

Du gage avec dépossession, par tierce détention, de la chose d'autrui

Jean-François QUIEVY
Docteur en droit

DOCTRINE

H4999

1 – Il ne fait pas mystère, comme le rappelait encore récemment le juge-commissaire du Tribunal de commerce de Niort dans son ordonnance du 21 avril 2009, « *qu'en cas de concurrence entre le titulaire d'une clause de réserve de propriété sur les stocks et le bénéficiaire d'un gage sur ces mêmes marchandises, le privilège du créancier gagiste l'emporte* » (1). Plongeant ses racines dans l'Ancien Régime (2), cette règle de préséance était déjà évoquée dans l'exposé des motifs du Code civil (3). Bien qu'elle ne fût pas expressément énoncée dans ce Code, pas plus que dans le Code de commerce de 1807, les premiers exégètes et leurs épigones l'enseignèrent sans en disputer outre mesure (4). Sous le Second Empire, la Cour de cassation devait lui donner le sceau formel qui lui manquait (5) et c'est constamment depuis qu'elle en reprend l'énoncé (6). Les juges du fond s'y sont le plus souvent pliés (7) et continuent de le faire. La

doctrine contemporaine prend acte du consensus judiciaire, qu'elle discute peu. Ainsi le gagiste peut-il opposer sa possession au propriétaire qui revendique la marchandise gagée et se prévaloir contre lui du premier alinéa du nouvel article 2276 du Code civil (issu de la loi du 17 juin 2008, ancien article 2279), suivant lequel « *en matière de meubles, possession vaut titre* ». Cette règle vaut, de surcroît, indépendamment de la situation du constituant : qu'il soit *in bonis* (8), en redressement judiciaire (9), l'objet d'une cession (10) ou d'une liquidation judiciaire *stricto sensu* (11), le créancier gagiste a toujours le dernier mot sur celui qui revendique la propriété du bien gagé.

2 – Dès l'origine pourtant, au XIX^{ème} siècle, le principe ne faisait pas pleinement l'unanimité, encore que les opposants fussent rares (12). Ses adeptes eux-mêmes ne s'entendaient pas sur sa portée précise. Pour les uns, l'opposabilité du droit du gagiste au propriétaire est applicable dans toute situation (13) ; pour d'autres elle n'est de rigueur, conformément à l'article 2279, alinéa 2, qu'au cas où la chose n'a pas été achetée auprès de son voleur ou de son « inventeur » (14). Ces derniers auteurs se divisent entre ceux pour qui le verus dominus peut alors revendiquer la chose sans limite de temps et ceux pour lesquels il ne le peut que dans les trois ans de la perte ou du vol (15), sans indemnité pour le gagiste (16). En outre, et surtout, les analyses

(1) Cette ordonnance a été rendue dans les circonstances suivantes. Son acheteur ayant été déclaré en liquidation judiciaire, un vendeur de marchandises livrées avant l'ouverture de la procédure en avait revendiqué la propriété auprès du mandataire judiciaire, sur le fondement d'une clause de réserve de propriété insérée dans ses conditions générales de vente. Pour garantir divers concours financiers, les marchandises avaient été gagées par l'acheteur peu après la vente, au profit de deux créanciers. Les marchandises gagées étaient détenues par un tiers convenu, la société Auxiga. Les gagistes ayant signalé au mandataire judiciaire leur droit autant que leur volonté de ne pas restituer les biens revendiqués, celui-ci avait saisi le juge-commissaire de la liquidation judiciaire pour lui demander de statuer sur la validité du gage et de la réserve de propriété, ainsi que sur le sort de la revendication.

(2) F. Olivier-Martin, Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris, rééd. 1972, t. II, p. 114-115.

(3) § 290, Locré, Lég., XVI, p. 29 et 30, n° 9.

(4) Laurent, Principes de droit civil français, T. XXVIII, Bruylant-Christophe éd. et A. Marescq, n° 440 et 441 ; Delvincourt, Institutes de droit commercial français, T. III, p. 438 ; Valette, Traité des privilèges et des hypothèques, n° 49, p. 53 ; Trop long, Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code civil, Du gage, n° 70 à 72 ; Pont, Explication théorique et pratique du Code Napoléon, T. II, Dehnoite, Paris, p. 1073.

(5) Req., 23 janvier 1860, S., 60, 1, 513.

(6) Cass., 12 mars 1888, S. 1888, 1, p. 261, DP 1888, 1, 101 ; 28 mars 1888, S. 1888, 1, 265, D. 1888, 1, 253 ; 6 juillet 1891, S. 1895, 1, 403, D. 1892, 1, 119 ; 2 mars 1892, S. 1895, 1, 116 ; Cass. civ., 19 juin 1928, DP 1929, 1, 45, S. 1932, 1, 15 ; com., 14 et 28 novembre 1989, Bull. civ. IV, n° 295 et 300, RID. com. 1990, p. 853, obs. P. Boulloc ; 13 février 1990, Bull. civ. IV, n° 45, Defrénois 1990, p. 811, obs. L. Aynès ; 26 septembre 2006, pourvoi n° 05-12.177, JCP, éd. G., 2006, I, 195, n° 16.

(7) Ainsi qu'en témoigne cette noria de décisions, que nous a aimablement transmise Frédéric Trastour, C. Douai, 20 juin 1892, S. 1892, 2, 161, D. 1892, 2, 375 ; C. Grenoble, 24 juin 1893, Auxiga c/ Onic, RG n° 92/3772 ; Trib. gr. inst. Draguignan, 1^{er} décembre 1993, SCEA La Mascaronne c/ Crédit Lyonnais ; C. Rennes, 7 septembre 1991, Davoust c/ Pallas Stern & Auxiga ; Trib. com. Dijon, 11 avril 1995 ; C. Bordeaux (2^e ch.), 22 janvier 2003, SA BSN Distribution Sud Ouest et autres c/ SA OC Sublette, rôle n° 01/02098 ; Trib. com. Nantes, ord., 15 octobre 2003, Duravit c/ Concept Unit, Répertoire libre n° 2952, Monnier & Fils c/ Concept Unit, Répertoire libre n° 2950, Glacisol c/ Concept Unit, Répertoire libre n° 2951 ; Trib. com. Reims (ord.), 25 février 2004, Champagne Bernard Bremont c/ Perardel, n° 71407, Champagne Billécart-Salmon c/ Perardel, n° 71448 ; C. Douai, 14 décembre 2005, Sagess c/ Société Générale & CFPN ; C. Reims (ch. civ., 1^{er} sect.), 19 mai 2008, SA ING Belgique, RG n° 1236/06 et 1268/06 ; 30 juin 2008, SA Champagne Billécart-Salmon, n° 077990.

(8) C. Rennes, 7 septembre 1894, préc.

(9) Trib. com. Nantes (ord.), 15 octobre 2003, préc.

(10) C. Reims (ch. civ., 1^{er} sect.), 19 mai 2008, préc. ; 30 juin 2008, préc. ; Trib. com. Reims (ord.), 25 février 2004, préc.

(11) C'est-à-dire sans qu'il soit procédé à une cession globale de l'entreprise qui, par le passé, se dénouait dans le cadre d'un plan de cession ; C. Bordeaux (2^e ch.), 22 janvier 2003, préc.

(12) Par exemple, Grenier, Des hypothèques, II, 314.

