'introduire dans notre droit, une formule unique suffisamment souple pour régir les règles relatives au gage de stocks, la soumission de ce dernier à des règles impératives, plus rigides que celles du droit commun pouvait avoir un caractère dissuasif, dommageable au financement des entreprises. L'ordonnance du 29 janvier 2016 modifie à ce titre, l'article L. 527-1 du Code de commerce qui prévoit désormais que les parties demeurent libres de recourir au gage prévu par le Code de commerce ou au gage de meubles corporels prévu aux articles 2333 et suivants du Code civil. Ce choix n'existe toutefois qu'à la condition que l'acte entre dans les prévisions de l'article L. 527-1 du Code de commerce c'est-à-

dire : que le créancier gagiste soit un établissement de crédit, ou une société de financement ; que le débiteur agisse dans l'exercice d'une activité professionnelle et détienne les stocks objet de la sûreté.

On notera en outre, qu'en précisant à l'article L. 527-1 du Code de commerce que ce gage peut être constitué avec ou sans dépossession, l'ordonnance semble également autoriser un choix, lorsque le gage est constitué avec dépossession entre les dispositions du Code civil et celles du Code de commerce. Un problème majeur n'en reste pas moins posé : celui de savoir si les parties conservent un choix du régime applicable à la sûreté lorsque celle-ci est régie par d'autres dispositions que celles des articles L. 527-1 et suivants du Code de commerce relatifs au gage de stocks en général. On pense évidemment aux *warrants* pétroliers régis par les articles L. 524-1 et suivants du Code de commerce ou aux *warrants* agricoles régis par le Code rural⁹. La réforme opérée par l'ordonnance du 29 janvier 2016 ne les vise à aucun endroit ce qui conduit à s'interroger sur l'application de l'adage *specilia generalibus derogant* à leur propos. On rappellera que cette application implique une volonté dérogatoire qui semble avoir été exprimée dans le rapport de présentation de l'ordonnance de 2006 remis au président de la République¹⁰. La présentation faite de l'article 2354 du Code civil invite sans doute à appliquer de manière impérative les règles prévues à propos de chaque sûreté réelle mobilière spéciale régie par le Code de commerce dès lors qu'aucun choix particulier n'est laissé aux parties. La solution dégagée par l'arrêt de l'assemblée plénière de la Cour de cassation semble à ce titre condamner le recours à un gage de stocks sans dépossession régi par les articles L. 527-1 et suivants du Code de commerce ou un gage sans dépossession du Code civil. On remarquera pour autant, que l'article 2354 ne fait référence qu'aux dispositions spéciales prévues en matière commerciale et non à celles qui pourraient être intégrées dans d'autres codes, comme le Code rural : il n'est donc pas certain que les dispositions relatives aux *warrants* agricoles aient un caractère impératif. Si l'ordonnance n'apporte aucune précision sur ce point, elle opère un rapprochement entre le régime du gage de stocks des articles L. 527-1 et suivants du Code de commerce et celui du gage sans dépossession du Code civil.

5) JO, 30 janv. 2016, texte n° 19. Dondero B., « Gage des stocks, nouvel arrivage ! », JCP G 2016, 154 ; Borga N., « Réforme du gage des stocks : l'art législatif au plus mal ! », BJE mars 2016, n° 113d4, p. 128.

6) Roussel Galle P., « Brèves observations sur la loi Macron et le droit des entreprises en difficulté », Rev. sociétés 2015, p. 541.

7) Art. 3.

8) Legeais D., « La réforme des garanties ou l'art de mal légiférer », in *Études offertes au doyen Philippe Simler*, 2006, Litec-Dalloz, p. 367.

9) C. rur., art. L.342-1 et s.

10) L'article 2354 du Code civil a été présenté comme réservant l'application des règles particulières prévues en matière commerciale (JO, 24 mars 2006, p. 4467, n° 71 et 68).

II. Le rapprochement des régimes applicables aux différents gages de stocks

Plusieurs critères peuvent permettre de déterminer « une bonne » sûreté. En premier lieu, sa constitution doit être simple et peu onéreuse. Il doit également s'agir d'une sûreté qui ne gaspille pas la capacité de l'entreprise débitrice à obtenir du crédit et ne la gêne pas dans son activité. Du point de vue du créancier, la bonne sûreté est celle dont la valeur est maintenue jusqu'à complet paiement de ce qui lui est dû, en restant efficace malgré l'ouverture d'une procédure collective. Enfin, c'est une sûreté dont la réalisation doit être simple pour éviter frais et lenteurs. L'ordonnance du 29 janvier 2016 améliore de ce point de vue l'attractivité du gage de stocks régi par le Code de commerce.

S'agissant de la constitution de la sûreté, la réforme de 2006 a simplifié les formalités relatives au gage civil tout en maintenant, dans le cadre du droit commun, la simplicité du gage commercial : celui-ci est purement consensuel puisque l'article L. 521-1 du Code de commerce dispose qu'il se constate par tous moyens à l'égard des tiers et des parties contractantes, conformément à l'article L. 110-3 du Code de commerce. Curieusement, le gage de stocks institué dans ce code, bien que réservé à la garantie d'opérations professionnelles, était beaucoup plus formaliste. À ce titre, l'article L. 527-1 dudit code imposait la rédaction d'un acte sous seing privé qui, à peine de nullité, devait comporter sept mentions. Par ailleurs, cette sûreté était soumise à une publicité qui n'assurait pas simplement l'opposabilité du gage aux tiers, mais devait être réalisée dans les 15 jours de l'acte constitutif, sous peine de nullité. L'ordonnance du 29 janvier 2016 simplifie ce régime sur deux points.

En premier lieu, l'alinéa 3 de l'article L. 527-1 réduit le nombre des mentions devant figurer dans l'acte constitutif sous peine de nullité. Il s'agit désormais de déterminer uniquement la créance garantie, l'objet du gage, la durée de l'engagement et, le cas échéant, de préciser, en cas de dépossession, l'identité du tiers qui a pu être désigné comme gardien des stocks. Disparaissent de la liste des mentions obligatoires : la dénomination « acte de gage de stocks » ; la mention que celui-ci est soumis aux articles L. 527-1 à L. 527-10 du Code de commerce ; le nom de l'assureur garantissant contre l'incendie et la destruction. Par ailleurs, « la description permettant d'identifier les biens présents ou futurs engagés, en nature, qualité, quantité et valeur ainsi que leur lieu de conservation » est remplacée par la précision de l'objet du gage.

Cette évolution opère un rapprochement avec les exigences de l'article 2336 du Code civil qui impose à titre de validité d'un gage sans dépossession du Code civil, l'existence d'un écrit mentionnant la désignation de la dette, la quantité des biens donnés en gage, ainsi que leur espèce ou leur nature. On notera à ce dernier titre, une différence de rédaction entre les textes puisque le Code de commerce permet de ne mentionner que « l'objet » du gage. Cette formule plus souple autorise les parties à viser l'intégralité d'un stock défini sans autre précision. On rappellera toutefois la position prise par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans une affaire où le bordereau prévu pour la publicité d'un gage de stocks relevant du Code civil, ne mentionnait pas la nature, la qualité et quantité des biens objets de la sûreté, pourtant visées par l'article 2-4 du décret n° 2006-1804 du 26 décembre 2006 : pour la haute juridiction, le fait de mentionner « les boîtes fromagères et les matériaux nécessaires à leur production » suffisait à informer les tiers sur les trois éléments considérés¹¹.

