

Actualités et perspectives du warrant

ou

(Le warrant. Comment il vécut, comment il est mort.)*

Martin VRANCKEN

Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Liège

« Si nous voulons que tout continue,
il faut que d'abord tout change. »

Tancrède au prince Salina,
« Le Guépard », de Giovanni Tomasi di Lampedusa (1958)

Introduction

1. – Outre le rugby, le polo et le pudding, nous devons aux Britanniques l'invention du warrant. Au XIX^e siècle, la Compagnie des Indes orientales entreposait dans les docks, à Londres, les marchandises expédiées pour son compte. Elle délivrait ensuite à leurs propriétaires deux titres : le *warrant* et la *weight-note* (cédule). Réunis, ces deux documents représentaient la libre disposition des marchandises, à l'exemple du connaissement en droit maritime. Séparés, le *warrant* incarnait le droit de gage sur les marchandises tandis que la *weight-note* figurait un droit de propriété amoindri sur celles-ci. Selon qu'il remettait à son vis-à-vis le warrant et la cédule, ou seulement le warrant, le porteur des documents pouvait respectivement vendre les marchandises ou constituer un gage sur celles-ci, sans qu'il faille les déplacer ou les manipuler¹.

Le warrant a été introduit dans notre droit par une loi du 18 novembre 1862. Le législateur se proposait d'encourager par ce moyen la négociation des marchandises à titre de vente, et de faciliter la création et la

* La présente contribution constitue la version mise à jour au 1^{er} juillet 2013 du travail de fin d'études de deuxième master en droit de l'auteur. Celui-ci tient à exprimer toute sa gratitude au Professeur Frédéric GEORGES, pour les conseils qu'il lui a prodigués tout au long de l'élaboration de ce travail, ainsi qu'à Madame Joëlle PILORGE.

¹ S'il vendait les marchandises, il se contentait de remettre la *weight-note* à l'acquéreur, et ne se délestait auprès de ce dernier du *warrant* qu'après le paiement total du prix.

transmission du droit de nantissement, en vue d'organiser le crédit sur marchandises². Le texte n'a pas subi de modification depuis son adoption, et a donné lieu à peu de jurisprudence. Cette particularité s'explique probablement par la qualité de la réglementation car, loin d'être négligé, le warrant était couramment utilisé dans les opérations de crédit.

2. – Le warrant s'inscrit aujourd'hui parmi les garanties portant sur les stocks. Il est à ce titre emblématique tant des qualités et défauts du régime des sûretés mobilières de droit belge que de ses aspirations.

D'une part, l'étude du warrant lève le voile sur le caractère éclaté et le manque de cohérence du système des sûretés réelles mobilières. Le warrant n'est en effet pas la seule sûreté susceptible de grever des marchandises : le gage commercial, le gage sur fonds de commerce, et la clause de réserve de propriété le peuvent aussi. Or, si l'effet économique de ces sûretés est identique, à savoir garantir au créancier qui en est titulaire le droit d'être préféré aux créanciers ordinaires, leurs régimes juridiques respectifs diffèrent. A titre d'exemple, le constituant du gage n'a pas la libre disposition des marchandises warrantées, tandis que l'exploitant, dans le cadre d'un gage sur fonds de commerce, peut librement disposer de ses stocks, à condition que l'exploitation n'en soit pas considérablement affectée. Pourquoi dénier au dépositaire dans le premier cas ce que l'on accorde à l'exploitant dans le second ? Une telle différence de traitement se justifie-t-elle ? N'est-elle pas de nature à compliquer inutilement le paysage des sûretés réelles mobilières, et à heurter le principe de sécurité juridique ? Ne faudrait-il pas laisser une certaine marge de manœuvre à l'autonomie des volontés pour déterminer certaines modalités du nantissement, plutôt que de la plier à des régimes rigides, et parfois contradictoires ?

D'autre part, le warrant peut être apprécié sous l'angle de sa conformité aux exigences de la vie des affaires. L'on n'ignore pas que l'article 2076 du Code civil suspend la validité du gage à la dépossession du bien nanti entre les mains du créancier ou d'un tiers convenu. Une telle condition est de nature à décourager les individus à recourir au nantissement de leurs stocks. L'introduction du warrant dans notre droit assouplit d'une certaine manière cette exigence, en permettant au débiteur de concéder un gage sur ses stocks sans devoir déplacer ceux-ci. L'on admet même qu'il opère, à certaines conditions, des substitutions au sein du gage. Mais s'il offre aujourd'hui au déposant une certaine latitude dans la disposition des marchandises gagées, le warrant n'autorise cependant pas tout : la dépossession devant être effective en toute hypothèse, le débiteur ne peut désormais plus disposer de ses stocks à son gré. Il nous semble opportun, au XXI^e siècle, de s'interroger sur la pertinence d'une exigence issue des tréfonds de la Rome antique. Ne devrait-on pas permettre aujourd'hui au constituant du gage de disposer de ses stocks, comme on l'admet déjà dans le gage sur fonds de commerce ? Les intérêts du constituant du gage, du créancier gagiste et des tiers ne seraient-ils pas davantage sauvegardés en donnant l'opportunité au premier de faire fructifier son exploitation, et en prévoyant, à la marge, des garde-fous au bénéfice de ses créanciers, comme il en existe déjà – imparfaitement hélas – pour le gage sur fonds de commerce ? Les conceptions contemporaines du warrant et du gage sont-elles encore adaptées – l'ont-elles jamais été ? – aux exigences de la vie des affaires ?

3. – Le présent texte a pour objet l'étude du warrant au sein du système des sûretés réelles mobilières de droit belge. Convaincus que celui-là est révélateur des qualités et des défauts irréductibles de celui-ci, nous nous proposons d'envisager la place qu'occupe actuellement le warrant en droit positif, et de déterminer s'il est encore adapté aux besoins de la pratique. Une réforme du droit belge des sûretés réelles ayant par ailleurs été votée par le Parlement fédéral en ce printemps 2013, il ne serait pas superflu d'émettre des hypothèses relatives à l'avenir du warrant, à la place qu'il tiendrait – ou ne tiendrait pas – au sein d'un nouveau système. Resterait-il pertinent et, le cas échéant, sous quelle forme et selon quelles modalités ?

4. – Notre travail épousera un double axe de réflexion. Tout d'abord, nous procéderons à une présentation détaillée du warrant, que nous situerons par rapport aux autres modes possibles de nantissement des stocks. Nous nous poserons la question de la cohérence du système actuel des sûretés réelles mobilières, et son adéquation à la sécurité juridique (I). L'exigence de dessaisissement dans le cadre du contrat de gage, et singulièrement du warrant, sera ensuite exposée et évaluée à l'aune des aspirations de la vie des affaires. Nous constaterons que les aspirations à un gage sans dépossession se multiplient ces dernières années. Le législateur belge, poussé dans le dos par son homologue français et par la

² Rapport à la Chambre, séance du 29 novembre 1860, session 1860-1861, *Ann. Parlem.*, pp. 960-974.

Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI), est sans doute à la veille d'une réforme de son régime des sûretés réelles mobilières. Dans une telle perspective, nous évoquerons les conditions de possibilité d'un tel gage, et le changement de philosophie allant de pair avec pareille mutation (II).

I. De la nécessité de disposer d'un système de sûretés réelles mobilières soucieux de sécurité juridique

5. – Les marchandises peuvent aujourd'hui faire l'objet de plusieurs sûretés réelles, gouvernées chacune par un régime propre. Une telle situation contrevient aux impératifs de sécurité juridique et de prévisibilité du droit, principes comptant pourtant parmi les soubassements essentiels du droit belge des garanties. Nous allons d'abord nous pencher sur le caractère éclaté du système des sûretés réelles mobilières en droit belge (A), avant d'évoquer la possibilité de créer une nouvelle sûreté mobilière générique (B).

A. Le warrant au sein d'un système éclaté des sûretés réelles mobilières

6. – Nombre d'auteurs ont souligné le rôle indispensable que jouent les sûretés dans l'obtention d'un crédit par un entrepreneur, et, par conséquent, dans le développement de l'économie³. Ces sûretés – le gage, sous ses multiples déclinaisons, en est un exemple – assurent en effet à l'organisme de crédit qu'en cas de concours, il sera préféré aux créanciers chirographaires⁴.

A cette fin, l'entrepreneur peut décider de constituer un gage sur ses stocks, dont il n'a pas l'usage immédiat. Plusieurs figures s'offrent à lui : le gage commercial (loi du 5 mai 1872, insérée dans le Code de commerce), le gage sur fonds de commerce (loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce), ou encore le warrant (loi du 18 novembre 1862 portant institution du système des warrants). Si l'effet économique de ces sûretés est rigoureusement le même, à savoir garantir au créancier qui en est titulaire le droit d'être préféré aux créanciers ordinaires, leurs régimes juridiques respectifs se chevauchent sans jamais correspondre totalement. Leurs conditions de validité respectives diffèrent, ainsi que leurs modes de publicité ou encore leurs procédures de réalisation, de sorte que des problèmes peuvent saillir de la confrontation entre ces différentes figures que le législateur, à défaut d'un système cohérent de sûretés réelles mobilières, n'a pas prévus⁵. En guise d'exemple, la question du concours entre un créancier gagiste

³ E. DIRIX et R. DE CORTE, sous « Economische analyse van zekerheidsrechten », in *Zekerheidsrechten, Beginselen van Belgisch privaatrecht*, XII, Anvers, E. Story-Scientia, 1999, n° 397 ; A. BRUYNEEL, « L'évolution du droit des sûretés, constatations et questions », in *Le droit des sûretés*, Paris, Feduci, 1984, 10-12 ; B. FOËX, « Le rôle de la banque », in X., *La prévention de la défaillance de paiement*, Bruxelles, Larcier, 2000, 285 ; Guide législatif de la CNUDCI, 46.

⁴ Sur le rôle des garanties dans le système du crédit : R. HENRION, « La place des garanties juridiques dans la distribution du crédit », *Rev. Banque*, 1966, n° 5 : « Si la garantie ne rend pas acceptable toutes les demandes de crédit, ces demandes doivent, de toute façon, satisfaire à certains critères d'honorabilité et de compétence du demandeur, et la garantie permettra seulement d'admettre un certain dépassement sur le risque qu'il aurait été prêt à prendre par l'octroi d'un crédit sur notoriété ». Il distingue les garanties qui confèrent un droit sur des biens n'appartenant pas au débiteur (caution, caution réelle), les droits de préférence sur les biens du débiteur et non soumis aux vicissitudes de son activité économique (hypothèque sur immeuble bâti ou non bâti), et enfin les droits de préférence sur les biens du débiteur soumis aux vicissitudes de son activité économique (nantissement du fonds de commerce, de stocks dont la valeur peut fluctuer etc.). Cette dernière catégorie, à laquelle le warrant se rattache, est aléatoire dans ses effets économiques.

⁵ Eric DIRIX relève un autre type de problème pouvant être rencontré en cas de prolifération de différentes sûretés : la position du tiers-acquéreur des biens grevés d'une sûreté. La réponse à la question de savoir s'il bénéficie de la protection de l'article 2279 du Code civil diffère selon que la sûreté est un gage sans dépossession, une clause de réserve de propriété, un gage sur fonds de commerce, une mise en gage d'outillage etc. (E. DIRIX, « La réforme du régime des sûretés en France », in *La réforme du droit privé*

sur fonds de commerce et le porteur d'un warrant émis ultérieurement s'était posée dans un arrêt de la Cour de cassation du 19 novembre 1992. Il paraissait évident que la règle de l'antériorité trouvait à s'appliquer. L'on se demandait néanmoins s'il ne fallait pas déroger à cette règle, dans la mesure où le conflit opposait deux sûretés de nature diamétralement opposée, assujetties à des formalismes de publicité différents⁶. En doctrine, les arguments pleuvaient tantôt en faveur du premier, tantôt en faveur du second, dans un débat dont les enjeux étaient à la fois juridiques et économiques, théoriques et pratiques. Finalement, la Cour a tranché en faveur du titulaire du gage sur fonds de commerce en appliquant – sans surprise – le critère de l'antériorité, mais elle n'a pas apaisé les esprits⁷. Toujours est-il qu'une telle incertitude dessert les opérateurs économiques friands de stabilité et de prévisibilité, et que, dans pareil cas, le système belge des sûretés réelles mobilières y perd en clarté et en sécurité juridique.

7. – En l'état actuel du droit, les marchandises telles que définies par la Cour de cassation dans un arrêt du 24 mai 1895⁸ sont susceptibles de faire l'objet d'un warrant, d'un gage commercial, ou encore d'être comprises dans l'assiette d'un gage sur fonds de commerce (pourvu qu'elles soient expressément mentionnées, et à hauteur de 50 pc maximum de leur valeur, selon l'article 2, alinéa 2, de la loi du 25 octobre 1919).

Une clause de réserve de propriété peut également grever des stocks suite à leur vente, jusqu'au total désintéressement du vendeur ou de l'organisme de crédit subrogé dans les droits de celui-ci, en application de l'article 1251, 1^o, du Code civil⁹. Bien que la réserve de propriété puisse s'inscrire dans le cadre d'une opération de financement, elle ne sera pas analysée à l'occasion de ce travail. En effet, puisque la garantie sur les stocks qu'elle offre est indissociable du contrat de vente qui la sous-tend – il y a identité entre l'affectation du crédit et l'objet de la garantie – elle ne s'inscrit pas dans le schéma que nous nous proposons de prendre comme hypothèse de travail, à savoir celui où un entrepreneur concède sur ses stocks, en faveur d'un organisme de crédit, un gage pour remboursement d'un emprunt ayant financé un achat autre que ceux-ci.

Cette contribution étant spécialement dédiée au warrant, nous allons tout d'abord broser une brève présentation de celui-ci (1) ; nous le comparerons ensuite aux autres sûretés réelles évoquées ci-dessus (2).

1. Le warrant

a. Définitions et généralités

8. – Aux termes de l'article 1^{er}, par. 1^{er}, de la loi du 18 novembre 1862 portant institution des warrants, « le warrant est un titre de commerce délivré en double, par un tiers, à la personne qui prouve avoir la libre

en France : un modèle pour le droit privé européen ?, Bruxelles, Larcier, 2009, 56). Voir également J. LEAVY, « France », in H.C. SIGMAN et E.-M. KIENINGER (éds.), *Cross-Border Security over Tangibles*, Munich, Sellier, 2007, 115-116.

⁶ Voy. en faveur de cette thèse, avant l'arrêt de la Cour de cassation du 19 novembre 1992 : F. T'KINT, « Le conflit entre le créancier gagiste sur fonds de commerce et le porteur de warrant », *J.T.*, 1992, 49-57. Voy. également postérieurement au même arrêt et en défaveur de cette thèse : M. VAN QUICKENBORNE, note sous Cass. (1^{ère} ch.), 19 novembre 1992, *R.C.J.B.*, 1994, 37-72 ; *Pas.*, 1992, I, n° 742, 1286 ; *R.D.C.B.*, 1994, 43 ; A.-M. STRANART et M. GREGOIRE, « La portée des droits du créancier gagiste sur fonds de commerce, en particulier face au créancier gagiste d'un autre type », *R.D.C.*, 1994, 15-35.

⁷ Voy. *infra*.

⁸ Les marchandises sont « toutes choses susceptibles d'être mises dans le commerce » (Cass., 24 mai 1895, *Pas.*, I, 193). Traditionnellement, il s'agit de matières premières, telles que des semences, du charbon, du pétrole ou des grains. Cela peut être aussi des produits finis ou semi-finis, tels que des classeurs ou des réfrigérateurs. Voy. aussi Mons, 6 juin 1990, *J.L.M.B.*, 1991, 1493.

⁹ Hypothèse envisageable dans le cadre du financement de biens professionnels ou de l'acquisition de stocks, qui permet d'éviter la dépossession par le débiteur des biens financés par ce biais. Voir Ch. BIQUET-MATHIEU, F. GEORGES, « Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2007, n° 17.

disposition des marchandises, objet du titre»¹⁰. Le double s'appelle la cédule. En tant que titre représentatif de ces marchandises, le warrant donne au déposant l'opportunité de constituer un gage sur celles-ci, sans déplacement ni manipulation¹¹. Les coûts liés à la manipulation des marchandises sont ainsi édulcorés ; la gestion des stocks est de surcroît assurée par un tiers-dépositaire professionnel (et non le créancier lui-même, comme dans le schéma classique du gage)¹².

Le warrant est transmissible par endossement¹³. Initialement, le législateur se proposait également d'encourager la négociation des marchandises à titre de vente¹⁴. Cette seconde fonction a graduellement été abandonnée par la pratique, ce qui nous donne licence pour écrire que le warrant est une forme de gage commercial¹⁵.

9. – Il requiert, en tant que sûreté, l'intervention de trois personnes : le déposant, le dépositaire de la marchandise (émetteur du warrant), et le créancier du déposant¹⁶. Le propriétaire des stocks (ou plus exactement, celui qui prouve avoir la libre disposition des marchandises¹⁷) remet ceux-ci à un tiers-dépositaire, lequel émet en échange un warrant-cédule. Le warrant exprime le droit de gage sur les marchandises en dépôt¹⁸ (article 4, par. 3), tandis que la cédule (*ceel* en néerlandais) représente le droit de propriété des marchandises grevées du gage (par. 4). Les deux titres réunis représentent la libre disposition des marchandises, c'est-à-dire la pleine propriété de celles-ci (par. 1^{er})¹⁹. L'entrepreneur endosse le warrant à la banque pour garantir le remboursement de son crédit qu'il souscrit. Il est fréquent que le warrant comporte une promesse de paiement par le déposant de la somme mentionnée sur le titre au profit du porteur²⁰.

10. – En principe, l'entrepreneur garde par devers lui la cédule. Toutefois, le dispensateur de crédit exige souvent de se faire remettre les deux titres, afin garantir sa créance de manière optimale²¹. Certains y ont vu un transfert fiduciaire de propriété à titre de garantie²², Dirk VAN GERVEN précisant que si l'on

¹⁰ J. VAN RYN, et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, n° 2588 : toute marchandise détenue par un dépositaire peut donner lieu à la création d'un warrant (Cass., 24 mai 1895, 1^{ère} espèce, *Pas.*, 1895, I, 193). L. FREDERICQ exclut les objets plus ou moins défranchis par l'usage et non susceptibles d'être mis dans le commerce ordinaire (*Traité de droit commercial belge*, II, n° 445 ; *Handboek van handelsrecht*, I, n° 482).

¹¹ J. VAN RYN et J. HEENEN, *op. cit.*, n° 2584, 165.

¹² F. GEORGES, *Garanties de paiement et recouvrement, Notes de cours*, Liège, Editions de l'ULg, 2010, 57.

¹³ Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Manuel de droit commercial*, 3^{ème} éd., Paris, Librairie Cotillon, 1894, n° 463 (consultable sur gallica.bnf.fr).

¹⁴ Sur les trois différentes fonctions du warrant : J. VAN RYN et J. HEENEN, IV, n° 2586, 166.

¹⁵ J. CAEYMAEX, cité par J.-L. LEDOUX, *Les sûretés réelles, Chronique de jurisprudence 1994-2002*, Les dossiers du J.T., Bruxelles, Larcier, 2003, 86 ; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, n° 4 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, 167, n° 2586 : « le warrant joue aujourd'hui uniquement le rôle d'un document représentatif de la marchandise et d'un instrument de crédit, vu que le banquier se fait remettre les deux titres ».

