

CHAPITRE II.

DU GAGE.

SECTION PREMIÈRE.

DE LA NATURE ET DE LA FORMATION DU CONTRAT DE GAGE.

Art. 97. Dans la langue du droit et aussi dans l'usage pratique, le mot "gage" se prend dans deux sens : le gage est *la chose* remise au créancier comme sûreté ou garantie de sa créance ; c'est aussi *le contrat* par lequel la chose est ainsi affectée spécialement. C'est ce second sens que notre article emploie pour la définition.

On pourrait s'étonner que la loi ne fasse pas mention du testament, comme pouvant constituer un droit de gage ; on sait, en effet, que le testament, autant que les contrats, peut servir à constituer les droits réels, et on verra même qu'il peut servir à constituer l'hypothèque.

Mais le testament serait ici insuffisant : l'article 102 va dire que le gage n'est valable qu'autant que le créancier gagiste est mis en possession de la chose affectée à sa garantie ; or, le testament peut bien donner un droit, qui est une abstraction, mais non la possession qui est surtout un fait. Toutefois, le testament par lequel un débiteur lèguerait à son créancier un droit de gage ne serait pas sans effet : il obligerait l'héritier à livrer le gage, en exécution d'une obligation *de faire* à lui imposée par le testateur.

Le texte de notre article ne fait pas entrer dans la définition du contrat de gage la *remise* de la chose aux mains du créancier : cette condition étant plutôt fondée sur une raison de droit qu'elle ne résulte de la nature des choses, il a paru préférable de lui donner plus de relief dans un article spécial. Il suffit que la définition nous dise qu'il y a "affectation spéciale d'une chose à la garantie de l'obligation." Comment se fait cette affectation ? C'est une idée secondaire. La définition pourrait ainsi s'appliquer à un gage purement conventionnel, s'il était permis, soit en règle, soit par exception.

La définition, au contraire, ne manque pas de mentionner que le gage ne s'applique qu'aux choses "mobilières ;" c'est en cela qu'il diffère du nantissement immobilier ou hypothécaire objet du Chapitre suivant.

Notre premier article suppose que le gage est fourni par le débiteur lui-même : c'est ce qui arrivera le plus souvent ; mais l'article suivant va supposer que le gage est fourni par un tiers.

Art. 98. Du moment qu'un tiers peut garantir la dette d'autrui par un cautionnement, engagement personnel, il est naturel qu'il puisse aussi, et à plus forte raison, fournir la sûreté réelle pour le compte du débiteur : il peut le faire par suite d'un mandat de celui-ci, ou spontanément, comme gérant d'affaires. Cette distinction entre les deux causes qui ont amené le tiers à rendre ce bon office influe sur l'étendue du recours de la "caution réelle," comme il a influé sur le recours de la caution personnelle ; de là, le renvoi aux articles 30 et suivants.

Art. 99. Le gage conférant au créancier un droit réel qui peut éventuellement amener l'aliénation de la chose, il est clair que celui que le constitue doit avoir

la capacité de disposer de l'objet donné en nantissement.

La loi ne commence pas par exiger que le constituant soit propriétaire de l'objet, parce que cette condition n'est pas toujours nécessaire, certains administrateurs pouvant donner en gage les objets qu'ils administrent, ainsi que le permet le 2^e alinéa de notre article. Mais il faut la capacité d'aliéner et tout propriétaire ne l'a pas, encore moins tout administrateur ; seulement, il suffit, en général, de la capacité d'aliéner à titre onéreux : il n'est pas nécessaire de pouvoir aliéner à titre gratuit ; ainsi un mineur émancipé pourrait donner sa chose en gage pour une obligation rentrant dans sa capacité ; de même, un tuteur pourrait donner en gage un objet mobilier de son pupille, pour la garantie d'une dette valable de celui-ci.

Par exception, il faut la capacité d'aliéner à titre gratuit ; c'est lorsque le gage est constitué pour le débiteur par un tiers non intéressé : dans ce cas, il faut que le constituant soit capable de disposer à titre gratuit, non-seulement en général et vis-à-vis de tout le monde, mais aussi spécialement et relativement au débiteur auquel il rend un service gratuit ; c'est un principe déjà posé pour le cautionnement personnel, par l'article 12 auquel notre article renvoie.

