

CODE NAPOLÉON,

LIVRE III,

TITRE XVIII :

DES

PRIVILÈGES ET HYPOTHÈQUES.

CHAPITRE IV.

DU MODE DE L'INSCRIPTION DES PRIVILÈGES
ET HYPOTHÈQUES.

ARTICLE 2146.

Les inscriptions se font au bureau de conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel sont situés les biens soumis au privilège ou à l'hypothèque. Elles ne produisent aucun effet, si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls.

Il en est de même entre les créanciers d'une succession, si l'inscription n'a été faite par l'un d'eux que depuis l'ouverture, et dans le cas où la succession n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire.

SOMMAIRE.

646. Liaison.
647. Dans le cas ordinaire, il n'y a pas de délai prescrit pour s'inscrire. La loi s'en rapporte à la diligence des parties. Mais lorsqu'un tiers acquéreur veut purger, il faut s'inscrire dans la quinzaine de la transcription, ou, si c'est une hypothèque légale, dans les deux mois de l'exposition du contrat. Renvoi pour le délai d'inscription de certains privilèges.
648. Législation antérieure au Code Napoléon sur la nécessité de s'inscrire dans certains délais pour conserver l'hypothèque.
649. Exceptions au principe qu'en cas ordinaire on peut s'inscrire quand on le juge convenable. 1° *Cas de faillite*. Raison pour laquelle on ne peut s'inscrire dans les dix jours de son ouverture; exagération et inconvénients de l'article 2146 du Code Napoléon, et de l'art. 443 du Code de commerce.
650. La déclaration de 1702 ne défendait que les hypothèques conventionnelles et judiciaires dans les dix jours antérieurs à l'ouverture de la faillite. L'art. 2146 défend de plus la conservation des privilèges sur les immeubles. Raisons pour faire rejeter cette extension; raisons pour la faire admettre, quoique exorbitante.
651. Mais l'art. 2146 ne peut s'appliquer au privilège de la séparation des patrimoines.
652. Ni aux architectes qui ont travaillé pour la masse des créanciers.
653. Résumé des effets de l'art. 2146.
- 653 bis. Esprit de l'art. 443 du Code de commerce, qui défend l'acquisition de privilèges mobiliers dans les dix jours de la faillite. Sens du mot *acquérir*.
654. D'après l'acception que lui donne l'article 443, il n'y a de pros crit que le privilège de gagiste, mais nullement les privilèges généraux et les autres privilèges spéciaux.
655. L'art. 443 ne pros crit pas non plus l'acquisition des hypothèques légales dispensées d'inscription. Dissentiment avec M. Pardessus et M. Dalloz.
- 655 bis. De l'inscription prise d'après l'art. 500 du Code de commerce pour la masse sur les biens de la faillite.

- 655 *ter.* On peut s'inscrire sur le failli quand il n'est que tiers détenteur. On peut s'inscrire sur les tiers détenteurs des biens acquis du failli dans les dix jours.
656. Examen de la question de savoir quel est le sort des hypothèques acquises entre l'ouverture de la faillite et la déclaration de son ouverture. Réfutation d'un arrêt de la cour de Paris, et approbation d'un arrêt de la cour de Bordeaux. Théorie du Code de commerce sur l'*ouverture* de la faillite. Ressemblance et dissemblance avec l'ancienne jurisprudence.
- 656 *bis.* Question proposée par M. Pardessus.
657. Question transitoire.
- 657 *bis.* Renvoi pour le renouvellement des inscriptions pendant la faillite.
- 657 *ter.* 2° *Exception* pour le cas de *succession bénéficiaire*. Pourquoi on ne peut s'inscrire sur pareille succession.
658. Question transitoire.
- 658 *bis.* La prohibition de s'inscrire ne s'étend pas sur les biens que possède une succession bénéficiaire comme tiers détenteur.
- 658 *ter.* L'acceptation de la succession sous bénéfice d'inventaire produit un effet rétroactif, et annule les hypothèques acquises depuis l'ouverture.
659. L'art. 2146 a lieu quand même la succession serait acceptée *par un mineur*.
- 659 *bis.* On ne peut inscrire *un privilège* sur les successions bénéficiaires.
- 659 *ter.* 3° Tout ceci s'applique à la *succession vacante*.
660. Mais non pas à la succession acceptée purement et simplement.
- 660 *bis.* On peut *renouveler* les inscriptions en cas de faillite, de succession bénéficiaire ou vacante. Erreur de M. Pardessus.
661. L'art. 2146 ne s'applique pas au cas de *déconfiture*.
662. Ni au cas de cession de biens.
663. 4° *Exception*. On ne peut plus s'inscrire quand il y a vente sur expropriation forcée. Renvoi.
- 663 *bis.* Ni quand un immeuble est purgé. Exceptions et anomalie.

COMMENTAIRE.

646. J'ai montré ci-dessus (1) l'objet de l'inscription, qui est de mettre l'hypothèque en action et de lui assurer un rang parmi les créanciers du débiteur. Dans ce chapitre je m'occuperai principalement de la forme de l'inscription. Mais c'est plus spécialement sous l'article suivant que l'on trouvera la description des solennités importantes qui constituent l'inscription. Notre article m'avertit que je dois parler ici du délai accordé pour s'inscrire, et des cas où l'inscription arrive trop tard et ne peut plus être prise avec effet.

647. En général, la loi ne détermine aucun délai pour s'inscrire. Elle s'en rapporte à la vigilance du créancier hypothécaire, qui, sachant que son hypothèque est inefficace tant qu'elle n'est pas inscrite, doit s'empresser de la manifester dans le plus bref délai, afin de lui assurer un rang utile.

Il arrive cependant une époque où les créanciers non inscrits sont mis en demeure de le faire dans un délai déterminé : c'est lorsqu'un tiers acquéreur veut purger les hypothèques existantes sur les biens qu'il acquiert. Ce n'est pas le lieu de s'en occuper ici avec détail. Je dirai seulement que, d'après les art. 834 et 835 du Code de procédure civile, les créanciers ordinaires doivent, à peine de déchéance, s'inscrire dans la quinzaine de la transcription de la vente volontaire, et que, d'après les art. 2194 et 2195 du Code Napoléon, les hypothèques légales des mineurs et des femmes mariées doivent être inscrites dans les deux mois de l'exposition du contrat translatif de propriété, sans quoi l'immeuble demeure purgé de ces hypothèques.

En ce qui concerne les privilèges sur les immeubles,

(1) N^{os} 566 et suiv.

il en est quelques-uns dont l'inscription est assujettie à un délai déterminé. J'en ai parlé sous les art. 2109 et 2111 du Code Napoléon.

648. Jetons maintenant un rapide coup d'œil sur l'état des choses qui a précédé la publication du Code Napoléon. La loi du 9 messidor an III (art. 255) voulait, afin que les hypothèques pussent remonter à la date du contrat, qu'elles fussent inscrites dans le mois de ce contrat, faute de quoi elles ne pouvaient prendre rang que du jour de leur inscription (1).

La loi du 11 brumaire an VII (art. 37) voulut que les droits d'hypothèque ou privilèges existants lors de sa publication, et qui n'auraient pas été inscrits d'après la loi du 9 messidor an III, le fussent dans un délai de trois mois; l'art. 38 permit qu'à ce prix les hypothèques conservassent le rang qui leur était assigné anciennement; enfin, d'après l'art. 39, il fut dit que les hypothèques anciennes qui n'auraient pas été inscrites avant l'expiration de trois mois, n'auraient d'effet qu'à compter du jour de l'inscription qui serait requise postérieurement (2).

Mais pour les hypothèques constituées depuis la loi de l'an VII, il n'y eut plus de rétrogradation possible, et toutes durent prendre date du jour de leurs inscriptions.

Le Code, ayant ainsi trouvé les règles tracées pour toutes les hypothèques anciennes, ne s'est occupé que des hypothèques et privilèges à venir (3). Je viens de dire au n° 647 quel était son système à cet égard.

649. Mais à côté des principes généraux viennent toujours les exceptions.

Sans doute, en thèse ordinaire, on peut toujours s'in-

(1) *Suprà*, n° 564.

(2) V. un arrêt de la Cour de cassat. du 18 germinal an XIII. Dal., Hyp., p. 222.

(3) Sauf ce que j'ai dit n° 573, 628 et suiv., de quelques dispositions transitoires.

scrire quand on le juge convenable, sauf à s'exposer à ne pas arriver le premier.

Mais il est des circonstances où la nécessité force à modifier cette règle, et où les immeubles sont virtuellement purgés de tous hypothèques ou privilèges non inscrits, abstraction faite de toute mesure propre à pratiquer la purgation des hypothèques.

