

cré. On sait que le code Napoléon n'a fait que reproduire, avec quelques modifications, une loi du code de Justinien connue sous le nom de loi *Etiam*; or, cette loi disposait, en termes formels, que le droit de rétention qu'elle accordait au créancier n'avait pas lieu à l'égard d'un second créancier. Basée sur l'équité, la loi romaine permettait au gagiste d'écarter la demande en restitution du gage par une exception de dol; or, cette exception de dol, personnelle de sa nature, ne peut être opposée à des créanciers qui, en agissant sur les biens de leur débiteur, ne font qu'exercer un droit. La cour de cassation invoque encore le rapport de Gary, qui assimile le droit de rétention de l'article 2082, 2° alinéa, à une saisie-arrêt que le créancier fait entre ses propres mains; ce qui exclut toute idée d'un droit de préférence. Ainsi l'esprit de la loi est d'accord avec le texte pour condamner une interprétation qui n'a aucune base, ni dans la tradition, ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi (1). Il y a un arrêt postérieur, de la cour de Bruxelles, dans le même sens; nous croyons inutile de l'analyser; la cour ne fait que reproduire, avec une grande force, les arguments que nous avons fait valoir (2).

### § III. Droit de vente.

**509.** Le gage est une garantie stipulée par le créancier pour assurer le paiement de la dette. En quoi consiste cette garantie? L'article 2073 l'explique: si le débiteur ne paye pas, le créancier a le droit de se faire payer sur la chose qui lui a été donnée en gage par préférence aux autres créanciers. Reste à savoir comment le créancier peut se faire payer sur la chose engagée. L'article 2078 répond à la question: « Le créancier ne peut, à défaut de paiement, disposer du gage, sauf à lui à faire ordonner en justice que ce gage lui demeurera en paiement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par experts, ou qu'il sera vendu aux enchères. »

(1) Rejet, 26 avril 1872, au rapport de Girardin (*Pasicrisie*, 1872, 1. 244).

(2) Bruxelles, 22 juillet 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 2, 314).

Le créancier ne peut disposer du gage en se l'appropriant; il n'a droit qu'à être payé sur le gage, de même que le créancier hypothécaire a le droit de se faire payer sur l'immeuble hypothéqué; mais le créancier gagiste, pas plus que le créancier hypothécaire, ne peut s'approprier la chose. La loi ne le dit point pour le créancier hypothécaire: pourquoi le dit-elle pour le créancier gagiste? L'orateur du gouvernement en donne la raison dans l'Exposé des motifs. D'ordinaire la valeur du gage est supérieure au montant de la dette: cela n'a aucun inconvénient si le débiteur paye et retire le gage; mais cela présenterait un grand danger si le gage devenait la propriété du créancier à défaut de paiement. Le débiteur, pressé par le besoin et espérant qu'il pourra retirer le gage en acquittant la dette, donne en nantissement une chose dont la valeur dépasse le montant de la dette; puis il se trouve dans l'impossibilité de payer; ainsi, dit Berlier, un effet précieux servira à acquitter une dette modique. Qu'en résulterait-il? C'est que la convention de gage enrichirait le créancier et ruinerait le débiteur. Voilà ce que la loi a voulu empêcher. Le gage est un contrat favorable, en tant qu'il procure du crédit au débiteur, en offrant au créancier une garantie pour l'exécution de l'engagement; il deviendrait odieux et contraire à l'ordre public s'il favorisait l'exploitation de la misère par la cupidité (1).

