

Testemalle

21869

Thèse pour le Doctorat.

Dissertation sur les privilèges mobiliers principalement admis en matière commerciale et sur les garanties correspondantes qui les remplaçaient dans la législation romaine et dans la jurisprudence coutumière. (Le droit maritime et le droit fiscal ou administratif exceptés).

DROIT ROMAIN.

CHAPITRE I.

Idées générales sur l'origine et le développement des droits de préférence et de suite relativement à nos privilèges mobiliers et à notre droit commercial.

1. L'accomplissement des obligations : tel est le premier des devoirs sociaux ; car son observation fonde les sociétés et les élève au progrès.

La conscience suffit seule pour le révéler. Mais il est évident que, s'il était abandonné à la raison humaine, guidée par le principe de justice et de bonne foi, il deviendrait souvent inefficace, peut-être même illusoire. Forcé est donc de mettre, au service de la personne qui a un



droit à exercer contre une autre, un moyen de contraindre celle-ci à l'accomplissement de son obligation.

2. Deux voies sont ouvertes au législateur pour arriver à ce but. Il doit frapper le débiteur dans sa personne ou dans ses biens.

Dans les sociétés encore barbares, c'est la personne qui répond corporellement et en premier lieu des engagements contractés. Pour arriver jusqu'aux biens, le créancier doit s'emparer de la personne, puis la détruire aux yeux de la loi en mettant à mort le débiteur ou en le réduisant à l'esclavage (*Troplong*).

Cet usage dure peu. Contemporain du règne exclusif de la violence et de la force brutale, il se modifie dès que la tribu passe de l'état nomade à l'état sédentaire. Il perd de sa rigueur, à mesure que la raison prend de l'empire sur la barbarie ; et, à peine l'idée de spéculation et de bien-être a-t-elle tourné l'activité guerrière vers le travail et la production des revenus, que l'exécution sur les biens s'établit insensiblement à côté de l'exécution sur la personne. Désormais, les créanciers peuvent compter sur deux garanties distinctes : la responsabilité morale et physique du débiteur, puis, l'obligation juridique de ses biens.

3. Les engagements, pris en observant les formalités légales, continuent à donner, aux créanciers, si la dette n'est pas acquittée à l'échéance, la faculté de tuer, de vendre, d'opprimer le débiteur, et de succéder aux droits absolus qu'il possède, tant sur les biens que sur les personnes de sa famille (*nexum romain, obnoxio germanique*). Or, dans un milieu social qui supporte et nécessite de tels excès, quel sera le créancier préféré, si tous ne peuvent pas être soldés intégralement ? Ce sera ou le plus

fort ou le premier qui s'emparera du débiteur ou le premier qui s'en fera adjudger la propriété ou l'impignoration, comme s'il s'agissait d'un meuble. L'idée qu'une créance soit préférable aux autres, à raison de sa qualité ou de la condition du titulaire, ne se présentera pas à leur esprit. Pour eux, toutes les causes de préférence dérivent ou de la supériorité de force ou du fait de la première occupation ou de la décision du pouvoir.

L'intelligence de ces hommes est si bornée, leur ignorance si profonde, qu'il leur est tout à fait impossible de décomposer le droit sur les choses : D'attribuer à l'un les pouvoirs et les avantages extérieurs de la propriété, de réserver à l'autre la faculté de suivre les objets entre les mains du détenteur pour le mettre dans la nécessité d'acquitter la dette d'autrui ou d'abandonner ce qu'il possède. Le hasard et l'instinct les conduiraient à quelque chose de semblable qu'il n'en résulterait pour eux aucune utilité pratique. Toute poursuite judiciaire aboutirait en dernier lieu à la personne et non à la propriété.

4. Donc, par rapport aux biens et aux biens seuls, tant que prédomine presque exclusivement l'exécution sur la personne l'exercice juridique d'un droit réel de préférence entre les créanciers ou de suite contre les tiers détenteurs, est forcément exclu par l'état naturel des choses. Mais il n'en est pas de même par rapport à la personne. Comme nous l'a judicieusement observé notre savant et honoré maître M. Molinier, deux chartes relatives à la ville de Toulouse (1197 et 1198), que ce jurisconsulte a découvertes et commentées avec beaucoup d'érudition, démontrent que dans la partie méridionale de la France, les créanciers avaient à une époque très reculée une sorte de droit réel, une hypothèque tacite sur le corps même du débiteur. Cette hypo-

thèque, qui à la plus grande analogie avec l'hypothèque romaine, pouvait s'exercer contre les tiers, était susceptible d'une véritable subrogation, et restait soumise aux règles générales de la priorité et de la préférence hypothécaires. Mais il n'y a là qu'un cas particulier, exceptionnel, unique peut-être dans la législation, qui laisse intact le principe que nous avons émis d'une manière trop générale par rapport aux biens.

5. Peu à peu, l'intérêt mieux entendu des créanciers, l'adoucissement général des mœurs, l'établissement d'une justice régulière, dans la société romaine la diffusion de la philosophie, plus tard dans les royaumes barbares la régénération du christianisme, tout conspire à déterminer une réaction profonde contre les abus de la responsabilité corporelle. A cette époque le prix des biens, s'il était suffisant pour désintéresser le créancier, rachetait la personne. Et l'on conçoit que dans la pratique, le débiteur, pour éviter la mort ou l'esclavage, ne se laissait condamner, ne se laissait saisir qu'après l'entier épuisement de son patrimoine. Ce qui était un usage constant et général, devint une loi ; et ainsi fut admis le principe humanitaire qui régit les peuples modernes : que le patrimoine est en première ligne la garantie réelle des créanciers (*Dalloz*).

Mais depuis ce premier essai du droit de poursuite sur les choses considérées en elles-mêmes, et comme n'étant plus un accessoire, une dépendance de leur propriétaire : quelle immense distance et sous le rapport des temps et sous le rapport des idées ne nous sépare-t-elle pas de l'époque, où la contrainte corporelle pour dettes a disparu des législations civilisées ; ou bien, si elle n'est pas encore radicalement abolie, n'est plus prononcée que dans quelques cas exceptionnels, et lorsque seulement l'intérêt public exige une restriction temporaire de la liberté !

6. A l'origine du droit civil romain il est probable qu'on ne connaissait que la contrainte sur la chair. Si l'exécution sur les biens a pu dans une certaine mesure, sous les actions de la loi, s'allier à la contrainte personnelle, elle n'occupe dans la législation qu'une place secondaire. C'est seulement l'introduction de la *bonorum venditio*, qui a donné à cette exception le rôle principal, et permis aux véritables droits de préférence et de suite de faire leur apparition dans les lois.

Cette grande révolution fut amenée au commencement du système formulaire par l'embarras où étaient les créanciers d'obtenir paiement. L'exécution sur la chose, objet du droit, était exclue (*Gaius* 4-48), sauf peut-être pour le *jussus* au cas d'action arbitraire. Toute condamnation était pécuniaire, tout droit réel ou personnel aboutissait à une somme d'argent, et cette créance ne donnait droit que sur la personne du débiteur, de sorte que son avoir échappait aux créanciers en bien des cas (*Ortolan*).

7. Pour remédier aux inconvénients pratiques d'un tel système, le préteur favorisa l'usage de la *venditio bonorum*, qui présenta pour la première fois un système général d'exécution sur les biens ; de sorte que le vrai principe s'établit que, toutes les fois qu'il s'agit d'une somme d'argent, la loi romaine permet au créancier de saisir et de vendre les biens du débiteur, et de se payer sur le prix sans l'emploi d'aucune contrainte personnelle. Désormais, au lieu de la personne, c'est l'universalité des biens qui garantit le paiement des créances. (*Tambour*).

8. Cet état de choses n'est pas sans offrir de grands inconvénients. Tant que le débiteur n'est pas rendu incapable de s'obliger, il conserve le pouvoir de diminuer le gage général de ses créanciers soit en contractant de nouvelles dettes

soit aussi en disposant des biens qui composent son patrimoine. D'autre part, à mesure que les effets rigoureux de l'action contre la personne s'effacent devant l'institution prétorienne de la *missio in possessionem bonorum*, la loi doit permettre aux créanciers de chercher des garanties qui les mettent à l'abri tant de la mauvaise foi que de l'insolvabilité du débiteur. En se plaçant à ce point de vue, on conçoit déjà que certains créanciers peuvent avoir une position meilleure que les autres, et par suite qu'ils seront payés avant eux sur les biens qui forment le gage commun. On conçoit également que, si des tiers étrangers aux rapports des créanciers et du débiteur se trouvent détenir sans droit les objets de ce dernier déjà affectés aux paiements des créances, ils pourront être contraints de délaisser ces objets, si mieux ils n'aiment désintéresser les poursuivants.

C'est ainsi que l'exécution sur les biens entraîne forcément des situations plus favorables et permet, sans blesser la justice, de reconnaître des causes légitimes de préférence entre les créanciers et de poursuite en délaissement contre les tiers. Le droit de préférence apparaît en effet, dans les relations des créanciers entr'eux, il permet à certaines personnes d'être payées avant les autres sur le prix de l'objet grevé du droit de préférence. Le droit de suite s'exerce au contraire dans les relations des créanciers et des tiers ; il permet aux créanciers qui le possèdent d'atteindre l'objet grevé entre les mains d'un tiers-détenteur.

9. Une fois introduite dans la législation, l'exécution sur les biens, qui représente un principe juste et fondamental devient indépendante des divers changements que subit la procédure. Ainsi la *venditio bonorum* pourra disparaître avec la procédure formulaire : le système des *judicio extra-*

ordinaria conservera son principe. La législation romaine sur l'insolvabilité pourra être transportée dans la Gaule ; la confusion et la diversité des coutumes pourront résulter de la conquête des Germains et de la formation de la féodalité. Toujours durant cette longue période, qui s'étend de 406 à 1673, le débiteur en s'obligeant obligera tous ses biens, les créanciers saisiront et ses meubles et ses immeubles : l'exécution sur les biens formera le droit commun de la France coutumière (*Merlin, Laferrière*).

Durant cette même période, par suite du développement du commerce, de l'industrie et du crédit, les moyens de procédure et d'exécution, employés par la justice ordinaire, deviendront incommodes et insuffisants pour le négoce. La coutume commerciale, obéissant à la nécessité, inventera plusieurs procédés pour s'assurer les biens du débiteur plus en harmonie que ceux du droit commun avec la rapidité et la sécurité que réclament les opérations des commerçants. Mais, qu'il s'agisse de faillite ou de déconfiture, dans le dernier état de l'ancienne jurisprudence comme dans le droit actuel, l'engagement personnel emporte, pour le créancier, le droit de poursuivre le paiement de ce qui lui est dû sur les biens de son débiteur. Tous les biens du débiteur, mobiliers et immobiliers, présents et futurs, sont la garantie de son obligation, et cette garantie s'applique à toutes les obligations sans distinction. (*Aubry et Rau*).

10. De ces préliminaires il résulte qu'en principe, dans la procédure française de la faillite comme dans la *venditio bonorum* de Rome, les créanciers d'une même personne ont tous un droit égal sur les biens saisissables, sans que le juge puisse prendre en considération la date ou la qualité respective de leurs titres. Vienne l'insolvabilité du débiteur commun : si le prix des biens reste inférieur à la somme des

créances, il se répartit entr'elles par contribution et au marc le franc, c'est-à-dire par portions proportionnelles aux droits. Nul en ce cas n'obtient un paiement intégral.

11. Une telle situation empirée par le droit que conserve le débiteur, en droit romain, jusqu'au décret d'envoi en possession des biens, en droit français jusqu'au jugement déclaratif de faillite, de disposer de son patrimoine, et par conséquent de diminuer le gage général de ses créanciers ; une telle situation démontre surabondamment que les garanties du droit commun ne sont pas toujours suffisantes pour donner pleine sécurité aux affaires. Aussi ne sont-elles pas les seules qui puissent protéger les créanciers contre les dangers et les inconvénients de l'insolvabilité du débiteur.

La loi autorise les créanciers à prendre des sûretés personnelles en multipliant le nombre des débiteurs, ou à se faire céder des sûretés réelles par l'affectation spéciale d'un bien au paiement d'une dette. Cette affectation donne au créancier qui l'a obtenue, le droit de se payer sur le bien grevé de sa dette par préférence aux autres. Entrée dans cette voie, la loi va encore plus loin : en dehors de toute stipulation, elle accorde de semblables garanties à certains créanciers, par cela seul qu'ils ont un droit ou qu'ils se trouvent dans une condition plus favorable que les autres.

12. Cet ensemble de garanties réelles, qui placent les créanciers en dehors des règles ordinaires, varie suivant les temps et les lieux. Il comprend, chez nous comme chez les Romains, mais avec de grandes différences, le gage, l'hypothèque, le privilège et le droit de rétention.

Dans ces quatre institutions se trouvent organisés de diverses manières les droits de préférence et de suite applicables aux meubles. En principe, tant que l'objet grevé de

ces droits reste dans les mains du débiteur, il ne peut être question de droit de suite, mais simplement de droit de préférence. Pour concevoir le droit de suite, il faut toujours supposer que l'objet est sorti du patrimoine du débiteur.

13. Le gage et le droit de rétention ont pris naissance en même temps dès les premiers rapports des hommes. En effet, quand on se défie de la bonne foi ou de la solvabilité d'une personne, quoi de plus simple que de se faire remettre une chose, dont la privation la porte à payer ; ou, si elle ne paie pas, dont la valeur serve d'indemnité ? Quand un créancier se trouve détenir une chose appartenant à son débiteur, quoi de plus naturel que de la conserver, jusqu'à ce que la dette soit totalement acquittée ?

Au contraire, l'hypothèque et le privilège n'appartiennent ni à ces conceptions premières qui se présentent à l'esprit dénué de culture et de réflexion, ni à ces institutions primitives qui découlent sans effort des relations sociales. Ils supposent une organisation assez avancée de la propriété, de la procédure et des contrats, des notions plus ou moins précises sur les droits réels et sur les droits de créance (*Daloz*).

14. Si nous remontons à l'origine des droits de préférence et de suite, nous rencontrons la propriété comme le type le plus complet et le plus vulgaire du droit réel, qui les comprend tous deux. C'est elle qui, la première, a relié un homme à une chose, elle a produit ainsi l'action en revendication. Puis le bien d'homme à homme, l'obligation, cherchant à se fortifier, s'est combinée avec le droit réel, avec l'action en revendication ; et de cette heureuse association sont sortis des droits plus solides, garantis par une action personnelle et par une action réelle, par le lien avec la personne et par le lien direct avec la chose.

15. Dans la législation romaine, la créance jointe au droit réel, produisit à l'origine le contrat et l'action de fiducia, puis, à côté probablement, le droit naturel de rétention (*Cicéron*, off. 3-10). Au moyen de la fiducia, le débiteur qui veut donner une sûreté matérielle à son créancier, lui transfère la propriété d'une chose, en lui faisant contracter l'engagement de n'en pas mésuser et de la rétrocéder, lorsque l'obligation sera remplie. Telle fut la première ébauche d'une institution de crédit.

Devenu propriétaire, le créancier peut aliéner la chose sans attendre l'échéance de la dette ou la grever dans l'intervalle de droits réels ; et ces droits, constitués à domino, sont inattaquables de la part du débiteur. Mais, comme il a contrevenu à la foi promise, comme il a violé les obligations de la fiducia, le débiteur a contre lui pour se faire indemniser l'actio directa fiduciae. De son côté, le créancier possède le droit de rétention, et réclame par l'actio contraria les impenses nécessaires ou utiles à la conservation de la chose.

Cette combinaison procurait au créancier la plus complète garantie : le droit de revendiquer et celui de disposer et de jouir ; mais elle avait pour le débiteur, les plus graves inconvénients. Quelque minime que fût la dette, il se dépouillait de la propriété de sa chose, si grande que fût son importance. Privé de secours contre le tiers-détenteur, réduit à une action personnelle contre le créancier, il n'aurait aucun moyen de recouvrer son gage, si le créancier l'avait aliéné avant l'échéance de la dette, ou s'il était devenu incapable d'exécuter la clause de fiducia.

Malgré les grands inconvénients de l'aliénation, la fiducia était encore en usage du temps de Gaius (2-39,61), mais améliorée, donnant au débiteur la faculté de recouvrer la propriété de son gage par l'usureceptio, et d'en garder

la jouissance et même la possession, au moyen d'un précaire ou d'un louage.

16. Cette amélioration doit être attribuée à l'influence d'une institution plus récente, qui, sous le nom de *pignus*, est le contrat par lequel le débiteur, en livrant sa chose au créancier lui transfère la possession et l'exercice des interdits possessoires, mais se réserve la propriété et l'action en revendication. Telle est l'institution où se trouvent nettement formulées, pour la première fois, les règles relatives au droit de suite et au droit de préférence, qui vont entrer dans la période rationnelle de leur développement.

Dans le principe, le *pignus* n'assurait au créancier qu'un droit de rétention jusqu'au paiement de la dette (*Pellat*). La faculté de vendre la chose engagée ne pouvait résulter à son profit que d'une convention formelle. Plus tard cette convention devint si fréquente qu'on finit par la présumer en tout cas; on ne tint plus compte de l'opposition du débiteur, quand le créancier lui avait adressé trois interpellations successives à fin de paiement. (4 Dig. 13-7).

Les droits étaient pondérés comme il suit : Si le créancier perdait la possession, il n'avait, pour la recouvrer, que les interdits, jamais une action réelle. Deux actions (*directa et contraria pigneratitia*) assuraient de part et d'autre l'exécution du contrat, la délivrance et la reprise de l'objet engagé. Puis la revendication était reconnue au débiteur contre toute autre personne que le créancier, parce que celui-ci pouvait la repousser jusqu'à parfait paiement par l'exception de *dol*.

Le *pignus* offrait cet avantage sur la fiducia que le débiteur n'était plus exposé à perdre arbitrairement sa chose, mais il avait toujours cet inconvénient de lui enlever la possession et l'usage d'objets indispensables à son industrie. Le remède

d'une concession précaire, révocable au gré du créancier, était peu rassurant. D'autre part, si le créancier n'usait pas à temps des interdicts, il était à la merci du débiteur, qui pouvait refuser de lui céder son action réelle. En un mot, le droit de préférence attaché à la possession était bien créé, mais non le véritable droit de suite du créancier.

17. Pour concilier les intérêts opposés du débiteur et du créancier, il fallait une combinaison qui réunît les avantages de la fiducia et du pignus, sans présenter leurs inconvénients. Conserver au débiteur tout à la fois la propriété et la possession des choses affectées à la garantie de sa dette ; donner au créancier un droit réel sur ces mêmes objets de manière à assurer sa créance, non seulement vis-à-vis du débiteur, mais encore à l'encontre des acquéreurs ou des autres créanciers : tel était le problème à résoudre. Il fut résolu tant bien que mal par le droit prétorien dans les dernières années de la République.

Sous l'influence des usages et de la législation grecque et à propos du bail rural, fut imaginée l'hypothèque, qui, au lieu de se former par la remise de l'objet comme le pignus, prenait naissance par un simple pacte, et offrait l'avantage (immense seulement pour les immeubles), de laisser la chose entre les mains du débiteur. Cette institution conférait au créancier le droit d'être payé par préférence sur le prix de la chose hypothéquée, meuble ou immeuble, celui de la revendiquer entre les mains des tiers-acquéreurs, quels qu'ils fussent, pour la vendre ensuite et s'en appliquer le prix.

Du moment où une simple convention suffisait pour donner l'action réelle (quasi serviana), au créancier hypothécaire, on n'eut plus aucune raison de la refuser au gagiste. Car, bien que se formant par la tra-

dition de l'objet, le gage n'en supposait pas moins comme l'hypothèque, un concours de volontés. Aussi, tout en continuant de distinguer en fait le pignus et l'hypotheca, l'assimilation quant à l'action réelle fut complète, et le créancier-gagiste dont la chose avait passé aux mains d'autrui, n'eut plus besoin comme autrefois d'emprunter la revendication du débiteur, ni de se faire constituer procurator in rem suam (*Justinien*, inst. 4-6, n. 7).

18. Désormais un grand principe était acquis à la législation, qui n'avait plus qu'à déduire ses conséquences aussi nombreuses que fécondes en progrès. Après un contrat de gage comme après un pacte d'hypothèque, le débiteur ne pouvait plus transmettre à un tiers la propriété de sa chose que grevée du droit réel constitué au profit du créancier. Le vrai droit de suite du créancier avait enfin pris naissance. Ce droit nous semble aujourd'hui une découverte facile, parce qu'il fait en quelque sorte partie de nos idées. Mais sa création devait être d'une difficulté désespérante pour les Romains, que leur culte et leur habitude des institutions primitives éloignaient de tout changement qui eût élargi le cercle des contrats et des droits réels reconnus par le droit quiritaire.

19. Malgré leur assimilation partielle, le pignus et l'hypotheca offrirent toujours des différences importantes. Ainsi par l'hypothèque le débiteur peut affecter au créancier des biens dont il n'est pas encore propriétaire, tandis que le gage exige nécessairement la propriété actuelle, puisqu'il est fondé sur la tradition. L'hypothèque peut affecter la généralité des biens; le gage est forcément spécial. Dans l'hypothèque le débiteur, gardant la possession et la propriété de la chose, conserve la possibilité, si sa valeur excède le montant de la dette, de lui faire garantir un nouvel engagement (15-2 D. 20-1) (36-1 D. 13-7).

Pour les parties contractantes, l'hypothèque, d'une pratique simple et facile, réalisait un progrès sur le gage. Mais, par rapport aux tiers, le gage qui n'était pas accompagné d'une convention de précaire, avait sur l'hypothèque en théorie et en pratique une supériorité inappréciable. Par la dépossession qu'il nécessitait, les tiers étrangers au contrat étaient avertis du démembrement de propriété qui s'était opéré dans les mains du débiteur, et pouvaient, dans une certaine mesure, se mettre à l'abri des suites funestes de l'acte auquel ils n'avaient pas participé. Leurs intérêts étaient au contraire totalement méconnus dans l'hypothèque où le prêteur, en faisant dériver d'une simple convention un droit opposable à tous, n'y avait attaché aucune condition de publicité qui pût instruire les tiers de l'état réel des choses. La situation était la même relativement aux meubles et aux immeubles (*Ortolan*).

20 Le droit réel du gagiste ne doit pas être confondu avec le droit de rétention qui lui appartient également, et qui s'est manifesté dans la procédure romaine de diverses manières, et surtout entre autres par l'exception de dol. Le premier affecte l'objet en lui-même et s'exerce par des actions tant contre le débiteur que contre ses divers ayant-cause. Le second n'apparaît que sous forme d'exception, et ne produit qu'indirectement une cause de préférence sans droit de suite par la faculté de refuser la restitution de la chose d'autrui, tant que le propriétaire qui la réclame n'a pas acquitté ce qu'il doit lui-même au détenteur.

Il est certain que la rétention n'engendre aucun droit de suite. Par exemple, lorsqu'on a le droit de retenir la chose d'autrui comme garantie d'une créance, et qu'on n'a pas d'action pour réclamer directement le paiement de cette créance, on perd tout en délivrant la chose au propriétaire,

et l'on ne peut plus recouvrer cette possession qu'on a perdue. *Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus.* (51 D. 12-16).

Si le créancier rétenteur ne pouvait refuser la délivrance de la chose qu'au débiteur seul, le droit de rétention ne présenterait qu'une garantie incomplète et souvent illusoire. Ordinairement c'est vis-à-vis des tiers, vis-à-vis des autres créanciers du débiteur que ce droit lui offrira de l'utilité, en mettant obstacle à la vente, jusqu'à ce qu'il soit entièrement désintéressé, et en empêchant ainsi le concours de ces créanciers. Malheureusement la réalité du droit de rétention, si nécessaire à son efficacité, n'est point établie dans la législation romaine par une augmentation incontestable ; elle trouve de nombreux adversaires. Cela tient, à notre avis, à ce que nulle part son caractère réel n'est formulé d'une manière générale. Les jurisconsultes romains examinent de préférence des espèces particulières, et ne font qu'incidemment l'application des principes généraux.

21. Cependant plusieurs textes du Digeste me semblent consacrer d'une manière fort nette le droit accordé au rétenteur d'opposer l'exception de dol aux poursuites des autres créanciers. (10, 29-2 D. 20-1) (21-1 D. 20-4) (19-7 D. 47-2) (25, 30 D. 3-3) (8 C. 8-18). Citons ce passage : *Bonæ fidei possessores non aliter cogendos creditoribus ædificium restituere, quam sumptus in extrucone erogatos, quatenus locupletior res facta sit, receperint.* Pour l'écarter on lui en oppose un autre : *Exprimendum est de cujus dolo quis quærat, non in rem, si nihil in ea re dolo malo factum est ; sed sic, si in ea re nihil dolo malo actoris actum est.* Donc, a-t-on dit, l'exception de dol est personnelle, et ne peut être opposée à d'autres qu'au propriétaire. (2-1 D. 4-4).

Mais ce n'est point exclusivement au propriétaire que l'exception est personnelle, le texte lui-même dit qu'elle est personnelle au demandeur. Dans l'espèce, le demandeur n'est autre que le créancier lui-même qui prétend enlever au rétenteur ce qui appartient au débiteur commun ; et comme il refuse de l'indemniser préalablement, il commet un dol qui justifie l'exception et auquel s'applique une autre partie du texte : si inter initia nihil dolo fecit, attamen nunc petendo facit dolose. Ce qui revient à dire que la seule demande constitue le dol requis pour valider l'exception. (*Cabrye*).

La réalité du droit de rétention entraîne un droit indirect de préférence au profit du rétenteur, qui n'a pas, il est vrai, la faculté de procéder à la vente, parce qu'il perdrait la possession, base de son droit, mais qui ne sera dessaisi par ses adversaires qu'autant qu'il aura été desintéressé. A cette condition seule, les créanciers ou les héritiers, mis en possession du patrimoine du débiteur, transformeront son gage en argent ; car à cette condition seule ils pourront donner tradition à l'acquéreur, c'est à dire lui transférer la propriété.

22. La rétention ne fut pas la dernière forme que revêtit le droit de préférence sur les meubles dans la législation romaine. A côté parut une autre garantie de paiement que la loi elle-même attachait, en dehors de toute convention, tantôt à la qualité des personnes tantôt à la nature des créances, qu'elle voulait particulièrement protéger. Cette garantie porta le nom de privilège.

Le privilège, attaché à la nature des créances, permettait seulement au créancier privilégié d'être payé avant ceux qui n'avaient pas un droit aussi favorable. Pris isolément, il ne primait jamais les hypothèques, comme cela a lieu dans

notre droit, sans égard à l'antériorité du temps. Le *privilegium* du droit romain n'avait aucun caractère réel, n'engendrait par lui-même aucun droit de suite, frappait non des objets déterminés, mais le patrimoine, l'ensemble des biens qui le composait au moment des poursuites (8, D. 16-3), que ces biens fussent des meubles, des immeubles ou des créances. Aussi distinguait-on à Rome deux espèces de privilèges de créance.

Les premiers, désignés, par les commentateurs sous les noms de *privilegia exigendi*, *privilegia inter personales actiones*, et, suivant l'expression de Buchovius, *annexa simpliciter contractibus et pactis*, permettaient aux créanciers agissant par l'action personnelle d'être préférés aux autres créanciers chirographaires. Les seconds, sous le nom d'hypothèques privilégiées, *privilegia hypothecis annexa*, dit encore Buchovius, quoique postérieurs en date, primaient non seulement les créances chirographaires, qui ont un *privilegium personale*, mais encore des hypothèques dont l'établissement a précédé le leur (7, 9 Cod. 8-18).

23. Ceci démontre que le privilège ne donnait la préférence à un créancier que dans la classe à laquelle il appartenait. La créance chirographaire pour être privilégiée n'en restait pas moins chirographaire, et était primée par toute créance hypothécaire. La créance hypothécaire, à laquelle venait s'adjoindre un privilège, jouissait à la fois des avantages de l'hypothèque et du privilège, ce qui permettait aux créanciers hypothécaires privilégiés de suivre la chose entre les mains des tiers en vertu de son hypothèque, et d'obtenir paiement avant tous les créanciers antérieurs en date à cause de son privilège (*Troplong*).

Le privilège n'était donc en droit romain que le droit de préférence pur et simple ; mais poussé à sa dernière limi-

te. Quel que fut son fondement, condition de la personne ou cause de l'obligation, la loi seule, à l'exclusion de la convention, pouvait déterminer les circonstances dans lesquelles une créance était digne d'une pareille faveur. Les hypothèques privilégiées étaient sans doute les unes tacites, les autres conventionnelles ; mais pour ces dernières, s'il fallait une convention pour les engendrer, le privilège n'existait qu'en vertu d'une disposition légale.

24. Le *pignus*, l'*hypotheca*, la *retentio*, quelquefois appuyés, le plus souvent séparés du *privilegium* : tels étaient les moyens que la législation romaine offrait aux créanciers pour s'assurer des droits de suite et de préférence sur les meubles de leur débiteur. Seulement la propriété mobilière était loin d'occuper dans l'empire romain la place qu'elle a conquise dans les sociétés modernes. L'éducation militaire, la forme du gouvernement, le génie de la nation, surtout de fausses considérations d'intérêt public, détournaient le capitaliste du commerce et de l'industrie, c'est à dire de la production de la richesse mobilière. Acheter ou vendre des marchandises, armer et équiper des navires, garder et voiturier les biens d'autrui, paraissait indigne d'un défenseur de la République, et incompatible avec le métier des armes, occupation habituelle de l'homme libre.

Puis, aucune des nécessités, aucune des tentations des entreprises modernes ne sollicitait les citoyens à mettre en mouvement les valeurs immenses qu'ils avaient conquises. L'âpreté du sentiment propriétaire qui suit l'occupation disputée et violente, le noble et tendre attachement de l'homme pour la terre qu'il foule de ses pieds, qu'il féconde de ses sueurs, remplissaient le cœur de ces vieux conquérants. L'immobilité des biens faisait partie des mœurs, et les exigences du crédit étaient presque inconnues aux citoyens et à l'Etat. (*Caton*) de *re rustica*)

25. Toutefois il fallait, coûte que coûte, satisfaire aux goûts si raffinés, aux folies si dispendieuses de l'aristocratie romaine. Il fallait apaiser les besoins, sans cesse renaissants, d'une plèbe dégradée, avide et oisive, qui ébranlait les villes de ses clameurs et de ses menaces. D'autre part, le citoyen, s'il ne se consacrait pas ostensiblement au commerce, ne renonçait pas, pour cela, à accroître sa fortune par les bénéfices qu'il procure, et la constitution de la famille lui fournissait, à cet égard, une facilité merveilleuse.

Le paterfamilias établira des comptoirs sur les côtes d'Asie, d'Afrique et d'Europe ; il enverra des vaisseaux sillonner les mers et surtout les petits fleuves de l'Italie ; il pratiquera l'échange des monnaies et le commerce des étoffes ou des denrées ; mais il ne sera pas lui-même argentarius, exercitor ou magister navis, ou même institor tabernæ. Il confiera à son esclave la direction de la mensa, dans laquelle il a placé ses capitaux ; il donnera au fils qu'il a sous sa puissance un pécule pour l'employer à armer un navire ; il préposera son affranchi comme patron, à la tête de ce navire, ou comme institor à la tête de sa boutique ou de son magasin. Cet état de choses modifiera les relations de la vie privée, le droit applicable aux citoyens. Mais les dispositions de la loi sur les matières commerciales, peu nombreuses et peu fécondes, resteront en général confondues dans le corps du droit romain avec les règles du droit commun relatives aux contrats.

CHAPITRE II.

Principes de la législation romaine applicables aux situations diverses, que règlent nos principaux privilèges mobiliers.

A. — *Privilegia causa, actiones personales.*

26. A Rome, les frais dits nécessaires (*sumptus causa, qui necessarie factus est*), étaient toujours prélevés, avant tout calcul de la masse des biens. Ainsi le décide-t Gaïus : *quantitas patrimonii, deducto eo quidquid ad explicandam venditionem causa impenditur, aestimantur* (72 D. 35-2); et Papinien : *sumptus causa qui necessariè factus est, semper præcedit : nam deducto eo bonorum calculus subduci solet*. Justinien comprend, dans le privilège attaché à ces frais, les dépenses d'insinuation du testament, d'inventaire, d'administration et de vente des biens, et, d'une manière générale, toutes les avances que nécessite l'intérêt commun des créanciers pour parvenir à la *venditio bonorum* (22-9 C. 6-30).

27. Le profond respect des Romains pour la mémoire des morts éclate partout dans leurs lois. Leurs jurisconsultes, énumérant avec détail les divers frais funéraires privilégiés, s'accordent à les placer avant les legs (24, D. 11-7), avant le prix d'esclaves affranchis (23), et surtout avant les dettes ordinaires (26). Ils les appliquent à toutes les funérailles de la famille, à toutes les dépenses garanties par l'*actio funeraria*. (17, D. 42-5). Ulpien, toutefois, les réduit aux dépenses strictement nécessaires (*sine quo funus duci non potest*); et, s'il y fait entrer le prix du terrain destiné à la sépulture, c'est comme une extension de la règle qu'il vient de poser. Macer et Scévola, moins rigoureux, comprennent, dans le mot frais funéraires, ceux

de convoi et de sarcophage, le prix des parfums et des vêtements destinés au défunt et généralement : « *quidquid corporis causa (pro dignitate defuncti) erogatum est.* »

Ces diverses dépenses devaient être supportées par les héritiers, les *honorum possessores* et autres successeurs universels ; puis par le patron qui demande la *possessio contra tabulas*, le mari et le père de la mariée, lorsque le mari lui avait rendu la dot, le *paterfamilias*, lorsque le défunt était sous sa puissance paternelle et dominicale ; enfin, par quiconque avait fait l'avance des frais funéraires, non dans une intention pieuse (*intuitu pietatis*), mais à titre onéreux (*recuperandi nomine in eum ad quem ea res pertinet*), ou qui possédait l'*actio funeraria* contre le défunt, à raison de l'inhumation d'une personne de sa famille (9, C. 8-18). Le motif de ces diverses décisions est donné par Ulpien : *ne insepulta corpora jacerent, neve quis de alieno funeretur* (12-3, D. 11-7).

28. On s'est demandé si Rome payenne et esclavagiste assimilait les frais de la dernière maladie aux frais funéraires. Balde l'affirme, s'appuyant sur ces deux textes : *quidquid corporis causa, antequam sepeliatur, consumptum est, funeris impensum esse. — In restituenda hæreditate compensatio ejus habebitur, quod te in mortui infirmitatem inque sumptum funeris, bona fide ex proprio tuo patrimonio erogasse, probaveris* (37, D. 11-7) (4, Cod. 3-31). Ces textes ne me semblent nullement prouver l'existence d'un privilège. Le premier ne s'occupe que des frais funéraires ; le second dit simplement que celui qui restitue l'hérédité peut opposer, en compensation, les frais de la dernière maladie du défunt et les frais funéraires. L'intérêt du créancier, et non la pitié, motive ces décisions. Si la loi permet de retenir, jusqu'à plein rembour-

sement, l'esclave d'autrui qu'on a soigné, elle parle de lui comme d'un meuble, ou d'une maison (8, D. 13-7). Tel est le cas qu'elle fait de la vie humaine : si l'esclave ne meurt pas, elle accorde, à celui qui l'a soigné, le droit de rétention !

