L'art. 441 du Code de commerce décide cette qustion.

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 négociant 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 paiement.

L'ouverture de la faillite n'est donc autre chose que le moment où les paiemens 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 paiement 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 me paraît clair et exempt d'ambiguité. Il a voulu parler des dix jours qui ont précédé la cessation effective de paiemens, 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 ne peut se détacher de l'art. 441.

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

Ce qui a fait ombrage à quelques personnes, c'est qu'elles ont cru que l'ouverture de la faillite pourrait dépendre d'actes latens; 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 jugemens qui ont fixé quelquefois avec légèreté 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 paiemens 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 erremens de l'ordonnance de 1673, qui s'attachait à certains actes patens pour y attacher la présomption d'ouverture de la faillite. Mais il y a cette différence entre la loi nouvelle et la loi

(1) M. Pardessus, t. 4, p. 237.
(2) V. les arrêts cités dans M. Dalloz, v° Faillite, p. 37.

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 fît 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 mis 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 répréhensibles, si, profitant de la position désespérée de leur 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 *publiquemnt 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 paiemens; donc, il n'y a pas de faillite ouverte sans qu'elle ne 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.

L'ordonnance de 1673 et la déclaration de novembre 1702 ne frappaient de nullité les transports, cessions, ventes et hypothèques obtenues 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 articles 442 à 447 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 report 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 fail-

lite 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 déclaratiou 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

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

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 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 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. 441 à 447, 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

(1) Art. 443.

sort d'une hypothèque que la cour de Paris avait à statuer!!), les actes translatifs de propriété immobilière à titre gratuit (1), les paiemens de dettes commerciales non échues (2). Les actes susceptibles d'être annulés sont les actes translatifs de propriété(3) immobilière à titre onéreux, s'il y a fraude; les engagemens de commerce, si ceux qui ont contracté avec le failli n'ont pas été de bonne foi (4); tous actes et paiemens faits en fraude des créanciers (5).

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 un débiteur 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;

(1) Art. 444.
(2) Art. 446.
(3) Art. 444.
(4) Art. 445.
(5) Art. 447.

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 royale; 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 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.

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

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 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 reportée 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 entache 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'on 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 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'article 442 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 paiemens (2); il n'est pas nécessaire qu'elle soit déclarée pour exister. Donc, dès qu'il y a, en fait, cessation de paie-

(1) Liége, 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 du Code de commerce.

ment, 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 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 influence la fixation de l'ouverture de la faillite : elle applique aux actes passés depuis cette ouverture les règles déterminées par le Code de commerce pour les actes passés dans les dix jours qui la précèdent. Elle se réfère aux art. 443, 444, 445, 446, 447 du Code de commerce (1). Il ne m'en faut pas davantage pour démontrer le mal jugé de l'arrêt de la cour de Paris; car il s'agissait d'une hypothèque déclarée nulle par l'art. 443.

Mais ce n'est pas ainsi que M. Tarbé entend les choses. Suivant lui, le failli est saisi de fait de tout son patrimoine, malgré l'ouverture de la faillite; donc il peut faire toute sorte d'actes avec ses créanciers de bonne foi, même constituer des hypothèques, d'où il suivrait que c'est une vaine formalité que la fixation de l'ouverture de la faillite.

Mais dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, le débiteur n'est-il pas en possession de ses biens? Et cependant que dit la loi? Les art. 443, 444, 446 du Code de commerce sont là pour servir de réponse. On voit donc combien M. Tarbé est dans l'erreur, lorsqu'il pense que les actes dont parlent ces articles ne pourraient être annulés depuis la faillite remontée, *que sous prétexte que le failli était dessaisi de l'administration de ses biens.* Ils sont annulés par les mêmes motifs qui les font déclarer nuls dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, alors que le débiteur est encore à la tête de ses affaires.

Cette discussion au reste n'a pas pour objet de justifier pleinement le système embrassé par le Code de commerce. Peut-être pourrait-on soutenir que les présomptions sur lesquelles il se fonde sont forcées, et que leur généralité conduit à des erreurs; qu'il y a de l'inconvénient à faire fixer l'ouverture de la faillite à une date qui lie tous les créanciers sans exception. Mais les imperfections de la loi ne sont pas une raison pour la violer ouvertement, surtout lorsque le plan, qui dans la pratique a engendré ces abus, a été adopté par le législateur après réflexion et dans la croyance qu'il était une source d'améliorations. Or, c'est ce qu'a fait le Code de commerce, en établissant une distinction entre l'ouverture de la faillite et sa déclaration, en faisant fixer avec précision l'époque de cette ouverture, en se fondant sur elle pour qualifier et classer les actes émanés du failli; il a voulu essayer un système nouveau dont il ne voyait que le beau côté, un système dont les vices lui ont échappé, et qui, quoique reconnu peut-être imparfait par

(1) Arrêt du 28 mai 1823. Dal., Hyp., p. 80 et 81.

une expérience de longues années, ne doit pas moins subsister jusqu'à ce qu'il soit réformé.

656 *bis*. M. Pardessus propose (1) la difficulté suivante, qui se rattache à notre article.

Un manufacturier se fait donner un crédit de 20,000 francs par un banquier qui exige une hypothèque et la fait inscrire. Le manufacturier tire d'abord jusqu'à concurrence de 15,000 francs; mais quant au 5000 francs restans à sa disposition, il n'en dispose que dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de sa faillite. Le banquier pourra-t-il prétendre que la faillite ne nuit en rien à l'hypothèque de 5000 francs ?