**510.** Le créancier gagiste doit s'adresser à la justice pour faire ordonner que le gage lui demeurera en paiement ou qu'il sera vendu aux enchères. Pourquoi la justice intervient-elle? C'est une garantie pour le débiteur: l'intervention du juge empêchera le créancier de s'approprier le gage. On a objecté que la garantie pourrait devenir préjudiciable à celui dans l'intérêt duquel elle est établie; on ne s'adresse pas à la justice sans frais, et c'est le débiteur qui les supporte. L'orateur du gouvernement répond que, si le principe est bon, il faut l'admettre, sauf à veiller à ce que le recours forcé à la justice soit simple et peu dispendieux: cet objet, dit Berlier, ne sera pas négligé dans le code de

(1) Berlier, Exposé des motifs, n° 6 (Loché, t. VIII, p. 99).

procédure. L'espoir n'a pas été réalisé; c'est un des grands vices de notre législation, car la justice qui ruine les justiciables n'est plus une justice.

En quel sens la justice intervient-elle? Le juge ordonne que le gage demeurera au créancier en paiement de ce qui lui est dû, ou qu'il sera vendu aux enchères. Cela veut-il dire que le juge décidera si le gage sera vendu ou s'il demeurera au créancier? Le rapporteur du Tribunat semble donner ce pouvoir au juge: « Si, dit-il, le gage est d'une valeur si modique qu'elle doive être absorbée par les frais d'une vente aux enchères, les juges se contenteront d'ordonner l'estimation. » On en a conclu que c'est à la justice d'ordonner ce qui lui paraîtra le plus avantageux aux intérêts du débiteur (1). Telle n'est pas la mission ordinaire des tribunaux; ils n'interviennent pas pour sauvegarder des intérêts, c'est là l'objet de la juridiction volontaire: la juridiction contentieuse, dont les juges sont investis, décide les questions de droit en adjugeant ou en rejetant les conclusions du demandeur. C'est donc au créancier à voir ce qu'il est de son intérêt de demander, ou que la chose lui demeurera en paiement, ou qu'elle sera vendue aux enchères; et le juge doit ordonner ce que le créancier demande. Si la justice intervient, c'est uniquement pour empêcher que le créancier ne s'approprie le gage. Le droit même que l'article 2078 accorde au créancier prouve que c'est à lui de choisir ce qu'il veut demander. Il peut faire ordonner par la justice que le gage lui demeurera en paiement de ce qui lui est dû; dans ce cas, il devient propriétaire de la chose; or, conçoit-on qu'il devienne propriétaire malgré lui? C'est ce qui arriverait néanmoins si le créancier demandait la mise aux enchères et si le juge décidait que la chose lui demeurerait en paiement; cela n'est pas admissible (2).

**511.** Le créancier peut demander, d'abord que le gage lui demeurera en paiement jusqu'à due concurrence, ce qui

(1) Gary, Rapport, n° 11 (Loché, t. VIII, p. 165). Duranton, t. XVIII, p. 613, n° 536.

(2) Pont, t. II, p. 636, n° 1146. Aubry et Rau, t. IV, p. 712, note 7, § 434. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 110, note 8.

implique la nécessité d'une estimation; l'article 2078 veut qu'elle se fasse par experts. Il a cependant été jugé que le tribunal pouvait lui-même faire l'estimation. Dans l'espèce, il s'agissait d'actions négociables à la Bourse: le tribunal décida qu'elles resteraient au créancier pour une valeur déterminée par la cote publique de la Bourse. Une expertise, dans ces circonstances, eût été inutile et, partant, frustratoire. D'ailleurs il est de principe que les juges sont experts de droit; alors même que la loi ordonne une expertise, c'est pour éclairer la conscience du juge; si le juge se trouve suffisamment éclairé, pourquoi recourrait-il à une expertise qui ne peut apporter aucune lumière dans le débat? La cour de cassation ajoute qu'il n'en serait autrement que dans le cas où une disposition expresse de la loi rendrait l'expertise obligatoire pour le juge; or, l'article 2078 dispose dans les termes du droit commun: il est certain que le juge ne serait pas lié par l'avis des experts; le juge peut donc décider lui-même sans ordonner une expertise. Cela est aussi fondé en raison; on se plaint des frais auxquels donne lieu l'intervention de la justice; la plainte serait plus que légitime si la justice ordonnait des mesures d'instruction sans utilité aucune (1).