Le premier cas a lieu lorsque le débiteur tombe en faillite. Alors son créancier hypothécaire ou privilégié ne peut prendre inscription non-seulement lorsque la faillite est ouverte, mais encore dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de cette faillite (Art. 446, Code de commerce) (1).

Les motifs qui ont fait établir cette règle rigoureuse sont (2) que, dans le cas de déconfiture, et lorsque la ruine du débiteur menace la totalité des créanciers de pertes imminentes, il n'est pas juste qu'un de ces créanciers puisse acquérir des garanties au préjudice des autres; sans quoi il pourrait arriver que les créanciers placés sur les lieux et informés des dangers que court la fortune du débiteur, prissent leurs précautions, tandis que les créanciers plus éloignés et avertis postérieurement pourraient ne pas arriver à temps; de sorte que la préférence serait en quelque sorte le prix de la course. La faillite fixe les droits de tous les créanciers : elle les fixe même au rang qu'ils avaient avant les dix jours de son ouverture, parce qu'on suppose que, dès cette époque, le mauvais état des affaires du débiteur était connu.

(1) C'est la règle pour les capitaux; quant aux intérêts, qui sont, dans la loi, l'objet d'une disposition spéciale (art. 2151. V. mon Commentaire de cet article), il en est autrement. Et il a été décidé que le créancier, dont l'hypothèque a été inscrite avant la déclaration de faillite de son débiteur, peut, après le jugement déclaratif, prendre une inscription particulière pour les intérêts de sa créance non conservés par l'inscription première. Cass., 20 février 1850 (*J. Pal.*, 1850, t. 2, p. 247; Sirey, 50, 1, 185).

(2) Je les ai combattus et réduits à leur juste valeur. *Préf.*

Les créanciers doivent s'imputer de n'avoir pas été plus vigilants.

Ainsi, quand même un créancier aurait une hypothèque avant les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, il ne pourrait plus la faire inscrire pendant ces dix jours (1). Car l'inscription améliorerait sa position, et c'est précisément ce que la loi défend.

Tel est le sens et l'esprit de notre article; il est empreint d'une grande exagération, et sa généralité conduit à des résultats que la raison repousse très-souvent, et qui sont, j'en suis sûr, contraires à sa pensée primitive.

Mais c'est surtout quand on le combine avec l'art. 443 du Code de commerce (ancienne loi des faillites) qu'arrivent des difficultés nouvelles.

L'art. 443 du Code de commerce va en effet beaucoup plus loin que l'art. 2146. Ce dernier ne prohibe que les *inscriptions* prises dans les dix jours de la faillite. Mais l'art. 443 attaque le fond du droit d'une manière générale, et il défend d'*acquérir* privilège ou hypothèque sur les *biens* du failli dans les dix jours antérieurs à l'ouverture de la faillite.

On voit combien cette portée est grande; elle semble atteindre les hypothèques et les privilèges dispensés d'inscription, sur lesquels l'art. 2146 ne s'expliquait pas (2). Elle s'arme d'une défiance ombrageuse, qui, au

(1) Art. 5 de la loi de brumaire an VII. Le contraire résulte aujourd'hui de l'art. 448 du Code de commerce, tel qu'il a été rédigé lors de la révision de la loi sur les faillites. V. la note qui suit.

(2) Ceci a été modifié lors de la révision de la loi des faillites. D'une part, l'ancien art. 443, compris aujourd'hui dans le nouvel article 446, s'y trouve corrigé dans sa trop grande généralité. Ce dernier article est ainsi conçu : « Sont nuls et sans effet, relativement à la masse, lorsqu'ils auront été faits par le débiteur » depuis l'époque déterminée par le tribunal comme étant celle » de la cessation de ses paiements, ou dans les dix jours qui » auront précédé cette époque : toute hypothèque *conventionnelle* » ou *judiciaire*, et tous droits d'antichrèse ou de nantissement

premier coup d'œil, paraît embrasser non-seulement les causes ordinaires de préférence, émanées de la concession du débiteur, mais encore les contrats les moins suspects de complaisance. De nombreux efforts d'interprétation ont donc été faits pour limiter cet article.

Je vais passer en revue les difficultés de cette matière délicate.

650. Une déclaration du mois de novembre 1702 portait « que toutes cessions et transports sur les biens des » marchands qui font faillite seraient nuls et de nulle » valeur, s'ils n'étaient faits dix jours au moins avant la » faillite *publiquement connue*; comme aussi que les *actes* » et *obligations qu'ils passeraient devant notaires*, au profit » de quelques-uns de leurs créanciers, ou pour contrac- » ter de nouvelles dettes, ensemble les *sentences* qui se- » raient rendues contre eux, n'acquerraient *aucune hypo-* » *thèque ni préférence* sur les créanciers chirographaires,

» constitués sur les biens du débiteur pour dettes antérieure- » ment contractées. » D'une autre part, l'art. 448, complétant l'amélioration, sous ce rapport, dispose que les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite; mais néanmoins que l'inscription prise après la cessation de paiement ou dans les dix jours qui précèdent, pourra être déclarée nulle, s'il s'est écoulé plus de quinze jours entre la date de l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège et celle de l'inscription.

La jurisprudence a même essayé d'étendre la portée de cette dernière disposition, en décidant que les tribunaux ne sont pas investis d'un pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit de statuer sur la validité des inscriptions prises hors des délais fixés par la loi, et qu'ils n'en peuvent prononcer la nullité qu'autant que le créancier, par sa tardiveté, a causé un préjudice à la masse, en ménageant au débiteur un crédit apparent qui a pu tromper les tiers sur sa véritable situation (Rouen, 8 mai 1851, Sirey, 52, 2, 185). Mais je dois dire que la Cour de cassation ne va pas jusque-là : elle reconnaît aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire, et décide que les jugements qui, pour annuler une inscription tardive, se fondent sur ce qu'aucun empêchement sérieux n'a fait obstacle à l'inscription, échappent à la censure. Cass., 17 avril 1849 (Sirey, 49, 1, 638).

» si lesdits actes et obligations n'étaient passés, et lesdites sentences n'étaient rendues pareillement dix jours au moins avant la faillite *publiquement connue* (1).

En pesant bien les termes de cette déclaration, on voit qu'elle n'a entendu proscrire que les hypothèques *conventionnelles* ou *judiciaires*, constituées dans les dix jours antérieurs à l'ouverture de la faillite. Elle ne peut s'étendre en effet ni aux *hypothèques légales* des mineurs et des femmes (2), puisque ces hypothèques résultent du fait de la loi, et non pas de *sentences* ou d'actes *passés devant notaires* (3); ni aux *privilèges*, puisque c'est aussi la loi qui les concède sans le fait des parties, et qu'ils s'attachent aux transactions faites sous *seing privé* aussi bien qu'aux actes faits par *acte notarié* (4).

La loi de brumaire an vii était entrée dans ce système, si ce n'est que, par suite d'une susceptibilité trop jalouse peut-être, elle avait défendu aux hypothèques, même à celles qui existaient avant les dix jours de la faillite, de se compléter dans ce délai par l'inscription. C'était aller un peu plus loin que la sage déclaration de 1702; mais du moins, en ce qui concerne les privilèges, le système était maintenu (5). Tel était l'état des choses lors de la promulgation de l'art. 2146. A-t-il voulu y apporter des modifications?

Je suis convaincu que telle n'a pas été l'intention de

(1) Dal., v^o Faillite, p. 66, col. 2. Répert., Faillite, p. 65, et Hyp., p. 793.

(2) Sous ce rapport, la déclaration est reproduite par le nouvel art. 446 du Code de commerce qui proscribit limitativement l'hypothèque *conventionnelle* et l'hypothèque *judiciaire*. V. la note du numéro précédent. V. aussi *infra*, n^o 655.

(3) Le mariage (*suprà*, n^o 513) ou la gestion de la tutelle (*suprà*, n^o 429) y donnent lieu.

(4) Il faut excepter le privilège du gagiste que la loi ne concède pas sans le fait des parties, et qui ne résulte, au contraire, que de leur volonté formellement exprimée dans un acte public, ou dans un acte sous seing privé enregistré.

(5) Arg. des art. 5, 26, 29.

ceux qui l'ont rédigé. Mais ils se sont servis d'expressions qui dépassent leur pensée, et qui, malgré eux peut-être, ont altéré l'état de l'ancienne législation.

Que dit en effet notre article? Que les inscriptions prises dans les dix jours de la faillite sont sans efficacité, et il applique cela non-seulement aux hypothèques, mais encore aux privilèges sujets à inscription.

Ainsi le privilège du vendeur, le privilège du copartageant, le privilège de l'architecte, bien qu'existant avant les dix jours de la faillite, ne pourront être inscrits dans ces dix jours, et par là ils se trouveront paralysés.

