

CIÓN



TROPLONG

DROIT CIVIL

EXPLIQUE



DU

KM310

.F8

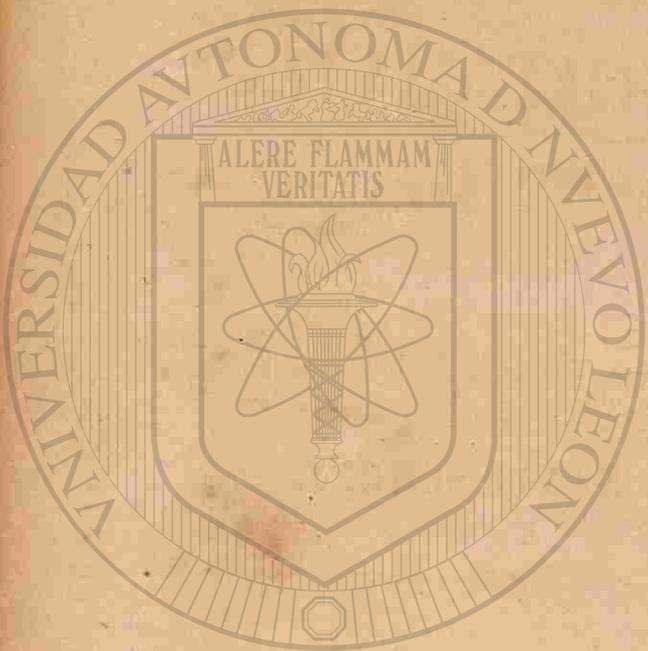
T7

V.19

c.1



1080045787



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECA



DROIT CIVIL

EXPLIQUÉ.

—
COMMENTAIRE

DU TITRE XVII, LIVRE III, DU CODE CIVIL :

DU NANTISSEMENT.

XIX.



23386

LE DROIT CIVIL

EXPLIQUÉ

SUIVANT L'ORDRE DES ARTICLES DU CODE,
DEPUIS ET Y COMPRIS LE TITRE DE LA VENTE.

DU NANTISSEMENT, DU GAGE ET DE L'ANTICHREÛSE.

COMMENTAIRE

DU TITRE XVII, LIVRE III, DU CODE CIVIL;

PAR M. TROPLONG,

CONSEILLER A LA COUR DE CASSATION,
MEMBRE DE L'INSTITUT, PAIR DE FRANCE,
OFFICIER DE LA LÉGIÓN-D'HONNEUR.

Ouvrage qui fait suite à celui de M. Toullier,
mais dans lequel on a adopté la forme plus commode du commentaire.

TOME DIX-NEUVIÈME.

PARIS,
CHARLES HINGRAY, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
10, RUE DE SEINE.

1847.

54064

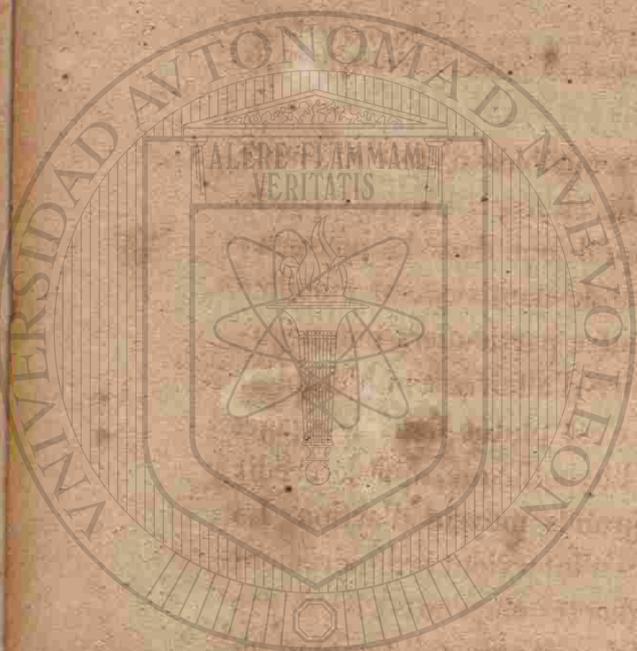


FONDO BIBLIOTECA PÚBLICA
DEL ESTADO DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

Paris. — Imprimerie de Cosson, rue du Four-Saint-Germain, 47.

KM 310
F8
T7
V.19



SECRETARÍA DE ECONOMÍA
DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTRO Y FIANZAS



*« Hæc plurimæ commentationis et exercitationis
indigent. »* (Cic., *De finibus*, III, 13.)

Si le gage des meubles n'était alimenté que par les besoins civils, il n'aurait pas le rôle important qu'il joue dans la jurisprudence. Le contrat de nantissement mobilier est rarement, entre particuliers non négociants, l'auxiliaire d'affaires considérables. C'est ailleurs, c'est plutôt dans les gages fonciers et dans l'hypothèque, que le crédit civil puise ses grands moyens d'action. Le gage des meubles n'intervient ordinairement que dans de médiocres emprunts; il est peu recherché par les prêteurs qui traitent les affaires couramment et avec scrupule; car l'usure, à laquelle il sert trop souvent de manteau, ne lui laisse pas une réputation intacte. A part quelques exceptions, que je ne critique pas, on l'abandonne aux monts de piété, lieux privilégiés institués par la piété et maintenus par l'utilité publique,

ou à de petits spéculateurs qui font fructifier leur argent d'une manière latente et sans contrat. Il est surtout l'expédient lucratif des usuriers de bas étage, qui exploitent les emprunteurs pauvres et honteux, et convoitent l'argenterie, les bijoux, les dentelles, derniers débris d'une ancienne opulence, dernière ressource d'un crédit aux abois. Cette race pernicieuse d'avidés et dangereux prêteurs a été dépeinte à merveille par Regnard, sous les traits de madame la Ressource :

« Ce maraud m'avait dit
 » Que sur des gages sûrs tu prêtai à crédit.
 » — Sur des gages, monsieur? c'est une médisance.
 » Je sais que ce serait blesser la conscience.
 » Pour des nantisements qui valent bien leur prix,
 » De la vieille vaisselle au poinçon de Paris,
 » Des diamants usés et qu'on ne saurait vendre,
 » Sans risquer mon honneur je crois que j'en puis prendre (1). »

Si toutefois nous remontons plus haut dans les antiquités de notre droit, le gage civil se montre sous d'autres formes et avec

(1) *Le Joueur*, acte 2, sc. 14.

un autre but. Ce n'est plus un contrat adhérent au prêt et servant de garantie à un créancier. C'est un acte de procédure ayant sa place obligée dans le duel judiciaire et les *jugements de Dieu*. Le gage de bataille est célèbre dans le code sanglant du moyen âge. Alors régnait la triste et sauvage coutume de terminer par le fer les procès que nous jugeons aujourd'hui par le droit; et l'on pouvait répéter, du temps de Hugues Capet, cette pensée d'Ennius qui s'applique à toutes les époques de barbarie :

« *Non ex jure manu consortum, sed magè ferro
 » Rem repetunt (1).* »

Quand le demandeur avait porté sa plainte en jugement et offert le duel, si l'adversaire niait, le juge ordonnait le combat. Alors chacun jetait par terre un gantelet que l'autre relevait. Le duel était ainsi accepté. Ces gantelets étaient les gages de bataille (2). Il en est question dans les mo-

(1) V. Cicer., VII, *Ad familiar.*, 43.
 Édit. Panck., t. 19, p. 380.

(2) Delaurière sur Loisel, liv. 6, t. 1, n° 20.
 Ducange, v° *Duellum*.

numents les plus intéressants de l'époque féodale.

Lorsque le combat judiciaire eut été proscrit par les efforts de l'Église, par la sagesse de nos rois et par l'adoucissement des mœurs, il ne resta plus des gages ou *arrhes* de bataille qu'un mot qui se conserve encore dans notre pratique moderne : c'est celui d'*errements* de la procédure. On appela *errements*, ou *arrhes de plaid*, les actes de procédure en matière civile (1). Félicitons-nous de ce que cette sanglante justice de nos aïeux n'a laissé dans nos habitudes qu'un mot qui a changé d'acception et dont beaucoup ignorent encore la source.

Si le gage n'a aujourd'hui, dans les rapports civils, qu'un mouvement borné, il en est autrement dans les rapports commerciaux. Le gage y est très utilement et très fréquemment pratiqué. Il fait la sûreté du commerce de commission ; dans les affaires de banque, si les capitaux d'une place viennent au secours d'une autre place, c'est par les consignations que le crédit sollicité

(1) Delaurière, *loc. cit.*

et garanti se décide à faire les avances de numéraire qui entretiennent la vie commerciale et le mouvement régulier des transactions. La marchandise, d'ailleurs, réunit les conditions qui rendent le gage facile, commode et sûr. Dans sa rapide et vive circulation, elle est presque en même temps vendue, expédiée et consignée. Toujours vénale, elle fait plus qu'assurer les écus : elle les représente et tient pour ainsi dire leur place. Toujours destinée au mouvement, elle ne craint pas, dans les liens du gage, une complète et stérile inertie. Quoique engagée, elle peut être déplacée, et, alors même qu'elle est en route, elle attire à elle les capitaux par la transmission du connaissement ou de la lettre de voiture. Il est donc peu d'affaires dans lesquelles la consignation ne soit pas mêlée. C'est pourquoi les livres de jurisprudence sont si riches en décisions qui touchent au gage commercial. J'ai cherché, en écrivant ce livre, à montrer dans ses principaux développements ce côté si remarquable du contrat de nantissement. Sans le point de vue commercial, le contrat de gage serait peu de chose ; mais le commerce l'élève, l'agrandit, le présente

sous des faces nouvelles, et remue des questions pleines d'intérêt et de difficultés. Sans doute, c'est le droit civil qui donne au commerce les règles essentielles par lesquelles les consignations sont gouvernées; car le droit civil est la base première du droit commercial; il le nourrit de ses principes et le guide par ses préceptes. Mais le droit commercial, en suivant sa marche au milieu des intérêts spéciaux dont il règle les rapports, a aussi son développement propre et son originalité. Les principes du droit civil, il les féconde par des germes nouveaux; il les combine avec l'économie politique et avec les rapports internationaux; il exige plus de liberté que le droit civil pour des transactions qui vont d'un monde à l'autre et qui seraient gênées par des formes trop étroites. De là, ces franchises du droit commercial dont nous avons déjà vu des exemples dans nos commentaires de la *Société* et du *Mandat*. Le nantissement mérite d'être étudié sous ce rapport. On y verra que si le droit commercial est dans le droit civil, il y est avec privilège et immunité. C'est un enfant émancipé, et digne de l'être, qui a quelquefois ses volontés propres et son indépendance.

Comme il est sage dans ce qu'il veut, ce qu'il veut doit être respecté.

J'ai expliqué ailleurs comment j'entends la subordination du droit commercial par rapport au droit civil (1). Le droit civil, c'est le droit commun, c'est la raison érigée en loi, c'est l'équité appréciée par le législateur au point de vue le plus général; il gouverne les affaires commerciales comme les affaires civiles; il est la loi de tous les citoyens et de toutes les transactions. Toutefois, il y a des cas où l'intérêt du commerce demande des règles particulières, et cet intérêt a droit de les obtenir pour sa sûreté et son utilité; car le commerce se lie à l'intérêt public par les rapports les plus intimes. Assez souvent, il y a des tempéraments à lui accorder en faveur de la vive circulation de la marchandise, de la facilité de contracter promptement et librement, de la foi due aux tiers dans l'intérêt du crédit. La loi commerciale a donc ses maximes et ses statuts à côté de la loi civile; et non-seulement elle a ses statuts écrits,

(1) *Revue de législat.*, 1842, t. 16, p. 62, 63.

elle a aussi ses usages traditionnels, usages qu'on ne trouve pas formulés dans le Code de commerce, mais qui vivent dans la pratique, qui se sont formés par le contact de nation à nation, par les traités de commerce, par les traités de paix, par l'état de guerre, par la nature même de la marchandise perpétuellement vénale et mobile, par les rapides besoins de la circulation et du crédit. Ces usages sont aussi respectables pour les tribunaux que les textes les plus formels du Code civil et du Code de commerce. Qu'importe qu'ils ne soient pas codifiés et rédigés par écrit? Le législateur n'aurait pu suffire à leur infinie variété; son coup d'œil et sa prévoyance auraient été impuissants pour embrasser un si grand nombre de détails. Les usages commerciaux n'en ont pas moins une autorité égale à celle des textes, et l'on s'étonne des scrupules aussi étroits que déplacés qui, dans certaines affaires, leur ont trouvé les esprits rebelles (1). J'ai entendu dire quelquefois que le législa-

(1) V. notamment un arrêt de la Cour de cassation du 5 décembre 1842 (Dal., 43, 1, 20), relatif à une vente de liquides, à laquelle cet arrêt applique l'art. 1587 du

teur perfectionnerait son œuvre en les constatant (1). Ce prétendu progrès ne serait qu'une tentative dans l'impossible. J'aimerais autant qu'on proposât de colliger, formuler ou décrire les innombrables usages ruraux; sauf à ressembler à cet enfant que saint Augustin rencontra sur le rivage d'Afrique, et qui creusait un trou dans le sable pour y mettre la mer. Les usages du commerce sont le complément de la loi écrite; lorsqu'ils existent par une pratique incontestable, force doit leur rester pleinement, si l'on ne veut pas porter la perturbation dans des rapports fondés sur la confiance et l'équité.

Mais quand manquent les usages consacrés, quand la loi commerciale n'a pas de statuts qui soient propres au négoce, c'est le Code civil qui saisit, à titre de

Code civil. Cet arrêt doit être signalé comme un de ceux qui montrent le mieux les malheureux préjugés dont la jurisprudence est encore infectée sur certaines questions de droit commercial. Voyez, sur cette décision, les observations de MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 3, n^o 177, 178 et suiv.;

Et mon comm. de la *Vente*, t. 1, n^o 100.

(1) V. les conclusions de l'avocat-général dans cette affaire.

droit commun, les affaires de commerce, et devient leur loi naturelle. Tel est mon sentiment sur la liaison du Code de commerce avec le Code civil. Je n'y vois rien qui puisse choquer la liberté dont le négoce a besoin et le crédit sur lequel il repose, et je m'étonne que MM. Delamarre et Lepoitevin repoussent avec une si persévérante opposition une conciliation qui donne à toutes les nécessités du commerce tant de garanties et de légitimes satisfactions. Restreinte comme elle l'est, ma proposition est dans le vrai; elle fait la part de chacun, accordant à tous les intérêts ce dont ils ont besoin. Mais, précisément parce qu'elle se maintient dans un juste milieu, elle mécontente les partisans des extrêmes. Les uns ne veulent rien ou presque rien accorder aux usages non écrits, et asservissent les contrats commerciaux à des prescriptions incompatibles avec les principes mêmes du négoce. Poussant jusqu'au fanatisme le respect pour le Code civil, ils donneraient presque envie de déplorer l'existence d'une loi écrite dont les textes inflexibles seraient une source d'injustices, un obstacle à l'équité, un démenti à l'expérience. J'ai combattu dans mes précé-

dents commentaires cette ridicule superstition; celui-ci continuera la guerre contre une tendance qui a pour résultat de fausser le Code civil et d'imposer au commerce des règles avec lesquelles il ne peut pas vivre. On en verra surtout la preuve dans les discussions auxquelles je me suis livré sur les formes extérieures du gage commercial et sur la question, si importante et si débattue, de l'application de l'art. 2074 du C. civil à ce contrat. Aidé de l'art. 2084 qui, sur ce point, constate l'incompétence de la loi civile, j'ai démontré, contre ceux qui se croient plus sages que cette sage disposition, que l'usage commercial, se mettant en harmonie avec des intérêts qui embrassent le monde commerçant, a repoussé, dans tous les cas non prévus par l'art. 95 du Code de commerce, des formalités gênantes, minutieuses, inutiles au crédit. Par bonheur, j'ai trouvé les textes du droit civil expressément favorables à cette liberté du commerce, et je n'ai eu à lutter que contre la fausse interprétation par laquelle on les élude ou on les pervertit. J'espère que les esprits qui voudront bien me lire sans prévention reconnaîtront que j'ai été l'interprète fidèle de la vérité et le zélé défenseur

des prérogatives du droit commercial. Mais je n'en suis pas moins attaché à cette idée, que, dans le silence de la loi commerciale écrite et des usages, c'est le Code civil qui est la loi dominante, la loi-mère, la base sur laquelle les intérêts commerciaux se développent. Nier cette idée, et vouloir que la loi commerciale soit une loi *sui generis*, qui peut bien se rencontrer quelquefois avec le Code civil, mais jamais lui être subordonnée, c'est, à mon sens, une autre exagération qui fait la contre-partie de celle que je combattais tout à l'heure. Je ne reviendrai pas sur les arguments que j'ai opposés naguère à MM. Delamarre et Lepoitevin pour soutenir ma thèse contre la leur (1). La question est entrée depuis lors dans le domaine d'une discussion plus large; de nouveaux combattants se sont montrés avec avantage dans la lice (2), et m'ont porté un secours dont j'avais besoin

(1) *Revue de législat.*, t. 16, p. 65.

(2) V. l'ouvrage très remarquable de M. Massé, le *Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*.

M. Alauzet, *Revue de législat.*, t. 21, p. 323, cité *infra*, n° 121.

contre mes deux savants adversaires. De mon côté, j'ai mieux fait, je crois, que de discuter: j'ai agi, et fondant, dans mon commentaire de la *Société*, du *Prêt* et du *Mandat*, le droit commercial avec le droit civil, j'ai fait toucher au doigt la fraternité des intérêts commerciaux avec les intérêts civils; j'ai montré la source commune où ils puisent leurs règles générales, leur marche simultanée sous la même bannière; et l'on a pu voir comment, au milieu de certaines différences qui signalent leur individualité, ils vivent cependant par des principes communs, par les notions d'équité, de droit naturel, de droit commun (1) dont notre Code civil est la haute expression. Le plus ordinairement, les relations commerciales n'ont pas d'autre boussole que le Code civil, et c'est dans le sein de ce Code que se concentrent leur marche et leur action (2). Quelquefois cependant le commerce a besoin de certaines franchises, et nul n'a été plus attentif

(1) *Revue de législat.*, *loc. cit.*, p. 71.

(2) *Infra*, n° 214.

que moi à mettre en relief ces exceptions notables à notre Code civil. Du reste, même dans ce cas, c'est encore le droit civil qui fait les frais de ces rapports exceptionnels; seulement, c'est le droit civil soumis à un autre arrangement et détourné de sa route habituelle. Tant il est vrai que le droit civil, c'est-à-dire l'équité naturelle propre aux rapports privés, est le fonds commun qui alimente toutes les ramifications de la jurisprudence.

Mais revenons au gage. Si le gage mobilier est plus fréquent dans le commerce que dans les rapports civils, par contre, le gage immobilier a un horizon plus étendu dans les rapports civils que dans les rapports commerciaux. La rapidité qui préside aux transactions commerciales s'accommode médiocrement des formes de l'hypothèque et de la lenteur inséparable du crédit foncier. D'ailleurs les immeubles ne sont engagés en général par les commerçants qu'à la dernière extrémité. Étrangère au mouvement commercial, la propriété foncière n'en devient l'auxiliaire et la garantie qu'en faussant les conditions du crédit du négociant. Dans l'état normal d'une maison bien assurée, si sa seule parole ne lui suffit pas pour obtenir

confiance, c'est dans la marchandise sur laquelle elle spécule qu'elle doit placer la base de son crédit. La marchandise ne cesse pas alors de remplir sa destination; elle est la sûreté naturelle offerte aux tiers, et soit qu'elle procure de l'argent par vente, soit qu'elle en procure par un emprunt qu'elle garantit, elle ne sort pas de son office et de son rôle. Mais quand la foi publique recule tout à la fois devant la parole et l'actif commercable du négociant; quand elle ne consent à prêter que sur la garantie de choses non commercables et propres aux rapports civils; quand il faut que la propriété territoriale vienne en aide au crédit défaillant du négoce, c'est un signal de détresse et une perturbation. Aussi les négociants recommandables et accrédités tiennent-ils à honneur de conserver la liberté de leurs immeubles. C'est dans la marchandise qui constitue leur actif qu'ils assoient la confiance offerte aux tiers et la sûreté de leurs transactions. Leurs propriétés foncières restent en dehors des faits commerciaux auxquels ils se livrent; ils ne les attirent pas dans le mouvement de leurs spéculations; ils les en éloignent, au contraire, parce qu'un commerce n'est bon

qu'autant qu'il se suffit à lui-même par ses propres ressources.

Le gage immobilier n'est donc pas l'élément ordinaire du crédit commercial. C'est pourquoi le commerce n'a jamais imprimé son originalité sur les contrats d'hypothèque et d'antichrèse. L'hypothèque et l'antichrèse ne doivent rien au droit commercial; au contraire, le gage mobilier lui est redevable de vastes développements et d'applications pleines de nouveauté.

Mais quand je place l'hypothèque et l'antichrèse sur la même ligne, je n'entends pas dire que ces deux contrats offrent au crédit civil des ressources égales en puissance. L'hypothèque l'emporte de beaucoup sur l'antichrèse. L'antichrèse, qui enlève au débiteur la possession de son immeuble, est l'enfance du crédit; l'hypothèque, qui le lui conserve, en est le développement ingénieux. Rome ignorait l'hypothèque lorsque déjà depuis bien des siècles les débiteurs qui voulaient emprunter sur gage immobilier étaient obligés de se dessaisir du champ paternel par la fiducia, sorte de vente à réméré, précurseur de l'antichrèse. On s'occupait peu de l'hypothèque du temps de Pierre Desfon-

taines et de Beaumanoir. En revanche, les engagements immobiliers étaient fréquents et arrachaient au débiteur la possession de sa terre chérie, ainsi qu'il arriva à Joinville partant pour la Terre sainte (1). Plus on s'enfonce dans les siècles de barbarie et de méfiance, plus on s'éloigne de l'hypothèque. Notre âge est trop avancé dans l'intelligence des véritables notions économiques appliquées au droit pour ne pas donner la préférence à l'hypothèque sur les combinaisons gênantes de l'antichrèse. L'antichrèse demande au sentiment de la propriété un trop grand sacrifice de lui-même; elle a tous les inconvénients de la vente joints à une fâcheuse incertitude sur le sort de la chose; puis, elle n'est pas bonne pour l'agriculture; elle ne lui procure ni capitaux féconds, ni encouragements. Il n'est pas rare non plus de découvrir en elle quelque repli secret qui cache l'usure ou d'acrides conditions. Toutefois, je le répète, les engagements immobiliers avec dépossession du débiteur ont eu leur moment de faveur. Le moyen âge, privé de commerce et hérissé de défiances, les mul-

(1) *Infra*, p. xxv.

tiplia par cet esprit de cautèle que Vico a très bien signalé (1). Comme ce point de l'histoire du droit présente des faits instructifs, je dois m'y arrêter quelques instants. Il se rattache aux vicissitudes les plus intéressantes du droit de propriété.

La féodalité avait consolidé dans les mains des princes et des seigneurs d'immenses propriétés territoriales. D'un autre côté, la piété des fidèles avait enrichi les établissements religieux par de nombreux domaines. A l'heure qu'il est, en présence de l'heureuse division de la propriété dont nous sommes témoins, on a peine à croire à la vaste étendue des terres qui étaient attachées au fisc des monarques, des ducs, des seigneurs, des évêques, des monastères. C'était des lieues de pays, ou même des contrées tout entières qu'il fallait parcourir, pour apercevoir les limites de ces *latifundia* (2), où quelquefois 20,000 serfs dépendaient d'un seul maître (3). Là, se trouvaient des forêts pro-

(1) P. 380, trad. de madame de Belgiojoso.

(2) V. la préface de mon comm. du *Louage*, p. lxviij.

(3) Témoin Alcuin, qui avait vingt mille esclaves dans ses terres. Sismondi, t. 2, p. 276.

La préface de mon comm. du *Louage*, p. lxxij.

fondes dont la possession était un signe de supériorité presque régaliennne (1), et dans lesquelles s'exerçaient les chasses des grands (2); des marais insalubres, et des étangs qui fournissaient la nourriture des jours maigres; des pâturages, en partie improductifs et délaissés, qui prenaient le nom de *solitudes* (3); des terres labourables, quoique n'étant pas toujours labourées, où les colons et les serfs venaient s'établir à l'appel du maître et porter le travail de leurs bras; des châteaux forts destinés à la défense de la seigneurie; des villes et des villages tenus en toute propriété par la puissance féodale qui étreignait de son pouvoir les personnes et les choses. Mais, au milieu de ces richesses territoriales, l'argent était rare; les revenus se payaient en nature, les cens étaient modiques, et le commerce contrarié et maltraité ne donnait qu'un faible mouvement aux échanges. Et pourtant la féodalité éprouvait

(1) Ducange, v° *Foresta*.

(2) *Id.*

(3) La préface de mon comm. du *Louage*, p. lxxvij, note (5).

de grandes nécessités d'argent; elle avait son luxe, ses libéralités, ses besoins, ses guerres intestines qui la déchiraient. Le trésor seigneurial, lentement et patiemment augmenté par les épargnes, les vexations et les rapines, ne pouvait pas toujours y suffire; de mauvais jours arrivaient où le fisc épuisé ne pouvait plus se soutenir que par des emprunts. Mais comment trouver de l'argent? La confiance était perdue; les capitalistes, presque tous juifs ou étrangers, se vengeaient par d'horribles usures des mépris de l'opinion et des spoliations des princes; le numéraire se cachait et il fallait de grands appâts pour l'exciter à se montrer.

La terre était cet appât, et les propriétaires les plus jaloux des prérogatives qu'elle conférait, étaient forcés à l'engager et à s'en dessaisir pour sortir de leur pénurie. Ce n'était pas l'hypothèque qui satisfaisait les prêteurs; en ces temps-là, on ne prenait pas confiance dans une chose qu'on n'avait pas sous sa main; il fallait tenir et toucher le gage auquel on donnait foi; il fallait en avoir cette possession matérielle, effective, qui seule peut satisfaire les esprits méfiants et à laquelle les âges barbares attachent tant de

prix. Du reste, la spéculation n'était pas à dédaigner par ceux qui avaient de l'argent à prêter; et la féodalité elle-même ne laissait échapper aucune occasion d'en profiter. La raison en est simple: les engagements, en faisant passer dans la possession du prêteur des terres, des châteaux, des provinces, agrandissaient ses domaines et ajoutaient à sa puissance. C'était quelquefois une frontière ou une forteresse de défense qu'il acquérait; on résolvait par un contrat d'emprunt sur gage immobilier des difficultés dont des guerres sanglantes auraient pu seules amener l'issue. D'un autre côté, la restitution de l'argent prêté se faisait ordinairement attendre très longtemps; une génération se passait souvent avant que le débiteur ne pût, en se libérant, retirer sa chose engagée. Pendant ce délai, le prêteur avait le temps d'utiliser la chose de la manière la plus avantageuse, soit pour lutter contre ses adversaires, soit pour se rendre redoutable et asseoir son autorité. C'est ainsi que l'empereur d'Allemagne, Frédéric, reçut en engagement de Thierry, cinquante-sixième évêque de Metz (1),

(1) Vers 1170.

pour la somme de 200 marcs d'argent, toutes les terres que l'évêché avait dans le pays de Liège (1); accroissement de territoire qui était un aussi bon coup de politique qu'une bonne opération de finance. De son côté, l'évêque Thierry, qui éprouvait de très graves difficultés de la part de ses sujets du pays de Liège, n'était pas fâché de les faire passer pour quelque temps sous la verge de l'empereur pour les façonner à la discipline et à l'obéissance, et du même coup il recevait de l'empereur la somme d'argent qui était nécessaire à son fisc épuisé. Ces terres formaient cependant la plus belle partie de l'évêché de Metz, et je ne crois pas qu'elles aient été rachetées. Du reste, l'épiscopat de Thierry, affligé de désastres et de séditions (2), fut témoin de beaucoup d'autres engagements de terres, villes, maisons, seigneuries, qui démembrèrent le domaine épiscopal (3). Il paraît même

(1) Hist. des évêques de Metz, par Meurisse, p. 419, 420 : « Pro 200 marcis, imperatori Frederico impignora vit. »

(2) Calmet, t. 2, p. 188.

(3) Meurisse, *loc. cit.*

qu'il alla jusqu'à engager à la ville de Metz la monnaie et le droit de battre monnaie, qui appartenait à l'évêché (1). Rien n'est plus curieux à lire que l'histoire des évêques de Metz, pour ceux qui veulent se faire une idée du mouvement de la propriété dont je m'occupe ici. On y voit une alternative continuelle d'engagements et de retraits, suivant la fortune plus ou moins prospère de chaque évêque. Quand un règne est favorisé par d'heureuses circonstances, l'évêque met tous ses soins à faire rentrer les terres de son domaine et à payer ses dettes ou celles de ses prédécesseurs. Tel fut Bertram, dont l'épiscopat est resté célèbre dans les annales de Metz par ses bonnes lois et sa bonne administration (2). Mais si les guerres, les révoltes, les famines, rendent un règne désastreux, alors recommencent les engagements; alors le domaine est de nouveau démembré, et la terre, servant de nantissement à des emprunts réitérés, passe dans la main

(1) Vers 1180.

(2) *Id.*, p. 432.

des prêteurs (1). Ce que je dis des évêques de Metz peut également s'appliquer aux évêques de Toul et de Verdun, et à presque tous les seigneurs qui exercèrent, à cette époque, la puissance régalienn.

Ces prêteurs, du reste, n'étaient pas toujours faciles à reconnaître le droit de l'emprunteur, quand celui-ci se présentait, son argent à la main, pour opérer le retrait de sa chose. L'histoire des princes ecclésiastiques dont nous venons de parler témoigne à chaque instant des résistances que rencontraient leurs droits. Lorsque, par exemple, Bertram exigea le retrait de la terre d'Arancy, qui était entre les mains du comte de Lambourg, celui-ci opposa un refus opiniâtre, et il fallut faire intervenir, pour le vaincre, les forces et l'autorité de l'empereur d'Allemagne. On conçoit cette tendance des engagistes. Possesseurs de beaux fiefs, de belles terres et de châteaux importants, il leur en coûtait de

(1) P. 486, 489, 495, etc. etc.

V., par exemple, Condé-sur-Moselle engagé pour 77,000 livres tournois, etc., etc., et d'autres engagements faits par Henri Dauphin, autre évêque de Metz, pour 1,200,000 florins pour faire des levées.

les relâcher, surtout lorsqu'un long temps s'était écoulé sur leur occupation. Oubliant l'origine précaire de cette occupation, ils finissaient par se persuader qu'ils en avaient la propriété incommutable ; c'est là, en effet, le sentiment qui accompagne presque toujours les longues possessions ; la prescription est la consécration juridique. Alors on discutait, on se querellait, les procès se traduisaient en guerre sanglante, à moins qu'un arbitre supérieur ne vînt faire cesser l'usurpation et mettre les parties d'accord par une transaction (1).

L'époque des croisades ajouta des causes nouvelles à celles qui, jusqu'alors, avaient naturellement multiplié les engagements ; les dépenses que ces excursions lointaines firent peser sur la chevalerie étaient au-dessus des moyens ordinaires des seigneurs ; il fallut emprunter, et les engagements devinrent plus nombreux que jamais. C'est ce que Joinville nous apprend, et, quoiqu'il ne parle que pour son propre compte, il est certain que

(1) V., dans Meurisse, le règne de l'évêque Jean d'Apremont, 60^e évêque de Metz (p. 449).

rien n'était plus fréquent, alors, que de voir des seigneurs, des écuyers, jadis riches, réduits, par les engagements de leurs terres, à un état voisin de la pauvreté. Le roman de Garin le Lorain (le Loheran) fait allusion à cet état de la chevalerie contemporaine dans le trait que voici :

Un écuyer avait mis ses terres en nantissement, et il ne lui restait qu'un cheval arabe, deux petits chiens bassets, et un lévrier plus blanc que fleur de lis. Un jour il rencontra le damoiseau Hervis qui, à sa vue, fut pris de grande convoitise pour ces beaux animaux ; Hervis lui en offre un grand prix s'il veut les vendre. L'écuyer aimait pourtant beaucoup son cheval, ses deux chiens et son lévrier ; mais il pense à sa terre engagée ; il va ravoir ses châteaux et ses villages pour l'argent qui lui est offert ; comment résister à cette tentation ? Il cède, et le marché est conclu. Alors, il court payer ses dettes et rentre dans son héritage.

« Li écuyer fut forment esjoui ;

» Il étoit pouvre et d'avoir moult mendi (1).

(1) Il était pauvre et manquait d'argent.

» Très fort est-il riche et menanti ;

» Car racheter pourroit bien son pàtis (1).

» Il racheta bourgs, châteaux, seigneuries.

» Grands dettes ot li écuyer gentil (2). »

Ce qui doit être remarqué, c'est que ce n'était pas ordinairement avec les juifs et les Lombards que se traitaient ces emprunts. De tels engagements auraient été embarrassants pour ces prêteurs cosmopolites, qui, toujours menacés d'expulsion et de confiscation, préféraient la richesse mobilière aux dangers des possessions territoriales. C'étaient les villes qui faisaient ces prêts (3) ; c'étaient quelques seigneurs avarés, plus habiles que les autres à thésauriser ou à exploiter leurs sujets ; c'étaient surtout les couvents, dont la richesse, alimentée par les dons et les aumônes, était moins exposée aux calamités contemporaines ; c'étaient enfin les rois, prêteurs dangereux, qui met-

(1) Son héritage.

(2) Voy. le roman de Garin dans Calmet, *Preuves de l'histoire de Lorraine*, t. 1, p. cclix.

(3) La ville de Metz prit en gage de l'évêque Thierry la monnaie de l'évêché (Meurisse, p. 420).

taient le pied dans un fief à titre d'engagistes, et trouvaient ensuite de bonnes raisons pour l'y conserver à titre de propriétaires. Je vois, par exemple, Hugues XIII de Lusignan, comte de la Marche et d'Angoulême, engager ces deux comtés à Philippe-le-Bel pour une grosse somme d'argent (1). A la mort de Lusignan, son frère et ses sœurs voulurent, à défaut d'enfants, se mettre en possession. Mais Philippe-le-Bel avait pris ses précautions, et ses légistes d'ailleurs étaient là pour veiller à ses droits et, en cas de besoin, à ses usurpations. La prétention des héritiers du dernier feudataire fut donc condamnée, et le roi de France resta maître des deux terres engagées. Il est certain que le domaine royal s'est beaucoup augmenté par ces engagements. L'emprunteur, se trouvant dans l'impossibilité de se libérer, léguait à ses héritiers une charge qu'ils ne pouvaient pas remplir plus que lui-même. Les générations se succédaient et finissaient par s'éteindre ; le domaine, toujours présent, ne

(1) *Chronic. Nangii continuat.*, p. 56.
Sismondi, t. 9, p. 142 et 143.

trouvant plus personne pour faire valoir des droits perdus ou oubliés, passait de l'état de possesseur précaire à l'état de propriétaire incommutable. Ne nous étonnons pas, du reste, de cette difficulté des emprunteurs pour se libérer. Quand on songe que, malgré tous les trésors que la découverte de l'Amérique avait fait affluer en Espagne, ce pays ne put jamais payer à Louis XIV la dot de 500 écus d'or qui avait été constituée à la reine Marie-Thérèse d'Autriche par son contrat de mariage de 1639, et cela quoique le paiement de cette dot fût la condition de la renonciation de la reine à la succession d'Espagne (1), n'est-il pas facile de comprendre qu'à une époque où le numéraire était beaucoup plus rare qu'au XVII^e siècle, où l'anarchie causait beaucoup plus de ravages, où l'administration de toutes choses était bien plus dénuée de prévoyance que ne l'était l'administration espagnole sous les successeurs de Charles-Quint, les emprun-

(1) M. Mignet, *Succession d'Espagne*, t. 1, p. 42, 82, 84.
M. Sismondi, t. 26, p. 265, 266.

teurs, quelque puissants qu'ils fussent, étaient obligés de reculer devant la libération et le retrait de leurs terres engagées ?

Mais comment ces prêts se conciliaient-ils avec les sévères prohibitions de l'usure prononcées par le droit canonique ? Il est certain que l'antichrèse avait été jugée usuraire par les canons ; car le créancier qui reçoit la chose dans ses mains et qui en recueille les fruits est dans une situation identiquement semblable à celle du prêteur qui se fait payer des intérêts ; la perception des fruits n'équivaut-elle pas à la perception des intérêts ? Or, l'intérêt de l'argent était, aux yeux des lois canoniques, une monstruosité et une atteinte impardonnable portée à la charité. L'antichrèse, autrement appelée mort-gage, était donc une pratique condamnée (1). L'Église ne recevait le gage immobilier qu'autant que les fruits de la chose étaient employés à éteindre le capital (2). Comment se fait-il donc que nous trouvions dans l'histoire une pratique si

(1) Durand de Maillane, v^o *Antichrèse*.

(2) Voyez, *infra*, mes observations sur l'antichrèse, à l'art. 2085, nos 501, 502, 503.

constante et si générale d'engagements immobiliers, qui procurent au possesseur et la perception des fruits, et une foule d'avantages qui valent bien autant et plus que l'intérêt de l'argent ?

La raison en est que ces engagements n'étaient pas des antichrèses proprement dites. L'antichrèse ne procure au détenteur aucun droit réel ; elle ne démembre pas la propriété ; elle n'est qu'un droit mobilier conféré au créancier (1). Les engagements étaient, quoi qu'en ait dit d'Aguesseau, quelque chose de différent. Autrement ils n'auraient pas résisté à la proscription canonique. Ils tenaient beaucoup moins de l'antichrèse que de la vente à réméré ; affectant la chose d'un droit réel (2), ils se rapprochaient, sous ce point de vue, par des liens très étroits, de l'aliénation à faculté de rachat. C'est pourquoi, dans le langage des actes du temps, et même dans le langage du monde (3), le retrait de l'engagement s'ap-

(1) *Infra*, *loc. cit.*, nos 513, 524, 526.

(2) Ce droit réel était susceptible d'être saisi et décrété. Brillou, v^o *Engagement*, n^o 2.

(3) V. ci-dessus le roman de Garin, au lieu précité.

pelle rachat. C'est pourquoi encore on mettait les engagements sur la même ligne que les ventes à réméré. On serait même tenté de confondre l'engagement et le réméré, si les textes des coutumes et des ordonnances ne paraissaient pas les distinguer, au moins de nom. La nuance assez faible qui les séparait consiste en ce que, dans l'engagement, ce n'était pas une toute-propriété résoluble que le contrat conférait au créancier, mais seulement un droit réel d'où découlaient la possession, la jouissance, les profits utiles, les actions contre les tiers, le tout sous un titre précaire et avec condition de retrait perpétuel en remboursant les deniers prêtés. Telle est l'idée que m'a laissée l'étude réitérée et approfondie de beaucoup de titres d'engagements qui se reportent aux naïves pratiques de la féodalité. A ce point de vue, l'engagement est un contrat *sui generis* qu'il ne faut pas confondre avec l'antichrèse. C'est une imitation de la fiducie romaine, un adoucissement du réméré. Les Romains avaient inventé la fiducie par amour de la forme; le moyen âge a consacré l'engagement par crainte de l'usure. Deux causes fort différentes ont amené un résultat à peu

près semblable. Sans l'engagement, on ne voit pas comment, dans les jours orageux du moyen âge, la propriété, privée de l'antichrèse et méconnaissant l'hypothèque, aurait pu servir d'auxiliaire utile au crédit ruiné.

L'engagement, tel que nous venons de le décrire, était le contrat d'emprunt familial entre les propriétaires féodaux. Quand les grandes existences seigneuriales eurent été abaissées, le domaine de l'État, malgré les démembrements qui depuis tant de siècles avaient porté atteinte à son intégrité, restait encore le propriétaire le plus considérable de France. Les engagements se ralentirent donc du côté des seigneurs; mais ils continuèrent du côté du domaine de l'État sans intermittence. Ces riches terres du domaine, d'où étaient sortis et les bénéfices de la première race et les fiefs de la seconde, et tant de concessions de toute espèce à titre d'emphytéose, de censive, etc., etc., ces riches terres, disons-nous, conservaient encore les plus belles masses de forêts, les plus belles seigneuries, les plus beaux droits de propriété féodale et civile; et elles étaient la ressource des temps calamiteux à une épo-

que où les finances étaient mal administrées et où l'impôt, lourd pour les sujets, était toujours insuffisant pour l'État. Je ne nierai pasque, dans beaucoup d'occasions, les engagements dont le domaine était l'objet ne fussent, pour le moment, un expédient profitable. Lorsque l'argent manquait pour les levées d'hommes et les autres besoins de l'État, et que le crédit public, entièrement ignoré, défailait à la bonne gestion des intérêts du pays, on était heureux d'appeler, par les engagements de la propriété, la confiance des capitalistes. Mais il est triste de dire combien d'abus se mêlaient à ces opérations d'emprunt. Tantôt on simulait pour les courtisans des prêts apparents qui masquaient des donations ruineuses; tantôt les traitants avides, après avoir acheté la complaisance des administrateurs, accaparaient, pour de modiques sommes dont l'État ne profitait pas, de magnifiques propriétés; espérant qu'il se trouverait des arguments irrésistibles pour qu'on les oubliât dans leurs mains, ou que l'État, déjà pauvre, deviendrait plus pauvre encore et ne pourrait se libérer. Le domaine était une proie livrée à la curée des favoris, à la dilapidation des

corrupteurs et des corrompus. Ce n'est pas que de temps en temps l'État ne prît sa revanche; dans les intervalles où la probité reparaissait dans les conseils du gouvernement, elle livrait la guerre à la fraude, elle dévoilait les turpitudes et faisait rendre gorge aux possesseurs injustes. Mais bientôt revenaient les besoins, et avec eux toutes les *importunités* (c'était le mot usité), mais, disons mieux, tous les abus qui affligent l'administration dans les moments de détresse. Ce que nous montrions tout à l'heure en petit dans la souveraineté d'un principule, chez l'évêque de Metz, c'est l'histoire des États les plus puissants et de la France elle-même. Nous y voyons une fluctuation continuelle d'engagements et de retraits, le tout accompagné de plaintes, de récriminations, d'enquêtes, de protestations et de procès. Le principe de l'inaliénabilité du domaine, consacré en France et dans d'autres États voisins, tels que la Lorraine et le Barrois, imitateurs de la France, fut imaginé pour mettre les princes à l'abri des obsessions, et pour sauver le patrimoine public compromis par de coupables complaisances. Ce principe était populaire (1). Les états gé-

(1) Mon écrit sur le *Barrois mouvant*, p. 178.

néraux l'approuvaient hautement et en réclamaient avec énergie la sévère application. Il mit une barrière aux dissipations, et sauva du naufrage ce qui n'avait pas été encore englouti. Quel que fût le titre dont les aliénations du domaine fussent colorées, on les considéra toutes comme des engagements précaires de leur nature et soumis à un retour perpétuel et à bon plaisir. Quel que fût le temps qui eût passé sur ces engagements, l'État put aller les chercher chez les successeurs les plus éloignés, chez les tiers détenteurs, et aucune prescription n'eut assez de vertu pour les rendre irrévocables (1). Toutefois le commerce des terres domaniales, connu sous le nom d'engagements, ne cessa pas par ces mesures; il y eut toujours des princes faibles, des courtisans importuns, des prêteurs imprudents; la spéculation, tantôt encouragée, tantôt réprimée, eut ses moments de faveur et ses moments de crise. Ce n'est que lorsque l'administration eut été régénérée par la révolution, et que les finan-

(1) Les lois françaises sont connues; j'ai exposé l'état de la législation lorraine et barrisienne dans mon écrit sur le *Barrois mouvant*, p. 178 et suiv.

ces, mieux conduites, eurent trouvé dans la bonne assiette de l'impôt et dans l'emploi du crédit des ressources assurées, que le gouvernement renonça pour toujours aux engagements domaniaux. Aujourd'hui, d'ailleurs, ces engagements sont de trop petits moyens pour tenir place dans notre système de finances. Le gouvernement alimente le trésor par des combinaisons plus vastes et plus savantes; il repousse avec raison ces expédients éphémères qui peuvent tout au plus donner quelques jours de vie au crédit d'un particulier, mais qui iraient se perdre inaperçus dans le grand courant des besoins de l'État.

Enfin, comme nous l'avons dit plus haut, ce n'est pas à une époque où les engagements qui dessaisissent l'emprunteur ont été délaissés pour le régime hypothécaire, que l'État resterait dans la vieille ornière du crédit du moyen âge. Son crédit est le plus perfectionné qui ait jamais existé; son grand livre est le plus sûr des placements; ses bons du trésor sont le papier le plus recherché. Les garanties solides qu'il offre aux capitaux, c'est une administration sage et contenue par les Chambres; c'est le sentiment de la bonne foi

qui préside à tous ses actes ; c'est une scrupuleuse exactitude dans l'accomplissement de ses obligations ; il n'y a ni antichrèse ni hypothèque qui vaillent ces sûretés.

La conclusion de tout ceci, c'est que le nantissement des immeubles, après avoir eu son règne brillant dans la société, tend de plus en plus à céder la place à l'hypothèque. L'antichrèse apparaît donc assez rarement dans la jurisprudence générale de la France ; elle ne se montre guère que dans quelques provinces attachées aux usages du passé, peu familières avec le régime hypothécaire, et trop pauvres encore pour être entrées dans les pratiques nouvelles du crédit. Telle qu'elle est cependant, elle mérite d'être étudiée ; elle offre même quelques questions pleines de difficultés et sur lesquelles les meilleurs esprits ne sont pas d'accord. Je ne sais si les Grecs, qui nous l'ont léguée, en firent autant d'usage que de l'hypothèque, dont ils furent aussi les inventeurs ; je doute qu'à Rome elle ait tenu, dans le mouvement des affaires, une place aussi considérable que les sûretés hypothécaires ; car elle n'est mentionnée que dans des textes rares, dont le petit nombre contraste avec l'immense étendue que les livres du droit re-

main ont donnée à l'hypothèque. Ce qu'il y a de certain, c'est que l'antichrèse a fini son rôle, et que, sans vouloir dire qu'elle s'en va tout-à-fait, il est difficile d'espérer d'elle quelques progrès favorables pour le développement des intérêts économiques.

P. S. Je termine par ce volume la série de mes commentaires sur la partie du Code civil qui commence à la *Vente*. Il ne m'appartient pas de juger mon propre ouvrage. J'ose croire cependant qu'à défaut des qualités qui me manquent, le public a pu apprécier dans mes écrits l'amour communicatif de la science du droit et un zèle sérieux pour en rendre les notions populaires. J'avais devant moi un modèle, un maître, un de ces noms qui inspirent ou découragent : je parle de Pothier. J'ai été assez confiant dans les tendances nouvelles que les besoins de notre siècle et le Code civil ont imprimées à la jurisprudence, pour ne pas céder à la crainte pusillanime d'une comparaison qui me serait défavorable ; et j'ai marché avec résolution dans des voies où je rencontrais à

chaque instant cet esprit supérieur. Est-ce de ma part l'illusion de l'orgueil? Non assurément. Qui pourrait aujourd'hui se croire l'égal de Pothier? Qui pourrait ne pas admirer cette haute raison si nette et si sûre, ce style coulant d'un eau si limpide, et si bien approprié à une science que l'auteur voulait rendre accessible à tous; cette philosophie morale si équitable et si honnête; cette érudition sans faste, si pleine à la fois de substance et de simplicité? Voilà l'homme incomparable (au moins dans les temps modernes) qui a traité presque tous les sujets que j'ai traités. Que je lui aie été bien inférieur, c'est ce dont je ne doute pas; et quand je le déclare, ce n'est pas par l'affectation d'une modestie de parade. A quoi servirait d'exercer tous les jours, dans l'étude, son goût et son jugement, si l'on n'apprenait par-là le degré d'estime appartenant à chaque écrivain, et si l'on manquait du discernement nécessaire pour mettre au rang le plus éminent des hommes tels que Pothier, l'esprit le plus français, le jurisconsulte le plus facile, le représentant le plus fidèle de tout ce que nous aimons : le bon sens, la rapidité, l'ordre, la méthode, la clarté? Mais telle est

l'activité féconde de la jurisprudence, qu'elle ne reste jamais stationnaire; telle est la variété des intérêts humains, qu'ils montrent sans cesse à l'intelligence un nouvel horizon. Lorsque Pothier parut, il fallait résumer le droit; aujourd'hui, il faut l'étendre. Pothier trouva la science encombrée, diffuse, péchant par surabondance et par luxe; maintenant, elle a pour défaut capital la sècheresse, la maigreur, l'indigence. Sans réduire le droit à sa plus simple expression, comme l'avait fait Domat avec la rigueur d'un algébriste, il fallait, au dix-huitième siècle, l'abrégé, le rendre sobre, précis, méthodique, et cependant lui laisser la profondeur scientifique et la richesse de la doctrine. Pothier a merveilleusement réussi dans cette tâche; c'est là le chef-d'œuvre de son talent. Mais, à l'heure qu'il est, il est permis de penser que le Code civil, résumé des progrès de la société moderne dans l'ordre des rapports privés, ouvre une carrière dans laquelle la science doit se montrer sous des formes nouvelles. Le droit, depuis l'avènement du gouvernement représentatif, pénètre par toutes les issues dans la vie civile et politique. Ce n'est plus un instrument propre à cer-

tains hommes spéciaux; il s'adresse à toutes les carrières, au négociant, au député, au diplomate, etc., etc. Vous le voyez monter à la tribune comme dans les jours de grandeur décrits par Cicéron (1); il est dans l'administration, dans les traités de paix, dans les rapports de l'État et du sacerdoce, dans les élections, dans les industries vieilles ou naissantes, etc. Ce siècle, qui discute tout, veut se rendre compte de tout au point de vue du droit, et l'on peut dire aujourd'hui avec autant de raison que du temps où Rome recherchait pour le maniement des affaires des citoyens capables : « *Neque legum aut juris civilis scientia negligenda est* (2). » Ne faudra-t-il donc pas que le droit parle à toutes ces vocations empressées autour de lui un langage qui réponde à leurs besoins? n'aura-t-il pas quelques paroles pour leur montrer qu'il ne consiste pas dans certaines formules convenues, ou dans des traditions acceptées de confiance sur la foi des grands écrivains d'autrefois, mais qu'il prend sa base dans les

(1) *De oratore*, I, 40.

(2) *Cicer.*, *id.*, I, 5.

profondeurs de la philosophie (1), son développement dans le développement social, son esprit dans l'esprit des institutions et des mœurs? Voyez d'ailleurs la marche des autres sciences. L'histoire, qui jadis avait oublié le droit, s'en souvient désormais. Le droit ne se souviendra-t-il pas de l'histoire? La philosophie, mieux dirigée par ses habiles maîtres, tient grand compte de l'élément du droit. Le droit ne tiendra-t-il aucun compte de la philosophie? Je ne blâme pas les livres élémentaires; je ne blâme pas les livres de pure pratique. J'estime dans leur mesure Delvincourt et Pigeau; mais tout le droit moderne n'est pas en eux. Tout le droit ancien n'est pas même dans Pothier, un bien autre homme qu'eux. Pour mon compte, je ne consentirai jamais à laisser à l'écart les Cujas, les Montesquieu, les Grotius et les Vico, et je crois que la génération à laquelle je m'adresse est de mon avis. On crie beaucoup contre ce qu'on a coutume d'appeler, à tort ou à raison, l'esprit avocat, et par-là on entend l'esprit contentieux, mesquin, formaliste. Essayons donc d'un système d'étu-

(1) *Ex intima philosophia.*

des qui arrache la jurisprudence à une froide et étroite argumentation, et lui donne pour moyen d'action ces grands leviers qui remuent l'intelligence et l'agitent d'un puissant intérêt. Les légistes ont beaucoup fait autrefois, et même depuis un demi-siècle, pour la noble cause de la civilisation ; pour faire beaucoup encore dans l'avenir, l'esprit légiste, s'il ne veut pas rester infidèle à ses destinées, doit s'inspirer de l'esprit nouveau qui vivifie notre société. Nous possédons de belles lois et des codes admirables ; j'espère que nous en jouirons longtemps encore, à moins qu'un triste malaise, qui se trahit par les plus malheureux essais de réforme, ne vienne nous les gâter. Embrassons, pour les interpréter, une marche qui satisfasse le besoin d'investigation rationnelle et la curiosité savante d'une époque qui agit, qui raisonne, mais qui, dans ses actes et ses pensées, recherche surtout la plus grande chose de ce monde, le droit : non pas ce droit qui se traduit en petites discussions sur un texte, en petits efforts sur des pointilles, en puériles argumentations sur des thèses en l'air (ce droit-là est décrié autant que le fut à Rome, dans un certain temps,

la science des augures) ; mais le droit qui remonte à la source des lois, qui s'appuie sur la morale et la philosophie, qui s'inspire de l'histoire, qui s'inquiète des antécédents, qui montre à la pratique l'éternel empire du juste, qui se met en équilibre avec les nécessités du commerce et les intérêts publics, etc. Ce droit, tout le monde l'aime et le recherche en France ; on en comprend l'utilité ; on sent qu'il doit entrer dans l'éducation de quiconque se destine à l'administration et à la politique autant qu'au barreau et à la magistrature. On veut le connaître dans ses sources historiques, philosophiques et morales, afin de pouvoir s'en aider comme d'un caducée, non-seulement dans la vie privée, mais encore dans la vie publique à laquelle chacun est aujourd'hui convié. C'est ce droit dont nous avons cherché à être l'interprète, et nous nous sommes dit, au risque de tenir un langage trop superbe :

Si canimus silvas, silvæ sint consule dignæ.

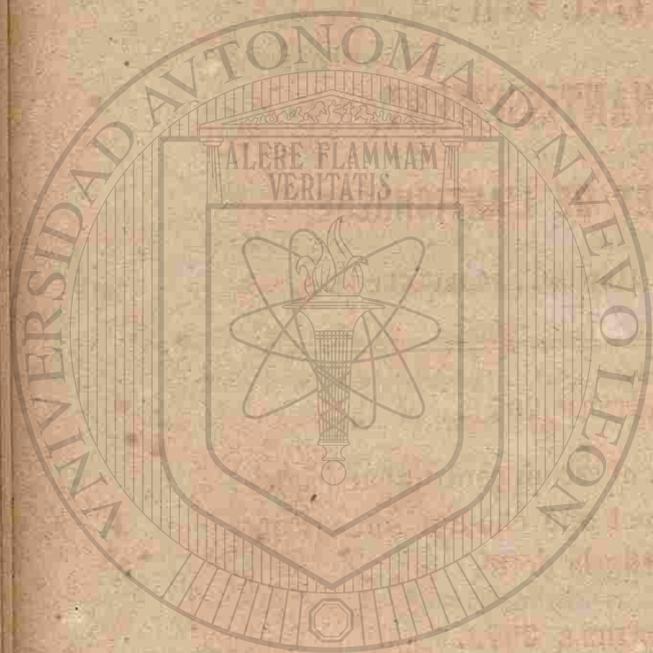
Mais, ces réserves faites, je ne veux pas quitter le sujet des contrats qui ont tant exercé et illustré la plume de Pothier, sans rendre hommage à cet éminent jurisconsulte, et

sans recommander aux continuelles études des jeunes adeptes et des vétérans de la jurisprudence cette sagesse vraiment antique qui, formée tout à la fois par les théories de la science et par l'expérience du magistrat, est aussi imposante que les oracles de la loi elle-même et les réponses des Papinien.

Il ne manque à cette série de commentaires, pour être complète, que le titre 19 qui s'occupe de l'*expropriation forcée*. Mais qu'aurais-je pu dire là-dessus sans le coordonner avec le Code de procédure civile, et sans y faire entrer toute la série des formalités qui constituent le système de la saisie réelle? Il aurait donc fallu laisser la procédure faire irruption dans le Code civil et y tenir la première et la plus grande place? J'ai reculé devant cet envahissement. Je n'aurais plus commenté le Code; j'aurais expliqué le Code de procédure civile. Chacun doit suivre sa vocation; la mienne m'appelle vers d'autres sujets.

DU NANTISSEMENT,

DU GAGE ET DE L'ANTICHRÈSE.



CODE CIVIL,

LIVRE III,

TITRE XVII :

DU NANTISSEMENT,

DU GAGE ET DE L'ANTICHRÈSE.

DÉCRÉTÉ LE 16 MARS 1804, PROMULGUÉ LE 26.

ARTICLE 2071.

Le nantissement est un contrat par lequel un débiteur remet une chose à son créancier pour sûreté de la dette.

ARTICLE 2072.

Le nantissement d'une chose mobilière s'appelle *gage*.

Celui d'une chose immobilière s'appelle *antichrèse*.

SOMMAIRE.

1. Notions générales sur le nantissement.
2. Les rapports de société et les rapports d'affaires ne doivent pas se gouverner par les mêmes idées. Néces:
II. 1

belles idées dont se bercent les philanthropes. Mais le temps n'est pas encore arrivé, et nous en sommes encore au point où la société romaine se trouvait du temps de Martial :

« *Cum rogo te nummos, sine pignore, non habeo, inquis;*

» *Idem, si pro me spondet agellus, habes.*

» *Quod mihi non credis veteri, Thelesine, sodali,*

» *Credis colliculis, arboribusque meis.*

» *Ecce reum Carus te detulit. Adsit agellus.*

» *Exsiliū comitem quæris? agellus eat (1).* »

Oui! voilà l'infirmité humaine dans sa nudité. Les garanties morales sont si souvent insuffisantes qu'il a fallu faire appel aux garanties de la richesse mobilière et foncière. Aussi le vieux Loisel, qui connaissait le cœur humain aussi bien que la jurisprudence, donnait-il cette règle empreinte d'une haute sagesse :

Pleige plaide, gage rend, et bailler caution est occasion de double procès (2). Les pleiges et cautions sont des occasions de procès; le gage seul force le débiteur à payer. C'est pourquoi la loi, qui doit avoir un baume pour chaque blessure, s'est appliquée à organiser le crédit autant sur les choses que sur les personnes; c'est un de

(1) XII *epigram.*, 25.

(2) III, 7, 4. Voyez aussi IV, 5, 2: « De foi, fi; de » pleige, plaid; de gage, reconfort; d'argent comptant, » paix et accord; » et *infra*, n° 35.

ses plus grands efforts que de procurer aux transactions la plus grande somme de sécurité que puisse offrir la propriété mobilière ou immobilière.

3. Ce soin est d'autant plus nécessaire depuis que l'humanité des mœurs a justement enlevé aux créanciers les rigueurs exagérées de la contrainte par corps (1). Nous avons décrit ailleurs ces temps malheureux où l'homme répondait sur sa vie ou sur sa liberté de sa fidélité à remplir ses engagements (2). La foi des contrats avait pour sanction la servitude ou la mort, et l'homme tout entier tombait dans la propriété et sous le joug d'un autre homme par l'effet de la dette. Ce système de garantie matérielle, qui s'adressait avec barbarie au corps de l'homme, n'existe plus heureusement, et ce sont les biens du débiteur qui ont pris la place de sa personne. Mais plus la contrainte personnelle a été mitigée et réduite, plus il a fallu donner d'extension et de solidité au crédit qui s'appuie sur la chose; l'engagement des choses est devenu l'un des points les plus délicats, les plus usuels, les plus graves de la jurisprudence. On sait à quel point les esprits sont depuis longtemps préoccupés d'une bonne législation hypothécaire. L'hypothèque, qui n'est autre chose que l'extension du nantissement,

(1) Saumaise, *De modo usurar*, p. 487.

(2) V. notre *Préface de la Contrainte par corps*.

est en effet une partie très difficile de ce vaste et important sujet.

4. Nous l'avons dit : le crédit personnel est souvent fragile. La fortune capricieuse, qui donne les riches patrimoines, les enlève dans ses jeux cruels; l'inconduite les dissipe, et l'homme, opulent alors qu'on lui a prêté, se trouve pauvre quand est venu le moment de rendre (1). De là, pour le créancier, la nécessité de se faire donner des gages réels (2), qui mettent dans sa main des valeurs suffisantes pour assurer son paiement au moment convenu. *Tutiùs est rei incumbere et possidere, quàm in personam agere* (3).

Ces valeurs sont de deux sortes : mobilières ou immobilières (4). On peut donner en nantissement des meubles; on peut aussi donner des immeubles. L'effet particulier du nantissement est de mettre le créancier en possession effective de la chose. Le nantissement suppose une tradition de la chose; c'est là l'idée première qui s'attache à ce genre d'agissement. Ce n'est que par

(1) Saumaise, *De modè usurar.*, p. 488.

(2) Ce mot *réel* est barbare, comme le dit Saumaise; mais il est expressif. *REALE, ut barbarè sed aptè loquemur.* p. 527, c. 13.

(3) L. 1, § *Qui superficiem.* D., *De superficiebus.*

(4) Saumaise, p. 488.

un perfectionnement ingénieux qu'on est arrivé à l'hypothèque, sorte de nantissement particulier qui procure toute sécurité au créancier en laissant au débiteur la possession de la chose. Le jurisconsulte Marcianus a dit : *Inter pignus et hypothecam tantùm nominis sonus differt* (1). Cette proposition n'est vraie que dans un sens restreint, c'est-à-dire en tant que l'hypothèque appartient à la matière des sûretés réelles, aussi bien que le nantissement. Mais, sous d'autres rapports, l'hypothèque diffère d'une manière profonde du nantissement; elle en diffère non-seulement par le nom, mais encore, et surtout, parce qu'elle laisse au débiteur une possession que le nantissement lui enlève (2).

5. Dans les antiquités du droit romain, le nantissement affectait les formes de la vente. Espèce de vente à réméré, il se contractait par le transport solennel de la propriété entre les mains du créancier, c'est-à-dire par la mancipation *per æs et libram*; et la mancipation était accompagnée d'un contrat de fiducie, c'est-à-dire d'une promesse obligatoire et juridique par laquelle le créancier s'engageait à rendre la propriété au débiteur quand ce dernier l'aurait désinté-

(1) L. 5, § 1, D., *De pignor. et hypoth.*

(2) Just., *Inst.*, *De action.*, § 7.

Saumaise, p. 490.

ressé (1). C'est ce que Boèce appelle *mancipatio fiduciaria* (2). La littérature latine offre beaucoup de témoignages qui montrent la fiducie comme un mode très fréquent de donner un gage au créancier (3). Saumaise les a recueillis avec diligence (4), mais ne les a pas toujours appréciés avec l'exactitude du jurisconsulte. Les compilations de Justinien ont effacé presque toutes les traces de la fiducie (5); il est probable que le développement du *pignus*, de l'antichrèse et de l'hypothèque, fit peu à peu oublier cette forme romaine de constitution du gage (6). Issue de ce formulaire sacramentel qui appliquait la

(1) Caius, II, 59, 60.

Paul, *Sent.*, II, 13, § 1 et suiv.

Varron, *De lingua latina*, VII, 105.

Isidore, V. *Origin.*, 25.

Noodt, sur le Dig., *De pignorat. act.* ;

Et Observ., II, 7 et 8.

(2) Sur les Topiq. de Cicér., IV. Il est cité par tous les auteurs et particulièrement par Loyseau, *Offices*, II, 3, 31.

(3) Cicér., III, *De officiis*, 17.

Loyseau, *Off.*, 2, 3, 32.

(4) *De modo usurar.*, p. 590, 594, 597, 599, 601, 603, 604, 606, 613.

(5) Noodt, *loc. cit.*

(6) V. M. Bonjean, *Des actions*, § 285.

M. Ortolan, p. 205 et 1417.

M. Pellat, du *Droit de gage*, § 209.

solennité de la mancipation à la propriété privilégiée connue sous le nom de *res Mancipi*, elle dut s'affaiblir, se dénaturer et se perdre enfin, lorsque la propriété eut rejeté la distinction des choses *Mancipi* et des choses *nec Mancipi*.

6. A côté de la *mancipatio fiduciaria*, c'est-à-dire du gage organisé par le droit civil, il y avait le gage du droit naturel, le *pignus*, qui se contractait sans formalités solennelles et s'opérait par la simple remise de la chose dans les mains du créancier (1). Le *pignus* ne transférait pas la propriété : le créancier n'avait qu'une possession et un droit de rétention qui cessaient par le paiement. C'est à cause de cette appréhension manuelle de la chose engagée que les jurisconsultes romains faisaient dériver le mot *pignus* de *pignus* : « *Pignus appellatur*, dit Caius, à *pugno*, quia » *res que pignori dantur manu traduntur* (2). » Mais cette étymologie est critiquée avec raison par Saumaise (3). « *Absurdum*, dit-il, *pignus à pugno deducere, cum pignus clausam manum significet. Unde et pignus pro ictu, qui clausa manu incutitur; inde et pugiles appellati.* » On sait que les jurisconsultes romains n'ont pas toujours été heureux dans leurs recherches étymologiques.

(1) Loyseau, *loc. cit.*

(2) Caius, l. 238, D., *De verbor. signif.*

(3) *De modo usurar.*, p. 538.

moins à la possession (1). Mais l'hypothèque était si supérieure à la fiducie, et la civilisation grecque en avait éprouvé de si nombreux avantages, qu'il n'était guère possible de lui fermer les accès de la jurisprudence, au nom de scrupules formalistes et étroits. En effet, la fiducie enlevait au débiteur la propriété de la chose pour en investir le créancier sous une condition résolutoire. Au contraire, la combinaison nouvelle ne privait le débiteur ni de la propriété ni de la possession, et toutefois elle investissait le créancier d'une sûreté suffisante.

10. L'hypothèque entra donc dans la jurisprudence romaine sous son nom grec (2). Variété du *pignus*, elle différait cependant du *pignus* proprement dit, en ce que le *pignus* était livré au créancier, tandis que la chose hypothéquée restait aux mains du débiteur. « *Propriè pignus dicitur, quod ad creditorem transit; hypothecam, cum non transit, nec possessio, ad creditorem* (3). » L'hypothèque naquit à Rome du temps de la république. Cicéron en fait mention dans sa correspondance (4). « *Prætereà, dit-il, Philotes Alabandensis υποθήκη; Cluvio dedit. Hæ commissæ*

(1) M. Niebuhr, t. 2, p. 385, note 506.
Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, n° 7.

(2) Loyseau, *Offices*, II, 3, 30.

(3) Ulp., l. 9, § 2, D., *De pign. act.*

(4) XIII, *Ad famil.*, 56. Édit. Panck., t. 20, p. 194.

» sunt; velim cures, ut aut de hypothecis decedat, easque procuratoribus Cluvii tradat, aut pecuniam solvat. » Cicéron écrivait ces lignes, de la Cilicie, à Thermus, propréteur. Alabanda était une ville de la Carie, province grecque d'Asie. Là habitait Philotès qui s'était engagé par des hypothèques envers Cluvius de Pouzzoles, ami de Cicéron, ou plutôt envers Pompée dont Cluvius n'était que le prête-nom. Car c'était l'habitude des plus notables personnages de Rome de faire l'usure dans les provinces, par le moyen d'intermédiaires. Cicéron recommande donc à Thermus l'affaire de Cluvius et de Pompée; et comme le terme du paiement était arrivé, il le prie de forcer Philotès à délaisser les biens hypothéqués, ou à payer. On voit par-là que l'hypothèque était un moyen de crédit usité dans les prêts par les capitalistes romains. Remarquons toutefois que le fait dont cette lettre de Cicéron nous donne le témoignage se passait dans une province grecque. Mais il n'est pas permis de douter que les spéculateurs de Rome eussent depuis longtemps emprunté à la Grèce et transporté en Italie l'usage de l'hypothèque. Le Préteur avait accueilli favorablement cette imitation du droit grec. Étrangère au droit civil de Rome, l'hypothèque devint la protégée du droit honoraire et prétorien (1).

(1) Paul, l. 17, § 2, D., *De pactis.*
Et Noodt, *Observ.*, II, 8.

11. Ainsi, l'histoire du droit romain nous offre trois nuances du contrat de nantissement: la fiducia, qui est le contrat solennel et privilégié du droit civil; le *pignus*, qui est le contrat du droit naturel né du mouvement spontané des intérêts romains; l'hypothèque, contrat d'origine grecque (1), accueilli par le Préteur et soutenu par son édit.

12. Je disais tout à l'heure que, primitivement, le *pignus* ne donnait au créancier qu'un simple droit de rétention; il faut revenir un instant sur cette idée, afin de bien saisir le progrès du droit romain en cette matière. Comme le *pignus* était l'œuvre du droit naturel, comme il ne reposait que sur le fait d'une tradition manuelle, le créancier perdait toute espèce de droit quand il en perdait la possession, et aucune action du droit civil ne venait au secours d'une situation que le droit civil n'avait pas concouru à former (2). Combien était plus énergique le droit que la fiducia donnait au créancier, droit de propriété assis sur ce que la forme romaine avait de plus solennel, droit investi des actions les plus efficaces du droit civil (3)!

(1) Noodt: *Hypotheca graecae originis est*, sur le t. du Dig. *De pign. et hypoth.* V. Loyseau, cité dans mon comm. des *Hypoth.*, nos 7 et 8.

(2) Noodt, sur le tit. du Dig. *De pignorb. et hypoth.*
Arg. de la loi 17, § 2, D., *De pactis*.

(3). *Ib.*

13. Mais le Préteur ne put longtemps souffrir cette inégalité, et il songea à fortifier le *pignus* par des actions protectrices du droit réel. Le premier qui entra dans la voie de cette innovation fut le préteur Servius, que l'on croit antérieur à Cicéron; et voici à quelle occasion: lorsque le fermier d'un bien rural introduisait dans la ferme des ustensiles aratoires, on stipulait quelquefois qu'ils serviraient de nantissement au propriétaire. Cet usage était ancien, et le vieux Caton en fait la condition de l'adjudication d'une récolte d'olive (1). Il y avait une autre coutume plus générale et plus fréquente: c'était de stipuler que les fruits de la ferme recueillis par le colon seraient le gage du propriétaire pour le paiement de ses fermages (2). Mais si ces ustensiles et ces fruits étaient déplacés, le propriétaire était sans action pour les remettre sous sa main; car le droit civil, étranger à la constitution du *pignus*, le laissait sans défense contre le cas de dépossession. Le préteur Servius imagina donc de donner au propriétaire une action prétorienne contre les tiers détenteurs de ces meubles ainsi dé-

(1) Caton, *De re rusticâ*, 446 :

« *Donicum solutum erit, aut ita satis datum erit, quae in fundo illata erunt, pignori sunt.* »

(2) L. 4, D., *In quib. causis*.

Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, n° 149.

Cujas, sur la loi 4, D., *De pactis*.

tournés ou déplacés, et cette action prit le nom d'action servienne, *serviana actio* (1). Cette innovation ayant été trouvée bonne, les autres Prêteurs l'étendirent à tous les autres cas de gage, et une action fut attribuée, sous le nom d'action *quasi-servienne*, au créancier gagiste (2).

14. Enfin, le Prêteur ayant adopté l'hypothèque grecque et ayant donné à la simple convention le privilège énorme et inouï d'affecter la chose (3) sans mancipation, ni tradition, ni possession réelle, la conséquence naturelle fut que l'action quasi-servienne vint servir de sanction à ce droit d'hypothèque. L'action quasi-servienne, aussi appelée action hypothécaire (4), donna au créancier le droit de saisir la chose, de la faire vendre et de la faire payer par préférence.

15. Telle fut la marche suivie par le droit romain pour se dégager des étreintes du droit primitif, pour élargir le cercle des rapports ci-

(1) Justin., *Inst.*, *De act.*, § 7.

2 *Inst.*, *loc. cit.* Théophile, sur les *Instit.*, traduction de M. Frégier, p. 547, n^{os} 7 et 8, l. 28, D., *De pign. act.*, 1, 3, 7, 10, 18, 21, § 1, D., *De pignorib.*

(3) Paul, l. 19, D., *De damno inferto.*

(4) L. 3, § 3, D., *Ad exhib.*

L. 7, § 12, D., *Com. divid.*

L. 9, D., *Quib. modis.* Théophile, *loc. cit.*

vils, et prendre son point d'appui dans le droit naturel et des gens. Le Prêteur fut ici, comme presque toujours, le moteur de ces ingénieuses et utiles innovations. Le gage et l'hypothèque lui sont aussi redevables que les autres contrats dont nous avons exposé les principes dans nos précédents commentaires.

16. Avant de mettre fin à ces aperçus jetés sur le droit romain, nous avons une observation à faire à l'égard du *pignus*. Le *pignus* fait le sujet de titres nombreux dans le Digeste et le Code Justinien : *De pignoratitia actione*; *De pignorib. et hypothecis*; *Qui potior. in pignore*, etc., etc. Très souvent le mot *pignus* y est pris dans un sens large et comme terme générique employé pour désigner *lato sensu* (1) les sûretés réelles données au créancier : sûretés mobilières ou foncières, gage en meubles ou en terres, antichrèse (2) ou hypothèque. Rien n'est plus fréquent que de trouver dans le langage des jurisconsultes romains ces expressions, *pignori dare prædium*, pour rendre l'idée d'une hypothèque (3). Mais quand les jurisconsultes romains recherchent les variétés qui distinguent les contrats de sû-

(1) Saumaise, p. 492.

(2) Marcianus, l. 33, D., *De pigner. act.*

(3) Marcianus, l. 12, D., *Qui potior.*
Papin., l. 2, D., *De pign. et hyp.*

reté reposant sur la chose, ils se servent de locutions plus précises. C'est à l'aide de leurs textes que nous avons montré ci-dessus les différences tranchées qui existent entre la fiducie, le *pignus* proprement dit, et l'hypothèque. Il paraît même, d'après une observation de Caius, que quelques jurisconsultes anciens, recherchant avec une diligence minutieuse la précision dans les choses, avaient donné au mot *pignus* une signification aussi étroite qu'elle est étendue dans les compilations de Tribonien; car ils pensaient que *pignus*, venant de *pugnis*, ne s'appliquait, dans l'exactitude du mot, qu'au gage mobilier : *Undè etiam videri potest verum esse quod quidam putant, pignus propriè rei mobilis constitui* (1). Je suis très porté à ne pas mépriser cette conjecture, et à croire que lorsque la propriété foncière était enlacée dans les liens du domaine quiritaire, et que des esprits superstitieux croyaient à la nécessité de la mancipation pour l'aliéner, je suis très porté à croire, dis-je, que ce ne fut qu'à l'égard des meubles que le *pignus* eut quelque efficacité juridique (2). Mais lorsque la fiducie eut perdu son crédit, lorsque l'hypothèque eut été acceptée, lorsque l'anti-

(1) L. 238, D., *De verb. signif.*

(2) Cujas est aussi de cet avis sur la loi 238, D., *De verb. signif.*

chrèse eut pris place dans le droit, alors le mot *pignus* acquit une plus grande extension; il devint un terme générique, et Marcianus put dire avec raison que *pignus* et *hypotheca* ne différaient que par le son (1).

17. Le gage se rencontre chez toutes les nations dont le crédit a atteint un certain degré de développement. Les lois de Moïse le montrent chez les Juifs (2); elle cherchent à lui enlever les rigueurs par lesquelles l'âpreté des créanciers en exagère trop souvent les effets. On ne prendra pas pour gage, dit le législateur des Hébreux, la meule qui écrase le blé; car celui qui l'offre engage sa propre vie (3). N'entrez pas dans la maison du débiteur pour en emporter quelque gage; mais attendez dehors que le débiteur vous apporte lui-même ce qui doit faire votre sûreté (4). Si le débiteur est pauvre, que le gage qu'il vous a donné ne passe pas la nuit chez vous. Rendez-le-lui avant le coucher du soleil, afin que, dormant dans son vêtement, il vous bénisse (5).

(1) L. 5, § 1, D., *De pignorib.*

(2) Deut., 24.

(3) *Id.*, 24, § 6.

(4) *Id.*, § 10 et 11. *Infrà*, n° 46.

(5) *Id.*, § 12 et 13.

18. Les Grecs, peuple commerçant et défiant, firent un grand usage du contrat de gage (1). Le négoce y cherchait des sûretés, soit dans les meubles, soit dans les immeubles (2). L'hypothèque est d'origine grecque; elle atteste l'esprit ingénieux de ce peuple, plus ami de la simplicité que les Romains. Elle enrichit le droit de Rome par l'importation qu'en firent les Grecs italiotes (3). L'antichrèse doit être également rapportée à la civilisation grecque.

19. Le gage nous apparaît dans les lois barbares (4) et dans le moyen âge (5). Quand Joinville part pour la croisade, au milieu de cette exaltation religieuse qui poussait en Orient l'Europe fascinée, il est obligé de mettre en gage la meilleure partie de sa terre et va chercher à Metz des prêteurs qui lui donnent de l'argent à cette condition (6). Le mouvement des croisades donna lieu à de nombreux engagements de la propriété foncière, et l'usure, garantie par le nantissement, ne ménagea pas ces pieux et bra-

(1) Saumaise, p. 503, 506, 556, 560.

(2) *Id.*, p. 503 et 506.

(3) *Id.*, p. 580.

(4) Loi des lombards, lib. 2, t. 21, § 1.

(5) V. Ducange, v° *Vadium*, *Wadium*, *Guadius*, *Guadia* et *Pignus*. V. aussi la *Préface* de ce commentaire.

(6) N° 62, p. 197, édition de M. Poujoulat.
Infrà, n° 503.

ves chevaliers qui sacrifiaient les intérêts terrestres à la cause du Christ. L'histoire atteste aussi que les établissements religieux ne furent pas les moins empressés à faire l'usure en prêtant sur gage immobilier (1). Les cartulaires de l'ancien régime sont remplis de contrats d'engagements passés par les seigneurs, les princes, les grands propriétaires, pressés par le besoin d'argent, à des époques où le numéraire était rare et où les nécessités étaient urgentes. La propriété foncière, quoique longtemps accablée du poids de ces engagements, n'en reçut pas moins un certain mouvement, qui fit place à sa trop grande inertie (2).

20. Le mot *nantissement* vient du saxon *nam*, qui signifie saisie d'un gage (3); de là ces vieilles expressions françaises, *nampt*, ou *nans*, comme synonyme de gage (4), et *enlever le nampt*, *délivrer le nampt*, pour dire : saisir un gage, délivrer un gage. Dans la coutume de Normandie, *nampt* (5) désigne les meubles et bestiaux pris par exécution et placés comme gage sous la main

(1) Ducange, v° *Pignus mortuum*.

Infrà, n° 501. Voyez la *Préface*.

(2) *Infrà*, n° 504, et la *Préface*.

(3) Ducange, *Namium et nantissementum*, « ex saxo-nico *nam*, pignoris ablatio. »

(4) V. ces mots dans Carpentier.

Junge Bon teiller, *Somme rurale*, liv. 1, ch. 102.

(5) Anc. cout., ch. 7, et nouv. cout., art. 63.

du créancier. Les meubles sont *mort namps*, les bestiaux sont *vif namps*. C'est de ce mot *namp* que la langue française a formé *nantir*, *nantissement*. Quelques grammairiens font dériver le mot *nantir* de *nancisci*, ou du grec moderne. Mais je crois avec Ducange que l'étymologie saxonne est seule certaine.

21. Nantir et nantissement sont des termes génériques en cette matière. Ils ont la même étendue que le mot *pignus* avait en droit romain, alors que *pignus* avait acquis la signification si large dont nous parlions au n° 16. L'art. 2071 en donne une définition qui correspond à cette idée. « Le nantissement, dit-il, est un contrat » par lequel un débiteur remet une chose à son » créancier pour sûreté de la dette. » Il suit de là que, soit que la chose soit un meuble, soit qu'elle soit un immeuble, le contrat peut toujours prendre le nom du nantissement; car, nous le répétons, tel est le terme générique.

Mais la langue du droit moderne eût été stérile si elle n'avait eu à sa disposition une dénomination spéciale pour désigner le nantissement d'une chose mobilière et le nantissement d'une chose immobilière. Le premier s'appelle *gage*; le second s'appelle *antichrèse* (1). Ce sont les espèces du genre.

(1) Art. 2072.

22. Le mot *gage* est d'origine teutonique (1), *wadium*, *quadium* (2). Il se prend tantôt pour le contrat de nantissement d'un meuble, tantôt pour le meuble lui-même donné en *gage* (3). Il a même assez ordinairement une signification moins restreinte que la signification légale que lui donne notre article; car il n'est pas rare de le voir employer pour désigner toute sûreté quelconque, même le nantissement d'un immeuble, même l'hypothèque. La langue vulgaire a des licences que la langue scientifique ne peut pas toujours arrêter. Ce sont même les jurisconsultes, il faut le reconnaître, qui ont été les premiers à se prêter à cette extension. Par exemple, ils ont longtemps donné le nom de *mort gage* au contrat *pignoratif*, à cause que les fruits en sont en pure perte pour le débiteur, à la différence du *vif gage* dont les fruits sont comptés en extinction de la dette (4). C'est également avec *cette extension*, plus populaire que légale, que l'article 2093 dit que *les biens du débiteur sont le GAGE commun de ses créanciers*. Enfin, les lois domaniales, d'accord avec l'ancienne langue du droit, ont appelé *engagements* des contrats jadis très

(1) Brodeau sur Paris, t. 8. Préface, n° 4.

(2) Ducange, v° *Vadium*, *Wadium*.

(3) Ducange, *loc. cit.*

(4) Loyseau, *Offices*, II, 3, 35, 36.

Loisel, liv. 3, t. 7, n° 1 et 2. *Infrà*, n° 503.



fréquents, qui touchaient par les rapports les plus étroits aux nantissements d'immeubles (1).

23. L'antichrèse, qui est le nantissement d'un immeuble d'après le Code civil (2), a conservé le nom grec sous lequel elle passa dans la jurisprudence romaine. L'antichrèse, sans être tombée en désuétude, tant s'en faut, est cependant moins fréquente qu'autrefois. L'hypothèque l'a vaincue, car le droit hypothécaire est à la fois plus stable et plus commode (3). D'ailleurs, les prohibitions du droit canonique avaient empêché l'antichrèse de pénétrer dans les habitudes populaires. Nous en traiterons aux art. 2085 et suivants.

24. Le nantissement est un contrat accessoire : pour sûreté de la dette, dit l'art. 2071. Il y a donc une dette antérieure à laquelle vient s'adjoindre le nantissement afin de procurer au créancier la sûreté du principal (4). Sous ce rapport, il appartient au même ordre d'idées que le cautionnement (5). On ne saurait comprendre le nantissement sans un contrat principal dont il est

(1) *Infrà*, n° 504.

(2) *Infrà*, n° 504.

(3) V. *Infrà*, nos 38, 534 et suiv.

(4) Marcianus, l. 5, D., *De pignorib.*, et l. 5, § 2 ;
V. aussi l. 2, G., *Si pignus cono. num. pecun.*

(5) V. mon comm. du *Cautionnement*, nos 46 et suiv.

la garantie. Si le débiteur n'était pas lié à un engagement préexistant dont le créancier veut augmenter les garanties, le nantissement manquerait de cause.

Cette dette principale que le nantissement vient fortifier peut procéder de quelque contrat que ce soit, pourvu qu'il soit valable. On ne donne pas seulement des gages pour garantir des prêts d'argent ; on en donne pour des ventes, des locations, etc., etc. (1) ; on en donne pour des obligations pures et simples, ou pour des obligations conditionnelles, ou à terme (2) ; pour des obligations civiles et pour des obligations naturelles (3). En un mot, le nantissement peut être donné *pro quacunque obligatione* (4) et pour toutes les transactions qu'embrasse le commerce. Je crois inutile d'insister plus longtemps sur ce point ; je ne pourrais que répéter ici ce que j'ai exposé avec plus de détails dans le titre du *Cautionnement*, dont les principes sont les mêmes que ceux que nous rappelons ici (5).

25. Le nantissement est un contrat réel ou

(1) Marcianus, l. 5, D., *De pignorib. et hypoth.*

(2) *Id.*

(3) *Id.*

V. mon comm. du *Cautionnement*, n° 53.

(4) Marcianus, *loc. cit.*

(5) Nos 46, 50, 53.

parfait par la chose (1). A ce point de vue, il appartient à la famille du prêt et du dépôt. Comme ces deux contrats, il exige la tradition, la remise de la chose ; c'est ce que l'article 2071 exprime en disant : « Le nantissement est un » contrat par lequel un débiteur remet une chose » à son créancier, etc., etc. »

La tradition est donc une condition essentielle du nantissement. Et par-là notre contrat se distingue éminemment de l'hypothèque, dont le propre est de laisser le débiteur en possession de la chose.

Je trouve cependant dans les Pandectes ce passage d'Ulpien qui paraît en opposition avec notre proposition : « Pignus contrahitur non » solùm traditione, sed etiam nudâ conventione, » etsi traditum non est (2). » Mais une simple observation suffit pour éclaircir le doute né de ce fragment. Ulpien prend ici le mot *pignus* dans le sens large qui s'étend jusqu'à l'hypothèque, et c'est l'hypothèque seule qu'il a en vue lorsqu'il parle de la nue-convention (3) ; quant au *pignus* proprement dit, il est certain que dans le droit

(1) Caius, l. 1, § 6, D., *De oblig. et act.*

L. ult., C., *De luitione pignor.*

Just., Inst., *Quib. modis re cont.*, § 4.

(2) L. 1, D., *De pignerat. act.*

(3) Favre, *Rationalia*, sur cette loi.

romain, comme dans le droit français, la tradition était nécessaire pour sa perfection (1).

26. En effet, le double intérêt que le nantissement a pour objet de satisfaire a besoin de la tradition effective de la chose ; il en fait une loi de ce contrat. Quel est l'intérêt du créancier ? c'est de se procurer une sauvegarde : *quò magis ei in tuto sit creditum* (2). Mais combien serait fragile et illusoire la garantie offerte dans un meuble, si le créancier n'en avait pas la possession ! Quelle sûreté offrirait l'antichrèse si le créancier n'était pas mis en jouissance effective de l'immeuble ? D'un autre côté, quel est l'intérêt du débiteur en offrant un nantissement ? c'est de trouver du crédit : *quò magis ei pecunia credatur* (3). Mais s'il ne se dépouillait pas de la possession de la chose, le crédit hésiterait ; la confiance lui ferait défaut, et le contrat manquerait le but qu'il veut atteindre.

27. Il faut donc que la tradition investisse le créancier et le mette en possession. Ce n'est pas à dire pour cela que le contrat doit commencer par la tradition (4). Avant tout, il

(1) Caius et Inst., *loc. cit.*

(2) Justin., Inst., *Quib. modis re*, § 4.

(3) *Id.*

(4) *Etsi enim pignus traditione propriè constituitur, non tamen ità accipi debet, ut incipiat pignus à traditione. Inutilis siquidem traditio est, nisi præcesserit consensus*

faut que le consentement intervienne, et que ce consentement soit revêtu de toutes les conditions nécessaires pour sa validité. Mais une fois le consentement donné réciproquement, le nantissement n'arrive à sa perfection que par la tradition de la chose convenue.

28. Il y a plus : le droit ne repousse pas la promesse du nantissement. Toutes les fois qu'une convention licite a été faite, la bonne foi en exige l'accomplissement. Le débiteur qui a promis un gage est tenu de le livrer (1) ; remarquons cependant que son obligation ne procède pas d'un contrat de nantissement proprement dit. La promesse de nantissement est un contrat sans nom qu'il ne faut pas confondre avec le nantissement effectué (2).

29. Du principe que le nantissement s'accomplit par la tradition, il résulte que l'obligation principale produite par le contrat de nantissement est de rendre la chose en cas de paiement ; obligation qui incombe au créancier et qu'il contracte par la réception de la chose (3). De là l'action appelée en droit romain *pigneratitia actio*,

de re obligandâ (Favre, *Ration.*, sur la loi 1, § 1, D., *De pignor. act.*).

(1) Arg. de la loi 1, § 1, D., *De pign. act.* (Ulpien).

(2) Pothier, *Nantissement*, 9.

(3) Caius, l. 1, § 6, D., *De oblig. et act.*

qui était accordée au débiteur contre le créancier, et qu'on appelait *directa* parce qu'elle découlait directement et immédiatement de la remise de la chose qui, ayant été purgée, devait être rendue (1). L'action *pigneratitia* était personnelle (2) ; elle n'avait rien de réel, et il ne faut pas la confondre avec les actions réelles qui procédaient du gage en faveur du créancier, telles que l'action servienne et l'action quasi-servienne (3). C'est aussi une action personnelle que celle que l'article 2082 du Code civil ouvre au débiteur qui a payé, pour exiger du créancier la restitution de la chose livrée en gage. — Elle tend à l'accomplissement d'une obligation.

30. Réciproquement, la bonne foi a fait établir une action pignorative contraire (4), dans l'intérêt du créancier. Si le débiteur ne tient pas ce qu'il a promis, si par exemple, ayant affirmé que

(1) Ulp., l. 9, § 3, D., *De pignerat. act.*

Marcianus, l. 33, D., *De pignerat. act.*

Noodt, sur le titre *De pigner. act.*

(2) Favre, sur la loi 1, D., *De pignerat. act.*

(3) L. 17, D., *De pignorib.* (Ulp.).

Instit. de Just., *De act.*, § 7. *Suprà*, n° 14.

(4) Ulp., l. 1, § 2, D., *De pignerat. act.*

Pomp., l. 3, D., *cod. tit.*

Paul, l. 16, § 1, D., *De pign. act.*

la marchandise qu'il donne en gage sous balle et sous cordes est de telle espèce, tandis qu'en réalité elle est de telle autre moins avantageuse au créancier, celui-ci a l'action pignoratice contraire pour que force reste à la convention, ou qu'il soit pleinement indemnisé (1). Il en est de même si le débiteur trouble le créancier dans sa possession (2), ou si le créancier a été obligé de faire des dépenses pour la conservation de la chose mise en gage (3).

Cette action est appelée *contraire* parce qu'elle ne sort pas précisément du contrat dont le but direct est d'engager le créancier; elle n'est pas expresse, elle n'est que tacite et incidente (4). Elle naît de la bonne foi, qui veut que si le créancier est tenu rigoureusement envers le débiteur, celui-ci ne soit pas libre de se jouer de ses promesses, ou de constituer en perte le créancier (5).

31. On voit par-là que le nantissement appartient à la classe des contrats synallagmatiques imparfaits. Justinien a cependant eu raison de dire:

(1) Ulp., l. 1, § 2, D., *De pign. act.*

(2) Pomponius, *loc. cit.*

(3) Pomponius, l. 8, D., *De pign. act.*

Infrà, n° 539.

(4) Mon commentaire du *Dépôt*, n°s 187 et 192.

(5) Noodt, *loc. cit.*

Pignus utriusque gratiâ constituitur (1). Car le gage est dans l'intérêt du débiteur à qui il fait trouver de l'argent, et dans l'intérêt du créancier à qui il permet d'en prêter avec sûreté. Néanmoins, les choses y sont combinées de manière qu'il ne renferme qu'une seule obligation principale et dominante, celle de rendre la chose lorsque le paiement a été effectué. Les autres obligations ne sont qu'accessoires et tacites; elles ne jouent pas un rôle assez éminent pour faire du contrat de nantissement un contrat parfaitement synallagmatique, tel que la vente et le louage. On verra même, par l'art. 2087, que le créancier peut se décharger des obligations que lui impose le nantissement, sans que pour cela le débiteur soit dégagé de la dette principale (2). Nous le mettons donc, avec Pothier (3), dans la classe des contrats synallagmatiques imparfaits (4).

32. Le contrat de nantissement est intéressé de part et d'autre (5). Ce n'est pas le bienfait qui préside à sa formation. L'intérêt est le mo-

(1) *Instit.*, *Quib. mod. re constit.*, § 4.

(2) *Infrà*, n° 545.

(3) N° 14.

(4) V. mon comm. du *Prêt*, n° 7.

Infrà, n° 545, et art. 2087.

(5) *Suprà*, n° 31, le passage des *Instit.* Pothier, n° 15.

bile des parties. Mais cet intérêt qu'on a quelquefois reproché à ce contrat, cet intérêt qui préfère les sûretés réelles aux garanties morales, n'a rien qui ne soit approuvé par la bonne foi ; le commerce en retire de grands avantages. Cicéron, d'accord avec le grand pontife Q. Scævola, mettait le nantissement au nombre de ces actes principaux de la vie civile, dont la bonne foi est l'élément (1).

33. Aussi le nantissement repose-t-il sur le droit naturel et le droit des gens (2). C'est à l'équité qu'il emprunte ses règles essentielles ; et bien que le formalisme juridique s'en soit emparé en certains points et notamment en ce qui a trait à la preuve (3), il n'en est pas moins un de ces contrats qui sont répandus chez tous les peuples, qui partout sont nécessaires à la vie civile (4), et qui s'interprètent en tous lieux par des principes communs de justice et de morale (5).

34. Pour distinguer le nantissement des au-

(1) III, *De officiis*, 17.

(2) Pothier, n° 17.

Voët, *Ad Pandect. de pign. act.*, n° 2.

(3) Art. 2074.

(4) *Quibus vitæ societas continetur*, Cicér., III, *De officiis*,

17.

(5) Cicéron, *loc. cit.* : « Q. Scævola fidei nomen existimabat manare latissimè, idque versari in fiduciis. »

tres contrats réels, ou parfaits par la chose, il suffit de faire attention au but qu'il se propose. Sa fin, suivant l'art. 2071, est de procurer au créancier la sûreté de la dette. Il suit de là qu'il n'a rien de commun avec le prêt, qui a été établi, non dans l'intérêt du créancier, mais dans l'intérêt du débiteur ; ni avec le dépôt (1), qui n'est nullement destiné à donner une sûreté au dépositaire, et qui, au contraire, le grève d'une charge sans compensation pour lui. D'ailleurs, le prêt et le dépôt ne sont pas des contrats accessoires, et sous ce rapport ils se séparent du nantissement par une énorme différence.

35. Le gage n'a pas non plus de conformité avec le cautionnement. Comme contrat de sûreté et comme contrat accessoire, il s'en rapproche cependant (2). Mais il en diffère en ce que le gage fait porter la sûreté sur la chose, tandis que le cautionnement la place dans la foi du fidéjusseur. Et comme l'expérience prouve cette vérité du droit romain : *Plus est cautionis in re quàm in personâ* (3), nos praticiens ont eu raison de populariser ce vieux proverbe judiciaire : *Mieux vaut gaige en arche* (4) *que pleige en place* (5).

(1) Mon comm. des *Hypothèques*, t. 1, n° 172.

(2) Mon comm. du *Cautionnement*, n° 38.

(3) Mon comm. du *Cautionnement*, n° 1.

(4) *In arcâ*, en coffre.

(5) Delaurière sur Loisel, III, 7, 4.

D'ailleurs, comme nous le disions ci-dessus avec Loisel: *Pleige plaide et gage rend* (1). Rien n'exprime mieux la différence des deux contrats (2).

C'est à cause de cette différence que nous avons décidé, dans notre commentaire du *Cautionnement*, que celui qui s'est engagé à donner une caution ne peut être admis à se libérer malgré le créancier en donnant des gages, et réciproquement (3).

36. L'otage a plus de rapport avec le nantissement qu'avec le cautionnement (4). L'otage est le nantissement des traités de paix (5). C'est un reste du gage de la personne, si usité dans les temps barbares; dépravation déplorable du droit naturel, dont nous avons décrit les phases dans notre préface du commentaire de la *Contrainte par corps*. Toutefois, dans les traités de peuple civilisé à peuple civilisé, l'otage n'a plus les caractères d'inhumanité, qui ont si souvent souillé, dans les rapports privés, le gage de la personne. Sans doute, il y a toujours sur la

(1) N° 2.

(2) V. mon comm. du *Cautionnement*, n°s 27, 38, 39.

(3) N° 202.

(4) Mon comm. du *Cautionnement*, n° 45.

V. Hering, 18, 150;
10, 280.

(5) Grotius, III, 20, 52.

personne de l'otage un *jus pignoris* (1) qui permet de la garder, de la retenir; mais on n'a pas le droit de la torturer, de la contraindre à des travaux serviles, de la mettre à mort. Il est vrai que dans des temps plus reculés on croyait que l'otage pouvait être mis à mort (2). Aujourd'hui, et même depuis longtemps, ce droit de vie et de mort paraît proscrit du droit des gens (3), et les exemples qu'on pourrait citer pour l'autoriser remontent à une époque où les mœurs étaient farouches et où le sang de l'homme était méprisé. Je répète que l'otage n'est pas un esclave; il est libre; il peut posséder des biens (4).

Le contrat d'otage est toutefois odieux; car l'engagement de la liberté n'est jamais favorable (5). Sous ce rapport, il diffère du gage de la chose, et, comme le dit Grotius: *Neque enim æquale est odium; res enim natæ sunt ut teneantur, non et homines* (6).

Sous un autre rapport, le contrat d'otage diffère du nantissement; car le gage aboutit à la vente de la chose. La personne ne saurait être

(1) *Id.*, n°s 54 et 56.

(2) Grotius, *loc. cit.*, n° 53.

(3) Hering, *De fidej.*, XX, 70, 71.

(4) Grotius, *loc. cit.*, n° 53.

(5) *Id.*, n°s 55, 59.

(6) N° 59.

soumise à une vente; celui à qui elle a été donnée ne peut que la retenir.

37. L'otage, qui aujourd'hui n'est pratiqué que dans les conventions de nation à nation, avait lieu jadis dans les contrats du droit civil (1). L'engagement corporel s'éloigne de plus en plus de nos mœurs; la liberté s'oppose à ce trafic de la personne. C'est l'office des biens de répondre pour les engagements; ce n'est pas l'office du corps de l'homme de subir cette dégradation qui l'assimile à la chose.

38. Nous avons bien des fois fait ressortir la différence du gage et de l'hypothèque (2). Nous n'y reviendrons pas. Nous verrons d'ailleurs, quand nous traiterons de l'antichrèse qui est le nantissement des immeubles, combien l'antichrèse, qui n'engendre pas de droit réel (3) et ne donne au créancier que la faculté de percevoir les fruits par ses mains, est éloignée de l'hypothèque, qui engendre le droit réel et toutes les conséquences qui en découlent dans l'intérêt du crédit. Nous nous bornerons à dire ici que le titre du Code civil que nous analysons, se tenant à cette différence, n'a jamais en vue l'hypothèque quand il traite du gage. En cela, il a plus de

(1) Mon comm. du *Cautionnement*, n° 45.

(2) *Suprà*, n°s 4, 9.

(3) *Infrà*, n°s 534, 535, 536.

précision que les livres du droit romain, lesquels unissent, par une confusion souvent nuisible à la clarté, le nantissement et l'hypothèque. Nous avons même dit que la confusion va jusqu'à se servir du même mot (*pignus*) pour désigner deux choses qui ont des caractères si divers. Nous aimons mieux l'ordre et la méthode de notre Code civil.

On s'est demandé si le gage mobilier offre plus de sûreté que l'hypothèque (1).

D'une part, l'hypothèque n'est pas exempte de périls; le créancier peut avoir mal pris ses précautions, et, contre ses espérances, l'inscription d'un autre créancier peut le primer et lui enlever ses droits. Nous avons énuméré, dans la préface de notre commentaire des *Hypothèques*, les dangers dont le prêt hypothécaire peut être accompagné.

D'autre part, on peut dire en faveur de l'hypothèque: Les choses mobilières peuvent être volées; elles sont sujettes à dépérissement. Le créancier qui les détient est obligé à une exacte diligence pour les conserver. Au contraire, les fonds de terre et les biens immeubles ne périssent pas (2).

Ce qui est certain, c'est que ces contrats ont chacun leur mérite et leur utilité, et que l'un ne saurait remplacer l'autre.

(1) Saumaise, p. 497 et 498.

(2) Saumaise, p. 477 *in fine* et 498.

39. Quelquefois le nantissement affecte les formes extérieures d'un contrat de vente. Pour donner plus d'efficacité au nantissement, les parties lui donnent l'apparence d'une vente de la chose. C'est au juge à examiner les faits et à voir si, sous cette écorce extérieure, ce n'est pas une garantie qui est donnée à un créancier et non une vente qui est passée à un acheteur. On peut consulter, pour servir d'exemple à ce sujet, un arrêt de la Cour de Bourges du 14 juin 1844 (1).

Ce sont surtout les nantissemens de créances qui se font sous forme de vente; nous en verrons des exemples dans notre commentaire de l'art. 2075.

40. Le titre du Code civil que nous analysons ne s'occupe que du nantissement conventionnel. Mais le nantissement peut se trouver mêlé tacitement à une foule d'agissemens.

On le rencontre, par exemple, dans le contrat de louage. Les fruits de la récolte et les meubles et ustensiles qui garnissent la maison louée ou la ferme sont un gage tacite, inhérent au contrat de louage, et donnent au locateur le droit d'être payé par privilège sur le prix de ces choses (2). C'est comme gage tacite que le droit du propriétaire locateur est considéré par les lois romaines. *Eo jure utimur*, dit Neratius, *ut quæ in prædia ur-*

(1) Devill., 45, 2, 633.

(2) Art. 2102 C. c.

bana inducta illata sunt, pignori esse credantur, quasi id tacite convenerit (1). En effet, cette manière de voir n'a rien de forcé (2). Les objets en question garnissent les lieux appartenant au propriétaire; ce dernier les détient en quelque sorte en détenant et possédant les lieux qui les renferment (3).

41. C'est encore un gage tacite que celui de l'ouvrier qui, n'étant pas payé de sa main-d'œuvre, détient la chose par lui confectionnée ou améliorée (4). Il a un droit de rétention (5) qu'il puise dans la possession. Il est, à cet égard, dans la même position que s'il avait stipulé un gage proprement dit.

42. Le commissionnaire a également un gage tacite dans les choses qui lui ont été confiées et pour lesquelles il a fait des avances (6).

(1) L. 4, D., *In quib. causis pignus tacite conv.*

(2) Mon comm. des *Privilèges et hypothèques*, t. 1, n° 170.

V. art. 161, cout. de Paris, avec le comm. de Brodeau.

(3) V. sur cette matière mon comm. des *Privilèges et hypothèques*, t. 1, n° 149 et suiv.

Bouteiller, *Somme rurale*, n° 2, l. 20.

(4) Mon comm. des *Privilèges et hypothèques*, t. 1, n° 170, 176 et 177.

(5) *Id.*, n° 257 (bis), 259.

(6) *Id.*, 50, 170.

43. Nous en disons autant de l'aubergiste : il est censé avoir en gage les effets de celui qu'il loge (1).

Le voiturier a aussi un gage tacite sur la chose voiturée. « *Merces*, dit Cujas, *pro vecturâ tacite pignoratae sunt* (2). »

44. Les marchandises mises en entrepôt servent de gage tacite à la régie pour le paiement des droits de douane (3).

45. Quand le dépositaire est créancier pour pertes à lui occasionnées par le dépôt, il a le droit de retenir la chose déposée par une sorte de gage tacite (4), qui, sous ce rapport, a de l'analogie avec le gage conventionnel ; car, de même que le gage conventionnel engendre le droit de rétention, de même le gage tacite du dépositaire lui procure cet avantage. Mais là s'arrête l'analogie, et le dépositaire n'a pas de privilège, quoique le créancier gagiste en ait un (5).

