Traité de droit commercial

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

{BnF

gallica
BIBLIOTHÈQUE
NUMÉRIQUE

Renault, Louis (1843-1918). Traité de droit commercial. 1897.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
 *La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
 *La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

 *des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
 *des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Conserver la Couverture

1812

TRAITÉ

DE

DROIT COMMERCIAL

PAR

CH. LYON-CAEN

Membre de l'Institut,
Professeur à la Faculté de Droit
de l'Université de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques.

L. RENAULT

Professeur à la Faculté de Droit
de l'Université de Paris
et
à l'Ecole des Sciences politiques.

2e édition

La première édition a été couronnée par l'Institut (prix Wolowski).

TOME SEPTIÈME

Des Faillites, Banqueroutes et Liquidations judiciaires.

I

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, IMPRIMEUR-ÉDITEUR,

Libraire du Conseil d'État et de la Société de législation comparée,

24, RUE SOUFFLOT, 24.

—

1897

TRAITÉ

DE

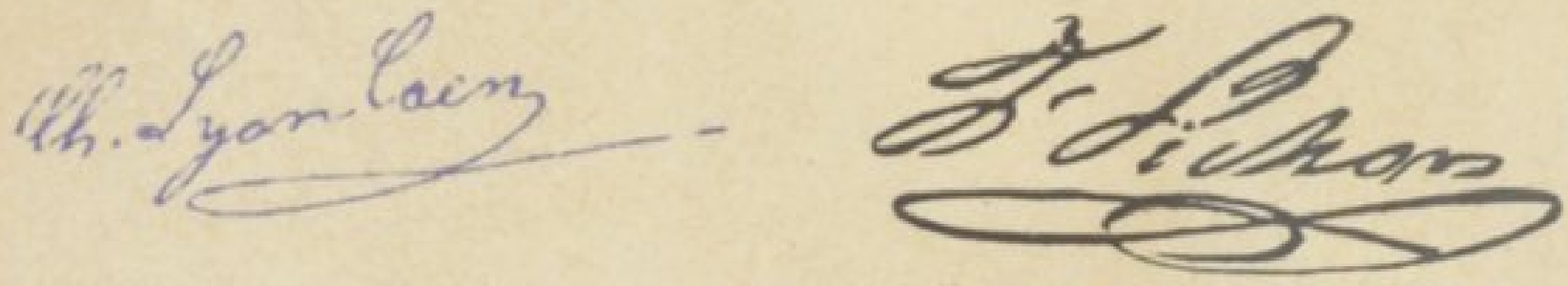
DROIT COMMERCIAL

VII

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS

8° F
p 119

Chaque exemplaire doit porter la signature de l'un des auteurs et celle de l'éditeur.



PARIS. — IMP. F. PICHON, 282, RUE SAINT-JACQUES, ET 24, RUE SOUFFLOT.

TRAITÉ

DE

DROIT COMMERCIAL

DÉPOT LÉGAL
Seine
N° 46
1897

PAR

CH. LYON-CAEN
Membre de l'Institut,
Professeur à la Faculté de Droit
de l'Université de Paris
et à l'Ecole des Sciences politiques.

L. RENAULT
Professeur à la Faculté de Droit
de l'Université de Paris
et
à l'Ecole des Sciences politiques.

BIBLIOTHÈQUE DES INSTITUTS

2e édition

La première édition a été couronnée par l'Institut (prix Wolowski).

TOME SEPTIÈME

Des Faillites, Banqueroutes et Liquidations judiciaires.

I

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, IMPRIMEUR-ÉDITEUR,

Libraire du Conseil d'État et de la Société de législation comparée,

24, RUE SOUFFLOT, 24.

—

1897

SIXIÈME PARTIE

DES FAILLITES, DES BANQUEROUTES & DES LIQUIDATIONS JUDICIAIRES (1).

HISTORIQUE. GÉNÉRALITÉS.

1. Le manquement par un débiteur à ses engagements est toujours un fait grave; l'attente légitime de ses créanciers est trompée et leur patrimoine se trouve injustement diminué. Ce fait est particulièrement fâcheux quand le débiteur est un commerçant. Les obli-

(1) Livre III refondu en 1838 (n° 15); ce livre est divisé en trois titres : tit. I, *De la faillite,* art. 437-583 (il y est traité, au point de vue des intérêts pécuniaires, des conséquences de la faillite); tit. II, *Des banqueroutes,* art. 584-603 (il s'agit des faits commis par le failli ou par d'autres personnes, qui intéressent l'ordre public et qui, par suite, constituent des délits ou des crimes); tit. III, *De la réhabilitation,* art. 604-614. — Loi du 4 mars 1889, *portant modification à la législation des faillites;* Loi du 4 avril 1890 *portant modification du paragraphe 1er de l'art. 5* de la loi du 4 mars 1889.

Bibliographie : En dehors des traités consacrés à l'ensemble du droit commercial, il faut citer les ouvrages spéciaux suivants : Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes,* 2 vol., 3e éd. 1857. (Cet ouvrage jouit d'une grande autorité due au mérite de l'auteur et aussi à la circonstance qu'il a pris une part importante à l'élaboration de la loi de 1838); Bédarride, *Traité des faillites et banqueroutes,* 3 vol., 4e éd., 1862; Esnault, *Traité des faillites et banqueroutes,* 4 vol., 1846; Geoffroy, *Code pratique des faillites,* 1 vol.; Ducoin, *Guide judiciaire et pratique en matière de faillite,* 1 vol., 1875. V. aussi dans le *Répertoire alphabétique* de Dalloz et dans le *Dictionnaire de droit commercial* de Ruben de Couder, les articles détaillés qui sont consacrés à cette matière. Enfin, depuis 1882, parait sous la direction de M. Henry Defert, le *Journal des faillites et liquidations judiciaires françaises et étrangères,* qui est une revue de doctrine et surtout de jurisprudence. En 1895, a été publiée la *table générale du Journal des faillites et liquidations judiciaires françaises et étrangères* (1882-1894). — De nombreuses monographies ont été consacrées aux questions les plus importantes comprises dans la matière des faillites. Les principales seront indiquées à propos de chacune de ces questions. Les ouvrages cités sont presque tous antérieurs à 1889; ils remontent donc à une époque où la liquidation judiciaire n'existait

gations d'un commerçant sont, en général, plus nombreuses et plus importantes que celles d'un individu non-commerçant. Le défaut d'acquittement de ses dettes, quelle qu'en soit la cause (cas fortuit, faute ou mauvaise foi), est de nature à nuire à beaucoup de personnes; les créanciers peuvent, ne recevant pas ce qui leur est dû, être mis à leur tour dans l'impossibilité de tenir leurs propres engagements. En outre, le commerce reposant sur le crédit personnel, la législation française considère qu'il y a un manquement plus grave à la parole donnée de la part du commerçant qui ne paie pas ses dettes et qu'il y a lieu d'examiner de plus près les circonstances qui ont amené ce manquement, de rechercher s'il est la suite de malheurs, d'imprudences ou de fraudes.

Quatre situations peuvent se produire : les quatre expressions, *liquidation judiciaire*, *faillite*, *banqueroute simple*, *banqueroute frauduleuse*, y correspondent.

Le mot *faillite* vient de *faillir* (*fallere*, manquer); le failli est celui qui manque à ses engagements. Le mot *banqueroute* vient des mots italiens, *banca rotta;* il fait allusion à un très ancien usage : les négociants avaient un banc ou une banque sur la place publique; on rompait le banc de celui qui ne tenait pas ses engagements (1). La première expression convient, en laissant de côté la *liquidation judiciaire*, à tous les cas, si l'on envisage simplement les intérêts privés; la seconde est réservée par le Code aux cas où l'on peut reprocher au débiteur une faute ou une fraude constituant un délit correctionnel (*banqueroute simple*) ou un crime (*banqueroute frauduleuse*). Pour les commerçants malheureux et de bonne foi, il existe une institution moins rigoureuse que la faillite, la *liquidation judiciaire,* introduite dans la législation par la loi du 4 mars 1889.

2. Les dispositions légales concernant les faillites et les banqueroutes

pas dans notre législation; aussi n'y est-il pas traité de cette institution. Des ouvrages spéciaux y ont été consacrés. Ils seront mentionnés à propos de la liquidation judiciaire. — V., sur les ouvrages relatifs aux législations étrangères et au droit comparé, notes 2 et 3 de la page 32 et les notes des pages 33 à 36.

(1) On a proposé une autre étymologie très singulière du mot *banqueroute*. Ce mot viendrait de *banque en route* (en fuite). Souvent les personnes qui ne peuvent satisfaire leurs créanciers, prennent la fuite, afin de chercher à échapper à leurs poursuites.

ainsi que la liquidation judiciaire forment une partie de la législation relative aux voies d'exécution et aux moyens divers autorisés contre les débiteurs qui ne paient pas leurs dettes. En France, ces dispositions sont rangées dans le droit commercial, parce que les faillites, banqueroutes et liquidations judiciaires, sont spéciales aux commerçants. Dans les nombreux pays étrangers où la faillite s'applique même aux non-commerçants, cette matière fait partie de la législation générale. Dans ces pays, le Code de commerce ne s'occupe pas de la faillite à laquelle d'ordinaire une loi spéciale est consacrée (1).

3. De tout temps, il y a eu des dispositions légales relatives aux débiteurs, commerçants ou non-commerçants, qui ne remplissent pas leurs engagements. Mais il s'en faut que les législateurs se soient toujours inspirés des mêmes idées, qu'il s'agît de mesures concernant la personne ou de mesures concernant les biens. Sans faire un historique complet de cette matière, il est utile d'indiquer les idées principales qui ont régné dans le Droit romain et dans notre ancien Droit à ce sujet, ainsi que les textes les plus importants qui ont précédé la législation actuelle. On peut seulement ainsi déterminer l'origine de la faillite de notre législation et comprendre les caractères spéciaux qu'elle présente.

4. Les Romains n'ont pas, au point de vue juridique, distingué les commerçants des non-commerçants. Les droits d'exécution contre les débiteurs étaient identiques contre ces deux classes de personnes.

La loi des XII Tables avait consacré un système très rigoureux en accordant aux créanciers, dont le débiteur ne s'acquittait pas de ses engagements, le droit de le réduire en esclavage (2) et peut-être même de le tuer et de se partager son corps par morceaux (3). Du reste, par convention, les débiteurs pouvaient se mettre sous la dépendance de leurs créanciers; ils étaient alors dans une situation spéciale et on

(1) V. nos 38 et 39. — Pour la même raison, les traités généraux de droit commercial n'y traitent pas habituellement de la faillite.

(2) Loi des XII Tables (Table III). V. Girard, *Textes de Droit romain* (2e édition), p. 11 et 12.

(3) Giraud, Des *nexi* ou de la condition des débiteurs chez les Romains; Bachofen, *Das Nexum, die Nexi und die Lex Petilia*.

les appelait *nexi* (1). La rigueur avec laquelle parfois les créanciers exercèrent ces droits, provoqua des révoltes qui amenèrent des adoucissements successifs de la législation (2).

Du reste, le préteur, dans le but sans doute d'atténuer la sévérité du droit civil, avait substitué l'exécution sur les biens à l'exécution sur la personne, en organisant la procédure de la *missio in possessionem* suivie de la *venditio bonorum*, vente en masse des biens du débiteur. Dans des cas déterminés où l'insolvabilité du débiteur était prouvée ou présumée (3), les créanciers pouvaient se faire envoyer en possession des biens de leur débiteur. Celui-ci était dessaisi de l'administration de ses biens qui passait à un curateur (*curator*) agissant au nom de la masse des créanciers, Ceux-ci ne pouvaient souffrir des actes du débiteur postérieurs à l'envoi en possession. Des mesures de publicité étaient prises pour que tous les créanciers étant avertis, fussent mis à même de faire valoir leurs droits. Il était procédé à la vente en masse des biens du débiteur par les soins d'un agent que les créanciers choisissaient parmi eux, le *magister bonorum vendendorum*. L'acheteur (*emptor bonorum*) était un successeur à titre universel du débiteur et, comme tel, il était tenu de payer, jusqu'à concurrence de son prix, les créanciers qui souvent ne recevaient qu'un dividende, par cela même que la vente était faite pour un prix inférieur au montant total des créances.

Cette procédure avait plusieurs traits que l'organisation de la faillite dans le droit moderne lui a empruntés. Tel était le caractère collectif de la *missio in possessionem* et de la *venditio bonorum ;* elles avaient lieu, en principe, au profit de tous les créanciers ; tel était aussi le dessaisissement du débiteur qui résultait de l'envoi en possession.

La vente en masse de ses biens entraînait pour le débiteur l'infamie, sauf pourtant quand volontairement il avait fait cession de ses biens à ses créanciers (*cessio bonorum*).

La vente en masse des biens des débiteurs disparut à l'époque de

(1-2) Voir, pour plus de détails, Tambour, *Des voies d'exécution*, I, p. 107 et suiv.; Vainberg, *La faillite d'après le Droit romain ;* Garraud, *De la déconfiture*, p. 19 et suiv.; Accarias, *Précis de Droit romain*, II, nos 482 à 484 et 784.

(3) V. Gaïus, C. III, § 78 et 79.

Dioclétien avec le système de la procédure formulaire. Elle fut remplacée par des ventes en détail (*distractiones*) (1).

5. Si la législation française, et avec elle toutes les législations modernes sur la faillite, se rattachent quelque peu à la procédure romaine d'envoi en possession et de vente en masse des biens du débiteur, elles ont pour origine plus directe les règles de la faillite admises au Moyen-âge et au début des temps modernes dans les statuts des villes commerçantes de l'Italie, comme Gênes (2), Florence, Milan, Venise. On trouve dans ces statuts tous les grands principes des législations actuelles. Les jurisconsultes italiens, fort ingénieux pour accommoder le Droit romain aux besoins de leur temps, se préoccupèrent spécialement de la situation des débiteurs et surtout des commerçants qui ne payaient pas leurs dettes. C'est principalement à partir du XIVe siècle que le travail se fit à cet égard.

