

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 privé 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 Fremerville, t. 1, n° 396 et 397. V. *Infrà*, n° 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 *quærerere* 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 *quærerere* 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. 254. 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. 530 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. 254 (Rennes, 15 juin 1818). Dal., Commissionnaire, p. 764.

(2) Cours de droit comm., t. 4, p. 278. Hyp., p. 255.

(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, 55; 54, 2, 458), est incontestable, aujourd'hui que la nouvelle loi sur les faillites prescrit 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 1851, *J. Pal.*, 1851, t. 2, p. 231); Conf., Bourges, 2 février 1856 (1858, 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 détenteur, 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. 315). 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'acquiescer 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. Daloz, 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 acquiescer 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. Daloz, 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.