Ceci précisé, l'ordonnance du 29 janvier 2016 ne se contente pas de réduire les mentions obligatoires à la constitution du gage de stocks régi par le Code de commerce, elle modifie également l'article L. 527-4 de ce dernier qui soumettait la validité de cette sûreté à une publicité obligatoire. Cette publicité est désormais prévue à peine d'opposabilité aux tiers et non plus à peine de nullité ce qui aligne le régime du gage du Code de commerce sur celui, sans dépossession, du Code civil. Ce rapprochement invite toutefois à certaines remarques. La première tient au rappel de la solution dégagée par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 17 février 2015¹². Il s'agissait pour la haute juridiction de se prononcer sur la validité d'un gage de stocks qui n'entraînait pas dans les prévisions du Code de commerce puisque le créancier n'était pas un établissement de crédit et que le constituant garantissait la dette d'autrui. En l'espèce la question se posait de l'application à un gage commercial, des dispositions précitées de l'article 2336 du Code civil qui n'avaient pas été respectées en l'espèce. Il convenait en effet de combiner ce texte avec celui de l'article L. 521-1 du Code de commerce qui dispose que le gage constitué soit par un commerçant, soit par un non-commerçant pour un acte de commerce, se constate à l'égard des tiers, comme à l'égard des parties contrac-

11) Cass. com., 17 févr. 2015, n° 13-27080 : JCP G 2015, 604, spéc. n° 16, obs. Delebecque P. ; D. 2015, p. 787, note Borga N. ; RTD com. 2015, p. 342, obs. Legeais D. ; RTD com. 2015, p. 350, obs. Bouloc B. ; RTD civ. 2015, p. 437, obs. Crocq P. ; AJCA 2015, p. 176, obs. Albigès C. ; Rev. sociétés 2015, p. 663, obs. Ansault J.-J. (in « Le gage de stocks dans l'œil du cyclone ! »).

12) N° 13-27080, préc.

tantes, conformément aux dispositions de l'article L. 110-3 du même code, c'est-à-dire par tous moyens. La Cour de cassation y a répondu en décidant que l'article 2336 n'était pas applicable au gage commercial¹³. Cette solution a évidemment vocation à désormais s'appliquer aux gages de stocks volontairement soumis au droit commun ce qui permet aux parties de conclure un gage tacite qui n'aurait pas expressément été formulé au préalable. Elle ne peut en revanche être envisagée à propos des gages de stocks soumis au Code de commerce puisque l'écrit est expressément exigé à peine de nullité par un article L. 527-1 qui, propre à cette sûreté, ne distingue pas selon la nature civile ou commerciale du gage. L'ordonnance laisse subsister à ce propos une différence difficile à justifier. Une autre critique peut également être formulée puisque le gage de droit commun et celui spécifiquement prévu pour les stocks dans le Code de commerce, font l'objet de publicités sur des registres différents¹⁴ : il conviendra de créer un registre unique pour tenir compte du choix pouvant être opéré entre les différents régimes, si l'on veut éviter une double consultation aux créanciers. Pour l'heure, l'alinéa 2 de l'article L. 527-4 du Code de commerce qui déterminait le rang des bénéficiaires d'un gage de stocks du Code de commerce est supprimé, l'article L. 527-1 de ce code renvoie expressément à l'article 2340 du Code civil qui précise le rang des créanciers gagistes entre eux sans distinguer le régime choisi pour la sûreté : cette disposition permettra d'éviter les conflits qui, relatifs au classement des créanciers, pourraient naître de l'existence des différents registres.

S'agissant du gage avec dépossession, le gage est également opposable aux tiers dès lors que ces derniers sont informés de la dépossession du bien entre les mains du créancier, ou celles d'un tiers convenu. Dans la pratique, cette dépossession peut prendre la forme d'un bail consenti par le constituant au profit du créancier, ou du tiers désigné par les parties. Il suffira alors que des signes suffisants rendent publique la dépossession : notamment l'apposition d'affiches indiquant la mise en gage.

Au-delà de sa constitution, il convient de noter qu'une bonne sûreté doit éviter de gaspiller la capacité de crédit de l'entreprise débitrice.

L'ordonnance du 29 janvier 2016 modifie à ce propos l'article L. 527-5 du Code de commerce pour une lecture présentée comme plus lisible des articles L. 527-5 et L. 527-8 actuels¹⁵, même si cette évolution se réalise à droit constant. On notera à ce titre, le maintien de la possibilité de faire du gage de stocks, une « garantie glissante » en prévoyant que la part des biens engagés peut diminuer à proportion du désintéressement du créancier. Cette solution reste soumise à une clause particulière qui peut aussi être convenue dans le gage sans dépossession du Code civil¹⁶.

L'un des intérêts majeurs du gage de stocks est en outre, de permettre de disposer des biens qui en sont l'objet. Encore faut-il pour protéger le créancier préserver l'existence des stocks et maintenir une proportion suffisante entre les valeurs gagées et le montant de ses droits. À ce titre, l'ordonnance du 23 mars 2006 avait introduit deux séries de dispositions. La première imposée par l'article L. 527-6, alinéa 2 obligeait le débiteur à contracter une assurance contre le risque d'incendie et de destruction des biens gagés, alors qu'aucune disposition du même type ne s'imposait en matière de gage sans dépossession du Code civil. La seconde était prévue par l'article L. 527-7, alinéa 3 du Code de commerce qui permettait au créancier, en cas de diminution de 20 % de la valeur du stock, de mettre en demeure le débiteur de reconstituer la garantie, ou de rembourser les sommes prêtées en proportion de la baisse constatée¹⁷. Pour autant, cette mesure manquait de souplesse puisqu'elle ne pouvait être mise en œuvre que si ce chiffre était atteint ce qui obligeait le créancier à accepter cette marge. Pourquoi 20 % et non pas 10 % comme en matière de *warrant pétrolier*¹⁸ ? Sans doute, la différence s'expliquait-elle par la particularité du stock de pétrole, mais retenir cette analyse conduisait à penser que laisser la négociation de cette marge aux parties, comme l'autorisait le gage sans dépossession du Code civil, aurait permis de s'adapter à chaque type de situation¹⁹. L'ordonnance du 29 janvier 2016 réunit les actuels articles L. 527-6 et L. 527-7 du Code de commerce dans un nouvel article L. 527-6. Celui-ci rappelle l'obligation faite au constituant de conserver les stocks en l'absence de dépossession, mais laisse désormais une plus grande place à la liberté des parties optant pour le régime prévu par le Code de commerce.

13) Cette solution a été critiquée par certains auteurs qui ont soutenu que les articles L. 521-1 du Code de commerce et 2336 du Code civil, ne se situent pas au même plan juridique puisque le premier, relatif à l'opposabilité et à la preuve du gage commercial, ne pouvait faire échec à l'application du second qui vise, quant à lui, expressément la validité même du gage sans tenir compte de sa nature. En ce sens Crocq P. et Delebecque P., obs. préc. de cet arrêt.

14) Legeais D., « Publicité du gage sans dépossession », RTD com. 2007, p. 215.

15) Rapport au président de la République de l'ordonnance.

16) de Ravel d'Esclapon T., « Le gage de stocks : aménagements conventionnels », AJCA 2015, p. 462.

17) C. com, art. L. 527-7.

18) C. com, art. L. 524-16.