La faillite était, d'après quelques statuts, commune aux commerçants et aux non-commerçants. Elle supposait la cessation des paiements du débiteur. Certains statuts exigeaient, pour qu'il y eût faillite, que les dettes fussent supérieures à un certain chiffre.

Les mots *fallito* et *fallimento* n'ont pas été les premiers employés en Italie ; les jurisconsultes y ont d'abord désigné le failli et la faillite par les mots *decoctus* ou *decoctor* et *decoctio* (3). Straccha, jurisconsulte du XVIe siècle, a fait un traité *De conturbatoribus sive decoctoribus* (4). Il donnait du failli la définition suivante : *qui fortunæ vitio, vel suo, vel partim fortunæ, partim suo, non solvendo factus, foro cessit;* il indiquait ainsi les différentes situations du failli au point de vue des causes de ses embarras. Un autre jurisconsulte, Rocco, énonçait aussi très bien les circonstances qui caractérisent l'état

(1) *Institutes de Justinien*, III, 12, *princip.*

(2) Le statut de Gênes, imprimé en 1498 et réformé en 1588, est analysé par Vincens, *Exposition raisonnée de la législation commerciale*, I, p. 386 et suiv.

(3) *Decoquere* vient de *coquere*, cuire. « *Decoctor*, dit M. Renouard, c'était, qu'on « me pardonne la trivialité de l'expression, celui qui avait fricassé, qui avait « fondu ses biens. » Straccha explique ainsi cette expression : *Decoctor a decoquo verbo descendit, quod paulatim diminuere significat et coquendo absumere. Unde decoctores, conturbatores et bonorum consumptores dicuntur, quos recentiores jurisconsulti fallitos et cessantes vocant.*

(4) Renouard, *Traité des faillites et banqueroutes* (I, p. 69 et 70) en donne une courte analyse.

de faillite : *decoctus dicitur qui... mole creditorum gravatus a solutione cessat, fugit vel latitat.*

Les faillis étaient, en général, traités sévèrement : *falliti sunt fraudatores, decoctor ergo fraudator*, telle était la présomption que les jurisconsultes déduisaient des statuts. Mais, de bonne heure, ils réclamèrent pour qu'on fît une distinction entre ceux qui avaient commis quelque fraude et ceux qui, étant de bonne foi, avaient été victimes des événements. Aux seconds le bénéfice de la cession de biens, emprunté au Droit romain, était accordé. Les premiers, coupables de banqueroute frauduleuse, encouraient des peines rigoureuses variant avec la gravité des faits à leur reprocher; des statuts les punissaient, comme voleurs, de la peine capitale. On pouvait les mettre à la question, pour leur faire déclarer les biens qu'ils cherchaient à dissimuler.

Mais les statuts des villes italiennes ne renferment pas que des règles ayant pour but de maintenir l'égalité entre les créanciers ou de réprimer les fraudes dans un intérêt d'ordre public. Ils admettent aussi, dans un but de bienveillance pour le débiteur, parfois victime des événements plutôt que de ses fautes, le concordat grâce auquel le failli est replacé à la tête de ses affaires et obtient, soit des délais, soit des remises d'une partie de ses dettes, en vertu d'une décision de ses créanciers prise non pas nécessairement à l'unanimité, mais à des majorités fixées diversement par les différents statuts.

6. Pendant longtemps, on ne s'est préoccupé en France que d'édicter des peines contre les individus qui faisaient frauduleusement tort à leurs créanciers (1). On a fini par s'apercevoir que ce n'était pas suffisant pour sauvegarder l'intérêt de ceux-ci et qu'il fallait prendre des mesures, soit pour protéger les créanciers dans leurs rapports avec leur débiteur commun, soit pour assurer entre eux l'égalité de condition; il y a un désastre dont les conséquences doivent être subies également. On a compris aussi que parfois un débiteur qui ne paie pas ses dettes, est victime d'événements imprévus et est digne d'une certaine indulgence Celle-ci peut, d'ailleurs, être conforme à l'intérêt bien entendu des créanciers. Ce sont les coutumes italiennes qui, sur ce point, pénétrèrent peu à peu en France,

(1) Frémery, *Études de Droit commercial*, p. 350 et suiv.

notamment par Lyon (1), et qui inspirèrent d'abord la pratique et la jurisprudence, puis la législation. Le règlement lyonnais de la place des changes de 1667 est le premier texte français s'occupant de la faillite au point de vue des intérêts privés des créanciers et du débiteur.

7. Les nombreuses ordonnances qui se sont succédé de François Ier à Louis XIII, ont un caractère purement pénal : elles édictent des peines très rigoureuses contre les banqueroutiers. La plus ancienne loi générale portée en France contre les banqueroutiers est l'ordonnance de François Ier, signée à Lyon, le 10 octobre 1536. On y lit notamment les dispositions suivantes : « Il sera procédé contre les « banqueroutiers extraordinairement... des et sur les fraudes par « eux commises... leur manière de vivre et actes précédents et subsé- « quents... et procédé à la punition corporelle et apposition au car- « can et pilori. » L'Ordonnance de 1560 rendue par Charles IX à la suite des États d'Orléans, édicte contre les banqueroutiers frauduleux la peine de mort. L'art. 143 de cette ordonnance disposait : « Tous « banqueroutiers et qui feront faillite en fraude, *seront punis extra- « ordinairement et capitalement.* » Des doutes, qui s'étaient élevés au sujet de ces expressions, furent levés par des ordonnances postérieures. Un édit de Henri IV de 1609 assimilait les banqueroutiers aux voleurs, en disposant que les banqueroutiers seraient *exemplairement punis de mort comme les voleurs* (2). Sous Louis XIII, le Code Michaud de 1629 (art. 153) prononça la même peine. Par un mandement de 1582, Henri II évoqua tous les procès pendants pour banqueroute et commit, pour les juger souverainement ainsi que pour informer et statuer sur les banqueroutes faites depuis vingt ans, trois conseillers au Parlement de Paris, en défendant aux juges ordinaires d'en connaître (3).

8. L'Ordonnance de 1673 sur le commerce la première donna une réglementation de la faillite dans son ensemble, en faisant définitive-

(1) Renouard, *op. cit.*, p. 5, 9 et 11 ; Thaller, *Les faillites en droit comparé*, I, p. 61 ; Vaesen, *Juridiction commerciale à Lyon*, p. 156 et suiv.

(2) Cet édit ne se borne pas à punir les banqueroutiers, il annule aussi certains actes faits par eux.

(3) V. le texte de ce mandement dans Renouard, t. I, p. 41. Le préambule indique très bien que des faillites surviennent parfois indépendamment de toute faute du débiteur.

ment pénétrer en France les idées consacrées par les statuts des villes italiennes. Le titre XI de cette Ordonnance, intitulé des *Faillites et banqueroutes*, traite très brièvement de la matière; il ne comprend que treize articles. Ces dispositions déterminent l'époque de l'ouverture de la faillite (art. 1), obligent le failli à dresser un état de son actif et de son passif (art. 2 et 3), annulent certains actes faits par le failli en fraude de ses créanciers (art. 4), admettent que la majorité des créanciers peut prendre des délibérations liant la minorité (art. 5 à 7), décident que les compositions, remises et atermoiements que la majorité peut faire ou accorder, ne lient point les créanciers privilégiés et hypothécaires (art. 8), prescrivent de remettre les deniers comptant et les deniers provenant de la vente des effets mobiliers au syndic ou directeur choisi par les créanciers pour les représenter (art. 9). Les quatre derniers articles du titre XI sont des dispositions pénales relatives à la banqueroute frauduleuse, pour laquelle l'Ordonnance maintenait la peine de mort (art. 12), qui, du reste, était, en fait, rarement prononcée (1). Elle considérait comme banqueroutiers frauduleux ceux qui avaient diverti leurs effets ou supposé des créanciers ou déclaré plus qu'il n'était dû aux véritables créanciers (art. 10). Les commerçants qui, lors de la faillite, ne représentaient pas leurs registres et journaux signés et paraphés, pouvaient être réputés banqueroutiers frauduleux. Des peines pécuniaires étaient prononcées contre les complices du banqueroutier (art. 13).

On peut joindre au titre XI de l'Ordonnance relatif aux faillites et banqueroutes le titre IX sur les *défenses et lettres de répit* et le titre X concernant les *cessions de biens*.

Les *lettres de répit* étaient des lettres par lesquelles le Roi accordait

(1) Cette peine a subsisté en droit pendant tout l'ancien régime; elle était inefficace à protéger les créanciers, parce que son exagération même empêchait de l'appliquer. Les auteurs citent un très petit nombre de cas dans lesquels elle a été prononcée et exécutée : Renouard, *op. cit.*, I, p. 44. « La peine ordinaire « qui se prononce aujourd'hui, dit Jousse, est celle de l'amende corporelle, du « pilori ou carcan, des galères ou bannissement à temps ou à perpétuité, sui- « vant les circonstances. » Rousseaud de La Combe, après avoir rappelé les dispositions des Ordonnances, ajoute qu'elles ont peu d'exécution. « Communément, « tout le monde se plaint qu'on n'est pas assez sévère pour punir les banque- « routiers frauduleux, qu'on ne les met qu'au pilori ou carcan, et que souvent « ils méritent la corde. »

des délais aux débiteurs, négociants ou autres, qui lui semblaient mériter cette faveur ; elles produisaient une suspension générale des poursuites (V. le titre VI de l'Ordonnance d'août 1669). L'Ordonnance de 1673 (titre IX) pose quelques règles spéciales au cas où ces lettres concernent des commerçants (art. 1) et contient aussi des dispositions communes à tous les débiteurs. La législation sur ce point fut complétée par divers actes postérieurs, notamment par une Ordonnance du Châtelet de Paris du 12 mars 1678 et par une déclaration royale du 23 décembre 1699 (1).

La *cession de biens* était un abandon fait par un débiteur à ses créanciers, pour avoir la liberté de sa personne; les négociants y étaient admis comme les autres personnes (2) ; l'Ordonnance de 1673 leur imposa seulement une formalité particulière (titre X, art. 1).

9. La matière des faillites et banqueroutes étant traitée dans *l'Ordonnance du Commerce*, on pourrait croire que cette matière est ainsi devenue commerciale, de telle sorte que les commerçants seuls purent être atteints par les dispositions de l'Ordonnance. Il n'en est rien cependant : sans doute, elles devaient s'appliquer plus souvent aux commerçants à raison de la nature même des choses ; mais cela n'avait rien d'exclusif. Cela résulte des termes mêmes de l'Ordonnance : l'art. 1 (titre XI), qui fixe l'époque de l'ouverture de la faillite, parle du *débiteur* en termes généraux ; l'art. 2 emploie aussi des expressions très compréhensives en parlant de *ceux qui auront fait faillite*, pour les obliger à fournir un état de leur actif et de leur passif ; enfin l'art. 3 impose une obligation spéciale aux commerçants, en disposant que *les négociants, marchands et banquiers, seront encore tenus de représenter tous leurs livres et registres;* cela implique très nettement qu'il n'était pas nécessaire d'être commerçant pour être en faillite. Les anciens auteurs donnent, du reste, des explications dans lesquelles ils reconnaissent que la faillite était applicable aux non-commerçants comme aux commerçants (3).

(1) Renouard, I, p. 86 à 93.

(2) L'art. 541, C. com., refuse, au contraire, le bénéfice de la cession de biens aux commerçants.

(3) V. notamment Jousse, *Traité de la justice criminelle*, partie IV, livre III, titre 5, *Des banqueroutes :* « La *faillite* se fait, dit-il, lorsqu'un banquier, marchand, ou *autre personne* se trouve hors d'état de payer ses créanciers ». —

10. Dans notre ancienne législation, la compétence en matière de faillite n'appartenait pas aux *juges-consuls*, sauf des dérogations temporaires (1). La Déclaration du 13 septembre 1739 dispose seulement que les bilans des faillis seront déposés aux greffes des juridictions consulaires et que les juges-consuls verront et examineront sans frais tant les titres des créanciers que les livres des faillis, de quoi ils dresseront procès-verbal. Les textes n'avaient pas, du reste, toute la précision désirable, et, par suite, des conflits s'élevèrent souvent entre les juridictions (2).

11. L'Ordonnance de 1673, dans la partie concernant les faillites, a été l'objet de plusieurs modifications postérieures faites sous l'ancien régime même. L'Ordonnance était défectueuse au point de vue de la protection due aux créanciers et de la punition à infliger au failli. Elle annulait tous transports, cessions, ventes et donations *faites en fraude des créanciers* (art. 4) et obligeait, par suite, ceux-ci à une preuve toujours difficile; cette disposition fut heureusement corrigée par une Déclaration de septembre 1702 qui annula « toutes cessions et transports sur les biens des marchands, s'ils ne sont faits dix jours au moins avant la faillite publiquement connue ». Cette Déclaration ne faisait, du reste, qu'étendre à tout le Royaume des articles en forme de règlement qu'avaient proposés les négociants de Lyon et qu'avait homologués un arrêt du Conseil du 7 juillet 1667. De plus, deux déclarations royales, l'une du 11 janvier 1716, l'autre du 13 septembre 1739, exigèrent que ceux qui se prétendaient créanciers dans une faillite, eussent *affirmé* qu'ils étaient bien réellement créan-

V. aussi Rousseaud de La Combe, *Traité des matières criminelles*, partie I, chap. II, sect. 16; Merlin (RÉPERTOIRE, v° *Faillite et banqueroute*) cite divers arrêts qui ont puni comme banqueroutiers des individus non négociants, notamment un prêtre, un notaire, un auditeur des comptes. Un arrêt de la Cour de Bruxelles du 7 février 1810 décide que « selon les principes de l'ancienne juris-« prudence, tant française que belge, le débiteur non-commerçant peut être éga-« lement en faillite, quoique cet état se manifeste plus facilement dans un com-« merçant. » Mais cet arrêt ajoute inexactement que ces principes n'étaient pas modifiés par les lois nouvelles.

