

par l'emprunteur au prêteur; mais ce connaissement devait-il s'appliquer, dans l'intention des parties, à couvrir les opérations antérieures? Rien, ni dans les faits ni dans l'arrêt, ne permet de le supposer; il semble que le chargement expédié était plutôt destiné à servir de gage pour le paiement de nouvelles traites venant plus tard à échéance. Dans cet état de choses, il n'est pas étonnant que l'arrêt ait refusé le privilège. C'était rentrer dans les idées que nous émettions tout à l'heure et d'après lesquelles le gage n'est pas affecté par les créances qui lui sont restées étrangères (1). On pourra se rappeler que ce n'est pas la première fois que nous les émettons. Nous les avons fait ressortir dans notre commentaire des *Privilèges et hypothèques*, en parlant de l'ouvrier qui, recevant des matières premières pour les travailler, et les ayant rendues sans avoir été payé de son salaire, aurait la prétention d'affecter à son gage d'autres matières premières remises après coup, sans que la convention les ait formellement engagées entre ses mains à titre de garantie (2).

227. C'est dans une hypothèse semblable qu'a été rendu un arrêt de la Cour de Douai du

(1) *Suprà*, n° 212.

(2) T. 1, n°s 259 et 178.

29 novembre 1843, qui n'a peut-être pas toujours été apprécié à sa véritable portée par les arrêtistes. On va voir que les faits n'établissent aucune liaison conventionnelle entre les avances et le chargement servant de gage.

Duez-Dubrunfaut envoie à Charles Carlier un connaissement de cinquante pièces d'eau-de-vie qu'il passe à son ordre, avec prière de lui faire des avances. Charles Carlier fait des avances après la réception du connaissement. Nul doute que ces avances ne fussent privilégiées; elles avaient été faites sur la foi de la consignation. Mais, avant cette négociation, Ch. Carlier avait fait d'autres avances à Duez-Dubrunfaut. Il voulait que son privilège sur les eaux-de-vie s'étendit à ces avances. L'arrêt de la Cour de Douai du 29 novembre 1843 décida, d'accord avec le tribunal de commerce de Dunkerque, que ces avances n'étaient pas privilégiées; car les avances n'avaient pas été faites en contemplation des eaux-de-vie consignées, et, à l'époque où les parties avaient contracté, le créancier n'avait pas même eu la pensée de recevoir un jour ces eaux-de-vie en consignation.

228. On le voit: il est important de ne pas donner trop de portée aux motifs sur lesquels s'appuie cette décision. Si je ne me trompe, l'arrêt de Douai est plutôt en fait qu'en droit; il ne fait pas profiter le privilège aux avances antérieures par la raison que la convention ne l'a pas voulu. Il interprète la volonté des par-

ties en ce sens, qu'elle avait affecté les marchandises aux avances postérieures, et non aux avances antérieures à la consignation.

229. Ces décisions écartées, il est temps d'arriver à des arrêts contraires. Il en est deux de la Cour royale de Nîmes du 7 juin 1843, qui, malgré la convention la plus formelle, ont refusé le privilège aux avances antérieures à la tradition du gage (1). Cette jurisprudence a été un sujet d'inquiétude dans les pays où se fabrique la soie. Là, les villes manufacturières étaient dans l'usage de faire des avances à ceux qui cultivent le mûrier et élèvent les vers à soie ; et par ces avances elles les aidaient à faire leur récolte et à préparer pour la fabrication la matière première. J'ajoute que, dans l'opinion commune des commerçants, on tenait que les avances faites en vue de livraisons futures, étaient privilégiées sur les produits que le débiteur envoyait ensuite au prêteur.

230. Par exemple, un négociant de Saint-Étienne faisait des avances à un moulinier en soie de l'Ardèche, et stipulait que ce dernier lui enverrait en nantissement une partie de marchandise sortie de son usine. Quand le moulinier avait produit, il réalisait la consignation, et le négociant de Saint-Étienne se payait sur son gage.