29. A Rome, où le service habituel des maisons et des affaires se faisait par des esclaves, ravalés à la condition des bêtes sous le rapport des droits et des traitements, le privilège que la loi française reconnaît aux gens de service, aux ouvriers et aux commis (circitores), était impossible, vu l'état des mœurs et des idées. Jamais probablement ni législateur ni jurisconsulte ne songea à quelque chose de semblable. Il fut toujours admis que ce que l'esclave acquérait était acquis au maître ; que le paterfamilias disposait des services de ses enfants comme il eût disposé de lui-même ; que l'affranchi devait au patron ses services, une partie, et quelquefois la totalité de sa succession, un respect illimité, qui l'empêchait d'intenter contre lui une action infâmante, partant de prendre part à la *venditio bonorum*, qui entraînait infamie.

30. D'autre part, les esclaves et les affranchis qui exerçaient tous les métiers pour le compte de leur maître ou patron, faisaient une concurrence impitoyable au travail libre des prolétaires, et les mettaient dans un état de dépendance voisin de la servitude (3 et 5 C. 11 9). *Jure provisum est fabricenses propriis artibus inservire ut exhaustis laboribus immorarentur cum sobole professioni cui nati sunt.* C'étaient, en quelque sorte, des serfs attachés à la glèbe. Puis l'échange de leur travail et de leur salaire, s'opérant par de simples engagements, assimilés aux contrats consensuels, ne donnait lieu qu'à des actions personnelles, dépourvues, par elles-mêmes d'un droit quelconque de préférence.

Les anciens commentateurs ont bien soutenu l'opinion contraire, en s'appuyant sur un texte aussi remarquable qu'obscur (5 D. 20-4) : *interdum posterior potior est priori, ut puta, si in rem istam conservandam impensum est quod sequens credidit, veluti si navis fuit obligata et ad armandam eam vel reficiendam ego credidero*. Nous verrons plus bas que la préférence résultant de ce texte s'applique au concours de plusieurs hypothèques conventionnelles, mais qu'en dehors d'un pacte préalable d'hypothèque, l'ouvrier n'a ni privilège ni sûreté quelconque, hormis le droit de rétention, dans les cas assez rares où il est applicable. Quoi qu'il en soit, cette erreur de nos vieux jurisconsultes paraît être l'origine première du privilège que notre ancien droit reconnut plus tard à certains ouvriers, quand des progrès successifs eurent conduit l'humanité des excès de l'esclavage à l'émancipation efficace du travail. (*Deloume*).

31. La loi romaine qui débuta en permettant aux créanciers de se partager tout ce que possédait le débiteur, même son corps, sa chair, et à plus forte raison son prix de vente comme esclave, ne s'occupa jamais d'assurer un privilège à sa subsistance, moins encore à l'éducation de sa famille, qui primitivement, répondait elle-même sur sa liberté des engagements, pris par son chef (*Tite-Live 2-24*). Lorsque la rudesse sauvage des premiers temps eut disparu, la vie humaine commença d'être plus respectée. Le maître fut obligé de nourrir et soigner son esclave, sous peine d'en perdre la propriété par l'affranchissement ou la vente forcée. Le patron dut assurer des aliments à son affranchi ou renoncer à tout droit de patronage. Réciproquement l'affranchi devait des aliments à son patron et à ses enfants tombés dans la misère, même par suite de la vente de leurs biens. La mesure de cette assistance journalière (*diurnum*

officium) variait avec les besoins, avec l'âge, la santé et la condition des parties.

Mais les opéræ officielles de l'affranchi ne donnaient jamais lieu à un droit de préférence en sa faveur lors de la venditio ou distractio bonorum, qui frappait le patron. Ils procuraient simplement, à celui-ci, une ressource dont ses créanciers ne pouvaient s'emparer pour la transmettre à l'acquéreur des biens (Gaius 3-83) (40 D. 38-1). A part cette exception, les fruits, comme les biens, étaient affectés au paiement des dettes, sans aucun droit de préférence pour les fournisseurs de subsistances, ordinairement des esclaves de la maison ou des affranchis. A peine permettait-on d'en distraire ce qui était indispensable à la nourriture du pupille in defensus, qui subissait l'expropriation.

32. Si l'on en croit le profond romaniste Pellat, le bénéfice de compétence, dans les divers cas où il était applicable, assurait au débiteur une réserve, destinée à subvenir à ses besoins, et que nul créancier ne pouvait entamer (17-3 D. 50-17). Pour ce qui regarde l'éducation des enfants, généralement abandonnée aux esclaves et aux affranchis, le professeur libre, qui leur donnait des leçons, pouvait, comme le médecin, réclamer bénéfice d'une cognitio extraordinaria, où le magistrat prononçait selon les circonstances et l'équité (D. 50-13 *Fresquet*).

B. — *Hypothèque tacite du locateur.*

33. A Rome, tant que dura l'usage exclusif de la fiducia et du pignus, il était très-difficile d'assurer par des garanties réelles le paiement de la location d'un fonds rural. Le fermier avait besoin de conserver la possession de ses meubles et de ses instruments aratoires ; et, comme il ne

possédait presque jamais d'autre bien, il ne pouvait donner aucune autre garantie réelle, et nul ne s'aventurait à cautionner ses obligations. Pour remédier à une situation aussi fâcheuse, le préteur Servius décida qu'un simple pacte sans tradition affecterait à la créance du bailleur les meubles et les outils du colon, portant qu'une action réelle lui serait donnée contre tout injuste détenteur de ses objets. Cette action porta le nom de Serviana, et fut la mise en œuvre de l'hypothèque établie en même temps au profit exclusif du locateur d'un fonds rural. (*Lemonnier*).

A l'origine cette hypothèque ne résultait que d'une convention formelle et ne grevait que les choses apportées dans la ferme par le colon (4 D. 20-2). Peu à peu l'habitude s'établit de la constituer sur les animaux servant à l'exploitation et sur les fruits ou autres récoltes de l'immeuble loué. Devenue d'un usage général, cette clause finit par être sous-entendue ; et le bailleur eut ainsi en l'absence de toute convention une hypothèque tacite sur les produits du fonds (61-8 D. 47-2), mais non sur les ustensiles du fermier : car les fruits, suffisant largement à le désintéresser, rendaient inutile cette extension du droit réel. Au contraire, le propriétaire de fonds urbains, n'ayant d'autre garantie que les meubles apportés par le locataire, obtint sur eux une hypothèque tacite parce que primitivement il ne manquait jamais de la stipuler par convention formelle (4D.2-14 (*Pont, Ortolan*)).

34. L'hypothèque du bailleur, accessoire de l'action locati, garantissait l'exécution de toutes les obligations résultant du bail, et l'indemnité des détériorations causées par le preneur. Elle s'exerçait sur tout ce qui a été mis dans les lieux pour garantir le paiement des loyers, c'est-à-dire pour y séjourner plus ou moins longtemps (*ut ibi perpetuo essent*,

non temporis causa accommodarentur). Cette règle combinée avec les nécessités du commerce faisait décider que le locateur d'une boutique n'avait pas hypothèque sur toutes les marchandises qui y sont apportées, puisqu'elles ne sont pas destinées à y rester, mais seulement sur celles qui s'y trouvent au moment de la mort du débiteur ou de la *missio in possessionem bonorum* ; et non sur celles qui ont été aliénées auparavant et qui sont définitivement sorties du magasin (34 D.20-1). De même à cause de la faveur que mérite la liberté, les esclaves engagés sans convention par le fait seul de leurs habitation sur leur fonds loué, était valablement affranchis jusqu'au moment où le bailleur poursuivait la saisie de son gage.

35. En principe, les choses apportées dans la ferme ou le bâtiment, n'étaient affectées au locateur, que si le preneur avait sur elles la revendication ou l'action publicienne ou le consentement du propriétaire à leur engagement. Par exception celles apportées par le sous-locataire étaient grevées au profit du maître jusqu'à concurrence des obligations du nouveau preneur envers le locataire principal. Dans cette hypothèse, les fruits de l'immeuble restent hypothéqués au propriétaire, comme s'ils étaient perçus par le preneur primitif. Mais les choses apportées par le second fermier sur le fonds, restent libres, parce qu'à leur égard l'hypothèque ne résulte que d'une convention expresse (24-1D.19-2). S'il n'y a pas sous-location véritable, mais concession gratuite d'habitation, comme ce pacte n'engendre aucune obligation entre le locataire principal et le nouveau possesseur, le propriétaire n'a aucun droit sur les meubles de ce dernier.

De même que l'affectation des meubles au paiement des fermages ne date que de leur entrée dans les lieux, de même l'hypothèque ne frappe les fruits qu'au moment de leur per-

ception. Jusque-là faisant partie intégrante du sol, ils n'appartiennent pas au fermier. S'il y a tacite reconduction, l'hypothèque continue de frapper les objets, qui pendant la durée du bail primitif, répondaient au locateur du paiement des loyers, (13-11 D 17-3).

36. L'hypothèque confère au bailleur deux droits principaux : celui de faire vendre les choses engagées et de se payer par préférence sur le prix, celui de poursuivre leur restitution contre quiconque s'en est emparé. Le droit de suite s'exerce à l'aide de l'action servienne et de l'interdit salvien. Par l'action servienne, le bailleur d'un fonds rural ou urbain fait reconnaître son droit d'hypothèque et obtient la possession de son gage de toute personne qui n'en avait pas antérieurement la propriété ou qui ne lui oppose pas une hypothèque préférable. Par l'interdit salvien le bailleur d'un fonds rural, qu'il soit propriétaire, usufruitier ou simple possesseur de bonne foi, va saisir les objets affectés par convention au paiement des fermages et les fait transporter sur les lieux loués. (2-3 D. 43 1). (*Ortolan*).

Cujas prétend à tort que cet interdit fut généralisé et appliqué au bailleur de fonds urbains, qui n'en avait pas besoin, vu qu'en fermant les portes de sa maison, il retenait à titre de gage les objets garnissants (9 D. 20-2). Comme il n'avait pour but que de fixer la possession (2 D. 43-33), le demandeur n'était pas tenu comme dans l'action servienne de prouver que les choses engagées appartenaient au fermier. Mais, s'il est vrai qu'il se donnât contre les tiers avec autant de facilité que contre le fermier lui-même (*Théophile, Cujas* (1D.43-33), les tiers restaient-ils indéfiniment exposés comme lui à la poursuite du bailleur ?

Le créancier gagiste qui vient à perdre la possession de

son gage ne s'y fait maintenir par l'interdit *utrubi* qu'à la condition d'avoir possédé pendant la majeure partie de l'année qui vient de s'écouler. Le bailleur d'un fonds rural, dispensé de la condition de possession ne doit pas se trouver dans une position meilleure que le créancier ordinaire. Il ne pouvait donc probablement se prévaloir de l'interdit *salvien* que dans la mesure où l'interdit *utrubi* pouvait être invoqué par le créancier gagiste (*Fresquet*).

37. *Appendice*. — A Rome comme en France, l'intérêt du voyageur était fortement protégé par une série d'actions (*furti, ex conducto vel depositi, recepti, in factum crescens in duplum* 7-1 D. 4-9), soit contre la mauvaise foi et la négligence du maître d'auberge soit contre les fautes de ses subordonnés, libres ou esclaves. Par contre le maître d'auberge en sa qualité de bailleur de fonds urbains, devait avoir une hypothèque tacite sur les effets apportés dans sa maison par le voyageur. Cela résulte d'une série de textes, qui, sans résoudre directement la question, élèvent à nos yeux les probabilités jusqu'à la certitude.

D'abord l'auberge, ses étables, ses jardins et autres dépendances, qu'ils soient situés à la ville ou à la campagne, sont formellement compris sous la dénomination de fonds urbains (198 D. 50-16). Tout ce qui est conduit ou apporté dans ces lieux par la personne qui doit les occuper, est tacitement affecté au paiement des créances pour lesquelles le locateur peut intenter l'action *locati*, si large et si complète (2 et 4 D. 20-2), action qui s'étend à toutes les dépenses qu'occasionne la dation à bail (4 D. 20-2). Comme la loi ne fait aucune distinction, peu importe la durée plus ou moins longue du bail ; peu importe encore, comme le font observer Nératius et Ulpian, que l'immeuble loué soit un magasin ou une auberge (3 D. 20-2) : *si horreum fuit conduc-*

tum vel diversorium vel area, tacitam conventionem de in-
vectis et illatis etiam in his locum habere verius est.

38. Il est vrai que certains textes ne soumettent à l'hypo-
thèque tacite du bailleur que les choses qui ont été apportées
sur le fonds pour y rester (7-1 D. 20-2) (32 D. 20-1). Mais
il est certain par les expressions mêmes qu'ils renferment,
que ces textes ne sont applicables qu'aux fonds rustiques, et
qu'ils ne concernent en aucune façon le louage des fonds
urbains. S'il en était autrement, il faudrait décider que le
bailleur d'une boutique n'aura pas d'hypothèque sur toutes
les marchandises qui y sont apportées, puisqu'elles ne doi-
vent pas y rester. Ulpien cependant rapporte et approuve
l'opinion de Neratius qui pensait que la convention tacite
d'hypothèque doit être admise même, quand c'est un maga-
sin ou une auberge qui a été louée.

Seulement cette hypothèque ne continuera pas à grever
les marchandises après leur aliénation et leur sortie des
lieux parce qu'alors elle paralyserait le commerce. De
même l'hypothèque de l'aubergiste cessera, quand il aura lui
même livré les objets du voyageur et perdu leur détention
(34 D. 20-1). Il sera censé avoir renoncé à toute sûreté réelle.
Les choses apportées par le voyageur ne seront tacite-
ment hypothéquées que si elles lui appartiennent, ou si le
propriétaire consent expressément ou tacitement à ce
qu'elles soient affectées au paiement de l'aubergiste. (5-2
D. 20-2).

Mais cet aubergiste aura un droit de rétention, jusqu'à
parfait paiement, sur toutes les choses entrées dans sa mai-
son, bien même qu'elles ne se trouvent pas *in bonis con-*
ductoris. (1, 2, D. 43-32). Ainsi s'exprime la loi sur l'in-
terdit *demigrando*, applicable à la location des fonds urbains.

C. — *Droit de gage et d'hypothèque.*

39. En traitant de la génération des droits de suite et de préférence, nous avons dit comment l'organisation des sûretés réelles, avait passé en droit romain par trois phases distinctes: la fiducia, le pignus et l'hypotheca. Ces trois institutions avaient ceci de commun, qu'elles étaient applicables indistinctement aux meubles et aux immeubles; mais l'expression pignus convenait plus dans l'usage aux choses mobilières (Inst. 4-6 n. 7). Cela provenait de ce que, dans les premiers temps, le transport avec fiducia avait lieu particulièrement à l'égard des immeubles, dont la revendication est facile pour les créanciers, tandis que le gagiste n'est suffisamment garanti par les choses mobilières, qu'autant qu'il les a sous sa surveillance personnelle par suite du pignus (*Charles Mayntz*).

Même depuis l'introduction de l'hypothèque le pignus constitua le mode le plus habituel d'engagement des choses mobilières. Mais ce n'était là qu'une différence de fait, et l'hypothèque s'appliquait indistinctement aux meubles et aux immeubles; et, en droit, ce qui la différencie du pignus c'est qu'elle ne confère ni la possession ni la jouissance, et qu'elle ne produit jamais par elle-même les obligations protégées par l'action personnelle pigneratitia. Ainsi, lorsque la fiducia et la mancipatio qui lui servaient de base, furent tombées en désuétude, ce qui correspondit en droit romain à notre droit réel de gage, ce furent le pignus et l'hypotheca d'un meuble: l'un comme l'autre, l'un pas plus que l'autre.

Ces deux institutions avaient à Rome une immense utilité. Elles donnaient seules la vie aux transactions privées, en assurant aux créanciers prudents la satisfaction de leurs droits.

Seules avec le cautionnement, elles devaient suffire à tous les besoins du crédit, tel qu'il existait à cette époque.

40. Sans nous arrêter à discuter si le droit de gage ou d'hypothèque constitue ou non un démembrement du droit de propriété, question plus difficile qu'utile, qui divise encore les auteurs, on peut s'accorder à lui reconnaître avec Ulpien le caractère de droit réel (17 D. 20-1) : *pignoris persecutio in rem parit actionem creditorum*. Toutefois son objet peut modifier singulièrement sa nature. Comme il est impossible en droit romain de transporter la qualité personnelle de créancier d'un individu à un autre, les créances ne sauraient être revendiquées. L'exercice du droit de gage consistera sur elles dans le fait de retirer le bénéfice qu'elles procurent soit par l'exécution volontaire du débiteur, soit par l'exécution forcée au moyen de l'action née du contrat et transférée à un tiers par un mandat.

Le gage est indivisible; il subsiste en entier sur toutes les parties de la chose et pour le tout sur chacune d'elles. Son objet sans doute peut être essentiellement divisible et se partager entre plusieurs personnes; mais l'hypothèque ne se divise pas. Le détenteur d'une parcelle, si minime qu'elle soit, le surplus des biens fût-il plus que suffisant pour acquitter la dette, n'échappe point à l'action hypothécaire et peut être contraint de solder le tout. Réciproquement le paiement intégral affranchit seul l'objet de l'hypothèque, et un reliquat, si faible qu'il soit, suffit pour conserver le gage sur la chose entière (19 D. 20-1) (2 cod. 8-32). Toutefois la divisibilité n'est en droit romain comme en droit français que de la nature et non de l'essence du gage. La volonté des parties peut lui ôter ce caractère (8-3 D. 20-6) (*Dumoulin*).

41. Le gage n'est valablement constitué que par les

personnes capables d'aliéner, ayant la choses *in bonis* au moment de la convention. Le fils de famille et l'esclave pouvant contracter à titre onéreux, engagent efficacement le pécule dont ils ont la libre administration, pourvu que l'hypothèque garantisse leur propre dette et non celle d'autrui. De même l'hypothèque concédée *per extraneam personam* est valable, puisque la transmission de propriété s'effectue de cette manière. Enfin, malgré les doutes de Papinien, Cujas pense que la généralité des prudents reconnaissait au créancier qui a reçu en gage la chose d'autrui, non seulement le droit de rétention, mais aussi le droit de gage, au moyen d'une action utile contre le constituant (5. C. 8-16) (41 D. 13-7).

42. Le gage et l'hypothèque servent à garantir toutes les obligations civiles, prétoriennes ou naturelles, quelles que soient leurs modulités, qu'elles reposent sur la tête du constituant ou sur celle d'autrui. Leur objet embrasse toutes les choses qui sont dans le commerce, même les créances, auxquelles ne s'applique pas l'action quasi-servienne. A défaut de cette action, le créancier qui reçoit une créance en gage, se fait constituer par le débiteur *procurator in rem suam*, puis exerce à son profit comme actions utiles les actions directes qui compètent à ce dernier. Plus tard le prêteur supplée au mandat par une *condictio utilis*, qu'il accorde de son chef au créancier gagiste, et par une *exceptio in factum* qui paralyse entre les mains du véritable créancier l'action du droit civil. (*Demangeat*).

A défaut de paiement, ou bien le gagiste agissait par cette *condictio utilis* contre le débiteur de la créance engagée. Dans ce cas, si l'objet de l'obligation était un corps certain il le retenait *pignoris loco*; si c'était une somme d'argent, il compensait jusqu'à due concurrence ce qu'il avait reçu

avec ce qui lui était dû, ou bien il vendait la créance, auquel cas l'acheteur avait une *actio utilis* pour en réclamer le montant. (7 C. 4-39) (15-10 C. 42-1) (18 D. 13-7) (13-2 D. 20-1).

43 La chose donnée en gage, étant entre les mains du créancier un nouvel élément de crédit pouvait être par lui hypothéqué à son propre créancier, mais à condition de ne pas transporter au concessionnaire plus de droits qu'on en a soi-même (13 2 D. 20-1). Donc, tant que les deux dettes continuent d'exister, le second et le premier gage subsistent également. Mais le second étant subordonné au premier, s'éteint avec lui, bien que la seconde dette qu'il garantit, soit en souffrance, par le paiement complet que fera le débiteur originaire. (*Pellat*).

Le droit réel de gage s'étend comme le droit de propriété aux augmentations que reçoit la chose engagée, et subsiste nonobstant les modifications qui n'en consomment pas la perte. Constitué sur une boutique, il frappe toutes les marchandises qui la garnissent successivement; mais son exercice demeure limité à celles qui composent le fonds de commerce au moment des poursuites. Les marchandises étant soumises à un échange continu, l'intention présumée des contractants et la sûreté du commerce s'accordent également à les affranchir de toute hypothèque après leur aliénation (15-1, 34-2 D. 20-1) (*Ulpian*).

44. Le *pignus* nécessitant la tradition ne porta que sur des objets déterminés. L'hypothèque put comprendre à toute époque, des objets déterminés ou l'ensemble des biens présents, puis, du temps des jurisconsultes, les biens futurs, moyennant une clause expresse. En dernier lieu, l'hypothèque générale, sauf les restrictions résultant de la volonté des parties, frappe tous les biens présents et futurs.

Mais, tandis que le créancier hypothécaire n'a droit à la possession que du jour de l'échéance, seulement si la dette n'est pas acquittée, le gagiste est autorisé à réclamer délivrance à partir du contrat, lors même que l'obligation principale est à terme (*Fresquet*).

45. A cette possession, résultant soit du gage, soit de l'hypothèque et comme sa garantie juridique, est attachée une action, prétorienne par son origine, réelle par son étendue, arbitraire, en ce que le défendeur ne sera condamné que s'il n'obéit pas à l'ordre du juge de livrer ou de restituer. C'est l'action quasi-servienne ou hypothécaire, toujours distincte de l'action personnelle *pigneratitia*, qui garantit les obligations dérivant du gage entre le propriétaire et le gagiste. Exclusivement appliquée d'abord sous le nom d'action servienne à la location des biens ruraux, elle fut successivement étendue à tous les cas de gage ou d'hypothèque. Mais sa généralisation, pas plus que son changement de nom, n'exerça aucune influence sur son caractère ou son but ; elle demeura toujours soumise aux mêmes principes ; elle fut toujours la même action (*Demangeat*).

L'action hypothécaire ne protège que subsidiairement la possession contre les tiers-détenteurs, acquéreurs ou autres créanciers ; elle les met dans l'alternative ou de payer la dette ou de céder le gage (16-3, D. 20-1). Les divers interdits (*utrubi et salvianum*) et les diverses actions (*furti, vi bonorum raptorum, ad exhibendum*), applicables aux meubles engagés, protègent leur possession pour elle-même et procurent le droit de rétention. Enfin, l'action hypothécaire sert à faire valoir contre toute personne le droit de préférence, qui donne à l'hypothèque, comme au gage, son caractère d'utilité.

46. En droit romain, la préférence attribuée au créancier le droit de garder la possession quand il en jouit, de la réclamer avec certitude de succès, quand elle se trouve en d'autres mains (12, D. 20-1); comme conséquence, le droit de veiller à la conservation de la chose et d'exercer contre le débiteur une contrainte indirecte qui hâte le paiement, et, à défaut de paiement volontaire, le droit de vendre le gage et de se payer sur le prix, avant tout autre créancier du capital et des intérêts échus (8, 1-5, 22-4, D. 13-7). Les créanciers ultérieurs n'ont que la faculté de poursuivre tout détenteur du gage, autre que le premier créancier, et d'offrir à celui-ci le paiement de sa créance afin de prendre sa place. C'est ce qui sera plus largement développé au chapitre du concours.

D. — *Hypothèques privilégiées attachées à la qualité des créances.*

47. L'idée que les frais faits, pour la conservation d'une chose mobilière, doivent être privilégiés sur la valeur de cette chose, était d'une justice trop éclatante pour qu'elle échappât au développement si rationnel de la législation romaine. Elle la pénétra donc profondément, elle s'inscrivit dans une foule de textes, et aujourd'hui, si l'on groupe, à l'exemple de Mulhenbruch et de Puehta, les décisions isolées qui ont triomphé du temps, on trouve d'une manière générale qu'il y a cause de préférence en droit romain pour toute créance chirographaire ou hypothécaire, tendant à augmenter le patrimoine du débiteur aux dépens du créancier.

La préférence s'applique, en effet, à une foule de déboursés qui ont pour objet, tantôt la conservation, tantôt

l'acquisition du gage des créanciers, et qu'on aurait bien de la peine à ranger sous le nom générique de frais conservatoires (3-1, 5, 6, 7, D. 20-4). Le rapprochement des textes et de leurs décisions diverses montre qu'il ne faut pas s'arrêter à chaque cas particulier, comme s'il n'y avait qu'une décision spéciale, rendue uniquement sur l'espèce proposée. Il faut voir, au contraire, dans les divers cas des règles concordantes, tirées [par les jurisconsultes d'un principe commun, qui dérive de la nature des choses.

48. En premier lieu, nous trouvons, sous ce rapport des exemples remarquables d'un *privilegium exigendi* ou simple droit de préférence. *Divus Marcus ita edixit: creditor qui ob restitutionem ædificiorum crediderit, in pecunia quæ credita est, privilegium exigendi habebit. Quod ad eum quoque pertinet, qui redemptori domino mandante pecuniam subministravit* (24-1, D. 42-5 (24, D. 12-1). — *Quod quis navis fabricandæ vel armandæ vel emendæ vel instituendæ causa vel quoquo modo crediderit, vel ob navem venditam petat, habet privilegium post fiscum* (26 et 34, D. 42-5).

49. A part ces exceptions, le privilège pour acquisition et conservation de la chose doit être joint à une hypothèque: *eum cujus pecunia prædium comparatum probatur, quod ei pignori esse specialiter obligatum convenerit, omnibus anteferri juris auctoritate declaratur* (7, C. 8-18) (3-1, 5, 6, 7, D. 20-4). Mais, soit que le créancier l'ait reçu de la loi, soit qu'il l'ait obtenue du débiteur, cette hypothèque est toujours privilégiée. C'est en conséquence de ce principe, que le pupille dont l'argent a été employé par le tuteur à l'acquisition d'une chose mobilière, a, sur cette chose, une hypothèque préférable aux hypothèques les plus anciennes. C'est pour le même motif que les diverses

dépenses, qui ont pour objet la réparation et l'armement d'un navire, la nourriture des matelots et l'achat des provisions, le paiement du fret et le sauvetage des marchandises, sont garanties par un privilège, toutes les fois que ces divers objets ont été affectés à la sûreté des avances.

Si l'on observe que les divers textes relatifs au sujet ne sont donnés qu'à titre d'exemple et comme la conséquence d'une règle générale ; que l'énumération qu'ils font des diverses créances privilégiées est plutôt démonstrative que limitative, on en conclut que la loi rend privilégiée toute hypothèque conventionnelle venant en concours avec des hypothèques antérieures, quand l'objet commun sur lequel elles frappent toutes eût péri sans les dépenses garanties par la première. Il n'y a là que l'application juridique des paroles d'Ulpien, devenues si célèbres : *hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam*.

50. Les textes cités démontrent également, que si le privilège est accordé par la loi, l'hypothèque doit être stipulée en même temps que le prêt, et être consentie spécialement sur l'objet acquis ou conservé. Toutefois divers auteurs (*Accuse, Cujas*) ont soutenu qu'en dehors des cas très-rares où la loi elle-même accorde expressément une hypothèque, il fallait ici étendre cette faveur à tous les créanciers qui se trouvent dans les conditions requises pour avoir le privilège, bien même qu'ils n'eussent pas stipulé d'hypothèque.

En effet le créancier qui a fait un prêt pour la réparation d'un édifice, ayant une hypothèque tacite, à plus forte raison celui qui a fait l'avance de toute la construction doit avoir le même droit. Puis nulle différence justifiée ne saurait être établie entre la réparation d'un édifice et celle d'un navire, parce que dans les deux cas l'Etat est également intéressé à la réparation (1-20 D. 4-1). Aussi la loi, décidant que celui

qui a prêté pour la conservation d'une chose est préférable aux autres créanciers auxquels la chose est déjà hypothéquée, cite-t-elle comme exemple celui qui a prêté pour armer et radouber un vaisseau. Or, si le droit de celui-ci est préférable aux droits hypothécaires des autres, c'est qu'il est muni d'une hypothèque tacite privilégiée. Et comme la raison de cette faveur, la conservation du gage commun, s'applique à tous ceux qui ont prêté les deniers nécessaires à la conservation ou à la réparation d'une chose, le principe de la génération de l'hypothèque privilégiée se trouve établi (1 D. 20-2) (5 et 6 D. 20-4).

§1. A cette augmentation dont ils reconnaissent la vigueur, Vinnius, Favre et Doneau répondent avec raison que les hypothèques tacites sont limitativement fixées par la loi, et aucun texte n'en accorde aux créanciers dont il s'agit. C'est ainsi qu'une hypothèque privilégiée n'est reconnue à celui qui a prêté pour l'achat d'un fonds qu'autant que cette hypothèque a été constituée par convention expresse [17 C. 8-14] (7 C. 8-18). La même règle doit s'appliquer à l'achat d'un navire. Or s'il était vrai que celui qui a prêté pour la réparation d'un navire, doit être assimilé à celui qui a prêté pour la réparation d'une maison, parce qu'il a comme lui conservé le gage commun, il faudrait à plus forte raison accorder l'hypothèque tacite à celui qui a prêté pour l'achat soit du navire soit de la maison, et pourtant c'est ce que n'autorisent pas les textes précités. Si l'on voit le privilège du conservateur l'emporter sur l'hypothèque des autres créanciers [5 et 6 D. 20-4], c'est parce que ce texte suppose que la chose est déjà hypothéquée expressément au prêteur. Et par cela même il ne s'occupe pas de la constitution d'hypothèque, mais seulement de l'ordre à suivre entre les divers créanciers hypothécaires. Cette doctrine est confirmée par

une nouvelle [97 ch. 3] où Justinien place sur la même ligne ceux qui ont prêté pour l'achat ou la réparation d'un navire, d'un champ, d'une maison, bien que son code exige que celui qui a prêté pour l'achat d'un fonds ait stipulé une hypothèque. Il suit de là que tout autre prêteur doit aussi en règle générale prendre hypothèque pour avoir privilège (*Pothier*).

APPENDICE. — 52. Le droit romain, n'ayant guère en sa présence que le travail des esclaves, admettant à leur égard que l'un travaillât et que l'autre recueillit le salaire, ne songea pas à favoriser le travail manuel de l'agriculture et de l'industrie, parce qu'il était en général le lot des esclaves. Quant à l'homme libre, l'idée que celui dont l'argent a servi à introduire ou à conserver une valeur dans le patrimoine d'autrui, doit avoir un droit de préférence sur cette valeur, constituait son unique ressource. La manière très-large, dont les prudents concevaient cette préférence, permettait facilement à celui qui avait avancé les semences, les engrais ou les frais d'une récolte, de s'assurer un moyen presque infallible d'obtenir paiement. (S. et 6 D. 20-4).

Une simple convention lui conférait une hypothèque sur la récolte qu'il avait contribué à produire ou à conserver. La loi corroborait cette hypothèque par un privilège, et de là résultait la meilleure des garanties, une hypothèque privilégiée. Mais à cause même de la facilité et de l'habitude qu'avaient les créanciers de se procurer cette garantie, la loi romaine exigeait toujours qu'ils eussent stipulé une hypothèque pour leur attribuer un privilège. Quant aux fournitures d'ustensiles les règles applicables étaient celles de la vente et du droit de rétention, dont nous parlerons plus bas.

53. De même, le voiturier libre avait sur la chose voiturée

une hypothèque, primant les hypothèques antérieures, et procédant d'après les uns d'une disposition impérative de la loi, d'après les autres en plus grand nombre d'une convention spéciale que la loi sanctionnait en lui conférant un privilège (5 et 6D.20-4). Item si quis in merces obligatas crediderit vel ut salvæ fiant vel ut nulum exsolvatur, potentior erit licet posterior sit. Nam et ipsum nulum potentius est. Tantumdem dicetur, si merces horreorum vel aræ vel vecturæ jumentorum debentur : nam et hic potentior erit. Cujas dit sur ce texte : vecturæ causa potentior est, quoniam sine ea merces salvæ pervenire non poterunt. D'après l'illustration jurisconsulte ce privilège était donc basé sur ce que les frais de transport ont pour résultat la conservation de la chose, idée qui se rapproche beaucoup de celle de plus-value produite par le transport, mais que l'étude approfondie de ce phénomène économique n'avait pas encore complètement dégagée (*Pont*).

54. Pour nous, tout en adoptant ce point de vue particulier, nous partageons l'opinion de Doneau exposée plus haut. Nous croyons que le voiturier n'avait une hypothèque privilégiée qu'autant qu'il avait pris soin de se faire engager les meubles à transporter ce qui lui était d'ailleurs très facile (1-7D.4-9). Au moment de les mettre sur sa voiture ou dans son vaisseau, il n'avait qu'à faire avec l'expéditeur ou le voyageur un simple pacte d'hypothèque, et ce pacte était opposable à toute personne qui n'avait pas un droit préférable, par cela seul qu'il était prouvé par aveu, par écrit ou par témoin, et cette preuve ne présentait elle-même aucune difficulté, puisque les autres expéditeurs ou voyageurs étaient presque toujours par la force même des choses présents à la convention. Si le voiturier avait négligé cette précaution, la loi supposait qu'il avait jugé toute sûreté particulière

inutile à cause de la solvabilité ou de la bonne foi du débiteur ou du peu d'importance des frais de voiture. Alors elle ne lui laissait que le droit naturel de rétention, que nous croyons avec Voët pleinement applicable à cette situation (2 D. 14-2). (Cabrye).

E. — Règles de la préposition maritime et terrestre.

55. Le droit romain qui rejetait primitivement le contrat de mandat, ne donne aucune règle sur le contrat moderne de commission ni sur le privilège actuel qui en résulte. Cependant les Romains trouvèrent les Grecs en possession de l'usage d'avoir au loin des représentants, qui jouaient dans le commerce antique un rôle analogue à celui des commissionnaires modernes. Et comme ils éprouvèrent eux-mêmes le besoin d'établir des relations lointaines chez les peuples commerçants, ils recoururent comme eux à des intermédiaires pour traiter avec les étrangers, pour vendre, acheter, voiturier leurs marchandises, et manier leurs capitaux. Leurs représentants furent tantôt des esclaves tantôt des affranchis rarement de vrais hommes libres, parce que le citoyen n'était qu'un mandataire ordinaire, soumis seulement dans ses opérations commerciales à quelques règles particulières (D. 50-4) (3 D. 14-3) (Dalloz.)