19) V. notre article : « Le choix d'une sûreté en droit français : à propos du gage de stocks », in Attard J., Dupuis M., Laugier M., Sagaert V. et Voinot D. (dir.), *Un recouvrement de créances sans frontières ?*, 2013, éd. Larcier, p. 173.

Tout d'abord, à l'instar du gage sans dépossession du Code civil, il rend facultative l'assurance contre les risques d'incendie et de destruction. Ensuite, Le mécanisme de l'« arrosage », anciennement prévu par l'article L. 527-7, est modifié. À ce titre, le texte nouveau prévoit deux paliers au lieu d'un seul comme jusqu'alors. Le premier est prévu par le nouvel alinéa 3 de l'article L. 527-6. Selon ce texte, lorsque l'état des stocks fait apparaître une diminution d'au moins 10 % de leur valeur, telle que mentionnée dans l'acte constitutif, le créancier peut exiger, après mise en demeure du débiteur, le rétablissement de la garantie, ou le remboursement d'une partie des sommes prêtées à proportion de la diminution constatée. Le second est prévu par le nouvel alinéa 4 de ce même article qui permet au créancier d'exiger le remboursement total de son crédit, si après mise en demeure, la diminution reste de 20 %. L'ordonnance du 29 janvier 2016 apporte une certaine souplesse au créancier désormais protégé dès lors que la diminution atteint 10 % de la valeur mentionnée dans l'acte constitutif. On notera d'ailleurs que la convention régie par le Code de commerce peut prévoir des taux supérieurs à ceux visés à l'article L. 527-6 de ce dernier. Des taux inférieurs sont en revanche prohibés : l'objectif est d'éviter que les créanciers imposent des seuils de variation trop faibles aux débiteurs pour reconstituer leurs stocks, au point de les gêner dans l'exploitation de leur entreprise. Une différence demeure avec le gage sans dépossession de droit commun. Lorsque cette sûreté porte sur des choses fongibles, l'article 2342 du Code civil se contente d'affirmer que le constituant peut les aliéner si la convention le prévoit, à charge de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes. La possibilité de substitution doit ici être prévue par les parties qui ont toute liberté pour déterminer le seuil à partir duquel le stock doit être reconstitué.

On notera un dernier point majeur : celui de la réalisation de la sûreté. Cette dernière sera d'autant plus appréciée du créancier que sa réalisation est simple et rapide. Pour répondre à cette préoccupation, l'ordonnance du 23 mars 2006 a consacré le pacte commissaire à l'article 2348 du Code civil ce qui permet au créancier de devenir propriétaire du bien gagé sans intervention judiciaire. Elle l'a en revanche, prohibé en matière de gage de stocks ce qui était d'ailleurs, au cœur de l'affaire jugée par l'assemblée plénière dans l'arrêt précité. Sans doute, pouvait-on faire remarquer qu'en vertu de l'article L. 622-7 du Code de commerce, le jugement d'ouverture d'une procédure collective empêche la réalisation du pacte et que celle-ci

reste incertaine en période suspecte²⁰, pour autant on pouvait s'étonner que le législateur eût apporté au professionnel gageant ses stocks, une protection supérieure à celle prévue par le Code civil alors que le constituant d'un gage sans dépossession de droit commun, n'a pas nécessairement cette qualité²¹. Cette faiblesse du gage de stocks du Code de commerce est corrigée par l'ordonnance du 29 janvier 2016 qui aligne les régimes en la matière : l'article L. 527-8 du Code de commerce tel qu'il résulte de ce texte renvoie désormais à l'article 2348 du Code civil qui autorise le pacte commissaire.

Ainsi, l'ordonnance du 29 janvier 2016 rend-elle plus attractif le recours au gage de stocks du Code de commerce tout en laissant aux parties le choix de soumettre leur convention aux dispositions de droit commun prévues par le Code civil. Cette réforme toute importante qu'elle soit soulève la question de son application aux gages spéciaux sans dépossession que sont les *warrants* pétroliers ou agricoles. Il conviendrait par ailleurs d'unifier les régimes de publicité aujourd'hui différents selon que la sûreté relève du Code civil ou du Code de commerce. Sans doute aurait-on pu davantage s'inspirer du *security interest* institué aux États-Unis par l'article 9 de l'*Uniform Commercial Code* (UCC)²². Selon une approche « fonctionnelle », ce texte a remplacé toutes les sûretés existantes indépendamment de leur forme. Il régit toutes les opérations qui portant sur des meubles ou des immeubles par destination, produisent l'effet d'une sûreté. Réunissant ainsi sous un terme générique, toutes les sûretés avec ou sans dépossession, l'article 9 de l'UCC a poursuivi un objectif de modernisation, d'uniformisation et de cohérence qui pourrait servir d'exemple au droit français. La création de la sûreté est soumise à des règles simples en particulier l'existence d'un contrat qui peut être oral, en cas de dépossession du

20) Aynès L., « Sûretés réelles et droit des entreprises en difficulté », *Le Lamy Droit des Sûretés*, n° 284-95. *Contra.* : Saint-Alary-Houin C., « Redressement et liquidation judiciaire : nullités de droit, régime des paiements », *JCl. Commercial*, fasc. 2505, n° 185. On notera que la CA Paris, 3 mai 2001 et 27 févr. 2014 dans les arrêts précités, avait refusé de voir dans cette réalisation une dation en paiement qui aurait conduit à l'annulation prévue à l'art. L. 632-1 du Code de commerce.

21) Notre article préc. On notera que pour certains auteurs, la prohibition du pacte commissaire aux gages de stocks pouvait être justifiée par la nature de certains biens. Ainsi Bazin-Beust M. D. soutenait-il le caractère inadapté du pacte aux marchandises dont la détention ou l'aliénation est réglementée (médicaments par exemple) ou limitée par l'existence d'une clause d'étanchéité comprise dans un contrat de distribution sélective. In « Un analyse du pacte commissaire... ou prudence est mère de sûreté chez les financeurs ? » : LPA 19 mai 2011, p. 50.

22) Riffard J. F., *Le security interest ou l'approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières*, Stoufflet J. (préf.), Rouhette G. (avant-propos), 1997, LGDJ-PU de la faculté de droit de droit de Clermont-Ferrand.

bien qui en est l'objet, ou d'un écrit dont les mentions sont identiques quelle que soit l'opération produisant l'effet de la sûreté. Une grande liberté est laissée aux parties : ces dernières peuvent continuer à utiliser les formes de sûretés préexistantes au *security interest*, à condition de respecter les règles de constitution et de réalisation imposées par l'UCC ; elles peuvent aussi adapter leur convention en considération de leurs besoins particuliers. M. Riffart a notamment fait état dans sa thèse, de la pratique de la clause sur avance future²³ qui permet d'intégrer dans l'assiette de la sûreté, les biens pouvant être acquis pendant la durée de celle-ci. Il a également fait état de la clause sur les acquisitions ultérieures²⁴ qui permet de garantir dans un même acte, outre la dette d'origine, celles qui naîtraient des relations à venir entre les parties. L'opposabilité de la sûreté est, quant à elle, assurée par une déclaration des financements qui doit être réalisée sur un registre de publicité unique. Ne faudrait-il pas en droit français, s'inspirer d'un tel système, pour réunir l'ensemble des sûretés réelles au sein d'un régime uniforme ? Le *security interest* a déjà servi d'exemple à l'élaboration de nombreux droits

23) *Future advance clause*, Thèse préc. n° 379, p. 135.