46. On trouve le gage tacite dans la saisie judiciaire des biens. Cette saisie, qui se fait

(1) *Id.*, n° 201.

(2) *Mon comm. des Hypoth.*, n° 207.

(3) L. du 8 floréal an xi.

(4) Art. 1948 C. c. *Mon comm. des Hypoth.*, n° 257, et *mon comm. du Dépôt*, n° 193.

(5) *Mon comm. des Privilèges et hypothèques*, t. 1, n° 257.

Mon comm. du Dépôt, n° 193.

malgré le débiteur et place sa chose sous main de justice, opère un gage forcé, *pignus coactivum*. La justice entre dans la maison du débiteur, elle prend et gage ses meubles, et, après l'en avoir dessaisi, après en avoir fait un gage de justice (1), elle en exige la vente pour payer le créancier (2). La civilisation a organisé ce gage de manière à ménager le débiteur, à empêcher les voies violentes et les rigueurs trop sévères. Il y a des précautions prises pour que le débiteur ne soit pas traité *amarè* et *acerbè* (3). En cela, la loi humaine ne fait que se conformer aux préceptes des livres saints, et en particulier du Deutéronome (4), qui défendaient au créancier de saisir de sa propre autorité les meubles du débiteur.

47. Dans le droit romain, le *pignus praetorium* et le *pignus judiciaire* correspondaient à nos saisies (5). Le mot *pignus*, employé pour les dénommer, indique assez l'idée de gage que les Romains y attachaient comme nous. Quand le créancier avait été mis en possession des biens du débiteur par l'effet de la procédure *bonorum proscriptio*, que nous avons décrite dans la préface de notre com-

(1) Ferrière sur Paris, t. 8. *Préface*, n° 2 et 3.

(2) Brodeau sur Paris, t. 8 ; il cite Démosthène.

(3) *Id.*

(4) *Suprà*, n° 17.

(5) *Mon comm. des Hypothèques*, t. 2, n° 435 (*bis*).
M. Bonjean, § 285, t. 2, p. 176.

mentaire de la *Contrainte par corps* (1), cette mise en possession par ordre du prêteur constituait le *prætorium pignus* (2), qui conduisait ensuite à la vente *sub hastâ*. C'était aussi un *prætorium pignus* que la saisie que le magistrat faisait faire, par la *pignoris capio* (3), de certains biens du débiteur condamné, afin de procurer l'exécution de la sentence (4).

48. La saisie faite sur les meubles du locataire pour le paiement des loyers s'appelle *saisie-gagerie*, ou simplement *gagerie* (*pignoratio, impedimentum*) (5), parce que ces meubles sont censés être le gage spécial de la dette (6), ou, comme dit Bouteiller, *le gage du louage* (7). La gagerie diffère

(1) P. cit et suiv.

(2) M. Bonjean, *loc. cit.*

(3) Aulu-Gelle, VII, 40.

(4) Bonjean, *loc. cit.*

M. Ortolan, t. 2, p. 4091 et 4092.

Cicér., Philip., 1, 5 ;

De oratore, III, 1.

Tite-Live, III, 38.

Tacite, XIII, Annal., 28.

Instit., *De satisd. testor.*, § 3.

Ulp., l. 26, § 1, D., *De pign. act.*

(5) Brodeau sur Paris, t. 8.

(6) *Id.* ;

Et Coquille sur Nivernais, ch. 32.

(7) *Somme rurale*, liv. 1, t. 102.

de la saisie-exécution en ce que les meubles saisis restent entre les mains de la personne à laquelle ils appartiennent, laquelle ne les détient plus qu'à titre de dépositaire (1).

49. Nous terminons par une observation ce que nous venons de dire des gages tacites et forcés. Sous beaucoup de rapports, ils diffèrent du gage conventionnel. Comment, par exemple, appliquer tous les principes du gage conventionnel au *pignus coactivum* établi contre la volonté du débiteur (2)? Il ne faudrait pas non plus donner au gage tacite tous les effets du gage conventionnel. Par exemple, le gage tacite du dépositaire n'entraîne pas de privilège comme le gage conventionnel (3). La plupart de ces gages tacites ne sont que des gages imparfaits. C'est par assimilation qu'on les appelle gages. *Pignora esse creduntur* (4). *Tacitè intelliguntur pignori esse domino* (5). *Veluti pignoris titulo obligantur* (6). Ces ma-

(1) Art. 821 C. pr. c.

M. Merlin, Répert., v° *Saisie-gagerie*.

(2) Brodeau sur Paris, t. 8. Préface de son commentaire et de ce titre, n° 2.

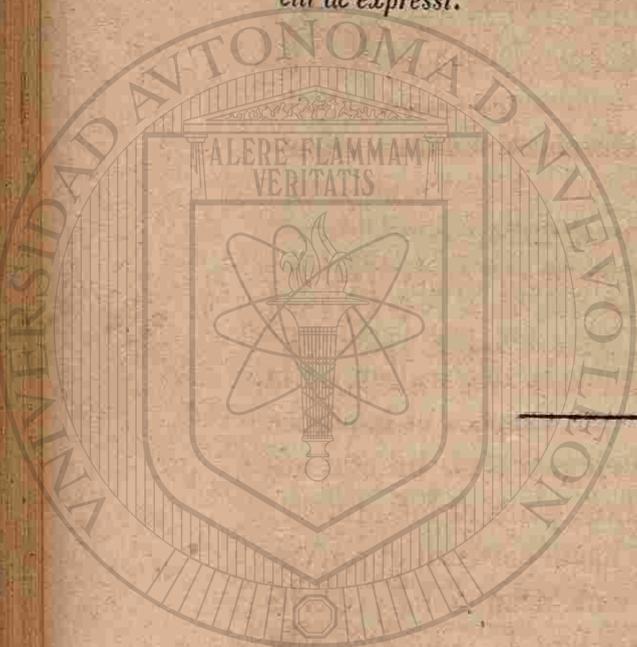
(3) *Suprà*, n° 45.

(4) Neratius, l. 4, D., *In quib. causis pign.*, en parlant du gage, *in invecitis et illatis*.

(5) Pomponius, l. 8, D., *loc. cit.*

(6) L. 1, 3, 7, C., même titre.

nières de parler font comprendre qu'il ne faut pas indistinctement appliquer au gage tacite ce qui est vrai pour le gage conventionnel, qu'il y a des distinctions à faire, des réserves à garder, et qu'on ne peut pas toujours dire: *Eadem vis est taciti ac expressi.*



CHAPITRE PREMIER.

DU GAGE.

ARTICLE 2073.

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.

ARTICLE 2074.

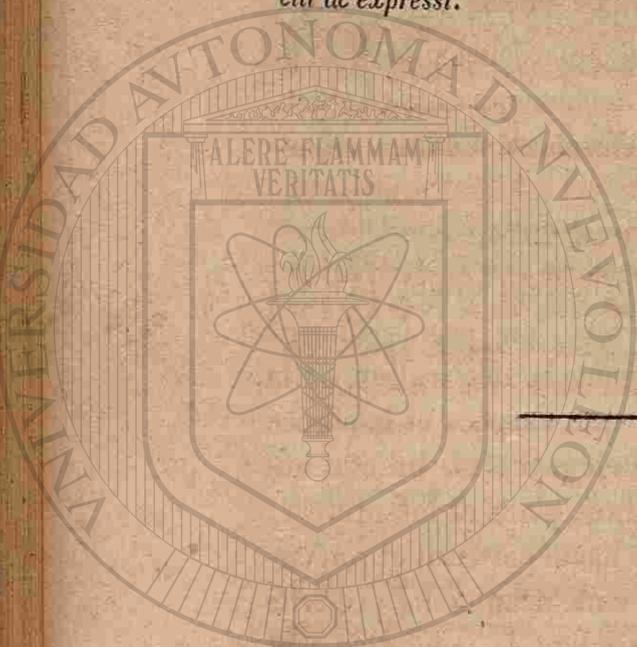
Ce privilège n'a lieu qu'autant qu'il y a un acte public, ou sous seing privé, dûment enregistré, contenant la déclaration de la somme due, ainsi que l'espèce et la nature des choses remises en gage, ou un état annexé de leurs qualité, poids et mesure.

La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de cent cinquante francs.

SOMMAIRE.

50. Du gage mobilier.
51. Des choses qu'on peut donner en gage.
52. De certains cas où le gage comprend des choses qui ne sont pas dans le commerce.
53. Du gage des esclaves chez les Romains. On trouve encore aux colonies de fréquents exemples de nantissements de noirs.

nières de parler font comprendre qu'il ne faut pas indistinctement appliquer au gage tacite ce qui est vrai pour le gage conventionnel, qu'il y a des distinctions à faire, des réserves à garder, et qu'on ne peut pas toujours dire: *Eadem vis est taciti ac expressi.*



CHAPITRE PREMIER.

DU GAGE.

ARTICLE 2073.

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.

ARTICLE 2074.

Ce privilège n'a lieu 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.

La rédaction de l'acte par écrit et son enregistrement ne sont néanmoins prescrits qu'en matière excédant la valeur de cent cinquante francs.

SOMMAIRE.

50. Du gage mobilier.
51. Des choses qu'on peut donner en gage.
52. De certains cas où le gage comprend des choses qui ne sont pas dans le commerce.
53. Du gage des esclaves chez les Romains. On trouve encore aux colonies de fréquents exemples de nantissements de noirs.

54. Toutes les choses matérielles peuvent être données en nantissement.
55. On peut aussi donner de l'argent comptant.
56. On peut engager des choses incorporelles.
57. On ne peut engager les choses dont on n'a pas la disposition.

Du gage des choses sacrées.

58. Du gage des bijoux de la couronne.
59. Du gage de la chose d'autrui.
60. Développements à ce sujet et distinctions.
61. Du cas où le débiteur engage une chose qu'il croit sienne. Le créancier a l'action contraire contre lui.
62. Du cas où le débiteur savait que le gage ne lui appartenait pas. Ce gage est-il destitué d'effets?

63. Suite.

64. Suite.

Le créancier a l'action pignoratice contraire.

Le débiteur a l'action directe pour recouvrer la chose s'il paie.

65. Du cas où le créancier sait que la chose engagée est à autrui.
66. Du droit du propriétaire dont la chose a été engagée par un autre que par lui.

1^{er} cas. A-t-il donné son adhésion?

67. Ou sa ratification?

68. *Quid* s'il n'y a ni adhésion ni ratification?

69. Suite.

70. Le vrai propriétaire a-t-il action contre le créancier qui a reçu la chose en gage de bonne foi?

Exemples.

71. Suite.

72. Art. 2279 du Code civil.

73. Suite. Preuves du principe : En fait de meubles, la possession vaut titre.

74. Suite.

Obstacle à la revendication.

75. C'est surtout en matière de commerce que la revendication serait dangereuse.

Exemples.

76. Autorité de Casaregis invoquée.

77. Suite de la jurisprudence italienne.

78. Critique d'un arrêt rendu contrairement à ces principes par la Cour de cassation de Belgique.

Nouvelles raisons pour repousser la revendication.

79. Suite.

80. Suite.

81. Suite et conclusion.

82. On peut donner en gage la chose engagée. Du sous-gage.

83. *Quid* si le sous-gagiste a ignoré que la chose était à autrui?

84. Le gage s'étend aux accessoires de la chose.

85. Des personnes qui ont capacité pour prendre part au contrat de gage.

Qui peut aliéner, peut engager.

86. Du procureur.

87. Des personnes qui ont capacité pour recevoir des gages.

88. Du mineur.

89. Du droit que le gage confère au créancier. Du privilège du gagiste. Utilité de ce privilège. Importance que Casaregis lui attribue dans les matières commerciales.

90. Nécessité d'approfondir cette matière.

91. Le privilège du gagiste a-t-il son origine dans le droit romain?

92. Suite.

93. Ancien droit français sur le privilège du gagiste.

94. Bases de ce privilège.

95. Il a toujours eu lieu tant dans les matières civiles que dans les matières commerciales.

II.

96. Le privilège confère au créancier un droit réel, spécial, pour être payé par préférence.
97. Mais il faut que le créancier soit saisi. Importance de la possession.
98. Il faut qu'elle soit certaine et sans équivoque.
99. Mais faut-il que ce soit une possession naturelle ? Réponse à cette question et renvoi.
100. Le privilège du gagiste est favorable. Le gagiste l'emporte sur le vendeur.
101. Efforts que les vendeurs ont longtemps faits pour échapper à cette préférence, surtout dans les matières commerciales.
Raisons qui font préférer le gagiste.
102. Raisons tirées du droit commercial.
103. Le gagiste l'emporte sur le propriétaire locataire.
104. A-t-il préférence sur les privilèges généraux ?
105. Suite.
106. Résumé sur le privilège du gagiste ; raisons pour lesquelles il doit être traité favorablement. Le principe de l'égalité entre créanciers ne doit pas en faire infirmer la force.
107. Suite.
108. Conditions extérieures pour que le privilège existe.
Nécessité de l'écriture.
109. Elle a été requise depuis longtemps pour garantir les tiers contre des pièges trop faciles.
110. De là l'art. 2074.
111. Raisons puissantes qui ont déterminé le législateur.
112. L'acte écrit n'est exigé qu'en matière excédant 150 francs.
113. Suite.
114. Du reste, quand les choses se passent entre le débiteur et le créancier, la preuve du gage s'établit par le droit commun.

- Ce n'est qu'à l'égard des tiers que l'art. 2074 est de rigueur.
115. L'art. 2074 s'applique-t-il aux matières commerciales ?
État de la jurisprudence au moment de la promulgation du Code civil en ce qui concerne le gage commercial.
Ordonnance de 1673.
116. Mais cette ordonnance était à peine exécutée ; la pratique des tribunaux l'avait rendue sans effet.
117. Du reste l'ordonnance de 1673 n'avait jamais eu pour but de s'appliquer aux gages résultant de consignations faites de place en place.
118. Le Code civil a entendu laisser les matières commerciales sous l'empire des règles qui lui sont propres ; art. 2084.
119. Qu'a fait le Code de commerce ?
Des art. 93 et 95 de ce Code. Difficultés dont ils ont été la source. Nécessité de les étudier à fond et sous toutes les faces.
120. L'art. 95 étend l'art. 2074 aux matières commerciales dans certains cas précis. Mais il s'en faut bien qu'il l'étende à tous les autres. L'art. 2074 ne peut dépasser le cercle tracé autour de lui par l'art. 95.
121. Il ne faut pas combattre cette idée en disant que le Code civil est le droit commun et qu'il est la règle générale en droit commercial.
Il est vrai que le Code civil forme un droit commun. Mais le Code civil a voulu se limiter lui-même.
122. Suite.
123. Preuve de ceci tirée de la loi du 8 septembre 1830.
Elle montre que l'art. 2074 n'est applicable aux matières de commerce que dans le cas de l'art. 95 du Code de commerce.
Importance de cette loi.

124. Suite.
125. Suite.
126. C'est donc par erreur qu'on enseigne dans beaucoup de livres que les règles de l'art. 2074 sont applicables, en général, au commerce.
Elles ne sont applicables que dans certains cas particuliers.
127. Examen du célèbre arrêt de la Cour de cassation du 5 juillet 1820, qui est le fondement de la proposition trop étendue que l'on combat ici.
Cet arrêt a été rendu dans une espèce où les parties habitaient la même place et où la marchandise n'avait pas été expédiée.
128. Les recueils d'arrêts ont négligé cette circonstance importante. L'auteur a vérifié sur les registres de la Cour de cassation qu'elle existe. A ce point de vue, l'arrêt du 5 juillet 1820 est inattaquable.
129. Suite.
L'art. 95 ne doit pas être renfermé dans le cas unique d'un contrat de commission. Il embrasse tous les cas quelconques où le prêteur et l'emprunteur habitent la même place.
130. Du reste, la rédaction de l'arrêt du 5 juillet 1810 n'est pas satisfaisante.
131. Autres arrêts. Bonnes décisions. Mauvais motifs.
132. Arrêt plus récent de la Cour de cassation.
Analyse de cet arrêt et théorie qui en découle.
133. Espèce dans laquelle il a été rendu.
134. Suite. Il donne à l'art. 2074 une portée qui s'étend au delà de l'art. 95 du Code de commerce.
135. Mais un arrêt postérieur renferme l'art. 2074 dans le cercle de l'art. 95.
Ce dernier est le meilleur; lui seul est dans le vrai.
136. Suite.
137. Il n'est pas possible de trouver une raison pour que

- l'art. 2074 vienne saisir des cas autres que ceux de l'art. 95 du C. de commerce.
138. Ceci posé, il faut examiner l'étendue de l'art. 95.
139. Raison de cet article. Sa sagesse et son utilité.
140. Suite.
141. Facilités ouvertes au commerce par la loi du 8 septembre 1830 pour se conformer sans beaucoup de frais à l'art. 95 du C. de commerce.
142. Pouvoir souverain des cours pour juger les questions d'identité de domicile.
La commune de La Villette est-elle une place différente de la place de Paris?
143. Du cas où l'une des parties est représentée sur les lieux par un mandataire.
144. Du cas où le débiteur vient, en passant, sur la place du créancier.
145. L'art. 2074 n'est pas applicable lorsque ce sont des valeurs négociables qui sont données en nantissement entre parties habitant la même place. — Le nantissement s'opère, alors, par endossement.
146. Suite.
147. Suite.
148. Autre exception à l'art. 95.
De l'ouvrier qui a travaillé et amélioré une chose et qui détient cette chose.
149. Suite.
150. L'ouvrier perd son privilège avec la possession.
Il ne peut reporter son gage sur d'autres marchandises.
151. Les banques publiques sont-elles dispensées des articles 95 et 2074?
152. Il n'est pas vrai qu'un arrêt de Bordeaux ait jugé l'affirmative. Les banques ne sont pas hors du droit commun.
153. Véritable portée de l'arrêt de Bordeaux.

454. Suite.
455. Résumé sur l'art. 95.
456. De l'art. 93. Son caractère. Il dispense de l'art. 2074. Il n'est pas limitatif.
457. Il y a une foule d'autres cas commerciaux non prévus par l'art. 93 où l'art. 2074 est inapplicable ;
Et la jurisprudence a jugé, malgré de vives instances, que ces cas, bien que ne rentrant pas dans le texte précis de l'art. 93, ne doivent pas être régis par l'art. 2074.
458. Première question et premier pas en dehors de l'article 93.
Quoique l'art. 93 ne parle que du commissionnaire pour vendre, il s'applique à tous les commissionnaires quelconques.
459. Deuxième pas en dehors du texte de l'art. 93. Il faut appliquer l'art. 93 à tous les cas où, sans qu'il y ait commission, il y a nantissement de choses expédiées.
Utilité de cette jurisprudence.
Arrêts importants.
460. Troisième pas en dehors de l'art. 93. Quoique l'article 93 semble exiger que l'expédition soit faite nominativement et directement au commissionnaire, il est jugé que cette condition n'est pas nécessaire.
461. Raisons d'utilité commerciale qui ont fait étendre l'art. 93. Il faut que la marchandise en route puisse être valeur de crédit et servir de gage à des avances.
462. Arrêts qui établissent ce point.
463. Suite.
464. Quatrième progrès en dehors de l'art. 93. Quoique de la combinaison des art. 93 et 95 il semble résulter que l'art. 93 suppose que les deux négociants

- n'habitent pas la même place, cependant il a été décidé par la jurisprudence que l'art. 93 devait profiter à des négociants de la même place, pourvu que la marchandise fût expédiée.
465. Exemple tiré d'un arrêt dans l'espèce duquel la marchandise a été achetée dans un lieu autre que le lieu du domicile des deux parties, et arrive dans un dépôt séant dans ce domicile.
466. Autre exemple dans le même cas.
467. Autre exemple tiré du cas où, lorsque les deux parties habitent la même place, la marchandise, objet des avances, est expédiée au dehors pour être revendue sur une autre place.
468. Nouvel exemple.
469. Nouvel exemple plus compliqué et qui s'éloigne encore plus du cas précis de l'art. 93.
470. Autre exemple tiré du cas où les parties habitent la même ville, et où le débiteur nantit le créancier d'une marchandise en cours de voyage, au moyen du connaissement à ordre, ou de la lettre de voiture à ordre.
471. Résumé sur les quatre progrès signalés aux numéros précédents.
472. Il est une autre question qui appelle un cinquième progrès : c'est le cas où les deux négociants habitent des places diverses, mais où la marchandise qui est donnée en nantissement ne voyage pas et se trouve dans le lieu du domicile du débiteur. Arrêt de Caen qui applique l'art. 95.
473. Pourvoi en cassation.
474. Observations sur ce pourvoi.
475. Suite.
476. Suite.
477. Suite.
478. Suite.

179. Suite. Rappel de la loi du 8 septembre 1830.
180. Suite.
181. Suite.
182. Suite.
183. Suite. Usage commercial suivi dans l'espèce.
184. Suite.
185. Conclusion sur l'application de l'art. 2074 aux matières commerciales.
186. Examen des formalités requises par cet article.
Raisons qui ont fait introduire ces formalités.
187. Ces raisons trouvent leur place, dans les matières de commerce, toutes les fois que l'art. 95 rend l'article 2074 applicable.
188. Suite.
189. Suite.
190. Sévérité des tribunaux consulaires pour la désignation détaillée des marchandises données en nantissement.
Premier exemple, tiré de la jurisprudence de la Cour de Douai.
191. Deuxième exemple, tiré des arrêts de la Cour de Paris.
192. Sévérité des tribunaux civil pour les gages civils.
193. Si, parmi les objets qui ont été donnés en gage, il y en a qui ont été bien décrits et d'autres qui ne l'ont pas été, le gage doit être maintenu pour partie.
194. Nécessité de faire connaître dans l'acte la somme due.
195. Suite.
196. De l'enregistrement de l'acte de gage sous seing privé.
Utilité de cette formalité.
197. Mais en place de l'enregistrement peut-on admettre les équipollents de l'art. 1328?

198. Suite.
199. Suite. L'opinion de l'auteur tendrait à admettre ces équipollents et tout ce qui donne à l'acte date certaine.
200. Du délai de l'enregistrement.
201. *Quid juris* si l'enregistrement n'avait lieu qu'après la faillite?
202. De l'enregistrement de l'état annexé.
203. L'acte de nantissement n'a pas besoin d'être fait double.
204. Des gages contractés sous forme de vente et d'aliénation. Pourra-t-on en demander la nullité sous prétexte de l'omission des formalités de l'art. 2074?
205. Quelles sont les conditions intrinsèques du gage?
De la possession. Renvoi.
206. De l'étendue de la créance. Ce point est simple dans les matières civiles.
207. Il est plus compliqué dans les matières commerciales, qui ne sont pas gouvernées par l'art. 95 du C. de commerce.
Qu'entend-on par *avances*?
208. Sens de ce mot.
Il est pris d'une manière large.
209. Suite.
210. Suite.
211. Jurisprudence anglaise.
212. Suite.
213. Suite. La Cour de cassation a beaucoup contribué à donner une tendance libérale à la jurisprudence en cette matière.
214. Étendue du privilège sur la chose et relation de la créance avec la chose.
Rappel de quelques principes empruntés au droit civil.
215. Suite.

216. Le privilège s'étend jusqu'ou s'étend la créance.
 217. Le gage peut précéder la dette, ou bien la dette peut précéder le gage. Il suffit que l'argent ait été déboursé en contemplation du gage.

Décision de Marcianus.

218. Suite.

219. Ces principes ont été contestés en matière commerciale, quoiqu'ils y soient encore plus évidents qu'en droit civil.

Sous quel point de vue on en a contesté l'application. Explications à cet égard.

On prétend que lorsque le déboursé précède le gage, il faut un acte de nantissement dans le sens de l'art. 2074 du C. de comm., et que les preuves commerciales ordinaires ne suffisent pas.

220. Abus que l'on fait ici de l'art. 93 du C. de comm.

221. Discussion pour montrer cet abus.

Examen de plusieurs cas.

222. Premier cas. Le prêteur consent à accepter des traites avant d'avoir reçu la consignation qui lui est annoncée.

223. Suite.

Il faut dire que le privilège existe sans les formalités de l'art. 2074. Arrêt de Rennes qui le décide ainsi.

224. Suite. Autres arrêts conformes.

225. Autre de la Cour de cassation.

226. Examen d'un arrêt d'Aix qui semble contraire et qui ne l'est pas.

227. Et d'un arrêt de Douai qui n'a pas toujours été bien apprécié.

228. Véritable portée de cet arrêt.

229. Mais, à côté de ces deux arrêts qui ne tranchent pas la question, il en est d'autres qui la décident en sens contraire des arrêts rapportés aux nos 223, 224, 225.

Réfutation d'un arrêt de Nimes. Dangers de cette jurisprudence.

230. Suite.

231. Rappel de l'ancien droit. Il est certain que le privilège existait alors même que le nantissement s'était effectué après le découvert.

Autorité de Valin.

232. Rien dans la loi nouvelle ne déroge à cette jurisprudence.

233. Suite.

234. Suite. Discussion sur le texte de l'art. 93.

235. Suite.

236. Raisons données par la Cour de Nimes.

237. Réfutation.

238. Suite.

239. Suite.

240. Suite.

241. Suite.

242. Résumé.

243. Autre arrêt contraire de la Cour de Rouen.

Il est rendu dans une espèce où le gage a été transporté d'une chose sur une autre.

244. Détail du fait et décision.

245. Critique de cet arrêt.

246. Suite.

247. Le gage peut être transféré d'une chose sur l'autre sans l'accomplissement des formalités de l'art. 2074. L'arrêt de Rouen décide à tort le contraire.

248. Conclusion.

249. Autre hypothèse.

Découvert sans gage initial. Puis, convention pour affecter un gage à ce découvert. Cette convention doit-elle être revêtue des formes de l'art. 2074, alors qu'il y a expédition?

Arrêt de la Cour de cassation qui décide l'affirmative.

Critique de cet arrêt.

250. Suite.

251. Autre difficulté.

Un commissionnaire qui n'a pas d'argent pour faire les avances que son commettant exige de lui peut-il déléguer son privilège au tiers dont il emprunte l'argent ?

252. Examen d'un arrêt que l'on a cité à tort comme tranchant la question.

253. Raisons de décider.

254. Suite.

255. Suite.

256. Des avances successives.

257. Nullité du gage constitué dans les dix jours de la faillite.

258. *Quid* si la convention avait eu lieu avant le temps prohibé, sous condition d'un gage? Pourrait-on réaliser le gage dans les dix jours ?

259. De la dette contractée avec gage après les dix jours.

260. Les affaires de commission traitées de bonne foi dans les dix jours sont privilégiées.

COMMENTAIRE.

50. L'article 2072 nous a appris que le gage est, à proprement parler, le nantissement d'une chose mobilière. Le chapitre que nous allons analyser, et qui traite du gage, prend le mot gage dans ce sens restrictif. Il ne s'occupe que du nantissement des choses mobilières. Notre premier soin doit donc être de l'envisager à ce point de vue, c'est-à-dire sous le rapport des choses qui en sont l'objet. Nous parlerons ensuite des

droits qu'il engendre sur ces choses, et particulièrement du privilège reconnu par notre article.

51. Tout ce qui est dans le commerce peut être donné en gage. Cette idée est présentée sous un double point de vue par les jurisconsultes romains : sous une forme négative : « On ne peut donner en gage, dit Marcianus, ce qui n'est pas dans le commerce : *Eam rem, quam quis emere non potest, quia commercium ejus non est, jure pignoris accipere non potest* (1) ; » sous une forme affirmative : « Tout ce qui est susceptible de vente, dit Caius, est susceptible de gage : *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem potest recipere* (2). » Comme le gage doit se résoudre en un prix si le débiteur ne paie pas à l'échéance, il est naturel de faire marcher de pair la vente et le gage, et de considérer surtout comme de nature à être soumises au gage les valeurs qui peuvent être converties par la vente en une somme d'argent (3).

52. Toutefois, ne peut-on pas soutenir qu'il y a des choses qui ne sont pas dans le commerce et que cependant le gage peut atteindre ? S'il est

(1) L. 1, § 2, D., *Quæ res pignori vel hypoth.*

(2) L. 9, § 1, D., *De pignorib. et hyp.*
Caius.

(3) Favre, *Rat.*, sur cette loi.

vrai que le contrat d'otage soit un contrat de gage (1), ne peut-on pas le citer comme exemple d'un contrat de gage qui porte sur un objet qui n'est pas dans le commerce? Car le corps de l'homme ne saurait être vendu; sa liberté est inestimable et sacrée. Et c'est cependant son corps, c'est sa liberté qui sont donnés en gage dans le contrat d'otage.

De plus, est-il bien vrai de dire, d'une manière absolue, que la fin du gage est la conversion de la chose en prix, à défaut de paiement, et que dès lors on ne peut engager que ce qu'on peut vendre? Bien que la chose donnée en gage ne soit pas susceptible de vente, ne reste-t-il pas au gage quelque chose d'efficace, savoir, le droit de rétention? C'est pourquoi le contrat d'otage est mis dans la catégorie du gage, quoiqu'on ne vende pas et qu'on ne puisse pas vendre la personne otagée. Mais on a sur elle un droit de rétention; ce résultat est suffisant pour que le gage ne reste pas sans valeur légale.

Au surplus, nous n'entendons pas infirmer dans les cas les plus nombreux la vérité des propositions de Marcianus et de Caius; il faut les prendre pour guide habituel. Nous avons voulu montrer les exceptions dont elles sont susceptibles.

(1) *Suprà*, n° 36.

53. Dans le droit romain, il n'est pas rare de voir le gage porter sur des esclaves. On a même vu, dans notre dissertation historique sur la contrainte par corps, qu'à Rome et dans le moyen âge, il était d'usage d'engager son corps, sa liberté, celle de ses enfants (1). Le droit est maintenant purgé de ce mépris des droits de l'homme. Le gage ne peut plus comprendre (le cas d'otage excepté) que les choses matérielles.

Toutefois, dans nos colonies, où l'esclavage est encore en vigueur, il est assez ordinaire de donner des noirs en nantissement. J'en ai vu de nombreux exemples dans les affaires coloniales qui ont passé sous mes yeux à la Cour de cassation.

54. Toutes les choses matérielles peuvent être données en gage (2): bijoux, argenterie, hardes, marchandises, meubles meublants, fruits de la terre, animaux de travail, animaux de produit, etc., etc.

55. On peut même donner en gage de l'argent comptant (3): c'est ce qui a lieu dans certaines bibliothèques publiques, où les règlements permettent de prêter des livres moyennant le dépôt d'une somme d'argent.

(1) Voyez la *Préface* de notre comm. de la *Contrainte par corps*.

(2) Gmelin, *De jure pignoris*, § 3.

(3) Pothier, n° 6.

56. On peut donner en gage des choses incorporelles, des créances, des dettes actives (1). Pothier en doutait (2). Favre soutenait que rien n'était plus légitime (3); et les partisans de cette seconde opinion invoquaient la loi 4 au C., *Quæ res pignor.* La pratique s'est prononcée en faveur du gage des choses incorporelles (4). Elle y a vu un moyen de crédit; elle n'a pas hésité à surmonter de vains scrupules (5). Nous verrons, dans notre comm. de l'art. 2075, les formalités auxquelles le gage des choses incorporelles est assujéti.

57. Celui qui n'a pas la disposition d'une chose ne peut la mettre en gage. Le soldat ne peut engager ses armes (6), le prêtre ne peut engager les vases sacrés (7), si ce n'est pour raison de grande nécessité (8). Les anciens recueils offrent quelques exemples d'engagement des cho-

(1) Gmelin, *loc. cit.*

(2) N° 6.

(3) *Conject.*, VIII, 15 et 16.

(4) Art. 2075.

(5) Pothier le reconnaît en note, *loc. cit.*

(6) Arg. de la loi 14, § 1, D., *De re milit.*

(7) L. 3, C., *Quæ res pignor.*

L. 21, C., *De sacro eccles.*

(8) L. 21, C., *De sacro eccles.*

C. 1 et 3, Extrav. *De pignorib.*

ses sacrées par les ecclésiastiques (1). Un arrêt du parlement de Paris du 7 septembre 1548, rendu toutes les chambres assemblées, condamne un abbé à rendre à la sœur d'un religieux cent écus, somme pour laquelle elle avait en gage un calice que son frère lui avait donné pour sûreté de la dette pendant sa maladie (2).

58. Les bijoux de la couronne ont été quelquefois engagés dans les nécessités d'argent de nos rois. En 1417, le roi Charles VI engagea un fleuron de la grande couronne aux chanoines de la grande église de Paris, pour la somme de 4,600 livres tournois.

L'histoire ajoute que le roi retira ce gage la même année en donnant à l'église une chape de velours cramoisi, semée de perles, qui sert au jour de Pentecôte, avec permission de la faire servir quatre fois dans l'année (3).

59. D'après les lois romaines, le gage de la chose d'autrui n'est pas frappé d'une nullité radicale. Il a au contraire entre le créancier et le débiteur des effets légaux; il engendre l'action pi-

(1) Boerius, *decis.* 6.

Papon., liv. I, t. 1, n° 40.

Brillon, v° *Gage*, n° 6.

(2) Papin., l. I, t. 1, n° 8.

(3) Bouchel, v° *Gage*.

Brillon, v° *Gage*, n° 3.

gneratice au profit du débiteur contre le créancier gagiste (1), et réciproquement. Il est vrai que la chose d'autrui n'est pas affectée par un tel contrat, émané de personnes auxquelles elle n'appartient pas; elle reste libre, et le propriétaire peut la réclamer (2). Mais le contrat produit des engagements personnels entre les parties, et ces engagements tiennent; la bonne foi veut qu'ils soient accomplis (3). C'est ainsi que nous avons vu que le prêt de la chose d'autrui (4), et le dépôt de la chose d'autrui (5), ont entre les contractants des effets légitimes.

60. Pour mettre ce point dans tout son jour, il faut l'éclairer par quelques notables distinctions. Trois cas se présentent: ignorance du débiteur et du créancier; ignorance du créancier et mauvaise foi du débiteur; mauvaise foi du créancier et du débiteur.

61. Quand le débiteur est de bonne foi, sa croyance sincère dans son droit de propriété ne fait pas disparaître l'intérêt qu'a le créancier à

(1) Ulp., l. 9, § 4, D., *De pignorat. act.*
L. 22, § 2, D., *eod. tit.*

V. le t. du Code *Si res aliena pignor. dat.*

(2) Paul, l. 20, D., *Pign. act.*; lib. 21, *Ad edict.*

(3) Favre, sur la loi 9, § 4, D., *De pign.*

(4) Mon comm. du *Prêt*, n° 38.

(5) Mon comm. du *Dépôt*, n°s 39 et 40.

n'avoir en gage qu'une chose sur laquelle il puisse se payer avec certitude. La propriété d'autrui rend le gage équivoque et lui enlève ses sûretés. Le créancier a donc action contre le débiteur, et celui-ci ne peut pas prétexter de son ignorance. « *Quantum ad contrarium judicium, »* dit Paul (1), *ignorantia eum non excusat.* » Car, comme le dit Cujas, que l'on peut très bien citer à côté de Paul, « *contractus fides exigit, »* ut salvum jus suum sit creditori (2). » Il y a d'ailleurs faute de la part du débiteur qui a engagé pour sienne une chose qui ne l'était pas (3).

Sous tous les rapports, donc, l'action contraire compète au créancier.

62. Maintenant, passons à un second cas. Celui qui sciemment a donné la chose d'autrui engage au créancier de bonne foi s'oblige certainement envers ce dernier. Il s'oblige surtout par le mensonge et par le dol qui ont trompé le créancier. En ce sens, on ne saurait dire que le gage de la chose d'autrui est nul. C'est ce qu'explique très bien le président Favre. « *Quod enim »* dicimus, *rem alienam pignori dare non posse, »* non eò pertinet, ut qui rem alienam ignoranti sciens dedit, non obligatur. Quidni enim obli-

(1) L. 46, § 1, D., *De pignorat. act.*

(2) Lib. 29, *Pauli ad edict.*, sur cette loi.

(3) Favre, *Ration.*, sur cette loi.

» gari debeat ex suo mendacio et dolo, cum ignorantem creditorem deceperit (1) ? »

63. D'un autre côté, si ce débiteur, qui de mauvaise foi a engagé la chose d'autrui, paie le créancier à l'échéance, il est clair qu'il aura contre ce dernier l'action pignoratice directe pour retirer la chose. Car autrement le créancier trouverait dans une constitution de gage vicieuse des avantages que lui refuse la constitution de gage valable (2).

64. Ainsi donc, d'une part, le créancier aura l'action pignoratice contraire, à cause de l'obligation contractée par le débiteur; c'est la décision expresse d'Ulpien : « Si rem alienam mihi debitor pignori dederit, aut malitiosè in pignore versatus sit, dicendum est locum habere contrarium iudicium (3). » D'autre part, le débiteur a l'action pignoratice directe pour la restitution de la chose (4). Le contrat produit donc des effets sérieux et réels.

65. Supposons maintenant que le créancier reçoive la chose, en sachant qu'elle n'appartient

(1) *Ration.*, sur la loi 9, D., *De pign. act.*

(2) Favre, *loc. cit.*

Arg. de la loi 12, § 7, D., *De captivis et post.*

(3) L. 9, D., *De pign. act.*

Junge Paul, l. 16, § 1, D., *De pignorat.* (lib. 29, *Ad edict.*)

(4) Ulp., l. 22, § 2, D., *De pignorat. act.*

pas au débiteur. Il serait difficile, dans ce cas, qu'il pût élever des plaintes. Il n'a pas été trompé, ou, pour mieux dire, il s'est trompé lui-même (1). L'action pignoratice contraire ne lui appartient donc pas. « *Sed si sciens creditor accipiat, vel alienum, vel obligatum, vel morbosum contrarium ei non competit* (2). »

66. Nous venons de voir la position du débiteur et du créancier vis-à-vis l'un de l'autre, lorsque la chose d'autrui a été donnée en gage. Jetons à présent un coup d'œil sur le droit du propriétaire (3), dont la chose a été l'objet du contrat.

S'il a consenti à la dation du gage, tout est valable. *Aliena res pignori dari, voluntate domini, potest* (4).

67. Il en est de même s'il ratifie expressément ou tacitement le gage de sa chose, donné à son insu par le débiteur : *Et si, ignorante eo, data sit, et ratum habuerit, pignus valebit* (5). Il est censé avoir donné mandat, et entre les parties le gage vaut *ab initio*, avec effet rétroactif (6).

(1) L. 26, D., *De rei vindicat.*

(2) Paul, l. 16, § 1, D., *De pign. act.*

(3) C'est ce que nous avons fait pour le Prêt.

V. mon comm. du Prêt, nos 38 et 106.

(4) Paul, l. 20, D., *De pign. act.*

(5) *Id.*

(6) Arg. de l'art. 1922 C. c. Il reconnaît la légitimité du consentement exprès et tacite.

68. Mais si le propriétaire n'a donné aucun consentement, sa chose n'est pas engagée; elle n'est en rien affectée. Une chose ne peut être atteinte par un droit réel que par la puissance de la volonté du maître (1). « *Nezum non facit, nisi persona quæ jure potuit obligare.* » Ce sont les termes de la loi romaine (2). Le principe est ici le même qu'en matière de dépôt. De même que, d'après l'article 1922 du Code civil, le dépôt volontaire n'est valable que du consentement exprès ou tacite du propriétaire (3), de même le gage n'est pas valable si son consentement n'intervient pas.

69. Ainsi, est nul le gage donné par un procureur contre et outre le mandat du propriétaire (4). Le créancier qui a traité avec le procureur devait examiner les termes de la procuration, et il doit s'imputer d'avoir fait un contrat avec une personne sans qualité.

Ainsi encore, le créancier qui a reçu en gage la chose qu'il savait appartenir à autrui ne peut résister à l'action du propriétaire qui la revendique.

70. Mais que dirons-nous du cas où le créancier a été de bonne foi, et a reçu la chose des

(1) Arg. de la loi 20, D., *De pign. art.*, et Favre, *Ration.*, sur ce texte.

(2) Honor. et Théod., l. 8, C., *Si aliena res pignor.*

(3) Mon comm. du *Dépôt*, n° 39, 40.

(4) Sever. et Ant., l. 1, C., *Si aliena res pignor. dat.*

de mains d'une personne qu'il avait juste sujet de considérer comme propriétaire? Quelle sera, d'après le droit français, sa position vis-à-vis du maître de cette chose.

L'ancienne jurisprudence nous offre sur cette question des décisions qui se contrarient.

M. Pajet, maître des requêtes, avait donné des bagues à une revendeuse pour les vendre. Celle-ci les mit en gage pour 200 écus. M. Pajet fit saisir ses bagues chez la personne qui en était nantie. Celle-ci répondit qu'elle ne restituerait les bagues qu'autant que M. Pajet lui paierait son argent. Mais un arrêt du parlement de Paris, du 14 mars 1616, condamna le dépositaire à la restitution, sauf son recours pour la répétition de son argent contre la revendeuse (1).

Autre décision semblable :

Une personne avait emprunté un carcan ou collier de pierreries à un de ses amis; puis il l'avait engagé sans en informer le propriétaire. Un arrêt du parlement de Dijon, du 9 août 1612, décida que le maître du carcan pouvait le retirer des mains du créancier qui le détenait, sans être tenu de lui payer le prix pour lequel le gage avait été donné (2).

(1) Bouchel, v° *Gage*.

Brillon, v° *Gage*, n° 3.

(2) Bouvot, t. 2, v° *Gage*, quest. 5.

Despeisses, t. 1, p. 248, n° 4.

Despeisses confirme cette jurisprudence par un arrêt de la cour des aides de Montpellier du 26 novembre 1640. Un collecteur des tailles avait reçu une ceinture d'argent en gage, d'un homme marié, pour assurance des tailles qu'il lui devait. Il fut jugé que le collecteur rendrait à la femme cette ceinture qui lui appartenait, et cela sans qu'elle fût tenue d'acquitter les tailles auxquelles cette ceinture servait de garantie (1).

71. Il a toutefois été jugé, par arrêt du 7 février 1636, que le propriétaire ne peut réclamer les gages donnés par un revendeur public qu'en restituant le prix de l'engagement (2); ce qui est conforme à l'opinion que le président Favre avait du droit français; car il dit quelque part : « Apud Gallos, pignorum mobilium persecutio » hypothecaria nulla est, si ab alio quam ipso » debitorum possideantur. Id enim est quod aiunt : » *Les meubles n'ont point de suite* (3). »

Cette dernière décision est en opposition avec les précédentes. Doit-elle prévaloir sur elles et servir de règle aux jurisconsultes, ou bien est-ce dans les arrêts contraires que repose la vérité?

72. L'article 2279 du Code civil fait incontes-

(1) *Loc. cit.*

(2) Bardet, t. 2, liv. 2, ch. 4.
Brillon, *loc. cit.*

(3) Sur la loi 5, § 8, D., *De trib. act.*

tablement prévaloir l'arrêt du 7 février 1636. Les autres arrêts ne peuvent s'expliquer que par des circonstances de fait, ou plutôt parce que la règle : *En fait de meubles la possession vaut titre*, n'était pas encore sortie victorieuse des entraves du droit romain et de certaines coutumes empreintes des vestiges du droit écrit. Aujourd'hui il n'y a pas à hésiter; la difficulté est tranchée par l'article 2279 (1).

73. Cet article nous a déjà servi, dans nos précédents commentaires, à éclaircir plus d'un point obscur et jadis litigieux.

Ainsi, arrive-t-il que l'emprunteur vende à un acheteur de bonne foi la chose prêtée? le propriétaire n'a pas de revendication contre ce dernier. *Meubles n'ont pas de suite* (2).

Arrive-t-il que le dépositaire vende la chose déposée à un tiers de bonne foi? le propriétaire n'a pas l'action en revendication contre ce dernier. *Meubles n'ont pas de suite* (3). Il en est de même quand c'est l'héritier du dépositaire qui a vendu la chose déposée (4).

(1) M. Grenier semble contraire, *Hypothèques*, t. 2, n° 314.

M. Zachariæ est de mon avis, t. 3, § 433.

(2) Mon comm. du *Prêt*, n° 92.

Mon comm. de la *Prescript.*, t. 2, n° 1070.

(3) Mon comm. du *Dépôt*, n° 106.

Mon comm. de la *Prescript.*, t. 2, n° 1070.

(4) Mon comm. du *Dépôt*, n° 124, art. 1935.

Dans ces différents cas, le propriétaire doit s'imputer à lui-même d'avoir mal placé sa confiance. Il n'a pas d'action contre le tiers de bonne foi qui a acheté le meuble. Sans quoi il n'y aurait aucune sûreté dans les transactions (1). Ce n'est qu'autant que l'acheteur aurait été de mauvaise foi que la revendication pourrait être exercée (2).

74. Eh bien ! si le prêteur et le dépositaire, au lieu de vendre la chose, la mettent en gage entre les mains d'un créancier de bonne foi, le propriétaire trouvera dans la règle : *Meubles n'ont pas de suite*, le même obstacle à la revendication. Il ne pourra retirer la chose qu'en payant l'argent assuré sur le gage. L'action en revendication ne lui appartiendra que si le créancier gagiste est complice de la mauvaise foi de ces détenteurs infidèles. Le gage est une manière d'aliénation. On peut le placer *lato sensu* parmi les aliénations de la chose qui ont du rapport avec la vente (3) ; et ce qui est vrai quand la chose mobilière a été vendue est vrai par parité de raison quand elle a été mise en gage (4).

(1) Mon comm. de la *Prescript.*, n° 1070. Je cite les arrêts.

(2) Mon comm. de la *Prescript.*, t. 2, n° 1061.

(3) Casaregis, disc. 187, n° 8.

(4) Casaregis, disc. 187, n° 20.

L'arrêt du parlement de Paris du 7 février 1636 est donc dans les principes les plus purs du droit, du crédit, de l'équité.

75. C'est surtout en matière commerciale qu'il faut tenir à une jurisprudence si favorable à la sécurité des transactions. Consultons les auteurs commerciaux et notamment Casaregis (1).

Berzino et Minuti, marchands de Florence, avaient reçu d'un certain juif, nommé Simon Cavaglieri, marchand de Ferrare, un envoi de soie avec commission de vendre cette marchandise. Berzino et Minuti donnèrent ces soies en gage à Vanni pour sûreté d'un prêt d'argent à eux fait par ce dernier. Plus tard, Berzino et Minuti vendirent les soies à Chiavitello, avec charge de payer à Vanni ce qui lui était dû par eux pour raison du prêt. Bientôt leur faillite fut déclarée, et Cavaglieri, ayant été informé que le prix des soies existait dans les mains de Chiavitello, demanda que le montant en fût intégralement versé dans ses mains. Mais Vanni, créancier gagiste, y fit opposition, se prétendant préférable à cause de son gage (2).

On pressent quel était le système de Cavaglieri. Il insistait sur son droit de propriété ; il représentait que ses commissionnaires avaient

(1) Disc. 187.

(2) Casaregis, disc. 187.

disposé de sa chose à son insu ; il établissait, par des raisons ingénieuses (1), qu'il devait avoir ses soies ou le prix, et qu'il était juste de favoriser le maître d'une chose frauduleusement engagée à non domino.

76. Mais, dit Casaregis (2), l'usage du commerce ne saurait s'accommoder de ces idées. « Hæc nullatenus procedere inter mercatores, » quia, de eorum universali stylo aut consuetudine, contrarium servatur. » Cet usage est attesté par Marquardus (3) ; il est consacré par plusieurs statuts locaux européens ; le cardinal Deluca en reconnaît l'existence et lui donne son assentiment (4). Ainsi le veut la foi commerciale. Quand le détenteur d'un objet mobilier, qu'il tient de son correspondant, le vend contre le gré de ce dernier ou à son insu, ou le livre à un tiers de bonne foi à un titre onéreux, celui qui le reçoit de ses mains est fondé à ne s'en pas dessaisir. « Et similiter, ob eam rationem non » turbandæ libertatis commercii, in dubitabiliori- » bus terminis, nempè mercatoris, vel magistri » navis, vel vectoris, malâ fide alienantis, vel dis-

(1) *Ingeniosè replicatis.*

(2) N° 3.

(3) *De jure mercat.*, lib. 2, c. 8, n° 86 ;
Et cap. 9, n° 14.

(4) *De credito*, disc. 22, n° 23.
De usuris, disc. 7, n° 8.

» trahentis, seu disponentis de rebus aut merci- » bus sui respectivè corresponsoris principalis, » contra illius mentem, seu ordines : quòd alter » mercator illarum emptor, seu acquisiteur ex ali- » quo titulo oneroso, non tenetur domino illas » restituere, nisi sibi persoluto tali pretio, fir- » mat cardinalis Deluca, *De regalib.*, decis. 115, » n° 5 et 6 (1). » Sans doute il en est autrement quand l'acheteur est de mauvaise foi (2). Mais s'il est de bonne foi, le droit commercial est en sa faveur (3).

Et, en effet, où en serait-on dans le commerce où il est si nécessaire que les affaires aient une fin rapide, où les recours troublent les écritures passées sur les livres, où les négociations commencées ne peuvent être remises en question sans d'immenses dangers, où en serait-on s'il était permis de venir soutenir que telles marchandises qui ont été vendues, livrées, engagées, n'appartiennent pas à celui qui en a disposé (4) ?

La décision fut donc favorable à Vanni. Elle confirme l'arrêt du parlement de Paris du 7 février 1636. C'est là qu'est la vérité.

(1) Casaregis, *loc. cit.*, n° 19.

(2) *Id.*

(3) Casaregis cite Targa, *Ponderat. marit.*, c. 74.

(4) Casaregis, disc. 76, n° 4. Il insiste sur cette considération dans son disc. 187, n° 19.

77. Cette décision n'est pas la seule dont Casaregis nous ait conservé les enseignements. Vais Nunès était copropriétaire d'une portion de sucres chargée sur le navire le *Caval marino*. David Cayrel, copropriétaire de l'autre partie, donna le tout en gage à Greenwood et Cooper. Vais Nunès prétendit que cet engagement était nul pour la part qui lui revenait dans les sucres.

Mais cette prétention fut condamnée par Casaregis dans les termes les plus énergiques (1).

Voici le résumé de sa doctrine et sa conclusion :

« Pour parler maintenant des abus de confiance
 » commis par les détenteurs de marchandises qui
 » en disposent contre le gré des propriétaires,
 » ces abus de confiance ne sont pas des vols : ce ne
 » sont que des vols impropres, et, dès lors, favore
 » libertatis publici commercii, prætermittere pro INDU-
 » BITABILI REGULA oportet, talium rerum aut mercium
 » dominum, rei vindicationis actione, illarum restitu-
 » tionem minimè prætereundam esse, nisi prius per eum
 » persolvatur pretium, vel pecunia mutuata, vel quid-
 » quid aliud datum aut creditum restituatur illi cui res-
 » pectivè venditæ, vel hypothecatæ, vel in solutionem
 » datæ, vel permutatæ merces fuerint (2). »

Casaregis étend cette décision à tous les cas qui peuvent se présenter et où le tiers est de

(1) Disc. 124.

(2) N° 2.

bonne foi (1). Que le détenteur, coupable de l'abus de confiance, soit un capitaine de navire, un voiturier, un commissionnaire, un mandataire, un administrateur, un économiste, un dépositaire, un gagiste, peu importe. Sans doute il a commis un abus; mais les tiers ne peuvent en souffrir. Le propriétaire doit s'imputer d'avoir mal placée sa confiance.

78. Tel est le droit commercial. Telle est la jurisprudence. On voit combien notre article 2279 est favorable aux intérêts commerciaux. L'accord du droit civil et du droit commercial est ici manifeste; l'un se fortifie et s'éclaire par l'autre.

Ceci posé, on ne saurait assez s'étonner d'un arrêt de la Cour de cassation de Belgique, du 4 juin 1833, qui a décidé en principe que l'article 2279 n'est pas applicable au cas où le tiers a acquis, non pas la propriété de la chose, mais une détention précaire comme l'est celle du gagiste. De telles idées sont subversives; elles foulent aux pieds les principes les plus accrédités (2). Si en effet l'art. 2279 est décisif pour le cas où la chose est passée dans les mains d'un tiers par

(1) *Id.*

(2) V. mon comm. de la *Prescription*, n° 1900. J'ai, du reste, expliqué, *loc. cit.*, la décision de la Cour de Belgique par des points de fait qui peuvent peut-être la sauver.

vente, pourquoi pas dans le cas où c'est une mise en gage qui a saisi le créancier de bonne foi? Écoutons encore un instant Casaregis (1). On ne saurait trop citer cet oracle du droit commercial à ceux qui sont peu familiers avec cette partie de la jurisprudence. «*Quamobrem si in istis terminis » hujusmodi propositio procedit, eò magis locum » sibi vindicabit in casu nostro, ubi serica dicti » Hebraei Cavaglieri à D. D. Berzino et Minuto non » totaliter fuerat distracta, sed tantum pignora; » minoris enim mali vel præjudicii est rem totaliter » in alium transferre quàm solo pignori dare.*»

79. Il y a une autre raison donnée par le cardinal Deluca, et qui, dans certains cas, n'est pas sans valeur (2). Voici à quelle occasion Deluca a traité ce point. Le marquis Marcello Raimondi avait été banni de Rome; mais sa mère avait continué à y demeurer, et son intendant avait mis en gage, auprès de banquiers juifs, des objets mobiliers appartenant audit marquis, afin de lui procurer de l'argent. A son retour à Rome, Marcello Raimondi trouva qu'il lui manquait beaucoup de meubles. Son intendant avait pris la fuite, emportant l'argent qu'il avait recueilli des prêts. Le marquis intenta une action contre les banquiers; il les signala comme com-

(1) Disc. 487, n° 20.

(2) *De usuris*, disc. 7.

plices de vol et recéleurs; dans tous les cas, et lors même qu'ils seraient de bonne foi, il soutint que, saisis des choses volées, ils devaient les rendre au propriétaire (1). On conçoit tout ce que cette allégation de vol donnait de favorable à la cause du marquis. Cependant son action fut déclarée injuste par Deluca; car il n'y avait pas de vol de meubles dans l'espèce, et les banquiers étaient de bonne foi. La jurisprudence est constante, disait-il, pour enlever au propriétaire la revendication contre les tiers détenteurs de la chose mise en gage; et cette jurisprudence a une raison d'équité qui est frappante; car, en effet, si quelque chose doit être respecté, c'est le gage. Le plus souvent les emprunts sur gage se font au profit de personnes qui ne veulent pas être connues. Ces personnes, pour ne pas nuire à leur crédit, se servent de procureurs, de domestiques, d'intermédiaires (2). Le mandat tacite se présume facilement; il ne faut pas autoriser des recherches indiscretes qui nuiraient à ce genre de contrats et aux monts-de-piété.

80. Nous en avons dit assez pour démontrer la doctrine que nous avons avancée dans notre commentaire de la *Prescription* (3), et que nous

(1) N° 3, l. *In civilem, C., De furtis.*

(2) N° 8.

(3) N° 4060 et suiv.

ne faisons que répéter ici quand nous disons que le gage donné à *non domino* doit tenir au profit du tiers de bonne foi qui l'a reçu. Le contraire serait la destruction du crédit; le commerce serait grandement entravé ou empêché. Il faut se garder des vains scrupules qui tendraient à infirmer les idées dont nous ne sommes que le fidèle écho.

81. Je n'ajouterai qu'un mot: j'ai dit, dans mon commentaire de la *Prescription* (1), que quelques arrêts, assimilant au vol l'abus de confiance, s'étaient efforcés, par cette assimilation trompeuse, de lever les barrières qui s'opposent à l'action du propriétaire contre le tiers détenteur de bonne foi. On a vu, par ce que je viens de dire au n° 77, ce que Casaregis pensait de cette assimilation. Il décide avec nous que ce n'est pas là un vol, que ce n'est qu'un vol imparfait, c'est-à-dire ce que notre Code pénal appelle un *abus de confiance*. La doctrine de notre commentaire de la *Prescription* reçoit donc ici une ample confirmation.

82. D'après les lois romaines, la chose que le créancier a reçue en gage peut être donnée en gage par lui à son créancier. C'est ce qu'on appelle *sub-pignus* (2); de telle sorte que ce second

(1) N° 1070.

(2) Schilling, § 206, note (19).

créancier est maintenu dans son gage tant que subsiste le gage du premier (1). Le second gage est subordonné au premier (2). *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. Ainsi, si le premier débiteur libère le gage, le second créancier doit se dessaisir. Il ne lui reste ni privilège, ni droit de rétention. *Neque persecutio dabitur, neque retentio relinquetur*. Ce sont les expressions de Papien (3). Le gage est purgé *ipso jure* par le paiement; il n'en reste rien pour le second créancier (4).

83. Mais cette subordination n'a lieu que lorsque le second créancier a su que la chose qu'il a reçue en gage n'était pas la propriété du premier.

S'il a été de bonne foi, s'il a cru que son créancier direct était propriétaire de la chose qu'il lui a donnée en nantissement, on applique la règle: *Les meubles n'ont pas de suite*. Nous avons vu tout à l'heure (5) la décision expresse de Casa-

(1) L. 1, C., *Si pignus pignori*.

Marcianus, l. 13, § 2, D., *De pignorib.*

Papin., l. 40, § 2, D., *De pignorat. act.*, lib. 3 *Respons.*

Despeisses, t. 1, p. 248, n° 3.

(2) *Secundum pignus à primo pendet*, dit Favre, *Rat.*, sur la loi 40, § 2, précitée.

(3) *Loc. cit.*

(4) Cujas sur Papin., *loc. cit.*

(5) N° 77. *Infrà*, nos 422, 423.

regis sur cette espèce; et il y a dans le commerce des exemples innombrables de cette vérité, très favorable au crédit et à la vive circulation des marchandises.

84. Le gage s'étend aux accessoires de la chose et à tout ce qui en procure l'accroissement.

Par exemple, si Pierre m'a donné en gage une vache, mon droit embrasse le veau qui vient à naître *ex post facto* (1). En un mot, les fruits font partie du gage (2), et ils augmentent, par une accession naturelle, la garantie donnée au créancier.

85. Après avoir parlé des choses qui font l'objet du gage, occupons-nous des personnes qui ont capacité pour prendre part à ce contrat.

D'après une comparaison fréquente en cette matière, le gage est mis sur la même ligne que la vente (3). Il suit de là que, pour pouvoir valablement engager une chose, il faut avoir capacité pour l'aliéner. Nous ne rencontrons ici, comme dans le cautionnement, que les incapacités ordinaires (4); il n'est pas nécessaire de les énumérer. Il suffit de dire que quiconque a la dispo-

(1) L. 13, D., *De pignorib. et hypoth.*

L. 3, C., *In quib. causis.*

(2) Rousseaud-Lacombe, v° *Gage*, n° 6. *Infrà*, n° 437 et suiv.

(3) *Suprà*, n° 51.

(4) V. mon comm. du *Cautionnement*, n° 188.

sition de sa chose peut la donner en gage, et que quiconque est gêné dans sa liberté d'en disposer ne peut l'engager.

86. Le procureur, quand il a un mandat exprès ou tacite, peut donner une chose en gage; car le contrat de gage se contracte par procureur (1).

87. Quant aux personnes qui ont capacité pour recevoir des gages, il semble au premier coup d'œil qu'on puisse dire que toutes les personnes qui peuvent faire leur condition meilleure ont capacité pour être constituées gagistes.

Cependant, considérons que si le gage procure des avantages, il soumet le détenteur à des obligations qui sont le fondement de l'action pignoratice directe (2). C'en est assez, ce nous semble, pour maintenir ici les principes généraux sur l'incapacité en matière d'obligation. On pourra au surplus s'aider de quelques observations que nous avons faites dans notre commentaire du *Prêt*, n° 50, 51, 52, 53.

88. Bien imprudent, au surplus, serait le débiteur qui irait remettre un gage à un mineur pour sûreté accessoire d'un contrat conduisant à un paiement qui, en bonne règle, ne doit pas s'effectuer entre ses mains.

(1) L. 21, D., *De pignorib. et hypoth.*
Paul, lib. 73, *Ad edict.*

(2) Art. 2080, etc.

89. Après ces préliminaires, entrons dans la matière spécialement prévue par l'art. 2073, et parlons du droit que le contrat de gage confère au créancier. L'art. 2073 lui accorde un privilège. C'est une des prérogatives les plus éminentes du gage. Elle est également précieuse dans les matières civiles et dans les matières de commerce. Si le marchand, dit Casaregis, qui prête sur gage n'était pas privilégié, l'intérêt et la liberté du commerce seraient grandement troublés. « Si » mercator sub pignore mutuans, vel cambio pe- » cuniam præstans, non esset potior in rebus pi- » gneratis cuicumque alteri creditori hypotheca- » rio, impediretur aut turbaretur mercaturæ li- » bertas (1). »

90. Cette matière du privilège du gagiste a été touchée, comme très importante, par les auteurs civils et commerciaux (2). Nous en avons dit quelque chose dans notre commentaire des *Privilèges et des Hypothèques* (3). Il faut l'approfondir davantage ici.

(1) Disc. 187, n° 17. *Infrà*, n° 106.

(2) Casaregis, *loc. cit.*

Marquard., *De jure mercator*, lib. 2, c. 9, n° 4.

Deluca, *De credito*, disc. 40, n°s 19 et 20 ;

Et disc. 22, n° 18. }

Scaccia, *De cambio*, § 2, gloss. 5, n° 438.

(3) T. 4, n° 168.

Junge M. Grenier, *Hypoth.*, n°s 314 et suiv.

91. Et d'abord le privilège du gagiste a-t-il son fondement dans le droit romain ?

Je le pense, et l'on peut citer des textes décisifs à l'appui de cette proposition (1). Chez les Romains, comme dans nos idées, le droit réel renfermé dans le gage, joint à la possession du gagiste, a dû mettre ce dernier dans une position privilégiée et le faire préférer aux créanciers ordinaires.

Il est vrai que lorsque la chose donnée en gage était déjà soumise à une hypothèque, le privilège du gagiste ne militait pas (au jugement de quelques interprètes) contre le créancier investi de cette hypothèque antérieure. Ces interprètes prétendaient que, d'après le droit romain, le gage n'était entré dans les mains du gagiste que sous la réserve de cette hypothèque, et qu'ainsi il devait la subir (2). Mais ce point de droit, en le supposant certain, n'empêchait pas le privilège dans tous les autres cas. Le gagiste était privilégié.

92. Il ne faut pas croire qu'il y ait quelque chose de contraire à cette doctrine dans les auteurs italiens, tels que Straccha et Casaregis (3), qui se sont occupés du privilège du gagiste com-

(1) *Infrà*, n° 92.

(2) Casaregis, disc. 126.

(3) Straccha, *De decoctorib.* (*pars ultima*, n° 11).

Casaregis, disc. 168, n°s 8, 9, 10, 11 et suiv.

mercant; et l'on se tromperait fort si, à la lecture superficielle de certains passages de leurs écrits, l'on croyait qu'ils ont attribué à l'usage et au style du commerce l'invention du privilège du gagiste. Tout ce que ces auteurs ont dit, c'est qu'en supposant qu'il soit vrai, en droit romain, que l'hypothèque antérieure nuise au gagiste qui a reçu en gage la chose déjà hypothéquée, il est certain que le droit commercial n'a jamais admis cette préférence du créancier hypothécaire sur le créancier gagiste; car autrement le commerce serait troublé dans ses sûretés. Tel est le point de vue de ces auteurs. Du reste, ils n'ont jamais nié qu'en droit civil romain, le gagiste eût sous tous les autres rapports un privilège de cause.

93. Quoi qu'il en soit, en France, le droit civil, autant que le droit commercial, a toujours écarté la contribution en cette matière, et le privilège du gagiste y est aussi ancien que la jurisprudence même (1).

94. Sur quoi s'est appuyé le droit civil français pour formuler ce privilège? Les lois romaines lui sont venues en aide. Il y a trouvé des

(1) Loisel, III, 7, 8;

IV, 6, 14.

Coutume de Bourbonnais, art. 68.

Et coutume de Paris, art. 181.

raisons et des textes. Il n'a pas hésité à se les approprier.

Les textes qui sont le champ de la discussion sont les lois 5, §§ 8, et 17, D., *De tributor. act.*; l. 10, D., *De pignorib.*, et 24, D., *Quæ in fraudem creditor.* Elles me semblent victorieuses; elles attribuent formellement au gage une cause de préférence. « *Nisi fuerint creditori pigneratoræ, puto debere dici præferendos domino jure pignoris.* » Il n'en a pas toujours fallu autant à la pratique pour marcher avec assurance dans des voies rationnelles.

95. Je dis qu'en France la cause du gagiste a toujours été une cause privilégiée, tant en matière civile qu'en matière commerciale. C'est pourquoi l'art. 181 de la coutume de Paris disait : « Et n'a lieu la contribution quand le créancier se trouve saisi du meuble qui lui a été baillé en gage. » Telle est l'origine de notre article. La disposition en est confirmée par l'art. 2102, n° 2, du Code civil, et par les art. 546, 547, 548, 93 et 95 du Code de commerce. Il n'y a, à cet égard, aucune spécialité dans le droit commercial; ce droit marche entièrement d'accord avec le droit civil.

96. Ce privilège donne au gagiste le droit d'être payé sur le prix de la chose de préférence aux autres créanciers. Il lui confère un droit réel, spécial et privilégié (1). Ce droit, qu'il tire à la

(1) Brodeau sur Paris, art. 181, n° 3.

fois du contrat et de la possession, fait sa cause différente de celle des autres créanciers, lesquels sont égaux en droit sur les biens de leur débiteur insolvable et déconfit. Comment ceux-ci pourraient-ils exiger que le gagiste vienne avec eux à contribution sur la valeur du ce meuble engagé, puisqu'il ne se trouve plus dans la possession du débiteur commun, qu'il ne fait pas partie des meubles dont il est saisi, qu'il ne lui appartient, en un mot, qu'imparfaitement et sous la condition d'être purgé (1) ?

97. Mais le gagiste n'a ce privilège qu'à la condition d'être saisi de la chose. Cette condition lui était imposée expressément par l'article 181 de la coutume de Paris. Elle est reproduite par l'article 2102, n° 2, du Code civil, et nous nous en occuperons spécialement dans le commentaire de l'article 2076. La possession lui est indispensable ; c'est cette possession qui retire la chose des mains du débiteur, qui la soustrait à l'action de ses créanciers, et la met à part et dans une situation privilégiée. « *Si inter plures creditores quibus debitor res suas in solidum obligavit, quæstio moveatur, possidentis melior est conditio* (2). » La possession est le fondement le plus sûr et l'indice le plus éclatant de son privilège. Sans elle, le

(1) Brodeau, *loc. cit.*

(2) L. 10, D., *De pignorib.*

créancier n'aurait aucune raison pour échapper à la loi de la contribution. C'est ce qui fait dire à Casaregis : « *Et similiter ob eandem rationem, præfere-
reendus est pignoratarius super pignore quod habet in
manibus* (1). »

98. Cette possession doit être certaine et non équivoque. Si elle était ambiguë, si les choses avaient été arrangées de manière à tromper les autres créanciers et à leur laisser croire que le débiteur restait toujours possesseur, le gage périrait (2).

99. Mais cette possession doit-elle être une possession naturelle, réelle et actuelle? Ne peut-elle pas être une possession civile ou virtuelle?

Brodeau enseigne que la possession civile n'est d'aucune considération (3). Mais l'on verra dans notre commentaire de l'article 2076 que ceci ne saurait être admis sans explication (4).

Si, par exemple, on appelle possession civile celle qu'un négociant a d'une chose chargée sur un navire au moyen d'un connaissement passé à son ordre, Brodeau a tort; car il est reconnu que le négociant prêteur, saisi d'un connaissement passé à son ordre, est gagiste possesseur, et

(1) Disc. 420, n° 4; et disc. 56, n° 26.

(2) *Infrà*, n° 308.

(3) Sur l'art. 181 de la cout. de Paris, n° 4.

(4) *Infrà*, n° 309.

qu'on ne peut lui refuser la rétention et le privilège (1).

100. Le privilège du gagiste est très favorable; nous montrerons tout à l'heure qu'il faut en écarter tous les préjugés irréflechis qui viennent s'écrier que les privilèges ont une couleur odieuse.

Il l'emporte, par exemple, sur le droit du vendeur non payé d'un meuble (2). C'est pourquoi un arrêt du parlement de Paris, du 10 mars 1587, a décidé que celui qui avait vendu une tapisserie à crédit ne pouvait pas la revendiquer sur le tiers à qui elle avait été donnée en gage par l'acheteur (3).

De même, si le vendeur non payé a expédié la marchandise sur le navire l'*Alexandre* pour les magasins de l'acheteur, et que celui-ci passe le connaissement à l'ordre d'un créancier qui lui aura prêté des fonds, ce dernier aura préférence sur le vendeur non payé (4).

101. Le vendeur a longtemps fait des efforts pour être préféré au gagiste; c'est surtout dans

(1) Rouen, 29 novembre 1838 (Devill., 39, 2, 34).

(2) V. l'art. 576 C. de commerce, qui déclare que le vendeur ne peut revendiquer qu'en payant les avances faites par le commissionnaire nanti.

(3) Brodeau, *loc. cit.*

(4) V. un arrêt de la Cour de Rouen du 29 novembre 1838 (Devill., 35, 2, 34, 35).

les matières commerciales que le débat a été vif et prolongé. Là, le vendeur rencontre sans cesse des intérêts contraires au sien. A peine la marchandise est-elle vendue; qu'elle devient sur-le-champ matière de crédit pour l'acheteur. Ce dernier l'expédie en consignation pour avoir des avances; il se fait faire des prêts dont elle est le nantissement et la garantie, et ceux qui la détiennent à ce titre font valoir leur droit réel et leur possession pour l'emporter sur le vendeur qui a suivi la foi de l'acheteur, qui s'est dessaisi, et qui, de confiance, a livré la chose vendue à celui qui n'en a pas payé le prix. A la vérité, le vendeur se retranche dans le droit sacré de propriété. Il prétend qu'il n'a vendu que sous la condition d'être payé, et que le non-paiement entraînant résolution de la vente, la chose doit lui être restituée. Mais cette prétention est outrée. Je n'entrerai pas dans l'examen de la question qui consiste à savoir si la revendication accordée au vendeur non payé en cas de faillite ne découle pas du droit de demander la résolution de la vente. Je ne voudrais pas dire, avec MM. Delamarre et Lepoitevin (1), et avec quelques orateurs qui ont pris part à la discussion de la loi des faillites à la Chambre des députés (2),

(1) T. 2, n° 412.

(2) Voyez M. Saint-Nexent, *Traité des faillites*, t. 3, p. 2 et 3.

que la revendication n'est autre chose que la résolution de la vente ; car il y a plus d'une différence théorique entre la revendication et la résolution, et ces deux droits ne sauraient être confondus (1). Mais, soit qu'on veuille appeler résolution le droit du vendeur non payé, soit qu'on veuille lui maintenir le nom de revendication, il est certain, en droit français, que ni la revendication des meubles, ni l'action en résolution de vente des meubles, ne peuvent jamais avoir lieu au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur la chose vendue (2). En fait de meubles, la possession vaut titre (3). Or, le créancier gagiste qui a été investi d'un droit réel par le nantissement, et qui détient la chose par la possession, suite de ce nantissement, ne saurait voir son droit diminué par l'action en revendication ou en résolution du vendeur. La cause du gagiste est donc préférable à la cause du vendeur (4). Il n'y a pas à hésiter.

(1) Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, n° 193.

(2) Mon comm. de la *Vente*, t. 2, nos 624, 665, 730, et 2^e addition.

Mon comm. des *Hypoth.*, t. 2, n° 193.

(3) *Suprà*, n° 72.

(4) Bruxelles, 13 novembre 1818.

Rouen, 18 juillet 1827.

V. ces arrêts dans la collection chronologique de M. Devilleneuve, à leur date.

Cassation, 4^{er} décembre 1840 (Devill., 41, 1, 161).

102. Et cette vérité est surtout palpable en droit commercial. Car ce droit a rétréci, beaucoup plus que le droit civil, la faculté acquise au vendeur non payé de demander la résolution de la vente. D'après les principes du droit civil, la faculté de demander la résolution ne s'arrête que lorsque les tiers ont acquis un droit positif sur la chose. Mais tant que la chose est entre les mains de l'acheteur, la faculté de demander la résolution est générale et absolue (1). En droit commercial, il n'en est pas ainsi. Il suffit que la marchandise soit entrée dans les magasins de l'acheteur pour que, devenue un des éléments de son crédit, le vendeur ne puisse plus la réclamer à aucun titre, ni à titre de revendication (2), ni à titre de résolution de la vente. La loi commerciale a un tel respect pour les tiers, elle veille avec tant de scrupule à la conservation de leurs droits, qu'alors même qu'ils n'ont rien acquis dans l'objet vendu, elle s'interpose en leur faveur et place sur la chose une sorte de mainmise, arrête l'action du vendeur, et retient l'objet vendu comme partie du capital actif de l'acheteur, comme gage de son crédit, comme appât offert à la confiance publique. Or, si la loi commerciale est si attentive aux intérêts des tiers dans un cas où ils n'ont sur la chose

(1) Art. 1654 C. c.

(2) Art. 576 C. de c.

non payée aucun droit réel précis, s'il suffit que cette chose soit entrée dans le mouvement commercial des affaires de l'acheteur pour que le vendeur ne puisse la ressaisir, combien à plus forte raison ce vendeur doit-il être de condition peu favorable lorsque la chose a reçu une affectation spéciale par le nantissement reçu de bonne foi!

103. Ce n'est pas seulement sur le vendeur non payé que le gagiste a préférence; il l'emporte aussi sur le propriétaire locateur. En sorte que si le locataire a déplacé des meubles et les a donnés en gage, le propriétaire n'a ni droit de suite, ni droit de préférence au préjudice du gagiste (1).

104. Mais les privilèges généraux, tels que frais funéraires, frais de dernière maladie, etc., etc., pourront-ils réclamer l'avantage sur le gagiste? Cette question, fort grave, partage les esprits. Je renvoie à ce que j'en ai dit dans mon commentaire des *Hypothèques* (2). Je n'ajouterai ici qu'un mot. Ceux qui croient que le privilège du gagiste doit l'emporter disent qu'avec le système qui fait prévaloir les privilèges généraux sur les privilèges spéciaux, le gagiste pourra souvent en être réduit, au lieu de garantie, à en

(1) Bacquet, *Droits de justice*, ch. 21, nos 284, 285.
Brodeau sur Paris, art. 181, n° 4.

(2) N° 74.

être pour les frais de son nantissement. De telles craintes sont exagérées. Ces rivalités sont plus rares qu'on ne se l'imagine. La théorie s'efforce de les mettre en relief pour se montrer prévoyante et attentive à tous les cas. Mais la pratique réalise très rarement ces complications.

105. Quant aux matières commerciales, il faut reconnaître que si, en droit civil, le privilège général l'emporte sur le gage, la législation particulière au commerce paraît vouloir que le gagiste soit préféré à tout autre. Telle est la conclusion qui se tire des art. 546, 547 et 548 du Code de commerce. Le commerce a besoin de sécurités plus fortes; comme le disent MM. Delamarre et Lepoitevin, *il lui faut du positif* (1). Le gage commercial engendre donc un droit exclusif et un privilège de premier ordre.

106. Quoi qu'il en soit, on aperçoit par les développements contenus aux numéros 100, 101, 102 et 103, que le privilège du gagiste est fondé sur des raisons de haute utilité; il ne doit pas être traité avec défaveur. C'est cependant un lieu commun, mille fois répété dans les controverses du barreau, et même dans les arrêts, que l'égalité étant la loi naturelle entre les créanciers frappés du désastre d'une faillite, le privilège du gagiste doit être plutôt restreint qu'étendu. A mon avis, il ne doit être

(1) T. 2, n° 387.

ni diminué, ni élargi; mais il doit être accepté de bonne grâce et interprété avec équité. Répétons les graves paroles de Casaregis : *Si mercator sub pignore mutuans.... non esset potior in rebus pigneratis... impediretur aut turbaretur mercaturæ libertas* (1). Les opérations de prêt sur gage et d'avances sur consignation sont journalières dans le commerce; elles produisent une circulation vive de la marchandise; elles sont favorables, dit Valin, et doivent être protégées (2). Sans ces avances, la matière commerciale resterait inerte et paralysée. Mais les avances, ayant pour condition l'envoi de la marchandise, font sortir celle-ci de son inertie; les expéditions se multiplient d'une place sur une autre; les échanges deviennent fréquents, et l'activité des transactions n'est jamais ralentie.

Quant au principe d'égalité entre créanciers, il est sans doute fort respectable; mais il ne faut pas le gêner par trop d'affection. La sagesse juridique a dit avec beaucoup d'à-propos : *Vigilantibus jura scripta sunt*. Cette maxime est éternellement vraie, et, dans toutes les situations de vie, il y a une inégalité, fondée sur la nature des choses, entre celui qui a fait sa condition meilleure par sa vigilance, et celui qui s'est laissé déchoir par son imprévoyance. Un navire fait naufrage; je sauve ma personne et mes effets par

(1) *Suprà*, n° 89.

(2) T. 1, p. 610.

mon adresse et mon courage. Celui qui n'a sauvé que sa personne, viendra-t-il exiger que je partage avec lui ma chose arrachée à la fureur des flots? Non sans doute! Pourquoi donc le créancier qui a traité sur parole et sans garantie exigerait-il que sa condition fût aussi bonne que celle du père de famille prudent et bien avisé qui a pris de sages précautions, et qui par sa prévoyance a échappé au désastre? L'égalité serait ici une injustice.

107. Nous disons donc qu'il ne faut pas amoindrir le privilège du gagiste par des restrictions tracassières et des subtilités de droit strict. Notre règle, à nous, c'est de lui être équitable; nous repoussons tout ce qui gênerait son développement dans le cercle tracé par la loi civile, par la raison juridique et par l'utilité commerciale.

108. Mais à quelle condition existe le privilège du gagiste? On comprend que la loi a dû craindre les fraudes des débiteurs et les complaisances de leurs complices; elle a donc voulu de bonnes preuves établissant, à l'égard des tiers, l'existence du gage, de cet acte qui diminue le gage commun des créanciers et enlève un objet important à l'actif de leur débiteur (1).

C'est pourquoi l'ordonnance de 1673, t. 6., art. 8 et 9, portait ce qui suit: « Aucun prêt ne sera fait sous gages qu'il n'y en ait un acte par devant notaires, dont sera retenu minute, qui

(1) *Infrà*, n° 111, 115, 116.

» contiendra la somme prêtée et les gages qui auront été délivrés ; à peine de restitution des gages, à laquelle le prêteur sera contraint par corps, sans qu'il puisse prétendre de privilège sur les gages, sauf à exercer ses autres actions.

» Art. 9. Les gages qui ne pourront être ex-primés dans l'obligation seront énoncés dans une facture ou inventaire, dont sera fait mention dans l'obligation ; et la facture ou inventaire contiendra la qualité, quantité, poids et mesures des marchandises ou autres effets donnés en gage, sous les peines portées par l'article précédent.»

Ces dispositions ne sont que le développement de règles posées longtemps auparavant par les jurisconsultes et les ordonnances. On cite (1) un arrêt de règlement du parlement de Paris du 25 novembre 1599, l'ordonnance de 1629 (2) et l'ordonnance de 1667, etc., etc. On voulait empêcher les fraudes, si faciles à commettre en cette matière par simulation de contrats, ou par substitution d'effets précieux à des effets modiques donnés primitivement. On voulait aussi qu'en cas de faillite du débiteur, la date du contrat fût assurée (3).

(1) Boiceau sur Danty, p. 57.

Brodeau sur Paris, art. 181, n° 7.

(2) Art. 48.

(3) V. *infra*, n° 115, ce que je dis de la manière relâchée dont cette ordonnance fut exécutée.

109. Mais, comme Pothier (1) le fait observer avec Jousse, les formalités requises par l'ordonnance de 1673 ne regardaient que les tiers ; les parties contractantes n'étaient pas reçues à en opposer l'inobservation. Entre parties contractantes, le nantissement n'était soumis qu'aux preuves ordinaires ; rien de spécial n'était exigé. Ainsi l'a jugé un arrêt du parlement de Paris du 27 janvier 1706 (2).

110. C'est dans ces idées qu'a été conçu l'art. 2074 du Code civil. « 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 et obligations conventionnelles en général*. Mais 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, ait 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, au moment où il verrait que ses effets mobiliers vont être mis sous la main de la loi, parviendrait, par des intelligences criminelles, à les soustraire à l'action de ses créanciers. » Ces

(1) *Nantissement*, n° 17.

(2) Rogues, ch. 26.

excellentes paroles sont celles de M. Gary, organe du Tribunal (1).

111. Telles sont les raisons qui ont déterminé le législateur à exiger que le privilège ne pût être invoqué qu'autant que le créancier serait porteur d'un acte public, ou d'un acte 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 leur qualité, poids et mesure. On a voulu que la date du gage fût constante à l'égard des tiers; on a voulu que la complaisance d'un ami ne se prêtât pas à des dépôts mensongers; on a voulu que le gage eût une certitude, non-seulement quant à sa date, mais encore quant aux objets qu'il comprend et aux sommes dont il est la garantie. On a pensé que la nécessité de rédiger un acte notarié ou enregistré mettrait obstacle aux simulations, et que les mentions exigées dans cet acte seraient un obstacle pour la fraude (2).

112. Toutefois, même à l'égard des tiers, la rédaction de l'acte n'est exigée qu'en matière excédant 150 fr. Quand un intérêt est si minime, une protection exagérée tourne contre son propre but. L'ancienne jurisprudence l'avait pareillement compris. Ce n'est qu'à ceux qui prêtaient

(1) Fenet, t. 45, p. 215.

(2) *Infrà*, n° 115.

sur gages des sommes excédant 100 livres qu'il était prescrit de passer reconnaissance du prêt (1). Les petites affaires ne doivent pas être entravées par de grandes formalités; ce serait enlever aux pauvres l'usage de contrats souvent très utiles. Les formalités se paient cher; il ne faut pas les imposer facilement à ceux qui n'ont pas d'argent pour payer. Ces affaires, d'ailleurs, ont besoin de marcher avec rapidité; il y a toujours eu pour elles des exceptions dans la législation.

113. Mais, à part le cas où l'intérêt n'excède pas 450 fr., l'art. 2074 gouverne les prêts civils accompagnés de nantissement.

114. Et comme on n'a pas toujours compris la portée de cet art. 2074, comme il est trop souvent arrivé qu'on a essayé de lui donner un sens absolu, nous insistons sur l'idée de Pothier (2) et de M. Gary (3) que nous rappelions tout à l'heure et qui est fondamentale en cette matière.

Quand les choses se passent entre le créancier gagiste et le débiteur, rien ne force à sortir des termes du droit commun. Si l'affaire est civile, on s'en rapporte aux preuves admises dans l'ordre civil; si l'affaire est commerciale, on suit

(1) Danty, p. 77.

(2) *Suprà*, n° 109.

(3) N° 110.

les principes relatifs à la preuve des obligations commerciales. Les présomptions et la preuve testimoniale sont reçues pour prouver l'existence du gage. Il n'y a pas de raison pour mettre le contrat de gage dans une classe exceptionnelle et pour exiger que la preuve de son existence ressorte de manifestations particulières. Plus cette vérité a été contestée, plus elle est devenue constante dans la jurisprudence civile et commerciale. Elle est surtout consacrée par un arrêt de la Cour de cassation du 31 mai 1836 (1), qui maintient très nettement, dans la matière du gage, les principes ordinaires sur la preuve testimoniale des engagements commerciaux (2).

Mais quand le débat, au lieu d'exister entre les parties contractantes, se produit entre le créancier gagiste et un autre créancier contre lequel le premier réclame préférence et privilège, alors s'ouvre un autre ordre d'intérêts et commence une sérieuse difficulté. Le gage diminue le patrimoine du débiteur; il a pour but de retrancher de son actif saisissable par les tiers un objet qui, sans lui, leur servirait de recours; il les prive de la part contributive qui

(1) Devill., 36, 1, 853 (Dalloz, 36, 1, 378).

(2) Art. 1353 C. c., 12 et 109 C. de comm.

V. Pothier, *Nantissement*, 17.

Paris, 31 août 1836 (Dalloz, 37, 2, 7).

Bordeaux, 28 août 1840 (Deville., 41, 2, 170).

leur aurait appartenu dans le prix. Il fallait donc que le contrat de nantissement fût environné de formes rassurantes pour les tiers, afin de ne pas favoriser les gages frauduleux et les collusions.

C'est pour ce cas qu'est fait l'article 2074 du Code civil. Il a été édicté dans l'intérêt des tiers. Il n'est pas la condition de l'action pignoratice contraire du gagiste contre le débiteur; mais il est la condition *sine qua non* de l'exercice de son privilège à l'encontre des tiers.

115. Ceci entendu, nous arrivons sur-le-champ à une des plus graves questions que nous offre ce commentaire. L'art. 2074 est-il la règle des affaires commerciales comme il est la règle des affaires civiles?

Au moment où le Code civil a été promulgué, le gage commercial était gouverné, comme les affaires civiles, par les art. 8 et 9 de l'ordonnance de 1673 (1). On avait voulu venir au secours des tiers dans les cas de faillite, et prévenir les recels fréquents en pareil cas (2). Il y avait aussi un autre abus: il n'était que trop ordinaire de voir des créanciers, nantis de gages et ayant de quoi se faire payer, se montrer aux assemblées des créanciers, et partager avec eux, au sou la livre, le reste des effets du débiteur

(1) *Suprà*, n 408.

V. Savary, t. 1, p. 438, 439.

(2) Savary, *loc. cit.*

commun; en sorte que *ces individus tiraient d'un sac deux moutures* (1). Et si par ce moyen ils obtenaient d'être payés de la totalité de leur dû, ils n'avaient pas scrupule de remettre au failli le gage qui était cependant devenu la propriété du syndicat. Mais, au moyen de l'acte exigé par l'ordonnance, les faillis ne pouvaient cacher à leurs créanciers les marchandises et effets donnés en gage; de plus, il leur était plus difficile de trouver des recéleurs; car l'ordonnance supposait que quiconque, ayant dans ses mains les effets d'un négociant failli, ne présenterait pas un acte de gage, était un recéleur de plein droit; et dès lors les créanciers sérieux avaient intérêt à séparer leur cause de celle de ces complaisants.

416. Toutefois, cette ordonnance, quelque générale qu'elle fût, n'était pas appliquée à la rigueur. La pratique l'avait non-seulement tempérée, mais encore énervée et modifiée, et on tenait qu'elle ne concernait que les usuriers et les prêteurs de mauvaise foi; on prenait en considération la bonne foi du créancier et les circonstances dans lesquelles le gage avait été donné (2).

(1) *Id.*

(2) Despeisses, t. 1, p. 251, *Du gage*, sect. 2.

Lecamus, sur l'art. 181 de la cout. de Paris.

Jousse, sur les art. 8 et 9 de l'ord.

Rogues, t. 1, ch. 26, n° 1.

Duparc-Poullain, t. 7, p. 332, dit même (en s'en

417. Il y avait aussi certains cas dans lesquels la bonne foi se présumait de plein droit, tellement qu'on n'avait jamais pensé à les assujétir à l'ordonnance de 1673; car cette ordonnance n'était pas censée embrasser toutes les consignations que le mouvement commercial fait naître dans son infinie variété. Le commerce en aurait été trop gêné; on avait voulu le protéger en protégeant la bonne foi, mais non l'étouffer sous des entraves. Ainsi, lorsqu'il y avait expédition de place en place de marchandises envoyées en consignation, le privilège du créancier qui avait fait des avances pouvait résulter d'autre chose que de l'acte en forme prescrit par les art. 8 et 9 de l'ordonnance de 1673. C'est ce qu'enseigne Valin en invoquant la pratique constante du commerce, et en rappelant combien il importe de protéger, par des formes faciles et promptes, les opérations qui *produisent la circulation vive du commerce* (1).

418. Tel était donc l'état des choses quand parut le Code civil.

Ce qu'il y a de remarquable, c'est qu'après avoir fondu dans les dispositions de l'art. 2074

plaignant): « Cet article s'observe avec si peu d'exactitude qu'on pourrait en quelque sorte le regarder » comme hors d'usage. »

(1) T. 1, p. 610.

les art. 8 et 9 de l'ordonnance de 1673, il déclare dans l'art. 2084 ce qui suit :

« Les dispositions ci-dessus ne sont applicables ni aux matières de commerce, ni aux maisons de prêt sur gage, etc., etc. »

La raison de cette différence entre le droit civil et le droit commercial est prise de haut par M. Gary. Le commerce est lié à des *vues supérieures de politique et d'administration; il se régit par des règles qui lui sont propres* (1).

Le Code civil a donc entendu laisser le commerce sous l'empire des règles qui lui sont propres; il n'a pas voulu le faire fléchir sous la rigueur inexorable du droit civil.

Il suit de là que, tant que le Code de commerce n'a pas été publié, le nantissement commercial est resté régi par l'ordonnance de 1673, affaiblie par les modifications profondes que les usages du commerce avaient sanctionnées pour certains cas très nombreux et très importants. Il doit être clair pour tout le monde que le Code civil n'a pas voulu qu'une règle aussi étroite et aussi rigoureuse que celle de l'article 2074 fût absolument étendue au commerce. Il a donc laissé le gage commercial sous l'influence des usages et des adoucissements apportés par la pratique à l'ordonnance de 1673.

(1) Fenet, t. 45, p. 219.

119. Le Code de commerce est venu. On s'attendait à le voir poser des règles claires et précises sur les formalités du gage. S'il n'a pas réalisé ces espérances d'une manière assez explicite, il l'a fait d'une manière au moins suffisante dans les art. 93 et 95; et quand on s'est bien pénétré de l'esprit de ces articles, on ne peut qu'applaudir à l'éminente sagesse de leurs dispositions. Je sais que la jurisprudence a longtemps tâtonné avant de s'en approprier le sens. Les arrêts y sont si nombreux que c'est avec beaucoup de raison que MM. Delamarre ont dit que c'était à s'y perdre (1); mais, après s'y être perdu, on se retrouve, et on se retrouve, au sortir de cette étude, plus fort, plus éclairé, plus maître de son sujet.

Je formulerai tout de suite l'opinion que je me suis faite du droit commercial en matière de nantissement; opinion que je soutiens être la seule vraie, la seule en harmonie avec les textes et avec les usages et les intérêts du commerce.

120. L'art. 2074 du Code civil, déclaré inapplicable au droit commercial par l'art. 2084, est devenu, par l'art. 95 du Code de commerce, l'un des textes auxquels ce droit est assujéti. Mais l'art. 2074 ne gouverne pas le gage commercial

(1) T. 2, n° 400.

d'une manière générale et absolue, comme il régit le droit civil. Il ne le régit que dans le cas défini par l'art. 95 précité, c'est-à-dire lorsque le prêteur et l'emprunteur habitent le même lieu et que la chose placée sous leur main est susceptible d'un déplacement simulé ou frauduleux; et encore y a-t-il quelques exceptions à cette règle. Dans tous les autres cas, le gage commercial échappe à l'influence de l'article 2074 du Code civil. Il se prouve, comme tous les autres contrats commerciaux, par les moyens indiqués par les art. 12 et 109 du Code de commerce (1).

Et comment l'art. 2074 pourrait-il dépasser le cercle que l'art. 95 a tracé autour de lui? Déclaré étranger aux matières commerciales par l'art. 2084 du Code civil, il n'a eu accès dans ce domaine que par l'art. 95 du Code de commerce. Mais cette adoption de l'art. 2074 par le Code de commerce n'a pas été sans condition. L'art. 95 lui a assigné un rôle restreint; il ne saurait sans usurpation en jouer un plus étendu. Remarquons-le bien! l'art. 2074 n'est pas, par lui-même, un de ces textes qui sont l'expression d'un droit commun et servent de guide au juge partout où une loi spéciale n'y a pas dérogé. L'art. 2074 n'est rien, par sa propre vertu, pour le droit

(1) *Infrà*, n° 177.

commercial; l'art. 2084 du Code civil l'a mis hors de cause. Il n'a été introduit dans ce droit que sous bénéfice d'inventaire; il n'y a obtenu qu'une force d'emprunt, grâce à l'art. 95 du Code de commerce. Il n'a pas un horizon plus vaste que celui que cet art. 95 lui a fait.

121. Voilà pourquoi il serait bien oiseux de mettre ici à l'ordre du jour la question de savoir si le Code civil est, pour le commerce, une loi fondamentale à laquelle il faut toujours revenir quand le droit commercial n'a pas de disposition contraire. J'ai discuté ailleurs cette question avec les savants auteurs du *Traité du contrat de commission* (1), et je persiste plus que jamais, quoi qu'ils en disent (2), dans l'opinion que le Code de commerce n'est qu'une grande exception au Code civil, et que c'est au Code civil qu'il faut en revenir comme à la base du droit, toutes les fois que le commerce ne trouve pas dans son Code ou dans ses usages des règles spéciales. Cette thèse a été fortifiée par M. Alauzet d'une manière si remarquable, que je la crois désormais hors de toute controverse (3). Mais elle n'est ici d'aucune utilité, et l'on ne saurait l'introduire dans ce débat sans embrouiller de plus en plus une

(1) *Revue de législation*, t. 16, p. 47.

(2) *V. leur t. 3*, n° 13 à 17.

(3) *V. Revue de légis.*, t. 21, p. 323 et suiv.

question déjà fort difficile par elle-même. Et pourquoi faut-il la rejeter comme un hors-d'œuvre déplacé? Parce que l'art. 2084 du Code civil a expressément déclaré que si l'art. 2074 du Code civil est le droit commun des gages civils, il n'est pas la règle des gages commerciaux; parce que le droit commercial a été maintenu dans ses privilèges exceptionnels; parce que l'article 2074, plus tard accepté en partie par l'art. 95 du Code de commerce, n'a de valeur, de force, d'étendue, que celles que l'art. 95 lui a communiquées.

122. En sorte que voici la position: voulez-vous sortir de l'art. 95 du Code de commerce et vous élever à d'autres cas? En vertu de quoi pourriez-vous les assujétir à l'art. 2074 du Code civil? Serait-ce au nom du droit commun? Mais l'art. 2084 est toujours là avec son mur de séparation entre l'art. 2074 et le droit commercial. Sans doute l'art. 95 du Code de commerce a fait une brèche à l'art. 2084; il a pris l'art. 2074 par la main et lui a fait une place dans le droit commercial. Mais que cette place lui suffise; qu'il n'oublie pas les conditions de sa naturalisation, et la qualité d'étranger qui lui a été laissée pour le surplus.

Si donc il arrive que le gage soit contracté hors des termes de l'art. 95 du Code de commerce, l'art. 2074 reste frappé d'impuissance par l'art. 2084; il n'atteint pas une telle convention. Le droit commercial se suffit à lui-même.

Il a ses règles sur la preuve des obligations; il a ses usages consacrés. Ce sont eux qui décident à quelles conditions existe la validité de ce nantissement.

123. Quoique la vérité de cette thèse ressorte avec évidence de la combinaison des art. 2074, 2084 du Code civil, 93 et 95 du Code de commerce, elle acquiert un bien plus haut degré de force par la loi du 8 septembre 1830 à laquelle n'ont pas fait assez d'attention ceux qui jusqu'à ce jour ont discuté notre question. Ce monument législatif est topique et péremptoire; il interprète le Code; il donne son véritable esprit; il faudrait être bien obstiné pour ne pas s'y rendre (1).

Cette loi, qui réduit à un droit fixe de deux francs le droit d'enregistrement des actes de prêts sur consignation, porte ce qui suit dans son article unique (2):

« Les actes de prêts sur dépôts ou consignations de marchandises, fonds publics français, et actions des compagnies d'industrie ou de finance, dans les cas prévus par l'art. 95 du Code de commerce, seront admis à l'enregistrement moyennant un droit fixe de deux francs. »

Auparavant, les actes de prêts sur consigna-

(1) *Infrà*, n° 179.

(2) V. là-dessus MM. Championnière et Rigaud, t. 4, n° 3773.

tions étaient frappés du droit de un pour cent (1). Le commerce éprouvait de la gêne par suite de cette fiscalité; il fallait venir à son secours, surtout dans un moment où une crise commerciale rendait les prêts fort difficiles. Eh bien! que fait le législateur? Suppose-t-il que tous les contrats de gage quelconques, passés entre commerçants, doivent être rédigés en acte? Son point de départ est-il que, dans le droit commercial comme dans le droit civil, tout nantissement doit être rédigé par écrit dans la forme de l'art. 2074 du Code civil? Non sans doute. Il suppose, au contraire, que ce n'est que dans les cas indiqués par l'art. 95 du Code de commerce que l'acte de prêt sur dépôt et consignation est de rigueur; et c'est par cette raison décisive qu'il ne réduit le tarif que pour l'acte rédigé conformément à l'art. 95 du Code de commerce; car il sait bien que, dans tous les autres cas, le prêt sur consignation n'est pas rédigé en acte, qu'il s'établit par la correspondance, et qu'il n'y a pas de droit à percevoir.

Ceci posé, je dis qu'il y a là une interprétation législative dont la valeur ne saurait être méconnue. Le sens de cette loi est que l'acte de prêt sur gage tarifé par l'enregistrement n'est requis que dans le cas prévu par l'art. 95 du Code de commerce; si dans d'autres cas com-

(1) Art. 69, § 1, n° 3, de la loi du 22 frimaire an VII.

merciaux, étrangers à l'art. 95 du Code de commerce, il avait fallu un acte de prêt sur gage, la loi du 8 septembre 1830 n'aurait pas manqué d'en parler nommément, pour que la mesure fût générale et le bénéfice égal pour tous. Mais non! ni dans le droit, ni dans la pratique, les prêts sur consignation, étrangers à l'art. 95 du Code de commerce, n'ont besoin de l'acte prescrit par l'art. 2074. Il n'est donc pas nécessaire de s'en occuper, et voilà pourquoi la loi ne s'en occupe pas! Voilà pourquoi elle ne s'inquiète que des cas prévus par l'art. 95. Eux seuls, en effet, rendent indispensable l'emploi des formalités de l'art. 2074 du Code civil; eux seuls donnent lieu à des enregistrements. Eux seuls, par conséquent, ont dû se présenter à la pensée du législateur.

124. Sans doute, s'il arrivait que, par excès de précaution, des négociants placés en dehors de l'art. 95 du Code de commerce voulussent passer acte d'un prêt sur consignation, on ne refuserait pas à cet acte le bénéfice de la loi du 8 septembre 1830. Mais ceci n'est pas un argument contre les inductions que nous tirons de cette loi. La question n'est pas de savoir si la loi de 1830 doit être étendue des cas obligatoires aux cas qui ne le sont pas. La difficulté est tout autre. Elle consiste à expliquer pourquoi la loi de 1830, faite en grande connaissance de cause et sur les instances réitérées de la chambre de commerce de Paris, a gardé le silence sur les

consignations non prévues par l'art. 95 du Code de commerce. Eh bien! je prétends que ce silence a été réfléchi; je prétends que l'on n'a parlé de l'art. 95 du Code de commerce que parce que le législateur, écho des usages commerciaux et souverain interprète des textes, a su qu'en dehors de l'art. 95 du Code de commerce, il n'y avait pas d'acte à passer nécessairement et de tarif à réduire.

125. Tout l'établit donc victorieusement : l'article 2074 n'a qu'une part restreinte et limitée dans le gouvernement des consignations commerciales. Il ne s'applique qu'au cas prévu par l'art. 95 du Code de commerce, sans lequel il serait à jamais resté étranger au commerce.

126. C'est cependant une maxime vulgairement répandue dans nos livres que les règles tracées par l'article 2074 du Code civil pour la validité du nantissement sont applicables aux matières de commerce (1). Mais rien ne serait plus faux que cette proposition si on voulait lui

(1) M. Duranton, t. 48, n° 523.

M. Pardessus, n° 4203.

M. Zachariæ, t. 3, p. 469, note (3).

Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, n° 170 et 178.

M. Dalloz, *Nantissement*, p. 398.

M. Devilleneuve, note sur un arrêt de Douai (39, 2, 67).

M. Esnault, des *Faillites*, t. 2, n° 520.

donner un sens absolu; elle n'est vraie qu'à la condition de restrictions et de réserves qui lui ôtent tout caractère de généralité.

Le point de départ de cette proposition est un arrêt de la Cour de cassation du 5 juillet 1820; il faut en bien connaître l'espèce. J'en puise les détails dans les minutes du greffe de la Cour de cassation.

127. François Pascal, négociant à Lodève, étant débiteur d'un billet de 2801 fr., avait remis à Fournier, aussi négociant à Lodève, son créancier, vingt-quatre pièces de drap blanc pour lui servir de gage. Cette consignation, ainsi que l'opération dont elle était la conséquence, était prouvée par les livres de commerce et la correspondance. Mais le gage n'avait pas été contracté suivant les formalités prescrites par l'art. 2074 du Code civil. Pascal fit faillite, et ses syndics réclamèrent la restitution des vingt-quatre pièces de drap; ils l'obtinrent du tribunal de commerce de Lodève. Sur l'appel, la Cour royale de Montpellier décida que le nantissement prouvé par les livres et la correspondance n'avait pas besoin de la preuve solennelle exigée par l'article 2074; que le gage commercial est formellement dispensé, par l'art. 2084 du Code civil, des solennités exigées par l'article 2074; que les contrats commerciaux se prouvent par les voies indiquées par l'article 109 du Code de commerce; qu'il n'y a pas d'exception à cet égard pour le gage; qu'à la vérité l'article 95, dans le cas précis qu'il a en

vue, renvoie à l'article 2074 du Code civil, et exige l'accomplissement de ses formalités; mais que cet article 95 est spécial pour le commissionnaire; qu'il laisse tous les autres créanciers gagistes sous l'empire du droit commun commercial (1).

Les syndics se pourvoient en cassation. — Voici l'arrêt de cassation qui fait triompher leur pourvoi; il faut en peser les expressions :

« Considérant qu'aux termes des articles 2073 et 2074 du Code civil, le privilège résultant du nantissement n'a lieu qu'autant qu'il a été fait par acte public ou sous seing privé dûment enregistré; que cette disposition du Code civil, conforme à ce qui était prescrit dans l'ancienne législation commerciale par l'article 8, titre 6, de l'ordonnance de 1673, est maintenant applicable à tous les nantissements sans distinction, comme toutes les lois composant le Code civil le sont dans tous les cas où il n'y a pas été dérogré par une loi spéciale;

» Que la preuve que cette disposition du Code civil est maintenant applicable aux nantissements en matière commerciale résulte encore, soit de ce que l'exception qui dans l'article 2084

(1) Ce dernier considérant est très mauvais. L'art. 95 du C. de c. n'est pas limitatif, et ce qui le prouve c'est la loi du 8 septembre 1839 citée au n° 123.