56. J'ai déjà dit qu'en principe le fils de famille et l'esclave n'ayant pas de personnalité propre, mais revêtant celle du chef de famille ou du maître, n'étaient considérés que comme des instruments d'acquisition pour ce dernier, sans qu'ils pussent retirer pour eux-mêmes un bénéfice propre des actes qu'ils avaient faits. Leur personne était tellement confondue avec celle du paterfamilias que, lorsqu'ils contractaient, les tiers n'avaient qu'à s'enquérir de leur état civil et de leur ca-

pacité, pour être assurés qu'ils traitaient réellement avec l'homme qui avait sur eux puissance paternelle ou domaniale.

D'abord en ce qui concerne les relations de ces subordonnés avec le *paterfamilias*, la règle applicable se résumait en ces mots énergiques : ni obligation ni action. Quant aux engagements que les représentants libres ou esclaves prenaient à l'égard des tiers, le droit civil répondait que l'esclave ne peut obliger son maître, que le fils de famille ne peut obliger son père, et, quand il s'agissait d'un affranchi ou d'un homme libre non soumis à la puissance du préposant, que cette personne ne peut contracter pour autrui. De tels principes mettaient hors d'état de s'adonner au commerce la majeure partie de la population. La jurisprudence prétorienne, secondée par l'usage et le besoin général, tempéra ces rigueurs ; elle décida que les obligations d'une personne *alieni juris* seraient utilement invoquées contre le *paterfamilias*, lorsqu'elles résulteraient d'un *jussus* particulier (*actio quod jussu*), d'un mandat général provenant de la constitution d'un pécule (*actio de peculio* et de *in rem verso*), ou de la mission conférée à une personne sous puissance de gérer un commerce maritime ou terrestre (*actio exercitoria* et *institoria*) (*Ortolan*).

Ainsi, quand un maître, armateur d'un navire (*exercitor*) nommait son esclave capitaine de ce navire (*magister navis*), et lui donnait le droit de contracter de toutes les manières, de vendre, d'acheter, les tiers avaient contre le maître, par suite des faits de l'esclave les actions *venditi*, *locati*, *empti exercitoriaë* ; et, si l'esclave avait fait un *mutuum*, une *condictio exercitoria* prenait naissance. De même, quand un maître avait préposé un esclave à un négoce, lui avait confié la direction d'un commerce, en lui donnant le droit de

faire tous les contrats nécessaires à l'exécution du mandat, cet esclave (*institor*), traitant avec les tiers, créait en faveur de ces derniers contre le maître, des actions qui étaient qualifiées d'*institoriaë* (D. 14-1 et 14-3).

57. Peu à peu on arriva à étendre les actions *institorie* et *exercitorie* aux personnes libres ou affranchies, qui, comme mandataires, dirigeaient les affaires commerciales ou conduisaient les navires d'un préposant. C'était une grave atteinte à la règle que personne ne peut agir pour autrui. Mais la force même des choses conduisit la jurisprudence à considérer l'agent commercial comme le représentant direct du préposant. Du reste le préposé n'agissait pas seulement pour le commettant ; il était lui-même engagé, s'il était libre ; et, tout en admettant l'action contre le préposant, on l'admettait aussi contre le préposé [*Dominus negotii.*] Par une exacte réciprocité et après de longs tâtonnements on créa l'action du préposant contre les tiers, et l'ancien mandat se trouva transformé par cette jurisprudence aussi équitable qu'avantageuse. (*Ortolan*).

58. Les préposés étaient regardés comme les mandataires du commettant ; et si des textes relatifs au commerce maritime seul leur attribuent un salaire, c'est parce que le commerce terrestre se faisait primitivement presque tout entier à l'aide des esclaves, tandis que le commerce maritime employait de préférence des hommes libres. Mais Troplong pense avec raison que si les jurisconsultes avaient eu à poser un principe général, et non à résoudre des espèces particulières, ils auraient assimilé sous ce rapport la préposition terrestre et la préposition maritime.

Le préposant doit rendre au préposé libre les impenses, avances, pertes et frais occasionés par le mandat, les intérêts suivant les cas déterminés et enfin les salaires promis.

L'action *mandati contraria* est donnée au mandataire pour obtenir l'exécution de ces obligations, même pour contraindre le mandant à acquitter les dettes contractées à l'occasion du mandat. (*Ducaurroy*). Cette action d'après Voët était fortifiée par le droit reconnu au préposé de retenir les marchandises qu'il s'était chargé de vendre ou d'acheter jusqu'au paiement des sommes qui lui étaient dues par le propriétaire des marchandises.

59. En effet, la loi permet formellement au mandataire de déduire de ce qu'il devait au mandant ce qui était dû par ce dernier à lui-même [10-9 et 10, 16 D, 17-1]. Donc la compensation ou *retentio juris* était admise entre eux. Or, si l'on considère que les relations du préposant et du préposé sont réglées par des actions de bonne foi, où toutes les prétentions de rétention doivent être examinées par le juge ; que les diverses créances du préposé sur le préposant, dérivant de la préposition, réunissent les conditions exigées pour l'exercice du droit de rétention, la possession et la plupart des fois la connexité entre la chose retenue et l'obligation du demandeur ; que d'ailleurs cette dernière condition, même en admettant qu'elle fût substantielle, n'était pas toujours exigée (26-4 D. 12-6) (1D. 20-1 5 C. 815) ; qu'en outre l'équité comme l'intérêt général sont favorables au mandataire ; pour tous ces motifs, il faut admettre, je crois, sans hésiter, que le préposé libre possède le droit complet de rétention avec tous les attributs qu'il comporte.

F. — *Garanties du vendeur de meubles non payés.*

60. Dans le droit romain, la vente pure et simple ne produit que des obligations entre les parties contractantes ; elle ne transporte pas la propriété. La tradition elle-même reste

impuissante à cet égard sans l'adjonction d'une *justa causa* autre que la vente, parce que la vente seule ne constitue point un acte suffisamment indicatif de la volonté d'aliéner. La tradition, causée par la vente, sans le paiement du prix ne transmet qu'une possession précaire que le vendeur met à néant au moyen de la revendication, conséquence nécessaire de sa propriété.

Aussi, tant que le prix n'est pas payé, le vendeur dispose d'une garantie plus énergique que toute espèce de privilège puisqu'en l'exerçant il dépouille les tiers-détenteurs et détruit le concours des autres créanciers. Mais cette revendication n'est que la résolution d'une tradition imparfaite ; elle procure la reprise effective de la chose vendue, et laisse subsister la vente avec les actions personnelles qui en dérivent. L'acheteur par son retard à payer ne dégage point le vendeur des liens du contrat. A toute époque, s'il remplit ses propres obligations, il peut le mettre en demeure de faire une nouvelle tradition. Tel est le principe général. (*Humbert, à son cours*).

Par exception, si le vendeur en faisant le contrat a suivi la foi de l'acheteur, s'il lui a accordé un terme, s'il s'est contenté d'en recevoir un gage, une caution ou telle autre sûreté, il a montré par là l'intention suffisante d'aliéner, avant d'avoir reçu le prix. Partant, s'il livre la chose à l'acheteur, il se prive des avantages de droit commun, il transfère la propriété; il rend le contrat irrévocable dans ses effets ; et simple créancier, il n'a plus qu'une action personnelle pour réclamer son dû ; il court risque de perdre et la chose et le prix.

61. Dans cette hypothèse qui devait se présenter assez fréquemment, la position du vendeur était trop fâcheuse pour qu'on ne cherchât pas un moyen tel quel d'éviter ces dan-

gers. On prit l'habitude d'insérer dans la vente une clause appelée *lex commissoria*, en vertu de laquelle, faute par l'acheteur de payer le prix dans le délai fixé par le juge ou les parties, le contrat était résolu de plein droit (23 D. 4-8) (23 D. 44-7) (12 C. 8-38). Ajouté à la vente *in continenti* ou bien *ex intervallo*, *sed rebus adhuc integris*, le pacte commissoire s'identifie avec le contrat principal et engendre la même action (7-5 D. 2-14) (72 D. 18-1). Il laisse la vente produire ses effets ordinaires comme si elle n'était que pure et simple ; puis, à l'arrivée du terme, il autorise le vendeur non payé ou bien à tenir la vente pour existante et à réclamer le prix, ou bien à invoquer la résolution et à redémander la chose (4-2 D. 18-3.)

Suivant l'opinion générale des juriconsultes romains, la *lex commissoria* n'était pas opposable aux tiers ; car en traitant avec l'acheteur, ceux-ci ne pouvaient pas connaître la résolution, qui menaçait les droits par eux acquis sur la chose vendue. Au contraire, dans l'opinion de Marcellus, Ulpien et Scévola, elle avait un effet absolu et parfois rétroactif ; mais cette décision n'était pas en harmonie avec l'ensemble de la législation romaine, qui n'offrait aux tiers aucun moyen de s'assurer des charges grevant la propriété (*Pellat*)

62. A défaut de pacte commissoire, le droit de rétention était encore un moyen efficace d'assurer le paiement du prix de vente (13-8 D. 19-1) (31-8 D. 21-1) : *venditor pignoris loco quod vendidit retinet quoad emptor satisfaciatur*.

Il n'y avait point là un gage véritable, indépendant de toute convention : car personne ne peut avoir un droit de gage sur sa propre chose. Or ici le vendeur possède puisqu'il a le droit de rétention ; et, s'il n'a pas fait tradition, il a la propriété. Toutefois cette situation n'empêchait jamais le vendeur, lorsqu'il opérait la délivrance, de se faire hypo-

théquer le meuble même dont il transférait la propriété. Il se prémunissait de la sorte contre le concours des autres créanciers ; et, s'il est vrai, comme l'affirment certains auteurs, que cette hypothèque fût privilégiée, il n'avait plus rien à craindre de leur part. (*Grenier*).

CHAPITRE III.

Concours des créanciers qui jouissent d'une cause de préférence ;
transmission et extinction de leurs droits accessoires sur les meubles.

A. — *Droit de rétention.*

63. Nous avons déjà vu qu'en droit romain le droit de rétention s'oppose aux créanciers du propriétaire, et qu'uniquement basé sur le fait actuel de la possession, il n'admet aucune espèce de concours entre diverses personnes. Celui-là seul jouit d'une sûreté réelle qui possède ; et, s'il cesse de détenir et qu'aucun interdit ne le remette en possession, il n'a plus qu'une action personnelle. Le droit de rétention est transmissible à titre onéreux et à titre gratuit avec la créance qui lui donne naissance ; car il passe à l'héritier du possesseur, et peut être exercé par son successeur à titre onéreux (14-1 D. 10-3). « *Impendia quæ, dum proprium meum fundum existimo, feci, quæ scilicet si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem. An etiam, si communi dividundo judicio mecum agetur, æquitate ipsius judicii retinere possim, considerandum est. Quod quidem magis puto, quia bonæ fidei judicium est communi divi-*

dundo. Sed hoc ita si mecum agatur. Cæterum, si alienavero partem meam fundi, non erit unde retinere possim. Sed is qui a me emerit, an retinere possit, videndum est. Nam, et si vindicaretur ab eo pars, impendiorum nomine quæ ego fecissem, ita ut ego, poterit ne retentionem facere? Id verius est ut et in hac specie expensæ retineantur. (*Paul, Cabrye*).

B. — *Transmission et conflit des privilegia causæ.*

64. En ce qui regarde la transmission, la loi romaine distingue deux sortes de privilèges : ceux qui sont fondés sur la considération de la personne, dont nous n'avons pas à nous occuper, et ceux qui sont attachés à la cause de l'obligation, à la qualité de la créance (196 D. 50. 16] : Privilegia quædam causæ sunt, quædam personæ; et ideo quædam ad heredes transmittuntur, quæ causæ sunt; sed quæ personæ sunt, ad heredem non transeunt. Les privilèges causæ passaient également aux cessionnaires de la créance, en vertu du principe général : que par l'effet de la cession toutes les garanties du cédant sont transmises au cessionnaire, qui peut en user comme l'aurait fait le cédant lui même. Mulhenbruch a démontré jusqu'à l'évidence qu'il n'y avait pas lieu de distinguer entre la procuratio in rem suam et l'action utile du cessionnaire (8 C 4-39) (2 et 6 D. 48-14) (55 D. 3-3).

Ces privilèges étaient encore susceptibles d'une espèce de subrogation légale au profit de celui qui avait fourni l'argent nécessaire pour désintéresser un créancier privilégié. Pourvu même que l'argent eût été réellement compté à celui ci, peu importe qu'il eût été directement remis entre ses mains, ou qu'il eût passé quelques instants par celles du débiteur (2 D. 42-3) (24-3 D. 42-5).

65. Quant au classement des privilèges, il est probable que jamais ce point n'a été réglé d'une manière précise par les lois romaines : car les textes sont loin de présenter un système complet de concours, et quelques-uns seulement fixent d'une manière approximative la place des privilèges auxquels ils se réfèrent. Mais il est à peu près certain que le privilège attaché à une créance chirographaire n'avait pas d'effet contre les créanciers hypothécaires.

En effet, la *condictio* de la fiancée pour le recouvrement de sa dot, quoique garantie par un privilège, ne peut nuire aux créanciers du futur mari, qui jouissent d'une action réelle. (74 D. 23-3) : *privilegium, quod inter personales actiones vertitur, tribui placuit*. Le motif de cette décision est donné dans un autre texte plus remarquable (9 C. 8-9) : *Eos qui acceperunt pignora, quum in rem actionem habeant privilegiis omnibus, quæ personalibus actionibus competunt, præferri constat*. D'où, lorsqu'un créancier privilégié jouit lui-même d'un droit réel, auquel celui des autres n'est pas préférable, le motif qui sert de base à la préférence de la créance hypothécaire sur la créance simplement privilégiée n'existe plus, et le privilège doit conserver son empire.

66. La plupart des auteurs affirment que le principe précédent souffre exception, et que les frais funéraires priment toujours les créances hypothécaires (14-1 R. 11-7) ; *si colonus inquilinus, sit is qui mortuus est, nec sit unde funeretur, ex invecitis et illatis eum funerandum Pomponius scribit ; et si quid superfluum remanserit, hoc pro debita pensione teneri*. Mais dans ce cas exceptionnel, les frais funéraires, outre leur caractère d'utilité publique, ont encore un caractère très-marqué d'utilité privée pour le locateur ; en ce sens qu'ils ont servi à le débarrasser d'un cadavre, qu'il aurait dû lui-même forcément enlever, si personne ne l'avait prévenu dans cette œuvre de piété.

Aussi conçoit-on qu'on les prenne sur son gage si le reste de la succession ne suffit pas à les acquitter. Mais en dehors d'une hypothèse semblable rentrant en quelque sorte dans la gestion d'affaires, il est impossible de concevoir qu'une créance chirographaire quelconque prime les droits hypothécaires, puisque le concours n'a jamais lieu. Les créanciers hypothécaires ayant un droit distinct et à part ne se confondent pas dans la masse chirographaire ; ils exercent leur action sur la chose que frappe leur hypothèque, sans s'occuper de ceux qui n'ont pas à leur opposer un droit de gage égal ou meilleur.

67. Ce qu'il importe de rechercher dans un privilège, nous dit Paul, ce n'est pas la date de sa naissance, mais la cause qui l'a fait naître. Cette cause déterminera la faveur qu'il mérite et le rang qu'il doit occuper (32. D. 42-5) : « *privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causâ ; et, si ejusdem tituli fuerunt, concurrunt, licet diversitates temporis in his fuerint.* » Aussi lorsque la cause de deux privilèges est la même, ils doivent concourir, quand même il y aurait entre eux différence à raison du temps (7.-3. D. 16.-3). Par exception, entre créanciers ayant travaillé successivement à la conservation ou à la réparation d'une chose, la préférence est donnée avec raison au dernier, et Ulpien nous en donne la raison. « *quia hujus pecunia salvam fecit totius pignoris causam* » De plus, lorsque plusieurs privilèges différents par leur origine se trouvent en concours, le degré de faveur dont jouit chacun d'eux se mesure, non à l'antériorité du temps, mais à la cause pour laquelle chacun d'eux a été accordé.

L'appréciation que font les jurisconsultes romains de la cause des divers privilèges, les conduit à placer au premier rang ou du moins au second les frais de justice dits nécessaires, (22-9. C. 6. 30.) Mais on doute comme pour les frais

funéraires, s'il ne faut pas aller plus loin, et leur donner la primauté sur les créances hypothécaires auxquelles ils ont été utiles. Cette décision nous paraît assez plausible. Quant aux frais funéraires, le second rang leur appartient sans contredit.

68. Papinien décide, à propos de l'action du déposant contre l'argentarius que le privilège étend ses effets sur tous les biens du débiteur, (8. D. 16-3.) dont les meubles doivent être vendus avant les immeubles et les créances (15. D. 42-1). Si l'on généralise cette règle le privilège offre une garantie plus étendue que l'hypothèque spéciale, mais il n'est d'aucune utilité au créancier qui a une hypothèque générale privilégiée. L'hypothèque générale simple rend également le privilège inutile vis-à-vis des créanciers chirographaires ; elle ne tire de lui aucun secours contre les créanciers hypothécaires antérieurs. Mais, si l'on admet que deux hypothèques constituées sur des biens à venir, portent sur des biens acquis postérieurement à la constitution de la dernière, par concurrence et non dans l'ordre des dates, le privilège peut renforcer même l'hypothèque générale simple, en lui faisant primer les autres hypothèques générales ou spéciales, dont elle aurait à subir le concours sur les choses nouvellement acquises, (48 D. 50-15).

C. — *Transmission et conflit des droit de gage et d'hypothèque sur les meubles.*

69. Le pignus et l'hypotheca sont comme le privilegium causæ transmissibles par voie de succession, et cessibles avec la créance, à laquelle ils sont attachés. Mais leur action est incessible indépendamment de l'obligation principale, en ce sens que cette action ne saurait être affectée à une créan-

ce autre que celle pour laquelle elle a été constituée. Cependant rien nes'opposerait à ce qu'elle fût cédée seule pour être exercée dans les mêmes conditions et de la même manière qu'elle l'aurait été par le cédant. (5 Cod. 8-43).

Le bénéfice de la cession d'actions accordé au fidéjusseur, ou la cession imposée par la loi au créancier s'appliquait aux garanties accessoires, privilèges et hypothèques, dont la créance était accompagnée. Mais, à la différence de ce qui avait lieu pour le privilège, la subrogation aux droits d'un créancier hypothécaire ne se réalisait, que si lors du prêt, le bailleur de fonds l'avait expressément requise. (3.D.20-3) (12-8D. 20-4) (3 Cod. 7-73). Comme la subrogation ne portait que sur le rang même de l'hypothèque, il était avant tout nécessaire d'en constituer une nouvelle au profit du prêteur, pour lui donner le rang de celle qui appartenait au créancier désintéressé. (2D. 13-7). Or, cette constitution n'était évidemment possible que si le meuble à hypothéquer appartenait encore au débiteur.

Ainsi la succession dans la place et les droits d'un créancier hypothécaire s'opérait de plusieurs manières : soit en se faisant céder par lui ses divers droits, soit en achetant la chose hypothéquée et en satisfaisant le créancier hypothécaire avec le prix, soit en prêtant au débiteur de l'argent pour le payer et en convenant expressément qu'on prendra sa place, si le paiement a lieu. Ces diverses voies sont ouvertes aux simples créanciers chirographaires et même à tous les tiers comme aux créanciers hypothécaires. Le jus offerendæ pecuniæ dont nous parlerons bientôt appartient exclusivement au contraire à ceux qui ont un droit réel sur l'objet ; et son exercice n'est pas plus subordonnée au consentement du créancier qu'on veut écarter qu'à celui du débiteur.

70. Le concours s'établit entre créanciers gagistes ou

hypothécaires, soit quand la chose a été hypothéquée par deux propriétaires successifs, soit quand la même personne a consenti plusieurs hypothèques à des époques différentes. Dans l'un et l'autre cas deux questions sont à résoudre ; celle de savoir lequel des créanciers aura le droit de réclamer la possession de la chose pour la vendre, et celle de savoir, au cas où le prix est insuffisant pour tous les satisfaire, qui aura la priorité. Dans le droit romain la seconde de ces questions est toujours subordonnée à la première ; car il n'y a rien d'analogue à ce qui se passe dans notre législation où tout créancier, eût-il le dernier rang, peut proposer la vente de l'objet engagé. A Rome le droit de préférence et le droit de suite sont intimement liés dans l'hypothèque ; et tous les droits du créancier hypothécaire ou gagiste se résument en ce point unique : la possession, et comme conséquence de la possession, la faculté de vendre à l'échéance. Le droit de préférence domine le droit de suite ; il porte plus encore sur la chose que sur la masse des créanciers. (*Schilling, Pel-lat*).

71. Quand les divers créanciers sont tous en même temps convenus du gage ou que l'ordre des diverses conventions n'est pas connu, la situation se règle par le principe suivant, formulé par Pothier : qui concurrunt tempore, concurrunt jure (20-1 D. 13-7) ; c'est-à-dire que le partage se fait proportionnellement aux droits de chacun. Mais cette hypothèse ne se réalise que lorsque nul des créanciers contemporains, auxquels la chose est hypothéquée in solidum, n'a la possession, et que tous la demandent et peuvent la demander en même temps (16-8 D. 20-1). Si l'un d'eux se trouve détenir la chose soit par suite de la convention de gage ou d'un pur fait soit par suite de l'échéance de son droit, qui lui a permis de prévenir dans l'exercice de l'action hypothécaire

son concurrent dont la créance n'était pas encore exigible ; il paraît bien établi que la possession lui assurera la préférence sur les droits égaux de tous les autres gagistes (1-1 D. 43-33.), au moyen de l'exception : si non convenit ut eadem res mihi quoque pignori esset (10 D. 30-1). Ceux-ci, vu la généralité de cette exception, n'ont aucun moyen légal, sauf le jus offerendæ pecuniæ, d'enlever la possession au détenteur, de le contraindre à vendre, et, s'il a vendu, de venir en concurrence sur le prix (*Demangeat*).

72. Ainsi, par le mécanisme de système formulaire, le possesseur se trouvait dans le concours égal des créanciers gagistes avoir la même position que s'il était antérieur. Le doute disparaît si l'on remarque qu'Ulpien ne se borne pas à dire que le créancier qui a la possession conservera seulement cet avantage ; il dit d'une façon absolue : inter eos si moveatur quæstio melior est causa possidentis. D'où il suit qu'entre créanciers de même date il y a un véritable privilegium possessionis, comme entre créanciers de date différente il y a le privilegium temporis. Mais cette situation avantageuse n'est que le résultat de la possession, en sorte que, si le possesseur cesse de l'être et qu'aucun autre ne le devienne, la position de tous redevient égale, et le concours reparait.

Dans la même hypothèse, le droit de suite est commun vis a-vis des tiers détenteurs à tous les créanciers hypothécaires ; et, pour le mettre en exercice, il faut d'abord s'en référer à l'intention des parties, puis dans le doute sur leur intention la partager entre les divers ayants-droit.

73. Lorsque plusieurs créanciers ont reçu une hypothèque sur le même objet à diverses époques, leur concours est réglé, quant au droit de suite et quant au droit de préférence, par un principe qui est le corollaire du précédent :

prior tempore potior jure. Dès que les créanciers ne peuvent pas être tous désintéressés, aux premiers appartient la préférence, parce que les traités ultérieurs ont été passés à leur préjudice. Seulement, comme l'hypothèque, droit accessoire, n'existe qu'à raison de la créance qu'elle garantit, si cette créance n'existe pas encore au jour de la constitution, l'hypothèque ne prendra rang en général que du jour de la naissance du droit principal. L'antériorité de date s'établit par toute espèce de preuve ; mais, pour éviter les difficultés inextricables que sa détermination présente, l'empereur Léon décide (469) que les hypothèques, constatées dans un acte public ou dans des actes privés confirmés par le cachet de trois témoins honorables, passeront avant les autres, même quand elles auraient été consenties à une date plus récente. (*Fresquet*).

74. Quand un débiteur conférait successivement à plusieurs créanciers une hypothèque générale sur les biens présents et à venir ou une hypothèque spéciale sur un objet qui ne lui appartenait pas avec la condition : si mea res facta sit [16.7 D. 20-1], on pense en général qu'il y avait concours des diverses hypothèques sur les acquisitions postérieures à leur établissement. Dans la pensée de jurisconsultes romains ces hypothèques, quoique conférées à des époques différentes, ne peuvent avoir un objet et ne grevent la fortune du débiteur qu'au moment où chaque bien entre dans son patrimoine ; et alors elles frappent toutes en même temps sur ce bien. Décider autrement, c'est rendre impossible à comprendre l'application du privilège simple du fisc après l'établissement à son profit d'une hypothèque légale et générale (*Paul, Sent. 5-12 n, 10*).

Au contraire, si le débiteur engage à plusieurs la chose d'autrui qu'il peut réclamer par une action personnelle, on

observe l'ordre des dates entre les créanciers tant antérieurs que postérieurs à l'acquisition de cette chose par le débiteur. Il n'y a là du reste qu'une hypothèque de créance parfaitement autorisée (18 D. 13-7) (4 C. 8-17). La solution est la même, quand l'hypothèque a été constituée sur la chose d'autrui purement et simplement et que le vrai propriétaire ne réclame pas. Une action hypothécaire utile est donnée aux créanciers pour faire respecter les conventions et l'ordre de ces conventions (41 D. 13-7) (6 C. 8 16). Enfin dans les trois cas d'hypothèque consentie sur une chose dont on n'est pas propriétaire, hypothèque des biens à venir, hypothèque d'une chose due, hypothèque de la chose d'autrui, ces droits sont préférables à ceux que le débiteur a consentis, depuis qu'il a la propriété de la chose. Car ils sont antérieurs au moins d'un instant de raison.

75. Il existe une série d'hypothèques qui restent complètement en dehors des principes : *prior tempore potior jure* et qui concurrencent *tempore concurrencunt jure*. Ce sont les hypothèques privilégiées, qui priment toutes les hypothèques simples, quelle que soit leur date, et renversent les rangs en faveur de la créance privilégiée. Il ne faut pas donc se contenter de dire que le créancier hypothécaire privilégié jouit des avantages qu'offrent l'hypothèque et le privilège. Car le privilège inhérent aux hypothèques privilégiées a un effet plus énergique que les *privilegia* proprement dits, qui confèrent bien une préférence sur des créanciers égaux, mais qui ne renversent pas les rangs, qui ne font pas d'un créancier inférieur un créancier supérieur. Il ne faudrait pas croire toutefois qu'une hypothèque privilégiée primera toujours une hypothèque simple. Si l'on suppose des hypothèques créées par un précédent propriétaire, elles priment les hypothèques privilégiées, nées du chef du nouvel acquéreur,

qui n'ont pu frapper qu'une valeur déjà diminuée par les autres. (*contra Thibaut*).

76. Seul juge de l'opportunité de la vente, pouvant seul en vendant purger les droits hypothécaires des autres, (1 C. 8-20). se payant toujours avant eux, le créancier potior jure annihilait pour ainsi dire les créances de ses concurrents tant qu'il n'était pas désintéressé. Tous ces pouvoirs excessifs avaient un contre poids insuffisant dans le jus offerendæ pecuniæ accordé aux créanciers inférieurs. Ce droit constituait une espèce d'expropriation, qui permettait à tout créancier hypothécaire, en désintéressant celui qui avait la priorité de prendre son rang et ses droits. Il présentait ce double caractère de ne pouvoir porter préjudice au premier créancier en ordre, dont le paiement intégral était dans tous les cas nécessaire, et de pouvoir être infiniment utile à celui qui l'exerçait, en retardant ou en accélérant la vente du gage.

Le jus offerendæ pecuniæ, basé sur la situation précaire des créanciers postérieurs, n'avait jamais lieu en faveur des étrangers, mais il appartenait aux créanciers antérieurs à l'encontre même des créanciers postérieurs (*Paul, sent.* 1-13 8) : car il y a des hypothèses où ce droit leur est d'une véritable utilité (*Fresquet*). Il opérait de plein droit, sans qu'il fût nécessaire de le convenir expressément (3D. 20-4) (1, 5, 8, C. 8-18), ou d'offrir aux autres créanciers le paiement de leurs droits intermédiaires. Après le paiement le gage était affecté au second créancier, malgré le débiteur, tant pour sa propre créance que pour la somme due au premier créancier et pour les intérêts de ces deux sommes. L'offerens à son tour pouvait être remplacé par un autre qui lui payait le prix de l'oblatio et sa propre créance. Il pouvait encore lui-même désintéresser le second offerens, et reparaitre au premier rang. (*Lemonnier*).

D. — *Effets et extinction des droits accessoires sur les meubles.*

77. Le créancier, envoyé en possession des biens de son débiteur, possède non seulement pour lui-même, mais encore pour ses co-créanciers : non tam personæ solius petentis quam creditoribus et in rem. Le pignus prætorium qu'il obtient, ne modifie en rien les rapports des divers intéressés ; il laisse à chacun d'eux les causes de préférence qu'il a valablement acquises (8 C. 7-71.) Il n'a pour but que de fixer leur position respective, de manière qu'elle ne puisse plus être arbitrairement changée au gré du débiteur. Pourtant les créanciers privilégiés ou hypothécaires conservent à l'égard de la masse les droits qu'ils tiennent à cette époque de la loi ou de la convention. La vente des biens faite en bloc ou en détail ne purge ni leur préférence sur le prix ni leur action en poursuite contre les tiers acquéreurs. (*Tambour*).

78. Toutefois, comme la condition de tous les créanciers doit être égale depuis le décret d'envoi en possession, la constitution d'un gage ou d'une hypothèque, faite depuis ce moment au profit de l'un d'eux et au détriment des autres, tombe sous le coup de l'action paulienne, comme le paiement qui aurait été effectué depuis que le débiteur se trouve dessaisi. (10-13D 42-8). Seulement la révocation ne sera admise en général que pour replacer le créancier dans la position primitive qu'il s'était faite. Elle n'éteindra que pour cause de fraude le gage établi en même temps que l'obligation principale, parce que ce gage avait peut-être déterminé le créancier à contracter (22 D. 42-8) ; Respondit Scævola creditorem non idcirco prohibendum a persecutione pignorum, quod in vetus creditum ut obligaretur pactus esset ; nisi in

fraudem creditorum factum sit, et ea via juris occurratur, qua creditorum fraudes rescindi solent.

79. Quant aux sûretés réelles, conférées par le débiteur à des étrangers depuis l'envoi en possession, nous ne croyons pas que la masse possède un droit, réel, opposable à tout créancier, en sorte que pour anéantir l'acte qu'elle prétend méconnaître, elle n'ait à prouver que sa date, et non le concert frauduleux des tiers ou la connaissance qu'ils avaient de l'envoi en possession. Le *pignus prætorium* n'était point garanti par l'action quasi servienne. Car c'est exclusivement pour savoir s'il donnait lieu aux interdits comme le *pignus conventionale*, qu'il y eut selon nous dissentiment entre les jurisconsultes : les uns soutenant que l'envoyé en possession devait *incumbere pignori ne aliquam pateretur jacturam*, et ne lui permettant pas de reprendre la possession si *ab ea cadat etiam fortuito casu* (2 C. 8-22) ; d'autres trouvant cette décision trop rigoureuse et voulant, par extension des règles du *pignus conventionale*, donner aux créanciers le moyen de rentrer en possession du *pignus prætorium*. C'est l'opinion de ces derniers que consacre Justinien, qui, *ne quid amarum in creditoribus, exsequatur, benignus eis recuperationem donat*).

80. En principe le pacte de remise fait avec l'héritier d'une succession insolvable s'oppose à tous les créanciers, qu'ils aient ou non contribué à le former. Par exception, il semble que les privilégiés à raison de la qualité de leurs créances, pourraient prétendre à un paiement intégral dans le cas où la masse s'est obligée à restreindre ses demandes, surtout quand ils n'ont pas assisté à la délibération. Cependant Ulpien décide que tous les privilégiés, même le fisc, sont soumis à la loi de la majorité, pourvu toutefois qu'ils n'aient pas d'hypothèque. Au contraire, Paul, recherchant si le pacte de

remise peut être invoqué par le fidéjusseur ou le mandator pecuniæ credendæ, dans le cas où ils n'ont pas pris part à la délibération, Paul décide formellement qu'il serait inique d'enlever au créancier le droit de choisir entre les divers obligés, aussi bien que de lui enlever le bénéfice d'un gage ou d'un privilège (7-19, 10D.2-14) (58 1D.17-1).

Qui faut-il croire ? Ulpien, lorsqu'il dit que les privilégiés absents, et a fortiori les privilégiés présents ou dissidents seront traités comme les autres ; ou Paul affirmant qu'on ne saurait sans injustice les priver de leur gage ou privilège ? Vinnius a tenté la conciliation en établissant qu'aux yeux des jurisconsultes romains la créance devra toujours être réduite. Seulement, dit cet auteur, Ulpien démontre ce que Paul néglige d'énoncer, que pour être réduite la créance n'en restera pas moins privilégiée. Cujas au contraire croit à une controverse entre les deux jurisconsultes, et ce dissentiment ne doit point nous étonner, si l'on songe qu'Ulpien appuie sa décision sur un rescrit d'Antonin le Pieux, tandis que Paul fonde la sienne sur les principes généraux du droit, sans qu'il regarde comme abrégé le rescrit impérial.

81. En ce qui concerne le gage et l'hypothèque, il est à croire devant le silence des textes que les créanciers munis d'une pareille sûreté ont droit d'assister à la délibération du pacte de remise sans subir aucune déchéance. Sans doute, s'ils y concourent, ils seront réduits comme les privilégiés à un simple dividende, qu'ils se feront payer par préférence sur les biens hypothéqués. Mais s'ils n'y participent pas, les textes précités leur conservent l'intégralité de leurs droits sans que le pacte leur soit opposable. Il devait alors rarement arriver en pratique qu'un gagiste prit part aux arrangements intervenus entre la masse des créanciers et l'héritier de l'insolvable.

82. Le *pignus*, l'*hypotheca*, la *retentio*, le *privilegium*, n'étant que des droits accessoires, cessent de deux manières ; par voie de conséquence, lorsque la créance dont ils dépendent vient à s'éteindre ; principalement, lorsqu'ils disparaissent seuls, la créance continuant à subsister. Le principe général est posé dans plusieurs textes (5 et 6 D. 20-6), et entre autres dans le suivant (9-3 D. 13-7) ; *omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneratitia actio. Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum, sive aliis pignoribus sibi caveri voluit ut ab hoc recedat, sive fidejussoribus, sive reo dato, sive pretio aliquo vel nuda conventionem nascitur pigneratitia actio. Et generaliter dicendum est, quoties recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si ut ipse voluit sibi cavit, licet in hoc deceptus sit.*

Bien qu'on ne comprenne pas une hypothèque ou un gage sans une obligation principale qui lui serve de base, néanmoins le droit de rétention ne s'éteint pas toujours avec l'action personnelle du créancier ; il subsiste pour garantir la dette ordinaire dégénérée en obligation naturelle (14-1 D. 20-1).