(13) Baudry-Lacantinerie, Précis de droit civil, 8^e éd., T. II, Larose éditeur, 1903, n° 1306, p. 798, qui relève seulement, en théorie, que « la règle ne devrait être appliquée qu'avec le tempérament résultant de l'article 2279, alinéa 2 », ce qui implique, dans sa pensée, que les tribunaux n'en font pas application.

(14) Mourlon, Répétitions écrites sur le Code civil, T. III, 11^e éd., par Demangeat, Garnier-Frères, 1883, n° 1221, p. 553 : « lorsqu'un débiteur affecte à la sûreté de sa dette un chose mobilière qui ne lui appartient pas, le créancier acquiert-il sur elle un droit de gage ? Oui, s'il est de bonne foi, et si la chose n'a été ni volée ni perdue » ; Aubry et Rau, Cours de droit civil français, Marchal, Billard et Cie, 1871, 4^e éd., t. IV, § 432, p. 700 : « il faut, pour pouvoir donner un objet en gage, en être propriétaire (...) ». Toutefois, le créancier qui, de bonne foi, a reçu du débiteur un objet dont celui-ci n'est pas propriétaire, peut, hors les cas de vol ou de perte, en refuser l'extradition au véritable propriétaire ».

(15) Valette, op. cit., n° 49, p. 49 et 59 : « la loi n'ayant point limité son action à un moindre temps, le droit commun lui est applicable ; or, selon le droit commun, les choses volées ou perdues peuvent être revendiquées pendant trois ans, à compter du jour du vol ou de la perte (article 2279) » ; Laurent, op. cit., n° 435.

(16) Parce qu'il n'est pas un « acheteur » au sens de l'ancien article 2280 du Code civil (nouvel article 2277 du Code civil). En doctrine, Thaller et Perceux, Traité élémentaire de droit commercial, T. I, éd. Arthur Rous-

contemporaines n'ont jamais vraiment intégré les mutations que le gage a connues dans son organisation matérielle depuis l'avènement du Code civil. En 1804, l'essence du gage étant de susciter la dépossession du débiteur (ancien article 2076) (17), le bien gagé devait, selon l'opinion commune, être remis entre les mains du créancier nanti. On s'avisa plus tard cependant que c'était tirer trop de conséquence de l'exigence légale : tout ce que la loi voulait, c'est que la chose ne restât pas entre les mains du débiteur (18), pour que chacun fût averti de l'existence du gage (19). Il n'était donc pas indispensable que le créancier fût mis en possession lui-même (20). Cette mise en possession du créancier était du reste souvent pratiquement impossible, faute pour lui de disposer de locaux qui puissent accueillir les marchandises affectées à sa garantie (21). Les parties préférèrent dès lors convenir qu'un tiers s'en chargerait (22). Dès le début du XX^{ème} siècle, les mérites de la tierce détention sont loués, qui accroît le crédit du constituant, parce que ce dernier peut ainsi constituer son bien au profit de plusieurs créanciers successifs (23).

3 – Or, ce qu'il est désormais convenu de dénommer l'« entiercement » n'est plus, à l'orée du XXI^{ème} siècle, ce qu'il était au siècle précédent. De nos jours, le tiers convenu ne détient plus matériellement les marchandises gagées dans ses propres locaux. Les marchandises demeurent dans ceux du constituant, mais leur détention juridique par le tiers convenu est assurée par un entrelacs de conventions nouées entre les parties : prêt à usage des locaux par le constituant au tiers convenu, désignation d'un préposé du constituant pour assurer, sous les instructions du tiers convenu, la surveillance et la substitution autorisée des marchandises, dépôt alternatif des marchandises chez un

logisticien, etc. (24). On mesure ainsi le chemin parcouru : jadis, « le débiteur romain remettait à son créancier un objet que celui-ci conservait chez lui, en lieu sûr, jusqu'au paiement. Le commerçant moderne ne se dépouille de rien, conserve à sa disposition matériel, bien d'équipement, stocks, matières premières, affectés à la garantie du vendeur qui lui a fait crédit, ou de la banque qui a financé l'opération » (25).

4 – Cette évolution implique nécessairement un traitement renouvelé du conflit entre le gagiste et le propriétaire revendiquant. Comment le gagiste, que tous présentent comme un détenteur précaire, peut-il être possesseur des marchandises gagées au sens de l'article 2276 du Code civil, lui-même ou à plus forte raison par l'intermédiaire d'un tiers convenu ? Dans son sens technique, la possession suppose en effet que son auteur accomplisse sur un bien, indépendamment de tout titre, des actes matériels de propriété (*corpus* possessoire), avec la volonté manifestée de se comporter en propriétaire (*animus domini*). Or, les détenteurs précaires sont réputés incapables à exprimer cette intention de propriété, ce dont il suit que le gagiste ne saurait « posséder » le bien gagé. Cette difficulté s'aggrave avec l'entiercement, car la doctrine est mal arrêtée sur le rôle du tiers détenteur, quand elle prend même position (26) : pour les uns, le tiers détient les biens gagés au nom et pour le compte du créancier gagiste (27) ; pour d'autres, il les détient seulement pour son compte (28) ; pour d'autres encore, c'est un dépositaire (29). La référence à l'article 2276 du Code civil n'apparaît pas, dès lors, des plus évidentes.

5 – De surcroît, la question de l'opposabilité du gage a trop souvent, par le passé, dissimulé celle de la validité du gage de la chose d'autrui – les anciens auteurs n'en traitaient même pas ! –, alors que la validité du gage de la chose d'autrui devait s'envisager dans une discussion préliminaire : un contrat ne peut être opposable que s'il est d'abord valable. Il n'est plus possible, dorénavant, de faire l'impasse sur cette interrogation fondamentale. Issu de l'ordonnance du 23 mars 2006, le nouvel article 2335 du Code civil dispose en effet que « le gage

seau, 1931, n° 1088 ; Planhol et Ripert, *Traité de droit civil français*, t. XII, n° 76. In jurisprudence, Cass. civ., 11 mai 1898, S. 1898, I, p. 481, note Tissier.

(17) Le droit réel du gagiste n'était-il pas en droit romain le *jus pignoris*, de *pignus*, qui dérive étymologiquement de *pugnis* (poing), parce que la main sert à réaliser l'appréhension corporelle (Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 8^e éd., t. II, Larose éditeur, 1903, n° 1313, p. 802) ? Ceci permet de comprendre que le droit du gagiste fut protégé en droit romain par une action réelle (quasi servienne) : *Institutio de Justinien*, § 7 De action (IV, 6).

(18) Moulouin, *Cours de droit civil français*, Marchal, Billard et Cie, 1871, 4^e éd., t. IV, n° 1214.

(19) Moulouin, *op. cit.*, n° 1218, p. 552 : « c'est (...) dans un intérêt de publicité, et afin que chacun puisse apprécier le crédit de ceux avec lesquels il traite, que la loi a voulu que l'objet donné ne restât pas en la possession du débiteur ».

(20) Aubry et Rau, *op. cit.*, § 431, p. 699.

(21) Jauffret, *Manuel de droit commercial*, LGDJ, 1957, n° 463, p. 234.

(22) Ce recours à un tiers convenu, qui garde les objets remis en gage pour le créancier, fut entériné par le septième alinéa de l'article 92 du Code de commerce, texte relatif au gage commercial introduit par la loi du 23 mai 1863. Pour certains auteurs, le droit civil, comme le droit commercial, auraient toujours admis ce procédé (G. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, LGDJ, 1948, n° 2323, p. 858).

(23) Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 8^e éd., t. II, Larose éditeur, 1903, n° 1313, p. 802, citant Cass. belg., 3 décembre 1896, D. 1898, 2, 162.