Il y aurait quelque chose de hardi à dire sur ce texte de l'art. 2146; ce serait de soutenir que le législateur est tombé dans la même confusion que dans l'art. 2136, où nous l'avons vu accoler ensemble les mots de *privilège* et d'*hypothèque*, et appliquer avec une grande légèreté aux privilèges ce qui n'est possible que pour les hypothèques conventionnelles (1). Ce qu'il a fait dans l'article 2136, pourquoi ne l'aurait-il pas fait dans l'art. 2146, et dans combien d'autres circonstances ne l'avons-nous pas vu se servir de mots qui ont trompé sa pensée, et que l'interprétation a dû nécessairement corriger, afin de rentrer dans le vrai? N'a-t-il pas dit, par exemple, dans l'art. 2106, que les privilèges ne produisent d'effet qu'à *compter de la date de leur inscription*? ce qui est un contre-sens si évident qu'il n'est personne qui aujourd'hui considère ces mots comme ayant quelque valeur (2).

On se fortifie d'autant plus dans cet esprit d'indépendance contre le texte de notre article, qu'on ne voit pas de motifs plausibles pour étendre aux privilèges une disposition que la législation antérieure avait restreinte avec raison aux hypothèques conventionnelles et judiciaires.

(1) *Suprà*, t. 2, n° 633 bis.

(2) *Suprà*, t. 1, n° 266 bis.

En effet, l'inscription donne à l'hypothèque un rang qu'elle n'avait pas encore. Elle crée pour l'hypothèque un droit nouveau ; au contraire, en matière de privilège, l'inscription ne fixe pas les rangs, elle ne fait que *conserver* le droit à la préférence. Or, comme disait M. Merlin sur une autre question, la faillite ne devait pas empêcher de *conserver* des droits *acquis*, et l'on ne doit pas argumenter d'un droit à *acquérir* à un droit à *conserver* (1).

Il y a plus ; la loi ne défend pas au failli de faire, dans les dix jours qui ont précédé sa faillite, des traités et des actes de bonne foi : il peut vendre, acheter, procéder à un partage s'il n'y a pas fraude (2). Conçoit-on, dès lors, que la vente qu'on lui fait de bonne foi soit reconnue valable, et qu'elle ne produise pas en même temps le privilège que la loi attache de plein droit et sans stipulation à toute vente dont le prix n'a pas été payé ? le conçoit-on surtout, lorsqu'on sait que le vendeur peut reprendre sa chose en faisant prononcer la résolution de la vente ?

Des raisons à peu près semblables militent en faveur du copartageant, de l'architecte, etc. Soixante jours sont donnés au copartageant pour s'inscrire ; et tandis qu'il se repose sur cette promesse de la loi, voilà que la faillite de son débiteur suffit pour rendre son privilège inutile ; mais la faillite ne peut faire que l'immeuble ne soit entré dans le patrimoine du failli avec la charge des soultes ou des garanties ; elle ne peut empêcher que l'architecte n'ait amélioré la condition du failli, et qu'il n'ait fait par conséquent l'affaire de tous les créanciers.

Adopter l'art. 2146, dans ce qu'il a de relatif aux privilèges, n'est-ce pas violer la règle que *nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui* ?

(1) Quest. de droit, v^o Inscript. Hypoth., p. 613, col. 2.

(2) Cela résultait de l'art. 444 du Code de commerce. Néanmoins, le nouvel art. 446 y met quelques restrictions, en ce sens qu'il ne valide que les paiements faits pour dettes échues, et encore en tant que ces paiements auraient été faits en espèces ou effets de commerce.

Aussi presque tous les auteurs ont-ils pensé que l'article 2146 devait être restreint aux hypothèques, et qu'il ne devait pas être étendu aux privilèges (1). C'est aussi ce qu'a jugé la cour de Paris par arrêt du 20 mai 1809 (2).

Mais, comme je le disais en commençant, cette opinion est hardie, et je ne m'étonne pas que la jurisprudence n'ait pas osé l'adopter. La Cour de cassation s'est constamment prononcée contre elle (3), et les cours impériales (4) ont suivi cette direction, et imité cette réserve.

Moi-même, qui reconnais tous les inconvénients de l'art. 2146, toutes les fois que j'ai eu à traiter cette question comme magistrat, je l'ai fait dans le sens que la Cour de cassation a fait prévaloir, parce que les hardiesses de l'interprétation théorique, quelquefois utiles dans les livres, ont des dangers dans la pratique des affaires qui occupent la conscience du juge.

Ainsi donc, la jurisprudence s'accorde à reconnaître que le vendeur ne peut faire inscrire son privilège dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite. Peu important les lois antérieures et les avertissements qu'on peut en tirer ! L'art. 2146 est là avec son texte qui tue l'esprit.

Ce que la jurisprudence a décidé dans le cas d'une inscription prise par un vendeur dans les dix jours de la faillite, il faudra le décider dans le cas où le vendeur aurait conservé son privilège, non par une inscription,

(1) Tarrible, *Inscript. Hyp.*, Répert., p. 220, n° 10. Persil, *Rég. hyp.*, art. 2146, n° 3. Zachariæ, t. 2, § 272, n° 14. M. Grenier explique notre article en disant qu'il ne s'applique qu'aux privilèges dégénérés en hypothèque, t. 1, n° 125. Pardessus, t. 4, p. 287 et suiv.

(2) Dal., *Hyp.*, p. 105, note n° 2. *Junge Metz*, 25 juin 1853 (*Sirey*, 38, 1, 97; *Dalloz*, 58, 1, 51).

(3) 15 juillet 1818, Dal., *Hyp.*, p. 246, 12 juillet 1824, arrêt portant cassation. Dal., *Hyp.*, p. 105, 106. V. aussi M. Duranton, t. 20, n° 78.

(4) Toulouse, 2 mars 1826. Dal., 26, 2, 186.

mais par une transcription faite dans les dix jours de la faillite. La transcription vaut inscription⁽¹⁾; elle vaudrait davantage si elle produisait des effets que l'inscription ne peut pas produire⁽²⁾.

651. Mais plus notre article fait violence par son texte aux doctrines fondées sur la raison, moins on doit l'étendre hors de sa sphère. Qu'on l'applique aux droits du vendeur, du copartageant, de l'architecte, parce que ce sont là de véritables privilèges; on y est forcé par la lettre de la loi. Mais on ne saurait lui donner extension jusqu'au point d'atteindre le droit de celui qui demande la séparation des patrimoines.

Ce droit n'est pas un véritable privilège⁽³⁾. Ce n'est qu'improprement que l'art. 2144 lui donne cette qualification. Qui ne voit d'ailleurs que c'est positivement parce que l'héritier peut se trouver obéré sur son patrimoine personnel, qu'on a introduit le droit de demander la séparation des patrimoines en faveur des créanciers légataires du défunt? Est-ce qu'il ne serait pas absurde de prononcer contre eux la peine de la confusion des patrimoines, par la seule raison que le motif qui rend la séparation nécessaire viendrait à se réaliser? N'est-ce donc que quand l'héritier est *in bonis* que les créanciers et légataires seront restreints à user du bénéfice de la loi? Voudrait-on que la loi se fût jouée d'eux en leur accordant une faculté de nature à n'être exercée que dans les cas où elle est inutile?

Une succession peut être acceptée sous bénéfice d'inventaire, ou demeurer vacante, ou être acceptée purement et simplement.

(1) *Suprà*, t. 1, n° 277 et 282.

(2) Mais tout ce qui vient d'être dit doit être maintenant conféré avec le nouvel état de choses créé par les art. 446 et 448 de la loi qui a révisé le régime des faillites. V. *suprà*, la note placée à la fin du n° 649.

(3) *Suprà*, t. 1, n° 323.

Si elle est acceptée sous bénéfice d'inventaire, la séparation des patrimoines s'opère de plein droit. Il en est de même si elle demeure vacante. Dans ces deux cas, il n'est nécessaire ni de demander la séparation ni de s'inscrire. Or, on sait qu'entre le cas de faillite et celui de succession bénéficiaire ou vacante, il y a la plus grande analogie.

Ce n'est que lorsqu'une succession est acceptée purement et simplement qu'il y a lieu à demander la séparation des patrimoines, et ce droit n'est utile que lorsque l'héritier est obéré; et l'on voudrait que la faillite de cet héritier privât les créanciers du défunt et ses légataires de demander même si la succession s'ouvrait *pendant la faillite* !

Le premier paragraphe de l'art. 2146 doit s'entendre de la même manière que le second. Or ce second paragraphe, en défendant de prendre inscription sur une succession bénéficiaire, déclare que cette prohibition n'a lieu qu'*entre créanciers de la succession*. Donc, c'est avec cette limitation qu'il faut entendre ce qui, dans l'article 2146, est relatif aux faillites. La prohibition de s'inscrire n'a lieu qu'*entre créanciers de la faillite*. Eh bien ! ici il s'agit de légataires et de créanciers du défunt, qui ne tiennent pas leurs droits du failli, et qui demandent à ne pas devenir ses créanciers. C'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de Paris du 23 mars 1824 (1).

