

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

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

(1) *Suprà*, n° 89.

(2) T. 1, p. 610.

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

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

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

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

(1) *Infrà*, n° 111, 115, 116.

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

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

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

(1) Boiceau sur Danty, p. 77.

Brodeau sur Paris, art. 181, n° 7.

(2) Art. 48.

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

109. Mais, comme Pothier (1) le fait obser-  
 ver avec Jousse, les formalités requises par l'or-  
 donnance de 1673 ne regardaient que les tiers ;  
 les parties contractantes n'étaient pas reçues à  
 en opposer l'inobservation. Entre parties con-  
 tractantes, le nantissement n'était soumis qu'aux  
 preuves ordinaires ; rien de spécial n'était exi-  
 gé. Ainsi l'a jugé un arrêt du parlement de Pa-  
 ris du 27 janvier 1706 (2).

110. C'est dans ces idées qu'a été conçu l'art.  
 2074 du Code civil. « S'il ne s'agit que de l'effet  
 » que doit avoir la convention entre le créancier  
 » et le débiteur, les règles suivant lesquelles la  
 » vérité de cette convention doit être établie  
 » sont celles prescrites par la loi des *contrats et*  
 » *obligations conventionnelles en général*. Mais si cette  
 » convention doit être opposée à des tiers, si le  
 » détenteur du gage réclame au préjudice de ces  
 » tiers le privilège que la loi lui assure, il faut  
 » alors que la remise de ce gage, ou la conven-  
 » tion dont elle est l'effet, ait une date certaine  
 » qui exclue toute idée de fraude et de collusion  
 » entre ce détenteur et le propriétaire du gage.  
 » Sans cette précaution, un débiteur infidèle, au  
 » moment où il verrait que ses effets mobiliers  
 » vont être mis sous la main de la loi, parvien-  
 » drait, par des intelligences criminelles, à les  
 » soustraire à l'action de ses créanciers. » Ces

(1) *Nantissement*, n° 17.

(2) Rogues, ch. 26.

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

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

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

(1) Fenet, t. 15, p. 215.

(2) *Infrà*, n° 115.

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

113. Mais, à part le cas où l'intérêt n'excède pas 150 fr., l'art. 2074 gouverne les prêts civils accompagnés de nantissement.

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

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

(1) Danty, p. 77.

(2) *Suprà*, n° 109.

(3) N° 110.

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

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

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

(2) Art. 1353 C. c., 12 et 109 C. de comm.  
V. Pothier, *Nantissement*, 17.  
Paris, 31 août 1836 (Daloz, 37, 2, 7).  
Bordeaux, 28 août 1840 (Deville., 41, 2, 170).

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

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

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

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

(1) *Suprà*, n 108.

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

(2) Savary, *loc. cit.*

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

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

(1) *Id.*

(2) Despeisses, t. 1, p. 251, *Du gage*, sect. 2.  
Lecamus, sur l'art. 181 de la cout. de Paris.  
Jousse, sur les art. 8 et 9 de l'ord.  
Rogues, t. 1, ch. 26, n° 1.  
Duparc-Poullain, t. 7, p. 332, dit même (en s'en

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

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

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

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

(1) T. 1, p. 610.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(1) T. 2, n° 400.