**512.** Le créancier peut aussi demander que le gage soit vendu aux enchères, c'est-à-dire avec publicité et concurrence: c'est une garantie pour le débiteur que la chose sera vendue à sa véritable valeur. Suffit-il que la vente se fasse aux enchères? On enseigne que la vente doit se faire d'après les formes établies pour la saisie-exécution (2). Il a été jugé, en sens contraire, que les dispositions du code de procédure sur la saisie-exécution ne sont pas applicables à la vente du gage. En effet, aucune loi ne les prescrit en matière de nantissement; l'article 2074 n'exige que la publicité, et le code de procédure suppose une vente forcée sur saisie; or, la vente du gage n'est pas une vente forcée, et il n'y a pas de saisie. Dans l'espèce jugée par la cour de Liège, il s'agissait de vins donnés en nantissement; les

(1) Cassation, 1<sup>er</sup> juillet 1856 (Daloz, 1856, 1, 274). Comparez Rejet, 4 avril 1866 (Daloz, 1867, 1, 33).

(2) Pont, t. II, p. 638, n° 1149.

vins se trouvaient à l'entrepôt de Verviers. Le créancier fit procéder à la vente par le ministère d'un huissier, avec publicité et en observant les formalités d'usage dans les ventes de marchandises qui se trouvent à l'entrepôt. La vente faite dans ces formes a été validée; nous croyons que la cour a bien jugé (1).

Faut-il nécessairement que le créancier obtienne l'autorisation de justice pour procéder à la vente, ou les parties peuvent-elles convenir que, si le débiteur ne paye pas, le créancier aura le droit de vendre le gage aux enchères, sans être tenu de demander la permission du juge? On enseigne, en se fondant sur la tradition, que cette convention serait valable, et on ajoute qu'elle serait même inutile si le créancier avait un titre exécutoire. En théorie, nous serions de cet avis, mais il s'agit de savoir ce que la loi veut; or, l'article 2078 est formel, il veut que la vente aux enchères soit ordonnée en justice; et la loi ajoute que toute clause qui autoriserait le créancier à disposer du gage sans ces formalités est nulle; et l'intervention de la justice est une de ces formalités. Sans doute le créancier qui a un titre exécutoire ne doit pas s'adresser à la justice, il peut saisir et faire vendre les biens du débiteur; mais, dans l'espèce, il ne s'agit pas de saisie ni de vente forcée; l'article 2078 contient une disposition toute spéciale pour le cas où un gage doit être vendu: la loi exige, dans ce cas, une ordonnance de justice pour garantir les droits du débiteur; la question se réduit donc à savoir si le débiteur peut renoncer à une garantie que la loi lui donne; or, la loi décide la question, puisqu'elle annule les clauses qui dérogeraient à ces dispositions.

**513.** L'application de l'article 2078 a soulevé une autre difficulté. On demande si le créancier peut se porter adjudicataire. La solution dépend du point de savoir si l'article 1596 est applicable au créancier gagiste. Aux termes de cette disposition, « ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, les mandataires, des biens qu'ils sont chargés de vendre. » Le créancier gagiste qui fait vendre

(1) Liège, 16 janvier 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 20).

le gage est-il le mandataire du débiteur? Non, à notre avis; il n'est pas plus mandataire que tout créancier qui fait vendre les biens de son débiteur, c'est en son propre nom qu'il agit, et non au nom du débiteur; il est vrai que c'est la chose de celui-ci qui est vendue, mais cela ne suffit pas pour que le créancier soit mandataire. Il y a un arrêt, en ce sens, de la cour de Liège; la cour dit très-bien que le créancier, à la différence du mandataire, est intéressé à enchérir, afin de faire vendre la chose à sa valeur véritable, valeur dont il profite, puisqu'il a un privilège sur le prix (1). La cour de cassation s'est prononcée pour l'opinion contraire, mais sans motiver sa décision (2).