(1) Devill., 45, 1, 258, 259 ; Dalloz, 45, 1, 242.

On sent combien cette manière de procéder était favorable à l'industrie qui fait la richesse des départements du midi ; elle mettait des ressources à la portée des producteurs de la matière première, et elle donnait aux capitalistes les sûretés nécessaires pour leurs avances.

Eh bien ! les arrêts de Nîmes, se croyant enchaînés par l'inexorable lettre de l'art. 93, ont décidé que ces avances, faites en contemplation de la marchandise future, n'étaient pas privilégiées. Bien que le prêteur eût été nanti de la marchandise même, on la lui a retirée par la raison que l'art. 93 n'autorise le privilège que pour les avances faites après l'expédition, et non pas pour les avances faites en contemplation d'une consignation attendue.

231. Pour faire ainsi violence aux habitudes et aux intérêts du commerce, pour paralyser à ce point les transactions et arrêter l'essor du crédit, il faudrait de puissantes raisons de droit. En existe-t-il ? C'est ce qu'on va voir.

Dans l'ancienne jurisprudence commerciale, on ne doutait pas que le commissionnaire ne fût privilégié autant pour les avances antérieures que pour les avances postérieures ; et voici comment Valin s'exprimait sur le compte de ceux qui mettaient en doute un droit si utile aux intérêts du commerce :

« Cela est si naturel et si juste, qu'il est » étonnant qu'il se soit rencontré des *gens assez* » *chicaneurs* pour disputer la compensation en

» pareil cas, de même qu'en tous autres où le
 » négociant se trouve nanti, *soit avant, soit après*
 » *les avances*. Aussi ont-ils succombé tout autant
 » de fois qu'ils ont eu la témérité d'élever la
 » question. »

Puis Valin insiste pour faire ressortir combien « *les opérations qui produisent la circulation* » *vive du commerce sont favorables et méritent d'être* » *protégées* (1). » Cette doctrine est bien formelle ; elle émane d'un jurisconsulte aussi expérimenté que savant. Elle atteste la pratique commerciale dans ce qu'elle a de plus vrai et de plus constant.

232. L'art. 93 a-t-il dérogé à cet usage ? A-t-il limité le privilège aux avances faites après l'expédition ? A mon avis, il faut entendre cet article d'une manière bien étroite pour lui prêter ce sens restrictif, si contraire aux lois du commerce, à l'usage, à la bonne foi !

L'art. 93 veut que le commissionnaire ait fait des avances sur la marchandise. Est-ce que l'avance n'est pas faite sur la marchandise alors même qu'elle précède l'envoi du gage, pourvu toutefois que ce soit en contemplation de cette marchandise annoncée et promise que des anticipations ont eu lieu ? Est-ce que l'avance n'est

(1) T. 1, p. 610, sur le t. 10, art. 3, de l'ordonn. de la marine.

pas liée au gage et le gage à l'avance, de telle sorte que l'avance repose sur le gage ? Comment ! on prétendra donc qu'un prêt n'est pas un prêt sur gage parce que l'argent aura été payé d'abord et le gage délivré ensuite ? Eh ! qu'importe que l'argent précède le gage ou le gage l'argent, si la convention unit l'argent et le gage d'un lien qui affecte l'un à l'autre ? Quoi ! l'argent donné en contemplation du gage réalisé sera de meilleure condition que lorsque le gage est donné par suite d'un argent déjà avancé en contemplation des sûretés qu'il offre ? Et l'on viendra dire que l'avance n'est pas faite sur le gage donné après coup, quoiqu'il soit bien entendu entre les parties que l'argent a sa garantie dans ce gage, et qu'il n'ait été déboursé taxativement que pour être affecté sur cette marchandise ? J'avoue que je voudrais une interprétation plus large, plus équitable, de la loi commerciale qui repousse si énergiquement les subtilités, et s'adresse au simple et gros bon sens de tout ce qui fait le négoce.

