

dataire de la maison Robertson. Les objets n'étaient pas en la possession de Lima; ils étaient en la possession de la maison Robertson. Celle-ci avait donc le privilège de commissionnaire fondé sur le nantissement. C'est ce qui fut jugé successivement par le tribunal de commerce du Havre, par la Cour royale de Rouen et par arrêt de rejet de la chambre civile de la Cour de cassation du 1^{er} septembre 1840 (1).

346. Il aurait pu en être autrement si Odiot avait ignoré la qualité d'Alvez, et s'il était resté dans l'opinion que ledit Alvez n'était que le représentant de Lima. Chargé, en effet, par la commande de confectionner la marchandise et de la remettre à Alvez, il aurait justement pensé que celui-ci, commissionnaire indiqué par Lima, possédait pour lui, Lima; et il n'aurait pas été sans raisons pour soutenir que la possession de la maison Robertson n'avait pas cette certitude, cette évidence, ce caractère exclusif qui est nécessaire pour fonder le privilège du gagiste. Mais les faits de la cause écartaient toutes ces objections.

347. Si le gage est stipulé, mais non livré, et que le débiteur tombe en faillite, la tradition est tardive dans ce moment critique, où il y a dessaisissement de tout son actif au profit de ses créanciers (2).

(1) Devill., 41, 1, 162.

(2) V. *suprà*, nos 257, 258, 276.

Supposons que Primus écrive à Secundus : « Acceptez mes traites; je vais vous envoyer le connaissement à ordre d'un chargement que je fais partir de Bordeaux et qui va aller dans votre port, à Nantes. Vous vous paierez sur les marchandises. » Si Primus tombe en faillite avant d'avoir fait partir le connaissement, et qu'il ne l'adresse à Secundus que lorsque sa faillite est un fait accompli, les syndics auront le droit de réclamer ce connaissement (1).

348. Il en serait autrement si le connaissement avait été envoyé avant la faillite, lors même qu'il ne serait arrivé entre les mains du destinataire qu'après cet événement. C'est en ce sens que j'interprète un arrêt de la Cour de Rennes du 12 juin 1840, rapporté par MM. Delamarre et Lepoitevin (2). Je ne puis croire que la Cour royale eût validé l'expédition dans un cas où l'envoi du connaissement était contemporain de la faillite. La faillite dessaisit le débiteur; le connaissement est la propriété de la masse dès le jour de la faillite, et il y a saisie-arrêt sur tout l'actif. Le failli n'a pu en disposer.

349. Il en est de même si le gage est livré dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite. L'art. 446 du Code de commerce con-

(1) *Suprà*, nos 257, 258.

(2) T. 2, n° 410.

duit à ce résultat. Il annule les nantissements constitués dans les dix jours qui précèdent la faillite; or, c'est par la tradition que le gage arrive à être constitué; c'est la tradition qui le rend parfait et le complète (1).

La question a cependant fait du doute à l'égard des significations de transports; on a même décidé que la signification, destinée à saisir le créancier, est valable si elle est faite dans les dix jours qui précèdent la faillite, pourvu qu'elle ait eu lieu avant le jugement déclaratif de la faillite. Nous renvoyons à ce que nous avons dit ci-dessus de cette question (2).

350. Il ne suffit pas que le gagiste ait été investi de la possession de la chose; il faut encore qu'il continue à la posséder. C'est une autre condition précise de notre article. S'il avait perdu la possession, il perdrait son privilège. Il serait désarmé, à l'égard des tiers, du principe qui fait la force de son droit. Il est censé y avoir renoncé (3), et cette renonciation tacite est excellente, quand même l'événement prouverait que le créancier s'est trompé sur la solvabilité du débiteur lorsqu'il a consenti à se dessaisir (4).

En effet, comment pourrait-il retenir la chose,

(1) V. le texte de notre art. 2076.

(2) V. *suprà*, nos 274, 275, 276.

(3) Arg. de ce que dit Ulpien, l. 9, § 3, D., *De pignorat.*

(4) *Licet in hoc deceptus sit. Ulp., loc. cit.*

s'il ne l'a plus sous sa main? Comment pourrait-il exercer son privilège, lequel, par l'art. 2076, est attaché à la possession?