V. *infra*, n° 117.

» avait été faite aux articles 2073 et 2074, relativement aux lois particulières au commerce dont il ordonnait l'exécution, est devenue sans objet par l'abrogation que l'article 2 de la loi du 15 septembre 1807 a prononcée des lois anciennes du commerce; soit de ce que le Code de commerce, qui a remplacé ces lois anciennes et qui a été promulgué postérieurement au Code civil, ne contient ni exception ni dérogation aux articles 2073 et 2074 dudit Code; soit enfin de ce que, après avoir statué par l'article 535 du Code de commerce que les seuls créanciers véritablement nantis auront le privilège, le législateur a déclaré, dans l'article 95 du même Code, que les commissionnaires résidant dans le même lieu que leur commettant n'auraient privilège sur les marchandises déposées et consignées, qu'en se conformant aux dispositions prescrites par le Code civil pour les prêts sur gage ou nantissement;

» Que de là il suit qu'en accordant au sieur René Fournier le privilège d'être payé avant les autres sur le prix des vingt-quatre pièces de drap qui lui avaient été remises en nantissement par François Pascal, quoique n'y ayant pas eu d'acte public ou sous seing privé de ce nantissement, et qu'ainsi Fournier ne fût pas valablement nanti, la Cour royale a fait une fausse application tant de l'article 2084 du Code civil que de l'article 409 du Code de commerce, sur lesquels elle a motivé sa décision, et expressé-

» ment violé les articles 2073, 2074 du Code civil
» et l'article 535 du Code de commerce ;

» Par ces motifs, casse, etc., etc. »

Cet arrêt a joué un grand rôle dans la matière qui nous occupe. A côté d'arguments qui attestent une rédaction inexpérimentée, il contient des idées vraies ; il était digne de faire sensation par la gravité et le développement de ses motifs. Mais il ne faut pas lui donner une portée exagérée ; nous devons donc nous y arrêter quelques instants pour le bien étudier.

128. Un point de fait important, décisif, est laissé dans l'ombre dans les notices des arrestographes. Le déposant et le dépositaire habitaient-ils la même ville ? Cette circonstance est capitale, et cependant les recueils d'arrêts ne s'en sont pas inquiétés !! Il est certain pourtant qu'elle se réalisait dans les faits de la cause, et son existence, soupçonnée par MM. Delamarre et Lepoitevin(1), m'a été démontrée par la lecture des qualités, que j'ai prise sur la minute. Pourquoi d'ailleurs l'arrêt de cassation aurait-il cité l'article 95 du Code de commerce ? On sait que cet article subordonne la nécessité des formes prescrites par l'art. 2074 du Code civil au cas où le commettant et le commissionnaire habitent la même ville. L'article 95 aurait donc été rappelé à faux par la Cour de cassation si le prêteur et l'em-

(1) T. 2, n° 399.

prunteur eussent habité des places différentes. Il est si vrai que le prêteur et l'emprunteur habitaient la même place, la ville de Lodève, il est si vrai que cette condition de l'article 95 était concédée comme incontestée, que la Cour de Montpellier n'a éludé l'application de cet article, dont elle sentait tout l'embarras, qu'en le déclarant exclusivement applicable au commissionnaire et non aux autres négociants qui font des prêts sur consignation.

Si donc on prend pour point de départ que le prêteur et l'emprunteur étaient, en fait, sur la même place, je n'ai que la plus complète approbation à donner, au fond, à l'arrêt du 5 juillet 1820. Oui, il est certain qu'en pareil cas le contrat de gage commercial n'est valable qu'autant que les parties se conforment à l'article 2074 du Code civil. Alors tombent les preuves habituelles du droit commercial. Alors deviennent inutiles les livres, la correspondance, les présomptions qui ordinairement ont tant de puissance dans le droit commercial. L'article 95 du Code de commerce ne s'en contente plus ; il fait exception au droit commun et aux usages commerciaux ; il veut que le fait commercial soit gouverné par l'article 2074 du Code civil.

129. Nous sommes donc les premiers à nous ranger sous la bannière de l'arrêt du 5 juillet 1820, en tant qu'il ne concerne que le cas où le prêteur et l'emprunteur habitent la même place. Nous condamnons les arrêts qui ont jugé le con

traire (1). Ces arrêts ont commis la plus grande de toutes les erreurs lorsqu'ils ont pensé que l'art. 95 devait être renfermé dans le cas unique d'un contrat de commission. L'art. 95 n'est que démonstratif; il n'est pas limitatif. Il est applicable, indépendamment de la qualité des personnes, à tous les cas analogues, à tous les nantissements donnés sans expédition à un créancier qui habite une place, par un débiteur qui habite cette même place. La loi du 8 septembre 1830 est décisive à cet égard; elle interprète souverainement l'art. 95, et fixe son véritable sens (2).

130. Mais, en approuvant au fond l'arrêt du 5 juillet 1820, je ne puis m'empêcher de dire que la rédaction n'en est pas tout-à-fait satisfaisante. Il se sert d'expressions trop générales et ayant trop de portée. Il introduit l'art. 2074 dans le droit commercial par une voie trop large; au lieu de se contenter de la porte ouverte par l'art. 95 du Code de commerce, il fait un effort déplacé pour faire entrer l'art. 2074 par toutes les issues et à titre de droit commun. C'est là une tentative reprochable; l'idée n'en est pas juste. Il faudra bientôt en rabattre et tenir un langage plus réservé. Non! il n'est pas vrai que l'art. 2074 soit

(1) V. mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, n° 178.

(2) *Suprà*, n° 123.

le droit commun en matière commerciale! Il n'est pas vrai qu'il aille au delà de l'art. 95 du Code de commerce. L'art. 2084 fixe son caractère. Il n'est pas permis de s'en écarter.

131. Les arrêts qui ont suivi le mémorable arrêt de 1820 et confirmé sa jurisprudence sont également rendus dans des cas où il n'y avait ni expédition de la marchandise engagée, ni diversité de domicile des parties (1). Il ne leur manque qu'une chose pour être dignes de l'approbation du jurisconsulte, c'est de bons motifs. Quoi de plus bizarre, par exemple, que cette argumentation d'un jugement du tribunal de commerce d'Arras, confirmé par arrêt de la Cour royale de Douai: « Attendu que les » lois et règlements auxquels se réfère l'art. 2084 » du Code civil ont été abrogés par la loi promulgative du Code de commerce; que, par suite, » l'art. 2074 dudit Code est devenu le droit » commun pour le nantissement tant en matière » commerciale qu'en matière civile (2). » J'en demande bien pardon aux auteurs de ce jugement; de ce que les lois commerciales aux-

(1) Voyez un arrêt de Douai du 18 avril 1837 (Devill., 39, 2, 67).

Douai, 10 février 1843 (Devill., 43, 2, 198).

Paris, 3 juin 1844 (Devill., 45, 2, 111; Dal., 44, 2, 188).

(2) 10 février 1843 précité.

quelles se réfère l'art. 2084 ont été abrogées par le Code de commerce, il ne s'ensuit pas que ce même Code n'ait pas tracé des règles spéciales pour le gage commercial. Et, en effet, comment la Cour de Douai peut-elle oublier les art. 93 et 95 du Code de commerce? Je sais, du reste, que ce considérant est une reproduction de l'argument contenu dans l'arrêt de la Cour de cassation du 5 juillet 1820. Mais, en quelque lieu qu'il soit, cet argument est vicieux et inconsidéré. On ne saurait le laisser passer sans critique. Comment! parce que les lois commerciales auxquelles l'art. 2084 a fait allusion ont été abrogées par la loi du 15 septembre 1807, on ira conclure que l'art. 2074 les remplacera de plein droit, lui, déclaré inapplicable aux matières de commerce par ce même art. 2084! Mais est-ce donc que le droit commercial est sans règle sur la preuve des obligations? Est-ce que c'est une terre vierge où tout est à créer? Est-ce que le Code de commerce n'a pas à cet égard sa théorie complète, et tous les jours pratiquée?

132. La Cour de cassation est revenue sur cette question dans un arrêt plus récent, et voici la pensée qui paraît en ressortir :

Toutes les fois que le prêt sur gage est fait dans des conditions analogues à celles des art. 93 et 95 du Code de commerce, il faut appliquer le droit dont ces articles sont l'expression. Peu importe que le créancier gagiste soit un prêteur ou un commissionnaire : les art. 93 et 95 du

Code de commerce seront appliqués; ils ne sont pas limitatifs quant à la qualité des personnes. Ce n'est pas de la qualité des personnes que dépend la validité du gage; elle dépend des circonstances dans lesquelles le prêt est fait (1).

Or, que faut-il surtout, d'après l'art. 93, pour que le privilège existe? Il faut une expédition de place en place, une tradition de la chose, des avances faites sur cette chose depuis l'expédition. Alors le droit du gagiste n'a pas besoin d'être prouvé par les formalités exigées par l'art. 2074 du Code civil; les preuves commerciales suffisent. Les considérants de l'arrêt du 5 juillet 1820 doivent ici fléchir.

Ainsi, un banquier de Paris reçoit un connaissance à son ordre d'un négociant de Lyon qui lui envoie des soieries et lui demande une avance de 20,000 fr. Peu importe que ce banquier ne soit pas commissionnaire; peu importe qu'il ne soit que banquier. Pourquoi ferait-on une différence entre lui et le commissionnaire?

Mais toutes les fois que le privilège sera refusé au commissionnaire parce que ce dernier ne se trouvera pas dans les conditions de l'art. 93 du Code de commerce, il sera également refusé au prêteur, et l'un et l'autre, privés de l'art. 93, ne pourront se présenter comme gagistes

(1) Cassat., 8 avril 1845 (Devill., 45, 1, 502 et 504).

qu'autant qu'ils suppléeront au défaut du bénéfice de l'art. 93 par un acte en forme.

Par exemple, une condition essentielle pour que le commissionnaire soit privilégié, c'est qu'il ait fait des avances sur la marchandise. S'il est créancier pour causes antérieures à la consignation, la consignation postérieure ne lui donne pas de privilège; car l'art. 93 n'est pas fait pour ce cas. Il ne concerne que les avances faites après l'envoi de la marchandise, en vue de cette marchandise, en contemplation de la garantie qu'elle procure. Sans doute, il n'est pas défendu au commissionnaire qui a fait des avances antérieures à la consignation de stipuler après coup qu'un gage lui sera donné. Mais ce gage ne sera pas celui dont s'occupe l'art. 93 du Code de commerce; ce sera un nantissement ordinaire; il rentrera sous l'empire du droit commun et de l'art. 2074 du Code civil. L'art. 93 ne vient pas au secours d'une telle situation; c'est un rapport tout autre qu'il a en vue.

Voilà, si je ne me trompe, la théorie qui se trouve dans un arrêt de la Cour de cassation du 18 mars 1845, émané de la chambre civile.

Mais, pour mieux apprécier l'esprit de cette décision, rapportons-en les faits. Dans toute cette matière, la connaissance exacte des faits est de la plus haute importance.

133. Levasseur, laveur de laines à Essonne, était en rapport d'affaires avec la maison Pâris, de Paris, qui faisait la commission pour les lai-

nes. Le 31 septembre 1838, la maison Pâris vend à Levasseur 146 balles de laine d'Espagne moyennant 23,640 fr. et payables le 31 août 1839.

Levasseur ayant reçu ces laines en fit opérer le lavage; il les envoya ensuite en consignation à la maison Pâris pour que celle-ci en fit la revente et se payât de ses avances.

La revente n'était pas encore opérée lorsque Levasseur fit faillite. La maison Pâris réclama soit le privilège du gagiste, soit le privilège du commissionnaire. Jugement du tribunal de commerce et arrêt de la Cour royale de Paris du 26 mai 1841 qui accueillent cette prétention.

Sur le pourvoi en cassation, on disait :

La maison Pâris se prétend privilégiée comme gagiste. Mais, d'après les art. 2073 et 2074 du C. civil, le gagiste n'est privilégié, à l'égard des tiers, que lorsque l'acte de nantissement a été fait entre les parties suivant certaines formes spécialement requises. La maison Pâris ne présente pas d'actes de cette nature. Peu importe les conventions dont elle se prévaut; ces conventions sont de nul effet à l'égard des tiers, si elles ne se produisent pas dans la forme voulue.

La maison Pâris est-elle commissionnaire privilégiée? Pas davantage. La maison Pâris n'a fait aucune avance depuis que les laines ont été lavées et consignées dans ses mains. Aussi ne se prétend-elle pas créancière pour avances. Elle se présente comme créancière du prix de

vente de ces laines, et sa créance est antérieure à la consignation.

Ce système triompha devant la Cour de cassation, et, par arrêt du 18 mars 1845, l'arrêt de la Cour royale de Paris a été cassé (1). La Cour de cassation se fonde sur ce que le Code de commerce ne donne privilège au commissionnaire que pour les avances qu'il a faites sur la marchandise postérieurement à la réception de la marchandise, ou du connaissement, ou de la lettre de voiture. Or, ici, ce n'est pas pour avances ou prêts faits depuis la consignation des laines que le privilège a été accordé; il l'a été pour un prix de vente réglé bien antérieurement. Ce n'est pas à de tels faits que l'art. 93 attache le privilège du commissionnaire. Dans les circonstances où les parties étaient placées, la maison Paris ne pouvait réclamer le privilège du vendeur; elle n'était pas dans le cas de l'article 550 de la nouvelle loi sur les faillites. Si elle avait voulu se créer un privilège comme gagiste, il aurait fallu un acte formel, conformément aux art. 2073 et 2074 du Code civil.

Ainsi, d'après cet arrêt, il y a une grande différence entre le cas où, bien qu'il y ait expédition de place en place, le gage est fourni avant l'argent, et celui où l'argent est fourni avant le gage.

(1) Devill., 45, 1, 258 (Dal., 45, 1, 245).

134. Pour le dire en passant : sur quelle raison est fondée cette différence? J'aurais besoin qu'on me l'apprit. Car je ne comprends pas pourquoi la volonté des parties, qui peut s'exprimer de telle manière quand il s'agit d'une somme à prêter sur telle chose expédiée, ne pourrait pas s'exprimer de la même manière quand il s'agit d'affecter une chose qu'on expédie à une somme déjà prêtée. Qu'importe que l'argent soit donné en contemplation de la chose, ou que la chose soit donnée en contemplation de l'argent? N'y a-t-il pas toujours entre la chose et l'argent un lien intime et inséparable? Et s'il y a eu (ce que nous supposons) expédition de la marchandise, l'intérêt public, qui favorise surtout le privilège des prêteurs et commerçants à cause des expéditions, n'est-il pas satisfait (1)? Mais nous reviendrons plus tard sur cette partie de l'arrêt du 18 mars 1845. Le moment n'est pas encore venu d'en approfondir les côtés faibles. Ce que nous voulons relever ici, c'est cette doctrine de l'arrêt. Tout gagiste qui n'est pas dans les conditions de l'art. 93, bien qu'il ne soit pas nécessairement dans les conditions de l'art. 95, tombe sous l'empire de l'art. 2074 du Code civil. Il n'a droit à un privilège qu'autant qu'il est porteur d'un acte en forme (2).

(1) *Infrà*, n° 249.

(2) *V. infrà*, n° 240.

135. Mais quoi! est-ce là le dernier mot de la jurisprudence? Est-il donc désormais incontestable que l'art. 2074 a une place plus grande que celle que l'art. 95 lui a faite? Y a-t-il, entre les art. 93 et 95, une position dont l'art. 2074 soit le maître, au mépris de l'art. 2084 du Code civil?

Pour rassurer les esprits qu'un tel système pourrait justement effrayer, citons les considérants d'un arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation du 8 avril 1845, portant cassation d'un arrêt de Poitiers (1) :

« Attendu que des dispositions de l'art. 2084
 » du Code civil, rapprochées de celles de l'art. 95
 » du Code de commerce, il résulte que les règles
 » du droit civil, relatives au nantissement, NE
 » SONT APPLICABLES EN matière de commerce QUE
 » dans le cas prévu par le dernier de ces articles,
 » c'est-à-dire AU SEUL CAS d'une consignation et
 » d'un dépôt fait par un individu résidant dans
 » le lieu du domicile du commissionnaire. »

Qu'en pensez-vous? Si les règles du droit civil ne sont applicables qu'au seul cas de l'art. 95, il ne faut donc pas dire qu'il suffit que le cas à juger ne soit pas prévu par l'art. 93 du Code civil pour que les règles du droit civil lui soient applicables; elles ne seront dominantes qu'autant qu'il y aura cette double circonstance, savoir,

(1) Devill., 45, 1, 593.

que le cas n'est pas celui de l'art. 93 et qu'il est précisément celui de l'art. 95; car si, sans être celui de l'art. 93, il n'est pas celui de l'art. 95, les règles du droit civil ne seront pas applicables (1).

Eh bien! cette doctrine, elle est la vraie; elle seule repose sur la saine intelligence des textes; elle seule est conforme à la loi du 8 septembre 1830, tout-à-fait oubliée par l'arrêt du 18 mars 1845. L'arrêt du 8 avril est le dernier: il est aussi le meilleur.

136. Et maintenant j'ai besoin de faire une réflexion pour prouver que le sens donné à la loi commerciale par la loi du 8 septembre 1830 n'est pas quelque chose d'inconnu avant elle et de hasardé. Qu'il me suffise de citer un arrêt de la Cour royale de Metz du 5 février 1820 (2):
 « Attendu, dit très bien cette Cour, que les formalités prescrites par l'art. 2074 du Code civil
 » pour la validité du nantissement ne sont point
 » applicables aux matières de commerce, sauf le
 » cas prévu par l'art. 95 du Code civil qui est sans
 » application à l'espèce. »

Telle a toujours été la pensée des commer-

(1) Arrêt de Paris du 3 juin 1844 qui semble aussi n'exiger les règles du droit civil que quand les deux négociants résident sur la même place (Devill., 45, 2, 411), et jugement du tribunal de commerce de Toulouse du 3 avril 1835 (Dal., 35, 2, 431).

(2) Devill., 6, 2, 201.

çants; tels ont été l'usage du négoce et la jurisprudence prédominante dans les tribunaux consulaires.

Et c'est ce dont la Cour royale de Nancy s'est montrée fort bien instruite lorsqu'elle a décidé, dans un arrêt du 14 septembre 1838, qu'il résulte de la combinaison des art. 2084 et 95 du Code de commerce que les règles du droit civil relatives au nantissement ne sont applicables aux matières de commerce que dans le cas spécial prévu par le dernier de ces articles (1).

Je crois, au surplus, qu'à l'heure qu'il est, cette opinion est celle qui a le plus de faveur et de crédit. Quiconque voudra combiner les articles 2084 et 95 avec la loi du 8 septembre 1830 sera fermement convaincu qu'elle est la seule juridique (2).

137. Si, après cet exposé de la jurisprudence, il m'était permis de revenir sur l'arrêt du 18 mars 1845, j'avouerais que je serais curieux de savoir par quel argument ayant quelque valeur l'art. 2074 du Civil pourrait saisir les cas non spécifiés par l'art. 93 du Code de commerce, mais étrangers à l'art. 95. L'art. 93 est-il limitatif? Procède-t-il d'une manière restrictive?

(1) 14 décembre 1838 (Dall., 39, 2, 2; Devill., 39, 2, 239).

(2) V. une dissertation de M. Harel dans la *Revue étrangère* de M. Félix, 1845, p. 277.

M. M. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 399.

N'est-il pas seulement énonciatif? Il suffit de le lire pour savoir à quoi s'en tenir à cet égard, et il a été cent fois jugé, comme nous le verrons bientôt, qu'il n'est qu'indicatif. Ceci posé, pourquoi donc appliquerait-on aux cas qu'il n'énonce pas expressément l'art. 2074 du Code civil, lorsque l'art. 2084 déclare que cet article n'est pas applicable aux matières de commerce, et lorsque aussi on est forcé de reconnaître que l'art. 95, modifiant en partie cette déclaration de l'article 2084, n'adopte l'art. 2074 que pour des cas spéciaux, définis, et différents de ceux auxquels nous faisons allusion? Laissons donc le droit commercial à lui-même; toutes les fois qu'il a ses règles propres, son droit commun, n'allons pas lui imposer les règles gênantes du droit civil. Autrefois il y avait beaucoup de liberté dans le gage commercial. L'ordonnance de 1673, malgré ses sévères prescriptions, n'atteignait pas les prêteurs de bonne foi, et la pratique avait senti que la promptitude du commerce est entravée par des formalités minutieuses (1). Où donc a-t-on vu que la loi moderne ait voulu enlever au contrat de gage commercial cette liberté nécessaire? Est-ce dans le Code civil? Non! il proteste contre l'envahissement des formes de l'art. 2074 dans le domaine du droit commercial! Est-ce dans le Code de commerce? Pas davantage! Il

(1) *Suprà*, n° 116 et 117.

n'assujétit le gage commercial à l'art. 2074 que dans le cas de l'art. 95. De quel droit donc vient-on garrotter le commerce dans des pratiques formalistes et contraires à ses intérêts? Au nom de quelle loi vient-on le priver d'une liberté acquise et dont il est en possession?

D'ailleurs, je ne saurais trop le répéter, la législation du 8 septembre 1830 a donné l'interprétation de la loi, et je m'étonne que l'on ne tienne pas plus de compte de l'autorité souveraine qui s'attache à sa décision.

138. A présent que nous avons fait connaître l'état de la jurisprudence et que nous avons montré dans quel cas l'art. 2074 est, d'après notre opinion, la règle du gage commercial, nous devons aborder les détails d'application au milieu desquels il est absolument nécessaire de voir la loi fonctionner. Ces détails fortifieront, au surplus, notre manière d'interpréter le Code de commerce; ils aplaniront aussi beaucoup de difficultés, qui, aperçues de loin, semblent très compliquées, et qui, serrées de près, perdent de leur gravité.

Nous prendrons d'abord l'art. 95 du Code de commerce. Avant de voir dans quels cas l'art. 2074 est inutile au commerce, il faut voir ceux dans lesquels l'intérêt commercial en réclame l'application.

139. L'art. 95 du Code de commerce s'est placé à peu près au point de vue des art. 8 et 9 de l'ordonnance de 1673. Mais il veut être obéi

avec plus de docilité. Il repousse les ménagements de l'ancienne jurisprudence; toutes les fois que les conditions qu'il pose se vérifient, il n'admet pas de tempéraments arbitraires.

Il suppose donc que le prêteur et l'emprunteur sont dans le même lieu; il suppose en outre que la marchandise donnée en gage n'est pas en cours d'expédition; car ce cas est prévu par l'art. 93 et conduit à d'autres conséquences. Dans l'hypothèse de l'art. 95, les parties habitent la même place, ayant la marchandise sous leur main, pouvant la déplacer, la faire disparaître, en dérober la connaissance aux tiers, en faire un objet de fraude ou de simulation. Alors le prêt sur gage n'engendre de privilège sur la chose livrée, qu'autant que le prêteur s'est conformé aux dispositions de l'art. 2074 du Code civil. Quand même le gage serait prouvé par la correspondance, par les factures, par les autres moyens qui ont tant de faveur en droit commercial, le juge ne devrait pas s'y arrêter. La loi exige impérativement l'acte voulu par l'art. 2070 du Code civil (1). La raison en est, ainsi que nous le disions au n° 115, que les consignations faites d'emprunteur à prêteur résidants dans la même place donneraient lieu à de graves abus si les tiers n'étaient pas protégés par de sages précautions.

(1) Cassat., 5 juillet 1820 (Devill., 6, 1, 270).

Donai, 18 avril 1837 (Devill., 37, 2, 68).

Rien ne serait plus facile que de faire évanouir l'actif d'un négociant aux abois qui voudrait favoriser certains créanciers aux dépens des autres, ou bien qui s'entendrait avec des tiers complaisants pour dissimuler et soustraire le gage de la masse. La simplicité des formes commerciales, si précieuse ordinairement pour la prompte solution des affaires, doit faire place à plus de complication quand les fraudes sont à craindre. Or, il ne faut pas que le contrat de gage dégénère en un détour captieux destiné à frustrer les tiers. La loi commerciale s'est donc préoccupée avec raison de la nécessité de venir au secours des autres créanciers. Et lorsque le débiteur et le créancier habitent la même place, elle a vu des dangers probables, des facilités dolosives; elle s'est armée des formalités du droit civil; elles les a imposées aux parties comme condition du privilège du gagiste.

140. En vain le créancier invoquerait-il sa bonne foi. La loi n'admet pas de bonne foi de la part de ceux qui lui désobéissent. Le créancier, en ne se conformant pas à la disposition de la loi, est censé avoir voulu se ménager des moyens secrets de colluder avec le débiteur pour porter préjudice aux tiers, se réserver la facilité de substituer une chose plus précieuse à celle qui l'est beaucoup moins, etc., etc. Les tiers ont besoin d'être protégés dans le désastre du débiteur. Rien n'excuse celui qui se met en hostilité avec les intérêts de la masse.

141. D'ailleurs, le législateur a tout fait pour faciliter l'accomplissement de ses prescriptions; la loi du 8 septembre 1830 a réduit à peu de chose le droit fiscal sur l'acte. Il n'y a pas de prétexte plausible pour ne pas s'y conformer (1).

142. Nous avons dit que l'art. 95 du Code de commerce suppose que les parties ont le même domicile et que la consignation ne vient pas du dehors.

A ce propos, nous ferons remarquer que les cours ont un pouvoir souverain pour décider, d'après les faits, si la commune où réside le commissionnaire et le créancier est ou non une place distincte de celle d'où les marchandises lui ont été expédiées (2).

La Villette est considérée comme place de commerce distincte de la place de Paris (3). Il y a municipalité différente, octroi différent, délimitation physique.

(1) La loi de 1830 ne concerne pas les matières civiles.
MM. Championnière et Rigaud.

V. leur Table, v° *Prêt* sur consignation.

(2) Cassat., 6 mars 1833 (Devill., 33, 1, 182.)

Voyez surtout M. Dalloz, 33, 1, 131.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 403.

(3) Paris, 22 avril 1826 (Devill., 8, 2, 224).

1^{er} mars 1832 (Dal., 32, 2, 105).

Cassat., 6 mars 1833 (Devill., 33, 1, 182; Dalloz, 33, 1, 131).

143. Si l'une des parties était représentée sur les lieux par un mandataire, il faudrait voir si, d'après les faits, ce mandataire est un vrai préposé, c'est-à-dire un représentant ayant une gestion continue, qui, l'attachant à la place, y fixe par cela même son mandant. Peu importerait, dans ce cas, que le principal établissement du mandant fût sur une autre place. Comme il aurait un comptoir sur celle où il traite, la consignation ne serait pas une consignation du dehors, ce serait une consignation d'une même place (1).

Autre serait la décision dans le cas où l'affaire aurait été traitée par correspondance avec le négociant habitant un autre place, et où ce dernier n'aurait employé le ministère d'un mandataire que pour quelques opérations secondaires, se rattachant à l'exécution de la consignation. Ce serait évidemment alors une consignation du dehors.

144. Quelquefois le débiteur, quoique ayant sa résidence dans une autre place, vient pour une affaire sur la place du créancier et, pendant le séjour qu'il y fait momentanément, il reçoit des avances sur consignation. Est-ce le cas de l'art. 95 du Code de commerce et le gage n'est-il valable que si les formalités de l'art. 2074 ont été observées?

(1) *Infra*, n° 180.

Réciproquement, c'est le créancier qui peut se déplacer accidentellement et aller trouver le débiteur et la marchandise sur la place de ce dernier.

Ici encore les circonstances doivent être consultées avec soin; il faut les combiner avec un usage assez ordinaire dans le commerce, qui est de considérer les opérations que le chef d'une maison fait passagèrement dans une place étrangère comme si elles avaient été faites à son domicile légal et de fait, et dans le lieu de son principal établissement (1). Sous l'influence de cette idée et sans lui donner une autorité inflexible, on verra si, en fait, la consignation est du dehors, ou si elle n'est pas plutôt une consignation d'une même place. En général, il sera prudent, de la part des parties qui se trouvent en présence, de faire rédiger l'acte exigé par l'art. 2074. Le défaut d'acte pourrait être mal interprété, parce qu'il pourrait masquer des simulations. Toutes les fois que la marchandise est là, sous la main des parties, la fraude est à redouter, et je ne m'étonnerais pas que les tribunaux, s'attachant à l'esprit plus qu'à la lettre de l'art. 93, ne prennent pas toujours le mot *résidant* dans le sens d'une résidence fixe et d'un domicile.

(1) Arrêt de la Cour d'Aix du 25 août 1831 (Dal., 32, 1, 218; Devill., 33, 2, 162).
V. *infra*, n° 170.

C'est ce qu'on peut inférer de l'arrêt que voici, dont l'espèce est intéressante à méditer :

En 1821, Emler (de Laigle) achète du sieur Bovard, de Paris, trente-deux balles de coton moyennant 5,250 francs, payables dans cinq mois. Ces balles sont expédiées à la veuve Empis, de Saint-Quentin, qui devait les tenir à la disposition de Emler. Pendant que la marchandise voyageait, Emler s'était rendu à Saint-Quentin; il y faisait des démarches pour vendre avantageusement ses cotons. Mais il n'avait pu obtenir encore aucun résultat lorsque les cotons arrivèrent et furent déposés chez la veuve Empis.

Emler chargea alors le sieur Joly, de Saint-Quentin, d'opérer la vente, et il se fit faire une avance de 5,195 francs 80 centimes.

Peu de jours après, la faillite d'Emler éclata; Bovard, vendeur, revendiqua les cotons; ils étaient encore chez la veuve Empis. Joly prétendit, de son côté, être privilégié; mais cette prétention fut successivement repoussée par arrêt de la Cour royale de Caen du 23 mars 1824, et par arrêt de rejet de la Cour de cassation du 6 novembre 1827 (1). Le véritable commissionnaire dans l'espèce, celui à qui la marchandise avait été expédiée d'une place sur une autre, c'était la veuve Empis; elle seule pouvait se prévaloir de l'art. 93. Mais Joly, qui avait traité sur les

(1) Devill., 8, 1, 692 (requêtes).

lieux, en présence de la marchandise, Joly qui n'en était pas saisi, puisque c'était toujours la veuve Empis qui était dépositaire, Joly n'était pas commissionnaire privilégié, il n'était qu'un mandataire ordinaire; l'art. 95 lui était seul applicable.

145. Quand ce sont, non pas des marchandises, mais des effets négociables, qui sont donnés en nantissement, est-il nécessaire d'observer, entre négociants habitant la même place, l'art. 2074 du Code civil?

Par exemple, j'ai des lettres de change payables à un an. Ayant besoin d'argent, mais ne voulant pas les négocier aujourd'hui, de crainte de trop perdre, je vais trouver un banquier, et je les passe à son ordre, à titre de gage, contre une somme de 30,000 francs qu'il prête à la condition que si je le rembourse dans trois mois, il me rendra mes effets. On demande s'il suffit que je passe ces lettres de change à l'ordre du banquier, valeur en garantie, ou bien s'il est nécessaire de dresser un acte conforme à l'art. 2074 du Code civil.

Le tribunal de commerce de Bordeaux a pensé, dans une décision non confirmée par la Cour royale (1), que l'art. 95 est applicable aux négociants qui habitent la même ville, quand bien

(1) V. cc jugement qui est rapporté par Devill., 45, 2, 453.

même ce seraient des effets négociables, et non des marchandises, qui seraient donnés en nantissement. La loi du 8 septembre 1830, dit-il, contient à cet égard une interprétation législative dont on ne saurait méconnaître la puissance (1).

Plusieurs fois cette question s'est présentée, et elle partage de bons esprits. Nous la traiterons dans notre commentaire de l'article 2075 (2). Quant à présent, je me borne à dire qu'à mes yeux, elle ne fait pas le moindre doute, et que ni l'art. 2074 du Code civil, ni l'art. 95 du Code de commerce, ne sont faits pour les valeurs négociables par la voie de l'endossement. La transmission de ces valeurs s'effectue par des règles qui lui sont propres; et de même que la cession en toute propriété n'est pas sujette aux règles du droit commun applicables au transport des créances, de même le nantissement qui en est fait suit d'autres règles que celles du droit civil. Il y a, en un mot, un droit spécial sur cette matière. Le droit commun paralyserait la liberté dont le commerce a besoin; il serait une gêne pour le crédit.

146. Quant à la loi du 8 septembre 1830, invoquée par le tribunal de commerce de Bordeaux, je ne demande pas mieux que de la prendre pour

(1) *Suprà*, n° 123.

(2) *Infrà*, n°s 272 et suiv.

règle, et j'applaudis à la diligence de ce tribunal qui en a compris toute l'importance. Mais je crois qu'il donne une portée exagérée à ses dispositions. Cette loi n'assimile aux marchandises que les inscriptions de fonds publics et les actions des compagnies d'industrie et de finance. Elle ne parle pas des lettres de change et des effets transmissibles par la voie de l'endossement. Pourquoi ce silence, si ce n'est parce que le nantissement de ces valeurs ne s'opère pas dans les mêmes conditions que le nantissement des marchandises? Pourquoi au contraire la loi met-elle les inscriptions de rente, les actions industrielles, sur la même ligne que les marchandises? Par la raison que ces valeurs peuvent être nominatives; que, dans ce cas, elles ne se transmettent pas par la voie commerciale de l'endossement, et que, dès lors, il faut recourir au droit commun. Le tribunal de commerce de Bordeaux a bien fait de citer la loi du 8 septembre 1830. Elle nous révèle le véritable esprit de la législation et des intérêts commerciaux.

147. Au surplus, et c'est ici l'occasion de le proclamer, l'art. 95 n'est pas limitatif. Bien qu'il ne parle que du commissionnaire, il est applicable à tout négociant qui prête sur consignations; il embrasse toutes les opérations de commerce dans lesquelles le prêt sur consignation se trouve mêlé, à quelque titre que ce soit. La

loi du 8 septembre 1830 est encore décisive ici pour établir cette doctrine (1).

148. On vient de voir que, quelque général que soit l'art. 95 du Code de commerce, il ne faut cependant pas croire qu'il soit sans exception; en voici une nouvelle preuve : c'est dans les lois commerciales elles-mêmes et dans les principes du droit civil que se puise le principe de restriction dont nous voulons parler.

On sait que l'ouvrier qui conserve une chose a privilège spécial sur cette chose pour se faire payer de ses avances (2); privilège distinct du privilège du gagiste (3), et qu'il ne faut pas confondre avec ce dernier. Mais, outre l'ouvrier qui conserve, il y a l'ouvrier qui améliore une chose par son travail, qui la manipule et la transforme, et lui donne un surcroît de valeur. L'ouvrier blanchisseur de toiles, celui qui prépare la soie, celui qui teint les laines, tous ces artisans dont le labour entretient l'activité de la fabrication dans les centres d'industrie, ne sont pas des créanciers privilégiés pour conservation de la chose; mais leur main-d'œuvre a amélioré la matière première; tant qu'ils pos-

(1) *Suprà*, n° 127, l'arrêt de Montpellier qui décide à tort le contraire.

(2) Mon comm. des *Privilèges et hypothèques*, t. 1, n° 174.

(3) Art. 2102 C. c.

sèdent cette chose augmentée par leurs soins, ils ont en elle un gage tacite, qu'ils ont le droit de retenir pour le paiement de leurs salaires. On peut en dire autant de l'imprimeur, qui, pour ses frais d'impression, a un droit de rétention sur les volumes et les papiers qui sont dans ses mains. Ce gage tacite a de tout temps existé dans notre pratique commerciale (1), et même dans la pratique commerciale de tous les pays (2). Rien de plus juste que de laisser l'ouvrier retenir dans ses mains, jusqu'à ce qu'il soit payé, la chose à laquelle son travail s'est incorporé, et qui par-là est en quelque sorte devenue sienne pour partie. Il a en elle un droit réel, et si ce droit n'est pas celui d'un copropriétaire, du moins c'est celui d'un gagiste qui trouve dans le nantissement la sûreté de son avance.

149. On a prétendu toutefois qu'à cet ouvrier devaient s'appliquer les dispositions de l'art. 2074 du Code de commerce, surtout quand il s'agit d'ouvriers habitant la même ville que le fabricant qui leur confie sa marchandise pour la travailler et l'améliorer. Mais rien n'est plus insoutenable qu'une telle idée. Elle a toujours

(1) V. Pothier cité par moi dans mon comm. des *Hyp.*, t. 1, n° 176.

(2) Voët, *Ad Pand. de compens.*, n° 20. J'ai cité son passage dans mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, n° 264.

échoué et elle échouera toujours contre les habitudes du commerce, contre les règles de l'équité et les principes du droit civil. De nombreux arrêts ont été rendus pour la proscrire. Je les ai cités dans mon comm. des *Privilèges et hypothèques* (1); je me borne à en rappeler un de Rouen, qui, dans une espèce où on contestait le privilège d'un ouvrier blanchisseur sur les toiles lavées par lui et retenues dans ses mains à titre de nantissement, a refusé d'appliquer l'article 2074 du Code civil. Cet article ne saurait concerner, en effet, l'ouvrier, gagiste de plein droit, qui réclame le prix de sa main-d'œuvre, et qui retient comme nantissement, et en vertu de son droit réel, la marchandise qui lui avait été donnée pour la préparer (2). En rapprochant de l'art. 2084 du Code de commerce les dispositions des art. 570, 1634 et 1635 du même Code, et 579 et 535 du Code de commerce (3), on voit que l'artisan qui conserve dans sa main la marchandise qui lui a été donnée pour recevoir un apprêt et pour être confectionnée est valablement nanti, qu'il est armé d'un droit

(1) T. 1, n° 178, 257 (bis) et 259.

(2) Rouen, 9 juin 1826 et 1^{er} mars 1827 (Devill., 8, 2, 242; Dalloz, 27, 2, 82).

Mon comm. des *Hypothèques*, t. 1, n° 259, 176 et 178, etc., etc.

(3) *Infrà*, n° 457.

de rétention, et dès lors il n'est pas assujéti à l'article 2074 du Code civil. D'ailleurs, nous le répétons, tel est l'usage habituel du commerce, usage qui ne saurait être considéré comme préjudiciable aux tiers, puisque l'ouvrier est tout prêt à remettre la matière si on le désintéresse de son travail, de ses avances, de sa main-d'œuvre. En règle générale, celui qui améliore une chose a un gage tacite sur cette chose; il a privilège sur elle tant qu'il en est saisi (1).

150. Mais ce privilège s'éteint avec la possession. L'ouvrier qui se dessaisit sans se faire payer de la marchandise par lui améliorée, et qui, par-là, suit la foi du maître, ne peut pas reporter de plein droit son gage sur d'autres marchandises à lui livrées pour être façonnées postérieurement. Dans ce cas, le gage qu'il a laissé échapper par la remise de la chose ne peut revivre sur une autre chose que par une convention expresse, revêtue des solennités voulues par le droit commun.

Ainsi Pierre remet à Paul vingt pièces de toile pour les laver. Paul les rend à Pierre, qui, à raison de son travail, lui doit environ 200 fr. Si Pierre livre d'autres pièces à Paul pour le lavage, Paul n'aura pas de gage tacite pour ses

(1) Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, n° 176, 264 et 257 (bis).

200 francs sur les nouvelles pièces de toile; il ne sera privilégié que pour la nouvelle avance dont ce second dépôt aura été l'objet (1). S'il veut avoir privilège pour les 200 francs, il faut qu'il se conforme à l'art. 2074 du Code civil.

151. A cette exception on a proposé d'en ajouter une seconde au profit des banques publiques. On sait que plusieurs de nos départements possèdent des banques publiques, et que ces établissements privilégiés contribuent à la prospérité du commerce local; c'est à l'égard de la banque de Bordeaux que la question s'est agitée, et l'on s'est demandé si l'art. 2074 lui était applicable, à raison de ses statuts. Écoutons d'abord les faits.

Galoz et compagnie avaient déposé entre les mains de la banque de Bordeaux huit actions au porteur de l'entrepôt de cette ville, avec la convention suivante: « A défaut, soit de couverture » trois jours après une simple mise en demeure, » soit de remboursement dès le lendemain de » l'échéance, la banque aura droit de faire vendre » à la bourse, par le ministère d'un agent de » change, tout ou partie des effets ou actions qui » lui auront été transférés, etc. » Ce dépôt d'ac-

(1) Rouen, 9 juin 1826, précité.
Cassat., 17 mars 1829 (Dal., 29, 1, 184).
Mon comm. des *Hypoth.*, n° 178.

tions avait eu lieu à titre de garantie de divers engagements souscrits par Galoz et compagnie au profit de la banque.

Galoz et compagnie ayant fait faillite, la banque prétendit avoir privilège sur les actions dont elle était nantie; elle se prévalait de ses statuts, portant :

« La banque pourra cependant admettre à » l'escompte des effets garantis par les signatures » de deux personnes seulement, mais notoire- » ment solvables, et en exigeant, pour surcroît de » garantie, outre les deux signatures, un transfert d'ac- » tions de banque, ou de tous autres effets ou actions » ayant cours régulier. »

On pressent la grave objection par laquelle on venait l'arrêter.

Les art. 95 du Code de commerce et 2074 du Code civil exigent un acte en forme constituant le nantissement; or, la banque n'en montre pas. Est-elle placée dans une exception, soit par la nature de son organisation, soit par quelque disposition particulière de la loi?

L'art. 21 de la loi du 24 germinal an xi, qui donne au gouvernement le droit d'ériger dans les départements des banques privilégiées ayant seules le droit d'émettre des billets, cet article n'a rien changé au droit commun dans ce qui concerne les rapports de ces banques avec les particuliers pour affaires de commerce.

La banque de Bordeaux n'est qu'une compagnie anonyme régie par les art. 29 et suivants

du Code de commerce. L'ordonnance qui approuve ses statuts ne peut être assimilée à une loi, et, s'il est dans ses statuts quelques dispositions qui dérogent au droit commun, cela ne peut avoir d'effet qu'entre les associés, et non à l'égard des tiers.

D'un autre côté, la banque de Bordeaux ne peut être assimilée à une maison de prêt sur gage, exempte, d'après l'art. 2084 du Code civil, des formalités de l'art. 2074. Les maisons de prêt sur gage que l'art. 2084 a en vue sont celles qui sont établies au profit des pauvres (1).

Enfin, la banque ne peut invoquer les exceptions introduites en faveur du commerce. L'article 95 du Code de commerce la condamne; et, bien que cet article ne parle que de marchandises, il est admis par la jurisprudence qu'il s'étend au gage des créances et droits incorporels, aussi bien qu'aux marchandises; c'est d'ailleurs ce qui résulte de la loi du 8 septembre 1830.

Cette argumentation était vigoureuse et pressante. Le tribunal de commerce de Bordeaux se l'appropriâ par un jugement du 11 juillet 1844, très habilement motivé à son point de vue.

Mais, sur l'appel, la Cour royale repoussa ce système par arrêt du 17 avril 1845 (2). S'agis-

(1) L. du 18 pluviôse an xii.

Décret du 24 messidor an xii. *Infrà*, n° 485.

(2) Devill., 45, 2, 450; Dalloz, 45, 2, 418, 419.

sant d'un arrêt de principe, il faut entendre la Cour royale de Bordeaux donner elle-même ses raisons :

« Attendu que l'art. 2074 du Code civil n'est applicable qu'aux transactions civiles; que les formalités qu'il exige sont incompatibles avec les opérations des banques de commerce; qu'il serait impossible que ces établissements pussent fonctionner utilement et atteindre le but qui a déterminé leur création s'ils étaient obligés de se pourvoir des déclarations solennelles et d'accomplir les actes exigés par cet article;

« Attendu qu'invoquer ces dispositions du Code civil en matière de banque, c'est les détourner de leur véritable sens et en faire une fausse application;

« Attendu qu'il faut reconnaître que, suivant l'esprit de son institution, la banque de Bordeaux peut, dans le sens le plus étendu, escompter ou prêter, recevoir pour garantie des valeurs qui sont mises à sa disposition et qui sont spécialement affectées à sa garantie, immédiatement après la remise qui lui en est faite; que telles sont surtout les actions au porteur qui, par leur nature, ont l'effet d'une cession en faveur du porteur qui est nanti;

« Attendu que si, sous le rapport de son institution, la banque n'est pas tenue de se conformer au droit commun en matière civile, c'est un privilège qu'elle ne peut invoquer qu'autant qu'elle se conforme à ses statuts;

« Attendu que Darhempé n'est pas fondé à

» prétendre que la banque n'a pas été nantie par
 » un transfert régulier et tel qu'il lui est prescrit
 » par ses statuts; que dans son acception générale
 » le transfert n'est qu'une cession, et qu'il
 » devient inutile pour les effets au porteur, puisque, par
 » leur nature et par leur forme, la remise du titre en
 » opère le transport. »

152. Raisonons maintenant sur cet arrêt et cherchons à nous en faire des idées justes.

De quoi s'agissait-il? Avait-on déposé à la consignation au profit de la banque des marchandises, et prétendait-on qu'à raison de ses statuts elle était dispensée de l'observation des art. 95 et 2074? Non! et si on l'avait prétendu, on aurait certainement échoué. Pour soustraire une banque privilégiée à l'observation des art. 95 et 2074, il faudrait autre chose que des statuts, il faudrait une loi. Les tiers ne connaissent que la loi et non les statuts de la banque avec laquelle ils n'ont pas traité.

153. Qu'est-ce donc qui avait été fait? On avait consigné à la banque des valeurs au porteur, et l'arrêt décide que cette consignation est valable, quoique les art. 95 et 2074 n'aient pas été observés. Sous ce point de vue, l'arrêt est excellent (1). Il est évident que la remise d'effets au porteur est plus qu'un nantissement et qu'elle équivaut à un transport.

(1) *Infrà*, n° 277.

L'arrêt aurait pu s'en tenir là. A mon sens, il eût été irréprochable et inattaquable. Mais comme la question des formes du nantissement de valeurs négociables est encore controversée (1), comme le tribunal de commerce de Bordeaux l'avait décidée contre la banque, l'arrêt a voulu aller plus loin, et, pour fortifier sa thèse, il a cherché à prouver, par les statuts de la banque, que sa pratique était conforme à son droit. Peut-être que ses considérants renferment certaines expressions ambiguës, qui donnent à la situation de la banque une couleur trop privilégiée. Quant à moi, je ne voudrais pas dire que l'institution d'une banque est soustraite par sa nature à l'art. 95 du C. de comm. Une banque publique est dans le droit commun. Si elle recevait des consignations de marchandises, elle serait tenue, comme tout négociant quelconque, de se conformer aux dispositions des art. 95 et 2074. Mais une banque est encore dans le droit commun quand elle reçoit en consignation des valeurs au porteur sans se conformer aux articles en question. Elle est encore dans le droit commun quand elle reçoit en consignation par simple endossement des effets négociables et qu'elle se prétend valablement nantie, quoique les art. 95 et 2074 n'aient pas été suivis. Il n'est pas nécessaire d'invoquer pour elle une situation exceptionnelle et privi-

(1) *Infrà*, n° 275, 278.

légée. On succomberait sur ce terrain (1). Il suffit d'invoquer les principes spéciaux de la matière des endossements et des transmissions de valeurs au porteur (2). Ce que la banque de Bordeaux avait fait, tout autre banquier aurait pu le faire à sa place.

154. Au surplus, ce que je dis ici des considérants de l'arrêt de Bordeaux n'est que pour m'expliquer sur les scrupules qu'il a excités dans l'esprit de quelques arrêtistes. A mon sens, il n'a pas donné autant d'importance qu'on l'a cru aux statuts de la banque. C'est plutôt dans les principes essentiels du commerce de banque qu'il a pris son point d'appui, pour établir qu'un établissement qui agit sur des valeurs telles que des effets négociables et au porteur ne saurait se plier aux exigences du droit civil sans compromettre la marche de ses affaires et son crédit. Sous ce rapport, je le répète, cet arrêt est pleinement dans le vrai. C'est ici, plus encore qu'ailleurs, qu'on voit la justesse de vues de l'article 2084 lorsqu'il a décidé que l'art. 2074 n'était pas la règle des affaires commerciales.

155. Résumons à présent les observations qui précèdent. L'art. 95 du Code de commerce a importé l'art. 2074 du Code civil dans les matières commerciales. Mais des limites étroites y

(1) M. Devilleneuve, 35, 2, 450.

(2) *Infrà*, nos 272, 273, 274.

restreignent sa portée. Il n'est applicable que lorsque le débiteur réside dans la même place que le créancier, et que les marchandises, ou autres objets de même nature, sont sous leur main et sur les lieux. Hors de cette double condition, l'art. 95 laisse l'art. 2074 à l'écart; il l'abandonne à l'art. 2084 du Code civil; et le gage commercial, exempt de formalités particulières, se prouve par les moyens pratiqués dans le commerce, livres, correspondance, factures, etc.

156. C'est ce que prouve l'art. 93 du Code de commerce. A la vérité, cet article n'a pas embrassé tous les cas qui placent le nantissement commercial en dehors des deux conditions exigées par l'art. 95. Mais qu'importe! cet article n'est pas limitatif, ainsi que nous le verrons bientôt (1); il ne contient qu'une indication, qu'un exemple notable, puisé dans un cas très fréquent, autre que le cas prévu par l'art. 95; et ce qu'il a voulu pour cette hypothèse, il faut le décider, par identité de raison, pour toutes les autres hypothèses dans lesquelles ne se reproduisent pas les conditions de l'art. 95. Telle est souvent la marche du législateur dans le Code de commerce. Il se contente de jeter une idée; et cette idée, féconde en conséquences, sert à décider les difficultés imprévues, suivant la

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 401.

bonne foi et l'équité, véritables règles du commerce.

Le cas de l'art. 93 du Code de commerce est celui où la marchandise qui est l'objet du gage a été déplacée, expédiée, mise en mouvement pour aller chercher un commissionnaire chargé de la vendre et habitant une autre place. Si la marchandise est à la disposition de ce commissionnaire dans ses magasins, ou dans un dépôt public, ou si avant son arrivée il peut constater par un connaissance, ou par une lettre de voiture, l'expédition à lui faite, il a privilège pour ses avances, sans que l'art. 2074 du Code civil ait été observé.

157. Mais ce cas n'est pas le seul où la faveur du commerce (*libertas publici commercii*, comme disent Deluca et Casaregis), exige que l'art. 2074 reste concentré dans le domaine du droit civil. Il en est une foule d'autres qui ne rentrent pas précisément dans la formule de l'art. 93, soit que le législateur n'y ait pas songé, soit qu'il n'ait ni pu ni voulu embrasser un horizon si vaste. Sera-ce une raison pour que la jurisprudence hésite? Faudra-t-il que, sous prétexte du droit commun, elle enlève au droit commercial ses plus précieuses franchises? Non! nous allons la voir procéder par analogie et étendre graduellement le cercle de l'art. 93. Elle en avait le devoir. Il ne faut pas interpréter dans un sens restrictif une loi démonstrative.

On a cependant longtemps et vivement pressé

la jurisprudence par l'argument si connu dans la logique juridique : *Qui dicit de uno, de altero negat*. On lui a dit : Les privilèges sont de droit étroit; or, l'art. 93 n'accordant le privilège que dans certaines conditions désignées, il est censé le refuser à quiconque ne se présente pas dans les mêmes conditions. Dans le gage, il y a à considérer, sous le rapport du privilège, la forme et le fond. Eh bien! dans l'art. 93 la forme dépend du fond. Tout gagiste qui ne réalise pas les conditions foncières de l'art. 93 ne peut réclamer l'exemption de formalités qui découle de cet article. On retombe dès lors sous l'empire de l'art. 95.

Mais, disons-le à l'honneur de la jurisprudence, elle ne s'est pas laissée prendre à ce piège adroit; et presque toujours elle a su se maintenir dans la voie de la saine pratique commerciale.

158. Une première question se présentait :

L'art. 93 du Code de commerce ne parle que du commissionnaire pour vendre. Faudra-t-il donc renvoyer à l'art. 2074 du Code civil, renforcé par l'art. 95 du Code de commerce, le commissionnaire pour recevoir, le commissionnaire pour conserver, etc., etc.? Si l'art. 93 est limitatif, il en faudra passer par-là. Mais s'il n'est que démonstratif, on ne fera pas de distinction, et l'art. 93 recevra une favorable extension.

Il a donc été décidé *in terminis* que l'art. 93 du Code de commerce n'est pas limitatif, qu'il

s'applique à tous les cas de commission, qu'il s'étend par une invincible analogie, non-seulement à la commission pour vendre, mais encore à toute commission quelconque (1), commission pour recevoir, commission pour conserver des marchandises, etc., etc. (2).

159. Il y a plus : l'art. 93 doit servir de règle non-seulement lorsqu'il y a commission, mais encore dans tous les cas où il y a un contrat quelconque avec nantissement.

Lorsqu'un bailleur de fonds, soit par suite d'opérations de banque, soit par toute autre cause, a fait des avances sur un gage, et qu'il se trouve dans les mêmes circonstances qu'un commissionnaire proprement dit, l'art. 93 du Code de commerce lui est applicable (3). Par-là, les prêts sur consignation ont été sauvés de l'atteinte que les esprits formalistes avaient essayé de porter au crédit. Les banquiers qui, au grand avantage du commerce, font des avances sur consignation, ont été encouragés par cette sage jurisprudence.

Écoutons les arrêts qui ont mis ce point hors de controverse.

2 novembre 1837, convention entre Massenat,

(1) Cassat., req., 16 décembre 1835 (Devill., 36, 1, 50).

(2) Rouen, 29 novembre 1838 (Devill., 39, 2, 34).

(3) Cassat., 6 mai 1845 (Devill., 45, 1, 503).

de Paris, et Boulet-Leblanc, de Rarecourt (Meuse), par suite de laquelle Massenat s'oblige à fournir des fonds à Boulet-Leblanc, contre une certaine quantité de fers donnés en consignation.

Par versements successifs, Massenat se met à découvert de 43,731 fr. ; Boulet-Leblanc met à sa disposition 99,831 kilog. de fers existants dans les magasins de Dagonnet, commissionnaire à Châlons, et destinés à être vendus. Massenat, consignataire, voulant se décharger du soin de la vente, avait stipulé que Boulet-Leblanc y coopérerait, afin de la rendre plus prompte et plus avantageuse.

Ainsi le prêteur des 43,731 fr. habitait Paris ; le débiteur habitait la Meuse ; les fers étaient consignés à Châlons.

Faillite de Boulet-Leblanc. Les syndics contestent le privilège de Massenat. Ils soutiennent que ce dernier ne se trouve pas dans les conditions de l'art. 93 du Code de commerce. Suivant eux, l'art. 93 ne confère le privilège qu'à celui qui a reçu du propriétaire le mandat de vendre la marchandise consignée ; il ne confère le privilège qu'à un commissionnaire. Il ne l'accorde pas à celui qui n'est qu'un prêteur, qui n'est pas chargé de vendre pour le propriétaire et qui n'a voulu que se constituer un gage. D'ailleurs, comment Massenat pourrait-il se dire saisi ? C'est Boulet-Leblanc qui est chargé de vendre. C'est donc ce dernier qui a la possession.

En droit et en fait, ce système n'était pas bon :

il échoua devant la Cour royale de Nancy, par arrêt du 14 décembre 1838 (1).

Restreindre l'art. 93 au commissionnaire seul, c'est méconnaître le but de la loi, qui a été de favoriser le commerce en facilitant les emprunts. L'art. 93 est démonstratif, et non limitatif. Il ne fait qu'indiquer un cas habituel; mais il n'entend pas refuser le privilège à tout bailleur de fonds qui se trouve dans les conditions du commissionnaire. Qu'importe la qualité de la personne? Le droit repose sur la consignation, et non pas sur telle ou telle profession commerciale.

D'un autre côté, l'art. 93 ne dit pas que le privilège n'existera que sur la marchandise expédiée à une personne avec le mandat spécial de la vendre pour le compte du propriétaire. Il suffit que la marchandise soit destinée à être vendue, sans qu'il y ait lieu de rechercher si la vente doit être faite par le consignataire plutôt que par le propriétaire.

Enfin la circonstance que le soin de vendre a été réservé au propriétaire commettant n'empêche pas que le consignataire ne soit saisi, que la marchandise ne soit à sa disposition dans un dépôt public, que ce ne soit au consignataire qu'il appartienne d'en faire la délivrance jusqu'à parfait paiement.

(1) Devill., 39, 2, 239.

Cette doctrine a été enfin consacrée par un remarquable arrêt de la Cour de cassation du 6 mai 1845, portant cassation d'un arrêt de la Cour de Poitiers du 21 juillet 1842 (1).

Beyneix et comp., banquiers à Saint-Jean-d'Angély, conviennent avec Ayraud, négociant en eaux-de-vie de Marlinge, que celui-ci leur enverra des eaux-de-vie en consignation, et que ceux-là lui feront des avances dont ils seront remboursés au fur et à mesure des ventes qu'opèrera Ayraud directement.

Les avances de la maison de banque se montaient à 68,000 fr.; Beyneix et comp. étaient nantis de consignations suffisantes pour les couvrir. Ayraud tomba en faillite.

Ses syndics soutinrent que Beyneix et comp. n'avaient pas de privilège, parce qu'ils n'étaient pas commissionnaires, qu'ils n'avaient d'autre qualité que celle de banquiers prêteurs sur gage; qu'ils n'avaient pas reçu mandat de vendre la marchandise dont ils étaient nantis; que, sous aucun rapport, ils ne pouvaient invoquer le privilège de l'art. 93 Code de commerce.

Le tribunal de commerce de Rochefort ne manqua pas de repousser ce système subversif de tout crédit, de toute bonne foi, de toute équité. Mais (chose incroyable) la Cour royale de Poi-

(1) Devill., 45, 1, 503.

tiers le consacra en s'attachant judaïquement à la lettre morte de l'art. 93 et en oubliant l'esprit. L'arrêt dit sèchement: La maison Beyneix et comp. était un prêteur sur gage et non un commissionnaire. C'est Ayraud qui faisait les ventes directement. Il fallait donc que le gage fût prouvé par un acte en forme, d'après les art. 2074 et 2075 du Code civil.

Cet arrêt a été cassé aux grands applaudissements de tous les jurisconsultes. L'arrêt de cassation pose en principe que les règles du droit civil relatives au nantissement ne sont applicables que dans le cas de l'art. 95 du Code de commerce; que le privilège établi par l'art. 93 ne dépend pas de ces règles; que ce privilège n'est pas attaché à une espèce spéciale de négoce; qu'il protège tous les gages commerciaux, pourvu qu'il y ait avances et expédition de place en place.

La Cour royale de Bordeaux, saisie de l'affaire par suite de renvoi après cassation, a rendu un arrêt qui consacre ces principes; ils sont maintenant acquis (1).

Il est même certain que le privilège de l'art. 93 ne saurait être refusé à celui qui, sans être négociant de profession, ferait cependant à un

négociant des prêts d'argent sur consignation de marchandises (1).

160. C'est beaucoup que d'avoir étendu à toutes les branches de commerce une disposition qui, d'après ses termes apparents, semble ne concerner que la commission. Mais ce n'est pas encore assez. D'autres pas non moins considérables restaient à faire. Voyons comment la jurisprudence a continué à se conduire.

A prendre l'art. 93 dans son écorce extérieure, il semble supposer que l'expédition de la marchandise doit être faite directement et nominativement au commissionnaire qui a fait les avances. Par exemple, j'adresse à Pierre, négociant du Havre, des marchandises que j'expédie de Paris pour des fonds dont je lui demande l'avance. Sans doute, Pierre sera privilégié, si d'ailleurs il se trouve placé dans les conditions de possession exigées par l'art. 93. Mais qu'arrivera-t-il si, pendant que la marchandise est encore en route, Pierre transmet à Secundus, qui lui fait des avances, la lettre de voiture à ordre que je lui ai fait parvenir?

Autre hypothèse: j'achète des marchandises; le vendeur me les expédie. Mais, pendant qu'elles sont en route, je les donne en consignation à

(1) Devill., 46, 2, 243.

(1) Cassat., ch. civ., rejet, 23 avril 1816 (Deville., 5, 1, 180.)

Durand qui me fait des avances : pourra-t-on contester à Durand son privilège ?

On a prétendu avec beaucoup de chaleur que dans ce cas Secundus et Durand n'ont de privilège que par l'accomplissement des formalités de l'art. 2074. L'argument *Qui dicit de uno, de altero negat*, a reparu, et l'on a dit : L'art. 95 exige que l'expédition soit fait nominativement à celui qui réclame le privilège. Donc, l'expédition n'ayant pas été faite directement à Secundus et à Durand, le bénéfice de l'art. 95 lui échappe.

161. Aujourd'hui, un tel système est jugé, il n'est plus soutenable. Quiconque a un peu d'expérience de cette matière reconnaît qu'une expédition, faite directement au commissionnaire ou au gagiste, n'est pas indispensable pour que l'on se trouve dans le domaine de l'art. 93 du Code de commerce. Ce serait la plus grande des erreurs que de s'imaginer que le gagiste n'est privilégié qu'autant que l'expéditeur lui a adressé la marchandise directement (1). Si une telle doctrine était admise, le commerce éprouverait une très fâcheuse atteinte. Par exemple, l'acheteur de la marchandise qui se la fait expédier par le vendeur ne pourrait, pendant qu'elle est en route, choisir le commissionnaire auquel il veut

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 404.

confier la vente, ni remplacer par un autre celui qu'il avait choisi d'abord (1). Cette marchandise, ainsi retirée du commerce pendant le trajet, ne pourrait être un objet de crédit ; l'acheteur ne trouverait personne qui voulût lui faire des avances sur elle, et, dans les longues navigations, le mouvement des échanges s'en trouverait privé pendant un laps de temps considérable.

Il n'en saurait être ainsi.

De même que l'acheteur peut revendre la marchandise qui est en route et en saisir le sous-acheteur en lui endossant le connaissement à ordre, de même, par voie d'induction, il peut la donner en gage et en faire la tradition virtuelle au créancier qui lui prête des fonds en le saisissant du connaissement. L'art. 93 du Code de commerce ne repousse pas un tel nantissement, fort usité du reste dans le commerce (2). D'une part, l'art. 93 reconnaît que le connaissement est un moyen de saisir le commissionnaire ; de l'autre, l'art. 281 du Code de commerce autorise le connaissement à ordre. De ces deux articles combinés il résulte que l'art. 93 permet à l'endossement de changer le destina-

(1) Valin sur l'art. 3, t. 10, de l'ordonn. de la marine, t. 1, p. 606.

(2) Jugement du tribunal de commerce de Marseille, confirmé par arrêt d'Aix du 25 août 1831 (Sirey, 33, 2, 162).

taire, de substituer, pendant le voyage, un destinataire à une autre (1); de telle sorte que c'est celui qui se présente avec le connaissement pour la réception de la marchandise qui est privilégié, bien qu'originellement, et lors de l'expédition, il soit resté inconnu; sans cela, on détruirait l'effet des connaissements à ordre.

162. Les arrêts sont univoques pour prêter main-forte à ce point de droit.

Duez - Dubrunfaut, porteur d'un connaissement à ordre de cinquante pièces d'eau-de-vie, transmet ce connaissement à Charles Carlier, de Lille, qui lui avait fait des avances, et le passe à son ordre pendant que les pièces d'esprit sont en route, pour le couvrir de ses avances. Arrêt de la Cour de Douai, du 29 novembre 1843, confirmatif d'un jugement du tribunal de commerce de Dunkerque, qui décide contre le vendeur, qui revendiquait ces eaux-de-vie, l'acheteur ayant failli, que Carlier est privilégié pour ses avances (2).

163. Bonnaric, Lafon et Bourbon font expédier de Cette, à Godefroy, de Lille, destination de Dunkerque, des marchandises d'une valeur de 5,000 fr.

Godefroy charge la maison Morel, de Dun-

(1) *Infra*, n° 243.

(2) Devill., 44, 2, 146.

kerque, de lui avancer 2,000 francs sur ces marchandises, et de vendre à l'arrivée. Il envoie à cette maison les connaissements, en les passant à son ordre. Les avances sont effectuées; mais, pendant que la marchandise est en route, Godefroy fait faillite, et la maison de Cette revendique les marchandises. Jugé, par arrêt de la Cour de Douai du 2 avril 1828, et par un arrêt de la Cour de cassation du 18 juin 1829 qui rejette le pourvoi, que le commissionnaire est privilégié (1).

On peut citer d'autres arrêts; je crois inutile d'en rapporter les espèces (2). Ils sont si importants et si topiques, qu'on ne doit faire aucun état d'un arrêt contraire rendu par la Cour royale de Rouen le 15 juin 1825 (3).

164. Voici maintenant une nouvelle difficulté:

Lorsque nous avons cherché à faire ressortir les vrais caractères de l'art. 95 du Code de commerce, nous avons dit qu'il exige deux conditions: présence des deux parties sur les lieux,

(1) Devill., 9, 1, 306. Autre arrêt conforme de la Cour de cassation du 8 juin 1829 (Devill., 9, 1, 307).

(2) Aix, 25 août 1831 (Devill., 33, 2, 162).

Paris, 31 juillet 1835 (Devill., 35, 2, 519).

Rouen, 29 novembre 1838 (Devill., 39, 2, 33).

Cassat., 1^{er} décembre 1841 (Devill., 41, 1, 161).

(3) Devill., 8, 2, 90.

présence de la marchandise (1). D'un autre côté, l'art. 93 semble supposer, dans le cas qu'il prévoit par forme d'exemple, que le commissionnaire à qui la marchandise est expédiée d'une autre place ne réside pas sur la même place que le commettant; et c'est en effet le cas le plus fréquent quand on se place au point de vue des opérations propres à la commission commerciale. En effet, le contrat de commission n'est guère mis en jeu qu'entre négociants appartenant à des places différentes; la circonstance de l'expédition de la marchandise, mentionnée dans l'art. 95, confirme que telle est l'hypothèse du législateur, et on cesse surtout d'en douter quand on voit que le fait de commerce dont il se préoccupe est une commission de vendre, commission qui se donne habituellement par celui qui, n'étant pas sur les lieux, s'y fait représenter pour procurer la vente de la chose.

Eh bien ! la question s'est présentée de savoir si l'art. 95 du Code de commerce était applicable, plutôt que l'art. 93 du même Code, dans le cas où, les deux parties habitant la même place, il arrive que la marchandise ayant été l'objet d'une expédition n'est pas sous leur main. En d'autres termes, l'une des deux circonstances auxquelles l'art. 95, sainement entendu, subor-

(1) *Suprà*, n° 439.

donne la nécessité de suivre l'art. 2074, venant à manquer, attendu qu'il y a dans les faits de la cause l'expédition prévue par l'art. 93 du Code de commerce, ne faut-il pas écarter l'art. 95 et rester dans le giron du droit commercial, expliqué par l'art. 2084 du Code civil? Plusieurs espèces se sont présentées à ce sujet avec des nuances diverses: toutes ont été résolues en faveur du privilège et contre l'art. 2074 du Code civil. Nous devons les passer en revue; on y verra que quelquefois les magistrats des cours royales et de la Cour de cassation se sont montrés meilleurs observateurs des usages et des intérêts du commerce que les juges consulaires eux-mêmes.

165. Il est un premier cas: c'est celui où, lorsque les parties résident dans le même lieu, la marchandise sur laquelle est assis le privilège a été achetée sur une place autre que celle des parties, et où elle est expédiée et arrive à la disposition du prêteur dans un dépôt, magasin, navire, existant dans le lieu du domicile de ces mêmes parties. Faut-il alors que l'on se conforme aux dispositions de l'art. 95 du Code de commerce? Les formalités de l'art. 2074 du Code civil sont-elles de rigueur?

Voici un arrêt de la Cour de cassation du 16 septembre 1835 qui décide la négative:

Villeneuve et Lasserre, négociants de Bordeaux, voulant expédier des marchandises dans l'Amérique du Sud, s'adressent à Delbos et fils,

de la même ville, pour en obtenir un prêt de 100,000 francs, destinés à l'achat de ces marchandises. Ce prêt eut lieu à condition que les emprunteurs achèteraient pour 300,000 francs de marchandises; que ces marchandises seraient embarquées sur le navire *le Fletès*, dont Delbos et fils étaient armateurs; que Villeneuve y prendrait passage pour opérer la vente, et qu'il ne pourrait retirer les marchandises jusqu'à concurrence de 100,000 francs que sous la condition de fournir au capitaine, mandataire de Delbos, des contre-valeurs qui en assureraient le paiement.

Ces conditions s'exécutèrent; des marchandises furent achetées par Villeneuve et Lasserre à Lyon et à Paris; elles furent expédiées directement et chargées sur le navire *le Fletès*, sans passer par les magasins des acheteurs.

Le navire partit de Bordeaux pour Valparaiso chargé des marchandises. Mais la maison Villeneuve et Lasserre avait entrepris une opération au-dessus de ses forces; elle fut mise en faillite par jugement du 29 juin 1833. Le premier acte des créanciers fut de contester le privilège de la maison Delbos.

Le tribunal de commerce leur fut entièrement favorable. Les juges consulaires placèrent la cause sous l'empire de l'art. 95. Les deux parties, dirent-ils, habitent la même place; le gage n'était donc valable qu'à la condition d'être

prouvé conformément à l'art. 2074 du Code civil.

Sur l'appel, les créanciers furent moins heureux. La Cour de Bordeaux consacra le privilège (1), et ils se pourvurent en cassation.

Pour que le privilège du commissionnaire existe, disaient-ils, il faut trois conditions, l'article 93 du Code de commerce est formel; et ces trois conditions sont: 1° que les marchandises aient été expédiées d'une place sur une autre place; 2° que le commissionnaire ait reçu mandat de vendre pour un commettant; 3° que les marchandises soient à sa disposition dans ses magasins ou dans un dépôt public.

Ici, aucune de ces conditions ne se rencontre. Les marchandises n'ont pas été expédiées d'une place sur une autre place; elles ont été expédiées aux acheteurs, des mains desquels elles sont passées dans les mains de Delbos; Delbos ne les a pas reçues directement d'une autre place. — De plus, Delbos n'était pas chargé de vendre pour Villeneuve et Lasserre. — Enfin, Delbos n'avait pas les marchandises à sa disposition; elles étaient sur le navire parti pour Valparaiso et monté par Villeneuve. — Il est vrai de dire que la maison Delbos a voulu s'assurer un gage; mais elle ne s'est pas placée dans les conditions de la loi; elle ne peut exercer de privilège.

(1) 21 juillet 1834. Voyez-le dans Dalloz, 34, 2, 224.



Ce système échoua devant la Cour de cassation.

En effet, la maison Delbos était nantie : le gage était sous sa main ; il était chargé sur un navire armé par elle ; il était sous la garde d'un capitaine qui était son mandataire. Le navire devait être assimilé à un magasin.

D'un autre côté, l'art. 93 du Code de commerce est démonstratif, et non limitatif. Le privilège, comme on l'a vu ci-dessus, n'est pas réservé pour le seul cas où il y a commission pour vendre.

Quant à l'expédition, le pourvoi se trompait en fait ; car il n'était pas vrai que la marchandise expédiée de Paris et de Lyon fût entrée dans la possession des emprunteurs. Elle avait été expédiée directement au prêteur qui l'avait reçue sur son navire. Le prêteur avait reçu la marchandise d'une autre place.

Telles sont les raisons qui déterminèrent l'arrêt de rejet (1). Cet arrêt décide, *in terminis*, que, bien que le prêteur et l'emprunteur résident dans la même place, l'art. 95 du Code de commerce n'est pas applicable quand les marchandises sur lesquelles porte le gage ont été expédiées au prêteur d'une autre place. C'est le cas de l'art. 93, et non de l'art. 95. Cet arrêt est très remarquable ; il aide et favorise la liberté des

(1) 16 décembre 1835 (Devill., 36, 1, 50 et 51).

transactions commerciales. Nous l'acceptons, pour notre compte, comme excellent et entièrement conforme à un usage commercial de la plus haute utilité (1).

En effet, lorsque la marchandise est éloignée et qu'elle a besoin d'être expédiée d'une place sur une autre ; lorsque le prêteur la reçoit des mains d'un expéditeur étranger, on a beaucoup moins à craindre les fraudes dont l'art. 95 s'est préoccupé ; rien ne facilite alors ces détournements désespérés qui s'opèrent avec promptitude et clandestinité dans un moment de détresse et à la veille d'une faillite.

D'ailleurs, le législateur a voulu favoriser les expéditions et tout ce qui donne à la marchandise une vive circulation. Il y a ici un intérêt public supérieur à des formes étroites.

166. C'est déjà ce qu'avait jugé la Cour de cassation par arrêt du 7 septembre 1826 (2).

Raba et Nuñez, négociants de Bordeaux, habitaient tous les deux cette place. Raba avance à Nuñez 7,998 francs, moyennant quoi Nuñez lui fait expédier, de Bayonne, des marchandises, et fait passer les connaissements à son ordre. Arrivées à Bordeaux, ces marchandises sont reçues par Raba et déposées dans ses magasins. Sur ces entrefaites, Nuñez fait faillite et ses

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 405.

(2) Devill., 8, 1, 476.

syndics refusent à Raba son privilège. Il est remarquable que le tribunal de commerce de Bordeaux consacra ce système par un refus évidemment contraire aux intérêts du commerce, mais dicté par un respect scrupuleux pour un texte de loi mal compris. La Cour royale de Bordeaux, mieux inspirée, réforma sa décision par arrêt du 24 décembre 1824. Elle a eu, je crois, le mérite d'avoir la première ouvert une porte à la liberté des transactions commerciales et affranchi le commerce des exagérations auxquelles de faux scrupules conduisaient l'art. 95.

Sur le pourvoi, la requête fut rejetée par la chambre des requêtes. On voit que l'arrêt du 16 décembre 1835 est venu fortifier cette sage jurisprudence.

167. Autre hypothèse.

Le prêteur et l'emprunteur habitent la même place, et la marchandise sur laquelle ont été faites les avances est expédiée par le vendeur d'icelle pour être revendue par l'emprunteur-acheteur, non pas sur sa propre place, mais au loin et à la suite d'un transport effectué avec le navire du prêteur. Est-ce le cas de l'art. 95? Non, d'après l'arrêt de la Cour de cassation du 16 décembre 1835 que nous venons de citer (1). Dans l'espèce, des marchandises avaient été achetées à Bordeaux par Villeneuve et Lasserre; mais les

(1) Devill., 36, 1, 50.

vendeurs ne les avaient pas livrées dans les magasins des acheteurs; ils les avaient chargées directement sur le navire de Delbos; puis, ce navire était parti; il avait transporté la marchandise à Valparaiso; il était dans cette ville au moment où avait éclaté la faillite de Villeneuve et Lasserre.

Dans ces circonstances, la Cour décida que puisque la marchandise n'avait pas été livrée dans les magasins de Delbos pour être vendue à Bordeaux, qu'elle avait été expédiée par les vendeurs sur le navire partant pour les mers du Sud, qu'elle devait être vendue à Valparaiso, il y avait expédition d'une place sur une autre (1).

Une telle interprétation est pleine de sagesse. J'y trouve la plus saine intelligence du droit commercial. — C'est en se mettant ainsi au-dessus de vains scrupules de textes qu'on parvient à embrasser les principes larges et féconds qui dominent un sujet.

168. Voici un autre arrêt qui corrobore cette jurisprudence, et la met, ce semble, au-dessus de toutes les controverses. J'insiste peut-être trop sur ces détails de faits particuliers. Mais j'ai besoin de leur secours pour montrer, en groupant les autorités, comme quoi l'art. 95 doit rester dans son isolement, tandis que l'art. 93 prend,

(1) *Junge* arrêt de Bordeaux du 21 juillet 1834 (Devill., 34, 2, 533).

par extension, tout le terrain qui s'étend au delà des limites de l'art. 95. D'ailleurs, des préjugés existent dans l'esprit de beaucoup de négociants intelligents, qui s'imaginent que l'art. 95 est l'expression du droit commun, sacrifient à un respect superstitieux pour une fausse légalité les vrais intérêts du commerce. Nous devons redresser leur erreur, et montrer comment la loi s'accorde à merveille avec l'usage commercial.

Pagelle, tailleur à Dunkerque, chargea Carlier, commissionnaire dans cette ville, d'embarquer des caisses d'habillements qu'il destinait aux colonies et de les faire vendre au lieu de leur destination. Par suite de cette convention, les marchandises furent chargées sur un navire sans entrer dans les magasins de Carlier; Pagelle fit faire les connaissements au nom de Carlier, et, lorsque les habillements furent arrivés aux colonies, ils y furent vendus par les correspondants de Carlier, auxquels les connaissements avaient été adressés.

Pagelle tomba en faillite. Ses syndics exigèrent le rapport à la masse des marchandises expédiées aux colonies. Mais Carlier, qui avait fait des avances, excipa de son privilège.

Quel fut le système des syndics pour le constater?

Pagelle et Carlier habitaient la même place. Donc, d'après l'art. 95 du Code de commerce, le privilège ne pouvait exister qu'à la condition des formalités imposées par l'art. 2074 du Code ci-

vil. Si un privilège pouvait être réclamé par quelqu'un, ce serait par les commissionnaires des colonies à qui les marchandises ont été expédiées et qui les ont vendues. Mais ces commissionnaires sont des tiers; leur cause n'est pas liée à celle de Carlier. Carlier n'a fait à Pagelle que des prêts ordinaires. Il n'a pas de privilège sur le gage.

Le tribunal de commerce de Dunkerque, saisi de cette difficulté, l'examina avec beaucoup de soin, et la décida plus sagement que ne l'avait fait, dans les espèces précédentes, le tribunal de commerce de Bordeaux.

En droit, disait-il, toutes les fois qu'il y a expédition, il importe peu que le débiteur et le créancier habitent la même ville. L'art. 93 n'a nul égard à cette circonstance; il accorde indistinctement le privilège. Il suffit, pour que le privilège soit acquis, que des avances aient été faites et que des marchandises aient été expédiées d'une autre place au commissionnaire qui les a en son pouvoir.

En fait, les marchandises ne sont jamais entrées dans les magasins de Carlier à Dunkerque; du domicile de Pagelle, elles ont été embarquées par lui sur les navires qui les ont portées aux colonies. Là, elles ont été reçues, soignées, vendues par des tiers, mandataires de Carlier et porteurs des connaissements faits en son nom. L'expédition s'est donc faite aux colonies à Carlier, dans la personne de ses agents coloniaux.

Cette décision était trop sage pour n'être pas confirmée; elle le fut par arrêt de la Cour de Douai du 11 janvier 1840; et les syndics s'étant pourvus en cassation, leur requête fut rejetée par arrêt du 1^{er} juillet 1841 (1).

On voit que ce dernier arrêt rentre dans le système de l'arrêt du 16 décembre 1835 (2).

169. Voici maintenant un autre hypothèse dans laquelle la difficulté se complique d'une circonstance de nature à nous écarter davantage du cas textuel de l'art. 93 :

Le prêteur et l'emprunteur habitent la même ville, et la marchandise, quoique venue du dehors, entre dans les magasins de l'emprunteur, et ce n'est qu'après être ainsi passée sous sa main qu'elle arrive par nantissement au prêteur. Au premier coup d'œil, il semble que rien ne puisse faire obstacle à l'application de l'art. 95. Les deux parties habitent la même place, et la marchandise y est également déposée, après avoir passé des mains de l'emprunteur dans celles du prêteur. N'y a-t-il pas cependant une circonstance possible qui sauvera le gagiste de la perte de son privilège non garanti par les formes de l'art. 2074? Oui, il y en a une : si le prêteur est à la fois le créancier solidaire de l'emprunteur présent et d'un autre emprunteur absent, duquel

(1) Devill., 4, 1, 626.

(2) Devill., 36, 1, 50.

Suprà, n° 165.

provient l'expédition de la marchandise, on pourra considérer l'emprunteur présent comme mandataire de l'emprunteur absent, et alors disparaîtront les circonstances de l'art. 95, pour faire place à l'art. 93.

Expliquons ceci par un exemple :

Hombert et comp., de Eupen (département de l'Ourthe), expédient en consignation à Paris des marchandises à Happey qui leur fait des avances; pour entretenir ces avances, Happey se fait donner des fonds par Chauvet, propriétaire à Paris: par suite de conventions reconnues pour positives, Chauvet, en fournissant ses fonds, est à la fois le créancier de Hombert et compagnie et de Happey, qui tous deux sont ses débiteurs solidaires. Happey reçoit les marchandises directement à Paris, mais il les consigne à Chauvet qui habite Paris comme lui.

Dans ces circonstances, faut-il un acte de nantissement? Est-on dans les termes de l'art. 95 du Code de commerce? N'est-on pas plutôt dans les termes de l'art. 93?

La Cour de cassation a jugé, le 23 avril 1846, que l'art. 93 est seul applicable. La marchandise a été expédiée de place en place; elle vient d'Eupen à Paris. Chauvet est créancier direct de Hombert et compagnie. C'est en vue du gage envoyé du département de l'Ourthe qu'il a prêté ses fonds (1).

(1) Devill., 5, 1, 130. V. *infra*, n° 244.

Il est vrai qu'avant d'entrer chez Chauvet, les marchandises ont été momentanément déposées chez Happey, correspondant de Homberg et compagnie sur la place de Paris. Mais le domicile de Happey n'était qu'un entrepôt; le point de départ était le magasin des propriétaires dans le département de l'Ourthe. On ne pouvait donc pas dire que la consignation se faisait sur la même place.

Cet arrêt contient une interprétation des faits qui sera certainement acceptée comme simple, naturelle et pleine d'équité.

170. Voici enfin une dernière hypothèse : elle va nous montrer l'art. 93 prenant de plus en plus de l'extension.

Nous avons vu que, bien que les deux parties habitent la même place, il n'y a pas lieu à l'application de l'art. 95 alors que la marchandise arrive du dehors dans les magasins du prêteur, ou alors qu'elle est expédiée pour être vendue sur une autre place.

Mais supposons que l'expédition de la marchandise soit faite directement à Pierre par un connaissement à ordre, et que Pierre, voulant emprunter sur la consignation de cette marchandise encore en cours de voyage, passe ce connaissement à l'ordre de François qui habite la même place que lui. Ne pourra-t-on pas dire qu'ici se rencontrent toutes les conditions de l'art. 95 du Code de commerce : présence de Pierre et de François sur la même place; pré-

sence de la marchandise, représentée par le connaissement? Il n'en est cependant pas ainsi; il suffit que la marchandise soit en voyage pour que le gage, effectué par l'endossement du connaissement entre négociants habitant la même place, soit valablement constitué et qu'on soit dispensé des formalités de l'art. 2074. Tous les jours il se fait des nantissements de cette espèce, et la jurisprudence les approuve. Je lis, en effet, dans les considérants d'un arrêt de la Cour de cassation du 8 juin 1829, qu'il suffit que l'expéditeur réside dans une autre place (1), et que lorsqu'il y a expédition de la marchandise de place en place, peu importe que le débiteur et le créancier habitent le même lieu.

Je dois dire cependant que la question s'étant présentée à Aix, elle y a été éludée par arrêt de cette Cour du 25 août 1831 (2), qui, en prenant une voie détournée pour sauver le privilège, semblerait faire croire que les juges avaient des doutes sérieux sur notre proposition.

Dans le fait, Arata avait expédié de Civita-Vecchia à Margaria, de Gènes, un chargement de blé, avec destination pour Toulon ou Marseille. Pendant que la marchandise était en cours de navigation, Margaria vient à Marseille, se fait

(1) Devill., 9, 1, 306.

(2) Devill., 33, 2, 162; Dalloz, 32, 2, 218, 219.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 404, citent l'arrêt tout au long.

prêter des fonds par Luce de cette ville, et, pour nantir ce dernier, passe à son ordre le connaissement. La faillite de Margaria ayant donné occasion de contester le privilège de Luce, la Cour aurait pu trancher la question en disant nettement que, puisque la marchandise était en cours d'expédition, il importait peu que l'opération eût été consentie par deux négociants étant en présence sur la même place. Elle préféra une autre voie. Pour maintenir le droit du gagiste, elle s'appuya sur cette circonstance : que le débiteur n'avait pas sa maison de commerce dans le même lieu que le créancier ; que, bien que le connaissement eût été remis à Luce, créancier, dans la ville de Marseille, sa demeure, par Margaria, de Gènes, son débiteur, qui se trouvait à Marseille, on ne devait pas appliquer l'art. 95, lequel n'entend parler que d'une résidence fixe, d'un domicile ; que les opérations que le chef d'une maison fait passagèrement sur une place étrangère sont censées faites dans son domicile commercial (1). Mais si l'on se reporte aux observations que nous avons présentées ci-dessus, n° 144, et à quelques monuments de la jurisprudence, on verra que cette raison n'est pas péremptoire et qu'il y avait quelque chose de plus décisif à dire pour écarter les prétentions des adversaires de Luce : c'est que la marchandise était dans des conditions d'expédition qui

(1) *Suprà*, n° 144.

rendaient inapplicable l'art. 95 ; c'est qu'il importait peu dès lors que les parties aient eu la même résidence.

Au surplus, je le répète, la pratique commerciale est certaine. Dans toutes les places sur lesquelles se font des expéditions, il n'y a pas de jour où le destinataire ne recoure au crédit d'un négociant habitant la même place, lui remettant pour gage de ses avances le connaissement ou la lettre de voiture à ordre, dont il est porteur. Une telle pratique est légitime ; elle est acquise au commerce, et il faut la respecter.

Comment voudrait-on, d'ailleurs, que l'on fit la description minutieuse prescrite par l'article 2074 du Code civil, puisque la marchandise n'est pas présente et qu'elle est entre les mains du voiturier ou du capitaine de navire ?

171. Si maintenant l'on se reporte à ce que nous avons dit au n° 156 de l'espèce textuelle posée par l'art. 93 du Code de commerce, il sera facile de voir, par les développements qui précèdent, combien la jurisprudence en a élargi le cercle.

Nous n'avons insisté jusqu'à présent que sur les cas qui, à l'heure qu'il est, sont à peu près hors de toute controverse. Après des querelles cent fois répétées, les opinions se sont mûries, et il a fallu se soumettre à l'autorité de l'expérience et de la raison. Mais tout n'est pas encore dit ; d'autres conquêtes restent encore à faire dans cette voie de progrès. Je si-

gnalerai notamment une question intéressante pour le commerce de banque, et qui est, à l'heure qu'il est, *sub judice*. Il ne s'agit plus de deux négociants résidant sur la même place et traitant en présence de la marchandise qui est sous leur main, ce qui est le cas de l'art. 95 du Code de commerce; il ne s'agit pas non plus de deux négociants habitant des places différentes et expédiant la marchandise de l'une à l'autre, ce qui est l'exemple donné par l'art. 93; enfin, il n'est pas question de deux négociants habitant la même place, mais traitant d'une marchandise en cours d'expédition, ce qui est un cas que l'on reconnaît unanimement rentrer dans l'esprit de l'article 93. La thèse est celle-ci : le prêteur habite une place, le débiteur en habite une autre; la marchandise est située sur la place du débiteur, et ce dernier la donne en gage au créancier absent au moyen d'un acte qui la met à sa disposition, par exemple un transfert en douane. Ce créancier est-il valablement nanti, quoique les formalités de l'art. 2074 du Code civil n'aient pas été observées?

A mon sens, l'affirmative est indubitable; il suffit de se demander si l'agissement rentre dans les conditions de l'art. 95 du Code de commerce. Et comme il en sort évidemment, puisque les parties ne résident pas sur la même place, la loi du 8 septembre 1830 dit hautement, avec l'article 2084, que les règles particulières au commerce conservent ici leur empire.

Le contraire a cependant été jugé par arrêt de la Cour royale de Caen du 22 juillet 1845. Rapporteur du pourvoi formé contre cet arrêt devant la chambre des requêtes, j'en ai étudié les détails. L'importance et la nouveauté de la question m'engagent à y donner, ici, une attention particulière. Quoique la cause du nantissement ait échoué devant le tribunal de commerce et devant la Cour royale, j'ai proposé à la chambre des requêtes l'admission du pourvoi, et le demandeur l'a obtenue par arrêt du 1^{er} juillet 1846. La chambre civile a donc à trancher un des plus graves débats qui puissent toucher au gage commercial.

172. Voici les faits :

Bénard père, négociant à Honfleur, ayant reçu 64,476 kil. de fers de Suède, écrit, le 14 juillet 1843, à Fourchon, banquier à Paris : « J'ai besoin d'une avance sur les fers que je viens de recevoir. Je puis dès aujourd'hui les mettre en entrepôt réel; prêtez-moi de l'argent, et je vous remettrai la propriété des fers jusqu'au parfait paiement de vos avances, au moyen d'un transport. »

Fourchon répond : « Je vous avancerai 16,000 f. contre le transport en règle de ces fers. Aussitôt qu'il sera effectué, vous pourrez tirer pour 16,000 fr. de traites. »

Transfert du 22 juillet, opéré sur les registres de la douane d'Honfleur; en voici les termes :

« Bénard père déclare céder en entrepôt à
 » M. Philippe Fourchon, négociant à Paris, re-
 » présenté à Honfleur par M. Auguste Hébert-
 » Desroquettes....., 1,393 barres fer plat de 458
 » millimètres et plus, pesant 58,108 kil. ;

» Plus, 29¼ barres fer carré de ***, faisant
 » ensemble 6,368 kil.

» Fait et signé à Honfleur, le... »

Le même jour, Bénard tire pour 46,000 francs
 de traites ; Fourchon accepte d'abord, et paie
 ensuite.

Plus tard, Bénard tombe en faillite.

Le premier acte du syndicat fut de prétendre
 que les fers en question devaient être rapportés
 à la masse, sans privilège, par Fourchon.

Fourchon répond que les fers lui ont été bien
 et dûment transférés, et qu'il n'en fera un
 transfert à la masse qu'autant qu'il sera rem-
 boursé de ses avances.

Jugement du tribunal de Honfleur, qui adopte
 le système des syndics.

Appel ; arrêt de Caen, du 22 juillet 1845, qui
 confirme par des motifs dont voici le résumé :

En premier lieu, il n'y a pas eu vente de ces
 fers de Bénard à Fourchon.

Il n'y a même pas eu vente apparente.

C'est un contrat de gage.

Or, Fourchon n'a pas rempli les formalités de
 l'art. 2074 du Code civil, dont l'accomplissement
 pouvait seul lui donner privilège.

L'art. 93 n'est pas applicable; car il ne dis-
 pense des formalités de l'art. 2074 qu'autant
 que les marchandises ont été expédiées d'une
 place sur une autre au bailleur de fonds. Ici, il
 n'y a pas d'expédition.

173. Sur le pourvoi en cassation, le deman-
 deur soutenait, entre autres moyens, que les
 art. 93 et 95 du Code de commerce avaient été
 mal compris et faussement appliqués par la
 Cour de Caen.

S'attachant à quelques expressions de l'arrêt,
 qui, en effet, étaient fort susceptibles de critique,
 il lui reprochait de s'être rendu l'écho d'un pré-
 jugé suranné, et de n'avoir pas voulu recon-
 naître franchement un état de choses fondé sur
 la jurisprudence la plus constante, savoir, que
 l'art. 93 du Code de commerce n'est pas limitatif;
 qu'il s'applique non-seulement au commission-
 naire, mais encore aux prêteurs et à tous autres
 qui traitent sur nantissement.

Puis, il abordait le fond, et, prenant l'art. 93
 et l'art. 95 du Code de commerce avec la géné-
 ralité qui leur appartient, il soutenait que l'arrêt,
 en refusant le privilège sous prétexte que la mar-
 chandise n'était pas expédiée d'une place sur une
 autre, avait fait, dans l'espèce, la plus fausse ap-
 plication de ces articles.

En principe, rien de plus utile au commerce
 que les prêts sur marchandises et les crédits
 sur consignation. Cependant il fallait éviter les

fraudes, et la loi a pourvu à ce besoin; pour les prévenir, elle exige une possession matérielle ou légale.

A côté de la possession matérielle, qui a lieu lorsque la marchandise est entrée dans les magasins du prêteur, il y a une possession qui n'a pas moins de force, et qui résulte du dépôt de la marchandise dans un entrepôt public. Lorsque ce dépôt a été opéré d'une manière solennelle pour le compte et au nom du consignataire, le déplacement de la possession est alors certain, authentique, réel.

Cependant, il faut le reconnaître, quand le prêteur et le débiteur habitent la même ville, la consignation pourrait dégénérer en fraude. Un débiteur, à la veille de faillir, pourrait, dans un instant rapide, opérer des consignations simulées et favoriser un créancier aux dépens des autres. Aussi la loi n'admet-elle la possession résultant de la consignation que lorsque les parties n'habitent pas la même place. Quand elles habitent la même place, on n'échappe à la nécessité des formes établies par l'art. 2074 que lorsque la marchandise voyage. Mais, si elles habitent des places diverses, la marchandise n'a pas à se déplacer matériellement. Le dépôt dans un entrepôt public suffit; le déplacement réel de la marchandise est inutile.

L'arrêt se fonde, ou croit se fonder, sur l'art. 93 du Code de commerce; et parce que cet article,

supposant un commissionnaire à qui des marchandises ont été expédiées d'une autre place, lui attribue privilège de plein droit et sans formalités si les marchandises sont à sa disposition dans ses magasins ou dans un dépôt public, ou si elles voyagent pour son compte, il en conclut que la condition *sine quâ non* du privilège est le déplacement matériel de la marchandise, l'expédition de la marchandise d'une place sur une autre.

Mais c'est une erreur. Pour s'en convaincre, il suffit de combiner l'art. 93 avec l'art. 95. L'art. 95 n'exige les formalités du droit commun que lorsque le créancier qui demande le privilège réside dans le même lieu que le débiteur. Donc, s'il réside ailleurs, le simple dépôt, la simple consignation de la marchandise suffit pour donner privilège.

Qu'a voulu la loi? éviter les fraudes. Or, l'acte de transfert en douane n'est-il pas authentique? ne prévient-il pas toute fraude ou dissimulation? Les registres de la douane ne sont-ils pas des registres publics? ne font-ils pas foi des dates qu'ils contiennent? Quelle différence y a-t-il entre un transfert de cette nature et un acte de gage, tel que l'exige l'art. 2074 du Code civil?

Le pourvoi citait ici différents arrêts qu'il croyait favorables à sa thèse; il en tirait la conséquence que l'art. 95 ne requiert les formalités

du droit commun qu'autant que les contractants habitent le même lieu.

174. Dans les observations que je soumis à la Cour, je commençai par faire remarquer, en ce qui concerne la jurisprudence des arrêts, qu'aucun n'a été rendu en thèse; que si quelques-uns d'entre eux contiennent quelques phrases, quelques expressions favorables au système du pourvoi, nul n'a jugé la question précise; ils sont relatifs à des espèces différentes.

En principe, inutile de rappeler la faveur que méritent dans le commerce les prêts sur consignation de marchandises. « Certum est, dit Casaregis, quòd si mercator sub pignore mutuans, non esset potior in rebus pignoris, impediretur ac turbaretur mercaturæ libertas (1). »

D'un autre côté cependant, il ne faut pas que le gage puisse dégénérer en moyens frauduleux pour frustrer les autres créanciers. La loi civile et la loi commerciale se sont toujours préoccupées de cette idée. L'article 95 du Code de commerce en est la preuve.

175. Avant d'en examiner la portée, je faisais remarquer à la Cour que : « l'opération en question ne contient aucun soupçon de collusion; elle a eu lieu loyalement et de bonne foi. Il y a eu avance réelle; Fourchon n'a pas voulu suivre la

(1) *Suprà*, n° 106.

foi de Bénard; il n'a voulu prêter qu'à la chose. S'il a succombé en première instance et en appel, c'est parce que la forme a emporté le fond, parce que le contrat, licite en lui-même, auquel il a participé, n'a pas été revêtu des formalités voulues par l'art. 2074 du Code civil. Or, en matière de commerce, dans des affaires qui reposent sur la bonne foi, sur la confiance, sur la simplicité des moyens, c'est toujours une chose grave que le crédit soit vaincu par les exigences de la forme.

176. Les art. 93 et 95 du Code de commerce, continuai-je, ont été l'objet de bien des controverses et ont donné lieu à bien des questions. Celle-ci n'est pas une des moins importantes.

En principe général, les conventions commerciales se font avec rapidité, et la preuve en est dégagée de solennités. Les art. 12 et 109 du Code de commerce en sont la démonstration. On peut dire que ces articles contiennent le droit commun en matière commerciale.

Le gage, cependant, est placé, à certains égards, dans une situation exceptionnelle. Par crainte de fraudes, on a senti la nécessité de précautions particulières. Mais est-ce dans tous les cas, est-ce d'une manière générale que le gage commercial a été soumis aux formes du droit civil? Si l'on combine l'art. 2084 du Code civil avec l'art. 2074 et avec l'art. 95 du Code de commerce, on peut sans hésiter répondre négativement. L'art. 93 en est la preuve manifeste.

177. » Quel est le point de vue de l'art. 95 ? Il suppose que le prêteur et l'emprunteur sont dans le même lieu. Alors il veut que le prêt sur gage ne donne privilège sur la chose livrée qu'autant que le prêteur s'est conformé aux dispositions de l'article 2074. Quand même le gage serait prouvé par facture, correspondance, etc., etc., et autres moyens qui ont tant de faveur en droit commercial, tout cela serait inutile ; il faut l'acte voulu par l'art. 2074 du Code civil (1). On comprend, en effet, que les consignations faites d'emprunteur à prêteur résidant dans la même place pourraient donner lieu à de graves abus si les tiers n'étaient protégés par de sages précautions (2).

» Mais *quid juris* si le prêteur et l'emprunteur n'ont pas leur domicile dans la même place ?

» L'art. 93 semble se référer à ce cas (3). S'il tenait le langage restrictif que l'art. 95 tient pour le cas où les parties habitent la même place, la difficulté serait bientôt levée. Mais l'art. 93 procède par forme énonciative, et ceci a une grande importance.

» Il suppose donc que les deux parties ne résident pas dans le même endroit, et alors sa pen-

(1) *Suprà*, n^{os} 120 et suiv., 128, 129, etc.

(2) *Suprà*, n^o 115.

(3) *Suprà*, n^o 164.

sée se porte sur le cas le plus fréquent, le plus saillant : celui où la marchandise a été déplacée, expédiée, mise en mouvement pour entrer dans la possession du créancier. Alors il reconnaît le privilège sur cette marchandise sans qu'il soit besoin d'obtempérer aux formes de l'art. 2074, et cela, cependant, à la condition qu'il en aura la possession civile ou légale, ou même à la simple condition de prouver que ces marchandises voyageaient pour lui arriver.

» Mais ce cas n'est pas le seul qui puisse se présenter. La marchandise peut n'avoir pas été expédiée de la place du débiteur sur la place du créancier ; elle peut avoir été déposée dans un dépôt public dépendant de la place du débiteur, pour le compte du créancier qui habite une autre place. Et alors que faut-il décider ? Peut-on dire que l'art. 93 est limitatif, quoiqu'il ne se serve que d'expressions énonciatives ? L'argument qu'on en tire ne peut-il pas se balancer par l'argument à *contrario* que fournit l'art. 95 ? Est-il permis de substituer à ces mots de l'art. 95, *résidant dans le même lieu*, ceux-ci : *s'il n'y a pas eu expédition de place en place*, comme le fait l'arrêt ? L'art. 93 parle du cas où le privilège existe. L'article 95 parle du cas où le privilège n'existe pas. Évidemment, on ne peut soutenir, en vertu de l'art. 95, que, dans l'espèce, le privilège n'existe pas ; car cette espèce n'est pas prévue par l'article 95, lequel est renfermé dans la thèse ou les deux commerçants résident dans le même lieu.

Eh bien ! peut-on dire, en s'appuyant sur l'article 93, que, parce que le privilège existe dans tel cas prévu par cet article, il n'existe pas dans notre cas qui n'est pas celui de cet article ? Ce raisonnement ne serait bon qu'autant que le droit commun en autoriserait la conclusion. Mais le droit commun commercial, expliqué par l'art. 2084 du Code civil, est dans les art. 12 et 109 du Code de commerce qui autorisent la preuve par livres, factures, connaissance, correspondance, etc., etc. L'art. 95 du Code de commerce n'est qu'une exception à ce droit commun ; il faut voir si cette exception doit être étendue à un cas non prévu.

» En un mot, voici ce qu'on peut opposer à l'arrêt :

» L'art. 95 du Code de commerce n'exige l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 2074 que dans des circonstances qui ne sont pas les circonstances de l'espèce. Dans tous les autres cas, il faut s'en tenir à la loi commerciale, au droit commun commercial ; donc la preuve du gage, par l'un des moyens des art. 12 et 109, suffit, et l'art. 2084 du Code civil autorise peut-être à dire avec Casaregis : « In materia commercii, omnes juris regulæ silere debent, et non attenduntur, quando æquitas et bona fides aliud servari dictat, modò publici commercii bono non repugnat, sed faveat (1). »

(1) *Disc.* 190, n° 13.

178. » Or, cette preuve existe : le gage a été donné de bonne foi ; le créancier a eu la possession ; l'arrêt le reconnaît en fait. Il remplit donc encore cette condition.

179. » Maintenant, la Cour portera son attention sur la loi du 8 septembre 1830 (1). Elle verra si un puissant argument n'en sort pas pour la thèse du pourvoi, et si cette loi ne fixe pas le sens des art. 2084 Code civil, et 93 et 95 Code de commerce.

180. » On pourra objecter ceci : Qu'importe que le créancier ait un autre domicile que le débiteur ? Le créancier ne peut-il pas se faire représenter sur la place du débiteur par un mandataire ? et alors ne retomberait-on pas dans les inconvénients prévus par l'art. 95 ?

» Mais il est facile de répondre que ceci est une question de fait, livrée à l'appréciation du juge ; les magistrats verront si le créancier, en se faisant représenter d'une manière permanente sur une place, n'y a pas sa résidence, son domicile, et, si cela est, ils appliqueront l'art. 95 (2).

181. » Du reste, on aperçoit la grande différence qu'il y a entre l'opération faite entre deux négociants éloignés, et celle qui se fait entre deux négociants habitant le même lieu. Dans le second cas, la fraude peut être si soudaine, si rapide, qu'elle trompe toutes les prévisions des

(1) *Suprà*, n° 123.