(1) V. la Déclaration du 10 juin 1715 qui attribuait aux juges-consuls la connaissance des faillites déjà ouvertes depuis le 1er avril 1715 ou à ouvrir jusqu'au 1er janvier 1716. Il y eut des prorogations successives. V. les textes rapportés par Bornier à la suite de l'art. 13 du titre XI de l'Ordonnance de 1673.

(2) Renouard, *op. cit.*, I, p. 96 et suiv.

ciers, après avoir fait *vérifier* leurs titres dans une certaine forme.

12. L'ancienne législation, éparse dans l'Ordonnance de 1673 et dans les actes postérieurs, laissait beaucoup à désirer. De nombreuses questions n'étaient pas résolues ; ainsi, aucune disposition légale ne posait nettement le principe du dessaisissement du failli ; aucun texte non plus n'exigeait formellement, pour que les effets de la faillite pussent se produire, un jugement déclaratif. Les arrangements entre les créanciers et le failli se concluaient sans aucune surveillance de l'autorité publique. Les syndics, choisis quelquefois par des créanciers supposés, souvent par des amis ou parents du failli, presque toujours par un petit nombre de créanciers présents qu'on désintéressait au préjudice des absents, déguisaient la vraie situation de la faillite et imposaient aux créanciers des traités désastreux. Au point de vue de la répression, l'ancienne législation était trop rigoureuse ou trop indulgente ; elle ne connaissait que deux situations, celle du failli et celle du banqueroutier frauduleux. La peine de mort était édictée contre celui-ci, sauf à ne pas être appliquée (nº 8), mais aucune peine n'atteignait celui qui, tout en étant exempt de fraude, avait amené ou aggravé sa ruine par des faits d'imprudence graves (1). Enfin, à un autre point de vue, trop souvent les femmes du failli plaçaient sous leur nom, et ainsi à l'abri de toutes poursuites, des sommes dont les créanciers de leurs maris étaient dépouillés.

Les plus graves abus s'étaient introduits par suite des excès de la

(1) En parlant des peines appliquées aux banqueroutiers frauduleux, Jousse (sur l'art. 12 du titre XI) dit : « Ces peines ne s'infligent que lorsque l'accusé est atteint et convaincu d'une fraude manifeste et qui mérite la vengeance publique. » D'après une Déclaration de 1721, dont l'effet a été successivement prorogé jusqu'en 1732, les poursuites criminelles ne pouvaient avoir lieu que du consentement de la majorité des créanciers. Jousse (sur l'art. 12 du titre XI) dit que cette disposition avait été nécessitée par des circonstances accidentelles qui avaient rendu les banqueroutes fréquentes, parfois même inévitables; ces circonstances ayant disparu, on ne peut douter que les procureurs du roi n'aient le droit de poursuivre, en cette matière comme en toute matière criminelle, sans avoir besoin du consentement des créanciers. — C. J. de Ferrière *(Dict. de droit et de pratique)* dit que les banqueroutiers sont punis, tandis que les faillis ne le sont pas, « ce qui n'empêche pas qu'ils ne soient couverts d'une espèce de flé- « trissure qui les dégrade parmi les marchands » ; ils avaient été frappés de certaines incapacités.

spéculation à l'époque de la Révolution ; des gens sans scrupule s'enrichissaient souvent au moyen de faillites habilement combinées.

13. Le projet de Code de commerce préparé en l'an X (1) s'occupait, dans une partie du troisième livre (art. 345 à 421), des faillites et banqueroutes (2). Ce projet avait été laissé de côté (3). Les scandales qui se produisirent dans certaines faillites déterminèrent Napoléon à faire reprendre la préparation d'un Code de commerce. L'impression résultant de ces scandales avait été si profonde que le gouvernement arrêta en 1806 un projet exorbitant où la fraude était érigée en présomption (4). Ce projet ne prévalut pas.

Ce n'en fut pas moins sous l'influence excessive, bien que légitime dans son principe, de ces circonstances, que fut discutée la partie du Code de commerce relative aux faillites ; on vit la fraude partout et on ne tint pas assez compte de ce fait que la faillite est souvent amenée par de simples imprudences, même par des revers tout à fait accidentels, de véritables cas fortuits ; on songea plus aux criminels qu'aux imprudents ou aux malheureux. Napoléon intervint dans la discussion au Conseil d'État pour demander des dispositions sévères, soit contre le failli, soit contre sa femme. Ainsi, il insista notamment pour que le jugement déclarant la faillite ordonnât forcément l'incarcération du failli (5). Puis, il aurait voulu que la femme partageât, dans tous les cas, le malheur de son mari, et il aurait approuvé un système la privant de tous ses droits pour la réduire à de simples aliments (6).

Le livre III du Code de commerce, consacré exclusivement aux faillites et banqueroutes, a été promulgué le 22 septembre 1807 et déclaré, comme le reste du Code, obligatoire à partir du 1er janvier 1808 (7).

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, nº 42.

(2) Le texte de ces dispositions a été reproduit par Renouard, *op. cit.*, p. 122 à 129.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, I, nº 42.

(4) Le texte de ce projet est reproduit dans l'ouvrage de Renouard, I, p. 122 et suiv.

(5) V. ancien art. 455 du Code de commerce. V. discours de Napoléon à la séance du Conseil d'État du 28 juill. 1807, Locré, *Législation de la France*, XIX, p. 477 et suiv.

(6) Locré, *op. cit.*, XIX, p. 481.

(7) Les travaux préparatoires de ce livre sont réunis dans le tome XIX de

14. Le Code de commerce avait certainement amélioré la législation en réprimant des faits coupables et en pourvoyant aux intérêts des créanciers par diverses mesures protectrices (annulation de certains actes du failli antérieurs à la déclaration de faillite, administration du patrimoine du failli, dessaisissement de celui-ci, etc.); mais, comme cela arrive souvent en pareil cas, il était tombé d'un excès dans l'autre (1). L'extrême sévérité, recommandée par Napoléon, n'avait pas atteint son but ; ainsi, l'incarcération, prononcée par la loi d'une manière absolue, amenait presque toujours la fuite du failli, de telle sorte que les syndics étaient privés de renseignements utiles, parfois même nécessaires (2). En outre, dans un but de protection, on avait introduit des formalités sans fin qui naturellement amenaient des lenteurs et des frais. Les vices de la loi se révélaient par les nombreux règlements de faillites qui se faisaient secrètement, pour échapper à l'application des dispositions légales.

15. Les réclamations contre la législation des faillites s'étant multipliées, le Gouvernement se décida, dès 1827, à en mettre la réforme à l'étude. Une circulaire du Ministre de la justice (M. de Peyronnet) demanda aux chambres de commerce, aux Cours et aux tribunaux, « des observations motivées et développées touchant les modifica- « tions que la loi sur les faillites serait susceptible de recevoir « dans l'intérêt général du commerce ». Ce n'est qu'en 1833, que les matériaux ainsi réunis furent utilisés par une commission que le Garde des sceaux chargea de préparer un projet de loi. Après d'assez nombreuses péripéties (3), ce projet devint la loi du 28 mai 1838

Locré, *Législation de la France*. — Dans le rapport de M. de Ségur (Locré, XIX, p. 534 et suiv.), les principaux vices de l'ancienne législation sont relevés.

(1) V. pour la critique et la législation de 1807, Bédarride, *op. cit.*, I, p. XIV à XVI. — Nous aurons l'occasion de rapprocher les dispositions actuelles du Code de commerce de celles qu'elles ont remplacées et ainsi d'apprécier la partie du Code de 1807 relative aux faillites et banqueroutes.

(2) Esnault, *op. cit.*, I, nº 15.

(3) V. l'historique détaillé de la confection de la loi de 1838 dans Renouard, *op. cit.*, I, p. 175 et suiv. Le savant auteur y a pris une part très importante, soit comme secrétaire général du ministère de la justice en 1833, soit comme député en 1835. Cette collaboration contribue à donner au commentaire de M. Renouard une autorité particulière.

qui refondit tout le livre III du Code de commerce; les dispositions de cette loi ont été insérées dans ce livre III; elles nous régissent encore aujourd'hui (1). Le nouveau livre III contient le même nombre d'articles que le livre III du Code de commerce de 1807, aussi n'a-t-on pas eu à changer les numéros des articles du livre IV; mais il est évident qu'on n'a pas pu conserver rigoureusement les numéros des dispositions correspondantes.

16. Malgré les soins apportés à sa rédaction et les incontestables progrès réalisés par elle (2), la loi de 1838 n'a pas échappé aux critiques. Il est difficile qu'un système législatif sur les faillites ne soulève pas de vives réclamations. La nature des choses le veut ainsi : il s'agit de concilier des intérêts très divers, parfois même opposés, les intérêts du failli et des créanciers, sans négliger les besoins de l'ordre public. De quelque façon que le législateur s'y prenne, il y a toujours des victimes d'événements de ce genre; elles ne manquent pas de rendre la loi responsable de leurs maux. Cependant, en général, les résultats de la loi de 1838 étaient satisfaisants; avec elle notamment, il y eut une plus grande célérité dans le règlement des faillites et une diminution dans les frais (3). Aussi, jusqu'en 1889, le livre III revisé en 1838 n'avait-il été modifié que sur des points de détail. Il l'a été : 1° par la loi du 17 juillet 1856, qui a ajouté plusieurs alinéas à l'art. 541, C. com., pour réglementer le *concordat par abandon d'actif;* 2° par la loi du 12 février 1872, qui a refondu les art. 450 et 550, C. com., pour régler la situation du bailleur des biens loués par le failli. Puis, à certaines époques de crises, en

(1) La loi du 28 mai 1838 avait à régler des *questions transitoires.* Elle contenait à cet égard la disposition suivante : « Les faillites déclarées antérieure-« ment à la promulgation de la présente loi, continueront à être régies par les « anciennes dispositions du Code de commerce... » Ces faillites sont donc restées sous l'empire de l'ancienne législation, même pour les formalités à accomplir depuis la mise en vigueur de la nouvelle loi. Cf. Bédarride, *op. cit.*, t. I, n° 1. Quant aux faillites déclarées postérieurement, il ne faut pas dire *a contrario* que la loi nouvelle est seule applicable; cela est bien vrai pour les formes et la procédure, cela serait exagéré pour ce qui concerne le fond du droit. Si la cessation des paiements s'était produite sous l'empire de l'ancienne législation, celle-ci devait rester compétente pour en régler les conséquences; autrement il y aurait eu atteinte à des droits acquis. Cf. Bédarride, I, n° 9.

(2-3) V. Renouard, *op. cit.* (2e édit. 1844), p. 198 et suiv. — V. une appréciation moins favorable dans le Rép. Dall., v° *Faillite,* n° 39.

1848 (1) et en 1870-1871 (2), des mesures législatives temporaires ont été prises pour atténuer les rigueurs de la loi à l'égard des commerçants forcés par les événements de cesser leurs paiements.

17. La suppression de la contrainte par corps en matière civile et commerciale, prononcée par la loi du 22 juillet 1867, a eu indirectement une certaine influence sur la matière des faillites : quelques dispositions légales sont devenues d'une application rare (3), d'autres sont devenues même sans application (art. 455 *in fine*, art. 539, C. com.), ou ne peuvent plus bien atteindre leur but par suite de la suppression de la contrainte par corps (4).

La faillite avait pour le débiteur l'avantage de le soustraire à la contrainte par corps qu'aurait pu exercer contre lui individuellement tel ou tel de ses créanciers, aussi était-elle souvent déclarée sur la demande même du débiteur. Celui-ci, n'ayant plus à redouter cette voie d'exécution sur sa personne, peut être tenté de retarder par tous les moyens la déclaration de faillite qui ne lui procure plus cet avantage ; d'un autre côté, les créanciers, ne pouvant plus se protéger d'une autre manière, doivent recourir à la mise en faillite (5). Il semble alors que le législateur a le devoir de veiller à ce que leurs intérêts soient sauvegardés de cette façon, puisqu'il leur a enlevé l'autre garantie qu'ils avaient. Ce point de vue fut signalé au Sénat lors de la discussion de la loi du 22 juillet 1867 ; des orateurs demandèrent que la procédure des faillites fût rendue plus rapide et moins coûteuse. Le gouvernement prit l'engagement de procéder aux études nécessaires pour réformer la législation des faillites (6) ; cette promesse n'a pas été tenue.

(1) D. 19 mars 1848; L. 22 août 1848. — V. sur ces dispositions provisoires, Renouard, *op. cit.*, p. 180 et suiv.; Dalloz, *Répertoire*, v° *Faillites*, n° 40.

(2) D. 7-14 sept. 1870; L. 22 avr., 9 mai, 9 sept., 19 déc. 1871, *sur les concordats amiables*, dont les effets ont été prolongés jusqu'en mai 1872.

(3) V. ce qui est dit, dans la suite du paragraphe, du petit nombre des faillites déclarées sur la demande du failli.

(4) Cela fait allusion spécialement aux dispositions concernant la clôture des opérations de la faillite pour insuffisance d'actif (art. 527 et 528, C. com.).

(5) Il sera indiqué plus loin que le nombre des faillites déclarées sur la demande des créanciers a augmenté dans des proportions énormes, tandis que le nombre des faillites déclarées sur la demande des débiteurs a beaucoup diminué.

(6) Séance du 18 juillet 1867. V. Garsonnet, *De l'influence de l'abolition de la contrainte par corps sur la législation commerciale*, p. 90-92.

Dans les vingt dernières années, on a agité la question d'une réforme de la législation des faillites, mais dans une intention toute différente; on se préoccupait de venir au secours moins des créanciers que des débiteurs qui peuvent être malheureux. A la suite du dépôt de plusieurs propositions de loi (1), le Conseil d'État auquel elles avaient été renvoyées, a élaboré en 1885 un projet de loi opérant la refonte du livre III du Code de commerce (2). Ce projet a été suivi d'un rapport fait à la Chambre des députés (3). Mais, dans la crainte de ne pas aboutir avant la fin de la législature, les Chambres ont voté une loi devenue la loi du 4 mars 1889, modifiant seulement quelques dispositions du Code de commerce sur la faillite et créant à côté de la faillite, pour les débiteurs malheureux, une institution nouvelle qui coexiste, sous le nom de *liquidation judiciaire*, avec la faillite à laquelle elle emprunte la plupart de ses règles, et qui n'est qu'une faillite atténuée dans ses effets.