24) *After acquired property clause*, *ibid.*

nationaux²⁵, conventions ou projets internationaux²⁶. Ne pourrait-on pas au moins soumettre les différents gages portant sur des stocks à un régime unique de validité et de publicité ? L'article 2333 du Code civil paraît en tous cas rédigé dans des termes suffisamment larges pour autoriser une telle solution puisqu'il définit le gage comme « la 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... ». Ne pourrait-on pas d'ailleurs, en profiter pour créer une sûreté unique réunissant gages et nantisements actuels ? La désaffectation de la pratique pour certaines sûretés comme le nantissement de fonds de commerce dont l'absence des stocks dans l'assiette est un inconvénient majeur, invite en tout cas à soulever la question.

25) Canada, Nouvelle-Zélande notamment.

26) Loi modèle sur la sécurité des transactions de la BERD (Banque européenne pour la construction et le développement) 1994 ; Guide législatif de la CNUDCI sur les opérations garanties par des sûretés réelles mobilières (2000) ; Convention UNIDROIT relative aux garanties internationales portant sur des matériels d'équipements mobiles (Le Cap, 2001) ; Livre IX des Cadres communs de références (lequel traite toutefois de manière spécifique les sûretés fondées sur la réserve de propriété).

De quelques précisions relatives au contrat de coffre-fort ^{116v0}

François VINEY

Maître de conférences à
l'université de Picardie -
Jules Verne

La banque qui met un coffre-fort à la disposition d'un client est tenue d'une obligation de surveillance qui lui impose d'établir qu'elle a accompli toutes les diligences utiles pour en contrôler l'accès par un tiers, fût-il muni d'une clé. Doit être censuré l'arrêt d'une cour d'appel qui, pour rejeter la responsabilité de la banque, a reconnu l'existence d'un mandat permettant un accès au coffre-fort au bénéfice d'un tiers, par le seul motif que celui-ci en avait restitué la clé au décès de son client.

Cass. com., 9 févr. 2016, n° 14-23006, PB

La Cour :

(...)

Attendu, selon l'arrêt attaqué, que Marcel X a souscrit auprès d'une agence de la société caisse régionale de Crédit agricole mutuel Sud Rhône Alpes (la banque) un contrat de coffre-fort ; qu'à la suite de son décès, la clé a été restituée à la banque par son fils, M. Michel X ; que, lors des opérations de liquidation de la succession, il a été constaté que le coffre-fort était vide ; que, reprochant à la banque un manquement à son obligation de gardiennage, M^{me} Y, fille du défunt, l'a assignée en paiement de diverses sommes ;

Sur le moyen unique, pris en sa première branche :
Vu l'article 4 du Code de procédure civile ;

Attendu que, pour exclure la responsabilité de la banque, l'arrêt retient que, malgré le défaut de justification d'une procuration de Marcel X au bénéfice de son fils Michel, il n'est pas contesté que celui-ci était son mandataire ;

Qu'en statuant ainsi, alors que, dans ses conclusions, M^{me} Y contestait expressément l'existence d'une procuration valable et à durée indéterminée pour l'accès au coffre-fort mis par la banque à la disposition de Marcel X, la cour d'appel, qui a méconnu l'objet du litige, a violé le texte susvisé ;

Sur le moyen, pris en sa deuxième branche :

Vu l'article 1984 du Code civil ;

Attendu que, pour retenir que Marcel X avait donné procuration à son fils Michel pour accéder au coffre-fort mis à sa disposition par la banque, l'arrêt retient que c'est ce dernier qui a restitué la clé du coffre-fort au décès de son père ;

Qu'en se déterminant ainsi, par un motif impropre à établir l'existence du mandat contesté par M^{me} Y, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ;

Et sur le moyen, pris en sa troisième branche :

Vu l'article 1315 du Code civil ;

Attendu que pour rejeter les demandes de M^{me} Y, l'arrêt, après avoir énoncé que le contrat de mise à disposition d'un coffre-fort par une banque imposant seulement à celle-ci une obligation de surveillance et de garde et non une obligation de garantie, la responsabilité de la banque est fondée sur sa faute, qu'il incombe au client d'établir, retient que M^{me} Y ne démontre pas que la banque a autorisé l'accès du coffre-fort à une personne autre que son titulaire et son mandataire, M. Michel X ;

Qu'en statuant ainsi, alors que la banque qui met un coffre-fort à la disposition d'un client est tenue d'une obligation de surveillance qui lui impose d'établir qu'elle a accompli toutes les diligences utiles pour en contrôler l'accès par un tiers, fût-il muni d'une clé, la cour d'appel, qui a inversé la charge de la preuve, a violé le texte susvisé ;

Par ces motifs : casse et annule, en toutes ses dispositions, l'arrêt rendu le 27 mai 2014, entre les parties, par la cour d'appel de Grenoble ; remet, en conséquence, la cause et les parties dans l'état où elles se trouvaient avant ledit arrêt et, pour être fait droit, les renvoie devant la cour d'appel de Lyon ;

(...)

NOTE

L'arrêt rendu le 9 février 2016 par la chambre commerciale de la Cour de cassation concerne un contrat très fréquemment rencontré dans la pratique, mais dont la nature et le régime soulèvent encore de nombreuses questions : le contrat de coffre-fort¹.

En l'espèce, un litige était né entre deux héritiers d'un homme qui disposait d'un coffre-fort auprès d'une banque. Au décès de celui-ci, la clé du coffre avait été restituée par le fils du défunt.

1) Sur laquelle, Lasserre-Capdeville J., « L'encadrement juridique du contrat de coffre-fort bancaire », JCP G 2015, 384 - V. également, Rives Lange J.-L. et Contamine-Raynaud M., *Droit bancaire*, 5^e éd., 1990, Précis Dalloz, n°s 762 et s., Bonneau T., *Droit bancaire*, 11^e éd., 2015, Montchrestien, Précis Domat, n°s 967 et s.

Mais alors que se déroulaient les opérations de liquidation de la succession, il s'est avéré à l'ouverture que le coffre-fort était vide. La fille du défunt reproche à la banque un manquement à son obligation de surveillance et l'assigne à lui verser des dommages et intérêts. La cour d'appel rejette les prétentions de la demanderesse : pour les juges du fond, le père avait consenti un mandat à durée indéterminée au bénéfice de son fils, qui était son mandataire, ce qui était établi par le fait que le fils avait restitué lui-même la clé.

L'héritière se pourvoit en cassation, soulevant un moyen unique, divisé en trois branches. Les deux premières branches concernaient l'existence d'un mandat, la dernière, le régime du contrat de coffre-fort, plus précisément, de l'obligation de surveillance du banquier. Or, les trois branches justifient la censure de la Cour de cassation.

S'agissant de l'existence d'un mandat, pour la Cour de cassation, la cour d'appel a méconnu les termes du litige et violé l'article 4 du Code de procédure civile en relevant qu'il n'était pas contesté que le fils avait qualité de mandataire pour accéder au coffre. En effet, « dans ses conclusions, [la demanderesse] contestait expressément l'existence d'une procuration valable et à durée indéterminée pour l'accès au coffre-fort mis par la banque à la disposition [du fils du défunt] ». Surtout, les hauts magistrats retiennent que la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1984 du Code civil. Induire l'existence d'un mandat du simple fait qu'un tiers ait détenu et remis la clé d'un coffre-fort, constitue un « motif impropre à établir l'existence du mandat contesté ». Enfin, s'agissant du régime du contrat de coffre-fort, la Cour de cassation censure les juges du fond pour violation de l'article 1315 du Code civil, en retenant que « la banque qui met un coffre-fort à la disposition d'un client est tenue d'une obligation de surveillance qui lui impose d'établir qu'elle a accompli toutes les diligences utiles pour en contrôler l'accès par un tiers, fût-il muni d'une clé ». Ainsi, la cour d'appel, « a inversé la charge de la preuve » quant au manquement au devoir de surveillance, en retenant que la demanderesse devait fournir cette preuve.

