

438. On peut donner en nantissement une chose mobilière : c'est le contrat de *gage*. Le nantissement d'une chose immobilière s'appelle *antichrèse* (art. 2072). De là la division de la matière.

—*—

CHAPITRE I^{er}.

DU GAGE.

—

SECTION I. — Des conditions requises pour la validité du gage.

§ I^{er}. Conditions générales.

439. Il est de principe que pour constituer une hypothèque il faut être propriétaire de l'immeuble et être capable de l'aliéner (art. 2124 et 2125; loi hyp., art. 73 et 74). Le même principe s'applique à la constitution du gage. En effet, le gage est un droit réel, de même que l'hypothèque, et le droit réel est un démembrement du droit de propriété; constituer une hypothèque ou un gage, c'est donc consentir une aliénation partielle de la chose; or, il faut avoir, pour aliéner partiellement, la même capacité que pour faire l'aliénation totale. Il n'y a que le propriétaire qui puisse aliéner, parce que la faculté de disposer est un des attributs essentiels de la propriété. Il faut de plus être capable d'aliéner, car il y a des propriétaires qui, à raison de leur incapacité, ne peuvent pas aliéner, et qui, par suite, ne peuvent consentir une hypothèque ni un gage : tels sont les mineurs, les interdits et les femmes mariées.

On donne encore une autre raison du principe d'après lequel il faut être propriétaire et capable d'aliéner pour constituer un gage : c'est que le gage de même que l'hypothèque conduisent à l'aliénation forcée. C'est le droit

du créancier hypothécaire. Quant au créancier gagiste, il ne peut, en principe, disposer du gage, mais il peut faire ordonner en justice que le gage lui demeurera en paiement, ou qu'il sera vendu aux enchères. Le gage conduit donc à l'expropriation du débiteur (art. 2078 et 2079); en ce sens, engager la chose, c'est consentir à son aliénation éventuelle; voilà pourquoi le débiteur doit être propriétaire et capable d'aliéner.

440. Par application de ce principe, on décide que l'hypothèque de la chose d'autrui est nulle. En est-il de même du gage qui serait constitué sur la chose d'autrui? En principe, oui, mais dans l'application il y a des différences qui résultent de la nature mobilière du gage et des principes particuliers qui régissent la propriété des meubles.

Le propriétaire a un pouvoir absolu qu'il exerce envers et contre tous; lorsqu'on dispose de sa chose en l'aliénant, en la grevant d'un droit réel, ces actes ne peuvent porter aucune atteinte à son droit; il revendique sa chose, il la suit entre les mains de tout tiers détenteur, sans tenir aucun compte des actes d'aliénation ni des concessions de droits réels qu'un tiers aurait consentis. Toutefois ce pouvoir absolu souffre une grave modification quand la chose est mobilière. En fait de meubles, la possession vaut titre. Cette règle du droit français s'oppose à ce que le propriétaire revendique la chose mobilière qui lui appartient, entre les mains d'un tiers possesseur de bonne foi; la revendication n'est admise que par exception et pendant trois ans, s'il s'agit d'une chose volée ou perdue. Le créancier gagiste peut-il invoquer le principe de l'article 2279 contre le propriétaire qui revendiquerait sa chose contre lui? L'affirmative n'est pas douteuse, pourvu que le créancier soit de bonne foi, c'est-à-dire pourvu qu'il ait ignoré, en recevant la chose à titre de gage, que cette chose n'appartenait pas au débiteur; dès que le possesseur est de bonne foi, et que le titre même de sa possession n'en prouve pas la précarité, il peut se prévaloir de la maxime qu'en fait de meubles, la possession vaut titre; cette maxime protège tous les possesseurs qui ont acquis un droit sur la chose,

soit comme acheteurs, soit en vertu d'un droit réel, tel qu'usufruit ou gage (1). Il peut paraître singulier qu'un simple droit réel l'emporte sur le droit absolu de propriété; la raison en est, comme nous le dirons au titre de la *Prescription*, qu'il y a un intérêt général en cause, l'intérêt du commerce et de la libre circulation des choses mobilières. Mais le créancier gagiste ne peut plus invoquer la maxime de l'article 2279, s'il est de mauvaise foi, et il est de mauvaise foi quand il reçoit comme gage une chose qu'il sait ne pas appartenir au débiteur qui la lui remet à ce titre. Le propriétaire est admis, en ce cas, à revendiquer la chose contre le créancier gagiste, comme il pourrait la revendiquer contre un acheteur de mauvaise foi. La revendication serait encore admise si la chose engagée était une chose volée ou perdue (2).