652. Je crois également que notre article ne doit pas être appliqué aux créanciers privilégiés qui ont fait la condition de la masse meilleure *depuis que le failli a été dessaisi*. Tels sont les ouvriers qui auraient réparé des édifices appartenant au failli, depuis sa faillite; ils sont censés avoir contracté avec la masse dont ils ont fait l'affaire (2); ils sont bien plutôt les créanciers de la masse

(1) Dal., 25, 2, 119. *Junge* M. de Freminville, t. 1, n^{os} 396 et 397. V. *Infrà*, n^o 655.

(2) Arg. de l'art. 558 du Code de commerce.

que les créanciers du failli (1) ; ils pourront donc prendre toutes les mesures autorisées par la loi, pour conserver leur privilège.

653. Résumons maintenant les effets de l'article 2146 (2).

Il empêche l'inscription des privilèges dans les dix jours de la faillite, sauf ce que j'ai dit aux numéros précédents.

Il empêche aussi l'inscription des hypothèques. Ainsi on ne peut inscrire ni hypothèques judiciaires, ni hypothèques légales, ni hypothèques conventionnelles, *bien que la cause de ces hypothèques soit antérieure aux dix jours de la faillite* (3).

Mais les hypothèques légales, dispensées d'inscription, restent à l'abri des dispositions de l'art. 2146 ; c'est par les principes de la déclaration du mois de novembre 1702 (4) qu'elles sont réglées, de même que les privilèges affranchis d'inscription (5).

653 bis. Mais la publication du Code de commerce est venue jeter des difficultés nombreuses sur ce dernier point.

Voici ce que porte l'art. 443 : *Nul ne peut acquérir privilège ni hypothèque sur les biens du failli, dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite* (6).

Il suit de là qu'en prenant à la lettre cette disposition, une femme qui se mariera avec un négociant dans les

(1) *Suprà*, t. 1, n° 320.

(2) Je rappelle que ce numéro et les suivants devront désormais être combinés avec le nouvel art. 448 du Code de commerce qui, donnant satisfaction à de trop justes critiques, a permis que les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis fussent inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite. V. la note placée à la fin du n° 649.

(3) Cassat., 11 juin 1817. Dal.. Hyp., p. 242, 243.

(4) Cette déclaration rapportée *suprà*, n° 650, est confirmée virtuellement en ce point par le nouvel art. 446 C. comm.

(5) Tels que les privilèges sur les meubles, etc.

(6) C'est l'ancien texte, modifié aujourd'hui et fondu dans le nouvel art. 446. V. *suprà*, n° 649, à la note.

dix jours qui auront précédé la faillite, n'aura pas d'hypothèque légale sur les biens de son mari, ou bien que si une tutelle est déférée à un négociant à la même époque, le mineur sera privé d'hypothèque légale; enfin que les privilèges mobiliers attachés par la loi aux frais funéraires, aux frais de justice, etc., ne seront pas admissibles. Ainsi l'art. 443 aurait fait disparaître tout ce que l'art. 2146 du Code Napoléon aurait encore laissé d'effet à la déclaration de 1702 !!!

Ce résultat a quelque chose de blessant : pour décider s'il est juste, il faut se livrer à quelques observations.

Le mot *acquérir* doit d'abord être exactement défini. Dans son acception la plus large, il embrasse tous les moyens de droit civil ou naturel qui font entrer quelque chose dans le domaine d'un individu, soit que la volonté de l'homme y soit requise, soit qu'elle n'y soit pas exigée. C'est dans ce sens que l'art. 712 du Code Napoléon dit que *la propriété s'acquiert par accession*. En effet, l'accession incorpore à notre domaine une chose qui n'en faisait pas partie, et elle l'y fait entrer, même à notre insu, par la seule force de la matière principale à laquelle elle s'unit.

Mais dans un sens plus restreint, le mot *acquérir* s'entend de ce que nous obtenons par l'effet de notre volonté, ou par un effort de notre industrie, en un mot par quelque acte personnel. Il n'est plus alors qu'un composé de notre verbe *quérir*, ou un synonyme du verbe *quærere* des Latins, qui indiquent tous les deux l'effort, la poursuite, la sollicitation. C'est dans ce sens que le jurisconsulte Ulpien se sert du verbe *quærere* au lieu du verbe *adquirere*, lorsqu'il parle de l'acquisition du domaine par la possession (1), « Placet, dit-il, per liberam personam omnium rerum possessionem quæri » posse, et per hanc dominium. » C'est encore en ce

(1) L. 20, § 2, Dig., *De adq. rer. dom.*

sens qu'on a donné à l'acheteur le nom d'*acquéreur* (1), parce que l'achat est un des principaux moyens d'*acquérir* par un acte personnel et volontaire (2).

Maintenant quelle est de ces deux significations celle qui convient au mot *acquérir* employé dans l'art. 443 du Code de commerce? Doit-il être restreint à ce qu'on n'acquiert que par l'effet de sa volonté, ou doit-on l'étendre à ce qui s'acquiert sans la volonté des parties?

L'art. 558 (anc., 565 nouv.) du C. de comm. vient jeter un trait de lumière sur cette difficulté : il consacre le privilège des frais de justice, qui dérive de la loi et non de la stipulation ; il permet que, malgré l'art. 443 du Code de commerce, on puisse obtenir sur les biens d'un failli un privilège indépendant de la volonté des parties. Le mot *acquérir* doit donc être pris dans son sens restreint, et non dans son acception la plus générale (3).

654. Ceci posé, jetons un coup d'œil rapide sur la plupart des privilèges.

Beaucoup de ces privilèges sont attachés par la loi à certains actes nécessaires de la vie civile, indépendamment de la volonté des parties. Tels sont les privilèges des frais de justice, des frais funéraires, de dernière maladie, etc. De ce qu'un individu est en faillite, il ne s'ensuit pas qu'il soit pour cela privé de *l'eau et du feu*. S'il est malade, il faut qu'il se fasse soigner ; s'il vient à mourir, l'humanité veut qu'il soit inhumé avec les honneurs dus à tout citoyen. Il ne peut se priver entièrement des services de ses domestiques ; on ne pourrait non plus, sans une cruauté impitoyable, lui refuser des four-

(1) Art. 1625 du Code Napoléon, 1619, 1620, 1621, 1617, et *passim*.

(2) C'est pourquoi M. Pardessus a très-bien dit, dans son *Traité des Servitudes* : « Celles qui résultent de la disposition naturelle des lieux ou de la volonté de la loi ne *s'acquièrent pas*, à proprement parler. » N° 241. Arg. de l'art. 690.

(3) V. au n° 654 le nouvel argument fourni par l'art. 530 du Code de commerce, et par l'art. 558 (565 nouv.).

nitures de subsistance. Dans tous ces cas, il y a un privilège attaché par la loi à chacun de ces actes. Ce privilège ne s'*acquiert* pas par une stipulation. Le créancier ne se l'est pas procuré par une exigence exercée sur le débiteur ; il ne l'a pas *acquis* par ses sollicitations, par sa volonté ou par celle du failli. Il le trouve attaché nécessairement comme qualité inhérente à la créance dont il réclame le paiement. Il semble donc que le créancier pourra réclamer ce privilège non-seulement dans le cas où il aurait pris naissance dans les dix jours de la faillite, mais encore lorsqu'il serait né dans un temps postérieur à la déclaration de l'ouverture de sa faillite. Ainsi, par exemple, quel que soit le temps où un négociant failli vienne à mourir, il est bien certain que les frais funéraires et de dernière maladie seront privilégiés (1).

Si ces frais n'étaient pas avancés par un créancier, il faudrait qu'ils fussent faits par la masse (2). L'humanité en fait un devoir. Il en est de même des fournitures de subsistances. D'après l'art. 530 du Code de commerce, on doit prélever sur les biens du failli les sommes nécessaires pour venir à son secours et pourvoir à ses besoins, et ces sommes sont privilégiées (art. 565). De cette disposition ne sort-il pas la preuve que l'existence de tous les privilèges généraux est bien loin d'être incompatible à l'état de faillite ? Car qu'est-ce que ce secours privilégié accordé au failli, si ce n'est le moyen d'acquitter les créances privilégiées dont je viens de parler ?