(2) *Suprà*, n° 113.

tiers; elle a aussi les plus grandes facilités pour agir en vue d'un événement actuel ou imminent. Dans le second cas, il y a plus d'entraves; il faut s'entendre, se concerter par lettres, et la correspondance peut donner des preuves de la fraude. Voilà pourquoi, peut-être, la loi n'a pas cru devoir s'éloigner du droit commun dans ce second cas, espérant que la vérité se ferait jour et que la bonne foi serait plus respectée.

» D'ailleurs, ainsi que le disent très bien MM. Delamarre et Lepoitevin dans un cas analogue: « Cette espèce implique une expédition virtuelle de place en place (1). » C'est comme s'il y avait eu expédition de Honfleur à Paris.

182. » En définitive, le pourvoi peut se réduire à ce raisonnement qui n'est pas sans force: L'art. 95 ne soumet à la formalité que les commerçants qui ont une résidence commune (2). Or, les prohibitions ne doivent pas être étendues. Elles ne doivent pas l'être surtout en matière de commerce, où, comme le disait Cambacérès, *la bonne foi et l'équité sont les véritables règles.*

» Donc, on retombe sous l'influence du droit commun et des art. 12 et 109.

183. » On ne peut se dissimuler, au surplus, que le mode d'opération pratiqué par Fourchon ne soit usuel dans le commerce. Il y a aux pièces un *parère* qui en est la preuve. Il favorise les prêteurs;

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 408.

(2) *Id.*, t. 2, n° 399.

il met l'argent en circulation; il permet au commerce maritime de se procurer des capitaux sur des marchandises, avant d'avoir payé les droits de douane. La rédaction de l'acte de gage avec les formalités de l'art. 2074 exigerait que le prêteur se fit représenter sur les lieux par un mandataire; qu'on fit une vérification du pesage, mesurage, qualité; qu'on payât des frais de commission, d'expertise. Tout cela occasionnerait des embarras, des longueurs, des dépenses, de nature à prolonger les affaires. Sans doute, si la loi, dans sa sagesse, avait clairement exigé ces formes, il faudrait s'y soumettre. Mais les exige-t-elle? C'est là la question, et, dans le doute, vous vous demanderez si la Cour royale n'aurait pas dû répondre pour le droit commun commercial, et la liberté des conventions. »

184. A la suite de ces observations, la chambre des requêtes renvoya l'affaire à la chambre civile pour y être discutée contradictoirement. Attendons avec confiance la décision de cette chambre, dont les arrêts sont si souvent marqués au coin des bonnes doctrines et de l'expérience.

185. Nous venons de discuter, sous ses faces principales, la question de l'application de l'art. 2074 au droit commercial; nous la retrouverons à un autre point de vue aux numéros 219 et suivants. Mais notre sujet ne nous y conduit pas encore, et nous devons porter à présent notre attention sur le détail des formalités dont cet article prescrit l'observation.

186. Et d'abord, l'acte doit nécessairement contenir 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.

Comme la crainte de la fraude est la base de ces dispositions, le législateur a voulu prendre toutes les mesures nécessaires pour en procurer l'accomplissement. Il s'est montré exigeant, et la jurisprudence n'a pas épargné les créanciers gagistes, qui venaient réclamer un privilège sans être en règle avec les prescriptions minutieuses de la loi. Faut-il insister, en effet, sur l'importance de la désignation des choses données en gage? Trop souvent le gage a été un moyen de frustrer les créanciers de bonne foi et d'avantager quelques créanciers favorisés aux dépens des autres. Il ne faut pas qu'on puisse substituer à une chose de médiocre valeur, donnée en nantissement, une chose d'un prix beaucoup plus considérable. Or, s'il n'y avait pas une désignation précise de la chose, il serait impossible de vérifier l'identité et de maintenir intact le droit des tiers. La fraude se jouerait des intentions de la loi; le débiteur, pressé par ces moments de détresse où l'on se prête à tous les expédients, appauvrirait le gage commun de ses créanciers; l'égalité serait rompue au profit de créanciers astucieux et frauduleusement habiles.

187. Et parce que ce danger n'est pas moins à craindre dans les matières commerciales que

dans les matières civiles, il s'ensuit que toutes les fois que les parties habitent la même ville (dans les conditions qui rendent l'art. 2074 du Code civil applicable aux matières de commerce), on doit tenir la main entre négociants à l'observation de la formalité de la description (1). L'expérience a prouvé que la mollesse exciterait la fraude, et que le gage servirait de manteau à de criants abus. Savary avait déjà signalé ces abus dans l'ancien régime (2). Notre siècle n'est pas devenu meilleur, et, sans vouloir en médire, j'oserai pourtant lui appliquer ces paroles de d'Argentré : « *in hac mercatrice et nundinaria ætate.* »

188. Ce n'est que lorsque les parties n'habitent pas la même ville, que les raisons qui ont rendu la description nécessaire disparaissent entièrement. La substitution n'est pas à craindre; ordinairement, c'est dans un dépôt public que les marchandises restent consignées, et il y a beaucoup de difficulté pour y pratiquer la fraude; ou bien les marchandises sont à l'état d'expédition, et l'on peut être rassuré contre des pratiques dolosives pour les tiers; d'ailleurs, comment en ferait-on une description détaillée?

189. Mais, je le répète, si les deux négociants sont en présence sur la place où se trouve la marchandise, le droit commun reparaît avec

(1) Douai, 18 avril 1837 (Ballot, 38, 2, 209).

(2) *Suprà*, n° 415.

toutes ses raisons de prévoyance et ses mesures de protection. Il faut que le commerce s'y soumette, malgré quelques gênes et quelques longueurs. Ce n'est pas perdre du temps que d'aviser à la sûreté des tiers ; quand la fraude est écartée des affaires, il n'y a rien à regretter.

190. Montrons, par quelques exemples, la sévérité des décisions émanées, soit des tribunaux consulaires, soit des tribunaux civils.

Voici un premier arrêt rendu en matière de commerce :

Dans une négociation où un fabricant d'huile d'Arras avait consigné des huiles contre un prêt de 8,000 francs, et où l'acte portait : *huile de graines*, la Cour royale de Douai a décidé que cette désignation n'était pas suffisante ; car il se fabrique dans l'arrondissement plusieurs espèces d'huiles, telles que de colza, d'œillette, de lin et autres ; que dès lors une substitution était possible (1).

Notez que l'identité des huiles avait été reconnue à l'audience par les parties ; mais la rigueur de la forme l'emporta, et l'acte de nantissement fut déclaré nul.

191. La Cour royale de Paris a également déclaré nuls des actes de nantissement de vin de Champagne parce qu'il n'y était pas déclaré si

(1) 10 février 1843 (Devill., 43, 2, 198).

le vin était mousseux ou non mousseux, s'il était brut ou travaillé, quelle était l'année de la récolte, si les bouteilles étaient pleines ou couleuses (1).

192. Les choses ont été envisagées dans le même esprit dans l'espèce d'un arrêt de la Cour de cassation du 4 mars 1811 (2), rendu, non plus en matière commerciale, mais en matière civile.

Un débiteur avait donné en gage à son créancier une bibliothèque d'environ 15,000 volumes de différents formats. Voici dans quels termes la désignation de l'objet donné en gage était conçue : « Douze corps de bibliothèque de différentes grandeurs, et environ 15,000 volumes de différents formats, dont M. Leclerc, libraire à Paris, rédige en ce moment le catalogue, pour qu'un exemplaire soit annexé au présent état. »

Avant la confection du catalogue, le débiteur tombe en faillite et disparaît.

Par arrêt de la Cour royale de Paris, confirmé par arrêt de la chambre civile du 4 mars 1811, il a été décidé que le nantissement était nul par la raison que les livres n'étaient pas désignés par leur format, par leur édition et l'espèce des ouvrages ; car rien ne garantissait que

(1) Paris, 20 mai 1841 et 15 juin 1841 (Dalloz, 41, 2, 218).

(2) Devill., 3, 1, 300, et M. Dalloz, v° *Nantissement*.

l'on n'avait pas substitué des ouvrages d'un très haut prix à d'autres de peu d'importance.

193. Quand plusieurs objets ont été donnés en gage, et qu'on n'a observé la formalité de la description qu'à l'égard de certains de ces objets, et non pas à l'égard des autres, le nantissement n'est pas nul pour le tout; il n'est nul que pour les objets non décrits (1). Cependant un arrêt de la Cour royale de Paris, du 8 juin 1809 (2), a décidé que le nantissement devait crouler pour le tout. Mais, en thèse de droit, cet arrêt ne vaut rien, comme dit Pothier; et s'il a été confirmé en cassation (3), c'est à cause de circonstances particulières dont la Cour suprême a été frappée, et auxquelles elle se réfère.

194. Il ne suffit pas que l'acte contienne la désignation des objets donnés en gage; il faut encore qu'il déclare la somme due. Il est important que les tiers trouvent dans l'acte constitutif du nantissement le montant de la créance, qu'ils sont obligés de payer s'ils veulent purger le gage. Il ne faut pas que le débiteur et le créancier puissent s'entendre pour simuler des dettes exagérées.

(1) M. Duranton, t. 18, n° 522.

M. Devill., *loc. cit.*, note.

(2) Devill., 3, 1, 300.

(3) 4 mars 1811 (Deville., 3, 1, 300).

Si l'acte ne déclarait pas la somme due, les tiers ne seraient pas liés par le titre de nantissement donné à l'opération; ils seraient fondés à n'y voir qu'un dépôt gratuit, et, par suite, le nantissement perdrait toute son efficacité.

195. Du reste, l'article 2074 n'exige pas la mention de la date et de la cause de la créance. Les tiers n'ont donc pas le droit de critiquer l'acte qui ne contient pas ce détail secondaire. S'ils ne prouvent pas une simulation positive, ils doivent respecter l'acte dont la forme est calquée sur les prescriptions de l'art. 2074 (1).

196. Lorsque l'acte de nantissement n'est pas un acte public, et que les parties ont préféré la forme simple du sous seing privé, il est nécessaire que la pièce reçoive la formalité de l'enregistrement. Le nantissement, en effet, doit avoir une date certaine; sans quoi la fraude pourrait antidater des contrats de nantissement faits dans les dix jours qui précèdent la faillite, c'est-à-dire dans le temps prohibé où nul créancier ne peut améliorer sa position aux dépens des autres créanciers. C'est par l'enregistrement que notre article veut que l'acte sous seing privé acquière cette date certaine, qui, dit M. Gary, «exclut toute idée de fraude et de

(1) M. Duranton, t. 18, n° 518.

» collusion entre le détenteur et le propriétaire
» du gage (1). »

197. Mais, puisque le but de la loi a été de donner à l'acte la certitude de sa date, ne peut-on pas admettre que si ce même acte a acquis une date certaine par une cause autre que l'enregistrement, l'enregistrement sera utilement remplacé? Ainsi, par exemple, le décès de l'une des parties ne devra-t-il pas être pris en considération, ainsi qu'il l'est par l'art. 1328 du Code civil?

Comme la matière des privilèges est en général considérée comme étant de droit étroit, la majorité des auteurs, d'accord avec quelques arrêts, inclinent pour l'observation rigoureuse de l'enregistrement. L'art. 2074 n'ayant pas parlé d'équipollents, on a pensé que la pratique n'en devait pas admettre, et l'on a rejeté l'art. 1328, comme inapplicable à une matière dans laquelle la préférence réclamée par un créancier ne peut se justifier que par la rigide observation de la loi.

198. C'est pourquoi la question s'étant présentée de savoir si le timbre de la poste ne suffirait pas pour donner à l'acte la date certaine que la formalité de l'enregistrement a pour but de constater, la négative a été jugée

(1) Fenet, t. 18, p. 215.

par arrêt de la Cour royale d'Aix du 27 mai 1845 (1).

199. J'avoue que cette jurisprudence me paraît trop formaliste, et j'aimerais mieux voir les arrêts entrer dans une voie moins minutieuse.

Il est avéré par tous les antécédents de la question, et par les déclarations expresses de M. Gary, que l'art. 2074 n'a pas voulu autre chose que procurer à l'acte de nantissement une date certaine. Il ne s'agit pas ici d'une formalité pareille à celles que la loi a établies pour la validité de l'hypothèque, acte public, inscription, etc. La formalité de l'enregistrement n'est qu'un auxiliaire destiné à certifier l'acte. Or, je ne vois pas pourquoi, dans un cas pareil, l'art. 1328 ne serait pas pris en considération.

Ajoutons un rapprochement :

L'ordonnance de 1673 n'admettait comme preuve du nantissement à l'égard des tiers qu'un acte notarié (2). L'art. 2074 a pensé que cette rigueur était excessive, qu'il ne fallait pas for-

(1) Dal., 45, 2, 118.

Junge M. Durantou, t. 18, n° 514.

M. Zachariæ, t. 3, p. 170, note (5), se prononce pour les équipollents.

Junge Delvincourt, t. 3, p. 438;

Et M. Dalloz, t. 10, p. 397, n° 4.

(2) *Suprà*, n° 108.

cer les parties à recourir nécessairement au ministère des notaires, et que l'acte sous seing privé devait être admis. Mais, en lui donnant accès, n'est-il pas clair qu'il a entendu que l'acte sous seing privé jouirait du privilège de certitude qui lui est acquis par le droit commun, c'est-à-dire par l'art. 1328? En un mot, acte enregistré signifie ici acte ayant date certaine. Donner un autre sens à ces expressions, ce serait les prendre trop à la lettre; car l'enregistrement n'est nullement une de ces formalités constitutives, tenant à un système de mise en demeure des tiers et de publicité. Il ne faut pas le comparer à la transcription de la donation, à l'inscription de l'hypothèque, etc.

On a pensé que l'arrêt de la Cour de cassation du 8 juillet 1820, que nous avons rapporté ci-dessus (1), tranche la question contre les équipollents (2). Il n'en est rien. L'arrêt du 8 juillet 1820 a une tout autre difficulté en vue; il s'occupe, non pas de l'enregistrement, mais de l'acte en soi, et de la nécessité de le produire pour jouir du privilège.

200. Dans quel délai sera fait l'enregistrement de l'acte de nantissement sous seing privé?

L'art. 2074 ne prescrit aucun temps spécial

(1) Nos 127 et suiv.

(2) M. Zachariae, *loc. cit.*

ou de rigueur pour l'enregistrement des actes de nantissement sous seing privé; il suffit que cet enregistrement ait lieu avant l'époque où des tiers ont pu acquérir des droits (1).

201. Mais s'il n'était enregistré qu'après la faillite du débiteur, l'acte de nantissement ne saurait être opposé aux créanciers de la masse (2).

202. Lorsque l'état des objets livrés en gage n'est pas donné dans l'acte de nantissement et qu'il est annexé à cet acte, il doit être enregistré comme l'acte lui-même pour avoir date certaine; sans quoi, les fraudes que la loi a voulu empêcher seraient facilement pratiquées (3).

203. L'acte de nantissement fait sous seing privé n'est pas soumis à la formalité du fait double. Cet acte a été imposé au créancier dans ses rapports avec les tiers; il n'est pas l'expression d'une convention parfaitement synallagmatique (4).

204. Ici se termine ce que nous avons à dire sur les formalités exigées par l'art. 2074 du Code civil. Avant d'aller plus loin, il reste un point à éclaircir.

(1) Metz, 22 décembre 1820 (Deville, 6, 2, 339).
M. Duranton, t. 18, n° 513.

(2) Arg. du même arrêt.
Junge M. Duranton, t. 18, n° 513.

(3) M. Duranton, t. 18, n° 520.

(4) *Id.*, n° 517.

Si les parties, au lieu de passer un contrat de gage, employaient la forme simulée d'une vente, les tiers pourraient-ils contester la validité du nantissement? Pas plus, à mon sens, que l'on ne peut critiquer, sous le rapport de la forme, une donation déguisée sous forme de vente. Les formes de la donation sont cependant très solennelles. Elles ont été introduites dans un but d'utilité manifeste. Et pourtant, il est certain que les formes d'un contrat onéreux, tel que la vente, peuvent les remplacer utilement. Pourquoi donc, dès lors, la vente extérieure ne pourrait-elle pas être mise en œuvre pour remplacer le gage? C'est ce que je ne saurais comprendre. Nous verrons plus tard, toutefois, que ce point a été contesté par beaucoup de bons esprits (1).

205. Après nous être occupé de la formalité qui donne vie au privilège à l'égard des tiers, nous devons parler des conditions intrinsèques dont ce privilège dépend en soi. De nouvelles difficultés nous attendent ici. Mais comme les auteurs s'en sont peu occupés, en général (2), il nous faudra scruter la jurisprudence pour suppléer aux lacunes de la doctrine.

Ces conditions ne sont pas très nombreuses; mais elles sont graves. Elles se rattachent à la

(1) *Infrà*, voy. ce qui concerne le gage des créances, nos 272 et 297, et *suprà*, n° 170, l'espèce de l'affaire Fourchon.

(2) J'excepte MM. Delamarre et Lepoitevin.

possession de la chose, à l'étendue de la créance privilégiée, à la relation de la créance avec la chose.

En ce qui concerne la possession, nous nous en occuperons dans notre commentaire de l'article 2076. Nous y renvoyons.

206. Pour ce qui est de l'étendue de la créance, les principes sont bien simples en matière civile. L'étendue de la créance doit être exprimée dans l'acte qui constitue le gage (1); le privilège ne profite qu'à la somme qui y est déclarée. Quand même la somme prêtée serait plus considérable en réalité, le créancier serait lié par les énonciations de l'acte. Il devrait s'imputer à lui-même d'avoir été peu attentif à préciser ses droits.

207. Dans les matières commerciales et lorsque les parties se trouvent en dehors de l'article 95, il y a plus de difficulté; car alors n'existe pas l'acte spécial qui fixe la position du créancier à l'égard des tiers. Il y a cependant une règle qui semble tout simplifier : c'est que le consignataire est privilégié pour ses avances (2). Mais qu'entend-on par *avances*? Des controverses se sont élevées sur ce point, et l'intérêt des tiers s'est mis en mouvement pour en réduire autant que possible la portée. On conçoit cet effort.

(1) *Infrà*, nos 455, 456.

(2) Art. 93 C. de commerce.

Mais l'intérêt des créanciers gagistes a lutté de son côté *pro aris et focis*, et de ce choc est sortie la vérité.

208. Aujourd'hui on est à peu près d'accord sur ce point : c'est qu'il faut entendre par avances tout ce dont le commissionnaire s'est mis à découvert en vue de la chose ou à raison de la chose, ou à cause du mandat (1).

209. On a cependant soutenu, et un tribunal jugeant commercialement a même jugé, que l'art. 93 ne protège que les frais faits à l'occasion de la marchandise et pour sa conservation, tels que transport, déchargement, emmagasinage, réparations, soins, etc., etc. Mais tout le monde est aujourd'hui revenu d'une telle erreur. Le privilège, dit la Cour de cassation dans un arrêt du 22 juillet 1817 (2), le privilège introduit en faveur du commerce, a pour but de donner au commettant un moyen facile d'obtenir des fonds du commissionnaire consignataire, en offrant à celui-ci des sûretés sur les marchandises dont il se trouve nanti; dans l'esprit comme dans la lettre de la loi, ce privilège est général; il s'applique sans distinction à toute espèce d'avances faites pour les marchandises consignées ou pour

(1) Cassat., 8 juin 1829 (Devill., 9, 4, 306).

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n^o 391 et 421.

(2) Devill., 5, 4, 352.

toute autre cause, sous la garantie de ces mêmes marchandises. L'article 93 indique l'étendue du privilège par ces mots : *avances, intérêts et frais*, qui excluent évidemment toute restriction aux seuls déboursés faits à l'occasion des marchandises.

210. Ainsi, le prêteur est privilégié, non-seulement pour les déboursés relatifs à la marchandise, mais encore pour les prêts faits en vue de cette marchandise, pour les crédits ouverts à raison d'icelle, pour toutes les opérations quelconques qui ont exigé des avances faites en contemplation de l'objet consigné (1).

211. Telle est aussi la jurisprudence anglaise, invoquée avec raison par MM. Delamarre et Lepoitevin au soutien de cette doctrine (2). Paley enseigne positivement que le droit du commissionnaire ne se borne pas à retenir la chose pour tout ce qui lui est dû à l'occasion de cette chose; il la retient pour toutes ses créances commerciales indistinctement, pour tout ce qu'il a avancé depuis qu'il a été saisi de la chose; car il a été fondé à voir dans la marchandise sa garantie. C'est là le droit commercial universel (3).

212. Remarquons-le bien toutefois : dans les

(1) Cassat., 23 juin 1830 (Devill., 9, 4, 346).

(2) T. 2, n^o 391.

(3) *Infrà*, n^o 467.

affaires de commission et autres où le gage se forme tacitement, on n'entend par *avances* que ce qui a été avancé depuis l'expédition ou après la consignation. Si le commissionnaire avait fait des avances antérieures à la consignation, il n'aurait pas le droit de retenir les marchandises en vertu de l'art. 93 du Code de commerce (1). En faisant les avances avant d'être nanti, et d'avoir même l'espérance qu'il le serait, il a suivi entièrement la foi du débiteur (2). Il n'est pas du commissionnaire dont le gage est tacite, comme du prêteur qui n'est créancier qu'en vertu de la convention, et qui, par cette convention, règle sa position et peut stipuler que le gage viendra après le découvert. Nous le répétons : le commissionnaire est dans une situation autre. Il ne pourrait réclamer un gage sur la chose livrée postérieurement qu'autant qu'il serait intervenu une convention expresse entre les parties. Sans cette convention, il n'est pas fondé à prétendre que sa créance rentre dans la classe des avances privilégiées. Car, au moment où il s'est mis à découvert, rien ne l'autorisait à voir sa garantie dans des marchandises qui

(1) Cassat., 18 mars 1845 (Deville., 45, 1, 258, 259).
Rouen, 29 novembre 1838 (Deville., 39, 2, 34).
Douai, 29 novembre 1843 (Deville., 44, 2, 146).
Infrà, nos 226 et 246.

(2) *Infrà*, n° 246.

n'étaient pas en sa possession. Ce n'est pas en vue de ces objets qu'il a prêté; il a prêté à la personne et non à la chose. Il ne saurait changer *ex post facto* sa condition. Mais nous allons revenir bientôt sur ce sujet (1).

213. A part cette restriction essentielle, qui est aussi équitable que juridique, on voit que le mot *avances* est pris d'une manière large et favorable par la jurisprudence. Il faut rendre hommage à la Cour de cassation, à laquelle on doit surtout cette libérale interprétation.

C'est dans cet esprit qu'a été rendu par elle un arrêt qui décide même qu'il est censé y avoir avances, dans le sens de l'art. 93 du commerce, alors que le commissionnaire, avant d'avoir payé, a accepté des lettres de change pour le commettant, et que, par suite de cette acceptation, le commettant a négocié ces effets et en a touché le montant de la part des tiers. L'acceptation a procuré au commettant les fonds qui l'ont enrichi, et la marchandise consignée en vue de cette acceptation en doit répondre (2).

214. Maintenant, passons à un autre ordre d'idées, et occupons-nous de l'étendue du privilège sur la chose même, c'est-à-dire de la relation de la créance avec la chose. Ici encore se rencontrent des questions graves et intéressantes.

(1) *Infrà*, nos 219 et suiv.

(2) Cassat., 4 juillet 1826, req. (Deville., 8, 1, 380).

C'est surtout le droit commercial qui les fait naître. Rien n'est plus riche que ce droit sur la matière du gage; rien n'est plus nécessaire à étudier par ceux qui veulent l'approfondir.

Avant tout cependant, posons quelques règles essentielles à rappeler, et que nous puissions dans le droit civil. Le droit civil est le principe du droit commercial. C'est presque toujours en lui que la jurisprudence commerciale doit prendre son point d'appui, et ce serait un tort grave que de faire sans nécessité une jurisprudence commerciale *sui generis*, sans liaison avec le droit civil (1).

215. De la combinaison des art. 2073 et 2074 il résulte que l'étendue du privilège se mesure sur la dette, et que la chose n'est affectée que jusqu'à concurrence de la dette. Il y a une liaison intime entre la dette et la chose. Si la chose est affectée, c'est pour la sûreté de la dette en vue de laquelle le gage a été donné (art. 2083). Mais elle n'est pas affectée par les dettes étrangères à la constitution du gage, par les dettes pour sûreté desquelles le gage n'a pas été donné. On a vu au n° 212 une application de cette idée.

216. Il est donc bien important de renfermer dans cette limite l'affectation du gage. On bouleverserait tous les principes si on l'étendait au

(1) Voyez notre *Préface*.

delà; ce serait donner une préférence à des créances qui n'y ont pas droit; ce serait briser l'égalité entre créanciers dont le sort doit être le même, tant qu'il n'y a pas entre eux une cause légitime de privilège.

217. Cette liaison entre la dette et la chose ne dépend pas du temps dans lequel le gage a été donné. Que la dette soit antérieure au gage, lequel n'a été exigé et donné qu'après coup, ou bien que le gage ait été donné en même temps que l'argent, ou même qu'il ait été livré avant le déboursé, tout cela est indifférent. Ce qui est à considérer, c'est que le gage ait été fourni en contemplation de telle somme payée ou devant être payée (1); c'est qu'il ait été affecté précisément par la volonté des parties à cette somme. Les lois romaines ont, dans leurs vastes prévisions, porté leur attention sur ces points de doctrine. Le gage, disent-elles, peut être donné, soit pour un contrat qui se forme, soit aussi pour un contrat déjà formé; *et sive in presenti contractu, sive etiam praecedat*. Telles sont les paroles de Marcianus (2). Ne les oublions pas; elles nous seront bientôt nécessaires pour répondre à quelques sophismes.

218. En droit civil donc, le privilège existe soit que la somme ait été payée avant la récep-

(1) *Suprà*, n° 212.

(2) L. 5, D., *De pignorib. et hypoth.*

tion du gage, soit qu'elle n'ait été payée qu'après. Il suffit que la convention établisse un lien intime entre la chose et la dette, et ait affecté celle-là à celle-ci.

219. Si tout cela est vrai en droit civil, il semble qu'à plus forte raison le droit commercial, si ennemi des subtilités, a dû s'approprier des principes aussi clairs et aussi simples. Ils y sont cependant l'objet de controverses très sérieuses. Ce n'est pas qu'on révoque en doute que le nantissement puisse s'adapter *ex post facto* à une dette préexistante. Pierre a fait des avances à François; ce dernier lui doit 25,000 fr. Pierre, voulant avoir des garanties, exige, six mois après, que François lui envoie des marchandises en nantissement. Il le peut; mais, suivant quelques-uns, il ne sera valablement nanti qu'autant qu'il aura passé avec François un acte formel de nantissement; et cela, lors même que les parties n'habiteraient pas la même place, lors même qu'il y aurait eu expédition. Supposez, au contraire, que Pierre n'ait déboursé ses 25,000 francs que lorsque déjà François lui avait remis la possession effective ou virtuelle de marchandises; alors la passation d'un acte exprès ne sera pas nécessaire; le gage existera de plein droit comme élément de l'opération; il suffira que l'agissement soit prouvé par les moyens ordinairement reçus en matière commerciale.

Telle est la thèse qui tend de toutes ses forces

à devenir dominante. A ce point de vue, on ne s'inquiète pas de savoir si c'est le gage qui a été donné en contemplation de la dette; on veut rigoureusement que ce soit l'argent qui ait été donné en contemplation d'un gage déjà livré.

220. C'est sur l'art. 93 du Code de commerce qu'on se base pour établir cette différence profonde entre le cas où les avances ont précédé la consignation, et celui où la consignation a précédé les avances. On subtilise sur les mots, on épiluche la lettre, et l'on arrive à se persuader que l'art. 93 a établi un droit différent pour l'un et pour l'autre cas. Il faut l'avouer: bien que la droite raison n'aperçoive pas le motif d'une telle diversité, la pratique des tribunaux a quelquefois prêté à l'art. 93 du Code de commerce ce sens au moins extraordinaire, et l'usage commercial est menacé d'être vaincu par des distinctions inintelligibles pour les négociants de bonne foi.

221. Comme cette matière est très importante, nous devons nous y arrêter quelque temps. Nous examinerons les espèces; nous ferons un triage des cas particuliers, et nous tâcherons de ne pas faire de faux pas dans cette route, rendue difficile par d'imposants préjugés.

En prenant pour point de départ l'hypothèse favorite et non contestée où les avances ont suivi la consignation, on arrive de degré en degré à des situations qui s'en éloignent et dont il faut apprécier les nuances.

222. Voici d'abord celle qui s'en rapproche le plus :

Pierre m'annonce, par une lettre de Bordeaux, qu'il va me faire tenir le connaissement d'un chargement de vins qu'il me destine en consignation, et il me prie d'accepter ses traites sur Rouen où je réside. Je donne mon acceptation, avant d'avoir reçu le connaissement. En attendant, le chargement s'opère et le connaissement m'est adressé. Sur ces entrefaites, et le navire n'étant pas encore parti quoique chargé, Pierre fait faillite, et Jacques, qui a vendu les vins, les revendique et les fait saisir. Y sera-t-il fondé? Non, dit un arrêt de Rennes du 12 juin 1840, cité et approuvé par MM. Delamarre et Lepoitevin (1). Je n'ai accepté les traites qu'à la condition qu'un connaissement me serait remis, et cette promesse m'a été faite avant toute faillite. Or, la remise du connaissement venant à se réaliser, l'effet en remonte au jour de la convention. Je possède; j'ai la disposition de la marchandise: *Melior est causa possidentis.*

223. On le voit : le commissionnaire avait fait ses avances avant d'avoir reçu le connaissement, c'est-à-dire la marchandise. Mais ce connaissement lui avait été annoncé positivement, il lui avait été promis comme condition de son prêt,

(1) T. 2, n° 410.

et l'effet n'avait pas tardé à suivre la promesse. Si cependant on avait voulu s'en tenir au système qui exige que la tradition du gage soit l'antécédent du prêt, le commissionnaire aurait dû succomber; et certes ce ne serait pas sans un grand dommage pour le commerce qu'une telle jurisprudence prévaudrait. Les traites à accepter arrivent plus vite que le connaissement, qui ne peut être délivré que lorsque les longues opérations du chargement sont terminées. Il faudra donc laisser le crédit en suspens, et perdre un temps précieux. Non! l'art. 93 ne saurait être entendu en tenant si peu de compte des besoins du commerce. Cet article veut favoriser le crédit et les expéditions. Il faut que les juges lui donnent le sens qui facilite le plus le mouvement des capitaux et des marchandises, et non celui qui les paralyse ou les entrave.

224. Cet arrêt de Rennes n'est pas le seul qui ait donné à l'art. 93 du Code de commerce ce sens raisonnable. Je trouve dans les recueils un arrêt conforme de la Cour royale de Bordeaux du 28 janvier 1839 (1), et un arrêt de la Cour royale de Dijon du 10 avril 1843 (2). Pour éviter la fatigue, je me contente de rappeler l'espèce du second de ces arrêts.

(1) Dalloz, 39, 2, 142.

(2) Dalloz, 44, 2, 69.

Junge Rouen, 4 juillet 1842 (Dall., 43, 2, 214).

Vincent aîné, marchand de vins à Romanèche, demande aux frères Loran, commissionnaires à Bercy, une avance de fonds, leur annonçant l'expédition de vins qui garantissent le découvert. L'avance fut effectuée et les vins partirent ensuite. Un double de la lettre de voiture fut remis aux frères Loran.

Les vins, quoique partis le 6 décembre 1840, n'arrivèrent à Paris qu'en mars 1841, par suite de la difficulté de la navigation et des rigueurs de l'hiver. A ce moment, Vincent était en faillite. Les syndics revendiquèrent les vins entre les mains de Loran. Mais l'arrêt de la Cour royale maintint ceux-ci dans leur privilège. Interprétant l'art. 93 dans un sens équitable et non étroit, elle décida que quoique les avances eussent précédé l'envoi de la marchandise, cependant l'opération ne constituait pas moins ce que l'art. 93 appelle : avances sur marchandises. Car l'avance n'avait été faite que sous la condition de l'expédition, et l'expédition s'était réalisée; elle avait nanti le commissionnaire avant la faillite. *Melior est causa possidentis.*

225. Ces trois arrêts sont dignes de considération; et si on les combine avec un arrêt de la Cour de cassation du 23 avril 1816 (1) qui

(1) Devill., 5, 2, 480.
Chambre civile, rejet.

juge positivement que le privilège existe sur la marchandise en vue de laquelle le prêt a été fait, et cela encore bien que l'existence de la créance eût précédé l'expédition de la marchandise, on est frappé de la gravité de ces autorités qui réunissent dans le même accord la Cour de cassation et deux cours royales éclairées. Pour moi, je recommande ces arrêts aux magistrats qui ne voudront pas s'écarter du véritable esprit de l'art. 93. Au nom de l'intérêt du commerce, n'empêchons pas les avances de précéder l'envoi de la marchandise; ces avances sont une providence pour ceux qui les reçoivent; arrivées en temps opportun, elles deviennent entre les mains de l'emprunteur un moyen de faire fructifier son commerce et de prévenir des faillites.

226. Faut-il regarder comme contraire un arrêt de la Cour d'Aix du 11 janvier 1831 (1)? L'arrêtiste ne fait pas connaître avec précision les conventions intervenues entre le prêteur et l'emprunteur, et il résulte des motifs de l'arrêt que le prêteur avait accepté et payé les traites, non-seulement avant d'avoir reçu le connaissement, mais avant d'avoir reçu l'avis de l'expédition; en sorte qu'il avait suivi purement et simplement la foi de l'emprunteur. Il est vrai que plus tard un connaissement avait été adressé

(1) Dalloz, 31, 2, 447.

par l'emprunteur au prêteur; mais ce connaissement devait-il s'appliquer, dans l'intention des parties, à couvrir les opérations antérieures? Rien, ni dans les faits ni dans l'arrêt, ne permet de le supposer; il semble que le chargement expédié était plutôt destiné à servir de gage pour le paiement de nouvelles traites venant plus tard à échéance. Dans cet état de choses, il n'est pas étonnant que l'arrêt ait refusé le privilège. C'était rentrer dans les idées que nous émettions tout à l'heure et d'après lesquelles le gage n'est pas affecté par les créances qui lui sont restées étrangères (1). On pourra se rappeler que ce n'est pas la première fois que nous les émettons. Nous les avons fait ressortir dans notre commentaire des *Privilèges et hypothèques*, en parlant de l'ouvrier qui, recevant des matières premières pour les travailler, et les ayant rendues sans avoir été payé de son salaire, aurait la prétention d'affecter à son gage d'autres matières premières remises après coup, sans que la convention les ait formellement engagées entre ses mains à titre de garantie (2).

227. C'est dans une hypothèse semblable qu'a été rendu un arrêt de la Cour de Douai du

(1) *Suprà*, n° 212.

(2) T. 1, n° 259 et 178.

29 novembre 1843, qui n'a peut-être pas toujours été apprécié à sa véritable portée par les arrêstistes. On va voir que les faits n'établissaient aucune liaison conventionnelle entre les avances et le chargement servant de gage.

Duez-Dubrunfaut envoie à Charles Carlier un connaissement de cinquante pièces d'eau-de-vie qu'il passe à son ordre, avec prière de lui faire des avances. Charles Carlier fait des avances après la réception du connaissement. Nul doute que ces avances ne fussent privilégiées; elles avaient été faites sur la foi de la consignation. Mais, avant cette négociation, Ch. Carlier avait fait d'autres avances à Duez-Dubrunfaut. Il voulait que son privilège sur les eaux-de-vie s'étendit à ces avances. L'arrêt de la Cour de Douai du 29 novembre 1843 décida, d'accord avec le tribunal de commerce de Dunkerque, que ces avances n'étaient pas privilégiées; car les avances n'avaient pas été faites en contemplation des eaux-de-vie consignées, et, à l'époque où les parties avaient contracté, le créancier n'avait pas même eu la pensée de recevoir un jour ces eaux-de-vie en consignation.

228. On le voit: il est important de ne pas donner trop de portée aux motifs sur lesquels s'appuie cette décision. Si je ne me trompe, l'arrêt de Douai est plutôt en fait qu'en droit; il ne fait pas profiter le privilège aux avances antérieures par la raison que la convention ne l'a pas voulu. Il interprète la volonté des par-

ties en ce sens, qu'elle avait affecté les marchandises aux avances postérieures, et non aux avances antérieures à la consignation.

229. Ces décisions écartées, il est temps d'arriver à des arrêts contraires. Il en est deux de la Cour royale de Nîmes du 7 juin 1843, qui, malgré la convention la plus formelle, ont refusé le privilège aux avances antérieures à la tradition du gage (1). Cette jurisprudence a été un sujet d'inquiétude dans les pays où se fabrique la soie. Là, les villes manufacturières étaient dans l'usage de faire des avances à ceux qui cultivent le mûrier et élèvent les vers à soie; et par ces avances elles les aidaient à faire leur récolte et à préparer pour la fabrication la matière première. J'ajoute que, dans l'opinion commune des commerçants, on tenait que les avances faites en vue de livraisons futures, étaient privilégiées sur les produits que le débiteur envoyait ensuite au prêteur.

230. Par exemple, un négociant de Saint-Étienne faisait des avances à un moulinier en soie de l'Ardèche, et stipulait que ce dernier lui enverrait en nantissement une partie de marchandise sortie de son usine. Quand le moulinier avait produit, il réalisait la consignation, et le négociant de Saint-Étienne se payait sur son gage.

(1) Devill., 45, 4, 258, 259; Dalloz, 45, 4, 242.

On sent combien cette manière de procéder était favorable à l'industrie qui fait la richesse des départements du midi; elle mettait des ressources à la portée des producteurs de la matière première, et elle donnait aux capitalistes les sûretés nécessaires pour leurs avances.

Eh bien! les arrêts de Nîmes, se croyant enchaînés par l'inexorable lettre de l'art. 93, ont décidé que ces avances, faites en contemplation de la marchandise future, n'étaient pas privilégiées. Bien que le prêteur eût été nanti de la marchandise même, on la lui a retirée par la raison que l'art. 93 n'autorise le privilège que pour les avances faites après l'expédition, et non pas pour les avances faites en contemplation d'une consignation attendue.

231. Pour faire ainsi violence aux habitudes et aux intérêts du commerce, pour paralyser à ce point les transactions et arrêter l'essor du crédit, il faudrait de puissantes raisons de droit. En existe-t-il? C'est ce qu'on va voir.

Dans l'ancienne jurisprudence commerciale, on ne doutait pas que le commissionnaire ne fût privilégié autant pour les avances antérieures que pour les avances postérieures; et voici comment Valin s'exprimait sur le compte de ceux qui mettaient en doute un droit si utile aux intérêts du commerce :

« Cela est si naturel et si juste, qu'il est » étonnant qu'il se soit rencontré des *gens assez* » *chicaneurs* pour disputer la compensation en

» pareil cas, de même qu'en tous autres où le
 » négociant se trouve nanti, soit avant, soit après
 » les avances. Aussi ont-ils succombé tout autant
 » de fois qu'ils ont eu la témérité d'élever la
 » question. »

Puis Valin insiste pour faire ressortir combien « les opérations qui produisent la circulation » vive du commerce sont favorables et méritent d'être » protégées (1). » Cette doctrine est bien formelle ; elle émane d'un jurisconsulte aussi expérimenté que savant. Elle atteste la pratique commerciale dans ce qu'elle a de plus vrai et de plus constant.

232. L'art. 93 a-t-il dérogé à cet usage ? A-t-il limité le privilège aux avances faites après l'expédition ? A mon avis, il faut entendre cet article d'une manière bien étroite pour lui prêter ce sens restrictif, si contraire aux lois du commerce, à l'usage, à la bonne foi !

L'art. 93 veut que le commissionnaire ait fait des avances sur la marchandise. Est-ce que l'avance n'est pas faite sur la marchandise alors même qu'elle précède l'envoi du gage, pourvu toutefois que ce soit en contemplation de cette marchandise annoncée et promise que des anticipations ont eu lieu ? Est-ce que l'avance n'est

(1) T. 1, p. 610, sur le t. 40, art. 3, de l'ordonn. de la marine.

pas liée au gage et le gage à l'avance, de telle sorte que l'avance repose sur le gage ? Comment ! on prétendra donc qu'un prêt n'est pas un prêt sur gage parce que l'argent aura été payé d'abord et le gage délivré ensuite ? Eh ! qu'importe que l'argent précède le gage ou le gage l'argent, si la convention unit l'argent et le gage d'un lien qui affecte l'un à l'autre ? Quoi ! l'argent donné en contemplation du gage réalisé sera de meilleure condition que lorsque le gage est donné par suite d'un argent déjà avancé en contemplation des sûretés qu'il offre ? Et l'on viendra dire que l'avance n'est pas faite sur le gage donné après coup, quoiqu'il soit bien entendu entre les parties que l'argent a sa garantie dans ce gage, et qu'il n'ait été déboursé taxativement que pour être affecté sur cette marchandise ? J'avoue que je voudrais une interprétation plus large, plus équitable, de la loi commerciale qui repousse si énergiquement les subtilités, et s'adresse au simple et gros bon sens de tout ce qui fait le négoce.

233. Puis, l'art. 93 exige pour l'existence du privilège, dans le cas par lui prévu, que la marchandise soit expédiée. Est-ce donc que, dans les espèces jugées à Nîmes, la marchandise n'avait pas été expédiée et déplacée ? est-ce qu'elle n'était pas passée des mains de l'emprunteur dans celles du prêteur ? est-ce que le prêteur ne la détenait pas, non pas seulement virtuellement

par le connaissance et la lettre de voiture (1), mais en réalité et d'une manière effective? Que faut-il donc de plus?

234. L'interprétation que je combats s'imagine de bonne foi qu'elle s'en tient à la lettre de l'article 93, tandis qu'elle ajoute arbitrairement à la lettre de cet article. Elle lit l'art. 93 comme s'il y avait : *Tout commissionnaire qui a fait des avances sur des marchandises à lui DÉJÀ expédiées d'une autre place.* Or, ce mot DÉJÀ n'est pas dans l'art. 93; on l'y introduit sans raison, sans nécessité, sans que la pensée du législateur le sous-entende. Placez-vous, en effet, au moment où le commissionnaire réclame son privilège. Est-ce que toutes les conditions de l'art. 93 ne se réalisent pas? Est-ce qu'il n'y a pas eu des avances? Est-ce que le contrat ne les a pas affectées sur des marchandises désignées? Est-ce que les marchandises n'ont pas été expédiées?

235. Le vice de cette fausse interprétation vient de ce qu'elle ne voit pas que l'art. 93 ne fait que donner l'énumération des conditions requises au moment où le privilège est réclamé. En effet, le législateur se place à l'instant où éclate la faillite; il jette un coup d'œil rétrospectif sur le passé; il déclare ce qu'il faut que le gagiste ait fait pour être privilégié. Nos ad-

(1) Comme dans les espèces de Rennes, Bordeaux et Dijon.

versaires ne comprennent pas cette situation. Eux, ils se placent au moment du prêt, et ils veulent que la marchandise soit déjà expédiée, pour que l'avance soit utilement faite. Où ont-ils vu que le législateur ait préféré cet aperçu exclusif? Est-ce que la tournure de la phrase ne se prête pas autant et mieux à notre système qu'au leur? Et d'ailleurs, croient-ils qu'il faille si peu de chose pour renverser les précédents, l'usage, toute l'ancienne jurisprudence, toutes les garanties contre les *chicaneurs*?

236. On a cependant cherché des raisons de décider et on s'est flatté d'en avoir trouvé. Écoutez-les :

Pourquoi, l'égalité entre créanciers étant la règle, le législateur a-t-il cependant créé un privilège au profit du commissionnaire? Parce que ce créancier a été plus prudent, plus sage que les autres créanciers. Ceux-ci se sont contentés de la parole du débiteur; s'ils sont trompés, ils sont victimes de leur imprudence. Au contraire, le commissionnaire, qui n'a fait des avances que contre la délivrance effective de la marchandise, n'a voulu courir aucune chance; il n'a livré son argent d'une main que parce qu'il recevait de l'autre des sûretés. Il a été sage : *Vigilantibus jura scripta sunt* (1).

(1) V. la discussion qui a précédé l'arrêt de Nîmes du 7 juin 1843 (Dalloz, 43, 2, 199).

Mais, si au lieu d'un commissionnaire qui a traité avec cette prudence, vous mettez un commissionnaire qui a commencé par se mettre à découvert, attendant de la bonne foi du débiteur de lui envoyer des marchandises, ce commissionnaire n'a pas été plus sage que les autres créanciers; comme eux, il s'est fié à la bonne foi du débiteur; comme eux, il doit subir les conséquences de son imprudence. Tel est le résumé non affaibli des raisons du système adverse.

237. Pour moi, je le demande, est-il possible de s'arrêter à de pareils arguments? Comment! le créancier, qui n'a déboursé son argent qu'à la condition d'être couvert par un gage, n'a prêté qu'à la bonne foi du débiteur? Il n'a pas voulu joindre à la promesse de la personne la sûreté de la chose? Quoi! il est nanti par une précaution que sa prudence lui a dictée; il est réellement nanti d'un objet qui est retiré de la masse des biens possédés par le débiteur! cet objet n'appartient désormais au débiteur que d'une manière imparfaite et sous la condition de payer; les autres créanciers sont obligés de venir chercher cette chose entre les mains du commissionnaire, qui la détient réellement ou virtuellement; possesseur, il peut écarter leurs recherches en disant: *Melior est causa possidentis* (1). Et l'on vien-

(1) *Suprà*, nos 95, 97.

dra dire qu'il est dans la même condition que les créanciers qui n'ont aucun nantissement, aucune sûreté, aucune possession! C'est à n'y pas croire. Et depuis quand la promesse de gage n'arrive-t-elle pas à toute l'efficacité du gage proprement dit, quand la tradition a eu lieu et que le gagiste a la chose dans les mains en vertu du contrat? Dès ce moment, cesse la simple promesse de gage; c'est un gage qui a été réalisé, et qui est parfait.

238. Il est donc clair que cette recherche du but de la loi, créatrice du privilège, se rétorque contre ceux qui s'y livrent. Il y a évidemment un créancier qui a fait foi à la chose plus qu'à la personne. Que cette chose lui ait été donnée un peu plus tôt, un peu plus tard, avant ou après la délivrance de l'argent, c'est une puérité de s'en inquiéter. Le fait est qu'il est nanti, et qu'il a retiré, en temps utile, du patrimoine servant de gage aux autres créances, un objet qu'il détient privativement pour sa sûreté. Il est dans toutes les conditions qui érigent le privilège de gagiste. C'est ce que le jurisconsulte Marcianus décide d'une manière expresse: « *Res hypothecæ* » *dari posse sciendum est, sive in diem vel sub conditione, et sive in præsentibus contractus est, sive etiam* » *PRÆCEDAT* (1). » Et véritablement, on s'étonne qu'il soit nécessaire d'insister sur des vérités aussi élémentaires. D'ailleurs, le gage est toujours ac-

(1) L. 5, D., *De pignori*.

cessoire à une obligation principale ; l'important est que cette obligation principale existe. Dès l'instant qu'elle existe, on ne voit pas pourquoi le gage donné *ex post facto* serait moins privilégié que celui qui a été donné au moment du contrat principal.

239. Voici maintenant une autre raison dont se sont avisés les partisans de l'interprétation restrictive, contre laquelle on ne saurait trop s'élever.

Le privilège tient à la nature, à la cause, à l'origine de la créance. Une créance qui n'est pas née privilégiée ne peut le devenir plus tard à l'aide de conventions postérieures. Ainsi, aucune circonstance, aucun fait postérieur aux avances, ne peut faire qu'à l'instant où la créance a pris naissance, elle soit née privilégiée, puisque, dans cet instant, la condition du privilège, la possession, n'était pas remplie.

Cette objection, à force de vouloir prouver, ne prouve rien du tout. Comment ! vous prétendez qu'une créance qui n'est pas née privilégiée ne peut le devenir *ex post facto* par aucune circonstance ? Mais quoi ! je prête aujourd'hui à Pierre 6,000 fr. sans caution, sans gage, sans garantie ; ma créance n'a de privilège d'aucune espèce ; est-ce que cependant Pierre et moi nous ne pouvons pas convenir six mois après, par acte formel, que je reçois en gage tant de sacs de café et de sucre que vous me livrez pour garantie ? Est-ce que par-là ma créance, non privilégiée

dans l'origine, ne le devient pas *ex post facto* par la circonstance tirée de la volonté des parties ? Est-ce que Marcianus ne vous a pas dit que le gage peut venir s'ajouter à un contrat préexistant ? Et s'il s'y ajoute, ne lui communique-t-il pas des prérogatives qu'il n'avait pas avant ?

L'argument n'a donc rien de bien inquiétant.

240. J'ajoute que, dans l'espèce jugée par la Cour de Nîmes, la créance n'avait pas besoin de devenir privilégiée ; elle l'était *ab initio*. Le négociant de Saint-Étienne n'avait donné son argent au moulinier de l'Ardèche qu'à la condition qu'un gage lui serait envoyé. Or, cette condition étant accomplie par la réalisation du gage, l'effet en remontait au jour du contrat (1).

241. Nous reconnaissons pourtant, avec nos adversaires, que la tradition est de l'essence du gage (2). Mais ce n'est pas à dire pour cela que le contrat doit commencer par la tradition (3). A quelque époque que se fasse la tradition (pourvu que le débiteur ne soit pas failli), cette tradition est bonne ; elle investit le contrat de toutes ses conditions. Si nous venions prétendre qu'avant la tradition le créancier a un droit réel dans

(1) Favre, *Ration.*, sur la loi 5, D., *De pign. et hypothec.*

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 40, enseignent quelque chose d'analogue.

(2) *Suprà*, n°s 25, 26.

(3) *Suprà*, n° 27.

la chose, c'est alors que les objections seraient victorieuses. Mais nous évitons, autant qu'il est en nous, de payer le tribut à l'absurde; nous disons que la tradition ayant lieu en vertu de la convention, alors naissent le droit réel, le privilège, la rétention.

242. En voilà assez sur cette première hypothèse. Nous n'hésitons pas à soutenir que lorsque la convention a fait du gage une condition formelle de l'avance, l'avance est privilégiée quand même le prêteur aurait fait son découvert avant d'avoir le gage entre ses mains (1). La réalisation du gage a un effet rétroactif et opère comme si le gage avait été fourni *ab initio*.

243. Voici maintenant une deuxième hypothèse. Ce n'est plus le cas où le gage, primitivement promis par la convention, vient trouver le créancier déjà à découvert de ses avances; c'est celui où les parties transportent la garantie, légalement attachée au gage originaire, sur un autre gage qu'elles entendent substituer au précédent. *Ab initio*, le créancier n'a jamais suivi la foi du débiteur; *ab initio*, il ne lui a prêté que sur un nantissement réalisé. Seulement, pour la commodité de l'emprunteur, celui-ci demande de mettre un autre gage à la place de celui dont il est nanti, et le créancier, à qui il importe peu que sa garantie repose sur telle chose plutôt que

(1) *Suprà*, n° 134.

sur telle autre, quitte la possession du premier gage pour prendre la possession du second. Dans cet état de choses, est-on fondé à dire que l'avance n'a pas été faite sur le second gage, qu'elle n'avait été faite qu'en vue du premier, et que le créancier a perdu sa rétention et son privilège?

L'affirmative a été jugée par la Cour royale de Rouen. Un arrêt de cette Cour a déclaré l'article 93 du Code de commerce inapplicable à cette situation.

244. Voyons d'abord l'espèce :

La maison Laffitte, de Paris, en vertu d'une convention passée entre elle et Duval, négociant à Dieppe, avait avancé à ce dernier une somme de 40,000 fr., pour garantie de laquelle il avait passé à l'ordre de ladite maison Laffitte un connaissement de plusieurs barriques d'eau-de-vie, expédiées sur le navire *l'Alexandre*.

Plus tard, Duval proposa à la maison Laffitte de reporter sur un chargement de barriques d'eau-de-vie, à lui expédié de Cette au Havre par le navire *l'Aglé*, le gage que cette même maison Laffitte avait sur les barriques de *l'Alexandre*. La proposition fut acceptée. Les connaissements de *l'Alexandre* furent renvoyés; Duval passa à l'ordre de la maison Laffitte les connaissements de *l'Aglé*.

Pendant que la marchandise naviguait de Cette au Havre, Duval tomba en faillite. Sarran et compagnie, vendeurs des liquides chargés sur *l'Aglé*, les firent saisir à titre de revendication. La

maison Laffitte prétendit au contraire qu'elle avait privilège pour ses avances de 40,000 fr.

Parmi les questions que ce débat fit surgir, il en est une que je dégage sur-le-champ et dont je veux seulement m'occuper ici. Les vendeurs revendiquants soutinrent, en particulier, que la maison Laffitte n'avait pas de privilège sur les marchandises de *l'Aglaé*, par la raison que ce n'était pas sur ces marchandises que portaient ses avances; que ce n'était pas en contemplation de ces mêmes marchandises que le prêt de 40,000 fr. avait été primitivement fait, mais bien en contemplation des marchandises chargées sur *l'Alexandre*; que dès lors la maison Laffitte n'était pas dans le cas de l'art. 93 du Code de commerce; car, d'après cet article, le privilège n'a lieu que sur la marchandise en vue de laquelle l'avance a été faite.

Ce système, repoussé par le tribunal de commerce du Havre, fut consacré, contrairement à toutes les notions d'équité commerciale, par la Cour royale de Rouen. Son arrêt est du 29 novembre 1838 (1). Toute la pensée de la décision se résume à ceci : Les avances de la maison Laffitte à Duval n'ont pas été faites en contemplation des marchandises du navire *l'Aglaé*. La maison Laffitte n'a donc pas le privilège de l'art. 93; cet article ne peut lui profiter pour évincer le vendeur.

245. Ce point de vue me paraît très étroit;

(1) Devill., 39, 2, 34 (Dal., 39, 2, 65).

j'aime bien mieux celui du tribunal de commerce, qui, mieux pénétré de la pratique commerciale et de l'importance des intérêts que l'art. 93 du Code de commerce a pour but de protéger, avait ainsi raisonné : L'art. 93 du Code de commerce, destiné à favoriser la circulation des valeurs de crédit et à faciliter les avances par la création de nouvelles garanties, doit être entendu dans un sens large. Que voulait Laffitte? Quel était le principe de la convention? C'était que ses avances fussent garanties par un connaissance passé à son ordre. Il n'attachait pas plus de prix à telle marchandise qu'à telle autre : *Magis merci quàm mercatori credidit*. L'important pour lui était d'avoir un gage, positivement assuré par un connaissance à ordre. Eh bien! en changeant le connaissance de *l'Alexandre* contre le connaissance de *l'Aglaé*, la maison Laffitte, loin de déroger à la condition de garantie et de nantissement, n'a fait que la confirmer. Elle est restée fidèle à son système de prêter à la marchandise plus qu'au marchand. D'ailleurs, l'action en revendication des vendeurs est moins favorable que celle de la maison Laffitte pour la rétention de son gage. Les vendeurs ont suivi la foi de l'acheteur; ils ont expédié la marchandise. Au contraire, Laffitte s'est défié; il a veillé à sa sûreté : *Magis merci quàm mercatori credidit*.

246. La vérité me paraît tout entière du côté de cette manière de voir. Maintenant que la jurisprudence a élargi le cercle de l'article 93,

maintenant qu'elle voit en lui un exemple notable et bon à suivre, et non une règle restreinte et limitative, je doute que l'arrêt de Rouen soit d'accord avec ce progrès, désormais acquis. Aujourd'hui plus que jamais, on peut dire avec MM. Delamarre et Lepoitevin (1): « L'art. 93 n'est pas » limitatif; il laisse au juge le pouvoir de décider » les questions imprévues, selon l'intérêt du » commerce et les règles de l'équité. »

Pourquoi l'art. 93 semble-t-il supposer un lien non interrompu entre les avances et les marchandises en vue desquelles les avances ont été faites? Pourquoi est-ce sur ces marchandises qu'il indique que le privilège s'exercera? Parce qu'il ne s'occupe, par forme d'exemple, que du commissionnaire, et que, dans les opérations de commission, les choses se passent habituellement ainsi que la Cour royale de Rouen voudrait qu'elles se passassent dans tous les cas. On sait que lorsque c'est un commissionnaire proprement dit qui est en jeu, le nantissement est plutôt implicite et tacite que conventionnel(2); il résulte virtuellement et sans convention de l'agissement principal; la chose affectée par lui est celle qui fait l'objet du contrat principal dont il est le simple accessoire. Ainsi, par exemple, des marchandises sont expédiées à un com-

(1) T. 1, n° 410.

(2) *Suprà*, nos 42 et 212.

missionnaire pour les vendre, pour les recevoir, pour les conserver, etc., etc. Il est évident que le gage tacite, produit accessoirement par le contrat de commission, ne saisira que les marchandises en vue desquelles la commission a été donnée et acceptée; ce sera sur ces marchandises seules, et non sur d'autres étrangères au contrat, que les avances seront faites (1). Toute l'exécution de la convention roulera uniquement sur ces marchandises; car le contrat n'a pas d'autre objet, d'autre intention, d'autre portée; et, par suite, le gage accessoire acquis au commissionnaire s'étendra taxativement aux seules marchandises mises en commission.

Mais si, à la place d'un commissionnaire et d'un gage tacite, vous mettez un négociant qui n'a de gage que parce qu'il l'a exigé, si le gage, au lieu d'être virtuel, est conventionnel, il est évident que la convention a toute latitude pour faire porter le gage sur tel objet plutôt que sur tel autre, et que rien ne lui défend de substituer conventionnellement un autre gage au gage originellement donné. Cette substitution constituera un agissement qui ne différera pas sérieusement de celui en vertu duquel le commissionnaire a son privilège d'après l'art. 93. Il y aura parité complète, et l'on pourra dire: *Eadem ratio, idem jus*. Dans un cas comme dans l'autre,

(1) *Suprà*, n° 212.

ce sera toujours un nantissement qui aura été effectué, si ce n'est que l'un a été tacite et que l'autre est exprès. Prenez l'exemple d'un prêt fait par un banquier. Il avance ses fonds contre telle marchandise qui lui est expressément donnée en gage. Mais que lui importe que ces marchandises soient des fers, des vins, des blés, etc.? Le point capital pour lui, c'est que le gage soit suffisant. Sans doute, le prêt a le gage pour condition; le prêt et le gage sont étroitement liés. Mais le gage n'est pas irrévocablement circonscrit dans telle chose plutôt que dans telle autre; et s'il plaît aux parties de substituer des fers aux vins, des blés aux eaux-de-vie, on ne voit pas pourquoi on argumenterait contre la légitimité de cet agissement, au nom de l'art. 93. Le point décisif, c'est que la chose se trouve dans les conditions d'expédition et de possession prévues par l'art. 93. La maison Laffitte était nantie; elle portait en main un connaissement passé à son ordre, et en vertu duquel la marchandise n'était qu'à sa seule disposition.

247. Maintenant, voici la réflexion qui vient s'ajouter aux réflexions précédentes. Si le gage sur les marchandises de *l'Alexandre* a pu être conféré à la maison Laffitte sans les formalités de l'art. 2074, pourquoi pas le gage sur les marchandises de *l'Aglaé*? Pourquoi les mêmes formes qui ont présidé à la constitution du gage ne seraient-elles pas suffisantes pour le transférer sur un autre objet, qui est en voie d'expédi-

tion, qu'on n'a pas sous la main, qu'on serait peut-être fort en peine de décrire avec les détails exigés par l'art. 2074? C'est ce que l'esprit a de la peine à comprendre, et la Cour royale de Rouen n'a pu mettre une différence entre deux cas si conformes que parce qu'elle n'a pas su se détacher de la pensée d'un commissionnaire, lequel, en effet, n'a de gage tacite que sur la marchandise objet de la commission et par lui détenue. Je comprendrais les scrupules de cette Cour si l'art. 93 devait être pris minutieusement à la lettre; mais ils me semblent inadmissibles maintenant que le progrès de la jurisprudence a donné plus de latitude à l'art. 93. En 1838, malgré l'autorité (trop inaperçue) de la loi du 8 septembre 1830, beaucoup de bons esprits en étaient encore à ne vouloir attribuer le privilège de l'art. 93 qu'au commissionnaire seul (1); et, comme une telle restriction faisait peser sur le commerce de graves dangers, la jurisprudence cherchait à se réconcilier avec l'intérêt public en transformant en commission les opérations commerciales les mieux distinctes de la commission. Ainsi, par exemple, quand un banquier qui n'avait fait que prêter des fonds sur gage était nanti de connaissements à son ordre qui lui permettaient de recevoir et prendre la marchandise pour son nantissement, on disait: Ce

(1) *Suprà*, n° 159.

banquier, étant investi du droit de s'emparer de la marchandise, est un commissionnaire pour la recevoir, la garder, la vendre. Par-là on étouffait le véritable caractère du prêt, et tous les contrats se trouvaient aboutir à la commission. On a fini par sentir que cette voie n'était pas sincère, et qu'il était temps de rentrer dans le vrai. C'est ce qu'a fait la jurisprudence. Or, puisqu'il est constant désormais que l'art. 93 n'est pas fait exclusivement pour le commissionnaire, il ne faut pas appliquer à d'autres créanciers gagistes des conditions qui ne sont exigées qu'en vue du commissionnaire.

248. Ainsi, pour me résumer, l'agissement dont nous venons de nous occuper rentre dans l'esprit de l'art. 93 du Code de commerce. L'avance de la maison Laffitte était une avance sur une marchandise spécialement affectée; on lui a fait perdre son privilège par des scrupules exagérés et contraires à la bonne foi commerciale.

249. Reste une autre hypothèse :

Dans la précédente, l'avance et le gage n'avaient pas cessé de coexister. D'après la volonté des parties, l'argent de la maison Laffitte n'avait pas cessé un instant d'être prêté à la chose plutôt qu'à la personne.

Mais il peut arriver que le correspondant se mette à découvert sans gage initial, et que ce ne soit qu'après coup que la marchandise lui soit expédiée pour lui servir de nantissement, c'est-à-dire pour la vendre et se payer sur le prix,

Quant à moi, je n'aperçois pas la moindre raison plausible pour faire une différence entre ce cas et le cas précis de l'art. 93. Sans doute, l'argent est originairement sorti sans garantie des mains du prêteur; mais bientôt il a des inquiétudes; il pourrait forcer le débiteur à payer; il consent cependant à lui faire crédit et à prendre patience, moyennant un gage. N'est-ce pas comme si l'avance était réitérée, comme si le prêt recommençait? et, cette fois, à qui la confiance est-elle donnée, si ce n'est à la chose? dès lors, quel motif y a-t-il de s'écarter des errements de l'art. 93 et de refuser le privilège au prêteur nanti de la chose expédiée?

La Cour de cassation lui a cependant refusé, par arrêt du 18 mars 1845 (1), le bénéfice de l'art. 93 du Code de commerce. Cet arrêt est fondé sur ce que cet art. 93 ne doit pas être étendu au delà du cas où les avances ont été faites postérieurement à la réception de la marchandise, ou à l'envoi du connaissement ou de la lettre de voiture. Dans l'espèce dont la Cour avait à s'occuper (2), cette doctrine était moins exagérée que dans les arrêts de Nîmes dont nous avons eu à nous occuper précédemment. Toutefois, je la crois susceptible de critique; et puisque la Cour de cassation a elle-même jugé,

(1) Devill., 45, 1, 258, 259; Dalloz, 45, 1, 242.

(2) Je l'ai donnée *suprà*, n^{os} 133 et 134.

par de notables arrêts qui font le plus grand honneur à sa jurisprudence, que l'art. 93 n'est pas limitatif en ce qui concerne la qualité des personnes (1), l'expédition directe (2), et autres cas assez nombreux (3), je ne vois pas pourquoi elle veut qu'il soit limitatif sous d'autres rapports qui ne sont pas fondamentaux et ne touchent en rien à l'essence du gage. Y a-t-il, oui ou non, une dette? Évidemment oui. Y a-t-il un gage spécialement affecté? Oui encore. Et ce gage n'a-t-il pas été expédié de place en place et remis dans la possession effective du créancier? Oui encore une fois. Et ce ne serait pas là un cas pour lequel l'art. 93 doit servir de guide?

250. Au surplus, nous avons vu ci-dessus (4) que, sous un autre rapport, le gage était valablement constitué dans l'espèce dont il s'agit, quoiqu'il n'y eût pas d'acte spécialement rédigé et enregistré, et que la forme de l'art. 2074 n'était pas nécessaire. Quand même l'art. 93 n'eût pas trouvé son application logique, ce n'était pas une raison pour anéantir le privilège; car, ainsi que nous ne cesserons de le redire avec la loi du 8 septembre 1830, le renvoi à l'art. 2074 du Code

(1) *Suprà*, nos 158, 159.

(2) *Suprà*, nos 160, 161.

(3) *Suprà*, nos 161 et suiv.

(4) Nos 133, 134.

civil n'est prescrit que dans le cas de l'art. 95 du Code de commerce. Il ne suffit pas, pour que les parties tombent sous l'empire de l'art. 2074, que l'agissement ne puisse pas être classé sous l'art. 93, il faut encore qu'il rentre positivement dans les conditions de l'art. 95, et c'est ce qui n'avait pas lieu ici, puisque les parties n'habitaient pas la même place et qu'il y avait eu expédition.

251. Passons maintenant à une autre difficulté; car elles abondent ici, et *uno avulso non deficit alter*.

Quelquefois le gagiste, consignataire de la marchandise, la sous-consigne moyennant des avances qui lui sont faites. Par exemple, un commissionnaire, qui n'a pas d'argent pour faire les avances que son correspondant exige de lui en contre-échange des marchandises qu'il lui expédie, emprunte à un tiers les fonds dont il a besoin. Peut-il déléguer à ce dernier son privilège en le saisissant par le connaissement ou la lettre de voiture à ordre? Le délégué a-t-il privilège sur les marchandises ainsi sous-consignées?

L'affirmative me paraît indubitable ainsi qu'à MM. Delamarre et Lepoitevin (1), et si l'on se reporte à l'espèce d'un arrêt de la Cour de cassation du 23 avril 1816, que j'ai rapporté ci-dessus (2),

(1) T. 2, n° 414.

(2) N° 169.

on verra que cette manière d'opérer est usuelle dans le commerce; elle étend le crédit; elle facilite les négociations; elle donne du mouvement aux capitaux et aux expéditions de marchandises.

On en a cependant contesté la légalité, sur le fondement d'un arrêt du 28 juin 1826 (1), émané de ladite chambre des requêtes.

252. En examinant à tête reposée ce précédent, est-il bien vrai qu'il fût décisif comme on le soutenait?

Leseigneur et compagnie, du Havre, proposent à Brindeau et compagnie, de Paris, d'accepter par intervention des traites tirées par un sieur de Cailleux; ils envoient en garantie un connaissement nominatif, constatant un chargement de 67 barriques de sucre brut devant arriver des colonies au Havre, à l'adresse desdits Leseigneur et compagnie.

Le 19 juil. 1824, Brindeau et compagnie acceptent. Par suite de conventions ultérieures, Brindeau et compagnie transmettent le connaissement à Martin Fouché et fils, du Havre; et cela, quoique ce connaissement ne fût pas à ordre.

Pendant que la marchandise était encore en route, Leseigneur et compagnie font faillite. Quelque temps après, la marchandise arrive au Havre, et Fouché et fils, porteurs du connaissement, se la font délivrer.

(1) Dalloz, 26, 1, 344.

Mais les syndics interviennent, et intiment défense à Fouché et fils de disposer des sucres.

Alors s'engage sur le privilège de ces derniers un débat que le tribunal de commerce du Havre et la Cour royale de Rouen, par un arrêt du 25 mars 1825, jugèrent en faveur des syndics. Pesons les termes de cette décision :

« Attendu que les privilèges ne peuvent être étendus, et que celui réclamé par Brindeau et Fievet ne repose sur aucun texte de loi; qu'ils ne sont point commissionnaires ayant privilège dans le sens de l'art. 93 du Code de commerce, puisque les marchandises ne leur étaient pas expédiées à Paris; que le connaissement porte qu'elles devaient être délivrées à la maison Leseigneur, du Havre;

» Qu'ainsi l'expédition n'ayant pas été faite par la maison Leseigneur à Brindeau et Fievet, ceux-ci ne peuvent réclamer ce privilège en vertu du connaissement dont ils sont porteurs;

» Qu'à la vérité, d'après l'art. 282 du même Code, un connaissement peut être à ordre et négocié; mais que la négociation d'un connaissement ne peut, pas plus que celle d'un effet de commerce, donner un privilège à celui qui en est saisi; que le porteur d'un connaissement qui lui a été transmis par la voie de l'ordre n'est que le mandataire du propriétaire de la marchandise; que l'art. 93 lui accorde bien le droit de la vendre pour le compte du commettant; mais qu'il n'a de privilège qu'autant que ce

commettant a fait au mandataire lui-même l'expédition des objets énoncés dans le connaissement qui a été adressé ou négocié à ce dernier. »

On le voit : le débat n'était pas entre le sous-consignataire Fouché et fils et les syndics; il était entre le consignataire primitif, Brindeau et Fievet, et ces mêmes syndics; l'espèce n'était donc pas la même que celle dont je m'occupe ici.

Au fond, cet arrêt contient bien quelques propositions dont on est justement surpris. Mais il peut se justifier par cette considération que le connaissement n'était pas à ordre, qu'il était à personne dénommée; que dès lors l'endossement ne rentrait pas dans les conditions de sa création, et qu'il n'avait pu valoir que comme simple mandat (1). Le pourvoi fut rejeté par arrêt du 28 juin 1826. On aurait pu donner de meilleurs motifs au soutien de ce rejet. Mais peu importe pour la question qui nous occupe et à laquelle il nous faut revenir.

253. De quoi s'agit-il? d'un sous-consignataire à qui le privilège a été transporté. Or, qu'im porte que ce soit le premier gagiste ou le second qui réclame le privilège? Si le commissionnaire avait fait les avances de ses deniers, il serait privilégié. Quelle est donc la raison qui

(1) *Infrà*, n° 337.

l'empêche de mettre à sa place celui qui a payé à sa place?

254. Il y a plus : par cela seul que la marchandise est en la possession du premier gagiste par le connaissement ou la lettre de voiture à ordre, il est à présumer, ou qu'il est propriétaire, ou qu'il a la liberté d'en disposer (1). Le tiers qui reçoit de lui la consignation est valablement nanti. La loi ne s'inquiète pas si la marchandise est ou non celle du débiteur. Les meubles n'ont pas de suite, et, dans le commerce surtout, celui qui en a la possession est censé avoir le droit d'en disposer. N'avons-nous pas vu ci-dessus (2) que, lors même que le gagiste aurait commis un abus de confiance en donnant en gage la chose à lui remise en nantissement, le gage subsisterait à l'égard du tiers de bonne foi? Combien à plus forte raison lorsque le gagiste n'a fait qu'une opération approuvée par l'usage et par la probité!!! Le tiers a vu qu'il y avait une marchandise expédiée; il a su qu'elle était susceptible d'être vendue et engagée (3); il a donné sa foi à cette marchandise; *magis merci quàm mercatori credidit*; il a fait des avances en contemplation de son arrivée dans ses mains.

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 415.

(2) N° 77.

(3) *Suprà*, n° 161.

La bonne foi serait compromise s'il était trompé dans son attente, et, de plus, on mettrait obstacle à la vive circulation dont le commerce a besoin.

255. Ainsi donc, supposons que Primus ait reçu des fonds de Secundus à qui il a consigné des marchandises, et que Secundus les consigne à son tour à Tertius qui lui prête des fonds : l'opération sera valable et Tertius aura privilège.

A plus forte raison aura-t-il privilège si ce sont ses fonds qui, après être passés dans les mains de Secundus, sont allés trouver Primus, propriétaire de la marchandise. Il y aura ici un argument à *fortiori* qui militera en faveur du consignataire de bonne foi et rendra sa cause invincible.

256. Pour terminer maintenant ce que nous avons à dire sur la liaison de la créance et de la chose engagée, nous insisterons sur un dernier point.

Dans les opérations commerciales de prêt sur gage, il arrive presque toujours, ou du moins très souvent, que le prêteur fait des avances successives, et que lorsque le débiteur les amortit par des remboursements, le prêteur continue les avances tant que la marchandise reste consignée dans ses mains. Tout se lie et se combine dans les opérations qui interviennent entre le commettant et le commissionnaire, de telle sorte qu'une avance étant couverte, soit par un paiement spécial, soit par le rapprochement du

compte courant, et étant remplacée par une autre avance, celle-ci est censée faite sur la marchandise aussi longtemps que dure la consignation (1). La chose reste toujours affectée spécialement à tous les prêts successifs ; elle leur est liée de la manière la plus étroite, et l'affectation privilégiée en est inséparable.

257. Passons à présent à un autre ordre d'idées.

Alors même que le nantissement est investi de toutes ses conditions intérieures et extérieures de validité, il est nul et de nul effet, relativement à la masse, s'il a été donné dans les dix jours qui ont précédé l'époque de la faillite de celui qui a constitué le gage (2).

Ceci cependant demande explication.

Quand la dette a été contractée sans l'auxiliaire du gage, avant les dix jours de la faillite, quelque loyale qu'elle soit, les parties ne sont pas maîtresses, alors que le débiteur en est arrivé à ce point de détresse, de la fortifier par un gage. Les choses doivent rester dans leur état ; nul ne peut améliorer sa position aux dépens des autres dans ce naufrage commun (3). Le créancier a suivi la foi de la personne ; *magis mercatori quam merci*

(1) Douai, 5 janvier 1844 (Devill., 44, 2, 258 et suiv.).

(2) Art. 446 du Code de commerce.

(3) V., *infra*, ce que nous disons de l'enregistrement, du transport, et nos 347, 348.

credidit. Il est trop tard pour qu'il puisse changer d'avis et augmenter ses garanties (1).

258. Mais que devrait-on décider si la dette avait été consentie avant le temps prohibé sous la promesse d'un gage, et si ce gage n'avait été fourni et appréhendé par le créancier que depuis ce même temps ? Faudrait-il décider que le gage, bien que promis alors que le débiteur n'avait aucun empêchement de contracter, n'a pas été réalisé en temps opportun, et qu'il est de nul effet à l'égard des tiers ?

L'affirmative m'a toujours paru certaine. Avant la faillite, il y avait promesse de gage, mais il n'y avait pas de nantissement réalisé. La faillite survenue s'oppose à cette réalisation ; elle ne permet pas que le gage, qui n'est avant elle qu'à l'état de promesse, passe à l'état définitif en se revêtant des conditions essentielles et constitutives qui lui manquent (2).

Mais *quid juris* si le gage a été non-seulement promis, mais stipulé actuellement, et que le créancier ne s'en soit mis en possession qu'après la cessation de paiement ou dans les dix jours qui la précèdent ?

(1) Art. 446 du Code de commerce.

M. Renouard, t. 1, p. 354, sur l'art. 446.

M. Esnault, t. 1, n° 186.

Rouen, 4 juillet 1842 (Dalloz, 43, 2, 214).

(2) M. Renouard, t. 1, p. 362.

Dans mon opinion personnelle, cette question doit être résolue comme la précédente. Mais à ceux qui obéissent à la jurisprudence des arrêts je signale un arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 1847 qui semble décider que la prise de possession est utile jusqu'au jugement de déclaration de faillite (1). Ils penseront de cet arrêt ce qu'ils jugeront convenable. Pour moi, je reste dans mes idées.

259. Si l'emprunt principal est contracté dans les dix jours qui précèdent la faillite (peut-être avec l'espoir de la prévenir), et que le nantissement ait été stipulé par le créancier comme condition de ses déboursés, l'opération, ainsi faite de bonne foi, doit subsister pour le tout. Le nantissement, contrat accessoire du prêt, ne peut en être séparé ; il en a été la condition ; il doit en rester la garantie. Dès l'instant qu'on respecte le prêt, on ne peut, sans inconséquence, invalider le gage dont le prêt est inséparable. L'actif du débiteur a profité de l'argent déboursé ; il n'est pas juste que la masse s'enrichisse aux dépens de celui qui a fait l'avance (2).

260. C'est une raison de plus pour que les

(1) V. *infra*, n° 276, ce que je dis de cet arrêt.

(2) Art. 446 du Code de commerce.

M. Renouard, *loc. cit.*

M. Esnault, t. 1, n° 188.

affaires de commission traitées dans les dix jours qui précèdent la faillite entraînent privilège sur les marchandises expédiées (1).

ARTICLE 2075.

Le privilège énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré, et signifié au débiteur de la créance donnée en gage.

SOMMAIRE.

261. Du nantissement des meubles incorporels.
 262. Pothier a nié en principe la possibilité d'un tel nantissement.
 263. Il reconnaît lui-même que l'ancienne pratique était contraire à sa thèse de droit.
 264. En effet, la jurisprudence admettait les nantissements des créances.
 265. Le Code l'a sanctionnée.
 A quelles conditions?
 Il faut un titre ayant date certaine et signifié.
 Utilité de la signification.
 266. Conséquence du défaut de signification.

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 597.
 Mon comm. des *Hypothèques*, t. 3, n° 634.
 Douai, 29 novembre 1843 (Deville., 44, 2, 145).

267. Cela s'applique à tous les nantissements de meubles incorporels, quelle qu'en soit la somme.
 268. Renvoi pour beaucoup de questions.
 269. Des significations tardives.
 270. Par exemple, de la signification faite après que les tiers ont fait une mainmise sur la chose donnée en gage.
 271. Suite.
 272. Suite.
 273. De la signification faite après la faillite ou dans les dix jours qui la précèdent.
 274. Suite et arrêts.
 275. Arrêts contraires.
 276. Discussion sur ces autorités.
 277. Le créancier gagiste doit recevoir la livraison des titres de créance.
 278. Première conséquence. Quand une créance est sans titre, elle ne peut faire l'objet d'un gage légal.
 279. Autre conséquence à noter alors que la créance est bien supérieure à la dette et que le débiteur répugne à remettre le titre entier au créancier.
 280. Résumé et nouvelles autorités.
 281. Tout ceci est applicable aux matières de commerce.
 282. *Quid juris* des valeurs négociables par endossement ou au porteur, et, par exemple, des lettres de change et billets à ordre?
 283. L'endossement suffit pour saisir le gagiste; il n'est pas besoin de la signification ni d'acte de nantissement.
 284. Suite.
 285. Réponse à quelques objections et véritable sens d'un arrêt mal compris par les arrétistes.
 286. Des actions industrielles négociables par endossement.
 287. Ou au porteur.

affaires de commission traitées dans les dix jours qui précèdent la faillite entraînent privilège sur les marchandises expédiées (1).

ARTICLE 2075.

Le privilège énoncé en l'article précédent ne s'établit sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilières, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré, et signifié au débiteur de la créance donnée en gage.

SOMMAIRE.

261. Du nantissement des meubles incorporels.
 262. Pothier a nié en principe la possibilité d'un tel nantissement.
 263. Il reconnaît lui-même que l'ancienne pratique était contraire à sa thèse de droit.
 264. En effet, la jurisprudence admettait les nantissements des créances.
 265. Le Code l'a sanctionnée.
 A quelles conditions?
 Il faut un titre ayant date certaine et signifié.
 Utilité de la signification.
 266. Conséquence du défaut de signification.

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 397.
 Mon comm. des *Hypothèques*, t. 3, n° 634.
 Douai, 29 novembre 1843 (Deville, 44, 2, 145).

267. Cela s'applique à tous les nantissements de meubles incorporels, quelle qu'en soit la somme.
 268. Renvoi pour beaucoup de questions.
 269. Des significations tardives.
 270. Par exemple, de la signification faite après que les tiers ont fait une mainmise sur la chose donnée en gage.
 271. Suite.
 272. Suite.
 273. De la signification faite après la faillite ou dans les dix jours qui la précèdent.
 274. Suite et arrêts.
 275. Arrêts contraires.
 276. Discussion sur ces autorités.
 277. Le créancier gagiste doit recevoir la livraison des titres de créance.
 278. Première conséquence. Quand une créance est sans titre, elle ne peut faire l'objet d'un gage légal.
 279. Autre conséquence à noter alors que la créance est bien supérieure à la dette et que le débiteur répugne à remettre le titre entier au créancier.
 280. Résumé et nouvelles autorités.
 281. Tout ceci est applicable aux matières de commerce.
 282. *Quid juris* des valeurs négociables par endossement ou au porteur, et, par exemple, des lettres de change et billets à ordre?
 283. L'endossement suffit pour saisir le gagiste; il n'est pas besoin de la signification ni d'acte de nantissement.
 284. Suite.
 285. Réponse à quelques objections et véritable sens d'un arrêt mal compris par les arrétistes.
 286. Des actions industrielles négociables par endossement.
 287. Ou au porteur.

288. Critique des arrêts qui ont voulu appliquer au nantissement de ces valeurs les dispositions des articles 2074 et 2075 du C. civil.
289. Suite.
290. Suite.
291. Des nantissements de bons et reconnaissances du mont-de-piété.
292. Résumé.
293. Difficulté de distinguer assez souvent les nantissements de créances des transports-cessions.
294. Sens des mots *meubles incorporels* de l'art. 2075. Différence de rédaction entre cet article et l'article 1689.
295. Il n'y a pas de nantissement de droits réels.

COMMENTAIRE.

261. Notre article s'occupe du nantissement des meubles incorporels. La mise en gage des créances, des actions dans les compagnies de finance ou d'industrie, des titres de rente, des effets de commerce négociables ou non, etc., etc., procure au commerce de grandes facilités pour emprunter; elle est un fréquent moyen de crédit.

262. Il est assez singulier, cependant, que Pothier ait enseigné que les meubles incorporels, tels que les créances actives, ne sont pas susceptibles du contrat de nantissement (1). La raison de ce jurisconsulte est qu'ils ne sont pas susceptibles de cette tradition réelle qui est de

(1) N° 6.

l'essence de ce contrat; et il se fonde sur la loi 43, § 1, D., *De acquir. rer. dominio*, qui porte : « *Incorporeales res traditionem non recipere manifestum est.* »

263. Il y a peu d'utilité aujourd'hui à discuter ce point en droit romain; on pourrait peut-être, à l'aide de la loi *h. C., Quæ res pignori.*, contester cette assertion de Pothier, et montrer que si sa proposition est vraie dans le pur droit civil, elle est fautive en équité et en droit prétorien (1). Mais à quoi bon une dissertation de cette nature? Pothier reconnaît lui-même que la pratique française était contraire aux principes rigoureux dont il est l'interprète, et il cite un arrêt de la Cour des aides, du 18 mars 1769, qui admet le débiteur à donner en nantissement, par le moyen d'un transport à titre de gage, dûment signifié, des créances et autres meubles incorporels de cette nature; arrêt qui décide que le créancier ainsi nanti a un privilège. Dans l'espèce de cet arrêt figurait le marquis de Girardin, créancier de 410,000 liv. d'un sieur Roussel, fermier-général. Ce dernier lui avait donné en nantissement, dans la forme dont nous venons de parler, une créance de 310,000 livres qu'il avait sur les fermes générales. Roussel ayant fait de mauvaises affaires, contre l'usage des fermiers-généraux,

(1) V. les *Conjectures* du président Favre, VIII, 15.

ses créanciers contestèrent le privilège de Girardin ; mais la Cour le valida.

264. Cet arrêt n'est pas le premier à reconnaître le privilège du créancier qui s'est fait donner des titres en nantissement. Un arrêt du parlement de Paris, du 9 juillet 1698, cité par Brillou, décide que celui qui en est saisi à titre de gage n'est obligé de les restituer que si on le paie (1).

265. Le Code civil, par son art. 2075, a sanctionné une jurisprudence si intelligente. Quelle raison aurait-il eue de priver le crédit du gage des dettes actives ? Il l'autorise donc aux mêmes conditions que l'arrêt de 1769. Les parties dressent un acte de transport en gage, qui, s'il est sous seing privé, doit être enregistré, ainsi que dans le cas de l'article précédent. Cela ne suffit cependant pas encore pour conférer le privilège. Outre la certitude de la date (2), il faut que l'acte soit signifié au débiteur de la créance. C'est cette signification qui avertit le débiteur du privilège du créancier ; c'est elle qui lie le débiteur au créancier nanti ; elle constitue le genre de prise de possession propre au transport des meubles

(1) *V° Gage*, n° 5. Voyez aussi le *Journal des audiences*, t. 5, n° 14, ch. 8.

(2) M. Gary.
Fenet, t. 15, p. 215.

incorporels (1). Car il a toujours été de règle en droit français que le simple transport ne saisit pas (2), et que c'est par la signification que le créancier prend possession extérieure de son droit.

La signification est d'ailleurs un bon moyen de rendre les fraudes plus difficiles ; elle oblige le créancier à se montrer aux tiers et à rendre son droit notoire ; par la publicité, elle peut souvent prévenir la dissimulation (3).

Si donc il arrivait qu'un créancier n'eût pas fait signifier son transport en nantissement, il ne serait pas privilégié à l'égard des tiers.

266. Et, par suite, si la créance déjà cédée en gage était ensuite transportée à un autre créancier qui aurait fait signifier son transport, le droit du premier créancier s'évanouirait (4). Les art. 1690 et 2075 du Code civil conduisent à ce résultat, et l'on peut y ajouter l'art. 1141, d'après lequel la possession réelle des meubles est prépondérante entre les personnes qui y ont des prétentions (5).

(1) Mon comm. de la *Vente*, t. 2, n° 882, 883.

(2) Cout. de Paris, art. 108.
Loisel, liv. 3, t. 1, n° 10.

(3) Mon comm. de la *Vente*, t. 2, n° 883.

(4) Cassat., 13 janvier 1845 (Dalloz, 45, 1, 88 ; Devill., 45, 1, 319).

(5) Mon comm. de la *Vente*, loc. cit. (Devill., 9, 2, 144).

267. Comme la signification est de rigueur pour que le créancier soit saisi, et que la saisine est une des conditions essentielles du gage, on arrive à cette conclusion, savoir, que la signification, par cela qu'elle est de règle générale, s'applique aux créances au-dessous de 150 fr. comme aux créances supérieures à ce taux. Partant, l'art. 2075 n'a pas dû faire la distinction de l'art. 2074 entre les sommes inférieures et supérieures à 150 fr. (1).

268. Sur cette signification du transport, nous pourrions agiter, à l'occasion du gage, beaucoup de questions dont nous nous sommes occupé en traitant de la vente des meubles incorporels. Nous aimons mieux éviter les redites et renvoyer à notre commentaire de l'article 1691 du Code civil (2). On y verra si la signification peut être remplacée par des équipollents; si la connaissance du transport acquise par des moyens indirects en peut tenir lieu; par quel officier la signification doit être faite et à la requête de qui; comment se règle la préférence entre plusieurs significations faites le même jour, etc., etc.

269. Il est cependant une question qui doit trouver ici une place spéciale; elle a été souvent soulevée dans les contestations existantes entre

(1) M. Duranton, t. 18, n° 524.

(2) V. mon comm. de la *Vente*, t. 2, n° 881 et suiv.

les tiers et le créancier saisi par nantissement de meubles incorporels. Elle consiste à savoir quelle est la valeur d'une signification faite dans un temps où le débiteur avait cessé d'avoir sur la chose, cédée en nantissement, la plénitude de droits qu'il avait au moment du transport. Une telle signification n'est-elle pas tardive? Ne saisit-elle pas le créancier en temps inopportun?

Cette question se présente particulièrement dans deux cas: 1° quand, au moment de la signification, il y a des tiers qui ont exercé une mainmise sur la créance transportée en gage; 2° quand la signification est faite soit après la faillite, soit dans les dix jours qui la précèdent.

270. Sur le premier point, il est certain que la signification ne saurait être utilement faite qu'autant qu'elle a eu lieu avant toute poursuite des tiers sur le gage. Si elle est postérieure, elle a lieu tardivement. Le gage n'a pas acquis sa perfection au moment décisif; il n'est pas constitué en temps opportun.

271. Par exemple :

Pierre donne en nantissement à Jacques, son créancier, son dixième dans une somme de 200,000 francs, à prendre dans une succession ouverte à laquelle il a droit. Jacques ne fait signifier son transport au débiteur qu'après une demande par laquelle un tiers fait opposition au partage qui attribue à Pierre ce dixième. Cette signification est intempestive. L'opposition au partage frappe d'indisponibilité, au profit des

créanciers opposants, toutes les valeurs de la succession. Elle révèle la prétention de ces créanciers sur la part de leur débiteur.

272. Il en est de même si un créancier du débiteur introduit une demande en liquidation et partage de la masse à laquelle ce débiteur a droit. Il annonce non moins hautement ses prétentions sur la part revenant à son débiteur ; il met cette part sous la main de la justice et empêche qu'elle ne puisse être cédée et transportée, ou donnée en gage, hors la présence et le consentement du créancier poursuivant (1). S'il en était autrement, la demande en partage, ouverte aux créanciers, perdrait toute son utilité. C'est ce qu'a très expressément jugé la Cour de cassation, chambre des requêtes, en rejetant, au rapport de M. Pataille, un pourvoi dirigé contre un arrêt très bien motivé de la Cour royale d'Orléans (2).

273. Cet arrêt fort grave, et de tout point juridique, nous conduit à notre seconde question, qui consiste à savoir quelle est la valeur d'une signification faite par le créancier après la faillite. On a fort discuté cette question. J'avoue cependant qu'elle me paraît simple, et si le doute

(1) Aix, 9 janvier 1832 (Devill., 32, 2, 600).

(2) Orléans, 20 mai 1845, et arrêt qui rejette le pourvoi le 11 juin 1846 (Devill., 46, 1, 444).

s'y est introduit, ce ne peut être que par un sentiment d'équité, dont l'intention peut être louable, mais dont la justesse n'est pas réfléchie. L'arrêt de la Cour de cassation que nous venons de citer est rendu dans un cas si voisin, si analogue, qu'on peut dire qu'il la tranche nécessairement, et il me paraît impossible de ne pas accorder qu'il faut que la notification du transport, destinée à saisir le gagiste, ait lieu avant la faillite ; car si cette prise de possession avait lieu après, le nantissement ne produirait pas d'effets (1).

274. Mais ici commence une sérieuse difficulté. Quel est le moment précis de la faillite qui doit servir de terme d'arrêt ? La signification du transport est-elle tardive après la cessation effective du paiement (2) ? Ou bien est-elle encore utile jusqu'au jugement déclaratif de la faillite (3) ? La Cour royale de Montpellier a décidé, par arrêt du 13 janvier 1845 (4), que la signification du transport est sans valeur lorsqu'elle intervient depuis la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui précèdent cette

(1) Cassat. 4 janvier 1847 (Devill., 47, 1, 167 et 171).

(2) Art. 441 du Code de comm.

(3) Art. 443 du Code de comm.

(4) Devill., 45, 2, 403 ; Dal., 45, 2, 122.

Infrà, n° 349.

époque. Il lui a semblé que l'art. 446 du Code de commerce donne la solution de la question. Peu importe, dit-elle, l'époque à laquelle le nantissement a été consenti; il faut voir à quelle époque il a été constitué. Or, il n'est constitué que par la signification. Vainement arguerait-on du droit d'inscrire une hypothèque au droit de signifier le transport. Avant l'inscription, il y a une hypothèque conférée, un droit acquis; mais sans signification du transport, point de gage constitué, ou acquis et définitif(1).

275. Le contraire a cependant été jugé par arrêt de la Cour de Lyon du 17 mars 1842 (2) et par arrêt de la Cour d'Orléans du 31 août 1841 (3).

Dans l'espèce jugée à Lyon, les cessions avaient eu lieu dix-huit mois avant la faillite; mais elles n'avaient été signifiées que trois jours avant. La Cour de Lyon décida que, dès le jour de leur date, ces cessions avaient rendu les cessionnaires propriétaires à l'égard du cédant, et que la signification n'était qu'un complément qui, étant opéré

(1) Mon comm. de la *Vente*, t. 2, n° 911.

Cassat., 13 juillet 1830.

Paris, 13 décembre 1814.

Bordeaux, 18 août 1829.

(2) Devill., 42, 2, 239, 290.

(3) Devill., 42, 2, 427.

avant le dessaisissement du débiteur, préserve le cessionnaire de l'action des tiers.

La Cour royale d'Orléans insiste davantage sur les raisons de droit. Dans le cas particulier, la signification avait eu lieu le jour même du jugement portant déclaration de faillite. Mais il n'était pas prouvé que le jugement eût précédé l'heure de la signification.

Ceci posé, voici le raisonnement de la Cour :

Au moment de sa faillite, le cédant ne possédait plus la créance; il s'en était dessaisi. On ne pouvait la faire figurer dans son actif. Du rapprochement des articles 1689, 1690, 1691, 2214 du Code civil, il résulte que la signification du transport n'est nécessaire que quand il s'agit, soit d'empêcher le débiteur de payer le cédant, soit de procéder par voie exécutoire contre le débiteur, soit d'empêcher les tiers de saisir et arrêter la créance dans les mains du débiteur, soit enfin de paralyser l'effet d'une cession ultérieure. La faillite du cédant ne peut être assimilée à une saisie-arrêt pratiquée par des tiers avant la signification du transport; les créanciers ne sont saisis que des biens que le débiteur possédait au moment de sa faillite; dès lors l'influence de la faillite ne peut atteindre des objets qui, de bonne foi, ont cessé d'appartenir au cédant en temps non suspect; les créanciers du failli peuvent faire saisir la créance avant la signification du transport; voilà leur droit, ils ne peuvent en prétendre d'autre.

276. Ces deux arrêts viennent d'acquiescer un haut degré d'autorité par un arrêt de la Cour de cassation du 4 janvier 1847, qui casse l'arrêt de la Cour de Montpellier rapporté au n° 274 (1). Cet arrêt, je l'avoue, renverse les idées que je m'étais faites sur la matière. Je croyais, avec la Cour de Montpellier, que l'art. 446 du Code de commerce tranchait cette question. Et voici comment je raisonnais :

Qu'est-ce que la faillite? C'est la cessation de paiements (2); et la cessation de paiements est indépendante du jugement de déclaration de faillite, de telle sorte qu'elle peut être de beaucoup antérieure à ce jugement (3). Or, la faillite met arrêt sur tous les biens du débiteur; elle fixe l'état dans lequel ils se trouvent; elle paralyse tout mouvement ultérieur qui tendrait à changer leur condition. Qu'a-t-elle trouvé dans les mains du créancier qui se dit nanti? Est-ce un gage réalisé d'une manière complète et revêtu de toutes ses conditions d'existence? Nullement. Ce gage manque d'un de ses éléments. Le créancier n'en est pas saisi à l'égard des tiers. En ce qui concerne ces derniers, ce créancier n'est qu'un simple mandataire, passible de toutes les exceptions qu'on pourrait opposer au débiteur lui-même. Et l'on

(1) Devill., 47, 1, 175, 176.

(2) Art. 437 Code de comm.

(3) Art. 441 Code de comm.

voudrait qu'il pût, malgré la faillite arrivée ou prête à arriver, renforcer son droit d'un élément nouveau, se poser en possesseur de la chose *jure proprio*, consolider le gage par l'accomplissement d'une condition d'existence dont il est dépourvu (1)? Ceux qui inclinent vers ce système d'indulgence ne font pas attention que la signification est une véritable prise de possession à l'égard des tiers; possession indispensable pour que le privilège puisse se dresser contre eux. Ils ne font pas attention que le créancier qui n'a pour lui qu'un simple transport sans signification n'est pas saisi, comme le dit la coutume de Paris (2); et s'il n'est pas saisi au moment de la faillite, comment pourrait-il se saisir *ex post facto*, et changer ainsi, au détriment de la masse, une situation fixée irrévocablement? C'est ce qu'a parfaitement compris et décidé l'art. 446 du Code de commerce. Il est l'expression de ces idées.

A la vérité, la Cour de cassation objecte que l'art. 446 n'est fait que pour le cas où le nantissement est stipulé au profit d'une créance antérieure, privée de toute garantie; c'est là, dit-elle, son unique point de vue. On ne saurait étendre sa disposition au cas bien différent où le nantissement a été stipulé en même temps que la créance, à une époque non sus-

(1) V. mon comm. de la Vente, t. 2, n° 911.

(2) *Suprà*, n° 265.

pecte, et où il ne s'agit que de compléter ce nantissement par la notification. Peu importe, alors, que cette notification vienne après la cessation des paiements. Il suffit qu'elle précède le jugement déclaratif de la faillite, lequel seul dessaisit le failli (art. 443 du Code de comm.).

Quelque grave que soit cette objection, elle ne dissipe pas mes doutes, et je me demande s'il y a une différence sérieuse entre le cas où la dette a été contractée sans la garantie du gage, et celui où elle a été contractée avec la sauvegarde d'un gage que le créancier a laissé dans un état évident d'imperfection? Ce gage imparfait et inefficace peut-il, après la faillite, être revêtu des conditions qui assurent des droits privilégiés contre les tiers? Quand le désastre est arrivé, un créancier peut-il changer sa position au détriment des autres? Pourquoi n'a-t-il pas signifié plus tôt son transport? Pourquoi cette négligence quand il fallait agir? Pourquoi ce silence et cette inaction? Pourquoi ces ménagements qui ont peut-être trompé les tiers sur l'étendue du crédit du débiteur? A toutes ces questions, je crains bien que l'arrêt du 4 janvier 1847 n'ait répondu que par une pétition de principe.

Ajoutons une dernière observation.

Si la doctrine de la Cour de cassation est vraie pour les significations de transport (lesquelles sont la prise de possession des nantissements consistant en créances), elle doit nécessairement s'appliquer aussi à la prise de possession

des objets corporels donnés en gage; car l'on ne comprend pas comment la raison mettrait, sous ce rapport, une différence entre ces deux espèces de nantissement.

Or, représentons-nous un négociant qui donne en gage à son créancier tant de balles de coton, tant de sacs de café, et ce créancier s'endormant sur ses droits et ne retirant la chose de la possession et de l'actif du débiteur qu'après la cessation de ses paiements, ou dans les dix jours qui précèdent le sinistre. Quoi! cette appréhension sera valable (1)? Le créancier aura laissé écouler six mois, un an, s'en rapportant au crédit du débiteur, le laissant en possession de la chose, laissant croire aux tiers qu'elle fait partie de son actif, et il lui sera permis, alors que la crise a éclaté par la cessation des paiements, de sortir de son sommeil et de venir dire aux tiers :

« Vous aviez pensé que ces cotons et ces cafés
 » étaient libres dans la main du débiteur com-
 » mun; vous étiez dans l'erreur: ils étaient enga-
 » gés à ma créance, et je viens aujourd'hui les
 » placer sous ma main. » Ou je me trompe fort,
 ou les tiers lui répondront victorieusement :
 « Vous avez négligé vos sûretés; vous n'en avez
 » pas profité en temps opportun; vous en avez
 » fait un mystère pour nous. Là est votre faute;
 » là est peut-être un dol; faute ou dol, rien de
 » tout cela ne saurait être couronné du succès et

(1) *Suprà*, n° 258.

» vous créer aujourd'hui des droits privilégiés
» contre nous. »

Remarquez bien, en effet, que, dans ce cas d'un meuble corporel donné en gage, l'argument textuel que la Cour de cassation tire de l'art. 446 échappe entièrement. Que dit cet argument ? L'art. 446 ne déclare nuls que les nantissements constitués *par le débiteur*. Or, la notification qui complète le gage de la créance n'est pas le fait du débiteur ; elle émane du créancier et non du débiteur. Donc ce cas ne peut être atteint par l'art. 446. — Laissons de côté pour le moment la valeur intrinsèque de cet argument. Ce qu'il y a de sûr, c'est qu'il disparaît dans le cas où c'est un meuble corporel qui fait l'objet du gage. Car, en pareille circonstance, le fait du débiteur intervient pour faire passer la possession de la chose, de sa personne à son créancier. C'est lui qui la livre ; c'est lui qui, par cette tradition, achève de constituer le gage. L'art. 446 est donc là pour condamner cette constitution du gage faite *par le débiteur*.

Maintenant, si vous admettez que la tradition du gage ne saurait être utilement opérée, pour ce qui concerne les meubles corporels, aux époques déterminées par l'art. 446 du Code de commerce, comment pourriez-vous consentir à ce que la prise de possession des meubles incorporels soit effectuée d'une manière utile à ces mêmes époques ? Ne voyez-vous pas qu'il ne faut pas abuser de ces mots : *par le débiteur*, écrits dans l'art. 446, et

qu'en les prenant à la lettre on marche droit aux plus étranges incohérences ?

Je le répète, ces raisons me touchent beaucoup. J'attends, pour les abandonner, que la jurisprudence de la Cour suprême se soit fortifiée par la sanction de l'opinion publique et de nouveaux arrêts.

277. Il ne suffit pas que le créancier fasse une signification de transport ; il faut encore, pour que sa possession soit complète, qu'il reçoive livraison des titres mêmes qui constatent l'existence de la créance cédée en nantissement. C'est ce qui résulte de l'art. 2076 du Code civil, applicable aux nantissements de créances aussi bien qu'aux nantissements d'objets corporels. Si la signification est nécessaire pour saisir le créancier à l'égard des tiers, la délivrance du titre est nécessaire pour le saisir à l'égard du débiteur (1) ; et la plénitude du droit du créancier ne peut résulter que du concours de ces deux saisines. Si le créancier n'était pas rendu porteur des titres, il est évident que son droit pourrait devenir l'objet de contestations périlleuses, et que sa possession manquerait d'une de ses bases les plus solides. La remise effective du titre est encore plus essentielle, s'il est possible, que la signification. La signification, en effet, n'est qu'une condition artificielle introduite par le législateur en

(1) Arg. des art. 1689 et 1690 C. c.

vue d'une utilité pratique ; mais la remise du titre est dans la nature même de l'agissement, en sorte que l'esprit a de la peine à comprendre comment le nantissement d'une créance pourrait être quelque chose de sérieux et d'efficace si le titre de cette créance n'était pas livré.

De là plusieurs conséquences graves à noter.

278. Quand une créance est sans titre, elle ne saurait être l'objet d'un gage légal. Comment pourrait-on en opérer la tradition ? Et quand il n'y a ni tradition ni possibilité de tradition, comment le gage pourrait-il se former ?

Supposons, par exemple, que Primus, débiteur de 20,000 francs envers Secundus, voulant donner à ce dernier des sûretés du remboursement, lui cède les actions qu'il peut avoir contre Tertius, et que ces actions ne reposent pas sur des titres et contrats. Ce gage n'aura rien de réel. Ce sera une constitution de gage, sans livraison des titres de la créance donnée en nantissement. Le gage manquera d'une de ses conditions substantielles (1).