83. L'extinction des sûretés réelles s'opère également, mais d'une manière principale, par la destruction ou la transformation complète de l'objet engagé, par l'extinction du droit du constituant sur l'objet qu'il a livré à son débiteur. (13-3 D. 13-7) (8 D. 20-6) (41 D. 6-1) (2 C. 8-55) ; par la renonciation du créancier à son droit de préférence, que cette renonciation provienne d'un pacte formel ou d'une condition tacite (23 C. 8-14) (9-3 D. 13-7) inhérente à divers agissements. Le *privilegium causæ* cesse par la renonciation, *quia regula est juris antiqui omnes licentiam habere his quæ pro*

se introducta sunt, renuntiandi [29 D. 2-14]. La retentio se perd le plus fréquemment par la dépossession du créancier arrivée ou non par son fait ; mais il importe d'observer que dans certains cas il y a des moyens de rentrer en possession, soit l'actio pignoratitia, soit l'actio furti, soit même les interdits restitutoires. (*Machelard*)(14-1, 15 2D. 47-2)(1-9 et 10 D. 43-16) (surtout Inst. 4-2 n. 1 et 4-15 n. 6). Enfin la prescription longi temporis est aussi un mode spécial d'extinction de l'hypothèque constituée sur des meubles, parce qu'elle donne un moyen de défense invincible contre les poursuites du créancier hypothécaire à l'acquéreur qui possède depuis trois ans avec juste titre et bonne foi. (*Fresquet*).

DROIT FRANÇAIS

(ANCIEN ET MODERNE).

—

CHAPITRE IV.

Notions sur l'origine et la nature de nos privilèges et développement de nos privilèges généraux.

A — *Historique et nature de notre privilège.*

84. Nous avons vu quel était à peu près l'état économique et commercial du monde romain, quand il s'écroula sous les coups des Barbares, l'aisant aux sociétés nouvelles qui commençaient à se former, les éléments d'une civilisation meilleure. La propriété mobilière, cette propriété si fortement empreinte du sceau de la moralité et de la personnalité humaines, puisqu'elle est le fruit direct du travail et de l'épargne, fut tarie dans sa source par l'anéantissement du commerce et de l'industrie. Le progrès sembla remonter vers son origine et dut en quelque sorte recommencer. La législation elle-même s'effaça dans ce qu'elle aurait de trop savant et de trop opposé aux mœurs des Germains. L'hypothèque, cette conquête admirable du progrès juridique dut à peu près disparaître d'une législation barbare, où la naissance et la transmission des droits étaient en quelque sorte matérialisées par les nécessités de la preuve. Comment des esprits aussi grossiers que ceux des conquérants germains n'auraient ils pas eu besoin d'un signe sensible et matériel pour reconnaître l'existence des choses incorporelles ?

Aussi, bien que le droit barbare fût singulièrement modifié par la conquête et par le droit romain, c'est à peine si dans les monuments qui nous en sont restés, on retrouve la pratique de l'hypothèque, en tant que droit réel constitué par le consentement. La loi des Visigoths, celle des Bourguignons, les formulaires et les capitulaires donnent la préférence au nantissement immobilier, qui, plaçant le créancier en rapport immédiat avec la matière, lui procure une garantie de nature à être facilement appréciée. Toutefois, comme l'observe Troplong, le gage mobilier, malgré le peu d'importance de la richesse mobilière, ne cesse pas même au moyen-âge de servir d'auxiliaire utile au crédit privé. C'est ce qu'attestent les pratiques des juifs et des Lombards, qui sans cesse frappés de confiscation et d'expulsion, préféraient aux immeubles la garantie d'objets qu'ils pussent emporter avec eux dans d'autres pays. (Daloz).

85. Si l'on en croit Leyseau (off. l. 3 c. 8-3, 4 et s.) et Denizart (priv. 2,) notre ancien droit admit la distinction romaine du privilège simple et de l'hypothèque privilégiée sous les noms de privilège personnel et de privilège réel. Insensiblement cette distinction disparut, et le privilège ne conserva plus que le caractère réel. Comme le rapporte Denizart, le privilège était toujours une hypothèque privilégiée; et il différait de l'hypothèque simple, en ce que celle-ci prenait le rang que lui assignait sa date, tandis que l'hypothèque privilégiée passait avant toutes les hypothèques simples même antérieures.

Tous nos anciens auteurs remarquent presque à l'unanimité le caractère réel dont le privilège est revêtu dans notre droit. Mais cette observation ne nous semble juste que pour certains privilèges mobiliers, basés sur le nantissement exprès ou tacite, dont la notion pour ce motif se trouve confondue

dans nos lois avec celle du gage. Aussi leur nature se ressent-elle beaucoup de cette confusion. Mais il n'en est pas de même de quelques-uns d'entre eux qui, basés sur des idées d'humanité ou d'ordre public, frappent exclusivement l'ensemble des biens, l'ensemble des meubles qui restent dans le patrimoine du débiteur. Comme ceux-ci ne portent sur aucun objet déterminé, ils ne constituent comme en droit romain qu'une cause de préférence sans droit de suite, sans caractère réel ; ils remplissent l'idéal du privilège théoriquement considéré, ils ne sont jamais qu'une qualité particulière de la créance.

86. Quant aux autres la réalité résulta, suivant Troplong, de ce que la jurisprudence française attacha des hypothèques légales à des créances qui n'étaient que privilégiées en droit romain et une hypothèque tacite à toutes celles, privilégiées ou non, qui étaient constatées dans un acte authentique ; de sorte qu'il suffisait d'un acte notarié pour que le privilège fût accompagné d'une hypothèque. Et, comme à cette époque d'ignorance universelle les actes notariés étaient beaucoup plus nombreux que les actes sous-seing privé, on s'accoutuma à associer l'idée d'hypothèque à celle de privilège, et bientôt l'on se figura que la réalité, que l'affectation hypothécaire, était inhérente à la nature du privilège.

87. Le privilège pouvait exister sur les meubles comme sur les immeubles. Mais il importe de remarquer que lorsqu'il frappait sur les meubles, dont la propriété intéresse si fortement le commerce, il ne consistait plus, à la différence de ce qui avait lieu pour les immeubles, qu'en un droit de préférence non accompagné du droit de suite, et cela, en vertu de l'ancienne maxime, reproduite par les coutumes d'Orléans et de Paris : Meubles n'ont pas de suite par hypothèque.

Cette maxime venait du droit germanique où la position du tiers acquéreur était protégée par le respect de la saisine acquise avec bonne foi, et où les meubles furent considérés tantôt comme un accessoire de l'immeuble tantôt comme un accessoire de la personne (Loysel, inst. cout. l. 2 ch. 1 n. 13). Cette maxime fut reçue dans les coutumes, jusqu'au moment où l'étude du droit romain, s'emparant des esprits, tendit à faire reconnaître un droit de suite contre le tiers-acquéreur des meubles. Les coutumes résistèrent ; et la plupart, comme nous l'expliquerons plus loin, décidèrent que les meubles ne pouvaient être hypothéqués ni au point de vue du droit de préférence ni au point de vue du droit de suite. Leur influence pénétra jusque dans les pays de droit écrit, où les meubles restèrent bien susceptibles d'hypothèque, mais où cette hypothèque ne consista plus qu'en un simple droit de préférence sans trace de droit de suite (*Ginoulhiac, cours* 1867).

88. Aujourd'hui le nom seul a changé ; mais, au fond, le droit est toujours le même (C. civil, art. 2114, 2118). Le privilège, ~~sauf les exceptions que nous avons faites,~~ n'est, dans notre droit actuel, qu'une hypothèque privilégiée, modifiée par le temps et les circonstances. En effet, prenons le privilège sur les immeubles. De même que l'hypothèque, il constitue un droit accessoire à une créance, puisqu'il ne peut appartenir qu'au maître de cette créance. Il comprend, à la fois, comme elle, un droit de préférence sur le prix et un droit de suite qui permet de saisir la chose entre les mains de tout détenteur. En quoi diffère-t-il de l'hypothèque ? En ce que la préférence, à l'égard du privilège, a, pour cause, la faveur due à la créance ; à l'égard de l'hypothèque, l'accomplissement des formalités qui lui donnent son efficacité. D'où il suit que l'hypothèque

tiendra son rang de la priorité d'inscription ou du titre qui la constate ; le privilège uniquement du degré de faveur que mérite la créance, quelle que soit la date du titre.

Mais y aura-t-il du moins deux droits essentiellement distincts, quand le privilège portera sur des meubles ? Nullement. Sans doute, le privilège n'engendre alors qu'un simple droit de préférence sur le prix, non accompagné du droit de suite, mais cela tient uniquement à la nature mobilière de l'objet auquel il est attaché. La preuve en est évidente, si l'on se rappelle que dans notre ancien droit, au milieu même des pays où les meubles étaient susceptibles d'hypothèque, cette hypothèque privilégiée n'engendrait pas le droit de suite. Or, ce que l'ancien droit appelle hypothèque privilégiée, le Code le nomme privilège en lui donnant des effets identiques (*Pont*).

89. A la différence des hypothèques qui ont une triple origine, la loi, la convention et l'acte judiciaire, les privilèges ne peuvent résulter que d'une disposition légale. Seul, le législateur a le pouvoir de déterminer quels droits sont plus sacrés que les autres, et dignes d'une protection particulière. Pour ce motif, Domat refusait au créancier-gagiste le titre de privilégié. Notre législation, infidèle à son propre principe : que le privilège dérive uniquement de la qualité de la créance, de la cause de l'obligation, reconnaît, au contraire, que la constitution expresse de gage est munie d'un privilège. Dans ce cas particulier, ce n'est plus la loi, mais la volonté des parties qui attache, à une créance quelconque la faveur que sa qualité ne lui aurait pas value.

La qualité de la créance et la convention de gage, telles sont les deux sources des droits de préférence et de suite sur les meubles que nos lois reconnaissent. Si notre législation, sous ce rapport, diffère de la législation romaine,

il faut avouer, également, que l'état économique de notre propriété mobilière, n'a rien de commun avec sa situation dans l'antiquité, et même avec son développement dans le moyen-âge et sous la monarchie absolue.

90. La terre avait obtenu, sous le régime féodal, une prééminence remarquable sur la richesse mobilière, qui ne faisait que des riches, tandis que la fortune immobilière donnait la noblesse, et, pendant des siècles, se transmettait de génération en génération dans les mêmes familles. Les règles et les arrêts de notre ancienne jurisprudence durent naturellement se ressentir du peu d'importance de la propriété mobilière. C'était la possession de la terre qui constituait la puissance ; c'est à la propriété foncière que les anciens législateurs prodiguèrent leurs soins. Or, toutes les règles qui avaient pour but la protection de la propriété foncière et sa conservation dans les familles, n'étaient pas faites pour la propriété mobilière, destinée à une circulation rapide et à une prompte consommation, moins encore pour l'avantage du crédit commercial qui a, pour but essentiel, l'écoulement et la transmission des produits. Cet état des choses et des idées dura jusqu'à la Révolution ; il présida à la rédaction de nos divers codes ; et, de là, le désaccord choquant, tant de fois signalé, entre l'état économique de notre société et les lois qui nous régissent, particulièrement en matière de commerce et en matière de privilèges mobiliers (*Dufour à son cours, Rivière*).

91. Ici même devons-nous dire, à l'exemple de tous nos maîtres, qu'il est bien loin de nous, le temps où le législateur pouvait s'écrier avec raison : *vilis mobilium possessio* ! Depuis le commencement du siècle, la richesse mobilière a pris un immense développement. Le commerce et l'industrie ont mis en mouvement d'innombrables capi-

taux ; de puissantes associations se sont formées pour mettre en exploitation les meilleures découvertes de la science. Les Etats, les provinces, les villes, les banques ont créé des valeurs mobilières de toute sorte, actions, obligations, rentes, par quantités inouïes, incommensurables. La richesse immobilière, attirée par l'appât de bénéfices promis et quelquefois réalisés, s'est détachée du sol pour se porter sur ces meubles récemment entrés dans le domaine de la richesse publique, et telle a été la diffusion des valeurs industrielles ou commerciales, que même, les plus rebelles au commerce, ont aujourd'hui leurs intérêts commerciaux.

Par suite de ces prodigieux changements qu'entrevoient déjà les rédacteurs de nos codes (*Threilhard*, hyp. et priv.), mais dont ils ne pouvaient assurément pas prévoir toute l'importance, notre législation, sur la propriété mobilière, s'est trouvée dépassée, débordée, en désaccord patent avec l'état de choses nouveau, pour lequel elle n'avait pas été faite. Cette défectuosité s'est manifestée, comme toujours, par des embarras et des difficultés dans la jurisprudence et la doctrine. Ne serait-il donc pas temps, grand temps, de corriger ces textes obscurs et ambigus, qui, dans leur silence et leur oubli, peuvent être des armes au service de solutions arbitraires, de la cupidité, de la chicane et de la mauvaise foi ? (*Bénech*).

B. — Développement des privilèges généraux.

92. Le droit coutumier n'avait, bien limité, ni les différentes créances, garanties par des privilèges généraux, ni l'ordre de ces privilèges qui s'étendent sur tout le patrimoine du débiteur, meubles et immeubles. Sur ces deux points,

le Code Napoléon a apporté une heureuse amélioration en énumérant les diverses créances privilégiées des simples particuliers et en opérant leur classement (Art. 2100, 2101, 2104, 2105).

Tous les privilèges généraux, établis au profit des particuliers, sont fondés sur des considérations diverses, d'humanité ou d'ordre public. Ils comprennent :

93. 1^o Le privilège des frais de justice, basé sur le principe équitable que personne ne doit refuser la restitution d'avances utilement faites dans son propre intérêt. Pour parvenir à la constitution légale d'une faillite, si nécessaire à la conservation du gage des créanciers, l'accomplissement de certaines formalités judiciaires est indispensable, et rend indispensable l'avance de certains frais. La raison commande que le prix des biens n'arrive, dans les mains des créanciers, qu'après le paiement préalable des frais de justice, sans lesquels ce prix ne pourrait être partagé entre les ayant-droit. L'intérêt du créancier est donc la cause du privilège qui s'exerce contre lui. S'il en devient l'unique mesure, l'équité n'en saurait point souffrir. Partant, pour décider si tels frais de justice doivent primer certaines créances, il n'y a plus qu'à se demander s'ils ont été utiles, et dans quelle mesure, aux maîtres de ces créances.

Cette règle était appliquée, dans notre ancien droit, qui distingue déjà les frais faits à l'occasion du mobilier, privilégiés sur tous les meubles et non sur les immeubles, puis ceux qui sont faits à l'occasion d'un meuble pris isolément, qui ne venaient par préférence, que sur le prix de cet objet. Dans les ventes de meubles, à la différence de ce qui avait lieu dans les ventes immobilières, l'adjudicataire n'était pas chargé des frais de saisie et de vente, mais le privilège les couvrait (édit. 1551. art. 12).

94. Dans notre droit actuel, en vertu du principe que l'étendue du privilège a pour mesure l'intérêt du créancier contre lequel il s'exerce, ne sont pas privilégiées, les frais faits dans un intérêt purement personnel et non pour l'avantage commun des créanciers, ou ceux qui n'auront servi qu'à protéger ou conserver une fraction des biens du débiteur, et n'auront ainsi profité qu'à certaines personnes et non à la masse. Que les premiers soient alloués au créancier comme accessoires de sa créance et viennent au même rang dans la faillite ; que les seconds retombent avec préférence sur les personnes dont ils ont garanti les droits, rien de plus juste. Mais il n'y a là que l'application de la règle fondamentale : que le privilège des frais de justice n'est général qu'autant que les frais ont protégé la généralité des meubles et des immeubles composant le patrimoine du débiteur ; que si les frais de justice n'ont procuré qu'un avantage spécial, leur privilège est spécial ; et, s'ils n'ont eu pour objet qu'un bien déterminé, ils ne confèrent aucune préférence sur les autres biens, lesquels demeurent, à leur égard, chose étrangère (*Renouard*).

95. 2^e Le privilège des frais funéraires, fondé partout sur le double motif que la décence et la salubrité publique seraient compromises, si le défaut de garanties pour le recouvrement des frais funéraires faisaient négliger ou trop différer les inhumations.

Notre ancien droit honora toujours la piété envers les morts ; mais il restreignit tantôt à vingt livres le privilège des frais funéraires tantôt au port du corps et à l'ouverture de la fosse, ce qui comprenait les frais de premier ordre ; tandis que le surplus, qualifié frais de second ordre, ne venait que par contribution au sou la livre avec les autres créanciers privilégiés. (Paris, Chatelet 1692 et 1694.)

Bourjon nous apprend que cette jurisprudence du Chatelet n'était pas observée et qu'il appartenait au juge d'arbitrer ces frais comme l'exigeait la qualité du défunt. Pothier et le parlement de Toulouse mettaient le deuil de la veuve au rang des frais funéraires de second ordre, tandis que Basnage et le parlement de Bordeaux repoussaient cette doctrine.

96. Aujourd'hui les frais funéraires ne sont plus divisés en deux classes ni limités à un maximum. Pourvu qu'ils soient proportionnés à la condition et à la fortune du défunt, qu'ils n'aient rien de déraisonnable ou d'excessif, le juge, dans son appréciation souveraine, doit y comprendre tout ce qui est nécessaire à l'ensevelissement du défunt, les émoluments de la fabrique, les honoraires du clergé.

S'agit-il d'une faillite déclarée après décès, les frais funéraires formant une dette antérieure à la déclaration, figurent dans le passif avec la faveur qui leur est propre. Le décès est-il postérieur à la déclaration, les convenances exigent que les syndics assurent au défunt des funérailles modestes comme ils sont tenus par l'humanité de secourir le failli vivant. (*Massé*). Mais si les dépenses étaient faites par la famille, par un ami ou par toute autre personne bienfaisante, sans accord préalable avec les syndics ou sans nécessité impérieuse, elles ne sauraient être répétées contre la faillite, dont la situation est définitivement arrêtée, et que l'administration seule pourrait engager.

97. Pour ce motif les dépenses de deuil qu'a faites la veuve du failli après le jugement déclaratif ne sauraient entrer avec cause de préférence dans le passif de la faillite, car elles sont en ce cas personnelles à la femme dont aucun acte ne saurait préjudicier à la masse depuis qu'elle a judiciairement dessaisi et les héritiers et les mandataires du

défunt. (*Renouard.*). Dans l'hypothèse inverse, l'hésitation, quoique permise doit tomber devant la réalité des choses et devant le progrès de nos idées civilisatrices. Les mœurs romaines, elles qui ne connaissaient ni pitié ni modération envers le malheur, pouvaient ne pas s'occuper de l'affliction de la veuve et laisser tout dévorer par les créanciers. La jurisprudence française doit considérer que le deuil accompagne inévitablement les frais funéraires et que lui refuser la même faveur, équivaut à mettre la plupart des familles dans la douloureuse position de ne pouvoir remplir un devoir qu'impose non seulement le cœur, mais encore la société. (*Pont.*)

Les mêmes raisons militent avec la même force pour étendre le privilège aux funérailles des enfants du failli ou de ses autres parents qui vivaient avec lui comme membres de la même famille et qui sont décédés sans fortune avant la déclaration de faillite. Il n'y a là que l'application de l'actio funeraria des romains, action dictée au prêteur par la voix de la nature, imposée par l'organisation de la famille, et sanctionnant le devoir sublime qui unit les parents aux parents, et qui les oblige non seulement de se secourir et de s'aimer pendant la vie, mais de s'assurer réciproquement un lieu de repos après la mort. Les créanciers ne sauraient donc ni humainement ni socialement se plaindre de la faveur accordée soit au deuil de la veuve, soit aux funérailles de la famille, qui ne sont que le modeste accomplissement d'un devoir nécessaire de pitié.

98. 3°. Le privilège des frais quelconques de la dernière maladie destiné à secourir les débiteurs malades qui seraient peut-être abandonnés dans leurs souffrances s'ils n'offraient qu'un crédit insuffisant à ceux qui peuvent les soulager.

Le moyen âge régénéré par la morale chrétienne introduisit

de bonne heure ce privilège dans ces coutumes. Selon Pothier, ce qui est dû pour la dernière maladie aux médecins, chirurgiens, apothicaires, est une créance privilégiée qui dans l'usage ne vient qu'après les frais funéraires. Basnage ne s'occupe que de la maladie dont le débiteur est mort ; comme lui, Duplessis, n'accorde le privilège qu'aux salaires et médicaments de la dernière maladie ; Ferrière en donne le motif ; « parce que ces frais semblent faire partie des frais funéraires ». Enfin, tous les auteurs anciens, en traitant de ce privilège, rapprochent toujours les frais de maladie des frais funéraires, traitant des uns à l'occasion des autres, semblant ainsi n'avoir en vue que la maladie dont le débiteur est mort.

99. Il est à croire que le code civil n'a rien voulu changer à cette doctrine de l'ancien droit si connue et en quelque sorte unanime. L'opinion contraire, qui étend le privilège à la maladie qui a précédé la faillite ou la déconfiture, comme à celle qui a déterminé le décès, peut bien se défendre par d'excellentes raisons plus en harmonie avec nos mœurs que les arrêts de l'ancienne jurisprudence. Mais il faut pour la soutenir renverser toutes les inductions de l'histoire, interpréter judaïquement la lettre de la loi sans considérer qu'elle place les frais de maladie à côté des frais funéraires, et surtout ne pas s'arrêter aux difficultés pratiques qu'on rencontre à déterminer, si la maladie dont le débiteur est revenu, a été réellement sérieuse, condition fondamentale de l'admission du privilège, ou seulement occasionnée, voire aussi prolongée par le désir secret d'induire en perte les créanciers, auquel cas toute faveur disparaît. (*Valette*).

100. En matière commerciale, la rigueur des principes demande que les frais de la maladie mortelle mais postérieure à la faillite ne soient pas mise à la charge des créan-

ciers, comme ceux de la maladie qui précède la cessation des paiements. Le désaisissement du failli avertit suffisamment ceux qui le soignent, qu'ils n'ont plus d'autre récompense à espérer que le plaisir intime d'avoir fait le bien. Si la maladie survenue avant la déclaration de faillite, se prolonge après le désaisissement, l'équité et l'humanité, l'esprit et le vrai sens de la loi conseillent d'accorder le privilège à tous les frais qui ne pouvaient pas être réclamés d'une personne en souffrance.

Ce privilège mérite d'avoir la même extension que le précédent, et doit s'appliquer au traitement de ceux qui vivent dans la maison du débiteur comme membres de sa famille. Bien que son étendue se règle sur la position du malade, il ne garantit évidemment que les frais rendus nécessaires par son mal et non ceux qui ont servi à complaire ses caprices. S'il s'agit d'un mal chronique ou de quelque autre long à guérir, les frais ne sont privilégiés que pendant la période où le mal a pris une intensité telle qu'il a menacé le débiteur d'une mort prochaine. (*Esnault.*)

101 4°. Le privilège des salaires des gens de service, des ouvriers et des commis, accordé par intérêt pour eux et par humanité pour celui qui les emploie. Leur créance compose le plus souvent toute leur fortune, et ni leur position précaire ni l'usage ne leur permettent de stipuler du maître des sûretés spéciales qui les protègent contre son insolvabilité. A défaut d'une protection légale, le maître qu'un malheur eût frappé dans ses biens, eût été abandonné de ceux qui l'entourent, et privé des soins qu'une longue habitude lui a rendus nécessaires. (*Pont.*)

Pothier citant un acte de notoriété du Chatelet dit que cet acte accorde un privilège aux domestiques de ville pour une année de leur gage. Eour, on ne semble pas admettre la même

restriction ; car il étend cette faveur à l'année échue et à l'année courante, l'action des domestiques se prescrivant par le laps d'une année. Valin en commentant la coutume de la Rochelle, atteste que ce privilège existait ailleurs qu'à Paris, et il ajoute même qu'il était ancien dans l'usage de cette localité. Aussi la loi de Brumaire l'accorda-t-elle en termes généraux aux domestiques, ce qui comprenait non seulement les domestiques de ville, mais aussi les domestiques de ferme.

102. Le code a substitué au mot domestique, le mot gens de service, dont la signification n'est pas déterminée, d'une manière précise par l'usage. Mais l'origine même du texte démontre que la loi désigne ici tout ceux qui engagent leur travail ou leur industrie pour un temps déterminé, et moyennant des gages fixes. En comptant par années la somme des salaires privilégiés, le texte a pour but de fixer le temps le plus long auquel puisse s'étendre la préférence et nullement de faire de l'engagement à l'année la condition essentielle de cette faveur.

Le maximum de la somme privilégiée ne dépasse pas les salaires de l'année échue et ce qui sera dû pour l'année courante. Encore serait-il peut-être à souhaiter qu'il fût restreint comme le proposait Pothier, à une durée de six mois ou d'un an qui est celle de la prescription. Les longs crédits de la part des domestiques, leur location à l'année deviennent de moins en moins fréquents ; la prescription annule souvent l'efficacité de leur privilège, et d'ailleurs personne ne connaît plus tôt qu'eux la gêne ou la ruine de leur maître. (*Sévin*).

103 Le code n'ayant parlé que des gens de service, les tribunaux hésitèrent à donner ce privilège aux ouvriers qui vivent du travail de leurs mains et aux commis si utiles au négoce. La loi sur les faillites (1838) a levé toute difficulté :

les premiers en jouissent pour le salaire d'un mois, les seconds pour le salaire de six mois. Cette différence provient de ce que les ouvriers s'élèvent à un nombre considérable et sont payés plus fréquemment, par semaine ou par jour, tandis que les commis moins nombreux pèsent moins lourdement sur le crédit du patron et sont dans l'impossibilité de réclamer un paiement immédiat. (*Renouard*)

La généralité du privilège des ouvriers, qui frappe tout l'actif du commerçant quelque distinct qu'il soit de l'établissement où ils travaillent, a été critiquée comme s'appliquant à des objets étrangers à sa cause. En effet, il paraîtrait juste de le spécialiser, de le restreindre au corps et aux dépendances de l'établissement dont les ouvriers servent l'exploitation. (*Bravard*).

104. Ce privilège ne s'applique ni aux ouvriers mis en œuvre par un entrepreneur, puisqu'ils ne sont pas attachés au service du failli, ni aux employés de commerce qu'aucune raison d'analogie ne place au rang des subordonnés à titre précaire. Le serviteur, l'ouvrier, le commis doivent être restés au service du maître, du patron, jusqu'au jour de la faillite. S'ils l'ont quitté antérieurement, ils ont pu réclamer leurs gages, et, s'ils n'ont pas saisi la justice, leur négligence ne saurait être couverte par une protection spéciale. Ils obtiennent privilège pour leurs salaires, mais non pour les avances qu'a occasionnées le service de la maison, ou pour l'indemnité due par suite des dommages qu'a pu leur causer la survenance de la faillite.

La condition précaire des artistes dramatiques paraît un motif suffisant pour leur attribuer un rang privilégié dans la faillite du directeur de théâtre. Mais, tant que la loi ne leur aura pas formellement accordé ce droit, n'étant ni gens de service ni ouvriers ni commis dans l'acception légale et usuel-

le de ces mots, il faut s'en tenir au principe fondamental qui prohibe l'extension des privilèges par voie d'analogie (*Aubry et Rau*).

105 — 5° Le privilège des fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille savoir ; pendant les six derniers mois pour les marchands en détail, pendant la dernière année pour les marchands en gros et les maîtres de pensions. Il a pour but d'encourager les fournitures nécessaires aux besoins journaliers de la vie, en diminuant les risques du crédit accordé par les fournisseurs.

Dès le moyen-âge les rigueurs exercées contre les insolubles avaient perdu de leur intensité. Le débiteur n'était plus une victime à écraser, mais un malheureux à secourir. Philippe-Auguste, partant de cette idée, reconnut un droit préférable à ceux qui avaient donné au débiteur de quoi vivre et s'entretenir (*Loysel*). Mais il s'en faut de beaucoup que ce privilège reçût dans l'ancien droit l'extension qu'il a prise de nos jours. La jurisprudence ayant consenti à l'accorder aux boulangers pour leurs fournitures de la dernière année, les bouchers réclamèrent la même faveur. Cette prétention, quelque juste qu'elle paraisse, fut longtemps et vivement combattue. Un arrêt rendu en 1766 semble avoir tranché toute difficulté, en décidant que les bouchers n'auraient pas d'hypothèque sur les immeubles, mais que leurs fournitures de la dernière année seraient privilégiées sur le prix des meubles. La jurisprudence reconnut ensuite le privilège des marchands de vin ; mais celui des rôtisseurs souffrit quelque difficulté : car Denizart parlant d'un arrêt qui l'admet, a grand soin d'ajouter que dans l'espèce le débiteur était le duc de Gesvres. Or il ne faut pas perdre de vue, dit-il, que ce qui est regardé comme nécessaire à la table d'un duc, peut paraître superflu à celle d'un bourgeois.

On ne trouve point formulé dans l'ancien droit le principe général que toute fourniture de subsistances est privilégiée. Ce privilège est l'œuvre en quelque sorte prétorienne de la jurisprudence, qui l'accorde ou le refuse à son gré dans les arrêts. Elle ne l'appliqua dès le commencement qu'aux objets indispensables et de première nécessité. Plus tard elle l'étendit jusqu'au maître de pension, même pour les frais d'instruction, considérant qu'il comporte une double base la faveur des aliments et celle de l'éducation (*Pont*).

106. Actuellement pour être en harmonie avec nos mœurs et nos progrès, ce privilège devrait embrasser toutes les choses indispensables à la vie et à l'entretien de la personne, habits divers et meubles de ménage. Tel qu'il est établi, il ne s'applique qu'aux comestibles ou fournitures de bouche, et, à l'aide d'une interprétation aussi large que possible du terme légal *subsistances*, aux denrées ou marchandises non alimentaires servant à la consommation immédiate de la famille. Et cependant quel mal y aurait-il, du moment où les denrées de consommation journalière fournies par les maîtres de pension à leurs élèves sont privilégiées, à ce que la même faveur fût étendue aux avances de livres, papiers, plumes et autres objets, qui rentrent dans les premières nécessités d'une éducation élémentaire? La loi et la jurisprudence ne sont-elles pas allées plus loin, l'une en assimilant la famille au débiteur lui-même; l'autre en donnant au mot *famille* la signification de maison, de sorte qu'elle comprend les personnes étrangères, telles que commis, employés et domestiques, qui vivent à la charge et sous la direction du failli? (*Pont*).

107. Pour être privilégiées les fournitures doivent avoir servi à la consommation du débiteur et de sa famille et avoir été faites dans la mesure de ce qu'exigent et sa posi-

tion sociale et l'état habituel de sa maison. Il n'y a point à distinguer pour les maîtres de pension, la partie du prix qui représente les soins d'enseignement de la partie destinée à subvenir aux besoins physiques. Mais il appartient au juge d'écarter impitoyablement les dépenses de luxe et de pure fantaisie, en ayant égard à la bonne foi des marchands qui ont livré dans les limites de ce qui paraissait raisonnable.

Il convient également d'obliger les fournisseurs qui ont livré les marchandises à la femme, aux enfants et aux gens de service du débiteur en dehors des circonstances habituelles où ces personnes peuvent l'engager, de prouver que ces personnes agissaient du consentement exprès ou tacite de celui qu'elles prétendaient représenter. C'est le meilleur moyen de prévenir une foule de dépenses journalières, faites avec d'autant plus de facilité qu'elles semblent minimales et futiles, mais qui n'en consomment pas moins par leur répétition la ruine du débiteur et de ses créanciers (*Pardessus*).

108. Le privilège s'étend pour les marchands en détail aux fournitures des six mois qui ont précédé le jugement déclaratif de faillite, et pour les maîtres de pension et les marchands en gros à celle d'une année. Aucune raison plausible ne justifie cette différence : car les marchands en détail font d'aussi longs crédits que les marchands en gros ; la créance des seconds se prescrit par le laps d'une année comme celle des premiers ; et la distinction des fournitures en gros et des fournitures en détail, n'étant pas susceptible d'une définition précise et juridique, reste abandonnée à l'arbitraire des tribunaux (*Sévin*).

CHAPITRE V.

Développement des privilèges particuliers sur les meubles principalement admis en matière commerciale.

109. Le code Napoléon et le code de commerce, faisant l'énumération des privilèges particuliers sur les meubles, les rattachent d'une manière indirecte à deux principes : à l'idée de constitution de gage expresse ou tacite, et à l'idée d'augmentation ou de conservation du patrimoine du débiteur. Les principaux droits ainsi privilégiés sont :

A

110. Les créances résultant de baux de maisons et de biens ruraux. — Tout homme a besoin d'un abri, toute famille d'un refuge ; le citoyen est puni comme vagabond s'il n'a pas un domicile ; l'inévitable inégalité des fortunes s'oppose à ce que chacun soit propriétaire d'une maison. Il en résulte que la justice, aussi bien que l'utilité publique ou privée, fait sentir le besoin de faciliter la location de la propriété d'autrui. Le plus sûr moyen d'y parvenir consiste à protéger efficacement le propriétaire contre les pertes auxquelles l'expose la possession de sa chose par un tiers, et de diminuer autant que possible les chances de non-paiement des créances locatives. C'est pourquoi le droit romain accorde au bailleur une hypothèque tacite sur les effets mobiliers du preneur, le droit français un privilège qui a la plus grande analogie avec l'hypothèque romaine. (*Valette*).

Malgré l'autorité d'une consécration immémoriale, à cause sans doute de certaines prétentions excessives reconnues au bailleur par la jurisprudence, quelques publicités corrigeant un excès par un autre, ont violemment attaqué la légitimité de ce privilège. Pareil droit leur semble compromettant pour le crédit du preneur, ruineux pour ceux qui lui avancent les choses nécessaires à une bonne exploitation. Ces beaux raisonnements n'ont qu'un malheur ; ils oublient qu'avant d'entreprendre une bonne exploitation, il faut trouver une maison pour se loger, un fonds de terre ou d'industrie pour travailler. Le premier des crédits, c'est celui qui procure au fermier sa ferme, au commerçant son habitation. Sans celui-là les autres sont inutiles, avec celui-là les autres arrivent : n'est-il pas juste alors qu'il soit préféré à tout autre ? Si l'on met en avant l'intérêt du preneur et de ses créanciers, qu'on n'oublie pas le droit du bailleur, dont la perpétuité représente l'intérêt général autant et plus que le travail passager des autres. (*Théophile Huc*).