Voyons maintenant pour les privilèges spéciaux. Des marchandises sont expédiées à un négociant en faillite : le voiturier les transporte et les amène ou au failli ou aux syndics. Evidemment il sera privilégié sur ces marchandises : car en les transportant, il a fait l'affaire de

(1) *Suprà*, n° 137. M. Pardessus, t. 4, p. 275. M. Dalloz, Hyp., p. 234. M. Grenier, Hyp., t. 2, p. 20.

(2) Arg. de l'art. 530 du Code de commerce.

la masse. Il y a pour le maintien du privilège du voiturier même raison que pour les frais de justice, savoir, origine puisée dans la volonté de la loi et non des parties, avantage commun de tous les créanciers.

Supposons encore qu'un individu, étant en voyage dans les dix jours qui précèdent sa faillite, ou même depuis sa faillite, fasse des dettes dans une auberge; il n'est pas douteux que l'aubergiste aura privilège sur les effets transportés dans son auberge. Il ignore si le voyageur qui lui demande l'hospitalité est ou non failli, ou voisin de sa faillite. Car c'est précisément parce qu'il est obligé de recevoir toutes les personnes en voyage (1), sans les connaître, que la loi le favorise : d'ailleurs, la loi place une espèce de main-mise et de saisie-arrêt en faveur de l'aubergiste sur les effets que le voyageur fait entrer dans son auberge. Est-ce lui qui va chercher le voyageur? N'est-ce pas la nécessité qui force ce dernier à prendre un gîte? On ne peut donc voir dans ce cas aucun empêchement à l'établissement du privilège.

Que doit-on dire du commissionnaire? Un négociant expédie à un commissionnaire des marchandises pour les vendre, et le surlendemain il tombe en faillite. Le consignataire aura-t-il un privilège pour ses avances, ou bien pourra-t-on lui opposer que, d'après l'art. 445 (anc.) du Code de commerce, nul ne peut acquérir privilège sur les biens d'un failli dans les dix jours qui précèdent la faillite?

D'après l'art. 445 (anc. v. aujourd'hui le nouv. art. 447) du Code de commerce, les engagements de commerce qui ont lieu dans les dix jours de la faillite ne sont nuls, à l'égard des tiers contractants, que lorsqu'il est prouvé qu'il y a fraude de leur part. Ainsi, dans l'absence de fraude, une opération de commission est permise dans les dix jours qui précèdent la faillite.

Mais si cette opération est permise, il est clair qu'elle

(1) *Suprà*, n° 201.

doit subsister avec les privilèges que la loi déclare lui être inhérents : sans cela, le législateur aurait tendu un piège aux parties. Il aurait été injuste de dire au commerçant de bonne foi : « Vous pourrez contracter en sûreté, même la veille de la faillite, » et cependant de le priver des garanties sans lesquelles il n'aurait pas contracté. L'art. 444 (anc.) du Code de commerce ne s'applique donc pas aux engagements de commerce auxquels la loi a attaché un privilège de plein droit et sans la convention des parties.

Cet avis est celui de M. Pardessus (1). Il est corroboré par un arrêt de la cour de Rennes du 15 juin 1818, rendu après une grande discussion, dans laquelle on produisit une excellente consultation de ce professeur (2).

Examinons à présent l'application des dispositions du Code de commerce au privilège de celui qui a fait des frais pour l'amélioration ou la conservation d'une chose appartenant à un individu voisin de sa faillite.

Comment la masse des créanciers pourrait-elle contester ce privilège ? Si l'ouvrier n'eût pas avancé ces frais, elle aurait été forcée de les faire elle-même. Il y a même raison ici que pour les frais de justice.

A l'égard du privilège du locateur, comme il est fondé sur l'occupation des meubles appartenant au locataire et sur une espèce de main-mise que la loi accorde au locateur sans aucune convention, je crois qu'il ne peut être refusé, quand même le bail aurait commencé dans les dix jours de la faillite. On ne peut empêcher un failli de chercher un asile ; cependant tous les propriétaires de maisons refuseraient de recevoir un individu de cette qualité, si le privilège *in invecitis et illatis* leur était refusé (3).

(1) T. 4, p. 275.

(2) Dalloz, Commiss., p. 764, 765.

(3) Arg. de l'art. 550 du Code de commerce, et de l'art. 558 (565 nouv.) du même Code.

Pour ce qui concerne la vente d'effets mobiliers faite au failli dans les dix jours qui précèdent la faillite, si elle constitue une opération réciproque de commerce, on sait qu'elle n'a pas de privilège et qu'elle peut seulement donner lieu au droit de revendication (1).

Mais si elle a pour objet des effets mobiliers que l'acquéreur n'avait pas l'intention de faire entrer dans son commerce, comme, par exemple, des meubles pour meubler son appartement, alors, dans les cas ordinaires, il y a lieu au privilège en faveur du vendeur. Mais ce privilège pourra-t-il être invoqué si la vente est faite au failli dans les dix jours de la faillite?

M. Pardessus tient l'affirmative dans la consultation dont j'ai parlé (2). Il me semble qu'on doit partager cet avis.

En effet, la masse des créanciers veut-elle faire entrer les meubles meublants vendus dans l'actif de la faillite? Elle ne le peut que sous la condition du privilège inhérent qui grève ces meubles, d'après la volonté de la loi, tant que le prix n'est pas payé. Elle ne peut séparer les meubles du privilège; car ils ne sont entrés dans le domaine du failli qu'avec la charge du privilège.

D'après l'art. 1654 du Code Napoléon, le vendeur peut demander la résolution de la vente. Ce droit ne me paraît avoir été modifié par aucune loi dans le cas de faillite. Le vendeur aurait donc la faculté d'en user. Or, s'il peut reprendre la chose en nature, pourquoi lui refuser un privilège sur le prix?

Disons donc que l'on doit restreindre la signification du mot *acquérir*, qui se trouve dans l'art. 443 (anc.), au seul cas où il s'agit d'un droit qu'on s'est procuré par une stipulation, afin d'améliorer sa condition; mais qu'il ne faut pas étendre ce mot *acquérir* aux privilèges qu'on ne se procure pas, et qui découlent d'une volonté supérieure et de la force intrinsèque de la qualité d'une créance.

(1) Art. 576. Code de comm., *suprà*, t. 1, n° 200

(2) Dal., Commissionnaire, p. 674.

Cette interprétation ne tend pas à anéantir l'article précité; elle a pour but unique de lui donner un sens raisonnable, et de le concilier avec les principes et avec les autres dispositions du Code de commerce.

Ainsi, on l'appliquera dans toute sa force lorsqu'il s'agira du privilège du gagiste. Car il s'agit ici d'une sûreté conventionnelle qui souvent a pour but principal de favoriser un créancier aux dépens des autres. Il s'agit d'un droit qu'on s'est procuré par stipulation, *qu'on a acquis* par contrat, à peu près comme quand on fait *acquisition* d'une chose par le moyen de l'achat (1).

Dans tous les autres cas, l'art. 443 (anc.) devra être considéré comme inapplicable.

655. Voyons ce qui concerne les hypothèques légales dispensées d'inscription.

Une femme qui se marierait avec un failli, dans les dix jours de sa faillite, pourrait-elle prétendre à une hypothèque sur ses biens?

MM. Pardessus et Dalloz (2) se décident pour la négative.

D'après ce que j'ai dit ci-dessus, l'affirmative me paraît préférable. La femme n'*acquiert* pas d'hypothèque légale (3), en ce sens qu'elle ne la stipule pas : elle la reçoit tout établie des mains de la loi. Le mot *acquérir*, appliqué à l'hypothèque, doit avoir le même sens que lorsqu'il est appliqué au privilège.

Il en est de même du cas où un individu devient tuteur dans les dix jours qui précèdent sa faillite. C'est l'opinion de M. Pardessus (4), et l'on ne sait trop pourquoi M. Dalloz a été plus conséquent en assimilant la tutelle au mariage (5); seulement il a donné trop

(1) M. Pardessus, t. 4, p. 276. Dalloz, Hyp., p. 234 (Rennes, 13 juin 1818). Dal., Commissionnaire, p. 764.

(2) Cours de droit comm., t. 4, p. 278. Hyp., p. 235.

(3) N° 653 *bis*.

(4) *Loc. cit.*

(5) *Loc. cit.*

de latitude au mot *acquérir* dans l'un et l'autre cas (1).

On objectera peut-être que l'hypothèque judiciaire découle de la loi, et qu'il est étonnant que je ne reconnaisse pas sa validité, si elle arrive dans les dix jours de la faillite. Ma réponse est qu'il n'y a pas d'hypothèque judiciaire sans inscription, et que l'inscription est un acte personnel et volontaire qui fait que nous tombons sous l'influence du mot *acquérir* pris dans son sens le plus restreint. Je dis la même chose des hypothèques légales soumises à l'inscription. C'est par là qu'on explique pourquoi l'art. 2146 n'a pas voulu laisser inscrire les privilèges sur les immeubles dans les dix jours de la faillite.