279. Autre conséquence. Il peut arriver que la créance soit de beaucoup supérieure à la dette pour laquelle on la donne en gage, et alors le débiteur répugne à remettre au créancier les titres qui la constatent. Il ne faut pas cependant que le créancier consente à rester les mains dé-

(1) Lyon, 31 janvier 1839 (Devill., 39, 2, 538 ; Dalloz, 40, 2, 50).

garnies ; sans quoi son droit est compromis. Si le débiteur voit des inconvénients à lui remettre le titre, il peut exiger qu'il soit livré à un tiers, ainsi que l'art. 2076 autorise à le faire. De toute manière, il est indispensable que le débiteur soit dessaisi.

C'est ce qui a été jugé par arrêt de la Cour d'Aix du 21 juillet 1842 (1).

Candolle, débiteur de Lieutaud d'une somme de 3,740 fr., déclare lui donner en gage pareille somme à prendre sur celle de 16,212 fr., à lui due par la compagnie d'assurance l'*Union des ports*. L'acte autorise Lieutaud à toucher directement la somme qui lui était ainsi donnée en gage. Lieutaud le signifie à la compagnie.

Candolle ayant fait faillite, le privilège de Lieutaud fut contesté. On soutint que son nantissement était nul, faute de remise du titre donné en gage.

Le tribunal de première instance éluda la difficulté et considéra l'opération comme une cession.

Sur l'appel, la Cour royale d'Aix décida que les parties n'avaient pas voulu faire un transport ; que Candolle avait seulement entendu donner un gage à Lieutaud et lui assurer son remboursement dans le cas où lui-même ne le paierait pas.

(1) Devill., 43, 2, 499.

Ceci posé, la Cour établit qu'il n'y a pas de différence, aux yeux de l'art. 2076, entre le gage corporel et le gage incorporel. Il faut que le propriétaire se désinvestisse et qu'il saisisse le débiteur. Or, dans l'espèce, il n'y a pas eu remise réelle entre les mains de Lieutaud du titre donné en gage. Cette décision est à l'abri de toute critique.

Nous ferons remarquer que le motif qui, dans l'espèce, avait déterminé Candolle à ne pas se dessaisir du titre qu'il avait contre la compagnie, c'est que sa créance contre elle était de beaucoup supérieure à ce qui était dû à Lieutaud. Mais la Cour royale fait observer, avec raison, que la loi permettait de parer à cet inconvénient; car elle autorise le dépôt en mains tierces (1).

280. Tout cela découle de cette règle posée dans l'art. 2076 et applicable aux art. 2074 et 2076, savoir: que le débiteur doit se dessaisir et mettre le créancier en possession. Cette règle est, du reste, consacrée par la jurisprudence la plus respectable, et la Cour de cassation a jugé, au rapport de M. Pataille, par arrêt du 11 juin 1846 (2), que la remise du titre est indispensable pour constituer un nantissement parfait; que l'art. 2076 du Code civil s'applique aux nantissements de créances et de droits incorporels

(1) *Infra*, n° 364.

(2) *Dev.*, 46, 1, 444.

comme aux gages de choses corporelles. Il faut donc que la remise du titre soit faite, soit au moment du contrat, soit avant toute mainmise des tiers. Sans cette remise il n'y a pas de possession, et sans possession le gage est imparfait et ne confère pas de privilège. Quand même le créancier gagiste aurait signifié son transport, ainsi qu'il doit le faire d'après ce que nous disions il n'y a qu'un instant, il ne serait pas en possession si d'ailleurs il n'était pas saisi du titre, si ce titre ne lui avait pas été remis (1). La signification est bien un des éléments de la prise de possession; mais à elle seule elle ne la constitue pas; elle doit être précédée d'un autre élément, de la délivrance du titre.

281. Ces principes sont applicables dans les matières de commerce comme dans les matières civiles, dans tous les cas où l'art. 95 du Code de commerce exige l'emploi des formes civiles. La loi du 8 septembre 1830 (2) confirme cette vérité; elle parle nommément des consignations de fonds publics français, et d'actions des compagnies d'industrie ou de finance.

282. Mais ces valeurs ne sont pas les seules que le commerce ait l'habitude de donner en

(1) *Junge* Liège, 15 mai 1810 (*Devill.*, 3, 2, 270).
M. Duranton, t. 18, n° 525.

(2) *Suprà*, n° 123.

nantissement; tous les jours on se procure du crédit dans le commerce avec des nantissements d'effets négociables ou d'effets au porteur. Pourquoi donc la loi du 8 septembre 1830 ne parle-t-elle pas de ces consignations?

La raison en est simple.

La loi du 8 septembre 1830 a eu pour but de soulager le commerce en le dégageant des droits fiscaux très onéreux qui, avant sa promulgation, pesaient sur les contrats de nantissement faits entre négociants. Or, s'il est un point constant en pratique commerciale et dans la plupart des tribunaux consulaires, c'est que, même dans le cas de l'art. 95 du Code de commerce, le gage des valeurs négociables par la voie de l'endossement ou au porteur n'est pas assujéti aux formalités du droit civil (1). La transmission de ces effets, par cession ou autrement, a ses règles particulières; elle n'a pas besoin des solennités du droit civil; ces solennités ne sont nécessaires que lorsqu'il s'agit de donner en gage des créances et valeurs non négociables par la voie de l'endossement ou n'étant pas au porteur. Voilà pourquoi la loi du 8 septembre 1830 n'a pas parlé des valeurs négociables. Il n'était pas nécessaire de dégrever le nantissement de ces valeurs; car, comme il n'en était pas dressé d'acte, aucun se-

(1) *Suprà*, n° 145.

cours n'était réclamé à cet égard par le commerce.

283. Ceci posé, établissons par plus de détail la vérité de nos propositions.

Et d'abord, parlons du nantissement des lettres de change.

Nous répétons que le nantissement des lettres de change et billets transmissibles par voie d'endossement s'effectue, non par les formes prescrites par l'art. 2074 du Code civil, mais par les formes de cession propres à ce genre de négociation (art. 136 et suiv. du Code de com.). L'endossement s'en fait ordinairement par ces mots: *Passé à l'ordre de *** , valeur en garantie (1)*.

Exemple :

Laussel avait souscrit des traites pour une valeur de 35,000 francs au profit de Peyré, qui les lui avait prêtés. Pour couvrir ce dernier par une garantie plus solide qu'une simple signature, Laussel passa à l'ordre de Peyré 33,000 francs d'effets de commerce souscrits par un sieur Cabannes. Cette transmission n'était qu'un nantissement; il était convenu que si Peyré était payé des 35,000 francs, il rendrait à Laussel les effets Cabannes. Laussel étant tombé en faillite, les syndics prétendirent que Peyré devait rapporter les billets Cabannes, par la

(1) V. une espèce jugée en cassation le 6 août 1845 (Dal., 45, 1, 392).

raison que, n'ayant été donnés à Peyré qu'à titre de nantissement, ce nantissement était nul pour n'être pas revêtu de la forme prescrite par l'article 2074. Ce système échoua. La transmission des effets de commerce s'opère par endossement; les art. 136 du Code de commerce et 2084 du Code civil dispensent évidemment des formalités de l'art. 2074 (1).

284. Il y a plus : et s'il arrive que l'endossement soit fait dans la forme des endossements qui transmettent la propriété de l'effet, et que le porteur des effets de commerce, abusant des apparences d'un endossement ordinaire, veuille le faire considérer comme lui ayant transmis la propriété et non la simple possession d'un gage, les tribunaux peuvent consulter les présomptions graves, précises et concordantes de la cause pour rendre à la transmission le caractère du nantissement (2).

285. Il est donc constant que le nantissement des valeurs négociables peut s'opérer et s'opère tous les jours, non par la voie d'un acte en forme, mais par le moyen de l'endossement.

M. A. Dalloz, s'appuyant sur un arrêt de la

(1) Cassat., 17 mars 1829 (Deville., 9, 1, 253).

Jugé 10 juin 1835 (Dal., 35, 4, 272);

6 août 1845 (Dal., 45, 4, 392).

(2) Cassat., req., 10 juin 1835 (Dalloz., 35, 1, 272).

Cour de cassation du 6 août 1845, rapporté au n° précédent, croit qu'il appartient au pouvoir discrétionnaire des juges d'examiner si l'endos ne renferme pas plutôt un nantissement pur et simple qu'une négociation d'effets de commerce autorisée par les art. 136, 187, 110, 188 du Code de commerce(1); il ajoute que, dans le cas où ils verraient un nantissement pur et simple, ils auraient le droit d'annuler le nantissement, faute d'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 2075 du Code civil. Il se fonde sur ce que, dans une espèce où l'endos portait : *valeur en garantie*, la Cour de cassation a décidé « qu'une » telle négociation ne constitue pas le contrat de » gage ou de simple nantissement d'une chose » mobilière, tel qu'il est défini par les art. 2071 » et 2072 du Code civil, et pour lequel il est in- » dispensable de se conformer aux art. 2074 et » 2075 du même Code. »

Mais la pensée de la Cour a-t-elle été saisie par M. A. Dalloz avec sa sagacité habituelle? Qu'a-t-elle voulu dire? que l'endossement, de quelque manière qu'il soit fait, valeur en espèces, valeur en marchandise, valeur en compte, ou de toute autre manière (art. 110 du Code de com.), est un agissement *sui generis*, qui transmet le billet par les moyens à lui propres, et dont les conséquen-

(1) V. t. 45, 2, 118 (note).

ces sont plus étroites que celles de la mise en gage autorisée par les art. 2071 et 2072 du Code civil. Et en effet, quelle que soit l'énonciation de la valeur, le porteur est censé propriétaire à l'égard des tiers; il a le droit de transmettre l'effet; il peut en disposer comme d'une chose sienne.

L'examen d'intention proposé par M. Dalloz est donc contraire, ce me semble, à l'arrêt de la Cour de cassation. Cet arrêt décide très ponctuellement qu'il n'y a pas à rechercher les termes de l'endos; que, quels qu'ils soient, cet endos saisit le porteur et lui confère des droits propres qu'on ne saurait lui enlever au nom des art. 2074 et 2075 du Code civil.

286. Nous venons de parler des lettres de change et billets à ordre.

Disons maintenant des actions industrielles qui sont, non pas nominatives, mais transmissibles par la voie de l'endossement.

Porte remet à Ballot 4 actions sur le navire *le Roland*, et 9 actions sur le navire *l'Indien*, montant ensemble à 70,000 fr., et négociables par voie d'endossement. La remise s'effectue par un endos de Porte à Ballot, afin de couvrir ce dernier et le garantir des acceptations par lui données à des traites souscrites par Porte et s'élevant à environ 50,000 fr.

Faillite de Porte. Ses syndics revendiquent les actions, attendu que le gage n'a pas été revêtu des formalités prescrites par les art. 2074 et 2075 du Code civil. Mais la Cour royale de Rouen

rejeta cette prétention. De quoi s'agissait-il dans l'espèce? d'actions négociables, assimilées à des billets à ordre ou lettres de change, transmissibles par endossement. Ces actions, qui passent de main en main sans transport, ne sont pas assujéties aux mêmes règles que les marchandises ordinaires et les meubles. Il suffit d'un endossement régulier pour en transmettre la possession, et cet endossement remplace les actes publics ou sous seing privé et les transports. Les art. 2074 et 2075 ne sont donc pas applicables; ils ne sont faits que pour les marchandises et meubles non négociables par la voie de l'endossement (1).

287. Ce que la Cour de Rouen a décidé pour des actions négociables par endos, la Cour royale de Bordeaux l'a décidé pour les valeurs au porteur, dans une espèce où la banque de la ville avait été nantie de valeurs au porteur qu'on revendiquait sur elle. La Cour juge, par son arrêt du 17 août 1845, que la détention des valeurs au porteur a l'effet d'une cession et ne saurait être enlevée à la banque (2).

288. Un autre système, cependant, a été pré-

(1) Arrêt du 29 avril 1837 (Devill., 37, 2, 375; Dalloz, 38, 2, 149).

(2) Devill., 45, 2, 450.

Suprà, n° 151, je cite cet arrêt avec des observations.

féré par divers arrêts : « S'il est vrai, a-t-on dit, qu'aux termes de l'art. 136 du Code de commerce, la propriété d'un effet de commerce se transmette par voie d'endossement, cette disposition ne s'applique pas au cas où il est établi que cet endossement a eu pour objet de confier un gage à un créancier. Le contrat de gage a été assujéti à des formalités spéciales. Il a été environné de plus de précautions que la plupart des contrats translatifs de propriété, parce que, n'opérant pas un dessaisissement de la propriété et ne constituant qu'un privilège, il trouve plus de facilité de la part du propriétaire, et donne lieu à plus de fraudes et d'abus (1). »

289. Ce système n'est pas seulement faux : il est absurde. Il tombe dans le formalisme le moins intelligent et est l'application brutale du texte, sans distinction des actes, de leur nature, de leur propriété, de leur caractère transmissible. On a prétendu que la jurisprudence de la Cour de cassation incline vers cette manière de juger (2). Je ne connais que des arrêts qui la condamnent (3).

(1) Paris, 21 juin 1842 (Dal., 42, 2, 216 ; Devill., 43, 2, 115).

Douai, 29 mars 1843 (Devill., 43, 2, 344).

Rouen, 2 décembre 1843 (Dal., 44, 2, 163).

(2) M. Dalloz, 44, 2, 163, note.

(3) *Suprà*, nos 283, 284, 285.

290. Et si aux autorités que nous avons invoquées tout à l'heure il était nécessaire d'ajouter de nouveaux arguments, ne pourrait-on pas en tirer un assez plausible de la jurisprudence consacrée par l'art. 93 du Code de commerce, laquelle reconnaît à l'endos du connaissement la vertu de conférer au porteur une saisine de la marchandise accompagnée de privilège (1) ?

291. Par suite de nos principes, nous donnons pleinement les mains à la solution suivante qui vient confirmer les précédentes ; savoir, que les bons et reconnaissances du mont-de-piété étant de véritables effets au porteur, il n'est pas nécessaire de les signifier conformément à l'article 2075 du Code civil ; il suffit de la remise du bon pour satisfaire à l'art. 2076, et faire passer immédiatement le gage et tous les droits du débiteur entre les mains du créancier (2).

292. Résumons-nous.

L'art. 95 du Code de commerce, dans le cas qu'il prévoit, et avec lui la loi du 8 septembre 1830, assujétissent aux formalités prescrites par l'art. 2075 du Code civil les nantissements de fonds publics et actions industrielles. Mais toutes les fois que le nantissement porte, non pas sur des valeurs nominatives, mais sur des valeurs

(1) *Junge Valin*, t. 1, p. 606.

(2) Metz, 22 décembre 1820 (Devill., 6, 2, 339).

négociables par la voie de l'endossement, ou des valeurs au porteur, l'art. 2075 cesse d'être applicable. Le nantissement de ces valeurs s'opère légalement par l'endossement régulier. La loi et l'usage commercial n'exigent rien de plus.

293. Quoique le nantissement des créances soit bien distinct de la cession ou transport d'icelles, il arrive assez souvent que les clauses de l'acte sont combinées de manière qu'il devient difficile de distinguer si les parties ont voulu faire un simple nantissement ou bien un vrai transport. Le juge examinera avec soin les faits et circonstances de la cause et se prononcera suivant ses lumières et sa conscience *pro veritate*.

Citons un exemple qui pourra mettre sur la voie de cet examen :

Par acte authentique, Doublet se reconnaît débiteur de Lesage de 3,000 fr., à lui prêtés par ce dernier ; pour sûreté de quoi, il lui cède et transporte, par le même acte, tous ses droits à différentes créances, pour en jouir et disposer à sa guise, comme de chose à lui appartenant. Doublet se réserve néanmoins le droit de reprendre ces créances en désintéressant Lesage.

Déconfiture de Doublet.

Les créanciers de ce dernier soutiennent que Doublet n'a pas voulu faire une cession à Lesage, qu'il a seulement entendu lui donner un nantissement. Ils argumentent de ce qu'il n'y a pas de

prix stipulé et que le dessaisissement n'est pas entier.

Lesage répond que le prix est dans la somme prêtée par lui ; qu'il y a dessaisissement entier puisque le contrat lui donne le droit de disposer de la chose comme maître et propriétaire ; que le droit de la reprendre réservé par Doublet n'est pas incompatible avec une vente consommée, et que, d'ailleurs, ce droit est subordonné à l'aliénation que lui, Lesage, aurait pu faire des contrats.

Malgré ces raisons, la Cour royale de Paris décida qu'il n'y avait ni prix ni dessaisissement, et que c'était un nantissement, et non une vente, qui était intervenu entre les parties. Le pourvoi dirigé contre cet arrêt a été rejeté par la chambre des requêtes le 3 juillet 1834 (1).

On peut confirmer cette manière de voir par deux arrêts de la Cour royale de Lyon des 31 janvier 1839 (2) et 17 mars 1842 (3), et un arrêt de la Cour d'Aix du 21 juillet 1842 (4).

294. Terminons le commentaire de l'art. 2075 par une réflexion importante sur ce qu'on doit entendre par les expressions *meubles incorporés*,

(1) Dal., 34, 1, 371.

(2) Devill., 39, 2, 538.

(3) Devill., 42, 2, 290.

(4) Devill., 43, 2, 199.

dont il se sert. Quoique la langue du droit soit bien fixée sur le sens de ces mots, il n'est cependant pas inutile de faire remarquer que notre article n'a pas entendu autoriser le nantissement des droits quelconques qu'on peut avoir sur un tiers. Aussi sa rédaction est-elle un peu différente de celle de l'art. 1689 du Code civil, qui traite du transport-vente des droits incorporels. Cet art. 1689 englobe tous droits quelconques mobiliers ou immobiliers, personnels ou réels (1). Mais notre art. 2075 ne se prête qu'au nantissement des *meubles incorporels*.

295. Il suit de là que si le débiteur donnait au créancier un droit réel en nantissement, ce dernier n'acquerrait pas privilège. D'une part, l'antichrèse ne procure aucune préférence au créancier; de l'autre, c'est seulement du gage mobilier qu'a parlé la loi quand elle a donné un privilège au créancier gagiste.

C'est ce dont le Trésor a fait l'expérience dans l'affaire que voici :

La ville de Paris avait concédé à un sieur Testard, pour soixante-dix ans, la jouissance d'un terrain, à charge d'y faire des constructions. Testard donna ce contrat en nantissement au Trésor. Le Trésor, n'étant pas payé de ce qui lui était dû par Testard, prétendit faire vendre le droit

(1) Mon comm. de la *Vente*, t. 2, n° 879.

d'emphytéose pour être colloqué par privilège. Testard s'y opposa, attendu que le droit de faire vendre dérivait du privilège, et que, dans l'espèce, aucun privilège n'existait, le nantissement étant d'une chose immobilière; que lui seul, Testard, avait le droit de faire procéder à la vente du bail emphytéotique, et à sa requête.

C'est ce qui fut jugé par arrêt de la Cour royale de Paris du 3 février 1836 (1), et cette décision est tout-à-fait juridique.

ARTICLE 2076.

Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties.

SOMMAIRE.

- 296. De la mise en possession du créancier. Nécessité de cette condition.
- 297. Raisons de droit qui ont fait exiger la mise en possession du créancier.
- 298. Raisons de crédit privé.
- 299. Mais faut-il écarter ce que les anciens appelaient possession feinte?
Opinion de Brodeau.
- 300. Réfutation de cette opinion.
- 301. Comment s'opère la mise en possession du créancier.

(1) Dal., 36, 2, 76.

dont il se sert. Quoique la langue du droit soit bien fixée sur le sens de ces mots, il n'est cependant pas inutile de faire remarquer que notre article n'a pas entendu autoriser le nantissement des droits quelconques qu'on peut avoir sur un tiers. Aussi sa rédaction est-elle un peu différente de celle de l'art. 1689 du Code civil, qui traite du transport-vente des droits incorporels. Cet art. 1689 englobe tous droits quelconques mobiliers ou immobiliers, personnels ou réels (1). Mais notre art. 2075 ne se prête qu'au nantissement des *meubles incorporels*.

295. Il suit de là que si le débiteur donnait au créancier un droit réel en nantissement, ce dernier n'acquerrait pas privilège. D'une part, l'antichrèse ne procure aucune préférence au créancier; de l'autre, c'est seulement du gage mobilier qu'a parlé la loi quand elle a donné un privilège au créancier gagiste.

C'est ce dont le Trésor a fait l'expérience dans l'affaire que voici :

La ville de Paris avait concédé à un sieur Testard, pour soixante-dix ans, la jouissance d'un terrain, à charge d'y faire des constructions. Testard donna ce contrat en nantissement au Trésor. Le Trésor, n'étant pas payé de ce qui lui était dû par Testard, prétendit faire vendre le droit

(1) Mon comm. de la *Vente*, t. 2, n° 879.

d'emphytéose pour être colloqué par privilège. Testard s'y opposa, attendu que le droit de faire vendre dérivait du privilège, et que, dans l'espèce, aucun privilège n'existait, le nantissement étant d'une chose immobilière; que lui seul, Testard, avait le droit de faire procéder à la vente du bail emphytéotique, et à sa requête.

C'est ce qui fut jugé par arrêt de la Cour royale de Paris du 3 février 1836 (1), et cette décision est tout-à-fait juridique.

ARTICLE 2076.

Dans tous les cas, le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier, ou d'un tiers convenu entre les parties.

SOMMAIRE.

- 296. De la mise en possession du créancier. Nécessité de cette condition.
- 297. Raisons de droit qui ont fait exiger la mise en possession du créancier.
- 298. Raisons de crédit privé.
- 299. Mais faut-il écarter ce que les anciens appelaient possession feinte?
Opinion de Brodeau.
- 300. Réfutation de cette opinion.
- 301. Comment s'opère la mise en possession du créancier.

(1) Dal., 36, 2, 76.

302. *Quid juris* quand la chose a un certain trajet à parcourir pour arriver dans la main du gagiste ?
303. Le gage est-il en suspens pendant l'expédition ?
304. Quand *et* par quels actes le créancier est-il saisi ?
305. Suite. Exemples : des transferts en douane.
306. Des transferts en douane comme constitutifs du gage.
307. Suite.
308. Des transferts en douane comme indices de la possession.
309. Quelquefois les soins du débiteur sont nécessaires pour la conservation de la chose engagée. Ces soins ne sont pas exclusifs d'une dépossession réelle de sa part, et d'un investissement véritable au profit du créancier.
310. Cependant, en fait, il peut en être autrement.
311. Examen de quelques arrêts.
312. Suite.
313. Suite.
314. Suite.
315. De la possession donnée à deux créanciers différents de la même chose.
316. Examen de cette situation.
317. Suite.
318. Suite.
319. De la lettre de voiture et du connaissement comme condition de possession quand la marchandise voyage.
Des factures.
320. Des factures à ordre.
321. Définition du connaissement.
322. Suite.
323. Effet du connaissement.
324. La remise du connaissement saisit. Antiquité de cette jurisprudence.

325. Erreur reprochée à Émerigon qui a cru que le connaissement ne produisait qu'une possession feinte.
326. Cette fausse doctrine a conduit ce judicieux auteur à des conséquences erronées.
327. Suite.
328. Suite.
329. Le privilège du gagiste n'en existerait pas moins quand même ce serait pendant le voyage que le connaissement aurait été passé à son ordre.
330. Mais cela n'est vrai qu'autant que le connaissement a été régulièrement transféré.
Si l'endossement est irrégulier, le gagiste n'est qu'un mandataire, et il est passible de toutes les exceptions de son auteur.
331. Jurisprudence contraire de la Cour de Douai.
332. Examen de sa doctrine.
333. On ne l'a pas toujours combattue par les meilleurs arguments.
334. Véritable raison de décider.
335. Suite.
336. Suite.
337. Quand un connaissement n'a pas été créé à ordre, il n'appartient pas à la personne désignée de le transmettre par la voie de l'ordre.
338. Raison de cette proposition.
339. Des lettres de voiture. Elles correspondent, pour les expéditions terrestres ou fluviales, au connaissement.
340. La lettre de voiture peut être faite à ordre, quoique le Code de commerce ne le dise pas. L'usage l'a ainsi établi. Il y a même raison de décider que pour le connaissement.
341. Mais quand elle n'a pas été créée à ordre, on applique ce qui a été dit au n° 337.
Arrêt de la Cour de cassation.

342. Il n'y a pas de formes sacramentelles pour la lettre de voiture.
343. Suite et arrêt de cassation.
344. Faute de connaissance ou de lettre de voiture, le gagiste n'est saisi que par l'arrivée de la marchandise.
345. Il est saisi si elle arrive dans les magasins de son mandataire.
346. Suite.
347. La tradition est tardive quand elle a lieu après la faillite.
348. *Quid* si le connaissance a été envoyé avant la faillite, mais n'est arrivé qu'après ?
349. La livraison est-elle également tardive si elle a lieu pendant les dix jours qui précèdent la faillite ?
350. Non-seulement le gagiste doit avoir été saisi, mais il faut qu'il continue à l'être. Il perd son privilège s'il perd la possession.
351. Examen d'un cas où, bien qu'il ait expédié la marchandise, il n'est pas dessaisi.
352. Autres cas et autres nuances. Circonstances d'où résulte la dépossession.
353. Suite.
354. De la question de savoir si le commissionnaire qui a expédié à son commettant la marchandise sur laquelle il avait privilège pour ses avances peut la revendiquer ;
5. Ou se présenter comme subrogé aux droits du vendeur duquel il a acheté la marchandise pour son commettant.
356. Arrêt de la Cour de cassation sur cette question.
357. Suite.
358. Suite.
359. Suite. Le commissionnaire n'a ni revendication ni subrogation.

360. Suite.
361. Suite.
362. Est-il vrai que la coutume commerciale soit, en ce cas, favorable au gagiste ?
363. Raison pour la négative.
364. Suite.
365. Suite.
366. Suite.
367. Différence entre le vendeur non payé et le commissionnaire, et raisons pour ne pas étendre à celui-ci le privilège de celui-là.
368. Suite.
369. Suite.
370. C'est parce qu'on a senti cette différence qu'on a dit que le commissionnaire est un vendeur fictif. Mais il n'y a pas de vendeur fictif.
371. Suite.
372. Conclusion.
373. Du gage remis entre les mains d'un tiers.
374. Cette précaution est souvent très sage.
Exemple.

COMMENTAIRE.

296. Le contrat de nantissement ayant pour but de retirer une certaine chose des mains du débiteur pour la placer dans celles du créancier à titre de sûreté, il s'ensuit que le gage n'est véritablement parfait qu'autant que le débiteur s'est dessaisi, et que, par une tradition positive et incontestée, il a livré la possession de la chose au créancier (1). *Pignus à pugno*, disaient les juris-

(1) *Suprà*, nos 97, 98.

consultes romains (1) afin de dépeindre cette appréhension manuelle qui est indispensable dans le gage. Que l'étymologie soit forcée, je l'accorde; mais elle a été inventée pour répondre à une idée vraie. Il faut que la chose passe en réalité du débiteur au créancier: *ad creditorem transit* (2); non pas que ce passage touche en rien à la propriété, car le gage n'a pas pour but de transporter la propriété (3); mais c'est un déplacement de possession (4), et ce déplacement est une condition essentielle du gage (5). *Simul traditur creditori*; ce sont les paroles des Institutes (6).

297. Il suit de là que si le créancier n'était pas saisi de la possession, il ne pourrait pas se présenter aux tiers comme investi de ce privilège qui fait la force de son droit. Il lui manquerait en effet un des éléments du gage, et avec cet élément le droit réel et le droit de rétention, qui en sont la conséquence et qui militent, le premier contre les tiers, le second contre le débi-

(1) *Suprà*, n° 6.

(2) Ulp., l. 9, § 2, D., *De pignorat. actione*.

(3) Florentinus, l. 35, § 1, D., *De pign. act.*

(4) *Id.* : *Solam possessionem transfert ad creditorem*.

(5) *Pignus contrahitur traditione*.

Ulp., l. 1, D., *De pign. act.*

Junge l. 9, § 2, D., *De pign. act.*

(6) *De act.*, § 7.

teur (1). Imparfait entre le créancier et le débiteur, comment le gage ne serait-il pas à plus forte raison insuffisant à l'égard des tiers, qui trouveraient la chose dans les mains du débiteur commun et auraient le droit de s'en emparer?

298. A cette raison de droit se joint une raison de crédit privé qui a aussi sa valeur. Par sa dépossession, le débiteur fait sortir la chose de ses mains, et ce passage annonce aux tiers qui ont à traiter avec lui qu'il est appauvri de cette chose. Or, il est bon pour le commerce que ce déplacement ait une manifestation sérieuse (2); il montre la mesure du crédit du débiteur. Mais où en serait-on si le gage des choses mobilières pouvait se contracter sans tradition? Que de fraudes! que de dissimulations! que de mécomptes pour les tiers (3)! Nous disons donc deux choses: c'est qu'il faut que le débiteur se dessaisisse, et que de plus il doit se dessaisir ostensiblement, franchement, sans détour captieux, sans les combinaisons astucieuses qui trompent les tiers sur le véritable possesseur de la chose.

299. C'est pourquoi Brodeau exigeait que la possession du gagiste fût une possession naturelle, réelle et actuelle du gage, et non la pos-

(1) *Suprà*, nos 97, 98.

(2) *Suprà*, n° 98, et *infra*, n° 312.

(3) *Id.*

session civile, ficte, ou feinte et précaire, et ce, sans fraude (1). Mais il y a dans cette proposition de l'exagération. Pour se bien pénétrer de ce qu'elle a de trop absolu, il faut se reporter à ce que nous avons dit, dans notre commentaire de la *Vente*, de la distinction vulgaire des interprètes entre la tradition réelle et la tradition feinte (2). Si, sous l'influence de cette distinction, on appliquait avec docilité le système de Brodeau, il y a une foule de cas dans lesquels le crédit se trouverait privé des moyens les plus commodes de constituer le gage. Que deviendraient, par exemple, en matière commerciale, les constitutions de gage par la voie de la remise du connaissement et de la lettre de voiture? Il faudrait même aller jusqu'à repousser la tradition qui s'effectue par la remise des clés du magasin dans lequel la chose est déposée; car il a plu aux interprètes de ranger ce mode de tradition parmi les traditions symboliques (3).

300. Il ne saurait en être ainsi. Nous avons démontré que la distinction entre la tradition réelle et la tradition feinte n'est pas vraie (4). Elle embar-

(1) Sur Paris, art. 181, n° 3.
Suprà, n° 99.

(2) T. 1, n° 267.

(3) Mon comm. de la *Vente*, t. 1, n° 267. *Junge* MM. Delamarre et Lepoittevin, qui partagent mon avis, t. 3, n° 234.

(4) *Loc. cit.*, n° 274, nonobstant l'art. 1919 C. c.

V. notre comm. du *Dépôt*, n° 21.

Infrà, n° 315, 316.

rasse la jurisprudence au lieu de l'éclairer; elle porte la confusion au lieu de porter la lumière; en la rejetant, nous rejetons la proposition de Brodeau, proposition du reste démentie par la pratique la plus constante et les textes les plus formels (1).

301. La tradition se compose de deux éléments: dépossession du débiteur qui possédait; possession du créancier entre les mains duquel passe la chose.

Dans la plupart des cas, ces deux éléments marchent ensemble comme conséquence nécessaire l'un de l'autre. Le débiteur, en se dessaisissant, saisit en même temps le créancier; si, par exemple, il lui remet la clé des magasins, cette remise opère du même coup la tradition complète, c'est-à-dire le dessaisissement du débiteur et l'investissement du créancier.

Du reste, comme nous le verrons plus tard, il faut que cette dépossession du débiteur soit sincère; il ne faut pas qu'elle soit arrangée de manière à ne laisser au créancier qu'une vaine apparence de possession, et à conserver au débiteur le véritable maniement de la chose (2).

302. Quand l'objet donné en gage a un certain

(1) Arg. de l'art. 1919 C. c.
Art. 93 du Code de commerce.

(2) *Infrà*, n° 312.

trajet à parcourir avant d'arriver dans les mains du créancier, les deux éléments dont nous venons de parler se montrent plus ouvertement avec leur caractère distinct. Dans le commerce, où la consignation se donne si fréquemment de place en place, on les voit séparés par les lieux et par un trait de temps ; en sorte qu'il peut arriver que le débiteur soit dessaisi par l'expédition, sans qu'il soit constant que le créancier est saisi par la réception ou autre moyen équivalent.

303. En effet, l'expédition de la marchandise commence quand elle est sortie des magasins du débiteur et livrée au voiturier ou au capitaine de navire. Ce premier pas est indispensable (1). Mais la chose n'est pas encore, pour cela, dans la possession du créancier destinataire; il faut de plus qu'elle soit à sa disposition dans un magasin ou dans un dépôt public. Toutefois, la saisine de celui-ci ne dépendra pas nécessairement de l'arrivée au lieu indiqué. Il serait nuisible aux intérêts du commerce de laisser la réalisation du gage en suspens pendant le temps de l'expédition ; ce serait empêcher la marchandise d'entrer dans la circulation comme valeur de crédit, et de devenir matière à sous-consignation. On remplacera donc la possession manuelle de la chose expédiée par l'envoi du connaissance ou de la

(1) Mon comm. de la *Vente*, t. 1, n° 281.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 3, n° 136 et suiv.

lettre de voiture ; par-là, le créancier, ayant seul le droit de recevoir la chose, recevra le droit d'en disposer. Il en aura donc une possession réelle, certaine, exclusive ; la chose aura été retirée de l'actif du débiteur pour passer dans le sien, et c'est le cas de dire : *ad creditorem transit*.

Tel est le droit consacré par l'art. 93 du Code de commerce. Nous n'avons voulu, quant à présent, qu'en montrer le résumé succinct. Plus tard, nous le développerons dans tous ses détails (1). Mais, avant de passer à ce côté important de notre sujet, nous avons plus d'une observation à faire pour présenter l'explication complète de la situation dont nous parlions au n° 301, c'est-à-dire de celle où la marchandise est sur les lieux et où il n'y a pas d'expédition. Voyons quand le créancier peut se dire saisi.

304. Le créancier est saisi quand la marchandise est déposée dans un lieu qui lui appartient, ou qu'il a loué, et que cette marchandise y est à sa disposition. Si elle est chargée sur un navire à lui appartenant (2), il en est saisi tout aussi bien que si elle était dans son magasin. Il en est de même si elle est consignée pour lui dans les magasins d'une personne qui le représente (3).

(1) *Infrà*, n° 321, 322 et suiv.

(2) *Suprà*, n° 99.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 408.

(3) *Infrà*, n° 345 et 373.

Partout où est la marchandise dont un négociant a la disposition, là est son magasin. Le mot magasin a ici le sens le plus large (1).

305. Le gagiste est saisi également quand la marchandise est déposée pour lui dans un dépôt public, tel que la halle au blé, la douane, etc., etc. (2), et qu'il conste qu'il en a seul la disposition.

Dans les opérations commerciales, il n'y a rien de plus fréquent que les transferts de marchandises déposées dans les dépôts publics. Les transferts en douane sont surtout très usités. Une marchandise arrive du dehors; le négociant à qui elle est adressée peut n'avoir pas de fonds disponibles pour payer les droits; il a recours au crédit; il emprunte, et, pour donner au créancier un gage assuré, il lui fait le transfert de la marchandise déposée à la douane, de telle sorte que lui seul peut ensuite la retirer. Les ports de mer sont tous les jours témoins de pareilles conventions. Par cet acte de transfert, l'emprunteur déclare céder, en entrepôt, à tel, tel objet; par exemple, tant de barres de fer plat de telle dimension, pesant tant, etc., etc., et le transfert est transcrit sur les registres de la douane.

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 409.
M. Pardessus, n° 1203.

(2) Art. 93 du Code de commerce.

306. Des difficultés graves se sont élevées sur la valeur d'un tel acte. Soit qu'on l'ait considéré comme constitutif du gage, soit qu'on l'ait considéré comme indice de possession, on lui a trouvé des côtés faibles, qui plus d'une fois ont ruiné les espérances de ceux qui se croyaient bien nantis.

Comme constitutif du gage, on a dit : Le transfert en douane se fait au moyen d'une formule qui indique un transport de la propriété : donc il n'est pas un nantissement. Si les parties ont voulu faire un nantissement, elles se sont trompées; elles ont fait autre chose que ce qui était dans leur intention; elles s'y sont mal prises. Leur transfert n'est pas l'acte exigé par l'art. 2074 du Code civil. Il ne vaut rien comme constitutif du gage, car il n'en a pas les formes extérieures requises. D'un autre côté, il ne vaut rien comme translatif de propriété, car les parties n'ont pas eu l'intention de transférer la propriété.

C'est ce qu'a décidé un arrêt de la Cour royale de Caen du 22 juillet 1845, confirmatif d'un jugement du tribunal de commerce de Honfleur (1). Cet arrêt décide que le transfert, ne renfermant pas une volonté de vendre, ne vaut pas comme vente, et qu'il ne vaut pas non plus comme gage, attendu que le créancier muni de ce transfert

(1) Inédit. *Suprà*, n° 172. Je l'ai eu en mains dans un rapport que j'ai fait à la chambre des requêtes.

n'a pas rempli les formalités prescrites par l'art. 2074, dont l'accomplissement peut seul lui donner privilège.

307. Cette question revient à peu près à celle que nous avons examinée ailleurs, et qui consiste à savoir quelle est la valeur des gages dissimulés sous forme de vente (1) et des gages de créances négociables effectués sous forme d'endossement (2). Si la donation déguisée sous forme de vente vaut comme donation, quoiqu'elle ne soit pas revêtue des formalités prescrites pour la donation, pourquoi le nantissement déguisé sous forme de vente ne serait-il pas aussi tenu pour valable? De plus, le nantissement des effets de commerce ne s'opère-t-il pas par endossement, c'est-à-dire par un acte de cession, et non par un contrat spécial de gage? Et cependant un tel nantissement, quoique affectant les formes extérieures de la vente, n'est-il pas valable comme nantissement? L'endossement d'un connaissance qui transmet, au moins en apparence, la propriété de la chose, n'est-il pas le mode usité de nantir un commissionnaire, et une des formes d'impignoration autorisées par l'art. 93 du Code de commerce?

308. Quant au transfert en douane invoqué comme indice de possession, en général on ne

(1) *Suprà*, n° 204.

(2) *Suprà*, n°s 282 et suiv.

saurait en contester l'efficacité (1). Cependant il s'est offert une hypothèse où deux créanciers, auxquels la même chose avait été donnée en gage par la fraude du débiteur, se présentaient avec des prétentions très spécieuses de part et d'autre. L'un était nanti des clés; l'autre produisait un transfert en douane. Le premier avait un titre antérieur et une saisine des clés qui précédait le transfert. Dans ces circonstances, la priorité et le privilège furent accordés au créancier qui avait le titre le plus ancien et la détention des clés.

Le transfert en douane, dit la Cour royale d'Aix dans son arrêt du 21 février 1840 (2), fixe les relations de la douane avec le propriétaire ou détenteur des marchandises entreposées, en déterminant avec certitude la personne responsable des droits. Il laisse donc en dehors toutes les transactions commerciales dont la propriété des marchandises peut fournir l'aliment, sous la condition de ne pas les déplacer matériellement sans avoir acquitté les droits ou obtenu le consentement de la douane; formalités fiscales qui n'ont aucune sorte d'influence sur la validité des contrats auxquels la douane n'intervient pas. Il est d'ailleurs plutôt un signe de propriété qu'un signe de possession, en ce qu'il donne envers la

(1) *Infrà*, n° 319.

(2) *Dal.*, 40, 2, 128, 129.

douane le droit de disposer en maître des propriétés transférées, disposition qui n'est pas dans la nature du contrat de nantissement et qui est, au contraire, proscrite par l'art. 2073 du Code civil. Le créancier à qui la chose a été engagée, et qui tient de son contrat le droit d'en réclamer la possession, ne pourrait exiger que le transfert en douane fût effectué sur sa tête.

Ces raisons de la Cour d'Aix ne sont pas sans valeur dans l'espèce débattue. Mais elles n'infirmement pas la puissance qui, dans les cas ordinaires, s'attache au transfert en douane.

309. Bien que la marchandise soit déposée dans les magasins du créancier, il peut arriver que les soins du débiteur lui soient nécessaires. Alors il n'est pas défendu de stipuler qu'il continuera à s'en occuper dans l'intérêt du créancier. L'important est que cette clause ne cache pas une fraude. Du reste, la possession du créancier n'est pas incompatible avec une certaine coopération du débiteur, resté propriétaire, pour la conservation de la chose (1). Le créancier n'en reste pas moins possesseur exclusif de cette chose. Le débiteur n'en est pas moins dépossédé.

310. Toutefois les tiers se méfient souvent de cette clause; ils la considèrent comme apposée

(1) Arg. de la loi 35, § 1, D., *De pigner. act.* (Florentinus): *Pro conducto debitor re suâ uti potest.*

pour leur porter préjudice en faisant croire au public que le débiteur a conservé la possession de la chose et que son crédit n'est pas altéré; mais c'est là une question de fait, et les tribunaux sont appelés à la résoudre d'après les espèces.

Citons quelques exemples propres à éclairer l'esprit du lecteur.

311. Morin, Jomain et compagnie, marchands de vin à Beaune, donnèrent en nantissement à Wieland et Hoffman, de Bade, 59,931 bouteilles de vin de Bourgogne, pour nantissement d'une somme de 50,000 fr. dont ils étaient redevables à ceux-ci. Il fut passé acte de ce contrat de gage le 25 juillet 1839.

Ce vin fut livré aux créanciers entre les mains de Michel, leur mandataire, et déposé dans des caves louées par lui. Il fut convenu que Morin, Jomain et compagnie donneraient aux vins tous les soins nécessaires, en présence de Michel, qui dans aucun cas ne se dessaisirait des clés de la cave.

Toutefois, pour faciliter les soins de Morin, Jomain et compagnie, il arriva quelquefois à Michel de leur livrer les clés; il arriva même, en 1840, que les débiteurs firent enlever des bouteilles de vin, les transportèrent chez eux et les mirent en pièce.

Faillite de Morin, Jomain et compagnie.

Les syndics soutinrent que le nantissement était nul, parce que les débiteurs ne s'étaient

pas dessaisis; ils argumentaient de leurs soins, de leurs visites, de leur possession des clés, de la reprise de partie des vins, etc.

Un jugement du tribunal de commerce de Beaune déclara le nantissement nul. Sur l'appel, Wieland et Hoffman déclarèrent renoncer à leur privilège sur les vins retirés par les débiteurs; mais ils persistèrent à se prétendre privilégiés sur les autres, et un arrêt de la Cour de Dijon du 17 août 1841 leur donna gain de cause.

Cet arrêt établit que les créanciers ont eu la possession réelle des vins. Ces vins ont été déposés dans des caves louées par les créanciers et dont ils avaient les clés.

A la vérité, une clause du traité obligeait le débiteur à donner ses soins à la chose engagée. Mais cette clause n'est pas incompatible avec le contrat de nantissement. Elle trouve son motif dans la nature même de l'objet donné en gage. Il s'agissait de vins de Bourgogne mousseux. La conservation de ces vins exige des connaissances particulières, et peu de personnes dans la Côte-d'Or les possèdent.

Quant à la remise des clés faite par Michel aux débiteurs, on ne peut dire que Michel s'en soit dessaisi; il n'a fait qu'adopter une marche qui lui paraissait plus commode pour que les ouvriers employés à la conservation des vins pussent opérer avec facilité et sans perte de temps.

Par arrêt de la chambre des requêtes du 11

avril 1842, le pourvoi a été rejeté. Les points de fait déclarés constants par la Cour royale conduisaient à ce résultat inévitable (1).

312. Maintenant, voici une autre espèce où le créancier a eu un sort différent: c'étaient des vins de Champagne qui étaient l'objet du gage, et le débiteur avait été chargé de les soigner. Deux arrêts de la Cour royale de Paris du 20 mai 1841 (2) s'en sont occupés; l'un annule deux actes de nantissement de 62,000 bouteilles de vin de Champagne, l'autre déclare nul un nantissement de 20,000 bouteilles, par la raison que le débiteur, marchand, s'était réservé le droit de les soigner, et, en effet, les avait soignés par lui et ses ouvriers. Il est à remarquer, pour la justification de cette décision, que l'arrêt constate, en fait, que le débiteur n'avait pas cessé un seul instant d'être en possession des caves contenant les vins, que les vins n'avaient pas été déplacés, et que tous ceux qui lui restaient en propre se trouvaient mêlés avec ceux donnés en nantissement; de telle sorte que rien n'indiquait qu'il en fût réservé une partie quelconque pour un gage; que de là il était arrivé que le public avait continué à considérer les vins comme constituant l'actif du débiteur;

(1) Devill., 42, 1, 926. Da'z, 42, 1, 394, 239.

(2) Da', 41, 2, 218.

qu'on lui avait prêté par suite de cette fausse idée; ce qu'on n'aurait pas fait si on avait su qu'un gage en affectait la plus grande partie; que les tiers avaient été trompés (1).

313. Telles sont les circonstances graves qui déterminèrent les juges de la cause. Mais, dans une autre affaire où elles ne se présentaient pas, et où le débiteur avait remis au créancier la clé des caves, où ces caves ne faisaient pas partie de sa maison de commerce, où c'était un tiers qui avait été chargé de soigner les vins, la Cour maintint le nantissement par arrêt du 7 août 1841 (2); ce qui est conforme à l'arrêt de Dijon rapporté au n° 311. Il en résulte donc que rien, dans la nature du nantissement, ne s'oppose à ce que la possession du créancier soit mêlée d'une intervention du débiteur à titre précaire, pour soigner, conserver la chose. Le débiteur n'est pas moins dessaisi de la possession; la possession ne repose pas moins sur la tête du gagiste.

314. On peut même dire d'une manière plus générale que, toutes les fois que l'assistance du débiteur est nécessaire pour la meilleure réussite du nantissement, elle doit être tolérée, à la condition toutefois qu'elle n'ébranle en rien la saisine du créancier.

(1) *Suprà*, n° 288.

(2) *Dal.*, 42, 2, 219.

C'est encore un point que la jurisprudence autorise, ainsi qu'on peut s'en convaincre par l'exemple suivant. Il peut arriver que lorsque la marchandise est consignée dans un dépôt public à la disposition du créancier, la convention stipule que le propriétaire s'occupera lui-même de la vente. Cette clause n'est pas rare dans les prêts sur consignation faits par les banquiers. Elle a pour but d'affranchir le consignataire du soin de la vente, et d'y employer le propriétaire, qui a encore plus d'intérêt que le prêteur à la rendre prompte et avantageuse. Il ne faudrait pas se prévaloir de cette circonstance pour soutenir que le créancier n'a pas la possession. Tant que les marchandises restent dans ses magasins ou qu'elles sont à sa disposition dans un dépôt public, il en conserve le nantissement. La vente que le propriétaire en fait laisse subsister cette possession jusqu'à ce que le consignataire donne son consentement à la délivrance. Il peut refuser de s'en dessaisir s'il n'est pas payé (1).

315. Nous venons de parler du mélange de la possession du créancier avec une certaine intervention du débiteur, mélange qui n'empêche pas la possession du gagiste d'être exclusive.

Il faut nous occuper d'un cas plus délicat et

(1) Nancy, 14 décembre 1838 (*Deville.*, 39, 2, 239).

plus neuf en jurisprudence: c'est celui où deux personnes, ayant des intérêts distincts, auraient toutes les deux la possession de la chose à titre de gage; et alors deux hypothèses diverses peuvent se présenter :

1° Le débiteur peut avoir donné la chose en gage à deux créanciers, en stipulant que l'un serait préférable à l'autre. Le gage ainsi constitué au profit de deux personnes opposées d'intérêt sera-t-il valable?

2° Le débiteur peut avoir eu la mauvaise foi de donner la même chose en gage à deux créanciers ayant des intérêts divers. Chacun est saisi; mais la possession de l'un est plus étroite et plus ancienne que celle de l'autre. Il aura sans aucun doute la préférence. Mais l'autre, après avoir été vaincu par lui, pourra-t-il prétendre cependant qu'il a une saisine assez puissante pour l'emporter, en ce qui concerne la rémanence du gage, sur d'autres créanciers purement chirographaires? Ces questions ont été soulevées par la jurisprudence, et elles ont été jugées dans le sens de la validité du gage par arrêt de la Cour royale d'Aix du 21 février 1840 (1). Cette décision me paraît juste; mais, avant tout, il faut s'entendre.

316. Et d'abord, en ce qui concerne notre

(1) Dalloz, 40, 2, 128, 129.

première hypothèse, ce n'est pas que l'on doive dire que les deux gagistes auront des droits égaux et qu'ils viendront ensemble sur le produit du gage pour partager au marc le franc. Nullement. Le premier saisi l'emportera sur le second et sera payé avant lui; mais, lorsqu'il aura été désintéressé, le second gagiste pourra se prévaloir de sa saisine pour se faire payer sur le surplus par préférence aux autres créanciers.

Ainsi, supposez qu'un débiteur ait dans un entrepôt une grande quantité de marchandises encombrantes, telles que barriques de vin, barriques de sucre; il n'y a rien d'impossible à ce qu'il puisse donner ce gage à deux créanciers, et qu'il les saisisse par la remise de doubles clés, déposées entre leurs mains, de manière à ce qu'ils s'entendent amiablement et de bonne foi pour la surveillance et la garde de la chose et pour la vente en cas de non-paiement.

317. Il faut avouer cependant que cet accord entre les deux gagistes existera rarement. Le premier créancier craindra naturellement le contact du second; il se défiera de sa copossession et ne voudra pas de rival, même avec la certitude que ce rival ne viendra qu'après lui. Les fraudes, les divertissements possibles, les difficultés de s'entendre, tout cela éveillera ses soupçons, et son intérêt voudra rester exclusif. Presque toujours donc le premier créancier s'opposera à ce que son gage soit affecté à un second créancier, alors même que ce dernier reconnaî-

trait son antériorité. Néanmoins, la chose n'est pas impossible; et si elle se présentait en fait, je ne pense pas qu'on fût fondé à l'infirmier par des raisons de droit tirées du caractère exclusif que doit avoir la possession. Sans doute, quand la possession est invoquée comme manifestation du droit de propriété, elle ne peut pas plus appartenir à deux personnes à la fois que la propriété elle-même. Mais quand la possession n'est invoquée qu'à titre de garde d'une chose, on ne voit pas pourquoi deux personnes ne pourraient pas être constituées gardiennes à la fois de cette même chose, dans un intérêt distinct, et avec convention d'être subordonnées l'une à l'autre.

318. Du reste, je ne sache pas que la question se soit jamais présentée, en fait, dans ces termes; mais on l'a vue surgir dans la deuxième hypothèse, c'est-à-dire dans celle où le débiteur, usant d'une fraude coupable, avait donné à deux créanciers trompés par lui la même chose en gage, et les avait investis de la possession par de doubles clés. La Cour d'Aix, saisie de cette affaire, donna la préférence au créancier premier saisi en vertu de son contrat par la remise d'un exemplaire des clés; mais, une fois ce créancier payé, elle ne considéra pas moins comme privilégié sur la rémanence l'autre créancier, qui, lui aussi, avait un titre et un second exemplaire des clés. En vain les syndics de la faillite du débiteur soutinrent qu'il n'avait pas de gage valable. La Cour royale d'Aix décida, par arrêt du 21 fé-

vrier 1840, que son gage devait tenir (1). Cette décision me paraît bonne; elle est conforme à la bonne foi et d'accord avec les principes.

319. Il n'y a pas d'acte sacramentel pour mettre la chose à la disposition du gagiste dans un magasin ou dans un dépôt public. Ce n'est que lorsque la marchandise voyage que le seul moyen de saisir le gagiste est la lettre de voiture et le connaissement (2). Quand elle ne voyage pas, et que par conséquent il n'y a pas possibilité de transmettre une lettre de voiture ou un connaissement, la libre disposition de la chose se communique par tous actes quelconques ayant la vertu de saisir le gagiste en dessaisissant le débiteur (3).

Nous avons parlé ci-dessus du transfert en douane (4); disons un mot de la facture.

La remise d'une facture, énonçant les effets consignés avec pouvoir de s'en saisir, met évidemment la chose à la disposition du gagiste (5). Un marchand d'Honfleur a des marchandises à Paris, et charge son commissionnaire, résidant dans cette capitale, de les vendre pour se rembourser d'une avance de 20,000 francs par lui faite. L'envoi de la facture saisira le commission-

(1) Dalloz, 40, 2, 128, 129.

(2) Art. 93 C. de commerce.

(3) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 411.

(4) N° 298.

(5) *Id.*

naire parisien; elle mettra la marchandise à sa disposition. Une simple facture, qui peut transmettre la propriété (1), peut, à plus forte raison, transmettre la possession (2). Valin atteste que tel est l'usage constant du commerce (3). Il est favorable à la rapidité des opérations; il met hors d'atteinte des conventions faites de bonne foi.

320. Et quand la facture est créée à ordre, elle est transmissible par la voie de l'endossement (4). Elle saisit, par ce moyen, de la marchandise qu'elle représente; car elle la met à la disposition du gagiste.

321. Occupons-nous maintenant du cas où l'on donne en gage une marchandise que l'on expédie de place en place, ou une marchandise déjà en cours de voyage. Si on eût exigé une dévolution manuelle (impraticable ici), on aurait paralysé des opérations qui contribuent à l'activité du commerce et à l'extension du crédit. La tradition corporelle a donc été repoussée; l'usage a consacré la saisine de la chose par la remise du connaissement ou de la lettre de voiture (5); titres qui non-seulement représentent

(1) MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 1, n° 232.

(2) *Id.*, t. 2, n° 411.

(3) T. 1, p. 606.

(4) Valin, *loc. cit.*

(5) Valin, *loc. cit.*

la chose absente, mais qui de plus ont l'efficacité de la mettre à la disposition du gagiste à qui il sont remis.

Le connaissement est le titre en usage pour les expéditions maritimes; la lettre de voiture, pour les expéditions terrestres ou fluviales.

322. Le connaissement, ou police de chargement (1), est une reconnaissance que donne le capitaine des marchandises chargées dans le navire (2). L'effet de ce titre est d'obliger le capitaine de livrer la marchandise telle qu'il l'a reçue, sauf fortune de mer (3). Il n'est pas de son essence d'y désigner nommément la personne du consignataire; si le connaissement est quelquefois à personne désignée, il est aussi souvent créé soit au porteur, soit à l'ordre d'un tel, soit à un tel et qui pour lui sera (4).

323. Le porteur du connaissement a droit d'exiger que les marchandises lui soient délivrées, sans qu'il soit permis d'élever contre lui la question de propriété. Lui seul est consignataire

(1) *Apocha oneratoria* (Casaregis, disc. 1, n° 111; discours 10, n° 25, etc.).

(2) Pothier, *Charte-partie*, n° 16.

Émerigon, *Assurances*, t. 1, p. 310.

Ordonnance de la marine, liv. 3, t. 2, art. 1.

(3) Valin, sur l'art. 2 du t. 2, liv. 3, de ladite ordonnance.

Émerigon, *Des assurances*, t. 1, p. 316 et 317.

(4) Émerigon, *loc. cit.*

Art. 281 C. de commerce.

légal (1). C'est ce qu'établit à merveille Casaregis (2).

Et c'est parce que le connaissance lui donne le droit exclusif de recevoir les marchandises, c'est parce que le connaissance est la seule pièce en vertu de laquelle la marchandise puisse être délivrée, que la loi considère la possession du connaissance comme une saisine de la chose.

324. Ce principe n'est pas nouveau dans le droit commercial; et l'on ne saurait trop s'étonner de l'opinion de ceux qui ont écrit qu'on en doit l'introduction au Code de commerce. Il n'y a qu'à lire Casaregis et Valin (3) pour être convaincu que le commerce a toujours vécu sur cette idée; elle est fondamentale et innée dans le mouvement de ses intérêts, et il ne faut attacher aucune importance à un arrêt de la Cour de cassation du 3 brumaire an xii, qui semble décider le contraire (4). La Cour de cassation, n'ayant rien vu d'écrit à cet égard dans l'ordonnance du commerce et se trouvant placée en présence d'un simple usage, au nom duquel on lui demandait une cassation, n'osa pas l'accorder sur la foi de ce simple usage. Il y a lieu, peut-être, de s'en

(1) Émerigon, *loc. cit.*, p. 316 et 317.

(2) Disc. 25, nos 7, 8, 9, 10, 11.

Infrà, n° 325.

(3) T. 1, p. 606 et 607.

(4) Devill., 1, 1, 876.

étonner. Qui ne connaît la puissance des usages commerciaux, complément et équivalent de la loi? Quoi qu'il en soit, la portée de l'arrêt dont il s'agit est assez grave, sous ce rapport, pour qu'on ne l'étende pas au delà; et ce serait en exagérer la pensée que de lui faire dire que, dans l'ancien droit, le connaissance ne procurait pas la possession virtuelle de la marchandise. Le connaissance a toujours valu saisine; il a toujours mis la chose à la disposition du destinataire (1). C'est ainsi que la possession des clés du magasin fait que l'on possède réellement la marchandise déposée dans ce magasin (2). En possédant les clés, on possède la marchandise, non pas parce que les clés représentent la marchandise et sont un symbole de la chose, mais parce que les clés mettent la marchandise sous la main du possesseur, de telle sorte que lui seul peut en disposer et que nul autre ne le pourrait sans effraction. Tel est également le rôle que joue le connaissance. Il met la chose à la disposition du consignataire; il donne à lui seul le droit de la recevoir; il fait qu'il la détient sinon corporellement, au moins virtuellement (3). Le commissionnaire est saisi de la chose par la remise du titre entre ses

(1) Si Émerigon enseigne quelque chose de contraire, comme on le verra au numéro suivant, ce n'est qu'au point de vue des usages de Marseille.

(2) Mon comm. de la *Vente*, t. 1, n° 275.

(3) M.M. De'amarre et Lepoitevin, t. 2, n° 409.

mains. Il en a la possession dans le sens de la loi (1).

325. A ce propos, nous reprocherons à Émerigon une erreur dans laquelle il est étonnant qu'un esprit aussi judicieux que le sien soit tombé. Il prétend que la transmission du connaissance, soit par la voie de l'endossement, soit par la remise manuelle quand le titre est au porteur, n'opère cependant qu'une tradition feinte, et que le détenteur du connaissance manque de la tradition réelle (2). Quoique l'auteur mette cette proposition sous la protection des usages de Marseille, on ne saurait l'accepter. L'usage marseillais n'est rien moins que certain. Il eût été contraire à la jurisprudence commerciale attestée par Valin.

326. Et c'est maintenant qu'on peut voir combien cette distinction, jadis si populaire, entre la tradition feinte et la tradition réelle, est féconde en déceptions, et combien il était utile de la combattre, ainsi que nous l'avons fait dans notre commentaire de la *Vente* (3). En effet, Émerigon, se fondant sur cette base fugitive, est conduit à soutenir que le porteur du connaissance, n'ayant qu'une tradition feinte, a besoin d'obtenir la tradition réelle pour être préférable aux

(1) Art. 93 C. de commerce.

(2) P. 319.

(3) T. 1, n^{os} 273 et suiv.

Suprà, n^o 290.

droits des tiers; et, partant de là, il veut que le vendeur non payé passe avant le porteur du connaissance. Rien n'est plus faux que cette théorie. L'art. 93 la condamne expressément. Elle l'avait déjà été par Valin (4). Il est maintenant reçu en jurisprudence que le commissionnaire, porteur du connaissance, a la tradition réelle.

327. Supposons, par exemple, que le vendeur des marchandises non payées les expédie à Pierre, commissionnaire de l'acheteur, et qu'il lui en envoie les connaissances. Il est certain que le vendeur ne pourra exercer la revendication (nous supposons qu'il est dans les conditions requises par la loi pour l'exercer) qu'en remboursant Pierre de ses avances. Pierre est saisi du gage; il n'y a que lui qui ait le droit de retirer la marchandise, et nul n'a le droit de soulever contre lui des questions de propriété (2).

328. Ces vérités sont évidentes, quelles que soient les formes du connaissance. Qu'il soit à personne désignée, qu'il soit au porteur, qu'il soit à ordre, il n'importe. Le gagiste est saisi dans le sens de l'art. 93 du Code de commerce.

(1) Sur le t. 40, art. 3, de l'ordonn. de la marine.

(2) Gènes, 12 juillet 1843.

Rouen, 18 juillet 1827.

Douai, 2 avril 1828.

Cassat., 8 juin 1829;

Et 1^{er} décembre 1840 (Deville., 41, 4, 461).

Il prime par conséquent le vendeur, des magasins duquel la marchandise, objet des avances de ce gagiste, est sortie. Il y a mille exemples de cet état de choses. Nous nous contenterons de citer un arrêt de la Cour de Rouen du 29 novembre 1838, que nous avons discuté ailleurs à un autre point de vue (1); il est rendu dans une espèce où le connaissement était à ordre.

329. Quand même ce serait pendant le voyage que le connaissement aurait été passé à l'ordre du commissionnaire et que la marchandise chargée serait devenue son gage, le privilège n'en existerait pas moins contre le vendeur. En effet, il est de principe et d'usage commercial que la marchandise en voyage peut être vendue, et que la délivrance s'en opère suffisamment par l'endossement du connaissement (2). La raison de cet usage est évidente. Pendant une longue navigation maritime, la marchandise ne doit pas cesser d'être vénale; sans quoi ce serait retirer du mouvement commercial des valeurs importantes. C'est ce que Valin a très bien établi en invoquant l'usage, la jurisprudence et la raison. Or, si elle peut être vendue, elle peut être donnée en nantissement et servir de gage à d'utiles

(1) Devill., 39, 2, 34, 35.

(2) Valin, sur le t. 10, art. 3, de l'ordonnance de la marine, t. 1, p. 606, 607.

opérations. Le commissionnaire qui l'a à sa disposition par le moyen du connaissement prime donc le vendeur. L'art. 93 du Code de commerce ne distingue pas si la marchandise était ou non en route quand l'endossement a eu lieu (1). Il suffit que la négociation soit exempte de fraude et que le gagiste montre, par le connaissement, que la marchandise est à sa disposition (2).

330. Mais *quid juris* si l'endossement du connaissement était irrégulier, par exemple s'il n'énonçait pas la valeur fournie? devrait-on dire, dans ce cas, qu'il n'opère pas de saisine suffisante?

L'affirmative a été jugée par la Cour de cassation le 1^{er} mars 1843 (3). Il faut en connaître l'espèce.

Müller, du Havre, vend à Chevalier et compagnie, de Paris, 49 barriques de sucre brut. Le 10 mai 1836, il les expédie par le navire *le Saint-Jacques*, à la destination de Dunkerque; en même temps il adresse un connaissement à ordre à Chevalier et compagnie. Le 14 du même mois, Chevalier et compagnie passent ce connaissement à l'ordre de Tissot et Prévost, commission-

(1) Cassat., req., 8 juin 1829 (Devill., 9, 1, 306).

(2) Émerigon est d'opinion contraire, parce qu'à Marseille, dit-il, *le connaissement n'a jamais été considéré comme papier négociable*, t. 1, p. 349.

(3) Devill., 43, 1, 186 (Dalloz, 43, 1, 183).

naires à Lille; l'endossement n'énonce pas la valeur fournie. Tissot et Prévost s'empresstent de transmettre le connaissance à leur mandataire à Dunkerque pour réclamer les sucres.

Dans l'intervalle, Chevalier et compagnie font faillite. Müller, vendeur non payé de ces sucres, fait défense au capitaine du *Saint-Jacques* de les livrer aux acheteurs ou à leur mandataire. A l'opposition du représentant de Tissot et Prévost, il répond : L'endossement n'énonce pas les valeurs fournies; il n'est pas translatif; Chevalier et compagnie n'étaient pas dessaisis. Le droit de revendication reste entier.

Jugement du tribunal de commerce de Dunkerque qui, adoptant ce système, décide que l'endos irrégulier n'a fait que donner un mandat pour recevoir la marchandise, mandat insuffisant pour saisir le commissionnaire.

Mais, sur l'appel, cette décision fut infirmée par arrêt de la Cour de Douai du 11 avril 1838. Voici le motif dominant de cet arrêt : « De ce » que l'endos du connaissance ne porte pas l'indication de la valeur fournie, on ne peut en conclure que sa remise n'ait opéré qu'un mandat révocable. Il ne faut pas argumenter ici de ce qui a lieu dans le contrat de change. » Quand il s'agit d'une lettre de change, il y a vente de droits, et par conséquent nécessité d'une valeur à fournir en échange et d'une mention de cette valeur. Mais, dans les affaires de commission, il n'y a ni vente de droits, ni

» nécessité d'une valeur à fournir en échange et » d'une mention de cette valeur. L'usage et la position des parties expliquent ce point. »

Müller s'est pourvu en cassation. Le privilège du commissionnaire, disait-il, n'est que la conséquence d'un nantissement réel ou symbolique; il résulte de la possession du connaissance. Mais il faut que cette possession soit régulière, et non précaire et imparfaite. Or, pour que l'endossement soit régulier, il faut qu'il énonce la valeur fournie. Il en est du connaissance, en pareil cas, comme de tout autre effet de commerce. Si on n'énonçait pas la valeur fournie, on ne constaterait pas, à l'égard des tiers, la légitimité de la cause qui a motivé la négociation. Endosser un connaissance au profit de quelque personne que ce soit, c'est se dessaisir en sa faveur d'un droit de propriété, du droit de recevoir la marchandise, du droit d'en disposer. Dès lors, il faut une valeur fournie en échange par le bénéficiaire.

Sur ces raisons, l'arrêt de Douai a été cassé. Les art. 137 et 138 du Code de commerce veulent que lorsque l'endossement n'énonce pas la valeur fournie, il n'opère pas de transport et ne vaille que comme procuration. Cette règle s'applique à toutes les valeurs négociables, même au connaissance⁽¹⁾. Dès lors, quel a été

(1) V. M. Boulay-Paty, t. 2, p. 314.

le rôle de Tissot et Prévost? Ils ont été les mandataires de Chevalier et compagnie pour recevoir les marchandises; ils ne se sont pas présentés de leur chef, comme commissionnaires nantis.

La cause a été renvoyée à Amiens, et là elle a reçu une solution conforme à l'arrêt de cassation (1).

331. Mais la Cour de Douai n'en a pas moins persisté dans sa jurisprudence; et le 5 janvier 1844 elle a rendu un arrêt longuement et fortement motivé pour la soutenir.

Il faut noter toutefois une différence entre l'arrêt du 5 janvier 1844 et l'arrêt cassé par la chambre civile. Dans l'espèce de ce dernier arrêt, le conflit se trouvait entre le vendeur revendiquant et le commissionnaire. Au contraire, dans l'espèce de l'arrêt du 5 janvier 1844, le débat était entre le commissionnaire et les créanciers ordinaires du commettant. Mais, quoique cette nuance ne soit pas indifférente, je ne la regarde cependant pas comme fondamentale.

Le fait était que Cavrois, de Dunkerque, faisait des avances d'argent à Lecomte, négociant à Lille, qui lui consignait des marchandises. Parmi les connaissements transmis à Cavrois, il y en avait un qui s'appliquait à 200 balles de café; Lecomte l'avait endossé à Cavrois sans exprimer de valeur fournie.

(1) 29 juillet 1843 (Devill., 44, 2, 6 et 7).

Lecomte ayant fait faillite, on pressent ce qui suivit cette situation.

Écoutons maintenant la Cour de Douai : elle combat, en quelque sorte, pour sa propre jurisprudence. Il faut entendre ses raisons.

« Attendu, dit-elle, qu'il s'agit dans la cause, non d'une convention de vente ou cession, mais d'un contrat de mandat ou de commission; — que par ce contrat Lecomte n'a transmis à Cavrois (commissionnaire) aucun droit de propriété sur les marchandises à lui expédiées; qu'il l'a seulement chargé de recevoir et de vendre pour son compte lesdites marchandises sur lesquelles il lui a demandé des avances; — que, relativement à un tel contrat, il n'a été ni pu être question entre les parties ni de prix de vente, ni de valeur fournie en retour d'une chose qui ne passait pas dans le domaine du commissionnaire; — attendu que l'endossement n'est autre chose qu'un écrit destiné à constater le contrat intervenu entre l'endosseur et le porteur; — que si ce contrat est translatif de propriété (comme il arrive le plus souvent en fait de lettres de change et billets à ordre, et de contrats à la grosse, art. 136, 187, 313 du Code de commerce), l'endossement doit énoncer le prix de vente, c'est-à-dire la valeur fournie par le cessionnaire au cédant (art. 137); — mais que, par la nature même des choses, il en est autrement si la propriété reste à l'endosseur et n'est pas transmise au porteur;

« Attendu que la transmission d'un connaissance par un commettant à son commissionnaire, dans le cas des art. 91 et suiv. du Code de commerce (cet endossement n'étant qu'un mandat), ne doit pas, pour être valable, exprimer une valeur fournie; — que la nature de la convention est même exclusive de la possibilité d'une telle mention; — que l'expression d'une valeur fournie ferait dégénérer en un autre contrat la convention réellement intervenue entre les parties; — que le commettant doit et peut même d'autant moins exprimer une telle valeur, que l'endossement a lieu le plus souvent hors la présence du commissionnaire, même à son insu, et à l'occasion d'un contrat qui ne reçoit sa perfection que postérieurement et par l'acceptation du commissionnaire. »

332. La question traitée par ces arrêts est, au premier coup d'œil, assez délicate. Elle partage de bons esprits. L'arrêtiste de la Cour de Douai défend avec vigueur la jurisprudence de sa Cour; M. Devilleneuve prend parti pour celle de la Cour de cassation, et c'est également ce que fait le recueil de M. Dalloz, mais avec moins de développement.

La controverse, en se serrant de près, a fini par restreindre ses proportions à un seul point, qui paraît décisif à M. Devilleneuve; le voici : — Lorsque le consignataire n'a qu'un mandat pour recevoir la marchandise, et non pas un endossement régulier, l'endosseur peut révoquer ce mandat et se faire restituer le titre qu'il avait

confié. Le mandataire n'est donc pas saisi; il ne l'est ni à l'égard du mandant, qui peut révoquer son mandat, ni, à plus forte raison, à l'égard des tiers. Le mandataire n'a pas de saisine; il n'y a pas eu de tradition.

333. Mais cet argument ne touche pas, ce me semble, à la véritable raison de décider; il ne renferme pas le mot de l'énigme, si je puis ainsi parler; il a même des côtés faibles qui sont de nature à nuire à son succès.

Et, par exemple, il renferme une confusion que la Cour de Douai s'est donné le plaisir de faire ressortir avec une inexorable logique. Comment! vous voulez un acte de transport (le mot est en toutes lettres dans l'arrêt de la Cour de cassation), un acte de transport là où les parties n'ont pas voulu faire un transport! Il vous faut une cession en forme, tandis que les parties n'ont voulu constituer qu'un gage!

Pour quelle raison ne vous contentez-vous pas d'un mandat? parce que, dites-vous, le mandant peut révoquer le mandat et faire évanouir le gage du commissionnaire, et que, dès lors, ce dernier n'a pas cette possession certaine et réelle qui est nécessaire pour caractériser la possession du gagiste.

Mais nous répondons que ce mandat est irrévocable; et il est irrévocable parce que le commissionnaire est *procurator in rem suam* (1),

(1) Mon comm. du Mandat, n° 718.

parce que le mandat à lui donné pour recevoir la marchandise est la condition d'un autre contrat irrévocable, dans lequel ce mandat figure comme accessoire. Le prêteur s'engage à fournir telle avance à condition que l'emprunteur lui consignera telle marchandise; l'emprunteur, qui ne l'a pas sous la main pour la livrer, donne à celui qui la détient l'ordre de s'en dessaisir au profit du prêteur. Cet ordre est l'exécution d'un contrat. Ce n'est pas un de ces mandats volontaires qu'on a été maître de donner et qu'on peut retirer à son gré; c'est l'accomplissement d'une obligation dont on ne peut se délier. Le mandat est aussi irrévocable que le contrat de prêt sur nantissement, dont il est l'un des éléments; il est irrévocable comme le mandat donné par l'acte de société à un associé; il fait partie des clauses du contrat primitif.

Cette argumentation n'est pas sans force; elle saisit à merveille le côté faible de l'objection de la Cour de cassation et de M. Devilleneuve.

334. Je pense cependant que le système de la Cour de cassation doit l'emporter.

Il importe peu que le mandat soit irrévocable à l'égard du mandant; il faut voir quelle est sa portée à l'égard des tiers. Or, il est évident que le mandat résultant de l'endos irrégulier est de ceux qui rendent le mandataire passible de toutes les exceptions qu'on pourrait opposer au mandant. Le vendeur, non payé de la marchandise, a donc pu dire à ce mandataire : « A mes

» yeux, vous représentez l'acheteur; vous n'avez pas plus de droits que lui; je pourrais revendiquer la marchandise sur lui; je la revendique sur vous. »

Dans cet état de choses, il est impossible de dire que la marchandise est à la disposition du gagiste; il est si peu maître d'en disposer qu'un tiers peut s'interposer, y mettre arrêt et faire valoir un droit rival.

335. Et puis, ne perdons pas de vue la difficulté. En règle générale, le gagiste doit être saisi de la possession. S'il n'est pas absolument nécessaire que cette possession soit manuelle et corporelle, au moins faut-il une possession virtuelle, certaine et incontestée. Pourquoi le connaissance régulier donne-t-il cette possession? parce qu'il investit le porteur de ce connaissance d'un droit qui, au respect des tiers, a toute la force du droit de propriété et lui donne la pleine disposition de la chose. Pourquoi la remise de la facture produit-elle un effet semblable (1)? par la même raison. Celui qui est porteur de la facture est constitué, à l'égard des tiers, seul maître de la chose; il peut en disposer. Il en est de même alors que le connaissance est à personne dénommée ou à qui pour lui. Bien qu'entre les parties contractantes la

(1) *Suprà*, n° 309.

remise du connaissance puisse n'être qu'un mandat, il n'en est pas moins vrai qu'à l'égard des tiers, l'opération a la couleur apparente et l'énergie d'une transmission de propriété. Le caractère de mandataire n'est pas imprimé au porteur; c'est plutôt celui de propriétaire, et les tiers ne pourraient rechercher sa qualité de mandataire qu'en écartant le fait extérieur résultant de l'acte; ce qui en cette matière n'est pas permis (1). Le commerce a des nécessités qui lui sont propres. Il exige que les qualités apparentes soient respectées; en cela repose une partie du crédit commercial. L'important est qu'il n'y ait pas de fraude. Or, comme celui qui se présente avec un titre de propriété a la disposition de la chose, il s'ensuit qu'il en est saisi à l'égard de tous, à l'égard du débiteur qui l'a voulu, et à l'égard des tiers qui n'ont pas de suite et qui ne peuvent empêcher que la marchandise ne soit remise, à l'arrivée, au porteur sans élever la question de propriété. Nous avons vu ci-dessus (2) qu'il n'est pas permis de susciter des débats sur propriété contre le porteur du connaissance.

336. Mais si, à la place de celui qui a un titre de cette nature, vous placez un mandataire pur

(1) Casaregis, *disc.* 25, n^{os} 7, 8, 9, 10, 11.
Suprà, n^o 313.

(2) N^o 313.

et simple, il en est tout autrement. Vous ne pouvez pas dire que ce simple mandataire a la disposition de la chose. Vous ne pouvez pas dire qu'on ne peut élever contre lui la question de propriété et toutes autres résultant *ex personâ mandantis*. Sa qualité de mandataire pur et simple le soumet à toutes les exceptions dont le porteur d'un connaissance en règle est affranchi.

337. Quand le connaissance est à personne désignée, il n'appartient pas à celle-ci de le rendre, de son chef, négociable par la voie de l'endos. Le créateur du connaissance ne l'ayant pas créé négociable *ab initio*, il n'est pas permis au destinataire, spécifiquement désigné, de le rendre tel par sa seule volonté; ce serait transformer le contrat, ce serait en changer la nature. En pareil cas, il faudra donc décider qu'un endossement, quel qu'il soit, ne vaut que comme simple mandat et que le porteur est passible de toutes les exceptions du mandant. C'est, du reste, ce qui a été jugé par arrêt de la Cour de cassation du 28 juin 1826, rapporté ci-dessus (1).

338. On comprend l'équité de cette jurisprudence. Je vous vends des vins de Bordeaux et je

(1) N^o 252.

V. *infra*, n^o 341, arrêt de la Cour de cassation du 12 janvier 1847 (Dalloz, 47, 1, 59, 60), en matière de lettre de voiture.

vous les expédie avec un connaissance à personne désignée. Pour quelle raison ai-je préféré le connaissance adressé à personne désignée au connaissance à ordre ou au porteur? parce que je n'ai pas voulu que vous pussiez disposer de la chose pendant qu'elle était en route; parce que je n'ai pas voulu que les vins non payés par vous fussent, à l'aide de mon connaissance, une matière à transaction avant leur arrivée; parce que, par cette précaution, j'ai voulu me réserver le droit de les revendiquer sur vous tant qu'ils sont en route (1). Or, vous, de votre chef, êtes-vous maître de m'enlever cette garantie et d'introduire dans le connaissance une forme que j'ai repoussée? Non! vous ne le pouvez pas; et si vous le faites, votre cessionnaire, qui a vu que le connaissance n'était pas à ordre, a à s'imputer à lui-même d'avoir accepté comme efficace un endos qui, dans l'espèce, n'a de valeur que comme mandat pur et simple. C'est beaucoup que la coutume commerciale ait autorisé le connaissance à ordre; il a fallu vaincre pour cela d'imposants préjugés (2). Mais il serait injuste de faire violence à l'intention des parties, et de donner à l'acte une vertu contraire à la volonté de celui qui en a été l'auteur.

(1) *Infrà*, n° 367.

(2) *Suprà*, n° 329, et la note. On se rappelle ce qu'Émerigon dit de l'usage de Marseille.

339. Le connaissance est le titre particulièrement employé dans les expéditions maritimes. En ce qui concerne les expéditions terrestres ou fluviales, on se sert de la lettre de voiture. Les formes de la lettre de voiture sont déterminées par le Code de commerce, art. 102. La lettre de voiture saisit le destinataire au même titre que le connaissance. Ce que nous avons dit du connaissance s'applique ici par identité de raison.

340. Le Code de commerce ne dit pas si la lettre de voiture peut être faite à ordre. Mais dans beaucoup de places l'usage s'est introduit de créer des lettres de voiture à ordre et de les transmettre par simple endossement. Le commerce est en général fort enclin à ces transmissions rapides; et c'est en se pénétrant de son esprit que Valin, voulant défendre la négociation, par voie d'ordre, du connaissance (négociation dont quelques juristes contestaient la légitimité (1)), disait : *Toute reconnaissance d'une facture de marchandise est réputée à ordre de sa nature* (2). Les commerçants ont donc essayé de donner à la lettre de voiture les libres allures du connaissance. Car, bien qu'ordinairement les expéditions qui se font sous lettres de voiture soient de moins longue durée que celles qui se

(1) Entre autres Émerigon.

(2) T. 1, p. 607.

font par mer, néanmoins il y a des cas où la marchandise est exposée à rester très longtemps en route, soit par suite d'inondation, de glaces, de rupture de canaux, etc., etc.; on a vu quelquefois des vins rester trois et quatre mois pour aller de Bourgogne à Bercy (1).

La jurisprudence autorise cet usage utile au commerce et qui donne au crédit un aliment précieux (2). Tous les jurisconsultes versés dans le droit commercial l'approuveront.

341. Mais ici revient la difficulté que nous examinons au n° 337. Quand la lettre de voiture n'a pas été créée à ordre, elle ne peut être régulièrement négociée par la voie de l'endos. L'endos, en ce cas, ne confère qu'un mandat duquel ne sort pas le privilège consacré par l'art. 93 du Code de commerce.

C'est ce qu'a très bien jugé la Cour de cassation par arrêt du 12 janvier 1847 (3).

342. Au surplus, les formes de la lettre de voiture ne sont pas sacramentelles; j'ai vu des exemples de chargements faits à des voituriers de terre et de rivière, qui ressemblaient plus à des connaissements qu'à des lettres de voiture.

(1) V. l'espèce d'un arrêt de Dijon du 10 avril 1843 (Dal., 44, 2, 69).

(2) Cassat., 12 janvier 1847 (Daloz, 47, 1, 59 et 60).

(3) Devill., 47, 1, 110, 111.

Daloz, 47, 1, 59 et 60.

Il n'y a pas de raison qui empêche d'adapter le connaissement aux transports par terre ou par eau. Le commissionnaire porteur d'un tel titre serait valablement saisi.

343. C'est ce qui a été jugé par arrêt de la Cour de cassation du 31 juillet 1846 (1). Dans l'espèce, Voog, raffineur de Valenciennes, avait expédié des sucres à Gaillard et compagnie, de Paris, qui lui avaient fait des avances sur ces sucres. L'expédition n'était pas constatée par des lettres de voiture proprement dites, mais elle résultait de bulletins de chargement délivrés par le voiturier à Voog, et que Voog avait remis à Gaillard et compagnie. Pendant que les sucres étaient en route, Voog fit faillite. Ses syndics contestèrent le privilège du commissionnaire, par la raison qu'il ne représentait pas une lettre de voiture. Mais la Cour royale de Douai, par arrêt du 4 juin 1841, se prononça en faveur du commissionnaire, et son arrêt a été maintenu par arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation qui a rejeté le pourvoi.

Toutes les conditions exigées par l'art. 102 du Code de commerce étaient indiquées dans les pièces dont Gaillard et compagnie étaient porteurs; cela parut suffisant à la Cour de cassation comme à la Cour de Douai.

(1) Daloz, 47, 1, 59, 60.

344. Quand le destinataire n'a pas été nanti d'un connaissement ou d'une lettre de voiture qui lui donne la disposition de la marchandise, il n'en est saisi qu'autant qu'elle arrive à sa disposition dans ses magasins ou dans un dépôt public.

345. Le gagiste est même censé posséder la marchandise si, bien que n'étant pas entrée dans ses propres magasins, elle est entrée dans les magasins d'un tiers (1), ou chargée à un voiturier (2) qui l'a reçue au nom et pour le compte du commissionnaire.

Lima, demeurant au Brésil, avait commandé à Odiot, orfèvre à Paris, un service d'argenterie du prix de 30,000 fr. ; l'expédition devait se faire par Ferreira Alvez, commissionnaire au Havre. Odiot lui expédia les caisses le 6 août 1830.

Pour payer les 30,000 fr. et pourvoir à d'autres besoins, Lima s'était fait ouvrir un crédit de 50,000 fr. par la maison Robertson de Londres. Mais, afin de donner couverture à Robertson

(1) M. E. Persil, *Des commissionnaires*, sur l'art. 95 du Code de commerce, n° 15.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 409.

Suprà, n° 294.

Gènes, 12 juillet 1813 (Devill., 4, 2, 330).

(2) Cassat., 7 juin 1825 (Devill., 8, 1, 433).

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 407.

pour ses avances, il fut convenu qu'Alvez recevrait les caisses pour le compte de la maison Robertson de Londres ; qu'elles seraient ensuite expédiées pour le Brésil, toujours au compte de la maison Robertson et sous connaissements passés à l'ordre de ladite maison ou de ses représentants à Bahia (Brésil). En fait, il était constant qu'Odiot avait connu ces arrangements avant d'expédier les marchandises. Alvez l'en avait informé. Il était constant, en outre, qu'aus sitôt après la réception des caisses au Havre, la maison Robertson, se considérant comme nantie, fit une avance de 20,100 fr. qui fut touchée par Odiot.

Cependant, arrivée au Havre, la marchandise fut frappée de nombreuses oppositions des créanciers de Lima ; elle ne put partir pour le Brésil.

Alors Robertson fit condamner Lima par le tribunal du Havre à lui rembourser ses avances, sinon il se fit autoriser à vendre l'argenterie pour se payer par privilège.

Odiot intervint ; il réclama son privilège de vendeur, et soutint que la maison Robertson n'avait rien à demander à son préjudice, puisque la marchandise n'était pas dans ses magasins, mais dans ceux d'un tiers.

Mais la maison Robertson détenait la marchandise, puisqu'elle était entre les mains de son agent au Havre qui l'avait reçue pour elle et qui devait en faire l'expédition à son compte. Alvez ne représentait pas Lima ; il était le man-

dataire de la maison Robertson. Les objets n'étaient pas en la possession de Lima; ils étaient en la possession de la maison Robertson. Celle-ci avait donc le privilège de commissionnaire fondé sur le nantissement. C'est ce qui fut jugé successivement par le tribunal de commerce du Havre, par la Cour royale de Rouen et par arrêt de rejet de la chambre civile de la Cour de cassation du 1^{er} septembre 1840 (1).

346. Il aurait pu en être autrement si Odiot avait ignoré la qualité d'Alvez, et s'il était resté dans l'opinion que ledit Alvez n'était que le représentant de Lima. Chargé, en effet, par la commande de confectionner la marchandise et de la remettre à Alvez, il aurait justement pensé que celui-ci, commissionnaire indiqué par Lima, possédait pour lui, Lima; et il n'aurait pas été sans raisons pour soutenir que la possession de la maison Robertson n'avait pas cette certitude, cette évidence, ce caractère exclusif qui est nécessaire pour fonder le privilège du gagiste. Mais les faits de la cause écartaient toutes ces objections.

347. Si le gage est stipulé, mais non livré, et que le débiteur tombe en faillite, la tradition est tardive dans ce moment critique, où il y a desaisissement de tout son actif au profit de ses créanciers (2).

(1) Devill., 41, 1, 162.

(2) V. *suprà*, nos 257, 258, 276.

Supposons que Primus écrive à Secundus : « Acceptez mes traites; je vais vous envoyer le connaissement à ordre d'un chargement que je fais partir de Bordeaux et qui va aller dans votre port, à Nantes. Vous vous paierez sur les marchandises. » Si Primus tombe en faillite avant d'avoir fait partir le connaissement, et qu'il ne l'adresse à Secundus que lorsque sa faillite est un fait accompli, les syndics auront le droit de réclamer ce connaissement (1).

348. Il en serait autrement si le connaissement avait été envoyé avant la faillite, lors même qu'il ne serait arrivé entre les mains du destinataire qu'après cet événement. C'est en ce sens que j'interprète un arrêt de la Cour de Rennes du 12 juin 1840, rapporté par MM. Delamarre et Lepoitevin (2). Je ne puis croire que la Cour royale eût validé l'expédition dans un cas où l'envoi du connaissement était contemporain de la faillite. La faillite dessaisit le débiteur; le connaissement est la propriété de la masse dès le jour de la faillite, et il y a saisie-arrêt sur tout l'actif. Le failli n'a pu en disposer.

349. Il en est de même si le gage est livré dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite. L'art. 446 du Code de commerce con-

(1) *Suprà*, nos 257, 258.

(2) T. 2, n° 410.

duit à ce résultat. Il annule les nantissements constitués dans les dix jours qui précèdent la faillite; or, c'est par la tradition que le gage arrive à être constitué; c'est la tradition qui le rend parfait et le complète (1).

La question a cependant fait du doute à l'égard des significations de transports; on a même décidé que la signification, destinée à saisir le créancier, est valable si elle est faite dans les dix jours qui précèdent la faillite, pourvu qu'elle ait eu lieu avant le jugement déclaratif de la faillite. Nous renvoyons à ce que nous avons dit ci-dessus de cette question (2).

350. Il ne suffit pas que le gagiste ait été investi de la possession de la chose; il faut encore qu'il continue à la posséder. C'est une autre condition précise de notre article. S'il avait perdu la possession, il perdrait son privilège. Il serait désarmé, à l'égard des tiers, du principe qui fait la force de son droit. Il est censé y avoir renoncé (3), et cette renonciation tacite est excellente, quand même l'événement prouverait que le créancier s'est trompé sur la solvabilité du débiteur lorsqu'il a consenti à se dessaisir (4).

En effet, comment pourrait-il retenir la chose,

(1) V. le texte de notre art. 2076.

(2) V. *suprà*, nos 274, 275, 276.

(3) Arg. de ce que dit Ulpien, l. 9, § 3, D., *De pignorat.*

(4) *Licet in hoc deceptus sit.* Ulp., *loc. cit.*

s'il ne l'a plus sous sa main? Comment pourrait-il exercer son privilège, lequel, par l'art. 2076, est attaché à la possession?

Il est donc incontestable que le commissionnaire n'a privilège sur la chose qui fait son gage que lorsqu'il la détient dans ses magasins ou qu'il la possède par son mandataire; il est donc certain qu'il perd ce privilège lorsque la marchandise sortie de ses mains, et après avoir voyagé en destination pour le débiteur, est entrée dans les magasins du commettant; ou bien quand il y a eu livraison de cette marchandise au commettant ou à ses représentants.

351. Mais si la marchandise, quoique mise en route, n'a pas été livrée au commettant, par l'effet d'une prévision prudente du commissionnaire; si, à l'arrivée de cette marchandise, le mandataire du commissionnaire a ordre de la détenir jusqu'au paiement, le commissionnaire ne sera pas dessaisi. Son privilège pourra s'exercer. Rien n'est encore plus évident. C'est à ce point de vue qu'a été rendu un arrêt de la chambre des requêtes du 18 avril 1843 (1).

Vendriès et Tosar, de la Havane, avaient, par commission de Mérentié, de Marseille, acheté des sucres; ces sucres furent expédiés sur 4 navires. Il est à remarquer que les connaissements

(1) Devill., 43, 1, 527.

étaient à l'ordre de Vendriès et Tosar, et que l'envoi ne désignait aucun autre consignataire.

A l'arrivée à Marseille, Mérentié était en faillite. Rabaud et compagnie, mandataires de Vendriès et Tosar et porteurs des connaissements, demandèrent que, faute par la faillite d'acquitter le prix des sucres, la marchandise fût vendue, pour le prix en provenant être employé à payer par privilège les commissionnaires.

Ils étaient fondés à l'obtenir. Vendriès et Tosar ne s'étaient pas dessaisi; ils avaient eu la précaution de faire faire les connaissements à leur ordre et sans désignation de consignataire. Qu'importe que la marchandise eût quitté la Havane pour voyager jusqu'à Marseille, si elle n'avait pas cessé un instant d'être dans la main de Vendriès et Tosar? et comment douter de la persistance de la possession de ceux-ci, puisque les connaissements étaient à leur ordre et que la marchandise ne pouvait être remise à Marseille qu'à eux ou à leur mandataire?

C'est ce qui fut successivement jugé par le tribunal de commerce de Marseille et par arrêt de la Cour d'Aix du 29 juin 1842, et finalement par l'arrêt précité de la Cour de cassation.

352. Mais toutes les espèces ne se présentent pas dans des conditions aussi évidentes et avec des précautions aussi bien prises. Alors surgissent de graves difficultés! La marchandise peut n'être pas encore entrée dans les magasins du destinataire, et cependant avoir été expédiée sans

que l'expéditeur ait fait faire les connaissements à son ordre, ou sans qu'il ait gardé les lettres de voiture. Dans ce cas, il y a dépossession du gagiste; la marchandise est censée livrée (1). Sans doute, s'il s'agissait d'un vendeur et d'un acheteur, une telle tradition ne serait pas de celles qui excluent la revendication (2). Mais, remarquons-le! la revendication du vendeur est fondée sur la propriété (3), et le droit du gagiste est fondé sur la possession (4). Il ne faut donc pas argumenter de la vente au gage. Les faits de dépossession qui font obstacle au privilège du gagiste peuvent n'être pas suffisants pour faire obstacle à la revendication du vendeur. On se tromperait donc si, pour juger de la dépossession du gagiste, on exigeait que la tradition fût portée au degré où les art. 576 et 577 du nouveau Code de commerce exigent qu'elle soit poussée pour enlever au vendeur la revendication.

Ainsi, le commissionnaire qui aura expédié la marchandise sans la précaution dont nous parlions relativement au connaissement ou à la lettre de voiture perdra son privilège; en perdant la possession, il se sera réduit à l'état de créancier chirographaire.

(1) *Mon comm. de la Vente*, t. 1, n° 281.

(2) Art. 576 et 577 du nouveau C. de c. *Infrà*, n° 367.

(3) *Mon comm. des Hypoth.*, t. 1, n° 187 (*bis*).

(4) *Suprà*, n° 97.

353. Cette proposition ne me paraît pas avoir été contestée, en thèse générale, par la jurisprudence. On admet qu'alors le commissionnaire est dessaisi et qu'il n'a pas de privilège de gagiste à réclamer.

Mais il y a un cas particulier ou un biais a été imaginé pour tourner ces principes. Il faut en instruire le lecteur.

354. Certains commissionnaires existent, qui sont préposés à l'achat des marchandises. Or, quand un commissionnaire de cette espèce achète la chose en son nom, mais pour son commettant, et qu'il la paie de ses deniers, on s'est avisé de le considérer comme une sorte de vendeur à l'égard de son commettant, comme un *vendeur fictif*. On a dit : En achetant et en payant, puis en livrant la marchandise au commettant, c'est comme s'il en était le vendeur à l'égard de ce dernier. Et, partant de là, on a élevé la prétention de lui attribuer, non pas le privilège du gagiste, mais le droit bien plus exorbitant de revendiquer la marchandise, comme s'il était vendeur.

355. C'était une grande hardiesse; elle a fait reculer de bons esprits. Et toutefois ceux qui s'en sont effrayés se sont jetés dans une hardiesse non moins grande. Ils ont dit : Que le commissionnaire ne soit pas un vendeur, qu'il ne soit pas un vendeur fictif, nous l'admettons. Mais, du moins, on ne peut nier que le commission-

naire pour compte, en achetant la marchandise, ne se soit obligé pour lui et pour son commettant; dès lors, il a un intérêt à payer le vendeur, et par-là il s'est subrogé aux droits de celui-ci d'après l'art. 1251 du Code civil; donc, la revendication qu'aurait eue le vendeur, il peut l'exercer comme subrogé à ses droits.

356. Voici dans quelle espèce ce système s'est produit pour la première fois avec la haute sanction de la Cour suprême :

Les sieurs Calliano, négociants à Vienne (Autriche), achètent 30 balles de coton pour Saltzman, de Strasbourg. Ils font cet achat en leur nom personnel; ils paient le prix comptant de leurs propres deniers. Les Calliano expédient les marchandises à Saltzman avec la lettre de voiture, dans laquelle ils comprennent le prix de l'achat, les frais de passage, le droit de courtage et de commission.

Les balles de coton arrivent à Strasbourg; elles sont déposées à la douane sous balle et sous cordes. Elles n'en avaient pas encore été retirées lorsque Saltzman fit faillite.

Les Calliano formèrent une action en revendication. Ils prétendirent qu'ils devaient être considérés comme vendeurs à l'égard de Saltzman. Les syndics leur répondirent : Vous n'êtes pas vendeurs; vous êtes des mandataires qui avez fait une commission. L'agissement le prouve; la lettre de voiture dans laquelle vous réclamez votre commission le prouve encore plus.

Le tribunal de commerce accueillit la demande des Calliano. On ne pouvait pas dire cependant qu'ils fussent saisis; ils ne l'étaient pas. La marchandise n'était plus à leur disposition; elle était à la disposition de Saltzman.

La Cour royale de Colmar fut frappée de cet état de choses; elle refusa le privilège et la revendication.

On se pourvut en cassation, et là on plaida, soit que les Calliano étaient des vendeurs fictifs, soit, subsidiairement, qu'ils étaient subrogés au vendeur.

357. Le point de vue principal, tiré d'une vente fictive, ne produisit pas d'impression sur la Cour de cassation; mais le point de vue subsidiaire parut victorieux. Les Calliano ont fait l'achat des balles de coton en leur nom personnel; ils les ont payées de leurs deniers, quoique pour compte de Saltzman. Sans doute, ils ne sont pas vendeurs: la Cour royale l'a décidé en fait, d'après la correspondance et les circonstances de la cause; mais, du moins, la Cour royale n'a pu s'empêcher de reconnaître qu'en faisant cet achat, les Calliano s'étaient engagés pour et avec Saltzman. Dès lors, ils avaient intérêt d'acquitter le prix de la vente, et en l'acquittant ils ont été subrogés de plein droit au lieu et place des vendeurs, conformément à l'article 1251, n° 3, du Code civil. C'est sur ce raisonnement qu'est fondé l'arrêt de la chambre civile

de la Cour de cassation du 14 novembre 1810, qui casse l'arrêt de Colmar (1).

358. Ce système a fait fortune. Il a prévalu dans la jurisprudence (2) et dans les auteurs (3). On a dit et répété que le commissionnaire acheteur pour compte est subrogé aux droits du vendeur. On en est même revenu à dire qu'il est un *vendeur fictif* (4.) Mais, en ce qui concerne cette dernière proposition, nous devons répéter que, bien qu'elle fût un des appuis de la défense des sieurs Calliano devant la Cour de cassation, la chambre civile ne s'est pas senti le courage d'aller jusque-là. Son arrêt est basé sur la subrogation; et s'il ne contient rien de plus, c'est que le système du *vendeur fictif* n'est pas soutenable. Et, en effet, qu'est-ce, en droit, qu'un vendeur fictif? Sur quel texte, sur quelle puissante raison juridique est fondée cette prétendue fiction? Est-

(1) Devill., 3, 1, 259.

Dalloz, v° *Commissionnaire*.

(2) Rouen, 4 janvier 1825 (Devill., 8, 2, 2).

Aix, 29 juin 1842 (Devill., 43, 1, 526).

Rapport de M. Mesnard sur le pourvoi dirigé contre cet arrêt (Devill., *loc. cit.*).

(3) M. Merlin, Répert., v° *Revendication*.

M. Persil, *Rég. hypoth.*, sur l'art. 2102, n° 22.

M. Pardessus, t. 2, n° 563.

M. Dalloz, v° *Commissionnaire*.

(4) Arrêt d'Aix précité.

ce que les Calliano étaient propriétaires de la marchandise? Est-ce qu'ils ne l'avaient pas achetée, non pour eux, mais par mandat de Saltzman, et comme commissionnaires de ce dernier? Est-ce que, dès lors, ce n'était pas Saltzman qui en était propriétaire? Il est vrai que le prix de vente avait été payé des deniers des Calliano; mais depuis quand une telle circonstance change-t-elle les rôles? Depuis quand l'acheteur cesse-t-il d'être tel parce que le prix de vente a été payé avec un argent qui n'est pas le sien?

Il n'y a donc rien de sérieux dans le système du vendeur fictif.

359. Celui de la subrogation est-il meilleur? MM. Delamarre et Lepoitevin n'hésitent pas à se prononcer pour la négative (1), et je suis entièrement de leur avis. « L'application de l'article 1251 du Code civil, disent très bien ces savants auteurs, ne peut jamais avoir lieu que le créancier n'ait au moins deux obligés. Cela est évident. Or, dans notre espèce, qui suppose un commissionnaire achetant en son propre nom, le vendeur n'a pour obligé que le seul commissionnaire, qui n'a engagé que lui seul. »

On sait, en effet, que lorsque le mandataire s'est obligé en son nom personnel, les tiers n'ont aucune action contre le mandant, de même que

(1) T. 2, n° 395.

le mandant n'a pas d'action contre les tiers. J'ai établi ce point de la manière la plus incontestable dans mon commentaire du *Mandat* (1). Les Calliano ayant traité en leur nom pour l'achat des balles, il est certain que le vendeur de ces balles n'avait aucune action contre Saltzman qui était pour eux une personne *penitus extranea*. La Cour de cassation s'est donc trompée quand elle a dit que les Calliano s'étaient engagés pour et avec Saltzman. Ils n'avaient engagé qu'eux-mêmes à l'égard des vendeurs; n'ayant pas nommé Saltzman, ils ne l'avaient pas obligé au vendeur. Saltzman, mandant, était un tiers pour le vendeur, et c'était le cas de dire avec Casaregis: *Respectu habito ad tertium, mandans consideratur ut persona extranea* (2). Il n'y a pas de doctrine plus fautive et plus contraire à tous les principes reçus en matière de commission que celle dont l'arrêt de la Cour de cassation est ici l'écho.

360. Si cependant la Cour de cassation n'avait établi cette communauté d'obligation que par suite des faits déclarés constants, je n'aurais rien à dire contre son assertion. La question de savoir si le mandant est entré dans le contrat passé entre le mandataire et les tiers est aussi une question de fait. Elle dépend des

(1) Nos 522, 535 et suiv.

(2) Disc. 76, n° 2.

termes employés par le mandataire et de bien des circonstances (1). Mais je crains bien que ce soit plutôt en droit qu'en fait que la Cour de cassation s'est prononcée. Car toutes les notices portent que les Calliano avaient contracté en leur nom personnel, c'est-à-dire *simpliciter*, comme dit Casaregis. Or, en pareil cas, rien n'est plus contraire à la vérité que de croire que le mandant, resté inconnu, est obligé en quoi que ce soit à l'égard des tiers (2). Et cependant l'art. 1251, qui sert de pivot à l'arrêt de la Cour de cassation, n'est applicable qu'autant qu'il y a deux obligés!! Eh bien! on a beau faire, on a beau presser l'agissement, on n'en peut faire sortir qu'un seul obligé, à savoir, les Calliano.

L'arrêt du 16 novembre 1810 se trouve donc battu en brèche. Il est impossible qu'il se soutienne.

361. Maintenant, est-il vrai, ainsi que le veulent MM. Delamarre et Lepoitevin, que la revendication du commissionnaire soit admissible, sinon par les raisons données par la Cour de cas-

(1) Mon comm. du *Mandat*, n° 536.

(2) Si l'on veut se faire une idée des subtilités dans lesquelles peut se perdre un bon esprit, il faut voir une note de M. Sirey tendant à établir que, dans l'affaire des Calliano, le vendeur pouvait avoir des droits à exercer contre Saltzman (Deville., 3, 1, 260, col. 3). Rien n'est plus curieux.

sation, du moins par une autre raison, savoir, que la revendication commerciale reste placée, par l'art. 2102 du Code civil, sous l'influence des lois et usages du commerce; qu'en fait, l'usage du commerce est de permettre au commissionnaire de saisir et revendiquer la marchandise en route; que cette revendication est sans doute *contra rationem juris*, mais qu'elle a été introduite *favore publici commercii*; que cet usage est antique, constant, universel, consacré par la jurisprudence, et que dès lors il doit être respecté? MM. Delamarre et Lepoitevin aiment mieux cette invocation de la coutume commerciale que les faux principes du droit civil mis en œuvre par la Cour de cassation; par-là, suivant eux, on ne donne pas du moins la torture à des textes qui ne sont pas faits pour le cas en question.

362. Toutefois, je le dirai: j'ai de grands doutes sur l'existence de cette coutume commerciale.

D'abord, quand l'art. 2102, n° 4, renvoie aux lois et usages du commerce sur la revendication, il n'a en vue que la revendication exercée par le vendeur non payé. Il ne pense en aucune manière au commissionnaire; et c'est ce que déclare expressément l'art. 550 du Code de commerce qui, citant l'art. 2102, n° 4, du Code civil, ne lui donne d'autre portée que celle qui s'arrête au vendeur d'effets mobiliers.