Il est donc incontestable que le commissionnaire n'a privilège sur la chose qui fait son gage que lorsqu'il la détient dans ses magasins ou qu'il la possède par son mandataire; il est donc certain qu'il perd ce privilège lorsque la marchandise sortie de ses mains, et après avoir voyagé en destination pour le débiteur, est entrée dans les magasins du commettant; ou bien quand il y a eu livraison de cette marchandise au commettant ou à ses représentants.

351. Mais si la marchandise, quoique mise en route, n'a pas été livrée au commettant, par l'effet d'une prévision prudente du commissionnaire; si, à l'arrivée de cette marchandise, le mandataire du commissionnaire a ordre de la détenir jusqu'au paiement, le commissionnaire ne sera pas dessaisi. Son privilège pourra s'exercer. Rien n'est encore plus évident. C'est à ce point de vue qu'a été rendu un arrêt de la chambre des requêtes du 18 avril 1843 (1).

Vendriès et Tosar, de la Havane, avaient, par commission de Mérentié, de Marseille, acheté des sucres; ces sucres furent expédiés sur 4 navires. Il est à remarquer que les connaissements

(1) Devill., 43, 1, 527.

étaient à l'ordre de Vendriès et Tosar, et que l'envoi ne désignait aucun autre consignataire.

A l'arrivée à Marseille, Mérentié était en faillite. Rabaud et compagnie, mandataires de Vendriès et Tosar et porteurs des connaissements, demandèrent que, faute par la faillite d'acquitter le prix des sucres, la marchandise fût vendue, pour le prix en provenant être employé à payer par privilège les commissionnaires.

Ils étaient fondés à l'obtenir. Vendriès et Tosar ne s'étaient pas dessaisis; ils avaient eu la précaution de faire faire les connaissements à leur ordre et sans désignation de consignataire. Qu'importe que la marchandise eût quitté la Havane pour voyager jusqu'à Marseille, si elle n'avait pas cessé un instant d'être dans la main de Vendriès et Tosar? et comment douter de la persistance de la possession de ceux-ci, puisque les connaissements étaient à leur ordre et que la marchandise ne pouvait être remise à Marseille qu'à eux ou à leur mandataire?

C'est ce qui fut successivement jugé par le tribunal de commerce de Marseille et par arrêt de la Cour d'Aix du 29 juin 1842, et finalement par l'arrêt précité de la Cour de cassation.

352. Mais toutes les espèces ne se présentent pas dans des conditions aussi évidentes et avec des précautions aussi bien prises. Alors surgissent de graves difficultés! La marchandise peut n'être pas encore entrée dans les magasins du destinataire, et cependant avoir été expédiée sans

que l'expéditeur ait fait faire les connaissements à son ordre, ou sans qu'il ait gardé les lettres de voiture. Dans ce cas, il y a dépossession du gagiste; la marchandise est censée livrée (1). Sans doute, s'il s'agissait d'un vendeur et d'un acheteur, une telle tradition ne serait pas de celles qui excluent la revendication (2). Mais, remarquons-le! la revendication du vendeur est fondée sur la propriété (3), et le droit du gagiste est fondé sur la possession (4). Il ne faut donc pas argumenter de la vente au gage. Les faits de dépossession qui font obstacle au privilège du gagiste peuvent n'être pas suffisants pour faire obstacle à la revendication du vendeur. On se tromperait donc si, pour juger de la dépossession du gagiste, on exigeait que la tradition fût portée au degré où les art. 576 et 577 du nouveau Code de commerce exigent qu'elle soit poussée pour enlever au vendeur la revendication.

Ainsi, le commissionnaire qui aura expédié la marchandise sans la précaution dont nous parlions relativement au connaissement ou à la lettre de voiture perdra son privilège; en perdant la possession, il se sera réduit à l'état de créancier chirographaire.

(1) Mon comm. de la *Vente*, t. 1, n° 281.

(2) Art. 576 et 577 du nouveau C. de c. *Infrà*, n° 367.

(3) Mon comm. des *Hypoth.*, t. 1, n° 187 (*bis*).

(4) *Suprà*, n° 97.