¹⁶ A. DE BLUTS et J.-R. THYS, sous « warrant », *R.P.D.B.*, t. XVII, n° 21.

¹⁷ A. DE BLUTS et J.-R. THYS, *op. cit.*, n° 27.

¹⁸ Le warrant exprime le droit de gage pour sûreté de la première créance (celle du premier endosseur), bien que la loi ne l'exprime pas clairement. Le montant de celle-là est normalement mentionné sur le titre. S'il ne l'est pas, on infère de l'article 7 que le débiteur est supposé n'avoir emprunté qu'une somme égale à la valeur des marchandises, à l'égard du tiers de bonne foi (J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, IV, n° 2587 et n° 2593, sur les actions à la disposition du porteur de la cédule qui, dans ce cas, a du payer plus que le montant de la dette originaire).

¹⁹ C'est dès lors un titre représentatif de la marchandise (J. VAN RYN et J. HEENEN, IV, 167, n° 2587 ; H. DE PAGE, VI, n° 1111).

²⁰ M. GREGOIRE, sous « le warrant », in *Privileges et hypothèques. Commentaire avec aperçu de jurisprudence et de doctrine*, Waterloo, Kluwer, 3 ; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, 3 ; J. VAN RYN et J. HEENEN, IV, 167, n° 2587.

²¹ Sur la liquidation de l'opération en cas de circulation séparée des documents : J. VAN RYN et J. HEENEN, IV, 169, n° 2591. « Le banquier se fait transmettre le warrant et la cédule, qui mentionnent la créance garantie et comportent une promesse de paiement par le déposant au porteur, à l'échéance. Du coup, le warrant devient un effet de commerce transmissible par endossement, garanti par un gage sur les marchandises, et que les banques acceptent d'escompter comme d'autres effets de commerce. L'endossement des deux titres opère cession de la créance et du gage la garantissant ». Le cas a été prévu par le législateur (Rapport de la section centrale de la Chambre, 186-1861, doc. n° 22, 16). En cas de défaut de paiement à l'échéance, le porteur des documents possède les droits prévus par la loi (J. VAN RYN et J. HEENEN, IV, n° 2595).

²² P. VAN OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », in *Les sûretés*, Paris, Feduci, 1984 ; E. DIRIX et R. DE CORTE, *op. cit.*, 540 : « De overdracht van de warrant-ceel aan de kredietverlenende bank, die aldus juridische eigenaar

veut que le détenteur du warrant n'acquière pas les droits d'un propriétaire, il faut le préciser dans le warrant²³. Michèle GREGOIRE quant à elle n'adhère pas à cette assertion, et soutient que le transfert du warrant-cédula a lieu à titre pignoratif si l'intention des parties était de constituer un gage²⁴. A notre sens, nous pouvons déduire du texte de la loi que le législateur a consciemment admis, dans le cas spécifique du warrant, que la propriété puisse être utilisée à des fins de garantie. Ainsi, l'article 4, par. 1^{er}, de la loi portant institution des warrants, dispose que le warrant accompagné de la cédula représente, entre les mains de celui qui a levé les titres ou à l'ordre duquel ils ont été délivrés, la *libre disposition* de la marchandise. Quoi de plus essentiel au droit de propriété que la libre disposition des biens auxquels il a trait ? Le législateur clairvoyant a cependant pressenti les dangers qu'un abus de ce droit par le créancier pouvait faire courir au débiteur en défaut d'honorer ses engagements. Aussi a-t-il encadré l'exercice de ses prérogatives par le créancier, notamment en prévoyant une procédure *ad hoc* de réalisation des marchandises warrantées, sous l'égide du président du tribunal de commerce²⁵, ou encore en rappelant à certaines occurrences que le warrant n'a pas vocation à enrichir le créancier²⁶. Pour ces raisons, nous pensons que la remise au créancier du warrant et de la cédula opère transfert fiduciaire de propriété à titre de garantie, nonobstant l'intention des parties, et moyennant les limitations que la loi portant institutions des warrants prévoit. L'article 544 du Code civil ne définit-il pas la propriété comme le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, *pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements* ?

« En toute hypothèse, écrit Pierre VAN OMMESLAGHE, il est très clair que le porteur du warrant-cédula n'est titulaire des titres représentatifs de la propriété des marchandises qu'à titre de garantie fiduciaire et qu'il rétrocède cette propriété à l'échéance à l'émetteur, pour autant que le montant du crédit consenti soit remboursé »²⁷. En effet, si le débiteur a désintéressé son créancier, le warrant-cédula n'a alors plus lieu d'être, en vertu du principe de l'accessoire²⁸.

11. – En cas de vente partielle des marchandises warrantées, le prêteur délivre des « laisser-suivre » permettant leur délivrance aux acquéreurs, à concurrence de la valeur payée ou des promesses de payer souscrites par ces derniers²⁹.

12. – L'article 7 de la loi de 1862 prévoit que le warrant séparé de la cédula vaut, à l'égard des tiers de bonne foi, titre de gage pour toute la valeur de la marchandise, s'il n'indique pas le montant de la somme dont il garantit le paiement. Par ailleurs, l'organisme de crédit ne prête généralement qu'un pourcentage de la valeur des marchandises, qu'il estime seul à l'aide de factures ou à l'aide d'un expert³⁰. A cette précaution s'ajoute souvent celle d'une clause d'arrosage, grâce à laquelle le créancier, en cas d'amoindrissement de sa garantie, a la faculté d'exiger du débiteur un supplément de gage³¹.

wordt van de koopwaar, beantwoordt aan en fiduciaire overdracht tot zekerheid ». Pour une application : Bruxelles, 19 septembre 2005, *R.A.B.G.*, 2007, 17 et s.

²³ D. VAN GERVEN, « De hoedanigheid van de houder van warrant en ceel », note sous Bruxelles, 19 septembre 2005, *R.A.B.G.*, 2007, n° 9. Voir plus loin pour les incidences possibles d'une qualification du warrant-cédula sous la figure générique de transfert fiduciaire de propriété à titre de garantie, dans le cas d'un conflit opposant un créancier gagiste sur fonds de commerce au porteur d'un warrant.

²⁴ M. GREGOIRE, *op. cit.*, n° 3.

²⁵ Articles 13 et s. de la loi du 18 novembre 1862 portant institution des warrants.

²⁶ Nous trouvons une illustration de ce principe aux articles 8, par. 1^{er}, et 18 de la loi du 18 novembre 1862 portant institution des warrants, dans un cas, il est vrai, de circulation séparée du warrant et de la cédula.

²⁷ P. VAN OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », in *Les sûretés*, Paris, Feduci, 1984, 392.

²⁸ Hypothèse similaire, liée à la liberté de choix du créancier qui n'est pas obligé de réaliser le bien qui fait l'objet de sa garantie (ici les marchandises warrantées), mais qui peut exiger un paiement forcé du débiteur sur tout bien du patrimoine de celui-ci pouvant être saisi, en vertu des articles 7 et 8 de la loi hypothécaire (H. REGHIF, « De tenuitvoerlegging van zakelijke zekerheidsrechten », in X., *Voorrechten en hypotheken, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, Capita Selecta, I, 1-59.

²⁹ I. MOREAU-MARGREVE, « A propos de quelques garanties en vogue », *Rev. not. belge*, 1984, 331.

³⁰ K. RONSE, « Enige beschouwingen bij de warrant », note sous Comm. Namur, 17 mars 1988, *T.B.H.*, 1990, 548-554.

³¹ Lorsqu'elle est activée, une telle faculté pour le créancier cause la constitution d'un *nouveau* gage, ne rétroagissant pas au jour de la constitution du gage initial. I. MOREAU-MARGREVE, « À propos de quelques garanties en vogue », *Rev. not. belge*, 1984, 331 ; Ch. BIQUET-MATHIEU et F. GEORGES, « Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2007, n° 18.

Katelijne RONSE remarque que la valeur des stocks n'étant pas une condition de forme substantielle du warrant, l'émetteur du warrant ne prend pas la responsabilité d'évaluer les marchandises. Elle conclut en observant qu'il participe de la nature du warrant, qui porte sur des marchandises, que celles-ci voient leur valeur déterminée en fonction des lois du marché, et qu'elles puissent ainsi subir des fluctuations³².

13. – Le warrant, par ailleurs, ne peut porter *que* sur des marchandises (article 1^{er})³³. En pratique³⁴, ce sont les sociétés disposant d'un stock significatif, surtout lorsque leur activité présente un caractère saisonnier, qui recourent au warrant (et au gage commercial avec entierement, voy. *infra*)³⁵.

14. – La loi du 18 novembre 1862 impose certaines mentions au warrant, parmi lesquelles l'indication de la créance garantie, son échéance, et l'identification des marchandises. Elles ne sont pas prescrites à peine de nullité. Ainsi, à défaut de la mention du montant de la créance dont le titre garantit le paiement, le warrant vaudra, à l'égard des tiers de bonne foi, gage pour la valeur totale des stocks warrantés (article 7 de la loi du 18 novembre 1862). L'on va même plus loin dans la tolérance à l'égard des titres ne répondant pas au prescrit de l'article 3, par. 4, c'est à dire ne comportant pas l'énonciation de l'espèce des marchandises, de leur poids, de leur quantité : dans un jugement du 28 octobre 1927³⁶, le tribunal de commerce d'Anvers décide que l'étendue et l'objet du contrat de nantissement se déterminent moins par les termes du contrat que par l'étendue du dessaisissement auquel le débiteur s'est soumis. « En d'autres termes, écrit René PIRET, bien que les mentions portées par les titres soient incomplètes, le warrant n'en reste pas moins valable vis-à-vis des tiers ». Il poursuit : « la loi de 1862, semble-t-il, n'impose l'insertion de ces mentions [...] que pour protéger le créancier gagiste contre la dilapidation du gage. Vis-à-vis du porteur du warrant, l'émetteur engage sa responsabilité, au cas où le dépositaire a profité de l'imprécision des mentions (obligation de résultat pour l'émetteur) insérées au warrant pour soustraire une partie de la marchandise warrantée ». Cependant, écrit le Baron Louis FREDERICQ, si le warrant ne permet pas d'identifier les marchandises, il n'est pas valable³⁷.

b. Modalités de la dépossession

1) Bref historique

15. – A l'origine, la Compagnie des Indes orientales gardait les marchandises dans ses grands entrepôts à Londres, et délivrait aux propriétaires un titre permettant la négociation de la marchandise³⁸. L'institution du warrant a été par la suite importée dans certains systèmes juridiques continentaux, avec quelques aménagements : d'abord en France par la loi du 28 mai 1858 sur les magasins généraux³⁹, puis en Belgique par la loi du 18 novembre 1862.

³² L'émetteur du warrant n'est donc aucunement garant d'un prix minimum de vente des marchandises, visant à assurer au créancier son total désintéressement.

³³ L. FREDERICQ, *Handboek*, I, 482 : s'ils portent sur autre chose, nullité (Bruxelles, 10 juillet 1895, *Pas.*, 1895, II, 309).

³⁴ Entretien du 26 mars 2012 auprès de Madame Christine BOURGEOIS, de la S.A. Warrant, à Heverlee.

³⁵ <http://www.warrantgroup.com/publications/flash/warrant-fr-flash-27.pdf>

³⁶ Comm. Anvers, 28 octobre 1927, *B.J.*, 1928, 280, note R. PIRET.

³⁷ Gand, 27 juin, 1931, *Jur. Com. Fl.*, 1931, 147, rapporté par L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, II, n° 448. Nous nous permettons de renvoyer le lecteur à une décision du tribunal de commerce d'Anvers du 28 octobre 1927, qui judicieusement décide que l'étendue et l'objet du warrant sont moins déterminés par le titre que par la dépossession matérielle à laquelle le constituant s'est soumis (Comm. Anvers, 28 octobre 1927, *B.J.*, 1928, 280, note R. PIRET).

³⁸ DE BLUTS, THYS, *op. cit.*, 1. Sur le fonctionnement historique des warrants en droit anglais : D. VAN GERVEN *op. cit.*, 1.

³⁹ Ch. LYON-CAEN et L. RENAULT, *Manuel de droit commercial*, 3^{ème} éd., 1893 ; GACHASSIN-LAFITTE, *Etude sur le pignus en droit romain et sur le gage commercial et les warrants en droit français*, Bordeaux, Imp. Duverdier et cie, 1872, 163 et s. Si en Belgique, quiconque peut émettre des titres de warrant-cédule, en France en revanche, les magasins généraux devaient, du temps de l'existence du warrant, faire l'objet d'une autorisation du gouvernement avant de s'adonner à une telle pratique.

2) Le warrantage à domicile : controverse sur la réalité de la dépossession

16. – De nos jours, seules des sociétés spécialisées émettent des warrants. Ne disposant cependant pas de la surface nécessaire pour entreposer les stocks warrantés, et en vue de réduire les coûts, ces sociétés concluent avec le débiteur un contrat de prêt à usage ou de location portant sur le magasin lui appartenant et où sont déposées les marchandises. On parle dans ce cas de warrantage à domicile (*warrant-aan-huis*). Le plus souvent, la société de warrantage conclut un contrat de mandat avec un employé du déposant pour qu'il lui transmette quotidiennement des informations concernant l'état des stocks. Elle fait de surcroît contrôler régulièrement l'état des stocks par ses propres employés. La réalité de la dépossession peut être discutée dans un tel cas. Selon Michèle GREGOIRE, c'est une question de fait tranchée par le juge⁴⁰. La Cour d'appel d'Anvers a jugé que la dépossession n'est en tout cas pas légalement réalisée lorsque tout un chacun peut accéder aux magasins⁴¹. Par ailleurs, il est admis que la dépossession doit être matériellement effective : une possession juridique exercée par le créancier gagiste ou un tiers convenu ne répond pas au prescrit des articles 2071 et 2076 du Code civil, et de l'article 1^{er} de la loi du 5 mai 1872 sur le gage commercial⁴² (nous reviendrons sur ce point plus loin, lorsque nous discuterons de l'exigence de dessaisissement comme condition de validité du gage).

3) La substitution de marchandises et la continuité du gage

17. – Depuis l'arrêt de la Cour de cassation du 12 novembre 1914, il est en outre admis que le gage est maintenu lorsque les biens gagés sont, avec l'accord du créancier, remplacés par des biens de même nature et d'une valeur équivalente, pourvu que la substitution soit instantanée⁴³. D'après de nombreux auteurs, une telle possibilité repose sur la théorie de la subrogation réelle⁴⁴. Aussi est-il impératif que la substitution s'opère immédiatement en conséquence d'un investissement du produit de la vente des stocks. Selon Dirk VAN GERVEN, il ne faut pas comprendre cela comme l'exigence d'une substitution concomitante ou dans un délai très bref de quelques jours, mais plutôt dans le sens où le produit de la vente doit être utilisé pour acheter de nouvelles marchandises dans le cours normal de l'activité professionnelle.

Werner DERIJCKE critique ce double laxisme consistant à admettre à la fois la conservation des marchandises dans les propres entrepôts du déposant et les substitutions de marchandises⁴⁵. Selon lui, on perd alors de vue que le système des warrants-cédules était appelé à autoriser une grande souplesse dans la circulation des marchandises et qu'en contrepartie, puisque les warrants-cédules pouvaient à tout moment changer de main, il était impératif que les marchandises soient clairement identifiées.

Force est de nous incliner devant cette analyse. Précisons néanmoins que l'impact pratique de cette jurisprudence souple, qui tolère la substitution des biens au sein de l'assiette du gage, est limité. La question ayant trait au caractère représentatif des marchandises, soulevée par Werner DERIJCKE, importe peu dès lors que les organismes de crédit se font remettre à la fois le warrant et la cédule, et qu'ils ne se

⁴⁰ M. GREGOIRE, *op. cit.*, n° 5; S. LOOSVELD, « Goede trouw en buitenbezitstelling bij een warrant als zakelijk zekerheidsrecht: een toepassing van de regels inzake pand », note sous Cass., 26 novembre 2010, *R.A.B.G.*, 2011, 642 et s.

⁴¹ Dans un tel cas, la possession du créancier gagiste est équivoque (Anvers, 14 février 2000, *R.W.*, 2000-2001, 626-628). Voy. aussi Bruxelles, 1^{er} mars 1930, *P.A.*, 1930, 112.

⁴² Ch. BIQUET-MATHIEU et F. GEORGES, « Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2007, n° 17. Comp. Cass. fr. (3^{ème} civ.), 18 décembre 2002, *Bull. civ.*, 2002, III, n° 261, sur la validité de l'antichrèse-bail, avant la réforme des sûretés réelles issue de l'ordonnance 2006-346 du 23 mars 2006.

⁴³ Cass., 12 novembre 1914, *Pas.*, 1915-1916, I, 124, rapporté par J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 152, n° 2568. Voy. également W. VAN GERVEN, « Les garanties portant sur les matières et les produits », *Rev. Banque*, 1966, 165, n° 5; K. RONSE, *op. cit.* 548-554; D. VAN GERVEN, *op. cit.*, n° 6. Dans la pratique, la technique du plancher et de la marge libre permet de rencontrer cette jurisprudence (voy. *infra*).

⁴⁴ E. DIRIX et R. DE CORTE, « Zekerheidsrechten », in *Beginselen van Belgisch Privaatrecht.*, XII, E. Story-Scientia, 1996, 267-268; D. VAN GERVEN, « De hodanigheid van de houder van een warrant en ceel », *R.A.B.G.*, 2007, 23. *Contra*: V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Anvers, Intersentia, 2003, n° 623.

⁴⁵ W. DERIJCKE, « La loi du 18 novembre 1862 portant institution des warrants : la loi hypothécaire des marchandises », obs. sous Mons, 25 octobre 2001, *Rev. dr. comm. belge*, 463-465, spéc. 464.

défont de ces titres qu'exceptionnellement. L'article 7 de la loi du 18 novembre 1862 prévoit que la créance est assurée à hauteur de la valeur indiquée sur le titre ou, à défaut, de la valeur des marchandises à l'égard des tiers de bonne foi. Or les banques ne prêtent qu'un certain pourcentage de la valeur des marchandises⁴⁶. Au sein des stocks, l'on recourt à la technique du plancher (correspondant à la quantité minimale et irréductible de marchandises) et de la marge libre (l'excédent). Dans cette marge libre, des mouvements de stocks sont possibles, sous la supervision du mandataire de la société de warrantage – sans compromettre le gage et mettre en péril les intérêts du créancier⁴⁷.

4) Publicité

18. – Concernant la publicité du warrant, la possession des marchandises par le tiers-dépositaire doit être un fait apparent, d'une notoriété suffisante pour avertir les tiers du dessaisissement du débiteur et de ce que les marchandises ne font plus partie de son actif libre⁴⁸. Dans l'hypothèse d'un warrant à domicile, cela signifie que les marchandises sont entreposées dans un local fermé auquel le débiteur n'a pas accès, et sur lequel sont apposées des plaques mentionnant l'existence du warrant.

c. *Warrant et protection possessoire*

1) Protection par l'article 2279 du Code civil de l'émetteur et du porteur du warrant

19. – La société de warrantage ne peut émettre de warrant qu'à l'adresse de celui qui prouve avoir la libre disposition des marchandises (article 1^{er}, par. 1^{er}, de la loi du 18 novembre 1862). Depuis un arrêt de la Cour de cassation du 12 février 2004, elle bénéficie à ce titre de la protection offerte par l'article 2279 du Code civil, à condition qu'elle soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'elle n'ait eu aucune raison de douter du pouvoir de disposition des biens par le dépositaire⁴⁹. Dans une telle hypothèse, le warrant concédé par un non-proprétaire sera valable. La société de warrantage n'a pas de devoir particulier d'investigation, sauf circonstances spéciales⁵⁰. L'article 2 de la loi prévoit que le droit à la libre disposition s'établit par toutes preuves commerciales (des factures, par exemple).