Art. 100. La loi arrive, avec cet article et les quatre suivants, aux conditions requises pour la validité du gage et ces conditions sont établies dans l'intérêt des tiers. Ces tiers sont de deux sortes : 1^o ceux qui ont traité avec le débiteur (ou avec celui qui a constitué le gage pour le débiteur), au sujet du même objet : par exemple, comme acheteurs ou comme créanciers gagistes ; 2^o ceux qui sont créanciers du même débiteur, sans gage, ou créanciers chirographaires ; le tout, sans distinguer si les uns ou les autres ont contracté avec le débiteur avant ou après la constitution du gage pui

nous occupe.

Les conditions qui vont suivre ont pour but, les unes (celles de notre article) de prévenir certaines fraudes qui tendraient à favoriser un créancier au préjudice des autres intéressés, les autres (art. 101 à 103) de donner au gage une sorte de publicité qui prévient les tiers du droit qui leur sera opposable.

Notre article exige pour la validité du gage à l'égard des tiers la rédaction d'un acte écrit, sauf l'exception portée à l'article suivant.

L'acte doit désigner exactement la créance, afin qu'au moment de la vente du gage et de l'application du prix au paiement, le créancier ne se fasse pas attribuer plus qu'il ne lui est dû, d'accord avec le débiteur et sauf à partager avec lui le produit de la fraude commise contre les autres créanciers.

L'acte doit encore désigner exactement les objets donnés en gage, afin que le débiteur ne puisse pas, d'accord avec le créancier, substituer aux objets donnés primitivement des objets d'une plus grande valeur.

La loi précise assez, à cet égard, la manière de désigner les objets pour qu'il ne soit pas nécessaire d'y insister ici.

Art. 101. L'écrit dont il s'agit à l'article précédent n'est pas exigé pour la solennité, mais seulement pour la preuve; il est donc naturel que la preuve testimoniale soit admise en cette matière, conformément au droit commun.

La loi admet cette preuve jusqu'à concurrence de cinquante *yens* (Liv. des *preuves*, art. 60).

Le texte a soin de préciser que c'est la "créance" qui doit pouvoir être prouvée par témoins, pour que la preuve testimoniale puisse à son tour être employée pour établir la constitution du gage et son objet. Si donc la créance dépasse 50 *yens*, il ne sera pas possible

de prouver le gage par témoins, lors même que la valeur n'en dépasserait pas ce chiffre ; cette preuve, en effet, serait sans utilité pour le créancier, puisque son droit principal ne serait pas établi. Mais si la créance n'excède pas 50 *yens*, le gage pourra être prouvé par témoins, lors même que la valeur en excéderait 50 *yens*, parce que, lors même qu'on arriverait à le vendre, il n'en serait toujours prélevé que 50 *yens* pour désintéresser le créancier.

Le texte nous dit que, dans ce cas, il pourra n'y avoir qu'un seul témoignage, aussi bien qu'il pourra y en avoir deux, pour prouver le créance et le gage ; c'est dire qu'il pourra y avoir des témoins différents pour les deux faits.

Un cas pourrait faire difficulté, mais la loi ne le traite pas, parce qu'il ferait trop entrer dans la matière des preuves, c'est celui où l'on se trouverait dans un des cas exceptionnels où la preuve testimoniale est admissible, même pour une créance de plus de 50 *yens* ; par exemple, parce qu'il a été impossible au créancier de se procurer une preuve écrite (v. art. 69). Pourrait-on, dans ce cas, prouver également la constitution du gage, à quelque valeur qu'il monte ?

La réponse demande une distinction : si la constitution du gage a été concomitante à la naissance de la créance, la même impossibilité d'en dresser une preuve écrite ayant eu lieu, la même faculté de le prouver par témoins appartiendra au créancier ; mais si le gage n'a été constitué que plus tard et que l'impossibilité de rédiger un écrit n'ait plus existé, on ne pourrait pas prouver le gage par témoins, à moins qu'il ne fût resté lui-même dans la limite de 50 *yens* en valeur.

Art. 102. Nous arrivons à la condition la plus importante pour la validité du gage à l'égard des tiers : à savoir, la remise de la possession effective de la

chose aux mains du créancier. C'est cette possession qui donne au gage le caractère de "nantissement" et qui fait donner au contrat la qualification de *réel*, comme l'ont déjà le prêt de consommation, le prêt à usage et le dépôt, avec cette différence pourtant que, dans ces trois contrats, c'est la nature des choses qui exige cette tradition, tandis qu'ici c'est une raison de droit et d'utilité, le besoin d'une sorte de publicité.