(24) Exemple des conventions mises en place par la société Auxiliaire de Garantie (Auxiga).

(25) Escarra, *Cours de droit commercial*, Sirey, 1952, n° 1051, p. 697.

(26) Par exemple, assez évasif, Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, LGDJ, 1948, n° 2323, p. 858 : « il suffit que la dépossession du débiteur soit apparente, c'est-à-dire que le tiers ne puisse être considéré comme détenant pour le compte du débiteur ».

(27) Escarra, *op. cit.*, n° 1054, p. 698 : « quant au « tiers convenu entre les parties », sa mise en possession doit (...) résulter d'un fait apparent ou d'un titre suffisant pour avertir les tiers qu'il détient le gage au nom et pour le compte du créancier gagiste ».

(28) Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 8^e éd., t. II, Larose éditeur, 1903, n° 1313, p. 802, évoquant « la possession du gage par le créancier gagiste ou par quelqu'un pour son compte ».

(29) Aubry et Rau, *op. cit.*, § 431, p. 699 : « il n'est (...) pas indispensable que le créancier soit lui-même mis en possession de l'objet engagé : les parties peuvent convenir d'un tiers pour en recevoir le dépôt ».

de la chose d'autrui est nul. Il peut donner lieu à des dommages et intérêts lorsque le créancier a ignoré que la chose fût à autrui ». De quelle nullité est-il toutefois question ? À l'argument du revendiquant, excipant de la nullité – pour lui absolue – du gage de la chose d'autrui fulminée par ce texte, le juge-commissaire du Tribunal de commerce de Niort a estimé – sur la foi d'une comparaison entre ses termes et ceux, « identiques », de l'article 1599 du Code civil, relatif à la vente de la chose d'autrui, nulle de nullité relative – qu'« il s'agit (...) d'une nullité relative pour le gage de la chose d'autrui dont seul peut se prévaloir le créancier gagiste et non d'une nullité absolue ». Cette solution paraît étayée, mais on ne peut s'empêcher de se demander pourquoi le gage de la chose d'autrui serait voisin davantage de la vente de la chose d'autrui que de l'hypothèque de la chose d'autrui, nulle de nullité absolue, alors qu'elle participe de la même nature de sûreté réelle : la complexité des difficultés techniques que cette question soulève n'est ainsi qu'effleurée.

6 – Ces règles favorables au gagiste ne dissimuleraient-elles pas, finalement, quelque intention législative ou prétorienne insoupçonnée ? C'est à croire en effet qu'elles ne constituent que le prétexte formel d'une ambition plus économique et sociale, jugée à ce point impérieuse qu'elle imposait de tordre deux notions techniques, l'une tirée du droit des biens, la possession, l'autre du droit des obligations, la nullité. On songe en particulier au soutien du crédit bancaire mobilier, que conforte la prise de gages sur les biens des emprunteurs particuliers ou professionnels⁽³⁰⁾. Il est évident que ce crédit bancaire est favorisé toutes les fois que le gagiste l'emporte sur le vendeur réservataire parce que son contrat n'est que nul de nullité relative et sa situation opposable au revendiquant. Si ce dessein était avéré et fondait à lui seul la prévalence du gagiste, il faudrait qu'il soit légitime ; or, son bien-fondé pourrait être discuté, à l'heure où, d'une part, l'on déplore les méfaits d'une consommation boulimique de crédit et le recours jugé souvent outrancier aux sûretés par les établissements de crédit, et où, d'autre part, sont louées les vertus de la propriété érigée en sûreté. À ce compte, une nullité absolue du gage de la chose d'autrui et l'inopposabilité de cette sûreté au vendeur réservataire consommeraient un retournement de perspective : elles impliqueraient qu'en désaffection, désormais, la protection du crédit mobilier symbolisée par le gagiste ne justifie plus le rabaissement du propriétaire représenté par le vendeur qui livre ses marchandises sous réserve de propriété.

(30) W. Dross, Le singulier destin de l'article 2279 du Code civil, RFD civ. 2006, p. 27 et s., n° 35, qui évoque « l'intérêt légitime du crédit ».

Au vrai, cependant, la précellence du gagiste sur le vendeur réservataire ne s'explique pas tant par un préjugé favorable au crédit mobilier et néfaste à la propriété-sûreté, que n'expriment ni la loi ni les juges, que par les considérations de politique juridique qui soutiennent les solutions techniques employées pour y parvenir. Ainsi, d'une part, l'exclusion de la revendication du gage, bien mobilier corporel, repose-t-elle sur la bienveillance portée par le droit pour la possession des meubles, dont la circulation reste plus fluide, à raison de l'exigence de célérité de leur commerce, et dont les transactions sont moins aisément prouvées que celles des immeubles. Quant à la nullité, d'autre part, l'impératif de sécurité du commerce impose de ne pas priver des contractants du bénéfice de leur convention pour le seul motif qu'elle déplaît à des tiers. En d'autres termes, la solution donnée au conflit du gagiste et du revendiquant est l'aboutissement de règles juridiques mues par leurs fins propres plus que le résultat d'une faveur préconçue accordée au gagiste.

7 – De là, il suit que les difficultés suscitées par ce conflit doivent essentiellement être résolues sur le terrain de la technique des nullités et de la possession mobilière, à l'aune de leurs finalités particulières. Or, il ressort de ce qui précède que tout n'a pas été dit, à cet égard, sur le gage de la chose d'autrui, en particulier par entiercement. Les solutions établies doivent ainsi être réexaminées, ne serait-ce que pour dissiper les objections que soulèvent leurs explications communes. Et ce réexamen doit être mené, dans un ordre chronologique, d'abord sur le terrain de la validité du gage de la chose d'autrui (I), puis, cette étape franchie, sur celui de son opposabilité au revendiquant qui s'en prétend propriétaire (II).

I. LA VALIDITÉ DU GAGE DE LA CHOSE D'AUTRUI

8 – Les rédacteurs du Code civil n'ayant livré aucun indice sur le sort qui attend le contrat de gage de la chose d'autrui, il est revenu aux auteurs de prendre position, parmi les trois solutions *a priori* concevables, pour sa validité pure et simple, sa nullité relative ou sa nullité absolue. Amorcée sous l'empire du Code civil de 1804, cette discussion a d'abord consisté à confronter la proposition d'une validité pure et simple à celle de la nullité relative (A), avant d'opposer, depuis l'entrée en vigueur des nouveaux textes issus de l'ordonnance du 23 mars 2006, la thèse de la nullité relative à celle de la nullité absolue (B).

A – L'alternative ancienne entre validité et nullité relative

9 – Il fut un temps où l'on enseignait que le contrat de gage portant sur la chose d'autrui était parfaitement valable entre le constituant et le gagiste (31). Cette proposition trouvait sa légitimité dans une analogie faite avec le prêt et le dépôt de la chose d'autrui, que les opinions s'accordaient à faire échapper à la nullité, même relative. Comme ces contrats, le gage emporte en effet remise de la détention d'un bien par une partie à l'autre. Or, la loi faisait, en 1804, expressément peser sur le créancier gagiste les obligations de conservation (ancien article 2080 du Code civil) et de restitution (ancien article 2082) qui naissent du dépôt (article 2079). Dans cette vue des choses, le débiteur constituant ne pouvait, pour échapper à son obligation, réclamer au gagiste la restitution du bien gagé aux motifs qu'elle ne lui appartient pas et qu'il veut la rendre au propriétaire. De son côté, le créancier ne pouvait pas, une fois la dette payée, refuser de restituer la chose gagée au débiteur en alléguant qu'elle appartient à autrui, à la manière du dépositaire qui découvre que le déposant n'est pas le véritable propriétaire du dépôt.