353. Cette proposition ne me paraît pas avoir été contestée, en thèse générale, par la jurisprudence. On admet qu'alors le commissionnaire est dessaisi et qu'il n'a pas de privilège de gagiste à réclamer.

Mais il y a un cas particulier ou un biais a été imaginé pour tourner ces principes. Il faut en instruire le lecteur.

354. Certains commissionnaires existent, qui sont préposés à l'achat des marchandises. Or, quand un commissionnaire de cette espèce achète la chose en son nom, mais pour son commettant, et qu'il la paie de ses deniers, on s'est avisé de le considérer comme une sorte de vendeur à l'égard de son commettant, comme *un vendeur fictif*. On a dit : En achetant et en payant, puis en livrant la marchandise au commettant, c'est comme s'il en était le vendeur à l'égard de ce dernier. Et, partant de là, on a élevé la prétention de lui attribuer, non pas le privilège du gagiste, mais le droit bien plus exorbitant de revendiquer la marchandise, comme s'il était vendeur.

355. C'était une grande hardiesse; elle a fait reculer de bons esprits. Et toutefois ceux qui s'en sont effrayés se sont jetés dans une hardiesse non moins grande. Ils ont dit : Que le commissionnaire ne soit pas un vendeur, qu'il ne soit pas un vendeur fictif, nous l'admettons. Mais, du moins, on ne peut nier que le commission-

naire pour compte, en achetant la marchandise, ne se soit obligé pour lui et pour son commettant; dès lors, il a un intérêt à payer le vendeur, et par-là il s'est subrogé aux droits de celui-ci d'après l'art. 1251 du Code civil; donc, la revendication qu'aurait eue le vendeur, il peut l'exercer comme subrogé à ses droits.

356. Voici dans quelle espèce ce système s'est produit pour la première fois avec la haute sanction de la Cour suprême :

Les sieurs Calliano, négociants à Vienne (Autriche), achètent 30 balles de coton pour Saltzman, de Strasbourg. Ils font cet achat en leur nom personnel; ils paient le prix comptant de leurs propres deniers. Les Calliano expédient les marchandises à Saltzman avec la lettre de voiture, dans laquelle ils comprennent le prix de l'achat, les frais de passage, le droit de courtage et de commission.

Les balles de coton arrivent à Strasbourg; elles sont déposées à la douane sous balle et sous cordes. Elles n'en avaient pas encore été retirées lorsque Saltzman fit faillite.

Les Calliano formèrent une action en revendication. Ils prétendirent qu'ils devaient être considérés comme vendeurs à l'égard de Saltzman. Les syndics leur répondirent : Vous n'êtes pas vendeurs; vous êtes des mandataires qui avez fait une commission. L'agissement le prouve; la lettre de voiture dans laquelle vous réclamez votre commission le prouve encore plus.

Le tribunal de commerce accueillit la demande des Calliano. On ne pouvait pas dire cependant qu'ils fussent saisis; ils ne l'étaient pas. La marchandise n'était plus à leur disposition; elle était à la disposition de Saltzman.

La Cour royale de Colmar fut frappée de cet état de choses; elle refusa le privilège et la revendication.

On se pourvut en cassation, et là on plaida, soit que les Calliano étaient des vendeurs fictifs, soit, subsidiairement, qu'ils étaient subrogés au vendeur.

357. Le point de vue principal, tiré d'une vente fictive, ne produisit pas d'impression sur la Cour de cassation; mais le point de vue subsidiaire parut victorieux. Les Calliano ont fait l'achat des balles de coton en leur nom personnel; ils les ont payées de leurs deniers, quoique pour compte de Saltzman. Sans doute, ils ne sont pas vendeurs: la Cour royale l'a décidé en fait, d'après la correspondance et les circonstances de la cause; mais, du moins, la Cour royale n'a pu s'empêcher de reconnaître qu'en faisant cet achat, les Calliano s'étaient engagés pour et avec Saltzman. Dès lors, ils avaient intérêt d'acquitter le prix de la vente, et en l'acquittant ils ont été subrogés de plein droit au lieu et place des vendeurs, conformément à l'article 1251, n° 3, du Code civil. C'est sur ce raisonnement qu'est fondé l'arrêt de la chambre civile

de la Cour de cassation du 14 novembre 1810, qui casse l'arrêt de Colmar (1).

