

CONTRAT - RESPONSABILITE - ASSURANCE

Privilège et droit de rétention du voiturier :
halte à la confusion !

par Zakeye Zerbo

Avocat au barreau de Lyon

L'ESSENTIEL

Pour favoriser le recouvrement des créances du transporteur, le législateur en 1998 a modifié de manière substantielle le privilège du voiturier, avec comme objectif d'aligner ce privilège sur celui du commissionnaire. Malheureusement, en raison d'une confusion regrettable avec le droit de rétention, la rédaction du privilège issue de cette réforme est loin d'atteindre cet objectif. Il est aujourd'hui difficile de dire avec précision dans quelles conditions les créances antérieures du transporteur sont couvertes par le privilège.

La loi n° 98-69 du 6 févr. 1998, qui a multiplié et étendu les garanties dont bénéficient les transporteurs, est l'aboutissement d'un long processus « tendant à améliorer les conditions d'exercice de la profession de transporteur routier ». C'est à partir de décembre 1992 que toute une série de mesures législatives et réglementaires ont été prises pour revaloriser cette profession (1) et rétablir l'équilibre contractuel entre les parties au contrat de transport (expéditeurs ou chargeurs, transporteurs, intermédiaires, destinataires). De sorte que, les transporteurs se trouvent à l'heure actuelle dotés de plusieurs moyens permettant d'assurer le recouvrement de leurs créances. On est même tenté de dire qu'ils ont l'embaras du choix (2).

En effet, l'importante loi du 6 févr. 1998 leur a octroyé, en premier lieu, deux actions directes. Ainsi, aux termes de l'art. 101, devenu dans la nouvelle codification l'art. L. 132-8 c. com., « le voiturier a... une action directe en paiement de ses prestations à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire, lesquels sont garants du paiement du prix du transport. Toute clause contraire est réputée non écrite ». Redoutable pour les personnes tenues au paiement du prix du transport, cette action directe, d'ordre public, connaît actuellement un grand succès (3). La même loi a étendu au contrat de transport l'ensemble des dispositions de la loi n° 75-1334 du 31 déc. 1975 relative à la sous-traitance. L'une des conséquences de cette extension est de faire bénéficier le

transporteur sous-traitant non seulement du droit au paiement direct dans les marchés publics passés par l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements et entreprises publiques (L. 31 déc. 1975, art. 4), mais aussi de l'action directe des sous-traitants contre les donneurs d'ordre (4).

En second lieu, la loi du 6 févr. 1998 a renouvelé le privilège du voiturier qui bénéficie à tous les transporteurs terrestres et aériens de marchandises. Cette rénovation longtemps attendue est malheureusement loin de porter ses fruits. La rédaction actuelle du privilège, confuse et ambiguë, pose de sérieuses difficultés d'interprétation (5). Car, les prérogatives liées au privilège et au droit de rétention du transporteur sont tellement imbriquées qu'il est pratiquement impossible de savoir dans quelles conditions les créances antérieures du voiturier sont privilégiées. Les régimes juridiques de ces deux institutions se trouvent à plusieurs égards confondus. Cette malencontreuse confusion ruine les espoirs que la réforme a fait naître. Pourtant, elle aurait pu être évitée, puisqu'il semblerait qu'à l'origine le privilège du voiturier avait pour objet de limiter l'exercice du droit de rétention, plutôt que de favoriser véritablement le paiement de la créance de transport. Ainsi, certains auteurs ont pu indiquer que : « le législateur lui a accordé une sûreté dans l'intérêt supérieur de la circulation des biens, comme il en a accordé une à l'aubergiste dans l'intérêt supérieur de la circulation des personnes » (6). Cette finalité attribuée au privilège ne devrait pas être limitée aux seuls privilèges du voiturier et de l'aubergiste. La plupart des privilèges considérés comme fondés sur un gage tacite (7) obéissent à cette

(1) Ainsi, peut-on citer : la loi n° 92-1445 du 31 déc. 1992 sur la sous-traitance en matière de transport ; la loi n° 95-96 du 1er févr. 1995 sur les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial (art. 24 à 28) ; la loi n° 96-603 du 5 juill. 1996 sur les sanctions en matière de transports publics routiers pour pratique de prix excessivement bas ; le décret n° 97-1018 du 6 nov. 1997 qui modifie les décrets n° 86-567 du 14 mars 1986 et n° 63-528 du 25 mai 1963, sur les conditions d'honorabilité et d'accès à la profession en augmentant la capacité financière des entreprises ; le protocole salarial du 3 nov. 1997 et enfin la loi n° 98-69 du 6 févr. 1998 tendant à améliorer les conditions d'exercice de la profession de transporteur routier.