Les points soulevés par le pourvoi correspondent aux principales difficultés suscitées par les contrats de coffre-fort : celle du devoir du banquier d'assurer la surveillance du coffre, et de son régime (I) ; celle du pouvoir du tiers qui demande à accéder au coffre (II).

I. Le devoir de surveillance du banquier

S'agissant du régime de l'obligation de surveillance qui incombe au banquier, on considère généralement qu'il dépend de la nature du contrat. Sur ce point, jurisprudence et doctrine ne sont pas unanimes. Il est vrai que, le plus souvent, la jurisprudence ne se prononce pas directement sur la nature du contrat : c'est plutôt sur les obligations qui résultent du contrat de coffre-fort qu'elle est interrogée. Or, il ne fait guère débat que, comme il était relevé en l'espèce, le contrat génère à la charge du banquier « une obligation de surveillance et de garde » du coffre-fort qu'il met à disposition de son client, et de son contenu. Si l'existence de cette obligation ne suscite plus d'hésitations, il n'est toutefois pas inutile de déterminer la nature d'un contrat générant de tels devoirs². Et ici comme ailleurs, le régime éclaire la nature du contrat.

Intuitivement, il est possible d'analyser le contrat de coffre-fort comme un louage d'immeuble : le terme de « location » et de « locataire » était d'ailleurs souvent employé dans les arrêts³, et les juges du fond, en l'espèce s'y référaient. Il est vrai que le client est redevable d'un loyer. Mais, à l'examen, le régime du bail cadre mal avec le contrat de coffre-fort : par exemple, comment justifier la jouissance privative du local par le prétendu « locataire », le banquier contrôlant strictement l'accès au coffre ? Et le bail entraîne-t-il, à titre principal, une obligation de surveillance et de garde ? La qualification a donc été récemment abandonnée par la Cour de cassation⁴.

En revanche, la qualification de contrat de dépôt est plus fréquemment soutenue⁵, au regard des obligations du banquier, ou encore celle de contrat de garde⁶. Le dépôt comporte, en effet, une obligation principale de conserver la chose, qui se rapproche de l'obligation « de surveil-

2) Encore que certains textes, notamment ceux qui concernent la saisie des biens placés dans un coffre-fort, ne se préoccupent plus de la nature du contrat : v. Collart-Dutilleul F., Delebecque P., *Contrats civils et commerciaux*, 10^e éd., 2015, Précis Dalloz, n° 814.

3) V. par ex : Cass. req., 11 févr. 1946 : D. 1946, 365, note Tunc A. ; RTD civ. 1946, p. 234, obs. Carbonnier – Cass. 1^{re} civ., 21 mai 1957 : Bull. civ. I, n° 226 ; RTD civ. 1957, p. 707, obs. Carbonnier – Cass. 1^{re} civ., 29 mars 1989, n° 87-17262 : Bull. civ. I, n° 142 ; RTD civ. 1989, p. 560, obs. Jourdain.

4) Cass. com., 11 oct. 2005, n° 03-10975 : Bull. civ. IV, n° 206 : « L'article 1722 du Code civil n'est pas applicable au contrat par lequel la banque loue à un client un compartiment ou un coffre dont elle assume la surveillance et auquel le client ne peut accéder qu'avec le concours du banquier ».

5) V. par ex : Huet J., Decocq G., Grimaldi C. et Lécuyer H., *Les principaux contrats spéciaux*, in « *Traité de droit civil* », Ghestin J. (dir.), 3^e éd., 2012, LGD, n° 33116.

6) V. spéc. Tunc A., *Le contrat de garde*, Thèse, 1942, Paris.

lance et de garde » du banquier dans le contrat de coffre-fort. Généralement, les auteurs retiennent la qualification de contrat de garde, constatant que la responsabilité du banquier est plus stricte que celle du dépositaire⁷. Dans le contrat de coffre-fort, en effet, la jurisprudence retient traditionnellement que le banquier est tenu d'« une obligation particulière de surveillance, et [d'un] devoir de prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer, sauf impossibilité majeure, la sauvegarde du coffre et des objets qu'il contient »⁸. Cette obligation est de résultat⁹. Les juges considèrent qu'en cas de perte préjudiciable au client, le banquier ne pourra s'exonérer de sa responsabilité qu'en prouvant le cas de force majeure ou la faute de la victime. Effectivement, la qualification de contrat de garde au détriment de celle de dépôt est intéressante, car même s'il est possible, comme le prévoit le régime du dépôt, de « faire varier » la responsabilité du dépositaire, en présumant la faute ou en l'appréciant de manière plus stricte, cela ne conduit pas à admettre l'existence d'une obligation de résultat : le dépositaire est tenu de « faire diligence », c'est-à-dire, d'une obligation de moyens. Dans le cadre du contrat de dépôt, le dépositaire peut donc s'exonérer en démontrant qu'il n'a commis aucune faute¹⁰. C'est l'appréciation de cette faute qui est plus ou moins rigoureuse selon les circonstances. Alors qu'elle est effectuée en principe conformément à celle du débiteur dans la conservation de ses propres affaires (C. civ., art. 1927), une appréciation plus sévère de la faute du dépositaire¹¹, via le bon père de famille – aujourd'hui la personne raisonnable – s'impose en certaines hypothèses, qui laissent entendre que le contrat est d'intérêt commun ou partagé (C. civ., art. 1928)¹².

7) V. par ex. Ripert G. et Roblot R., *Traité de droit commercial*, in Tome II : *Effets de commerce, banque, contrats commerciaux, procédures collectives*, Delebecque P. et Germain M., 17^e éd., 2004, LGDJ, n° 2478 ; Bénabent A., *Les contrats spéciaux*, 11^e éd., 2015, Montchrestien, Précis Domat, n° 743.

8) Cass. com., 29 oct. 1952 : Bull. civ. III, n° 326 ; D. 1953, p. 53.

9) Cass. 1^{re} civ., 29 mars 1989, préc.

10) Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 1984, n° 83-13754 : Bull. civ. I, n° 230 – Cass. 1^{re} civ., 30 mars 2005, n° 03-20410 : Bull. civ. I, n° 157 – Cass. 1^{re} civ., 14 oct. 2010, n° 09-16967 : Bull. civ. I, n° 198 ; D. 2010, p. 2515.

11) V. Sériaux A., *Contrats civils*, 1^{re} éd., 2001, PUF, Droit fondamental, p. 236, n° 98. V. CA Orléans, 20 juill. 1942 : D. 1943, p. 17, note Tunc A. – Adde : Houssier J., « De quelques paradoxes du contrat de dépôt », *Dr. & patr. mensuel*, n° 240, p. 28 et s., spéc. p. 33.

12) L'article 1928 du Code civil dispose ainsi que « La disposition de l'article précédent doit être appliquée avec plus de rigueur : 1° si le dépositaire s'est offert lui-même pour recevoir le dépôt ; 2° s'il a stipulé un salaire pour la garde du dépôt ; 3° si le dépôt a été fait uniquement pour l'intérêt du dépositaire ; 4° s'il a été convenu expressément que le dépositaire répondrait de toute espèce de faute ».