La loi du 4 mars 1889 a été interprétée, dans une de ses dispositions qui avait soulevé quelque doute, par la loi du 4 avril 1890. Puis, une autre loi du 6 février 1895 a ajouté une disposition à l'article 549, C. com.

18. La matière de la faillite, de la liquidation judiciaire et des banqueroutes, est régie par des dispositions légales très nombreuses ayant entre elles des liens intimes. Elles touchent, les unes à la procédure, les autres au fond du droit. Il est essentiel, avant d'aborder l'étude détaillée des dispositions du Code de commerce, de donner une idée d'ensemble de la matière. On peut seulement ainsi se rendre compte des rapports existant entre les différentes parties du sujet et comprendre l'ordre général qui sera suivi ci-après pour les étudier.

La liquidation judiciaire étant une institution destinée à permettre au commerçant qui a cessé ses paiements d'éviter la faillite, il pourrait paraître rationnel de parler de la liquidation judiciaire en premier lieu. Mais, dans l'état actuel de notre législation, cet ordre

(1) Proposition de M. Richard Waddington (déposée en 1880); proposition de MM. Saint-Martin, Boysset et autres (déposée le 15 novembre 1881).

(2) Ce projet était accompagné d'un exposé des motifs qui était la reproduction du rapport de M. Courcelle-Seneuil au Conseil d'État.

(3) Le rapporteur de la commission a été M. Laroze.

ne peut pas être suivi. Le législateur n'a pas, en effet, posé des règles complètes sur la liquidation judiciaire. Il s'est borné à renvoyer aux règles de la faillite en y indiquant seulement quelques dérogations (L. 4 mars 1889, art. 24). On est ainsi contraint de parler de la faillite avant d'en arriver à la liquidation judiciaire. C'est l'ordre qui sera suivi dans le tableau d'ensemble qui va être présenté comme dans l'étude détaillée de la matière (n° 41).

19. La faillite est devenue une institution exclusivement commerciale; non seulement il en est traité dans le Code de commerce, mais l'art. 437 dit nettement : *Tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite.* L'Ordonnance de 1673 s'exprimait tout autrement (n° 9) ; la faillite et la banqueroute pouvaient s'appliquer à un non-commerçant. Il ne paraît pas que cette différence, qui pourtant est si considérable, ait beaucoup frappé les rédacteurs du Code ; ils ne l'ont pas signalée. Probablement, dans la pratique, on avait pris peu à peu l'habitude de réserver la faillite aux commerçants, et le Code n'aura fait que constater la règle qui avait fini par prévaloir. Le *Répertoire* de Guyot (édition de 1784) définit la faillite : « l'état « dans lequel se trouve un *marchand*, *banquier ou négociant*, dont « les affaires sont tellement dérangées qu'il est dans l'impossibilité de « tenir ses engagements. » Bornier, dans son commentaire de l'article 17 du titre XI de l'Ordonnance de 1673, ne parle aussi que des négociants (1).

Le même caractère appartient à la *liquidation judiciaire* (L. 4 mars 1889, art. 1), qui, comme cela est indiqué plus haut (n° 18), n'est qu'une sorte de faillite atténuée.

20. Quand un commerçant est hors d'état d'acquitter ses dettes, il y a là une situation pleine de périls pour lui et pour ses créanciers. Il est à craindre que, pour sortir d'embarras, il ne soit tenté de recourir à des moyens désespérés et n'arrive ainsi qu'à aggraver sa position; il peut aussi céder à l'influence ou à la passion de tel ou tel de ses créanciers et l'avantager au détriment des autres; enfin, ce qui est plus grave encore, il peut songer à soustraire, à son profit, une partie de son actif aux poursuites de ses créanciers. Le législateur doit prendre des mesures pour maintenir l'égalité entre les créanciers.

(1) V. plus haut, note 3 de la page 9.

L'ordre public est intéressé à ce que les fraudes ou les négligences graves ne soient pas impunies. Enfin, l'intérêt même du failli ne doit pas être laissé de côté, le commerce étant exposé à des risques que le travail et la prudence ne peuvent pas toujours éviter. Casaregis disait : *Negotia mercatorum sunt magis periculosa, quia mercatores sunt semper in proximo periculo decoquendi, et hodiè sunt solvendo, cras vero non.*

21. Pour que des mesures soient prises et que la justice intervienne, il faut que l'embarras se traduise à l'extérieur par la *cessation des paiements*. C'est elle qui motive la *déclaration de faillite* que peut prononcer le tribunal de commerce à la demande du failli ou de ses créanciers, ou même d'office (art. 437 et 440, C. com.). Le jugement *déclaratif de faillite* produit des effets très graves et variés ; il sert de point de départ à d'importantes mesures ayant pour objet la personne même ou les biens du failli. Les effets de ce jugement se produisent dans l'avenir ou même dans le passé.

22. *Dans l'avenir*, le jugement déclaratif de faillite a notamment les deux effets suivants :

1° Il dessaisit le failli de l'administration de ses biens (art. 443, C. com.). Grâce au dessaisissement, le failli ne peut plus faire d'actes qui, directement ou indirectement, diminuent son actif ou augmentent son passif au préjudice de ses créanciers ;

2° Le droit pour chaque créancier de poursuivre le failli individuellement est suspendu ; aucun d'eux ne peut actionner en justice le failli ni, en pratiquant des voies d'exécution sur les biens du failli, arriver à se faire payer de préférence aux autres créanciers.

Les poursuites individuelles, suspendues par l'effet du jugement déclaratif, sont remplacées par une procédure d'ensemble organisée dans l'intérêt commun.

L'administration des biens du failli passe à ses créanciers. Ils forment une *masse* ayant des intérêts communs et représentée par un mandataire (*syndic*) que nomme la justice. Ce mandataire agit sous le contrôle et la surveillance du tribunal de commerce qui a déclaré la faillite et du juge-commissaire nommé par ce tribunal (art. 451 et 452, C. com.). En outre, les créanciers peuvent choisir eux-mêmes

parmi eux un ou deux *contrôleurs* chargés de surveiller les opérations du syndic (L. 4 mars 1889, art. 9, 10 et 20, al. 2).

Les créanciers sont appelés à délibérer et à prendre des résolutions ; on ne pouvait évidemment exiger l'unanimité ; elle est, quand les créanciers sont nombreux, presque impossible à obtenir ; puis des volontés individuelles ne doivent pas pouvoir empêcher des mesures à prendre dans l'intérêt commun, mais il fallait aviser à ce que cet intérêt fût régulièrement constaté ; la loi n'a pas rendu la majorité toute puissante et elle a cherché à sauvegarder les intérêts de la minorité, des absents et aussi ceux de l'ordre public.

23. Le jugement déclaratif de faillite ne produit pas seulement des effets dans l'avenir ; il en a aussi *dans le passé*. Le fait de la cessation des paiements qui motive la déclaration de faillite, peut s'être produit à une époque plus ou moins ancienne ; il y a ainsi un délai variable qui s'est écoulé entre la cessation des paiements et le jugement. C'est cette période, augmentée parfois des dix jours précédant la date de la cessation des paiements, qu'on appelle dans l'usage *la période suspecte*. Les actes de nature à nuire aux créanciers, faits pendant cette période, peuvent être annulés dans l'intérêt de la masse des créanciers sous des conditions qui varient avec la nature des actes dont il s'agit (art. 446 à 449, C. com.). Ces nullités ont un but analogue à celui de l'action paulienne (art. 1167, C. civ.) ; mais elles protègent les créanciers au profit desquels elles sont prononcées, plus efficacement que cette action.

24. Après la déclaration de faillite, il importe d'empêcher la distraction d'une partie de l'actif, d'en constater exactement le montant et la consistance, d'en assurer la conservation. Aussi les scellés sont-ils, en principe, apposés sur les magasins, comptoirs, caisses, portefeuilles du failli (art. 455, 458, 460, C. com.). Puis, les scellés étant levés, le syndic doit procéder à la confection d'un inventaire (art. 479 et suiv., C. com.). Des actions peuvent être exercées au besoin par le syndic pour la conservation des droits du failli. Sous les conditions que la loi détermine, le commerce du failli peut être continué par le syndic. Les meubles et marchandises, spécialement ceux qui sont sujets à dépérissement, peuvent être vendus par lui (art. 479 et 486, C. com.).

Il importe aussi de connaître exactement le passif. C'est en le comparant à l'actif qu'on établit la situation pécuniaire exacte du failli et la détermination des créanciers du failli permet seule de fixer les personnes qui ont le droit de prendre part aux délibérations de l'assemblée des créanciers. Une procédure spéciale, appelée *vérification et affirmation des créances*, a pour but de déterminer les créances existant contre le failli (art. 491 et suiv., C. com.).

25. Quand tout cela a été fait, les créanciers sont mis à même de se prononcer en connaissance de cause sur la solution à donner à la faillite, c'est-à-dire sur le sort du patrimoine du failli, sur ce qu'il y a à faire de ses biens. Il y a trois solutions de la faillite possibles : le *concordat simple*, le *concordat par abandon d'actif*, l'*union*.

26. Les créanciers sont convoqués et le syndic leur fait un rapport sur l'état matériel et moral de la faillite (art. 506, C. com.). Le plus souvent le failli demande à être remis à la tête de ses affaires ; il sollicite en même temps au moins des délais pour s'acquitter, et presque toujours une remise partielle de ses dettes. Lorsque les créanciers acceptent les propositions du failli, il intervient ce qu'on appelle un *concordat simple*. Si l'on appliquait les règles ordinaires des conventions, le consentement de tous ceux qui doivent subir une restriction de leurs droits serait nécessaire (art. 1165, C. civ.), mais on conçoit qu'à cette condition, tout concordat serait à peu près impossible ; il faut compter avec l'entêtement ou l'animosité d'un ou de plusieurs des créanciers. Aussi la loi permet-elle à la majorité de lier la minorité en pourvoyant à ce que les intérêts de celle-ci ne soient pas injustement sacrifiés ; dans ce but, la loi prescrit des conditions spéciales quant à la majorité (art. 507 et 508, C. com.), et exige l'homologation du concordat par la justice (art. 511 et suiv., C. com.). Le failli ne doit pas être indigne de la faveur qui lui est faite, c'est un des points que le tribunal a aussi à apprécier (articles 514 et 515, C. com.). Du reste, la loi refuse elle-même le bénéfice du concordat à certains individus (art. 510, C. com).

27. Quand, pour une cause quelconque, il n'y a pas de concordat simple ni de concordat par abandon d'actif dont il sera parlé ci-après (n° 28), les créanciers sont en état d'*union* (art. 529, C. com.). C'est la solution de la faillite la plus dure pour le failli. Celui-ci ne recou-

vre pas, comme en cas de concordat simple, l'admininistration de son patrimoine. Tous ses biens sont vendus et le prix en est réparti entre les créanciers (art. 534, C. com.). Si les créanciers ne sont pas désintéressés intégralement, ils conservent leurs droits pour l'excédent et ils peuvent chacun exercer des poursuites individuelles contre le failli jusqu'à ce qu'ils soient entièrement payés.

28. Une troisième solution de la faillite, qui participe à la fois de l'union et du concordat simple, est encore possible, c'est le *concordat par abandon d'actif*. Des dispositions insérées dans l'art. 541, C. com., en vertu de la loi du 17 juillet 1856, ont réglementé cette solution que n'avaient prévue ni le Code de commerce de 1807, ni la loi du 21 mai 1838. Ce concordat ne peut être consenti qu'aux mêmes conditions que le concordat simple. Seulement le failli n'est pas remis à la tête de ses affaires ; les biens qu'il abandonne aux créanciers, sont vendus dans les mêmes formes qu'en cas d'union. Mais, et c'est l'avantage pécuniaire qu'offre le concordat par abandon par rapport à l'union, le failli ne peut pas être poursuivi pour des dettes excédant le prix des biens abandonnés. Le concordat par abandon d'actif renferme ainsi une remise de dettes dont l'importance est déterminée par les résultats des ventes des biens du failli.

29. A la suite de la vente de tous les biens du failli et des répartitions du prix entre les créanciers qu'entraîne avec lui *l'état d'union*, les créanciers ont à donner leur avis sur *l'excusabilité du failli*. Le tribunal de commerce, éclairé par cet avis, déclare ou non le failli excusable. La déclaration d'excusabilité avait, avant la loi du 22 juillet 1867, un effet pratique, celui de faire échapper le failli à la contrainte par corps de la part des créanciers ayant recouvré le droit de poursuite individuelle (art. 538 et 539, C. com.). Depuis la suppression de la contrainte par corps en matière civile et commerciale, la déclaration d'excusabilité n'a plus qu'un intérêt moral pour le failli.

30. Le concordat simple, le concordat par abandon et l'union, sont les trois seules solutions qu'une faillite puisse recevoir. Mais il est possible que la procédure de la faillite soit arrêtée avant qu'on n'arrive à une solution. C'est là ce qui se produit quand l'actif est insuffisant pour subvenir aux frais des opérations de la faillite. Le tribunal de commerce peut alors prononcer la clôture des opérations de

la faillite (art. 527 et suiv., C. com.). *La clôture pour insuffisance d'actif* a une conséquence grave : la faillite ne prend pas fin, mais un des plus importants effets du jugement déclaratif cesse ; chaque créancier recouvre son droit de poursuite individuelle contre le failli (art. 527, 2e al., C. com.), de telle sorte que chacun a le droit de saisir et faire vendre les biens que le failli a pu acquérir. Avant la suppression de la contrainte par corps, chacun pouvait pratiquer cette voie d'exécution contre la personne du failli. Le but de ces dispositions du Code de commerce était de déterminer les commerçants à révéler leur situation embarrassée avant que leurs biens ne fussent devenus insuffisants pour subvenir aux frais des opérations d'une faillite. Mais, la disparition de la contrainte par corps empêche depuis 1867 que la clôture pour insuffisance d'actif n'atteigne son but (1). Au reste, le jugement de clôture peut être rapporté si de nouvelles ressources surviennent pour subvenir aux frais des opérations de la faillite qui sont alors reprises.