Cette opinion, dont on trouve encore des traces – il est vrai moins nettes – dans la doctrine contemporaine (32), pêche néanmoins à deux points de vue : d'abord, il n'est pas avéré en jurisprudence que les contrats « de restitution » tels que le dépôt et le prêt à usage soient valables lorsqu'ils portent sur la chose d'autrui ; ensuite, à supposer que leur validité se confirme, il est des différences notables entre ces contrats et le gage. Ce sont en effet, malgré la lettre des textes qui les régissent (articles 1876 et 1917 du Code civil), des contrats « par nature » gratuits, où dépositaire et emprunteur n'attendent rien de leur cocontractant. Que gagneraient-ils à agir en annulation du contrat ? On pourrait concevoir qu'ils sont par hypothèse irrecevables, comme dépourvus d'intérêt légitime, à la demander au tribunal (33). Le contrat de gage est au contraire non seulement un contrat à titre onéreux, mais un contrat qui fait naître une sûreté réelle, dont l'annulation n'est pas indifférente au

(31) G. Baudry-Lacantinerie, op. cit., n° 1306, p. 798.

(32) M. Cabrillac, *Juris-Classeur* 2000, v. Gage, Régime général du gage commercial, 15 février 2000, n° 20, a contrario : « la seconde condition est la qualité de propriétaire du bien engagé ou de titulaire de la créance engagée. Lorsque cette condition n'est pas remplie, le gage sur créance est nul et ne produit aucun effet ; il n'en va pas de même du gage sur meuble corporel (...) ».

(33) En outre, même lorsque le dépôt est par dérogation onéreux, quand le dépositaire perçoit contractuellement une rémunération (article 1948 du Code civil), celle-ci lui est exclusivement due pour la conservation de la chose, indépendamment de la question de sa propriété, à laquelle le dépositaire doit rester en principe étranger (arg. article 1931, article 1938, alinéa 1^{er} du Code civil) : si le dépositaire a intérêt à agir en recouvrement de cette somme, le paiement de sa créance ne justifie pas son intérêt légitime à réclamer l'annulation du dépôt ; il ne peut qu'avertir le véritable propriétaire et, à défaut pour celui-ci de la réclamer, il doit se contenter de la restituer au déposant (article 1938, alinéa 2 du Code civil).

gagiste : ce dernier a accordé un crédit parce qu'il pouvait se garantir sur un bien mobilier de son débiteur et exercer les prérogatives afférentes que sont le droit de préférence sur le prix de vente du bien préalablement saisi et son attribution judiciaire ; ces prérogatives seraient neutralisées s'il s'avérait que le constituant, en l'espèce l'acheteur sous réserve de propriété, n'en est pas propriétaire (saisie nulle, attribution judiciaire refusée). Aussi le gagiste a-t-il intérêt à pouvoir en demander l'annulation, ne serait-ce que pour proposer au constituant de lui consentir une nouvelle sûreté équivalente, si l'annulation du contrat du gage se répercute sur le contrat de crédit principal (34), plutôt que de lui réclamer le remboursement immédiat que cette dernière annulation implique.

10 – Au XX^{ème} siècle, fut donc acquise l'idée suivant laquelle ce gage s'exposait à la nullité. Nul n'ayant soutenu en doctrine, sous l'empire des textes anciens, son caractère absolu, on enseigne aujourd'hui que la thèse « classique » fut qu'elle était relative (35). Au vrai, cette position n'a jamais été retenue par la Cour de cassation, pas même dans ses décisions relatives à l'opposabilité par le gagiste de sa possession au vendeur réservataire (36) : la nullité relative n'est retenue que dans un arrêt de la Cour de Paris datant de la fin des années 1980 (37). Et encore cette décision est-elle bien laconique, qui se contente, sans précision, de déclarer que « la nullité résultant de ce que le gage n'a pas été consenti par le véritable propriétaire du bien est une nullité relative ». Quoiqu'il en soit, ces deux options ne sont pas si éloignées l'une de l'autre qu'elles n'y paraissent au premier abord : toutes deux sont éminemment favorables au créancier gagiste. Que son gage soit valable ou nul de nullité relative, jamais le gagiste ne se trouve confronté contre son gré à l'annulation de sa sûreté. La lecture aujourd'hui faite du nouvel article 2335 du Code civil introduit par l'ordonnance du 23 mars 2006 change à cet égard la perspective, qui fait osciller la balance, cette fois-ci, entre la nullité relative et la nullité absolue (38).

(34) Notamment dans l'hypothèse où l'annulation du gage est érigée en condition résolutoire du contrat de prêt, ou inversement la validité du gage érigée en condition suspensive de ce contrat.

(35) P. Simler et P. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Précis Dalloz, 5^{ème} éd., 2009, n° 613.

(36) Cass., 12 mars 1888, préc. ; 28 mars 1888, préc. ; 6 juillet 1891, préc. ; 2 mars 1892, préc. ; Cass. civ., 19 juin 1928, préc. ; Cass. com., 14 et 28 novembre 1889, préc. ; 13 février 1990, préc. ; 28 septembre 2006, préc.

(37) C. Paris, 2 octobre 1987, Banque 1987, p. 1208, obs. Rives-Lange.

(38) P. Simler et P. Delebecque, op. cit., *ibid.* : « Le nouvel article 2335 du Code civil est venu compliquer la solution en affirmant d'une manière péremptoire que le gage de la chose d'autrui « est nul » et « peut donner lieu à des dommages-intérêts » lorsque le créancier a ignoré que la chose appartenait à autrui. Cette précision légale n'est pas très heureuse : elle ouvre une controverse dont on aurait pu se passer ».

B – L'alternative moderne entre nullités absolue et relative

11 – En disposant péremptoirement que le gage de la chose d'autrui « est nul », le nouvel article 2335 du Code civil semble impliquer que cette sûreté est, pour la défense de l'ordre public, de nul effet à l'égard des autres créanciers, en d'autres termes frappée de nullité absolue (39). L'emploi de l'indicatif dans le texte pourrait en constituer l'indice révélateur, comme c'est le cas en matière de condition purement potestative (article 1172 du Code civil) ou de transaction faite sur pièces reconnues fausses (article 2055) (40). On ne peut néanmoins se satisfaire d'un tel argument grammatical. La volonté du législateur de voir sanctionner l'inobservation de son commandement à la demande de tout intéressé ne saurait se déduire du seul emploi d'un temps donné : ainsi la nullité du contrat d'assurance pour réticence ou fausse déclaration intentionnelle n'est-elle que relative, bien que présentée sous cette forme indicative (article L. 113-8 du Code des assurances).

12 – L'argument juridique le plus sérieux en faveur de la thèse de la nullité absolue est celui qui se fonde par analogie sur la nullité de l'hypothèque de la chose d'autrui. Il est en effet jugé depuis longtemps par la Cour de cassation – et cette solution ne semble pas devoir être abandonnée car elle a été maintenue sous l'empire de la théorie moderne des nullités (41) – que l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle de nullité absolue (42), si bien que le propriétaire peut l'invoquer, sauf à ce que la théorie de l'apparence s'y oppose (43). Or, l'hypothèque est, comme le gage, une sûreté réelle, conférant un droit réel accessoire, à ceci près qu'elle ne s'accompagne jamais de la possession du bien et qu'elle porte sur un immeuble et non un meuble. Elle n'en confère pas moins le même droit de préférence sur la valeur de son assiette, celle du prix de sa vente forcée. Si « la qualité actuelle de propriétaire est un élément essentiel de l'hypothèque », qui la prive d'objet (44), pourquoi en irait-il différemment du gage ?