(2) En tant que partie à un contrat, ils peuvent se prévaloir de l'ensemble des moyens de contrainte que le droit des obligations offre à tout contractant (exemple l'exception d'inexécution). Ils bénéficient également d'une action directe, voire deux s'ils sont sous-traitants, d'un droit de rétention et d'un privilège. Peut-on être mieux servi !

(3) P. Delebecque, L'article 101 du code de commerce, Mélanges Mercadal, 2000 ; A. Luciani, L'action en paiement du transporteur routier modifiée par la loi du 6 février 1998, Petites affiches, 18 janv. 1999 ; M. Tilch, observations dans BTL 2001, p. 35 et 167.

(4) Ces deux actions directes, celle de l'art. 101 c. com. et celle de la loi du 31 déc. 1975, n'obéissent pas aux mêmes conditions : TI Ilkirch, 21 avr. 1999, BTL 1999, p. 534 (sur la dispense d'agrément du transporteur dans la mise en œuvre de l'art. 101 c. com.).

(5) A tel point que certains auteurs préfèrent conseiller la prudence dans sa mise en œuvre : Lamy transport, t. I, 2001, p. 137, n° 289 : « Le manquement du nouveau privilège étant des plus hasardeux, on ne peut qu'inviter le transporteur à l'exercer dans des conditions indiscutables ».

(6) M. Planiol, G. Ripert et E. Bécqué, Traité pratique de droit civil français. Sûretés réelles, t. XII, 2e éd., LGDJ, 1953., p. 195, n° 171.

(7) Dans cette catégorie on peut signaler : le privilège de l'exploitant des magasins généraux sur les marchandises (Ord. n° 45-1744 du 6 août 1945, art. 28), le privilège des professionnels sur les objets qui leur sont confiés et qui n'ont pas été retirés dans le délai d'un an (L. 31 déc. 1903, mod. L. 31 déc. 1968), le privilège du propriétaire sur les animaux divagant sur son fonds (c. rur., art. 200), etc.

préoccupation : favoriser le paiement du créancier qui détient matériellement le bien afin d'éviter la paralysie dans la circulation des biens en raison de l'exercice d'un droit de rétention (8). Dans cette logique, on aurait donc pu penser qu'avec le développement des privilèges, sûreté supposée plus raffinée, l'usage du droit de rétention s'amoinerait au fil du temps.

A l'évidence, il n'en est rien. Bien au contraire, comme si rien ne pouvait l'arrêter, le droit de rétention connaît aujourd'hui un succès sans précédent. Le triomphe du droit de rétention, fréquemment mis en avant par des créanciers privilégiés eux-mêmes, explique en grande partie que le régime juridique de certains privilèges, comme celui du voiturier, soit largement influencé, voire altéré, par les exorbitantes prérogatives liées à ce droit. Il n'en demeure pas moins que le privilège et le droit de rétention sont deux techniques de garanties fondamentalement différentes aussi bien en théorie (I) qu'en pratique (II).

I - La nécessité de la distinction

A - Le privilège est un droit de préférence sur la valeur d'un bien...

La finalité des sûretés réelles est l'affectation de la valeur du bien grevé au paiement préférentiel d'une créance (9), sans porter atteinte si possible à son utilité. Le privilège répond parfaitement bien à cet objectif, car seule la valeur du bien est affectée au créancier à titre de garantie, le débiteur conservant la plupart du temps son usage. Sûreté légale, son existence ne nécessite ni convention préalable des parties, ni dépossession du débiteur. Cette absence de dépossession, nous semble-t-il, est l'une des qualités essentielles de cette catégorie de sûreté, et qui la rapproche des sûretés conventionnelles très convoitées comme l'hypothèque, le nantissement (10).