31. En présence du désastre commun, le législateur cherche à maintenir l'égalité entre les créanciers. Aussi la loi voit-elle avec défaveur les droits de préférence qui font passer certains créanciers avant les autres. Elle se défie spécialement de la femme du failli qui, comme l'expérience l'a démontré, se laisse facilement entraîner à faire croire à l'existence à son profit de droits qu'elle n'a pas réellement, ou dont elle augmente l'importance pour faire profiter son mari du bénéfice que procure leur exercice. Aussi, en cas de faillite d'un acheteur d'effets mobiliers ou d'un locataire, le Code de commerce supprime les garanties d'ordinaire accordées au vendeur (articles 550, 576 et suiv., C. com.), ou restreint le privilège du bailleur d'immeuble (art. 450 et 550, C. com.); il restreint l'hypothèque légale de la femme du failli quant aux immeubles de celui-ci qui en sont grevés (art. 563, C. com.), soumet la preuve de ses reprises à des règles rigoureuses (art. 557 et suiv. C. com.), annule les libéralités que les époux ont pu se faire (art. 564, C. com.), édicte une présomption de fraude à l'égard des acquisitions faites par la femme du failli (art. 559, C. com.).

(1) Aussi sera-t-il expliqué que le nombre des clôtures pour insuffisance d'actif atteint un chiffre très élevé depuis 1867.

32. La loi ne se préoccupe pas seulement de sauvegarder les intérêts des créanciers; elle a également en vue l'intérêt public qui est engagé ici au plus haut point; les faillites, en se multipliant, portent atteinte au crédit privé et même le crédit public peut s'en ressentir. La conduite du failli est donc l'objet d'un examen sérieux; on recherche les causes qui ont amené la cessation des paiements. Y a-t-il eu *malheur*, *faute* ou *fraude?* Le failli peut ainsi se trouver dans trois situations biens différentes.

La plus grave est naturellement celle de l'homme auquel on peut reprocher de véritables fraudes destinées à dissimuler son actif ou à augmenter son passif (art. 591, C. com.); il se rend ainsi coupable du crime de *banqueroute frauduleuse* puni des travaux forcés à temps (art. 402, C. pénal).

Les fautes commises par le failli constituent ou peuvent constituer, suivant les cas, le délit de *banqueroute simple* (art. 585 et 586, C. com.) puni d'un mois à deux ans de prison.

Contre le failli auquel on ne peut reprocher aucune fraude ou faute entraînant la banqueroute frauduleuse ou la banqueroute simple, la loi ne prononce pas de peine proprement dite, mais des déchéances ou des incapacités assez nombreuses; celles-ci ne cessent que par la *réhabilitation*, qui suppose comme condition essentielle le paiement par le failli de l'intégralité de ses dettes (art. 604 et suiv.).

32 *bis*. On se tromperait toutefois si on considérait la loi sur les faillites comme exclusivement rigoureuse pour le failli; elle contient aussi des dispositions qui lui accordent des avantages. La possibilité d'obtenir un concordat de la majorité des créanciers est le plus important (V. aussi art. 474, 530, C. com.). Quand la contrainte par corps existait, la faillite pouvait procurer un avantage précieux au failli: la suspension des poursuites individuelles résultant du jugement déclaratif s'appliquait notamment à ce mode de coercition. De plus, sans obtenir de concordat, le failli pouvait, par une déclaration d'*excusabilité*, y échapper définitivement pour les dettes antérieures à la faillite (art. 455, 456, 472, 538 et 539, C. com.).

33. De cet exposé sommaire, il résulte que le Code de commerce, modifié en 1838, faisait déjà d'assez notables différences entre le commerçant malheureux victime des événements et le commerçant

coupable de fautes ou de fraudes. Pour le commerçant coupable, il y a les peines de la banqueroute simple ou frauduleuse. Ce n'est guère, en fait, que le commerçant malheureux, qui obtient un concordat de ses créanciers; pour lui seul, est faite la déclaration d'excusabilité après union.

34. Cependant on avait reproché à la législation de 1838 d'être d'une trop grande rigueur, de ne pas faire une distinction assez tranchée entre les commerçants malheureux et les autres. On avait fait remarquer que non seulement il y avait là un vice de la législation contraire à la justice, mais qu'encore l'intérêt des créanciers est souvent ainsi compromis. Un commerçant, effrayé par les rigueurs de la loi qui admet le dessaisissement et des incapacités électorales pour tout failli sans distinction, ne dépose pas son bilan en cas de cessation de paiements, comme le Code de commerce lui en fait un devoir (art. 438, C. com.). Il cherche par tous les moyens à cacher sa situation et à éviter la déclaration de faillite; il fait, dans ce but, des opérations qui ne contribuent qu'à aggraver encore sa situation. Le jour où elle se révèle, la faillite est sans doute déclarée sur la demande des créanciers ou d'office, mais l'actif est très réduit, tandis que le passif est très augmenté. Souvent même l'actif est tellement diminué qu'il ne suffit pas pour subvenir aux frais des opérations de la faillite; aussi les jugements de clôture pour insuffisance d'actif se multiplient.

Ce sont ces critiques surtout qui ont fait demander, depuis 1870, la réforme de la législation des faillites. Elles ont conduit à admettre, à côté de la faillite pour les commerçants ayant cessé leurs paiements, la *liquidation judiciaire* régie par la loi du 4 mars 1889.

On a pensé que, pour pousser les commerçants ayant cessé leurs paiements à révéler le plus tôt possible leur situation, il faut atténuer, pour ceux qui déposent leur bilan dans les délais impartis par la loi et auxquels il n'y a aucun reproche à faire, les effets de la faillite. Ces commerçants peuvent réclamer du tribunal de commerce le bénéfice de la liquidation judiciaire (L. 4 mars 1889, art. 1 et 2).

Le jugement de mise en liquidation judiciaire produit, en général, les effets du jugement déclaratif de faillite; toutefois, il n'entraîne

pas pour le débiteur le dessaisissement (1) de l'administration de ses biens ; il y a seulement, à côté du débiteur resté à la tête de ses affaires, un liquidateur nommé par justice qui doit l'assister dans la plupart des actes. Le jugement de mise en liquidation judiciaire produit aussi des incapacités électorales moindres que le jugement déclaratif de faillite (L. 4 mars 1889, art. 21). A tous autres égards, les règles de la faillite s'appliquent, en principe, à la liquidation judiciaire (L. 1889, art. 24). Celle-ci peut, notamment, comme la faillite, avoir pour solution le concordat simple, le concordat par abandon ou l'union. Elle peut aussi être arrêtée par un jugement de clôture des opérations pour insuffisance d'actif. Mais, la liquidation judiciaire peut, en outre, se terminer par sa conversion en faillite qui, selon les cas, est facultative ou obligatoire pour le tribunal (L. 4 mars 1889, art. 19).

35. Il a été dit plus haut que la faillite et la liquidation judiciaire s'appliquent aux commerçants. Sous ce dernier nom, il faut comprendre aussi bien les sociétés commerciales formant des personnes morales (2) que les individus commerçants. C'est principalement pour rendre la faillite applicable à toutes les sociétés par actions que la loi du 1er août 1893 (nouvel art. 68 de la loi du 25 juillet 1867) a reconnu le caractère commercial à toutes les sociétés par actions, quel que soit leur objet. Des règles spéciales régissent la faillite ou la liquidation judiciaire des sociétés commerciales, et ces règles diffèrent quelque peu suivant la forme que les sociétés revêtent ; elles sont différentes selon que les sociétés sont en nom collectif, en commandite ou anonymes.

36. Toutes les règles qui viennent d'être résumées et qui forment la législation sur la faillite, la liquidation judiciaire et les banqueroutes, sont, au contraire, étrangères aux non-commerçants ou aux sociétés civiles qui sont dans l'impossibilité de tenir leurs engagements. Cette situation des non-commerçants et des sociétés civiles se désigne sous le non de *déconfiture* (3). Quelques dispositions légales

(1) On l'appelle dans l'usage le *liquidé*.

(2) Cela exclut les associations en participation. — V. *Traité de Droit commercial*, II, nº 1057.

(3) Le mot *déconfiture* appartient à la basse latinité. *Deconfitura* signifiait

indiquent, en passant, des effets produits par la déconfiture, qui sont parfois semblables à ceux de la faillite. V. art. 1276, 1446, 1613, 1865 5°, 2003, 2032, C. civ. Mais, nulle part, la loi n'a défini cet état qui n'est pas réglementé, comme la faillite, par un ensemble de dispositions coordonnées. Aussi, y a-t-il divergence sur les caractères distinctifs de cet état. Pour quelques-uns, le mot de *déconfiture*, étant synonyme d'*insolvabilité*, indiquerait l'état d'une personne dont le passif excède l'actif (1). Mais cela ne paraît pas exact. La déconfiture est l'état d'un non-commerçant dont certains faits extérieurs font présumer l'insolvabilité (2). On ne peut exiger de ceux qui allèguent la déconfiture d'un débiteur, une preuve régulière de l'insolvabilité de celui-ci. Cette preuve est très difficile ou même souvent impossible à faire; car tous les biens du débiteur formant son actif ne sont pas vendus et on connaît d'autant moins aisément tous les créanciers d'un non-commerçant, qu'aucune mesure n'est prise pour les prévenir de se faire connaître. On doit se contenter d'une présomption d'insolvabilité qui se fonde sur des circonstances extérieures que les juges apprécient; ce sont principalement des saisies opérées sur les biens du débiteur; avant la loi du 22 juillet 1867, ce pouvait être l'exercice de la contrainte par corps pratiquée contre lui (3). Il est donc possible qu'il y ait déconfiture sans que le passif

ruine complète. Ce mot venait sans doute de *conficere* qui veut dire achever, parfaire. Peut-être le mot déconfiture vient-il de *decoctio*, expression employée au moyen âge pour indiquer l'état de déconfiture. — V. ci-dessus n° 5 et note 3 de la page 5.

(1) Bravard, V, p. 28.

(2) En ce sens, Delamarre et Le Poitvin, VI, n° 5; Demangeat sur Bravard, V, p. 28, note 2; Boistel, n° 890; Garraud, *De la déconfiture*, p. 6, 71 et 72.

(3) Voici sur ce point des motifs d'un arrêt de la Cour de Rennes, du 21 mars 1812, S. 1812. 2. 72 : « Considérant qu'il n'est pas possible d'appliquer aux individus « non-commerçants les dispositions du Code de commerce... Que le Code civil « n'a pas défini la déconfiture... Mais qu'il faut qu'elle soit légalement connue « pour produire ses effets, que de simples présomptions, la notoriété même d'in- « solvabilité, ne suffiraient pas à la caractériser, qu'il faut que des saisies mo- « bilières ou immobilières sur les biens du débiteur attestent son impuissance de « satisfaire à ses engagements; ce n'est qu'à ces signes que la déconfiture peut « être légalement reconnue. » Toutefois, la distinction entre la déconfiture et la faillite ne semble pas avoir toujours été bien nettement faite. On est étonné de trouver dans la bouche de Treilhard les paroles suivantes : « On peut faillir « sans être marchand; à la vérité, la faillite alors est appelée déconfiture; mais « peu importe la dénomination, puisque la chose est la même. » Locré, *Législation de la France*, XII, p. 161-162, à propos de l'art. 1188, C. civ.

du débiteur soit réellement supérieur à l'actif. A l'inverse, il se peut qu'un individu soit, en fait, insolvable, c'est-à-dire ait un passif supérieur à son actif, sans que rien le révèle à l'extérieur; c'est ce qui a lieu quand ses créanciers, ayant confiance en lui, n'exercent aucune poursuite. Alors il n'y a pas déconfiture dans le sens légal du mot; aucun effet juridique ne se produit (1).

37. Les règles qui régissent la déconfiture, diffèrent profondément de celles de la faillite. Voici les principales différences à signaler :

a. Le non-commerçant n'est pas astreint par la loi à révéler à la justice sa situation embarrassée, comme y est obligé le commerçant (art. 438, C. com.).

b. A la différence de la faillite, l'état de déconfiture n'est pas constaté par un jugement *ad hoc*, produisant des effets absolus à l'égard de tous les intéressés.

c. En cas de déconfiture, il n'y a pas, comme en cas de faillite, de procédure d'ensemble, pas de dessaisissement (2), ni de suspension du droit de poursuite individuelle; les créanciers n'ont pas de représentant chargé de veiller à leurs intérêts collectifs. Sans doute, sauf les causes légitimes de préférence, tous les créanciers ont un droit égal (art. 2092, C. civ.), mais aucune mesure n'est prise pour que les créanciers absents ou inconnus soient mis en demeure de faire valoir leurs prétentions; chacun d'eux pourvoit à ses intérêts comme il l'entend; tant mieux pour ceux qui parviennent à se faire payer les premiers. V. n° 37 *bis*.

d. Les actes qui ont pu être faits par le débiteur non-commerçant au détriment de ses créanciers, tombent seulement sous le coup de l'art. 1167, C. civ., c'est-à-dire qu'ils ne peuvent être annulés qu'à la condition de démontrer dans tous les cas (3) la fraude du débiteur, et, de plus, pour les actes à titre onéreux, la complicité des tiers contractants. L'art. 1167 ne saurait même s'appliquer aux *paiements*, attendu qu'il n'y a pas de fraude à payer ce qu'on doit et à recevoir ce qui vous est dû, de sorte que très licitement un débiteur peut

(1) Garraud, *op. cit.*, p. 71.

(2) Cass. 17 janv. 1855, S. 1855. 1. 102; Cass. 10 juill. 1876, S. 1876. 1. 405.