(39) M.-N. Jobard-Bachelier, M. Bourassin et V. Brémond, *Droit des sûretés et de la publicité foncière*, Sirey collection, n° 1657.

(40) Auquel cas la transaction est nulle pour défaut de cause (Cass. req., 14 avril 1877, DP 1878, 1, p. 298), en d'autres termes, selon l'opinion dominante, de nullité absolue.

(41) La nullité absolue justifie en effet, en un temps où cette théorie moderne s'était déjà pleinement substituée à la théorie classique des nullités, la solution rendue par la Cour de cassation dans une affaire de responsabilité d'un notaire envers les cohéritiers du constituant ayant consenti une hypothèque sur un immeuble de la succession (Cass. 1^{re} civ., 15 novembre 1989, pourvoi n° 87-19.699, RD imm. 1990, p. 233, obs. P. Simler et P. Delebecque) : cette responsabilité du notaire n'aurait pu être engagée si la nullité ne pouvait pas être invoquée par tout intéressé, en particulier par les co-héritiers du constituant. La théorie moderne des nullités série les cas de nullités selon l'intérêt que le demandeur présente à s'en prévaloir et non, comme autrefois, selon le degré de gravité qu'elles induisent sur la « santé » du contrat comparé à un organisme.

(42) Cass. civ., 24 mai 1892, veuve Donandy, DP 1892, 1, p. 327.

(43) Cass. 3^e civ., 9 juillet 2003, Bull. civ. III, n° 159, Banque et Droit, n° 93, janvier-février 2004, p. 45 et s., obs. M. Storek.

(44) P. Simler et P. Delebecque, *op. cit.*, n° 399.

En vérité, le caractère absolu de la nullité de l'hypothèque sur la chose d'autrui puise sa genèse dans deux préoccupations propres à cette sûreté. En premier lieu, les tribunaux ont probablement pressenti qu'à refuser cette sanction, on risquait, sans que la défense du crédit immobilier ne légitime un tel désagrément, de contraindre le véritable propriétaire qui revendique son bien avec succès (45) à le récupérer grevé d'une charge hypothécaire (article 2461), à laquelle il est étranger et qui peut conduire à le dépouiller d'un toit (article 2464). De pouvoir annuler le contrat d'hypothèque le prémunit contre de pareils maux. En second lieu, une nullité relative, qui – en l'absence de fraude – autoriserait la confirmation, conduirait le constituant à valider sa sûreté par l'achat postérieur du bien auprès de son véritable propriétaire (46) : ce qui reviendrait à avoir consenti l'hypothèque d'un bien futur, laquelle est interdite dès lors que le constituant possède suffisamment d'immeubles présents (article 2420 *a contrario* du Code civil, anciennement article 2130, alinéa 1^{er}) (47), sans doute pour protéger de la ruine les débiteurs qui y consentent trop aisément. Or, la situation résultant d'un gage de la chose d'autrui diffère en tous points : d'une part, la protection du *verus dominus* ne s'y impose pas avec la même vigueur, compte tenu de la valeur communément attachée aux biens mobiliers corporels (*res mobilis, res vilis*) et de la nécessité de soutenir le crédit mobilier ; d'autre part, l'interdiction de constituer une sûreté sur un bien à venir n'y est pas de mise (48), sans doute parce que le constituant prodigue en gages n'est pas exposé à un semblable risque d'appauvrissement.

13 – On peut évidemment estimer que « le législateur n'a pas voulu remettre en cause les solutions acquises (...) et que la nullité reste (...) une nullité de protection » (49), donc relative. Les travaux parlementaires ne permettent pas cependant d'en être pleinement assuré. Et nulle réponse ministérielle n'a eu l'occasion pour l'heure de le

(45) Ce qui postule que le constituant n'en ait pas acquis entre-temps la propriété par possession décennale ou trentenaire (article 2272 du Code civil).

(46) Soit, si la confirmation ne pourrait émaner que du constituant, qu'il entende régulariser lui-même l'hypothèque par cette acquisition ; soit, si la confirmation devait provenir du seul créancier, que le constituant procède à cet achat sous sa pression, pour conserver le crédit, dont la validité est souvent, en matière bancaire, subordonnée à celle de la garantie (supra, note 31).

(47) L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés. La publicité foncière*, Defrénois, Lextenso éditions, 3^e éd., n° 667.

(48) Contra, rapport présenté par le Président de la République sous l'ordonnance du 23 mars 2006, qui fait le lien entre l'annulation du gage de la chose d'autrui et le gage de la chose future : « le gage peut porter sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs (article 2333). Il n'est plus un contrat réel dont la validité suppose la remise de la chose mais nécessite en revanche l'établissement d'un édit (article 2336). La chose future ne pourra cependant pas être celle qui n'appartient pas encore au constituant puisque l'article 2335 précise que le gage portant sur la chose d'autrui est nul ».

(49) P. Simler et P. Delebecque, *op. cit.*, n° 399.

confirmer⁽⁵⁰⁾. En réalité, les raisons d'interpréter ainsi l'article 2335 du Code civil sont à la fois théoriques et littérales. D'un point de vue strictement littéral, la rédaction de l'article 2335 du Code civil se rapproche singulièrement de celle de l'article 1599. Or celui-ci déclare que « la vente de la chose d'autrui est nulle : elle peut donner lieu à des dommages-intérêts lorsque l'acheteur a ignoré que la chose fût à autrui », celui-là dispose que « le gage de la chose d'autrui est nul. Il peut donner lieu à des dommages et intérêts lorsque le créancier a ignoré que la chose fût à autrui ». À rédaction identique, analyse identique⁽⁵¹⁾, dira-t-on. Or, la vente de la chose d'autrui, comme du reste son bail⁽⁵²⁾, est nulle de nullité relative⁽⁵³⁾ ; autrement dit, d'une nullité qui ne peut être invoquée que par celui que la loi a voulu protéger, en l'occurrence l'acheteur ou le locataire. Cette argumentation littérale a séduit le juge-commissaire de Niort qui, dans son ordonnance du 21 avril 2009, a sanctionné le gage sur la chose d'autrui par une nullité relative⁽⁵⁴⁾. Plus fondamentalement, le caractère relatif de la nullité constitue certainement le droit commun des contrats conclus sur la chose d'autrui. Il est une donnée en effet commune à tous ces contrats, celle que le destinataire de la remise du bien – l'acheteur, le locataire, le gagiste... – qui apprend qu'il ne lui a pas été remis par le propriétaire commet une erreur, non pas sur les qualités substantielles de la chose, mais sur l'identité (de propriétaire) recherchée de son cocontractant. Or, la sanction de cette méprise est, comme chacun sait, la nullité relative (article 1109 du Code civil). Ce ne sont que des circonstances particulières qui font que la nullité est jugée absolue (hypothèque de la chose d'autrui) ou que le contrat reste valable (prêt et dépôt de la chose d'autrui) : ces circonstances manquent, tout simplement, dans le gage de la chose d'autrui.