Nous avons supposé jusqu'ici le propriétaire revendiquant la chose contre le créancier gagiste. Il nous reste à voir quels seront les rapports entre le débiteur et le créancier à qui il a remis comme gage une chose qui ne lui appartient pas. Le gage est nul; mais qui peut se prévaloir de la nullité? Il va sans dire que le créancier peut obliger le débiteur à lui donner un autre gage; on applique ici, par analogie, ce que nous avons dit, au titre des *Obligations*, sur l'article 1238 : quand le débiteur paye une chose qui ne lui appartient pas, le créancier peut exiger que le débiteur lui remette une autre chose dont il ait la propriété. On objecte vainement que le créancier est à l'abri de la revendication, puisqu'il peut la repousser en vertu de l'article 2279; on répond à l'objection que c'est au créancier seul de voir s'il lui convient d'opposer la prescription de l'article 2279 ou de ne pas l'opposer. Quant au débiteur, il ne peut pas répéter la chose qu'il a remise en gage; il ne le peut pas comme propriétaire, puisqu'il ne l'est point; il ne le peut pas en vertu de la nullité du gage, car la nullité n'est pas établie dans son intérêt; donc il ne

(1) Comparez Bordeaux, 26 mai 1873 (Dalloz, 1876, 2, 23).

(2) Berlier, Exposé des motifs, n° 9 (Loché, t. VIII, p. 100), et tous les auteurs (Aubry et Rau, t. IV, p. 700, note 1, § 432. Pont, t. II, p. 576, n° 1074).

peut pas l'invoquer. Il est vrai que, dans notre opinion, le débiteur qui paye une chose dont il n'est pas propriétaire peut la répéter, mais cela tient à une raison de texte qui est étrangère à notre débat. Nous renvoyons à ce qui a été dit sur l'article 1238 (t. XVII, n° 499).

441. Le principe qu'en fait de meubles, la possession vaut titre n'est applicable qu'aux meubles corporels et aux titres au porteur transmissibles par la tradition manuelle; nous dirons, au titre de la *Prescription*, que l'article 2279 ne s'applique pas aux meubles incorporels, dont la propriété ne s'acquiert que par l'accomplissement de certaines formalités : telles sont les valeurs nominatives, qui sont soumises à un transfert régulier. Le propriétaire peut donc les revendiquer si elles ont été aliénées par un tiers non propriétaire; il peut, par conséquent, agir en revendication contre le créancier gagiste.

La question a été jugée en ce sens par la cour de cassation dans l'espèce suivante. Après la mort de sa femme, un négociant donne en gage à son créancier douze actions nominatives d'une société charbonnière. Ses enfants, ayant renoncé à sa succession, revendiquèrent la moitié des actions comme héritiers de leur mère. La cour de Douai leur donna gain de cause. En effet, les époux étant mariés sous le régime de la communauté, les actions, quoiqu'elles fussent au nom du mari, étaient devenues la copropriété de la femme et lui appartenaient pour moitié. Après la dissolution de la communauté, le mari ne pouvait plus disposer que de sa part dans lesdites actions; en donnant toutes les actions en gage, il avait disposé de créances appartenant aux héritiers de sa femme; ceux-ci étaient donc en droit de les revendiquer (1).

442. Les personnes incapables d'aliéner sont par cela même incapables de constituer un gage. Nous avons exposé les principes ailleurs (2). La loi sur les faillites contient des

(1) Rejet, 17 décembre 1873 (Dalloz, 1874, 1, 145).