M. Pardessus se décide pour l'affirmative, par la raison que le manufacturier est obligé sous peine de dommages et intérêts à puiser dans les caisses du banquier, et que par conséquent il y a eu obligation parfaite avant la faillite.

J'ai démontré ci-dessus la fausseté de cette opinion (2). L'obligation du manufacturier est potestative pure : l'hypothèque ne prend donc son existence qu'au fur et à mesure des versemens effectués ; il suit de là que l'hypothèque pour les 5,000 fr. est née dans les dix jours de la faillite, et qu'elle est par conséquent nulle d'après l'art. 443.

C'est exagérer singulièrement les choses que de soutenir qu'un manufacturier à qui un crédit de 20,000 fr. est ouvert, est obligé de l'épuiser sous peine de dommages et intérêts ; dans une pareille stipulation, il n'y a d'obligation que de la part du

(1) T. 4, p. 280.
(2) N° 478.

banquier ; je ne vois qu'une faculté pour le manufacturier.

657. Je dois parler ici d'une question transitoire qui a long-temps partagé les esprits. C'est de savoir si une hypothèque antérieure à la loi de brumaire an VII a pu être inscrite après une faillite déjà ouverte lors de la publication de cette loi.

Différens arrêts ont jugé l'affirmative.

Le premier est du 5 avril 1808. Dans l'espèce, le sieur Badaracque était tombé en faillite en 1774.

Le 2 juin 1806, la dame Badaracque, son épouse, qui avait pris une inscription sur les biens de son mari, le 2 fructidor an XIII, prétendit se faire colloquer à la date de son contrat de mariage du 28 janvier 1768. Mais le sieur Laugier, créancier du sieur Badaracque, qui s'était fait inscrire le 28 ventose an IV, réclama la préférence. Il se fondait sur les art. 37, 38, 39 de la loi de brumaire an VII, qui, en accordant un délai de trois mois aux créanciers porteurs d'hypothèques anciennes pour s'inscrire, avaient décidé que l'inscription seule pourrait maintenir aux hypothèques anciennes leur rang et leur prérogative ; que celles qui ne seraient pas inscrites dans ce délai, ne prendraient rang que du jour de l'inscription. Arrêt de la cour d'Aix qui repousse ce système, en se fondant sur le motif qu'il n'est pas permis de s'inscrire après la faillite. Mais par arrêt de la cour de cassation du 5 avril 1808, cet arrêt fut cassé (1).

(1) Répert., Inscript., p. 249. Dal., Hyp., p. 237.

Les motifs sont que les lois nouvelles n'ont défendu de prendre inscription sur les biens des faillis que pour *acquérir* un droit d'hypothèque; mais qu'elles n'ont pas défendu de conserver par des inscriptions les hypothèques anciennes; que les art. 37, 38, 39 obligent à l'inscription dans les trois mois, toutes les hypothèques, sans distinction, de celles existantes sur les biens des faillis ou non faillis; que ce n'est qu'à la condition de cette inscription que la loi de brumaire an VII les conserve; que la dame Badaracque pouvait sans difficulté conserver son rang, en prenant inscription dans les délais; mais que, ne l'ayant pas fait, elle ne pouvait prendre rang qu'à la date de son inscription, et devait s'imputer d'avoir négligé de remplir les conditions que la loi lui imposait.

L'affaire fut renvoyée devant la cour de Grenoble, qui adopta l'opinion de la cour d'Aix; mais ce second arrêt fut cassé par arrêt de la cour de cassation, du 15 décembre 1809, rendu sections réunies (1).

La cour de cassation a confirmé cette jurisprudence par un troisième arrêt, du 4 décembre 1815 (2). Il faudrait l'appliquer au cas où la faillite étant ouverte avant la loi de l'an VII, on ne prendrait inscription que sous le Code de commerce.

Mais il en serait autrement si la faillite s'ouvrait sous le Code civil. Les créanciers devaient faire inscrire leurs hypothèques anciennes, aux termes

(1) Q. de droit, Inscript., Hyp. Dal., Hyp., p. 239.

(2) Grenier, Hyp., t. 1, p. 243. Chabot, Quest. transit., , 1, p. 100.

des lois nouvelles : ils le savaient; ne l'ayant pas fait avant la faillite, cet événement les en empêche: ils arrivent trop tard pour remplir la condition de la loi.

657 *bis*. Sur la question de savoir si l'on peut renouveler une inscription dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite, voyez n° 660.

657 *ter*. Il est un second cas qui empêche de prendre inscription, d'après notre article. C'est lorsqu'une succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire. On ne peut s'inscrire sur les biens qui la composent.

Les motifs qui ont fait établir cette disposition sont que l'état des affaires du défunt est reglé par sa mort, et que dès ce moment ses dettes ne peuvent plus augmenter ni diminuer (1); qu'il n'est pas permis par conséquent à ceux qui sont simples chirographaires lors de la mort de leur débiteur de devenir créanciers hypothécaires *de sa succession*, et qu'ils ne peuvent le devenir que de *son héritier* (2).

Or (a pensé le législateur) ils ne peuvent acquérir hypothèque sur *l'héritier bénéficiaire*, puisqu'il n'est que simple dépositaire et administrateur de la succession (3).

D'un autre côté, il est aussi trop tard pour en acquérir sur la succession elle-même, détachée de celui qui l'administre, puisque la mort a fixé tous les droits.

(1) Lebrun, Success., liv. 4, ch. 2, sect. 1, n° 16.

(2) V. *suprà*, n° 459 *bis*.

(3) Peregrini, *De fideic.*, art. 33, n° 12. Despeisses, t. 2, p. 260, n° 12.