14 – Le gagiste est dès lors le seul à pouvoir faire annuler le contrat de gage, s'il s'aperçoit que le constituant n'est pas propriétaire du bien affecté à sa garantie. Les autres créanciers et les organes de la procédure collective ne sont pas habilités à se prévaloir d'une nullité relative qui n'a pas été édictée pour préserver leurs intérêts. Ils ne sauraient se fonder sur le défaut de propriété du constituant pour faire déclarer par le juge que le gage ne produit aucun effet à leur égard. La qualification pro-

posée par le Tribunal de commerce de Niort mérite donc être d'applaudie pour sa rectitude juridique. Il ne faut néanmoins pas masquer que cette solution est tout sauf anodine pour le vendeur sous réserve de propriété qu'elle prive, en l'empêchant de faire annuler le contrat de gage de sa propre chose, de la dernière issue qui l'aurait permis de reprendre son bien : il ne peut en effet la revendiquer, car la possession qu'en a le gagiste lui est jugée opposable.

II. L'OPPOSABILITÉ DU GAGE DE SA CHOSE À AUTRUI

15 – L'impossibilité pour le réservataire de propriété de récupérer sa chose se justifie par le seul fait que le créancier gagiste la possède, ce qui ne va pourtant pas de soi (A). Quant aux conditions de cette préséance, leur examen prend un tour particulier lorsque le bien est possédé par l'intermédiaire d'un tiers convenu (B).

A – La justification de l'opposabilité

16 – C'est parce qu'il possède le bien gagé⁽⁵⁵⁾ que le gagiste peut, dit-on, se réclamer des dispositions de l'article 2276, alinéa 1^{er} du Code civil. Plus précisément, bien que la Cour de cassation ait considéré qu'il pouvait se réclamer de « la présomption édictée » par ce texte⁽⁵⁶⁾, ce n'est pas de l'effet présumptif que se prévaut le gagiste : si tel était le cas, le revendiquant pourrait renverser cette présomption de propriété et prouver que le bien gagé lui appartient ; puisque le revendiquant n'est pas admis par les tribunaux à apporter la preuve contraire, il s'en infère que l'article 2276 est sollicité dans son second effet, qui est de faire acquérir par sa possession la propriété d'un bien mobilier, pour repousser l'action en revendication du prétendu propriétaire. Or, l'emploi en ce sens de cette disposition a de quoi dérouter au premier abord. La possession est une notion juridique qui suppose la réunion de deux éléments : le *corpus* possessoire, emprise qui s'exerce par des actes matériels sur le bien et témoigne que le possesseur se comporte sur lui comme s'il en était le propriétaire⁽⁵⁷⁾ ; et l'*animus domini*, qui révèle l'état d'esprit du propriétaire, de celui qui s'affirme comme tel. Or, les détenteurs précaires, au rang desquels prend place le créancier gagiste, ne sont pas réputés être animés par cet état d'esprit, parce qu'obligation contractuelle leur est faite de restituer la chose à

(50) La réponse ministérielle n° 16191 du 19 avril 2008 (note 67) ne prend position que sur l'opposabilité de la possession du gagiste au vendeur réservataire de propriété.

(51) L. Ayènes et P. Coq, op. cit., n° 501, p. 220. Déjà, en faveur de cette analogie, mais sans vraiment la fonder, Rives-Langes, obs. sous C. Paris, 2 octobre 1987, préc.

(52) Cass. 3^e civ., 23 mai 2002, D. 2003, somm. p. 2017.

(53) Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 1982, D. 1982, IR, p. 510.

(54) Qui est à notre connaissance la première décision qui statue sur le caractère de la nullité du gage de la chose d'autrui, depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 23 mars 2006.

(55) Et non parce qu'il serait possesseur de son droit réel de gagiste (contra, Capitant, note sous Cass. civ., 23 avril 1918, D. 1919, I, p. 33), car cette pseudo-possession ne permettrait pas de comprendre que le gagiste puisse rejeter la revendication du bien dont il n'a pas, dans cette analyse, la possession.

(56) Cass. com., 14 novembre 1989, préc.

(57) Ou à la manière du titulaire d'un droit réel sur la chose d'autrui : usufruitier, usager, preneur emphytéotique, propriétaire de fonds dominant...

son propriétaire. De surcroît, nul ne prétend que par l'effet « acquisitif » de sa possession, le créancier gagiste devient, *erga omnes*, le propriétaire du gage avant même que le constituant n'ait failli à ses obligations. Est-ce à dire que le gagiste avec dépossession ne devrait pas pouvoir se prévaloir de l'article 2276 du Code civil (58), sauf à ce que, pour conserver la solution de la Cour de cassation, soit étendue la protection de ce texte aux détenteurs précaires (59) ?

17 – Ranger le créancier gagiste parmi les mandataires, dépositaires, preneurs et autres emprunteurs à usage, c'est ne pas voir qu'à leur différence, il est en droit de garder définitivement pour lui la chose gagée si le débiteur constituant ne paie pas à l'échéance. Sa « détention » n'est pas si précaire, puisqu'elle peut se pérenniser. Le créancier gagiste a en effet le droit, en vertu de l'article 2347 (ancien article 2078) du Code civil, sitôt le défaut de paiement constaté, de se faire attribuer en justice la propriété du bien gagé, à due concurrence du montant de sa créance. Or, ce droit constitue pour lui une faculté discrétionnaire, un droit absolu, sur lequel le juge ne peut porter aucune appréciation et qu'il ne peut refuser (60), quelle que soit la situation du constituant. L'article L. 642-20-1, alinéa 2 du Code de commerce le confirme, lorsque le débiteur constituant se trouve en liquidation judiciaire *stricto sensu* et, en dépit de ce que l'on en ait dit, l'attribution judiciaire est également susceptible d'être demandée lorsqu'il est en redressement judiciaire. Les juges commissaires ne s'arrêtent pas à l'argument, purement formel, suivant lequel aucune disposition du livre 6 du Code de commerce ne l'autorise dans cette hypothèse à la décider (61), car le silence du législateur vaut renvoi au droit commun, c'est-à-dire à l'article 2347 (ancien article 2078) du Code civil (62). Le jugement d'attribution recèle, dès lors, une nature fondamentalement déclarative. Le juge ne prononce pas l'attribution en propriété du bien gagé, ni encore moins l'autorise – ce qui impliquerait qu'il puisse ne pas la don-

ner (63) : il la constate ; il constate que le créancier gagiste est devenu le propriétaire du bien gagé, parce que le constituant a failli à ses obligations.

18 – Par quoi il s'avère que le créancier gagiste est un propriétaire sous condition suspensive, celle pour le débiteur de ne pas exécuter son obligation à l'échéance : événement futur mais incertain dont la vérification est faite soit par le juge (article 2047 du Code civil), soit par les parties si elles ont stipulé une clause – désormais licite – d'attribution conventionnelle (article 2048 du Code civil). Lorsque cette condition suspensive survient, le créancier gagiste devient propriétaire du bien gagé ; le droit réel accessoire de gagiste se mue en droit de propriété. Cette mutation se fait sans heurt et non par l'effet brutal d'une voie d'exécution (64). Envisagée comme une éventualité dès le départ de la relation, l'attribution opère de plein droit, de sorte que, loin d'être accidentelle et le fruit d'un nouvel accord, pas même lorsqu'elle est « conventionnelle », elle ne peut constituer une dation en paiement (65). C'est donc bien « à titre de propriétaire », non pas actuel – pour l'heure seul le revendiquant l'est –, mais conditionnel, que le créancier gagiste possède la chose gagée jusqu'à cette attribution judiciaire. Ainsi est-il éligible à caractériser le possesseur au sens strict du bien gagé : en plus du *corpus*, il s'en affirme propriétaire sous condition (*animus domini*) (66). Toutefois, puisqu'il n'en est pas encore propriétaire au jour de la revendication, faute d'attribution en propriété consommée, c'est

(58) Contra, P. Ancel, *Droit des sûretés*, Objectifs cours Droit, Litec, 4^e éd., 2006, n° 301 ; A. Lauth, *Cours élémentaire de droit commercial*, Larousse et Pögel, 1883, n° 580-58 ; G. Ripert, *Traité élémentaire de droit commercial*, LGD, 1948, n° 323, p. 859.