20. – Dans le cas où le gage a été concédé par un non-proprétaire, et qu'à défaut de bonne foi, la société de warrantage ne peut se ranger derrière l'article 2279 du Code civil (elle aurait par exemple été négligente lors de l'émission du warrant), le porteur du warrant peut tout de même s'en prévaloir, à condition qu'il soit de bonne foi au moment de son entrée en possession du titre. Il est à l'abri de toute action en revendication du *versus dominus*, dont le courroux ne trouvera d'exutoire que dans l'action personnelle qu'il a contre l'émetteur fautif du warrant, aux termes de l'article 21, par. 1^{er}, de la loi du 18

⁴⁶ I. MOREAU-MARGREVE, *op. cit.*, 331.

⁴⁷ D. VAN GERVEN, *op. cit.*, n° 5. Il ne faut pas négliger le fait que la valeur portée sur le titre a valeur indicative (K. RONSE, *op. cit.*, 548-554).

⁴⁸ Bruxelles, 1^{er} mars 1930, *Jur. Port Ann.*, 123.

⁴⁹ Dans l'arrêt du 12 février 2004, la Cour de cassation décide que des marchandises couvertes par une clause de réserve de propriété pouvaient valablement être warrantées, car l'émetteur du warrant bénéficie, dans ce cas, de la libre disposition des biens au sens de la loi et le porteur du warrant, protégé par sa bonne foi, peut se prévaloir de son droit de gage (M.-E. STORME, « De goede trouw vereist om een voorrecht van de commissienair, retentierecht of ander vuispandrecht te verkrijgen ondanks de onbevoegdheid van de pandgever », note sous Cass. 12 février 2004, *R.W.*, 2004-2005, 1179-1183). M. GREGOIRE, *op. cit.*, 62 ; F. T'KINT, *Sûreté*, n° 272, qui cite Cass., 17 octobre 1984, *Pas.*, 1985, I, 244.

⁵⁰ Cass., 26 novembre 2010, *R.D.C.*, 2011, 557. Ainsi, la Cour d'appel de Gand, dans un arrêt du 29 novembre 2000 (*R.W.*, 2000-2001, 1393), a jugé que l'on ne peut imposer à l'émetteur du warrant l'obligation de rechercher les éventuels droits de tiers, mais que dans le cas où il a eu connaissance d'éléments qui sont incompatibles avec la déclaration du constituant du gage (à savoir qu'il est propriétaire des marchandises), il ne peut se prévaloir de sa bonne foi.

novembre 1862, et contre celui qui a constitué le warrant sur les marchandises dont il n'était pas propriétaire⁵¹.

Un raisonnement similaire s'applique lorsqu'un dol a été commis lors de l'émission du warrant. Ce dernier étant un effet de commerce à part entière, transmissible par voie d'endossement, le nouveau détenteur reçoit, lorsqu'il est endossé, non pas la créance du cédant mais bien un droit propre. Aussi quand l'émetteur du warrant transmet le warrant-cédule qu'il a lui-même émis, ce warrant-cédule reçoit un caractère abstrait complet, à moins que le nouveau détenteur n'ait agi de mauvaise foi⁵².

2) Moment de l'appréciation de la bonne foi

21. – La bonne foi est appréciée au moment de la naissance du gage, en ce qui concerne l'émetteur du warrant, et de la réception de l'effet de commerce, en ce qui concerne le créancier gagiste⁵³.

d. Responsabilité de l'émetteur du warrant

22. – Il faut analyser la pratique du warrant comme un contrat de dépôt suivi d'un contrat de nantissement. Les obligations afférant à ces deux types de contrat doivent être soigneusement distinguées.

La loi du 18 novembre 1862 organise un régime de responsabilité de l'émetteur du warrant⁵⁴. D'une part, celui-ci a des obligations en tant qu'émetteur du titre : celle de s'assurer que celui qui a déposé les marchandises et qui demande à lever le warrant a bien la libre disposition de ces marchandises (article 1^{er}, par. 1^{er})⁵⁵ ; il engage en outre sa responsabilité envers les tiers de la régularité du titre (article 21, par. 1^{er}). D'autre part, il a des obligations en tant que dépositaire de la marchandise (article 21, par. 1^{er}) : puisqu'il a l'obligation (de résultat) de restituer, à l'échéance, les marchandises au porteur du warrant-cédule, l'émetteur supporte tous les risques du dépôt, et ne peut s'exonérer de sa responsabilité qu'en apportant la preuve d'une cause étrangère libératoire⁵⁶ (la question de savoir si l'émetteur du warrant peut modaliser sa responsabilité envers le créancier gagiste sera débattue plus loin).

e. Exécution

23. – Le législateur a prévu une procédure spéciale de réalisation des marchandises warrantées relativement rapide (articles 13 et s.)⁵⁷. A défaut de paiement ou de consignation à l'échéance du warrant, le tiers porteur de ce titre peut, dans les vingt-quatre heures de la mise en demeure signifiée à l'emprunteur, et en s'adressant par requête au président du tribunal de commerce, obtenir l'autorisation de faire vendre les marchandises engagées soit publiquement, soit de gré à gré, au choix du président⁵⁸. L'ordonnance du président est susceptible d'opposition endéans les trois jours de sa signification à

⁵¹ Voy. dans ce sens : W. DERIJCKE, « De aansprakelijkheid van de uitgever van een warrant-ccel », note sous Comm. Anvers, 31 mai 1999, *T.B.H.*, 2000.

⁵² W. DERIJCKE, « De aansprakelijkheid van de uitgever van een warrant-ccel », *op. cit.*, 288. Ainsi, le tribunal de commerce d'Anvers a décidé à tort que, la convention de warrantage étant nulle pour cause de dol, le porteur originaire n'aurait aucun droit sur les biens (ce qui est exact), de manière telle que le bénéficiaire de l'endossement ne peut avoir été subrogé dans un tel droit (ce qui est inexact). Cité par J.-L. LEDOUX, *op. cit.*, n° 66. Voir aussi le commentaire de J. CERFONTAINE, *Rev. Banque*, 2000, 284.

⁵³ S. LOOSVELD, *op. cit.*, 645.

⁵⁴ DE BLUTS, THYS, *op. cit.*, n° 34.

⁵⁵ Comm. Bruxelles, 1^{er} novembre 1891, *P.A.*, 1893, II, 60; J. VAN RYN et J. HEENEN, IV, n° 2589, 168.

⁵⁶ Mons, 25 octobre 2001, *R.D.C.B.*, 463.

⁵⁷ D. VAN GERVEN, *op. cit.*, n° 7; J. VAN RYN, IV, n° 2593.

⁵⁸ Article 13 de la loi du 18 novembre 1862 portant institution des warrants.

l'emprunteur, mais elle est exécutoire de plein droit, nonobstant l'exercice d'un recours. Le porteur du warrant doit procéder à la vente dans les trente jours qui suivent la date de la mise en demeure, sous peine de perdre son recours contre les endosseurs (mais pas son privilège sur les marchandises)⁵⁹.

Le législateur s'est du reste inspiré de cette procédure pour établir celle de réalisation du gage commercial, prévue aux articles 4 et suivants de la loi du 5 mai 1872⁶⁰.

f. Contrôle des stocks

24. – Les organismes de crédit comme les sociétés de warrantage procèdent, par l'entremise d'experts, à des évaluations régulières des stocks. L'article 3, par. 5, mentionne au surplus que les marchandises doivent être assurées contre les risques d'incendie ou autres. Généralement, l'organisme prêteur se fait transférer le bénéfice de la police d'assurance. L'article 20 de la loi du 18 novembre 1862 dispose que les porteurs de warrants et de cédules ont et perdent, sur les indemnités d'assurance dues, les mêmes droits et privilèges que sur la marchandise assurée⁶¹.

2. Comparaison avec d'autres modes de nantissement des stocks

25. – L'intérêt de la figure du warrant est de permettre le nantissement de marchandises sans devoir en transférer la possession matérielle au créancier, contrairement au gage traditionnel. Dans le warrant, le dépôt précède en effet le contrat de nantissement⁶². En un sens, le warrant se révèle être, *accidentellement*, un gage sans dessaisissement, puisque celui-ci a déjà eu lieu⁶³.

Le warrant, en tant que titre représentatif de marchandises transmissible par endossement, n'était pas dépourvu d'utilité dans les docks d'un port tel qu'Anvers, ou encore – nous avons déjà eu l'occasion de le mentionner – dans le cadre du négoce mené par la Compagnie des Indes orientales à Londres : les marchandises, que l'on suppose fraîchement débarquées du navire, étaient cédées par leurs propriétaires ; aux acheteurs qui ne payaient pas comptant, ceux-là ne leur transmettaient que la cédule (*weight-note* en droit anglais, *récepissé* en droit français), conservant le warrant en garantie du paiement.

Au regard de sa fonction de sûreté, l'avantage tiré du fait que le warrant soit un titre représentatif des marchandises importe finalement peu. Cette qualité que le titre revêt autorise certes une circulation plus souple, donc accrue, des denrées et des matières premières qu'il représente, à l'instar d'autres titres représentatifs tels que le connaissement ou la lettre de voiture. Mais force est de constater que le warrant n'est plus utilisé dans cette intention. Les organismes de prêt exigeant la remise des deux titres, à savoir et le warrant et la cédule, il en résulte que, dans la pratique bancaire, ils font rarement l'objet d'une transmission ultérieure (malgré le fait que l'on puisse très bien concevoir l'hypothèse d'un prêteur sur warrant qui escompte sa créance auprès d'un organisme bancaire).

Nous remarquons plus haut que les organismes de crédit pouvaient voir leur créance garantie par un gage concédé par le débiteur sur ses stocks, et qu'ils se retrouvaient alors face à un choix entre gage commercial, gage sur fonds de commerce et warrant. Les régimes respectifs de ces trois sûretés différant, nous vous proposons à présent une comparaison entre ces régimes.

⁵⁹ Article 19, par. 4, de la loi du 18 novembre 1862 portant institution des warrants.

⁶⁰ Ch. BIQUET-MATHIEU, *Droit des sûretés – notes de cours*, 2005, 32.

⁶¹ Bruxelles, 19 septembre 2005, R.A.B.G., 2007, 17 et s. L. FREDERICQ, *Handboek van handelsrecht*, I, 490.

⁶² M. GREGOIRE, *op. cit.*, n° 5.

⁶³ R. MORETUS PLANTIN, *Bezittloos pandrecht, Rechtsvergelijkende studie*, Bruxelles, I.C.V.R., 1970, n° 254. Cf. *infra* le cas du warrantage à domicile ou du gage commercial avec entierement, où le tiers dépositaire prend en location le propre magasin du déposant.

a. *Warrant et gage commercial avec entiercement*

1) Conditions de validité et d'opposabilité

26. – Comme le warrant, le gage commercial exige, pour être valable, une dépossession de la marchandise dans les mains du créancier ou d'un tiers convenu (article 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 5 mai 1872)⁶⁴ ; cette dépossession se doit toutefois d'être concomitante à la naissance de la sûreté⁶⁶. On peut par conséquent soutenir que le warrant est une variété du gage commercial, bien qu'il l'ait précédé chronologiquement.

Le gage commercial n'est soumis à *aucune condition de forme* : il naît même sans écrit, lorsqu'il a été établi conformément aux modes admis en matière commerciale pour la vente de choses de même nature⁶⁷. Le warrant requiert en revanche l'émission de deux titres (le warrant et la cédule) avec certaines mentions obligatoires, énumérées à l'article 3 de la loi portant institution des warrants⁶⁸. Aucun des deux gages n'est soumis au formalisme de l'article 2074 du Code civil (article 1^{er} de la loi du 5 mai 1872 ; article 16, par. 2, de la loi du 18 novembre 1862).

La *preuve* de la date du nantissement est apportée par le créancier par toutes voies de droit (article 1^{er} de la loi du 5 mai 1872). Elle est facilitée dans le cas du warrant puisque le titre doit mentionner la date d'émission (article 3, par. 3, de la loi portant institution des warrants)⁶⁹.

Concernant *l'assiette du gage*, tous les biens dans le commerce, tant corporels qu'incorporels, sont susceptibles d'être nantis sous l'empire de la loi du 5 mai 1872⁷⁰. A contrario, seules des marchandises peuvent faire l'objet d'un warrant (article 1^{er} de la loi du 18 novembre 1862).

Le gage commercial suppose l'implication d'au moins deux personnes : le créancier gagiste et le constituant du gage. Le bien grevé pourra éventuellement être, par la suite, remis entre les mains d'un tiers. Quant au warrant, il nécessite l'intervention de trois protagonistes : le constituant du gage (déposant), l'émetteur du warrant (dépositaire des marchandises), et le porteur du warrant⁷¹.

La *protection possessoire* de l'article 2279 du Code civil est au bénéfice du créancier gagiste classique, de l'émetteur du warrant, et même du porteur ultérieur du titre – pour autant qu'ils soient de bonne foi⁷².

Pour le surplus, nous ne pouvons occulter le fait qu'un gage commercial peut être pensé sur le modèle du warrantage à domicile, en reposant lui aussi sur une conception *atténuée* de l'exigence de dépossession. Dans pareille hypothèse, le créancier gagiste, avec ou sans l'intervention d'un tiers dépositaire, prend en location le magasin de l'exploitant, satisfaisant par ce biais à la condition posée par l'article 1^{er} de la loi du

⁶⁴ Pour la détermination du caractère civil ou commercial du gage, nous renvoyons le lecteur à L. FREDERICQ, *Handboek van Belgisch handelsrecht*, Bruylant, Bruxelles, 1962, 399, n° 461. Le gage étant par nature un contrat accessoire, il suit le sort du contrat principal.

⁶⁵ Sur la légalité de la dépossession du constituant dans le cadre du warrantage à domicile : l'on a pu prétendre que le warrant était un gage sans dépossession, puisque dans le cadre du warrantage à domicile, les marchandises demeurent dans les entrepôts du débiteur gagiste et qu'un employé de celui-ci est mandaté par la société de warrantage pour surveiller les stocks. Dans les faits, la dépossession est bel et bien réalisée : le local peut être à tout moment clos par l'émetteur du warrant, qui est tenu au courant quotidiennement de l'état des stocks et qui dispose de son propre système de fermeture des locaux (voy. *infra*).

⁶⁶ *Quod non* avec le warrant, voir *supra*.

⁶⁷ E. DIRIX, Y. MONTANGIE et H. VANHEES, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Anvers, Intersentia, 8^{ème} éd., 2008, n° 178.

⁶⁸ Les mentions du warrant ne sont pas exigées à peine de nullité (voir *supra*).

⁶⁹ Soulignons à cet égard la responsabilité de l'émetteur du titre concernant la régularité envers les tiers de celui-ci (article 21, par. 1^{er}, de la loi du 18 novembre 1862 portant institution des warrants).

⁷⁰ E. DIRIX, Y. MONTANGIE et H. VANHEES, *op. cit.*, n° 179.

⁷¹ I. MOREAU-MARGREVE, *op. cit.*, 330 ; K. RONSE, *op. cit.*, 548-554.

⁷² Cass., 21 mars 2003, *R.W.*, 2004-2005, 1174 ; Cass., 12 février 2004, *R.W.*, 2004-2005, 1179, note M.-E. STORME ; Anvers, 21 décembre 1993, *R.W.*, 1994-1995, 331.

5 mai 1872 relative au gage commercial⁷³. Il apparaît que la pratique bancaire contemporaine a jeté son dévolu sur ce schéma, délaissant le warrant⁷⁴.

2) Réalisation

27. – Les procédures de réalisation dans le cadre du warrant et du gage commercial sont relativement similaires, le législateur de 1872 s'étant inspiré des règles de la loi portant institution des warrants. De l'avis même d'experts étrangers, ces procédures sont rapides⁷⁵ : à défaut de paiement (ou de consignation) à l'échéance de la créance garantie par le warrant ou le gage, le tiers porteur du warrant ou le créancier gagiste classique peut, dans les vingt-quatre heures de la mise en demeure signifiée à l'emprunteur, et en s'adressant par requête au président du tribunal de commerce, obtenir l'autorisation de faire vendre les marchandises engagées, soit publiquement, soit de gré à gré, au choix du président. Dans le cas du gage commercial, le président ne statuera sur la requête que deux jours francs après qu'elle aura été signifiée au débiteur avec invitation, s'il échet, de faire parvenir au président, dans l'intervalle, ses observations. L'ordonnance du président est susceptible d'opposition endéans les trois jours de sa signification à l'emprunteur, mais est exécutoire de plein droit nonobstant l'exercice d'un recours⁷⁶.

3) Responsabilité

28. – Les régimes de responsabilité pesant sur le dépositaire des marchandises diffèrent-ils selon que la sûreté choisie est un gage classique ou un warrant ? La loi du 18 novembre 1862 organise un régime de responsabilité de l'émetteur du warrant quant au maintien de l'assiette du gage, sans en autoriser, semble-t-il, de modulation contractuelle. Dans son commentaire sous un arrêt rendu par la Cour d'appel de Mons en 2001, Werner DERIJCKE insiste sur la rigueur de l'obligation que la loi met à la charge de l'émetteur du warrant-cédule, sa responsabilité restant entière même s'il fait appel à l'assistance de tiers, quels qu'ils soient, en ce compris le déposant lui-même⁷⁷. Selon la Cour d'appel de Mons, l'obligation pour l'émetteur du warrant, dépositaire, de restituer les marchandises, est une obligation de résultat qui fait peser sur lui une présomption d'inexécution fautive, dont il ne saurait se libérer que par la preuve cumulative d'une cause étrangère et de l'absence de toute faute de sa part⁷⁸. Si l'émetteur du warrant-cédule disposait du pouvoir de limiter contractuellement sa responsabilité, une telle clause n'aurait d'effet qu'à l'égard du

⁷³ W. VAN GERVEN, *op. cit.*, n° 10.

⁷⁴ Ch. BIQUET-MATHIEU, *op. cit.*, 32 ; D. VAN GERVEN, *op. cit.*, n° 4. D'après l'entretien que nous avons eu avec Madame Ch. BOURGEOIS, de la S.A. Warrant, il semblerait que de nos jours, plus personne n'utilise la figure du warrant qui serait, selon elle, obsolète. « On lui préfère le gage commercial avec entierement car la loi impose à l'émetteur du titre une obligation de résultat [voir infra], ce qui est intenable dès lors que la sûreté doit être mise en œuvre chez le client et que la société de warrantage n'a pas toutes les cartes dans ses mains ». L'on pourrait dès lors se demander pourquoi les banques décident de recourir aux services d'un tiers pour assurer la dépossession des stocks. Madame BOURGEOIS l'explique par le fait que la société de warrantage est spécialisée dans le contrôle des stocks, à des coûts relativement faibles.

⁷⁵ H.C. SIGMAN et E.-M. KIENINGER, (éds.), *Cross-border security over tangibles*, Munich, Sellier, 2007, 6.