411. 1. Le droit coutumier, qui rejetait l'hypothèque purement conventionnelle des meubles non basés sur la possession conserva l'hypothèque tacite du bailleur, parce qu'elle reposait sur l'idée d'une constitution de gage. Il transforma sa nature en privilège, et repoussa toute distinction entre le locateur d'un fonds urbain et le locateur d'un fonds rural. Les coutumes de Paris (art. 171) et d'Orléans (art. 315 et 416) reconnurent des premières au seigneur de métairie et au seigneur d'hôtel une hypothèque sur les meubles du fermier ou locateur et sur les fruits de l'immeuble affermé.

Quelques coutumes résistèrent un certain temps à cette innovation ; mais, comme l'attestent Basnage et Pothier, la règle précédente triompha et resta en vigueur dans toute la France.

112. L'hypothèque romaine assurait au bailleur une complète garantie contre le déplacement et l'aliénation des meubles. Il ne pouvait en être de même en France avec la maxime universellement admise que meubles n'ont pas de suite par hypothèque. Telle fut cependant la faveur accordée aux créances locatives qu'une transaction eut lieu par rapport à elles entre les principes opposés des deux législations. Le seigneur d'hôtel obtint huit jours et le seigneur de métairie quarante pour exercer ses droits de suite contre le tiers détenteur des meubles tirés de son hôtel ou de sa métairie. Celui-ci, fût-il de bonne foi, était toujours tenu de les restituer, et il n'avait droit à une indemnité que dans deux cas : lorsqu'il les avait achetés dans une foire ou un marché, dérogation aux principes commandée par la nécessité d'assurer les transactions commerciales ; ou bien, lorsqu'il les avait pris dans une vente judiciaire, cas où le bailleur qui ne s'était opposé ni à la saisie ni à la vente de son gage, avait perdu le droit de le suivre entre les mains de l'adjudicataire.

113. L'hypothèque du bailleur frappait les fruits recueillis par le fermier, les fermages dus à celui-ci par le sous fermier, les meubles servant à l'exploitation de la métairie ou garnissant la maison, qu'ils appartenissent au locataire ou au sous-locataire, mais seulement dans ce dernier cas jusqu'à concurrence de la portion de maison occupée par le sous-locataire (*Pothier*). C'était déjà une dérogation flagrante au droit romain ; elle fut poussée plus loin par la coutume de Paris (art. 162) qui mettait à la charge du sous-locataire, en proportion des lieux qu'il occupe, les obligations du locataire principal, et par la coutume d'Orléans (art. 408) qui lui faisait supporter toutes les obligations de l'autre.

114. L'hypothèque du seigneur d'hôtel étendait ses effets

jusqu'aux meubles appartenant à des tiers, lorsqu'ils garnissaient la maison avec leur consentement. Cependant, s'il avait eu connaissance de leur droit, s'il n'y avait rien à reprocher au propriétaire de ces meubles, comme au cas de perte, de vol ou de dépôt nécessaire, la revendication en était admise entre ses mains au moment de la saisie. Hormis ces cas, tout ce qui garnissait les lieux loués ou servait à les exploiter, les marchandises, les effets mis en évidence ou renfermés, les bijoux, la vaisselle, tout excepté l'argent comptant et les créances, étaient grevés de l'hypothèque du seigneur d'hôtel (Paris, art. 191 — Orléans, art. 408 et 456).

115. L'étendue de l'hypothèque embrassait toutes les obligations résultant du bail, même les sommes d'argent avancées par le propriétaire à son fermier, pour l'aider à faire valoir la métairie, Pothier ne fait aucune distinction entre celles qui ont été livrées au moment du contrat de bail, et celles qui ne l'ont été que postérieurement pour faciliter au fermier l'exécution de ce bail.

116. Quand un créancier avait saisi les meubles garnissant la maison louée, le propriétaire, grâce à son privilège, faisait prononcer la main levée de cette saisie, à moins que le créancier ne préférât se charger de toutes les obligations du bail et donner à cet effet bonne caution. Quant à l'exercice du droit de préférence, on distinguait entre les baux faits par notaire et ceux passés sous signature privée ou de vive voix. Les premiers donnaient privilège pour toutes les obligations résultant du bail, pour tous les termes échus et ceux restant à échoir, sauf le droit pour les autres créanciers de relouer à leur profit les lieux dont les loyers étaient acquittés à l'avance. Les seconds ne produisaient préférence que pour trois termes échus et le terme courant, à moins que le bail n'eût été reconnu en justice avant la saisie des meubles, cas où il était assimilé au bail notarié (*Denizart*).

117 Cette distinction, quoique généralement admise, était rejetée par quelques coutumes. Dans celle d'Orléans qui réglait tous les cas, comme si le bail eût été passé par devant notaire, les droits de saisie et de suite étaient restreint à trois termes échus et deux à échoir ; mais droit de préférence sortait toujours son plein effet, et Pothier affirme qu'il n'a jamais vu les créanciers le révoquer en doute.

Ici donc comme ailleurs existait une différence notable entre la coutume d'Orléans et celle de Paris. Celle-ci ne permet de saisir et vendre les meubles du locataire qu'en vertu d'un titre exécutoire, acte notarié ou jugement, (saisie gage-rie exceptée), mais accorde ce droit pour tous les termes de loyer échus, quelqu'en soit le nombre. Celle d'Orléans, où l'usage était de passer les baux sous signature privée, autorise la saisie sans titre exécutoire, même en vertu d'une convention verbale ; mais elle restreint ce droit à trois termes échus et deux à échoir. L'exécution pour le surplus n'a lieu qu'après une sentence.

118. 2^o Sous l'empire de nos codes, le privilège attaché aux créances locatives, dérive du fait de la location et non de la qualité du propriétaire. Il appartient à tout possesseur qui a la libre disposition de l'héritage loué et qui peut en percevoir les loyers à titre de propriétaire à titre d'usufruitier ou de locataire principal. Il repose tantôt sur l'idée d'un gage tacite, car il affecte tout ce qui garnit l'immeuble loué, tout ce qui sert à l'habitation de la maison ou à l'exploitation de la terre ; tantôt sur l'idée d'augmentation du patrimoine du débiteur, puisqu'il frappe sur les divers fruits de la récolte de l'année. A cause précisément du nantissement présumé qu'il entraîne, il s'évanouit d'une manière absolue, sitôt que cesse par suite de vente ou de cession de bail la possession par le locateur de l'héritage loué. (*Aubry et Bau*).

119. Puisque ce privilège ne porte que sur les objets garnissant la maison ou la ferme, (art. 2102), quels sont ces objets ? Evidemment le gage du locateur ne comprend pas les choses qui n'ont jamais été destinées même dans sa pensée à lui servir de garantie, vu qu'elles ne sont entrées dans son domaine qu'accidentellement et qu'elles n'ont avec lui qu'un rapport momentané. Il doit s'étendre à toutes celles qui, à raison de la destination des lieux et pour leur exploitation, doivent y rester d'une manière habituelle et permanente, et sur lesquelles le locateur a naturellement compté pour le paiement de ses loyers (*Valette, Pont.*)

Mais pourvu que les objets remplissent cette condition, peu importe qu'ils restent constamment en évidence comme les meubles servant à la commodité de l'habitation, aux usages domestiques, à l'exercice d'une profession ; ou qu'ils soient ordinairement tenus sous clef comme les linges de ménage et la vaisselle d'argent ; ou qu'ils passent successivement de mains en mains comme les marchandises faisant partie du commerce du locataire. La nature ou la situation de ces objets ne les empêche pas d'avoir un rapport direct avec l'habitation de ce locataire.

La qualité de meuble garnissant ne saurait être attribuée au numéraire, aux bijoux, aux titres de créance ou de rente, aux billets de banque et autres effets de commerce. La raison en est que leur absence ou leur disparition n'a rien d'extraordinaire, et n'empêche pas les lieux loués d'être parfaitement garnis de ce qu'on y place d'habitude. A plus forte raison l'indemnité due au cas d'assurance ou d'expropriation publique ne saurait-elle être rangée parmi les choses matérielles employées à l'ornement d'une maison ou à la culture d'un champ.

120. En matière de bail à ferme, la loi donne privi-

lège au bailleur sur les fruits et récoltes de l'année, tant ceux qui ont été recueillis que ceux pendants par racine que l'on peut s'assurer au moyen de la saisie-brandon. Mais elle n'entend nullement exclure par là les produits des années antérieures, qui sont en général vendus dans l'année de leur perception, et qui ne sont compris dans le privilège qu'à titre d'objets garnissants, tandis que ceux de l'année sont considérés en outre dans le patrimoine du fermier comme une valeur qu'il tient du propriétaire. C'est le même motif qui autorise ce dernier, lorsque la récolte a été engrangée sans nécessité et à son insu dans le bâtiment d'un tiers, à la revendiquer entre ses mains et à combattre son droit de locateur par le droit plus favorable que lui attribue la présomption légale d'accroissement de la fortune du débiteur.

124. Certains des objets garnissant peuvent ne pas appartenir au locataire et se trouver en sa possession par suite d'un prêt, d'un dépôt ou d'un gage. Comment régler les droits du locateur et du propriétaire, l'un mettant en avant son privilège, l'autre procédant à la revendication ? — En principe, le tiers à qui les objets appartiennent, sachant que tout ce qui garnit le bien loué devient le gage, la chose privilégiée du locateur, ne peut y laisser introduire son mobilier, sans consentir par cela même d'une manière tacite à ce qu'il soit affecté au paiement du bail. D'autre part, le locateur voyant des objets dans sa maison, a dû croire qu'ils appartenaient au locataire et qu'ils garantissaient sa créance locative. En présence de la bonne foi du bailleur, et de la négligence du tiers à l'instruire de ses droits, la justice veut que le premier obtienne la préférence. Lorsque la réalité des faits sera contraire à ces suppositions, le privilège du bailleur n'ayant plus sa raison d'être, cessera par cela même d'exister. (Pont).

La connaissance quelconque que le bailleur aurait eu avant l'arrivée des objets sur son fonds, qu'ils étaient la propriété d'autrui, fera supposer qu'il a renoncé au gage que lui devait le preneur. Le tiers ne sera pas toujours dans la nécessité de prouver que son adversaire a eu connaissance de son droit, ni de lui adresser une notification préalable à l'introduction de ses effets, pour se mettre à l'abri de tout recours de sa part. Certaines circonstances feront présumer que le locataire n'a pas eu juste raison de croire que les meubles d'autrui constituaient ou complétaient son gage, et le dispensaient d'exiger d'autres sûretés. Si le locataire est marchand, commissionnaire, manufacturier, ouvrier, le locataire n'a aucun privilège sur les matières qui sont entrées dans ses bâtiments pour être vendues, soignées, mises en œuvre pour le compte d'un tiers (*Pardessus*). Enfin fût-il de bonne foi, il ne possède aucune préférence sur les objets volés ou perdus, qui sont revendiqués dans les trois ans : car son droit de gage ne peut être mieux protégé sur ces objets que le droit de propriété qu'aurait un acheteur.

122. En cas de cession de bail ou de sous-location, le bailleur originaire a les mêmes droits sur les meubles du cessionnaire ou sous-locataire ; car par cela seul qu'ils garnissent sa maison, ils sont tacitement affectés à sa créance. Il a contre le preneur en sous-ordre une action directe qui lui permet d'agir par la saisie-gagerie plus expéditive que la saisie-arrêt, en le plaçant hors du concours des autres créanciers du premier locataire. Mais notre code, à l'exemple du droit romain, limite son recours contre le sous-locataire au prix de la sous-location et son privilège aux obligations imposées au sous-locataire par le second contrat de bail et non encore remplies.

123. L'étendue du privilège, aussi large que dans l'ancien

droit, embrasse toutes les obligations imposées au locataire par la nature du louage ou ajoutées au contrat par la volonté des parties ; payer le prix de la location, opérer les réparations locatives, indemniser des détériorations, acquitter l'impôt des portes et fenêtres, améliorer l'immeuble, rembourser les avances faites pour mettre le preneur en état de se livrer à une bonne exploitation.

La loi reconnaît au bailleur sous le rapport du temps des droits privilégiés plus ou moins étendus, suivant que le caractère des preuves qu'il fournit sur le contrat de bail est censé protéger efficacement l'intérêt des autres créanciers du locataire ou favoriser des collusions entre les deux contractants pour étendre, au préjudice de la masse, un privilège parfois exorbitant. Mais la distinction établie à cet effet prête beaucoup à la critique ; car la fraude étant possible dans tous les cas, il n'y avait guère lieu d'être plus sévère dans l'un que dans l'autre (*Pont*).

124. Quoi qu'il en soit, l'acte de bail est-il authentique ou même sous seing privé ayant date certaine avant la faillite ou la saisie, le contrat est réputé sincère jusqu'à preuve du contraire, et le privilège s'exerce pour les termes échus, le terme courant et les termes à venir. Accorder privilège pour tout le passé à celui qui aurait pu et dû depuis longtemps se faire payer, c'est protéger sa négligence aux dépens de ceux qui étaient dans l'impossibilité de prévoir une aussi mauvaise situation. Ajouter en sus un privilège pour tout ce qui est à échoir c'est dépasser à coup sûr les bornes de la justice (*Sévin*). Mais en ce cas l'exagération provient du cumul des termes futurs avec les termes échus. Car, si l'on envisage par rapport à la durée des baux les intérêts de l'agriculture ou ceux de l'industrie, la certitude d'une jouissance prolongée est la première condition des améliorations et des progrès.

Et, s'il en est ainsi, le privilège du bailleur sagement réglé peut porter sans inconvénient sur un long avenir.

Si exorbitants que paraissent les droits du bailleur à l'égard des autres créanciers, la loi doit être observée même dans sa rigueur. Aucune distinction n'est possible entre le bail par acte authentique ayant date certaine dès la formation du contrat, et le bail par acte sous seing privé n'ayant reçu date certaine qu'après un commencement d'exécution, mais avant la faillite du locataire ou la saisie de ses meubles. Il faut donc tenir pour légal que le bail, au moment où il a acquis date certaine, existait encore tel qu'il était au premier jour, et qu'il est opposable à la masse des créanciers pour toute sa durée, tant qu'ils n'apportent pas la preuve d'une fraude (*Valette*).

125. Lorsque le bail n'a pas acquis date certaine avant la faillite ou la saisie, il est suspect de fraude, et le privilège ne s'exerce plus, dit le texte, que pour une année à partir de l'année courante. Cette formule ne précisant rien, donne place aux interprétations les plus opposées. En effet, veut-on se référer aux anciens usages du Châtelet, la préférence ne doit s'exercer que pour une année, celle qui précède l'année courante, et peut-être aussi pour l'année courante elle-même. Mais cette interprétation tirée de l'ancienne jurisprudence reporte dans le passé une faveur que le texte actuel attribue à l'avenir. S'en rapporte-t-on judaïquement au texte, on est conduit à ce résultat bizarre, que le locateur ne serait privilégié ni pour le passé ni pour le présent, mais pour une année de l'avenir ; de sorte qu'on lui refuserait le droit d'être payé de ce qui lui est dû actuellement, tandis qu'on lui permettrait de réclamer par anticipation des loyers qui ne lui appartiendront peut-être jamais.

Le meilleur moyen de sortir d'embarras consiste à com-

parer cette espèce à la précédente, et, comme elle n'est qu'une restriction de l'autre, qui comprend tout ce qui est échu et tout ce qui est à échoir, il n'y a plus qu'à rechercher, non plus ce que la loi donne, mais bien ce qu'elle enlève. La loi ne retire ici sa faveur que pour les années à échoir sauf la première à l'égard de laquelle le privilège est maintenu ; elle ne change rien au droit quant au passé. La préférence doit donc s'étendre aux termes échus comme à l'année courante et à celle qui la suit. Le code de procédure confirme cette décision en accordant le droit de saisir pour loyers échus, sans distinguer entre le cas où il y a bail authentique et le cas où il n'y en a pas.

126. Si le bail, avec ou sans date certaine, n'a point reçu de terme fixe pour sa durée, les créanciers peuvent en exerçant le droit de leur débiteur, donner congé au propriétaire et restreindre son privilège, quant à l'avenir, au temps fixé par l'usage entre le congé et la sortie. Au contraire, si le bail est fait pour un temps limité, ils ne sont plus autorisés à donner congé, ils doivent supporter leur position telle que le débiteur l'a faite. Cette prohibition deviendrait pour eux un désastre, si, lorsque le locateur a exercé la plénitude de ses droits, même pour les termes à échoir, ils n'avaient aucun moyen de parer au préjudice que leur cause une aussi large collocation.

La loi leur procure une compensation, en leur conférant la faculté de relouer la maison ou la ferme pour ce qui reste à courir de la durée du bail, et de faire leur profit des revenus. Ce droit, dit M. Pont, domine toutes les hypothèses, parce que l'esprit ne conçoit aucune situation dans laquelle la justice permette que le bailleur ait à la fois la chose et le prix. Par ce motif la relocation au profit des créanciers du preneur fait partie de l'essence même du louage ; elle constitue

un droit extraordinaire, inhérent à la position respective du locateur et des autres créanciers du locataire, droit propre à ces derniers, qui leur est acquis, quelles que soient les clauses du bail, et encore même que le contrat contienne prohibition de le céder ou de sous-louer.

127, Seulement, lorsque le bail contient une clause prohibitive, le choix appartient au locateur ou de reprendre la jouissance de sa chose en abandonnant le droit de réclamer les termes non échus, ou d'obtenir une collocation intégrale en renonçant au bénéfice de la prohibition. Dans l'espèce contraire, les créanciers, s'ils trouvent à relouer à un prix avantageux, n'ont plus à s'occuper des intentions du locateur. Car dans le silence de la loi, le bail ne saurait être considéré comme rompu par le fait seul de la faillite du preneur. Il faut encore qu'il y ait inexécution des engagements qu'il a contractés envers le locateur, ou diminution des sûretés qu'il lui a promises. (*Desjardins*).

Le bail étant maintenu malgré l'insolvabilité du locataire il en résulte que ses créanciers n'ont plus qu'à laisser les lieux garnis de meubles suffisants et qu'à payer exactement les termes échus, pour empêcher le locateur de réclamer les loyers à échoir et d'exercer pour eux son droit de gage privilégié. Cette décision, qui paraît si juridique, a été considérée comme radicalement fautive par la jurisprudence de nos tribunaux. Une vive controverse s'est élevée à ce sujet pour savoir si elle était de tout point applicable en matière de faillite. Peut-être conviendrait-il d'établir dès à présent ce qui nous paraît être là-dessus la pure vérité. Mais comme cette question se rattache à une autre plus générale, dont il faudra parler plus loin, nous nous contenterons d'examiner ici quelques-unes de ses faces.

128 Le droit de relocation n'existe pour les créanciers

du preneur qu'à charge de payer au propriétaire tout ce qui lui reste dû (art. 2102). De cette obligation générale découle celle de ne diminuer en rien les sûretés réelles sur lesquelles le locateur a compté, partant de laisser l'immeuble donné à bail garni d'objets suffisants pour répondre du paiement des loyers. Mais, pourvu que cette obligation soit remplie, peu importe au bailleur que les meubles sur lesquels son privilège est établi, passent par l'effet d'une vente ou d'une cession de bail en d'autres mains que celles de son locataire. Peu lui importe également, qu'une autre personne vienne prendre la place du failli, se mettre à la tête de ses affaires et utiliser la location dans l'intérêt des créanciers.

Raisonnablement de quoi pourraient-ils se plaindre ? Les objets garnissant les lieux loués ne lui appartiennent pas : donc les créanciers ont pleine liberté de les utiliser comme bon leur semble, en ne portant pas atteinte à son privilège. Ce privilège fondé sur la détention d'objets suffisants dans le bien loué, n'est pas en souffrance ; car les meubles du locataire, quoique loués ou vendus à autrui, continuent de rester dans les lieux et garantissent comme auparavant les créances locatives. La substitution d'une personne à une autre ne touche en rien ses créances, puisque leur gage demeure intact. Enfin la garantie personnelle qu'offrait le locataire n'est nullement diminuée par le fait des créanciers, puisqu'ils substituent à l'insolvable une personne plus sûre, dont ils sont du reste les garants. Si donc la faillite, comme nous l'établirons plus tard ne rend point exigible, comme l'échéance ordinaire, la créance des loyers à échoir, le locateur, dont aucun droit ne périlite, ne saurait exercer dans l'espèce des poursuites anticipées.

129. Si les créanciers continuent par eux-mêmes ou par

autrui l'exécution du bail, la loi met à leur charge toutes les obligations qui pèsent sur le locataire. Leur condition ne saurait donc être meilleure que celle de leur débiteur ; leur intérêt si respectable, si considérable qu'il paraisse, ne doit pas empirer la position que le propriétaire tient du contrat. Mais cette réserve faite, il faut encore carrément poser en principe que la relocation est un droit établi à leur profit exclusif, comme réparation du préjudice que leur porte le privilège si étendu du bailleur.

En conséquence le paiement des loyers fait par leur masse quand elle reloue, n'a nul besoin d'être préalable et immédiat, il peut s'effectuer au fur et à mesure des échéances, comme si le locataire failli était encore en possession des lieux. Décider autrement, c'est retourner contre les créanciers un droit établi en leur faveur ; c'est leur imposer la charge exorbitante ou d'avancer des sommes énormes absorbant la majeure partie ou la totalité de l'actif, ou de remettre au propriétaire un immeuble souvent reconstruit, restauré, embelli avec leur argent en vue d'une meilleure exploitation. Mais avant de prononcer une si terrible sentence, ne faut-il pas considérer que les droits du bailleur sont sans elle sauvegardés pleinement, attendu d'une part que les créanciers paieront à mesure des échéances, et que d'autre part ils lui ont procuré un nouveau locataire, dont le mobilier répond aussi des loyers (*Sévin*).

130. Si les créanciers trouvent trop onéreux de continuer le bail, rien ne les empêche de vendre les objets affectés au privilège, d'en verser le prix entre les mains du bailleur, puis de relouer les lieux pour les années à venir dont le prix du mobilier aurait procuré le paiement par avance. Le bail sera de la sorte scindé dans sa durée ; mais le bailleur aura touché tout ce qui lui assurait son privilège ; il n'aura plus

qu'une simple action personnelle à opposer à la masse, dès qu'un terme viendra à n'être pas payé, et cette action ne lui permettra de réclamer dans la faillite qu'à titre de créancier chirographaire. Il pourra également demander la résolution du contrat, dès que sera passé le temps correspondant au solde des loyers qu'il a reçus d'avance; temps pendant lequel la jouissance des ses immeubles appartenait aux créanciers.

131. Le privilège du bailleur survit au déplacement des meubles clandestinement enlevés de la ferme ou de la maison louée. Ce détournement est considéré comme une espèce de vol du droit de gage, il produit contre le détenteur une revendication improprement dite, dont le but est de remettre en la possession du locataire tout ce qui était affecté au droit de préférence du locateur. Si le tiers a de bonne foi acheté les objets à une foire, dans une vente publique ou d'un marchand vendant des choses pareilles, la revendication n'est reçue qu'à condition de lui rembourser le prix que ces objets ont coûté. En dehors de ces cas exceptionnels, le droit que la loi consacre en faveur du locateur existe sans distinction aucune, dès que son gage est amoindri par un déplacement quelconque, provenant soit d'une vente consentie par le locataire soit de toute autre cause.

Nulle considération ne saurait en arrêter l'exercice hormis le consentement exprès ou tacite que le bailleur aurait donné d'avance à l'enlèvement, ou le défaut absolu d'opposition de sa part, quand la nouvelle lui en est arrivée. En vain lui opposerait-on que le mobilier restant sur les lieux présente une valeur suffisante pour garantir l'entière exécution du bail. Ce fait ne saurait détruire aux yeux de la justice le droit privilégié qui frappe tout ce qui garnit l'héritage affermé, droit qui continue d'exister tant que la loi ou le consentement du locateur ne l'a pas éteint.

La solution est la même à l'égard des fruits, compris dans le texte sous la dénomination large et démonstrative de meubles garnissant la ferme. Car, bien que les fruits soient comme les marchandises destinés à être vendus promptement, bien que le propriétaire doive tolérer leur vente et leur transport en la puissance d'autrui, il serait inique de lui en refuser la revendication, quand leur enlèvement insolite et clandestin n'a eu d'autre but que de les soustraire à son privilège.

132. Afin de ne pas entraver le commerce, le délai de la revendication a été restreint à quarante jours, quand il s'agit du mobilier d'une ferme, et à quinze jours, quand il s'agit du mobilier garnissant une maison. Il n'est prorogé à trente ans que lorsque le locataire de concert avec le possesseur actuel a pratiqué des manœuvres frauduleuses, et pas seulement des ruses plus ou moins honnêtes, qui ont caché le déplacement au locateur. En ce cas son point de départ n'est plus la date de l'enlèvement, mais le jour où la soustraction a été découverte. L'éloignement ordinaire des fermes et la difficulté de surveillance que comporte cet éloignement, sont les causes de la différence qui existe dans le délai (*Mourlon*).

133. Si le privilège s'éteint par la perte de la possession non suivie de la revendication dans le délai utile, la vente non suivie de déplacement ne change rien à sa validité ou à son étendue. Opérée par le locataire, la vente peut être secrète et impossible à découvrir. Opérée par les créanciers, elle est moins opposable encore au locateur, qui n'a le droit d'arrêter ni la saisie ni la vente qu'ils font des objets soumis à son privilège.

En ce cas même son droit de préférence survit intact au déplacement des objets par eux saisies ou vendus.

B.

134. Les sommes dues pour les semences ou pour les frais de la récolte de l'année et pour les fournitures d'ustensiles : ici le privilège se rattache à l'idée d'augmentation du patrimoine du débiteur. Il a pour but de colloquer au premier rang la créance dont la cause a créé ou conservé le plus actuellement le gage commun des créanciers.

Dans l'ancien droit quelques créances furent préférées à celles des seigneurs d'hôtel et de métairie ; mais la jurisprudence ni ne précisa ni ne soumit à une règle uniforme les points fort variés qu'elle rencontrait, et chaque pays eut à cet égard son usage particulier (*Dalloz*). Ici les charrons étaient préférés au propriétaire pour leurs fournitures de l'année, les valets de labour pour les services rendus pendant les quatre mois de la moisson. La les moissonneurs passaient avant le seigneur de métairie sur les grains de la dernière récolte, et la même faveur était reconnue au vendeur des semences, qui l'avait stipulée du seigneur. Mais les limites de ces divers privilèges ne furent nettement tracées que par le code Napoléon.

135. Celui-ci établit exclusivement la préférence sur les fruits de la récolte de l'année et sur les ustensiles provenant de la dette de fournitures. Il l'attacha aux avances faites en vue de l'ensemencement des terres et de la levée des récoltes, et aux fournitures qui ont pour but de procurer ou de réparer les instruments d'exploitation. Comme les expressions du texte sont générales et extensives, il convient de les appliquer aux frais de culture comme aux frais de moisson ou de vendange, à l'outillage manufacturier, industriel ou commercial, aussi bien qu'à l'outillage agricole. La raison de décider paraît la même des deux côtés ; et l'esprit de la loi approuve cette solution, que le texte ne contredit pas (*Pardessus*).



La pratique va même quelquefois plus loin. Devançant la législation, elle range, dans les frais de récolte, une partie des salaires ruraux pour les cas où ils ne seraient pas assez protégés par le privilège général des serviteurs à gages. Elle place même, parmi les fournitures privilégiées les services de l'ouvrier dont le travail a augmenté la valeur d'un objet (*Pardessus*). Mais elle refuse, avec raison, de reconnaître un privilège au marchand d'engrais, parce que la bonification du sol, qui résulte de ces fournitures, porte sur plusieurs années et qu'elle ne saurait être pratiquement estimée d'une manière sûre et satisfaisante.

136. L'usage semble être l'unique motif de la différence établie par rapport au locateur de maison, d'usine ou de ferme, entre le cas où il agit contre le fournisseur d'objets garnissant les immeubles loués, et celui où il poursuit le fournisseur d'ustensiles nécessaires à leur exploitation. Dans le premier cas, les fournitures se faisant, en général, au comptant, le propriétaire a dû croire que les objets étaient payés, et partant, affectés à la sûreté de sa créance. Aussi prime-t-il le vendeur de bonne foi, si rien n'est venu l'instruire à temps de l'état réel des choses. Dans le second cas, comme il est d'habitude que les réparations et avances d'ustensiles se règlent en compte-courant, le locateur a dû prévoir que le marchand et l'ouvrier n'étaient pas payés ; et dès lors ce n'est plus tromper son attente que de lui préférer un créancier aussi favorable, auquel il n'a pas de faute à reprocher (*Mourlon*).

C.

137. *La créance sur l'objet donné en gage.* — Le droit de préférence accordé au créancier-gagiste n'a rien que de très légitime. En effet, il est permis au débiteur, en vertu de

son droit de propriété, d'engager ses biens comme il l'entend ; d'un autre côté, le créancier est libre de ne céder ce qui lui appartient, qu'aux conditions qui lui paraissent convenables.

138. Pour apprécier, d'une façon exacte, la part qui revient au droit coutumier dans la formation de notre droit de gage, nous devrions remonter aux institutions barbares, et montrer combien l'esprit de nos coutumes diffère de celui du droit romain en matière de meubles. Ce travail, qu'aucun livre n'a encore offert au public d'une manière complète, nous est impossible. Il nous suffira donc d'observer que, dans notre ancien droit, le premier effet de la possession d'un meuble, échappé accidentellement des mains du créancier-gagiste, et parvenu sans vol ni perte dans celles d'un tiers, était d'éteindre tout droit de suite, et, par conséquent, tout droit de préférence sur ce meuble. En retour, le créancier-gagiste, mis en possession d'un meuble qui n'appartenait pas au débiteur, pouvait opposer son gage au propriétaire, pourvu que sa possession ne résultât ni d'un vol ni d'un accident fortuit (*Ferrière*). « C'était le renversement » de la théorie romaine, qui était venue avec l'immense » prestige qui suivit sa renaissance, opposer son spiri- » tualisme excessif à l'esprit si pratique de nos coutumes. » (*Ginoulhiac*, à son cours).

139. La fameuse maxime coutumière, que meubles n'ont pas de suite, signifiait plusieurs choses. D'abord le tiers-acquéreur de meubles ne pouvait être poursuivi au moyen de l'action hypothécaire par le créancier à qui ces objets auraient été engagés ou généralement ou spécialement. Ce principe était également observé en pays de coutume et en pays de droit écrit. Puis, pour le droit de préférence comme pour le droit de suite, l'engagement des meubles était

soumis à la possession du créancier ; de sorte, qu'au cas de saisie et de vente, nul n'avait un droit réel qui l'autorisât à venir sur le prix dans l'ordre de date de sa créance, avant ceux qui, comme lui, ne possédaient pas, mais avaient contracté à une date plus récente. Cette seconde règle n'était pas aussi générale que la première. Certaines coutumes (Normandie, Anjou, Maine), avaient conservé l'ordre des hypothèques mobilières entre les créanciers saisissants et opposants, quand les meubles se trouvaient en la possession du débiteur et pouvaient être régulièrement vendus (*Ferrière*).

140. Malgré ces exceptions partielles, notre ancien droit ne pratiqua jamais, sur les meubles, les principes de l'hypothèque romaine. Il réalisa, à leur égard, un admirable progrès que l'antiquité ne paraît pas avoir entrevu. Il exigea que la possession du gagiste fût une possession réelle et actuelle, pouvant avertir les tiers des droits du créancier, et non une possession civile, fictive ou précaire, basée quelquefois sur le constitut possessoire. Tant que l'acheteur ou le gagiste n'avaient pas reçu la possession naturelle, il était permis de leur opposer le droit d'une autre personne qui l'avaient obtenue auparavant, par suite d'une aliénation ou d'un nantissement quelquefois postérieurs. En résumé, c'était la tradition réelle, et jamais le constitut possessoire qui saisissait d'un meuble à l'égard des tiers.

141. Cette prise effective de possession, appuyée sur le consentement des parties, fut, pendant longtemps, la seule condition nécessaire à la validité du gage vis-à-vis des tiers. Avec elle, le gagiste possédait de droit de retenir la chose pour sûreté de sa créance jusqu'à parfait paiement, celui de la faire vendre et d'être payé sur le prix, avant tout autre créancier. Plus tard, pour obvier aux fraudes

des faillis, l'ordonnance sur le commerce (1693, 6-8) exigea un acte devant notaire, avec minute contenant les énonciations dont parle le Code Napoléon, sous peine de restitution forcée du gage et de perte définitive du privilège. Mais cette disposition, dit Duparc-Poullain, s'observa avec si peu d'exactitude, que la majorité des auteurs la considérait comme hors d'usage, même entre négociants.

142. D'après Pothier, les Romains auraient admis l'hypothèque des créances, mais non leur dation en gage, puisque la tradition en était impossible. Il en concluait qu'en France elles ne sont pas susceptibles d'être livrées en nantissement, parce que notre gage implique la possession. Mais lui-même reconnaît ailleurs que la jurisprudence française admet le nantissement des dettes actives, et que le commerce y procède comme s'il s'agissait d'une cession. « Le propriétaire des créances, disait la Cour des Aides (1769), en fait par acte devant notaire, transport à titre de gage au créancier qui les réclame, et lui remet, en main, les titres qui consistent en billets ou brevets d'obligations. Le transport est ensuite signifié au débiteur pour saisir le créancier à l'égard des tiers. » Il reste donc avéré que même, du temps de Pothier, la mise en gage des créances était pratiquée régulièrement.

143. 2^o De nos jours, le créancier n'a droit de prendre, sur la valeur de son gage, une somme suffisante à le rembourser, qu'autant qu'il a rempli les formalités destinées à garantir l'intérêt des tiers contre les surprises et la fraude. La préférence, dérivant ici de la volonté des contractants et non de la loi, doit pouvoir être facilement connue de tout le monde, et n'être jamais, après coup, constituée, augmentée ou modifiée au détriment d'autrui.

Pour établir cette publicité, si nécessaire à l'existence de

tout droit réel, pour rendre appréciable à chacun des contractants le crédit de l'autre, nos codes exigent, à l'exemple du droit coutumier, que la détention du gage soit enlevée au débiteur et remise au créancier ou à un tiers convenu qui le présente. Depuis cette délivrance le privilège peut exister ; mais il s'évanouit sans retour, par l'effet d'une renonciation présumée, dès que la détention qui lui sert de base cesse volontairement.

144. Le dessaisissement par suite de perte ou de vol n'étant jamais présumé une renonciation à ce qui est légitimement acquis, laisse subsister intact le droit de revendiquer. Mais ce droit du créancier-gagiste ne peut être mieux traité, en matière commerciale, que le droit du véritable propriétaire, qui, lui-même, au cas de perte ou de vol, supporte les suites de la bonne foi évidente et de l'erreur légitime du possesseur nanti par suite d'une opération commerciale. Il s'en suit que le nantissement commercial, comme la vente commerciale, ne sera résolu, au profit d'un premier gagiste dépossédé, que moyennant le remboursement du prix qu'a coûté, au tiers, l'objet engagé ou acquis, prix que devrait, en cette hypothèse, le propriétaire revendiquant (*Massé*).