(59) Contra, P. Delebecq, *L'attribution du bien, l'originalité du gage commercial*, *Revue de jurisprudence commerciale*, n° spéc. Le gage commercial, 1994, n° 3, p. 125 : « ce régime n'est pas introuvable, si l'on veut bien admettre que cette mesure est une voie d'exécution (...) originale, car elle ne se traduit pas par une saisie et par une vente, mais une voie d'exécution véritable, car elle permet de donner juridiquement satisfaction à un créancier ». À quoi l'on peut répondre que ce qui définit la voie d'exécution, même au sens large du terme, n'est pas la satisfaction qu'elle apporte au créancier – à ce compte, le paiement et la dation en paiement, modes d'extinction satisfaisants d'une obligation, seraient des voies d'exécution – mais de déclencher par une saisie un processus par lequel le prix d'un bien mis désormais sous la main de justice sera réparti entre des créanciers du saisi.

(60) Contra, Mourlon, *op. cit.*, n° 1216, p. 530 : « le droit de faire ordonner en justice que le gage lui demeure en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts (...) est une dation in solutum qui se fait auctoritate judicis (...). Ainsi, le nantissement n'enlève pas au débiteur la propriété de la chose donnée en gage ; Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 8^e éd., t. II, Larose éditeur, 1903, n° 1315, p. 807. La qualification de dation en paiement supposerait que le débiteur constituant consente à s'acquitter de sa dette, volonté indispensable qu'il n'a pas en cas d'attribution, qu'il subit avant tout.

(61) Le parallèle jadis fait entre le gagiste et le bailleur ou l'acheteur de bonne foi est de ce point de vue saisissant : Mourlon, *op. cit.*, n° 1221, p. 533 (« le jus pignoris confère au créancier le droit de revendiquer le gage, soit contre le débiteur, soit contre les tiers, même de bonne foi, lorsqu'il l'a perdu ou qu'il lui a été volé. La loi ne mentionne pas ici ce droit de revendication ; mais il résulte par analogie de l'article 2102, n° 1, qui accorde au locataire, c'est-à-dire à un véritable gagiste, le droit de revendiquer les objets détournés, à son insu, de la maison ou de la ferme qu'ils garnissaient (...). De même que la loi protège l'acheteur qui croit acquérir un droit de propriété, de même elle doit protéger à celui qui a cru acquérir un droit de gage. Ainsi, il peut, comme l'acheteur de bonne foi, invoquer, contre la revendication du propriétaire, la maxime En fait de meubles, la possession vaut titre »).

(58) W. Dross, *op. cit.*, p. 27 et s., n° 35, qui relève néanmoins qu'une telle solution « ne heurte certes pas l'intérêt du commerce, mais (...) bafoue l'intérêt tout aussi légitime du crédit ».

(59) Cette extension ne se justifie toutefois ni par les aspirations du législateur, qui n'a eu en vue que la sécurité des transactions commerciales (Comau, *Introduction, Les personnes, Les biens*, Monchrestien Domat, 11^e éd., n° 1630), c'est-à-dire des opérations onéreuses translatives de propriété, et non des opérations de détention, ni par l'interprétation stricte que ce texte doit recevoir : il déroge en effet à la règle « nemo plus iuris ad alium transfert quam ipse habet » (nul ne peut transférer plus de droits qu'il n'en a), car le possesseur devient propriétaire par la seule possession qu'il a du bien mobilier, alors que celui dont il la tient ne l'était pas.

(60) P. Simler et P. Delebecq, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, *Précis Dalloz*, 5^e éd., 2009, n° 630, p. 548. Le juge-commissaire peut seulement surseoir à statuer dans l'attente du jugement qui tranchera la question de la validité du gage, au regard notamment des nullités de la période suspecte, ou la vérifier lui-même, avant d'attribuer le bien gagé au créancier gagiste (Trib. com. Libourne, 15 novembre 1999, 12 ordonnances Liquidation judiciaire Établissements OC Sublett).

(61) Par exemple, Trib. gr. inst. Draguignan, 1^{er} décembre 1993, préc.

(62) Trib. com. Reims, 9 avril 2004, préc. ; Trib. com. Pontoise, 9 février 1999, Liquidation judiciaire Établissements Plouvin.

moins un effet « acquisitif » de propriété – impossible à cet instant compte tenu du caractère conditionnel de son *animus domini* – que l'effet « répulsif » final, le rejet de l'action en revendication, que déclenche l'opposabilité de sa possession, en prévision de son accession éventuelle à la propriété. Où il apparaît, sous cette réserve, que c'est bien dans le respect des principes de la possession que les tribunaux permettent au gagiste de se prévaloir, dans ses rapports avec le propriétaire actuel, de l'article 2276 du Code civil, pourvu néanmoins qu'il en remplisse les conditions (67).

B – Les conditions de l'opposabilité

19 – Pour se prévaloir de l'adage « *en fait de meubles, possession vaut titre* », le défendeur doit être un gagiste « avec » possession. L'opposabilité du gage au revendiquant n'est pas fondée, en effet, sur la rétention du bien gagé, mais sur sa possession : puisqu'il en est privé par hypothèse, le créancier gagiste sans déposition – d'un bien individualisé ou d'un stock – ne peut exciper de la règle formulée par l'article 2276, pour mettre obstacle à l'action du revendiquant sur la foi de son droit de préférence. En revanche, la règle peut être opposée à tout demandeur qui se présente comme le vrai propriétaire (*verus dominus*), peu chaut qu'il soit un vendeur réservataire ou un mandant du constituant (68), un déposant (69), ou leurs ayants cause à titre particulier. Il est d'ailleurs indifférent que le droit dont le demandeur excipe pour reprendre le bien soit celui d'un plein propriétaire, d'un nu-propriétaire ou d'un « subpropriétaire » (70). Leur revendication doit être rejetée.

20 – Le plus souvent cependant, ce n'est pas le créancier gagiste qui possède directement la marchandise gagée, mais le tiers convenu. On ne saurait affirmer hâtivement que celui-ci « *détient l'objet donné en gage au nom et pour le compte du créancier* », comme la Cour de cassation l'a tantôt déclaré (71) : ce serait prétendre que le tiers convenu est le mandataire du créancier gagiste, dès

(67) Ainsi que le rappelle une réponse ministérielle n° 16191 du 19 avril 2008 : « *en l'état de la jurisprudence, le conflit pouvant opposer le titulaire d'une clause de réserve de propriété sur les stocks et le créancier bénéficiant d'un gage sur les mêmes biens est effectivement tranché en faveur de ce dernier si deux conditions cumulatives sont réunies : le créancier doit être en possession des biens gagés et avoir ignoré, au moment de la constitution de son gage, l'existence de la clause de propriété, sa bonne foi étant présumée en application de l'article 2268 du Code civil. Il ne paraît pas opportun d'obliger les établissements financiers à s'assurer, avant d'accepter un gage, de l'inexistence d'une clause de réserve de propriété sur les biens gagés et à défaut, en cas de conflit, de faire primer le titulaire de la clause de réserve de propriété sur le créancier gagiste. En effet, ces clauses ne font actuellement l'objet d'aucune publicité obligatoire. L'exigence d'une vérification préalable pourrait donc s'avérer difficile à satisfaire pour l'établissement de crédit (...)* ».