⁷⁶ Articles 13 et s. de la loi du 18 novembre 1862 portant institution des warrants ; articles 4 et s. de la loi du 5 mai 1872 relative au gage commercial.

⁷⁷ W. DERIJCKE, « La loi du 18 novembre 1862 portant institution des warrants : la loi hypothécaire des marchandises », *op. cit.*, 463-465, n° 2. Le dépositaire de la marchandise peut ne pas avoir la détention matérielle de la marchandise (Liège, 10 décembre 1931, *Jur. Liège*, 1932, 177, cité par DE BLUTS et THYS, *op. cit.*, n° 40) : « dans ce cas, la convention de louage ou le certificat de dépôt mentionnera expressément la responsabilité du dépositaire de fait, à l'égard de l'émetteur du warrant qui conserve le poids de la responsabilité légale, vis-à-vis du déposant et des tiers ».

⁷⁸ Mons, 25 octobre 2001, précité. A défaut d'obtenir la restitution, le porteur du titre a droit à la contre-valeur de la marchandise sans qu'il ait à faire la preuve d'un dommage (DE BLUTS et THYS, *op. cit.*, n° 37). Voy. également Bruxelles, 1^{er} avril 1884, *J.T.*, 1240 : « Jugé que celui qui émet des warrants doit prouver que les avaries ont eu lieu à la suite d'une cause indépendante de son fait ».

déposant à qui il remet les titres qu'il émet⁷⁹. Elle serait alors inopposable au tiers porteur de titre qui, de bonne foi, peut s'en tenir à la responsabilité objective organisée par l'article 21, par. 1^{er}⁸⁰.

b. Warrant et gage sur fonds de commerce

1) Conditions de validité et d'opposabilité

29. – En 1919, le législateur, averti des difficultés encourues par les entreprises de petite taille, peu enclines, pour obtenir des crédits, à se défaire de leurs stocks ou de leur matériel d'exploitation indispensables à leur exploitation, leur a permis de donner en gage leur fonds de commerce sans qu'ils doivent en être dépossédés.

Le gage sur fonds de commerce est incontestablement un contrat solennel, la loi exigeant pour sa *validité* la rédaction d'un écrit sous forme d'acte sous seing privé ou d'acte authentique. L'*opposabilité* du privilège est subordonnée à l'accomplissement d'un formalisme publicitaire valable dix ans (article 4)⁸¹. Quant au warrant, il n'est *valable* et *opposable* comme gage que s'il y a eu dépossession des mains du débiteur.

Le gage sur fonds de commerce ne peut être initialement consenti qu'à des établissements de crédits agréés dans un Etat membre de l'Union Européenne ou à des établissements financiers définis par arrêté royal (article 7 de la loi du 25 octobre 1919 sur la mise en gage du fonds de commerce)⁸². A l'inverse, le warrant peut être délivré par quiconque accepte d'être dépositaire de la marchandise⁸³. Il est ensuite transmissible par endossement à quiconque souhaite s'en porter acquéreur. La loi se borne à poser quelques conditions de publicité au transfert⁸⁴.

L'assiette du gage sur fonds de commerce comprend l'ensemble des valeurs qui composent le fonds (notamment la clientèle, l'enseigne, ou encore l'outillage). Elle peut comprendre les marchandises en stock à concurrence de 50 pc de leur valeur, à condition qu'elles fassent l'objet d'une mention expresse dans l'acte de gage (article 2, alinéa 2, et article 4, alinéa 3, 3^o, de la loi du 25 octobre 1919)⁸⁵. Cette limitation de l'assiette du gage peut difficilement s'expliquer aujourd'hui, d'autant qu'elle est aisément déjouée en adjoignant au gage sur fonds de commerce un warrant grevant le reste des marchandises. Le gage sur fonds de commerce a une assiette par nature mouvante, tandis que le warrant porte sur des biens précis (des marchandises) sous réserve de subrogation réelle⁸⁶. Enfin, l'article 2, alinéa 2, de la loi du 25 octobre 1919 prévoit que le privilège comporte l'ensemble des valeurs qui composent le fonds, *sauf stipulation contraire*. Il convient toutefois de donner une acception restrictive à cette possibilité légale, dans le sens où seuls peuvent être exclus du nantissement les éléments du fonds qui ne lui sont pas consubstantiels, sous

⁷⁹ Lors de notre entretien, Madame Ch. BOURGEOIS de la S.A. Warrant entendait que même à l'égard du déposant, une telle exonération de responsabilité de la part de l'émetteur du warrant n'était légalement pas possible.

⁸⁰ A notre sens, rien n'empêche théoriquement de prévoir dans le titre que la responsabilité du dépositaire ne pèse sur celui-ci que dans une mesure limitée, devant être mentionnée sur les titres susceptibles de négociation (DE BLUTS et THYS, *op. cit.*, n^o 39).

⁸¹ VAN RYN et HEENEN, IV, n^o 2599-2600.

⁸² On a voulu empêcher que le commerçant ne devienne la victime d'usuriers (VAN RYN et HEENEN, IV, n^o 2598). Dans un souci d'exhaustivité, notons que l'établissement agréé pourrait céder sa créance : le cessionnaire serait subrogé dans les droits du cédant, lequel avait initialement fait inscrire un privilège sur le fonds de commerce de son obligé.

⁸³ M. GREGOIRE, *op. cit.* 62.

⁸⁴ DE BLUTS et THYS, *op. cit.*, n^o 45 et s. Dans le cas du warrant, D. VAN GERVEN souligne qu'aucun acte ne doit faire l'objet d'une inscription dans un registre. L'article 2074 du Code civil n'est pas applicable (article 16, par. 2). Il ajoute cependant que le transfert du warrant (ou de la cédule) doit être inscrit dans les comptes de celui qui exécute le transfert ou dans ceux de celui qui les acquiert, en l'absence de quoi le transfert, en cas de faillite, est présumé avoir eu lieu après le moment où il pouvait avoir été valablement fait (article 9). Cette présomption peut être renversée (D. VAN GERVEN, *op. cit.*, n^o 5).

⁸⁵ VAN RYN et HEENEN, IV, n^o 2602.

⁸⁶ Voy. *supra*.

peine de nullité⁸⁷. C'est la pierre d'achoppement sur laquelle bute l'entrepreneur de crédit qui, s'il veut recourir à cette figure, ne peut exclure du gage les éléments essentiels⁸⁸.

La mise en gage du fonds de commerce, en ce qu'elle ne prive pas le débiteur de la possession de ses stocks, lui permet de continuer l'exploitation normale de son commerce, pourvu qu'il ne porte pas irrémédiablement atteinte à la valeur du fonds⁸⁹. Aussi la sécurité du titulaire d'un privilège sur fonds de commerce doit-elle être assurée autrement que celle dont bénéficie le créancier gagiste classique mis en possession de l'objet gagé. La loi du 25 octobre 1919 organise cette protection en son article 11, par. II, prévoyant que le créancier peut saisir matières premières, matériel et outillage dès lors qu'ils ont été déplacés sans son consentement ; il conserve sur eux son privilège, pourvu qu'il en ait fait la revendication dans un délai de six mois⁹⁰. L'acquéreur de bonne foi d'un élément de l'exploitation peut cependant s'appuyer sur l'article 2279 du Code civil pour faire échec aux prétentions du créancier gagiste sur fonds de commerce⁹¹.

Au moment de l'émission et de la transmission du titre, l'émetteur du warrant, ainsi que son porteur bénéficient de la *protection possessoire* offerte par l'article 2279 du Code civil. Celui qui défend la validité d'un gage sur fonds de commerce acquis d'un non-proprétaire ne peut en faire autant⁹².

2) Réalisation

30. – Le créancier gagiste sur fonds de commerce dispose d'un droit à l'exécution parée, dans la mesure où il peut procéder à la réalisation de son privilège sans devoir disposer à cet effet d'un titre exécutoire. La loi du 25 octobre 1919 renvoie à la réglementation du gage commercial⁹³. La nature du gage sur fonds de commerce (gage sans dépossession) impose au créancier de procéder en plus à une saisie préalable⁹⁴.

3) Conflits de rang

31. – Dans le cas où, après qu'un gage sur fonds de commerce a été rendu opposable, le débiteur gagiste constitue un gage ou un warrant sur des biens particuliers faisant partie de son fonds, la Cour de cassation résout le conflit entre le créancier gagiste sur fonds de commerce et le porteur d'un warrant en appliquant la règle de l'antériorité⁹⁵. Le porteur du warrant peut cependant se prévaloir de l'alinéa 2 de l'article 11, II, de la loi du 5 mai 1872, qui prévoit pour l'acquéreur de bonne foi la possibilité d'opposer au

⁸⁷ Cass. fr. 17 juin 1918, D., 1922, I, 128. R. MORETUS PLANTIN, *op. cit.*, n° 607; VAN RYN et HEENEN, IV, n° 2598; E. DIRIX, Y. MONTANGIE et H. VANHEES, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Anvers, Intersentia, 8^{ème} éd., 2008, n° 176 ; DIRIX et DE CORTE, *op. cit.*, n° 521.

⁸⁸ L'exigence de dessaisissement propre au gage classique et au warrant fait obstacle à ce qu'un gage soit constitué *uniquement* sur des marchandises, du matériel professionnel, ou des véhicules, du moins sans dépossession de la part du constituant (Ch. BIQUET-MATHIEU et F. GEORGES, « Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2007, n° 17).

⁸⁹ M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, n° 5. Le gage sur fonds de commerce a été introduit dans notre droit afin d'augmenter les possibilités de crédit des petits entrepreneurs, qui ne peuvent rien donner en gage sinon leur fonds de commerce (E. DIRIX, Y. MONTANGIE et H. VANHEES, *op. cit.*, n° 175).

⁹⁰ Protection faible au demeurant (I. MOREAU-MARGREVE, « Heurs et malheurs du gage sur fonds de commerce », note sous Cass. (1^{ère} ch.), 8 avril 1976, R.C.J.B., 1980, 121 et s.). Le titulaire du privilège sur fonds de commerce pourra également s'appuyer sur l'article 491 du Code pénal, réprimant les abus de confiance, contre l'exploitant (E. DIRIX, Y. MONTANGIE et H. VANHEES, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, *op. cit.*, n° 176).

⁹¹ L'article 2279 du Code civil ne s'applique cependant pas au fonds de commerce envisagé en tant que globalité (Cass., 11 octobre 1985, J.T., 1986, 290, R.W., 1986-87, 453, T. Not., 1986, 333, note F. BOUCKAERT). Voy. sur ce point S. BOUFFLETTE, « La possession en matière mobilière et l'article 2279 du Code civil », R.G.D.C., 75-87, spéc. 79.

⁹² F. T'KINT, *Sûretés*, 326.

⁹³ DIRIX et DE CORTE, *op. cit.*, n° 533.

⁹⁴ Quoi de plus normal que la saisie, puisque le titulaire du gage sur fonds de commerce n'est pas en possession de l'exploitation.

⁹⁵ Cass., 19 novembre 1992, Pas., 1992, I, 742, p. 1286 ; R.D.C.B., 1994, p. 43.

verus dominus l'article 2279 du Code civil, à la condition qu'il ignore légitimement les droits du titulaire du privilège sur le fonds de commerce ou, plus précisément, écrit Marc VAN QUICKENBORNE, qu'il ignore de bonne foi que son gage est incompatible avec celui qui grève le fonds de commerce⁹⁶. Cette condition de bonne foi ne serait pas satisfaite dès lors que le créancier gagiste subséquent savait (ou devait savoir) que le débiteur gagiste outrepassait ses pouvoirs, en engageant un élément isolé du fonds de commerce, au mépris des exigences liées à une exploitation saine du fonds. L'inscription du gage sur fonds de commerce ne suffit donc pas à constituer de mauvaise foi l'acquéreur⁹⁷.

B. Vers un véhicule juridique unique : l'approche fonctionnelle

32. – Ainsi que nous l'avons exposé précédemment, sous l'angle de la mise en gage de stocks, le système belge des sûretés réelles mobilières connaît des incohérences et des disparités. Les conditions de validité, la procédure de réalisation ou encore la résolution des conflits de rang varient en effet selon la sûreté choisie. Plus généralement, l'on peut émettre certaines critiques quant à la prolifération des privilèges de toutes sortes, qui sont autant d'exceptions au principe fondamental d'égalité des créanciers en cas de concours⁹⁸. Dans la perspective d'une réforme imminente du droit belge des sûretés réelles mobilières⁹⁹, il importe dans un premier temps de prendre en considération les évolutions survenues en la matière à l'étranger (1). Nous dirons dans un second temps quelques mots sur l'approche fonctionnelle, envisagée comme fil conducteur d'une imminente réforme du droit belge des sûretés réelles mobilières (2).

1. L'influence française et internationale

33. – En 2006, le législateur français a profondément remanié le droit des sûretés. Cette réforme avait été l'occasion de remettre le Code civil à l'honneur, dans la foulée de son bicentenaire. Il s'agissait alors de moderniser les sûretés afin de les rendre lisibles et efficaces, tant pour les acteurs économiques que pour les citoyens, tout en préservant l'équilibre des intérêts en présence¹⁰⁰. Ainsi fut-il élaboré, pour favoriser la compréhension des textes légaux par les praticiens et les magistrats, une nouvelle codification, reprenant un cadre systématique des sûretés au sein d'un seul et même texte¹⁰¹ : le Code civil, avec pour objectif l'efficacité du système et la protection des parties¹⁰².

34. – A l'échelon international, au sein de la Commission des Nations Unies pour le Développement du Commerce International (CNUDCI ci-après), a été conçu en 2007 un Guide législatif sur les opérations

⁹⁶ M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, 37-43, spéc. 42. En d'autres termes, « [l']engagement postérieur qui reste autorisé au débiteur gagiste, c'est celui qui répond aux exigences d'une gestion rationnelle et qui s'inscrit naturellement dans le courant d'affaires du débiteur ». Dans le même sens, voy. F. T'KINT, « Le conflit entre le créancier gagiste sur fonds de commerce et le porteur de warrant », *J.T.*, 1992, 51.

⁹⁷ Voir *infra* un approfondissement de cette problématique.

⁹⁸ Avant-projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières. Rapport du groupe d'experts sur les sûretés mis en place par le Ministre de la Justice S. DE CLERCK et présidé par le professeur E. DIRIX (Bruxelles, 14 octobre 2011), spéc. 4-5. Consultable *via* le site <http://just.fgov.be> : http://justice.belgium.be/fr/binaries/loi_suretes_tcm421-150098.pdf (dernière consultation le 7 mars 2013).

⁹⁹ Voy. *infra*.

¹⁰⁰ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, Journal officiel de la République française, n° 71 du 24 mars 2006, texte n° 28.

¹⁰¹ Observons en Belgique la dispersion des sources en matière de sûretés. Le Code civil pour le gage de droit commun, le Code de commerce pour le gage commercial, des lois particulières pour la mise en gage du fonds de commerce, l'endossement des factures, le warrant, le gage d'instruments financiers, le gage de la police d'assurance vie, le Code des sociétés pour le gage sur titres émis par des sociétés commerciales.

¹⁰² W. DERIJCKE, « Le contrat de gage », in *Actualités du droit des sûretés*, Louvain-la Neuve, Anthémis, 2010, 31.

garanties. Celui-ci constitue un cadre général pour le législateur qui désire adopter un régime efficace en la matière. L'adoption d'une approche globale, intégrée et fonctionnelle figure en tête de ses recommandations¹⁰³, ainsi que la promotion de l'autonomie des volontés dans les droits nationaux des sûretés¹⁰⁴. Il avance également le principe selon lequel le débiteur peut utiliser la valeur intégrale de ses biens à titre de garantie¹⁰⁵.

Le droit belge des sûretés mobilières aspire lui à être réformé, en raison de son éclatement et, concernant le gage, du maintien de l'exigence de dépossession malgré son caractère antiéconomique¹⁰⁶. Ce nouveau régime, que nous appelons de nos vœux, se devra d'être plus simple et plus cohérent. A quelques nuances près, l'on peut s'attendre à ce qu'il soit conçu à partir du modèle français et des recommandations internationales.

2. L'approche fonctionnelle

35. – Originaire des Etats-Unis, l'approche fonctionnelle s'invite fréquemment dans le débat relatif à la réforme des sûretés réelles mobilières¹⁰⁷. Elle préconise de ne garder qu'un seul concept de sûreté qui engloberait toutes les sûretés mobilières existantes. Ainsi, dans le système américain inauguré par le *Uniform Commercial Code*, nonobstant la qualification donnée par les parties à la sûreté qu'elles désirent constituer (gage, cession de créance, trust, bail, clause de réserve de propriété), celle-ci sera soumise à un régime unique – celui d'une sûreté générique appelée *security interest* – dès lors que la convention des parties vise à garantir l'exécution d'une obligation, et quelle que soit la forme revêtue par la sûreté¹⁰⁸. Une telle philosophie permet notamment d'obvier à certaines querelles dogmatiques ayant trait à la possibilité de l'usage de la propriété à titre de garantie¹⁰⁹. L'on y gagne de plus en clarté, en souplesse et en prévisibilité (arguments tout à la fois juridiques et économiques), ce que l'on perd, il est vrai, du côté de la diversité des modes de nantissement des marchandises. Afin d'illustrer notre propos, nous invitons le lecteur à supputer l'abandon du système actuel du gage classique avec dépossession, du warrant, et du nantissement du fonds de commerce, et son remplacement par un nouveau régime sous l'empire duquel le gage sans dépossession serait généralisé et soumis suivant l'exemple américain à un système de *filing*. Ce gage générique rencontrerait certes les impératifs de clarté, de souplesse, et de prévisibilité (notamment en ce qui concerne la pacification des possibles conflits de rang). En revanche, il priverait d'office le créancier gagiste de la possession des marchandises gagées, sans qu'il puisse faire le choix que lui offre aujourd'hui le droit positif entre le gage de marchandises *sensu lato*, warrant compris, (avec dépossession) et le gage sur fonds de commerce (sans dépossession). La mise en possession des biens grevés dans les mains du créancier gagiste pourrait cependant être rétablie contractuellement.

36. – Le Guide législatif de la CNUDCI promeut l'introduction d'un gage sans dépossession, dont l'opposabilité dépend de l'inscription dans un registre. Ce gage pourrait grever n'importe quel type de biens (corporels ou incorporels) voire même des universalités (par exemple un fonds de commerce)¹¹⁰ ; il pourrait garantir tous les types de créances, y compris les créances futures.

¹⁰³ Recommandation 2 du Guide législatif de la CNUDCI.

¹⁰⁴ Recommandation 1 du Guide législatif de la CNUDCI. Voir Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés – Thèse*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2005, 425 et s.

¹⁰⁵ Recommandation 1 du Guide législatif de la CNUDCI. Voir B. FOËX, « Les types et la création de sûretés selon le Guide législatif de la CNUDCI : quelques enseignements pour le droit suisse », in B. FOËX, L. THEVENOZ, V.B. SPIROS, *Réforme des sûretés mobilières : les enseignements du Guide législatif de la CNUDCI*, Schulthess, 2007, 64.

¹⁰⁶ Nous renvoyons le lecteur à la deuxième partie de ce travail.

¹⁰⁷ Recommandations 2 e) et 8 du Guide législatif de la CNUDCI.

¹⁰⁸ D. LECHIEN, « Questions de droit comparé des sûretés », in *Le droit des sûretés*, Bruxelles, Editions du Jeune Barreau, 1992 ; E. DIRIX, « Functionele analyse van zekerheidsrechten », in *Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Bruges, Die Keure, 2007, 119-128.