**514.** La vente des valeurs cotées à la Bourse ne se fait pas aux enchères, elle se fait à la Bourse par le ministère d'un agent de change. Il y a, sur ce point, une législation spéciale qui déroge à la règle générale de l'article 2078 (3). La cour de cassation de Belgique l'a décidé ainsi; elle dit très-bien que la vente à la Bourse est plus avantageuse aux parties, et remplit, par conséquent, mieux le but de la loi qu'une vente aux enchères (4). La jurisprudence française est dans le même sens (5).

Mais la législation spéciale ne déroge à l'article 2078 que pour ce qui regarde les formes de la vente, elle n'y déroge pas en ce qui concerne la nécessité d'une ordonnance de justice; en ce point le code civil est absolu, il faut toujours un jugement qui autorise la vente, quelles que soient les formes dans lesquelles la vente se fasse. La cour de Liège a annulé une vente d'actions faite à la Bourse, par le créancier, sans qu'il y fût autorisé par le tribunal (6).

**515.** L'article 2078 ne dit pas qui supporte les frais du jugement et de la vente ou de l'expertise, s'il y a lieu. En

(1) Liège, 16 janvier 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 20).

(2) Rejet, 7 décembre 1852 (*Dalloz*, 1853, 1, 35). Pont, t. II, p. 638, n° 1149.

(3) Loi du 4 mars 1806, décret du 25 septembre 1806, avis du conseil d'Etat des 17 novembre 1807-11 janvier 1808. Code de commerce, art. 76.

(4) Rejet, 18 février 1835 (*Pasicrisie*, 1835, 1, 31).

(5) Paris, 13 janvier 1854 (*Dalloz*, 1854, 2, 93).

(6) Liège, 5 janvier 1854 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 150).

principe, les frais sont supportés par celui qui les occasionne; donc, dans l'espèce, par le débiteur, car c'est parce que le débiteur ne paye pas que le créancier est obligé de s'adresser à la justice. La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi. On faisait une objection très-spécieuse dans l'intérêt du débiteur. Le créancier avait fait assigner le débiteur; celui-ci ne s'opposa pas aux conclusions du demandeur; le tribunal, en les adjugeant au créancier, condamna le débiteur aux frais. Appel. Néanmoins le débiteur soutint qu'il ne pouvait être condamné aux frais, vu qu'il n'avait point contesté la demande formée à sa charge. La cour de Bruxelles confirma le jugement, en se fondant, d'une part, sur l'obligation que la loi impose au créancier de faire ordonner la vente en justice, et, d'autre part, sur le défaut de paiement du débiteur qui avait rendu l'instance nécessaire (1).

**516.** L'article 2078 donne au créancier le droit de faire vendre le gage à défaut de paiement. Que faut-il décider si le créancier n'use pas de ce droit? Le débiteur pourrait-il forcer le créancier à vendre? La cour de Bruxelles s'est prononcée en faveur du créancier, et nous croyons qu'elle a bien jugé. Quel est le but du contrat de gage? C'est une garantie pour le créancier. La garantie consiste d'abord dans le privilège qu'il a à l'égard des autres créanciers, ce qui implique la vente du gage. Le créancier a encore un autre droit, c'est de retenir la chose jusqu'à ce qu'il soit intégralement payé. Si le droit de rétention suffit pour garantir les intérêts du créancier, le débiteur n'a pas le droit de le forcer à vendre: il n'a qu'un moyen d'obtenir la restitution du gage, c'est de payer. Tant qu'il ne paye pas, le créancier conserve son droit de rétention. On objecte, dans l'intérêt du débiteur, que cette doctrine aboutit à perpétuer le gage si le débiteur se trouve dans l'impossibilité de payer la dette. La cour de Bruxelles répond que rien n'empêche le débiteur de vendre les objets dont le créancier est nanti et de payer le créancier avec le prix de la vente. Toutefois la cour avoue que la vente d'objets détenus par le créancier gagiste offre des difficultés (2). Il y a là un conflit de droits

(1) Bruxelles, 25 juin 1831 (*Pasicristie*, 1831, p. 165).