Or, l'arrêt commenté relance le débat de la qualification du contrat de coffre-fort. En effet, si l'on s'en tient au régime appliqué à l'« obligation de surveillance » du banquier, la solution qu'il retient semble rapprocher le contrat de coffre-fort du dépôt. Les juges du fond avaient admis que « le contrat de mise à disposition d'un coffre-fort par une banque imposant seulement à celle-ci une obligation de surveillance et de garde et non une obligation de garantie, la responsabilité de la banque est fondée sur sa faute, qu'il incombe au client d'établir ». Les hauts magistrats retiennent une analyse identique, au moins quant à l'intensité de l'obligation de surveillance. L'« obligation de surveillance », énoncent-ils, impose au banquier d'établir qu'il a accompli « toutes les diligences utiles [pour contrôler l'accès au coffre par un tiers] », au contraire de la jurisprudence antérieure qui visait « les mesures nécessaires pour assurer, sauf impossibilité majeure, la sauvegarde du coffre »¹³. Doit-on retenir, pour autant, que l'obligation de surveillance du banquier n'est que de moyens ? Cela y paraît : si l'expression « mesures nécessaires (...), sauf impossibilité majeure », retenue par la jurisprudence antérieure, laisse comprendre que le banquier voit sa responsabilité engagée sauf à établir un cas de force majeure, la référence aux « diligences utiles » dans l'arrêt commenté fait beaucoup plus penser à une obligation de moyens. Et si la censure de l'arrêt d'appel est prononcée, c'est au visa de l'article 1315 du Code civil : en faisant peser la preuve du manquement au devoir de surveillance sur la demanderesse, et non sur le débiteur de l'obligation, la cour d'appel a ici « inversé la charge de la preuve »... Autrement dit, l'obligation de surveillance serait bien une obligation de moyens, une obligation de moyens renforcée, comme on l'admet dans le cadre du dépôt¹⁴.

Mais la prudence, en réalité, impose de pousser l'examen plus loin. Faut-il considérer que dans le cadre du contrat de coffre-fort, la faute du banquier est présumée systématiquement dès lors que le client établit la réalité de son préjudice et un lien entre celui-ci et l'inexécution du contrat ? Une réponse négative doit être retenue. La référence à l'« obligation de surveillance » du banquier est ici trompeuse, car celle-ci se dédouble¹⁵. Une lecture plus attentive de la jurisprudence impose de tenir compte de ce à quoi la surveillance se rapporte, pour s'assurer du régime applicable à la responsabilité qui

13) Cass. com., 29 oct. 1952, préc.

14) V. les arrêts cités *supra*, note 10 – V. égal. Huet J., Decocq G., Grimaldi C. et Lécuyer H., *op. cit.*, n° 33147, et les arrêts cités.

15) Collart-Dutilleul F. et Delebecque P., *op. cit.*, n° 814 ; Bonneau T., *op. cit.*, n° 969.

en sanctionne l'inexécution. Cette surveillance contraint d'abord le banquier à assurer la sécurité du coffre et de son contenu, ce qui recouvre notamment le cas du vol, de l'incendie ou de l'inondation. Cela implique de prendre des mesures positives (gardiennage, codes, verrouillages, alarmes diverses, isolation) propres à éviter toute atteinte au coffre et à son contenu. Et dans ce cas, la jurisprudence retient que la banque n'est exonérée que si le préjudice résulte d'un cas de force majeure, d'ailleurs appréciée restrictivement¹⁶. D'un autre côté, la banque doit opérer un contrôle de l'accès au coffre, en vérifiant l'identité de celui qui s'y rend, ou s'il s'agit d'un tiers, son mandat éventuel. Dans une formule proche de celle retenue dans l'arrêt commenté, la Cour de cassation a pu retenir que le banquier a le « devoir de vérifier si celui qui se présente, fut-il muni de la clé du coffre, est habilité à y avoir accès »¹⁷. Et la jurisprudence retient qu'il s'agit d'une obligation de moyens¹⁸.

La distinction des deux faces de l'obligation de surveillance n'est pas toujours aisée¹⁹. Cependant, en se référant à l'« obligation de surveillance qui lui impose d'établir qu'elle a accompli toutes les diligences utiles pour en contrôler l'accès par un tiers », la Cour de cassation a toutefois vraisemblablement visé ce second devoir. Ceci explique qu'ait également été discutée, en l'espèce, la question de l'existence d'une procuration au bénéfice du tiers ayant eu accès au coffre. Quoi qu'il en soit, on sait dorénavant qu'elle y voit une obligation de moyens renforcée.

Mais alors, la question de la nature du contrat de coffre-fort rebondit ! Plutôt qu'un dépôt ou une location, n'est-il pas plus juste, au regard de la diversité des devoirs incombant au banquier, soumis tantôt au régime des obligations de moyens, tantôt au régime des obligations de résultat, de voir dans le contrat de coffre-fort un contrat de garde²⁰ ? Ne serait-ce que, comme le soulignait Carbonnier, pour « souligner que les engagements y sont plus actifs [que dans

le dépôt], dépassant une conception purement défensive » de la conservation²¹ ?

II. L'accès au coffre-fort par un tiers

S'agissant de l'accès au coffre-fort, pour une autre personne que celle qui dispose du coffre, il implique l'existence d'un pouvoir, qui résulte d'une procuration, c'est-à-dire d'un mandat. L'ouverture du coffre-fort par un tiers est une opération fréquente, par exemple en présence du notaire, lorsque l'on procède aux inventaires avant les opérations de liquidation et partage des successions. Tenues d'une obligation de moyens quant au contrôle de l'accès au coffre, les banques, en pratique, se montrent tantôt peu exigeantes dans leurs vérifications et la production de pièces justificatives, tantôt plus tatillonnes, demandant des justificatifs de l'identité et de la qualité de toutes les personnes présentes dans la salle des coffres. Lorsqu'un héritier du titulaire du coffre donne mandat à un tiers ou un cohéritier, et qu'un doute – fondé ou non – sur la capacité de l'héritier-mandant leur apparaît, il peut également arriver qu'elles imposent la production d'un mandat authentique plutôt qu'un mandat sous seing privé.

Ici, le mandat dont l'existence était discutée était un mandat consenti de son vivant par le détenteur du coffre. Bien évidemment, ce mandat s'est éteint au décès du mandant (C. civ., art. 2003), mais c'est son existence antérieurement au décès qui importait. Sur la question de l'existence du mandat, l'arrêt n'appelle que de rapides remarques.

On peut relever que la Cour de cassation invoque l'article 1984 du Code civil, dont l'alinéa 2 dispose que « Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire ». La formule s'explique à raison de la charge particulière qui caractérise l'engagement du mandataire. Archétype du « contrat d'ami », le mandat était, en 1804, souvent gratuit (comme le dispose l'article 1986 du Code civil) : *ab initio*, il ne génère dans ce cas des obligations qu'à l'égard du mandataire²². Ce contrat, *a priori* déséquilibré, est toutefois conçu comme un contrat consensuel et n'est subordonné à aucune forme particulière²³. S'agissant de prouver l'« acceptation du mandataire », et donc l'existence du mandat, on distingue selon que le contrat est invoqué

16) Pour l'absence d'un cas de force majeure en cas de *hold up* : Cass. com., 15 janv. 1985, n° 83-12226 - Bull. civ. IV, n° 23.