¹⁰⁹ P. VAN OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », 345 ; L. SIMONT, « Essai de classification des sûretés issues de la pratique et problèmes juridiques qu'elles posent », 277, in *Les sûretés*, Paris, Feduci, 1984 ; E. DIRIX et R. DE CORTE, *op. cit.*, 434 et s. Voy. Cass., 3 décembre 2010, *R.D.C.*, 2011, 866.

¹¹⁰ Recommandation 17 du Guide législatif de la CNUDCI.

37. – Si la France a revu en profondeur son Code civil, elle a conservé beaucoup de sûretés spéciales¹¹¹, voire même en a créé de nouvelles¹¹². Le nombre de sûretés a donc augmenté et le choix entre plusieurs formes de garantie s’est considérablement étendu, de sorte que les conflits entre sûretés de nature différente ont vocation à se multiplier. La France n’a pas adhéré à l’approche fonctionnelle, ou alors seulement de manière minimaliste, dans sa réglementation de la clause de réserve de propriété. Concernant le gage, un terme a été posé à l’exigence de la dépossession comme condition de validité de la sûreté (voir *infra*).

38. – En Belgique, les rédacteurs de l’avant-projet de réforme du droit des sûretés prônent à tout le moins une approche *rationnelle* et intégrée, dans le cadre de laquelle des figures de sûreté analogues ont les mêmes effets juridiques, indépendamment de leurs différences conceptuelles¹¹³. En guise d’exemple, dans les cas respectifs du privilège du vendeur impayé, d’une clause de réserve de propriété, du leasing financier, ou même d’un transfert fiduciaire de propriété à titre de garantie, une similarité économique entre les quatre figures (garantir le paiement de la créance) ne doit-elle pas mener à leur égal traitement juridique, se demande E. DIRIX¹¹⁴ ? Peut-on s’appuyer sur son raisonnement dans la comparaison du warrant, du gage commercial et du gage sur fonds de commerce, pour prôner le maintien d’un seul régime applicable à un seul gage sans dépossession portant sur des biens meubles tant corporels (des marchandises) qu’incorporels¹¹⁵ ?

Nous pensons qu’une solution de ce type favoriserait incontestablement la sécurité juridique et la lisibilité du droit ; en adoptant un cadre commun applicable à toutes les sûretés réelles mobilières, le législateur résoudrait la plupart des difficultés liées au manque de cohérence du système actuel (par exemple, il adopterait d’une manière claire et non-équivoque un principe destiné à trancher les conflits de rang)¹¹⁶.

A notre sens, il conviendrait que le législateur dédie, au sein de ce cadre commun, un certain espace à l’autonomie des volontés (par exemple en ce qui concerne la détermination des modalités d’exécution de la convention constitutive de sûreté)¹¹⁷. La liberté contractuelle ne s’exercerait que dans les limites posées par la loi, celle-ci devant également prévoir des garde-fous destinés à prévenir les abus éventuels des parties à la convention de gage, de manière à concilier les intérêts de toutes les personnes concernées par une opération garantie¹¹⁸.

¹¹¹ P. ANCEL, « La réforme du droit des sûretés en France », in *La réforme du droit privé en France : un modèle pour le droit privé européen ?*, Bruxelles, Larcier, 2009, 37.

¹¹² Le gage des stocks, à l’article L 527-1 du Code de commerce, la fiducie utilisée à des fins de garantie (Loi n° 2007-211 du 19 février 2007, J.O. du 21 février 2007). Voir E. DIRIX, « La réforme du régime des sûretés en France », in *La réforme du droit privé en France : un modèle pour le droit privé européen ?*, Bruxelles, Larcier, 2009, n° 7, 53 ; P. BOUTEILLER, « Le gage de stocks de biens ou de marchandises », *J.C.P.*, 2006, 808-810 ; D. LEGEAIS, « Le gage de meubles corporels », *Rev. dr. banc. et fin.*, 2006, 59.

¹¹³ Rapport du groupe d’experts sur les sûretés créé par le Ministre de la Justice S. DE CLERCK et présidé par le professeur E. DIRIX (Bruxelles, 14 octobre 2011), précité, 8. Voy. *infra*, n° 61.

¹¹⁴ E. DIRIX, « Functionele analyse van zekerheidsrechten », in *Feestbundel voor Hugo Vandenberghe*, Bruges, Die Keure, 2007, 121.

¹¹⁵ Nous ne nous penchons ici que sur le gage de marchandises, et non sur celle de savoir si l’approche fonctionnelle doit-elle être généralisée à toutes les sûretés réelles mobilières (gage, réserve de propriété, leasing financier). Pour une approche critique de ce problème : B. FOËX, « Les types et la création de sûretés selon le Guide législatif de la CNUDCI : quelques enseignements pour le droit suisse », in B. FOËX, L. THEVENOZ, V.B. SPIROS, *Réforme des sûretés mobilières : les enseignements du Guide législatif de la CNUDCI*, Schulthess, 2007, 66. Selon cet auteur, il est vain de vouloir réduire la propriété-sûreté (visée par les rédacteurs du Guide législatif) à la garantie d’une créance, bien qu’elle concède que la propriété-sûreté constitue par rapport aux autres sûretés mobilières un « gaspillage de crédit » (*sic.*), contraire au principe selon lequel le débiteur doit pouvoir utiliser la valeur intégrale de ses biens à des fins de garantie, et qu’elle favorise injustement le titulaire de la sûreté en situation de faillite par rapport aux autres créanciers ordinaires. Voir aussi J.-F. RIFFARD, *Le security interest ou l’approche fonctionnelle et unitaire des sûretés mobilières. Contribution à une rationalisation du droit français*, thèse, Clermont-Ferrand, 1997 ; H. SIGMAN, « The security interest in the United States : a unitary functional solution », in M.-E. ANCEL, *Repenser le droit des sûretés mobilières*, Paris, Bibliothèque de l’Institut André Tunc, 2005, 55 et s.

¹¹⁶ Recommandation 1 f) et g) du Guide législatif de la CNUDCI.

¹¹⁷ Recommandation 1 i) du Guide législatif de la CNUDCI.

¹¹⁸ Exemple : le projet de loi portant réforme du droit des sûretés réelles mobilières légalise le pacte comissoire exprès, qui permet au créancier de s’approprier le bien gagé en cas de défaut de paiement par le débiteur (aspect liberté contractuelle). Par une évaluation objective de la valeur du bien réalisée par un expert, une protection est cependant assurée au constituant du gage ainsi qu’aux créanciers chirographaires (aspect protectionnel). Voy. Recommandation 1 j) du Guide législatif de la CNUDCI.

Sous réserve de ce que nous dirons d'un nouveau gage sans dépossession dans la deuxième partie de ce travail, il semble déjà acquis, en l'état actuel de l'avant-projet, que le nouveau gage se substituerait aux gages civil, commercial et sur fonds de commerce, ainsi qu'au warrant. Il reposerait sur un principe consensuel, et son opposabilité dépendrait d'une inscription dans un registre prévu à cet effet. Il s'étendrait aux biens meubles corporels (les marchandises, notamment) et incorporels, aux ensembles de biens de ce type (un fonds de commerce, par exemple), et même, éventuellement, aux biens futurs.

II. De la nécessité de disposer d'un gage adapté à la vie des affaires

39. – Le maintien de l'exigence de dépossession comme condition de validité du gage va à l'encontre des impératifs de la vie des affaires. Faut-il envisager une approche du gage plus conforme à la pratique économique et commerciale, ainsi qu'à l'autonomie des volontés ? Nous analyserons dans un premier temps le principe de droit positif selon lequel le gage est un contrat réel et les astuces que les praticiens ont imaginées pour limiter ses effets néfastes (A), avant d'évoquer la possibilité d'un gage sans dépossession et les implications d'une telle révolution copernicienne (B).

A. Le gage : contrat réel

40. – Face à la vieille usurière, Raskolnikov s'exclame : « J'ai apporté un gage, voici ! » Dans les romans de Dostoïevski comme en droit belge, le contrat de nantissement (appelé *gage* pour les choses mobilières, par opposition à *antichrèse* pour les choses immobilières) est un contrat réel. Pour exister, il requiert que le débiteur se défasse du bien grevé au moyen d'une tradition dans les mains du créancier gagiste ou d'un tiers convenu. L'exigence de dépossession s'applique aussi bien au gage commercial (article 1^{er} de la loi du 5 mai 1872) qu'au gage civil (articles 2071 et 2076 du Code civil). Elle implique notamment que le gage ne peut porter sur des choses futures¹¹⁹. Le droit commun du gage est constitué par les dispositions du Code civil¹²⁰.

Avec la consécration légale du nantissement de créances incorporelles, le législateur a confirmé la nature réelle du contrat de gage¹²¹, fut-ce au moyen d'une dépossession fictive : l'article 2075 du Code civil dispose que le créancier est mis en possession de la créance gagée par la conclusion de la convention de gage. Cette façon de procéder a été critiquée par la doctrine : le législateur avait là une opportunité en or de se défaire du caractère réel suranné du contrat de gage¹²².

41. – Le gage tel que conceptualisé en 1804 a été considéré par le législateur de l'époque comme une sûreté marginale : l'exigence de dépossession qui le caractérise le voue en effet à être peu manié dans la sphère commerciale. « On imagine mal, écrit François T'KINT, qu'une entreprise se dessaisisse de son outillage, de son matériel de bureau, de ses stocks etc., en faveur de son créancier, sans compromettre son

¹¹⁹ Ch. BIQUET-MATHIEU et F. GEORGES, « Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2007, n° 18.

¹²⁰ H. DE PAGE et R. DEKKERS, *Traité élémentaire de droit civil belge*, Bruxelles, Bruylant, 1942, n° 1099 ; F. T'KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Bruxelles, Larcier, 2004, 234.

¹²¹ Voy. également l'endossement de la facture à titre pignoratif (articles 13 et s. de la loi du 25 octobre 1919, modifiée par l'arrêté royal n° 282 du 30 mars 1936 et complétée par la loi du 31 janvier 1958), institution par laquelle « une créance de nature professionnelle (civile ou commerciale) constatée au moyen d'une facture peut être engagée par simple endossement » (F. T'KINT, *op. cit.*, 141, n° 260).

¹²² F. T'KINT, *Sûretés*, n° 257, 140. *Contra* : A.-M. STRANART, « Le gage contrat réel : une fiction ? », *J.T.*, 1976, 237 ; M. GREGOIRE, « Les sûretés réelles », in *Liber Amicorum André Bruyneel*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 343-371, spéc. 344-347.

activité »¹²³. Aussi le gage trouve-t-il le plus souvent à s'appliquer lorsqu'il porte sur une créance ou qu'il se réalise par le truchement d'un titre représentatif de marchandises (tel que le warrant).

42. – Lorsqu'il crée le gage commercial en 1872, le législateur prévoit un mode particulier de mise en possession du créancier : l'on substitue à la tradition des marchandises la simple remise au créancier du connaissance ou de la lettre de voiture (article 2 de la loi du 5 mai 1872)¹²⁴. En 1879, la possibilité d'établir une hypothèque sur un navire est introduite dans le Code de commerce¹²⁵. Quelques années plus tard, le premier gage sans dépossession sur la « terre ferme » est créé au profit du prêteur agricole, avec l'entrée en vigueur de la loi du 15 avril 1884 sur les prêts agricoles¹²⁶. Si le privilège agricole est confiné à un but particulier, à savoir favoriser le crédit aux agriculteurs, le gage sur fonds de commerce qui fait son irruption en 1919 dans le système des sûretés réelles, a une portée plus large, puisqu'il rend désormais possible la continuation de son activité professionnelle au moyen des biens grevés par le constituant du gage. Plus tard encore, dans le cas du warrant, les pratiques bancaire et commerciale n'ont eu de cesse d'assouplir les conditions, à l'origine strictes, de la dépossession¹²⁷.

43. – Concernant le nantissement de créance, le législateur recourt à une fiction pour sauvegarder le caractère réel du contrat de gage : l'article 2075, alinéa 1^{er}, du Code civil prévoit que le créancier est mis en possession de la créance gagée par la conclusion de la convention de gage. Si Werner DERIJCKE soutient que la dépossession est fictive, Eric DIRIX recourt quant à lui à une pirouette juridique pour soutenir le contraire¹²⁸ : il s'appuie sur l'article 2075, alinéa 2, pour affirmer que la dépossession est bel et bien réalisée car à tout moment, le créancier gagiste a le pouvoir de signifier au débiteur de la créance qu'il n'est plus valablement en mesure de se libérer dans les mains de son propre créancier, le débiteur gagiste.

L'esprit du raisonnement d'Eric DIRIX peut être *mutatis mutandis* transposé à la pratique du warrant à domicile. Force est de constater qu'un tel système paraît difficilement satisfaire à la stricte condition de dépossession posée par le Code civil. En réalité, la dépossession se réalise en deux étapes. Dans un premier temps, les stocks demeurent dans les magasins du déposant et la société de warrantage conclut un mandat avec un employé du débiteur pour la tenir au fait de l'état de stocks et des mouvements affectant ceux-ci. La société de warrantage peut *à tout moment et ce sans aucun motif*, bloquer l'accès aux entrepôts¹²⁹ ; elle y procédera si elle l'estime nécessaire, mais seulement dans un second temps. En d'autres termes, la dépossession est *latente*, comme dans le cas d'un nantissement de créance.

1. Le warrantage à domicile : une conception souple de l'exigence de dessaisissement

44. – Historiquement, le warrant rendait possible la constitution en gage, sans déplacement de celles-ci, des marchandises qui étaient placées sous la surveillance d'un tiers. Progressivement, la pratique a développé le warrantage à domicile, qui consiste pour la société de warrantage à conclure avec le débiteur un contrat de prêt à usage ou de location portant sur le magasin lui appartenant et où sont déposées les marchandises. Une telle pratique permet la constitution, à un coût minimum, d'une sûreté suffisante pour l'attribution de crédits, sûreté par laquelle le débiteur, moyennant le respect de certaines règles fondamentales, conserve, dans une certaine mesure, le loisir de disposer de ses stocks, continuant ainsi de faire prospérer son activité, tant dans son intérêt que dans celui de son créancier¹³⁰.

¹²³ F. T'KINT, *Sûretés*, n° 238.

¹²⁴ F. T'KINT, *Sûretés*, n° 247.

¹²⁵ Articles 25 et s. de la loi du 21 août 1879 contenant le Livre II du Code de commerce « De la navigation maritime et de la navigation intérieure », *M.B.*, 4 septembre 1879.

¹²⁶ F. T'KINT, *Sûretés*, 183, n° 353.

¹²⁷ Voy. le warrantage à domicile ci-dessous.

¹²⁸ E. DIRIX, « Contrôle door de pandhouder van een schuldvordering en de WFZ », *R.W.*, 2006-2007, 1337; W. DERIJCKE, « Le contrat de gage », in *Actualités du droit des sûretés*, Louvain-la Neuve, Anthémis, 2010, n° 22.

¹²⁹ Voy. *infra* pour un approfondissement de la dépossession dans le cadre du warrantage à domicile.

¹³⁰ K. RONSE, *op. cit.*, 548-554.

a) *Le principe : prise de possession du local par la société de warrantage*

45. – La Cour d’appel d’Anvers, dans son arrêt – souvent cité – du 14 février 2000 a jugé qu’un warrant à domicile est opposable aux tiers quand la dépossession est garantie. Ce n’est pas le cas lorsque tout un chacun peut accéder aux magasins où sont déposés les marchandises¹³¹. Dans sa décision, la Cour a précisé que l’émetteur du warrant ne voit pas sa responsabilité engagée envers le détenteur de celui-ci, qui était au fait de la manière concrète dont les stocks étaient entreposés, et n’a formulé aucune objection.

46. – Plus généralement, depuis l’arrêt de la Cour de cassation du 12 février 2004, on considère qu’il y a dessaisissement (et donc que le warrant a été valablement émis) à la double condition qu’il n’ait pas libre accès à l’entrepôt où les marchandises reposent (on exige à ce titre que la firme de warrantage dispose de son propre système de fermeture des voies d’accès¹³²), et qu’il soit porté mention de manière visible, sur cet entrepôt, du fait que les marchandises qui y sont entreposées font l’objet d’un warrant.

47. – Dans la plupart des cas, la société de warrantage conclut un contrat de mandat à titre gratuit avec un employé du déposant pour lui transmettre quotidiennement les informations concernant l’état des stocks et surveiller ceux-ci¹³³. Du reste, comme nous avons eu l’occasion de le mentionner dans la première partie, elle fait contrôler régulièrement l’état des stocks par ses propres employés, inspection qui consiste essentiellement à vérifier les quantités par article physiquement présentes dans l’entrepôt prêté¹³⁴. La réalité de la dépossession peut être discutée dans un tel cas ; c’est une question de fait tranchée par le juge¹³⁵. La pratique du warrant s’est considérablement réduite ces dernières années, mais la jurisprudence reconnaît très clairement la validité d’un tel procédé.

48. – La mise en possession de la société de warrantage doit se manifester par un fait apparent, d’une notoriété et d’une expression suffisantes pour avertir les tiers que le débiteur est dessaisi et qu’ils ne peuvent plus compter, pour la garantie des engagements à prendre, sur les marchandises faisant l’objet du gage¹³⁶. Ainsi, dans la pratique, une plaque indiquant que les marchandises sont sous la garde de la société de warrantage est apposée au magasin¹³⁷.

De surcroît, lorsqu’au moment de la conclusion du contrat de gage, la chose nantie se trouve entre les mains d’un tiers, le créancier n’en acquiert la possession que si ce tiers consent à la détenir au nom et pour le compte de celui-ci¹³⁸ (article 2076 du Code civil). René PIRET précise en effet que ce que la loi exige, c’est la dépossession du débiteur gagiste¹³⁹ ; or, le créancier gagiste peut posséder par intermédiaire. A titre d’exemple, le Cour de cassation française a pu décider que la dépossession du constituant du gage n’était pas légalement réalisée lorsque ce dernier restait locataire du local dans lequel les marchandises étaient stockées¹⁴⁰. En 1909, la jurisprudence belge admettait déjà la possession occasionnelle et temporaire par le déposant des clefs du magasin¹⁴¹. Il faut – et il suffit – que les valeurs warrantées ne rentrent plus, aux yeux des tiers, dans les biens du débiteur. Dans l’hypothèse du warrant à domicile, la société de warrantage

¹³¹ Ainsi, le tribunal de commerce de Hasselt a pu décider que, lorsque les biens warrantés sont tout simplement déposés sur un emplacement seulement marqué par des traits de peinture, laissant libre accès au déposant, la dépossession n’est pas légalement réalisée (Comm. Hasselt, 24 janvier 1991, *R.D.C.B.*, 1991, 749, rapporté par M. GREGOIRE, *Publicité foncière, sûretés réelles et privilèges*, Bruxelles, Bruylant, 2010, n° 1223).

¹³² M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, n° 3.

¹³³ Anvers, 14 février 2000, cité supra. M. GREGOIRE, *op. cit.*, 63.

¹³⁴ En guise d’illustration : <http://www.warrantgroup.com/publications/flash/warrant-fr-flash-27.pdf>

¹³⁵ M. GREGOIRE, *op. cit.*, p. 63 ; S. LOOSVELD, *op. cit.*, 644.