145. Toute constitution de gage, qu'elle soit faite par le débiteur ou par un tiers agissant dans son intérêt, impliquant une aliénation, doit émaner du propriétaire ou de celui qui paraît avoir pleine capacité de disposer à ce titre. Dans le commerce, où il est impossible de vérifier les droits du possesseur, tout débiteur d'une marchandise est présumé avoir le droit d'en disposer soit comme propriétaire soit comme mandataire. Il la vend, il l'aliène à quelque titre que ce soit, sans exposer l'acquéreur à la revendication. Et, comme sa mauvaise foi n'a aucune influence sur la validité

du gage, l'engagement qu'il passe de cette marchandise demeure pleinement efficace, moyennant tradition (*Dufour*, à son cours).

146. En droit civil, le gage n'existe, vis-à-vis des tiers, s'il s'agit de meubles corporels et d'une valeur supérieure à cent cinquante francs, qu'à dater de son enregistrement ou de sa relation dans un acte authentique ou de la mort du débiteur. Une date authentique a été reconnue nécessaire pour prévenir les fraudes qui ont pour but d'avancer ou de reculer l'époque des conventions. Puis, l'acte instrumentaire doit mentionner le montant de la créance, l'espèce et la nature des choses engagées, ou un état annexé de leur qualité, poids et mesure, si cette condition est nécessaire pour déterminer leur individualité. Ces formalités empêchent la destruction du titre primitif et la substitution d'un nouveau, qui amoindrisse les droits récemment acquis à des tiers par l'exagération des sommes garanties ou par la mutation des choses engagées.

147. Le Code de Commerce n'ayant édicté aucune autre règle générale relativement au gage, il s'était à peu près unanimement établi, en doctrine et en jurisprudence, que ces formalités étaient, en matière commerciale, substantielles vis-à-vis des tiers, en ce sens que sans elles aucune préférence n'existait entre les divers créanciers du failli, sur le prix des objets qu'il avait donnés en nantissement. Un état de choses si peu approprié à la nature rapide des affaires commerciales était chaque jour l'objet de nombreuses réclamations. C'est pour leur faire droit qu'une loi récente (1863) a décidé que le gage, constitué soit par un commerçant soit par un individu non commerçant, pour un acte de commerce, se constate, à l'égard des tiers, comme à l'égard des

parties, conformément aux preuves usitées dans le commerce. En un mot, tout ce qui avait paru propre à établir la vente commerciale est devenu suffisant pour établir le gage commercial envers et contre tous, sauf à ne pas en tenir compte, s'il était avéré, d'après les circonstances, que l'argent obtenu sur gage n'a pas été réellement employé à des opérations commerciales (*Dufour*, à son cours).

148. Aux termes de la loi civile, le privilège du gagiste ne s'établit sur les créances mobilières et autres meubles corporels que par un acte public ou sous seing privé, enregistré et signifié au débiteur de la créance ou authentiquement accepté par lui : Le débiteur est ainsi mis en demeure de donner aux tiers qui viendront se renseigner auprès de lui les éclaircissements nécessaires, et de refuser paiement tant qu'on ne lui prouvera pas l'extinction du gage. La signification et l'acceptation opèrent pour la créance ce que produit la tradition pour les meubles corporels ; elles saisissent le gagiste à l'égard des tiers et lui confèrent une qualité susceptible de leur être opposée. Il suit de là que ni l'une ni l'autre ne se trouvent utilement faites, lorsque le débiteur est devenu incapable de constituer un gage ou de livrer un meuble corporel.

149. Quelle que soit leur efficacité, ces formalités ne suffisent pas pour rendre complète la prise de possession du créancier gagiste. Il faut encore une quasi-tradition du droit par la remise du titre ; et, si la créance n'est constatée dans aucun titre, son engagement est impossible, parce que son transport à titre de gage l'est également. Mais la remise du titre, jointe à la signification du contrat de gage, valide toujours à l'égard des tiers le transfert des créances nominatives constatées dans un billet ordinaire ou dans un acte notarié, et laissées en général sous l'empire de la loi civile,

même lorsqu'il s'agit d'un gage commercial. (*Vernier, expos. motifs. 1863*).

Le mode de tradition doit être tel, qu'il emporte dépossession du débiteur et investissement du créancier ; de sorte qu'il soit impossible de faire illusion aux tiers par des apparences d'une fortune ou d'un crédit imaginaire. Toutefois, en ce qui concerne le droit au bail, la délivrance s'effectue par la remise de l'acte de bail au gagiste, et la signification au bailleur du contrat de nantissement. Exiger du locataire qu'il abandonne immédiatement les lieux loués, c'est en réalité lui imposer une pure cession et substituer le paiement à la dation en gage (*Pont*).

150. Les choses ainsi réglées par la loi civile, de grandes difficultés avaient surgi pour savoir si les mêmes dispositions devaient être appliquées aux autres titres négociables, tels que rentes sur l'Etat, actions, intérêts, obligations dans les compagnies financières, industrielles, commerciales ou civiles, qui revêtent la forme de titres nominatifs, à ordre ou au porteur, et qui servent principalement, mais non exclusivement au mouvement des affaires commerciales. La loi nouvelle sur le gage a tranché bon nombre de ces questions.

151. Désormais, du moment où une compagnie convient que le transfert de ses valeurs nominatives peut être inscrit sur ses registres aussi bien à titre de garantie qu'à titre de transmission en propriété, ce moyen suffit pour établir le gage contre tous, sans qu'on ait besoin d'une signification. Si les statuts sociaux n'admettent pas le transfert des actions ou obligations nominatives à titre de garantie, il est évident que la créance, étant transférée en propriété au nom du prêteur, et celui-ci ayant reconnu dans l'acte intervenu entre lui et l'emprunteur, que, nonobstant le transfert à son

nom, il n'a, sur le titre, d'autres droits que ceux d'un créancier-gagiste ; l'opération, si elle est commerciale, paraît régulière sans acte enregistré ; et que cette convention est établie dans toutes ses conditions d'efficacité par la preuve commerciale (*Rivière*).

152. Outre les moyens ordinaires, un endossement régulier peut transmettre, à titre de gage, les lettres de change, les billets à ordre, et d'une manière générale, toutes les valeurs négociables par la voie de l'endossement. Un acte séparé et signifié au débiteur, n'étant pas nécessaire pour saisir de la propriété, était inutile pour saisir du privilège attaché au gage. Toutefois, comme un simple endossement laisserait indécise la question de transmission de propriété ou de constitution de gage, l'endossement, pour ne valoir que nantissement, doit exprimer, à cet égard, la volonté des parties (*Pont*).

La tradition manuelle, qui transfère même au regard des tiers la propriété des titres au porteur, constitue efficacement en gage ces mêmes valeurs. Le gagiste obtient sur elles un vrai privilège à la seule condition de posséder le titre et de prouver le contrat. Cette solution s'applique au gage civil et au gage commercial de ces billets : car, dans le silence de la loi et à défaut de règle précise, il est naturel de ne pas rendre plus difficile leur transmission à titre de gage que leur transmission à titre de propriété. La société débitrice dans l'un comme dans l'autre cas payera les intérêts ou le dividende à la personne qui présentera les coupons. Or, si toute concurrence de plusieurs créanciers nantis a disparu et si le débiteur peut vendre, pourquoi lui refuser la faculté de nantir ? (*Troplong*).

153. Le gagiste est mis en possession par la délivrance de la chose convenue que lui fait le débiteur ou un tiers soit

à l'aide d'une tradition matérielle soit à l'aide d'une tradition symbolique, mais qui n'en est pas moins réelle dans ses effets. La marchandise, déposée dans un établissement public, est mise à sa disposition par la simple remise des clefs du magasin ou par un transfert sur les registres de la douane, le plus souvent par la remise du bulletin de gage ou warrant, dont l'endossement seul et séparé du récépissé vaut nantissement au profit du cessionnaire et confère au prêteur tous les droits du gagiste (*Dufour à son cours*).

Le nantissement de la marchandise suit le warrant en quelques mains qu'il passe par l'effet des négociations successives dont il est l'objet, de sorte que la marchandise elle-même circule avec autant de facilité qu'un billet au porteur. Elle fait fonction de monnaie, et jouit d'un crédit spécial indépendant de celui de son propriétaire. Une seule formalité est imposée, sinon par la loi, du moins par l'usage, au premier cessionnaire du warrant, celle de faire transcrire son endossement sur les registres du dock afin de mettre les tiers à même de connaître d'une manière officielle la créance approximative dont la marchandise est grevée. (*Rivière*).

154. De même, le créancier auquel un navire a été donné en gage, n'a qu'à se faire remettre les diverses pièces qui constatent sa propriété pour avoir sur lui un droit de préférence. Muni de ces pièces, sans lesquelles l'acquisition du navire n'est jamais incommutable, il requerra l'énonciation de son acte de nantissement sur les registres d'inscription maritime, et fera opposition à la délivrance des passeports de navigation. Comme le navire n'est purgé de son gage que par un voyage opéré sous le nom d'un ayant-cause à titre onéreux du débiteur, le gagiste se trouvera en quelque sorte dans la même position que s'il avait reçu, en nantissement, une créance, dont le titre seul peut lui être délivré.

155. Le gage livré au créancier soit dans un dépôt public soit dans les magasins ou navires d'un tiers, ne cesse pas d'être en sa possession, parce que le débiteur aurait été chargé de donner ses soins à la marchandise. Vice versa, si au moment du contrat le créancier a déjà l'objet en son pouvoir à un autre titre, la simple convention du nantissement suffit à opérer sa mise en possession et à constituer son privilège. Enfin, l'efficacité de ce privilège ne change pas, que le gagiste ait été mis en possession, avant ou après le prêt.

156. Le gage met en présence deux droits corrélatifs : celui du débiteur ou de ses créanciers consistant à reprendre l'objet après le remboursement de la dette ; celui du gagiste qui ne peut user ni jouir de la chose engagée, ni même en disposer, faute de paiement à l'échéance. En effet, s'agit-il d'un gage ordinaire, le créancier n'a que la faculté de réclamer en justice la vente aux enchères, ou l'adjudication à son profit jusqu'à concurrence de ses droits et d'après une estimation faite par experts. S'agit-il d'un gage commercial, il peut, en sus, faire procéder à la vente publique des objets engagés huit jours après une signification faite au débiteur et au tiers-baillleur du gage, s'il y en a. Cette vente devient pour lui après la faillite du débiteur un devoir tellement urgent, qu'il lui est défendu, avant de l'avoir exécutée, de produire sa créance dans la masse pour toucher un dividende. Toute clause qui autoriserait le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans l'accomplissement des formalités d'une vente publique, serait nulle, comme pouvant entraîner la lésion du débiteur ou de ses créanciers.

Toutefois, quand il s'agit d'effets de commerce, le gagiste tient expressément de la loi le droit de les recouvrer à leur échéance, lorsqu'ils deviennent exigibles avant la dette pour laquelle ils ont été livrés. Il doit également, dit M. Rivière,

faire à l'échéance des effets négociables, les actes de conservation et les poursuites nécessaires à leur recouvrement, et prévenir toute déchéance qu'entraînerait leur omission ou leur retard. En cas de négligence ou d'abus, la restitution du gage peut être ordonnée, même avant le paiement de la dette à la requête tant du débiteur que de ses créanciers. Ceux-ci à leur tour doivent au gagiste indemnité des dépenses qu'ils ont faites pour la conservation ou l'amélioration de l'objet : des premières, pour la totalité des déboursés, des secondes, jusqu'à concurrence de la plus value qu'elles ont produite.

157. Toute dette, contractée par le même débiteur après une constitution de gage qui en garantit un autre, puis, devenue exigible avant la première, est, de plein droit, garantie par la même sûreté. L'emprunt nouveau que sollicite le débiteur démontre suffisamment que ses affaires ne sont pas en voie de prospérité ; et, dès lors, le créancier en stipulant que le nouvel emprunt serait exigible avant le premier, a pensé que le gage répondrait des deux créances et les mettrait à couvert. Malgré les incertitudes de la doctrine et de la jurisprudence, il est à croire que cette constitution tacite de gage produit, non seulement le droit de rétention vis-à-vis du débiteur, mais encore le droit de préférence sur les autres créanciers non privilégiés. (*Bugnet*).

D.

158. *Les diverses créances du commissionnaire.* — En raison des services considérables et bien connus que les commissionnaires rendent à l'industrie et au négoce, la loi consacre en leur faveur un privilège particulier basé non plus sur une

convention formelle du gage, mais sur le fait de la possession résultant d'un nantissement tacite, destiné à durer tant que le contrat principal ne sera pas fidèlement exécuté. Par l'effet de la rétention sur laquelle s'appuie le privilège, le commissionnaire arrive à ne plus prêter uniquement au propriétaire de la marchandise, mais à la marchandise elle-même.

159. Le vrai contrat de commission prit naissance en Italie après l'établissement définitif des barbares. Bientôt il se propagea en France par les foires de moyen-âge. Mais aucune loi ne donna de règle précise sur les droits et les obligations du commissionnaire, partout déterminés par les usages locaux. L'ordonnance sur le commerce (1693) ne parle d'eux qu'une seule fois, elle les assimile aux autres créanciers et ne leur accorde de privilège sur les objets tenus en gage qu'autant qu'ils ont un acte authentique. Heureusement la jurisprudence n'appliquait cette formalité sévère qu'aux usuriers et ne l'exigeait jamais de la part des commissionnaires (*Valin, Emerigon, Jousse*). Elle leur reconnaissait un privilège fondé sur la détention, mais devant la diversité des coutumes et des arrêts, on ne savait trop à quelles conditions ce privilège insolite devait s'exercer. On se demandait si les avances faites après la réception du connaissement ou de la lettre de voiture, mais avant l'entrée des marchandises dans les magasins du commissionnaire, donnaient ouverture au droit de préférence, et l'on pensait en général qu'un droit privilégié ne naissait que de la dation en gage du connaissement. Mais ces points n'étaient pas généralement reconnus par les tribunaux : d'où il résulte qu'en l'absence d'une règle générale il y avait lieu à cassation sur appel, quand un tribunal avait décidé que le privilège n'a pu s'ouvrir au profit du commissionnaire, si ce dernier a fait des avances avant la

réception des marchandises, bien même qu'il ne les eût faites que sur l'envoi d'un connaissement. (*Delamarre et Lepoitvin.*)

160 De même, sous l'empire du code de commerce, le privilège du commissionnaire n'existait que sous certaines conditions, dont la plupart avaient fait sugir de graves controverses touchant son étendue et même son existence. Ainsi l'on discutait si le lieu où résidait le commissionnaires et le lieu d'où la marchandise était expédiée devaient être différents ; s'il suffisait que la marchandise fut expédiée d'une autre place que celle de la résidence du commissionnaire, bien que le commettant demeurât dans les mêmes lieux que lui : ou bien lorsque les deux contractants n'avaient pas la même résidence, si le fait seul de la consignation des marchandises, sans qu'elles fussent déplacées, donnait quelque préférence. La loi nouvelle sur le juge commercial (1863) a mis fin à toutes ces difficultés.

161 Désormais tout commissionnaire a privilège sur la valeur des marchandises à lui expédiées, déposées ou consignées par le fait seul de l'expédition, du dépôt ou de la consignation. Pourvu que ces actes soient régulièrement établis, le privilège existe dès que les éléments essentiels qui les constituent, sont accompagnés d'avances faites par le destinataire à l'expéditeur. Et puisque la nature du fait doit seule être prise en considération, il s'ensuit que l'absence d'une convention de gage, que la qualité de la personne, que la circonstance de l'expédition du dehors, la situation respective du domicile des parties, et même le défaut d'ordre pour vendre n'ont ici aucune importance. (*Dufour, à son cours.*)

Mais si toutes ces propositions son exactes ; « si d'une part il n'est pas nécessaire que le commettant et le commissionnaire demeurent dans des lieux différents, ni que

» la marchandise reçue par le commissionnaire lui ait été
» expédiée d'une autre place ; et si d'autre part le pri-
» vilège n'est pas attaché à la profession de commission-
» naire, si l'ordre de vendre la marchandise n'est pas une
» condition essentielle de la préférence ; la nuance entre
» le cas où le privilège existera de plein droit comme privilège
» de commissionnaire, et celui dans lequel il n'existera que
» par suite d'une convention formelle comme privilège de
» créancier gagiste, sera souvent difficile à saisir. » (*Ri-
vière*).

162. D'abord, si les marchandises ont été consignées pour être vendues ou voiturées et que la profession du consignataire concorde avec le mandat qu'il a reçu, toute difficulté est aplanie : les avances faites sur ces marchandises se rattachent à un contrat de commission facile à reconnaître. Mais, si les circonstances précédentes ne se rencontrent pas, il n'y a plus ici, d'après M. Rivière, qu'une question de fait, où les juges doivent examiner avec soin les cas, pour reconnaître si la remise a été faite dans le but de garantir un simple prêt, ou si au contraire les avances se rattachent à un acte rentrant dans les attributions habituelles du commissionnaire.

163. Le privilège est toujours subordonné à la condition que les marchandises aient été mises et soient restées en la possession du commissionnaire ou d'un tiers convenu entre les parties. Cette remise s'opère par tous les moyens qui servent à constituer le nantissement commercial, dont nous avons déjà parlé. Tant que la marchandise voyage, la remise du connaissement ou de la lettre de voiture équivaut à la remise de la marchandise elle-même : car le porteur de ces pièces a seul qualité pour en réclamer la délivrance. L'expédition dépend ici, non de l'envoi direct et nominatif

de la marchandise à l'adresse du commissionnaire ou du prêteur, mais de l'envoi définitif et effectif, soit qu'il ait lieu par un changement de la direction première, soit qu'il s'opère par la transmission légale du connaissement ou de la lettre de voiture. Entendre autrement la loi, ce serait rendre souvent indisponibles en cours de voyage les marchandises, dont la disponibilité perpétuelle est protégée par les intérêts du commerce, (*Dufour, à son cours*).

164. Le connaissement ou la lettre de voiture doivent être adressés au prêteur ou à son représentant, à moins qu'ils ne soient rédigés au porteur ou transmissibles par endossement. Si ces actes sont à personne dénommée, cette personne seule est saisie de la chose par la remise du connaissement et reste pour les tiers la destinataire de la marchandise. Si ces actes sont à ordre ou au porteur, ils constituent des valeurs négociables et transfèrent valable nantissement à quiconque les représente ou les a reçus par endossement régulier. Mais l'endossement irrégulier, faute d'énonciation de la valeur fournie, suffit-il pour saisir le commissionnaire, de telle sorte qu'il soit réputé nanti des marchandises portées au connaissement ou à la lettre de voiture ?

Si l'on ne considère que les textes relatifs à la lettre de change, une pareille irrégularité transforme l'effet ordinaire de l'endossement en un simple mandat, révocable au gré du débiteur ou de ses créanciers, soumis à la revendication du vendeur non payé. Mais, si l'on s'attache à l'esprit de la loi et que l'on consulte la nature des choses, on ne tarde pas à reconnaître que l'endossement n'est autre chose qu'un écrit destiné à prouver la convention, intervenue entre l'endosseur et le preneur ; que, si la convention est translatrice de propriété, l'endossement pour être pleinement efficace doit énoncer le prix de la vente, que s'il n'intervient pas de véri-

table aliénation, la mention de la valeur fournie n'ayant plus de but, son omission ne saurait empêcher l'endossement de produire ses effets naturels dans les contrats qui n'opèrent jamais par eux-mêmes transfert de propriété.

Le connaissement et la lettre de voiture ne sont qu'un moyen de preuve visant à établir l'obligation du capitaine ou du voiturier de transporter les marchandises et de les livrer à un destinataire convenu. L'endossement de ces effets n'a d'autre but que de mettre la marchandise, qu'ils représentent pendant le voyage à la disposition du commissionnaire, en lui donnant le droit et en lui imposant l'obligation d'en demander la délivrance et d'en prendre la détention réelle. Qu'il énonce ou n'énonce pas la valeur fournie, cet endossement daté et nominatif est toujours suffisant pour établir ce fait, partant pour saisir le commissionnaire et lui transmettre les droits et les devoirs qui en sont la conséquence. Or comme il possède à la fois pour le commettant en vertu du mandat que lui confère l'endossement irrégulier, pour lui-même en vertu de l'expédition qui lui a été faite et des avances qu'il a fournies, la cause du privilège existe avec toutes ses conditions de publicité, de certitude et d'irrévocabilité. Les tiers seraient donc mal venus à prétendre que cette possession pour valider le gage doit encore réunir les apparences d'un droit de propriété (*Delamarre et Lepoitvin*).

165. Le commissionnaire, ayant au regard des tiers la disposition de la marchandise, peut valablement la considérer une seconde fois, et, s'il le fait en son nom et que le tiers ignore à qui elle appartient, le privilège existe au profit de ce dernier. Il peut aussi vendre et livrer pour le compte du commettant, puis se rembourser sur le prix du montant de ses créances. En vertu de l'indivisibilité du gage,

le dessaisissement sur une portion des effets ne lui ravit point son droit à une entière collocation sur la valeur de ce qui reste. S'il expédie la marchandise au commettant, il conserve ses droits tant qu'elle voyage en son nom et jusqu'à ce qu'elle soit rentrée à la disposition d'autrui.

166. Le privilège s'étend à tous les prêts, avances ou paiements, intérêts, commissions et frais. Ces expressions, aussi larges que possible comprennent les mandats acquittés, les crédits ouverts, les achats faits au nom du commettant, les paiements à sa décharge, les déboursés qu'ont occasionnés les marchandises, toutes les valeurs sorties des mains du commissionnaire, qui ont profité au commettant. Pourvu que ces dépenses aient été faites sur la foi de la consignation et des garanties qu'elle présente, il n'est point nécessaire qu'elles aient été occasionnées par les marchandises ou qu'elles aient eu pour cause un service à rendre aux marchandises (*Massé*).

Prenant en considération les besoins du commerce et de l'industrie, qui empêchent le commissionnaire de procéder par opérations distinctes et séparées, d'attendre pour faire des avances que la marchandise soit en sa possession, la loi veut que le privilège qui naît d'un seul acte rentrant dans la sphère de ses pouvoirs, s'étende des avances primitivement faites, puis remboursées ou couvertes, à celles qui sont venues s'y substituer. De la sorte, la marchandise envoyée aujourd'hui couvre le solde de celle qui a été expédiée hier, aucune avance ne s'applique à un envoi déterminé, la préférence constituée sur certains effets qui rentrent dans le marché, se transporte sur ceux qui en sortent. Les affaires ne souffrent aucun retard, la circulation des marchandises devient plus rapide, et la sécurité du commerce plus grande (*Vernier*).

167. Malgré l'ampleur et la justesse de ces décisions, la loi est demeurée incomplète. Elle n'a prévu que l'hypothèse de marchandises confiées ou expédiées par le commettant au commissionnaire ; elle a laissé de côté l'espèce inverse d'un achat de marchandises fait par un commissionnaire pour un commettant et expédiées par le premier au second. Tant que ce commissionnaire restera en possession, ses intérêts seront protégés par le droit de rétention, et ce droit qu'il est juste de lui conserver jusqu'à parfait paiement, sera opposable aux autres créanciers du commettant. Mais, s'il a expédié la marchandise à un commettant en faillite, n'aura-t-il pas un droit meilleur sur ce qu'il a payé de ses deniers pour le compte d'autrui, que les créanciers chirographaires. Dans le silence de la loi, MM. Delamarre et Lepoitvin lui permettent avec raison, je crois, de revendiquer les marchandises qui ne sont pas encore arrivées à destination ; mais ce n'est ni en vertu de la subrogation dans les droits du vendeur, parce quelle n'est point ici admissible dans tous les cas, ni en vertu du privilège du vendeur, puisque le commissionnaire a acheté pour le compte du commettant ; mais en considérant le commissionnaire comme tel à l'égard du commettant, et en se fondant sur l'usage, qui, disent-ils, constant, antique, universel, a par cela même force de loi commerciale.

E

168. *Les frais faits pour la conservation d'une chose mobilière.* — Il n'est pas de privilège plus légitime. Car celui qui a fait des frais pour la conservation d'une chose doit être préféré sur le prix à ceux pour lesquels la chose eût été perdue, s'il ne l'eût conservée. Cette faveur comprend la conservation partielle comme la conservation totale.

Ce privilège fut connu dans notre ancien droit, où l'on voit les auteurs préférer dans la distribution des derniers certaines créances par ce motif qu'elles ont conservé la chose commune. C'est ainsi qu'on était allé jusqu'à préférer le premier saisissant, parce qu'il avait empêché le failli de dilapider les objets saisis. Mais c'était à plus juste titre que les pères étaient privilégiés pour une année de leurs gages sur les troupeaux et les fournisseurs de tonneaux sur le vin que renfermaient ces tonneaux. Pothier pose en règle générale que les ouvriers ont droit de retenir la chose qu'ils ont façonnée, mais que toute préférence disparaît avec leur dessaisissement. Toutefois, les ouvriers qui avaient fait à une maison des réparations nécessaires, jouissaient, indépendamment de l'hypothèque légale qui frappait l'édifice à leur profit, d'un privilège spécial sur les loyers. Si le devis avait été fait verbalement ou sous signature privée, ils devaient intenter leur demande dans l'année de l'achèvement des travaux.

167. Deux règlements spéciaux à la ville de Lyon accordaient privilège, l'un (1667) aux manufacturiers pour délivrances d'ouvrages faits dans les deux années antérieures à la faillite, l'autre (1669) aux teinturiers sur les marchandises teintes par eux durant la même période, parce que la teinture comme la façon augmentait la valeur des marchandises. Enfin, le parlement de Rouen avait décidé (1751) que l'ouvrier qui avait fabriqué des métiers pour certains ouvrages (*des siamoises*) serait préféré aux créanciers hypothécaires sur le prix de ces métiers tant pour la matière qu'il avait fournie que pour la main-d'œuvre.

170. Le code Napoléon, grâce au Tribunal, reconnut un droit semblable à tous ceux qui ont fait des dépenses pour conserver une chose mobilière, corporelle, ou, ce qui revient au même, pour la maintenir propre à l'usage qui lui donne

sa valeur. Il basa exclusivement ce droit sur le motif que le conservateur a fait l'affaire des autres créanciers. Il le rendit étranger à toute idée de nantissement, et permit par cela même de l'exercer tant que le débiteur resterait propriétaire de la chose conservée, et au cas d'aliénation, tant que le prix de la vente resterait à compter ou à distribuer. Néanmoins le privilège ne saurait être étendu d'un objet à un autre, sous prétexte que le nouveau représenterait l'ancien par suite d'échange ou de dation en paiement. Il s'éteint par cela seul que la chose a été juridiquement transformée, par exemple immobilisée, ou qu'elle n'est plus matériellement reconnaissable.

471. La créance d'amélioration paraît en théorie aussi favorable que la créance de conservation, parce qu'il n'existe entre elles qu'une différence du plus au moins. Il n'y a pas lieu cependant d'affecter la plus-value résultant de l'augmentation du patrimoine au paiement de la dépense qui l'a produite. Sans doute la loi donne préférence aux frais d'amélioration, quand ils se rapportent à des immeubles, parce qu'il est facile de constater sur eux la valeur nouvelle ajoutée par les travaux. Mais, comme en matière de meubles l'emploi des formalités nécessaires à cette constatation eût été le plus souvent, sinon impraticable, du moins très difficile, l'appréciation de la plus-value eût présenté les obstacles les plus ruineux et fait surgir les complications les plus embarrassantes.

Mais, si l'ouvrier qui améliore un meuble, ne jouit pas de la garantie accordée aux frais de conservation, l'équité du moins lui confère le droit de retenir les corps certains qu'il a ouverts jusqu'au plein remboursement de ses avances.

S'il y a dans ses travaux mélange indivisible de conserva-

tion et d'amélioration, l'équité demande encore que la créance de conservation prédomine : car autrement l'existence du privilège, attaché aux frais de conservation, resterait la plupart des fois douteuse, le plus souvent inefficace (*Par-dessus*).

F.

172. *Les fournitures de l'aubergiste sur les effets du voyageur transportés dans son auberge.* — A cause de la grande responsabilité qui incombe aux aubergistes pour la sécurité des voyageurs, à cause des risques qu'ils courent à héberger le premier venu, et des services considérables qu'ils rendent à la circulation des hommes et des choses, la loi en dédommagement leur accorde un privilège, dont la nature participe des trois privilèges pour gage, pour fournitures de subsistances et pour loyers combinés avec le droit de rétention, et dont pour tous ces motifs la cause est des plus favorables.

173. Le privilège de l'aubergiste tel qu'il existe dans nos lois est d'origine coutumière. La coutume de Paris qui, d'après Basnage, exprimait en cette matière le droit commun de la France, accordait à l'hôtelier un droit de rétention et un privilège sur les effets et chevaux des personnes qu'il avait logées et nourries. Comme cette préférence était fondée sur une idée de gage, Ferrière donnait, à l'aubergiste comme au locateur, bien que la coutume fût silencieuse, un droit de suite sur les meubles enlevés à son insu, et la pratique étendait le privilège à tous ceux dont la profession est de loger et de nourrir. Mais Dumoulin le refusait à tous ceux qui, sans loger, donnent, comme on dit vulgairement, à boire et à manger, et cela parce que ces personnes ne font que de mauvais crédits.

L'hôtelier avait le droit de retenir jusqu'à parfait paiement et sans permission de justice les objets transportés dans sa maison. Ferrière prétendait même, contrairement à l'avis de Dumoulin, qu'il n'avait pas à s'informer pour exercer ce droit si les dépenses étaient excessives ou justes ; ou bien si les effets et les chevaux hôtelés appartenaient réellement au voyageur. Enfin, lorsqu'une personne avait logé chez l'hôtelier à différentes reprises, ni le droit de rétention ni le privilège ne s'étendaient aux fournitures faites lors des voyages précédents. Ils ne couvraient que les dépenses du dernier séjour, car ils ne pouvaient plus être utilement invoqués, dès que l'hôtelier avait laissé sortir de sa possession les effets du voyageur. (*Dalloz*).

174. Le code Napoléon reproduit à peu près le système de l'ancien droit. Le privilège garantit les créances acquises à raison des fournitures faites au voyageur, les avances qui ont pour cause le logement et la nourriture des hommes, et l'entretien des animaux. Il n'a d'autre limite que la valeur des objets grevés, sans que le maître d'hôtel ait à s'informer si les dépenses sont modérées ou excessives. Mais quelque rapport qu'on trouve entre ces fournitures et celles que des cafetiers ou restaurateurs font à des personnes résidant dans la même localité, il serait imprudent de privilégier ces dernières, parce que, loin d'être nécessaires ou utiles, elles ne servent qu'à entretenir l'oisiveté et les dissipations de la jeunesse et à consommer la ruine des pères de famille.

175. Le privilège reçoit aujourd'hui l'extension que lui donnait la coutume ; il s'attache au fait de la possession, et non au droit de propriété : car l'aubergiste ne peut point en général s'informer si les choses appartiennent au voyageur ou à quel titre il les détient, il s'exerce sur tous les objets amenés dans l'enceinte de l'hôtellerie, animés ou inanimés,

moins les vêtements en usage que des motifs d'humanité et de décence publique empêchent de saisir. Subordonné au fait de la possession, il s'acquiert avec elle, subsiste avec elle et s'éteint quand elle vient à cesser.

Précisément parce que le privilège est fondé sur la possession, le droit de rétention, qui est la condition fondamentale de son efficacité, doit être reconnu à l'aubergiste, tant qu'il n'a pas donné son consentement exprès ou tacite à la sortie des objets grevés de ses droits. Mais il faut lui refuser toute espèce de droit de suite analogue à celui dont jouit le créancier gagiste au cas de soustraction frauduleuse de son gage. Un déplacement clandestin accompli par le voyageur n'offre aucun des caractères du vol ni de la perte de propriété. Donc, il ne saurait engendrer en faveur du non-propriétaire un droit de revendication qui devrait durer trois ans, et qui s'évanouirait toujours dès que les objets déplacés seraient livrés à des tiers de bonne foi.

G.

176. *Les frais de voiture et les dépenses accessoires de transport.* — Le voiturier obtient privilège, parce qu'en procurant l'arrivée de la chose, il a augmenté sa valeur, parce qu'il répond de la perte à lui imputable et des détériorations qui ne proviennent ni de la force majeure ni du vice propre de la chose, et aussi parce que la remise des objets confiés à ses soins constitue un contrat indirect de nantissement.

L'ancien droit admit le privilège du voiturier sur le prix des marchandises transportées pour les frais de voiture et les différentes avances faites à raison de ces effets. Cette faveur s'exerçait tant que les objets restaient en sa possession, et il était d'usage au Chatelet de l'autoriser à garder les

marchandises jusqu'à ce qu'il fût payé. Son privilège durait même une année à partir du jour où il s'était dessaisi. On voit par là que l'influence des idées romaines s'était propagée jusque dans les derniers temps ; et cette remarque explique pourquoi Pothier raisonne comme les jurisconsultes romains, tandis que Bourjon rattache expressément ce privilège à l'idée d'un gage tacitement consenti.

177. Dans nos codes ce privilège garantit les sommes dues pour transport de marchandises et les dépenses accessoires du transport ; déboursés faits pour en assurer la circulation ou la conservation, droits de douane et d'octroi, réparations en cas d'avarie. Il est accordé au voiturier, à celui qui se charge habituellement et par profession ou par accident de transporter soit par terre soit par eau, mais non à celui qui aurait simplement loué des voitures ou des bateaux à la personne chargée de faire le transport. Il ne grève la marchandise transportée et restée en la possession du voiturier que pour les frais de son propre transport, et non pour le prix à payer de transports antérieurs dont la remise a été faite au destinataire.

178. En vertu de son privilège et de son droit de rétention, le voiturier peut demander à la justice le séquestre ou dépôt de son gage dans un établissement public, et en opérer la vente après autorisation légale jusqu'à concurrence de ses droits. Mais il est douteux que la rétention ou la possession soit une condition indispensable de son droit de préférence. En effet, si l'on en rattache la cause à l'idée de plus value, si l'on part de ce principe économique que la valeur des choses augmente par le transport, à mesure qu'elles s'éloignent du lieu de la production, on en conclut que le privilège est ici radicalement indépendant du fait de la possession, et qu'il continue à grever la marchandise, après qu'elle

a été livrée au destinataire, tant qu'elle n'est pas passée en mains tierces à titre non-précaire. Au contraire, si l'on fait dériver la préférence d'une constitution tacite de gage, le dessaisissement du voiturier anéantit toute espèce de sûreté réelle, et ne lui laisse contre la faillite que l'action personnelle soumise aux chances ordinaires de non-paiement.