(2) Bruxelles, 8 novembre 1858 (*Pasicristie*, 1859, 2, 5).

et d'intérêts que le législateur n'a pas prévu, parce qu'il se présente rarement. C'est une lacune que nous signalons au législateur.

**517.** L'article 2078 est-il applicable en matière de commerce? Sous l'empire du code de commerce, la question était controversée. La loi du 5 mai 1872 a maintenu le principe du code civil en ce qui concerne l'appropriation du gage: aux termes de l'article 10, toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités légales est nulle. Mais la loi nouvelle déroge au code civil quant aux formalités à suivre pour la réalisation du gage; l'article 4 est ainsi conçu: « A défaut de paiement à l'échéance de la créance garantie par le gage, le créancier peut, après une mise en demeure signifiée à l'emprunteur et au tiers bailleur de gage, s'il y en a un, et en s'adressant par requête au président du tribunal de commerce, obtenir l'autorisation de faire vendre le gage, soit publiquement, soit de gré à gré, au choix du président et par la personne qu'il désigne. » La loi permet au débiteur de former opposition à l'ordonnance du président; nous renvoyons, sur ce point, au texte, la matière ne rentrant pas dans le cadre de notre travail (1).

La loi de 1872 déroge au code civil, non-seulement en ce qui concerne les formes d'après lesquelles la vente du gage peut ou doit se faire, elle enlève au créancier un droit que lui donnait l'article 2078, celui de demander que la chose engagée lui demeure en paiement de ce qui lui est dû, d'après une estimation faite par experts. Cela a été ainsi jugé par la cour de Gand, et sur ce point il n'y a pas de doute (2). Mais nous faisons nos réserves sur l'application que la cour a faite de la loi nouvelle à un contrat de gage passé sous l'empire de la loi ancienne. Il était dit dans l'acte que le créancier pourrait, à défaut de paiement, user des droits que lui donne l'article 2078. La cour a jugé que cette clause ne concernait que l'exécution de la convention, et que le mode d'exécution d'un contrat est tou-

(1) Comparez, sur la législation française, Pont, t. II, p. 641, nos 1152-1154. Aix, 25 mars 1874 (*Dalloz*, 1875, 2, 112).

(2) Gand, 6 février 1875 (*Pasicristie*, 1875, 2, 183).

jours régi par la loi nouvelle, sans que le créancier puisse se prévaloir de la loi ancienne comme d'un droit acquis. Cela est trop absolu; nous renvoyons, quant au principe, à ce qui a été dit sur l'article 2 (t. I, nos 227-231).

**518.** L'article 2078 ajoute une sanction à la prohibition qu'il prononce : « Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage, ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle. » Il n'est donc pas permis au débiteur de renoncer aux garanties que la loi a établies en sa faveur. Ces garanties ont pour objet de protéger la misère contre la cupidité des usuriers; les besoins qui forcent le débiteur à emprunter sur gage l'auraient forcé aussi à subir la loi du créancier; ainsi le pacte comissoire, déjà réprouvé par les lois romaines, serait devenu une clause de style (1). La loi ne pouvait donc pas admettre de renonciation en cette matière, puisque le débiteur ne jouit pas de son entière liberté.

Il ne faut cependant pas induire de l'article 2078 que toute espèce de clause concernant la disposition du gage soit défendue. La loi déroge au droit commun, qui permet aux parties de régler leurs intérêts comme elles l'entendent (2); elle est donc de stricte interprétation. Quelles sont les clauses que le code a entendu prohiber? D'abord la clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage. Le créancier peut demander que le gage lui demeure, mais il faut qu'il le demande à la justice et que la valeur de la chose soit déterminée judiciairement. L'article 2078 prohibe encore et annule la clause qui permettrait au créancier de disposer de la chose sans les formalités légales; il en peut disposer en provoquant la vente aux enchères, ce qui est une garantie pour le débiteur; il ne le peut pas sans cette garantie, et il faut de plus que la vente soit autorisée par le juge.