(3) Nous laissons de côté la controverse relative aux actes constituant des renonciations. V. Colmet de Santerre, V, n° 82 *bis* X.

avantager celui ou ceux de ses créanciers qu'il lui plait de choisir (1). En cas de faillite, les créanciers sont protégés contre les actes faits à leur préjudice par le failli entre la date de la cessation des paiements et le jugement déclaratif par un système de nullités plus rigoureux que l'action paulienne (art. 446 à 449, C. com.); ces nullités atteignent même les paiements; elles ne supposent pas nécessairement la fraude du failli.

e. Le débiteur en état de déconfiture n'est frappé d'aucune des incapacités électorales qui atteignent le failli.

f. Il n'y a pas, pour le non-commerçant en état de déconfiture, des délits ou des crimes analogues à la banqueroute simple et à la banqueroute frauduleuse. Ainsi, les *faits* qui, émanant d'un commerçant, constituent la banqueroute, sont ordinairement impunis, quand ils sont commis par un non-commerçant au préjudice de ses créanciers.

g. Par contre, le non-commerçant en état de déconfiture, ne jouit pas du bénéfice de pouvoir conclure avec la majorité de ses créanciers un concordat contenant des remises de dettes ou accordant des délais ; aucune dérogation n'étant apportée aux principes généraux, ces remises et ces délais ne sont, par application de l'art. 1165, C. civ., opposables qu'à ceux qui les ont consentis.

h. En cas de déconfiture, aucune restriction spéciale n'est apportée aux droits de la femme du débiteur, aucun privilège n'est supprimé ou réduit.

37 *bis.* De la faillite on rapproche souvent le cas d'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire. Lorsqu'une succession est ainsi acceptée, les créanciers ne peuvent se faire payer que sur les biens héréditaires à l'exclusion des biens personnels de l'héritier. Aussi, la loi prend-elle quelques précautions pour sauvegarder leurs droits ainsi restreints (2). Du reste, en dehors du cas où il s'agit d'une succession qui, étant dévolue à un mineur ou à un interdit, ne peut être acceptée purement et simplement, l'acceptation bénéficiaire suppose généralement une succession mauvaise, de telle sorte qu'il y a là un état assimilable à l'état de déconfiture. La loi n'a pas organisé de

(1) Cpr., sur ces divers points, Delamarre et Le Poitvin, VI, nº 627, et surtout Garraud, *op. cit.*, p. 74 et suiv.

(2) V. notamment art. 2146, C. civ.

procédure collective dans l'intérêt des créanciers de la succession et elle laisse, en principe, à l'héritier bénéficiaire le droit de payer les créanciers héréditaires à mesure qu'ils se présentent (art. 808, al. 2, C. civ.).

37 *ter*. La déconfiture et la faillite impliquent l'une et l'autre le même élément de fait, l'impossibité ou le refus de la part d'un débiteur de tenir ses engagements. Cependant, il vient d'être exposé que des différences profondent existent entre les effets qu'elles produisent et, d'une façon générale, entre les règles qui les régissent. La distinction radicale faite à cet égard par la loi française entre les commerçants et les non-commerçants est-elle bonne? Ne faudrait-il pas, au contraire, étendre aux seconds la faillite qui, dans notre droit actuel, n'est faite que pour les premiers? C'est là une question législative très vivement discutée et à laquelle les lois de tous les pays ne donnent pas la même solution.

Pour restreindre la faillite aux commerçants, on fait valoir que la nature et la multiplicité des opérations commerciales, le crédit qu'elles exigent, les risques auxquels elles exposent, justifient particulièrement les dispositions de la loi sur les faillites à la fois favorables et rigoureuses pour le débiteur. Les opérations faites par un non-commerçant sont moins aventureuses, et en moins grand nombre; il n'a ordinairement qu'un nombre restreint de créanciers, il recourt assez rarement au crédit. De plus, il importe tout spécialement que des mesures soient prises pour maintenir l'égalité entre les créanciers d'un commerçant. Outre que ceux-ci sont souvent nombreux, ils se contentent ordinairement de l'engagement personnel de leur débiteur. Puis, comme il en est fréquemment parmi eux qui habitent dans des lieux éloignés, il faut protéger ceux-ci contre les actes de certains créanciers plus rapprochés ou mieux avertis de la situation du débiteur commun.

En réalité, ces raisons ne sont pas décisives pour justifier la limitation de la faillite aux commerçants. Elles prouvent seulement que la faillite est une institution qui a surtout de l'utilité pour les commerçants. Les créanciers d'un non-commerçant ne sont pas sérieusement protégés par la loi. Ils sont réduits à pratiquer des saisies sur des biens déterminés, dont le débiteur peut très facilement faire par avance disparaître l'objet, par cela même que, n'étant pas dessaisi de

l'administration de son patrimoine, il reste, malgré ses embarras, en possession de tous ses biens. L'action paulienne est une protection insuffisante pour les créanciers; elle exige la preuve de faits difficiles parfois à établir et elle est sans application aux paiements faits par le débiteur à certains créanciers qu'il favorise en les désintéressant au détriment des autres. La grande différence faite par la loi, au point de vue de la faillite, entre les commerçants et les non-commerçants, se justifie d'autant moins que la distinction entre les actes civils et les actes de commerce dont la réitération à titre professionnel fait le commerçant, n'est pas toujours facile à faire et est souvent même quelque peu arbitraire (1). Des individus, surtout des sociétés, se livrant aujourd'hui à des opérations tout aussi importantes et hasardeuses que les opérations commerciales, ne peuvent pas être déclarés en faillite, de sorte que leurs créanciers, tout aussi dignes d'intérêt que ceux d'un commerçant, ne sont pas protégés par les règles de la faillite. Cela s'est présenté pendant longtemps pour les sociétés de mines et pour les sociétés spéculant sur l'achat et la revente des immeubles. Mais, en ce qui concerne les sociétés, le mal a été en grande partie supprimé par la loi du 1er août 1893, qui a reconnu le caractère de sociétés commerciales à toutes les sociétés anonymes et en commandite, quel que soit leur objet, c'est-à-dire fût-il civil. L'un des buts poursuivis par cette innovation a été précisément de soumettre à la faillite et à la liquidation judiciaire les sociétés anonymes et en commandite même dont l'objet est civil. Il y a là un pas important fait dans la voie de l'extension de la faillite où il serait à désirer que la loi française s'engageât plus résolument.

Des faits peuvent être cités à l'appui de cette extension. D'abord, une loi spéciale du 1er juillet 1893 a été faite pour appliquer les principales règles de la faillite à la liquidation d'une importante société, la Société du canal de Panama, dont le caractère civil, malgré sa forme de société anonyme, n'avait pas permis la mise en faillite (2). Puis, dans quelques villes, les tribunaux ont cherché à organiser

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, nos 99 et suiv.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, I, no 124, p. 111 9o; Paris, 8 mars 1889, S. 1889. 2. 225; *J. Pal.*, 1889. 1. 1218; D. 1890. 2. 233. — Consulter spécialement, sur la loi du 1er juillet 1893, Bressolles (Paul), *Liquidation de la compagnie de Panama.*

pour les non-commerçants des mesures analogues à la faillite. Ils nomment, sur la demande du débiteur ou de certains créanciers, sous le nom de séquestre, une personne qui, au nom de tous les créanciers, se met en possession des biens du débiteur et, avant de procéder à la vente de ceux-ci, donne avis aux créanciers d'avoir, sous peine de forclusion, à produire leurs titres dans un délai déterminé (1). Des décisions judiciaires ont été jusqu'à admettre qu'en présence d'une telle mesure, le droit de poursuite individuelle est, comme en cas de faillite, suspendu pour les créanciers (2). Ces mesures sont illégales comme l'a décidé la Cour de cassation (3). Un séquestre ne peut, en principe, être nommé que dans les cas prévus par l'art. 1961, C. civ. Chacun à la libre administration de ses biens et ne peut en être dessaisi qu'en vertu d'une disposition légale formelle. Puis, on ne peut créer à volonté des causes de forclusion ou de déchéance pour des créanciers qui ne produisent pas leurs titres dans un délai qu'on leur impartit. Mais, quelque illégales qu'elles soient, ces mesures prises par les tribunaux n'en montrent pas moins le besoin qui se fait sentir d'étendre les règles de la faillite aux non-commerçants (4).

Il reste, quand on admet cette extension, à prendre parti sur le point de savoir si l'on doit admettre pour la faillite des non-commerçants toutes les règles de la faillite des commerçants, ou si l'on doit, au contraire, maintenir quelques différences. C'est une question qui

(1) V. spécialement Garraud, *De la déconfiture*, p. 118 et suiv.

(2) Consult., Douai, 3 déc. 1867, S. 1868. 2. 35.

(3) Cass. 17 janv. 1855, S. 1855. 1. 102; Cass. 10 juill. 1876, S. 1876. 1. 405.

(4) V. surtout sur la question l'excellent livre de M. Garraud, *De la déconfiture et des améliorations dont la législation sur cette matière est susceptible*, 1 vol. 1880. Cf. de Montluc, *De la faillite des non-commerçants* dans la *Revue de Droit international*, 1869, p. 569 et suiv. Consulter aussi dans la *Revue pratique de Droit français*, XXII, p. 329, un article de M. Leveillé. — Deux des propositions de loi soumises à la Chambre des députés (n° 17) assimilaient, au point de vue de la faillite, les commerçants et les non-commerçants; le Conseil d'État n'a pas admis cette idée : « Les motifs qui ont dicté la législation sur les suspensions de paiements des commerçants n'existent pas lorsqu'il s'agit de débiteurs civils. » Rapp. de M. Courcelle-Seneuil, p. 27. La question a été discutée au sein de la commission de la Chambre, mais elle a été écartée par le motif qu'elle excédait les bornes de sa mission; il ne s'agirait plus seulement de modifier la législation sur les faillites, mais aussi le droit civil sur des points très importants. Rapport de M. Laroze, p. 21.

ne peut pas être examinée d'une façon générale; elle doit être posée et résolue à propos de chacune des parties de la loi sur les faillites pour lesquelles elle s'élève.

38. Législations étrangères. — Dans tous les pays, il y a des dispositions légales sur la faillite. Elles se trouvent, soit dans le Code de commerce comme en France, soit dans des lois spéciales (1).

On peut, au point de vue de la portée d'application des lois sur la faillite, distinguer trois classes de législations.

Les unes, comme la nôtre, restreignent la faillite aux commerçants. Telles sont celles de la Belgique, de l'Italie et généralement des divers états de l'Amérique du Sud. Beaucoup d'autres législations soumettent les non-commerçants comme les commerçants au régime de la faillite. Seulement, parmi celles-ci, les unes établissent une assimilation complète, tandis que les autres consacrent certaines différences entre la faillite des commerçants et celle des non-commerçants. Le système de l'assimilation tend à se répandre; c'est lui qui a prévalu en Allemagne et en Angleterre.

39. Il n'est pas sans utilité de présenter le tableau des lois sur la matière en vigueur dans les divers États. Cette partie des législations a subi, durant les vingt dernières années, de nombreuses modifications dans les divers pays (2).

Allemagne. — Il y a une loi de l'Empire sur la faillite (*Konkursordnung*) du 10 février 1877, entrée en vigueur le 1er octobre 1879. Elle a fait de nombreux emprunts à la loi prussienne du 8 mai 1855; mais, à la différence de celle-ci, elle assimile complètement les commerçants et les non-commerçants (3).

Autriche. — La loi spéciale sur la faillite est du 25 décembre 1868; elle est imitée de l'ancienne loi prussienne de 1855. Elle admet quelques différences entre les faillis commerçants et les faillis non-com-

(1) V. ci-après, nº 39.

(2) On consultera avec fruit un excellent ouvrage de notre savant collègue, M. Thaller, *Des faillites en droit comparé*, 2 vol. in-8 (1887).

(3) Voir l'analyse de cette loi par M. Gérardin, dans l'*Annuaire de législation étrangère*, 1878, p. 102.

Ouvrages sur la loi allemande : Wilmowski, *Deutsche Reichs-Konkursordnung;* Fitting, *Das Reichs-Concursrecht und Concursverfahren;* Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts.*

merçants; ainsi, les premiers seuls peuvent obtenir un concordat conclu à la majorité des créanciers (1). Il faut ajouter à la loi de 1868 une loi du 16 mars 1884 sur l'annulation des actes d'un débiteur insolvable (2).

Belgique. — Le Code de commerce français y est resté longtemps en vigueur. Mais, une loi du 18 avril 1851 a refondu le livre III consacré aux *faillites et banqueroutes*, en s'inspirant principalement de notre loi de 1838. Une loi du 29 juin 1887 a introduit le *concordat préventif*.

Danemark. — Il existe dans ce pays une loi spéciale sur la faillite, du 25 mars 1872, qui a pris pour modèle la loi norvégienne de 1863.

Espagne. — Le livre IV du Code de commerce de 1885 s'occupe notamment de la faillite *(de la suspension de pagos, de la quiebra* (art. 870 et suiv.). Il laisse de côté la procédure de la faillite que règle la loi du 3 février 1881 sur la procédure civile (*Ley de Enjuiciamiento civil*) dont le titre XIII (art. 1318 à 1396) est consacré à ce sujet. La même loi (titre XIII) organise une faillite pour les non-commerçants.

Etats-Unis d'Amérique (3). — La matière de la faillite y est régie par les lois particulières des divers États de l'Union. Plusieurs lois fédérales ont été abrogées ; l'abrogation de la dernière, qui était du 2 mars 1867, a eu lieu le 7 juin 1878.

Grande-Bretagne. — Il n'y a pas de législation commune à l'Angleterre, à l'Ecosse et à l'Irlande. Chacun de ces pays a sa loi spéciale. Ce sont, par ordre chronologique, une loi de 1856 pour l'Ecosse (4), une loi de 1874 pour l'Irlande (5), une loi de 1883 pour l'Angleterre (6). La faillite (*Bankruptcy*) est actuellement une institution

(1) Ouvrages sur la loi autrichienne : Kaserer, *Commentar zur œsterreichischen Concursordnung*; Riehl, *Die Concurs-Ordnung;* Kissling, *Die œsterreichische Concursordnung.*

(2) V. dans l'*Annuaire de législation étrangère* de 1885, la traduction de cette loi par M. Jules Challamel, p. 289.

(3) La constitution des États-Unis (art. 8, 4 c.) reconnait au Congrès le pouvoir de faire des lois sur les faillites.