233. Puis, l'art. 93 exige pour l'existence du privilège, dans le cas par lui prévu, que la marchandise soit expédiée. Est-ce donc que, dans les espèces jugées à Nîmes, la marchandise n'avait pas été expédiée et déplacée ? est-ce qu'elle n'était pas passée des mains de l'emprunteur dans celles du prêteur ? est-ce que le prêteur ne la détenait pas, non pas seulement virtuellement

par le connaissance et la lettre de voiture (1), mais en réalité et d'une manière effective? Que faut-il donc de plus?

234. L'interprétation que je combats s'imagine de bonne foi qu'elle s'en tient à la lettre de l'article 93, tandis qu'elle ajoute arbitrairement à la lettre de cet article. Elle lit l'art. 93 comme s'il y avait : *Tout commissionnaire qui a fait des avances sur des marchandises à lui DÉJÀ expédiées d'une autre place.* Or, ce mot DÉJÀ n'est pas dans l'art. 93; on l'y introduit sans raison, sans nécessité, sans que la pensée du législateur le sous-entende. Placez-vous, en effet, au moment où le commissionnaire réclame son privilège. Est-ce que toutes les conditions de l'art. 93 ne se réalisent pas? Est-ce qu'il n'y a pas eu des avances? Est-ce que le contrat ne les a pas affectées sur des marchandises désignées? Est-ce que les marchandises n'ont pas été expédiées?

235. Le vice de cette fausse interprétation vient de ce qu'elle ne voit pas que l'art. 93 ne fait que donner l'énumération des conditions requises au moment où le privilège est réclamé. En effet, le législateur se place à l'instant où éclate la faillite; il jette un coup d'œil rétrospectif sur le passé; il déclare ce qu'il faut que le gagiste ait fait pour être privilégié. Nos ad-

(1) Comme dans les espèces de Rennes, Bordeaux et Dijon.

versaires ne comprennent pas cette situation. Eux, ils se placent au moment du prêt, et ils veulent que la marchandise soit déjà expédiée, pour que l'avance soit utilement faite. Où ont-ils vu que le législateur ait préféré cet aperçu exclusif? Est-ce que la tournure de la phrase ne se prête pas autant et mieux à notre système qu'au leur? Et d'ailleurs, croient-ils qu'il faille si peu de chose pour renverser les précédents, l'usage, toute l'ancienne jurisprudence, toutes les garanties contre les *chicaneurs*?

236. On a cependant cherché des raisons de décider et on s'est flatté d'en avoir trouvé. Écoutez-les :

Pourquoi, l'égalité entre créanciers étant la règle, le législateur a-t-il cependant créé un privilège au profit du commissionnaire? Parce que ce créancier a été plus prudent, plus sage que les autres créanciers. Ceux-ci se sont contentés de la parole du débiteur; s'ils sont trompés, ils sont victimes de leur imprudence. Au contraire, le commissionnaire, qui n'a fait des avances que contre la délivrance effective de la marchandise, n'a voulu courir aucune chance; il n'a livré son argent d'une main que parce qu'il recevait de l'autre des sûretés. Il a été sage : *Vigilantibus jura scripta sunt* (1).

(1) V. la discussion qui a précédé l'arrêt de Nîmes du 7 juin 1843 (Dalloz, 43, 2, 199).

Mais, si au lieu d'un commissionnaire qui a traité avec cette prudence, vous mettez un commissionnaire qui a commencé par se mettre à découvert, attendant de la bonne foi du débiteur de lui envoyer des marchandises, ce commissionnaire n'a pas été plus sage que les autres créanciers; comme eux, il s'est fié à la bonne foi du débiteur; comme eux, il doit subir les conséquences de son imprudence. Tel est le résumé non affaibli des raisons du système adverse.