(68) C. Douai, 14 décembre 2005, préc.

(69) Cass. com., 26 septembre 2006, préc.

(70) Sur la subpropriété, propriété amputée de toutes les prérogatives du propriétaire et réduite au seul titre de propriété, D.-R. Martin, La propriété, de haut en bas, D. 2007, p. 1977 ; J.-F. Quévy, Anthropologie juridique de la personne morale, LGDJ, 2009, n° 51 et s.

(71) Cass. civ., 3 août 1896, DP 1897, I, p. 209.

lors que ce qui caractérise l'action du mandataire est d'agir au nom et pour le compte du mandant (article 1984 du Code civil). Or, la représentation que fait naître cette action a pour linéament majeur de n'être concevable que pour les actes juridiques, à l'exclusion des faits juridiques, au rang desquels figure la possession. À défaut d'être un véritable mandataire, le tiers convenu n'en est pas moins un tiers détenteur possédant pour autrui au sens de l'article 2255 (ancien article 2228) du Code civil, par les actes matériels duquel le créancier gagiste possède *corpore alieno* la chose gagée (72). Il en va de même si, comme cela se pratique, les marchandises ne sont pas matériellement conservées par le tiers convenu, mais gardées dans le local du constituant que celui-ci prête à usage au tiers convenu, pourvu que celui-ci maîtrise, par des cadenas, l'accès à ce local et que le préposé qui surveille les mouvements de marchandises obéisse exclusivement à ses commandements.

21 – Pour contrer la revendication des tiers, le créancier gagiste ne peut en outre se contenter de prouver sa « possession des biens » par l'intermédiaire du tiers convenu : il doit remplir grâce à celui-ci un certain nombre de conditions qu'il lui échoit de démontrer et que le juge doit contrôler, ainsi que la doctrine et la jurisprudence le répétaient déjà au XIX^{ème} siècle (73). Le créancier gagiste doit fournir la preuve de l'« utilité » de sa possession, en d'autres termes la démonstration qu'elle est « *continue et non interrompue* (74), *paisible, publique, non équivoque* » (article 2261 du Code civil). Ces caractères sont généralement reconnus dans la possession par tierce détention (75). Le

(72) Derechef, les anciens auteurs qui présentaient le tiers convenu comme un dépositaire, détenteur précaire qui « possède » pour le compte d'autrui, avaient mieux perçu la situation : Baudry-Lacantinerie, op. cit., n° 1313, p. 802 (« la faculté de remettre la chose entre les mains d'un tiers, qui accepte de la posséder comme dépositaire, facilite la constitution du gage au profit de plusieurs créanciers soit conjointement, soit successivement, la même personne pouvant posséder au nom de plusieurs intéressés ») ; Aubry et Rau, op. cit., § 431, p. 699 (« il n'est (...) pas indispensable que le créancier soit lui-même mis en possession de l'objet engagé : les parties peuvent convenir d'un tiers pour en recevoir le dépôt »).

(73) Baudry-Lacantinerie, op. cit., n° 1313, p. 802 ; Cass. civ., 29 décembre 1875, D. 1876, I, 219, S. 1876, I, p. 109, pour laquelle il faut « que la mise en possession du créancier soit un fait apparent, d'une notoriété suffisante pour avertir les tiers que le débiteur est dessaisi, et que l'objet engagé ne fait plus partie de son actif libre » ; 19 mars 1878, D. 1879, I, p. 65, S. 1878, I, p. 261.

(74) L'exigence de continuité peut paraître insolite au premier abord, dans la mesure où la prescription acquisitive des meubles est réputée immédiate à leur appréhension. Cependant, d'une part, l'article 2261 qui l'exige est applicable à tous les biens, immobiliers comme mobiliers, et, d'autre part, on conçoit qu'une fois cette preuve de continuité apportée, l'acquisition est censée être advenue, rétroactivement, à l'instant de la préhension.

(75) Les décisions admettent généralement que la possession du créancier gagiste est ostensible, dans le système *Auxiga* (C. Grenoble, 24 juin 1993, préc.), grâce à la détention des marchandises qu'en a le tiers détenteur, un prêt à usage de son local par le constituant au tiers convenu (C. Douai, 14 décembre 2005, préc. ; C. Bordeaux (2^e ch.), 22 janvier 2003, préc.) – quand bien même ce contrat ne serait pas publié (Trib. com. Nantes (ord.), 15 octobre 2003, préc.) –, les certificats de reconnaissance de déposition signés à chaque installation, par exemple, d'une cuve (C. Rennes, 7 septembre 1994, préc.), les contrôles effectués, les pancartes, plaques et scellés apposés sur les cuves, les grilles cadenassées et affichées très visibles qui indiquent l'intervention du tiers détenteur (Trib.

gagiste possesseur doit par ailleurs être de bonne foi, laquelle est, on le sait, présumée (article 2274 du Code civil, anciennement article 2268 du Code civil). Il appartient par conséquent au revendiquant de prouver que le gagiste savait que les marchandises mises en gage ont été livrées sous réserve de propriété et appartiennent au vendeur tant que l'acheteur n'en paie pas le prix. Le gagiste et le tiers détenteur n'ont pas, en effet, l'obligation d'identifier le propriétaire des stocks gagés (76), sans compter que ni la loi ni les usages ne leur imposent l'obligation de vérifier que les marchandises gagées sont grevées ou non d'une clause de réserve de propriété (77). Partant, comme le suggère le juge-commissaire de Niort dans son ordonnance précitée, le gagiste ne peut qu'être de bonne foi si le

com. Nantes, 15 octobre 2003, préc. ; Trib. com. Dijon, 11 avril 1995, Établissements Bach, RG n° 91/012676). Pour la continuité et le caractère non équivoque, C. Douai, 14 décembre 2005, préc. Ce dernier caractère est pleinement satisfait dans le système Ausiga, dans la mesure où le tiers détenteur y exerce, au nom du créancier gagiste, un droit exclusif d'occupation du magasin, et donne des instructions au préposé du constituant.
(76) Cass. com., 26 septembre 2006, préc.
(77) Même arrêt.

constituant lui a certifié, dans la convention de gage, que les marchandises sont libres de tout gage ou engagement antérieur et qu'il en est bien le propriétaire.

22 – À ces conditions, le gagiste possesseur peut opposer sa possession – véritable, même exercée par l'intermédiaire du tiers convenu et de ses agents – au vendeur réservataire revendiquant, sans que celui-ci puisse arguer de la nullité du contrat de gage. Et, comme si cela ne suffisait pas à l'infortune du propriétaire, le gagiste sans dépossession, qui ne peut se prévaloir à son endroit de l'effet « acquisitif » de l'article 2276, peut probablement lui opposer le singulier droit de rétention fictif que lui a reconnu le nouvel article 2286-4^o du Code civil issu de la loi du 4 août 2008. Si, décidément, la propriété est la « *Reine des sûretés* », le crédit mobilier est... son Roi ! Qu'il prenne gare, néanmoins, à ce que ses excès ne conduisent pas à le faire choir de son trône.