En effet, les deux prêts n'auraient aucune utilité pour l'emprunteur, si la chose prêtée n'était mise à sa disposition, et le dépôt ne serait d'aucune utilité pour le déposant, si le dépositaire ne recevait la possession et la garde de la chose déposée. Au contraire, on comprendrait très-bien que le gage fût utile au créancier sans lui être livré : le créancier pourrait avoir le droit de faire déclarer nulles à son égard des aliénations de l'objet faites par le débiteur, et aussi de se faire attribuer la valeur du gage, par préférence aux autres créanciers ; cette situation est si bien compréhensible qu'elle était, à Rome, celle du créancier ayant hypothèque sur un meuble ou sur un immeuble, et qu'elle est encore aujourd'hui, peut-être partout, celle du créancier ayant hypothèque sur un immeuble.

Mais en même temps qu'on reconnaît la possibilité de tels avantages pour le créancier, sans la tradition de la chose, on voit aussi combien elle serait dangereuse pour les tiers. Lorsqu'il s'agit d'hypothèque sur les immeubles, il a été possible d'en organiser une publicité suffisante pour que les tiers ne s'exposassent pas à des évictions, en acquérant des biens hypothéqués à leur insu, ou ne devinssent pas créanciers d'un débiteur dont les immeubles seraient déjà grevés pour tout ou partie de leur valeur. Mais une semblable publicité ne pouvait être organisée pour le gage des meubles qui n'ont pas de situation fixe. C'est donc dans le même but, mais par un autre moyen, qu'on a imaginé de révéler

aux tiers intéressés l'affectation d'un meuble à l'acquittement d'une obligation.

Le gage sera livré au créancier gagiste ; et comme le débiteur, lors même qu'il l'aliénerait, ne pourra le livrer à son acheteur ou donataire, celui-ci ne pourra invoquer contre le créancier gagiste la prescription instantanée ; c'est, au contraire, le créancier gagiste qui, joignant à un droit réel mobilier la possession effective, sera préféré à l'acquéreur (voy. Liv. des *Biens*, art. 34). De même, la possession du créancier gagiste empêchera que les autres créanciers ne considèrent l'objet donné en gage spécial comme faisant encore partie du gage commun (v. art. 1^{er}, ci-dessus).

Voilà comment on peut dire que la remise de la chose en nantissement, aux mains du créancier, est une sorte de publicité du gage : c'est la plus pratique, en même temps que la moins coûteuse.

La possession du créancier n'est pas seulement la condition de la constitution originaire du gage, elle est aussi la condition de sa conservation : il faut que le gage reste en sa possession "réelle et continue ;" autrement, la sécurité des tiers serait compromise. Le gage cesse donc lorsque le créancier a laissé la chose rentrer dans les mains du débiteur ou de son représentant et, de cette façon, on peut dire que la rétention du gage n'est pas seulement, comme le dira l'article 110, un droit pour le créancier gagiste, mais qu'elle est aussi pour lui un devoir.

La possession doit être réelle ou effective ; il ne serait donc pas permis qu'elle fût laissée au débiteur par un constitut possessoire, comme on pourrait laisser la chose vendue aux mains du vendeur ; elle ne pourrait pas davantage lui être laissée à titre de louage, de dépôt ou de prêt à usage : les dangers, les fraudes que la loi veut prévenir se retrouveraient possibles dans une telle situation. L'article 106 défendra au créancier de

louer la chose à un tiers, sauf un tempérament.

Ce qui est permis c'est que la chose soit remise ou déposée aux mains d'un tiers choisi par les deux parties d'accord, ou par le créancier seul, sous sa responsabilité. Quelquefois, ce sera le débiteur qui, peu confiant dans la vigilance ou l'honnêteté du créancier, exigera ce dépôt en mains tierces ; d'autres fois, ce sera le créancier qui n'aura pas la facilité de conserver le gage chez lui.

Le présent article est écrit pour le gage consistant dans des "choses corporelles," les seules qui soient susceptibles de possession réelle ; mais les titres dits *au porteur*, ceux pour lesquels le droit est attaché à la détention du titre, sont assimilés aux choses corporelles (v. art. 346 précité).

Art. 103 et 104. La loi complète l'organisation de la publicité spéciale du gage en supposant que la chose donnée en gage est un droit personnel ou de créance.

D'abord, c'est une créance nominative qu'avait le débiteur contre un tiers.