363. Le Code de commerce est venu pour ré-

gler, dans l'intérêt du négoce, la revendication que le droit civil a organisée pour les intérêts civils. Il a posé les conditions auxquelles le vendeur commerçant est soumis pour pouvoir revendiquer la chose par lui vendue et non payée (1). Mais ce droit de revendication ne saurait être étendu sans arbitraire du vendeur au commissionnaire; car ce dernier n'a rien qui le mette sur la même ligne que le vendeur. La revendication est de droit étroit; elle est exorbitante; on ne saurait la prolonger d'un cas à un autre par voie d'analogie.

364. Cette vérité est d'autant plus manifeste que ce n'est qu'après de longs combats que le droit de revendication au profit du vendeur a été maintenu dans les art. 576 et suiv. du C. de com. Lors de la discussion de la nouvelle loi sur les faillites, la revendication trouva de nombreux adversaires, même parmi les négociants. On la signala comme ayant pour objet d'introduire l'inégalité entre les créanciers. M. Barthe, garde des sceaux, rappelait que de tout temps cette espèce de privilège avait excité les plus vives réclamations; que lorsque le Code de commerce avait été rédigé, de vives objections s'étaient produites; que, depuis, les vœux de la plupart des chambres et tribunaux de commerce ou des

(1) Art. 576, 577.

cours royales siégeant dans les villes de commerce ont été contre la revendication; que partout on a demandé l'abrogation absolue de ce droit, ou tout au moins sa grande modification. Pour ne citer qu'un seul exemple, M. Barthe rappelait ce jugement de la chambre de commerce et de la Cour royale de Lyon sur le droit de revendication: « Source de difficultés, de fraude, d'injustices, les art. 576 et suivants doivent être effacés de l'ancien Code (1). »

A la vérité, la loi n'a pas partagé au même degré ces répugnances; elle a maintenu le droit de revendication au profit du vendeur, toutes les fois que la marchandise, bien qu'expédiée à l'acheteur, n'a pas été livrée dans ses magasins ou ceux de son commissionnaire. Mais du moins est-il certain que le droit de revendication n'est pas tellement favorable qu'il faille l'étendre hors des cas posés par le législateur au milieu de tant d'oppositions.

365. Or, le commissionnaire n'est pas un vendeur. Le vendeur a pour lui le droit de propriété, qui parle toujours si haut, et qui mérite tant d'égards et de ménagements. Le commissionnaire n'est pas propriétaire. Ce n'est que par un inadmissible effort de subtilité qu'on égalise deux positions aussi diverses.

(1) M. Saint-Nexent, *Des faillites*, t. 3, p. 23.

366. Maintenant voici quelque chose de plus remarquable encore :

Le législateur s'est également demandé si, dans les rapports formés par le contrat de commission, il n'y avait pas justice à autoriser, dans certains cas, la revendication. L'affirmative lui a paru devoir être consacrée. Mais en faveur de qui la revendication est-elle autorisée ? en faveur du commettant seul, en faveur de celui qui consigne au commissionnaire des marchandises en dépôt ou pour être vendues (1). Quant au commissionnaire, la loi n'a nulle part érigé la revendication à titre de garantie et de protection. Et pourquoi ? parce que la revendication est fondée sur le droit de propriété (2), et qu'elle ne peut appartenir qu'au propriétaire qui a consigné sa chose à un commissionnaire, ou à celui qui, ayant vendu sans être payé, est en quelque sorte censé n'avoir pas pleinement abdiqué sa propriété, ou ne l'avoir abdiquée que sous une condition résolutoire. Or, le commissionnaire n'est pas propriétaire. La revendication ne se scutiendrait, pour lui, sur rien de solide.

367. Pourquoi, dans le cas de vente, la revendication est-elle autorisée même alors que la marchandise a été expédiée et que l'expéditeur

(1) Art. 575.

(2) Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, n° 187 (*bis*).

s'est dessaisi de la lettre de voiture et du connaissement ? C'est parce que la revendication est fondée moins sur le droit de possession que sur le droit de propriété. Si la revendication n'était pas fondée sur le droit de propriété, si elle ne reposait que sur la possession, elle ne serait pas admissible dans les circonstances prévues par l'art. 576 du Code de commerce; Le vendeur n'a plus la possession; il a expédié la marchandise; il n'a pas fait faire le connaissement à son ordre; il n'a pas gardé la lettre de voiture; il fait voyager la marchandise aux risques de l'acheteur; il l'a livrée (1). Mais qu'importent ces circonstances ? Elles ne seraient susceptibles d'être prises en considération que si le droit du vendeur était basé sur la possession. Or, il est fondé sur la propriété; et, dès lors, ces faits sont sans gravité. Sans doute, il y a eu une tradition (2). Mais tant que la tradition n'a pas placé la chose vendue dans les magasins de l'acheteur, tant que la tradition n'a pas été poussée à ce degré qui fait que la chose entre dans le mouvement commercial dont l'acheteur est l'agent, et apparaît à ses créanciers comme leur gage, elle n'est pas la tradition qui prive le vendeur de tout recours et épuise son droit de

(1) Mon comm. de la *Vente*, t. 1, n° 281. Art. 576, 577, 578 du Code de commerce.

(2) *Id.*

II.

propriété; alors la revendication se fait sans inconvénients pour le crédit; car ces faits préliminaires, bien qu'étant en soi des faits de tradition, n'ont pas été suffisants pour donner aux tiers des espérances, et leur faire croire à une augmentation de l'actif du débiteur.

368. Que si du vendeur nous passons au commissionnaire, quelle différence vient frapper nos regards!!! Le droit du commissionnaire ne dérive pas de la propriété; il ne dérive que de la possession (1). Gagiste, il n'a de prérogative contre les tiers qu'à une condition essentielle, c'est d'être saisi; c'est d'être en possession (2). Eh bien! la possession, il ne l'a pas. Il a livré la chose (3). Elle n'est plus dans ses magasins. Elle est expédiée; elle voyage pour le compte et au risque d'autrui.

369. Je crois que ces aperçus sont suffisants pour démontrer que la revendication attribuée au commissionnaire a quelque chose d'exorbitant, de forcé, d'injuste, et qu'aucune raison ne se montre pour abandonner le principe d'égalité qui doit dominer dans le naufrage de la faillite.

370. C'est bien ce qu'ont senti les tribunaux qui ont voulu venir au secours du commission-

(1) *Suprà*, n° 97.

(2) Art. 2102, n° 2, du Code civil.

(3) Ancien art. 576 du Code de commerce.

naire. Ne pouvant le protéger comme gagiste, ils l'ont protégé comme vendeur ou comme subrogé au vendeur. Mais dire qu'il est un vendeur, c'est un mensonge. Dire qu'il est un vendeur fictif, c'est une supposition arbitraire et cérébrine. Dire qu'il est subrogé au vendeur, c'est fausser tous les principes.

371. Quelle est donc la vérité? C'est que le commissionnaire n'a pas de revendication à exercer et qu'il doit subir la loi commune.

Qu'on ne se récrie pas contre cette conclusion!!! Le commissionnaire a tous les moyens de se sauvegarder. Qu'il fasse faire les connaissements à son ordre; qu'il reste saisi de la lettre de voiture. Il le peut; alors il aura la possession; il restera armé de tous les droits que la loi attribue au gagiste.

372. Au surplus, on remarquera que ce droit de revendication n'a été consacré par la jurisprudence que dans le cas où le commissionnaire, ayant payé la marchandise de ses deniers, peut, par un tour de force d'interprétation, être assimilé à un vendeur à l'égard de son commettant. Mais, quelles que soient les ressources de l'arbitraire, elles ne pourront jamais aller jusqu'à attribuer un droit de revendication au commissionnaire qui n'a fait que des avances. Aussi les esprits les plus favorables au commissionnaire ne sont-ils jamais allés jusque-là.

373. Nous venons de nous expliquer sur les deux conditions exigées par notre article pour

que le gagiste puisse prétendre au privilège : 1^o mise en possession; 2^o conservation de cette possession jusqu'au moment où le droit de gage est mis en mouvement. Il nous reste à parler d'une dernière hypothèse posée par notre article : c'est celle où, par un accord intervenu entre les parties, le gage est remis non pas dans les mains du créancier lui-même, mais dans les mains d'un tiers. Cette convention est valable. Nous avons vu, en effet, ci-dessus que le gagiste est censé posséder la chose alors qu'il la possède par un tiers à ce préposé pour son compte (1). Or, ce tiers convenu entre les parties est un mandataire qui possède pour lui et le représente. Il est vrai que le concours du débiteur intervient dans cette désignation, et peut être pourrait-on s'autoriser de cette circonstance pour dire que ce tiers, ayant aussi un mandat venu de lui, est son représentant, et que la dépossession n'est pas entière. Mais c'est pousser les scrupules à l'excès. Le débiteur ne s'est associé au choix de la personne tierce que pour des raisons de prudence; il ne l'a pas choisie comme son mandataire à l'effet de posséder; c'est pour le créancier que le tiers est constitué possesseur; si la possession est passée en sa personne avec le consentement du débiteur, qui y avait intérêt, elle y reste pour le compte

(1) *Suprà*, n^{os} 304 et 345.

du créancier; elle y est conservée pour lui, et, si cela est nécessaire, ce sera pour lui qu'elle se résoudra en rétention ou vente.

374. Il est donc vrai que le gage peut être remis dans les mains d'un tiers, convenu entre les parties. C'est souvent une précaution prudente, c'est souvent une mesure indispensable : une précaution prudente, quand le créancier a des raisons pour ne pas se charger de la possession, ou quand on a des raisons de craindre; une mesure nécessaire, quand le titre est d'une créance qu'on ne donne en nantissement que pour partie, et dont deux personnes ne peuvent être à la fois en possession. Nous en avons vu un exemple remarquable ci-dessus (1).

En voici un second :

Des jeunes gens se font assurer contre le recrutement; ils versent des primes, qui doivent être acquises à la compagnie; mais il est stipulé que ces primes seront déposées en main tierce pour servir de nantissement jusqu'à l'accomplissement des obligations de la compagnie (2).

(1) *Voyez supra*, n^o 279.

(2) V. arrêt de Toulouse du 16 juin 1834 (Dalloz, 32, 2, 106).

ARTICLE 2077.

Le gage peut être donné par un tiers pour le débiteur.

SOMMAIRE.

375. On peut accéder à l'obligation d'autrui en donnant un gage pour lui.
 376. Celui qui a donné ce gage a-t-il le bénéfice de discussion ?

COMMENTAIRE.

375. De même qu'on peut accéder à l'obligation d'une tierce personne pour la cautionner, de même il est permis de fortifier l'obligation d'une tierce personne en donnant, à sa place, un gage au créancier. Il y a deux agissements dans ce contrat : un mandat ou une gestion d'affaires entre le débiteur et la personne officieuse qui consent à constituer un gage pour lui ; un vrai contrat de gage entre cette personne et le gagiste. Le premier de ces contrats est un bienfait ; le second ne l'est pas. Le créancier reçoit le gage, non à titre de bienfaisance, mais comme condition de son crédit et pour sûreté de ce qu'il prête (1).

(1) Pothier, n° 16.

Remarquons, au surplus, que celui qui pousse l'office d'ami jusqu'à donner un gage pour autrui n'adhère pas pour cela aux engagements personnels de ce dernier. Il n'est pas tenu personnellement à sa place ; il n'y a que sa chose qui soit engagée. On voit, dès lors, combien cet agissement diffère du cautionnement, contrat dans lequel le fidéjusseur prend pour lui l'obligation même du débiteur : *Idem fide meâ esse jubeo* (1).

376. Comme le gage passe en la possession du créancier et qu'il est affecté entre ses mains d'un privilège très étroit, le propriétaire de la chose donnée en gage ne saurait se prévaloir du bénéfice de discussion, qui existe de droit pour le fidéjusseur. En se dessaisissant, il y a évidemment renoncé. Le bénéfice de discussion est incompatible avec le droit de rétention et le privilège conférés au gagiste.

(1) Mon comm. du Cautionnement, nos 7, 29, 46

ARTICLE 2078.

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.

Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage, ou à en disposer sans les formalités ci-dessus, est nulle.

SOMMAIRE.

377. L'art. 2078 a pour but de protéger le débiteur contre des pactes abusifs.
378. Du pacte comissoire.
379. Dureté de cette convention.
380. Suite.
381. Réponse aux objections.
382. La jurisprudence romaine le proscrivait;
383. Même avant Constantin.
384. Il ne faut pas confondre la loi comissoire avec la fiducia.
385. Le pacte comissoire peut être défendu alors même que l'usure est permise.
386. Le pacte comissoire est-il valable s'il a lieu après coup? Détails sur cette question.
387. Suite. Examen d'une loi romaine.
388. Il n'y a pas pacte comissoire lorsqu'on convient que le gage appartiendra au créancier suivant une estimation qui sera faite au moment de l'échéance.

389. Il en serait autrement d'une estimation faite au moment du contrat.
390. Il n'y a pas pacte comissoire quand on attribue au créancier en paiement une chose non engagée.
391. Autre cas qu'il ne faut pas confondre avec le pacte comissoire.
392. Du pacte comissoire apposé dans une transaction.
393. Du pacte comissoire à titre de dot.
394. Le pacte comissoire est nul, mais le contrat ne l'est pas.
395. De la vente du gage.
396. Droit ancien et droit nouveau.
397. Suite.
398. Suite.
399. Suite. Le créancier peut faire décider par le juge que la chose lui restera à dire d'experts, ou bien il peut en faire ordonner la vente par le juge.
400. Le créancier est maître de choisir de ces deux pactes celui qui lui convient le mieux.
401. Suite.
402. Jurisdiction du tribunal pour ordonner la vente.
403. La convention peut-elle dispenser d'aller devant le juge?
404. Le créancier ne doit ni perdre ni gagner à ce mode de paiement.
405. De la convention aléatoire portant que s'il reste quelque chose après la vente, le créancier en profitera.
406. En droit romain, ce n'était pas le juge qui ordonnait la vente; c'était le créancier qui y faisait procéder à l'échéance.
La vente doit être publique.
407. *Quid* de la vente des effets publics, rentes sur l'État, etc.?
408. Les règles ci-dessus sont applicables au commerce.
409. Suite.

410. Des formes pour opérer la vente.
 411. Faut-il notifier la requête au créancier?
 412. Distinctions à suivre.
 413. Suite.
 414. La vente libère le débiteur. On fait compte de prix.
 415. *Quid* si l'acheteur ne paie pas?

COMMENTAIRE.

377. Après les dispositions ci-dessus qui se sont occupées des garanties du créancier, l'article 2078 tourne son regard sur le débiteur afin de ne pas le laisser à la merci du créancier : le débiteur a droit à sa protection ; le besoin dans lequel il se trouve le rend facile à subjuguer ; il faut venir à son secours contre les pactes lésionnaires et les extorsions de créanciers impitoyables.

378. Parmi les clauses célèbres dans les annales de la fraude, il en est une fort connue en jurisprudence sous le nom de *pacte commissaire* (1). C'est celle qui consiste à stipuler que si dans un certain temps le débiteur ne retire pas, en payant, la chose donnée en gage, cette chose sera de plein droit acquise au créancier en paie-

(1) De *committere*. Lorsqu'une partie perd le domaine de sa chose et qu'une autre l'acquiert, on dit en latin qu'elle est *commissa* à ce dernier.

Doneau, sur le C., *De pactis pign.*, n° 2.

ment de ce qui lui est dû (1). Ce pacte opère une conversion du gage en vente (2). Il contient une vente conditionnelle, qui enlève au gage ses fins légitimes, et leur substitue une aliénation absolue, sans concurrence d'acheteurs ; il renferme une clause pénale à raison du non-paiement du prix au temps préfix (3). Il enlève *abrupte*, comme dit J. Godefroy, au malheureux débiteur, la chose qui est encore à lui (4).

379. Ce pacte est empreint d'une dureté excessive. Presque toujours la chose donnée en gage est d'une valeur supérieure à la dette, et ce n'est qu'en cédant à la contrainte morale du besoin que le débiteur consent à subir l'obligation rigoureuse d'abandonner au créancier cette chose qui vaut plus que ce qu'il doit (5). Un tel pacte est donc immoral : *contra bonos mores* (6) ; il est vexatoire ; il est un abus du fort sur le faible,

(1) Pothier, n° 48.

Infrà, n° 508.

MM. Championnière et Rigaud, t. 3, n° 2070.

Mæstertius, *De lege commissoria*, q. 2, n° 1.

Doneau, sur la loi dernière, C., *De pactis pign.*

(2) Favre, sur la loi 34, D., *De pign. act.* *Infrà*, n° 387, note (2).

(3) Doneau, *loc. cit.*, n° 4 : *Committi'ur pignus, pœne causâ.*

(4) Sur le C. Théod., *De commiss. rescind.*

(5) Mæstertius, q. 3, n° 2.

(6) Doneau, *loc. cit.*

une odieuse spéculation de celui qui a sur celui qui éprouve une nécessité d'argent.

380. Lors même qu'il serait prouvé que la chose n'a pas une valeur supérieure à la dette dont elle est la garantie, ce ne serait pas encore une raison pour autoriser le pacte commissoire. D'abord le prix des choses est variable ; si l'objet donné en gage ne valait que tant à l'époque du contrat, il peut en valoir beaucoup plus à l'époque du paiement. Il n'est pas juste de priver le débiteur de cette chance (1) en exploitant le défaut de liberté dans lequel le place son indigence. De plus, si on autorisait le pacte commissoire sous prétexte qu'en fait, le débiteur n'est pas lésé, ce serait une excitation pour les créanciers à l'insérer toujours dans les contrats de gage, sauf à subir les chances de l'examen de la fraude et de la lésion. La tolérance de la loi provoquerait en quelque sorte le dol ; elle ferait pulluler des conventions qui recèlent les plus graves abus (2).

Au surplus, l'expérience prouve que les cas où il n'y a pas de lésion pour le débiteur sont fort rares. Et quand même la loi n'en aurait pas tenu compte, il ne faudrait pas lui en faire un reproche.

(1) Mæstertius, *loc. cit.*, n° 3.

(2) Doneau, *loc. cit.*, n° 4.

381. A ceux qui se prévendraient de la liberté des conventions pour défendre le pacte commissoire, nous rappellerons le principe que les conventions qui sont contraires aux bonnes mœurs et à la bonne foi sont nulles (1). Et rien n'est plus contraire aux bonnes mœurs que de tirer parti de la faiblesse d'un débiteur aux abois et de s'enrichir à ses dépens.

382. Le pacte commissoire a donc été proscrit de bonne heure dans la jurisprudence romaine, si attentive, sous la main des Prudents, à se mettre d'accord avec l'équité (2). Mais comme l'avidité des créanciers ne tenait pas plus de compte de ces défenses que des lois destinées à régler le taux des usures, lois si souvent violées, quoique si souvent rappelées (3), Constantin, à cette époque de son règne où il s'occupait avec tant de sollicitude de corriger les mœurs de son empire (4), intervint contre tant d'âpreté et

(1) L. 7, § 7, D., *De pactis*.

L. 6, l. *codem*.

L. 5, D., *De pactis dotalibus*.

(2) Arg. de la loi 34, D., *De pignorat. act.*

L. 16, § ult., D., *De pignorib.*

L. 45, D., *De solut.*

Mæstertius, *quest.* 5.

(3) Tacite, *Annal.*, 6.

(4) Godefroy, sur le C. Théod., *De commiss. rescind.*

de manœuvres captieuses (1). Il défendit le pacte comissoire de la manière la plus absolue (2).

383. Beaucoup de jurisconsultes ont pensé que cette loi de Constantin était une innovation. Je crois, avec Doneau (3), qu'il y a de bonnes raisons à donner pour soutenir le contraire. Plusieurs textes du Digeste supposent invinciblement l'injustice et la nullité du pacte comissoire. Aucun d'eux cependant ne porte sur un cas précis dans lequel ce pacte aurait été nettement invalidé; mais on y voit clairement que l'idée de la nullité est sous-entendue, et certains fragments n'auraient pas de sens sans cette donnée.

384. Contre cette opinion, il ne serait pas juste d'opposer la forme primitive de la fiducia, qui fut exclusivement pratiquée dans l'origine pour constituer, à Rome, le nantissement (4). La

(1) *Captiones... crescit asperitas*, dit la loi de Constantin.

(2) L. fin., C., *De pactis pignor.*
V. aussi C. Théod., *De commissoriâ rescindendâ*, lib. 3, t. 2, loi unique; « *Si quis*, dit l'empereur, *tali contractu laborat, hâc sanctione respiret.* »

(3) *Loc. cit.*, n° 4 :

« *Et probabile est, non hâc constitutione Constantini primùm hanc legem improbatam esse, sed etiam displicuisse veteribus. Pœna tantùm aucta est.* »
Junge Mæstertius, loc. cit., quest. 5.

(4) *Suprà*, n° 5.

fiducie était un gage sous forme de vente à réméré; elle n'était pas un pacte comissoire. On comprend, en effet, la grande différence qui sépare la vente, avec faculté de rachat, du pacte comissoire apposé dans un nantissement. Dans la vente à réméré, le vendeur aliène sur-le-champ sa chose; il sait qu'elle va cesser d'être à lui. Or, il ne se décide pas facilement à un tel sacrifice; il débat ses intérêts, et le sentiment de la propriété le porte à résister à des exigences vexatoires. Dans le nantissement, au contraire, le débiteur n'aliène rien sur-le-champ; il ne fait qu'engager sa chose, acte auquel on se prête toujours avec plus de facilité qu'à la vente. L'aliénation produite par le pacte comissoire, au lieu d'être actuelle comme dans le réméré, est éloignée et conditionnelle; le débiteur espère qu'il empêchera la condition de se réaliser, que le temps viendra à son secours et qu'il prévientra cette dépossession qui, quoique menaçante, n'a rien de consommé. C'est pourquoi on a toujours fait une grande différence entre le réméré et le pacte comissoire. Le réméré a toujours été permis (1); le pacte comissoire a toujours été suspect.

385. Il ne faudrait pas non plus nous opposer les époques pendant lesquelles l'usure fut permise à Rome. Alors même que l'usure est auto-

(1) *Mon comm. de la Vente*, t. 2, n° 692.

risée par les lois, le pacte commissoire n'en est pas moins dangereux et répréhensible; car il expose le débiteur à payer plus que le capital et les usures convenues. Que le débiteur livré à la rapacité du créancier supporte des usures onéreuses, on l'accorde, puisque nous supposons l'existence d'une loi qui le permet; mais il ne faut pas qu'il soit exposé à quelque chose de plus cruel encore, c'est-à-dire à laisser pour le paiement de ce qu'il doit en réalité, avec les usures comprises, une chose qui a peut-être beaucoup plus de valeur.

386. On demande si le pacte commissoire, évidemment nul quand il est apposé au contrat de gage dans le moment où la convention a lieu, n'est pas valable alors que c'est *ex intervallo* qu'il est stipulé (1). Bartole tient l'affirmative, en disant que le débiteur qui a déjà obtenu l'argent dont il avait besoin ne consent plus au pacte commissoire par nécessité, et que sa volonté est libre (2). Mais cette raison n'est pas solide. Sans doute, ce n'est plus le besoin d'avoir de l'argent

(1) L. 46, D., *De solut.*

L. ult., C., *De pact. pignor.*

Dumoulin, *De contr. usur.*, q. 52, n° 363.

Favre, *De errorib. prag.*, decad. 21, error. 2; et

Code, VIII, 23, 1.

Mæstertius, quest. 6.

Voët, XX, 1, 25.

(2) Bartole, sur la loi *Quamvis*, D., *De solut.*

Doneau, *De pignorib.*, c. 13.

qui arrache une faiblesse à l'emprunteur. Mais qu'importe, si la pénurie et la crainte de ne pouvoir le rendre exercent sur lui le même empire? Est-ce que le débiteur est dans une position meilleure lorsque le créancier le presse de ses vives instances en l'avertissant que le moment approche de rendre ce qu'il doit, lorsqu'il le menace de vendre le gage aussitôt que cette heure critique aura sonné; lorsqu'il obtient de lui, sous cette influence, le pacte lésionnaire en vertu duquel il consent à ce que la chose reste aliénée si au jour de l'échéance tout n'est pas payé?

387. La loi 34, D., *De pignorat. act.*, n'est pas contraire à cette solution, quoi que Bartole en ait pensé (1). En voici l'espèce :

Le jurisconsulte Marcellus suppose que Titius a prêté de l'argent à Sempronius, qui lui a donné un gage. Titius, n'étant pas payé, se dispose à faire vendre le gage. Sempronius lui écrit alors et offre de lui vendre cette chose à lui-même, moyennant un certain prix, *certo pretio*. Titius accepte, et l'on passe acte de cette convention. Le débiteur pourra-t-il faire révoquer cette vente en offrant le capital et les intérêts? Non, dit Marcellus; d'après les faits exposés, la vente doit tenir. En effet, notons d'abord cette différence

(1) « *Ut somniat Bartolus*, » ainsi que le dit Favre, sur cette loi, *Ration. ad Pand.*

V. *infra*, n° 569.

entre cette espèce et celle du numéro précédent : tout à l'heure, le terme n'était pas encore arrivé; ici, il est échu. Tout à l'heure on exploitait la crainte de ne pas pouvoir juger. Ici, on ne fait que régler les conséquences d'un fait accompli.

Partant de là, voici ce qui explique la décision de Marcellus.

Puisque le débiteur, malgré la constitution du gage, reste maître de la chose, il peut la vendre à qui il veut, même au créancier, pourvu que les circonstances ne prouvent pas qu'il n'a pas été libre (1). Or, il y a ici contrat de vente parfait; on y trouve *res, pretium, consensus*.

S'inquiètera-t-on du consentement? Mais remarquons-le : ce consentement n'aboutit pas à un pacte comissoire; il constitue une vraie vente. Qu'est-ce que le pacte comissoire? une vente conditionnelle, une vente soumise à cette condition : « si le débiteur ne paie pas tel jour. » Ici, le jour est arrivé; la dette est échuë. Il faut payer. Le contrat n'est, dès lors, qu'une dation en paiement pure et simple; il n'est soumis à aucune condition.

En ce qui concerne le prix, on sait que dans le pacte comissoire, qui convertit le gage en vente (2), il n'y a pas d'autre prix que l'argent déjà prêté et les intérêts; le montant de la dette

(1) Tryph., l. 12, D., *De distr. pignor.*

(2) *Per quod pignus in venditionem convertitur.*

Favre, sur la loi 34, D., *De pign. act. Suprà*, n° 378.

est toujours inférieur à la valeur du gage (1). Ici, il y a prix fixé à nouveau, *certo pretio*. Ceci est de la plus haute importance (2). Ce prix, déterminé entre les parties après un nouvel examen, ôte au contrat toute parité avec le pacte comissoire (3) et avec le cas examiné au n° 386.

388. De même, on ne confondra pas avec le pacte comissoire la convention par laquelle les parties stipulent que, faute par le débiteur de payer dans un certain temps la somme assurée sur le gage, la chose demeurera acquise au créancier suivant une estimation qui en sera faite alors. Ceci est loin de ressembler au pacte comissoire, qui fait acquérir la chose au créancier *simpliciter* (4) et *abruptè* (5). Elle ne devient sa propriété qu'après une estimation de sa valeur et un compte du plus ou du moins (6).

(1) *Ità vix fieri queat, ut summa debita, justo pignoris pretio æquipollat.* Favre, *loc. cit.*

(2) Favre, *loc. cit.*

(3) *Junge* M. Berlier, disc. au conseil d'État. Fenet, t. 15, p. 197.

(4) Godefroy, sur le C. Théod., *De commissor. rescindendâ*, t. 1, p. 293, col. 2.

(5) *Suprà*, n° 378.

(6) Pothier, n° 19.

Gregor. Tholosanus, lib. 22, c. 9, n° 14. Il cite un arrêt du parlement de Paris.

Favre cite un arrêt du sénat de Chambéry. Cod., *De pact. pign.*, VIII, 23, 1.

Doneau, sur la loi 1, C., *De pactis pign.*, n° 6. *Infrà*, n° 550.



Telle est la décision de Marcianus dans la loi 16, § final, D., *De pignorib. et hypoth.* : « Potest ita fieri pignoris datio, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem justo pretio TUNC æstimandam. Hoc enim casu videtur quodammodo conditionalis venditio (1). »

On comprend facilement qu'un tel pacte est exempt des dangers qui accompagnent le pacte commissaire. La chose sera estimée au temps du paiement ; on en fixera le prix sur des bases justes. Rien ne s'oppose dès lors à ce que, sous cette condition, la vente puisse être passée au créancier aussi bien qu'à un tiers. Enfin, le créancier n'est pas une personne incapable ; au contraire, il est naturellement capable d'acheter du débiteur la chose engagée, ainsi que le décide un rescrit impérial rendu pendant que Papinien était chargé de répondre aux requêtes (2). Il ne devient incapable que par les circonstances. Ici, il n'y a ni crainte de lésion ni possibilité d'abus.

389. Mais nous ne donnerons pas la même valeur à un pacte qui convertirait le gage en vente moyennant une estimation faite au moment du contrat. D'après le texte de la loi romaine, il faut que l'estimation soit faite *ex tunc* et non pas *ex nunc*. D'une part, on peut craindre qu'au moment du contrat, alors que le besoin d'argent se

(1) Sur cette loi, voyez Favre, *De errorib.*, decad. 2^e, error. 7.

(2) L. 12, *De distr. pignor.* (Tryphoninus).

fait sentir dans toute son urgence, le débiteur n'ait accepté une estimation non satisfaisante. De l'autre, comme le prix des choses est sujet à varier, ce n'est pas le prix tel qu'il peut être au moment du contrat de gage qui doit être pris en considération, c'est le prix réel au moment de la vente. Car, comme le dit Mæstertius : « Non est hic emptio-venditio ex nunc, sed tantum ex tunc (1). »

390. Serait-ce tomber dans la prohibition de notre article que d'attribuer au créancier, à titre de dation en paiement, non pas précisément une chose que l'on engage, mais une chose déterminée et étrangère à tout nantissement ?

Par exemple, Pierre emprunte 1,000 francs à François, et il est convenu que si Pierre ne paie pas à l'échéance, François prendra en paiement un tel cheval attaché à l'une des fermes dudit Pierre. Cette convention, suivant quelques auteurs, a tous les inconvénients du pacte commissaire ; elle en mérite tous les reproches (2). Suivant d'autres, elle est valable. C'est une dation en paiement qui n'a rien de répréhensible (3).

(1) Quest. 14, n° 2.

(2) Mæstertius, quest. 7, d'après beaucoup d'auteurs.

(3) Favre, Code, VIII, 23, 2.

Bartole, sur la loi *Quamvis*, D., *De solut.*, 2.

Balde, in capite 1, *De feudo dato in vicem legis commiss.*, col. 2.

Tiraqueau, *De retract. convent.*, n° 138.

Cette dernière opinion peut s'autoriser d'un argument puissant tiré d'un arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} juillet 1844 (1). Cet arrêt est rendu dans un cas où il s'agissait de vente d'immeubles; mais les raisons de décider sont les mêmes alors qu'il s'agit de meubles donnés en paiement.

Ce qui écarte en effet l'application de notre article, c'est qu'il n'y a pas impignoration de la chose donnée en paiement; c'est que, par conséquent, le pacte en question rentre dans la classe de ces ventes conditionnelles qui ne sont défendues par aucune loi.

Si on y fait attention, il y a une grande différence entre cette convention et le pacte comissoire. Dans le pacte comissoire, le créancier, déjà nanti d'un gage et ayant toutes ses sûretés, ne se contente cependant pas de ces précautions; après avoir voulu du nantissement pour mettre la chose en sa possession, il repousse le nantissement et ses conséquences logiques pour la faire passer dans son domaine de propriété! Il accumule sûretés sur sûretés, et cette excessive vigilance est de nature à faire craindre pour le débiteur livré à ses rigueurs. La loi a donc raison d'être soupçonneuse à l'égard d'un créancier qui lui-même est si soupçonneux. Mais elle

(1) Dalloz, 44, 1, 344.

Infrà, n° 561.

a beaucoup moins à redouter les pièges du créancier qui suit, jusqu'à un certain point, la foi du débiteur, qui ne se fait pas donner de gages et qui consent à prendre en paiement une chose que le débiteur peut faire disparaître. Ce créancier n'annonce pas, par cette conduite, l'avidité et l'âpre cautèle du précédent. Rien n'empêche donc de laisser à l'acte la valeur habituelle d'une dation en paiement.

391. Voici un autre cas qu'il ne faut pas confondre avec le pacte comissoire :

Le débiteur a donné au créancier un fidéjusseur, et il a été convenu que ce fidéjusseur, s'il paie ce qui est dû, recevra en paiement une certaine chose qui est en gage dans les mains du créancier. Ce pacte est valable (1). Il n'a rien de commun avec le pacte comissoire qui attribue la chose à celui qui a prêté; ici, celui à qui le débiteur promet de donner la chose en paiement n'a pas mis de l'argent dans ses mains, et l'on ne peut pas dire que le désir d'obtenir de l'argent de ce fidéjusseur a été le mobile du consentement à la vente (2).

392. Le pacte comissoire est-il valable s'il

(1) L. ult., D., *De cont. empt.*

(2) Doneau, *loc. cit.*, n° 6.

Favre, Code, VIII, 21, *def.* 4.

Contrà, Mæstertius, quest. 12.

Dumoulin, *De contract.*, q. 52, n° 357.

a été apposé dans une transaction ? Par exemple, il est convenu, par transaction passée entre le débiteur et le créancier, que si ce même débiteur ne retire pas le gage dans quatre mois, la propriété en sera acquise au créancier.

Je pense que c'est là un cas de pacte commissaire caractérisé. La transaction, qui est faite pour assoupir les procès, ne doit pas s'approprier des clauses qui, par la fraude présumée qu'elles renferment, sont de nature à les exciter. Si le président Favre rapporte un arrêt du sénat de Chambéry qui approuve un tel pacte inséré dans une transaction (1), c'est que cette transaction avait été faite en justice, et que le juge était censé avoir estimé et adjugé la chose (2).

393. Le pacte commissaire n'a été défendu que dans l'intérêt du débiteur, parce qu'il prive ce dernier de la propriété de sa chose sans les précautions nécessaires pour le garantir contre la fraude. Mais quelquefois le pacte commissaire n'aboutit pas à ce résultat extrême, attendu que le créancier n'est pas investi de la chose à un titre de pleine propriété. C'est ce qui a lieu dans le cas de dot.

Par exemple, une femme promet à son mari, ou un beau-père à son gendre, une somme de 20,000 fr. à titre de dot. Un gage est donné pour sûreté de cette promesse, et il est convenu que

(1) Code, VIII, 21, 3.

(2) *Junge* Mæstertius, q. 11.

si, à tel jour, la somme n'est pas payée, le gage sera converti en chose dotale. Cette clause est valable (1). Elle ne prive pas la femme de sa propriété, puisqu'elle la retrouve à la dissolution du mariage; elle n'en prive pas non plus le beau-père, puisque, à la même époque, il la retrouve par lui ou par sa fille. C'est un pacte matrimonial, qui est plutôt dans l'intérêt du mariage; aucune raison solide ne porte à l'ébranler.

394. D'après notre article, le pacte commissaire ne fait pas tomber le gage pour le tout; il n'y a que la clause contraire à notre article qui soit nulle.

Il n'en était pas de même d'après la loi ult. au C., *De pactis pignori*. (2). Constantin avait voulu, à titre de peine, que la chose fût enlevée au créancier: « *Creditores enim, re amissâ, jubemus recuperare quod dederunt.* » Notre article a jugé avec raison qu'il suffisait de considérer comme non écrite la clause en question et de rentrer dans le droit commun en matière de gage.

395. Reste à voir maintenant quel est ce droit commun.

Écoutons Loyseau (3):

(1) Dumoulin, q. 53, n° 372.

Contrâ, Mæstertius, q. 10.

(2) *Junge* le Code Théodos., l. unique, *De commissoriâ rescindendâ*.

(3) *Deguerpiss.*, III, 7, 2.

« Donc en France pour le regard du gage conventionnel, qui est toujours mobilier (parce que comme l'hypothèque n'a lieu en meubles, aussi le gage n'a lieu en immeubles), il faut obtenir du juge, partie appelée, permission de le vendre; si ce n'est que, par l'engagement ou obligation par écrit, il soit porté qu'après certain temps le gage pourra être vendu sans demander permission au juge, ni observer solennité de justice; auquel cas, on tient, à la rigueur, qu'il suffit de dénoncer la vente à la partie; ce qui est toujours nécessaire. Et doit le gage être vendu publiquement, à jour et lieu de marché, par un sergent vendeur, et délivré au plus offrant et dernier enchérisseur (1). »

396. Notre article a des dispositions qui sont conformes à cette pratique du droit français. Mais il en diffère sous d'autres rapports. Le législateur a tenu à être aussi prévoyant et aussi positif que possible sur ce point, qui lui a paru être un des plus importants du titre du gage(2).

397. D'abord, il est formellement énoncé que le créancier ne pourra jamais s'approprier la chose de plein droit, et qu'il ne pourra jamais en disposer. Cette chose appartient au débiteur.

(1) V. Polhier, n° 24.

(2) M. Berlier, orateur du gouvernement. Fenet, t. 15, p. 207.

Bien que celui-ci soit en retard de payer, ce retard ne suffit pas pour faire passer la propriété sur la tête du créancier. Il faut quelque chose de plus que la contumace du débiteur pour opérer une conversion du gage en propriété.

398. Quelle sera donc la cause légitime qui produira cette conversion? Sera-ce une clause du contrat? Nous avons vu ci-dessus ce que le législateur a pensé du pacte comissoire. Ce pacte insidieux cache la fraude; il est proscrit par notre article.

399. Voici donc ce que le créancier aura à faire : il ira trouver le juge, et là il pourra pourvoir à sa sûreté par l'une de ces deux demandes:

Ou conclure à ce que le gage lui demeurera en paiement jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite par des experts;

Ou bien conclure à ce qu'il sera vendu aux enchères.

400. Le créancier est maître de choisir l'une de ces deux voies. Toutes deux sont légales, et c'est son intérêt qui décide celle qui doit être préférée. A la vérité, M. Duranton enseigne que c'est à la justice à ordonner ce qui lui paraîtra le plus avantageux aux intérêts du débiteur (1). Mais nous croyons que cette opinion manque de justesse, et nous disons que c'est

(1) T. 18, n° 536.

seulement lorsque le créancier soumet simultanément ces deux chefs au juge, par forme d'alternative, que le tribunal a droit de choisir l'un plutôt que l'autre (1). Mais, tant que le juge n'est saisi que de l'une de ces alternatives, il n'a pas le pouvoir de remplacer l'une par l'autre. Si le créancier demande à être investi de la propriété à dire d'experts, le juge ne peut ordonner que la chose sera vendue aux enchères; s'il demande qu'elle soit vendue aux enchères, le juge ne peut ordonner qu'elle lui demeurera à dire d'experts.

Ce qui prouve contre M. Duranton la vérité de notre proposition, c'est que si le juge avait le pouvoir que cet estimable professeur lui attribue, il pourrait forcer le créancier à devenir propriétaire, malgré lui, d'une chose qu'il n'a aucun avantage à faire entrer dans son domaine, et dont la vente lui paraît plus conforme à ses intérêts. Est-il possible de supposer qu'il y ait une loi assez peu réfléchie pour vouloir qu'un homme devienne, de force, propriétaire d'une chose, et qu'il l'achète par contrainte?

401. Ajoutons qu'évidemment, le juge n'a pas plus de droit que le débiteur dont il veut défendre les intérêts. Or, il est clair que le débiteur n'a pas l'option dont il est question dans l'art. 2078, et que ce n'est pas en sa faveur qu'elle a

(1) M. Zachariæ, t. 3, p. 172, note (4).

été créée. Comme le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose qui en est l'objet par privilège aux autres créanciers, il s'ensuit que lui seul, et non le débiteur, a le droit de décider par son option si la chose lui demeurera en paiement jusqu'à due concurrence, ou si elle sera vendue aux enchères (1). C'est à tort que le débiteur exigerait de rester maître de l'option. Le débiteur n'a qu'une chose à faire, c'est de payer. Tant qu'il ne paie pas, le créancier doit avoir la faculté souveraine d'aviser à la conservation de ses droits par le moyen qu'il juge le plus opportun. On peut appliquer ici cette règle de Modestin : « *Creditoris arbitrio permittitur... ad suum commodum pervenire* (2). »

402. L'art. 2078 attribue juridiction au tribunal. Ce n'est pas au juge des référés qu'il faut recourir pour faire ordonner ou l'achat à dire d'experts, ou la vente aux enchères (3).

403. Mais la convention pourra-t-elle dispenser les parties d'aller devant le juge? Pourra-t-elle établir qu'à défaut de paiement à l'époque indiquée, le gage restera au créancier à dire d'experts?

Nonobstant la rédaction de la dernière partie

(1) Colmar, 23 février 1828 (Devill., 9, 2, 38).

(2) L. 8, D., *De distr. ignor.*

(3) Paris, 3 octobre 1839 (Dalloz, 40, 2, 6).

de l'art. 2078, je me prononce pour l'affirmative(1). Ce que l'art. 2078 a voulu dire, ce n'est pas que le ministère du juge est absolument indispensable, mais bien que la formalité d'une expertise ne saurait être remplacée par rien. C'est en effet dans cette formalité, et non dans l'intervention du juge, qu'est ici la garantie. Ce que les parties sont convenues de faire, le juge aurait été obligé de le faire à leur place. Il est donc inutile de recourir à un jugement qui entraîne des frais. L'expertise protégera le débiteur; il n'a pas intérêt, il n'a pas droit d'en exiger davantage.

404. Lorsque le prix de la chose a été fixé par les experts et qu'il est supérieur à la dette, le créancier doit en faire raison au débiteur. Ce dernier a, de ce chef, l'action pignoratice (2).

Réciproquement, s'il est inférieur à la dette (ce qui est rare), le débiteur devra parfaire. Cette obligation est de droit; il n'est pas nécessaire qu'elle soit stipulée, et si elle est stipulée, elle est inutile; car elle est nécessairement sous-entendue (3).

(1) *Supr.*, n° 388.

(2) Cujas, sur le t. du Code, *De distr. pignor.*, d'après la loi 24, § 2, D., *De pigner. act.* (Ulp.).
V. l. ult., C., *De distr. pignor.* (Diocl. et Maximin).
Pomponius, l. 6, § 1, D., *De pigner. act.*

(3) Paul, l. 9, § 2, D., *De distr. pignor.*

En un mot, si le créancier ne doit pas faire un gain, il ne doit pas perdre, et un compte de bonne foi doit régler les rapports des parties.

405. Toutefois, le créancier et le débiteur ne pourront-ils pas, par une convention aléatoire, stipuler que ce qui restera après la vente sera attribué au créancier, de telle sorte que s'il y a plus, il le gardera pour lui, s'il y a moins, le débiteur ne sera pas obligé de parfaire?

Cujas enseigne l'affirmative sur le fondement de la loi dernière au C., *De distract. pignor.* Cette convention, dit-il, n'est pas inique; elle n'est nullement le pacte commissaire défendu par Constantin. C'est une convention aussi licite qu'une autre, et dont le but est d'obliger le créancier à se contenter de la valeur, telle quelle, de la chose (1).

Cette opinion n'était pas universelle dans l'ancienne jurisprudence: elle était contestée par Tuldén (2), par Voët (3) et Mæstertius(4), qui donnaient à la loi ult., C., *De distr. pignor.*, un sens autre que l'interprétation de Cujas.

Quoi qu'il en soit, je la considère comme prescrite par ces mots de notre article: *jusqu'à due*

(1) Sur le t. du C., *De distr. pignor.*

(2) Ad l. *De pactis pignor.*, n° 2.

(3) *De pignorib. et hypotheo.*, 20, 1, 26.

(4) Quest. 8.

concurrency. La raison en est que le créancier ne court presque jamais de chances mauvaises dans un tel contrat, et que toutes les bonnes sont de son côté; car le gage est le plus ordinairement d'une valeur bien supérieure à la dette.

406. Quand le créancier ne veut pas de la chose, il demande au juge l'autorisation de la faire vendre aux enchères, et il se paie par privilège sur le prix jusqu'à due concurrence.

En droit romain, ce n'était pas avec l'autorisation du juge que s'opérait la vente du gage; c'était le créancier qui y faisait procéder lui-même après l'échéance (1). En France, la pratique a toujours été de recourir à la justice (2).

Quoi qu'il en soit, on aperçoit que la vente publique est une formalité nécessaire pour convertir la chose en argent et procurer le paiement dont le créancier a voulu s'assurer (3). Comme c'est le juge qui l'ordonne sur la poursuite du créancier, celui-ci doit prouver à la justice que le débiteur ne paie pas. Par-là, toutes les ga-

(1) V. les t. du Dig. et du C., *De distr. pignor.*

Doncau, sur le t. du C., *De distr. pignor.*

V. le traité de M. Schilling, traduit par M. Pellat.

Du *Droit de gage*, § 217.

(2) Loyseau, *suprà*, n° 385.

(3) L. 8, § 3, D., *De pignor. act.*

L. 4, D., *De distr. pignor.*

L. 7 et 8, C., *De distr. pignor.*

ranties sont acquises au débiteur. Les surprises ne sont pas à craindre, les enchères sont provoquées, et l'on peut croire que le prix sera porté par la concurrence à sa vraie valeur.

407. Quand les choses mises en gage sont des effets publics, la vente s'en fait en bourse. Ce mode de vente, quoique ne rentrant pas dans les prévisions précises de l'art. 2078, n'est cependant pas incompatible avec ses dispositions. Il est d'ailleurs le seul usité, et le seul utile pour les fonds publics; il offre toutes les garanties d'une vente aux enchères proprement dite. Qu'a voulu l'art. 2078? la plus grande garantie du débiteur. La vente en bourse, par un agent de change, est un meilleur moyen de vendre que le mode ordinaire (1).

408. Dans les matières de commerce, il n'y a rien qui dispense le nantissement des principes essentiels posés dans l'art. 2078. Ces principes, c'est-à-dire la vente et la publicité de la vente, sont une sauvegarde pour la bonne foi: ils sont la loi du commerce comme la loi des agissements civils.

409. Lors même que le commissionnaire aurait reçu la marchandise pour la vendre à un prix déterminé, si le commettant à qui les avances ont été faites ne s'acquitte pas aux époques conve-

(1) Bruxelles, 8 janvier 1834 (Dalloz, 38, 2, 214).

nues, le commissionnaire doit se faire autoriser à les vendre par le ministère d'un courtier désigné par le tribunal du commerce, et se payer, sur le prix, de ses avances, frais de magasinage et autres dûment justifiés.

410. Quelles sont les formes à suivre pour opérer cette vente ? Le Code de commerce garde le silence en ce qui concerne le mode d'exécution du privilège du commissionnaire sur les marchandises à lui consignées. Mais, par analogie, on peut se référer à l'art. 106 du Code de commerce, relatif au privilège du voiturier, et combiné avec l'art. 2078 du Code civil (1).

411. Pour obtenir une autorisation régulière de procéder à la vente, le créancier (commercial ou civil) est-il tenu de notifier sa requête au débiteur et de l'assigner devant le tribunal pour en discuter les motifs ?

La Cour royale de Paris a jugé la négative par arrêt du 13 mars 1815 (2). Il faut, toutefois, noter que, dans l'espèce, il était constaté en fait que le commettant était informé que la vente devait avoir lieu, et qu'il n'avait pas fait les remises nécessaires pour l'empêcher.

Une circonstance semblable se rencontrait

(1) Colmar, 29 novembre 1816 (Devill., 5, 2, 207) ;

(2) Devill., 5, 2, 29.

Dalloz, *Commissionnaire*, p. 748, 749.

dans l'espèce d'un arrêt du 29 novembre 1816, avec quelque chose de plus précis. Il était constant que le gagiste avait écrit au débiteur que, faute de paiement, il provoquerait la vente des marchandises. De plus, l'arrêt constate que des notifications avaient été faites au débiteur pour se trouver présent à la vente (1).

412. Si dans les matières commerciales il était nécessaire, sans distinction, d'appeler et d'entendre le débiteur, les lenteurs les plus préjudiciables aux intérêts des parties feraient courir des risques à la chose et compromettraient les droits respectifs. En effet, dans les cas de consignation de marchandises expédiées, le domicile de l'expéditeur se trouve plus ou moins éloigné de celui du destinataire ; il y aurait alors des délais de procédure ; on perdrait l'occasion de vendre ; la chose pourrait dépérir. Il existe donc une nécessité qui, en pareil cas, oblige à abréger les formes. Il suffit que le créancier agisse de bonne foi et au mieux des intérêts du débiteur : *bona fide rem gerere*, ainsi que le dit la loi romaine en s'occupant d'un cas analogue (2). Nous disons donc qu'un jugement sur requête est, en pareille circonstance, la forme la plus simple et la plus usitée.

(1) Devill., 5, 2, 207.

Dalloz, *loc. cit.*

(2) L. 4, C., *De distr. pignor.*, et Doneau, sur cette loi, n° 7.

413. Mais, dans les matières commerciales ordinaires, ou dans les matières civiles, alors que le péril en la demeure n'a rien d'inquiétant, je pense que le créancier est tenu de faire assigner le débiteur pour voir ordonner la vente du gage. Telle a toujours été la pratique (1). Il n'y a pas de raison pour s'en écarter.

414. La vente et le paiement qui en est la suite libèrent le débiteur. On fait compte du prix, conformément à ce que nous avons dit ci-dessus, nos 374 et 375 (2).

415. Comme la vente ne se fait qu'au comptant (3), il n'arrivera pas souvent qu'on ait à s'occuper de la question suivante, posée par Paul. Cependant il n'est pas impossible de la voir se présenter.

« On demande si le débiteur est libéré dans le cas où le débiteur n'a pu obtenir de l'acheteur du gage le paiement du prix. Je pense, dit Paul, que si aucune faute ne peut être imputée au créancier, le débiteur reste obligé. Car une vente faite par nécessité ne libère le débiteur qu'autant que l'argent a été touché. » *Manere debitorem obligatum, quia ex necessitate facta venditio, non liberat debitorem, nisi pecuniâ perceptâ* (4).

(1) V. Loyseau, cité ci-dessus, n° 385;

Et l. 4, C., *De distr. pignor.*

(2) Paul, l. 9, § 1, *De distr. pignor.*

(3) Art. 624 C. de procéd. civile.

(4) L. 9, D., *De distr. pignor.* (lib. 3 *Quæst. Paul.*).

ARTICLE 2079.

Jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a lieu, il reste propriétaire du gage, qui n'est, dans la main du créancier, qu'un dépôt assurant le privilège de celui-ci.

SOMMAIRE.

416. Le gage n'enlève pas la propriété au débiteur; il ne fait que donner une possession au créancier.
417. Tout ce qui accroît à la chose, accroît le domaine de propriété du débiteur.
418. Le débiteur peut vendre la chose.
Il peut en disposer par testament.
419. Il a l'action en revendication contre le créancier qu'il a payé.
420. Le créancier n'est donc qu'une sorte de dépositaire de la chose.
421. Il ne peut se servir de la chose. Exception à cette règle.
422. Le créancier ne peut pas vendre la chose engagée, ni en abuser.
423. Il peut cependant la donner en gage. Du *sub pignus*.

COMMENTAIRE.

416. Le nantissement n'enlève pas la propriété au débiteur. Il en serait autrement si le nantissement n'était qu'une vente à réméré. Mais, par son essence, le nantissement laisse au débiteur la propriété de la chose engagée. *In dominio manet debitoris*, dit le jurisconsulte Tryphoninus

413. Mais, dans les matières commerciales ordinaires, ou dans les matières civiles, alors que le péril en la demeure n'a rien d'inquiétant, je pense que le créancier est tenu de faire assigner le débiteur pour voir ordonner la vente du gage. Telle a toujours été la pratique (1). Il n'y a pas de raison pour s'en écarter.

414. La vente et le paiement qui en est la suite libèrent le débiteur. On fait compte du prix, conformément à ce que nous avons dit ci-dessus, nos 374 et 375 (2).

415. Comme la vente ne se fait qu'au comptant (3), il n'arrivera pas souvent qu'on ait à s'occuper de la question suivante, posée par Paul. Cependant il n'est pas impossible de la voir se présenter.

« On demande si le débiteur est libéré dans le cas où le débiteur n'a pu obtenir de l'acheteur du gage le paiement du prix. Je pense, dit Paul, que si aucune faute ne peut être imputée au créancier, le débiteur reste obligé. Car une vente faite par nécessité ne libère le débiteur qu'autant que l'argent a été touché. » *Manere debitorem obligatum, quia ex necessitate facta venditio, non liberat debitorem, nisi pecuniâ perceptâ* (4).

(1) V. Loyseau, cité ci-dessus, n° 385;

Et l. 4, C., *De distr. pignor.*

(2) Paul, l. 9, § 1, *De distr. pignor.*

(3) Art. 624 C. de procéd. civile.

(4) L. 9, D., *De distr. pignor.* (lib. 3 *Quæst. Paul.*).

ARTICLE 2079.

Jusqu'à l'expropriation du débiteur, s'il y a lieu, il reste propriétaire du gage, qui n'est, dans la main du créancier, qu'un dépôt assurant le privilège de celui-ci.

SOMMAIRE.

416. Le gage n'enlève pas la propriété au débiteur; il ne fait que donner une possession au créancier.
417. Tout ce qui accroît à la chose, accroît le domaine de propriété du débiteur.
418. Le débiteur peut vendre la chose.
Il peut en disposer par testament.
419. Il a l'action en revendication contre le créancier qu'il a payé.
420. Le créancier n'est donc qu'une sorte de dépositaire de la chose.
421. Il ne peut se servir de la chose. Exception à cette règle.
422. Le créancier ne peut pas vendre la chose engagée, ni en abuser.
423. Il peut cependant la donner en gage. *Du sub pignus.*

COMMENTAIRE.

416. Le nantissement n'enlève pas la propriété au débiteur. Il en serait autrement si le nantissement n'était qu'une vente à réméré. Mais, par son essence, le nantissement laisse au débiteur la propriété de la chose engagée. *In dominio manet debitoris*, dit le jurisconsulte Tryphoninus

d'après Papinien (1). Le créancier n'en acquiert que la possession : *Solam possessionem transfert ad creditorem*, ajoute le jurisconsulte Florentinus (2).

417. Il suit de là que si la chose augmente ou diminue de valeur, c'est pour le compte du débiteur qu'ont lieu cette augmentation ou cette diminution. *Quidquid pignori commodi sive incommodi fortuito accessit, id ad debitorem pertinet* (3).

418. Le débiteur peut même vendre la chose engagée, tout en respectant cependant le droit du créancier (4).

Il peut en disposer à cause de mort (5).

419. Et il peut exercer la revendication, apauvrissement de la propriété, contre le créancier qui, après avoir été pleinement satisfait, garderait la possession de la chose engagée (6).

420. Cette situation a pour conséquence nécessaire d'attribuer au créancier le rôle secondaire d'un simple dépositaire de la chose. S'il la

(1) L. 12, D., *De distr. pignor.* ;
Junge l. 9, C., *De pign. act.*

(2) L. 35, § 1, D., *De pign. act.*

(3) Ulp., l. 21, § 2, D., *De pignorib.*

(4) L. 7, § 2, D., *De distr. pignor.*
L. 34, D., *De pign. act.*

Suprà, n° 377.

(5) L. 57, D., *De legat.*, 1°.

(6) Papinien, l. 40, D., *De pign. act.* (*Respons.*, III).

possède, ce n'est que dans un but restreint et limité ; elle ne lui a été donnée que pour assurer son privilège. Sa possession est précaire ; elle ne lui donne que le droit de garder la chose, de la retenir, de la conserver.

421. Il suit de là qu'il ne peut s'en servir pour ses usages. *Si creditor pignore.... utatur, furtum committit* (1).

Il en serait autrement s'il ne s'en servait qu'avec le consentement exprès ou tacite du débiteur (2). Mais ce consentement ne se présume pas facilement ; car en soi le gage ne confère qu'un dépôt oisif ; il n'est donné qu'à titre de sûreté, et non pour que le créancier en retire un avantage et un profit.

Toutefois, il y a des nantissements dans lesquels l'usage de la chose est sous-entendu, comme le gage d'un esclave, le nantissement d'un cheval de labour. Alors, le créancier doit tenir compte de la valeur des services que les choses lui procurent (3).

422. A plus forte raison, le créancier ne peut

(1) *Instit.*, *De oblig. quæ ex delicto*, § 6.
L. 54, D., *De furtis*.

Mon comm. du *Dépôt*, n° 97, 98.

(2) Arg. de l'art. 1930 C. c.
Mon comm. du *Dépôt*, n° 100.

Infrà, n° 438.

(3) *Infrà*, n° 438.

ni vendre la chose engagée, ni la faire servir à des usages abusifs.

423. Il peut cependant la mettre en gage (1). C'est ce qu'on appelle sous-gage, ou en latin *sub-pignus*. Si ce *sub-pignus* a été contracté en connaissance de cause par le sous-gagiste, ce dernier n'a pas plus de droits que son propre créancier (2).

Mais si la chose engagée a été donnée en gage comme sienne par le créancier, il est de règle que le sous-gagiste a tous les droits d'un premier créancier. Nous avons vu ailleurs les preuves de cette proposition; elle est usuelle dans le commerce (3). Elle est fondée sur ce sage et tutélaire principe du droit français : *les meubles n'ont pas de suite*. Il ne reste au débiteur frustré dans ses droits que l'action pignoratice contre celui qui a abusé de sa confiance.

(1) L. 1, C., *Si pignus pignori datum sit*.
L. 13, § 2, D., *De pignorib.*

(2) *Suprà*, n° 82.

(3) *Suprà*, n° 83.

ARTICLE 2080.

Le créancier répond, selon les règles établies au titre *des Contrats et des Obligations conventionnelles en général*, de la perte ou détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence.

De son côté, le débiteur doit tenir compte au créancier des dépenses utiles et nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage.

SOMMAIRE.

424. De la conservation de la chose.
425. Le créancier, étant dépositaire, doit veiller à son dépôt. Sans quoi le débiteur a contre lui l'action pignoratice directe.
426. Mais la responsabilité du gagiste est-elle pareille en étendue à celle du dépositaire? Non.
427. Il est responsable du dol;
428. Et de la faute lourde et de la faute légère;
429. Mais il n'est pas tenu de la faute très légère.
430. Ni de la force majeure.
431. Quand y a-t-il preuve de force majeure?
432. Suite.
433. Le gage étant perdu par force majeure, le débiteur n'est pas tenu d'en fournir un autre.
434. De l'action pignoratice contraire dans le cas où le créancier a fait des dépenses pour la chose engagée.
435. Des dépenses nécessaires et des dépenses utiles.
436. Suite.

ni vendre la chose engagée, ni la faire servir à des usages abusifs.

423. Il peut cependant la mettre en gage (1). C'est ce qu'on appelle sous-gage, ou en latin *sub-pignus*. Si ce *sub-pignus* a été contracté en connaissance de cause par le sous-gagiste, ce dernier n'a pas plus de droits que son propre créancier (2).

Mais si la chose engagée a été donnée en gage comme sienne par le créancier, il est de règle que le sous-gagiste a tous les droits d'un premier créancier. Nous avons vu ailleurs les preuves de cette proposition; elle est usuelle dans le commerce (3). Elle est fondée sur ce sage et tutélaire principe du droit français : *les meubles n'ont pas de suite*. Il ne reste au débiteur frustré dans ses droits que l'action pignoratice contre celui qui a abusé de sa confiance.

(1) L. 1, C., *Si pignus pignori datum sit*.
L. 13, § 2, D., *De pignorib.*

(2) *Suprà*, n° 82.

(3) *Suprà*, n° 83.

ARTICLE 2080.

Le créancier répond, selon les règles établies au titre *des Contrats et des Obligations conventionnelles en général*, de la perte ou détérioration du gage qui serait survenue par sa négligence.

De son côté, le débiteur doit tenir compte au créancier des dépenses utiles et nécessaires que celui-ci a faites pour la conservation du gage.

SOMMAIRE.

424. De la conservation de la chose.
425. Le créancier, étant dépositaire, doit veiller à son dépôt. Sans quoi le débiteur a contre lui l'action pignoratice directe.
426. Mais la responsabilité du gagiste est-elle pareille en étendue à celle du dépositaire? Non.
427. Il est responsable du dol ;
428. Et de la faute lourde et de la faute légère;
429. Mais il n'est pas tenu de la faute très légère.
430. Ni de la force majeure.
431. Quand y a-t-il preuve de force majeure?
432. Suite.
433. Le gage étant perdu par force majeure, le débiteur n'est pas tenu d'en fournir un autre.
434. De l'action pignoratice contraire dans le cas où le créancier a fait des dépenses pour la chose engagée.
435. Des dépenses nécessaires et des dépenses utiles.
436. Suite.

COMMENTAIRE.

424. Notre article s'occupe de la responsabilité du créancier gagiste en ce qui concerne la conservation et la garde de la chose.

425. Obligé de rendre la chose après avoir été payé (art. 2082 et 2083), le créancier doit, par une conséquence nécessaire, apporter un soin convenable (1) à la conservation de cette chose. Dépositaire d'après l'art. 2079, il ne doit pas laisser périr ce dépôt par sa négligence; de même que le dépositaire proprement dit doit veiller sur l'objet déposé (2), de même le gagiste est tenu de pourvoir à la conservation de la chose confiée à ses mains.

426. Mais la responsabilité du gagiste se mesurera-t-elle sur celle du dépositaire? Faudra-t-il suivre dans l'art. 2080 la comparaison que fait l'art. 2079 du gagiste au dépositaire?

Non, évidemment. Le dépositaire rend un service à autrui; le gagiste n'a l'intention que de rendre service à lui-même; et puisque c'est son intérêt qui le domine dans la réception du gage, il faut le mettre sur la ligne du commodataire, et non sur la ligne du dépositaire. Les lois romai-

(1) V. Pothier, n° 31.

(2) Mon comm. du *Dépôt*, n° 63 et suiv.

nes ont établi elles-mêmes cette analogie : *Venit autem in hanc actionem*, dit Ulpien, *et dolus et culpa; ut in commodato venit et custodia; vis major non venit* (1).

427. Maintenant, à quel degré s'élève la responsabilité du gagiste? De quelle faute est-il tenu?

S'il se rend coupable de dol, nul doute qu'il ne soit atteint par l'action pignoratice. Le dol est sévèrement banni des rapports civils (2).

428. Mais si, exempt de dol, le gagiste commet une faute de garde et de surveillance, nous contenterons-nous de lui reprocher la faute lourde? Non. Ce serait le traiter en dépositaire (3). Il faudra donc qu'il réponde de la faute légère. Ulpien nous le dit expressément en se servant du mot *culpa*. Ce mot employé seul signifie toujours la faute légère (4); et Paul complète cette proposition quand il dit dans la loi 14, D., *De pignorat. act.* : *Ea igitur, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, à creditore exi-*

(1) L. 13, § 1, D., *De pign. act.*

(2) Ulp., l. 13, § 1, D., *De pign. act.*; Et l. 15, même titre.

Instit., *Quib. modis re cont.*, § ult.

(3) Mon comm. du *Dépôt*, n° 65 et 76.

(4) Favre, *Ration.*, sur la loi 13, § 1, D., *De pignorat. act.*

guntur. Ainsi, si le créancier qui a reçu un nantissement d'esclaves (cela se pratique encore aux colonies) les a maltraités sans nécessité, et s'il a affaibli leur santé par des châtimens non mérités, par une mauvaise nourriture ou des travaux exagérés, il est tenu par l'action pignoratice directe (1).

429. Quant à la faute très légère, elle est exclue par les textes. Ulpien et Paul ont évité à dessein les superlatifs. C'est la diligence du bon père de famille qui est exigée, et non pas la diligence du très bon père de famille (2).

Ce point a fort embarrassé les interprètes qui se sont imaginé que, dans le commodat, les jurisconsultes romains imposaient à l'emprunteur la diligence très exacte; la comparaison du gagiste et de l'emprunteur, faite par Ulpien, renversait leur théorie; ils ont inventé des distinctions, des corrections, des conciliations (3); et, par exemple, ils se sont avisés de dire qu'en prenant sa comparaison dans le commodat, Ulpien n'avait en vue que cette espèce de commodat dans lequel il y a utilité réciproque (4). Tout cela atteste l'esprit ingénieux et fertile des

(1) Ulp., l. 24, D., *De pign. act.*

(2) Favre, sur les lois précitées.
Mon comm. du *Prêt*, n° 72.

(3) Pothier, *loc. cit.*, n° 34.

(4) Bartole, sur la loi 13, D., *De pign. act.*

commentateurs. Quant à nous, nous avons professé à cet égard, dans notre commentaire du *Prêt*, une opinion qui nous dispense de ces efforts, et qui met Ulpien d'accord avec les principes généraux et avec l'art. 2080 du Code civil.

430. La force majeure n'est pas imputable au gagiste. La perte de la chose retombe sur le propriétaire (1).

431. Mais il ne suffit pas au gagiste d'affirmer que la chose a été perdue. Comme l'enseigne Pothier (2), et comme nous n'avons cessé de l'enseigner dans nos précédents commentaires, c'est au gagiste, en tant que gardien de la chose, à prouver l'accident, et, de plus, à établir que cet accident est arrivé sans sa faute (3).

Par exemple, le vol a lieu très souvent par un défaut de négligence du possesseur (4). Il ne prend donc le caractère de vol qu'autant que le gagiste montre que ses soins n'ont pu prévenir la perte de la chose (5).

(1) L. 19, C., *De pign. act.*
Bartole, *loc. cit.*

(2) N° 31.

(3) L. 5, C., *De pign. act.*

(4) Arg. de la loi 22, D., *De pign. act.*
Mon comm. du *Prêt*, n° 86.

(5) Mon comm. du *Prêt*, n° 87; de la *Vente*, n° 102; du *Louage*, n° 221, 222, 223, 342, 364, 366, 910, 916, 939, 987, 1088, 1092; de la *Société*, n° 584; du *Dépôt*, n° 234, 235; du *Mandat*, n° 372.

Nous en dirons autant de l'incendie (1).

C'est pourquoi un arrêt du parlement de Bordeaux du 14 décembre 1600 a déclaré un individu, qui avait reçu en gage un diamant, responsable du vol qui lui en fut fait par un de ses domestiques (2).

432. Mais quand le créancier a donné une explication satisfaisante de sa conduite, quand il a montré que la perte ou la détérioration du gage ont eu une cause raisonnable, si le débiteur continue à soutenir que le créancier est en faute, c'est à lui à le prouver.

Caccia avait été nanti par Blum et compagnie de dix-huit actions industrielles au capital de 90,000 francs. Pendant que ces actions restaient ainsi déposées dans les mains du créancier, la société industrielle du capital de laquelle elles étaient dépendantes crut devoir opérer des modifications à ses statuts; le résultat de ces modifications fut inscrit sur les actions et particulièrement sur celles dont Caccia était détenteur. Blum et compagnie ignorèrent ce fait. A l'échéance ils ne payèrent pas, et Caccia obtint du tribunal la permission de faire vendre les actions. La vente ne produisit que 8,175 francs. Blum et compagnie s'étonnèrent d'un tel résultat; ils

(1) Mon comm. du *Prêt*, n° 86.

(2) Despeisses, t. 1, p. 263.

Automne sur la loi 12, § 3, D., *Pro socio*.

prirent des informations : ils furent avertis que l'on avait inscrit sur leurs dix-huit actions des mentions qu'ils prétendirent être de nature à les déprécier. Ils actionnèrent en conséquence Caccia devant les tribunaux. Mais il fut déclaré en fait qu'il n'était pas prouvé que les modifications sociales mentionnées sur les titres eussent déprécié leur valeur, et que c'était à Blum à faire cette preuve s'il voulait faire peser une responsabilité sur Caccia (1).

433. La perte de la chose met fin à la sûreté dont le créancier avait été pourvu. Si cette perte a eu lieu par sa faute, de quoi se plaindrait-il? Si elle avait eu lieu par force majeure, de quoi se plaindrait-il encore?

Et quand le gage a été perdu par la faute du créancier, le débiteur a action contre lui pour se faire restituer le même corps certain qu'il avait reçu en gage (2), sinon tels dommages et intérêts qu'il appartiendra; il peut encore se faire déclarer exempt de payer la dette principale (3).

Ce n'est que lorsque la perte a eu lieu sans la faute du créancier que celui-ci est en droit de réclamer son dû (4).

(1) Cassat., req., 3 décembre 1834 (Dal., 35, 1, 61).

(2) L. 1, § 6, D., *De oblig. et act.*

(3) L. 4, § 8, D., *De doli mali et metus except.*

(4) Instit., *Quibus modis re cont.*, § 4, *in fine*.

434. La première partie de l'article 2080 que nous venons d'analyser a traité de certains cas qui donnent lieu à l'action pignoratice.

La seconde partie va s'occuper d'une situation inverse: c'est celle d'où résulte pour le créancier l'action pignoratice contraire contre le débiteur (1).

Si, pour la conservation de la chose, le gagiste a fait des dépenses nécessaires, il doit en être indemnisé. Supposez que dans les colonies, où les nantissements d'esclaves sont si fréquents, le gagiste ait été obligé de faire soigner par les médecins un esclave donné en gage, il a l'action pignoratice contraire contre le débiteur pour être indemnisé. Telle est la décision de Sempronius: « Si necessarias impensas fecerim in servum... quem pignoris causâ acceperam, non tantum retentionem, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem habebō; finge enim medicis, cum ægrotaret servus, dedisse me pecuniam et eum decessisse (2). »

435. Ce texte de Sempronius ne traite que des dépenses nécessaires (3). Mais que dirons-nous des dépenses utiles (4)?

(1) *Infra*, n° 530.

(2) L. 8, D., *De pign. act.*

(3) *Junge* Ulp., l. 25, D., *De pign. act.*

(4) Pothier, n° 60.

V. *infra*, art. 2086, et n° 540, 541, 543.

Ce point a été envisagé avec beaucoup de soin par Ulpien dans son commentaire de l'Édit (1).

Lorsqu'un créancier, dit-il, a fait apprendre un métier à l'esclave engagé, s'il a agi en cela conformément à l'intention du débiteur, il aura l'action pignoratice contraire; sinon il faudra, pour lui accorder cette action, qu'il ait fait apprendre à l'esclave un métier nécessaire (2); et encore devra-t-on la lui refuser dans le cas où l'indemnité à lui due s'élèverait si haut que le maître serait gêné pour la payer et serait, pour ainsi dire, forcé de renoncer à son esclave. Car si le créancier ne doit pas négliger la chose qu'il a reçue en gage, il ne doit pas non plus la rendre telle que le recouvrement en devienne onéreux pour le débiteur... Le juge devra donc en ceci prendre un juste milieu: *mediè igitur hæc à iudice crunt dispicienda*. Il n'écouterà pas un débiteur trop pointilleux; il n'écouterà pas un créancier trop disposé à grever le débiteur: *ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur*.

On voit qu'Ulpien s'occupe ici d'une dépense utile et non pas d'une dépense nécessaire. Instruire un esclave à un métier est une chose d'utilité plutôt que de nécessité (3). Sa distinction

(1) L. 25, D., *De pign. act.*

(2) Ce mot est celui du texte d'Ulpien. Mais voyez ce qui suit, et la remarque de Favre à la note (3).

(3) Favre, *Ration.*, sur cette loi.

est marquée au coin du bon sens et de la plus juste observation.

436. Elle a été répétée par Pothier (1). Mais notre article ne l'a pas reproduite. Est-ce pour la proscrire? Non! car ce serait proscrire la raison. Si l'art. 2080 a gardé le silence sur ces distinctions, c'est qu'il était inutile qu'il entrât dans des explications qui sont plutôt du domaine de l'interprète. Son texte suffit; car il est évident qu'une dépense poussée à un point qui en définitive retombera sur le débiteur d'un poids onéreux n'est pas une dépense utile; c'est une dépense imprudente. Le créancier est sorti de son rôle de gardien et de conservateur de la chose. On peut même le soupçonner de mauvaise foi. Qui sait, en effet, s'il n'a pas agi pour rendre impossible le retrait de la chose (2), et profiter de la gêne du débiteur (3)?

(1) N° 61.

(2) Favre, *loc. cit.*

(3) *Infrà*, n° 543.

ARTICLE 2081.

S'il s'agit d'une créance donnée en gage, et que cette créance porte intérêts, le créancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus.

Si la dette pour sûreté de laquelle la créance a été donnée en gage porte elle-même intérêts, l'imputation se fait sur le capital de la dette.

SOMMAIRE.

437. Des prêts de la chose engagée.
 438. *Quid* des travaux faits par l'esclave, ou par l'animal engagé?
 439. Des intérêts des créances données en gage.
 440. Comment ils s'imputent.
 441. La mise en gage de la créance donne au créancier le droit de percevoir lui-même les intérêts: il a qualité pour cela envers les débiteurs de ces intérêts.

COMMENTAIRE.

437. Notre article s'occupe des fruits de la chose donnée en gage; point important et qui devait frapper l'attention du législateur.

En principe, le créancier doit, quand il est payé, rendre la chose avec les fruits et les acces-

est marquée au coin du bon sens et de la plus juste observation.

436. Elle a été répétée par Pothier (1). Mais notre article ne l'a pas reproduite. Est-ce pour la proscrire? Non! car ce serait proscrire la raison. Si l'art. 2080 a gardé le silence sur ces distinctions, c'est qu'il était inutile qu'il entrât dans des explications qui sont plutôt du domaine de l'interprète. Son texte suffit; car il est évident qu'une dépense poussée à un point qui en définitive retombera sur le débiteur d'un poids onéreux n'est pas une dépense utile; c'est une dépense imprudente. Le créancier est sorti de son rôle de gardien et de conservateur de la chose. On peut même le soupçonner de mauvaise foi. Qui sait, en effet, s'il n'a pas agi pour rendre impossible le retrait de la chose (2), et profiter de la gêne du débiteur (3)?

(1) N° 61.

(2) Favre, *loc. cit.*

(3) *Infra*, n° 543.

ARTICLE 2081.

S'il s'agit d'une créance donnée en gage, et que cette créance porte intérêts, le créancier impute ces intérêts sur ceux qui peuvent lui être dus.

Si la dette pour sûreté de laquelle la créance a été donnée en gage porte elle-même intérêts, l'imputation se fait sur le capital de la dette.

SOMMAIRE.

437. Des prêts de la chose engagée.
 438. *Quid* des travaux faits par l'esclave, ou par l'animal engagé?
 439. Des intérêts des créances données en gage.
 440. Comment ils s'imputent.
 441. La mise en gage de la créance donne au créancier le droit de percevoir lui-même les intérêts: il a qualité pour cela envers les débiteurs de ces intérêts.

COMMENTAIRE.

437. Notre article s'occupe des fruits de la chose donnée en gage; point important et qui devait frapper l'attention du législateur.

En principe, le créancier doit, quand il est payé, rendre la chose avec les fruits et les acces-

soires (1) ; il en est tenu par l'action pignoratice, et, soit qu'il les ait consommés, soit que ces fruits soient encore exstans, il en doit être fait compte au maître de la chose. Comme les nantissements d'esclaves étaient fréquents chez les Romains, on trouve dans le Code de Justinien un titre qui traite du part de la femme esclave donnée en gage (2). Il y est posé en principe que l'enfant né pendant l'impignoration de la mère fait partie du gage (3), et que, dès lors, il doit en être tenu compte au débiteur (4). Le gage n'est pas une cause de gain pour le créancier, ce n'est qu'une assurance. Le créancier ne doit pas s'enrichir aux dépens du débiteur.

438. Les lois romaines vont plus loin : elles veulent que les travaux de l'esclave soient appréciés et imputés sur les intérêts et puis sur le capital ; ces travaux ont une valeur, et, puisque le créancier en profite, il est juste qu'il consente à diminuer la dette d'autant : *extenuato debito* (5). Nous avons vu ci-dessus, en effet, que

(1) Ulp., l. 22, § 2, D., *De pignor. act.*
Marcianus, l. 13, *De pign. et hypoth.*
Suprà, n° 84.

(2) *De partu pignoris et omni causâ.*

(3) L. 1, C., *loc. cit.*

(4) L. 2, C., *loc. cit.*

(5) Diocl. et Max., l. 2, C., *De partu pignoris et omni causâ.*

le créancier n'a pas le droit de se servir de la chose engagée (1), et si, par un consentement exprès ou tacite qui est toujours censé intervenir dans les nantissements d'esclaves, le droit d'user de la chose engagée lui est concédé, il est nécessaire qu'il fasse raison de l'avantage qu'il en retire.

439. Les nantissements de meubles corporels frugifères sont très rares dans les habitudes modernes. C'est pour cela que le Code civil n'a pas parlé des fruits produits par ces choses pendant l'impignoration.

Il en est autrement des meubles incorporels, des créances. On les donne très souvent en gage, et comme elles peuvent être productives d'intérêts, le Code civil a jugé nécessaire de s'en occuper. Les règles qu'il pose dans notre article ne sont qu'une application de celles que nous venons d'emprunter au droit romain.

440. C'est pourquoi les intérêts de la créance, si elle en produit, seront imputés sur les intérêts dus au gagiste par le débiteur (2).

Que si la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné n'était pas productive d'intérêts, les intérêts de la créance engagée seraient imputés sur le capital et les diminueraient d'autant.

441. Notez, du reste, que la mise en gage

(1) *Suprà*, n° 411.

(2) L. 2 précitée, C., *De partu pignor.*

d'une créance productive d'intérêts attribue au créancier le droit de les percevoir (1). Les intérêts, en effet, font partie du gage; ils en sont un accessoire; ils doivent aller trouver le créancier.

ARTICLE 2082.

Le débiteur ne peut, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné.

S'il existait, de la part du même débiteur, envers le même créancier, une autre dette contractée postérieurement à la mise en gage, et devenue exigible avant le paiement de la première dette, le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir du gage avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette, lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage au paiement de la seconde.

SOMMAIRE.

442. Du droit de rétention.

(1) M. Duranton, t. 18, n° 544.
M. Zachariæ, t. 3, p. 173.

443. Il dérive des lois romaines.
 444. Le droit de rétention n'est pas exclusivement propre au gagiste.
 445. Vrai caractère du droit de rétention. Il est, en lui-même, distinct du privilège.
 446. C'est à tort qu'on le confond avec le privilège.
 447. Toutefois, en ce qui concerne le gagiste, il n'y a pas grande différence entre le privilège et la rétention.
 Mais ce n'est pas une raison pour confondre ces deux droits.
 448. Suite.
 449. Exemples. Dépositaire; commodataire.
 450. Du conservateur de la chose.
 451. Du voiturier.
 452. Suite de la différence entre la rétention et le privilège.
 453. Réponse à une objection.
 454. Suite.
 455. Le privilège se pose à l'égard des tiers.
 Le droit de rétention est une exception contre le débiteur de mauvaise foi.
 456. Preuve de cela tirée des textes.
 457. Suite.
 458. Importance de ces distinctions. Leur utilité pratique.
 Le droit de rétention est si bien une exception contre le débiteur, que le créancier ne peut empêcher les autres créanciers qui y ont intérêt d'exiger la vente du gage.
 459. Arrêts rendus à ce sujet.
 Premier arrêt de cassation.
 460. Autre.
 461. Suite.
 462. Étendue du droit de rétention.
 Le créancier doit être entièrement désintéressé si le débiteur veut retirer le gage. Il doit être même

d'une créance productive d'intérêts attribue au créancier le droit de les percevoir (1). Les intérêts, en effet, font partie du gage; ils en sont un accessoire; ils doivent aller trouver le créancier.

ARTICLE 2082.

Le débiteur ne peut, à moins que le détenteur du gage n'en abuse, en réclamer la restitution qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais, la dette pour sûreté de laquelle le gage a été donné.

S'il existait, de la part du même débiteur, envers le même créancier, une autre dette contractée postérieurement à la mise en gage, et devenue exigible avant le paiement de la première dette, le créancier ne pourra être tenu de se dessaisir du gage avant d'être entièrement payé de l'une et de l'autre dette, lors même qu'il n'y aurait eu aucune stipulation pour affecter le gage au paiement de la seconde.

SOMMAIRE.

442. Du droit de rétention.

(1) M. Duranton, t. 18, n° 544.
M. Zachariæ, t. 3, p. 173.

443. Il dérive des lois romaines.
 444. Le droit de rétention n'est pas exclusivement propre au gagiste.
 445. Vrai caractère du droit de rétention. Il est, en lui-même, distinct du privilège.
 446. C'est à tort qu'on le confond avec le privilège.
 447. Toutefois, en ce qui concerne le gagiste, il n'y a pas grande différence entre le privilège et la rétention.
 Mais ce n'est pas une raison pour confondre ces deux droits.
 448. Suite.
 449. Exemples. Dépositaire; commodataire.
 450. Du conservateur de la chose.
 451. Du voiturier.
 452. Suite de la différence entre la rétention et le privilège.
 453. Réponse à une objection.
 454. Suite.
 455. Le privilège se pose à l'égard des tiers.
 Le droit de rétention est une exception contre le débiteur de mauvaise foi.
 456. Preuve de cela tirée des textes.
 457. Suite.
 458. Importance de ces distinctions. Leur utilité pratique.
 Le droit de rétention est si bien une exception contre le débiteur, que le créancier ne peut empêcher les autres créanciers qui y ont intérêt d'exiger la vente du gage.
 459. Arrêts rendus à ce sujet.
 Premier arrêt de cassation.
 460. Autre.
 461. Suite.
 462. Étendue du droit de rétention.
 Le créancier doit être entièrement désintéressé si le débiteur veut retirer le gage. Il doit être même

payé des sommes qu'il aurait prêtées depuis la constitution du gage sans convenir que le gage les garantirait.

463. Mais ceci n'est pas vrai pour les dettes contractées avant le gage. On ne doit entendre le droit de rétention, ainsi étendu, que lorsqu'il s'agit des dettes contractées depuis le gage;

464. Et des dettes exigibles au moment où le débiteur veut retirer le gage.

465. Le droit de rétention pour les dettes postérieures qui ont été contractées sans affectation expresse sur le gage n'a pas lieu contre les tiers créanciers.

466. Application de ceci au droit commercial.

467. Suite.

468. Dans quels cas cesse le droit de rétention.
Abus de la part du créancier.

469. Du cas où le débiteur paie. Le paiement doit être intégral. Le paiement partiel ne libère pas le gage.

470. Mais le paiement intégral le libère *ipso jure*.

471. Des libérations équivalant à paiement.

472. Des novations avec réserve du gage.

473. De la renonciation au gage.

474. Le créancier est-il censé renoncer au gage s'il reste 30 ans sans réclamer son dû?

475. Le retrait de la chose des mains du gagiste s'appelle, en droit commercial, revendication.

476. L'action en restitution n'est pas sujette à prescription.

477. Il en est autrement quand le débiteur, après avoir tout payé, ne retire pas le gage.

478. Quand le créancier a cessé de posséder le gage, l'action contre lui se prescrit par 30 ans.

479. Suite. Quand même ce serait par sa faute qu'elle aurait péri.

COMMENTAIRE.

442. L'art. 2082 s'occupe d'une nouvelle garantie attribuée par le gage au créancier. Nous avons vu ci-dessus son privilège sur les autres créanciers; nous avons vu aussi son action pignoratice contraire contre le débiteur. Nous allons voir maintenant son droit de rétention; droit qui découle de sa possession et qui consiste à retenir la chose par devers lui tant qu'il n'est pas payé.

443. Le droit de rétention du gagiste est formulé dans les lois romaines. Papinien en fait mention dans la loi 1, D., *De pignorib. et hypothecis*; la rétention est une ressource commode qui vient au secours du créancier lorsque la subtilité des lois romaines lui enlève certaines actions dont il aurait besoin. « *Difficilius creditori... utilis actio dabitur. Sed FACILIOR ERIT POSSIDENTI RETENTIO* (1).

Papinien revient ailleurs sur le droit de rétention; il le considère comme une garantie distincte de l'action pignoratice, et découlant cependant d'une manière nécessaire de la possession du gage (2).

Enfin on trouve le droit de rétention du ga-

(1) Ce texte est tiré des *Respons.*, lib. XI.

(2) L. 40, § 2, D., *De pignorat. act.* (*Resp.*, lib. III).

giste signalé par Modestin. (1) et par le C. de Justinien au titre *Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse*. Je crois inutile de multiplier les citations.

444. Dans mon commentaire des *Privilèges et des Hypothèques*, j'ai essayé de donner le résumé des idées les plus accréditées parmi les jurisconsultes sur le droit de rétention (2) ; droit introduit non-seulement en faveur du gagiste, mais encore en faveur de beaucoup de créanciers possesseurs (3). Examinant ce droit dans ses différentes applications, j'ai essayé de préciser son caractère général, abstraction faite des circonstances particulières qui peuvent venir le compliquer dans le gage. Mais MM. Delamarre et Lepoitevin ayant émis l'opinion que ces idées ne peuvent s'accommoder au droit commercial (4), je crois nécessaire de revenir sur ce sujet, de rappeler les principes et de montrer la liaison du droit civil avec le droit commercial.

445. Le privilège et le simple droit de rétention sont en eux-mêmes deux droits distincts ; on ne doit pas plus les confondre dans la prati-

(1) L. 25, D., *De pign. et hypoth.*

(2) T. 1, n° 255.

(3) V. Cujas, 18, *observat.* 10.
Peckins, *De jure sistendi*, c. 34.

(4) *Contrat de commission*, t. 2, n°s 386, 387.

que que dans la théorie. Le premier affecte la chose ; il en fait pour ainsi dire partie ; il la suit quand elle est susceptible de suite. Le second, au contraire, n'a pas en soi ces caractères ; il n'est pas nécessairement un *jus in re*. Il n'a pas la poursuite de la chose. Il n'est, par sa nature, qu'une exception *doli mali* opposée par le possesseur à celui qui veut s'enrichir à ses dépens (1).

446. Il est vrai que quelquefois les jurisconsultes ont confondu le privilège avec le droit de rétention. Mais c'est un abus de mots qui ne peut tout au plus se tolérer que lorsque le droit de rétention est accidentellement renforcé d'une affectation spéciale sur la chose ; et encore est-il toujours nécessaire de distinguer la rétention du privilège ; car ces deux droits n'opèrent pas nécessairement dans les mêmes conditions.

447. Je sais bien que lorsque l'on traite des droits du gagiste, l'importance de la distinction disparaît en partie, et que le privilège du gagiste, qui puise dans la possession une condition de son existence, se rapproche beaucoup du droit de rétention, qui n'existe pas sans possession. Mais ce serait une erreur de croire que le gagiste n'est privilégié que parce qu'il est investi

(1) M. de Savigny, *Traité de la possession*, § 3, n° 6.
G. Gmelin, *De jure pignoris*, § 52.
Infrà, n° 575.

du droit de rétention. Tous ceux qui ont un droit de rétention n'ont pas un privilège, il s'en faut de beaucoup. S'il suffisait d'avoir le droit de rétention pour être privilégié, on verrait apparaître dans le droit une foule de créanciers privilégiés qui ne tiennent de la loi aucun rang de préférence. Le créancier jouissant du droit de rétention ne peut arriver au privilège qu'autant que son droit est accompagné d'une sorte d'hypothèque privilégiée sur la chose, ainsi que le disaient autrefois les interprètes du droit romain (1), et que ce droit est assez recommandable pour engendrer un droit de préférence, un *jus prælationis* entre créanciers : *privilegium prælationis adversus omnes creditores exteriores* (2).

448. Mais si le droit de rétention est livré à lui-même, s'il n'a pas le secours de cette affectation qui saisit la chose, il ne donne qu'une simple exception personnelle, bonne à opposer au débiteur de mauvaise foi (3). C'est ce qui est clairement établi dans la loi 1, C., *Etiam ob chirograph. pignus*.

(1) Mon comm. des *Hypothèques*, t. 1, n° 23.
Casaregis, *disc.* 22, n°s 11 et 12.

(2) Casaregis, *loc. cit.*

(3) *Infra*, n° 576.
Mon comm. des *Hypothèques*, t. 1, n° 256.
Mon comm. du *Dépôt*, n°s 193 et 194.
Art. 1948 C. civil.

449. En voulez-vous un exemple? Le dépositaire à qui il est dû quelque chose à raison du dépôt a droit de rétention sur la chose (article 1948 du Code civil); mais il n'a pas de privilège.

Il en est de même du commodataire. Il n'a que le droit de rétention contre le propriétaire (1); mais il ne peut opposer son droit aux créanciers privilégiés ou hypothécaires qui ont sur la chose une cause de préférence.

Il ne faut donc pas dire que rétention et privilège sont synonymes.

450. En voici d'autres preuves :

Le conservateur de la chose a la rétention s'il possède; il a privilège s'il ne possède pas (2).

451. Il en est de même du voiturier. Par son droit de rétention, il peut retenir la chose tant qu'il n'est pas payé. Mais si ce privilège n'était pas joint à son droit de rétention, il n'aurait aucune cause de préférence dès l'instant qu'il aurait perdu la possession; car la rétention se perd avec la détention de la chose. Cependant le privilège lui reste; il peut suivre la chose dans le bref délai accordé par la coutume commerciale (3).

(1) Caius, l. 18, § 4, *Commodati*.

(2) Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, n° 177.

(3) Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, n° 207.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 417.

452. Et dans la matière même du gage, où la rétention et le privilège se touchent de si près, leur différence est cependant palpable; car si le gagiste est privé de son privilège à l'égard des tiers, lorsque, par exemple, il ne s'est pas conformé à l'art. 2974 du Code civil, il peut avoir contre le débiteur le droit de rétention. Enfin, pour terminer la liste des exemples, nous verrons plus tard la même distinction se produire dans l'antichrèse; l'antichrésite a le droit de rétention contre le débiteur, et non pas contre les tiers (1).

453. On a cependant fait l'objection suivante :

« Quand la loi veut favoriser un créancier qui n'a pas la possession, elle lui donne un privilège.

» Quand elle veut favoriser un créancier qui a la possession, ce qu'elle lui donne est plutôt un droit de rétention qu'un privilège; et ce droit de rétention a la même vertu que le privilège proprement dit : il opère avec la même énergie. Le gage, par exemple, ne procure pas autre chose qu'un droit de rétention. Si la loi donne le nom de privilège au droit du créancier gagiste (2), c'est parce que le droit de rétention est un vrai privilège. On peut même dire qu'il

(1) *Infra*, nos 575 et 586.

(2) Art. 2073 et 2102, n° 2, Code civil.

est quelque chose de plus; car il réunit la double faveur de la possession et de la qualité de la chose. »

454. Cette doctrine ne me paraît pas fondée. Les textes, d'abord, la repoussent.

L'art. 2073 du Code civil traite du privilège; l'art. 2082, du droit de rétention. L'art. 93 du Code de commerce se sert aussi du mot de privilège, et non du mot de rétention, pour caractériser le droit qu'il accorde au commissionnaire. Cette expression n'est pas impropre, quoi qu'en disent MM. Delamarre et Le poitevin (1); elle est l'expression vraie, légitime et universellement consacrée.

Ensuite, l'esprit de la loi s'oppose à ce qu'on appelle rétention le privilège accordé à la possession; car, je le répète, il peut y avoir rétention sans privilège.

455. Laissons donc à ces deux choses leur rôle spécial.

Le privilège, c'est le droit du créancier se posant à l'égard des tiers : *adversus creditores exteriores* (2).

Le droit de rétention, au contraire, est une exception de créancier à débiteur. C'est particulièrement dans les rapports de créancier à débiteur que le droit de rétention prend place.

(1) T. 2, n° 390.

(2) Casaregis, *loc. cit.*

456. Pour le prouver, il suffit de rappeler quelques textes.

Prenons d'abord l'art. 2082 qui nous occupe. Entre qui existe le rapport que cet article s'applique à régler? Entre le débiteur et le détenteur du gage. Il n'y est pas question des tiers.

Même observation si nous recourons à l'article 1948 du Code civil.

Et tel est aussi le point de vue des lois romaines. — Lorsque, dit Caius (1), il est dû quelque chose au commodataire par le prêteur, le premier peut proposer une compensation; et l'action *commodati contraria* est plutôt donnée à l'emprunteur quand la chose est déjà rendue (aut *ideò de restituendâ re cum eo non agatur*), et que par conséquent l'emprunteur ne peut pourvoir à ses intérêts par la rétention de cette chose.

Il s'agit ici d'une action entre les deux parties contractantes.

Paul qualifie même d'exception de dol le droit de rétention de celui qui, de bonne foi, a fait des améliorations sur la chose d'autrui: *scilicet oppositâ doli mali exceptione* (2); il suppose que le propriétaire revendique cette chose avec les annexes qui y ont été faites par le possesseur, de bonne foi, et que le demandeur se prévaut de la

(1) L. 18, § 4, D., *Commodati*.

(2) L. 14, *De doli mali et metûs except.* (l. 3 Respons.).

règle *Ædificium solo cedit*, et il décide qu'il a droit de retenir la chose pour être indemnisé de ses frais; ce qui fait dire à Cujas, dans son commentaire des Réponses de Paul (1): « *Sumptus hos consequi potest per retentionem ædificiû, oppositâ exceptione doli mali, quia dolus est ex alienâ jacturâ lucrum facere velle* (2). »

Marcianus traite une question analogue. Un héritier est chargé par fidéicommiss de remettre à un tiers une maison dans deux ans. La maison brûle avant l'échéance du fidéicommiss, et l'héritier y fait des réparations. Il a droit de la retenir pour être payé de ses dépenses (3).

On le voit, c'est toujours de créancier à débiteur que la rétention apparaît; et s'il était besoin de confirmer cette vérité par d'autres citations, on verrait que les textes du droit romain qui, à propos du gage, parlent du droit de rétention, font toujours allusion à cette même situation (4). La loi unique au Code *Etiam ob chirograph. pecuniam* la dessine même en termes exprès; car elle accorde le droit de rétention au gagiste contre le débiteur dans un cas où elle le lui refuse contre les tiers (5).

(1) Sur cette loi.

(2) L. 17, § ult., D., *De instit. act.*

(3) L. 40, § 1, D., *De cond. indebit.*

(4) *Suprà*, n° 433.

(5) *Infrà*, n° 462, 463.

457. Après cela, je conviendrais que, dans le style commercial, il a pu se glisser une certaine confusion entre le privilège du gagiste et la rétention. Les négociants, apercevant des garanties communes à la rétention et au privilège, ont pu se servir d'un mot à la place de l'autre. Mais il n'en est pas moins certain qu'en théorie et en pratique, en droit civil comme en droit commercial, il y a une grande différence entre la rétention et le privilège (1).

Qu'un nantissement, par exemple, ne soit pas revêtu des formalités de l'art. 2074 du Code civil dans le cas où l'art. 95 du Code de commerce les rend nécessaires, est-ce que le débiteur pourra nier au créancier le droit de rétention parce que le privilège n'existe pas?

458. Ces distinctions essentielles ont plus d'importance que ne le croient certains auteurs, fort recommandables du reste (2), qui, n'ayant pas d'intérêt, par la nature de leur sujet, à les approfondir, en ont nié l'utilité. Aux preuves que nous en avons données ci-dessus, il en est une très remarquable que nous devons ajouter.

En règle générale, le débiteur ne peut pas forcer le créancier à vendre le gage. Quand bien

(1) M. Renouard reconnaît les différences théoriques; mais il semble nier les différentes pratiques (*Faillites*, t. 2, p. 291). Mais on a vu ci-dessus ces différences.

(2) M. Renouard, *loc. cit.*

même la dette serait inférieure à la valeur du gage, le créancier est maître de se retrancher dans son droit de rétention. Le débiteur n'a qu'une chose à faire, c'est de payer. Qu'il vende, par exemple, s'il trouve un acheteur, la chose mise en gage; qu'il en porte le prix au créancier et le désintéresse en entier: le créancier sera tenu de se dessaisir; mais, avant cela, il n'est pas possible qu'un débiteur force son créancier à faire la vente du gage. C'est ce que décide Pomponius dans la loi 6 au D., *De pignorat. act.* Combattant une opinion d'Attilicinus, qui avait pensé que le créancier gagiste pouvait être contraint à vendre *cognitâ causâ*, sur les instances du débiteur, Pomponius dit qu'il est inhumain de forcer le créancier à vendre: « *Invitum enim creditorem cogi vendere, satis inhumanum est* (1). »

Mais ce droit fondé sur la rétention sera-t-il applicable aux tiers de bonne foi, qui seront porteurs de titres exécutoires et qui auront intérêt à la mise en vente de la chose? Le créancier pourra-t-il leur opposer son droit de rétention et les renvoyer à se pourvoir à leur guise? Nullement! du principe que le droit de rétention

(1) Favre prétend dans ses *Rationalia ad Pandect.*, sur cette loi, que Tribonien a falsifié le texte de Pomponius et l'a accommodé à ses idées. Il voit dans la loi en question des difficultés que je n'y aperçois pas.

ne peut être opposé qu'au débiteur seul et non aux tiers, il suit que, bien que le créancier soit nanti du gage, les autres créanciers porteurs de titres exécutoires peuvent saisir la chose entre ses mains, la faire vendre contre son gré, et la convertir en prix, sauf à lui attribuer préférence sur ce même prix.

459. A la vérité, des idées contraires se rencontrent dans un arrêt de la Cour royale de Montpellier du 10 juin 1831, qui décide que le créancier nanti du gage ne peut être dépouillé par les créanciers qu'autant qu'on lui offre de le payer intégralement; et ce point lui a paru d'autant plus nécessaire à maintenir dans l'espèce, que les créanciers saisissants n'établissaient pas que la valeur du gage était supérieure à la créance; qu'ils étaient créanciers postérieurs à la mise en gage. Mais, sur le pourvoi en cassation, ce système, beaucoup trop absolu, a été singulièrement modifié et ramené dans des limites plus raisonnables.

Le demandeur disait :

Il n'y a pas de loi qui déclare insaisissables les objets mis en gage. Or, s'ils peuvent être saisis, de quel droit veut-on que la saisie des créanciers soit subordonnée à la question de savoir si la valeur du gage est supérieure à la créance du gagiste? Est-ce que les créanciers peuvent savoir autrement que par la vente publique quelle est la valeur du gage?

De plus, la Cour royale de Montpellier n'en

trave-t-elle pas arbitrairement le droit de saisie en disant que les créanciers ne peuvent effectuer la saisie qu'en désintéressant le créancier? Il faudra donc que les créanciers se constituent en avance? En ont-ils toujours les moyens? Et d'ailleurs quel tort font-ils au créancier gagiste, puisqu'ils lui laissent la préférence sur le prix?

Nonobstant ces raisons, le pourvoi fut rejeté par arrêt de la chambre des requêtes du 31 juillet 1832, au rapport de M. Lasagni. L'arrêt établit en principe que le débiteur reste propriétaire malgré le gage; que le créancier gagiste ne l'a dans sa main que comme un dépôt; qu'il fait partie du patrimoine du débiteur commun, et que dès lors il peut être l'objet d'une saisie.

Mais l'arrêt ajoute que cette saisie ne doit pas être faite de manière à nuire, soit au dépôt, soit au privilège acquis au créancier, et qu'en fait, rien ne prouve l'intérêt des créanciers à opérer la saisie, puisqu'ils ont laissé ignorer si la chose engagée était ou non supérieure à la créance du gagiste; que, de plus, ils ont perçu le prix de la chose saisie; et que par-là ils ont enlevé au gagiste sa sûreté, sans le payer ni même sans lui offrir de le payer; que, dès lors, la Cour royale de Montpellier a pu déclarer la saisie nulle, et que par-là elle n'a pas violé les art. 2092 et 2093 du Code civil (1).

(1) Dalloz, 32, 1, 321.

Cet arrêt contient des raisons de principe et des raisons de fait. Le principe est que la chose engagée peut être saisie. Le fait est que la saisie a été faite de manière à nuire au gagiste, ce qui ne saurait être.

Et pourquoi la saisie a-t-elle nui au gagiste ? Elle lui a nui parce que les saisissants se sont emparés du prix, et qu'ils n'ont rien payé, ni offert de rien payer au gagiste.

Cette raison de fait explique tout l'arrêt ; elle le légitime. On avait dépouillé le gagiste ; on ne lui avait rien laissé ni sur la chose, ni sur le prix.

460. Mais si nous voulons nous dégager maintenant des faits particuliers de l'espèce, nous verrons ressortir de l'arrêt du 31 juillet 1832 cette vérité, savoir, que les créanciers ont le droit de saisir la chose entre les mains du gagiste, de la faire vendre, d'en faire mettre le prix en distribution.

Et c'est ce qu'a jugé la Cour royale de Paris par arrêt du 29 juin 1833, confirmé par la Cour de cassation le 3 juillet 1834 (1). Cette doctrine est bonne ; car le droit de rétention n'opère que vis-à-vis du débiteur, et non pas vis-à-vis des tiers (2), à qui on ne peut opposer aucune excep-

(1) Dal., 34, 1, 371.

(2) Gmelin, *De jure pignoris*, § 52.

tion de dol, et qui d'ailleurs ne refusent pas au gagiste la supériorité de son privilège.

461. M. Dalloz, qui défendait devant la Cour de cassation le pourvoi rejeté par arrêt du 31 juillet 1832, crut devoir ajouter, aux excellentes raisons qu'il développa, un argument tiré de l'ancien Code de commerce. En effet, l'art. 536 porte : « Les syndics seront autorisés à retirer les gages au profit de la faillite, en remboursant la dette ; » et l'art. 537 ajoute : « Si les syndics ne retirent pas le gage, qu'il soit vendu par les créanciers, et que le prix excède la créance, le surplus sera recouvré par les syndics ; si le prix est moindre que la créance, le créancier nanti viendra à contribution pour le surplus. » Notez ce mot : *les créanciers*, disait M^e Dalloz ; il ne limite pas le droit de vendre au créancier gagiste ; il admet tous les créanciers, sans distinction, à exercer ce droit.

Mais si nous jetons les yeux sur le nouveau Code de commerce, nous voyons dans l'art. 548 une modification au texte de l'ancien article. Le pluriel de l'art. 537 a été remplacé dans l'art. 548 par un singulier. L'argument pourrait donc être victorieusement rétorqué. Mais d'autres raisons subsistent ; il ne faut pas les oublier. Il ne faut pas que le gagiste paralyse le droit des autres créanciers de bonne foi ; il ne faut pas qu'il détienne des valeurs plus fortes que sa créance.

462. Le droit de rétention ainsi expliqué, voyons quelle en est l'étendue.

Il est attribué au créancier pour tout ce qui lui est dû par le débiteur à raison du gage. Et ceci a une portée remarquable.