(4) 19 et 20, Victoria, chap. 79.

(5) 35 et 36, Victoria, chap. 58.

(6) 46 et 47, Victoria, chap. 52.

commune aux commerçants et aux non-commerçants. Mais, en Angleterre, elle n'a pas toujours eu ce caractère. De plus, la législation a subi en ces matières des modifications successives très nombreuses. En ce qui concerne l'application de la faillite aux non-commerçants, elle a passé en Angleterre par trois états différents (1). La faillite, faite d'abord pour les commerçants seuls, a été étendue aux non-commerçants en 1861 ; mais, jusqu'en 1883, des différences étaient faites, au point de vue des règles à appliquer, entre ces deux classes de personnes (2). La loi de 1883 les a, au contraire, assimilées (3).

Grèce. — Le Code de commerce de 1835 a été complété par une loi de 1878 (4). La liquidation judiciaire a été introduite dans ce pays par une loi du 6 février 1893 (5).

Hongrie. — Une loi sur la faillite de 1881 consacre des différences peu importantes entre les commerçants et les non-commerçants (6).

Italie. — La faillite, restreinte aux commerçants, est réglée par le Code de commerce de 1882 (livre III, art. 683 à 867).

Luxembourg (Grand-Duché de). — Le livre III du Code de commerce français a été revisé par une loi du 2 juillet 1870 calquée sur la loi belge du 18 avril 1851. Une loi du 14 avril 1886 a introduit le concordat préventif comme en Belgique.

Norvège. — Il y a une loi sur la faillite du 6 juin 1863 complétée par la loi du 3 juin 1874 (7).

Pays-Bas. — Le Code de commerce de 1838 (art. 764 à 923) a organisé la faillite pour les seuls commerçants ; mais le Code de procédure civile (art. 882 à 899) réglemente, pour les non-commerçants, l'état d'insolvabilité notoire. Une loi nouvelle du 30 septembre 1893, assimilant les commerçants et les non-commerçants, a été faite sur

(1) V. *La loi anglaise sur la faillite* de 1883, traduite et annotée par Ch. Lyon-Caen (*Collection des principaux Codes étrangers*). En tête se trouve une introduction présentant l'historique de la législation de l'Angleterre sur la faillite.

(2-3) Aussi la loi anglaise de 1869 sur la faillite contenait, dans une annexe (*Schedule*), une énumération des professions commerciales qui ne se retrouve plus dans la loi de 1883. V. *Traité de Droit commercial*, I, p. 177, note 1.

(4) *Annuaire de législation étrangère*, 1879, p. 673.

(5) V. *Annuaire de législation étrangère* de 1894, p. 705; *Journal du Droit international privé*, 1894, p. 940 (article de M. Politis).

(6) *Annuaire de législation étrangère*, 1882, p. 320 et suiv.

(7) V. *Bulletin de la Société de législation comparée*, 1885, p. 64 à 89, article de M. Beauchet sur la *législation du Danemark et de la Norvège*.

la faillite et le sursis de paiement (1). Cette loi doit entrer en vigueur au mois de septembre 1896.

Roumanie. — La faillite était régie par le Code de commerce de 1887 reproduisant, dans cette partie comme dans toutes les autres, le Code de commerce italien. Mais une loi nouvelle a été faite sur la matière en 1895 (2).

Russie. — La faillite s'applique à toutes les personnes, mais elle est régie par des règles quelque peu différentes selon que le débiteur est commerçant ou non (3).

Finlande. — La loi sur la faillite du 9 novembre 1868 est commune aux commerçants et aux non-commerçants.

Suède. — La loi sur la faillite de 1862, qui a subi des modifications en 1882, met sur la même ligne les commerçants et les non-commerçants (4).

Suisse. — Jusqu'en 1892, la matière de la faillite était régie par des lois cantonales divergentes. De longs efforts ont été nécessaires pour arriver à l'unité en cette matière ; car les opinions étaient très divisées sur le point de savoir si la faillite devait ou non être restreinte aux commerçants. Il y a actuellement une loi *fédérale* du 11 avril 1889 (en vigueur depuis le 1er janvier 1892). Elle a donné une solution toute spéciale à la question qui divisait les cantons ; la faillite s'applique : 1° aux commerçants ; 2° aux non-commerçants, quand ils ont usé de la faculté de se faire inscrire sur le registre du commerce (5).

États de l'Amérique du Sud. — Dans ces États, la faillite est une institution commerciale régie comme telle par les Codes de commerce. Mais, au Brésil, la partie du Code de commerce de 1850 consacrée à la faillite a été remplacée par un décret spécial du 24 octobre 1890.

Japon. — Le Code de commerce japonais, en préparation depuis plusieurs années, a été promulgué en avril 1890 (6). Mais, les adver-

(1) V. Analyse de cette loi dans l'*Annuaire de législation étrangère* de 1894, p. 400 et suiv.

(2) La loi sur la faillite de 1895 est traduite dans la *Collection des Codes étrangers*.

(3) Leuthold, *Russische Rechtskunde*, p. 354 à 362.

(4) Cette loi est traduite dans le volume intitulé les *Codes suédois*, paru dans la *Collection des Codes étrangers*. V. p. 283 à 332.

(5) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 194 *bis*, p. 175.

(6) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 68 *bis*.

saires du nouveau Code, sans réussir complètement dans leur opposition, sont parvenus à empêcher la mise en vigueur du Code entier. Parmi les parties du Code de commerce japonais entrées en vigueur le 1er juillet 1893, se trouve notamment celle qui est consacrée aux faillites (art. 978 à 1064) (1).

40. Les divergences qui existent entre les lois des divers pays sur la faillite, donnent naissance à de nombreux conflits de lois. Des difficultés s'élèvent sur le point de savoir quels effets un jugement de déclaration de faillite rendu en pays étranger peut produire en France.

41. La matière sera divisée en neuf chapitres. Les six premiers ne concernent que *la faillite* et les *banqueroutes* (n° 18), le septième sera consacré à la *liquidation judiciaire* dont, du reste, en passant, les règles divergentes de celles de la faillite seront indiquées dans les six premiers chapitres. Les deux derniers chapitres seront communs aux deux institutions.

Voici de quelle façon sont répartis les différents sujets :

CHAP. I. *De la déclaration de faillite : conditions, formes, effets.* — CHAP. II. *Des autorités et des personnes qui figurent dans une faillite* (tribunal de commerce, juge-commissaire, syndic, contrôleurs, masse des créanciers, failli). — CHAP. III. *De l'administration de la faillite et de la procédure destinée à en préparer la solution.* — CHAP. IV. *Des diverses solutions de la faillite* (concordat simple, union, concordat par abandon d'actif) *et de la clôture des opérations de la faillite pour insuffisance d'actif.* — CHAP. V. *Des droits réels et des droits de créance qu'on peut faire valoir dans une faillite* (revendication, droits de la femme, etc.). — CHAP. VI. *Situation personnelle du failli* (incapacités), *de la banqueroute simple, de la banqueroute frauduleuse, de la réhabilitation.* — CHAP. VII. *De la liquidation judiciaire.* — CHAP. VIII. *De la faillite et de la liquidation judiciaire des sociétés.* — CHAP. IX. *De la situation des étrangers et des conflits de lois en matière de faillite et de liquidation judiciaire.*

(1) Les autres parties du Code de commerce japonais, mises en vigueur depuis le 1er juill. 1893, sont relatives au registre du commerce, aux livres de commerce, aux sociétés et aux effets de commerce.

CHAPITRE PREMIER

DE LA DÉCLARATION DE FAILLITE : CONDITIONS, FORMES, EFFETS (1).

42. L'état de faillite produit de graves conséquences, soit pour l'avenir, soit dans le passé (nos 21 et suiv.). Aussi faut-il, en principe (2), pour que ces effets se réalisent, que cet état soit constaté par une *déclaration* du tribunal de commerce (3). Le jugement qui fait cette déclaration est appelé *le jugement déclaratif*. Il ne peut être rendu qu'autant que les conditions prescrites par le Code de commerce sont réunies.

Il sera traité dans ce chapitre des trois sujets suivants répartis en trois sections :

Section Ire. — *Des conditions exigées pour qu'une déclaration de faillite soit possible.* — Section II. *Du jugement déclaratif.* — Section III. *Des effets du jugement déclaratif.*

SECTION Ire

Des conditions exigées pour qu'une déclaration de faillite soit possible.

43. Aux termes de l'art. 437, alin. 1, C. com., *tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite.* Le Code indique

(1) Art. 437 à 449, 580 à 582, 635, C. com.

(2) Nous entendons réserver ici la question de savoir si certains effets ne peuvent pas être admis, par cela seul qu'un commerçant est en état de cessation de paiements, sans que cet état ait été constaté par un jugement déclaratif de faillite, V. nos 187 et suiv. Pour la *liquidation judiciaire*, il n'est pas douteux que le bénéfice ne peut en exister qu'en vertu d'un jugement du tribunal de commerce.

(3) L'expression *déclaration de faillite* est employée par la loi d'une manière équivoque; elle désigne le plus souvent la décision judiciaire qui seule peut constater en droit l'existence de la faillite; elle désigne aussi la déclaration que doit faire le commerçant en état de cessation de paiements (art. 438 et 439,

ainsi les deux conditions dont la coexistence est nécessaire pour qu'il puisse y avoir déclaration de faillite ; il faut : 1° que le débiteur soit *commerçant ;* 2° qu'il y ait de sa part *cessation de paiements* (1).

Chacune de ces deux conditions doit être examinée séparément.

44. A. QUALITÉ DE COMMERÇANT. — Le Code de commerce s'est écarté de notre ancien Droit en restreignant la faillite aux commerçants (n° 9) (2) et, sur ce point, il n'a pas été à beaucoup près suivi par toutes les législations contemporaines (3). C'est là un point de vue auquel la distinction entre les commerçants et les non-commerçants offre un intérêt considérable (4). Le non-commerçant embarrassé dans ses affaires est en déconfiture. A raison des grandes différences existant entre la faillite et la déconfiture (n° 37), il importe de savoir si un débiteur a ou non la qualité de commerçant. Il faut, quand la question se pose à propos de la faillite, comme à tout autre propos, appliquer la définition que l'art. 1er, C. com., donne du commerçant (5). Il suffira, par suite, de donner ou de rappeler ici quelques solutions fondamentales se rattachant à l'art. 1, C. com.

45. Pour pouvoir être déclarée en faillite, il ne suffit pas qu'une personne ait fait une ou plusieurs opérations de commerce (6) ; il faut qu'elle ait fait des actes de commerce sa profession habituelle.

C. com.) et qui doit être suivie d'un jugement. L'art. 440 montre bien cette double acception du mot : « La faillite est *déclarée* par jugement du tribunal de commerce, rendu, soit sur la *déclaration* du failli... » La loi belge a évité cette équivoque en distinguant l'*aveu* fait par le débiteur et la *déclaration* prononcée par le tribunal, V. art. 440 et 442. Nous suivrons l'exemple de la loi belge pour éviter toute confusion.

(1) Les deux mêmes conditions sont exigées pour que la *liquidation judiciaire* soit possible, L. 4 mars 1889, art. 1er.

(2) Malgré la disposition formelle de la loi, il y a eu quelque hésitation dans la jurisprudence au début de l'application du Code de 1807, V. par exemple, Bruxelles, 17 fév. 1810, Rép. Dall. v° *Privil. et hyp.*, n° 1428 ; l'arrêt pose en principe que, pour faillir, il n'est pas essentiellement requis d'être commerçant et argumente de l'ancienne jurisprudence tant française que belge. Mais le principe nouveau fut bientôt reconnu par la Cour de cassation, Ch. req. 11 février 1812, S. 1813. 1. 124 (il s'agissait d'un non-commerçant qui avait déclaré par devant notaire qu'il cessait ses paiements et un tribunal avait appliqué l'art. 2146, C. civ.).

(3) V. nos 37 *ter* et 38.

(4) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 189.

(5) V. *Traité de Droit commercial*, I, nos 195 et suiv.

(6) V. les arrêts cités dans Rép. Dalloz, v° *Faillite*, n° 46 et le Dict. de Couder, *eod. v°*, n° 10, cf. dans le même sens, Paris, 24 janv. 1884 (*Journ. des faillites*, 1884, 108) : il s'agissait de l'entreprise d'un voyage d'agrément dans différentes

46. Un individu peut faire sa profession habituelle d'actes de commerce et ne pas être commerçant; telle est la situation des *préposés*, spécialement des fondés de pouvoirs, des commis, des capitaines de navires (1), qui n'agissent pas en leur nom, mais au nom et pour le compte de leur patron, seul obligé, seul commerçant, seul passible, par suite, le cas échéant d'une déclaration de faillite. Dans cette catégorie rentrent les directeurs et administrateurs des sociétés anonymes qui ne sont que des mandataires (2). Par application de la même idée, la femme qui prend part au commerce de son mari et qui fait des opérations pour le compte de celui-ci, ne s'obligeant pas elle-même, n'est pas commerçante (art. 5, alin. 2, C. com.) et ne peut être déclarée en faillite (3).

47. Une personne peut même être tenue d'obligations commerciales très nombreuses et très importantes sans avoir la qualité de commerçante. Ainsi, sous le régime de communauté, le mari est obligé à raison des engagements commerciaux de la femme qu'il a autorisée à être marchande publique (art. 220, C. civ. et 5, C. com.); il n'en résulte pas qu'il doive être traité comme s'il les avait contractés lui-même et spécialement qu'il puisse être déclaré en faillite (4).

villes de l'Europe dont l'avortement a fait un certain bruit; le tribunal de commerce de la Seine avait déclaré en faillite l'auteur du projet qui ne tenait pas les engagements pris envers ses souscripteurs. La Cour a réformé pour le motif que l'entreprise, eût-elle un caractère commercial, ne suffirait pas pour rendre commerçant son auteur, parce qu'il s'agissait d'un fait isolé; il y avait bien un certain nombre d'actes de commerce s'y rattachant (lettres de change tirées sur les souscripteurs par exemple), mais ces actes n'étaient autre chose que les éléments d'une opération unique. V. aussi Douai, 8 juin 1891, *Journ. des faillites*, 1892. 173; Bordeaux, 6 nov. 1893, *Journ. des faillites*, 1894. 427.