237. Pour moi, je le demande, est-il possible de s'arrêter à de pareils arguments? Comment! le créancier, qui n'a déboursé son argent qu'à la condition d'être couvert par un gage, n'a prêté qu'à la bonne foi du débiteur? Il n'a pas voulu joindre à la promesse de la personne la sûreté de la chose? Quoi! il est nanti par une précaution que sa prudence lui a dictée; il est réellement nanti d'un objet qui est retiré de la masse des biens possédés par le débiteur! cet objet n'appartient désormais au débiteur que d'une manière imparfaite et sous la condition de payer; les autres créanciers sont obligés de venir chercher cette chose entre les mains du commissionnaire, qui la détient réellement ou virtuellement; possesseur, il peut écarter leurs recherches en disant: *Melior est causa possidentis* (1). Et l'on vien-

(1) *Suprà*, nos 95, 97.

dra dire qu'il est dans la même condition que les créanciers qui n'ont aucun nantissement, aucune sûreté, aucune possession! C'est à n'y pas croire. Et depuis quand la promesse de gage n'arrive-t-elle pas à toute l'efficacité du gage proprement dit, quand la tradition a eu lieu et que le gagiste a la chose dans les mains en vertu du contrat? Dès ce moment, cesse la simple promesse de gage; c'est un gage qui a été réalisé, et qui est parfait.

238. Il est donc clair que cette recherche du but de la loi, créatrice du privilège, se rétorque contre ceux qui s'y livrent. Il y a évidemment un créancier qui a fait foi à la chose plus qu'à la personne. Que cette chose lui ait été donnée un peu plus tôt, un peu plus tard, avant ou après la délivrance de l'argent, c'est une puérilité de s'en inquiéter. Le fait est qu'il est nanti, et qu'il a retiré, en temps utile, du patrimoine servant de gage aux autres créances, un objet qu'il détient privativement pour sa sûreté. Il est dans toutes les conditions qui érigent le privilège de gagiste. C'est ce que le jurisconsulte Marcianus décide d'une manière expresse: « *Res hypothecæ* » *dari posse sciendum est, sive in diem vel sub conditione, et sive in præsentis contractus est, sive etiam* » *PRÆCEDAT* (1). » Et véritablement, on s'étonne qu'il soit nécessaire d'insister sur des vérités aussi élémentaires. D'ailleurs, le gage est toujours ac-

(1) L. 5, D., *De pignori*.

cessoire à une obligation principale ; l'important est que cette obligation principale existe. Dès l'instant qu'elle existe, on ne voit pas pourquoi le gage donné *ex post facto* serait moins privilégié que celui qui a été donné au moment du contrat principal.

239. Voici maintenant une autre raison dont se sont avisés les partisans de l'interprétation restrictive, contre laquelle on ne saurait trop s'élever.

Le privilège tient à la nature, à la cause, à l'origine de la créance. Une créance qui n'est pas née privilégiée ne peut le devenir plus tard à l'aide de conventions postérieures. Ainsi, aucune circonstance, aucun fait postérieur aux avances, ne peut faire qu'à l'instant où la créance a pris naissance, elle soit née privilégiée, puisque, dans cet instant, la condition du privilège, la possession, n'était pas remplie.

Cette objection, à force de vouloir prouver, ne prouve rien du tout. Comment ! vous prétendez qu'une créance qui n'est pas née privilégiée ne peut le devenir *ex post facto* par aucune circonstance ? Mais quoi ! je prête aujourd'hui à Pierre 6,000 fr. sans caution, sans gage, sans garantie ; ma créance n'a de privilège d'aucune espèce ; est-ce que cependant Pierre et moi nous ne pouvons pas convenir six mois après, par acte formel, que je reçois en gage tant de sacs de café et de sucre que vous me livrez pour garantie ? Est-ce que par-là ma créance, non privilégiée

dans l'origine, ne le devient pas *ex post facto* par la circonstance tirée de la volonté des parties ? Est-ce que Marcianus ne vous a pas dit que le gage peut venir s'ajouter à un contrat préexistant ? Et s'il s'y ajoute, ne lui communique-t-il pas des prérogatives qu'il n'avait pas avant ?

L'argument n'a donc rien de bien inquiétant.