Si le créancier a prêté sur nantissement une somme d'argent, et qu'avant la libération du gage il ait prêté de nouvelles sommes devenues exigibles, le créancier aura le droit de rétention; il ne sera forcé de se dessaisir qu'autant que la libération du débiteur sera complète; et cela, lors même qu'aucune stipulation n'aurait affecté ce gage au paiement de la seconde dette. C'est ce que décide notre article par imitation de la loi unique au C., *Etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse* (1). Pourquoi cependant le gage couvre-t-il une dette à laquelle il n'a pas été nommément affecté? Pourquoi n'est-il pas restreint à celle qui porte expressément sur lui? Parce que le débiteur serait de mauvaise foi s'il voulait retirer le gage avant d'avoir entièrement satisfait le créancier. *Propter exceptionem doli mali*, dit l'empereur Gordien dans la loi précitée. *Improbè facit debitor*, ajoute

(1) V. mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, n° 256.

M. Grenier, des *Hypoth.*, t. 2, n°s 298 et 314. Cujas, sur cette loi, dit : « Qui pignus accepit ex » causâ certæ pecuniæ creditæ, etiam id pignus » retinere potest, oppositâ exceptione doli mali ex » causâ alterius pecuniæ creditæ sine ignore. »

Cujas (1); et son injustice doit être châtiée.

463. Nous remarquerons toutefois une différence entre la loi de Gordien et notre article. La loi romaine attribuait le droit de rétention à toute espèce de créance, sans distinguer si l'origine en était antérieure ou postérieure à la constitution du gage. Notre article est plus restreint. Il n'attribue le droit de rétention qu'à la créance contractée postérieurement à la constitution du gage. Dans cette situation, il suppose que si le créancier déjà nanti d'un gage n'en demande pas un second pour la nouvelle dette qui devra être acquittée avant la première ou en même temps qu'elle, c'est indubitablement parce qu'il a considéré le gage dont il est déjà saisi comme suffisant pour répondre des deux dettes (2).

464. Mais, notez-le bien, la disposition dont il s'agit ici n'est que pour le cas où la seconde dette est exigible au moment où il s'agit de purger le gage. C'est seulement alors que l'équité de sa disposition ne comporte pas d'objection. Comment alors le débiteur pourrait-il être admis à dire: *Je reconnais que je vous dois l'une et l'autre*

(1) *Loc. cit.*

(2) M. Berlier, *Motifs*.

Fenet, t. 15, p. 208.

somme; mais je veux retirer le gage en vous payant seulement la première? Une telle exception ne serait-elle pas choquante? (1). Pourrait-on tromper l'espérance du créancier et admettre le débiteur à diviser ses deux dettes et à réclamer son gage sans payer tout ce qu'il doit (2)?

465. Ceci entendu, il faut savoir cependant que le deuxième paragraphe de notre article, étant fondé sur l'exception *doli mali*, n'est opposable qu'au débiteur; et la constitution de Gordien déclare expressément que la rétention ne milite pas contre les créanciers de bonne foi (3); ce qui, pour le dire en passant, achève de mettre en lumière le caractère que nous avons attribué au droit de rétention. Il en est de même dans l'esprit de notre article. Le créancier ne pourrait certainement pas se prétendre privilégié contre les tiers, à moins qu'il n'eût rempli les formalités prescrites par l'art. 2074 du Code civil. Il ne pourrait pas davantage leur opposer le droit de rétention (4).

(1) M. Berlier, disc. au cons. d'État (Fenet, t. 15, p. 197, 198).

(2) M. Berlier, *Motifs* (*loc. cit.*).

(3) Cujas, *loc. cit.*

Doneau, sur la loi 1, C., *Etiā ob chirograph.*, n° 4.

(4) M. Durantou, t. 18, n° 567.

M. Zachariæ, t. 3, p. 172, note (3).

466. Ces idées sont applicables en droit commercial toutes les fois que, d'après l'art. 95 du Code de commerce, la rédaction d'un acte conforme aux dispositions de l'art. 2074 est nécessaire. Alors, point de privilège, point de rétention contre les tiers.

467. Il en est autrement alors que la preuve du gage n'est assujétie à aucune formalité solennelle et que la certitude de son existence dépend des circonstances; ce qui, en matière de commerce, est le cas le plus fréquent. En effet, dans l'usage, on suppose que les secondes sommes versées n'ont été avancées par le créancier qu'en contemplation du gage dont il était déjà nanti, et que les parties ont entendu que le nantissement couvrirait tout ce qui était dû au moment du règlement de compte. Telle est la pratique commerciale; elle n'est nullement contestée dans les cas de consignation exempts de l'empire de l'art. 2074. Nous en avons vu ci-dessus des exemples notables (1). Toutes les fois que, dans ces cas, un négociant est nanti d'un gage, il est sous-entendu que toutes les avances ultérieures se portent sur ce gage et l'affectent nécessairement.

468. Voyons maintenant dans quels cas cesse le droit de rétention.

Le premier est celui d'abus de la part du

(1) *Suprà*, nos 148, 27, 221, 222, 223, 227.

créancier dans l'usage de la chose donnée en gage. Le débiteur a alors l'action pigneraticque pour se la faire rendre même avant d'avoir payé (1). C'est ce qui résulte de notre article et ce qu'Ulpien décide formellement dans la loi 24, § 3, D., *De pigner. act.* Le gage est dissous, dit ce jurisconsulte, et il est dissous sur-le-champ :

« Quarè si prostituit ancillam, vel aliud improbatum facere coegit, illicò pignus ancillæ solvitur. »

Dans l'espèce prévue par Ulpien, la thèse est celle d'une femme esclave mise en gage et que le créancier a prostituée. Il ne faut pas croire, avec quelques auteurs (2), que la dissolution du gage est restreinte au seul cas où le créancier fait de la chose un usage contraire aux lois et à l'honnêteté. La pensée d'Ulpien doit être étendue à tous les cas où l'abus met la chose en péril.

469. Le second cas qui fait cesser la rétention est celui où le débiteur paie au créancier l'intégralité de ce qu'il lui doit en capital, intérêts et frais. *Omnis pecunia exsoluta esse debet ut nascatur pigneraticia actio* (3).

Nous disons qu'il doit payer la totalité de ce qui est dû. En effet, un paiement partiel serait

(1) Pothier, n° 51.

(2) Schilling, § 223, n° 8, note 7, add. 2 ;
Et Favre, *Rationalia*, sur la loi précitée.

(3) Ulp., l. 9, § 3, D., *De pign. act.*

insuffisant. Le gage est indivisible, comme nous le verrons par l'article suivant (1). Il répond pour le tout de chaque partie de la dette. Lors même que la plus grande partie de la dette aurait été payée, le créancier serait en droit de retenir le gage pour le restant. *Pignus totum et in solidum durat*, disent les docteurs (2).

470. Que si, au contraire, la dette a été entièrement payée, le gage manque de cause pour l'avenir, et, l'obligation principale ayant pris fin, l'accessoire doit, par une conséquence nécessaire, s'évanouir (3). Le gage cesse donc, et cesse *ipso jure*: « Qui ipso jure liberatur pignus, » dit Cujas (4). L'action pigneraticque a pour but d'obtenir alors la restitution.

471. Au paiement il faut assimiler tout ce qui, d'après les principes ordinaires du droit, équivaut à paiement (5) : la compensation, la novation, etc., etc.

472. Si, du reste, la novation était accompa-

(1) N° 470.

(2) Favre, sur la loi précitée.
Infrà, n° 538.

(3) L. 5, § 2 et 3, et l. 6, D., *De pign. et hypoth.*
L. 43, D., *De solut.*

(4) L. 40, § dernier ; l. 3 et l. 12, § 5, D., *De pignor. quæ potiores act.* (*Respons. Papin.*, lib. 3).

(5) Ulp., l. 9, § 3, D., *De pign. act.*

gnée d'une réserve expresse pour le maintien du gage, il faudrait respecter cette volonté des parties, et l'action pignérative en restitution manquerait de base (1).

473. La renonciation du créancier au gage qui lui a été donné fait aussi cesser la rétention et donne ouverture à l'action pignérative. *Et generaliter*, dit Ulpien, *dicendum erit, quotiens recedere voluit creditor à pignore, videri ei satisfactum... licet in hoc deceptus sit* (2).

474. On demande si le créancier est censé avoir renoncé alors qu'il est resté trente ans sans réclamer son dû, et si par suite le débiteur, se prétendant libéré, a droit au retrait de la chose?

La négative nous paraît certaine. Le débiteur, en laissant le gage dans les mains du créancier, a perpétuellement reconnu son droit, et celui-ci n'avait rien à faire pour le sauvegarder. On ne peut donc lui opposer ni prescription, ni renonciation implicite équivalant à prescription (3).

Au surplus, nous reviendrons sur ce point dans notre commentaire de l'art. 2087 du Code

(1) Ulp., l. 11, § 1, D., *De pign. act.*

(2) Ulp., l. 9, § 3, D., *De pign.*
Pothier, n° 50.

(3) M. Duranton, t. 18, n° 553.

civil (1). Il est plutôt de nature à trouver sa place dans l'antichrèse que dans le gage mobilier.

475. Dans le droit commercial, on appelle du nom de revendication le retrait de la chose des mains du gagiste (2). Cette dénomination n'est pas déplacée; car le débiteur qui s'est libéré exerce son droit de propriété, et la revendication n'est que le droit de propriété mis en action.

476. L'action en restitution de la chose engagée n'est pas sujette à prescription (3); car le créancier qui a commencé à posséder comme gagiste est censé continuer à posséder à ce titre (4).

477. Il en est autrement lorsque le débiteur, après avoir payé tout ce qu'il doit, ne retire pas le gage. Le paiement a fait commencer un nouvel état de choses. La cause de la possession est changée; ce n'est plus comme gagiste que possède le créancier; il n'y a plus qu'une action

(1) *Infrà*, n° 551.

(2) Arg. de l'art. 575 C. de commerce.

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 2, n° 360.

(3) L. 10 et 12, C., *De pign. act.*

Infrà, n° 542.

(4) Mon comm. de la *Prescription*, t. 2, n° 479.

Je cite les autorités.

Junge Pothier, n° 55.

ordinaire et personnelle pour retirer la chose, action qui s'éteint par trente ans (1).

478. Si le créancier ne possède plus la chose engagée, l'action se prescrit par le laps de trente ans. Ce laps de temps fait supposer que le débiteur s'est libéré, et que tout a été soldé et acquitté de part et d'autre (2).

479. La prescription de trente ans aurait également lieu si le débiteur avait prouvé que la chose dont il demande la restitution a péri par la faute du créancier. Toutes les actions se prescrivent par trente ans (3). Il n'y a pas d'exception pour celle-ci qui n'est qu'une action pour la réparation d'une faute.

(1) Mon comm. de la *Prescription*, t. 2, n° 480.
Duparc-Poullain, t. 6, p. 236, n° 9.

(2) Mon comm. de la *Prescription*, t. 2, n° 478.
Id. du *Prêt*, n° 95.
Id. du *Dépôt*, n° 74.

(3) Pothier, n° 55.
Mon comm. du *Prêt*, n° 95.

ARTICLE 2083.

Le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur et ceux du créancier.

L'héritier du débiteur, qui a payé sa portion de la dette, ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage, tant que la dette n'est pas entièrement acquittée.

Réciproquement, l'héritier du créancier, qui a reçu sa portion de la dette, ne peut remettre le gage au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas payés.

SOMMAIRE.

480. Le gage est indivisible.

Application de ce principe aux héritiers du débiteur qui veulent retirer le gage.

481. La divisibilité de la dette ne fait pas que le gage soit divisible.

482. De la divisibilité du gage entre les héritiers du créancier. ®

483. Application de la divisibilité du gage au cas où le créancier veut remettre la chose aux héritiers du débiteur.

ordinaire et personnelle pour retirer la chose, action qui s'éteint par trente ans (1).

478. Si le créancier ne possède plus la chose engagée, l'action se prescrit par le laps de trente ans. Ce laps de temps fait supposer que le débiteur s'est libéré, et que tout a été soldé et acquitté de part et d'autre (2).

479. La prescription de trente ans aurait également lieu si le débiteur avait prouvé que la chose dont il demande la restitution a péri par la faute du créancier. Toutes les actions se prescrivent par trente ans (3). Il n'y a pas d'exception pour celle-ci qui n'est qu'une action pour la réparation d'une faute.

(1) Mon comm. de la *Prescription*, t. 2, n° 480.
Duparc-Poullain, t. 6, p. 236, n° 9.

(2) Mon comm. de la *Prescription*, t. 2, n° 478.
Id. du *Prêt*, n° 95.
Id. du *Dépôt*, n° 74.

(3) Pothier, n° 55.
Mon comm. du *Prêt*, n° 95.

ARTICLE 2083.

Le gage est indivisible nonobstant la divisibilité de la dette entre les héritiers du débiteur et ceux du créancier.

L'héritier du débiteur, qui a payé sa portion de la dette, ne peut demander la restitution de sa portion dans le gage, tant que la dette n'est pas entièrement acquittée.

Réciproquement, l'héritier du créancier, qui a reçu sa portion de la dette, ne peut remettre le gage au préjudice de ceux de ses cohéritiers qui ne sont pas payés.

SOMMAIRE.

480. Le gage est indivisible.

Application de ce principe aux héritiers du débiteur qui veulent retirer le gage.

481. La divisibilité de la dette ne fait pas que le gage soit divisible.

482. De la divisibilité du gage entre les héritiers du créancier. ®

483. Application de la divisibilité du gage au cas où le créancier veut remettre la chose aux héritiers du débiteur.

COMMENTAIRE.

480. Le gage est indivisible (1) : *indivisa pignoris causa est*, dit Papinien (2). C'est en vertu de ce principe que nous avons vu ci-dessus le paiement partiel impuissant pour libérer le gage partiellement.

Ce que le débiteur ne saurait faire en vertu de son propre droit, ses héritiers, qui le représentent, ne peuvent le faire en vertu du droit qu'ils tiennent de lui. Si donc il laisse plusieurs héritiers, celui d'entre eux qui aura payé sa part ne sera pas fondé à réclamer la restitution de sa part du gage. Le gage ne doit sortir des mains du créancier qu'autant que la dette est entièrement acquittée.

481. Peu importe que la dette soit divisible de sa nature. Le créancier ne refusera pas de reconnaître cette divisibilité en recevant la part afférente que l'un des héritiers vient verser dans ses mains ; mais il retiendra tout le gage pour le

(1) Pothier, n° 43.

Arrêt de Provence du 21 juin 1672.

Boniface, 4, 8, 11, 2.

Infrà, n° 538.

L. 9, § 3, D., *De pign. act.*

Suprà, n° 459.

(2) L. 65, D., *De evict.* (lib. 8 *Quæst.*).

surplus, parce que le gage répond, dans chaque partie et dans sa totalité, de chaque partie de la dette (1).

482. Réciproquement, le décès du créancier et son remplacement par ses héritiers n'autorisent pas l'un de ceux-ci, lorsqu'il a reçu sa part de la dette, à remettre une partie du gage, au détriment de ses cohéritiers. Le nantissement ne se divise pas.

483. Comme le gage est assimilé à un dépôt par l'art. 2079, le créancier qui veut faire la restitution du gage aux héritiers du débiteur décédé doit suivre les règles indiquées au titre du *Dépôt* par l'art. 1939 du Code civil (2).

ARTICLE 2084.

Les dispositions ci-dessus ne sont applicables ni aux matières de commerce, ni aux maisons de prêt sur gage autorisées, et à l'égard desquelles on suit les lois et règlements qui les concernent.

SOMMAIRE.

484. L'art. 2084 réserve les prérogatives du droit commercial; car le commerce se lie à des vues supérieures de politique et d'administration.

(1) Pothier, n° 44.

(2) Mon comm. du *Dépôt*.

485. Les articles ci-dessus ne sont pas applicables aux maisons de prêt sur gage autorisées.

Origine des monts de piété. Leur développement.

486. But des monts de piété.

487. Comment l'usure s'y introduisit.

Efforts des papes pour la proscrire.

488. Difficultés qu'éprouvèrent les monts de piété pour pénétrer en France.

489. Lettres patentes de Louis XVI.

490. Régime actuel des monts de piété.

491. Ils sont dans l'intérêt des pauvres.

492. Ils ont le monopole public des prêts sur gage.

493. Comment ceci doit s'entendre.

494. Utilité des monts de piété. Mais leur régime est susceptible de notables améliorations.

COMMENTAIRE.

484. Le commerce se lie à des vues supérieures de politique et d'administration (1) ; il a des règles propres, et il ne faut pas trop étroitement l'enlacer dans celles du droit civil. Notre article lui réserve donc ses droits (2). Nous avons vu ci-dessus, dans notre commentaire de l'art. 2074, quelle en est l'étendue. Ce point est de la

(1) M. Gary, orat. du Tribunal.
Fenet, t. 15, p. 219.

(2) Sur la proposition du Tribunal.
Fenet, t. 15, p. 199.

plus haute importance. Mais les développements que nous lui avons déjà donnés nous dispensent de nous y arrêter plus longtemps.

485. Notre article met aussi dans une situation particulière les maisons de prêt sur gage autorisées.

L'origine de ces maisons est tout italienne. Au xv^e siècle, l'usure faisait des maux infinis en Italie, tellement que, dans l'espace de trois ans, les intérêts égalaient le capital (1). Un moine italien, nommé Barnabé de Terni, de l'ordre des frères mineurs, conçut l'idée d'organiser une sorte de banque de prêts gratuits, formée avec les capitaux versés par des personnes charitables, et destinée à venir en aide aux pauvres emprunteurs. Cette idée, émise dans la chaire, se réalisa pour la première fois à Pérouse vers 1450, sous les auspices de Barnabé de Terni ; on donna à cette fondation le nom de *monte di pietà*, mont de piété. Ce mot, *mons*, est une expression figurée qui signifie une réunion de capitaux formée avec l'assentiment de l'autorité pour un intérêt public (2).

Bientôt les monts de piété se multiplièrent en Italie ; ils se répandirent dans les principales

(1) Deluca, *Miscell. eccles.*
Disc. 36, n° 1.

(2) Deluca, *De locis montium*, c. 1, n° 2.

viles italiennes vers la seconde moitié du xv^e siècle et au commencement du xvi^e.

Les papes les prirent sous leur protection ; le concile de Trente les encouragea et les recommanda au zèle des évêques (1). On les considérait comme des fondations pieuses : *sacer mons pietatis* (2) ; et les jurisconsultes (3) comparaient le mont de piété de Rome au temple de Jérusalem qui recevait les dépôts des veuves et des pupilles (4). Ils eurent cependant leurs adversaires et même leurs diffamateurs (5). Des théologiens, scrupuleux à outrance sur le fait du prêt à intérêt, ne virent en eux que des fondations illicites. Mais ces exagérations ne nuisirent pas à leur développement.

De l'Italie, ils passèrent en Allemagne, dans les Pays-Bas, en Hollande. Ils eurent en France moins de faveur. On ne les accueillit que dans les villes méridionales voisines de l'Italie.

486. Le but des monts de piété était de prêter aux pauvres, et, à cause de cela même, de ne prêter que sur gages, afin que le capital ne

(1) Sess. 22, c. 11, *De ref.*

Durand de Maillane, v^o *Mont de piété*.

(2) Deluca, *loc. cit.*, n^o 10 et 11.

(3) *Id.*

(4) Macchab., 3.

(5) Ma préface du *Prêt*, p. cxi.

fût pas épuisé par les non-recouvrements. Si, à l'échéance, l'emprunteur ne payait pas, on vendait les gages, et avec le produit on payait le mont de piété ; le reste se rendait à l'emprunteur. Quand l'emprunteur venait retirer son gage, on lui retenait une modique somme, non à titre d'intérêt, mais pour l'entretien des employés et les frais d'administration (1).

487. Comme la piété des fidèles n'était pas suffisante pour entretenir par des mises gratuites la dot des monts de piété, ces établissements furent contraints plusieurs fois d'emprunter à intérêt, et, par conséquent, de se faire payer des intérêts par leurs propres emprunteurs. Alors des abus graves faussèrent la pensée primitive de l'institution. L'usure, qu'on voulait épargner aux pauvres, prit son siège officiel dans les monts de piété eux-mêmes ; il fallut que l'autorité papale intervînt pour mettre des bornes à ces spéculations contraires au bien public. Grégoire XIII, par un bref de 1580, défendit aux monts de piété d'emprunter à des intérêts usuraires qui, en définitive, retombaient sur les pauvres. Tout ce qu'il leur permit, ce fut de recevoir de l'argent de certains négociants, qui, au lieu de mettre des fonds dans leur commerce pour en retirer de gros profits, aimeraient mieux les colloquer charitable-

(1) Durand de Maillane, *loc. cit.*

ment dans les monts de piété, au taux de 4 pour cent (1).

488. Nous avons dit que la France n'avait pas accueilli avec le même élan que l'Italie les monts de piété. On essaya de les y introduire sous Louis XIII (2). La tentative n'eut pas de succès. L'archevêque de Paris, assisté de dix-huit théologiens des plus célèbres, y vit des empêchements. En 1643, la première année du règne de Louis XIV, le gouvernement reprit l'idée de pareilles créations. Reconnaissant, d'une part, que : « le trafic de l'emprunt et du prêt d'argent » était très utile et très nécessaire dans ses États, » et que, de l'autre : « la pratique de l'usure était » très pernicieuse (3), » il vit dans les monts de piété un moyen convenable de soulager les emprunteurs et d'abolir le criminel usage des usures. Une déclaration de 1643 en prescrivit l'établissement dans tout le royaume. Mais la régente Anne d'Autriche la fit révoquer (4). Les opinions n'étaient pas mûries sur ces établissements charitables, et le jugement qu'on en por-

(1) Durand de Maillane, *loc. cit.*

(2) Février 1626.
Brillon, v^o *Mont de piété.*

(3) *Id.*, *loc. cit.*

(4) Brillon, v^o *Mont de piété.*

tait se peindre à merveille dans cette définition donnée par Brillon des monts de piété : « *Pieuse, » avare et utile invention, qui a ses partisans et ses critiques (1).* »

489. Ce ne fut que sous le règne de Louis XVI que, par lettres patentes du 9 décembre 1777, le gouvernement constitua le mont de piété de Paris (2).

490. Le régime actuel des monts de piété est déterminé par le décret du 24 messidor an XII. C'est là qu'on trouve ce qui concerne les conditions et formes des prêts, les dégagements et revendications des objets donnés en nantissement la forme de la vente de choses engagées.

491. Les monts de piété sont exclusivement dans l'intérêt des pauvres (3). Un avis du conseil d'État du 6 juin 1807, approuvé par l'empereur le 12 juillet suivant, défend d'y introduire la spéculation, et de les constituer par actions au profit d'étrangers. Les monts de piété ne doivent se proposer que la bienfaisance publique, et ce serait les détourner de leur but que d'y associer des capitaux ayant en vue le partage de bénéfices. Il ne peut par conséquent être accordé de monts de piété qu'aux villes où la caisse municipale et

(1) *Loc. cit.*

(2) M. Merlin, Rép., v^o *Mont de piété.*

(3) L. du 18 pluviôse an XII.

celle des hospices, ou l'une des deux, fournissent un capital suffisant à la mise en action de l'établissement.

492. Les monts de piété ont le monopole public des prêts sur gage. Nulle maison de prêt sur gage ne peut être établie qu'au profit des pauvres et avec l'autorisation du gouvernement (1). Ce n'est pas que la loi prenne ombrage des prêts sur nantissement faits par les particuliers pour leurs affaires ou pour leur commerce. Elle aurait été déraisonnable si elle avait enlevé au crédit cette base si commode et si fréquente d'opérations importantes. Mais ce que la loi défend, c'est l'ouverture publique d'une maison de dépôt où, sur la foi d'un simple individu, sans garantie, sans autre surveillance que celle qui résulte de l'action ordinaire de la police, une foule de citoyens, pressés par le besoin, appelés par une indication expresse, vont déposer, sur un récépissé non authentique, une portion souvent considérable de leur propriété (2). Il est facile de sentir (disait l'orateur du gouvernement en présentant au corps législatif le projet de la loi du 16 pluviôse an XII) que si, en général, toutes

(1) L. du 18 pluviôse an XII.
Art. 411 C. pénal.

(2) Arrêt du parlement de Paris du 1^{er} mars 1644.
Brillon, v^o *Gage*, n^o 3.

les transactions sociales doivent être libres, il en est auxquelles l'intérêt commun prescrit de donner des règles spéciales plus sévères, et dans lesquelles l'autorité protectrice doit en quelque sorte intervenir pour garantir la faiblesse de l'oppression, l'ignorance de l'erreur, pour soustraire le besoin à la cupidité et la misère à la spoliation (1).

493. On voit par-là que la sage prohibition dont il est ici question n'a rien d'inquiétant pour le commerce ; les prêts sur nantissement, qui sont l'âme des opérations de place en place, n'en sont nullement affectés. Il n'y a pas, en effet, la moindre comparaison à établir entre les maisons de prêt sur gage et les maisons de banque qui prêtent avec les sûretés exigées par la prudence et autorisées par la loi civile et commerciale.

494. Les monts de piété sont très utiles. Mais, à côté de leurs avantages, ils ont des inconvénients que les économistes ont signalés (2). On

(1) Répert. de M. Merlin, v^o *Maisons de prêt sur nantissement*.

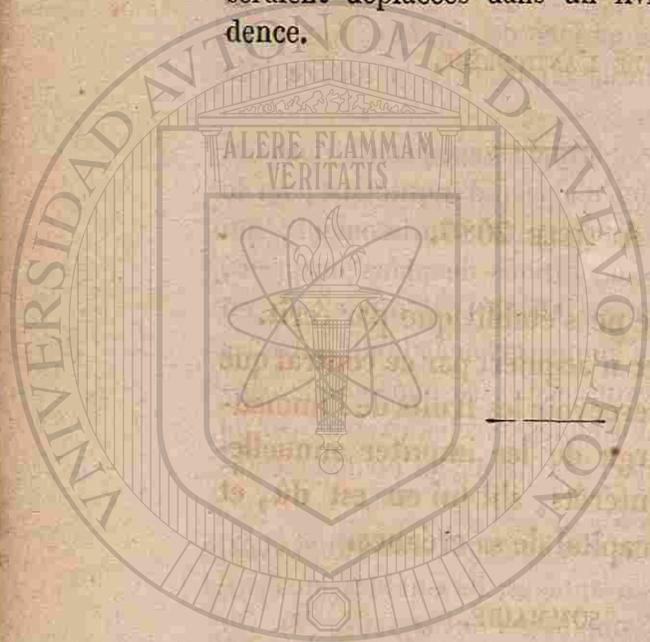
(2) M. Ch. Dupin, *Forces productives et commerciales de la France*.

M. de Watteville, *Des monts de piété en France*, 1846.

M. Blaise, *Des monts de piété en France*.

M. Arnould, *Situation des monts de piété en Belgique*.

regarde leur régime comme susceptible de notables améliorations. Nous ne nous occuperons pas ici de ces questions. Elles tiennent à l'économie politique et à l'administration ; elles seraient déplacées dans un livre de jurisprudence.



 CHAPITRE II.

 DE L'ANTICHRÈSE.

ARTICLE 2085.

L'antichrèse ne s'établit que par écrit.
 Le créancier n'acquiert par ce contrat que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance.

SOMMAIRE.

 495. De l'antichrèse. Son caractère.

496. Signification du mot antichrèse.

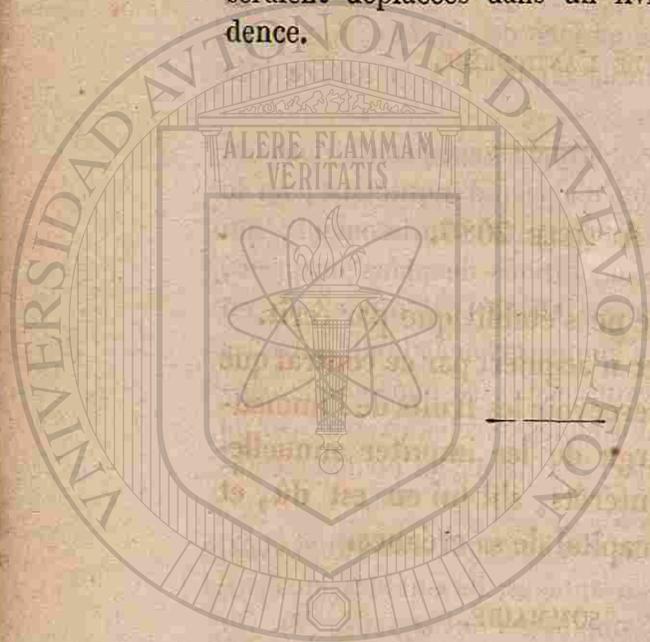
Dispute de Saumaise avec les juriconsultes sur ce point de grammaire. Vinnius partage l'opinion de Saumaise qui est très vraisemblable.

L'antichrèse n'engendre pas de droit réel.

497. Définition de l'antichrèse par Marcianus. Quel est son caractère distinctif?

498. Comment elle se concilie avec les lois relatives aux taux de l'intérêt.

regarde leur régime comme susceptible de notables améliorations. Nous ne nous occuperons pas ici de ces questions. Elles tiennent à l'économie politique et à l'administration ; elles seraient déplacées dans un livre de jurisprudence.



CHAPITRE II.

DE L'ANTICHRÈSE.

ARTICLE 2085.

L'antichrèse ne s'établit que par écrit.
Le créancier n'acquiert par ce contrat que la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance.

SOMMAIRE.

495. De l'antichrèse. Son caractère.

496. Signification du mot antichrèse.

Dispute de Saumaise avec les juriconsultes sur ce point de grammaire. Vinnius partage l'opinion de Saumaise qui est très vraisemblable.

L'antichrèse n'engendre pas de droit réel.

497. Définition de l'antichrèse par Marcianus. Quel est son caractère distinctif?

498. Comment elle se concilie avec les lois relatives aux taux de l'intérêt.

499. Suite.
 500. Suite.
 501. Le droit canonique la condamne.
 502. Il y fait cependant quelques exceptions.
 503. Les prohibitions du droit canonique furent reçues en France par le droit commun; l'antichrèse, autrement appelée *mort-gage*, n'était pas généralement pratiquée. On n'admettait que le *vif-gage*. Il y avait cependant quelques provinces où il en était autrement. Caractère que le mort-gage y revêtait.
 504. Des contrats appelés : engagements.
 Leur caractère.
 505. Des gagières.
 506. Du contrat pignoratif.
 507. La vente à réméré est quelquefois appelée contrat pignoratif. Mais cette dénomination est impropre.
 508. Définition du contrat pignoratif distinct du réméré; c'était, autrefois, une antichrèse déguisée.
 509. Il y avait des pays où le contrat pignoratif était permis.
 510. Suite. Son caractère dans le Lyonnais.
 511. Résumé.
 512. L'antichrèse a été introduite dans le Code civil par amendement.
 513. Définition de l'antichrèse.
 Différences qui existent entre elle et le gage.
 514. De la preuve de l'antichrèse.
 515. Suite.
 516. Caractère de l'antichrèse, telle qu'elle existe dans le Code civil.
 517. Des personnes capables pour constituer l'antichrèse.
 518. De l'usufruitier.
 519. Celui qui n'a que le pouvoir de faire des actes d'administration peut-il constituer une antichrèse?
 520. De la femme séparée de biens.

521. Suite.
 522. Quiconque peut disposer de la chose peut la donner à antichrèse.
 523. Si la femme qui s'est réservé le droit de vendre sa dot est censée avoir le droit de la donner à antichrèse.
 524. L'antichrèse ne confère pas de droit réel. Elle n'engendre pas droit de suite; elle ne confère qu'un droit de rétention.
 525. Différence de l'antichrèse avec le bail et l'usufruit.
 526. L'antichrèse est réputée meuble.
 527. L'antichrésiste peut passer des baux d'une durée ordinaire.
 Pourrait-il faire un bornage?
 528. Pourquoi l'antichrèse, quoique licite aujourd'hui, affecte quelquefois les formes des contrats d'aliénation.
 529. Esprit de ces dissimulations et conséquences qu'elles doivent avoir. Elles doivent être respectées, à moins qu'elles ne cachent des fraudes.
 530. Condition nécessaire pour que l'impignoration ait des rapports avec la vente.
 531. Les tribunaux ont un pouvoir souverain pour apprécier si l'acte est vente ou impignoration.
 532. L'antichrèse contient une dation en paiement.
 533. Comment l'antichrésiste peut se procurer la perception des fruits.
 534. Des conventions relatives aux fruits et des forfaits.
 535. Du règlement de compte entre l'antichrésiste et le débiteur.
 536. Suite.
 537. Suite.
 538. Suite.

COMMENTAIRE.

495. L'antichrèse est le nantissement des im-

meubles (1); nantissement *sui generis* et que le Code civil a bien fait de distinguer du nantissement des meubles, non-seulement à raison de l'objet qui fait le siège du contrat, mais à raison des droits qui sont attachés à l'antichrèse. Son caractère et son utilité principale sont que le créancier se paie par ses mains sur les fruits (2). Nous avons dit ci-dessus comment les Grecs en fournirent l'idée aux Romains. Ceux-ci, en l'adoptant, la lièrent au *pignus*, et en firent découler l'action *pigneraticæ* (3).

496. Le mot grec *antichrèse* signifie, suivant la plupart des jurisconsultes, l'usage donné au créancier par réciprocité : *mutuus pignoris usus pro credito*. Saumaise a jeté les hauts cris sur cette définition du mot grec *antichresis* (4). Il prétend que ces jurisconsultes n'ont pas su ce que c'est que l'antichrèse; et il demande hardiment aux docteurs du droit civil la permission de leur apprendre, lui qui n'est pas docteur, ce qu'ils devraient ne pas ignorer. L'antichrèse n'est, suivant lui, qu'un prêt réciproque, *contra-*

(1) M. Chauveau, t. 4, n° 3119.

Loi du 22 frimaire an VII, art. 43 et 69, § 5.

(2) Hevin sur Frain, p. 310.

(3) Marcianus, l. 33, D., *De pignerat. act.*
Paul, l. 8, D., *In quibus causis pignus.*

(4) *De modo usur.*, p. 618.

rium mutuum. Le débiteur qui a reçu de l'argent fait, de son côté, un prêt au créancier, en lui livrant une chose dont il perçoit les fruits en compensation des usures. Le créancier a prêté; le débiteur a contre-prêté : *alter mutuatur, alter remutuatur*.

Cette discussion grammaticale a occupé de très graves auteurs, et Vinnius a prêté à Saumaise l'autorité de son nom (1). Noodt, au contraire (2), soutient que Saumaise n'est pas dans le vrai, et qu'il est blâmable de s'être mêlé, sans y être obligé, de choses qu'il ne connaissait pas (3). D'après Noodt, il est bien difficile de croire que l'antichrèse puisse être assimilée à un prêt (*mutuum*). Marcianus en fait une variété du nantissement : *cum pignus sit*; et tous les textes semblent lui maintenir ce caractère.

J'avouerai cependant que le système de Saumaise et de Vinnius me paraît bien séduisant et bien ingénieux. En voici le court résumé :

Il ne faut pas confondre, disent-ils, l'antichrèse avec le gage accompagné du pacte d'antichrèse. L'antichrèse est un contrat qui par lui-même n'entraîne pas impignoration de la chose; elle n'a qu'un but, c'est d'opérer un

(1) *Quæst. select.*, 2, 7.

(2) II, observat. 9 et 10.

(3) *Loc. cit.*, obs. 10.

prêt mutuel. Rien n'empêche cependant de joindre à ce prêt une impignoration de l'immeuble dont les fruits se compensent avec les intérêts. Cette convention doit être respectée; elle est valable, et elle donne au créancier une sûreté dans la chose que la simple antichrèse ne lui procure pas. Ces nuances se trouvent bien marquées dans les textes; il suffit d'y faire attention. L'antichrèse pure et simple est formulée dans les lois 11, § 1, D., *De pignorib.*, et 14, C., *De usuris*. Le gage avec pacte d'antichrèse trouve son exemple dans la loi 17, C., *De usuris*, et dans la loi 39, D., *De pign. act.* Quand le gage est constitué avec pacte d'antichrèse, c'est la chose même qui est le siège de l'impignoration. Mais quand il n'est intervenu qu'un simple contrat d'antichrèse, la chose n'est pas affectée de plein droit. Voyez, en effet, Marcianus, dans la loi 11, § 1, D., *De pignorib.* Il se garde bien de dire que la chose est engagée par l'antichrèse. Il dit que la possession tient lieu de gage au créancier. *Retinet possessionem pignoris loco*. La chose même n'est donc pas engagée (1).

Je le répète : tout cela procède d'une très fine observation. Pour mon compte, sans prendre parti sur la discussion grammaticale que Saumaise a soulevée, je suis très porté à croire que l'antichrèse, par elle-même, différerait profondé-

(1) Saumaise, p. 620 et 626.

ment du *pignus* : non pas qu'à l'égard du débiteur, elle n'eût des affinités très grandes avec le *pignus*; car l'on en fit découler l'action pignoratice; mais, en ce qui concerne les tiers, je ne crois pas qu'elle ait été investie du droit réel qui appartenait au *pignus* proprement dit. A ce point de vue, la distinction de Saumaise et de Vinnius est pleine d'intérêt. Elle explique pourquoi nous retrouvons dans le Code civil l'antichrèse déstituée du droit réel.

497. L'antichrèse est très bien caractérisée par Marcianus (1). Le débiteur donne au créancier la jouissance d'un immeuble; celui-ci en perçoit les fruits au lieu des intérêts, et retient la possession *loco pignoris*, jusqu'à ce que ce qui lui est dû lui soit payé. Le propre de l'antichrèse c'est la compensation des fruits et des intérêts. Telle est sa loi (2). Quand on stipulait que les fruits seraient perçus en extinction du capital (3), ce n'était pas le contrat d'antichrèse (4), c'était le *pignus* ordinaire (5). Voët a donné de l'anti-

(1) L. 11, § 1, D., *De pignorib. et hypoth.*

(2) Cujas, sur les Décrétales, t. 20.
Infrà, nos 503 et 513.

(3) L. 1 et 2, C., *De pigner. act.*
L. ult., C., *loc. cit.*

Modestin, l. 39, D., *De pign. act.*

(4) Cujas, *loc. cit.*

(5) Cujas, *loc. cit.*

MM. Championnière et Rigaud, t. 4, n° 3120.

chrèse une description très bonne à rappeler :
 « Præcipuè probatum in pignoribus pactum antichreseos, quo id agitur, ut creditor utatur pignore vicem in usurarum, donec debitum solutum fuerit, sive ipse ædes inhabitando, fundosve colendo, percipere fructum, aut utilitatem velit, sive aliis elocare (1). »

Quelquefois, du reste, le mot antichrèse se prend pour la chose engagée, quelquefois pour la convention par laquelle la chose est engagée (2).

498. L'opinion la plus généralement accréditée parmi les jurisconsultes (3) est que l'antichrèse ne fut pas affectée chez les Romains par les évènements qui modérèrent le taux des intérêts. Les fruits de la chose, alors même qu'ils étaient plus considérables que les intérêts de la créance, n'en étaient pas moins perçus en totalité par le prêteur (4). La raison que donnent ces jurisconsultes est, d'après les textes, que les revenus des immeubles ont quelque chose d'aléa-

(1) *De pign. et hypoth.*, n° 23.

V. aussi Cujas, III, *observat.* 29.

(2) Noodt, *loc. cit.*, 9 :

« Antichresin modò accipi pro re quæ in antichresin datur, modò pro conventionè quâ antichresis constituitur. »

(3) Cujas, sur la nov. 32, et *Observat.*, III, 35.

Loyseau, *Déguerp.*, I, 7, 12 et 13.

(4) L. 14 et 17, C., *De usuris*.

toire. Quelquefois ils sont nuls ou de très minime valeur, et la chance des mauvaises années doit compenser la chance des bonnes (1). « *Obtentu majoris percepti emolumenti, propter incertum fructuum eventum, rescindi placita non possunt.* » Ce sont les paroles de l'empereur Philippe (2).

499. Toutefois, s'il était certain que les fruits fussent supérieurs aux usures, si cette incertitude dont parle Philippe disparaissait, Doneau pense, sur le fondement de la loi 1, § 3, au D., *De pignorib.*, que la convention était excessive (3). Nous reviendrons, au n° 568, sur le point de droit.

500. Justinien, prenant en considération l'état des agriculteurs dans les provinces de la Thrace, défendit aux créanciers de faire des contrats d'antichrèse avec eux (4).

501. Le droit canonique fut plus sévère. Il condamna l'antichrèse. Compenser les fruits avec les intérêts, c'eût été supposer que des intérêts pouvaient être stipulés, et le droit canonique n'admettait pas cette possibilité (5). Le pape

(1) Cujas, sur la nouvelle 32.

(2) L. 17, C., *De usuris*.

Infrà, n° 557.

(3) Sur la loi 17, C., *De usuris*, n° 4.

(4) Nouvelle 32.

(5) *Decret. Gregor.*, lib. 5, t. 13, c. 2, *De usuris*.

Cujas, sur les Décrétales, t. 20, et *De feudis*, c. 1.

Dumoulin, *Des usures*, q. 35.

Loyseau, *Déguerp.*, liv. 1, ch. 7, n° 13.

Martin V fut obligé de s'élever derechef, en 1429, contre la pratique de l'antichrèse, à laquelle il n'était pas rare de voir les monastères et les chapitres recourir pour s'assurer des revenus usuraires (1).

502. Deux cas cependant étaient exceptés.

Le premier avait lieu lorsque le vassal donnait au seigneur à antichrèse la chose qu'il tenait de lui. La raison pour laquelle l'antichrèse était alors tolérée était que, pendant le temps de l'engagement, le vassal était exempt des services qu'il devait au seigneur *ratione feudi*; alors donc on supposait que le seigneur percevait les fruits, non pas *loco usurarum*, *sed vice servitii* (2).

Le second cas avait lieu (3) lorsqu'un beau-père donnait un immeuble à antichrèse à son gendre pour sûreté de la dot promise. Les fruits perçus par le gendre n'étaient pas censés entrer en compensation avec les intérêts du capital; on les considérait comme servant à l'entretien du ménage. Pierre de Fontaine fait mention de cette sorte d'antichrèse et la représente comme usitée dans les contrats de mariage (4).

(1) Ducange, *vo Pignus mortuum*.

(2) Cujas, *loc. cit.*

Decret. Greg., t. 20, c. 1, *De feudis*.

(3) Cujas, *loc. cit.*, d'après le C., 16, *De usuris*.

(4) Ch. 15, § 14.

503. Ces prescriptions du droit pontifical eurent de l'autorité en France. L'antichrèse y était presque généralement improuvée (1). Nonobstant la clause que le créancier percevait les fruits pour lui tenir lieu des intérêts, le débiteur était fondé à exiger le compte des fruits (2). Le droit commun français n'admettait que le vif-gage, c'est-à-dire celui qui s'acquittait de lui-même et dont le créancier prenait les fruits en paiement de sa dette (3). Est-ce par cette espèce d'engagement que nous voyons Joinville mettre la meilleure partie de sa terre en gage pour se procurer l'argent nécessaire pour aller à la croisade (4)? Ce qu'il y a de sûr, c'est que le vif-gage était fort pratiqué en France (5). Quant à l'antichrèse, on l'appelait *engage* en Bretagne (6), et plus généralement en

(1) Loyseau et Dumoulin, *loc. cit.*

(2) Pothier, n° 20.

M. Merlin, *Gage mort*.

(3) Ancienne cout. de Normandie, ch. 3.

Bouteiller, liv. 1, ch. 25.

Loisel, 3, 7, 2; et Delaurière sur Loisel.

Hevin sur Frain, t. 1, p. 310.

(4) N° 62, p. 197, édit. de M. Poujoulat.

Suprà, n° 18. Voyez la *Préface*.

(5) Hevin sur Frain, p. 312.

(6) Duparc-Poullain, t. 3, p. 121, d'après d'Argentré, art. 54 et 55, cout. de Bretagne. Hevin sur Frain, p. 310 et 311, soutient que d'Argentré s'est trompé et que l'*engage* est le vif-gage et non le mort-gage.

France *mort-gage* (1), parce qu'elle ne s'acquittait pas d'elle-même et que les fruits appartenaient au créancier, en pure perte pour le débiteur. Elle était usuraire (2). On n'admettait le mort-gage que dans les cas où le droit canonique admettait l'antichrèse (3), par exemple pour le mariage des filles, et, de plus, pour dons et aumônes faits à l'Église (4).

Tel était le droit commun. Le mort-gage passait même pour une convention si criminelle que tous les meubles de celui qui était convaincu de l'avoir exercé dans l'an de son décès étaient confisqués (5).

Il y avait cependant quelques exceptions, et le mort-gage ou antichrèse avait cours dans certaines provinces où le prêt à intérêt avait été admis par la jurisprudence (6); mais ces excep-

(1) Loyseau, *loc. cit.*

Loisel, *loc. cit.*

Brillon et M. Merlin, v° *Mort-gage*.

Ducange, v° *Vadium* et *Pignus mortuum*.

(2) Delaurière sur Loisel, *loc. cit.*, et dissert. sur le tenement de 5 ans.

(3) *Suprà*, n° 502.

(4) Loisel, *loc. cit.*, 3.

(5) Hervin sur Frain, *loc. cit.*

(6) Répert., v° *Mort-gage*.

Catellan, *Arrêts notables*, liv. 3, ch. 1.

Brillon, v° *Antichrèse*.

tions ne faisaient que confirmer la règle générale de la prohibition (1).

Du reste, dans ces provinces, le mort-gage était presque toujours considéré comme une espèce d'antichrèse (2). Ce contrat, comme l'antichrèse, n'était, en général, qu'un contrat pignoratif, et l'emmort-gagiste ne possédait pas à titre de propriétaire; il n'avait qu'une possession précaire, et ne pouvait jamais prescrire la propriété du mort-gage (3).

Telle était la physionomie du mort-gage, au moins d'après le droit le plus général.

Cependant il est arrivé plusieurs fois, depuis les lois modernes, que la Cour royale de Douai, interprétant les actes de mort-gage, a décidé

(1) On ne confondra pas, dans la lecture des anciens auteurs, le *vif-gage* et le *gage vif*, le *mort-gage* et le *gage mort*. Le *gage vif* était le *gage vivant*, comme un animal; le *gage mort* était un *gage inanimé*. La transposition de l'adjectif avait souvent, dans notre vieux langage, la puissance de changer le sens des mots; témoin : *bois mort* et *mort-bois* (Hevin sur Frain, p. 314).

(2) Loisel, *Instit. cout.*

Merlin, Répert., v° *Mort-gage*.

Brillon, même mot.

Ducange, v° *Vadium*.

Hevin sur Frain, p. 310 et suiv.

(3) Cout. de la chambre de Lille, t. 17, art. 6.

Tournay, art. 34.

Art. 2236 C. civil.

que l'emport-gagement n'était qu'une vente à réméré (1).

Et l'on conçoit tout de suite la différence énorme de ces deux situations. S'il y a mort-gage, le possesseur n'a pu devenir propriétaire par aucune prescription. S'il y a seulement réméré, et que la faculté d'exercer le réméré s'ouvre sous le Code civil, le possesseur devient propriétaire si l'action en retrait n'a pas été exercée dans les cinq ans (2).

Je ne critique pas ces décisions. La Cour de Douai connaît mieux que personne les traditions locales qui, dans les départements soumis à sa juridiction, fixaient le caractère du mort-gage ; et cette manière de voir n'est pas incompatible avec certaines manières d'engager la propriété ; témoin la fiducie des Romains (3). Ce qu'il y a de certain, c'est que si le mort-gage avait dans l'ancienne Flandre le caractère que la Cour de Douai lui attribue, c'était une exception aux idées généralement accréditées.

504. Il ne faut pas confondre avec l'antichrèse le contrat d'engagement pratiqué par les princes et les seigneurs pour emprunter de l'argent, et

(1) 9 août 1834 (Dal., 36, 2, 93).

Cassat., 19 janvier 1836 (Dal., 36, 1, 75).

(2) Cassat., 19 janvier 1836 (Dal., 36, 1, 75).

(3) *Suprà*, n° 5.

qui dans le moyen âge donna un certain mouvement à la propriété foncière.

L'engagement était plus voisin du mort-gage, tel que la Cour royale de Douai vient de le définir, que de la vraie antichrèse (1).

Je sais que d'Aguesseau a soutenu que l'engagement n'était ni plus ni moins qu'une véritable antichrèse, et il appuie sur le sentiment de Chopin cette assertion, qui du reste lui est commune avec beaucoup d'autres auteurs (2).

« Qu'est-ce qu'un engagement, dit-il, si ce » n'est une convention par laquelle le roi, ou tout » autre débiteur, abandonne la jouissance d'un » de ses domaines pour tenir lieu des intérêts de » l'argent qu'on lui prête jusqu'à ce qu'il puisse » le rendre à son créancier ? C'est ce que l'on » connaît dans le droit romain sous le nom d'an- » tichrèse : *Antichresis est species pignoris ita dati ut* » *donec pecunia solvatur, pignore creditor utatur,* » *fruatur, in vicem usurarum*, dit Cujas, après » les lois et les jurisconsultes (3). »

Et plus bas il cite ces paroles de R. Chopin :
« Improprîe alienatus dicitur regius canon, qui » verè creditorum loco sunt, quibusque solum- » modò, pro tempore, facta est rei dominicæ

(1) Voyez notre *Préface*, p. xxxi, xxxii, xxxiii.

(2) V. Legrand sur Troyes, t. 3, art. 34.

Louet, lettre P, somm. X et XI.

(3) Seizième requête, t. 7, p. 278.

» antichreseos quoad, debiti sorte solutâ, fiscus
 » liberetur, atque pignoris causâ dominium non
 » mutat. »

Je ne pense pas, toutefois, qu'il faille prendre à la lettre cette doctrine. Il est constant, en effet, que les engagements étaient nature d'immeubles dans les mains de l'engagiste (1). Et cependant, comme nous le verrons plus tard, l'antichrèse n'attribuait au créancier que des droits mobiliers (2). L'engagiste jouissait de tous les droits attachés à la chose, de tous les droits réels et utiles (3). Il pouvait céder son droit; l'engagement pouvait être décrété sur lui (4), en sorte que cette tenure avait un caractère de réalité dont l'antichrèse n'était pas investie. Aussi n'est-ce pas sans raison que la coutume de Troyes mettait sur une ligne parallèle l'engagement et la vente à réméré (5); Legrand n'a rien compris à cela lorsqu'il reproche à la coutume d'avoir, par son peu de soin, confondu deux choses aussi différentes que l'antichrèse et la vente avec faculté de rachat. On sait bien (et je ne doute pas que les rédacteurs de la coutume ne sussent avec tout le monde) que l'antichrèse et la vente à

(1) Arrêt du parlement de Douai du 2 avril 1778.

M. Merlin, v° *Engagement d'immeubles*. V. notre *Préface*.

(2) *Infrâ*, n° 526.

(3) D'Aguesseau, *loc. cit.*

(4) M. Merlin, *loc. cit.*, p. 632, col. 2.

(5) Tit. 3, art. 34.

réméré ne sont pas le même contrat. Mais ce n'est pas ce dont il s'agit. L'engagement se distingue de l'antichrèse par un caractère de réalité et d'affectation que n'a pas ce dernier contrat. Sous ce rapport, l'engagement se rapproche plus du réméré que du pacte antichrétique (1). Si on jette les yeux sur la plupart des engagements domaniaux et autres effectués en si grand nombre par les rois et les seigneurs, on verra que ces concessions convergent bien plus vers le réméré que vers l'antichrèse, et ce n'est que pour les dispenser des lods et ventes qu'on leur donnait le nom d'engagement. Mais, en réalité, les engagistes étaient plus voisins de la propriété que de l'antichrèse; bien que leur titre fût précaire, ils avaient, pendant tout le temps de leur jouissance, des droits presque égaux à ceux du maître.

Du reste, rien n'est plus fréquent dans notre ancien droit que les contrats d'engagement. Les seigneurs et les princes, pressés par des besoins d'argent, engageaient des terres moyennant une somme qu'on leur remettait, et ils stipulaient une faculté de rachat. La diplomatie du moyen âge et même des temps postérieurs offre par milliers les contrats de cette espèce. J'en ai trouvé particulièrement un nombre incalculable dans l'histoire des évêques de Metz, Toul et Verdun, et dans l'histoire des ducs de Lor-

(1) *Pactum antichreticum* est une locution employée par les interprètes.

raîne, à cause des nécessités d'argent auxquelles les soumettaient, malgré leurs grandes richesses, les ravages des guerres (1). Par la suite des temps, beaucoup de titres d'engagements s'étant perdus, les détenteurs passèrent, d'une situation précaire ou résoluble, à la situation de propriétaires incommutables. Souvent aussi les seigneurs, privés de ressources pécuniaires, négligèrent l'exercice de leur faculté de rachat et la laissèrent s'oublier. C'est pourquoi, dans les procès qui remuent ces vieilles questions et mettent en lumière ces vieux titres, il arrive si souvent de voir des concessions, qui très probablement ne furent dans l'origine que des titres d'engagements, se convertir plus tard en tenures de propriétaire. Ce n'est pas que le gage puisse jamais prescrire contre son titre (2). Mais n'oublions pas qu'ici le possesseur était très voisin de l'acheteur, qu'on le confondait, très souvent, avec lui, et qu'à la faveur de cette confusion, produite par l'ambiguïté des titres, il ne faisait que prescrire contre la faculté de rachat qui de soi a toujours été prescriptible (3). Sans doute, beaucoup d'auteurs avaient soutenu que lorsque la faculté de rachat avait été stipulée à toujours, elle n'était pas sujette à prescription (4). Mais

(1) C'est ce que j'ai montré dans la *Préface*.

(2) Mon comm. de la *Prescription*, t. 2, n° 481.

(3) Mon comm. de la *Vente*, t. 2, n° 708.

(4) *Loc. cit.*

on sait que leurs principes n'étaient pas partout adoptés. Ce n'est que dans les engagements du domaine public (engagements trop fréquents et trop immodérés) que le principe tutélaire de l'imprescriptibilité permettait d'opérer perpétuellement le retrait de la chose.

505. Il ne faut pas non plus voir le contrat d'antichrèse ou de mort-gage dans une tenure fort connue, dans la coutume de Metz et l'ancien territoire des trois évêchés, sous le nom de *gagière* (1). Voici ce que j'en ai dit dans des conclusions que j'ai été appelé à donner en qualité d'avocat général près la Cour de Nancy à l'occasion d'un procès très considérable entre le domaine de l'État, successeur de l'évêque de Metz, et les héritiers Lebègue. Il s'agissait précisément de déterminer les caractères de la gagière.

« Toutes les personnes qui se sont livrées à l'étude des lois intermédiaires savent quelle affection nos ancêtres avaient pour la conservation des biens immeubles dans les familles. Une foule de restrictions élevaient des obstacles à leur aliénation. Cependant la propriété a besoin d'une certaine mesure de mobilité; les intérêts privés se soulevaient contre ces gênes et cherchaient à les éluder; c'est à ces efforts qu'il faut attribuer l'origine des *gagières*, si célèbres dans l'évêché de Metz.

(1) Brillouin, v° *Gagière*.

» Pour l'intelligence du droit qui les gouvernait, il faut savoir que les biens vendus à réméré dans les coutumes de Metz, de l'Évêché et de la Lorraine, étaient considérés comme meubles tant que durait la faculté de rachat. Les biens ainsi aliénés échappaient donc aux prohibitions d'aliéner, puisque celles-ci ne frappaient que sur les immeubles. Il en était de même des contrats d'engagement et d'antichrèse, qui, d'après les mêmes principes, ne constituaient que des droits mobiliers.

» Partant de là, on s'avisait de cacher la qualité d'acquéreur sous celle d'engagiste, afin de pouvoir faire jouir les acquêts de la même liberté d'aliénation que les meubles. Cela se pratiquait dans l'origine au moyen de deux contrats et d'une personne interposée, au profit de laquelle on passait une vente simulée de l'immeuble; celle-ci mettait au même instant l'acquêt en gage entre les mains du véritable acquéreur.

» Cet expédient parut commode. Il devint si fréquent, qu'à la fin du treizième siècle il était déjà légitimé par l'usage et considéré comme une forme d'acquérir propriétairement, laquelle donnait la liberté de disposer de la chose comme d'un meuble.

» Ces sortes d'acquêts prirent le nom de gagères, nom qui en apparence désignait un engagement, mais qui dans la réalité ne signifiait plus qu'un *immeuble mobilier*, si nous pouvons nous servir de cette expression bizarre pour

dépeindre une combinaison plus bizarre encore.

» Ainsi, d'après le droit de l'Évêché, on distinguait deux sortes d'immeubles, le *tréfonds*, c'est-à-dire les immeubles véritablement immeubles, et les *gagères*, c'est-à-dire les immeubles assimilés aux meubles (1).

» Il suit de là que de ce que les détenteurs des immeubles en question (la grande foresterie) ont déclaré qu'ils les tenaient à titre de gagière de l'évêque de Metz, il ne s'ensuit pas qu'ils aient voulu dire qu'ils n'étaient pas des acquéreurs véritables et de vrais propriétaires. Quelle a donc été leur pensée? elle a été de déclarer qu'en achetant de l'évêque la grande foresterie, ils n'avaient pas voulu posséder cet immeuble comme tréfonds, qu'ils avaient voulu lui imprimer la qualité de meuble, et que, pour y parvenir, ils avaient donné à leur acquêt le titre de gagière, sans rien ôter à leur droit de pleine propriété. »

506. Revenons maintenant à la défense de l'antichrèse portée par le droit ancien. Comme cette défense était gênante, on avait cherché à l'éluider. Toutes les entraves à la liberté raisonnable de contracter provoquent la désobéissance. Nous

(1) V. Gabriel, *observat.* sur la coutume de Metz, t. 2, p. 237, 238.

V. art. 14, t. 3, de la cout. de la ville et cité de Metz, et t. 5, art. 2.

venons de le voir en parlant de l'histoire des gagères. On va s'en convaincre de nouveau ici. L'antichrèse, en effet, avait cet avantage de ne pas grever le débiteur par des cautions qui exigeaient des pots de vin, et de le mettre à l'abri des exécutions ruineuses, fort à la mode auprès des avides gens de justice des quinzième et seizième siècles (1). La pratique cherchait donc les moyens de se soustraire à une défense embarrassante. Elle imagina le contrat pignoratif, moyen compliqué de remplacer par un équipollent la combinaison simple de l'antichrèse.

507. Mais, avant de nous en expliquer, nous ferons remarquer que si quelquefois les auteurs anciens ont donné à la vente à réméré le nom de contrat pignoratif (2), ce n'est que dans un sens impropre. Lors même qu'à raison de certaines circonstances inclinant vers l'usure, la vente à réméré n'était qu'une antichrèse dissimulée, elle ne constituait pas le contrat pignoratif proprement dit; elle contenait sans doute, à cause de ces circonstances particulières, une impignoration; elle n'était réméré que de nom, et, au fond, elle cachait un engagement; mais elle n'était pas le vrai contrat pignoratif; elle n'était qu'un autre moyen de faire l'usure avec nantissement sous forme de vente.

(1) Louet, lettre P, somm. IX.

(2) Bacquet, *Droits de justice*, ch. 21, n° 234.

J'ajoute qu'il était fort difficile de distinguer le réméré licite du réméré cachant une antichrèse. Bacquet donnait des règles d'interprétation qui n'étaient rien moins que sûres. Il voulait qu'on s'attachât à rechercher si l'agissement avait commencé par la vente, ou s'il avait commencé par le prêt, le qualifiant de réméré dans le premier cas, et d'antichrèse dans le second. D'autres auteurs avaient imaginé d'autres expédients pour découvrir la vérité; mais ils n'étaient pas plus satisfaisants, et Pothier (1) décidait, avec Covarruvias, qu'il valait mieux s'en rapporter à la prudence du juge, ajoutant que celui-ci ne devait pas facilement supposer un prêt à intérêt accompagné d'antichrèse (2). En effet, dans l'usage, il était très rare de voir les tribunaux convertir le réméré en antichrèse. Lors même que le réméré aurait été, dans l'intention présumable des parties, un engagement, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (3), ce n'était pas une raison pour y voir une antichrèse, c'est-à-dire une usure prohibée. L'engagement des immeubles n'était pas prohibé en soi dans l'ancien droit; il n'y avait que l'engagement par antichrèse qui le fût, à

(1) *Vente*, n° 407.

V. aussi Fachin, *Controv.*, 11, 12.

(2) Duparc-Poullain, t. 3, p. 120, n° 123.

(3) N° 504.

cause du prêt à intérêt que ce contrat suppose nécessairement. Si l'engagement à réméré eût été proscrit, on aurait enlevé aux grands propriétaires de la féodalité et de l'ancien régime leur principal moyen de crédit.

508. Qu'était-ce donc que le contrat pignoratif, distinct du réméré et se confondant avec l'antichrèse? c'était une combinaison compliquée dont voici le mécanisme (1) :

Le créancier se gardait bien de reconnaître qu'il prenait un immeuble en nantissement avec pacte d'en recueillir les fruits en compensation des intérêts; mais il achetait un immeuble à vil prix avec faculté de rachat, et, mêlant le bail avec la vente, d'après les lois 37, D., *De acquir. possess.*, et 37, D., *De pignerat. actione* (2), il le donnait à bail au vendeur qui payait, à titre de fermage, une somme déterminée. Comme cette vente était fictive; comme le contrat de bail qui l'accompagnait n'était qu'un moyen de procurer au créancier l'intérêt de son argent; comme, enfin, la stipulation de faculté de rachat indiquait que le créancier avait voulu joindre aux combinaisons d'un prêt défendu une impignoration qui, en pareil cas, n'était pas plus permise qu'une

(1) Duparc-Poullain a décrit ce contrat avec détail, t. 3, p. 114, n° 117. Il était fort usité en Bretagne, et l'auteur l'appelle : *funeste contrat*.

(2) V. ci-dessus, n° 8, où je cite Caius, II, 60.

antichrèse, on donna à cet agissement le nom de contrat pignoratif (1). C'était même le vrai contrat pignoratif. Il était fort différent de la vente à réméré. Celle-ci emporte aliénation; au contraire, le contrat pignoratif ne contient pas une aliénation de la chose; la volonté des parties n'est pas de contracter une vente, mais un prêt; elle n'entend qu'engager la chose pour sûreté du prêt (2). Qu'était-ce donc que ce contrat pignoratif qui mettait en jeu des ressorts si compliqués? c'était une impignoration réalisant les conditions d'une véritable antichrèse. Il est vrai que l'antichrèse laisse au gagiste la perception des fruits de la chose et qu'ici c'était le débiteur qui recueillait les fruits et payait des intérêts. Mais il faut remarquer que le propriétaire ne gardait pas la possession de la chose *ut dominus*; il la gardait à titre précaire, pour le compte de l'engagiste, comme son locataire et son représentant. C'était véritablement l'engagiste qui jouissait de la chose par le bail qu'il en faisait.

509. Il y avait cependant quelques pays où le contrat pignoratif était permis. Il l'était dans les provinces de Maine, Anjou, Loudunois et Tou-

(1) Lecamus d'Houlouvre, *Traité des intérêts*, p. 348.
M. Merlin, *Répert.*, v° *Pignor. contr.*

(2) Ferrière sur Bacquet, *Droits de justice*, ch. 21, n° 234.

raine (1), à cause du tenement de cinq ans qui y avait lieu. Par l'effet du droit particulier à ces provinces, l'acquéreur d'un héritage grevé de rentes s'en déchargeait par une possession de cinq ans sans interruption. C'était un grave danger pour les créanciers de ces rentes; on n'osait pas placer ainsi son argent, à moins que le contrat pignoratif ne vint protéger les capitalistes contre une si dangereuse prescription; c'est pourquoi les créanciers, afin de se prémunir contre elle, se faisaient vendre la chose avec faculté de rachat et relocation au vendeur; ce qui leur assurait une possession civile à laquelle la possession précaire laissée au vendeur ne pouvait préjudicier.

Malgré les bonnes raisons qui légitimaient, dans les provinces dont il est question, le contrat pignoratif, il eut d'abord de la peine à trouver grâce auprès du parlement de Paris, si attentif à proscrire l'usure. Un arrêt de règlement du 29 juillet 1572 le défendit expressément. Mais, dans la suite et pendant la translation du parlement à Tours, sa jurisprudence, dit M. Mer-

(1) Delaurière, Dissert. sur le tenement de 5 ans, Loyseau, *Dégucp.*, liv. 1, ch. 7, nos 15 et 16. Ferrière sur Bacquet, *loc. cit.*
M. Merlin, Q. de droit, v° *Contrat pign.*, p. 629.
Louet et Brodeau, lettre P, somm. XI, n° 4.

lin, fut plus favorable au contrat pignoratif (1); on l'accepta comme engagement d'immeubles (2). Toutefois, en le recevant, la jurisprudence le purgea de tout pacte commissoire; le créancier était obligé de s'adresser à la justice pour faire vendre la chose et se payer de son dû (3).

510. C'est avec un tout autre caractère que le contrat pignoratif était aussi admis dans le Lyonnais. Là, le prêt à intérêt et l'antichrèse n'étaient pas défendus. Il n'y avait aucune raison pour dissimuler ces conventions permises. Si donc la vente avec faculté de rachat et relocation se rencontrait dans un contrat, on ne la tenait pas, de plein droit, pour un engagement; on la prenait en réalité pour ce qu'elle était en apparence. Elle emportait, non pas un simple engagement, mais une translation véritable de propriété (4). En effet, si l'on met à part l'usure et la fraude, rien ne défend à un acheteur de louer au vendeur la chose qu'il vient d'acquérir

(1) Q. de droit, v° *Contrat pignoratif*, p. 629, col. 2.

(2) Louet, lettre P, § 10 et 11, et Brodeau, n° 4. Lecamus d'Houlouvre, p. 354.

(3) *Id.*, M. Merlin, *loc. cit.*

(4) Denizart, v° *Antichrèse*.

Arrêt du 17 février 1674.

M. Merlin, *Quest. de droit*, v° *Contrat pignoratif*, p. 630.

Arrêt de cassation du 14 fructidor an VIII.

de lui. Une telle convention est permise comme toute autre (1). Elle n'est sujette à critique qu'autant qu'elle cache une usure prohibée ou des captations préjudiciables pour le vendeur. C'est donc à ce dernier à prouver le dol et la fraude dont il se prétend victime ; c'est à lui à prouver que la vente en question n'est qu'un vain simulacre ; tant qu'il ne le prouvera pas, on ne supposera pas la fraude, qui ne se suppose jamais. On la supposera d'autant moins que le prêt à intérêt est permis, et qu'il n'y a pas de raison pour s'en cacher ; on la supposera d'autant moins que l'antichrèse est autorisée, et qu'il n'y a pas de raison pour faire par des moyens détournés ce que l'on peut faire ouvertement.

511. Tel était l'état des choses quand est arrivé le Code civil. On voit le caractère de l'ancienne jurisprudence. Partout où le prêt à intérêt était défendu, l'antichrèse l'était aussi ; et, bien qu'on mit à sa place la simulation trompeuse d'un contrat pignoratif, les arrêts écartaient avec rigueur tout ce qui était de nature à favoriser la violation des lois canoniques. Au contraire, là où le prêt à intérêt était toléré, l'antichrèse l'était aussi, et, à moins de fraude prouvée, on ne mettait pas obstacle à la vente à réméré avec relocation.

512. L'antichrèse n'existait pas dans le projet du Code civil. Ce ne pouvait être qu'un oubli.

(1) *Suprà*, n° 8.

Car le prêt à intérêt ayant été autorisé depuis 1789(1), pour quelle raison l'antichrèse n'aurait-elle pas été permise ? La plupart des tribunaux la réclamèrent, et leur vœu fut accompli. Tout ce qui tend à faciliter les conventions, à multiplier et assurer les moyens de libération, est utile à la société, et sert tout à la fois les créanciers et les débiteurs (2). Sous ce rapport, l'antichrèse méritait de figurer dans le Code civil. Elle est aussi licite que le gage lui-même.

513. Notre article définit l'antichrèse un contrat qui fait acquérir au créancier la faculté de percevoir les fruits de l'immeuble, à la charge de les imputer annuellement sur les intérêts, s'il lui en est dû, et ensuite sur le capital de sa créance. Cette définition nous signale tout d'abord l'antichrèse comme ayant des effets bien moins énergiques que le gage. Le nantissement ne repose pas dans la chose même ; il n'a de prise que sur les fruits. Nous verrons bientôt les conséquences de cette situation.

Ce contrat suppose une mise en possession de la chose. Et comme cette mise en possession a pour but de procurer au créancier la jouissance des fruits (3), les Italiens l'ont appelé *contractus*

(1) Mon comm. du *Prêt*, n° 346.

(2) M. Gary.
Fenet, t. 15, p. 219.

(3) Loi du 22 frimaire an VII, art 13.

MM. Championnière et Rigaud, t. 4, n° 3119.

ad gaudendum (1), qualification qu'il mérite encore. Seulement, il faut s'entendre sur la nature de cette jouissance. Nous en préciserons plus bas les caractères (2). Quant à présent, nous ferons remarquer que la définition de l'art. 2085 nous montre l'antichrèse sous un jour un peu différent du droit romain. En droit romain, la fin caractéristique de l'antichrèse, c'était la compensation, jusqu'à due concurrence, des intérêts et des fruits (3). Toutes les fois que la créance ne produisait pas d'intérêts, et que l'immeuble engagé produisait des fruits qui étaient perçus par le créancier en extinction du capital, c'était un contrat de nantissement d'immeuble, qui n'avait pas de nom particulier, une sorte de *pignus*.

Aujourd'hui il en est autrement : l'antichrèse a pris de l'extension ; elle comprend non-seulement le cas où il y a compensation des intérêts avec les fruits, mais aussi le cas où les fruits éteignent le capital.

514. L'antichrèse doit être constatée par écrit. Cette précaution a été exigée tant à l'égard des tiers que du débiteur lui-même.

(1) Deluca, *De usuris*, disc. 9, n° 2.

(2) N° 524.

(3) *Suprà*, n° 497.

À l'égard des tiers (1), le créancier doit prouver sa situation par un écrit ayant date certaine.

À l'égard du débiteur ou de ses représentants, il est bon aussi, il est nécessaire que cette situation soit incontestable.

On a enseigné cependant que la preuve littérale est limitée aux rapports du créancier avec les tiers. Mais l'art. 2085 est général ; il n'a pas les restrictions de l'art. 2074 ; il gouverne par conséquent les relations des parties contractantes (2). Il faut qu'on sache si c'est à titre de bail ou à titre de nantissement, ou à tout autre titre précaire, que le créancier détient la chose (3). M. Berlier disait très bien : « Lors même que le fonds vaudrait moins de 150 fr., nul ne peut s'y entremettre, ou du moins s'y maintenir contre le vœu du propriétaire, en alléguant des conventions verbales, qui, en cette matière, pourraient devenir le prétexte de nombreux désordres (4). »

515. Du reste, si le débiteur avouait l'existence de l'antichrèse, je reconnais que le défaut d'écriture n'invaliderait pas le nantissement. Si l'écriture est exigée ici, ce n'est que pour la

(1) M. Duranton, t. 18, n° 558.

M. Zachariæ, t. 3, p. 175, § 437.

(2) *Secus* M. Duranton.

(3) M. Zachariæ, *loc. cit.*

(4) Fenet, t. 15, p. 211.

preuve, et non comme condition substantielle de la validité (1).

516. L'antichrèse est un contrat parfait par la chose (2). Il requiert la tradition. Il est intéressé de part et d'autre (3). Toutefois, il n'est pas parfaitement synallagmatique, et l'art. 1325 ne lui est pas applicable (4).

517. L'antichrèse peut être constituée par celui qui a droit aux fruits. Le mari, à qui les fruits de la dot appartiennent pendant le mariage, peut par conséquent donner à antichrèse le bien dotal de son épouse. Ce peut être quelquefois un acte de sage économie domestique, et il ne faut pas le défendre aux époux, déjà si gênés dans le régime dotal pour la libre gestion de leurs affaires (5).

Mais si plus tard il intervient une séparation, le droit du mari se trouvant résolu, l'antichrèse doit cesser pour l'avenir à partir de la séparation (6).

(1) M. Zachariæ, *loc. cit.*

(2) M. Duranton, t. 18, n° 559.
Suprà, n° 25.

(3) *Suprà*, n° 32.

(4) M. Duranton, n° 559.

(5) *Infra*, n° 523.

V. arrêt de Rouen du 23 janvier 1835.

(6) Caen, 11 juillet 1844 (Dal., 45, 2, 43).

518. L'usufruitier peut aussi engager par antichrèse son droit d'usufruit (1). Comme il peut l'hypothéquer, il peut l'engager par antichrèse.

519. Mais celui qui n'a que le pouvoir de faire des actes d'administration a-t-il capacité pour constituer une antichrèse? L'antichrèse engage l'avenir; elle contient une cession des fruits à recueillir pour un temps plus ou moins long. Elle est donc un acte de disposition. Sans doute, elle ne touche qu'aux fruits; mais elle les aliène d'avance pour un certain temps. Il y a vente, disposition, plutôt qu'acte d'administration.

Tel est le caractère ordinaire de l'antichrèse. Lors même que l'aliénation des fruits serait faite pour un temps qui ne serait pas très long, je ne pourrais pas la ranger parmi les actes d'administration. La vente des fruits n'est un acte d'administration qu'autant que l'aliénation porte sur des fruits recueillis ou prêts à être récoltés. Une aliénation de fruits à venir rentre dans la catégorie des actes de disposition. Si le bail fait exception à cette règle, c'est qu'il est une charge productive et un moyen de mettre la chose en valeur. Et encore, si le bail excédait neuf ans, il serait classé parmi les actes de disposition.

(1) M. Proudhon, *Usufruit*, 1, 85.

M. Zachariæ, t. 3, p. 175, § 437, note.

520. C'est pourquoi il a été décidé que la femme séparée de biens, qui, d'après l'art. 1449 du Code civil, peut disposer de son mobilier, ne peut cependant, sans l'autorisation de son mari, donner son bien à antichrèse (1). En effet, l'art. 1449 du Code civil doit être combiné avec l'art. 217 du même Code qui veut que la femme même séparée ne puisse donner, aliéner, hypothéquer, etc., etc., sans le consentement de son mari. Dès lors l'art. 1449 n'autorise les aliénations du mobilier qu'autant que ce sont des actes d'administration (2). Or, les délégations de fruits à venir sont un acte qui consomme ces fruits, et non un acte qui les administre (3).

Je le répète : lors même que l'obligation s'exécute sur le mobilier de l'épouse, une jurisprudence constante décide que le défaut d'autorisation la rend nulle si elle ne rentre pas étroitement dans la classe des actes d'administration (4). Ainsi, un bail qui excéderait neuf années serait nul s'il y avait défaut d'autorisation. Or, l'aliénation, à titre d'engagement, des fruits d'un im-

(1) Cassat., req., 21 novembre 1841 (Dal., 42, 1, 45).

(2) Montpellier, 10 juin 1830 (Dal., 31, 2, 135, 136).

(3) *Id.*

(4) Cass., 12 février 1828 (Dal., 28, 1, 127).

5 mai 1829 (Dal., 29, 1, 237).

7 décembre 1830 (Dal., 31, 1, 13).

3 janvier 1831 (Dal., 31, 1, 260).

meuble et de tout l'émolument que cet immeuble rapporte, cette aliénation doit certainement être regardée comme dépassant la capacité de la femme et comme étant autre chose qu'un acte d'administration.

Et cela serait surtout vrai si l'antichrèse était faite pour un temps indéterminé (1). Plus l'antichrèse est destinée à se prolonger, plus elle tend à se rapprocher des actes emportant aliénation (2).

521. Il en est de même si la femme avait donné à antichrèse un usufruit à elle appartenant (3).

522. Par réciprocité, quiconque a le droit de disposer, a le droit de donner à antichrèse (4). « Quod emptionem venditionemque recipit, » etiam pignorationem recipere potest (5). »

523. Il suit évidemment de là que lorsque le contrat de mariage contient la faculté d'aliéner le bien dotal, la femme qui, d'accord avec son mari, pourrait le vendre, peut, à plus forte raison, le donner à antichrèse. Toutefois, la Cour de cassation a jugé, par arrêt du 3 janvier 1837, portant cassation d'un arrêt de Rouen du 23

(1) Cass., req., 21 novembre 1841 (Dal., 42, 1, 45).

(2) MM. Championn. et Rigaud, t. 4, n^{os} 3126, 3127.

(3) *Id.*

(4) L. 8, C., *De pignorib. et hypoth.*

(5) Caius, l. 9, § 1, D., *De pignorib. et hypoth.*

janvier 1835, que l'antichrèse ne saurait être assimilée à la vente, et que, bien que la femme ait le droit de vendre son bien, elle ne peut l'engager (1). Cette jurisprudence étonne, et l'on n'en comprendrait pas les raisons, même après l'avoir approfondie, si l'on ne se rappelait que, dans le droit romain et sous l'empire du sénatusconsulte Velléien, on défendait à la femme d'engager ce qu'elle pouvait vendre. Or, c'est cette idée que la Cour de cassation a été exhumer du Digeste, pour l'appliquer à la femme française !! Mais cette distinction entre la vente et l'engagement est tombée avec le Velléien; elle n'est plus qu'un souvenir vieilli et abandonné, et l'on éprouve une véritable surprise en la voyant reproduite dans un système de législation qui a affranchi la femme de la tutelle du Velléien.

J'ajoute que, de son côté, la Cour royale de Rouen persiste dans sa jurisprudence, qui est la bonne.

Elle va même plus loin, et, dans une espèce où il ne paraît pas que le contrat de mariage réservât la faculté d'aliéner, elle a considéré que l'antichrèse du bien dotal, n'entraînant qu'un engagement des fruits, pouvait être, suivant les circonstances, un acte de sage économie (2). En cela, il n'y a rien d'exorbitant. En effet, l'antichrèse du bien dotal

(1) Dal., 37, 1, 107.

(2) 28 août 1837 (Dal., 39, 2, 270).

ne peut être faite pendant le mariage qu'avec le consentement du mari. Or, le mari, à qui les fruits appartiennent, constant le mariage, peut, ainsi que nous l'avons vu ci-dessus (1), donner le fonds dotal à antichrèse.

524. Quoique l'antichrèse soit un contrat réel (c'est-à-dire parfait par la chose), elle ne confère cependant pas de droit réel dans la chose (2); elle n'opère pas un démembrement de la propriété (3). Le gage ne repose que sur les fruits, et, comme le dit très bien Duparc-Poullain, l'antichrèse n'est qu'une espèce de délégation faite par le débiteur à son créancier (4). A la vérité, cette délégation diffère d'une délégation ordinaire en ce que le créancier doit recevoir la possession de la chose qui produit ces fruits, tandis que la simple délégation ne renferme pas cette condition. Dans l'antichrèse, il faut que le créancier se paie de ses propres mains par les fruits, soit de ses intérêts, soit de son capital (5). Mais, remarquons-le bien, cette possession est précaire,

(1) N° 517.

(2) Mon comm. du *Bail*, t. 1, n° 19.

Mon comm. des *Hypoth.*, t. 3, n° 778.

Infrà, n° 573. L. 41, § 1, D., *De pign. act.*

(3) M. Proudhon, *Usufruit*, t. 1, n° 85.

(4) T. 3, p. 121, n° 124.

(5) Hevin sur Frain, p. 310.

Suprà, n° 485.

et, si je puis parler ainsi, superficielle; elle n'affecte pas la chose comme la possession de l'usufruitier ou de l'emphytéote. Le fonds n'en est pas touché et pénétré. C'est elle seule, et non l'immeuble, qui est le siège du gage. *Possessionem retinet pignoris loco* (1). C'est en quoi elle diffère beaucoup du gage mobilier qui affecte la chose même et constitue en elle un droit réel. C'est en quoi encore elle diffère du *pignus* immobilier des Romains auquel le droit réel était attaché aussi bien qu'au *pignus* mobilier (2). Le créancier à qui un immeuble avait été donné en gage avait dans cet immeuble le *jus in re* (3). Au contraire, l'antichrésiste n'a pas de droit de suite; il n'a qu'une simple rétention attachée à sa possession et qui se perd avec elle; rétention qui n'aboutit qu'à une simple exception pour conserver la possession dont l'engagiste est nanti.

525. Sous ce rapport, l'antichrèse ne saurait être comparée au bail, ainsi que je l'ai établi ailleurs (4). On peut encore moins la comparer à l'usufruit qui crée un droit réel, et opère un

(1) Marcianus, l. 11, § 1, D., *De pign. et hypoth.*
Suprà, n° 486.

(2) *Suprà*, n° 496.

(3) Caius, l. 19, D., *De damno inferto*;
Et l. 30, D., *De noxalib. act.*

Ulpien, l. 17, D., *De pignoris*.

(4) Mon comm. du *Louage*, *loc. cit.*

MM. Championnière et Rigaud, t. 4, n° 3132.

démembrement de la chose tellement caractérisé, que ce démembrement est susceptible d'hypothèque et d'antichrèse (1).

526. L'antichrèse, ne donnant droit qu'aux fruits, ne procure au créancier qu'un droit mobilier (2); elle est réputée meuble (3). On ne peut pas dire que la créance de l'antichrésiste ait pour objet l'immeuble même donné en nantissement. Il n'a pas plus de droit dans cet immeuble que s'il était créancier chirographaire (4); il n'a droit qu'aux fruits; il n'a droit qu'à être mis à même de les percevoir. Son droit est dès lors mobilier: car il ne tend qu'à acquérir des meubles. La possession dont il est investi n'est qu'une possession précaire, qui n'est que le moyen d'arriver à la perception des fruits. C'est pourquoi l'antichrèse ne peut être donnée à hypothèque. Car il n'y a que les biens immobiliers qui en soient susceptibles (5).

On lit cependant dans un arrêt de la Cour de

(1) L. 11, § 2, D., *De pignoris et hypoth.*
M. Proudhon, t. 1, n° 85.

(2) Proudhon, *Usufruit*, n° 79.
V. conclusions de M. Delangle (*Dal.*, 42, 1, 45).

(3) Augeard, t. 1, p. 918, q. 293, cite les conclusions de M. Le Nain, avocat général, qui établissent ce point.

Brillon, v° *Antichrèse*, n° 1.
(4) Mon comm. des *Hypoth.*, t. 3, n° 778.
Infrà, n° 573.

(5) Art. 2118 C. civil.

cassation du 22 novembre 1841 que l'abandon à antichrèse, pour un temps indéterminé, de l'usufruit d'un immeuble peut être considéré comme une aliénation immobilière (1). Mais cet arrêt n'a de valeur qu'en ne le séparant pas des faits de la cause et de la question précise qui était à décider. D'un côté, il est fort possible que les parties simulent, sous couleur d'antichrèse, l'aliénation d'un usufruit. D'un autre côté, toute la question du procès était de savoir si un tel acte d'antichrèse indéterminée dépassait le pouvoir d'administration laissé à la femme, et si par conséquent un tel acte était plus qu'un acte d'administration.

527. Malgré ce que nous venons de dire du droit de l'antichrésiste, on doit cependant décider qu'il peut passer des baux de durée ordinaire, parce que c'est là un acte d'administration souvent nécessaire pour recueillir les fruits de la chose.

Mais doit-on lui appliquer ce que Paul décide du créancier ayant un vrai *pignus*, à savoir, qu'il a qualité pour procéder à un bornage avec le voisin (2)? J'en doute, à moins qu'on ne veuille dire qu'il est censé avoir mandat du propriétaire afin de faire cesser le plus tôt possible des contestations fâcheuses (3). Paul, en effet,

(1) Dal., 42, 1, 45.

(2) L. 4, § 9, D., *Finium regundor.* (lib. 23, *Ad edict.*).

(3) Favre, *Ration.*, sur cette loi.

nous dit ailleurs (1) : « *Quod creditor egit, pro co habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset.* » Toutefois, je le répète, l'antichrésiste n'ayant pas de droit réel pareil au gagiste, je doute qu'un bornage puisse se faire avec lui.

528. Bien que l'antichrèse soit un contrat licite, il arrive très souvent aujourd'hui, comme autrefois, que les parties cherchent à l'envelopper sous les formes d'un contrat d'aliénation, et cela pour donner à l'antichrèse une affectation réelle dont elle manque, ou bien pour lier le débiteur par des liens plus étroits.

C'est pourquoi nous voyons dans les recueils d'arrêts de fréquents exemples d'antichrèses dissimulées sous le voile de ventes à réméré avec relocation au vendeur.

Une femme Bobée vend, le 22 octobre 1828, à un sieur Dufau, différents immeubles à elle appartenants, pour le prix de 9,000 fr., sous réserve d'un réméré pendant trois ans, et, par le même acte, Dufau laisse ces immeubles en bail à la femme Bobée pour le prix de 450 fr.

Jugé que ce n'était là qu'un réméré apparent, que la femme Bobée n'avait voulu faire qu'un emprunt et donner un nantissement (2).

(1) L. 29, D., *Familia erciscenda.*

Junge l. 1, § ult., *De operis novi nunciati.*

Infrà, n° 573.

(2) Cassat., 31 janvier 1837 (Dal., 37, 1, 106).

Autre décision semblable dans un cas analogue, émanée de la Cour royale de Bastia (1).

Voici une nouvelle espèce qui m'est passée sous les yeux dans une affaire dont j'étais le rapporteur :

S. Brunet, créancier de Rivière et Vinet pour sommes considérables et longtemps attendues, craignant de n'être pas payé, se fit passer vente d'un domaine appelé *la Réserve*, moyennant quittance de ce qui lui était dû. Par une contre-lettre, il fut convenu que Rivière et Vinet continueraient à habiter les lieux ; qu'ils gèreraient l'immeuble et l'administreraient dans l'intérêt des acheteurs pendant six ans ; S. Brunet s'obligeait à ne distraire de l'habitation pendant ce laps de temps ni les esclaves ni les machines propres à confectionner le sucre. On convint que, pendant ces six ans, les revenus de la Réserve seraient employés au paiement de ce que devaient Rivière et Vinet, capital et intérêts, distraction faite des frais nécessaires aux besoins de l'exploitation. Enfin, il fut stipulé que si, au bout des six ans, le capital et les intérêts étaient amortis au moyen des revenus, l'habitation, les esclaves et le mobilier seraient revendus à Rivière et Vinet.

Il était difficile de ne pas voir là-dedans une antichrèse, et c'est ce que fit la Cour de Bourbon par arrêt du 7 mars 1846.

(1) 9 mai 1838 (Dal., 38, 2, 113).

529. Mais notons-le bien :

Si les ventes à réméré dont on vient de voir les conditions doivent être dépouillées de leur caractère apparent d'aliénation pour être ramenées à de simples engagements, elles doivent conserver, comme engagements, toute l'efficacité inhérente à l'antichrèse. Antichrèses dans la vérité des choses, il faut qu'elles restent telles dans leurs effets.

Il n'en serait autrement qu'autant qu'elles seraient le produit de la fraude et du dol. Mais, sans la circonstance de fraude, une cour royale ne serait pas fondée à annuler un contrat pignoratif par cela seul qu'il est contrat pignoratif. Ce contrat n'était réprouvé jadis que parce qu'il renfermait une antichrèse déguisée. Maintenant que l'antichrèse est permise, il en a la valeur, et, nous le répétons, il faudrait une véritable fraude pour le faire tomber.

530. Du reste, pour que la vente ait des rapports avec le nantissement, il faut qu'elle soit combinée de manière à procurer au créancier la possession actuelle de la chose ; car si elle était soumise à une condition suspensive pendant la suspension de laquelle la possession serait restée au vendeur, il n'y aurait pas impignoration, et le caractère de vente conditionnelle devrait l'emporter (1).

(1) Cassat., 1^{er} juillet 1844 (Dal., 44, 1, 344).

531. C'est sous le bénéfice de cette observation que nous dirons, avec la jurisprudence de la Cour de cassation :

Que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier la commune intention des parties, et décider, d'après les circonstances, si l'acte est une vente ou un contrat d'impignoration (1). Oui sans doute ! ce pouvoir discrétionnaire existe ; mais il n'existe qu'à la condition que les tribunaux ne méconnaîtront pas les faits qui écartent nécessairement et invinciblement l'idée d'impignoration.

532. Quoique l'antichrèse ne doit pas être confondue avec la vente et les autres titres translatifs de propriété (2), on doit reconnaître cependant qu'elle est mêlée d'une dation en paiement qui s'effectue par le moyen des fruits (3). Or, la dation en paiement est assimilée à la vente. Ceci ne lui enlève pas son caractère dominant de sûreté procurée au créancier. Au contraire, c'est afin que cette sûreté ait

(1) Cassat., req., 19 août 1840 (Dal., 40, 1, 336).

(2) Deluca, *De usuris*, disc. 9, n° 2.

(3) Hevin sur Frain, p. 312, l'appelle cession *in solutum*.

Journal du palais de Toulouse, arrêt du 17 août 1701, q. 178.

Deluca, *loc. cit.*

Infrà, n° 583.

quelque chose de plus réel que le créancier reçoit la possession de la chose pour se payer par ses propres mains.

533. La perception des fruits de l'immeuble peut s'opérer au profit du créancier par tous les moyens de mise en valeur qui sont approuvés par une sage administration. Il peut les recueillir lui-même en cultivant les terres ; il peut les recueillir par le colonat partiaire ; il peut les recueillir par des baux (1) ; il peut habiter lui-même la maison donnée à antichrèse (2) ; la possession lui appartient pour la perception des fruits. Il est maître de la régler de la manière la plus convenable à ses intérêts, pourvu qu'il se conduise en bon père de famille. Le propriétaire, quoique restant maître de la chose, s'est dépouillé en sa faveur ; il a constitué l'engagiste son procureur et son représentant (3). Seulement, l'engagiste est un *procurator in rem suam* (4). Il use de son droit, et fait son affaire par cette perception. Il a une sorte de droit dominical (5).

(1) L. 25. D., *De pign. et hypoth.*

(2) Cujas, III, *observat.* 29.

Suprà, n° 487.

L. 11, § 1, D., *De pign. et hypoth.*

(3) *Infrà*, n° 583.

(4) Arg. de la loi 42, D., *De pign. act.* : « *Suum creditor negotium gerat.* »

(5) Deluca, *De usuris*, disc. 9, n° 6.

534. Il n'est pas toujours nécessaire que l'engagiste rende compte des fruits.

S'il est convenu que les fruits se compenseront avec les intérêts, le compte est inutile. Il ne devient nécessaire que lorsque les revenus de la chose sont supérieurs aux intérêts dus, et que l'excédant s'impute sur le capital.

535. Lorsque rien n'a été stipulé sur la compensation des intérêts et des fruits, il y a des règles faciles à pressentir si l'on se reporte à la nature du contrat et aux principes généraux.

Il est évident, par exemple, que le but du contrat étant d'assurer par les fruits de la chose le paiement des intérêts, les fruits se compenseront avec les intérêts, nonobstant le silence gardé à cet égard par les parties. La nature du contrat parle pour elles; la définition de l'antichrèse contenue dans notre article n'a pas besoin d'être reproduite dans l'acte par une déclaration des contractants (1).

536. Il y a une autre chose qui est évidente: c'est que si les fruits sont supérieurs aux intérêts, la compensation se fera jusqu'à due concurrence, et le surplus sera imputé sur le capital (2). Tel est le vœu de l'art. 2085. Les parties sont censées, jusqu'à preuve contraire, avoir

(1) M. Proudhon, t. 1, n° 74.

(2) *Id.*, n° 75.

voulu s'y conformer. Pour s'écarter de cette présomption, il faudrait un pacte portant que les fruits se compenseront totalement avec les intérêts (1).

537. Point de difficulté non plus si la créance ne produit pas d'intérêts: il n'y a pas besoin de pacte pour que les fruits viennent en déduction du capital.

538. M. Proudhon pense cependant que, dans le cas où la créance non productive d'intérêts serait échue au moment de la constitution de l'antichrèse, le fait seul de cette constitution devrait faire présumer que les parties ont voulu que la créance devînt à l'avenir productive d'intérêts moratoires; autrement, dit M. Proudhon, le créancier ferait un mauvais marché; il consentirait à reculer son remboursement et à le recevoir par fractions (2).

Nous n'adoptons pas cette manière de voir. L'art. 2085 du Code civil ne s'y prête pas; elle est repoussée par les principes généraux sur le prêt à intérêt et sur la production des intérêts moratoires (3).

(1) Art. 2089 C. civil.

(2) N° 77.

(3) *Junge* M. Zachariæ, t. 3, p. 474, note.

ARTICLE 2086.

Le créancier est tenu, s'il n'en est autrement convenu, de payer les contributions et les charges annuelles de l'immeuble qu'il tient en antichrèse.

Il doit également, sous peine de dommages et intérêts, pourvoir à l'entretien et aux réparations utiles et nécessaires de l'immeuble, sauf à prélever sur les fruits toutes les dépenses relatives à ces divers objets.

SOMMAIRE.

539. Des charges de l'antichrèse.
 540. Des réparations ; des dépenses nécessaires et utiles.
 544. De la négligence de l'antichrésiste et du degré de faute dont il est tenu.
 542. *Quid* s'il a laissé perdre des servitudes ?
 543. L'antichrésiste ne doit pas faire sur la chose des dépenses d'amélioration excessives.
 544. Suite.

COMMENTAIRE.

539. Nous allons nous occuper des obligations et des charges de l'antichrésiste.

Il y a des dépenses qui sont une charge des fruits : tels sont les impôts et les charges annuelles. L'antichrésiste, à qui les fruits sont abandonnés, doit les acquitter. Mais ce n'est pas à ses dépens que cet acquittement s'effectue ; c'est

avec les fruits eux-mêmes : *Fructus intelligendi non sunt, nisi impensis deductis*. L'antichrésiste ne doit rien perdre. Il faut qu'il soit intégralement payé de ce qui lui est dû (1). Si donc il arrive, par suite du prélèvement nécessaire pour payer les impôts et les charges annuelles, que les fruits d'une année malheureuse soient insuffisants pour acquitter les intérêts, on fait un compte qui se reporte à l'année suivante ; le créancier retrouve toujours son droit. Quand même les ravages de la nature, changeant les conditions primitives du contrat, rendraient désormais impossible l'entier acquittement de la dette par les fruits frappés de la force majeure et du poids des impôts, le créancier aurait, à défaut de ce moyen de paiement, l'action pignoratice contraire pour rester indemne (2).

540. C'est aux mêmes conditions que l'engagiste est chargé de faire faire les réparations nécessaires et utiles. Il les prend sur les fruits, et si les fruits ne peuvent le payer, il a l'action pignoratice contraire (3). Nous avons enseigné ci-dessus les principes qui gouvernent cette matière (4).

(1) Proudhon, t. 1, n° 78.

(2) Pomponius, l. 8, D., *De pignorat. act.*

L. 6, C., *De pignorib. et hypoth.*

Suprà, n° 30.

(3) Pomponius, *loc. cit.*

(4) N° 434.

541. Si l'engagiste néglige de faire ces réparations, et si par son incurie il cause un dommage à la chose, il est responsable, d'après notre article, suivant les règles d'imputabilité que nous avons exposées ci-dessus (1).

542. Il est également responsable s'il n'a pas conservé les droits de l'héritage donné en gage; si, par exemple, il a laissé perdre des servitudes actives, faute d'en user. « *Etsi prædium fuit pignorum, de jure ejus repromittendum est ne forte servitudes, cessante uti creditore, amissæ sint* (2). » Peu importe que le créancier ne se soit pas enrichi par-là; le débiteur, propriétaire de la chose, qui a été obligé de s'en rapporter à lui pour la gérer et l'administrer, n'en a pas moins été appauvri par une négligence répréhensible, et il a droit à être dédommagé.

Remarquons toutefois, avec Azon, Accurse et le président Favre, que notre décision n'est applicable que lorsque le créancier a connu l'existence de la servitude. La négligence, ici, suppose la science et exclut l'ignorance. Ce serait au débiteur à s'imputer d'avoir laissé ignorer au créancier un droit qu'il avait juste raison de ne pas connaître.

(1) Nos 426 et suiv.

Ulp., l. 13, § 1, D., *De pignorat. act.*
Paul, l. 14, D., même titre.

(2) Ulp., l. 15, D., *De pignorat. act.*

543. Mais, de ce que l'engagiste est tenu de faire à la chose les dépenses utiles et nécessaires, il ne s'ensuit pas qu'il puisse y opérer des améliorations qui changeraient l'état des choses et imposeraient au propriétaire les charges d'un remboursement au-dessus de ses facultés (1). L'engagiste n'agit pas de bonne foi quand il dépasse une certaine mesure que l'équité n'a pas de peine à trouver. Il fait tort au propriétaire en rendant plus difficile le retrait de sa chose (2). C'est donc le cas de dire avec le jurisconsulte romain : « *Mediè à judice hæc erunt dispicienda, ut neque delicatus debitor, neque onerosus creditor audiatur* (3). »

Par exemple, une étendue considérable de terre a été donnée à antichrèse par un homme qui a des facultés bornées et qui manque des facultés nécessaires pour la mettre en culture. L'engagiste y fait de grandes dépenses, la rend productive et lui donne une valeur considérable. Serait-il juste que ce créancier mit par son fait le débiteur dans la nécessité d'aller emprunter à d'autres créanciers pour payer ces améliorations? serait-il équitable qu'il le privât du droit de reti-

(1) *Suprà*, n° 435.

(2) *Suprà*, n° 436.

(3) Ulp., l. 23, D., *De pign. act.*
Suprà, n° 435.

rer sa chose? Il est évident que le créancier a trop fait, et que le débiteur n'en doit pas souffrir.

544. Ces idées ont été appliquées dans l'espèce suivante :

Fould avait reçu en antichrèse, des frères Capon, leur fonderie de Vaucluse; il céda cette fonderie à une compagnie appelée la compagnie de Vaucluse. Celle-ci, sans le consentement du propriétaire, changea le mode d'exploitation, fit de nouvelles constructions et employa de nouvelles machines. Le bail à antichrèse expiré, la compagnie prétendit qu'elle devait être remboursée de ses améliorations, sinon qu'elle avait le droit de les enlever (art. 555 du Code civil).

Mais n'avait-elle pas dénaturé la propriété? n'avait-elle pas porté préjudice à autrui, en imposant au propriétaire des charges exorbitantes? L'article 555 était-il applicable à quelqu'un qui n'était pas un tiers? Non! et il fut jugé, par arrêt de la Cour royale de Paris du 9 décembre 1836, que la compagnie n'avait droit qu'à la plus-value et non au remboursement des impenses (1). C'est là le *mediè à judice dispicienda*, recommandé par le sage Ulpien.

(1) Dal., 37, 2, 218.

ARTICLE 2087.

Le débiteur ne peut, avant l'entier acquittement de la dette, réclamer la jouissance de l'immeuble qu'il a remis en antichrèse.

Mais le créancier qui veut se décharger des obligations exprimées en l'article précédent peut toujours, à moins qu'il n'ait renoncé à ce droit, contraindre le débiteur à reprendre la jouissance de son immeuble.

SOMMAIRE.

545. L'antichrèse n'est pas parfaitement synallagmatique. Le débiteur est engagé plus étroitement que le créancier. Le créancier peut abandonner la chose et renoncer au bénéfice du contrat.
546. Mais le débiteur n'a droit à reprendre la chose que lorsqu'il a entièrement acquitté la dette.
547. L'antichrèse est indivisible.
548. Suite.
549. L'art. 2082 du Code civil est-il applicable en matière d'antichrèse?
550. Suite.
551. La détention de la chose par l'antichrésiste conserve la créance. Il n'y a pas de prescription à lui opposer.
552. L'action du débiteur pour retirer la chose est imprescriptible tant que le créancier la possède.
553. Suite.

rer sa chose? Il est évident que le créancier a trop fait, et que le débiteur n'en doit pas souffrir.

544. Ces idées ont été appliquées dans l'espèce suivante :

Fould avait reçu en antichrèse, des frères Capon, leur fonderie de Vaucluse; il céda cette fonderie à une compagnie appelée la compagnie de Vaucluse. Celle-ci, sans le consentement du propriétaire, changea le mode d'exploitation, fit de nouvelles constructions et employa de nouvelles machines. Le bail à antichrèse expiré, la compagnie prétendit qu'elle devait être remboursée de ses améliorations, sinon qu'elle avait le droit de les enlever (art. 555 du Code civil).

Mais n'avait-elle pas dénaturé la propriété? n'avait-elle pas porté préjudice à autrui, en imposant au propriétaire des charges exorbitantes? L'article 555 était-il applicable à quelqu'un qui n'était pas un tiers? Non! et il fut jugé, par arrêt de la Cour royale de Paris du 9 décembre 1836, que la compagnie n'avait droit qu'à la plus-value et non au remboursement des impenses (1). C'est là le *mediè à judice dispicienda*, recommandé par le sage Ulpien.

(1) Dal., 37, 2, 218.

ARTICLE 2087.

Le débiteur ne peut, avant l'entier acquittement de la dette, réclamer la jouissance de l'immeuble qu'il a remis en antichrèse.

Mais le créancier qui veut se décharger des obligations exprimées en l'article précédent peut toujours, à moins qu'il n'ait renoncé à ce droit, contraindre le débiteur à reprendre la jouissance de son immeuble.

SOMMAIRE.

545. L'antichrèse n'est pas parfaitement synallagmatique. Le débiteur est engagé plus étroitement que le créancier. Le créancier peut abandonner la chose et renoncer au bénéfice du contrat.
546. Mais le débiteur n'a droit à reprendre la chose que lorsqu'il a entièrement acquitté la dette.
547. L'antichrèse est indivisible.
548. Suite.
549. L'art. 2082 du Code civil est-il applicable en matière d'antichrèse?
550. Suite.
551. La détention de la chose par l'antichrésiste conserve la créance. Il n'y a pas de prescription à lui opposer.
552. L'action du débiteur pour retirer la chose est imprescriptible tant que le créancier la possède.
553. Suite.

554. De la renonciation du créancier au contrat d'antichrèse.

555. Il peut renoncer à son droit de renonciation.

556. Suite.

557. Suite.

COMMENTAIRE.

545. Le contrat de nantissement, dont l'antichrèse est l'une des applications, n'est qu'imparfaitement synallagmatique (1). Il lie le débiteur d'une manière plus étroite que le créancier. Le premier ne peut dégager sa chose que par le paiement. Le second peut, au contraire, renoncer par sa seule volonté à un contrat qui a principalement en vue la protection de son intérêt. Telle est la pensée qu'exprime notre article. Il s'agit maintenant de la développer.