17) Cass. 1^{re} civ., 15 nov. 1988, n° 86-18970 : Bull. civ. I, n° 318 ; D. 1989, p. 349, note Delebecque P. Rapp. Cass. 1^{re} civ., 12 déc. 1955 : Bull. civ. I, n° 439 ; RTD com. 1956, p. 297, obs. Becqué E. et Cabrillac H.

18) Cass. com., 22 oct. 1991, n° 90-12122.

19) V. par ex., pour la responsabilité d'un banquier ayant manqué à son obligation d'assurer la sécurité du coffre en ouvrant sans vérification de l'identité du titulaire : CA Lyon, 17 nov. 1983 : Juris-Data n° 1983-042979 : Rev. huissiers 1985, p. 66, note Aubert J.-L.

20) Cette qualification semble avoir reçu les faveurs de la jurisprudence : v. Cass. 1^{re} civ., 2 juin 1993, n° 90-21982 : Bull. civ. I, n° 197.

21) Carbonnier J., « Variations sur les petits contrats », in *Flexible Droit*, 10^e éd., 2001, LGDJ, p. 339 et s., spéc. p. 341, note 2.

22) Dans ce cas, les obligations du mandant envers le mandataire ne naissent qu'« après coup, *ex post facto* » : Huet J., Decocq G., Grimaldi C. et Lécuyer H., *op. cit.*, n° 31103.

23) L'article 1985 dispose « [Le] mandat peut être donné par acte authentique ou par acte sous seing privé, même par lettre. Il peut aussi être donné verbalement », ou être tacite.

par les parties ou les tiers. Lorsque le mandat est invoqué par les tiers, la preuve du mandat se fait par tout moyen²⁴. Entre les parties – et à l'égard des tiers qui ont contracté avec le mandataire – est opéré un renvoi au droit commun de la preuve des actes juridiques (C. civ., art. 1985, al. 1^{er}). L'écrit est exigé pour les actes portant sur des intérêts supérieurs à 1 500 euros (C. civ., art. 1341 anc. ; C. civ., art. 1359 nouv., issu de l'ord. du 10 février 2016), et les tempéraments des anciens articles 1347 et 1348 du Code civil s'appliquent – impossibilité morale de se procurer un écrit, commencement de preuve par écrit (C. civ., art. 1360 à 1362 nouv., issus de l'ord. du 10 février 2016). Lorsque le mandat est tacite, l'acceptation du mandataire est déduite de l'exécution du mandat (C. civ., art. 1985, al. 2)²⁵, et celle-ci se prouve librement.

Quoi qu'il en soit, les juges du fond ont considéré que le fils avait valablement consenti à un mandat donné par son père de son vivant. Mais pour retenir que ce dernier avait accepté la procuration, les juges se sont contentés du seul constat que le fils détenait les clés du coffre. Or, cela n'est pas suffisant : même lorsque les juges se fondent sur des indices et présomptions pour reconstituer l'existence d'un contrat, notamment en cas d'« acceptation tacite », ils induisent la volonté de contracter du comportement du destinataire de l'offre, qui doit alors correspondre tout à fait à l'exécution de la

convention projetée. En l'occurrence, la détention et restitution des clés peuvent bien s'expliquer par l'existence d'un mandat : les clés peuvent avoir été confiées volontairement par le père. Il est vrai que l'on ne confie pas un bien à autrui uniquement pour qu'il vous soit restitué²⁶... Mais les intentions ne sont pas claires pour autant : peut-on exclure, par exemple, que les clés aient été confiées par le père en dépôt chez son fils, s'il ne souhaitait pas qu'elles demeurent chez lui ? Il n'est d'ailleurs pas certain que cette détention ait vraiment été consentie par le père. On comprend dès lors que, pour la Cour de cassation, la restitution des clés ne suffit pas, en elle-même, à établir l'existence du mandat.

Un tel mandat a dû donner lieu à des agissements caractérisant l'exécution spontanée de sa mission par le mandataire. Celui-ci, prenant la place du détenteur du coffre, a certainement cherché à accéder au coffre : l'exécution d'un tel mandat et son existence n'aurait pas dû échapper au banquier diligent. En effet, le client ne peut parvenir au coffre qu'avec son concours... Partant, et même s'il n'a pas d'obligation de dresser registre des accès au coffre, l'impossibilité de prouver l'existence du mandat par la banque autrement qu'au moyen de la remise des clés interroge, semble-t-il à juste titre, sur l'accomplissement des obligations qui lui incombent en vertu du contrat de coffre-fort !

24) Cass. com., 5 mars 1969 : Bull. civ. IV, n° 87.

25) Cass. 1^{er} civ., 24 nov. 1976, n° 75-11696 : Bull. civ. I, n° 368.

26) Sériaux A., *op. cit.*, n° 93, p. 224, note 2.



Ventes publiques

ART D'EXTRÊME-ORIENT

L'âme indochinoise ^{117p9}

L'une des images que l'on retient du Viêt-Nam est celle d'un enfant coiffé du chapeau conique en paille de riz juché sur un buffle. Une aquarelle (57,4 x 40,5 cm) sur ce thème, par Stéphane Magnard, a été adjugée 380 €, à Drouot, le 23 mai dernier par la SVV Artvalorem assistée par Christophe Lefumeux. « La perle de l'Empire » ne cesse de nous hanter. Notre histoire commune a duré trois siècles. De quoi lier des liens », rapporte Philippe Hédouy dans son *Histoire de l'Indochine, la perle de l'Empire, 1624-1954*, paru en 1998. « Cette histoire de l'Indochine est aussi celle de la France. De ses hésitations, ses engouements, ses lâchetés et sa vaillance. Car si le commerce, la religion et la politique ont présidé aux conquêtes, aux guerres et aux alliances pacifiques, le résultat a dépassé dans nos esprits et dans celui des habitants de cette lointaine contrée, la simple relation de deux peuples contraints de se rencontrer », poursuit-il. À telle enseigne que le Viêt-Nam, aujourd'hui plus de cinquante ans après notre départ, est l'une des destinations préférées des Français. La vacation organisée par Artvalorem renoue avec celles organisées de 1995 à 1999 par Jean-François Hubert avec M^e Binoche d'abord puis avec M^{es} Pecheteau-Badin, Godeau, Leroy. Près de quatre cents lots ont permis de redresser un portrait de cette région dont on ne parvient pas tout à fait à perdre le souvenir.



©DR
La rue de Canton à Cholon, Saïgon (h/t, 27 x 35 cm) par Maurice Menardeau, a été vendue 1 500 €.

Les récits de voyage illustrés sont là pour nous conforter. Citons par exemple *En Indochine*, par Robert Chauvelot, imprimé à Grenoble en 1931, illustré par 218 héliogravures et 14 aquarelles à pleine page par Marius Hubert-Robert, adjugé 300 €. Des carnets de cartes postales, adjugés 40 €, *Chemin de fer de l'Indochine réseau Sud* (12 cartes, édité par Nadal à Saïgon) et *Promenade à travers l'Exposition coloniale*, Paris, 1931 (24 cartes) ne sont pas, comme l'indique le catalogue, de la propagande, mais une réalité. Pourquoi les nombreuses affiches et publicités ne sont-elles pas qualifiées de réclames ? La plus impressionnante est sans doute celle qui marque « la journée du 75 » de la « Fête nationale du 14 juillet dans la ville de Hanoï » (65 x 100 cm), dessinée par Gustave Martinien Salgé. Cette journée avait été organisée par le Touring Club de France. Estimée 1 200 à 1 500 €, elle n'a malheureusement pas trouvé preneur. Au contraire des lithographies de Le Pho, adjugées entre 350 et 550 €. Cet artiste, né le 2 août 1907 à Hadong au nord du Viêt-Nam dans une famille de mandarins, était de formation sino-vietnamienne et française. Il fut l'un des premiers professeurs vietnamiens de l'École des Beaux-Arts d'Hanoï, créée en 1924 par Victor Tardieu (1870-1837).