¹³⁶ W. VAN GERVEN, *op. cit.*, 168 ; R. PIRET, obs. sous Comm. Anvers, 28 octobre 1927, *B.J.*, 1928, 282, n° 4.

¹³⁷ En réalité, la société de warrantage conclut un contrat de bail avec le constituant du gage portant sur un magasin de celui-ci. Elle prend littéralement possession des locaux, fait apposer des plaques sur les murs renseignant très clairement le warrant. Une telle publicité peut parfois porter préjudice à l’apparence de solvabilité du constituant du gage.

¹³⁸ Cass., 10 juillet 1941, *Pas.*, 1941, I, 295.

¹³⁹ R. PIRET, *op. cit.*, 284.

¹⁴⁰ Cass. fr., 17 avril 1882, *Dalloz, Pér.*, 1883, I, 186.

¹⁴¹ Comm. Bruxelles, 4 janvier 1909, et Bruxelles, 3 avril 1909, *Jur. comm. Bruxelles*, 1909, 140.

loue le magasin et prend soin de déployer des panneaux indiquant que celui-ci n'est désormais plus accessible au débiteur.

49. – Dans un cas où le gardien des clefs avait cédé à la pression de son employeur (constituant du gage), et que ce dernier avait eu accès aux stocks, le tribunal de commerce de Namur a considéré que le warrant n'en était pas moins valable : « si [les conditions de validité du warrant n'ont pas suffi à préserver l'intégrité du gage, ce n'est nullement parce que [le débiteur] aurait pu librement disposer [des marchandises], mais bien parce qu'il s'est rendu coupable de manœuvres frauduleuses qui ont abouti au détournement du gage »¹⁴².

En accord avec cette jurisprudence, et dans le même sens que Katelijne RONSE dans son commentaire de la décision, nous pensons que le mandat donné par la société de warrantage à un employé du déposant n'est pas *en soi* de nature à mettre le système à mal. Il en irait autrement si la désignation d'une telle personne constituait, de la part du constituant du gage et du créancier gagiste, une manœuvre uniquement destinée à remettre le débiteur en possession des biens nantis¹⁴³.

b) Possibilité de mouvements in/out en vertu de la technique du plancher et de la marge libre

50. – On admet la continuité du gage lorsque les biens nantis sont restitués au débiteur avec l'accord du créancier¹⁴⁴, et remplacés par des biens de même nature et d'une valeur équivalente, pourvu que la substitution soit instantanée¹⁴⁵. Selon Marc VAN QUICKENBORNE, « la substitution se fait sous la responsabilité du dépositaire qui veille à la régularité de la substitution et à la sauvegarde des droits du titulaire du warrant »¹⁴⁶.

La pratique du warrant admet ainsi que les marchandises warrantées puissent faire l'objet de substitutions. Dans un arrêt du 14 février 2000, précité, la Cour d'appel d'Anvers a déclaré le warrant inopposable à la masse non en raison de l'assiette fluctuante du gage, mais parce qu'il était impossible de distinguer ce qui était warranté de ce qui ne l'était pas¹⁴⁷. La Cour d'appel de Liège souligne même la fongibilité, essentielle au fonctionnement de l'institution¹⁴⁸.

51. – Il appert qu'en réalité, les sociétés de warrantage recourent à la technique du plancher et de la marge libre : l'organisme de crédit ne prête de la valeur des marchandises estimées par un expert¹⁴⁹ qu'un pourcentage correspondant au *plancher*, c'est-à-dire au minimum en-dessous duquel les stocks ne peuvent en aucun cas tomber. L'excédent des marchandises constitue la *marge libre* au sein de laquelle des mouvements peuvent survenir, sous la surveillance étroite du mandataire de la société de warrantage, de sorte que l'activité du déposant reste *going-concern*, à condition de respecter ce stock plancher¹⁵⁰.

La plupart des auteurs trouvent dans la théorie de la subrogation réelle un fondement à ces substitutions¹⁵¹. Selon Vincent SAGAERT en revanche, celles-ci se justifient par la *substituabilité réciproque* des

¹⁴² Comm. Namur, 17 mars 1988, *T.B.H.*, 1990, 548.

¹⁴³ D'après l'entretien que nous avons eu avec Madame Ch. BOURGEOIS de la S.A. Warrant, le mandataire-employé du déposant fait généralement preuve d'une très grande probité à l'égard de son mandant, malgré les pressions que l'on peut subodorer de la part de son employeur. Là ne réside pas en tout cas le maillon faible du système. Voy. également W. VAN GERVEN, *op. cit.*, 173.

¹⁴⁴ Rien ne s'oppose à ce que l'accord du créancier soit donné par mandataire, pourvu que ce dernier soit un véritable mandataire, et apparaisse comme tel aux yeux des tiers ; selon W. VAN GERVEN, cela ne serait pas le cas si le mandataire est un préposé du débiteur (W. VAN GERVEN, « Les garanties portant sur les matières et les produits », *Rev. Banque*, 1966, 183).

¹⁴⁵ Cass., 12 novembre 1914, *Pas.*, 1915-1916, I, 124, rapporté par J. VAN RYN et J. HEENEN, *Principes de droit commercial*, t. IV, 152, n° 2568. R. MORETUS PLANTIN, *Bezittloos pandrecht, Rechtsvergelijkende studie*, Bruxelles, I.C.V.R., 1970, n° 598.

¹⁴⁶ M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, n° 4.

¹⁴⁷ W. DERIJCKE, note sous Mons, 25 octobre 2001, *Rev. dr. comm. belge*, 2002, n° 3, 464.

¹⁴⁸ Liège, 15 décembre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, 424, rapporté par W. DERIJCKE (note sous Mons, 25 octobre 2001, cité *supra*).

¹⁴⁹ I. MOREAU-MARGREVE, *op. cit.*, 331.

¹⁵⁰ <http://www.warrantgroup.com/publications/flash/warrant-fr-flash-27.pdf> (dernière consultation le 16 février 2013).

¹⁵¹ E. DIRIX et R. DE CORTE, *op. cit.*, n° 308.

biens originaires et de ceux qui viennent les remplacer. Aussi exige-t-il que les biens soient non seulement de la même sorte, mais encore réciproquement substituables, si bien que la validité du gage ne s'en trouve pas affectée¹⁵². En référence à un arrêt de la Cour de cassation française de 1915, Charles LYON-CAEN précise d'ailleurs qu'on ne peut parler de subrogation réelle pour des biens fongibles¹⁵³. Un tel parti théorique implique concrètement qu'on ne peut accepter que la substituabilité des choses de genre.

52. – Par ailleurs, il semble être admis que le gage subsiste lorsque les marchandises mises en la possession du créancier sont reprises pour être transformées par le débiteur lui-même, puis restituées dans leur nouvel état au créancier¹⁵⁴.

c) *Possibilité de vente partielle des marchandises warrantées*

53. – En cas de vente partielle des marchandises warrantées, le prêteur délivre des « laisser-suivre » rendant possible leur délivrance aux acquéreurs à concurrence de la valeur payée ou des promesses de payer souscrites par ces derniers¹⁵⁵. Le gage s'éteint à concurrence de l'importance des stocks vendus.

d) *Le warrant à domicile : un véritable gage sans dépossession ?*

54. – Le warrant à domicile permet-il de gommer complètement l'exigence de dépossession du droit de gage ? Sans doute pas, car il ne met pas le débiteur en mesure de disposer pleinement et sans l'accord du créancier de ses stocks, malgré *la technique du plancher et de la marge libre*.

2. Les caractères anachronique et antiéconomique de l'exigence de dessaisissement

55. – Il existe un certain paradoxe à constater que la sûreté est la condition de l'octroi de financement par les établissements de crédit, mais qu'elle représente pourtant un frein économique dans le cas du gage, le débiteur ne pouvant pas disposer de ses stocks. Devrait-il y avoir intrinsèquement dans le gage de marchandise, la possibilité offerte au débiteur de faire fructifier ces stocks ?

a) *Avantages du dessaisissement*

56. – L'exigence de la dépossession du gage se justifie par plusieurs motifs. D'une part, la dépossession constitue une forme de *publicité* en ce qu'elle avertit les autres créanciers du fait que les choses déplacées ne font plus partie du gage commun de leur débiteur ; si on laissait le gage entre les mains de celui-ci, les tiers pourraient être induits en erreur par une fausse apparence de solvabilité¹⁵⁶. D'autre part, le déplacement

¹⁵² V. SAGAERT, *Zakelijke subrogatie*, Anvers, Intersentia, 2003, 623 ; D. VAN GERVEN, *op. cit.*, 6.

¹⁵³ Ch. LYON-CAEN, note sous Cass. fr. 10 mars 1915, *Recueil Sirey*, 1916, 1, 5, cité par R. MORETUS PLANTIN, *op. cit.*, 597.

¹⁵⁴ Cass. fr. 11 avril 1933, rapporté par R. MORETUS PLANTIN, *op. cit.*, n° 599 ; Gand, 4 mai 1961, *R.W.*, 1961-1962, col. 842, rapporté par W. VAN GERVEN, *op. cit.*, n° 2, 166. VAN RYN et HEENEN, IV, n° 2565 : « souvent aussi, le gage porte sur des choses de genre dont des portions sont successivement vendues par le débiteur, avec l'accord du créancier, et remplacées par des choses de même nature. Ce remplacement n'entraîne pas la constitution d'un nouveau gage » (Cass., 12 novembre 1914, *Pas.*, 1915-1916, I, 124). La Cour de cassation admet la continuité du gage même lorsque les biens nouveaux ne sont pas absolument identiques à ceux qu'ils remplacent, pourvu que leur valeur ne soit pas supérieure. Mais elle exige que la substitution soit instantanée.

¹⁵⁵ M. GREGOIRE, sous « warrant », in *Privilèges et hypothèques. Commentaire avec aperçu de jurisprudence et de doctrine*, Waterloo, Kluwer, 64.

¹⁵⁶ W. VAN GERVEN, *op. cit.*, 168 ; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, II, n° 466, 404.

protège le créancier gagiste contre tout détournement entrepris par le débiteur, ce qui est fort utile en l'absence d'un droit de suite en matière mobilière. Par ailleurs, il ne faut pas oublier le *droit de rétention*, qui place le créancier dans une situation favorable en cas de procédure collective¹⁵⁷.

57. – Le caractère réel du contrat de gage donne également au créancier gagiste l'opportunité de se prévaloir de la *protection possessoire* offerte par l'article 2279 du Code civil (ce qui n'est pas le cas avec un gage sans dépossession). Dans un arrêt du 10 octobre 2007, la Cour de cassation décide que le créancier gagiste dont le gage a pour assiette un bien corporel peut, en principe, comme tout possesseur, se réclamer de l'article 2279. Il en va de même lorsque le constituant du gage n'est pas le propriétaire du bien engagé, pour autant toutefois que le créancier gagiste soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il puisse valablement croire dans la légitimité des droits du cédant. Le créancier gagiste peut opposer son droit réel de possession à tous les tiers. Cet arrêt illustre à merveille la force du caractère réel du gage¹⁵⁸.

58. – Enfin, sous l'empire de la loi du 18 novembre 1862 portant institution des warrants, le dessaisissement était appelé à permettre une *grande souplesse dans la circulation des marchandises*, et plus particulièrement des droits portant sur celles-ci. Cette souplesse avait son prix : les warrants-cédules étant à tout instant susceptibles de changer de main, et leur porteur de réclamer la délivrance de la marchandise warrantée, il fallait que cette dernière soit en permanence clairement identifiée¹⁵⁹. L'avantage que procure une circulation plus fluide des marchandises va donc de pair avec une conception stricte de la dépossession. Il apparaît qu'en réalité la jurisprudence fait montre d'une grande tolérance quant aux substitutions de marchandises au sein du warrant.

b) *Désavantages du dessaisissement*

59. – Les auteurs sont unanimes pour souligner les inconvénients liés à la stricte exigence de dépossession qui caractérise le gage (nous pouvons notamment relever le nécessaire entretien des stocks, ou encore les rotations en leur sein)¹⁶⁰. Privé de ses matières premières, le débiteur se retrouve bien en peine de réaliser des produits finis ou semi-finis, vu le hiatus dans le cycle de production. Au surplus, les coûts liés au dessaisissement sont lourds : il faut rémunérer le déplacement (sous réserve du cas où la société de warrantage ou le tiers dépositaire convenu prend en location un magasin du débiteur), la surveillance, les assurances. Du point de vue commercial, l'absence des stocks dans les entrepôts du débiteur peut aussi entamer sa crédibilité auprès des investisseurs potentiels, dans la mesure où il n'est pas en position de leur montrer l'étendue de sa solvabilité¹⁶¹.

¹⁵⁷ P. ANCEL, « La réforme du droit des sûretés en France », in *La réforme du droit privé en France : un modèle pour le droit privé européen ?*, Bruxelles, Larcier, 2009, 40 ; E. DIRIX, sous « retentierecht », in X., *Voorrechten en hypotheeken, Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer, Algemene bepalingen*, Malines, Kluwer, 1999, 1-24 ; « De tegenwerpelijheid van het retentierecht », *R.D.C.*, 1996, 219-225 ; Ch. BIQUET-MATHIEU et F. GEORGES, « Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés », in *Les espaces de liberté en droit des affaires, op. cit.*, n° 42 et s.

¹⁵⁸ W. DERIJCKE, « Le contrat de gage », in *Actualités du droit des sûretés*, Louvain-la Neuve, Anthémis, 2010, n° 28.

¹⁵⁹ W. DERIJCKE, note sous Mons, 25 octobre 2001, *Rev. dr. comm. belge*, 2002, 464, n° 3.

¹⁶⁰ Elles seront d'autant plus difficiles si les stocks se situent en des endroits différents, note R. MORETUS PLANTIN (*op. cit.*, n° 594).

¹⁶¹ *Ibid.*

B.- Vers la consécration d'un gage sans dépossession : la fin de l'exigence de dessaisissement et la libre disposition des biens grevés par le constituant du gage dans le cours normal de son activité

60. – Confronté à la difficile praticabilité du gage commercial classique, le législateur, sans pour autant remettre en cause l'intangibilité du principe de la dépossession, a développé des palliatifs, sous la forme du warrant de marchandises, du gage sur fonds de commerce et de l'endossement des factures à titre pignoratif, de l'hypothèque maritime ou fluviale ou encore du privilège agricole¹⁶². En vue de faciliter la circulation des marchandises gagées, la jurisprudence a également admis, à certaines conditions, une faculté de substitution¹⁶³. Certaines législations étrangères connaissent et ont généralisé le concept de gage sans dépossession : les Etats-Unis avec le *security interest*, l'Allemagne avec les *Sicherungsübereignungen*, les Pays-Bas avec un *stil pandrecht*¹⁶⁴ – un gage occulte, sans publicité¹⁶⁵. En 2006, la France a elle aussi introduit dans son système juridique un gage sans dépossession¹⁶⁶. Ces exemples limitrophes suggèrent la voie au législateur belge.

En octobre 2011, à l'initiative du ministre de la Justice, un groupe d'experts, présidé par le professeur Eric DIRIX de la Katholieke Universiteit Leuven, a rendu au gouvernement un avant-projet de loi portant réforme du régime des sûretés réelles mobilières¹⁶⁷. Un projet de loi « modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière », a ensuite été déposé par le gouvernement, lequel a amendé le travail du groupe d'experts en certains aspects non négligeables¹⁶⁸. La Chambre l'a adopté moyennant quelques amendements¹⁶⁹. Le Sénat a ensuite fait usage de son droit d'évocation. De retour à la Chambre, le texte a été adopté à l'unanimité par la Commission de la Justice le 14 mai 2013. Le projet a été adopté en séance plénière le 30 mai suivant, et soumis à la sanction royale¹⁷⁰.

Ce projet de réforme a été l'occasion d'observer les recommandations du Guide législatif de la CNUDCI, formulées en 2007. Partant du constat que l'exigence de dépossession est un des grands problèmes justifiant une réforme du droit des sûretés réelles mobilières, le groupe de travail estime qu'il est important de laisser autant que possible au constituant du gage le droit à l'exploitation normale des biens gagés. L'on trouve donc parmi les innovations figurant dans le projet de loi la création d'un nouveau gage générique sans dépossession, l'instauration d'un registre des gages, l'abandon de la ligne classique de démarcation gage commercial-gage classique, l'incorporation au sein du Code civil de règles relatives à la réserve de propriété et au droit de rétention, ainsi que l'abrogation d'institutions telles que le gage sur fonds de commerce ou le warrant. L'autonomie des volontés est en outre clairement mise à l'honneur¹⁷¹.

¹⁶² Ch. BIQUET-MATHIEU, F. GEORGES, « Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruylant, Bruxelles, 2007, n° 17.

¹⁶³ *Ibid.* Voir *supra*.

¹⁶⁴ Voir à ce propos l'intéressant cheminement de nos voisins bataves, à l'inverse du nôtre : après avoir adopté un gage sans dépossession mais dépourvu d'un système de publicité, les Pays-Bas ont redécouvert la figure du warrant, sous la forme du warrantage à domicile. Il est vrai qu'y assurer la dépossession du constituant du gage confère au créancier gagiste un avantage en cas de concours avec d'autres privilèges (L. VAN HARINXMA THOE SLOOTEN, « Door warrantage meer kredietmogelijkheden op handelsgoederen », *N.J.B.*, 1990, 1447-1451).

¹⁶⁵ Gage sans dépossession et sans système de *filing*. D. VAN HARINXMA THOE SLOOTEN, « Door warrantage meer kredietmogelijkheden op handelsgoederen », *N.J.B.*, 1990, p. 1449, 3.

¹⁶⁶ Réforme des sûretés réelles issue de l'ordonnance 2006-346 du 23 mars 2006.

¹⁶⁷ Consultable *via* le site : http://justice.belgium.be/fr/binaries/loi_suretes_tcm421-150098.pdf (dernière consultation en date du 7 mars 2013).

¹⁶⁸ *Doc. parl.*, Ch., 2012-13, n°s 53-2463/001 et 53-2464/001.

¹⁶⁹ Voy. le rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Madame Carina VAN CAUTER (*Doc. parl.*, Ch., 2012-13, n° 2463/005).

¹⁷⁰ *Doc. parl.*, Ch., 2012-13, n° 53-2463/13.

¹⁷¹ Voy. le rapport fait au nom de la Commission de la Justice par Madame Carina VAN CAUTER, *précité*, 5-7.

61. – Sans préjuger du sort que le Sénat réservera à ce projet, il nous a semblé digne d'intérêt de procéder à un examen sélectif des révolutions qui y sont opérées, en rapport avec l'objet de ce travail. Le projet de loi (tel qu'il a été adopté par la Chambre des Représentants) prévoit d'introduire un nouveau titre XVII au Livre III du Code civil, remplaçant l'ancien, et qui comporterait les articles 1^{er} à 76 (nous reprenons cette numérotation ci-dessous). Nous traiterons d'abord des conditions de validité et d'opposabilité d'un gage sans dépossession *de lege ferenda* (1), avant de s'étendre sur le concept des droits d'usage, de transformation et de disposition, reconnus par le projet de loi au constituant du gage (2). Nous détaillerons enfin les innovations relatives à la procédure de réalisation du gage (3).