Sur la nécessité de l'intervention du juge il y a controverse. Merlin et Troplong ont soutenu que les parties pouvaient stipuler que la vente se ferait sans autorisation de

(1) Gary, Rapport, n° 11 (Loché, t. VIII, p. 105).

(2) Voyez la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat, séance du 10 ventôse an XII, n° 10 (Loché, t. VIII, p. 93).

justice, pourvu qu'elle eût lieu aux enchères. Ils invoquent la tradition. Si l'on consultait le code avant de consulter la tradition! Celle-ci est abrogée, ce n'est plus que de l'histoire. La question s'est présentée devant la cour de Liège; l'organe du ministère public, M. Beltjens, un de nos meilleurs jurisconsultes, s'exprima en termes assez sévères sur l'interprétation que les auteurs donnaient à l'article 2078: il faut croire, dit-il, que Merlin n'avait pas le texte sous les yeux quand il a affirmé que la loi permettait de stipuler que le créancier pourrait faire vendre le gage; la loi dit bien formellement le contraire. Quant à Troplong, il trouve bon de scinder la loi; il l'applique en ce qui concerne la nécessité de vendre aux enchères; il ne l'applique pas en ce qui concerne la nécessité de l'autorisation de justice. Qui l'autorise à scinder la loi, ce qui aboutit à légitimer ce que la loi défend? Le juge, dit-il, aurait été obligé d'autoriser la vente sur la demande du créancier; les parties ne font donc que ce que le juge aurait dû faire à leur place; la seule chose qui importe au débiteur, c'est que la vente se fasse aux enchères. Cela n'est pas exact; le texte de l'article 2078 est formel, et cela devrait suffire. L'esprit de la loi est aussi en faveur du débiteur. En effet, l'intervention de la justice est une garantie pour lui; le juge n'est pas tenu d'autoriser la vente immédiate, il peut accorder un délai au débiteur; il peut aussi refuser l'autorisation si la clause tend indirectement à priver le débiteur du bénéfice des formes légales, ou à permettre au créancier de s'approprier le gage. La loi prescrit des garanties, et elle veut que le juge intervienne pour assurer que ces garanties ne seront pas éludées. La cour de Liège s'est prononcée en ce sens (1).

**519.** La loi dit : « Toute clause est nulle. » Cela suppose une clause de la convention de gage; par conséquent, une clause arrêtée au moment où le contrat se forme. C'est, en effet, à ce moment que le débiteur subit la loi du créancier et qu'il est forcé de consentir à toutes les conditions

(1) Liège, 29 mai 1852, et le Réquisitoire de Beltjens (*Pasicrisie*, 1852, 2, 413).

que celui-ci lui impose. En faut-il conclure que si, postérieurement au contrat de nantissement, il intervenait une convention par laquelle le créancier serait autorisé à s'approprier le gage, ou à en disposer sans les formalités légales, la convention serait valable? On enseigne que la convention serait nulle si elle intervenait avant l'échéance de la dette, parce que, dit-on, le débiteur, quoiqu'il ait reçu les deniers dont il avait besoin, est encore dans la dépendance de son créancier, celui-ci pouvant user de rigueur dans l'exécution du contrat (1). Il y a du vrai dans cette considération; mais n'a-t-elle pas pour effet d'étendre une nullité, ce qui aboutit à la créer? Il nous semble qu'il serait plus juridique de poser en principe que les conventions postérieures au nantissement sont valables, à moins qu'elles ne soient faites en fraude de la loi, c'est-à-dire qu'elles seraient nulles si elles avaient été arrêtées lors de la mise en gage; si, pour échapper à la nullité, elles avaient été rédigées postérieurement, dans ce cas, on pourrait dire que ce sont, en réalité, des clauses du contrat de gage. Il va sans dire, du reste, que le débiteur qui consentirait une convention que la loi prohibe lors du nantissement serait admis à prouver que sa volonté n'a pas été libre. C'est le droit commun; l'article 2078 déroge au droit commun en présumant que le débiteur a subi une contrainte morale. Cette présomption, nous semble-t-il, ne peut pas être étendue au delà des termes de la loi.