On ne saurait évoquer l'Indochine sans parler des temples d'Angkor au Cambodge. Un certain J. Ruedolf (XIX^e-XX^e siècles) a laissé

une aquarelle (52,5 x 40,5 cm), représentant la « Route triomphale » à Angkor Thom, adjugée 600 €. Et Cholon (prononcez *cholem*), le quartier chinois de Saïgon par lequel passaient et passent encore tout le commerce et les trafics en tout genre ! Maurice Menardeau (1897-1977), un peintre officiel de la Marine, a saisi *La rue de Canton* (h/t, 27 x 35 cm), qui a été vendue 1 500 €. Les peintres ont été nombreux, grâce notamment à l'école des Beaux-Arts d'Hanoï, à s'inspirer de l'Indochine : Georges Barrière, Charles Laurent Lacour, Charles Fouqueray, Joseph Marie Inguimberty... C'est à l'initiative de ce dernier que la technique artisanale de la laque a fait son entrée dans cette école. Pham Quang Hau (1903-1995) fait partie des figures de ce renouveau, soulignent les experts Lynda Trouvé et Christophe Fumeux. Il a réalisé *Un Coucher de soleil flamboyant sur la baie d'Along* (panneau en laque doré à la feuille d'or, 75 x 120 cm), qui a été vendu 75 000 €. L'art de vivre enfin, en Indochine, passe par les « bleus de Hué », ces porcelaines fabriquées en Chine à Jingdezhen, mais commandées par la cour durant la dynastie Nguyen (1802-1945). La finesse des plats et des bols traduit l'âme vietnamienne faite d'élégance. Plusieurs lots ont été adjugés entre 220 et 800 €.

Bertrand Galimard Flavigny

LA COTE DU JOUR

Vlaminck et Marin-Marie

Le pont de Médan par Maurice de Vlaminck (1876-1958) a été adjugé 162 500 €, à Drouot, le 1^{er} juin dernier par AuctionArt Rémy Le Fur & Associés, assisté par Antoine Cahen. *Le Quatre-mâts barque passant le Cap Horn*, par Marin-Marie (1901-1987), aquarelle et gouache, a été emporté à 56 250 €. *Femme nue debout*, un dessin à l'encre signé de Sanyu (1901-1966), fut adjugé 13 750 €.

Deux tapisseries de Beauvais

Deux tapisseries – en laine et soie – de la tenture des Grotesques *Le bouquet au paon* et *Le musicien et la danseuse au tambourin*, d'après Jean-Baptiste Monnoyer (1636-1699), inspirées de Jean Berain (1640-1711), dessinateur de la chambre et du cabinet du roi, ont été adjugées 112 680 €, à Drouot, le 1^{er} juin dernier par la SVV Thierry de Maigret. À fond tabac d'Espagne, dit aussi « feuille morte » ou « fond jaune », et agrémentées d'une bordure « aux chinois », elles proviennent de la manufacture royale de Beauvais.

Une toile marouflée sur carton dit *Portrait d'homme à l'habit bleu* par l'école espagnole du XVIII^e siècle, s'est envolée à 38 812 €. On a donné 38 812 € pour une pendule lyre d'époque Louis XVI « à quantièmes perpétuels » en bronze ciselé et doré et marbre blanc de Carrare. À cadran annulaire marqué « à Paris », elle indique les heures et les quantièmes en chiffres romains, tandis qu'elle présente les mois et les jours de l'année en chiffres arabes.

LE LIVRE DU JOUR

Abattoirs de Chicago

L'image des immenses troupeaux de bovins conduits à travers les plaines de l'Ouest américain par des cow-boys galopant sur leur monture a illustré bon nombre de films. Ces westerns tournés pour magnifier la conquête et la force du Nouveau monde masquaient une réalité à laquelle les spectateurs ne songeaient pas. Il fallait bien nourrir l'Amérique.

Jacques Damade s'est intéressé aux abattoirs de Chicago, une ville devenue le symbole d'une réussite industrielle. Les tintinophiles se souviennent que le jeune reporter du Petit Vingtième avait failli être transformé en *corned beef* et n'avait dû son salut qu'à une grève des ouvriers des abattoirs. Plus sérieusement, l'essai de Jacques Damade, sous-titré « *Le monde humain* », met l'accent sur ce qui a été dissimulé, cette organisation du commerce de la viande.

Cincinnati, sur le fleuve Ohio, fut le premier centre d'abattage, mais dût s'incliner devant une minuscule bourgade appelée Chicago, *sikaakwa*, en langue algonquienne. Sa position géographique lui permit de devenir un centre ferroviaire important. Le transport des troupeaux s'en trouva facilité, comme celui de la viande. La rapidité et l'évolution de la conservation permit de nourrir encore mieux la côte Ouest.

L'auteur s'appuie sur un chapitre d'un essai de Siegfried Giedion (1888-1968) sur la « Mécanisation et la mort : la viande ». Il en ressort un constat auquel nous n'avions pas songé : la vitalité du Middle West s'est muée en brutalité de l'industrie. L'industrialisation de l'abattage (en 1888 : près de 2 millions de bovins à Chicago contre 184 000 à Paris) a inspiré, par exemple, la chaîne de construction de voitures de Ford. Chicago est ainsi devenu le point névralgique de la réussite du monde industriel.

Qu'en est-il aujourd'hui ? Comme le souligne Jacques Damade, prendre le parti des animaux, c'est prendre celui de l'homme, du moins le restituer. Il s'interroge enfin sur les capacités d'innovation et leur danger.

• *Abattoirs de Chicago, le monde humain*, par Jacques Damade, éd. La Bibliothèque, 88 p., 12 €.

BGF



Côté expertise juridique :
6 recherches documentaires
2 contrats à rédiger

Côté clients :
3 rendez-vous
20 mails à envoyer



Avec le pack Lextenso Droit des personnes et de la famille, simplifiez votre quotidien !

(sauf pour l'organisation de vos week-ends...)

Parce que vos journées sont chargées, Lextenso a développé un pack Droit des personnes et de la famille spécialement adapté à vos besoins d'information juridique. Suivez l'actualité, vérifiez l'état du droit positif ou gagnez en expertise sur un point de droit particulier grâce à un **NOUVEAU fonds incomparable 100% en ligne** :

- L'Essentiel Droit de la famille et des personnes depuis 2009 et les Petites Affiches depuis 1994
- Une bibliothèque d'ouvrages LGDJ en lien avec la matière
- Près de 2 000 000 de décisions de jurisprudence (dont plus de 1 000 000 issues de 36 cours d'appel)

Avec le pack Lextenso Droit des personnes et de la famille, vous allez enfin pouvoir vous concentrer sur l'essentiel :

VOS CLIENTS... ET VOUS !

Côté perso :
réserver des billets de train pour ce week-end



Découvrez gratuitement pendant 8 jours
le Pack Droit des personnes et de la famille
sur www.lextenso.fr



Petites Affiches **LGDJ**

Lextenso

Le Droit à la simplicité