Ici le droit n'est pas attaché à la possession du titre authentique ou privé qui la constate, il reste chose incorporelle. Cependant le débiteur devra livrer le titre au créancier gagiste : si cela ne lui ôte pas tout-à-fait le moyen d'aliéner la créance, de la donner en gage à un autre créancier, ou d'en recevoir le montant, au moins cela rend très difficile de pareils actes. Mais cela ne suffira pas, il faudra, en outre, que lui ou le créancier gagiste notifie au tiers débiteur que la créance est donnée en gage, afin que le paiement ne puisse être valablement fait à l'ancien créancier et qu'il ne soit pas fait valablement de cession ou d'autre dation en gage. L'intervention du tiers-débiteur à l'acte de constitution du gage lui tient lieu de notification. Cette double forme

rappelle celles que la loi prescrit pour le transfert même de la créance et notre article se réfère, à cet égard, à l'article 347 du Livre des *Biens* pour ce qu'il contient de plus.

De ce que le tiers-débiteur ne peut plus payer valablement à son créancier, ce n'est pas à dire qu'il puisse payer au créancier gagiste : l'article 108 nous dira le contraire et nous en donnerons le motif.

S'il s'agit de créances dites "effets de commerce ou effets négociables" il suffira que l'endossement porte qu'il est fait "en garantie," et dans ce cas, le créancier gagiste aura le pouvoir de recevoir le paiement (voy. art. 108).

Mais cette double faveur accordée au gage donné en effets négociables n'implique pas la dispense de dresser l'écrit dont parle l'article 100, au moins si la dette à garantir est une dette civile : ce n'est que s'il s'agissait d'une créance commerciale elle-même, garantie par un effet de commerce, que l'endossement en garantie pourrait suffire. Au surplus, c'est le Code de Commerce qui règle ce point.

L'article 104 suppose enfin que le droit donné en gage est une action ou une obligation, nominative toujours, dans une société.

Nous n'avons pas à nous arrêter ici sur la différence entre une action et une obligation dans une société, puisque les deux sortes de droits suivent les mêmes règles au point de vue de la constitution du gage.

Les actions et obligations peuvent être au porteur ou nominatives : dans le premier cas, elles se cèdent entre les parties par le seul consentement et à l'égard des tiers (y compris la société elle-même) par la tradition du titre, et elles se donnent en gage à l'égard des tiers conformément aux articles 100 et 102 ci-dessus ; dans le second cas, elles se cèdent ou se donnent en gage, à l'égard de la société et des tiers, par une déclaration à la

société, laquelle inscrit sur ses registres le nom du nouveau titulaire ou du créancier gagiste ; le tout, sans préjudice de la remise du titre, comme notre article 104 l'exprime.

Art. 105. Ce qui a été dit de l'indivisibilité du droit de rétention, au sujet de l'article 93, nous dispense d'entrer dans de nouveaux développements sur l'indivisibilité du gage qui a les mêmes effets ; il suffit de résumer la théorie en disant que " tout le gage et chaque partie du gage garantissent toute la dette et chaque partie de la dette."

Remarquons seulement que la loi a soin de dire que cette indivisibilité n'a pas pour cause la nature même du gage : mais l'intention des parties, et la conséquence qu'elle en déduit elle-même, c'est que les parties peuvent y déroger par une convention expresse.

SECTION II.

DES EFFETS DU CONTRAT DE GAGE.

Art. 106. Le créancier gagiste reçoit la chose sous la condition de la restituer, si la vente n'en devient pas nécessaire ; jusque-là, il doit la conserver avec soin et, à cet égard, sa responsabilité n'est ni plus ni moins étendue que celle imposée par le droit commun au débiteur d'un corps certain : il doit " les soins d'un bon administrateur."

La loi ne lui permet pas de donner la chose à bail, sans autorisation du débiteur, parce que ce serait l'exposer à des détériorations ou à des risques que le débiteur peut n'avoir ni prévus ni acceptés. Il ne peut non plus, pour le même motif, l'employer à son usage personnel ; mais ici il y a deux exceptions : le

cas où il y est autorisé et celui où l'usage de la chose est nécessaire à son entretien et à sa conservation. On peut citer, comme application, le cas d'un cheval qui aurait été donné en gage : le repos le rendrait bientôt impropre à tout service.