358. Ce système a fait fortune. Il a prévalu dans la jurisprudence (2) et dans les auteurs (3). On a dit et répété que le commissionnaire acheteur pour compte est subrogé aux droits du vendeur. On en est même revenu à dire qu'il est un *vendeur fictif* (4.) Mais, en ce qui concerne cette dernière proposition, nous devons répéter que, bien qu'elle fût un des appuis de la défense des sieurs Calliano devant la Cour de cassation, la chambre civile ne s'est pas senti le courage d'aller jusque-là. Son arrêt est basé sur la subrogation; et s'il ne contient rien de plus, c'est que le système du *vendeur fictif* n'est pas soutenable. Et, en effet, qu'est-ce, en droit, qu'un vendeur fictif? Sur quel texte, sur quelle puissante raison juridique est fondée cette prétendue fiction? Est-

(1) Devill., 3, 1, 259.

Dalloz, v° *Commissionnaire*.

(2) Rouen, 4 janvier 1825 (Devill., 8, 2, 2).

Aix, 29 juin 1842 (Devill., 43, 1, 526).

Rapport de M. Mesnard sur le pourvoi dirigé contre cet arrêt (Devill., *loc. cit.*).

(3) M. Merlin, Répert., v° *Revendication*.

M. Persil, *Rég. hypoth.*, sur l'art. 2102, n° 22.

M. Pardessus, t. 2, n° 563.

M. Dalloz, v° *Commissionnaire*.

(4) Arrêt d'Aix précité.

ce que les Calliano étaient propriétaires de la marchandise? Est-ce qu'ils ne l'avaient pas achetée, non pour eux, mais par mandat de Saltzman, et comme commissionnaires de ce dernier? Est-ce que, dès lors, ce n'était pas Saltzman qui en était propriétaire? Il est vrai que le prix de vente avait été payé des deniers des Calliano; mais depuis quand une telle circonstance change-t-elle les rôles? Depuis quand l'acheteur cesse-t-il d'être tel parce que le prix de vente a été payé avec un argent qui n'est pas le sien?

Il n'y a donc rien de sérieux dans le système du vendeur fictif.

359. Celui de la subrogation est-il meilleur? MM. Delamarre et Lepoitevin n'hésitent pas à se prononcer pour la négative (1), et je suis entièrement de leur avis. « L'application de l'article 1251 du Code civil, disent très bien ces savants auteurs, ne peut jamais avoir lieu que le créancier n'ait au moins deux obligés. Cela est évident. Or, dans notre espèce, qui suppose un commissionnaire achetant en son propre nom, le vendeur n'a pour obligé que le seul commissionnaire, qui n'a engagé que lui seul.»

On sait, en effet, que lorsque le mandataire s'est obligé en son nom personnel, les tiers n'ont aucune action contre le mandant, de même que

(1) T. 2, n° 395.

le mandant n'a pas d'action contre les tiers. J'ai établi ce point de la manière la plus incontestable dans mon commentaire du *Mandat* (1). Les Calliano ayant traité en leur nom pour l'achat des balles, il est certain que le vendeur de ces balles n'avait aucune action contre Saltzman qui était pour eux une personne *penitùs extranea*. La Cour de cassation s'est donc trompée quand elle a dit que les Calliano s'étaient engagés pour et avec Saltzman. Ils n'avaient engagé qu'eux-mêmes à l'égard des vendeurs; n'ayant pas nommé Saltzman, ils ne l'avaient pas obligé au vendeur. Saltzman, mandant, était un tiers pour le vendeur, et c'était le cas de dire avec Casaregis: *Respectu habito ad tertium, mandans consideratur ut persona extranea* (2). Il n'y a pas de doctrine plus fautive et plus contraire à tous les principes reçus en matière de commission que celle dont l'arrêt de la Cour de cassation est ici l'écho.

360. Si cependant la Cour de cassation n'avait établi cette communauté d'obligation que par suite des faits déclarés constants, je n'aurais rien à dire contre son assertion. La question de savoir si le mandant est entré dans le contrat passé entre le mandataire et les tiers est aussi une question de fait. Elle dépend des

(1) Nos 522, 535 et suiv.

(2) Disc. 76, n° 2.