L'affirmation que le privilège est un droit sur la valeur d'un bien n'est plus à démontrer. La loi du 6 févr. 1998 en constitue la plus parfaite illustration. Contrairement à l'ancien art. 2102, 6^o, c. civ., qui disposait que le voiturier a un privilège pour « les frais de voiture et dépenses accessoires sur la chose voiturée », elle précise que « le voiturier a privilège sur la valeur des marchandises » (c. com., art. 108-1 devenu L. 133-7) (11). L'emploi, dans la rédaction actuelle du privilège du voiturier, de l'expression « valeur des marchandises » n'est pas dénué de sens. Elle a l'intérêt d'attirer l'attention, jusque-là focalisée sur les marchandises, sur la valeur de celles-ci. Ce qui signifie en clair que le privilège grève principalement et précisément « la valeur » des marchandises plus que les marchandises elles-mêmes. Par conséquent, il subsiste tant que cette valeur existe dans le patrimoine du débiteur, qu'elle est identifiable et saisissable.

(8) V. sur ce point : Z. Zerbo, Le dualisme dans l'interprétation des privilèges, thèse, Avignon, 1999, p. 316, n° 332 s.

(9) M. Cabrillac et C. Mouly, Droit des sûretés, 5e éd., par M. Cabrillac, Litec, 1999, p. 2, n° 2 ; J. Mestre, E. Putman, M. Billiau, Droit commun des sûretés réelles, LGDJ, 1996, p. 8, n° 9.

(10) Le succès indéniable dans les financements immobiliers du privilège du prêteur de deniers et de celui du vendeur d'immeubles, la symbiose entre le privilège et le nantissement dans les ventes de fonds de commerce, pour ne citer que ceux-ci, en sont la démonstration.

(11) L'art. 95 c. com. faisait déjà référence à la valeur des marchandises, sans cependant dissocier véritablement le sort du privilège du celui du droit de rétention.

Le voiturier, bénéficiaire d'un privilège spécial mobilier, doit pouvoir réclamer le paiement de sa créance sur la valeur des marchandises tant que celle-ci existe. Son droit au paiement préférentiel sur la valeur du bien grevé ne s'éteint qu'à l'extinction de celle-ci dans le patrimoine du débiteur.

B - ...tandis que le droit de rétention est un pouvoir de fait qui naît de la détention

Le droit de rétention dont bénéficie le voiturier n'est qu'une application particulière du droit commun qui reconnaît à tout créancier détenteur d'un bien de son débiteur le droit de le retenir jusqu'à ce qu'il obtienne le règlement de sa créance (12). Ainsi, chaque fois que le transporteur retient et refuse de délivrer la marchandise, ce n'est pas *a priori* le privilège qui est en cause, mais le droit de rétention. « Retenir » les marchandises ou les documents qui s'y rapportent, n'est donc pas à proprement parler se prévaloir d'un privilège, mais exercer un droit de « rétention ». Car, la mise en œuvre d'un privilège, général ou spécial, mobilier ou immobilier, n'est pas subordonnée à la détention du bien grevé, même si, naturellement, le privilège produit plus rapidement ses effets quand l'objet sur lequel il porte est déjà en la possession du créancier.

Pour mieux appréhender la différence qui existe entre le privilège et le droit de rétention, il faut examiner le cas d'un donneur d'ordre/destinataire et propriétaire des marchandises. Si le transporteur livre les marchandises (la chose voiturée) à son donneur d'ordre qui est en même temps propriétaire, il doit pouvoir, lorsque celui-ci ne le paie pas de ses créances, les saisir, les faire vendre et se payer par préférence sur le prix provenant de la vente.

Il doit pareillement pouvoir saisir la valeur des marchandises et faire valoir sa primauté au paiement, lorsque son donneur d'ordre, en position d'expéditeur, n'a pas encore reçu son versement des mains du destinataire/propriétaire. Il exerce ainsi son droit de créancier privilégié. Le droit de rétention, dans ces hypothèses, est hors de cause.

Lorsque le voiturier est en outre en possession des marchandises et les retient en vertu de son droit de rétention, aux prérogatives ci-dessus exposées, qui sont celles du privilège, vient s'ajouter la qualité de créancier rétenteur, qui ne lui confère qu'un pouvoir de fait, sans lui attribuer aucune priorité sur la valeur des marchandises (13). Dans ce cas, on peut simplement

(12) CA Douai, 16 juin 1988, Bull. transp. 1988, p. 532, « le transporteur qui, face au refus du destinataire de prendre livraison, a entreposé les marchandises dans ses locaux peut exercer son droit de rétention pour obtenir paiement des frais de magasinage qui constituent des dépenses accessoires, ceci à condition qu'ils n'aient pas été causés par sa faute » ; B. Mercadal, Transport routier de marchandises, Francis Lefebvre, 1997, n° 643.