Quelque rigoureuse que paraisse cette solution, rapprochée des idées de l'économie sociale, elle n'en reste pas moins à nos yeux la plus juridique et la plus conforme à l'esprit de nos lois. La conservation des choses mobilières produit droit de préférence indépendamment du fait de la possession, parce qu'elle affecte l'objet dans toute sa valeur et ne laisse place à aucun arbitraire. L'amélioration ne saurait en produire, du moins en principe, parce qu'alors le privilège pour être légitime devrait être limité à la plus-value créée et ne pas s'étendre à tout le prix de l'objet. Or, s'il doit être limité, on se retrouve en face de cette difficulté, qu'a si soigneusement évitée le législateur, la détermination de la plus-value en matière de meubles (*Valette*).

H.

179. — Outre les privilèges déjà énumérés, la loi civile en admet un autre en faveur de la créance du prix d'effets mobiliers vendus et non payés sur les objets qui sont restés en la possession de l'acheteur. Elle considère que la vente, le plus usuel et le plus nécessaire de tous les contrats, doit être encouragée en raison de l'utilité qu'elle présente, et que pour y parvenir il faut puissamment protéger le vendeur, dont la garantie la plus efficace sera d'être payé sur le prix des meubles qu'il a mis dans le patrimoine du débiteur, de préférence aux autres créanciers. Au contraire, la loi

commerciale voulant avant tout protéger la sécurité des transactions, tarir une source bien connue d'innombrables procès, supprime toutes les réserves occultes conservées par la loi civile au profit du vendeur, parce qu'elles existent à l'insu et au préjudice de ceux qui, postérieurement à la vente, ont traité avec l'acheteur, en le croyant maître définitif de la chose dont ils le voyaient en possession, et qu'il possédait en réalité à juste titre de propriétaire.

180. En passant du droit romain dans notre ancienne jurisprudence, les effets du contrat de vente relativement au transfert de la propriété ne subirent aucune transformation. Cependant la position du vendeur de meubles non payés fut radicalement changée par notre droit coutumier, qui, repoussant le droit de suite sur les meubles, ne permettait pas au vendeur de prendre hypothèque sur l'objet qu'il venait de livrer. Sous l'empire d'un tel principe, le vendeur qui avait eu l'imprudence de se fier à l'acheteur, n'avait plus, une fois la chose livrée, aucun moyen de la reprendre en nature ni de venir avec avantage sur le prix de sa revente. Sa cause néanmoins était regardée comme des plus favorables. Aussi la jurisprudence lui reconnut-elle une nouvelle garantie à la place de l'hypothèque, que les principes du droit coutumier l'empêchaient de stipuler. Elle lui assura un droit de préférence, retenu en quelque sorte lors de la translation de propriété, et qui, distinct de l'hypothèque ou droit de suite, échappait aux prohibitions de l'engagement des meubles. (*Dalloz*).

181. Dès lors, si la vente avait eu lieu sans terme, le vendeur resté propriétaire pouvait revendiquer la chose livrée et recouvrer sa possession, dont il ne s'était dépouillé que sous la condition restée innaccomplie d'un paiement exact. Mais la vente subsistait toujours comme en droit

romain, malgré le retour de la chose entre les mains du vendeur, et avec elle l'obligation pour ce dernier de la restituer en échange du prix. Si au contraire la vente était accompagnée d'un terme, le vendeur ayant suivi la foi de l'acheteur, cessait d'être propriétaire, par suite de la tradition. Mais il conservait le droit de faire résoudre la vente pour défaut de paiement du prix ; ou s'il voulait la maintenir il avait un privilège particulier sur l'objet vendu, un simple droit de préférence non accompagné du droit de suite.

182. C'était un usage commun à tous les tribunaux en matière commerciale, que le vendeur non payé avait le droit de revendiquer sa marchandise vendue au comptant ou à terme, quand il pouvait en prouver l'identité, et qu'il la retrouvait sous balle ou sous corde et sans altération entre les mains de l'acheteur ou de ses commissionnaires, (Lyon 1722), (Marseille 1730) (Aix 1730). Mais cet usage n'étant réglé par aucune loi, variait suivant les localités ; il était le sujet perpétuel des plaintes des créanciers, parce qu'il mettait la masse à la discrétion du failli, qui pouvait favoriser l'un, sacrifier l'autre, en détruisant les preuves de l'identité, en accélérant ou en retardant la déclaration de sa faillite (*Daguesseau, Terrible*).

183. Sous l'empire de nos codes deux grands principes, mieux établis que dans l'ancienne jurisprudence sont venus, en matière de ventes mobilières, limiter, pour la sécurité des tiers, des droits que le vendeur non payé conserve sur la chose aliénée. D'abord, en fait de meubles, la possession confère la propriété. D'où il suit qu'aucune action réelle ne saurait atteindre le tiers de bonne foi qui a reçu un meuble, pas même l'action en résolution de celui qui aurait vendu ce meuble à son propre vendeur, et qui ne s'en serait dessaisi que sous condition d'être payé. Ensuite, la propriété

mobilière se transfère par simple convention, sans qu'il soit besoin de délivrance ou de paiement, et aucun texte entaché d'équivoque ou d'obscurité ne saurait écarter l'application d'un principe aussi fondamental. Il en résulte que le vendeur ne peut être admis à exercer l'action en revendication que si la propriété est revenue sur sa tête par l'effet de la résolution du contrat de vente.

184. Par suite des ces principes, la loi civile, voulant favoriser la créance du vendeur, lui donne un privilège à double face qui s'exerce et par voie de préférence sur le prix des objets vendus et non payés et par voie de revendication improprement dite de ces objets eux-mêmes. Mais les motifs de cette reprise de la possession n'ont pas de valeur. Car ils sont tous applicables aux autres créanciers de l'acheteur, qui, comme le vendeur, n'ont pas réclamé de sûreté spéciale. Quoi qu'il en soit, le vendeur d'effets mobiliers non payés peut, s'il n'a point accordé de terme, les revendiquer dans la huitaine de la vente contre la masse de l'acheteur en déconfiture, s'ils sont encore dans le même état; et, faute par les créanciers de le payer, il reprend ses objets en nature malgré la revente de l'acheteur, si le tiers n'a pas reçu livraison. Après huitaine, qu'il y ait ou non un terme dans la vente, il ne peut empêcher l'aliénation; mais s'il a commencé de revendiquer, il a un privilège sur le prix qu'elle produit. (*Pont*).

185. Ainsi se passent les choses en matière civile quand la chose vendue a été livrée à l'acheteur. La loi commerciale, dans ce même cas de livraison, abolit et le privilège et la revendication du vendeur non payé. Seulement, si celui-ci n'a pas encore livré quand survient la faillite de l'acheteur, non seulement il a la faculté d'exercer le droit de rétention, mais encore celle de poursuivre la résolution de la vente,

conformément aux principes généraux. Le contrat n'est point anéanti par la survenance de la faillite ; et le bénéfice du terme est laissé à la masse, pourvu qu'elle donne caution de payer à l'échéance. L'administration de la faillite peut donc empêcher la résolution de la vente soit en acquittant les obligations du failli, soit en prenant l'obligation de les acquitter sitôt que le délai sera venu (*Mourlon.*)

186. Si les marchandises non payées ont été expédiées au failli, le vendeur peut les revendiquer en route, à condition de prouver qu'elles sont identiquement les mêmes que celles qu'il a vendues, tant qu'elles ne sont pas entrées dans les magasins du failli, en d'autres termes, dans tout lieu où elles sont sous la dépendance de l'acheteur ou du commissionnaire chargé de les vendre pour son compte. (*Rivière*). Que si les marchandises ne sont plus à la disposition du vendeur, soit parce qu'elles sont définitivement sorties de ses mains, soit parce qu'elles sont passées au pouvoir de l'acheteur, elles sont perdues à son égard : car elles peuvent être revendues d'un moment à l'autre, et indépendamment de toute revente, elles sont devenues, pour l'acheteur, un élément de crédit, qui a pu motiver la confiance des tiers.

La position du vendeur est identique, lorsque les marchandises avant leur arrivée, c'est-à-dire en cours de voyage, ont été revendues sans fraude, sur factures et connaissements ou lettres de voiture signés par l'expéditeur. La seconde vente ne saurait être maintenue au détriment de la première, si le nouvel acquéreur était entré en connivence avec le failli pour spolieer le vendeur primitif ; ou s'il n'avait par vu entre les mains de son vendeur les deux titres qui consomment l'opération, la facture qui constate le droit à la propriété, le connaissement ou la lettre de voiture qui crée le droit à la prise de possession.

Mais du moment où il y a absence de fraude, présentation de la facture, du connaissance ou de la lettre de voiture, faits qui, d'après les principes généraux du droit commercial, équivalent à la remise même de la marchandise, et en donnent la libre disposition, pourquoi exiger encore que les deux derniers titres soient signés de l'expéditeur, de manière à bouleverser toutes les règles reçues sur l'égalité devant la preuve, sur le secret des opérations commerciales et sur la transmission commerciale de la propriété ? Cette disposition, fruit d'un amendement improvisé, et non de l'expérience révélée par l'usage et le temps, ne nous semble pas avoir une base légitime et doit disparaître de nos lois (*Delamarre et Lepoitvin, Demangeat*).

187. De cet état de choses il résulte que si le vendeur non payé n'a pas en matière commerciale le privilège et le droit de revendication, établis à son profit par la loi civile, il possède au moins le droit exceptionnel de revendiquer la possession de la marchandise vendue et non livrée, en se conformant aux dispositions particulières de la loi commerciale. Et comme ni l'exercice du droit de rétention, ni la reprise de ce droit au moyen de la revendication, n'entraînent jamais par eux-mêmes la résolution de la vente, un droit de préférence se trouve indirectement créé à son profit sur le prix de la marchandise qu'il retient à sa disposition. Mais ce privilège indirect, attaché à la créance qu'il possède contre la faillite par suite de la vente, reste évidemment soumis aux mêmes conditions et aux mêmes restrictions que l'action revendicatoire qui lui sert de base.

188. En dehors de cette situation particulière, le vendeur non payé n'a plus contre la faillite de l'acheteur ni privilège, ni revendication, ni action en résolution quelconque. (*Renouard*) (*Bravard*); et cela quand bien même sa profession

n'eût jamais été celle de commerçant, quand bien même les marchandises qu'il a vendues n'auraient jamais été l'objet du commerce du failli, ne seraient jamais entrées dans le mouvement commercial de ses opérations. Toute controverse à ce sujet est tranchée par le texte même de la loi (art. 550) sur la faillite, conçu dans les termes les plus généraux et les plus restrictifs. Cette interprétation est confirmée par la discussion qui eut lieu à ce propos. On proposa de conserver le privilège au vendeur d'office, si le failli était un officier ministériel. Or, comme l'achat de l'office n'est pas un acte commercial, l'amendement était la consécration partielle de la doctrine opposée. Cet amendement fut repoussé et la loi assimila, en les rendant égaux devant la faillite, tous les créanciers de l'acheteur, civils ou commerciaux. Ce n'était que justice, car ceux qui traitent avec l'acheteur comptent aussi bien sur les meubles étrangers à son commerce qu'ils voient entre ses mains, que sur les objets même de son négoce. (Pont).

I

189. On s'est demandé si la provision de la lettre de change donnait lieu en faveur du porteur à un véritable privilège, lorsque le tireur ou le tiré tombe en faillite. Au premier cas, celui de la faillite du tireur, Bravard et quelques publicistes distinguent la provision, moyen d'acquitter la lettre de change de la valeur qui en est l'objet et que le tireur s'est engagé à faire toucher quelque part. Pour eux, la lettre de change n'est qu'une obligation de faire, fournir la provision à l'échéance et au lieu convenu. Elle n'implique ni cession de créance ni transport de propriété : car la valeur destinée à la couvrir peut très bien ne pas exister quand la dette

prend naissance (art. 116). Or, en cette espèce, si la lettre renfermait une aliénation, elle serait nulle faute d'objet. Mais il n'en est rien. La lettre de change dans les mains du porteur n'est donc qu'un mandat à l'adresse du tiré. S'il y a refus d'acceptation, le porteur devra non pas revendiquer la provision, mais recourir contre les garants ou contre le tireur. Ce recours s'exerçant par une action personnelle ne donnera sur la provision aucune préférence.

Au contraire, les anciens auteurs (*Jousse, Savary*) caractérisent le contrat de change par l'idée d'une cession opposable aux tiers sans signification au débiteur cédé. Pour eux, la lettre de change participe de la vente et du transport ; elle transfère au porteur comme à un cessionnaire de créance la propriété de ce qui est dû au tireur ou de ce qui lui sera dû au jour de l'échéance. Le code de commerce à son tour applique plusieurs fois à la lettre de change les expressions de propriété et de propriétaire (art. 136, 154, etc), qui n'auraient plus aucun sens, s'il était vrai que la lettre ne constitue qu'un ordre du tireur sur le tiré au profit du porteur. Loin qu'il en soit ainsi, ces expressions assimilent l'écrit à la provision, parce que la transmission de l'un donne la propriété de l'autre, toutes les fois qu'il y a eu endossement régulier ; elles rendent à merveille les effets de cet endossement et la tendance accentuée des législations modernes à considérer la lettre de change comme une sorte de monnaie courante, dont il faut avant tout assurer la circulation (art. 446 et 449 etc.). Rien dans l'espèce ne s'oppose à la réalisation de cette idée. Car si la provision existe lors de la création de la lettre, le contrat rend le preneur propriétaire, et l'endossement tous ceux qui succèdent à ces droits. Si la provision n'existe pas encore, le preneur acquiert évidemment un droit conditionnel sur elle, pour le cas où elle existerait

à l'échéance. Le porteur à cette époque représente le preneur, et, si la condition se réalise, il est fondé à se dire propriétaire de la provision et à venir sur elle par préférence aux autres créanciers (*Nouquier, Pardessus, Rivière*).

190. Au second cas, celui de la faillite du tiré, si la provision lui a été fournie par le tireur avec la destination spéciale de servir à l'acquittement de la lettre de change, elle n'est entre ses mains qu'un dépôt soumis à la revendication du porteur. (art, 574). Mais cette revendication n'est recevable que lorsque la provision consiste soit en effets de commerce ou autres titres de créance à recouvrer, qui se trouvent en nature dans le portefeuille du failli à l'époque de sa faillite ; soit en marchandises consignées pour être vendues, dont le prix n'a pas été réglé en valeur ou compensé en compte courant entre le failli et l'acheteur. Si la somme provenant des effets ou des marchandises consignés a été versée dans la caisse du tiré, si même la provision ne comprend qu'une dette de celui-ci envers le tireur, le porteur ne peut figurer dans la faillite qu'en qualité de chirographaire, et il vient au marc franc avec les autres créanciers.

CHAPITRE VI.

Transmission, classement, effets généraux dans la faillite et extinction des privilèges généraux.

A

191. Dans notre ancienne jurisprudence comme dans notre législation actuelle, le privilège étant un droit accessoire inhérent à la créance, passe avec elle à tous ceux qui acquièrent cette créance par cession, subrogation, endos.

sement ou succession. Il dure autant que l'action correspondante, sauf les cas, où il n'est fondé que sur le fait de la détention d'une chose. Dans ce cas il est perdu, dès que le créancier s'est volontairement dessaisi (Ferrière, cont. Paris, art. 108; ord. 1673, art. 3, tit 5; ord. 1609; Pothier, Merlin; cod. civ. art. 1018, 1249, 1615, 2112; cod. com. art. 136). De même qu'en droit romain, la relation qui unit les privilèges aux créances est tellement intime, qu'il est juridiquement impossible de les en détacher pour les adjoindre à une autre créance, ou en d'autres termes d'en faire l'objet d'une cession séparée, indépendante de ces créances mêmes. C'est ainsi que la cession d'un privilège n'est d'aucune utilité pour le cessionnaire, si elle ne lui confère pas virtuellement le droit de faire valoir la créance du cédant. (*Aubry et Rau*).

192. Toutefois, rien ne s'oppose à ce qu'un créancier privilégié ne cède la priorité de son rang à un créancier postérieur ou ne confère à un créancier chirographaire le droit d'exercer le privilège jusqu'à concurrence de sa propre créance, et comme si ce dernier lui était virtuellement substitué. La cession de la priorité ou la cession d'un privilège, limitée au montant même de la créance antérieure ou privilégiée, ne saurait nuire aux tiers; et dès lors elle peut s'établir par un simple mandat, qui, pour être valable dans la distribution des deniers, n'a besoin que d'être signifié au débiteur ou accepté par lui en forme authentique.

De même, en vertu du principe que la convention tient lieu de loi entre les parties et que chacun a la libre disposition de ses biens, le créancier qui ne veut pas faire une opération complète de transmission, est toujours maître soit dans son intérêt soit dans l'intérêt d'un tiers de réserver expressément, suivant les cas, la conservation ou l'extinc-

tion de son privilège. Mais, à défaut d'une réserve expresse, les effets des divers actes translatifs de la propriété des créances, restent complets et absolus, au point de vue de la transmission des garanties.

B

193. Des deux missions que le législateur avait à remplir en matière de privilèges : énumérer limitativement les diverses créances privilégiées, puis déterminer leur ordre et leur rang, lorsqu'elles viennent en concours dans une distribution ; la première a été accomplie dans nos codes d'une manière assez satisfaisante et qui ne laisse pas trop à désirer. Mais, pour ce qui regarde la seconde, on peut dire sans exagérer que le classement des créances, d'après le degré de faveur que mérite leur cause, n'a été fait que superficiellement et présente les lacunes les plus regrettables. Aussi, pour bien apprécier les textes de nos codes relatifs à cette matière, convient-il de se reporter à ce qui existait auparavant dans notre droit, et à l'esprit qui a dû présider à la confection de nos lois actuelles.

194. En général, si l'on en croit les auteurs modernes, l'ancienne jurisprudence était favorable aux privilèges spéciaux ou réels, qui, s'appliquant à un meuble déterminé, doivent passer sur ce meuble avant les privilèges personnels ou généraux, parce que ceux-ci ne se rattachant jamais à un bien déterminé, frappent forcément l'ensemble du patrimoine. Il faut avouer que sous l'empire des coutumes, cette question a été résolue tantôt dans un sens tantôt dans un autre, et qu'il était même difficile qu'il en fût autrement (*Troplong*).

La coutume de Paris (art. 179) portait qu'en cas de décon-

fiture chaque créancier vient à contribution au sol la livre sur les biens meubles du débiteur, et qu'il n'y a point de préférence ou prérogative, *pour quelque cause que ce soit*, même quand l'un des créanciers a le premier pratiqué une saisie. La jurisprudence commença par abroger cette disposition dans ce qu'elle avait de trop absolu ; elle reconnut facilement pour des créances déterminées diverses causes de faveur ; mais elle dut longtemps hésiter avant de prendre un parti définitif sur les principes de leur concours. C'est ainsi qu'on explique comment la règle fondamentale posée par Pothier : que les privilèges généraux sur tous les meubles ne viennent qu'après les privilèges particuliers, recevait, et dans la doctrine et dans la jurisprudence, de nombreuses exceptions.

195. Denizart regarde les frais de justice, l'orsqu'ils ont été avancés dans l'intérêt commun, comme la créance la plus privilégiée de toutes. Relativement aux droits du locateur, il ne leur préfère que les frais de vente, qui ont procuré le paiement des loyers ; et Pothier y ajoute les frais de saisie et de garde. Le Chatelet (act. not. 1692) retire la priorité aux frais de scellé et d'inventaire, parce qu'ils n'ont pas conservé le gage du locateur, qui avait la possession du mobilier.

Pour ce qui a trait aux frais funéraires, il est probable qu'ils ne venaient qu'après les privilèges spéciaux, bien que Pothier affirme que d'après le sentiment commun des auteurs et des arrêts, la priorité leur était également acquise et sur les meubles et sur les immeubles. Le Chatelet mettait les frais funéraires de premier ordre avant tous les privilèges spéciaux, même celui du bailleur à qui l'ensevelissement avait profité ; tandis que les frais de second ordre ne venaient qu'après les loyers par contribution et au marc le franc avec les autres créances privilégiées.

Sur les frais de la dernière maladie mêmes incertitudes et mêmes controverses. En général les jurisconsultes connus, en les classant avant tout privilège spécial autre que celui du bailleur, attestent qu'en pratique ils viennent quelquefois au même rang que les frais funéraires, mais que cette habitude est contraire à l'opinion du grand nombre qui les rejettent après les privilèges particuliers.

196. Grande, comme on le voit, était l'obscurité qui régnait dans l'ancienne jurisprudence sur cette partie du classement des privilèges mobiliers. Et pourtant elle n'est que clarté, si on la compare à celle que présente le classement des privilèges qui s'étendaient, non plus comme les frais funéraires et ceux de la dernière maladie sur tout le patrimoine, mais seulement sur tout le mobilier. Nulle part on ne rencontre une règle certaine pour apprécier le degré de faveur dont jouit chaque privilège, ni pour assigner à l'un d'eux le rang qu'il doit occuper (*Minier*).

Voici des exemples et diverses classifications. Duplessis : 1^o frais de justice, 2^o frais funéraires, 3^o frais de la dernière maladie, 4^o salaires des domestiques de ville. — Denizart : 1^o frais de vente retenus par l'huissier, 2^o frais funéraires de premier ordre, 3^o frais de scellé et d'inventaire, 4^o frais de la dernière maladie, salaires des domestiques, fournitures de subsistances et frais funéraires de second ordre, ensemble et concurremment.

Pothier : 1^o frais de saisie et de garde, 2^o frais funéraires de premier ordre, 3^o frais de la dernière maladie, 4^o créance de celui qui a fourni des aliments au prisonnier, 5^o fournitures de subsistances et reste des autres créances privilégiées. — Chatelet, dernière période, qui représente la majeure partie de la France. (*Sévin*) : 1^o frais de justice, 2^o dépôt, 3^o prix de meubles vendus sans jour ni terme, 4^o créance garantie par

un gage, 5^o frais funéraires, 6^o dépenses d'hôtellerie, 7^o loyers de maison et frais de moisson, 8^o prix de meubles vendus à jour et à terme, 9^o honoraires des médecins et des chirurgiens, 10^o gages des domestiques.

197. Malgré cette dernière classification du Chatelet, il nous paraît impossible, à propos des privilèges qui ne frappent que certains meubles, de présenter un système d'ensemble quelconque sur leur conflit. Nulle harmonie entre les décisions isolées de la jurisprudence, quelques principes à peine indiqués et violés plus souvent que respectés, la plus grande confusion dans toute la doctrine : telle est l'impression que nous ont laissée des recherches aussi ennuyeuses qu'infructueuses.

Un instant on voit poindre le principe que les frais d'amélioration et de conservation de la chose donnée en gage, faits depuis le nantissement, doivent primer les droits du créancier gagiste. Pothier décide en effet que l'hôtelier qui a soigné les animaux détournés d'une métairie, sera préféré au seigneur de la métairie, parce qu'il a nourri les bestiaux sur lesquels l'un et l'autre ont un privilège ; que les ouvriers qui ont réparé une maison passent avant le seigneur de rente foncière ; et que les moissonneurs ou valets de labour priment le seigneur de métairie, dont la récolte par eux faite forme le gage.

Mais à côté de ces décisions dictées par une saine doctrine, quelle fourmilière d'incertitudes, de contradictions ! Le pâtre ayant contribué à conserver le troupeau, gage du seigneur de métairie, devrait le primer. Eh bien ! Pothier, dans un premier passage, doute d'abord qu'il en soit ainsi dans la pratique, puis dans un autre il le rejette finalement au second rang. Les vigneron, les vendangeurs, les marchands de futaillies ont tous amélioré, conservé, produit le gage du seigneur. Et pourtant, au témoignage de Pothier, bien des ordres

s'ouvriraient où leur privilège ne prenait place qu'après celui du seigneur de métairie.

198. En résumé, plus l'on remonte dans l'ancienne jurisprudence, plus l'omnipotence des parlements, l'usage des arrêts non motivés, et le manque de connaissances précises sur la matière, permettent de signaler des disparates inconcevables et de graves iniquités. Néanmoins, malgré toutes ces misères déplorables, des auteurs et des magistrats du plus grand mérite, soutiennent encore avec force et conviction, qu'il faut abandonner à la variabilité de la pratique la solution d'une question si considérable, qui se présente tous les jours et qui témoigne de ses difficultés par le défaut même de solution, qu'elle n'a pu encore recevoir. Mais abandonner le soin du classement à la pratique, n'est-ce pas livrer les intérêts des créanciers à l'arbitraire des opinions ? N'est-ce pas refuser par fatigue et dégoût de continuer le difficile travail, qu'avaient déjà entrepris nos anciens jurisconsultes, et qu'ont presque achevé les auteurs modernes ?

Parmi ces vieux auteurs, distinguons : Ricard qui désire que le vendeur des semences soit toujours préféré au bailleur. Denizart, qui attaque vivement un arrêt contraire à cette décision (Dijon 1741), parce que si l'un a fourni la terre, l'autre a fourni le grain, et dès lors leurs droits doivent être au moins égaux. Denizart, qui demande encore que les créanciers pour labour et ensemencement soient préférés à celui qui réclame les fermages de l'année courante. Pothier, qui critique vertement certains auteurs, parce qu'ils préfèrent le vendeur de meubles au propriétaire de l'immeuble loué. Cela, dit-il, lui paraît souverainement injuste, attendu que le bailleur a dû regarder comme affecté au paiement des loyers tous les meubles qui garnissent la maison ou le magasin. Pothier, qui décide encore que si le bailleur exerce son droit de suite

dans le délai voulu, il doit être préféré à l'hôtelier qui avait retenu les meubles pour frais d'hôtellerie et de nourriture. Le locataire, dit-il, n'avait pu les obliger ou les donner en nantissement au nouveau maître d'hôtel au préjudice du droit qu'avait conservé le premier. Enfin Pigeau, qui déclare que les privilèges spéciaux doivent toujours l'emporter sur les privilèges généraux. Les premiers, dit-il, provenant de la chose même dont le prix est à distribuer, sont préférables aux seconds, dont la faveur est tirée de la personne du débiteur. Car sans la plupart des créances qui donnent naissance à ces privilèges réels, les choses n'existeraient pas ou n'auraient plus la même valeur (*Dalloz, Sévin*).

199. Comme on le voit, bien faible est le secours que l'on peut tirer de l'ancienne jurisprudence pour assigner, dans le droit actuel, un rang précis à chaque privilège mobilier, et présenter dans leur ensemble les règles essentielles du conflit. Heureusement, les principes déjà établis, les décisions isolées de la loi, et, par dessus tout, la cause reconnue à chaque privilège, facilitent cette tâche qui doit s'accomplir par la détermination exacte du rang des privilèges généraux entre eux ; du concours des privilèges spéciaux sur les meubles avec les privilèges généraux, et du classement des privilèges spéciaux.

200. La loi elle-même a fixé le rang des privilèges généraux et des privilèges spéciaux sur les meubles, et, au cas de conflit entre eux, elle donne la préférence aux premiers. Elle ne fournit que des indications partielles sur l'ordre respectif des privilèges particuliers sur les meubles, et ne précise nulle part l'ordre de prééminence entre les deux classes de privilèges mobiliers. Seulement, partout, dans ces décisions, la qualité de la créance détermine le rang qu'occupe le privilège, et entre plusieurs créances, dont la

date est différente, si la qualité est la même, les privilèges qui les garantissent sont placés sur la même ligne et s'exercent au marc le franc (art. 2095-2097).

201. Les privilèges généraux sur les meubles viennent dans l'ordre indiqué par le texte même du Code Napoléon (art. 2101). Cette disposition ne présenterait aucune difficulté, si les frais de justice, que tout le monde s'accorde à placer au premier rang, quel que soit le concours qu'ils aient à subir, n'avaient été mis en tête par cette raison seule, qu'ils ont profité à tous les créanciers (C. pr. art. 662). D'où il suit que la priorité absolue n'existe à leur égard que pour ceux qui ont été avancés dans l'intérêt commun des créanciers. Si donc, parmi les créanciers, il s'en trouve quelqu'un dont le privilège soit efficace, indépendamment des opérations nécessaires à la réalisation des droits de la masse, les frais de ces opérations ne doivent pas être prélevés sur le prix des objets affectés à son privilège. C'est ainsi que les frais faits pour opérer la distribution du prix provenant de la vente d'objets mobiliers, se trouvent colloqués sur ce prix dans un rang intermédiaire, toutes les fois qu'ils sont en collision avec la créance du locateur, qui les prime parce qu'ils lui ont été inutiles. Or, il est évident que cette exception, spécialement consacrée au profit du locateur, doit être étendue par identité de motifs à tous les privilèges fondés sur un nantissement exprès ou tacite.

202. Malgré cette décision, les plus grandes difficultés surgissent à propos du conflit des privilèges spéciaux et des privilèges généraux. Ces derniers, en effet, sont basés sur les plus puissantes considérations d'humanité et d'ordre public : assurer au débiteur malheureux une sépulture décente, lui donner pendant sa vie le crédit indispensable à

l'entretien de chaque jour, lui procurer, quand il est malade des soins et des remèdes, garantir aux personnes qui vivent de leur travail le paiement de leurs gages. Les autres à leur tour sont protégés par les nécessités du crédit, et, au point de vue juridique, par les avantages considérables que l'expérience même des siècles a attachés à la possession.

Il serait à coup sûr très-choquant qu'il fût permis à certains créanciers de prélever le paiement de ce qui leur est dû, sur les gages expressément stipulés par d'autres. Dans l'état actuel du crédit commercial et avec la facilité offerte aux débiteurs d'avoir leur fortune en portefeuille et de la soustraire à toute poursuite, les affaires, pour être en sécurité, n'ont d'autre moyen que de recourir aux garanties matérielles, au nantissement des valeurs au porteur, dont la circulation est si rapide, si périlleuse. Or, admettre sur des objets qu'un tiers tient dans sa main pour sûreté de sa créance, des droits occultes et dont il ne pourrait éviter les effets désastreux, quand même il en aurait connaissance, c'est attaquer par sa base toute espèce de crédit ; bien plus, c'est refuser justice à qui elle est due (*Sévin*).

203. D'ailleurs la spécialité des privilèges sur les meubles se rattache toujours à l'une ou l'autre de ces causes : mise ou conservation d'un objet dans le patrimoine du débiteur, nantissement exprès ou tacite d'une valeur quelconque. Or, le privilège accordé aux créanciers qui ont mis ou conservé dans les biens du débiteur l'objet mobilier sur lequel ils veulent se payer, est absolument de la même nature que celui dont jouissent les frais de justice. Si donc, les frais de justice l'emportent sur les autres privilèges généraux, il ne peut en être autrement du privilège du vendeur et de l'ouvrier, dont les créances ont une cause identique.

Veut-on se placer au point de vue des considérations d'humanité, il est certain que le privilège du bailleur, comme celui des laboureurs, des moissonneurs et des voituriers, n'a rien à craindre de la comparaison avec les privilèges généraux ordinaires. Est-il, en effet, moins nécessaire au débiteur d'être logé que d'être nourri ? Le sauvage seul des régions méridionales pourrait prétendre le contraire. Aussi quand on revient à l'examen des textes, la prééminence du privilège spécial du bailleur sur les frais de justice, et partant, sur le reste des privilèges généraux, ne saurait plus être douteuse. Voilà dès lors établi un cas où le privilège spécial obtient la primauté sur le privilège général. Or, si la cause des autres privilèges spéciaux, fondés comme celui du bailleur sur le nantissement, est aussi favorable, pourquoi ne leur ferait-on pas l'application de la même règle ? (*Mourlon*).

204. Pour s'y refuser, il faut prouver, ou bien que la cause des autres privilèges ne mérite plus la même faveur ou bien que la préférence ne dérive plus de la qualité du droit, mais de diverses considérations plus ou moins conformes à l'idée de justice et à la pensée de la loi. Or, nous l'avons déjà dit, Pigeau a démontré avec un rare bonheur que la spécialité du privilège n'est pas moins, mais plus favorable que la généralité. Ou plutôt le caractère de spécial ou de général dérive de la nature des choses et non du plus ou moins de faveur que mérite la créance ; il ne doit avoir par lui-même aucune influence sur le rang qu'elle doit occuper.

L'ordre d'énumération suivi par le code civil ne constitue pas davantage une hiérarchie de préférence ; car si l'on appliquait cette solution à l'ordre des articles, il faudrait forcément l'appliquer à l'ordre des numéros (art. 2102

et 2103), et la loi elle-même contredit cette interprétation dans presque tous les textes relatifs aux privilèges (art. 2095-2103). Enfin, la prééminence que la loi reconnaît aux privilèges généraux sur les privilèges spéciaux immobiliers, n'autorise à rien conclure sur leur concours avec les privilèges spéciaux mobiliers. La plupart des auteurs ont prouvé jusqu'à satiété que la situation est loin d'être la même ; et que la décision qui paraît juste d'un côté serait étrangement inique de l'autre.

205. Maintenant, si les propositions avancées sont exactes, ce n'est plus en opposant l'une à l'autre les deux classes de privilèges mobiliers, que leur rang sera déterminé ; c'est au principe même qui sert de base au classement qu'il faut recourir (art. 2096). Il faut prendre chaque créance individuellement, en apprécier la qualité, et juger par là du degré de faveur qu'elle mérite. Ce procédé n'aura rien d'arbitraire, car il ressort autant du texte que de la théorie historique de notre législation, et il harmonise d'une manière rationnelle tous les principes du droit (*Aubry et Rau*).

206. En conséquence, le privilège des frais de conservations, ayant une cause aussi favorable que celui des frais de justice, passera dans une faillite avant le reste des privilèges généraux. Ensuite les créanciers dont les droits reposent sur un gage exprès ou tacite, jouissent tous, à l'instar du gagiste, d'une possession plus ou moins complète des objets qui forment leur garantie. Cette possession jointe à la bonne foi les protège contre le droit de propriété lui-même (art. 2279). Elle doit à plus forte raison les garantir contre l'exercice de tout droit moins étendu et moins sacré que le droit de propriété, et, par conséquent contre tout privilège, quelle que soit sa nature. Et comme la connaissance qu'ont le bailleur et le gagiste des privilèges généraux qui

frappent les meubles garnissants ou les effets donnés en gage (art. 662, proc. art. 2073, cod. civil), ne les empêche pas d'exercer leurs droits à l'encontre de ces privilèges ; par la même raison cet état personnel ne portera aucun préjudice aux autres créanciers qui exerceront, comme eux, un privilège spécial.

207. Le même principe résout toutes les questions relatives au concours des privilèges spéciaux entre eux. En effet, aux termes formels de la loi, le locateur possède à titre de gage les meubles qui garnissent sa maison ou sa ferme. S'il a ignoré, au moment de leur arrivée, le privilège qui les grevait au profit du vendeur, sa possession, jointe à la bonne foi, lui assure la préférence. Au contraire, « s'il » a su qu'ils étaient affectés au vendeur non payé, sa possession n'étant plus corroborée par la bonne foi, ne constitue qu'un simple fait impuissant à détruire le droit préexistant du vendeur. D'où, en généralisant cette solution, la règle suivante : le privilège des créanciers nantis et de bonne foi prime tous les privilèges dont la chose était grevée quand elle a été constituée en gage. A l'inverse, les gagistes de mauvaise foi subissent tous les privilèges auxquels ils savaient la chose assujettie, quand elle leur a été remise en nantissement. » (*Mourlon*).