1. Les conditions de validité et d'opposabilité d'un gage sans dépossession *de lege ferenda*

a) La constitution du nouveau gage

62. – Suivant l'exemple offert par l'article 2336 du Code civil français, le gage se constituerait désormais par simple convention (article 2 du projet de loi), abandonnant ainsi sa nature réelle¹⁷². Nous attirons ci-dessous l'attention du lecteur sur quelques points précis : la preuve et la nature des biens pouvant être grevés.

1) Preuve

63. – L'article 4 du projet de loi prévoit que la convention de gage se prouve en principe par un écrit contenant la désignation des biens grevés du gage, des créances garanties et du montant maximum à concurrence duquel celles-ci le sont. La convention de gage peut cependant être prouvée par toutes voies de droit lorsque le bien est mis en la possession matérielle du créancier ou d'un tiers convenu (article 40, alinéa 1^{er})¹⁷³, mais l'exigence d'un écrit réapparaît lorsque le constituant du gage est un consommateur au sens de l'article 2 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection des consommateurs (article 40, alinéa 2).

2) Les biens pouvant être grevés

64. – L'article 7 dispose que toutes sortes de biens peuvent être grevées du droit de gage, c'est-à-dire tant des biens mobiliers corporels ou incorporels qu'un ensemble déterminé de biens de ce type (en guise de comparaison, le warrant ne porte que sur des marchandises)¹⁷⁴. Tous les biens du constituant, présents et futurs (article 8), sauf exception légale (article 7, alinéa 5), peuvent être gagés. L'article 7, alinéa 2, précise que « [s]auf disposition restrictive dans la convention de gage, le gage ayant pour objet un fonds de commerce comprend l'ensemble des biens qui composent le fonds de commerce ».

3) L'opposabilité du nouveau gage

65. – Les rédacteurs de l'avant-projet avaient pour objectif d'établir des règles de priorité claires et prévisibles, en accord avec les prescriptions du Guide législatif de la CNUDCI, qui encourage

¹⁷² Recommandation 13 du Guide législatif de la CNUDCI.

¹⁷³ Recommandation 15 du Guide législatif de la CNUDCI.

¹⁷⁴ Recommandations 1, e) et 17 du Guide législatif de la CNUDCI.

l'établissement d'une base juridique pour un classement prévisible, équitable et efficace des rangs de priorité.

L'article 15 du projet de loi prévoit qu'en principe, le gage sera opposable aux tiers moyennant enregistrement de la convention dans un registre des gages, conformément à l'article 29, alinéa 1^{er}¹⁷⁵. A titre subsidiaire, l'article 39 ajoute que le gage peut aussi être opposable aux tiers lorsque le bien est mis en la possession matérielle du créancier ou d'un tiers convenu¹⁷⁶. Ce reliquat de l'ancien droit semble promis à un bel avenir, les organismes de crédit préférant en période suspecte la sécurité que la possession du bien grevé leur assure¹⁷⁷.

Le Guide législatif de la CNUDCI critique le maintien de ce mode d'opposabilité. D'abord, la dépossession compromet la fiabilité du registre comme source complète d'informations relatives à l'existence de sûretés sur les biens d'un constituant. Ensuite, il s'avère difficile de prouver le moment de la dépossession. Enfin, les tiers peuvent croire à tort que le créancier auquel la possession a été transférée détient un bien non grevé sur lequel il peut consentir une sûreté.

66. – Conformément à la recommandation 31 du Guide législatif de la CNUDCI, l'article 24 assure un maintien de l'opposabilité du gage après le transfert de bien grevé, sauf exception liée à l'exercice normal de l'activité professionnelle ; il s'agit bel et bien d'un droit de suite en matière mobilière¹⁷⁸.

67. – Enfin, selon les termes de l'article 15, alinéa 5, les conflits de rang sont réglés par la règle de l'antériorité¹⁷⁹. Concernant le warrant, cette règle avait déjà été consacrée par la Cour de cassation dans un arrêt de 19 novembre 1992. Cette décision était critiquée par une partie de la doctrine. Dans un conflit opposant un créancier gagiste sur fonds de commerce et le détenteur d'un warrant émis ultérieurement, la Cour avait décidé de donner la préférence au premier, en comparant les moments où les gages respectifs étaient devenus opposables. C'est notamment parce qu'elle faisait intervenir deux modes d'opposabilité différents (la publicité positive par un registre et la publicité négative par la dépossession) que la Cour était critiquée¹⁸⁰. Notons que l'article 2279 du Code civil ne pouvait trouver à s'appliquer en faveur du détenteur du warrant, lequel était tenu de consulter le registre pour vérifier l'existence d'un éventuel gage sur fonds de commerce.

En réalité, la réforme n'apporte pas de modification à la solution actuelle, puisqu'existe toujours l'hypothèse d'un conflit entre un gage sans dépossession avec un autre, ultérieur, avec dépossession.

68. – S'agissant des gages sur fonds de commerce inscrits avant l'entrée en vigueur de la loi, une disposition transitoire prévoit que ceux-ci gardent leur rang à la condition que, dans les douze mois de l'entrée en vigueur de la loi, les gages fassent l'objet d'un enregistrement¹⁸¹. Au surplus, « les créanciers qui, avant l'entrée en vigueur de la (...) loi, sont devenus détenteurs d'un warrant ou d'une cédula visés dans la loi du 18 novembre 1862 portant institution du système des warrants, gardent leurs droits après l'entrée en vigueur de la (...) loi »¹⁸².

4) L'identification des biens grevés

¹⁷⁵ Comp. articles 2237 et 2238 du Code civil français. Recommandation 32 du Guide législatif de la CNUDCI.

¹⁷⁶ Recommandation 37 du Guide législatif de la CNUDCI.

¹⁷⁷ L. VAN HARINXMA THOE SLOOTEN, « Door warrantage meer kredietmogelijkheden op handelsgoederen », *N.J.B.*, 1990, 1447-1451. On constate ici la marge de manœuvre impartie à la liberté contractuelle : les parties peuvent décider de recourir à un gage avec ou sans dépossession. Pareil choix n'existe pas en droit positif, où les parties doivent inscrire leur relation dans des cadres rigides et imperméables.

¹⁷⁸ Voy. *infra*.

¹⁷⁹ Comp. article 2340 du Code civil français : Lorsqu'un même bien fait l'objet de plusieurs gages successifs sans dépossession, le rang des créanciers est réglé par l'ordre de leur inscription. Lorsqu'un bien donné en gage sans dépossession fait ultérieurement l'objet d'un gage avec dépossession, le droit de préférence du créancier gagiste antérieur est opposable au créancier gagiste postérieur lorsqu'il est régulièrement publié nonobstant le droit de rétention de ce dernier.

¹⁸⁰ F. T'KINT, « Le conflit entre le créancier gagiste sur fonds de commerce et le porteur de warrant », *op. cit.*, 52. Voy. *infra*.

¹⁸¹ Article 99, alinéa 1^{er}, du projet de loi.

¹⁸² Article 99, alinéa 3, du projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières et abrogeant diverses dispositions en cette matière.

69. – Dans la convention de gage, l'identification des biens grevés doit être suffisamment précise (article 4, alinéa 1^{er})¹⁸³. Dans le cas d'un gage avec dépossession dont la preuve peut être fournie par toutes voies de droit, l'étendue et l'objet du contrat peuvent se déterminer par l'étendue du dessaisissement auquel le débiteur s'est soumis, conformément à ce qui est admis actuellement en droit positif¹⁸⁴.

2. Les droits d'usage, de transformation et de disposition du constituant du gage

a) *Le droit d'usage et de transformation du constituant du gage*

70. – Dans l'hypothèse d'un gage sans dépossession, le constituant du gage pourrait désormais exercer un droit d'usage *raisonnable* et de transformation sur les biens grevés (articles 17 et 18). Ce droit est le corollaire évident de la nouvelle nature du gage : le débiteur peut user de ses stocks pour mener à bien son activité économique, transformer les matières premières en produits finis ou semi-finis. L'article 18, alinéa 2, précise que si un nouveau bien naît de cette transformation autorisée, il est grevé du gage, *sauf convention contraire* ; en cas de transformation non autorisée, les articles 570 et suivants du Code civil trouvent à s'appliquer¹⁸⁵. Nonobstant les évidentes mutations que subira l'assiette du gage, la continuité de celui-ci est légalement assurée.

b) *Le droit de disposition du constituant du gage*

71. – L'article 21 prévoit que le constituant du gage pourrait, dans le cours normal de ses affaires, disposer librement des biens grevés, sauf convention contraire¹⁸⁶. Une telle faculté serait conforme aux attentes commerciales des parties : le constituant du gage doit pouvoir aliéner ses stocks de marchandises, du moins si la vente s'inscrit dans le cours normal de ses activités, et la propriété de ces stocks doit pouvoir être transférée à l'acquéreur sans qu'elle soit déforcée par une garantie antérieure. D'un point de vue économique, il serait peu souhaitable que l'acquéreur potentiel doive systématiquement vérifier *a priori* l'existence d'un éventuel gage grevant les biens : son activité s'en trouverait entravée, et le préjudice en résultant s'étendrait au constituant du gage.

72. – L'article 2342 du Code civil français autorise le débiteur, lorsque le gage sans dépossession porte sur des choses fongibles, à les aliéner, si la convention de gage le prévoit, et à charge pour lui de les remplacer par la même quantité de choses équivalentes. L'avant-projet belge a adopté le principe inverse : *sauf convention contraire*, le constituant du gage peut librement disposer des biens grevés dans le cours normal de ses affaires. La convention de gage en droit belge ne doit donc pas prévoir en toutes lettres une telle faculté. Cette approche semble plus souple, car elle n'impose pas au débiteur de remplacer les marchandises aliénées par d'autres qui leur soient équivalentes¹⁸⁷. Elle ne manque cependant pas d'assurer la protection du créancier gagiste par le biais de la notion de *cours normal des activités*. Il incomberait à la jurisprudence de délimiter les contours de ce concept légal.

¹⁸³ Recommandation 14 d) du Guide législatif de la CNUDCI.

¹⁸⁴ Comm. Anvers, 28 octobre 1927, *B.J.*, 1928, 280 (précité).

¹⁸⁵ Comme nous l'avons exposé *supra*, la jurisprudence admet la continuité du gage lorsque le bien grevé est remis temporairement par le créancier au constituant du gage, afin que celui-ci le transforme (Gand, 4 mai, 1961, *R.W.*, 1961-1962, col. 842).

¹⁸⁶ Point 69 du Guide législatif de la CNUDCI., 208.

¹⁸⁷ Avec le système belge, on entrevoit la possibilité pour le constituant du gage, de constituer un second gage sur un élément déjà visé par le premier nantissement, pourvu que l'opération s'inscrive dans le cours normal de ses affaires, et à certaines conditions. Le législateur français s'est quant à lui limité à consacrer légalement ce qui était communément admis par la jurisprudence, à savoir la substitution des biens grevés. Nous renvoyons le lecteur au point (b) pour un approfondissement de cette thématique.

Deux hypothèses seraient susceptibles de se présenter fréquemment : la vente d'une partie des stocks gagés (1), ou un deuxième nantissement de celles-ci (2).

1) Hypothèse de la vente d'un bien grevé

73. – Dans le cas d'une vente, le concept de *cours normal des activités* impose au constituant du gage d'obtenir un prix raisonnable de la vente de ses stocks en vue de ne pas léser le créancier gagiste, dont les droits se reporteront sur la créance de prix dans l'hypothèse où de nouvelles marchandises ne devaient pas être substituées aux anciennes¹⁸⁸.

2) Hypothèse du nantissement d'un bien grevé

a. *Sous l'ancien droit, le concours entre le créancier gagiste sur fonds de commerce et le créancier gagiste classique*

74. – Lorsque le bien grevé d'un gage inscrit dans un registre est à nouveau engagé par le débiteur pour garantir un autre crédit, l'on peut d'abord se demander si ce nouveau gage a pu être valablement constitué puis, dans l'affirmative, quels seraient les rangs respectifs des deux sûretés.

Si le débiteur se dessaisit du bien dans les mains de son créancier¹⁸⁹ (gage classique), l'on ne peut imaginer deux gages grevant le même objet : le bien étant passé, lors du premier nantissement, dans les mains du créancier gagiste, l'on peine à imaginer une seconde dépossession, du moins dans le cas d'un meuble corporel comme une marchandise¹⁹⁰. Dans un tel schéma, gage sur gage ne vaut. En revanche, dans la mesure où le premier nantissement n'implique pas la dépossession du débiteur, l'éventualité d'une seconde mise en gage n'est pas à écarter. C'était d'ailleurs à cette hypothèse que la Cour de cassation est confrontée dans l'arrêt du 19 novembre 1992 (précité), qui oppose un créancier gagiste sur fonds de commerce au porteur d'un warrant émis ultérieurement.

75. – Il est de l'essence même du gage sur fonds de commerce que le débiteur puisse aliéner des biens dans l'exercice de son négoce, pourvu que le gage du créancier n'en soit pas considérablement amoindri¹⁹¹. L'assiette du gage s'en trouve, par nature, fluctuante. S'il peut l'aliéner, l'exploitant peut *a fortiori* donner son bien en gage, à la condition que l'opération s'ancre dans son courant d'affaires naturel et soit en phase avec une gestion rationnelle de son activité¹⁹².

A l'émetteur du warrant qui prétend que les biens étaient sortis de l'assiette du gage, que le créancier aurait dû agir sur le fondement de l'article 11, par. II, de la loi du 25 octobre 1919 pour revendiquer les biens, et que, par conséquent, il n'y avait pas de conflit entre deux privilèges¹⁹³, la Cour de cassation rétorque que « la création du warrant, tout en impliquant l'intervention d'un tiers dépositaire qui conserve en règle la

¹⁸⁸ L'article 9 du projet de loi consacre le principe de subrogation réelle (« Le gage s'étend à toutes les créances qui se substituent aux biens grevés, parmi lesquelles... ») que la jurisprudence admet en l'état actuel du droit.

¹⁸⁹ La situation serait différente si le constituant se défaisait du bien auprès d'un tiers dépositaire.

¹⁹⁰ W. DERIJCKE, « Le contrat de gage... », *op. cit.*, n° 23. Il en va de même quand la chose mise en gage est un meuble incorporel (une créance) : l'article 1690, par. 1^{er}, alinéa 3, qui départage les créanciers gagistes, parle en termes de « préférence » et non de rang, souligne W. DERIJCKE. Une telle formulation laisse entendre qu'une fois le créancier *préféré* désintéressé, s'il reste un solde disponible après la réalisation du gage, celui-ci ira à la masse, et non au second prétendant créancier gagiste.

¹⁹¹ Si le débiteur a, même en l'absence de fraude, diminué la valeur du fonds nanti par sa mauvaise gestion ou qu'il a fait sortir du fonds des biens grevés du privilège sans que le déplacement puisse s'expliquer par une exploitation normale, le créancier peut rendre sa créance immédiatement exigible, conformément à l'article 1188 du Code civil (VAN RYN, HEENEN, IV, n° 2606 ; L. FREDERICQ, II, n° 51). A l'égard des tiers, le créancier gagiste sur fonds de commerce dispose notamment de la saisie-revendication prévue à l'article 11, par. II, de la loi du 25 octobre 1919, et de l'action paulienne (article 1167 du Code civil).

¹⁹² M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, n° 7. L'existence d'un privilège fonds de commerce ne rend donc pas illicite la constitution ultérieure d'un warrant sur les marchandises, visées ou non par le premier privilège (Mons, 22 mai 1997, R.D.C.B., 1997, 806).

¹⁹³ M.E. STORME, « De warrant R.I.P. : helpt hout vasthouden niet meer ? », R. Cass., 1993, 15. Les deux sont des sûretés réelles, et non pas un privilège et un droit réel.

détention matérielle des marchandises, n'enlève pas à l'exploitant du fonds de commerce la possession de ces marchandises à titre de propriétaire »¹⁹⁴.

76. – Pour déterminer le rang, la Cour de cassation applique le critère de l'antériorité¹⁹⁵. Elle rejette l'argument de la société de warrantage prétendant que le fait que l'une des sûretés en concours ne soit pas soumise à une publicité instrumentaire aurait pour effet d'écarter l'application de la règle de l'antériorité¹⁹⁶.

77. – S'appuyant sur la jurisprudence de 1972 relative au conflit entre le privilège du vendeur d'un équipement professionnel et celui du créancier gagiste sur fonds de commerce¹⁹⁷, une frange de la doctrine critique cette solution, et avance des arguments en faveur du créancier gagiste ultérieur¹⁹⁸. Ces auteurs soulignent que la concession de garanties en vue d'obtenir du crédit relève de l'exploitation normale et rationnelle du fonds de commerce par son exploitant : en principe, les capitaux obtenus par ce biais ont en effet contribué à augmenter sa valeur. A ce titre, François T'KINT opère une subtile distinction entre, d'une part, les warrants de financement et de garantie, liés à de nouveaux investissements, et, d'autre part, le warrant de sauvetage, qui consiste à octroyer une garantie à un créancier sans augmentation de la valeur de l'exploitation, c'est-à-dire en garantie d'une dette antérieure¹⁹⁹. Si les warrants de financement comme les warrants de sauvetage sont admis, seuls les premiers l'emporteraient sur un gage sur fonds de commerce inscrit auparavant. François T'KINT écrit dans ce sens que « [s]'agissant du warrantage, (...) le débiteur est à même de vendre purement et simplement les stocks dont il dispose – warrantés ou non – ce qui les extrait aussitôt du fonds de commerce. A fortiori est-il en droit de les engager : qui peut le plus peut le moins. Et l'engagement du warrant a, alors, plein et entier effet : le porteur sera préféré au créancier gagiste sur fonds de commerce »²⁰⁰.

La Cour de cassation elle-même affirme néanmoins que « la primauté du privilège du vendeur d'équipement professionnel sur celui du créancier gagiste n'est pas contraire à l'équité, en ce que [...] le créancier gagiste n'a pu tenir compte, au moment où il a consenti l'ouverture de crédit, d'un matériel qui ne se trouvait pas dans le patrimoine de son débiteur ; [en revanche], le warrantage porté sur des biens qui, se trouvant dans le patrimoine de l'emprunteur au moment de l'octroi du crédit, n'accroissent évidemment pas ledit patrimoine ». A cette distinction, Marc VAN QUICKENBORNE ajoute que la Cour dispose d'un fondement légal pour donner la préférence au privilège du vendeur d'équipement, avantage dont ne peut se prévaloir le créancier gagiste classique ultérieur. Enfin, si l'on devait malgré toutes ces objections admettre la primauté du privilège de ce dernier, cela ne serait envisageable que si la plus-value économique apportée par la deuxième sûreté était avérée, évaluation difficile s'il en est²⁰¹.

78. – Reste alors au porteur du warrant à invoquer l'article 11, par. II, de la loi du 25 octobre 1919²⁰², accordant au créancier gagiste sur fonds de commerce la faculté, dans un délai de six mois, de revendiquer les biens sortis de l'assiette de son gage lorsqu'ils ont été déplacés sans son consentement. L'acquéreur de

¹⁹⁴ M. VAN QUICKENBORNE réserve cependant la possibilité d'un transfert fiduciaire du warrant et de la cédule, à condition qu'ils aient été émis, dès leur création, à l'ordre du créancier, ce qui se produit rarement, 9-12 ; L. FREDERICQ, *Traité de droit commercial belge*, II, 678, n° 444, et 685-686, n° 449 ; F. T'KINT, « Le conflit entre le créancier gagiste sur fonds de commerce et le porteur de warrant », *J.T.*, 1992, 52, n° 43 ; M.-E. STORME, « De warrant R.I.P. : helpt hout vasthouden niet meer ? », *R. Cass.*, 1993, 16 ; Ch. BIQUET-MATHIEU, F. GEORGES, « Les espaces de liberté dans le domaine des sûretés », in *Les espaces de liberté en droit des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2007, n° 20.