(13) La faculté instituée par l'art. 33, al. 3, de la loi du 25 janv. 1985 [devenu art. L. 621-24 c. com.] relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, qui permet au juge-commissaire d'autoriser l'administrateur à payer certaines créances antérieures afin de retirer un bien légitimement retenu, fait souvent oublier que le droit de rétention ne confère aucune primauté sur la valeur des biens retenus. A ce sujet, il convient de rappeler que, dès lors que le créancier rétenteur prend une mesure quelconque pour se payer sur le bien, il perd l'*animus retinendi* (l'élément intellectuel du droit de rétention) et du même coup le bénéfice de la garantie. V. F. Derrida, La dématérialisation du droit de rétention, Mélanges Voirin, 1967, p. 180. Il a une seule arme à sa disposition : la force de l'inertie. Il conserve le bien en « otage » ; aussi ne peut-il adopter qu'une attitude passive, défensive. Et même la saisie qu'effectue le créancier lui-même sur les biens qu'il détient provoque également la disparition

considérer qu'une étape de la mise en œuvre du privilège est déjà franchie : les marchandises sont saisies. Mais cette saisie est plus matérielle que juridique, le voiturier ne disposant à ce stade d'aucun titre exécutoire. En réalité, tel que la situation du transporteur et du commissionnaire le démontre, lorsqu'un créancier privilégié se prévaut du droit de rétention sur le bien objet de son privilège, il est difficile de savoir si le débiteur s'acquie rapidement de sa dette parce que son créancier est privilégié ou parce qu'il est titulaire d'un droit de rétention. Le créancier obtient certainement le prompt paiement de sa créance par l'effet conjugué du privilège et de la détention matérielle du bien qui lui est affecté. Il faut, néanmoins, partir du principe que le privilège et le droit de rétention sont deux droits distincts.

II - Les conséquences pratiques de la distinction

L'intérêt de la distinction entre le privilège et le droit de rétention dans le domaine du transport est nettement plus important qu'on ne le pense. Bien des complications dans la mise en œuvre de ces garanties trouvent leur origine dans leur confusion. Ainsi, on ne peut comprendre clairement les difficultés d'interprétation posées par la condition d'implication du propriétaire des marchandises dans les opérations antérieures (C), les problèmes liés au dessaisissement volontaire du transporteur (A) ou à la détermination de l'assiette du privilège (B) qu'en ayant à l'esprit les finalités ci-dessus rappelées des deux institutions.

A - Le dessaisissement volontaire du transporteur

Dans les privilèges spéciaux mobiliers, et dans celui du voiturier en particulier, le dessaisissement du créancier privilégié pose un problème spécifique. En effet, la remise des marchandises au destinataire, surtout commerçant, s'accompagne le plus souvent de la cessation de leur individualisation. Dès leur remise, elles sont confondues avec d'autres marchandises. L'assiette du privilège n'est donc plus individualisée.

Or, la différence essentielle entre le privilège général et le privilège spécial est que ce dernier porte sur un bien déterminé dans le patrimoine du débiteur. Le créancier titulaire d'un tel privilège ne peut exercer ses droits que sur le bien objet de sa sûreté, à l'exclusion de tout autre. Ce qui explique le refus du privilège spécial du conservateur aux commissaires aux comptes et aux avocats lorsque leur créance ne porte pas sur un bien précis du débiteur (14). Faut-il donc considérer le privilège spécial comme éteint lorsque son assiette n'est plus individualisée ? A notre avis, la réponse doit être nuancée. Elle doit être affirmative lorsque l'impossibilité d'individualisation du bien constituant l'assiette du privilège est à la fois matérielle et juridique. C'est-à-dire que

le bien remis n'existe plus dans le patrimoine du débiteur et des obstacles juridiques s'opposent à sa réintégration. Tel serait le cas, par exemple, si le bien livré par le voiturier a été confondu avec d'autres et cédé par le destinataire à un tiers qui en est devenu propriétaire.