(2) Juge, par application de ces principes, que la femme mariée ne peut donner en gage des effets mobiliers qui ne lui appartiennent pas, pour une dette contractée sans autorisation maritale (Cassation, 12 janvier 1874, Dalloz, 1874, 1, 153).

dispositions spéciales sur le gage et l'hypothèque que le failli constitue avant la déclaration de faillite. Une fois la faillite déclarée, le failli est dessaisi de l'administration de ses biens; donc il ne peut plus constituer de gage. Mais il arrive fréquemment que les débiteurs insolvables cherchent à se procurer du crédit en donnant aux prêteurs en nantissement des choses mobilières; ce qui diminue d'autant le gage commun quand la faillite vient à éclater. Ces gages sont-ils nuls? Il faut distinguer. Si un gage est constitué depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours qui auront précédé cette époque, le nantissement est nul et de nul effet, parce qu'il est présumé fait en fraude des autres créanciers. Cela suppose que la dette était antérieurement contractée et que le but du nantissement a été d'avantager l'un des créanciers au préjudice des autres. Si le gage est constitué depuis la cessation de paiements, en même temps que les parties contractent l'obligation principale, l'acte n'est plus nul en vertu de la loi; la validité du contrat accessoire dépend, dans ce cas, de la validité du contrat principal; et celui-ci peut être annulé suivant les circonstances, c'est-à-dire suivant qu'il a été fait de bonne foi ou en fraude des autres créanciers (1).

443. L'article 2071, qui définit le nantissement, suppose que c'est le débiteur qui remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette. Tel est, en effet, le cas ordinaire. Toutefois le gage peut aussi être constitué par un tiers pour le débiteur. L'article 2077 le dit, et cela est d'évidence. Je puis consentir une hypothèque sur mon héritage pour la garantie de la dette d'un tiers, puisque je suis libre de disposer de mes biens comme je l'entends. Par la même raison, je puis donner un meuble en gage pour faire plaisir à un tiers, dit Pothier. Il y a, dans ce cas, deux conventions : d'abord, entre moi et le débiteur, il y a un lien juridique qui découle d'un mandat ou d'une gestion d'affaires; puis il se forme un contrat de nantissement entre moi et le créancier; il n'y a aucune différence entre

(1) Loi belge du 18 avril 1851, art. 445 et 446. Loi française, ou nouveau code de commerce, art. 446 et 447. Comparez Rejet, 18 juin 1862 (Dalloz, 1862, 1, 424), et Pont, t. II, p. 573, n° 1071.

ce contrat et celui que le débiteur forme lui-même (1).

444. Quelles choses peuvent être données en gage? Aux termes de l'article 2118 (loi hyp., art. 45), sont seuls susceptibles d'hypothèques les biens immobiliers qui sont dans le commerce et l'usufruit des mêmes biens. Par analogie, faut-il dire que sont susceptibles d'être données en gage toutes les choses mobilières qui sont dans le commerce? Cela est vrai en général; il faut que les choses soient dans le commerce, parce qu'elles sont destinées à être vendues si le débiteur ne paye pas; et il suffit aussi qu'elles soient dans le commerce. Toutefois il y a une condition requise pour la validité de tout gage, qui vient modifier ce principe. Aux termes de l'article 2076, le gage doit être mis et rester en possession du créancier; cela est essentiel, non-seulement pour l'existence et la conservation du privilège, cela est aussi nécessaire pour les droits que le créancier gagiste a à exercer à l'égard du débiteur. Nous reviendrons plus loin sur le principe; il en résulte que les seules choses susceptibles d'être données en gage sont celles qui peuvent être remises au créancier gagiste; si le débiteur ne peut pas être dessaisi de la chose, le contrat de gage ne peut pas se former. La cour de Paris l'a jugé ainsi dans une espèce où un boulanger avait donné en gage le numéro ou permission de police nécessaire à la profession de boulanger. Ce numéro, dit la cour, ou cette permission, nécessaire pour l'exercice de l'industrie, constitue une faculté purement personnelle, dont le titulaire en exercice ne peut être un instant dessaisi. Les parties avaient essayé de simuler une mise en possession, en signifiant la convention de gage au préfet de police et au syndicat de boulangerie; mais ces significations indiquaient seulement la volonté de transmettre une espèce de possession au créancier; il est bien certain qu'elles n'équivalaient pas même à une tradition symbolique. L'arrêt ajoute que l'on ne conçoit pas davantage le droit de gage frappant le fonds de commerce ou l'achalandage; comment veut-on qu'un boulanger se dessaisisse un instant de sa clientèle, sans

(1) Pont, t. II, p. 632, n° 1141.

laquelle son industrie devient un non-sens? La cour conclut qu'il n'y avait pas de gage valable, ni, par conséquent, de privilège (1).