546. L'immeuble remis à antichrèse ne peut revenir au débiteur que lorsque celui-ci a entièrement acquitté la dette; sinon, le créancier le retient pour sa sûreté, et le débiteur ne saurait exercer contre lui l'action pignoratice à fin de restitution.

547. Tout doit être acquitté par le débiteur s'il veut faire cesser le droit de rétention du créancier; il doit avoir payé par le solde du compte, non-seulement le capital entier, mais encore les intérêts et les frais; car l'antichrèse

(1) *Suprà*, n^o 26, 31.

sert de nantissement à toutes les parties de la créance, soit qu'elles soient principales, soit qu'elles soient accessoires (1).

548. Lors même qu'il ne resterait à payer qu'une faible partie de la dette, le créancier resterait saisi pour le tout. Ici reviennent les principes déjà connus sur l'indivisibilité du gage (2).

549. Mais appliquera-t-on ici l'art. 2082 du Code civil (3)? En d'autres termes, si le débiteur a contracté depuis la constitution de l'antichrèse une nouvelle dette, devenue exigible en même temps que l'autre, le créancier sera-t-il fondé à retenir la jouissance de la chose jusqu'à l'acquittement de cette nouvelle dette, quand bien même aucune convention ne serait intervenue pour affecter la jouissance de la chose à ce second chef de créance?

D'après la loi romaine, l'affirmative ne faisait aucun doute (4), et je ne pense pas qu'elle en doive faire en droit français. Il y a ici la même raison de décider que lorsqu'on est dans le cas d'un gage mobilier. Même exception de dol contre le débiteur, même présomption que, si le créancier n'a pas exigé un gage précis, c'est

(1) *Suprà*, n^o 469.

(2) *Suprà*, nos 469 et 480.

(3) *Suprà*, n^o 462.

(4) L. unic., C., *Etiam ob chirogr. pecun.*

qu'il a été sous-entendu que celui dont il était nanti pourvoirait à l'acquittement de la dette (1).

550. Mais il est bien entendu que ce n'est qu'entre les parties contractantes que ceci doit avoir lieu.

551. S'il s'était écoulé un très long temps pendant lequel le créancier n'aurait pas exigé le paiement de son capital, le débiteur n'aurait aucune raison plausible de lui opposer la prescription et de se prétendre libéré par ce moyen de droit. La détention de l'immeuble par le créancier antichrésiste proteste toujours en sa faveur contre l'abandon de son droit (2).

De Challan avait constitué en 1613 à sa sœur une dot de 3,100 écus d'or d'Italie, payable dans deux ans; faute de paiement à l'échéance, il avait affecté, à titre d'antichrèse, les cens, rentes, tributs et autres devoirs féodaux à lui dus dans la juridiction d'Ussel et de Pontey.

La demoiselle de Challan, épouse de Villette, avait joui pendant très longtemps de ces prestations féodales en place de sa dot. Ses successeurs

(1) *Junge* M. Duranton, t. 18, n° 563.

(2) Mon comm. de la *Prescript.*, t. 2, n° 534, et n°s 618 et 628.

V. *suprà*, n° 474.

M. Merlin, *Prescript.*, sect. 1, § 7, q. 18.

M. Zachariae, t. 3, p. 175, note.

M. Duranton, t. 18, n° 553.

en avaient joui aussi jusqu'après la révolution. Lorsque la France se fut emparée du Piémont, la suppression des droits féodaux priva les représentants des époux Villette de leur nantissement. Ils actionnèrent en conséquence les représentants de de Challan en paiement des 3,100 écus d'or. Ceux-ci opposèrent la prescription, et ce moyen fut accueilli par un arrêt de la Cour impériale de Turin du 9 juin 1810. Mais cette décision ne put échapper à la cassation. Elle fut cassée en effet par arrêt du 27 mai 1812, fondé sur la loi 7, § 5, C., *De prescript. 30 vel 40 annor.*, et 8, § 4, du même titre. La prescription d'une dette est en effet interrompue pendant tout le temps que le débiteur laisse jouir son créancier, à titre d'antichrèse, de l'immeuble engagé. En le laissant nanti de l'antichrèse, il reconnaît nécessairement la dette et fournit un moyen d'interruption contre lui-même.

552. Mais, réciproquement, l'action du débiteur pour retirer la chose est imprescriptible tant que le créancier possède la chose à titre d'antichrésiste (1). Nous renvoyons à ce que nous avons dit ci-dessus sur cette règle et sur les exceptions dont elle est susceptible (2).

553. Nous ajouterons seulement que si la

(1) *Suprà*, n° 476 et suiv.

(2) N°s 477, 478, 479.

Despeisses, t. 1, 262, n° 7.

cause de la possession de l'engagiste venait à être intervertie dans le cas de l'art. 2238 du Code civil, il pourrait prescrire contre l'action en restitution de l'antichrèse (1).

554. Arrivons maintenant à la deuxième partie de notre article, et, après avoir vu le débiteur attaché au contrat par un lien étroit et obligé d'en purger les conditions pour avoir sa chose, voyons le créancier pouvant abandonner la chose pour se débarrasser des obligations onéreuses qu'il trouve dans l'antichrèse. « Il est certain, disait M. Gary, qu'à moins de stipulation contraire, on ne peut être tenu d'exécuter une convention qu'on n'a formée que pour sa sûreté et son avantage. » Si donc le créancier trouve que l'obligation de pourvoir aux frais, aux impôts, aux réparations, est onéreuse pour lui et ne lui laisse, au lieu des avantages qu'il se promettait, que le fardeau d'une administration incommode, il pourra s'en décharger en remettant la jouissance de l'immeuble à son débiteur (2). Le nantissement est une convention accessoire à laquelle le créancier est maître de renoncer, et par-là il ne renonce pas à sa créan-

(1) Mon comm. de la *Prescript.*, t. 2, nos 504 et suiv.
Arrêt de la Cour de cassat. (ch. civ.), 24 août 1842
(Deville, 42, 1, 862).

(2) Mon comm. de la *Prescription*, t. 2, n° 479.

ce principale (1). Une renonciation ne s'étend pas au delà de ses limites.

Je suppose que le contrat porte que les intérêts se compenseront avec les fruits, et que les fruits frappés de stérilité pendant un grand nombre d'années soient insuffisants pour supporter les charges de la propriété, le créancier pourra remettre la chose au débiteur et faire valoir sa créance contre lui. Il en est de même dans tous les cas où la jouissance des biens donnés à antichrèse est pour le créancier une cause de souci, d'inquiétudes, de tracasseries. La jurisprudence en offre de fréquents exemples (2).

555. Il n'y a qu'un cas où il ne le pourrait pas : ce serait celui où il aurait renoncé à cette faculté.

Ainsi, par exemple, il peut être convenu que le créancier sera tenu de garder l'immeuble jusqu'à ce qu'il ait recueilli une quantité suffisante de fruits pour acquitter sa créance en totalité.

Il peut être également convenu que, même dans le cas où les dépenses viendraient à excéder les fruits, le créancier serait tenu de garder l'immeuble, soit en prenant l'excédant pour son

(1) L. 3, D., *De pactis*.

(2) Deluca, *De usuris*, disc. 9, nos 1, 9, 10, 11.
M. Duranton, t. 18, n° 564.

compte en pure perte, soit à la charge de se rembourser de cet excédant sur les années suivantes (1).

556. Du reste, cette renonciation ne pourrait pas résulter du long laps de temps.

557. Elle ne saurait résulter non plus du fait seul de la convention autorisée par l'art. 2087 du Code civil (2). Cette convention n'est pas suffisante à elle seule pour faire supposer que le créancier a voulu se priver du droit commun (3).

ARTICLE 2088.

Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu ; toute clause contraire est nulle : dans ce cas, il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales.

SOMMAIRE.

558. Le créancier ne devient pas propriétaire de la chose par la longue possession d'antichrésiste. Il ne prescrit pas contre son titre.

559. Des conventions intervenues pour rendre le créancier propriétaire de la chose. Du pacte commissaire.

(1) M. Delvincourt, t. 3, p. 416, note (3).

(2) *Contrà*, M. Zachariæ, t. 3, p. 178, note (3).

(3) M. Duranton, t. 18, n° 564.

560. Il y a des conventions qu'il ne faut pas confondre avec le pacte commissaire. Exemple.

561. Suite ;

562. Et renvoi.

563. Du pacte de *voie parée*, et du nouvel art. 742 du Code de procédure civile.

Critique de cette innovation législative.

564. Suite.

COMMENTAIRE.

558. Nous avons dit ailleurs que la plus longue possession n'a aucune vertu pour faire considérer l'antichrésiste comme propriétaire de la chose. Bien souvent cependant, à la suite de possessions prolongées, les engagistes, oubliant l'origine de leur tenure, ont fini par se persuader que cette chose, dont la jouissance s'était perpétuée dans leurs mains, leur appartenait ; mais on les a toujours ramenés à leurs titres. Un titre précaire ne peut être interverti.

559. Ce que la prescription ne saurait faire, la convention peut-elle l'opérer (1) ?

Elle le peut, sans doute, lorsque, les échéances étant arrivées et le créancier n'étant pas satisfait, la vente forcée et publique de la chose menace le débiteur de dépossession. Dans ce cas, rien n'empêche le débiteur de vendre

(1) *Suprà*, nos 378 et suiv., ce que nous disons du pacte commissaire.

compte en pure perte, soit à la charge de se rembourser de cet excédant sur les années suivantes (1).

556. Du reste, cette renonciation ne pourrait pas résulter du long laps de temps.

557. Elle ne saurait résulter non plus du fait seul de la convention autorisée par l'art. 2087 du Code civil (2). Cette convention n'est pas suffisante à elle seule pour faire supposer que le créancier a voulu se priver du droit commun (3).

ARTICLE 2088.

Le créancier ne devient point propriétaire de l'immeuble par le seul défaut de paiement au terme convenu ; toute clause contraire est nulle : dans ce cas, il peut poursuivre l'expropriation de son débiteur par les voies légales.

SOMMAIRE.

558. Le créancier ne devient pas propriétaire de la chose par la longue possession d'antichrésiste. Il ne prescrit pas contre son titre.

559. Des conventions intervenues pour rendre le créancier propriétaire de la chose. Du pacte commissaire.

(1) M. Delvincourt, t. 3, p. 416, note (3).

(2) *Contrà*, M. Zachariæ, t. 3, p. 178, note (3).

(3) M. Duranton, t. 18, n° 564.

560. Il y a des conventions qu'il ne faut pas confondre avec le pacte commissaire. Exemple.

561. Suite ;

562. Et renvoi.

563. Du pacte de *voie parée*, et du nouvel art. 742 du Code de procédure civile.

Critique de cette innovation législative.

564. Suite.

COMMENTAIRE.

558. Nous avons dit ailleurs que la plus longue possession n'a aucune vertu pour faire considérer l'antichrésiste comme propriétaire de la chose. Bien souvent cependant, à la suite de possessions prolongées, les engagistes, oubliant l'origine de leur tenure, ont fini par se persuader que cette chose, dont la jouissance s'était perpétuée dans leurs mains, leur appartenait ; mais on les a toujours ramenés à leurs titres. Un titre précaire ne peut être interverti.

559. Ce que la prescription ne saurait faire, la convention peut-elle l'opérer (1) ?

Elle le peut, sans doute, lorsque, les échéances étant arrivées et le créancier n'étant pas satisfait, la vente forcée et publique de la chose menace le débiteur de dépossession. Dans ce cas, rien n'empêche le débiteur de vendre

(1) *Suprà*, nos 378 et suiv., ce que nous disons du pacte commissaire.

amiablement sa chose au créancier *certo pretio*, de même qu'il pourrait la vendre à toute autre personne (1).

Mais consentir d'avance que la chose restera au créancier pour la somme prêtée, se soumettre à cette convention à une époque où le débiteur manque de la liberté nécessaire pour traiter avec connaissance de cause, c'est là le célèbre pacte commissaire dont nous nous sommes occupés ailleurs (2), et qui n'est pas moins dangereux dans les engagements d'immeubles que dans les nantissements mobiliers (3). Notre article le proscriit dans les conventions d'antichrèse. Il veut que le créancier n'acquière par l'antichrèse d'autre droit que de faire procéder à la vente publique de la chose par saisie réelle. L'antichrèse ne doit pas se convertir d'elle-même en vente.

560. On ne verra cependant pas un pacte commissaire dans la clause qui porterait que, faute par le débiteur de payer à l'échéance, la chose restera au créancier moyennant une estimation qui sera faite alors (4). Ceci est une promesse de vente conditionnelle, qui se réalise et arrive à

(1) *Suprà*, n° 387.

(2) *Suprà*, n° 378.

(3) Voët, *De pignorib. et hypoth.*, XX, 1, 25.

(4) *Suprà*, n° 388.

l'état de vente consommée, avec toutes les précautions nécessaires pour que le débiteur ne soit pas trompé sur le prix. Ce prix n'est pas un prix fixé d'avance, à une époque où le débiteur passerait, s'il le fallait, sous les fourches caudines; c'est un prix fixé à nouveau suivant la valeur actuelle, sans manœuvres, sans mauvaise influence et à dire d'experts. Le débiteur, qui est resté maître de sa chose, est aussi maître de la vendre, et, comme tel, il peut la vendre au créancier. L'important est que cette vente soit libre.

Au surplus, cette vente ne saurait avoir lieu que sauf les droits réels attachés à la chose; elle ne pourrait nuire aux droits de tiers créanciers ayant hypothèque (1).

561. Ce n'est pas non plus un pacte commissaire lorsque le contrat de prêt porte que, faute de remboursement à l'échéance, le créancier deviendra propriétaire de tel immeuble, non engagé, non livré; comment y aurait-il pacte commissaire, puisqu'il n'y a pas impignoration (2)?

On a cependant représenté cette convention comme renfermant un pacte commissaire prohibé.

La dame Castanier, débitrice de 4,757 francs envers les époux Thouery, s'oblige, conjointe-

(1) Mon comm. des *Hypoth.*, t. 3, n° 795 (3°).

(2) *Suprà*, n° 390.

ment avec son mari, à payer cette somme à une certaine époque. Il fut convenu que les époux Castanier vendent sous condition suspensive aux époux Thouery quatre différents immeubles, en expliquant que la vente deviendrait irrévocable par la seule expiration de l'un des termes de paiement, sans mise en demeure, et à charge de rembourser les sommes précédemment reçues.

Un arrêt de la Cour royale de Montpellier du 17 août 1840 décide que l'obligation des époux Castanier n'a eu qu'un but : c'est de substituer une expropriation extra-légale à celle de la loi, de changer les conditions de l'expropriation et d'écartier la mise en demeure, la concurrence, la publicité ; que c'est un voile pour l'usure, et une violation des art. 2078 et 2088 du Code civil ; qu'à la vérité, il n'y a pas eu ici mise en possession préalable du créancier, comme dans le cas de nantissement ; que cette circonstance ne fait que rendre plus exorbitante l'expropriation du débiteur.

Cet arrêt a été cassé par arrêt de la chambre civile du 1^{er} juillet 1844 (1).

Il n'y a pas eu impignoration : aucun immeuble n'a été remis en gage au créancier ; il n'y a qu'une vente conditionnelle. La clause que la vente deviendra pure et simple faute de paie-

(1) Dalloz, 44, 1, 344.

ment à telle époque ne rentre pas dans les dispositions de l'art. 2088 du Code civil (1).

C'est aussi ce qu'enseigne le président Favre (2).

562. Au reste, nous ne voulons pas rentrer ici dans les détails dont nous nous sommes occupés dans le commentaire de l'article 2078. Nous y renvoyons.

563. Notre article, après avoir proscrit le pacte commissoire, après avoir déclaré nulle la clause qui le renferme, ajoute que le créancier pourra poursuivre l'expropriation du débiteur par les voies légales.

On demande si, pour éviter les frais, le débiteur ne pourrait pas convenir que la chose serait mise en vente après affiches, publicité et concurrence, mais sans recourir nécessairement aux formes dispendieuses de la saisie réelle ?

Pour mon compte, je n'en faisais pas le moindre doute avant le nouveau Code des saisies réelles. La clause de voie parée (c'est ainsi qu'on nomme celle-ci) m'a toujours semblé parfaitement licite, dégagée d'inconvénients, et utile au débiteur (3) ; et un arrêt de la Cour de

(1) V. *suprà*, n° 390.

(2) Code, VIII, 23, 2.

(3) Mon comm. de la *Vente*, t. 1, n° 77 ;
Et *Hypothèques*, t. 3, n° 795^(*).

cassation du 29 mai 1840, rendu sur les conclusions de M. Dupin, procureur général; a pleinement adopté ce sentiment (1). Dans l'ancien droit, tout le monde reconnaissait que le débiteur et le créancier pouvaient régler par stipulation les formes de la vente du gage (2).

Cependant, un aveugle préjugé s'est élevé contre cette doctrine. On a prétendu que les formalités de l'expropriation forcée sont d'ordre public, et que le débiteur ne peut être privé de leur douceur. A force de crier dans les tribunaux, dans les Chambres et ailleurs, on est parvenu à arracher au législateur une disposition qui s'est introduite dans la nouvelle loi sur les saisies, et qui figure dans le Code de procédure civile à l'art. 742, dans les termes suivants :

« Toute convention portant qu'à défaut d'exécution des engagements pris avec lui, le créancier aura le droit de faire vendre les immeubles de son débiteur sans remplir les formalités prescrites pour la saisie immobilière, est nulle et non avenue. »

Puisque la loi existe, je la respecte dans la pratique, et j'en subis docilement l'exécution. Mais, au point de vue critique, j'avoue qu'il en est peu qui me semblent dominées par des principes plus

(1) Dalloz, 40, 1, 201.

(2) Duparc-Poullain, t. 7, p. 334, n° 209.

étroits que cet art. 742. J'ai toujours regretté qu'un nouveau président Favre ne se soit pas présenté, pour nous donner un autre traité *De erroribus pragmaticorum*, appliqué au droit moderne. Nulle question n'aurait été plus digne d'y figurer que celle-ci. Conçoit-on une idée plus bizarre et plus ridicule que de considérer les formalités de la saisie réelle comme tellement d'ordre public que la volonté libre des parties ne puisse s'en affranchir? Conçoit-on que celui qui peut vendre son bien sans formalités ne puisse pas stipuler qu'il sera vendu avec certaines formalités qui lui conviennent, et qui, du reste, sont pleinement satisfaisantes pour la raison, le crédit, la bonne foi?

Il ne faut pas se le dissimuler : la race des amis du droit strict n'est pas éteinte. Il est encore de dignes émules d'Appius Claudius, qui voient le droit dans la forme, et sacrifient le fond à la tyrannie des solennités. De tous les exemples qu'on en pourrait citer, il n'y en a pas de plus caractéristique que cette passion pour la saisie réelle et cet aveuglement qui empêche de voir que les ventes volontaires avec publicité sont bien plus avantageuses que les ventes sur expropriation, dédales de détails minutieux, sources de chicanes et abîmes de frais.

564. Au reste, on remarquera que l'art. 742 précité ne proscriit la clause de voie parée qu'autant qu'elle est apposée d'avance et avant l'expiration des délais. Il est bien heureux qu'on n'ait

pas empêché le débiteur d'y consentir après cette expiration.

ARTICLE 2089.

Lorsque les parties ont stipulé que les fruits se compenseront avec les intérêts, ou totalement, ou jusqu'à une certaine concurrence, cette convention s'exécute comme toute autre qui n'est point prohibée par les lois.

SOMMAIRE.

565. De la compensation des intérêts avec les fruits.
 566. Ce pacte dérive des lois romaines.
 567. Comment il se légitime aux yeux de l'équité.
 568. *Quid* s'il est clair qu'il n'y a pas *alea*?
 569. Suite.
 570. Suite.

COMMENTAIRE.

565. Pour éviter des redditions de compte, il arrive très souvent que les parties font un forfait et stipulent que les intérêts de la créance se compenseront avec les fruits, soit en totalité, soit jusqu'à une certaine concurrence. Cette convention est autorisée par notre article; elle n'est pas usuraire de sa nature. Elle doit produire ses effets.

Voici comment M. Berlier en exposait l'utilité:
 « Dans plusieurs des ci-devant parlements, et

» surtout dans les ressorts qui suivaient le droit
 » écrit, les pactes de cette espèce étaient souvent
 » invalidés par les arrêts, sur le fondement de la
 » lésion qui pouvait en résulter pour le débiteur.

» Ces extrêmes entraves n'ont point paru con-
 » venir à notre législation, et ce n'est pas légè-
 » rement qu'une convention doit être réputée
 » illicite.

» Suppose-t-on un créancier rigoureux à l'ex-
 » cès? Il tâchera de se faire céder le fonds à un
 » prix très médiocre, et il gagnera plus à un tel
 » marché que dans une clause de l'espèce de celle
 » que nous examinons.

» Cette clause, d'ailleurs, n'aura souvent pour
 » objet que d'éviter des embarras au créancier et
 » des frais au débiteur lui-même. Comment donc
 » l'interdirait-on? Et, en l'interdisant, ne s'ex-
 » poserait-on pas à blesser celui-là même qu'on
 » veut protéger? Si d'ailleurs cette voie était
 » fermée, combien ne resterait-il pas d'autres is-
 » sues à des contrats plus réellement oné-
 » reux (1)?

566. Nous avons dit, du reste, ci-dessus, que le pacte de compensation autorisé par notre article dérive des lois romaines (2). Les empereurs en avaient consacré la légitimité, et notre

(1) Fenet, t. 45, p. 211, 212.

(2) N° 498.

article n'a fait que se conformer à ce précédent respectable.

567. Pour en faire ressortir la justice, il ne faudrait pas s'attacher à une comparaison minutieuse des revenus avec les intérêts, et exiger de part et d'autre une égalité mathématique. Le pacte en question n'en serait pas moins équitable alors qu'il y aurait, en fait, supériorité des fruits sur les intérêts. Quelle en est la raison? C'est que le revenu des fruits est aléatoire; c'est que le créancier s'est exposé à une chance défavorable en consentant à prendre des fruits, quelquefois incertains, en place d'intérêts toujours assurés: *propter incertum fructuum eventum* (1). En un mot, c'est là un contrat aléatoire, et, sous ce rapport, il se justifie pleinement. Cela devient surtout évident quand l'antichrèse porte sur des biens d'un entretien dispendieux et d'un revenu très éventuel, comme les vignes. Catellan (2) et Brillouin (3) rapportent un arrêt du parlement de Toulouse de 1674, qui maintint l'antichrèse d'une vigne avec compensation des fruits et des intérêts, bien que le débiteur soutint que les fruits excédaient du double le légitime intérêt. On s'attacha à l'incertitude des fruits et aux

(1) V. ci-dessus le texte de la loi romaine.

(2) N° 5, ch. 1.

(3) V° *Antichrèse*, n° 1, *in fine*.

grands soins et aux grands frais qu'exige la culture de la vigne.

568. Mais qu'arrivera-t-il si les circonstances dans lesquelles l'antichrèse a été constituée excluent toute espèce d'*alea*? Il n'en faut pas douter, la clause est alors usuraire; un compte est nécessaire (1).

Tel était l'avis de Doneau, d'Heineccius (2) et de Noodt (3), dans leurs interprétations de la loi romaine. Tel est encore l'avis qui doit prévaloir aujourd'hui (4). M. Goupil de Préfelin, orateur du Tribunal, a positivement exprimé cette opinion comme rentrant dans l'esprit et le texte de l'art. 2089. Il déclare que ce serait une erreur que de s'imaginer que toute convention de compensation est autorisée, quelque disproportion qu'il puisse y avoir entre les fruits et les intérêts. D'après les termes de la deuxième partie de l'art. 2089, cette convention ne doit avoir son effet que comme toute autre qui n'est pas prohibée par les lois. Par-là, le législateur a voulu se référer

(1) *Suprà*, n° 499.

(2) *Pand.*, part. 4, lib. 20, t. 2, n° 16.

(3) *Lib.* 2, c. 9.

(4) *Mon comm. du Prêt*, n° 389.

M. Chardon, *De la fraude*, t. 3, n° 482 et 507.

M. Proudhon, t. 1, n° 73 et 83.

M. Duvergier, *Prêt*, n° 267.

rer à l'art. 1907 du Code civil, et réserver la puissance des lois qui répriment l'usure. Il ne permet pas que le créancier impose des conditions trop onéreuses à son débiteur, en exigeant des fruits d'une valeur évidemment disproportionnée avec les intérêts qui lui sont dus (1).

Il est donc constant que l'art. 2089 doit être pris dans un sens raisonnable. Il ne doit pas servir de passe-port à l'usure palliée. Il ne permet pas indirectement ce que la loi défend d'une manière expresse et formelle.

569. Mais, pour briser la compensation stipulée, il faudrait, nous le répétons, qu'il fût visible que le contrat est exempt d'*alea* (2). Si, par exemple, l'immeuble était affermé à un fermier solvable, pour un prix bien plus fort que les intérêts, qui pourrait douter de l'usure palliée, contenue dans le contrat? Qui pourrait en douter aussi, s'il s'agissait d'une maison louée pour un long temps à de bons locataires payant un loyer bien supérieur aux intérêts (3)?

570. Ces idées ont été consacrées par un arrêt de la Cour royale de Montpellier du 21 novembre 1829 (4). Les motifs n'en sont pas parfaits; mais la décision est, en soi, excellente (5).

(1) Fenet, t. 15, p. 221, 222.

(2) Serres, *Instit. au droit français*, p. 458.

(3) Maynard, liv. 2, ch. 38.

(4) Dal., 30, 2, 156.

(5) Mon comm. du *Prêt*, n° 389.

J'en dirai autant d'un arrêt de la Cour royale de Bastia du 9 janvier 1839. Remarquons en passant que ce sont les cours du midi qui fournissent le principal aliment aux questions de cette nature. La raison en est que le régime hypothécaire est moins pratiqué dans le midi que dans nos autres provinces, que les prêts s'y contractent de préférence par le moyen de l'antichrèse, ou sous voile de vente à réméré; qu'enfin l'argent y est plus rare qu'ailleurs, la solvabilité des emprunteurs moins grande, et les occasions d'usure plus fréquentes.

Quoi qu'il en soit, voici l'espèce de l'arrêt en question :

Casanova emprunte à Colonna, marchand à Vico, 1,850 fr. En paiement, il lui donne à antichrèse une maison avec faculté de rachat pendant 5 ans, autorisant Colonna à se payer sur ladite maison de ses déboursés dans le cas où le rachat n'aurait pas lieu au terme fixé. Le paiement n'eut pas lieu à l'échéance, et cependant Casanova actionna Colonna en délaissement de l'immeuble.

Offre par Colonna de rendre la chose, si Casanova lui rembourse les 1,850 fr., frais, loyaux coûts, et 200 fr. de dommages et intérêts.

Casanova répond qu'il doit être fait un compte des loyers, afin de les imputer d'abord sur les intérêts, et ensuite sur le capital.

Colonna répond : qu'il n'est tenu, d'après les termes du contrat, de rendre aucun compte des

loyers, et que, d'après l'art. 2089 du Code civil, il est permis de stipuler que les fruits se compenseront avec les intérêts.

La Cour de Bastia considéra que l'art. 2089 n'a été édicté qu'à une époque où l'intérêt conventionnel n'était pas limité; qu'il se combine avec l'art. 1907 du Code civil et qu'il a été modifié par la loi du 5 septembre 1807; que cependant il serait possible que la stipulation de compensation fût aléatoire; qu'il en serait ainsi si les revenus n'étaient pas sûrs, s'il y avait des chances pour qu'ils restassent au-dessous des intérêts; dès lors, avant faire droit, elle voulut connaître par experts quel peut être le revenu annuel (1).

ARTICLE 2090.

Les dispositions des articles 2077 et 2078 s'appliquent à l'antichrèse comme au gage.

SOMMAIRE.

571. Renvoi et observation sur la dation de l'antichrèse par un tiers officieux.

COMMENTAIRE.

571. On peut consulter ce que nous avons dit aux nos 375 et 480 et suiv.

(1) Dalloz, 39, 2, 39.

Nous n'ajouterons qu'un mot. Un tiers officieux peut bien donner à antichrèse son propre bien. Mais il n'est pas permis d'engager l'immeuble d'un tiers à antichrèse sans son consentement.

Pierre, principal locataire d'une maison pour le prix de 15,000 fr., la sous-loue par des baux qui lui rapportent 20,000 fr. Il emprunte 5,000 francs à Titius et lui délègue les 5,000 fr. qui restent net sur les sous-locations. Est-ce une antichrèse de la maison? Non! le propriétaire seul aurait pu la donner à antichrèse, et il ne l'a pas fait. C'est tout simplement une dation en paiement, une délégation de loyers (1).

ARTICLE 2091.

Tout ce qui est statué au présent chapitre ne préjudicie point aux droits que des tiers pourraient avoir sur le fonds de l'immeuble remis à titre d'antichrèse.

Si le créancier, muni à ce titre, a d'ailleurs sur le fonds des privilèges ou hypothèques légalement établis et conservés, il les exerce à son ordre et comme tout autre créancier.

(1) MM. Championnière et Rigaud, t. 4, n° 3135.

loyers, et que, d'après l'art. 2089 du Code civil, il est permis de stipuler que les fruits se compenseront avec les intérêts.

La Cour de Bastia considéra que l'art. 2089 n'a été édicté qu'à une époque où l'intérêt conventionnel n'était pas limité; qu'il se combine avec l'art. 1907 du Code civil et qu'il a été modifié par la loi du 5 septembre 1807; que cependant il serait possible que la stipulation de compensation fût aléatoire; qu'il en serait ainsi si les revenus n'étaient pas sûrs, s'il y avait des chances pour qu'ils restassent au-dessous des intérêts; dès lors, avant faire droit, elle voulut connaître par experts quel peut être le revenu annuel (1).

ARTICLE 2090.

Les dispositions des articles 2077 et 2078 s'appliquent à l'antichrèse comme au gage.

SOMMAIRE.

571. Renvoi et observation sur la dation de l'antichrèse par un tiers officieux.

COMMENTAIRE.

571. On peut consulter ce que nous avons dit aux nos 375 et 480 et suiv.

(1) Dalloz, 39, 2, 39.

Nous n'ajouterons qu'un mot. Un tiers officieux peut bien donner à antichrèse son propre bien. Mais il n'est pas permis d'engager l'immeuble d'un tiers à antichrèse sans son consentement.

Pierre, principal locataire d'une maison pour le prix de 15,000 fr., la sous-loue par des baux qui lui rapportent 20,000 fr. Il emprunte 5,000 francs à Titius et lui délègue les 5,000 fr. qui restent net sur les sous-locations. Est-ce une antichrèse de la maison? Non! le propriétaire seul aurait pu la donner à antichrèse, et il ne l'a pas fait. C'est tout simplement une dation en paiement, une délégation de loyers (1).

ARTICLE 2091.

Tout ce qui est statué au présent chapitre ne préjudicie point aux droits que des tiers pourraient avoir sur le fonds de l'immeuble remis à titre d'antichrèse.

Si le créancier, muni à ce titre, a d'ailleurs sur le fonds des privilèges ou hypothèques légalement établis et conservés, il les exerce à son ordre et comme tout autre créancier.

(1) MM. Championnière et Rigaud, t. 4, n° 3135.

SOMMAIRE.

572. Importance de l'art. 2091.
De la position de l'antichrésiste à l'égard des tiers.
573. Il n'a pas de droit réel.
574. Peut-il opposer aux tiers son droit de rétention ?
575. Examen de cette question quand elle se présente entre le créancier antichrésiste et un tiers créancier hypothécaire, inscrit antérieurement.
576. *Quid* quand le créancier hypothécaire est postérieur ?
577. Raisons pour rendre ceux-ci préférables.
578. L'antichrèse qui n'affecte pas l'immeuble ne saurait entrer en lutte avec l'hypothèque qui l'affecte réellement.
579. L'antichrèse ne crée que des rapports particuliers ; elle ne transmet aucun démembrement de la chose.
580. Réponse à l'objection tirée de ce que l'antichrésiste est acheteur des fruits, et que le débiteur n'a pu transmettre de droits sur la chose qu'avec cette charge inhérente.
581. Suite.
582. Preuves que l'antichrèse n'affecte pas la chose.
583. Un acheteur de fruits qui n'a pas de droit réel dans la chose ne saurait entrer en concurrence avec celui qui a acheté la propriété.
584. Analogies dignes d'attention.
585. Suite.
586. Vrai caractère du droit de rétention. Erreur de quelques jurisconsultes sur la portée de ce droit.
587. Examen du texte de l'art. 2091, qui prouve que le droit de rétention ne milite pas contre les créances hypothécaires.
588. Raisons tirées du crédit particulier, qui veulent qu'il en soit ainsi.

589. Objection tirée de ce que l'antichrèse est une sûreté.
590. Suite.
591. Réponse à d'autres objections.
592. De la position de l'antichrésiste vis-à-vis des créanciers chirographaires.
593. Quand le créancier hypothécaire saisit la chose soumise à l'antichrèse, à quel moment les fruits cessent-ils d'appartenir à l'antichrésiste ?
594. Des saisies de fruits entre les mains de l'antichrésiste par les créanciers chirographaires.
Elles sont sans effet.
Citation d'un arrêt du parlement de Toulouse.

COMMENTAIRE.

572. Notre article est un des plus importants de ce titre ; dans ce qui précède, le législateur a réglé la position du créancier et du débiteur ; dans l'art. 2091, il va fixer les droits du créancier à l'égard des tiers.

573. L'antichrésiste n'a pas de droit réel dans l'immeuble (1) ; cessionnaire des fruits, il n'est investi que d'un droit mobilier (2), et il est constant que, lorsque l'immeuble vient à être mis en vente, il n'a aucun droit de préférence et de privilège sur le prix. C'est en quoi l'antichrèse se différencie surtout du gage. Le gagiste est pri-

(1) *Suprà*, n° 524.

(2) *Suprà*, n° 526.

vilégié; l'antichrésiste ne l'est pas. « La préférence sur le gage, dit Duparc-Poullain, ne s'applique qu'aux meubles corporels. L'engagement d'immeubles par l'acte le plus authentique ne peut nuire aux hypothèques, ni aux préférences des autres créanciers, qui ne sont pas même tenus à la discussion préalable des autres biens du débiteur (1). » A la vérité, on lit dans le nouveau Denizart (2) que l'antichrèse, comme le gage, donne un privilège sur tout autre créancier même antérieur. Mais cette proposition est fautive; les auteurs qui sont cités à l'appui ne la justifient pas. Dans tous les cas, le droit moderne la condamne hautement. Si donc un antichrésiste, usant de la faculté que lui accorde l'article 2088, venait à poursuivre l'expropriation du débiteur, il n'aurait droit que comme créancier cédulaire; il serait primé par les créances hypothécaires antérieures ou postérieures (3). C'est, du reste, ce que M. Berlier a très bien exposé dans les motifs de l'art. 2088 (4).

574. Supposons maintenant que l'antichrésiste retienne la chose par devers lui, et que ce

(1) T. 7, p. 333, n° 408.

Infrà, n° 575.

(2) V° *Antichrèse*.

(3) M. Proudhon, t. 1, n° 95.

Mon comm. des *Hypothèques*, t. 3, n° 778.

(4) Fenet, t. 15, p. 210.

soit un créancier hypothécaire qui vienne la saisir entre ses mains. L'antichrésiste pourra-t-il lui opposer son droit de rétention et paralyser par-là la marche de ses poursuites?

Pour résoudre cette difficulté, deux cas doivent être distingués. Il faut voir si le créancier hypothécaire est antérieur ou postérieur à la constitution de l'hypothèque.

575. Si le créancier saisissant est muni d'une hypothèque inscrite antérieurement à la constitution de l'antichrèse, tout concourt pour laisser à ce créancier l'intégrité de son action hypothécaire. Il a un droit de suite; il peut poursuivre l'immeuble partout où il va s'égarer en mains tierces. Il pourrait dessaisir un acquéreur; comment devrait-il s'arrêter devant un antichrésiste, qui n'est qu'un cessionnaire des fruits? L'antichrèse n'a pas dépouillé le débiteur de la propriété du fonds. *Dominium pignoris penès debitorem est, et in ejus bonis permanet*. Vainement l'antichrésiste se prévaudrait-il de son droit de rétention! Comme nous l'avons dit si souvent: la rétention n'est qu'une exception bonne à opposer au débiteur de mauvaise foi (1). Elle est sans efficacité à l'égard d'un tiers. C'est ce qui a été jugé, au témoignage de Brodeau, par arrêt du 7 septembre 1588, rendu au parlement de Paris. Il fut même décidé que le créancier antérieur ne

(1) *Suprà*, n° 448, 449.

pouvait être renvoyé par l'engagiste (et c'était là la grande question du procès) à discuter préalablement le débiteur principal. En vain l'engagement avait-il été masqué sous couleur de contrat pignoratif. Le caractère d'aliénation ne parut que fictif, et l'on décida que le bénéfice de discussion n'avait été introduit qu'au profit des tiers devenus propriétaires par titre réel, et non pas au profit d'un engagé dont la possession n'était que précaire, et dont le titre n'empêchait pas la propriété de reposer sur la tête du débiteur (1).

Nous disons donc que le créancier hypothécaire sera fondé à retirer la chose des mains de l'antichrésiste. C'est tant pis pour ce dernier s'il s'est contenté d'un gage fragile qui n'affectait pas la chose. D'ailleurs de quoi se plaindrait-il? n'a-t-il pas reçu la chose avec l'affectation hypothécaire? n'a-t-il pas su à quoi il s'engageait (2)?

576. Venons à notre seconde hypothèse. *Quid juris* si le créancier hypothécaire est postérieur à l'antichrèse? Notre article profitera-t-il à ce créancier comme au précédent? Lui permettra-t-il de retirer la chose des mains de l'antichrésiste?

La négative est fortement enseignée par M.

(1) Sur Louet, lettre H, somm. 9, n° 9.

(2) Junge M. Proudhon, t. 1, n° 88.

Proudhon (1), dont MM. Zachariæ (2) et Duranton (3) ont suivi la doctrine, En sens contraire, on peut citer M. Delvincourt (4). Je ne mets pas au rang des autorités qui peuvent servir à trancher la question un arrêt de la Cour royale de Toulouse du 22 juillet 1835, que les arrêtistes donnent comme favorable à la première opinion. Cet arrêt s'est positivement abstenu de juger la question de droit; il a vidé le litige entre les parties par l'appréciation des circonstances de fait (5).

Les raisons des premiers peuvent ainsi se résumer: L'antichrèse est une aliénation de jouissance; elle est entrée dans le patrimoine du créancier nanti. C'est un agissement consommé, dont le bénéfice ne peut lui être enlevé par le fait du débiteur (6). Le débiteur, qui doit respecter l'antichrèse, ne saurait conférer à d'autres le droit de la faire tomber (7). L'antichrèse est un nantissement; elle est destinée à procurer au

(1) T. 1, n° 90 et suiv.

(2) T. 3, p. 177, et note (9).

(3) T. 18, n° 560.

(4) T. 3, p. 444, note.

Junge M. Dalloz, v° Nantissement, p. 401, et les arrêts cités *infra*, n° 578.

(5) Dal., 35, 2, 188.

(6) L. 11, D., *De reg. juris*.

(7) L. 143, D., *De regulis*

créancier une sûreté (art. 2071, 2072). Or, que devient cette sûreté si le débiteur a le droit, en hypothéquant la chose, de la faire sortir des mains de l'antichrésiste ?

Comment l'antichrésiste qui a un nantissement serait-il moins favorisé qu'un fermier, qui, dans le cas de l'art. 1743, ne peut être expulsé par l'acquéreur ? Quoi ! un acquéreur serait obligé de respecter son droit, et l'on voudrait que l'antichrésiste fût expulsé par un créancier hypothécaire !

Pourquoi aurait-on exigé que l'antichrèse fût rédigée par écrit, si elle ne devait pas produire d'effets à l'égard des tiers ?

Et, en équité, la raison ne se révolte-t-elle pas à la vue d'une injustice qui ne va à rien moins qu'à enlever à un créancier légitime un paiement qu'il a reçu légalement en acquit de sa créance ? Depuis quand peut-on, au moyen d'obligations contractées après coup, priver une partie du bénéfice de sa position ?

Non, tout cela n'est pas possible. L'antichrésiste ne peut pas plus être dépossédé par l'acquéreur ou le créancier hypothécaire avec lesquels le débiteur a traité, postérieurement à la constitution de l'antichrèse, qu'il ne pourrait l'être par le débiteur lui-même. Ce n'est donc qu'en lui offrant le remboursement pécuniaire de sa créance qu'on peut le priver de sa jouissance.

577. Cette opinion, quelque spécieuse qu'elle soit au premier aperçu, n'est pas la mienne, et quand les auteurs en question crient à l'injustice, ils se laissent prendre à des apparences trompeuses ; ils ne voient pas le vrai de la situation.

Une première anomalie vient frapper l'esprit dans le système qui fait à l'antichrésiste cette position inexpugnable :

Si le débiteur avait des créanciers antérieurs à l'antichrèse et des créanciers postérieurs, comme les premiers ont incontestablement le droit de saisir la chose, de la retirer des mains de l'antichrésiste et de provoquer un ordre (1), il arriverait que les créanciers postérieurs venant à cet ordre primeraient la créance de celui qui ne pourrait se prévaloir que de sa seule antichrèse ; par ce seul fait qu'il y aurait des créanciers antérieurs, les créanciers postérieurs auraient l'avantage sur l'antichrésiste. Et cependant on ne veut pas que ces mêmes créanciers jouissent de cet avantage, parce que cette circonstance fortuite de l'existence de créanciers antérieurs ne se vérifiera pas. Ainsi, le droit des créanciers postérieurs varierait suivant le hasard, suivant des faits indépendants de tout calcul de prudence.

(1) *Suprà*, n° 575.

Voici une seconde anomalie du système que nous combattons :

Ses partisans sont obligés de convenir que si l'immeuble était mis en vente, le créancier postérieur l'emporterait sur l'antichrésiste. Et cependant ils veulent que lorsque le créancier agit par l'action hypothécaire, il ne puisse déposséder l'antichrésiste qu'en lui offrant le paiement de sa créance, ou bien, comme M. Proudhon le dit naïvement (1), « *qu'en souffrant qu'il le prélève à l'ordre, sur le prix du fonds.* » Or, que devient le principe qui veut que l'antichrésiste n'ait pas de privilège (2) ? Quelle différence y a-t-il alors entre le gagiste et l'antichrésiste ? Si la rétention conduit l'antichrésiste au privilège à l'égard des tiers, de même qu'elle y conduit le gagiste, comment M. Proudhon peut-il sérieusement enseigner, quelques lignes plus bas, que l'antichrésiste n'est pas privilégié (3) ? N'est-ce pas constituer le privilège, et le nier ensuite ? N'est-ce pas faire produire à l'antichrèse les mêmes effets qu'au gage ? N'est-ce pas transformer l'antichrèse en droit réel ? Car tout privilège est fondé sur une affectation réelle dans la chose (4).

(1) N° 94.

(2) *Suprà*, n° 363.

(3) N° 95.

(4) *Suprà*, n° 449.

578. Je pense, pour mon compte, que les auteurs précités se trompent manifestement.

Comme le créancier antichrésiste n'acquiert que la faculté de se payer sur les fruits de l'immeuble engagé, comme il n'acquiert sur cet immeuble aucun droit réel, il s'ensuit que son antichrèse ne saurait entrer en lutte avec l'hypothèse assise sur la chose et qui la tient spécialement et réellement engagée.

Peu importe que l'hypothèque ait précédé l'antichrèse, ou qu'elle l'ait suivie. Le débiteur est resté maître de la chose ; il a pu l'hypothéquer, et le droit des créanciers hypothécaires, ainsi constitué en face de l'antichrèse préexistante, peut s'exercer sur l'immeuble.

Tel est le sens de l'art. 2091. S'il n'avait fait que réserver le droit des créanciers antérieurs à l'antichrèse, il aurait été oiseux et surabondant ; l'utilité de sa disposition, c'est précisément d'avoir déclaré, sans distinction, que l'antichrèse n'a aucun caractère réel pouvant faire obstacle aux hypothèques acquises à quelque époque que ce soit (1).

(1) Liège, 14 juillet 1821 (Dal., *Nantissement*, p. 401).
Bastia, 9 mai 1838 (Dal., 38, 2, 113).

Je trouve dans les recueils un arrêt de Bourges du 24 juillet 1828 (Dal., 32, 2, 21, et Devill., 9, 2, 127). Mais les arrêtistes ne donnent pas l'exposé des faits, et ils laissent ignorer le point capital, à savoir si les créanciers hypothécaires étaient antérieurs ou postérieurs. Omission inexplicable.

579. Le vice de l'argumentation que je combats, c'est qu'elle perd de vue le vrai caractère de l'antichrèse. En quoi consiste l'aliénation? Elle ne crée que des rapports particuliers entre le débiteur et le créancier. Elle ne transmet à celui-ci aucun droit qui démembre la chose, et en retire rien de réel. Le débiteur est donc resté maître du fonds dans toute sa plénitude. Il n'en a détaché aucune parcelle foncière: et par-là il a conservé, au moins à l'égard des tiers qui n'ont pas été partie à l'antichrèse, le droit de le vendre, de le grever de droits réels, de l'hypothéquer. Sans doute, en le vendant sans imposer à l'acheteur la loi de respecter l'antichrèse, il commet une action contraire à la morale; il est responsable auprès de l'antichrésiste par l'action pignoratice contraire. Des dommages et intérêts peuvent être prononcés contre lui. Mais l'acheteur, qui est un tiers, et pour lequel le contrat d'antichrèse est *res inter alios acta*, l'acheteur qui ne trouve sur la chose aucune affectation qui entame le fonds, qui n'y rencontre qu'une possession précaire, sans énergie, l'acheteur peut expulser l'antichrésiste sans tenir aucun compte d'un contrat qui n'engendre que des rapports particuliers et ne crée pas de droit réel.

580. Mais, dit-on, l'antichrésiste a acheté les fruits de la chose, et le débiteur qui les a aliénés en sa faveur ne peut les vendre une seconde

fois à autrui (1); *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*. Nous répondons que cette question se résout comme se résolvait, dans l'ancien droit, la question du bail à l'égard des tiers. Le fermier pouvait être comparé à un acheteur des fruits (2), tout aussi bien que l'antichrésiste. Et cependant, comme le bail ne lui communiquait pas de droit réel dans la chose et que l'acheteur en avait un, on décidait que ce dernier l'emportait sur le premier et qu'il n'était pas obligé d'entretenir le contrat. «*Colonus*, disait Cujas, *non habet jus in re quam conduxit; legatarius verò, donatarius, fructuarius, emptor, habent jus in re; et merito igitur præferuntur colono* (3).» Et cette décision est fondée sur des principes si incontestables (4), qu'il faudrait la suivre encore aujourd'hui, si l'art. 1743 n'avait pas introduit d'au-

(1) V. un arrêt cité par Despeisses, t. 4, p. 123, sur l'autorité de Steph. à S. Joanne, *décis.* 138.

(2) Mon comm. du *Louage*, t. 4, n° 21, où je cite les autorités, Cujas et les lois romaines.

(3) Mon comm. du *Louage*, t. 2, n° 474.

(4) Junge Pothier, *Louage*, n° 62, et surtout n° 288.

L. 9, C., *Loc. cond.*

L. 32, D., *Loc. cond.*

L. 59, D., *De mut.*

tres règles plus favorables à la stabilité des droits du preneur.

581. Or, s'il est vrai que l'antichrésiste n'ait pas de droit réel dans la chose ; s'il n'est pas, sous ce rapport, de meilleure condition que ne l'était le locataire de l'ancienne jurisprudence, comment l'acheteur serait-il tenu d'entretenir son contrat? L'acheteur du fonds n'est tenu que des charges réelles dont ce fonds est affecté ; il n'est pas tenu des obligations qui ont pu être contractées entre l'antichrésiste et son débiteur. D'un autre côté, l'acheteur n'a pas traité avec l'antichrésiste ; aucun lien n'existe entre eux deux. Simple successeur particulier, il n'est pas tenu des obligations personnelles de son auteur. Les obligations personnelles ne passent qu'aux successeurs universels qui sont *loco hæredum* (1).

Il faut donc reconnaître que l'acquéreur n'est astreint à l'entretien de l'antichrèse, ni de son chef, ni du chef de son vendeur.

582. Nous avons dit que l'antichrèse ne confère au créancier aucun droit réel qui se puisse comparer à l'usufruit, à l'emphytéose, etc., etc. Pour se convaincre de cette vérité, déjà exprimée du reste plus d'une fois dans le cours de ce commentaire (2), il est bon de porter son at-

(1) Pothier, *Louage*, n° 62.

(2) *Suprà*, n° 245, 573.

tention sur la loi 11, § 1, D., *De pignorib. et hypothec.* Si l'antichrésiste, dit Marcianus, perd la possession de la chose engagée, quelle action aura-t-il pour protéger son droit? Sera-ce l'action réelle hypothécaire contre le tiers qui l'aura dépossédé? Non ! Marcianus n'en parle pas. Il n'accorde au créancier que l'action *in factum* contre le débiteur. Ce qui fait dire à Vinnius qu'il ne faut pas juger l'antichrésiste au point de vue d'un vrai gagiste, qui a l'action réelle. L'antichrésiste est destitué d'action contre le tiers ; il n'a pas d'action hypothécaire ; il n'a qu'une action personnelle entre lui et son débiteur (1).

Je reconnais cependant que tous les interprètes du droit romain ne sont pas d'accord sur ce point. Cujas ne croit pas, avec Azon, que l'antichrésiste soit privé de l'action hypothécaire (2). Mais, outre que cette proposition de Cujas n'est appuyée sur aucun texte, ainsi qu'il semble lui-même le reconnaître, il est certain que, du moins en droit français et sous le Code civil, elle n'a pas le moindre fondement. Nous ajoutons que M. Proudhon et les autres auteurs que nous combattons accordent aujourd'hui cette vérité.

583. Ceci posé, nous dirons que, de même

(1) *Quæst. select.*, 2, 7, 2.

V. *suprà*, n° 524.

(2) III, *observat.* 35.

que l'acheteur pouvait expulser le fermier dans l'ancien droit, de même, sous le Code civil, qui, loin de faire pour l'antichrésiste ce que l'art. 1743 a fait pour le fermier, déclare, au contraire, que l'antichrèse ne milite pas contre les tiers, l'acquéreur de l'immeuble est fondé à évincer l'antichrésiste même antérieur. L'un et l'autre tiennent de la nature d'acheteurs de fruits. Le droit réel transmis à l'acheteur attire à lui, par droit d'accession et par la puissance du droit de propriété, les fruits produits par la chose. Il l'emporte sur le droit purement personnel de l'antichrésiste, lequel n'a d'action que contre celui avec lequel il a contracté.

584. Nous avons comparé l'antichrésiste avec le fermier de l'ancien droit. Or, ce que nous venons de dire à ce sujet, nous pouvons le répéter de tous les contrats qui donnent la possession d'un immeuble sans toutefois attacher des droits réels à cette possession.

C'est ainsi, par exemple, que l'acquéreur d'un immeuble n'est pas tenu du commodat qui a donné à un tiers la possession de la chose (1). Quelle en est la raison? C'est que le commodat ne produit pas de droit réel; c'est qu'il n'engendre que des rapports personnels. Il est difficile de voir pourquoi il en serait autrement de l'antichrésiste, qui, avec des nuances

1) Mon comm. du *Prêt*, n° 17.

diverses, n'a cependant pas plus de droit réel que l'emprunteur de la chose.

585. Voici maintenant la conséquence qui se tire de tout ceci : Si tels sont les droits de l'acheteur postérieur à l'antichrèse, ceux du créancier hypothécaire postérieur ne sauraient être différents. Il a un droit réel, tandis que l'antichrésiste n'en a pas, et l'on peut dire avec Cujas : *Habet jus in re, et merito præfertur*. Rien ne s'opposera donc à ce qu'il vienne saisir l'immeuble dans les mains de l'antichrésiste et en poursuivre la vente par expropriation.

586. Quant au droit de rétention qui fait le champ de bataille de M. Proudhon et de ses partisans, je n'en suis pas touché le moins du monde. Ces auteurs ne font pas attention qu'ils opposent l'exception de rétention à un créancier contre lequel elle n'a pas été établie; ils ne font pas attention qu'ils la détournent de son but et la poussent au delà de ses limites. Elle ne milite, en effet, que contre le débiteur. Elle ne se tourne pas contre les tiers de bonne foi.

Il pouvait en être autrement sous l'empire de quelques coutumes dans l'ancien régime. Je vois, en effet, d'Argentré enseigner qu'en Bretagne l'antichrésiste avait la rétention *jure hypothecæ* (1). Notez ces derniers mots; ils prouvent combien il serait dangereux de transporter

(1) Art. 61, note 1, n° 3.

de pareilles doctrines dans notre jurisprudence. Aujourd'hui aucun droit réel ne se trouve mêlé au droit de l'antichrésiste, et le droit de rétention n'est pas autre chose qu'une exception bonne à opposer au débiteur de mauvaise foi; il n'a pas de puissance contre les tiers.

Du reste, que ceux qui résistent à l'adoption de cette vérité consultent la loi 1, C., *Etiam ob chirograph.* L'empereur Gordien y consacre le droit de rétention imité et admis par le 2^e § de l'art. 2082 du Code civil. Eh bien! la question se présente de savoir si le créancier possesseur pourra l'opposer aux créanciers à qui la chose a été hypothéquée depuis qu'il est en possession. Quelle est la réponse de l'empereur? que la rétention n'a pas lieu à l'égard de ceux-ci. Et pourquoi? parce que cette rétention n'est fondée, dans ce cas, sur un aucun droit réel appartenant au possesseur (1); c'est qu'elle n'est qu'une exception de mauvaise foi contre le débiteur!! Or, en matière d'antichrèse, la rétention repose-t-elle sur quelque droit réel? pas le moins du monde. La loi romaine précitée établit donc une analogie décisive.

587. Et c'est ce que le texte de notre article me paraît clairement indiquer. Après avoir réservé dans la première partie le droit des tiers, il veut, dans la seconde, que les rangs soient fixés suivant le rang des privilèges et hypothèques,

(1) *Suprà*, n^o 448.

sans que l'antichrèse puisse servir de prétexte à aucune préférence. Ne suit-il pas de là que l'antichrésiste ne saurait s'opposer à la vente de l'immeuble, qu'il doit subir la loi de l'ordre, et que c'est seulement dans une hypothèque, et non dans l'antichrèse, qu'il peut puiser les moyens de balancer les droits des tiers.

588. Il y a de bonnes raisons pour qu'il en soit ainsi.

L'antichrèse n'est pas pareille au gage mobilier qui déplace la chose et la transporte, par un passage palpable et matériel, de la main du débiteur dans et sous la main du créancier. L'immeuble antichrésé est bien livré au créancier; mais il ne subit pas un déplacement physique, incompatible du reste avec la nature des choses. Il ne change pas de lieu pour changer de main; il demeure immuable sous le nom de son propriétaire, et les tiers sont toujours autorisés à croire qu'il est resté sans charge ni diminution dans son patrimoine. Qui leur a dit que le possesseur était un antichrésiste? Est-ce qu'il n'a pas pu se montrer à leurs yeux comme un fermier, comme un procureur, comme un administrateur, et nullement comme un rival prétendant droit sur la chose? Où en serait donc le crédit si, après avoir stipulé des hypothèques de bonne foi, les prêteurs étaient primés par un créancier qui s'est contenté de garanties n'ayant rien d'inhérent à la chose? Où serait la justice si l'hypothèque, gage énergique, qui affecte la

chose, avait à craindre un gage sans affectation? Pourquoi cette faveur accordée à un gage qui dort et ne se montre pas, sur un gage à qui sont imposées des conditions de publicité et de vigilance?

589. Mais, dit-on, l'antichrèse est une sûreté; elle est un nantissement, et tout cela cesserait d'être vrai si le débiteur pouvait, par son fait, enlever à l'antichrèse sa garantie.

Sans doute, elle est une sûreté; mais elle est une sûreté moins forte que l'hypothèque, et on veut la rendre plus forte que l'hypothèque! Sans doute, elle est un nantissement; mais elle est un nantissement sans affectation réelle, un nantissement à qui manque son principal nerf pour valoir à l'égal de l'hypothèque, et l'on voudrait qu'elle valût plus que l'hypothèque!

590. C'est pour cela que Vinnius doutait sérieusement que le créancier eût le droit de gage dans la chose antichrésée (1). Et il faut convenir que, sous beaucoup de rapports, ces doutes sont très fondés. La privation du *ius in re* enlève évidemment à l'antichrèse un des caractères les plus éminents du *pignus*. Ce qui fait la sûreté de l'antichrésiste, c'est la possession de la chose et non la chose même (2). Or, cette possession n'a rien qui affecte la chose, rien qui

(1) *Quæst. select.*, lib. 2, c. 7.

Suprà, n° 496.

(2) L. 11, § 1, D., *De pignorib et hypoth.*

participe du droit réel, rien qui puisse arrêter un droit réel rival (1).

591. Enfin, que dire de la raison tirée de l'art. 2085 qui veut que l'antichrèse soit rédigée par écrit? Qui ne voit que, même dans notre système, il y a une foule de cas où la rédaction d'un écrit est nécessaire pour fixer la position de l'antichrésiste à l'égard des tiers (2)?

592. Nous venons de voir la position de l'antichrésiste vis-à-vis d'un acheteur, vis-à-vis d'un créancier hypothécaire antérieur, vis-à-vis d'un créancier hypothécaire postérieur.

Que dirons-nous d'un créancier qui n'aurait dans la chose aucun droit réel, mais qui se présenterait en vertu d'un titre exécutoire pour faire exproprier l'immeuble?

Suivant M. Proudhon (3), ce créancier, lors même que son titre précéderait l'antichrèse, devrait échouer. *In pari causâ melior est causa possidentis.*

C'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Toulouse du 14 mai 1725 (4). Cet arrêt a entendu décider, dit Vedel, que le créancier, nanti du gage, a droit de rétention jusqu'à ce qu'il soit payé des sommes qui lui sont dues par le débiteur en capital, intérêts et frais; et cela

(1) *Suprà*, n° 524.

(2) V. d'ailleurs *infra*, n° 593.

(3) T. 1, n° 87.

(4) Vedel sur Catellan, n° 5, ch. 4.

au préjudice de créanciers même antérieurs et par préférence.

Cet arrêt est fondé, ajoute Vedel, sur la loi 1, Code, *Etiam ob chirograph. pecuniam*, et sur la doctrine de Cujas dans ses paratitres sur ce titre du Code. Mais ni cette loi ni Cujas ne disent rien de semblable, et je ne conçois pas que Vedel rattache l'arrêt du 14 mai 1725 à leur autorité.

Je pense, toutefois, qu'il doit servir de précédent bon à suivre, et, en deux mots, voici pourquoi :

Les créanciers chirographaires n'ont de droit à aucun titre sur les fruits de la chose ; le débiteur les a aliénés. Comment les attireraient-ils à eux ? Par un droit réel ? ils n'en ont pas. Ils sont donc obligés de subir cette cession ; et s'ils veulent la faire tomber, ils doivent désintéresser le créancier saisi.

593. Passons maintenant à d'autres aperçus.

Nous avons dit que les créanciers hypothécaires, soit antérieurs, soit postérieurs, peuvent retirer la chose des mains de l'antichrésiste. Mais à partir de quelle époque cessera la perception des fruits au profit de l'antichrésiste ?

Tant que l'hypothèque sommeille, les créanciers hypothécaires sont sans droit sur les fruits. Ce sont des choses mobilières dont le débiteur ne leur doit pas compte. L'antichrésiste jouit donc des fruits ; les créanciers n'ont pas à critiquer sa jouissance.

Mais, dès l'instant que l'hypothèque se met en mouvement, on arrive à d'autres résultats. L'ac-

tion hypothécaire immobilise les fruits (1), et, par l'effet de la dénonciation de la saisie à l'antichrésiste, les fruits sont immobilisés à partir de ce moment. Ils font partie du fonds, ils échappent à l'antichrèse et tombent sous la main de l'hypothèque (2).

594. Quant aux saisies de fruits opérées entre les mains de l'antichrésiste par les créanciers chirographaires, elles sont sans valeur. Le débiteur a délégué ces fruits ; il a voulu que son patrimoine en fût appauvri ; et des créanciers, dépouillés de tout droit réel qui attire ces fruits à eux, ne sauraient ébranler cet état de choses, ouvrage de la bonne foi et d'une volonté libre (3).

Il n'y a aucune comparaison à établir entre ce cas et ceux où l'antichrésiste est placé en face d'un acheteur ou d'un créancier hypothécaire. L'acheteur est devenu propriétaire de la chose, et, par droit d'accession, les fruits à échoir lui appartiennent en vertu du *jus in re* le plus saillant. Il est dès lors impossible de lui préférer un antichrésiste qui n'a rien de réel dans son droit, et qui ne peut, au nom du propriétaire, récolter

(1) Art. 2176 Code civil.

Art. 689 Code pr. civile.

(2) Mon comm. des *Hypoth.*, t. 3, n° 778 (*bis*).

Bourges, 24 juillet 1828 (Dal., 32, 2, 21 ;
Devill., 9, 2, 127).

(3) Mon comm. des *Hypoth.*, *loc. cit.*

des fruits dont le propriétaire n'est plus maître. C'est aussi le *jus in re* qui protège le créancier hypothécaire et attire à lui, dans un moment donné, les fruits de la chose. Ici, rien de pareil : le propriétaire n'a pas aliéné sa chose ; il ne l'a pas démembrée par la constitution d'un *jus in re* au profit d'un tiers. Dès lors, en déléguant les fruits de cette chose, il use de son droit ; c'est là un fait que des créanciers chirographaires doivent respecter comme le libre exercice du droit de propriété.

C'est ce qui a été jugé au parlement de Toulouse par arrêt du 17 août 1701 (1), rendu après partage.

Madeleine Vigne avait engagé une terre à Jean Muratel, avec condition que les fruits et les intérêts se compenseraient.

Judith et François Muratel, créanciers de Madeleine Vigne, firent saisir les fruits de cette terre. L'antichrésiste y mit opposition.

Devant les tribunaux inférieurs il succomba, la saisie fut déclarée bonne et valable. Sur l'appel, il y eut partage à la deuxième chambre des enquêtes.

Les partisans de la saisie disaient que l'antichrèse n'avait pas transporté la propriété ; que le débiteur était resté maître de sa chose ; que l'en-

(1) Journal du palais de Toulouse, arrêt 178, à sa date ;
Et le nouveau Denizart, v° *Antichrèse*.

gagiste n'en avait qu'une possession précaire. Mais on répondait : Le débiteur aliène par l'antichrèse les fruits de la chose ; il les donne en paiement des intérêts. C'est une vente de fruits, *datio in solutum*. Or, les fruits d'une ferme ne peuvent être saisis par le créancier de celui qui a donné la chose à ferme. Il doit en être de même des fruits de la terre donnée en antichrèse.

Dans le sens de la saisie, on ajoutait : L'intérêt pour lequel on cède les fruits n'est pas échu. L'action n'est donc pas née pour demander cet intérêt. Dès lors les fruits ne peuvent être donnés en paiement. Point de dette échuë, point de paiement. Mais, répondait-on, n'est-il pas vrai qu'un fermier, qui n'est qu'un acheteur de fruits, comme l'engagiste, peut faire des paiements par anticipation ? Pourquoi donc nierait-on la légitimité d'un paiement anticipé fait par le débiteur à l'antichrésiste ?

Sur ces raisons, le partage fut vidé en faveur de l'antichrésiste, au rapport de M. de Comère, et la saisie déclarée nulle.

FIN.

®

ERRATA.

Préface, p. xvi : Pierre Desfontaines, *lisez* : Pierre de Fontaines.

Page 176, ligne 4 : s'imaginent, *lisez* : s'imaginant.

Page 403, au n° 438 du sommaire : des prêts, *lisez* : des fruits.

TABLE SOMMAIRE

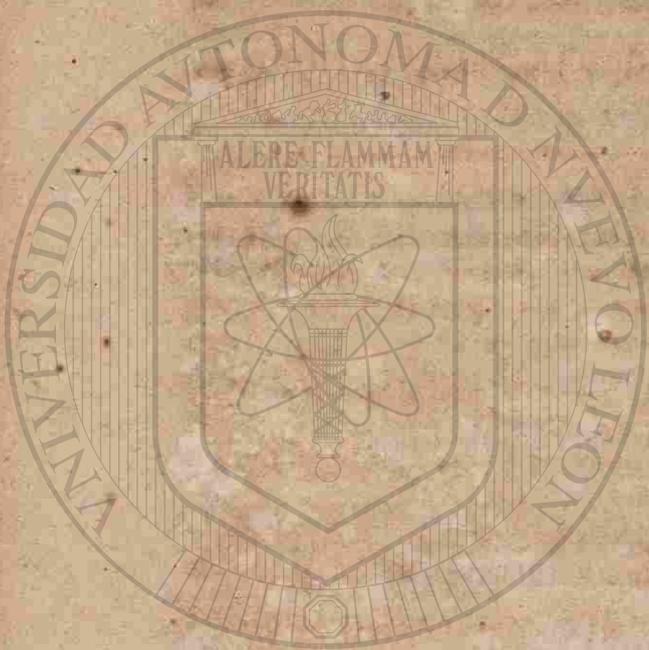
DES MATIÈRES

CONTENUES DANS CE VOLUME.

PRÉFACE.	1
DU NANTISSEMENT.	1
CHAPITRE PREMIER.	
DU GAGE.	47
CHAPITRE II.	
DE L'ANTICHRÈSE.	445

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

TABLE ANALYTIQUE

DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

NOTA. Le chiffre indique le numéro.

A

ACCESSOIRES. Le gage s'étend aux accessoires de la chose donnée en gage. 84.

ACTE D'ADMINISTRATION. Si l'antichrèse est un acte d'administration. 519.

ACTE DE NANTISSEMENT. Formes qu'il doit contenir. 158, 186 et suiv.

ACTIONS. Des actions découlant du *pignus*. 43. — Action servienne et quasi-servienne. 13 et 14. — De l'action pignératice directe qui appartient au débiteur pour se faire rendre la chose quand il a payé. 29. — De l'action pignératice contraire. 30.

ALEA dans l'antichrèse. 567, 568, 569.

AMÉLIORATION. 543, 435 et 436.

ANTICHRÈSE. C'est l'engagement des immeubles. 23. — Elle est moins favorable au crédit que l'hypothèque. 23. V. *Préface*, xvj. — Sens du mot antichrèse. 496. — Discussion de Saumaise contre les juriconsultes. Vinnius est de son avis. 496. — Définition de l'antichrèse par Marcianus. 497. — Elle compense les fruits avec les in-

térêts. 497 et suiv., 565. — Condamnation de l'antichrèse par le droit canon. 504. — Exceptions. 502. — Jurisprudence française sur l'antichrèse. 503. — On l'appelle *mort-gage*. 503. — Quelle différence y avait-il dans l'ancien droit entre l'antichrèse et l'*engagement*. 504. — V. aussi *Préface*. — De l'antichrèse sous le Code civil. 512 et suiv. — Elle suppose une mise en possession. 513. — Des formalités de l'antichrèse. 514. — Celui qui a droit aux fruits peut constituer l'antichrèse. 517. — L'antichrèse est-elle un acte d'administration. 519. — Elle diffère beaucoup du gage mobilier. 524, 588. — Elle ne donne pas de droit réel. 573, 582. — Différence du bail et de l'antichrèse. 524, 582, 583, 584. — L'antichrèse ne confère qu'un droit mobilier. 526, 573. — Si l'antichrésiste peut procéder à un bornage. 527. — L'antichrèse contient une dation en paiement. 532, 594. — De quelle manière l'antichrésiste exerce-t-il sa possession. 533. — Compte des fruits dans l'antichrèse. 535. — Charges de l'antichrèse. 539 et suiv. — L'antichrésiste peut renoncer à son gage. 554, 555. — Du pacte comissoire dans l'antichrèse. 559 et suiv. — De la clause de compensation des fruits avec les intérêts. 565. — Du concours de l'antichrésiste avec les tiers. 573. — Comparaison de l'antichrèse avec une cession de fruits. 573.

AUBERGISTE. A un gage tacite. 43.

AVANCES. Quand sont-elles privilégiées. 133. — Étendue de ce mot. 207, 208, 209. — Ce qu'il signifie dans les opérations de commission. 212. — Pour que le gagiste soit privilégié, il faut que l'avance ait été faite en contemplation du gage, ou que le gage ait été donné en contemplation de l'avance. 217. — A cette condition le privilège existe, soit que la somme ait été payée avant la réception du gage, soit que le gage ait été reçu avant. 218. — Erreur de ceux qui prétendent que dans le droit

commercial le gagiste n'est pas dispensé de l'art. 2074, quand l'avance a précédé l'envoi de la marchandise. 219 et suiv. — Dangers de cette erreur pour le crédit de beaucoup de places manufacturières où les banquiers font des avances aux ouvriers. 229, 230. — Autorité de Valin invoquée. 231. — Des avances et du privilège du sous-consignataire. 253, 254. — Des avances successives et du privilège auquel elles peuvent prétendre. 256.

B

BAIL. Pourquoi le bail est un acte d'administration. 519. — Différence du bail et de l'antichrèse. 525, 581. — Et des cessions de fruits. 580.

BANQUES PUBLIQUES. Si elles sont assujéties au droit commun pour la conservation de leur privilège de gagiste. 451.

BATAILLE. Gage de bataille dans la procédure féodale. *Préface*, p. iij.

BONNE FOI. De la bonne foi requise dans le nantissement. Elle donne naissance à l'action pignératice contraire. 30. — Le nantissement est un des contrats dont la bonne foi est l'élément. 32.

BORNAGE. Si l'antichrésiste peut faire un bornage. 527.

C

CAPACITÉ pour constituer l'antichrèse. 517. — Et pour constituer le gage. 85.

CAUTION. Voy. *Pleige*. Avantages du gage sur le cautionnement. 2. — Proverbe de Loysel sur les inconvénients de la caution, 2. — Le cautionnement est un contrat de

sûreté. 2. — En quoi il diffère du gage et du nantissement. 35.

CHOSSES susceptibles de gage mobilier. 51. — Du gage de la chose d'autrui. 59. — Détails à ce sujet. 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73. — Dans le commerce, le gage de la chose d'autrui est très fréquent. 75, 169, 251. — Voy. *Effets négociables, meubles incorporels, créances*. — Garde et conservation de la chose donnée en gage. 424 et suiv.

CLAUSE de voie parée. 563.

CODE CIVIL. Son influence sur le droit commercial. 424. — Voy. aussi *Préface*.

COMMERCE. Autorité de l'usager, *Préface* et n° 122.

COMMISSIONNAIRE. A un gage tacite pour ses avances. 42.

L'art. 95 du Code de commerce, qui traite du privilège du commissionnaire, n'est pas limitatif. 147. — L'article 93 du même Code ne l'est pas non plus. 157. — Cet article donne privilège pour tous les cas de commission. 158. — Le commissionnaire perd son privilège, s'il perd la possession. 350, 351, 352. — Moyen qu'il a pour conserver la possession, alors qu'il expédie la chose et la fait voyager. 351 et 371. — Le commissionnaire pour acheter a-t-il la revendication de la marchandise qu'il a expédiée à son commettant. Examen de cette question. Réfutation de quelques erreurs. 354, 355 et suiv. — Ce commissionnaire est-il censé être à l'égard de son commettant un vendeur fictif. 357 et suiv. — Est-il subrogé à celui qui lui a vendu. 358 et suiv. — Le Code de commerce n'a nulle part attribué une revendication au commissionnaire. 366.

COMMISSOIRE (pacte commissoire). — Ce pacte a été pros crit afin de protéger le débiteur contre de graves abus. 377 et suiv., et 559. — Voy. *Pacte commissoire*.

COMPENSATION. De la compensation des fruits et des intérêts, dans l'antichrèse. 565 et suiv.

COMPTE des fruits dans l'antichrèse. 534.

CONFIANCE. La confiance appelle la confiance; mais il ne faut pas la pousser à l'excès. 2.

CONNAISSEMENT. C'est un moyen de saisir le gagiste de la marchandise expédiée. 322 et suiv. — Son caractère. 322. Ses effets et sa puissance. 323. — La remise du connaissance opère quelque chose de plus qu'une tradition feinte. 325. — La livraison de la marchandise en route se fait par la délivrance du connaissance. 328, 329. — Le connaissance peut être à ordre. 322. — Mais alors l'endossement ne transfère la possession privilégiée qu'autant qu'il est régulier. S'il est irrégulier, il ne vaut que comme procuration. 330 et suiv. — Le connaissance n'est pas toujours négociable. 337. — Inutilité de l'endos d'un connaissance non négociable. 337. — Le connaissance peut servir de moyen de retenir la possession. 371.

CONSIGNATION. Les consignations faites d'emprunteur à prêteur résidant dans la même place, donneraient lieu à de graves abus si les tiers n'étaient protégés par de sages formalités. 130. — Des consignations du dehors et des consignations d'une même place. 143, 156 et suiv. — Des sous-consignations. 251, 169. — Utilité des consignations. *Préface*, p. v.

CONTRAINTE PAR CORPS. Elle a été mitigée avec raison. Elle n'a plus les caractères qu'elle avait jadis. 3.

CONTRAT ACCESSOIRE. Le nantissement est un contrat accessoire. 24.

CONTRAT DE BIENFAISANCE. Le nantissement est intéressé de part et d'autre. 32.

CONTRAT PIGNORATIF. Détails sur ce contrat. 507, 508, 509, 510, 525, 530, 531.

CONTRAT RÉEL. Le nantissement est un contrat réel ou parfait par la chose. 25. — La tradition y est nécessaire. 25. — L'antichrèse est un contrat réel. 524.

CONTRAT SYNALLAGMATIQUE. Le nantissement n'est pas un contrat parfaitement synallagmatique. 31. — Explication d'une proposition de Justinien à cet égard. 31.

CONTRAT DE SURETÉ. Cautionnement, hypothèque, nantissement. Ils sont les forteresses du droit civil. 2.

CONSENTEMENT. Du consentement dans le contrat de nantissement. 27.

CONSERVATION. De la conservation de la chose donnée en gage. 424.

CRÉDIT. Il faut qu'il prenne ses précautions pour éviter les surprises. 1. — Il s'appuie souvent sur la chose plus que sur la personne. 3. — Car le crédit personnel est souvent fragile. 2, 3. — Le crédit d'un négociant doit pouvoir se passer de ses immeubles. *Préface*, p. xiv.

CRÉANCES. Du gage des créances. 261, 262 et suiv. — Voy. *Effets négociables* et *Meubles incorporels*. Nécessité de la signification du transport. 265, 266. — Des significations tardives. 270 et suiv. Des significations faites après la faillite. 275, 276 et suiv. — Le gage des créances n'est valable que lorsque le créancier a été nanti des titres. — 277 et suiv. — Du gage des effets négociables. 282 et suiv.

CRÉANCIER. Droit du créancier sur le gage. 420 et suiv. — Ses obligations pour la garde et la conservation de la chose. 424 et suiv.

D

DATION EN PAYEMENT. L'antichrèse contient une dation en paiement. 533 et 594.

DATE CERTAINE de l'acte de nantissement. 197.

DÉFIANCE dans les rapports de société; il ne faut pas trop de défiance; mais il ne faut pas trop de confiance dans les rapports d'affaires. *Vigilantibus jura scripta sunt.* 2.

DÉPENSES. Des dépenses faites à la chose engagée par le gagiste. 434. — Des dépenses nécessaires et utiles. 435 et 436. — Des dépenses exagérées de la part de l'antichrésiste. 543.

DÉPÔT. Différence du gage et du dépôt. 34 et 426. — Le gage est un dépôt entre les mains du gagiste. 420.

DÉPÔT PUBLIC. Halle au blé, douane. Quand le gagiste est-il censé posséder la chose déposée dans un dépôt public. 305 et suiv. — Voy. *Transfert* et *Douanes*.

DÉPOSITAIRE, a un gage tacite. 45.

DESSAISSEMENT. Le gage dessaisit: c'est un inconvénient que n'a pas l'hypothèque. 8 et 9.

DOT. Si la femme dotée qui s'est réservé le droit d'aliéner sa dot peut la donner à antichrèse. 523.

DROIT. Coup d'œil sur cette science et sur la manière de l'étudier. *Préface*, p. xij.

DROIT CANON. Il condamne l'antichrèse. 501.

DROIT CIVIL. Base du droit commercial. Exposition de cette idée. *Préface*, p. vj, vij et suiv.

DROIT COMMERCIAL. Influence qu'il reçoit du Code civil. 421. V. aussi *Préface*, p. yj et suiv. — Ses règles sur la preuve des obligations. 434, 437. — Méthode à suivre dans son interprétation. 456. — Le droit commercial est très riche en matière de gage. 214. Voy. aussi *Préface*, p. iv.

DROIT DES GENS. Le nantissement est un contrat du droit des gens. 33.

DROIT RÉEL. On ne peut donner en gage un droit réel sur un immeuble. 295. — L'antichrèse ne donne pas un droit réel. 524, 573, 582.

E

EFFETS NÉGOCIABLES. Formalités du gage d'effets négociables. 148, 272, 453. — Détails particuliers à ce sujet. 282, 283. — Et des nantissements de lettres de change. 283, 284. — De valeurs industrielles négociables. 286. — Des reconnaissances du Mont de Piété. 291. — Des valeurs au porteur. 287. — Mode de vente du gage quand il consiste en effets publics. 407.

ÉGALITÉ entre créanciers dans une faillite. Observations sur ce principe. 106.

ENDOSSEMENT. L'endossement irrégulier du connaissance ne vaut que comme procuration. 330 et suiv. — L'endossement d'un connaissance à personne désignée ne vaut que comme simple mandat. 338. — On ne peut pas faire circuler par endossement une lettre de voiture qui n'a pas été créée à ordre. 341.

ENGAGEMENT. Du contrat d'engagement. Différence avec l'antichrèse. 504. — Rôle historique de l'engagement. Voy. *Préface*.

ENREGISTREMENT. Droit sur les consignations commerciales. 123.

ÉQUITÉ. Le nantissement emprunte ses règles essentielles à l'équité. 33.

ERREMENTS DE PROCÉDURE. Sens et origine de ce mot. *Préface*, p. iv.

ESCLAVES donnés en gage chez les Romains. 53. — Il y en a des exemples aux colonies. 53.

ÉTYMOLOGIE. Les juriconsultes romains n'ont pas toujours été forts en étymologie. 6. — Exemple pris de la mauvaise étymologie qu'ils donnent du *pignus*. Ils font venir à tort ce mot de *pagnus*. 6.

EXPÉDITION de la marchandise. Importance de la convention d'expédition dans les matières de consignation. 131, 132 et suiv. — Quand le gage porte sur des marchandises expédiées, on ne suit pas les formalités de l'article 2074 du C. c. 156. — Mais faut-il que l'expédition soit faite nommément et directement. 160 et suiv. — Celui à qui l'expédition est faite ne peut-il pas consigner lui-même à un autre la chose expédiée et donner privilège en transmettant le connaissance ou la lettre de voiture. 160. — Conditions nécessaires pour qu'il y ait expédition dans le sens de la loi. 160, 161. — On peut vendre et mettre en gage la chose expédiée. 161. — L'expédition dispense de l'art. 2074 lors même que les parties habitent la même place. 164, 165, 166, 170. — Quand commence l'expédition. 303. — Du connaissance comme moyen de saisir le gagiste de la marchandise qui voyage. 322, 323 et suiv. — Moyens de conserver la possession de la marchandise qu'on expédie. 351 et suiv., 371, 372.

F

FACTURES. De la facture comme moyen de saisir le gagiste. 349. — Peut-elle être à ordre. 320. — Le porteur de la facture est censé maître de la chose. 335.

FAILLITE. De l'égalité des créanciers dans un cas de faillite; observation sur cette règle d'égalité dont on fait quelquefois mauvais usage. 106. — Au moment de la faillite, il se fait souvent des détournements désespérés que la loi a voulu prévenir. 165, 173, 176, 186, 187, 188. — Influence de la faillite sur le privilège du gagiste. 257 et suiv., 275, 276, 347, 348. — Des significations de transport en gage faites après la faillite. 276 et suiv.

FAUTE. De la faute en matière de gage. 424 et suiv. — Et dans l'antichrèse. 544.

FEMME MARIÉE. Sa capacité pour donner ses biens à antichrèse. 520.

FIDUCIE. Dépenses de la fiducie à Rome. 5. — Rôle qu'elle a joué et comment elle a disparu. 5. — Fut le mode primitif de constituer le gage. 384.

FORCE MAJEURE. Elle n'est pas imputable au gagiste. Quand y a-t-il force majeure. 434.

FORMALITÉS DU GAGE. En droit civil. 440. — Et en droit commercial. 445 et suiv., 437, 439. — Formalités du gage pour les effets négociables. 445. — Et pour le privilège de l'ouvrier. 448. — Et pour les opérations des banques publiques. 451. — Et pour le cas où la marchandise a été expédiée. 456, 457 et suiv., 464, 465, 466, 470. — Dans ce cas, on ne distingue pas la qualité du prêteur. Quand même il ne serait pas commissionnaire, il a privilège sur la marchandise expédiée de place en place. 459. — Condition de l'expédition. 460, 461. — Formalités du gage pour le cas où les parties habitent des places différentes, mais où le gage est sur la place du débiteur. 474, 472 et suiv. — Détail des formalités que doit contenir l'acte de nantissement. 486 et suiv. — Les tribunaux sont sévères sur l'observation de ces formes. 490. — Des nantissements déguisés sous forme de vente. 204, 307. — L'art. 2074 est-il applicable en matière commerciale quand l'avance précède la réception du gage. 218, 219, 220, 221 et suiv. Voy. *Avances*. — Formalités de l'antichrèse. 544.

FRUITS. Saisie des fruits de la chose donnée à antichrèse. 594. — Des fruits de la chose engagée. 437. — Des fruits dans l'antichrèse et de leur compensation avec les intérêts. 497, 565. — Caractère des ventes de fruits. 519. — Et leur effet. 580. — Compte des fruits dans

l'antichrèse. 534. — De l'influence de la saisie de l'immeuble sur les fruits cédés à l'antichrésiste. 593.

G

GAGE. Sûreté du gage. Ses avantages sur le cautionnement. 2. — Le gage a l'inconvénient de dessaisir. L'hypothèque a sur lui un avantage marqué sous ce rapport. 9. — Historique du gage. 17. — Existant chez les juifs. 17. — Et chez les Grecs. 18. — Chez les Romains. 18. — Chez les Barbares. 19. Voy. *la Préface*, pages iij et suiv. — Gage de bataille. *Préface*, page iij. — Étymologie du mot *gage*. 22. — A proprement parler, il ne s'applique qu'au nantissement des meubles. 21, 22. — Cependant il a quelquefois plus d'étendue. 22. — Du gage tacite. 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 48. — En quoi il diffère du gage conventionnel. 49, 246. — Le nantissement des choses mobilières s'appelle *gage*. 50. — Des choses susceptibles de gage. 51 et suiv. — On argumente quelquefois de la vente au gage. 51, 85. — La fin du gage est de convertir la chose en prix. 52. — Gage des choses d'autrui. 59 et suiv. — Différence du gage et de l'antichrèse. 588. — Les emprunts sur gage se font souvent au profit de personnes qui ne veulent pas être connues. 79. Des sous-gages. 82, 169, 251. — Le gage s'étend aux accessoires. 84. — Des personnes capables de conférer un gage. 85 et suiv. — Du privilège du gagiste. 89. — Utilité de ce privilège. 89, 90. — Son origine. 91. Voy. *Privilège du gagiste*. — Le gage donne un droit réel. 96. — Gage de la chose expédiée. 461. — A quoi s'étend le gage et le droit privilégié du gagiste. 207 et suiv. Voy. *Avances*. — On ne peut donner au gage un droit réel sur un immeuble. 295. — Des gages d'immeubles sous forme de vente. 204, 307. — Le

gage peut être donné par un tiers. 375, 376. — Vente du gage. 406 et suiv. — Le gage ne prive pas le débiteur de la propriété de la chose. 416 et suiv. — Retrait de la chose engagée. 419. Voy. *Vis-gage* et *Mort-gage*.

GAGIÈRE. Définition de ce contrat dans la coutume de Metz. 505.

H

HYPOTHÈQUE. Elle est une extension perfectionnée du cautionnement. 3. Voy. *la Préface*. — Elle n'a été établie qu'après le nantissement proprement dit. 4. — En quoi elle diffère du nantissement. 4, 38. — Avantage qu'elle a sur le gage. 8 et 9, 38. — Elle vient des Grecs; aperçu de son adoption à Rome. 10. — De la concurrence des créanciers hypothécaires avec l'antichrésiste. 572 et suiv. — L'antichrèse est bien moins favorable au crédit que l'hypothèque. *Préface*, page xvj.

I

IMPENSES. Des impenses faites à la chose par le gagiste. 434. — Impenses nécessaires et utiles. 435.

INDIVISIBILITÉ DU GAGE. 480 et suiv.

INTÉRÊT. L'intérêt n'est pas toujours contraire à la bonne foi. 32.

INTÉRÊTS. Des intérêts d'une créance donnée en gage. 439. — Compensation des intérêts avec les fruits dans l'antichrèse. 497 et suiv. et 565 et suiv.

L

LETTRE DE VOITURE. Est un moyen de mettre le gagiste en possession de la chose qui voyage. 339. — Peut être faite à ordre. 340. — On ne peut la négocier que lorsqu'elle a été créée à ordre. 341. — Formes de la lettre de voiture. 342.

LOCATEUR. Passe après le gagiste. 103.

LOUAGE. Renferme un gage tacite. 40.

M

MAGASIN. Sens de ce mot dans le droit commercial: Partout où est la marchandise dont le négociant a la disposition, là est son magasin. 304.

MAISON DE PRÊT SUR GAGE. De celles qui sont autorisées conformément à l'art. 2084 du Code civil. 485.

MANDAT. Du mandat renfermé dans l'endos. 332 et suiv.

MANDAT TACITE se présume facilement en matière de gage. 79.

MANDATAIRE. Le gagiste peut utilement posséder par le ministère d'un tiers, son mandataire. 345. — Du mandataire obligé en nom personnel, et du mandataire *nudus minister*. 359.

MARCHANDISE. A des qualités très propres au gage. *Préface*, p. v.

MEUBLES. En fait de meubles, la possession vaut titre. Application de cette règle au gage de la chose d'autrui. 73, 74, 75 et suiv.

MONT DE PIÉTÉ. *Préface*, p. j. — Des monts de piété ; leur origine, leur développement, leurs fonctions ; leur privilège en matière de gage établi par l'art. 2084 du Code civil. 485 et suiv.

MORT-GAGE. C'était le nom de l'antichrèse. 503. Origine de cette dénomination. 503. Caractère du mort-gage dans la Flandre. 503.

MEUBLES INCORPORELS. Du gage des meubles incorporels. 264, 262. — De la signification du transfert de la créance. 265, 266. — Voy. *Signification*. Le gagiste doit recevoir les titres. 277 et suiv. — Du gage des effets négociables. 282 et suiv. — Voy. *Effets négociables*. — Sens des mots : *meubles incorporels*. 294.

N

NANTISSEMENT. Son origine. Esprit qui a présidé à son établissement. 1. — Son utilité et ses avantages sur le cautionnement. 2. — Le crédit a besoin de s'appuyer sur la chose. 3. — Nantissement de choses corporelles et incorporelles, mobilières et immobilières. 4. — Différence entre l'hypothèque et le nantissement. Forme du nantissement en droit romain. 5. — De la fiducie. 5. — Du *pignus* ou gage d'après le droit naturel. 6, 7. — Inconvénient du dessaisissement occasionné par le gage. 8. — Du nantissement et de l'hypothèque. 9 et 10. — Actions découlant du nantissement. 13, 29, 30. — Le gage ou nantissement se trouve chez tous les peuples civilisés. 17. — Son histoire. 17, 18, 19. — Voy. aussi la *Préface*. Etymologie du mot *Nantissement*. 20, 21. — Le nantissement est un contrat accessoire. 24. — Il suppose une dette principale. 24. — Est un contrat réel ou parfait pour les choses. 25. — La tradition y est nécessaire. 25, 26, 27. — N'est pas parfaitement synallagmatique. 31.

— Est intéressé de part et d'autre. 32. — Est du droit des gens et fondé sur l'équité. 32, 33. — Différence entre le nantissement et le prêt et le dépôt. 34. — Et le cautionnement. 35. — Et l'otage. 36, 37. — Le nantissement affecte quelquefois les formes de la vente. 39. — Du nantissement tacite. 40 à 49. — Le nantissement des meubles s'appelle *gage*. 50. Voy. ce mot. — On ne peut donner un droit réel en nantissement. 295.

O

OTAGE. Rapport de l'otage et du nantissement. 36. — Caractère de l'otage. En quoi il n'est pas comparable au gage de la chose. 36. — Il n'est guère pratiqué que dans les traités de paix. 37.

OUVRIER. A un gage tacite sur la chose ouvrée et par lui détenue. 41. — De l'ouvrier qui améliore la chose par son travail. Conservation de son privilège. 148.

P

PACTE COMMISSOIRE. Ce pacte est une source d'abus ; c'est pourquoi il a été pros crit. 377 et suiv. — Diverses questions à ce sujet. 386 et suiv. — Du pacte comissoire dans l'antichrèse. 559 et suiv.

PERSONNES capables de conférer un gage. 85. — Et une antichrèse. 517 et suiv.

PIGNORATIF. Contrat pignoratif. 507, 508, 509, 510 et suiv., 529, 530, 531.

PIGNUS. C'était chez les Romains le gage suivant le droit naturel. 6. — Définition de ce mot par les jurisconsultes romains. 6. — Portée primitive du *pignus*. 7, 12, 13. — Sens plus ou moins étendu du mot *pignus* dans le droit romain. 16.

PLACE DE COMMERCE. Qu'entend-on par là. 142. — Des commerçants qui vendent sur la même place ou dans des places différentes. 143. — Importance de ce point pour distinguer les consignations du dehors ou celles de la même place. 143, 144, 180. — Des opérations faites en passant dans une place étrangère. 144.

POSSESSION. En fait de meubles, possession vaut titre. Application de cette règle au gage de la chose d'autrui. 72, 73, 74, 75 et suiv. — La possession sert de base au privilège du gagiste. 96, 97. — Sans possession, point de privilège de gagiste. 97, 98, 99. — Caractère de cette possession. 99. — L'ouvrier perd son privilège en perdant la possession. 150. — La signification du transport en gage est une prise de possession. 276. — Pour que le gagiste à qui des créances ont été données en nantissement soit censé mis en possession, il faut que les titres lui soient livrés. 277. — La possession est indispensable pour que le gagiste puisse réclamer un privilège. 296 et suiv. — Caractères que doit avoir cette possession. 289. — Doit-elle être réelle, et faut-il écarter la possession appelée *feinte*. 299, 300 et suiv., 315, 316. — Possession de la marchandise qui voyage. Comment le gagiste peut-il l'acquérir. 303, 304 et suiv. — De la possession de la chose qui ne voyage pas. Quand est-elle censée avoir lieu. 304. — Des dépôts publics. 305. — Le gagiste peut avoir la possession de la chose, bien qu'il soit convenu que le débiteur la soignera. 309 et suiv. — Du mélange de plusieurs possessions. 315, 316, 317. — Le connaissance procure quelque chose de plus qu'une possession feinte. 325, 326. — De la possession à l'arrivée de la marchandise ; quand le gagiste en est-il saisi. 344, 345. — Le gagiste peut posséder par un tiers. 345. — Époque à laquelle la prise de possession est tardive, et de la possession postérieure à la faillite. 257, 258, 274, 275, 276, 347, 349. — Le gage se perd avec la posses-

sion. 350. — Moyen de la retenir en cas d'expédition. 351 et suiv., 371. — Possession du gage remise à un tiers convenu. 373, 374. — De la possession dans l'antichrèse. 513, 533.

PLEIGE. Proverbe de Loisel sur les pleiges ou cautions. 2, 35.

POTHIER. Son éloge. *Préface*, p. xxxix et suiv.

PRESCRIPTION. De la prescription en matière de gage. 478, 475. — La possession de l'antichrésiste empêche la prescription contre lui. 551.

PRÊT. Si tous les hommes étaient parfaits, on prêterait à la probité plus qu'à la propriété. 2. — Différence du prêt et du gage. 34. — Le prêt sur consignation est favorable dans le commerce. Il a privilège sur les marchandises expédiées au prêteur. 105, 159, 174. — Des prêts successifs et de leur privilège sur le gage. 256. Voy. *Avances*.

PRÊTEUR romain. Beaucoup de choses favorables à l'équité lui sont dues. 15.

PRIVILÈGE du gagiste. 89 et suiv. — Son utilité. 89, 90. — Son origine. 91. — Il est très ancien dans le droit français. 94, 95. — Il confère droit spécial, réel et privilégié. 96. — Il a son fondement dans la possession du gagiste. 96. — Ce privilège est favorable. 100, 106. — Et est préférable au privilège du vendeur. 100. — Et à celui du propriétaire locateur. 103. — *Quid* à l'égard des privilèges généraux. 104, 105. — Il n'est pas vrai que le privilège du gagiste doive être restreint. 106. — Il faut lui être équitable. 107. — Condition d'existence du privilège du gagiste. 108. — Sous le rapport de la forme : ancien droit. 108, 109. — Règles du Code civil. 110. — Mais ces règles spéciales ne sont établies qu'à l'égard des tiers. 114. — L'art. 2074 est-il applicable au gagiste commercial. 115 et suiv. — Discussion développée à cet égard. 120 et suiv. — Il est applicable lorsque les deux négociants habitent la même place et

qu'il n'y a pas expédition. 128, 139. — L'art. 2074 est-il nécessaire pour le privilège du gagiste sur des effets négociables. 445. — Et pour le privilège de l'ouvrier qui a amélioré par son travail la chose qu'il possède. 448. — Et pour les banques publiques. 451. — Et pour le cas où la marchandise a été expédiée. 456, 457 et suiv., 464, 465, 470. — Conditions de l'expédition. 461. — L'article 2074 est-il applicable lorsque les parties commerçantes habitent des places différentes, mais lorsque la chose est dans le lieu de la résidence du débiteur. 474, 472 et suiv. — Détail des formalités que doit contenir l'acte de nantissement. 486. — Et rigueur de ces formes. 490. — Des nantissements déguisés sous forme de vente. 204. — Étendue du privilège du gagiste. Sens du mot *avances*. 207 et suiv. Voy. *Avances*. — Du consignataire et de son privilège. 469, 251. — Privilège des avances faites successivement. 256. — De l'influence de la faillite sur le privilège du gagiste. 257. — Du privilège du gagiste dans le cas où le gage est donné sur des meubles incorporels. 261, 262 et suiv. — De la possession nécessaire pour le privilège du gagiste. 295 et suiv. Voy. *Possession*. — Si l'on peut confondre le privilège avec le droit de rétention. 446.

PROMESSE. Des promesses de nantissement. 28, 237.

PROPRIÉTÉ FONCIÈRE. N'est pas la cause ordinaire et normale du crédit d'un négociant. *Préface*, p. xiv, xv.

R

RÉMÉRÉ. Différence du réméré et du gage. 507 et suiv.

RENONCIATION. De la renonciation à l'antichrèse. 554 et 555.

RÉPARATIONS. Des réparations dans l'antichrèse. 540.

RÉSIDENCE DU NÉGOCIANT. D'où s'induit-elle. Comment elle s'établit. 442, 443, 444, 480. V. *Place de commerce*.

RÉSOLUTION DE LA VENTE. Si la revendication par le vendeur n'est qu'une résolution de la vente. 404. — De la résolution de la vente en droit commercial. 402.

RÉTENTION (droit de). Originellement le *pignus* ne conférait qu'un droit de rétention. 7, 42. — Droit de rétention de l'ouvrier. 41. — Du droit de rétention 442 et suiv. — Sa nature. 444. — Si on peut le confondre avec le privilège. 446. — Rétention de l'antichrésiste. A quoi s'étend. 439. — Contre qui peut être opposée. 575 et suiv., 586.

REVENDEICATION accordée au vendeur. Son caractère, son fondement, sa portée. 401. — Le commissionnaire pour acheter, qui expédie la marchandise à son commettant, peut-il la revendiquer sans lui. 354, 355 et suiv. — Peut-on assimiler le commissionnaire à un vendeur fictif. 357. — La revendication ne doit pas être étendue : le droit commercial ne l'admet qu'avec des limitations et des réserves. 363, 364. — Le Code de commerce n'a nulle part attribué au commissionnaire un droit de revendication. 366. — Fondement de la revendication accordée au vendeur. 367, 368. — Revendication, par le débiteur, de la chose engagée. 419.

S

SAISIE. Contient un gage tacite. 46. — Saine-gagerie. Les meubles saisis y sont le gage du louage. 48. — Si les tiers peuvent saisir sur le gagiste la chose engagée. 458, 459. — Saisie de la chose antichrésée, et de son influence sur l'antichrèse. 593, 574 et suiv. — Des saisies de fruits et de leur influence sur l'antichrèse. 594.

SIGNIFICATION. Nécessité de signifier l'acte de nantissement de la créance. 365, 366 et suiv. — Elle rend les fraudes plus difficiles. 265. — Des significations tardives. 270

et suiv. — De la signification faite après la faillite. 273, 274, 275. — La signification est une véritable prise de possession. 276.

SOUS-CONSIGNATION. Voy. *Sous-gage*.

SOUS-GAGE, en latin *sub pignus*. 82. — On peut donner en gage la chose engagée. 82, 423. — Les sous-consignations sont usitées dans le commerce. 251. — Le sous-consignataire a-t-il privilège. 251. — Avantage des sous-consignations. 303.

SUBROGATION. Si le commissionnaire pour acheter est subrogé à l'égard de son commettant au privilège de son vendeur. 358, 359 et suiv.

T

TACITE. Du gage tacite. 40. — Exemples fréquents. 40, 41, 42. — En quoi il diffère du gage conventionnel. 49, 246. — La règle : *eadem est vis expressi ac taciti* n'est pas toujours vraie. 49. — Mandat tacite se procure facilement en matière de gage. 79. — Gage tacite de l'ouvrier. 448.

TIERS. La loi commerciale est très attentive à l'intérêt des tiers. 102. — Pour maintenir son privilège à l'égard des tiers, le gagiste a des formalités à remplir. 114. — Nécessité de protéger l'intérêt des tiers. 114, 139, 140. — Le gagiste peut utilement posséder par le ministère d'un tiers. 345. — Du cas où le débiteur et le créancier conviennent d'un tiers auquel sera remise la possession de la chose. 373, 374. — Le gage peut être donné par un tiers. 375. — Droit des tiers contre l'antichrésiste. 572 et suiv.

TRADITION. Est de l'essence du nantissement. 25, 26, 27. — Mais il n'est pas nécessaire que le contrat commence par la tradition. 27, 241. — Époque à laquelle le gagiste

la reçoit tardivement, et, par exemple, du cas de faillite du débiteur. 348, 349.

TRANSFERT EN DOUANE. Son caractère et ses effets, pour la possession du gagiste. 305, 306.

TRANSPORT. Signification du transport en gage. 265, 266, 268. Voy. *Signification*.

U

USAGE. Les usages du commerce doivent être respectés. *Préface*, p. viij. — Leur origine. *Préface*, p. viij, et n° 122. — Puissance des usages commerciaux. 324.

USURE. Le gage mobilier sert quelquefois de manteau à l'usure. *Préface*, p. j. — Le droit canon défendait l'antichrèse comme usuraire. 501.

V

VENDEUR. Le privilège du vendeur est moins favorable que celui du gagiste. 100. — De la revendication accordée au vendeur en droit commercial. 367.

VENDEUR FICTIF. Le commissionnaire pour acheter qui expédie la marchandise à son commettant est-il censé être à son égard un vendeur fictif? 357 et suiv.

VENTE. Le nantissement affecte quelquefois la forme de la vente. 39. — Les nantissements de créances se font souvent sous forme de vente. 35. — On argumente quelquefois de la vente au gage. 51, 85. — De la revendication en cas de vendeur non payé. 101. — De la résolution de la vente en droit commercial. 402. — On peut vendre une chose expédiée. 461. — Des nantissements déguisés sous forme de vente. 204, 307.

VENTE DE FRUITS. Son caractère. 519. — Effet des ventes de fruits à l'égard des tiers. 576, 579, 580.

VENTE DU GAGE. 406 et suiv. — Originellement le *pignus* ne conférait pas au créancier le droit de vendre le gage. 7. — Comment ce droit de vente s'est introduit. 13. — Mode de vente du gage quand il consiste en effets publics. 407. — De la vente de la chose antichrésée à l'antichrésiste. 559 et suiv.

VENTE A RÉMÉRÉ. Le nantissement avait à Rome la forme de vente à réméré. 5. — Différence du contrat d'engagement et de la vente à réméré. Voy. *Préface* et nos 507 et suiv., 528, 529.

VIF GAGE. Sens de ce contrat. 503.

VOIE PARÉE. Clause de la voie parée. 563.

VOITURIER. A un gage tacite. 44.

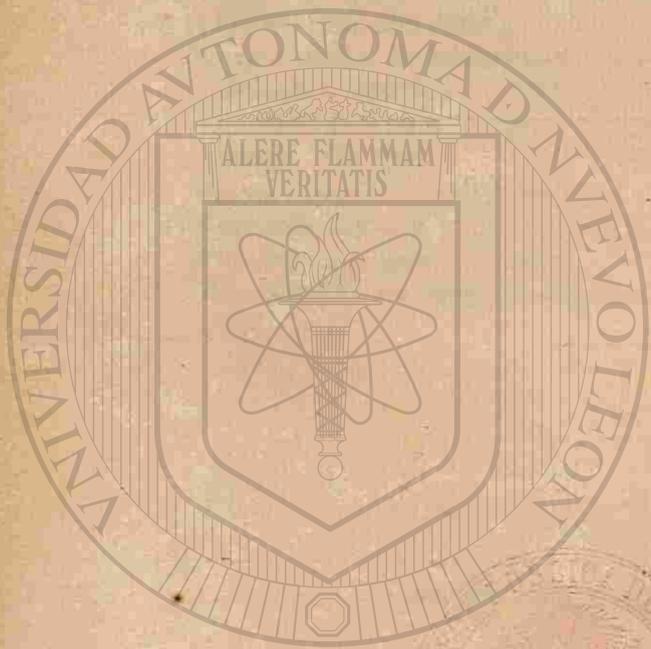
VOL. Quand le vol doit-il être imputé à force majeure. 431.

FIN DES TABLES. *M.*

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN

DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS





UANL

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN



DIRECCIÓN GENERAL DE BIBLIOTECAS

OTE