En revanche, si l'impossibilité d'individualisation n'est que matérielle, ce qui est très souvent le cas, une réponse négative s'impose. Le droit de préférence sur la valeur ne disparaît pas parce qu'il se heurte à un obstacle factuel, qui peut dans certaines situations être surmonté. Le voiturier qui arriverait donc, par tous moyens, à identifier dans les stocks du destinataire que tel bien précis a été livré par lui doit pouvoir, lorsque sa créance reste impayée, le saisir, le faire vendre et se payer par préférence sur le prix. Cette faculté doit d'autant plus lui être accordée que la détention matérielle du bien grevé n'est pas une condition d'existence du privilège spécial. Est donc amplement justifiée l'abrogation par la loi du 6 févr. 1998 de l'art. 95, al. 2, c. com., qui faisait de la détention du bien la condition d'existence du privilège du commissionnaire (15).

Dans le même sens, la Cour d'appel de Bourges, dans un arrêt du 26 sept. 1960, a précisé que « le privilège du conservateur, lorsqu'il peut être invoqué par le garagiste, n'est pas lié à la rétention de la voiture. Il subsiste même si celui-ci a restitué le véhicule au propriétaire ou au créancier gagiste du décret du 30 septembre 1953 » (16). Et la Cour de cassation a approuvé cette position en décidant que « le privilège mobilier spécial institué par l'art. 2102, 3^o, c. civ. garantit, indépendamment de toute détention de la chose, les créances ou avances qui ont eu pour résultat la conservation de cette chose » (17). Tous les privilèges spéciaux mobiliers, quel que soit leur fondement, obéissent, nous semble-t-il, à cette règle. L'affirmation en jurisprudence et parfois dans la doctrine que la dépossession du voiturier ou du commissionnaire éteint leur privilège (18) nous paraît donc contestable. Car, le dessaisissement volontaire du transporteur met fin, sans aucun doute, à son droit de rétention (19), mais pas au pri-

(15) L'art. 95, al. 2, c. com., rédaction issue de la loi du 23 mai 1863, disposait : « Ce privilège ne subsiste que sous la condition suspensive prescrite par l'art. 92 ». Selon l'art. 92 du même code : « le privilège ne subsiste sur le gage qu'autant que ce gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties ».

(16) D. 1961, Somm. p. 54 ; Gaz. Pal. 1961, 1, p. 145.

(17) CA Rouen, 22 mars 1956, JCP 1956, IV, n° 151, cassé par Cass. 1^{re} civ., 13 nov. 1962, JCP 1963, II, n° 12976, note J. A. ; Bull. civ. I, n° 477 ; T. com. Limoges, 20 mai 1964, Journ. agrées 1964, p. 248, note Faure.

(18) Cass. req., 13 avr. 1840, S. 1840, 1, p. 289 ; CA Paris, 20 mars 1909, DP 1910, 2, p. 136. Dans la note sous cet arrêt, on peut lire, « il est de principe incontesté que le maintien du privilège accordé au voiturier est subordonné à la conservation des objets voiturés sur lesquels porte son gage ». V. égal. Lamy Transport 2001, t. 1, n° 289, « le privilège s'éteint lorsque le transporteur se dessaisit volontairement des marchandises, soit en les livrant, soit en les réexpédiant » ; P. Simler et P. Delebecque, Droit civil : Les sûretés. La publicité foncière, 3e éd., Dalloz, 2000, p. 589, « le privilège s'éteint avec la remise volontaire de la chose, mais demeure si le voiturier conserve la possession juridique de la chose, par exemple lorsqu'il la remet à un séquestre ». Il est également affirmé que le privilège du commissionnaire suit le même sort. V. P. Brunat, note sous CA Bordeaux, 21 déc. 1982, Bull. transp. 1983, p. 434, « aux termes d'une jurisprudence établie, le commissionnaire est réputé perdre son privilège lorsqu'il se dessaisit spontanément de la marchandise ». Cependant, on considère généralement que le privilège survit en cas de dépossession involontaire résultant d'une perte ou d'un vol de la chose sous réserve de l'application des art. 2279 et 2280 c. civ.