**520.** On enseigne généralement que la vente consentie postérieurement au contrat, par le débiteur au créancier, même avant l'échéance de la dette, est valable, bien qu'elle ait pour effet de transporter la propriété du gage au créancier. Cette doctrine n'est-elle pas en opposition avec celle que nous venons de combattre? La vente que l'on déclare valable est aussi une convention dont l'effet est que le créancier s'approprie le gage; elle est consentie, nous le supposons, à un moment où le débiteur n'a pas recouvré son entière liberté, puisqu'il est encore dans les liens de son engagement. Donc il faudrait dire que la vente est nulle.

(1) Troplong, contre Bartole, n° 386; suivi par Pont, t. II, p. 645, n° 1157.

On s'accorde cependant à la déclarer valable. Pourquoi? Au conseil d'Etat, il a été dit que, dans ce cas, la liberté des conventions devait l'emporter; mais n'en doit-on pas dire autant de toutes les conventions qui interviennent entre les parties après le contrat de gage? On convient, du reste, que la vente, aussi bien que toute autre convention, peut ne pas être contractée librement par le débiteur, mais la loi n'a pas entendu prohiber toute espèce de conventions entre les parties. Cela revient à dire que la liberté reste le droit commun et que la prohibition forme l'exception (1). Ce qui est bien notre avis.

La jurisprudence s'est prononcée dans le même sens. Quand, postérieurement au contrat de gage, le débiteur vend le gage au créancier, il paye, en réalité, sa dette sous la forme d'une action en paiement; or, la loi ne défend pas au débiteur de se libérer en donnant le gage en paiement de ce qu'il doit; ce qui est décisif (2).

**521.** Par identité de raison, l'on admet que le débiteur peut, postérieurement au contrat de gage, autoriser le créancier à vendre la chose engagée à un tiers. Il est vrai que cela aboutit à permettre au créancier de disposer de la chose engagée sans les formalités légales; mais, dit-on, la prohibition prononcée par l'article 2078 concerne seulement l'autorisation qui serait donnée au créancier lors du contrat et dans l'acte même de nantissement. Dans notre opinion (n° 519), cela ne souffre aucun doute: c'est l'application du principe de la liberté des conventions. Mais, dans l'opinion qui étend la défense de la loi aux conventions postérieures, il y a inconséquence évidente. La jurisprudence s'est prononcée, dans l'espèce, pour la liberté des conventions (3). On lit dans un arrêt de la cour de Bruxelles que l'autorisation de vendre ne contrevient nullement à l'article 2078, parce que cette autorisation n'est pas une clause de l'acte de nantissement, mais un fait postérieur; et que

(1) Duranton, t. XVIII, p. 615, n° 537. Aubry et Rau, t. IV, p. 712, note 10, § 434. Pont, t. II, p. 647, n° 1162.

(2) Rejet, 31 mai 1855 (Dalloz, 1855, J. 279), et 22 mai 1855 (Dalloz, 1856, t. 171). Cour de cassation de Belgique, Rejet, 4 mars 1865 (*Pasicrisie* 1865, I, 211).

(3) Rejet, 25 mars 1835 (Dalloz, au mot *Nantissement*, n° 265).

ce fait, n'ayant pas été posé dans le temps où le débiteur se trouvait sous l'influence et dans la dépendance directe du créancier, ne tombe pas sous la prohibition de la loi (1). Cela est très-vrai, mais les motifs s'appliquent identiquement à toute convention postérieure à l'acte de gage; donc toutes doivent être validées, la fraude toujours exceptée.