Si le créancier gagiste manquait à son obligation de garde, s'il usait de la chose contrairement à la loi, ou abusait de l'autorisation d'user, il pourrait être déclaré déchu de son droit. Les tribunaux auraient nécessairement à cet égard un certain pouvoir d'appréciation et si le créancier offrait de déposer la chose aux mains d'un tiers présentant toutes garanties de soins et de fidélité (v. art. 102), les tribunaux pourraient ne pas prononcer sa déchéance.

Art. 107. On pourrait s'étonner que le créancier, qui ne peut louer le gage à un tiers, puisse le donner en sous-gage à son propre créancier ; mais il n'y a pas là de contradiction, puisque le nouveau créancier gagiste ne pourra lui-même louer la chose, ni en user : il sera alors comme un tiers dépositaire, d'après l'article 102, et sous la même sanction de la responsabilité du premier créancier.

Il y a d'ailleurs une aggravation de cette responsabilité, c'est celle de la perte ou détérioration par cas fortuit ou force majeure, lorsque les mêmes accidents ne se sont produits que par suite du déplacement de la chose : le créancier gagiste a changé les risques de la chose, le débiteur n'en doit pas souffrir.

Art. 108. Comme le gage ne peut porter que sur des objets mobiliers, il n'y a que le gage portant sur des animaux qui puisse produire des fruits naturels ; mais le créancier gagiste aura des fruits civils, lorsqu'il aura été autorisé par le débiteur à louer la chose ; il percevra également des fruits civils du gage lorsqu'il

aura reçu en nantissement des créances, des actions ou obligations.

La loi a soin d'ajouter que, dans ce cas, "il ne pourra recevoir le capital sans l'autorisation spéciale du débiteur : " il peut arriver, en effet, que la dette gagée ne consistant pas en argent, mais en faits à accomplir, le débiteur soit en mesure d'exécuter son obligation à l'échéance, et il ne doit pas être exposé à courir le risque que le capital de sa créance, une fois reçu par le créancier gagiste, soit dissipé par lui ; dans le cas même où les deux dettes consistent en argent, le débiteur peut avoir des compensations à exercer contre son créancier, ou bien sa dette peut se trouver, de toute manière inférieure, à la créance qu'il a donnée en gage et il ne faut pas qu'il soit exposé à ne pas recouvrer la différence qui lui revient.

La loi excepte le cas où la créance donnée en gage est un effet de commerce ou "négociable par endossement : " dans ce cas, le créancier gagiste peut et même doit recevoir le capital à l'échéance, 1° parce que le débiteur de ces effets a lui-même le droit d'en imposer le paiement dans son propre intérêt, 2° parce que le porteur (ici le créancier gagiste) pourrait être déchu de ses droits contre les endosseurs, s'il négligeait de recevoir le paiement à l'échéance.

Il va sans dire que le droit du créancier gagiste sur les faits et produits est privilégié à l'égard des autres créanciers, puisqu'il est privilégié sur le capital, d'après l'article 111 ; d'ailleurs le nôtre renvoie à l'article 94, lequel donne déjà privilège sur les fruits au créancier simplement rétenteur.

Art. 109. La détention de la chose par le créancier gagiste sera souvent pour lui l'occasion de faire des dépenses, pour la conservation de la chose, en même temps qu'elle lui en imposera l'obligation ; ce sera

quelquefois aussi l'occasion de dommages éprouvés par suite de défauts cachés de la chose. Ce seront pour lui autant de causes de créances à ajouter à la créance principale, et ces créances nouvelles seront même privilégiées avant ladite créance. La loi ne fait pas mention des dépenses utiles ou d'amélioration ; ce n'est pas à dire qu'elle entende en refuser le remboursement au créancier gagiste : le droit commun le lui assure ; mais comme les dépenses utiles ne motivent pas le droit de rétention, la loi doit se borner ici à mentionner les dépenses nécessaires auxquelles se réfère l'article suivant, qui accorde au créancier gagiste le droit de rétention à ce titre.

Art. 110 et 111. On a déjà vu, à l'article 102, que le créancier doit être mis en possession du gage pour que son droit soit opposable aux tiers. Mais, de ce que sa mise en possession a un caractère obligatoire, ce n'était pas une raison pour omettre de la présenter comme un droit, ne fût-ce que pour son application aux dépenses nécessaires et à l'indemnité des dommages prévus à l'article précédent.

Au sujet de la créance principale et de ses accessoires, le présent article fortifie encore ce qui a été dit de l'indivisibilité du gage par l'article 105 : c'est jusqu'au " parfait payement " que le créancier pourra retenir la chose.