(19) CA Paris, 25 févr. 1960, Gaz. Pal. 1960, 2, p. 110 ; Cass. 1^{re} civ., 9 juill. et 10 oct. 1962, préc., *supra*, note 13 ; Cass. com., 19 févr. 1958, Bull. civ. III, n° 82 ; CA Toulouse, 4 janv. 1960, préc. ; 26 janv. 1965, Bull. civ. III, n° 71 ; RTD com. 1965, p. 453, obs. J. Hémar, et p. 665, n° 34, obs. R. Houin.

de l'*animus retinendi* ; certes le rétenteur reste en possession du bien, mais il le détient alors pour le compte commun des créanciers ; l'objet ainsi saisi est placé sous main de justice : Cass. 1^{re} civ., 9 juill. 1962, Gaz. Pal. 1962, 2, p. 326 ; 10 oct. 1962, JCP 1962, II, n° 12926, note J. A. Même si le créancier se portait adjudicataire de l'objet saisi, il ne pourra opposer la compensation entre sa créance et le prix de l'adjudication. V. CA Toulouse, 4 janv. 1960, D. 1960, Jur. p. 626 ; JCP 1960, II, n° 11650, note E. Becqué ; S. 1961, p. 26.

(14) Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1997, Bull. civ. I, n° 3 ; D. 1997, Somm. p. 253, obs. S. Piedelièvre ; Cass. com., 18 juill. 1974, Bull. civ. IV, n° 235 ; D. 1975, Jur. p. 182 ; RTD com. 1975, p. 374 ; CA Rennes, 28 mars 1979, JCP éd. N 1980, II, p. 200 ; T. com. Nice, 11 avr. 1972, D. 1973, Jur. p. 106, note A. Sigalas ; CA Caen, 12 avr. 1973, D. 1974, Jur. p. 499, note A. Sigalas ; CA Nîmes, 7 févr. 1973, D. 1974, Jur. p. 224.

vilège qui, juridiquement, demeure tant que la valeur du bien est saisissable dans le patrimoine du débiteur.

De façon générale, les entraves à la mise en œuvre du privilège spécial mobilier, en cas de dessaisissement du créancier, sont comparables à celles que rencontre le vendeur revendiquant un bien vendu avec une clause de réserve de propriété. Les solutions données au problème d'identification et d'existence des marchandises en nature faisant l'objet de la propriété réservée pourraient donc être transposées ici. Il est d'ailleurs intéressant de noter que la revendication des biens fongibles par le vendeur titulaire d'une clause de réserve de propriété est désormais possible (20). Pourquoi la saisie par un créancier privilégié du bien objet de son privilège, quoique remis à son débiteur, serait-elle impossible ? Rien n'empêche le voiturier d'exiger dans la lettre de voiture une identification suffisante des biens transportés afin de pouvoir les retrouver plus tard dans le patrimoine du débiteur parmi des biens de même nature et d'exercer sur eux son privilège.

Il nous semble trop expéditif de traduire les difficultés matérielles à l'individualisation de l'assiette du privilège par son extinction juridique, étant précisé que toute la difficulté dans la mise en œuvre du privilège en cas de dépossession du créancier est d'ordre factuel.

B - La détermination de l'assiette du privilège

L'art. 108-1 c. com. dispose que « le voiturier a privilège sur la valeur des marchandises faisant l'objet de son obligation et sur les documents qui s'y rapportent ». S'il est bien exact que le privilège peut porter sur la valeur des marchandises, on ne voit pas comment il pourrait grever « les documents qui s'y rapportent ». En effet, le privilège, en tant que sûreté, ne peut porter que sur un bien ayant une valeur marchande, autrement dit, saisissable et cessible (21). Le bien doit pouvoir être vendu aux enchères publiques pour dégager sa valeur sur laquelle portera le privilège. Or, les documents relatifs à une marchandise (lettre de voiture, connaissance), s'ils sont représentatifs des marchandises, n'ont pas de valeur marchande intrinsèque, donc ne peuvent faire l'objet d'une vente forcée. Le transporteur ne peut que refuser de rendre les documents à leurs titulaires jusqu'à ce qu'il soit payé. Ce faisant, il exerce sur eux, non pas un privilège, mais un droit de rétention (22). En tant que moyen de pression tendant à l'exécution de l'obligation (23), ce droit s'exerce sans difficulté sur des biens hors du commerce. Ayant les mêmes effets que l'astreinte : contraindre le débiteur à s'exécuter, sa finalité n'est

pas d'aboutir à la réalisation des biens retenus, mais d'obtenir le paiement rapide de l'obligation. Par conséquent, la valeur intrinsèque des objets retenus importe peu. Dire que le voiturier a un privilège sur les documents, qui ne sont en réalité susceptibles que d'une rétention afin d'exiger le paiement, est également une illustration de la confusion entre les deux garanties. L'art. 108-1 aurait donc dû se limiter à la valeur des marchandises comme assiette du privilège, sans y ajouter les documents qui ne peuvent faire l'objet que d'un droit distinct (24).