On a prétendu que les œuvres de l'esprit échappent au contrat de nantissement. Dans l'espèce, il s'agissait de pierres et de planches gravées représentant des œuvres musicales. La cour de Paris répond que l'œuvre de l'esprit, dès qu'elle se réalise extérieurement par l'impression, la gravure ou la lithographie, constitue une propriété; donc un bien mobilier, tout ensemble incorporel et corporel; et qu'à ce double titre le droit et les objets matériels qui en sont le signe peuvent être donnés en gage (2).

445. Les choses incorporelles peuvent être données en gage; l'article 2075 le dit implicitement. En théorie, d'ailleurs, cela ne fait aucun doute: les droits sont dans le commerce, et ils sont susceptibles de possession (art. 1607). On a fait une objection en ce qui concerne les rentes sur l'Etat: elles sont insaisissables, dit-on, donc non susceptibles d'être frappées d'un gage. La conséquence n'est pas logique; tout ce qui résulte de ce que les rentes sont insaisissables, c'est qu'elles ne sont pas soumises à l'exécution forcée que le créancier peut pratiquer sur tous les biens de son débiteur; mais de là ne suit pas que les rentes soient hors du commerce; on les vend tous les jours, donc on peut aussi les donner en gage. C'est une pratique très-usuelle: le créancier, quand le débiteur ne paye pas, a le droit de faire vendre les rentes qui lui sont engagées, en observant les formes prescrites par la loi du 28 floréal an VII (3).

§ II. *Des conditions de forme prescrites dans l'intérêt des tiers.*

446. Le principal effet du gage concerne les tiers, puisque le but du gage est de conférer au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet, par privilège et préférence aux autres créanciers (art. 2073). Toutefois

(1) Paris, 26 juillet 1851 (Dalloz, 1852, 2, 218).

(2) Paris, 15 janvier 1874 (Dalloz, 1875, 2, 43).

(3) Paris, 13 janvier 1854 (Dalloz, 1854, 2, 93).

le gage produit aussi des effets entre le créancier et le débiteur. Ainsi le débiteur doit tenir compte au créancier des dépenses que celui-ci a faites pour la conservation du gage. Nous traiterons plus loin cette matière en détail. L'intérêt des tiers a fait prescrire des conditions de forme en matière de gage, comme en matière d'hypothèques et de privilèges. Aux termes de l'article 2074, le créancier gagiste ne peut exercer son privilège qu'autant qu'il y a un acte public ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure. Ces formes sont-elles de l'essence du gage, de sorte qu'elles doivent être remplies pour que le gage existe? Le texte même de l'article 2074 prouve que les formes qu'il établit ne concernent que les tiers. Après avoir dit que le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet par *privilège et préférence aux autres créanciers*, le code ajoute: « Ce *privilège* n'a lieu qu'autant qu'il y a eu un acte public ou sous seing privé, etc. » Donc c'est pour assurer son droit de préférence que le créancier gagiste doit remplir les formalités que prescrit l'article 2074. Ces formalités sont, par conséquent, étrangères aux rapports que le gage établit entre le créancier et le débiteur, indépendamment du privilège. L'argument de texte est confirmé par les travaux préparatoires. Le rapporteur du Tribunat dit que, quant à la forme, il faut distinguer: « S'il ne s'agit que de l'effet que doit avoir la convention entre le créancier et le débiteur, les règles suivant lesquelles la vérité de cette convention doit être établie sont celles prescrites par la loi des contrats ou des obligations conventionnelles en général. » C'est dire qu'entre le créancier et le débiteur on applique le droit commun. « Mais, dit Gary, si cette convention doit être opposée à des *tiers*, si le détenteur du gage réclame, au préjudice de ces tiers, le privilège que la loi lui assure, il faut alors que la remise de ce gage ou la convention dont elle est l'effet aient une date certaine qui exclue toute idée de fraude et de collusion entre ce détenteur et le propriétaire du gage. Sans cette précaution, un débiteur infidèle,