655 *bis*. Revenons maintenant à l'art. 2146.

D'après l'art. 500 (490 nouv.) du C. de comm., les syndics sont tenus de prendre inscription au nom de la masse des créanciers sur les immeubles du failli, et l'inscription doit être reçue sur simple bordereau énonçant qu'il y a faillite, et relatant la date du jugement par lequel ils ont été nommés.

(1) Cette solution, qui prévalait déjà en jurisprudence avant la nouvelle loi sur les faillites (V. Grenoble, 8 juillet 1822, et 7 juin 1834; Sirey, 25, 2, 33; 34, 2, 438), est incontestable, aujourd'hui que la nouvelle loi sur les faillites proscribit limitativement les hypothèques *conventionnelles* et *judiciaires* (V. *suprà*, la note sous le n° 649). Et il a été décidé que la femme qui, après la cessation de paiements de son mari, mais avant la déclaration de sa faillite, a garanti solidairement avec lui une dette antérieure à la cessation de paiements, a une hypothèque légale pour sûreté de l'indemnité qui lui est due à raison de ce cautionnement (Cass., 7 novembre 1848; Sirey, 49, 1, 181); à moins toutefois qu'il n'y ait eu fraude et que la femme elle-même n'ait participé à cette fraude (Cass., 15 mai 1850; Sirey, 50, 1, 609). Du reste, je dois ajouter que l'hypothèque ne frappe pas toujours indéfiniment sur tous les biens advenus au tuteur ou au mari. La cour de Paris a décidé, en ce sens, que l'hypothèque ne porte sur les immeubles advenus au mari pendant le mariage par suite de licitation, que pour la portion qui appartenait à celui-ci avant le mariage, quand lesdits immeubles étaient indivis (arrêt du 8 avril 1854, *J. Pal.*, 1854, t. 2, p. 231); Conf., Bourges, 2 février 1856, *J. Pal.*, t. 1, p. 51).



Il ne faut pas croire que cette disposition soit une exception au principe qu'on ne peut prendre inscription sur les biens d'un failli. L'inscription dont il est ici question n'est qu'une formalité conservatrice, qui annonce que la masse des créances est constatée, et que le débiteur est en faillite (1). Le failli peut avoir des propriétés éloignées de son domicile; son état de faillite pourrait être inconnu, et des tiers pourraient de bonne foi traiter avec lui. L'inscription les avertit (2).

Ainsi cette inscription ne confère aucun droit individuel aux créanciers. Un créancier hypothécaire du failli qui ne serait pas inscrit ne pourrait pas s'en prévaloir. Un créancier hypothécaire inscrit, mais dont l'inscription serait périmée, ne pourrait non plus prétendre que son inscription a été utilement renouvelée par celle des syndics (3).

655 *ter*. J'ai dit ci-dessus, n° 651, que l'art. 2146 devait s'entendre en ce sens que la prohibition n'avait lieu qu'entre créanciers directs et personnels du failli.

Il suit de là que si le failli n'était tenu que comme tiers détenteur, une inscription pourrait être prise contre lui.

Par exemple : Denis a une hypothèque sur la vigne appelée *la Vignette*, possédée par Joseph son débiteur. Avant que cette hypothèque soit inscrite, Joseph vend cette vigne à *Mercator*, négociant, qui tombe en faillite quelques jours après. Je crois que Denis sera en droit de prendre inscription. En effet, la masse des créanciers du failli, étant tiers détentrice, ne peut conserver l'immeuble qu'en purgeant. Supposons que cet immeuble soit frappé d'une inscription autre que celle de Denis : si la masse veut purger cette hypothèque inscrite, il

(1) Tarrible, *Inscript. Hyp.*, p. 188, col. 2.

(2) M. Grenier, t. 1, n° 127.

(3) Arrêt de Dijon du 26 février 1819 (*Dal.*, *Hyp.*, p. 313). Autre de Limoges, 26 juin 1820 (*Dal.*, *Hyp.*, p. 104, n° 2). *Rép.*, t. 16, p. 472, col. 2. Grenier, t. 1, n° 127. Pardessus, t. 4, n° 1157.

faudra qu'elle transcrive. Or, la transcription n'est pas autre chose qu'une sommation aux créanciers non inscrits de prendre inscription dans la quinzaine (1). Donc Denis pourra s'inscrire utilement (2); d'ailleurs il est en dehors de la masse. Il n'est pas créancier de *Mercator*, et j'ai prouvé au n° 651, par la contexture de notre article, qu'il n'était applicable qu'entre créanciers du failli.

Une autre conséquence de l'art. 2146, c'est que si le négociant avait aliéné un de ses immeubles à titre onéreux dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite, celui des créanciers qui aurait eu hypothèque sur cet immeuble pourrait prendre inscription sur lui entre les mains du tiers détenteur (3). Car ce ne serait pas s'inscrire *sur les biens du failli* (art. 443 [446 nouv.] du Code de commerce).

656. Nous avons vu que l'art. 2146 déclare inefficaces les inscriptions prises dans les dix jours de l'ouverture de la faillite, et que l'art. 443 (446 nouv.) du Code de commerce décide que nul ne peut acquérir privilège ni hypothèque sur les biens du failli, dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite.

Mais des difficultés sérieuses se sont élevées pour savoir ce que l'on devait entendre ici par l'ouverture de la faillite.

Par exemple : l'ouverture d'une faillite est d'abord fixée au 1^{er} août (4). Le 1^{er} juillet, un créancier du failli avait obtenu un jugement contre lui et l'avait fait inscrire le 3 du même mois. Mais plus tard les syndics de la faillite obtiennent un jugement qui fait remonter la faillite au 5 juillet. Quel sera le sort de l'hypothèque ju-

(1) *Infra*, n° 900 et suiv.

(2) M. Grenier, t. 2, p. 164, n° 364.

(3) Delvinc., t. 3, p. 168, n° 6 et 9. Persil, art. 2146, n° 11 et 15. Dal., Hyp., p. 235, n° 8.

(4) Pardessus, t. 4, p. 236.

diciaire du créancier? Devra-t-on dire qu'elle a été acquise et inscrite dans les dix jours qui ont précédé l'ouverture de la faillite? ou bien faudra-t-il décider que ce n'est pas à la date de la faillite remontée qu'il faudra s'arrêter, mais à la date de la faillite déclarée par le premier jugement.

Les tribunaux sont partagés sur cette question. La cour impériale de Bordeaux a décidé, par arrêt du 6 mars 1829 (1), que l'on devait prendre pour point de départ l'époque à laquelle la faillite est déclarée remonter. Au contraire, la cour de Paris, par arrêt du 13 avril 1831 (2), a décidé que l'hypothèque qu'un créancier de bonne foi a obtenue d'un failli avant les dix jours qui ont précédé la déclaration de la faillite, mais après l'époque à laquelle l'ouverture de la faillite a été déclarée remonter, doit être maintenue.

Cette question est très-importante pour les créanciers de bonne foi qui ont traité avec un négociant encore à la tête de ses affaires; mais je ne la crois pas aussi difficile qu'elle est grave eu égard aux résultats.

On a vu ci-dessus, par le texte de la déclaration du mois de novembre 1702 (3), que dans l'ancienne jurisprudence on n'annulait que les hypothèques acquises dix jours au moins *avant la faillite publiquement connue*. Quand le mauvais état des affaires d'un négociant est notoire, on ne doit pas permettre à l'un de ses créanciers d'acquérir des garanties aux dépens des autres, car le créancier le plus promptement arrivé serait le plus heureux; d'ailleurs on n'ignore pas avec quelle facilité dangereuse un homme qui voit tout son patrimoine lui échapper devient prodigue de concessions. Ce qu'il

(1) Dal., 30, 2, 167, v. Décisions analogues. Dalloz, Faill., p. 76. On s'est vainement pourvu en cassation contre cet arrêt; le pourvoi a été rejeté par la Cour suprême, le 8 août 1831 (Sirey, 31, 1, 356).

(2) Dal., 31, 2, 158, 159.

(3) N° 650.

donne n'est pour ainsi dire plus à lui : aussi n'en est-il pas avare ; que lui en coûte-t-il pour accorder des hypothèques ? Les biens sur lesquels elles vont frapper sont dévolus à la masse de ses créanciers. Dans une pareille position, il y a également fraude et de la part du débiteur, qui, dans ses largesses à bon marché, peut si facilement favoriser un ou plusieurs de ses créanciers au détriment des autres, et de la part de celui des créanciers qui, abusant de l'état connu du débiteur, prend des garanties sur des biens qu'il sait ne plus appartenir à ce dernier. Et comme la faillite d'un négociant est précédée d'avant-coureurs, et que la notoriété publique la pressent toujours d'avance, la même présomption de fraude existe dans les dix jours antérieurs à son ouverture légale.