C - La condition d'implication du propriétaire des marchandises dans les opérations antérieures

Le premier alinéa de l'art. 108-1 c. com. indique que le voiturier a privilège « pour toutes créances de transport, même nées à l'occasion d'opérations antérieures, dont son donneur d'ordre, l'expéditeur ou le destinataire restent débiteurs envers lui, dans la mesure où le propriétaire des marchandises sur lesquelles s'exerce le privilège est impliqué dans lesdites opérations ». Cette exigence d'implication du propriétaire des marchandises fait couler beaucoup d'encre, car elle est source d'une grande incertitude sur la portée exacte du privilège. Nul ne peut affirmer avec précision quelle interprétation de cette expression prévaudra en jurisprudence. La déconcertante ambiguïté créée par cette condition illustre à merveille les inconvénients de la confusion des attributs du privilège et du droit de rétention. En effet, le législateur a voulu éviter les effets excessifs de la rétention des marchandises par le transporteur. Mais faute d'avoir dissocié les deux garanties, il a lié la « qualité » de créance privilégiée des créances antérieures du transporteur à la nécessité d'implication du propriétaire des marchandises.

Ainsi, lors des débats au Sénat sur la loi du 6 févr. 1998, il a été indiqué que « l'extension du privilège du voiturier... ne doit pas conduire à des aberrations, en particulier à ce que la marchandise sur laquelle s'exerce le privilège soit la propriété d'un tiers n'ayant aucun rapport avec la créance ni avec l'obligation en cause » (25). La circulaire n° 98-25 du 18 févr. 1998, prise pour l'application de la loi du 6 févr. 1998, va encore plus loin dans la confusion en utilisant les deux termes de « privilège » et de « droit de rétention » alternativement, et en employant l'un pour l'autre : « le 6° de l'art. 2102 c. civ. édictait au profit du transporteur un privilège sur la chose voiturée, en garantie des frais de voiture et dépenses accessoires afférents à la chose voiturée. Cela signifiait que le transporteur n'avait la garantie sur la marchandise que pour les frais relatifs au transport de la marchandise venant d'être transportée. Or, compte tenu des délais de paiement, ce privilège n'avait plus aujourd'hui aucune portée pratique puisque le transporteur était dessaisi de la marchandise bien avant l'échéance de sa créance. Le contrat de progrès proposait donc de réformer ce droit de rétention en l'alignant sur les principes qui régissent le droit de rétention du commissionnaire qui garantit celui-ci de toutes ses créances (passées ou présentes) » (§ III-a) (26).

(24) Z. Zerbo, *op. cit.*, p. 340, n° 359 ; M. Cabrillac et C. Mouly, *op. cit.*, p. 513, n° 642 ; P. Delebecque, Loi du 6 février 1998 : amélioration de l'exercice de la profession de transporteur, Dalloz Affaires 1998, p. 872.

(25) JO Sénat, séance du 20 janv. 1998, p. 283.

(26) V. G. de Fos et M. Tilch, La loi Gayssot, mode d'emploi, BTL 1998, n° 2738, p. 70. La confusion du privilège et du droit de rétention explique aussi cette position de la Cour de cassation, selon laquelle l'omission d'indiquer le privilège dans la déclaration de créance en cas de redressement judiciaire entraîne l'extinction simultanée du privilège et du droit de réten-

(20) Depuis la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 : art. 121, al. 3, de la loi du 25 janv. 1985 précitée ; F. Pérochon, La revendication des biens fongibles par le vendeur, Petites affiches, 14 sept. 1994, p. 82.

(21) C. Mouly et M. Cabrillac, *op. cit.*, p. 443, n° 539.

(22) C. Mouly et M. Cabrillac, *op. cit.*, p. 455 s. L'exercice du droit de rétention sur des documents ne fait pas de doute. Le législateur l'a expressément accordé, sur les pièces d'un dossier, aux avoués, aux notaires et aux huissiers. La jurisprudence a reconnu la légitimité de la rétention de documents divers par les experts comptables, les syndicats de copropriété, les mandataires. Elle a admis la rétention de documents administratifs, tels qu'un certificat de dédouanement, un procès-verbal des Mines relatif à un véhicule, Cass. com., 16 mars 1965, RTD com. 1965, p. 912, obs. R. Houin, une carte grise, Cass. com., 31 mai 1994, Bull. civ. IV, n° 195 et 196 ; D. 1994, IR p. 174, « le constructeur qui a livré un véhicule automobile à un de ses concessionnaires sans être payé a un droit de rétention licite sur les documents administratifs permettant la mise en circulation de ce véhicules ».