**522.** La jurisprudence se montre parfois trop favorable à la liberté des conventions. Un débiteur donne une créance en gage à son créancier; il l'autorise, en cas de non-paiement, à toucher directement le montant de la créance sur sa simple quittance. Cette convention est-elle valable? La cour de Liège s'est prononcée pour la validité, en décidant que ce n'était pas un nantissement, mais une dation en paiement ou une cession de la créance, consentie sous condition (2). Il nous semble que c'est violer l'article 2078. Les parties n'entendaient pas vendre, elles avaient déclaré donner et recevoir une créance en nantissement; cela est si vrai que, si le débiteur avait payé sa dette, le créancier n'aurait eu aucun droit sur la créance. Sans doute, dit-on, mais cela n'empêche pas qu'il y eût une vente conditionnelle. Nous répondons que c'est précisément cette vente conditionnelle que l'article 2078 prohibe. En effet, la clause qui autorise le créancier à s'approprier le gage pourrait aussi être qualifiée de vente conditionnelle, l'appropriation n'ayant lieu que si le débiteur ne paye pas. La loi prohibe cette appropriation conditionnelle, consentie lors du contrat, parce qu'elle présume que le débiteur ne la consent pas librement. Si les parties pouvaient faire sous forme de vente ce que la loi leur défend de faire sous forme d'appropriation, rien ne serait plus facile que d'éluder la défense de l'article 2078; pour mieux dire, la loi permettrait de faire indirectement ce qu'elle défend de faire directement.

#### § IV. Obligations du créancier.

**523.** Le créancier est tenu de restituer la chose engagée lorsque le débiteur a payé entièrement la dette pour

(1) Bruxelles, 21 mars 1861 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 50).

(2) Liège, 27 février 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 302).

laquelle le gage a été donné (art. 2082). Il est donc débiteur de la chose qu'il a reçue en nantissement, et, comme tel, il doit la conserver avec les soins d'un bon père de famille. C'est ce que dit l'article 2080 : « Le créancier répond, selon les règles établies au titre des *Contrats ou des obligations conventionnelles en général*, de la perte ou détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence. »

**524.** Il y a divers degrés de faute : quelle est celle dont le créancier gagiste est tenu? L'article que nous venons de transcrire répond à la question, en renvoyant aux règles établies au titre des *Obligations*. Or, l'article 1137 oblige tout débiteur d'un corps certain à veiller à la conservation de la chose avec les soins d'un bon père de famille; ce qui veut dire, dans le langage traditionnel, que le créancier gagiste est tenu de la faute légère. Il y a des exceptions à la règle, et l'on a prétendu que l'une de ces exceptions s'appliquait au créancier gagiste. L'article 2079 dit que le gage n'est, dans la main du créancier, qu'un *dépôt* qui assure son privilège; or, aux termes de l'article 1927, le dépositaire ne doit apporter dans la garde de la chose déposée que les soins qu'il met dans la garde des choses qui lui appartiennent. Donc, dit Zachariæ, le gagiste n'est tenu que de la faute appelée faute légère *in concreto*. Voilà un exemple de l'interprétation mécanique et de l'application inintelligente des principes, que nous repoussons de toutes nos forces, quoique nous prêchions à chaque occasion le respect du texte, mais nous le respectons dans son véritable sens. En assimilant le gage à un dépôt, le législateur n'a certes pas voulu dire que le créancier gagiste ne serait tenu que des obligations du dépositaire en ce qui concerne la garde de la chose. Pourquoi le dépositaire répond-il d'une faute moindre que celle dont sont tenus les débiteurs en général? C'est parce qu'il rend un service gratuit. Est-ce que le créancier gagiste rend un service gratuit au débiteur en gardant la chose engagée? La convention de gage est faite dans l'intérêt du créancier autant que dans celui du débiteur; c'est dire que le créancier reste sous l'empire du droit