Tel est le sens et l'esprit de la déclaration de 1702. Cette déclaration fait dépendre la nullité de l'hypothèque de la connaissance du mauvais état des affaires du débiteur.

En est-il de même sous le Code de commerce ?

Toute la difficulté se trouve concentrée dans l'art. 443 (anc.), portant que nul ne peut acquérir hypothèque dans les dix jours qui précèdent l'*ouverture de la faillite*.

Qu'est-ce que l'ouverture de la faillite (1) ?

L'art. 441 du Code de commerce décide cette question (2).

Il envisage trois choses : 1° le jugement que doit rendre le tribunal de commerce pour *déclarer l'ouverture* de la faillite. C'est l'annonce légale que le négo-

(1) M. Dalloz, *Faillite*, p. 20. M. Vincens, t. 1, p. 462. M. Pardessus, t. 4, *passim*.

(2) Conférer cette disposition de l'ancienne loi des faillites et ce que je dis dans la discussion de cette question avec les art. 438 et suiv. de la loi actuelle sur les faillites. On verra, d'ailleurs, que le législateur a tenu compte, dans la loi nouvelle, des justes critiques qu'on pouvait élever, et que je formule à la fin de ce numéro, contre l'ancien Code de commerce, dont le texte conduisait nécessairement à la solution rigoureuse que j'adopte ici.

cient est au-dessous de ses affaires; 2° l'époque à laquelle remonte la faillite; 3° les actes qui constituent l'ouverture de la faillite: ce sont tous les actes d'où résulte la cessation de paiements. L'ouverture de la faillite n'est donc autre chose que le moment où les paiements s'arrêtent. La faillite commence, elle s'ouvre quand ils viennent à cesser. Peu importe qu'elle ne soit pas encore *déclarée* officiellement; elle n'en existe pas moins de fait; car, encore une fois⁽¹⁾, c'est la cessation de paiements qui donne ouverture à la faillite, et non la déclaration du tribunal.

Il y a donc une grande différence entre la déclaration de l'ouverture de la faillite et l'ouverture elle-même de la faillite. Celle-ci est le fait de la perte du crédit; celle-là est la promulgation de ce fait. La faillite peut être réelle sans être déclarée. Elle peut par conséquent précéder de beaucoup l'annonce officielle de son existence.

Ceci posé, l'art. 443 (anc.) me paraît clair et exempt d'ambiguïté. Il a voulu parler des dix jours qui ont précédé la cessation effective des paiements, et non des dix jours qui ont précédé la déclaration de faillite; il a entendu se référer à la faillite existante de fait, et non à la faillite promulguée. L'art. 443 (anc.) ne peut se détacher de l'art. 441.

Ce qui a fait ombrage à quelques personnes, c'est qu'elles ont cru que l'ouverture de la faillite pourrait dépendre d'actes latents; leur raison a répugné à admettre la nullité de contrats passés de bonne foi à une époque à laquelle le dérangement des affaires du débiteur pouvait être dissimulé par ses efforts pour maintenir extérieurement son crédit.

Mais je crois qu'elles ont prêté à la loi une pensée qui ne lui appartient pas, et qui ne peut résulter tout au plus que de jugements qui ont fixé quelquefois avec lé-

(1) T. 4, p. 243 du Cours de droit comm. de M. Pardessus.

gèreté l'ouverture des faillites. Ce sont les erreurs de la pratique qui ont fait calomnier la loi.

L'ouverture de la faillite ne peut résulter, dans l'esprit du Code de commerce, que d'actes publics capables d'instruire les tiers (1). Sans être absolue, il faut que la cessation de paiements soit constatée par des refus nombreux et publics (2). Il n'est guère possible de concevoir l'ouverture d'une faillite sans une notoriété qui s'y attache. Ainsi, sous le Code de commerce comme sous l'empire de la déclaration de 1702, on n'annule que les hypothèques qui ont lieu dans les dix jours de la faillite *publiquement connue*. Le Code de commerce a suivi les errements de l'ordonnance de 1673, qui s'attachait à certains actes patents pour y attacher la présomption d'ouverture de la faillite. Mais il y a cette différence entre la loi nouvelle et la loi ancienne, que celle-ci ne faisait pas déclarer d'une *manière absolue* l'époque de l'ouverture de la faillite, tandis que la loi actuelle a voulu que le jugement du tribunal de commerce fût de l'état du failli un état un et indivisible à l'égard de tous les créanciers ; il a voulu de plus que la faillite fût solennellement proclamée par jugement, afin de fixer le point de départ du dessaisissement de fait du failli.

La loi a donc pourvu à tous les besoins. D'une part, elle veille aux intérêts de l'avenir en faisant annoncer juridiquement qu'il y a faillite, afin que les biens du débiteur soient frappés de main-mise et placés à l'abri de dilapidation ; de l'autre, elle assure les intérêts du passé, en faisant déterminer, avec précision, l'époque à laquelle la faillite a pris sa première origine, et s'est manifestée d'elle-même par des atteintes publiques portées à un crédit qui succombait. Les créanciers du débiteur n'ont pu ignorer cet état éclatant de détresse ; ils sont donc reprehensibles si, profitant de la position désespérée de leur

(1) M. Pardessus, t. 4, 237.

(2) V. les arrêts cités dans M. Dalloz, v° Faillite, p. 37.

débiteur, ils ont obtenu de sa faiblesse des concessions préjudiciables aux autres créanciers.

Si l'on veut bien se pénétrer de ces idées, on concevra dès lors sans peine que la fixation de l'ouverture de la faillite, découlant de symptômes publics, place nécessairement dans une présomption de fraude *juris et de jure* ceux qui, malgré la notoriété de son discrédit, ont reçu des garanties du débiteur. Il n'y a rien à répondre à l'argumentation suivante : les hypothèques obtenues dans les dix jours de la faillite *publiquement connue* sont nulles ; or, la fixation de l'ouverture de la faillite par le tribunal de commerce repose sur des faits publics de détresse, de perte de crédit, de cessation de paiements ; donc il n'y a pas de faillite ouverte sans qu'elle soit censée connue ; donc les hypothèques consenties dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, sont nulles de droit.

Examinons les raisons de la cour de Paris pour s'écarter du texte de l'art. 443 (anc.).

L'ordonnance de 1673 et la déclaration de novembre 1702 ne frappaient de nullité les transports, cessions, ventes et hypothèques obtenus d'un négociant failli, qu'autant que ces actes étaient passés dans les dix jours antérieurs à sa faillite *publiquement connue*. Le Code de commerce a adopté les mêmes principes. Les art. 442 à 447 (anc.) prouvent que les actes passés par le failli peuvent être déclarés valables si, passés à une époque où la faillite n'était pas notoire, ces actes sont sérieux et de bonne foi ; le rapport en arrière de la faillite ne peut préjudicier au créancier dont la bonne foi se trouve vérifiée, et qui a contracté avec un débiteur publiquement en possession de ses biens ; il est fondé à dire qu'il a ignoré les faits qui ont donné lieu au report de la faillite, avec d'autant plus de raison que le tribunal lui-même ne peut les connaître que par des investigations souvent longues et pénibles.

M. Tarbé, avocat-général, dont les conclusions ont été

conformes à l'arrêt, ajoutait qu'une faillite remontée était une faillite *de droit* et non *de fait*; qu'elle n'a aucun caractère de publicité ni de certitude; qu'elle laisse les tiers dans le doute; que d'ailleurs il y a quelque chose de choquant à laisser subsister l'acte par lequel le créancier a prêté son argent; et à annuler l'hypothèque qui lui sert de garantie.

Reprenons une à une ces objections.

J'ai dit ci-dessus que le Code de commerce avait entendu que l'ouverture de la faillite découlât d'actes publics et notoires; qu'ainsi il y avait entre lui et la déclaration de 1702 une grande conformité d'esprit; mais que le Code de commerce avait ajouté à la législation ancienne des dispositions tendant à *fixer avec plus de précision l'ouverture de la faillite* (1). La cour de Paris n'a pas fait attention que sous le Code de commerce la faillite s'ouvre d'une manière absolue pour tous les créanciers. La loi actuelle n'a pas voulu qu'il y eût autant d'époques différentes d'ouverture de la faillite qu'il y avait de créanciers; elle a organisé les choses sur un système uniforme. Elle exige sans doute, comme la déclaration de 1702, que l'ouverture de la faillite ne résulte que d'actes notoires, d'un discrédit publiquement connu; mais elle veut (de plus que cette déclaration) que ce qui est public pour les uns *soit censé public pour les autres*; elle attache à la fixation de l'ouverture de la faillite, par le tribunal, une présomption que cette faillite s'annonçait à tous les créanciers par des signes extérieurs.