(23) F. Derrida, *op. cit.*, p. 178, n° 2.

L'assimilation erronée du privilège au droit de rétention a compromis tout l'intérêt de la rénovation voulue et attendue du privilège du voiturier. Elle a engendré un résultat pour le moins déplorable. Plus inquiétant encore, certaines décisions de la Cour de cassation, rendues postérieurement à la réforme, ne sont pas de nature à présager la fin de cette confusion (27).

Nous pensons qu'il convient de suivre, concernant le recouvrement des créances antérieures du transporteur, la logique propre du privilège. Ainsi, chaque fois que les marchandises ou leur valeur appartiennent au donneur d'ordre ou à une personne garante du paiement du prix du transport (art. 101 c. com.), le voiturier doit pouvoir les saisir et exercer sur elles son privilège. L'objectif affiché de la loi du 6 févr. 1998 étant de valoriser le privilège, il doit pouvoir le faire sans se soucier d'une quelconque implication du propriétaire des marchandises.

En revanche, pour exercer son droit de rétention et exiger le paiement des créances antérieures, il doit s'assurer, d'une part, de l'identité du propriétaire des marchandises et de l'implication de celui-ci dans les opérations de transport précédentes. Cette

exigence dans la mise en œuvre du droit de rétention n'est en réalité que le respect d'une des conditions d'application de ce droit : le lien de connexité entre la créance et la chose retenue.

Le privilège, il faut insister sur cette idée, s'inscrit uniquement dans la relation bilatérale qui s'établit entre un créancier et son débiteur. La créance d'un créancier mérite d'être privilégiée ou ne mérite pas de l'être. Cette faveur ne lui confère une préférence au paiement qu'en cas de concours avec les autres créanciers du même débiteur. Nous ne voyons donc pas ce que l'implication d'un tiers vient changer dans cette situation. On ne peut que déplorer l'emploi d'une notion aussi floue et imprécise dans la rédaction d'un privilège, qui est d'abord et avant tout un droit de préférence. Pour reprendre la définition du code civil, il est un droit que la qualité de la créance donne à un créancier « d'être préféré » aux autres créanciers. Il peut s'accompagner d'un droit de rétention et trouver dans celui-ci un appui solide. Mais, ni son existence ni sa mise en œuvre ne doit dépendre de ce droit. Ce sont deux institutions totalement distinctes. Leur cumul par un même créancier ne peut, hormis l'hypothèse du gage proprement dit, donner lieu à une institution unique, fruit de leur synthèse. ■

tion ; Cass. com., 8 juin 1999 : « la cour d'appel en a exactement déduit que le commissionnaire qui n'a demandé son admission au passif de la procédure collective du débiteur qu'à titre chirographaire, perdant ainsi son privilège, ne peut, non plus, retenir les marchandises », BTL 1999, p. 461, note critique M. Tilch ; D. 2000, Somm. p. 297, obs. B. Mercadal, et p. 388, obs. S. Piedelièvre. Position en apparence non suivie par les juridictions du fond : *contra* : CA Caen, 28 sept. 2000 : « Attendu que, même en cas de redressement judiciaire, le droit de rétention entraîne pour son titulaire le droit de refuser de restituer la chose légitimement retenue jus-

qu'à complet paiement de sa créance... », BTL 2000, p. 749 ; *adde* : T. com. Besançon, 8 mars 2000, BTL 2000, p. 527.

(27) Dans l'arrêt du 8 juin 1999 précité, la Cour de cassation a indiqué que : « le droit de rétention dont bénéficie le commissionnaire sur les marchandises qui lui ont été confiées pour expédition est la conséquence du privilège institué au profit de tout commissionnaire par l'art. 95 c. com. ». Comme le souligne M. Tilch, « En transport, on a coutume de faire du droit de rétention un attribut du privilège du commissionnaire comme du voiturier » (Privilège du voiturier, Pas si facile, BTL 2000, p. 108).