¹⁹⁵ Voy. également Comm. Bruxelles, 22 septembre 1977, *J.T.*, 1978, 634 ; 16 décembre 1986, *J.T.*, 1988, 484.

¹⁹⁶ Pour une application, Mons, 22 mai 1997, rapporté par M. GREGOIRE in *R.D.C.B.*, 1997, 806.

¹⁹⁷ Cass., 28 septembre 1972, *Pas.*, 1973, I, 102 ; Cass. 7 mai 1987, *Pas.*, 1987, I, 1034.

¹⁹⁸ Nous nous limitons pour notre propos aux arguments d'ordre économique. Nous renvoyons le lecteur au commentaire de l'arrêt par Marc VAN QUICKENBORNE pour un examen des arguments d'ordre juridique (*op. cit.*, 56-63). Voy. F. T'KINT, « Le conflit entre le créancier gagiste sur fonds de commerce et le porteur de warrant », *J.T.*, 1992, 49-57 ; M.E. STORME, « De warrant R.I.P. : helpt hout vasthouden niet meer ? », *R. Cass.*, 1993, 15-18.

¹⁹⁹ F. T'KINT, « Le conflit entre le créancier gagiste sur fonds de commerce et le porteur de warrant », *op. cit.*, 51-52.

²⁰⁰ *Ibid.*, 52.

²⁰¹ F. T'KINT, « Le conflit entre le créancier gagiste sur fonds de commerce et le porteur de warrant », *op. cit.*, n° 16. Marc VAN QUICKENBORNE critique ce risque de voir un expert déterminer, à la place du juge, laquelle des deux sûretés mérite de supplanter l'autre (*op. cit.*, 55).

²⁰² M.E. STORME, « De warrant R.I.P. : helpt hout vasthouden niet meer ? », *R. Cass.*, 1993, 16.

bonne foi peut cependant lui opposer l'article 2279 du Code civil²⁰³. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à dire que l'article 11, par. II, fait référence aux dissimulations frauduleuses et aux aliénations qui entament le privilège, mais pas aux ventes normales²⁰⁴ : un second nantissement ne ressortissant pas de cette dernière catégorie, l'on peut considérer qu'il est visé par la disposition en question.

De deux choses l'une : soit l'acquéreur (c'est-à-dire le créancier gagiste subséquent) est de mauvaise foi auquel cas, le bien faisant toujours partie de l'assiette du fonds de commerce, le créancier gagiste sur fonds de commerce ne doit dès lors pas pratiquer la saisie-revendication accordée par l'article 11, par. II, et conserve son privilège de même que son rang ; soit l'acquéreur est de bonne foi, et cela fait immédiatement échec aux prétentions du créancier gagiste sur fonds de commerce, de sorte qu'il ne peut revendiquer les biens, sans perdre pour autant son privilège²⁰⁵.

Selon Marc VAN QUICKENBORNE, le créancier gagiste sur fonds de commerce, dans ce dernier cas de figure, perd son rang (au profit du créancier gagiste ultérieur de bonne foi), mais non son privilège²⁰⁶.

La bonne foi se définit ici comme l'ignorance légitime que le nouveau gage est incompatible avec les droits du titulaire du privilège sur fonds de commerce. Il est communément admis qu'en cas d'aliénation, l'existence d'une publicité instrumentaire pour ce dernier privilège ne suffit pas *en soi* à constituer l'acquéreur de mauvaise foi. Toutefois, dès lors qu'il s'agit non d'une acquisition mais de la constitution d'un gage, le créancier gagiste subséquent étant souvent un professionnel du crédit, on exigera de lui qu'il effectue quelques recherches, conformément à l'attitude qu'adopterait un professionnel du crédit normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances²⁰⁷.

79. – Dans son commentaire sous l'arrêt du 19 novembre 1992 (précité), Matthias E. STORME relève que tous les problèmes ne sont pas résolus par la solution adoptée par la Cour de cassation²⁰⁸. Appliquer strictement la règle de l'antériorité reviendrait effectivement à dire que le créancier gagiste sur fonds de commerce l'emporterait toujours, enlevant tout intérêt à un warrantage ultérieur. Le projet de loi portant réforme du droit des sûretés réelles mobilières pourrait-il avoir quelque influence dans le débat ?

b. Incidence du projet de loi

80. – Sur la base de l'article 21 de la future section du Code civil, qui prévoit que « sauf convention contraire, le constituant du gage peut librement disposer des biens grevés dans le cours normal de ses affaires », le constituant du gage pourrait naturellement engager une seconde fois un élément de l'assiette du premier gage, pourvu qu'un tel acte relève de l'exercice normal de ses affaires²⁰⁹.

²⁰³ Dans ce sens, voy. F. T'KINT, « Le conflit entre le créancier gagiste sur fonds de commerce et le porteur de warrant », *J.T.*, 1992, 49-57 ; M.E. STORME, « De warrant R.I.P. : helpt hout vasthouden niet meer ? », *R. Cass.*, 1993, 15-18. *Contra* : M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, 56-57, n° 24. Cet auteur écrit que la protection possessoire « protège le créancier gagiste contre une action en revendication intentée par le *verus dominus* et (...) conduit à préférer, en cas de double gage, le créancier mis en possession », mais qu'elle « est exercée *animo pignoris* », de sorte qu'elle « ne saurait donc garantir la primauté de sa sûreté à l'encontre d'un créancier qui, sans contester l'existence du gage et du droit réel qu'il confère, se bornerait à faire valoir une sûreté qui a meilleur rang » (voy. également H. DE PAGE, VI, 1069, n° 1058).

²⁰⁴ Comm. Liège, 15 novembre 1983, *J.L.*, 1984, 621.

²⁰⁵ M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, n° 35.

²⁰⁶ Par conséquent, s'il reste un solde disponible à la réalisation du gage, il revient au créancier de second rang.

²⁰⁷ M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, 37. Christine BIQUET-MATHIEU (« Actualités en matière de gage sur fonds de commerce », in *Le point sur le droit des sûretés*, Liège, C.U.P., 2000, 321-369) mentionne Liège, 24 décembre 1992, *R.R.D.*, 1994, 201, où la Cour d'appel rejette l'argument de la bonne foi du porteur du warrant, et Comm. Gand, 4 décembre 1997, *T.G.R.*, 1998, 65, qui, au contraire, l'accueille. J. KOKELENBERG (« Enige beschouwingen over de samenloop pand op handelzaak - warrant en fiduciaire eigendom », *R.G.D.C.*, 1994, 55 et s.) est opposé à l'interprétation extensive de la bonne foi proposée par François T'KINT et Marc VAN QUICKENBORNE. Selon lui, le professionnel du crédit ne saurait exciper de sa bonne foi car il connaît ou devrait connaître l'existence du privilège sur fonds de commerce, et car il sait que les biens qui s'adjoignent ultérieurement à l'exploitation entrent de ce fait dans l'assiette du privilège. Mathias E. STORME explique que, vu l'article 4, alinéa 3, 3°, de la loi du 25 octobre 1919, il faut préciser dans l'acte si les marchandises sont comprises dans l'assiette du gage. Or, si la règle est que le constituant d'un premier gage ne peut pas constituer de second gage sur le même bien (en vertu de l'adage *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*), c'est précisément le contraire qui se passe concernant les stocks d'une exploitation (M.E. STORME, « De warrant R.I.P. : helpt hout vasthouden niet meer ? », *op. cit.*, 17).

²⁰⁸ M.E. STORME, « De warrant R.I.P. : helpt hout vasthouden niet meer ? », *op. cit.*, 16.

²⁰⁹ L'hypothèse envisagée est la suivante : l'exploitant constitue un gage qui, en réalité, a pour objet son fonds de commerce, sous l'empire de l'avant-projet. Ensuite, il décide d'engager une seconde fois une partie de ses stocks. Voy. le débat entre François T'KINT et Marc VAN QUICKENBORNE. Le premier prônait déjà que le créancier gagiste classique ultérieur ne l'emporte sur le

En tout état de cause, un second ou un troisième nantissement ne mettra pas en péril le premier, dans la mesure où, aux termes de l'article 15, alinéa 5, « le rang du gage est déterminé par l'ordre chronologique de son enregistrement ».

L'article 24 du projet de loi dispose que « le gage suit les biens grevés dans quelques mains qu'ils passent », sauf exception fondée sur le cours normal des affaires, sur autorisation du créancier gagiste, ou sur l'article 2279 du Code civil. L'article 25 précise cependant que l'enregistrement au registre des gages exclut l'application de l'article 2279 à l'égard d'ayants-cause à titre particulier du constituant du gage agissant dans le cadre de leur activité professionnelle²¹⁰.

Restent alors l'autorisation du créancier gagiste et l'exception fondée sur le cours normal des affaires. Dans l'interprétation de ce concept légal, la Cour de cassation privilégiera-t-elle la sécurité juridique ou, au contraire, franchira-t-elle le Rubicon en accédant aux arguments de nature économique développés par François T'KINT, de manière à ce que le second nantissement, sous certaines conditions strictement définies, supplante le premier ? En tout état de cause, l'objection soulevée par Marc VAN QUICKENBORNE demeure : il sera difficile de déterminer si et dans quelle mesure le deuxième gage aura accru la valeur du fonds de commerce – ce que la théorie de François T'KINT suppose – auquel cas il participerait du cours normal des affaires de l'exploitant.

Il reste que l'article 21 du projet de loi réserve le cas d'une convention contraire qui interdirait au constituant de disposer des biens grevés du gage. Le cas échéant, l'article 24, alinéa 2, prévoit que si le constituant n'était pas habilité à disposer des biens grevés, le droit de gage suit ceux-ci en quelques mains qu'ils passent, sauf application de l'article 2279 du Code civil, dont l'article 25 dit toutefois que l'ayant-cause à titre particulier du constituant du gage ne peut s'en prévaloir s'il agit dans le cadre de son activité professionnelle (ce qui, dans le cas d'un second nantissement, se vérifie la plupart du temps).

3. Une procédure de réalisation du gage assouplie

a) *Autonomie des volontés*

81. – Le projet de loi évoqué ci-dessus simplifie grandement la procédure de réalisation du gage, du moins lorsque le constituant n'est pas un consommateur au sens de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur²¹¹ (articles 46 et suivants).

Comme le préconisent la plupart des ordres juridiques contemporains, la réalisation du gage ne se produirait qu'exceptionnellement devant le juge²¹², la possibilité étant offerte aux parties de convenir elles-mêmes des modalités de réalisation, que ce soit au moment de la conclusion de la convention de gage ou ultérieurement (article 47, alinéa 6)²¹³. A défaut d'accord des parties, le créancier gagiste pourrait charger d'office un huissier de justice de la vente publique, de gré à gré, ou de la location des biens grevés (article 51). Ce primat donné à la liberté contractuelle n'est rien d'autre que la volonté de réduire drastiquement

titulaire du privilège sur fond de commerce, qu'à la condition que le second nantissement ne porte pas sur un élément essentiel de l'exploitation gagée, ni sur un objet mentionné avec précision dans l'acte de mise en gage du fonds, et encore qu'il ne vienne pas garantir une dette antérieure. J.-L. LEDOUX, « Chronique de jurisprudence. Les sûretés réelles », *J.T.*, 1981, 335, n° 67. F. T'KINT, *Sûretés*, *op. cit.*, 182, 351 ; D. PHILIPPE, *La mise en gage du fonds de commerce*, Univ. Catholique de Louvain. Centre Droit des obligations, doc. 89/3, 59.

²¹⁰ Voy. l'article 37 qui énumère les informations qui doivent figurer dans l'avis d'enregistrement public.

²¹¹ Dans cette hypothèse, l'article 46, alinéa 1^{er}, du projet de loi impose le passage en justice.

²¹² L'article 9 U.C.C. aux Etats-Unis, le B.G.B. allemand, le N.B.W. aux Pays-Bas. Voir l'article L. 521-3 du Code de commerce français, en vertu duquel le débiteur peut faire procéder à une vente publique des biens donnés en gage après simple signification faite au débiteur. Voir E. DIRIX, « La réforme du régime des sûretés en France », in *La réforme du droit privé en France : un modèle pour le droit privé européen ?*, Bruxelles, Larcier, 2009, 54.

²¹³ E. DIRIX, « La réforme du régime des sûretés en France », in *La réforme du droit privé en France : un modèle pour le droit privé européen ?*, Bruxelles, Larcier, 2009, 51.

les coûts liés à la réalisation du gage, au bénéfice tant du créancier gagiste que du constituant du gage et même des autres créanciers²¹⁴ : la réalisation doit se produire d'une manière commercialement raisonnable²¹⁵.

L'interdiction du pacte comissoire exprès est abrogée dans le projet de loi. Si le débiteur est en défaut de paiement, le constituant du gage peut autoriser l'appropriation par le créancier gagiste des biens grevés du gage (article 53).

Conformément aux recommandations du Guide législatif de la CNUDCI, une telle procédure fait en sorte que la réalisation soit effectuée d'une manière rapide, efficace, et économiquement justifiée²¹⁶.

b) Limites à l'autonomie des volontés

82. – Si les parties sont libres de convenir du mode de réalisation du gage, cette faculté s'accompagne de garde-fous destinés à protéger les intérêts du constituant du gage, du créancier gagiste, et des autres créanciers.

1) Notification

83. – Le créancier gagiste serait tenu, au moins dix jours ouvrables à l'avance, de notifier au débiteur son intention de procéder à la réalisation du gage (article 48, alinéa 1^{er}). La notification devrait également être faite aux autres créanciers gagistes et à ceux qui ont saisi les biens grevés, et comporterait certaines mentions énumérées à l'article 48, alinéa 3. L'article 49 prévoit que le délai de notification est réduit à trois jours pour les biens qui sont périssables ou qui peuvent se déprécier rapidement.

2) Intervention d'un huissier de justice

84. – Aux termes de l'article 51, le créancier gagiste devrait avoir recours à un huissier de justice pour procéder à une vente publique, de gré à gré, ou à la location des biens gagés.

3) Interdiction en cas de vente pour le créancier gagiste de se porter acquéreur

85. – En vertu de l'article 52, le créancier gagiste n'aurait pas le droit de se porter acquéreur en cas de vente de gré à gré.

4) Evaluation du bien par un expert à la mise en œuvre d'un pacte comissoire exprès

86. – Contrairement à la règle inscrite à l'article 2078 du Code civil, les parties au contrat de gage seraient désormais habilitées à prévoir, en cas de défaut de paiement par le débiteur, l'appropriation par le constituant du gage des biens grevés (article 53, alinéa 1^{er})²¹⁷.

²¹⁴ A titre de droit comparé : E. DIRIX, « Remedies of secured creditors outside insolvency », in H. EIDENMULLER et E.M. KEININGER (eds.), *The future of secured credit in Europe*, Berlin, 2008, 223-241.

²¹⁵ Recommandation 126 du Guide législatif de la CNUDCI. Sur les conditions commerciales raisonnables, voir la directive concernant les garanties financières 2002/47/CE du 6 juin 2002, recommandation 17.

²¹⁶ Recommandation 138 du Guide législatif de la CNUDCI.

²¹⁷ Voir l'article 2348 du Code civil et l'article L. 662-7 du Code de commerce en droit français.

Dans l'hypothèse où le constituant du gage autorise *ab initio* le créancier gagiste à procéder à telle appropriation, au cas où le premier serait en défaut de paiement, c'est-à-dire lorsque la conclusion du pacte commissaire exprès est concomitante ou ultérieure à celle de la convention de gage, un expert devra alors se prononcer, au jour de l'appropriation, sur la valeur des biens qui ne sont pas négociés sur un marché (article 53, alinéa 2) ; le risque de sous-évaluation des biens gagés est, de la sorte, exclu.

5) Voies de recours

87. – Durant la mise en œuvre de la réalisation, un recours judiciaire serait ouvert au créancier gagiste, au constituant du gage ainsi qu'à tout tiers intéressé, pour faire trancher tout litige pouvant survenir dans ce cadre (article 54, alinéa 1^{er}). Ce recours devant le juge des saisies²¹⁸ serait de nature à suspendre la réalisation du gage (article 54, alinéa 2). Au terme de la réalisation, le constituant du gage pourrait également, dans un délai raisonnable, saisir le juge dans l'hypothèse d'un litige ayant trait au mode de réalisation et d'affectation du produit (article 56, alinéa 1^{er}). Selon les auteurs de l'avant-projet, un tel différend ne pourrait en principe porter que sur deux questions de fait : celles de savoir si le débiteur est en défaut, et si le mode de réalisation envisagé est justifié économiquement (c'est-à-dire s'il ne lèse ni le constituant du gage, ni les autres créanciers)²¹⁹.

Conclusion

88. – Comme nous l'écrivions en remarque liminaire, le warrant constitue l'occasion rêvée d'étudier les qualités et défauts du système actuel des sûretés réelles mobilières de droit belge. Dans la première partie, nous l'avons mis à l'épreuve des autres modes de nantissement des stocks, et avons comparé leurs avantages et inconvénients respectifs. Démonstration a ensuite été faite de l'incohérence et de l'éparpillement des sûretés réelles mobilières, préjudiciables à la sécurité juridique. Nous avons alors souligné la nécessité de disposer d'un système davantage cohérent, reposant idéalement sur une figure juridique générique, au sein de laquelle un espace serait dédié à l'autonomie des volontés. Après avoir, dans la seconde partie, résumé l'état du droit concernant l'exigence de dessaisissement dans le contrat de gage, et déploré le caractère antiéconomique de celle-ci, nous avons envisagé la possible consécration d'un gage générique sans dépossession, et les implications qui en découleraient.

Nous nous demandions dans notre introduction quel sort l'avenir réservait-il au warrant. Resterait-il pertinent au sein d'un nouveau système et, le cas échéant, sous quelles modalités ? La philosophie en filigrane de la réforme exposée dans ce travail, prônant un véhicule juridique unique de nantissement des biens meubles (sous réserve de diverses déclinaisons), semble s'opposer au maintien d'une figure spécifique telle que le warrant, d'autant que les avantages de celui-ci – nantissement des stocks sans déplacement de ceux-ci, professionnalisation de la gestion des stocks – peuvent être rencontrés à moindres frais dans le nouveau système. La pratique le délaisse déjà – « ... le warrant se meurt... » – ne revenait-il pas au législateur de lui donner le coup de grâce – « ... le warrant est mort » ?

²¹⁸ Le nouvel article 1395 du Code judiciaire porte *de lege ferenda* que « sous réserve de l'article 46 du Titre XVII du Livre III du Code civil, toutes les demandes qui ont trait à des sûretés réelles mobilières et au registre des gages sont portées devant le juge des saisies » (projet de loi (II) du 18 octobre 2012, *Doc. parl.*, Ch., 2012-13, n° 2463/001, n° 2464/001).

²¹⁹ Avant-projet de loi modifiant le Code civil en ce qui concerne les sûretés réelles mobilières. Rapport du groupe d'experts sur les sûretés créé par le Ministre de la Justice S. DE CLERCK et présidé par le professeur E. DIRIX (Bruxelles, 14 octobre 2011), 36.