La cour de Paris est tombée dans une erreur bien plus palpable encore quand elle a affirmé que les art. 442 à 447 (anc.) déclarent valables les actes passés par le failli avec des tiers de bonne foi, et à une époque où la faillite n'était pas notoire.

D'abord il n'est pas un seul de ces articles qui parle de la notoriété de la faillite, et qui en fasse dépendre la

(1) M. de Ségur, Rép., Faillite, p. 76.

validité des actes passés par le failli. C'est toujours l'*ouverture de la faillite* qui est le point de départ, et cela se conçoit, puisque, dans l'esprit du Code, l'ouverture de la faillite dépend d'actes notoires. Si le Code eût voulu s'en référer à une notoriété variable, il y aurait eu autant de procès que de créanciers pour savoir la date de la connaissance de la faillite à l'égard de chacun d'eux. Mais c'est ce qu'il n'a pas fait : il ne prend en considération que l'*ouverture de la faillite*, parce qu'une fois fixée par le tribunal, cette ouverture donne une règle générale, et détermine le sort de la masse entière.

De plus, les art. 442 à 447 (anc.), loin de mettre sur la même ligne tous les actes passés par le failli dans les dix jours de l'ouverture de la faillite, établissent entre eux des catégories distinctes : les uns sont nuls de plein droit, les autres sont seulement susceptibles d'être annulés pour cause de fraude. Les actes nuls de plein droit et présumés frauduleux, sans qu'aucune preuve du contraire puisse être admise, sont les hypothèques (1) (et c'est sur le sort d'une hypothèque que la cour de Paris avait à statuer !), les actes translatifs de propriété immobilière à titre gratuit (2), les paiements de dettes commerciales non échues (3). Les actes susceptibles d'être annulés sont les actes translatifs de propriété (4) immobilière à titre onéreux, s'il y a fraude ; les engagements de commerce, si ceux qui ont contracté avec le failli n'ont pas été de bonne foi (5) ; tous actes et paiements faits en fraude des créanciers (6).

La cour de Paris continue en disant que la fixation rétroactive de l'ouverture de la faillite ne peut préjudicier au créancier de bonne foi, qui a contracté avec le débi-

(1) Art. 443 (ancien).

(2) Art. 444 (anc.).

(3) Art. 446 (anc.).

(4) Art. 444 (anc.).

(5) Art. 445 (anc.).

(6) Art. 447 (anc.).

teur publiquement en possession de ses biens. Cela est vrai sans doute pour les actes qui ne sont susceptibles d'être annulés qu'en cas de fraude; mais cela est d'une fausseté palpable pour les actes déclarés frauduleux de plein droit, tels que l'hypothèque. A quoi donc servirait la fixation de l'ouverture de la faillite par le tribunal, si elle ne devait produire aucun effet?

Mais, dit l'arrêt que je combats, le créancier est fondé à dire qu'il a ignoré les faits qui font rétroagir l'ouverture de la faillite! Je soutiens, au contraire, qu'il y est non-recevable. La loi présume de plein droit qu'il connaissait les actes publics et notoires qui annonçaient le discrédit du débiteur; si, en fait, il les a ignorés, c'est une circonstance dont la loi ne tient pas compte; elle considère cette ignorance comme l'effet d'une négligence sans excuse, et qui ne peut faire fléchir la décision qui fixe l'état de faillite du débiteur (1).

Cela serait injuste, continue la cour impériale; car le tribunal lui-même est obligé de se livrer à de longues investigations pour constater les faits qui établissent l'ouverture de la faillite. Voilà, j'ose le dire, une singulière raison! Quelle parité y a-t-il donc à établir entre le tribunal de commerce et le créancier? Est-ce que le tribunal a contracté avec le failli? Est-ce qu'il a eu intérêt à veiller sur sa conduite, à s'enquérir de la gestion de ses affaires, à tenir l'œil ouvert sur ses opérations? Le créancier a dû au contraire faire tout cela: il n'a pas dû se reposer sur un crédit périssable et fragile; s'il a eu la diligence d'un bon père de famille, il n'a pas dû rester étranger aux avant-coureurs qui annonçaient la ruine de son débiteur. Voilà sur quelles présomptions le législateur a raisonné.

M. Tarbé a prétendu que la faillite remontée était une faillite *de droit* et non *de fait*; je ne puis adopter cette opinion: la faillite n'est jamais qu'un fait. Seulement

(1) Il y a, d'ailleurs, la ressource de l'opposition contre le jugement qui fixe l'ouverture de la faillite (art. 457).

ce fait existe souvent avant sa déclaration par les juges.

Il n'est pas plus exact de dire que la faillite remontée n'a aux yeux des tiers ni publicité ni certitude; car le tribunal de commerce ne la fait remonter que parce qu'elle s'est signalée au dehors par des actes publics et certains.

Enfin, quand M. Tarbé argumente de la bizarrerie qu'il y aurait à laisser subsister le contrat principal et à annuler l'hypothèque qui lui est accessoire, il argumente contre la loi elle-même; car l'art. 443 (anc.) du Code de commerce n'a pas ignoré sans doute qu'une hypothèque ne pouvait jamais être que l'accessoire d'une créance à qui elle sert de garantie; et cependant cet article ne frappe de nullité que la seule hypothèque; il laisse subsister l'obligation principale, s'il n'y a pas fraude.

Dans l'espèce jugée par la cour de Bordeaux et par la cour de Paris, la faillite avait été rapportée par le tribunal de commerce à une époque antérieure à celle à laquelle les hypothèques avaient pris date; de sorte que c'étaient des hypothèques constituées après l'ouverture de la faillite. La cour de Bordeaux décida fort bien que cette circonstance était un motif de plus pour annuler l'hypothèque, « considérant que si nul ne peut, aux » termes de la loi, obtenir un droit d'hypothèque sur les » biens du failli dans les dix jours qui précèdent la faillite, à plus forte raison nul ne peut en acquérir postérieurement à la faillite. »

M. Tarbé a soutenu, devant la cour de Paris, une doctrine contraire. Il lui a paru que c'était là une circonstance qui devait conduire à valider l'hypothèque, et voici comment il a motivé cette opinion :

« Remarquons-le bien d'ailleurs; dans l'espèce, il ne » peut même s'agir de l'application textuelle de la loi, » de la règle qui annule les actes faits dans les dix jours » qui précèdent la faillite, mais de la disposition qui » en » tache de nullité les actes postérieurs à la faillite même, » par un motif tout autre, parce que le failli était dessaisi

» de l'administration de ses biens, et sous le coup d'une
» incapacité légale. Or, dans l'espèce, c'est par *une fiction*
» que l'op. reconnaît cette incapacité, cette privation de
» l'administration; car, *en fait*, au jour où la faillite est
» reportée, le failli était à la tête de ses affaires. On le
» demande, un pareil système est-il admissible? Une
» incapacité ne saurait être rétroactive; une incapacité
» est un fait et non une fiction, etc. »

Il y a à cette argumentation des réponses péremptoires.

Je pourrais d'abord me prévaloir d'une opinion consacrée par plusieurs arrêts (1), qui, interprétant à la rigueur l'art. 442 (anc.) du Code de commerce, soutient que le dessaisissement du failli remonte de plein droit au jour de l'ouverture de la faillite, et que tout ce qu'il a fait depuis cette époque n'oblige pas la masse de ses créanciers, bien que ceux avec qui il a contracté fussent de bonne foi; on ne peut se dissimuler que, quoique sévère, cette opinion a pour elle le texte de la loi. Car l'art. 442 (anc.) décide que le dessaisissement a *lieu de plein droit à compter du jour de la faillite*. Or, la faillite a lieu lorsqu'il y a cessation de paiements (2); il n'est pas nécessaire qu'elle soit déclarée pour exister. Donc, dès qu'il y a, en fait, cessation de paiements, il y a eu faillite ouverte et par conséquent dessaisissement *de droit* du failli.

Mais je consens à adopter l'opinion plus douce de la Cour de cassation, qui consiste à dire que l'art. 442 (anc.) n'a voulu dessaisir le failli qu'à compter du jour de la faillite déclarée. Car il lui répugne de donner au dessaisissement un effet rétroactif, qui ne serait qu'une fiction contraire à la réalité des faits.

Mais, tout en admettant que depuis l'ouverture de la faillite jusqu'à la déclaration, le failli a été saisi, la Cour de cassation ne va pas jusqu'à considérer comme sans

(1) Liège, 20 mars 1824. Dal., Hyp., p. 69, note 2. Colmar, 24 avril 1813. Id., p. 75. Aix, 20 décembre 1820. Id. Bruxelles, 18 avril 1822, et 8 juin 1822. Id.

(2) Art. 437 (anc.) du Code de commerce.