Le 2^e alinéa de l'article 110 accorde au créancier gagiste un droit qui n'appartient pas au créancier simplement rétenteur (v. art. 95), c'est celui de " s'opposer à la vente du gage aux enchères par les autres créanciers du débiteur," au moins tant que l'échéance n'est pas arrivée.

Voici le motif de cette différence : le créancier rétenteur n'a pas de privilège sur le principal de la chose retenue ; il ne peut donc se plaindre qu'elle soit

aliénée sans sa volonté : il doit lui suffire d'en conserver la possession jusqu'à son parfait paiement ; mais le créancier gagiste a un privilège : il lui importe beaucoup que la chose ne soit pas vendue en temps inopportun : tant que l'échéance de sa créance n'est pas arrivée, il peut avoir intérêt à ce que sa garantie ne soit pas modifiée ; la question a de l'intérêt quand il s'agit de marchandises sujettes à des variations de cours.

Mais une fois l'échéance arrivée, la vente aux enchères peut être provoquée, non-seulement par le créancier gagiste, mais par tous les autres créanciers. Comme la vente aux enchères publiques est le plus sûr moyen d'obtenir le meilleur prix de la chose, personne ne peut plus s'y opposer, au moment où l'on est arrivé.

C'est là que se réalisera le principal droit du créancier : le privilège pour toute sa créance gagée, en capital, intérêts et autres accessoires.

Art. 112. Le présent article suppose que ni le créancier gagiste, ni les autres créanciers ne provoquent la vente du gage à l'échéance, sans doute parce que le premier n'en trouve pas le moment opportun et parce que les autres n'espèrent pas qu'il doive leur en revenir un reliquat de prix ; ou bien la vente a été tentée, mais il ne s'est pas trouvé d'acquéreur au prix demandé.

Dans ce cas, il pourrait intervenir entre le débiteur et le créancier gagiste un accord d'après lequel la chose resterait à ce dernier, en paiement total ou partiel ; mais, "à défaut de cet accord," la loi permet au créancier gagiste de présenter au tribunal une requête (laquelle devra être communiquée au débiteur pour être par lui contredite, s'il y a lieu) tendant à obtenir que le gage lui soit attribué en paiement, jusqu'à concurrence de sa valeur estimée par expert.

S'il y a excédant du prix d'estimation sur le montant

de la créance, le créancier deviendra à son tour débiteur de cette différence ; au cas contraire, il restera créancier de ce qui manque pour le désintéresser.

A l'occasion de cette requête, il pourra y avoir des contestations du débiteur, tendant, soit à tenter une nouvelle vente aux enchères, soit à faire déclarer que l'échéance n'est pas arrivée, soit même à faire réduire ou rejeter la demande principale au fond ; mais ces difficultés appartiendraient à la Procédure civile.

Art. 113. Sans la prohibition portée par notre article, la clause ici prévue serait constamment imposée par le créancier au débiteur, au moment du contrat principal accompagné de la constitution de gage : ce contrat, en effet, sera le plus souvent un prêt d'argent au moyen duquel le débiteur, embarrassé dans ses affaires, espèrera les rétablir ; le créancier qui, ordinairement, demande déjà un gage d'une valeur supérieure à sa créance, pour être plus sûr n'être couvert, ne manquerait pas de stipuler que le gage lui resterait en propriété, à forfait et sans estimation, faute de paiement à l'échéance, et le débiteur y consentirait, par une fausse confiance dans ses ressources futures.

Pour que la clause qui nous occupe tombe sous le coup de la prohibition, il faut qu'elle ait eu lieu avant l'exigibilité de la dette. Assurément, le cas où elle est le plus dangereuse est celui où elle a lieu au moment même du contrat principal, comme nous l'avons dit plus haut ; mais il pourrait arriver qu'à l'approche de l'exigibilité de la dette, le débiteur, pour en obtenir une prorogation, consentît à cette cession éventuelle de son gage, à forfait et sans estimation ; dès lors, le danger étant le même pour lui demande le même secours.

La loi a soin de dire encore que la stipulation est

aussi bien nulle pour une extinction totale de la dette que pour une extinction partielle.

Mais, une fois la dette exigible, il n'y a plus de prohibition : le débiteur peut toujours faire une dation en paiement (v. art. 461).