208. Placé entre le bailleur de l'immeuble et le créancier pour semences ou frais de récolte, la loi attribue la préférence à ces derniers dans tous les cas. Quelle que soit en effet la croyance du bailleur par rapport à l'existence de telles dettes, ses concurrents n'en ont pas moins contribué par leurs fournitures ou par leurs travaux à produire ou à conserver la valeur même qui lui sert de gage. De même entre le bailleur de l'immeuble et le créancier qui a vendu, réparé ou amélioré des ustensiles, c'est à ce dernier

qu'est donnée la priorité, sans distinguer si le bailleur a su ou non que les sommes dues à ces créanciers n'avaient pas été soldées. Mais cette décision exceptionnelle est uniquement basée sur les exigences de l'agriculture et de l'industrie et sur la raison que les ustensiles sont indispensables à la production et à la conservation des récoltes.

Elle doit être rapprochée de la précédente qui conduit à une seconde règle aussi générale que la première : « Le » créancier qui a mis ou conservé dans le patrimoine du » débiteur la chose qui sert actuellement de gage à d'autres » créanciers, doit être payé avant eux sur le prix de cette » chose. Mais, si cette chose, après avoir été mise ou conser- » vée dans le patrimoine du débiteur, a été par lui livrée en » gage exprès ou tacite à un possesseur de bonne foi, la pré- » férence appartient à ce dernier, car la cause du privilège » de son concurrent ne lui ayant jamais été d'aucune utilité » ne peut par cela même lui être opposée. » (*Mourlon*). Ces deux règles combinées s'appliquent à tous les cas de conflit, et n'ont pas besoin de plus ample commentaire.

C

209. L'ordonnance sur le commerce (mars 1673, art, 8) était ainsi conçue relativement aux privilèges : « N'entendons néanmoins déroger aux privilèges sur les meubles, ni aux privilèges et hypothèques sur les immeubles, qui seront conservés, sans que ceux qui auront privilège ou hypothèque puissent être tenus d'entrer en aucune composition, remise ou atermolement, à cause des sommes pour lesquelles ils auront privilège ou hypothèque. » Cette ordonnance dispensait donc les créanciers privilégiés de signer le contrat passé par la majorité avec le failli, et conservait tous leurs droits, qu'elle laissait sous l'empire de la loi commune ; les autori-

sant par cela même à contribuer à la remise faite par les autres, s'ils y trouvaient leur intérêt ; s'ils pouvaient justifier à l'époque de la délibération que leur privilège ou leur gage était insuffisant (*Merlin*).

210. Divers édits ou règlements antérieurs (1609, 1667), avaient déjà déclarés nuls tous transports, cessions, ventes et donations de biens meubles, faits en fraude des créanciers dans les dix jours qui précèdent la faillite ; mais ils n'avaient pas déterminé à quelles conditions ces actes pouvaient encourir la nullité. Une nouvelle déclaration intervint (1702) qui fit disparaître toute incertitude sur le caractère de ces prohibitions en les faisant opérer de plein droit. Elle décidait que les actes et obligations que les faillis passaient par devant notaires au profit de quelques-uns de leurs créanciers, ensemble les jugements qui seraient rendus contre eux ne conféraient aucune hypothèque ni préférence sur les créanciers chirographaires, si ces actes ou obligations n'étaient passés ou les sentences rendues dix jours au moins avant l'éclat de la faillite publiquement connu.

Au nombre de ces actes, nuls de plein droit, c'est-à-dire dont l'annulation ne dépendait que de leur nature et de la vérification de leur date sans laisser au juge quelque pouvoir discrétionnaire, était compris tout droit de nantissement constitué sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées, soit depuis la cessation des paiements soit dans les dix jours précédents. Mais, comme le fait observer Bravard, l'ancienne jurisprudence ne consacrait point la distinction contenue en germe dans les lois romaines, qui séparent le cas où la sûreté a été constituée après coup pour une dette préexistante et sans que le créancier fournisse un équivalent en retour de cette concession bénévole du failli, et l'espèce, évidemment tout autre, où le débiteur en con-

tractant avait donné une sûreté particulière à son créancier ; de sorte que cette sûreté était la condition intégrante et peut-être déterminante d'un contrat validé pour la partie principale, l'obligation, et annulé pour la clause accessoire, le gage.

211. D'autres édits remarquables (1716, 1721, 1739) obligent les créanciers sans distinction à produire leurs titres et pièces à l'examen des juges-consuls pour être vérifiés, à répondre en personne ou par mandataire aux objections que rencontraient leurs demandes, puis à affirmer que leurs créances leur sont légitimement dues et en entier, et qu'ils ne prêtent leur nom à aucune fraude du débiteur. Tous les créanciers, quelle que fût leur qualité, si privilégiés que fussent leurs titres, étaient soumis à ces formalités, et de nombreux monuments de jurisprudence attestent que la nature des dettes ne changeait rien à cette condition commune à tous ceux qui produisaient dans la faillite. (*Bravard*).

212. De nos jours, comme tous les créanciers ont pour gage les biens du débiteur, si ce gage périlicite entre ses mains, ils peuvent tous demander qu'on lui interdise l'administration et qu'on le mette en état de faillite, les créanciers nantis ou privilégiés comme les créanciers simplement chirographaires. Il pourrait arriver, en effet, que les fonds provenant de la vente de l'objet sur lequel porte le droit de préférence vinsent à manquer en tout ou en partie, et alors les privilégiés rentreraient dans la condition commune à tous les autres.

213. A partir du jugement déclaratif de faillite, la masse est en quelque sorte nantie de tout l'actif du débiteur ; aucune cause de préférence ne peut plus naître à son préjudice par acte du failli passé au profit d'un ou de plusieurs des membres qui la composent. La nature de chaque créance se

trouve irrévocablement fixée, et il n'est plus permis de maintenir que les privilèges attachés aux obligations, qui sont la charge légale des successions ou autres acquisitions postérieures à la déclaration de faillite.

214. Sitôt que le dessaisissement est prononcé, chaque créancier chirographaire perd le droit qui appartient à toute personne de poursuivre individuellement son débiteur. Seuls les créanciers qui se sont d'avance prémunis contre l'insolvabilité en ne contractant que sous la foi des garanties réelles, conservent le droit de pratiquer des saisies et de continuer les actes d'exécution commencés. Les rapports des privilégiés avec la chose qui est spécialement affectée à leur paiement ne sauraient être troublés ni altérés par la survenance de la faillite, sans qu'il en résultât un grand dommage pour la sécurité du commerce. Au contraire, ceux qui jouissent d'un privilège général doivent être exceptés de la faculté d'exercer des poursuites individuelles contre les syndics. La réalisation de leur gage qui frappe l'ensemble du patrimoine paralyserait souvent la gestion de la faillite (art. 443).

315. L'état de faillite proclamant comme vérité judiciaire l'anéantissement de la solvabilité et l'impossibilité du crédit enlève au débiteur le bénéfice du terme, qui n'est qu'un acte de confiance dans son crédit et dans sa solvabilité. Puis, comme tous les créanciers ont des droits égaux sur le patrimoine du failli désormais insuffisant pour remplir son passif, il s'ensuit que la cessation des paiements, dès qu'elle est déclarée par le juge, transforme chaque créance en droit à un dividende sur l'actif, et rend exigibles les dettes à terme non échues (art. 454 et 1188). Mais une différence profonde sépare cette exigibilité anticipée que nécessite seule la liquidation de la faillite et non l'idée de justice absolue, d'avec l'exigibilité ordinaire basée sur les principes généraux du

droit, et qui se produit lors de l'échéance naturelle de la dette (*Bravard.*)

D'abord, il est incontestable que la ruine du failli ne saurait être une cause légale de bénéfice pour un de ses créanciers, quel qu'il soit. Partant l'exigibilité qui résulte de la faillite, et non de l'échéance de la dette, ne peut mettre le créancier à terme dans une position plus avantageuse que celle qu'il aurait eu, si le débiteur avait continué ses paiements. Il est encore non moins certain que cette exigibilité n'existe qu'à cause de l'insolvabilité du failli, pour donner à tous les créanciers les mêmes moyens de conserver, de réaliser leurs droits. Il en résulte qu'elle est subordonnée à tout ce qui est la suite naturelle de l'insolvabilité, et par conséquent aux mesures générales prises par la loi dans l'intérêt commun, afin d'assurer à tout créancier le droit de prendre part aux opérations de la faillite et aux répartitions des dividendes.

216. En vertu de ces principes, l'exigibilité anticipée doit s'appliquer non seulement aux créances ordinaires, mais à celles qui sont garanties par un gage et un privilège. Si les créances privilégiées généralement sur tous les effets mobiliers ou particulièrement sur quelques meubles, n'étaient pas rendues exigibles, ceux à qui elles sont dues auraient droit d'arrêter pour leur sûreté la répartition des deniers, en s'opposant à la vente des choses affectées à leur paiement. Mais les principes mêmes sur lesquels cette exigibilité est fondée, démontrent qu'elle ne peut servir aux créanciers privilégiés pour provoquer la vente des meubles avant l'échéance conventionnelle de leurs droits, puis se payer immédiatement au préjudice de la masse chirographaire. Une raison de douter pourrait provenir de ce que le droit de préférence, attaché au gage et au privilège, a pour

corollaire dans la faillite la faculté de faire des actes d'exécution pour les sommes échues au jour du jugement déclaratif. Si l'exigibilité résultant de la faillite produit les mêmes effets que l'échéance ordinaire, elle donne, au créancier à terme privilégié, une action contre les syndics, afin de revendiquer à l'exclusion de la masse et par préférence la partie de l'actif nécessaire au paiement de ses droits à échoir. En d'autres termes plus expressifs, elle l'autorise à réclamer actuellement, sans avoir égard à l'intérêt de la masse, ce qu'il n'aurait pu toucher que plus tard, si le failli avait continué de faire face à ses affaires.

217. Réduite à ces termes, la question est résolue. En effet, introduite pour éviter une perte et non pour assurer un avantage au créancier à terme, subordonnée par essence même à la déclaration légale et aux résultats généraux de l'insolvabilité, l'exigibilité résultant de la faillite n'a plus un motif raisonnable d'application, quand elle est invoquée par un privilégié afin précisément de se placer en dehors de la condition commune à la masse. Puisque ce créancier jouit d'une sûreté réelle, puisque la masse en vertu de l'exigibilité anticipée ne peut disposer à son détriment du prix de son gage, la faillite, loin d'anéantir ses droits privilégiés, ne les met même pas en péril. Sans doute, malgré cette situation favorable, la loi lui réserve pour ses créances échues la faculté de procéder à l'expropriation après le jugement déclaratif ; mais c'est uniquement parce qu'étant privilégié, il reste à cause de cette qualité en dehors de la faillite et sous l'empire du droit commun. Cela étant, veut-il réaliser ses droits à échoir, il doit forcément pour atteindre ce but invoquer leur exigibilité anticipée, c'est-à-dire une règle qui ne concerne que les personnes comprises dans la faillite ou plutôt dans les mesures exceptionnelles prises

par la loi contre l'insolvabilité. Mais en invoquant cette règle, il se place dans la faillite, il renonce aux bénéfices du droit commun, il devient chirographaire et perd le droit d'exercer des poursuites individuelles après l'arrivée du terme convenu pour l'échéance de ses droits. Veut-il arguer de son privilège, il se maintient par cela même en dehors de la faillite, il réclame l'application du droit commun, il doit en subir les conséquences, et attendre le terme de sa créance pour saisir ou vendre son gage : car le droit commun lui impose cette obligation.]

218. Depuis quelques années la solution de cette difficulté a pris une importance particulière. En effet, par suite de l'extension inouïe du commerce et de l'augmentation de valeur qu'ont subie les loyers dans les grands centres de population, la créance du locateur a pris dans les faillites une étendue considérable. Dès lors les questions se sont soulevées en masse à propos des droits du créancier, surtout quand il s'est agi de leur appliquer l'exigibilité résultant de la faillite et la suspension des voies d'exécution.

Quant aux loyers échus, tribunaux et auteurs ont admis sans difficulté qu'en vertu de son privilège le locateur peut, malgré la faillite déclarée du locataire, poursuivre la saisie des meubles garnissant les lieux loués et se payer sur le prix. Mais, s'il exerçait ce droit sans ménagement, les conséquences pourraient en être funestes pour le failli et ses créanciers : car il interromprait l'exploitation du commerce de l'insolvable, et diminuerait la valeur du fonds en dispersant l'échafaudage. Pour tout concilier, la loi commerciale a suspendu pendant trente jours les voies d'exécution qui lui sont accordées, tout en lui permettant de faire les actes conservatoires de ses droits, par exemple, d'empêcher qu'on

ne dégarnisse l'immeuble loué. Cette suspension ne s'applique d'ailleurs qu'aux poursuites que le locateur voudrait exercer sur les effets nécessaires à l'exploitation du fonds ; elle ne concerne pas les autres ; elle ne comprend même pas les objets précités, quand le bail est expiré.

219. Quant aux loyers à échoir, on discute tout, même la nature de la créance du locateur. Cependant, si l'on observe attentivement et la théorie rationnelle du droit et même l'autorité historique (Ulpien, Pothier,) (19-16 D. 19-2) (16 D. 12-6), on reste convaincu avec M. Desjardins, avec M. Demolombe que la créance du bailleur pour ses loyers à échoir n'est ni suspensivement conditionnelle, ni future et successive, mais bien actuelle, et soumise seulement, comme toutes les créances qui résultent d'un contrat synallagmatique, à la condition résolutoire tacite pour le cas où l'une des parties ne satisfait point à ses engagements.

De ce que la créance des loyers a pour cause la jouissance de l'immeuble loué, et qu'il peut arriver que la perte de la chose vienne enlever au preneur son droit à la jouissance comme au bailleur son droit aux loyers, il ne s'ensuit pas que les obligations résultant du bail soient conditionnelles ou futures. C'est tout le contraire. Une fois que le bail est contracté, l'engagement pris par l'une des parties continue bien d'être la cause de l'engagement pris par l'autre, en ce sens que si l'une d'elles n'exécute pas ses obligations, l'autre ne sera pas tenue d'accomplir les siennes et pourra demander la résolution. Mais toutes les deux n'en sont pas moins liées dès à présent, et, tant que l'exécution du contrat sera possible, le maintien en est assuré par la loi à celle qui voudra remplir ses devoirs.

La créance du locateur a donc une existence actuelle, certaine, définitive quant aux parties, soumise, il est vrai,

aux éventualités de l'avenir quant à la possibilité de jouir de l'immeuble loué, mais indépendante de la volonté unilatérale de l'un quelconque des contractans, tant que la jouissance reste possible. La seule modalité qui l'affecte, c'est le terme accordé au preneur pour le paiement de ses loyers, et encore le terme n'est pas lui-même essentiel à sa validité, puisque les parties peuvent convenir que les loyers seront payés d'avance. Enfin dans la matière qui nous occupe la loi attache un privilège à tout ce qui est à échoir comme à tout ce qui est échu, quand les baux sont authentiques. Comment justifier cette disposition, si la créance du bailleur n'avait aucune existence certaine, si elle ne constituait qu'une simple espérance dépourvue de caractère légal ? (*Desjardins*).

220. Du moment où l'obligation du locataire est à terme, le jugement déclaratif de faillite la rend exigible contre lui. Mais, dit Mourlon, cela est impossible ! puisque le locateur ne peut pas immédiatement exécuter toute son obligation, il ne peut pas recevoir le paiement anticipé d'une prestation qu'il doit encore fournir et qu'il ne fournira peut-être jamais. D'abord, si les parties étaient convenues que les loyers seraient payés d'avance, cela serait parfaitement possible. Puis, en l'absence d'une pareille clause, l'obligation du locataire une fois formée est entièrement indépendante de celle du locateur. La nature des choses exige que le premier ou ses représentants exécutent, parce que la faillite entraîne par voie de conséquence le paiement anticipé ; elle empêche le second de remplir immédiatement toute l'obligation correspondante : que faut-il en conclure ? que la masse ne doit s'en prendre qu'à la nature des choses ! (*Desjardins*).

221. Mais, si l'on ne peut écarter les conséquences de l'exigibilité par des raisons tirées du prétendu caractère conditionnel ou futur de la créance du bailleur, faut-il ici

l'appliquer à la lettre et sans faire aucune distinction ? Pareille décision nous semble inique et illégale. Que l'exigibilité anticipée des dettes du failli autorise le bailleur à prendre sans escompte et par préférence à la masse le montant de ses loyers à échoir sur le prix des objets mobiliers garnissant les lieux loués, lorsqu'ils sont vendus à la requête des syndics, nous l'admettons volontiers. Mais nous ne pouvons comprendre, qu'elle lui donne le droit de poursuivre la vente des choses qui forment son gage, pour toucher dès à présent le montant d'une créance qui n'est pas échue. Loin de conduire à une solution aussi désastreuse et aussi exorbitante pour la masse, l'exigibilité anticipée arrête au contraire l'exercice du privilège, quand les syndics offrent un paiement exact et complet des loyers à mesure des échéances, ou qu'un traité de concordat, laissant le mobilier ordinaire dans les lieux, remet le failli à la tête de son commerce. (*Desjardins, Demolombe*).

Malheureusement les prétentions opposées du bailleur ont été favorablement accueillies par la jurisprudence et en peu de temps plusieurs arrêts les ont consacrées. Une grande clameur s'est aussitôt élevée dans le monde commercial pour demander une réforme législative. Mais, avant d'en appeler au législateur, ne convenait-il pas d'examiner, à l'exemple de la cour de Cassation (4 juin 1860), si notre droit actuel n'a pas réellement établi entre les intérêts du bailleur et ceux des créanciers chirographaires du locataire failli un juste et raisonnable équilibre, et si ce n'est pas par suite d'une interprétation erronée qu'on l'a accusé de n'avoir pas su concilier ces deux intérêts rivaux. MM. Desjardins et Demolombe ont démontré que la loi telle qu'elle est, pourvu qu'on n'en fasse pas une fausse application, suffit aux besoins généraux, et que favorable au bailleur, elle n'en-

courage point les prétentions exagérées qu'il a mises en avant.

222. Par suite de l'exigibilité et de la conversion des créances en dividendes, le cours des intérêts est suspendu à l'égard de la masse à partir du jugement déclaratif. Mais comme la faillite ne porte aucune atteinte à la garantie spéciale résultant des privilèges ou nantissements, le créancier porteur de titres de cette nature conserve ses droits aux intérêts sur les sommes provenant de la vente de son gage. Sur les autres biens, il doit venir en concours ordinaire, et la jurisprudence l'assimile de tout point au chirographaire (art. 445).

223. Nous venons de nous occuper des effets de la faillite pour l'époque qui suit le jugement déclaratif. Il nous faut encore étudier ses effets pour le temps antérieur à ce jugement. Le principe général, qui règle cette situation, peut se formuler en ces termes : Tous les actes passés depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle de la cessation de paiements ou dans les dix jours précédents, peuvent être nuls relativement à la masse, soit comme faisant fraude aux droits des créanciers soit comme rompant leur égalité juridique. La fraude peut résulter suivant les cas soit de la seule intention de rompre cette égalité soit de la connaissance de la cessation de paiements (*Dufour, à son cours*).

224. Parmi les actes que la loi déclare nuls (art. 446) par cela seul qu'ils sont postérieurs à la cessation des paiements ou qu'ils ne l'ont pas précédée de plus de dix jours se trouvent les droits de gage constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieurement contractées. Quand un créancier prête ses capitaux sans exiger de sûreté réelle, et qu'il vient ensuite en réclamer une dans un temps voisin de

la faillite, il est à présumer qu'il a voulu induire la masse en erreur par son retard ou s'assurer une position meilleure, quand la catastrophe était inévitable. Quel que soit le motif de sa conduite, ni sa fraude ni sa négligence ne sauraient lui profiter.

Pour que la nullité de plein droit soit inapplicable sous le rapport du temps, il suffit que l'acte constitutif de gage ait acquis date opposable aux tiers dix jours au moins avant la cessation de paiements, si l'objet remis est un meuble corporel. Mais s'il y a transport de créance donnée en garantie, il faut de toute nécessité que la signification du transport ait été faite au débiteur dans ces mêmes dix jours. Pardessus valide au contraire toute signification faite antérieurement au jugement déclaratif. La masse, dit-il, représente le failli qui ne s'est dessaisi au profit de cette masse que de l'actif dont il était réellement propriétaire. Or il n'est plus propriétaire de la créance cédée, puisqu'à l'égard du cédant la remise du titre saisit le cessionnaire ; la masse est donc tenue de respecter un acte que le failli ne saurait attaquer. La jurisprudence réplique avec raison que la qualité de représentant du failli n'absorbe pas la qualité de tiers-créancier ; que la masse tout en représentant le failli, dont elle exerce les droits, ne perd pas ceux qui lui sont propres. Aussi le jugement déclaratif, venant ôter au failli le droit de disposer de ses biens et en saisir ses créanciers, rend-il de tout point impossible la saisine du cessionnaire (*Renouard*).

225. La loi affranchit de la nullité de plein droit les constitutions de gage établies en même temps que la dette principale et formant avec elle un tout indivisible, et aussi les privilèges, qui, dérivant uniquement de la qualité de la créance, prennent naissance avec elle, en restent inséparables et en suivent le sort. Dans tous les cas, le fonds du droit

peut être contesté, annulé, restreint dans ses effets conformément aux principes généraux. Mais, si le droit principal est reconnu valable, il jouira toujours quand même de la sûreté que lui confère la loi ou une convention non frauduleuse.

226. Enfin, toutes les constitutions de gage, opérées par le failli dans l'intervalle qui sépare la cessation de paiements du jugement déclaratif, peuvent être annulées si le juge les trouve préjudiciables à la masse. En général, les créanciers doivent établir que l'acte attaqué leur porte préjudice, et que le tiers lors du contrat connaissait la cessation de paiements. Ces deux points établis, il reste encore au tribunal un pouvoir discrétionnaire pour apprécier si le tiers qui connaissait l'état réel du failli, a pu agir de bonne foi. Mais, si le tribunal le veut, la connaissance de la cessation de paiements suffit seule pour constituer ce tiers de mauvaise foi (art. 447).

227. Si l'on envisage les motifs qui font pratiquer en matière commerciale l'usage de la vérification et de l'affirmation des créances, il semble hors de doute que pour conserver leurs droits et même les avantages attachés à leurs titres, les créanciers privilégiés sont astreints, autant au moins que les chirographaires, à remplir ces formalités. D'abord la masse s'appauvrissant de tout ce qu'ils prélèvent, est plus intéressée à la sincérité de leurs créances qu'à celles des autres. Puis la préférence qu'ils réclament ne confère aucun caractère de certitude ni à l'existence, ni à la nature ni à la qualité de leurs droits ; et la faculté qu'ils ont d'exercer des poursuites individuelles ne saurait les affranchir du contrôle des autres, puisque ce contrôle peut s'exercer après comme avant ces poursuites.

228. De même, lorsque la masse procède à un concor-

dat, les créanciers privilégiés ou nantis doivent être appelés à l'assemblée. Car, s'ils manifestent la volonté de rentrer sous l'empire de la règle commune, rien ne s'oppose à ce qu'ils figurent dans les délibérations. Pour peu même qu'ils prennent part à la formation et au vote du concordat, ils encourent déchéance irrévocable de leurs privilèges et rien ne peut plus les relever de cette déchéance ni l'annulation ni l'inexistence plus tard reconnue de l'arrangement que la masse a tenté. Cette disposition est de la plus haute utilité ; elle touche en quelque sorte à l'ordre public. Du moment où quelque privilège les met à l'abri du sacrifice qui sera consenti par la masse, ils n'ont plus droit de concourir à imposer aux autres ce sacrifice. Par cela seul qu'ils interviennent, ils adoptent la condition commune, ils prennent à leur charge les intérêts de tous et courent les mêmes risque.

Toutefois, si un créancier avait en même temps deux créances, d'ont l'une serait privilégiée et l'autre simplement chirographaire, il pourrait évidemment, pour cette dernière, participer au concordat, puisque sa position est identique à celle des autres. Cette décision a fourni à Bravard un moyen ingénieux de concilier l'intérêt de la masse et celui du créancier privilégié dont le gage ne suffit pas à lui procurer un paiement intégral. Cet auteur permet au créancier privilégié de renoncer à son privilège pour une partie seulement de sa créance, et de prendre part au concordat pour cette partie en qualité de chirographaire. La pratique paraît adopter cette doctrine, dont personne ne saurait légitimement se plaindre. (*Alauzet*).

229. Les créanciers privilégiés conservent malgré le concordat jusqu'à l'union leur droit de poursuite sur l'objet qui leur sert de garantie. Ayant intérêt à la bonne administration de la faillite, ils sont admis à contrôler la gestion des

syndics. Ils font partie de l'union sans y perdre leur droit de préférence ; mais ils n'ont plus depuis ce moment d'action individuelle contre la faillite que pour faire reconnaître leurs privilèges. Ils ont droit d'être payés sur les valeurs spécialement affectées à leurs créances, et sur tout ce qui provient de leur vente sans attendre les répartitions générales. Lorsqu'ils ont des intérêts contraires à ceux de la masse, ils ne sont point représentés par le syndicat, et ils peuvent surtout former opposition aux jugements rendus contre lui. (*Rivière*).

230. En droit français de même qu'en droit romain, les privilèges s'éteignent par la disparition de l'obligation principale et par la prescription de l'action personnelle, à laquelle ils ne peuvent jamais survivre. Ils s'éteignent encore, indépendamment du droit principal, par la perte totale de la chose grevée, par la résolution du droit de propriété sur lequel ils sont fondés, en dernier lieu par la renonciation du créancier. Cette renonciation peut être expresse ou tacite ; elle n'est soumise à aucune formalité spéciale ; et son efficacité reste indépendante de l'acceptation de ceux auxquels elle doit profiter. C'est une question de fait de savoir quelles personnes sont admises à se prévaloir d'une pareille renonciation.

Les créanciers privilégiés sur la généralité des meubles, l'étant également d'une manière subsidiaire sur la généralité des immeubles, il en résulte que le possesseur d'un titre semblable, qui aurait commis par fraude ou négligence de se présenter à la distribution du prix des meubles, se trouverait déchu de son recours sur la masse immobilière dans la proportion de ce qu'il aurait pu obtenir dans la distribution mobilière. (*Aubry et Rau*).

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

1. Le droit de rétention est opposable aux créanciers du propriétaire débiteur. — 2. Le mandataire et le voiturier libres possédaient ce droit. — 3. L'hypothèque garantissant une créance qui a procuré la conservation de la chose hypothéquée, est toujours privilégiée sur cette chose. — 4. En dehors des cas exceptionnels énumérés dans les textes, la créance qui a procuré la conservation d'une chose, n'est privilégiée qu'autant que le créancier s'est fait auparavant concéder une hypothèque sur cette chose. — 5. L'aubergiste devait avoir une hypothèque tacite sur les effets du voyageur transportés dans son auberge. — 6. En principe le privilège attaché à une créance chirographaire n'a pas d'effet contre les créanciers hypothécaires. — 7. Le privilège est soumis au pacte de remise que font les créanciers avec l'héritier d'une succession insolvable. — 8. Le créancier antérieur en rang peut avoir intérêt à exercer le *jus offerendæ pecuniæ*.

DROIT CIVIL FRANÇAIS.

1. Les étrangers jouissent de tous les droits civils que la loi ne leur ôte point. — 2. La parenté naturelle de quelque manière qu'elle soit établie, fait obstacle au mariage. — 3. Le mariage est annulable pour cause d'erreur sur les qualités constitutives de la personnalité au point de vue du mariage. — 4. La revendication du vendeur d'effets mobiliers non payés n'est que la reprise du droit de rétention. — 5. Le nantissement des titres au porteur s'opère à l'égard des tiers par la simple tradition.

DROIT COUTUMIER.

1. Le droit druidique fut entièrement détruit par la conquête romaine. — 2. Le Papien n'est autre chose que la loi romaine des Bourguignons. — 3. A l'origine la dot germanique est entièrement distincte du morgengabe. — 4. L'origine de la saisine héréditaire se rattache à la garantie collective et solidaire qui liait tous les membres de la famille germanique. — 5. La communauté légale provient de la confusion des biens par la mainbournie entre roturiers.

DROIT COMMERCIAL.

1. Ce qui distingue la commission et le mandat, c'est le caractère commercial ou civil de l'opération confié à l'agent inter-

médiaire. — 2. L'endossement de la lettre de voiture irrégulière, faute d'énonciation de la valeur fournie, transfère valable nantissement au commissionnaire. — 3. L'art. 347 du code de commerce est injustifiable dans presque toutes ses dispositions en fait et en droit. — 4. La faillite rend exigible la créance des loyers à échoir, parce que cette créance a une existence actuelle, naturellement affectée d'un terme.

DROIT ADMINISTRATIF.

1. Les ministres sont en matière administrative les juges ordinaires et de droit commun. — 2. Toute question ou le contribuable refuse l'impôt comme illégal ou illégalement perçu appartient aux tribunaux judiciaires. — 3. Les travaux communaux ne peuvent être assimilés aux travaux nationaux sous le rapport de la compétence. — 4. L'indemnité due aux particuliers à cause de travaux d'ouverture et de redressement des chemins vicinaux, ne doit point être réglée par l'autorité administrative.

DROIT CRIMINEL.

1. Le condamné à une peine qui emporte l'interdiction légale est pendant toute la durée de sa peine incapable des actes de la vie civile, qui ont pour objet l'aliénation ou l'administration de ses biens. — 2. La nullité des actes faits par l'interdit légalement est opposable et par l'interdit et par les tiers. — 3. La solidarité pour les amendes, lorsqu'il y a unité d'infraction et de jugement, n'est pas une exception au principe de la personnalité des peines. — 4. La grâce ne peut point avoir pour objet la dégradation civique et l'interdiction légale, en tant du moins que ces deux peines ne sont qu'accessoires.

PROCÉDURE CIVILE.

1. Si le saisi a fait des réparations à l'immeuble depuis qu'il le possède comme séquestre judiciaire, il ne peut en défalquer le montant sur les fruits qu'il a perçus. — 2. La mention prescrite par l'art. 693 (pr. civ.) ne rend point la saisie commune aux créanciers qui se sont inscrits postérieurement. — 3. La femme, non autorisée par son mari ou même autorisée quand il s'agit de sa dot, est incapable de compromettre. — 4. La déclaration d'un seul des arbitres ne suffit pas pour prouver le partage, qui nécessite la nomination d'un tiers arbitre.

TABLE

ET PLAN GÉNÉRAL DE LA THÈSE.

TITRE. — Dissertation sur les privilèges mobiliers principalement admis en matière commerciale et sur les garanties correspondantes qui les remplaçaient dans la législation romaine et dans la jurisprudence coutumière. (Le droit maritime et le droit fiscal exceptés).

DROIT ROMAIN.

CHAPITRE PREMIER. — Idées générales sur l'origine et le développement des droits de suite et de préférence relativement à nos privilèges mobiliers et à notre droit commercial	1-26
Sanction des obligations	numéros 1
L'exécution sur la personne	2-5
L'exécution sur les choses : origine et développement des droits de suite et de préférence	5-12
Sûretés réelles sur les meubles : la fiducia, le pignus, l'hypotheca, la retentio, le privilegium	12-24
Situation de la propriété mobilière et du commerce dans l'empire romain	24-26
CHAPITRE SECOND ; — Principes de la législation romaine applicables aux situations diverses, que règlent nos principaux privilèges mobiliers	26-63
Section A — Privilegia causæ, actiones personales	26-33
Section B — Hypothèque tacite du locateur	33-37
APPENDICE : — Hypothèque tacite de l'aubergiste	37-39
Section C — Droit de gage et d'hypothèque	39-47
Section D — Cas divers d'hypothèques privilégiées attachées à la qualité des créances	47-52
APPENDICE : — Garanties des frais de récoltes, des fournitures d'ustensiles et des frais de voiture	52-55
Section E — Règles de la préposition maritime et terrestre; sûretés des avances du préposé	55-60
Section F — Garanties du vendeur de meubles non payés	60-63
CHAPITRE TROISIÈME : — Concours des créanciers qui jouissent d'une cause de préférence; transmission et extinction de leurs droits accessoires sur les meubles	63-84

Section A — Droit de rétention	63
Section B — Transmission et conflit des privilegia causæ	64-69
Section C — Transmission et conflit des droits de gage et d'hypothèque sur les meubles	77-84

DROIT FRANÇAIS ANCIEN ET MODERNE.

CHAPITRE QUATRIÈME : Notions sur l'origine et la nature de nos privilèges mobiliers ; développement de nos privilèges généraux	84-109
Section A — Historique de nos droits de suite et de préférence sur les meubles ; situation de la propriété mobilière dans la société française	84-92
Section B — Développement des privilèges généraux	92-109
CHAPITRE CINQUIÈME : Développement des privilèges spéciaux sur les meubles principalement admis en matière commerciale	109-191
Section A — Créances locatives	109-134
Section B — Frais de semences, de récolte, etc	134-137
Section C — Préférence sur l'objet donné en gage	137-158
Section D — Créances du commissionnaire	158-168
Section E — Frais de conservation	168-172
Section F — Fournitures de l'aubergiste	172-176
Section G — Créances du voiturier	176-179
Section H — Revendication du vendeur de meubles non payés	179-189
Section I Droits du porteur de la lettre de change sur la provision	189-191
CHAPITRE SIXIÈME : — Transmission, classement, effets généraux dans la faillite et modes d'extinction des principaux privilèges mobiliers	191-230
Section A — Transmission	191-193
Section B — Principes du classement	193-209
Section C — Nullités des privilèges dans la faillite, leurs effets généraux, exigibilité anticipée, droits du locateur, critique de la jurisprudence, modes d'extinction	209-230

COMMISSION D'EXAMEN :

Président : M. MOLINIER.

Suffragants : MM. GINOULHIAC,

HUMBERT,

POUBELLE,

ARNAULT.

Vu par le président de la thèse,

V. MOLINIER.

Vu, le Doyen de la Faculté,
DUFOUR.

Vu et permis d'imprimer,

Le Recteur,

ROUSTAN.

*Cette thèse sera soutenue en séance publique, dans
une des salles de la Faculté de Droit de Toulouse, le
5 août 1869.*

NOTA. — Les visas exigés par les règlements sont une garantie des principes et des opinions relatives à la religion, à l'ordre public et aux bonnes mœurs (statut du 9 avril 1825, art. 41) ; mais non des opinions purement juridiques, dont la responsabilité est laissée aux candidats. — Le candidat doit répondre aux questions qui lui sont faites sur les autres matières de l'enseignement.