240. J'ajoute que, dans l'espèce jugée par la Cour de Nîmes, la créance n'avait pas besoin de devenir privilégiée ; elle l'était *ab initio*. Le négociant de Saint-Étienne n'avait donné son argent au moulinier de l'Ardèche qu'à la condition qu'un gage lui serait envoyé. Or, cette condition étant accomplie par la réalisation du gage, l'effet en remontait au jour du contrat (1).

241. Nous reconnaissons pourtant, avec nos adversaires, que la tradition est de l'essence du gage (2). Mais ce n'est pas à dire pour cela que le contrat doit commencer par la tradition (3). A quelque époque que se fasse la tradition (pourvu que le débiteur ne soit pas failli), cette tradition est bonne ; elle investit le contrat de toutes ses conditions. Si nous venions prétendre qu'avant la tradition le créancier a un droit réel dans

(1) Favre, *Ration.*, sur la loi 5, D., *De pign. et hypothec.*

MM. Delamarre et Lepoitevin, t. 4, n° 40, enseignent quelque chose d'analogue.

(2) *Suprà*, n°s 25, 26.

(3) *Suprà*, n° 27.

la chose, c'est alors que les objections seraient victorieuses. Mais nous évitons, autant qu'il est en nous, de payer le tribut à l'absurde; nous disons que la tradition ayant lieu en vertu de la convention, alors naissent le droit réel, le privilège, la rétention.

242. En voilà assez sur cette première hypothèse. Nous n'hésitons pas à soutenir que lorsque la convention a fait du gage une condition formelle de l'avance, l'avance est privilégiée quand même le prêteur aurait fait son découvert avant d'avoir le gage entre ses mains (1). La réalisation du gage a un effet rétroactif et opère comme si le gage avait été fourni *ab initio*.

243. Voici maintenant une deuxième hypothèse. Ce n'est plus le cas où le gage, primitivement promis par la convention, vient trouver le créancier déjà à découvert de ses avances; c'est celui où les parties transportent la garantie, légalement attachée au gage originaire, sur un autre gage qu'elles entendent substituer au précédent. *Ab initio*, le créancier n'a jamais suivi la foi du débiteur; *ab initio*, il ne lui a prêté que sur un nantissement réalisé. Seulement, pour la commodité de l'emprunteur, celui-ci demande de mettre un autre gage à la place de celui dont il est nanti, et le créancier, à qui il importe peu que sa garantie repose sur telle chose plutôt que

(1) *Suprà*, n° 134.

sur telle autre, quitte la possession du premier gage pour prendre la possession du second. Dans cet état de choses, est-on fondé à dire que l'avance n'a pas été faite sur le second gage, qu'elle n'avait été faite qu'en vue du premier, et que le créancier a perdu sa rétention et son privilège?

L'affirmative a été jugée par la Cour royale de Rouen. Un arrêt de cette Cour a déclaré l'article 93 du Code de commerce inapplicable à cette situation.

244. Voyons d'abord l'espèce :

La maison Laffitte, de Paris, en vertu d'une convention passée entre elle et Duval, négociant à Dieppe, avait avancé à ce dernier une somme de 40,000 fr., pour garantie de laquelle il avait passé à l'ordre de ladite maison Laffitte un connaissement de plusieurs barriques d'eau-de-vie, expédiées sur le navire *l'Alexandre*.

Plus tard, Duval proposa à la maison Laffitte de reporter sur un chargement de barriques d'eau-de-vie, à lui expédié de Cette au Havre par le navire *l'Aglaé*, le gage que cette même maison Laffitte avait sur les barriques de *l'Alexandre*. La proposition fut acceptée. Les connaissements de *l'Alexandre* furent renvoyés; Duval passa à l'ordre de la maison Laffitte les connaissements de *l'Aglaé*.

Pendant que la marchandise naviguait de Cette au Havre, Duval tomba en faillite. Sarran et compagnie, vendeurs des liquides chargés sur *l'Aglaé*, les firent saisir à titre de revendication. La