Les prêteurs d'argent ont toujours été d'une habileté extrême à éluder la prohibition dont il s'agit ici : la loi doit donner aux tribunaux le moyen de déjouer toute fraude à sa disposition.

Parmi les moyens les plus faciles d'éluder la loi serait la vente à retrait ou réméré, dissimulant un gage. Par exemple, celui qui voudrait, en empruntant 1000 *yens* sur gage, autoriser d'avance le créancier à garder le gage en paiement à l'échéance, faute de remboursement réel, lui vendrait pour 1000 *yens* l'objet du gage, avec faculté de rachat dans le délai que devrait avoir le prêt, s'il n'était pas dissimulé ; à l'expiration du délai de rachat, si le débiteur ne pouvait l'effectuer en argent, il aurait perdu la propriété.

Sans doute, il ne sera pas toujours facile de découvrir si la vente à réméré a été sincère ou si elle a dissimulé un emprunt sur gage avec attribution éventuelle de la propriété faute de paiement ; dans le doute, on devra décider dans le sens de la sincérité des parties ; mais le débiteur pourra souvent éclairer le tribunal sur le caractère véritable de l'opération.

Un cas où la fraude sera plus facilement reconnaissable c'est celui, prévu par la loi, où la dette existait déjà, le débiteur aurait fait à son créancier la vente avec faculté de rachat, la créance du prix se compensant avec la dette.

Comme les nullités édictées dans le présent article le sont dans un but de protection pour le débiteur contre le créancier, il est naturel qu'elles ne puissent être invoquées par ce dernier, mais seulement contre lui, par le débiteur et ses ayant-cause, parmi lesquels il faut

compter ses autres créanciers : c'est l'application d'un principe général inscrit dans l'article 319 du Livre des *Biens*.

Si donc il avait été convenu d'avance que le créancier gagiste garderait le gage en paiement, sans estimation à l'échéance, et que le créancier regrettât cette convention, à cause de la dépréciation de la valeur, tandis que le débiteur s'en féliciterait, pour le même motif, le créancier ne pourrait contraindre le débiteur à un payement effectif en lui rendant la chose.

Art. 114. La loi devait se prononcer sur la question de savoir si le débiteur peut opposer au créancier gagiste la prescription libératoire, lorsque le temps en est accompli depuis l'échéance de la dette, ou si, au contraire, le fait par lui d'avoir laissé le gage aux mains du créancier n'implique pas une reconnaissance continue de la dette, laquelle serait interruptive de prescription. Elle adopte cette seconde opinion.

Assurément, si le débiteur constitue le gage après l'échéance de la dette, alors que déjà la prescription libératoire est en cours, on doit dire qu'il y a, de sa part, reconnaissance de la dette et, par suite, interruption de la prescription, lorsque le gage a précédé l'échéance, le seul fait par le débiteur de laisser le gage au créancier a le même caractère. La prescription libératoire repose, comme on l'a dit souvent déjà et comme on le démontrera avec soin en son lieu, sur une présomption de payement ; or, le payement ne peut être présumé, lorsque le débiteur a manqué à retirer le gage : on comprend d'ailleurs que le créancier ait négligé de faire contre le débiteur des poursuites interruptives de la prescription, puisqu'il a une sécurité suffisante.

Art. 115. Le présent article tranche une autre question de prescription, moins douteuse toutefois que la

précédente, mais sur laquelle il convenait que la loi se prononçât.

Il est certain que, tant que la dette n'est pas éteinte, le créancier possède le gage à titre précaire, c'est-à-dire en reconnaissant que la propriété ne lui appartient pas ; le gage est incompatible avec la propriété : on ne peut avoir en gage sa propre chose. Mais, une fois la dette éteinte par un paiement ou par un autre mode légal d'extinction, il semble que le créancier ne possède plus la chose désormais à titre de gage, mais comme sienne, que, dès lors la prescription acquisitive devrait courir en sa faveur et s'accomplir au moins par trente ans, en l'absence de juste titre et de bonne foi.

C'est pourtant ce que la loi lui refuse : la possession du créancier gagiste a commencé par être précaire, elle reste telle : déjà l'article 185 du Livre des *Biens* nous a dit que lorsque la précarité résulte de la nature du titre sur lequel la possession est fondée, elle ne cesse que par une contradiction formelle aux droits de celui pour le compte duquel on possédait, ou par une intervention du titre ; or, tant que le créancier gagiste ne sera pas dans l'un de ces deux cas exceptionnels, il restera détenteur précaire.