(1) V. *Traité de Droit commercial*, V, n° 517.

(2) Ce qui est dit au texte des administrateurs des sociétés anonymes serait exact aussi des gérants des sociétés en nom collectif et en commandite dans le cas très rare où ils sont choisis en dehors des associés. Mais, dans le cas ordinaire, où ils sont pris parmi les commanditès, les gérants sont des commerçants (ils sont associés en nom collectif) et ils peuvent, par suite, être déclarés en faillite. V. *Traité de Droit commercial*, II, nos 256, 286 et 485.

(3) Cass. cr. 9 août 1851, D. 1852. 1. 160 et S. 1852. 1. 281 (la femme avait formé une société en nom collectif avec son mari, mais la Cour décide que, cette société étant nulle, la femme a agi seulement comme préposée de son mari et n'a pu être déclarée en faillite). V. aussi Ch. civ. 19 janv. 1881, S. 1882. 1. 158; Caen, 31 juill. 1883, *Journ. des faillites*, 1884, p. 466.

(4) Trib. comm. Marseille, 18 déc. 1883, *Journ. des faillites*, 1884, p. 291. V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 261.

Mais, il va de soi que la femme et le mari peuvent être l'un et l'autre commerçants (1). Ils sont alors exposés aussi à être l'un et l'autre déclarés en faillite (2).

48. De même, le commanditaire qui, pour s'être immiscé dans la gestion, est rendu responsable indéfiniment des dettes sociales (article 28, C. com.), ne devient pas, par cela seul, commerçant et, par suite, soumis à la faillite (3). Mais, il va de soi qu'il en serait autrement si le commanditaire s'était livré à de nombreuses opérations de commerce, de telle sorte qu'elles constitueraient pour lui une profession habituelle (4).

Des solutions identiques devaient être données pour les administrateurs d'une société anonyme tenus personnellement et solidairement des dettes sociales envers les créanciers sociaux à raison de la nullité de la Société (L. 24 juillet 1867, ancien art. 42) (5). Mais, cette solution n'a plus d'application depuis que la loi du 1er août 1893, modifiant l'art. 42 de la loi de 1867, a admis que les administrateurs ne sont responsables solidairement, envers les tiers comme envers les actionnaires, que du dommage résultant de l'annulation de la société, qu'il s'agisse d'une société constituée depuis ou même avant cette loi (L. 1er août 1893, art. 7).

49. Ce n'est pas la volonté seule qui fait qu'un individu est ou non commerçant, peut ou non être déclaré en faillite, en ce sens que, si

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, nº 269.

(2) Cass. 27 mai 1851, S. 1851. 1. 445.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, II, nº 506. Cela était certain sous l'empire de l'ancien art. 28, C. com., d'après lequel un seul acte d'immixtion du commanditaire suffisait pour l'obliger solidairement avec les commandités à toutes les dettes et engagements de la société ; même depuis la modification opérée à cet article par la loi du 23 mai 1863, on conçoit qu'il y ait des actes d'immixtion jugés assez graves ou assez répétés pour entrainer la responsabilité de tous les engagements de la société, sans que cependant on puisse dire qu'il y avait, de la part du commanditaire, *une profession habituelle* dans le sens de l'art. 1er, C. com.

(4) Cass. crim. 13 mai 1882, D. 1882. 1. 487 ; *Journ. des faillites*, 1883, p. 30. (Dans l'espèce, il était reconnu que le commanditaire s'était fréquemment immiscé dans la gestion et, de plus, s'était livré, pour son compte personnel, à de nombreuses opérations commerciales; il avait donc pu être condamné comme banqueroutier.)

(5) Cass. 19 fév. 1884, *Journ. des faillites*, 1884, p. 177. V. *Traité de Droit commercial*, II, nº 796.

l'élément de fait prévu par la loi (exercice habituel d'actes de commerce) fait défaut, il n'y a pas à tenir compte de ce que cet individu se serait présenté comme étant commerçant et en aurait pris le titre (1). La faillite a un caractère d'ordre public par suite duquel il ne peut dépendre de la seule volonté d'une personne de s'y soumettre ou de s'y soustraire.

50. Pour être déclaré en faillite, il ne suffit pas de se conduire en fait comme un commerçant, il faut avoir aussi la *capacité* de l'être. L'incapable qui se livre à des opérations commerciales de leur nature, ne s'oblige pas commercialement ; il peut seulement s'obliger civilement dans la mesure de son enrichissement (art. 1312, C. civ.) ; il ne saurait donc être considéré comme commerçant. Ainsi l'on ne peut déclarer en faillite le mineur (2), la femme mariée (3-4) qui ont agi sans autorisation régulière, ni l'individu pourvu d'un conseil judiciaire qui peut bien, avec l'assistance de son conseil, faire des actes isolés de commerce, mais non devenir commerçant (5). Il en serait même ainsi dans le cas où ces incapables auraient employé des ma-

(1) Trib. comm. de Tours, 25 fév. 1887, *Journ. des faillites*, 1887, p. 457 ; V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 796.

(2) Paris, 2 juin 1885, *Journ. des faillites*, 1885, p. 321. La Cour de cassation a eu à faire une application très intéressante de cette règle. Un mineur marié avait fait le commerce sans autorisation et avait dû cesser ses paiements ; ses créanciers prétendaient que l'hypothèque légale de sa femme devait être restreinte dans les termes de l'art. 563, C. com. La femme a repoussé victorieusement cette prétention, en disant qu'on ne pouvait invoquer contre elle une disposition édictée pour le cas de faillite, puisque son mari, n'ayant pas été régulièrement autorisé, n'était pas devenu commerçant : Cass. civ., 18 avr. 1882, *Journ. des faillites*, 1883, p. 77 et S. 1883. 1. 161 ; *J. Pal.* 1883. 1. 380 (note de Ch. Lyon-Caen) ; il y avait une difficulté spéciale résultant de ce que la femme semblait, contrairement au principe général de l'art. 1125, C. civ., se prévaloir de l'incapacité d'autrui. Mais ce principe ne concerne que les nullités. Dès l'instant où une personne n'a pas la qualité de commerçant, tout le monde doit pouvoir s'en prévaloir. Il n'est pas admissible qu'un individu soit réputé commerçant à l'égard de certaines personnes, alors qu'il ne l'est pas à l'égard d'autres. Cela ne peut se produire que par l'application des principes sur le caractère relatif de la chose jugée.

(3) Trib. comm. Gap, 22 oct. 1881, *Journ. des faillites*, 1882, p. 130.

(4) Depuis la loi du 6 fév. 1893, la femme séparée de corps, recouvrant le plein exercice de sa capacité civile (art. 311, alin. 3, C. civ.), peut devenir commerçante sans autorisation et, par suite, peut être déclarée en faillite sans distinction.

(5) Cour de cassation de Belgique, 17 oct. 1889, *Journ. des faillites*, 1889 p. 508.

nœuvres frauduleuses pour faire croire à leur capacité (1). Des manœuvres de cette sorte mettent bien obstacle à ce qu'un incapable obtienne la nullité d'actes qu'il a faits (art. 1310, C. civ.), mais ne peuvent lui donner la qualité de commerçant et l'exposer, par suite, à la faillite.

51. Il ne faut pas, spécialement à ce point de vue, confondre avec les personnes incapables de faire le commerce, les personnes en assez grand nombre auxquelles le commerce, pour des motifs divers, est interdit (2). Si, contrevenant à cette interdiction, une de ces personnes fait le commerce, elle encourt des peines disciplinaires ou autres; mais elle a la qualité de commerçant et peut en conséquence, être déclarée en faillite (3). On a eu trop souvent à appliquer cette doctrine à des notaires, à des avoués, à des huissiers (4).

52. Du reste, la faillite peut s'appliquer aux sociétés commerciales comme aux individus commerçants, aux étrangers comme aux Français. Il y a toutefois dans ces deux cas, sous divers rapports, des règles particulières à appliquer et ils donnent lieu à des difficultés spéciales; aussi en sera-t-il parlé dans deux chapitres distincts. V. ci-après, chapitres VIII et IX.

53. La question de savoir si une personne a ou non la qualité de commerçant est une question de droit. La Cour de cassation saisie d'un pourvoi a compétence pour la trancher. Afin qu'elle puisse exercer son pouvoir d'examen sur les jugements et les arrêts, il faut que ceux-ci ne se bornent pas à affirmer ou à nier que telle personne est commerçante ou ne l'est pas et peut, par suite, ou ne peut pas être déclarée en faillite; ils doivent indiquer les raisons pour lesquelles ils admettent ou repoussent cette qualité. Autrement les décisions judiciaires sont dépourvues de motifs et doivent être cassées (5).

53 *bis*. DROIT ÉTRANGER. — Cette première condition, la qualité de commerçant, est exigée pour qu'une personne puisse être déclarée en faillite, dans les pays comme la France où la faillite est faite pour

(1) V. Trib. comm. Gap, 22 oct. 1881, *Journ. des faillites*, 1882, p. 130.
(2-3) V. *Traité de Droit commercial*, I, nos 215 et 216. V. Code *Chilien*, art. 1342.
(4) Cass. 14 mars 1888, S. 1888. 1. 162; *J. Pal.* 1888. 1. 383; D. 1888. 1. 168; *Journ. des faillites*, 1888, p. 342; Dijon, 2 mars 1883; Toulouse, 27 déc. 1889, *Journ. des faillites*, 1883, p. 155; 1890, p. 216.
(5) Cass. 27 juillet 1891, D. 1892. 1. 160; *Journ. des faillites*, 1891, p. 485.

les seuls commerçants (1) ; elle n'est naturellement pas requise dans les nombreux pays où la faillite est une institution commune aux commerçants et aux non-commerçants (n° 37 *ter*) (2). Dans ces pays se posent d'assez nombreuses questions qui ne peuvent pas s'élever dans les pays, comme la France, où la faillite est restreinte aux commerçants. Parmi ces questions, les suivantes méritent d'être tout au moins signalées : une succession peut-elle être déclarée en faillite ? — La faillite est-elle possible pour une communauté entre époux? — Peut-il y avoir faillite pour les personnes morales publiques (3)?

54. B. Cessation de paiements. — Pour être déclaré en faillite, le commerçant doit avoir *cessé ses paiements*.

La question de savoir s'il y a *cessation de paiements* se présente dans deux cas bien distincts : 1° quand il s'agit de déclarer la faillite ; 2° quand il s'agit, une fois la faillite déclarée, de fixer la durée de la période suspecte qui commence à la date de la cessation des paiements ou même dix jours avant (art. 441, C. com.) (4). Ainsi que cela sera expliqué plus loin (n° 118), les caractères de la cessation des paiements doivent être appréciés de la même façon dans les deux cas (5). Cela contribue à donner une grande importance aux questions relatives à la détermination de ce qui constitue, dans le sens légal, la cessation des paiements.

55. En admettant que la *cessation des paiements* d'un commerçant est une condition essentielle de la déclaration de faillite, le Code de commerce (art. 437, 1er alin.) s'attache à un fait extérieur dont la constatation est possible, non à l'état réel de la fortune du com-

(1) Codes de commerce *Italien*, art. 683; *Roumain*, art. 695; *Portugais*, article 692; *Brésilien*, art. 797; *Argentin*, art. 1379, 2e alin.; *Chilien*, art. 1325.

(2) Allemagne, Autriche, Espagne, Grande-Bretagne, Hongrie, Pays-Bas. Mais il faut tenir compte de ce que, dans plusieurs de ces pays, les règles de la faillite ne sont pas les mêmes pour les commerçants et pour les non-commerçants.

(3) On peut se reporter pour ces questions à Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*, p. 69 à 72.

(4) V. art. 446 à 448, C. com., et plus loin, n° 318.

(5) On peut donc, pour déterminer ce qui constitue la cessation de paiements, citer indifféremment des décisions judiciaires rendues à propos, soit d'une déclaration de faillite, soit de la fixation, en cas de faillite déclarée, de la date de la cessation des paiements.

merçant. Il n'y a pas à se demander s'il est solvable ou insolvable. On ne pourrait le savoir que par une véritable discussion et liquidation de ses biens, qui serait compliquée et exigerait de longs délais.

De là découlent deux conséquences importantes en sens inverse.

56. *a*. Le commerçant qui a un passif supérieur à son actif, mais qui jouit d'un crédit à l'aide duquel il parvient à acquitter ses dettes exigibles, ne peut être déclaré en faillite, pourvu que les moyens auxquels ils recourt pour soutenir son crédit ne soient pas purement factices (1). Ainsi, le commerçant qui ne continue ses affaires qu'à l'aide d'emprunts et de renouvellements de billets, ne peut être considéré comme étant en état de cessation de paiements (2). Il semble devoir en être de même du commerçant qui obtient des termes de ses créanciers en alléguant qu'il lui est impossible d'acquitter ses dettes, si, en définitive, il n'est pas constaté qu'il n'a pas payé celles-ci. Le débiteur peut, du reste, mal apprécier sa situation actuelle, concevoir des craintes exagérées (3).

57. *b*. A l'inverse, un commerçant qui n'acquitte pas ses engagements, peut être déclaré en faillite, bien qu'il prétende être solvable et qu'il le soit effectivement.

Le texte est formel et la loi a eu raison de ne pas subordonner la faillite à la condition de l'insolvabilité. Le fait qu'un commerçant ne paie pas suffit pour motiver l'intervention de la justice. D'abord, on n'est jamais certain qu'un individu est solvable, puisqu'en l'absence d'une liquidation accompagnée de publicité, on ne peut connaître

(1) Bédarride, I, nº 20; Alauzet, VI, nº 2405. Des moyens factices de soutenir le crédit sont, par exemple, des souscriptions d'effets de complaisance au profit du commerçant dont il s'agit. En les faisant escompter, il se procure l'argent dont il a besoin pour payer ses dettes : Toulouse, 20 déc. 1887; Trib. comm. Moulins, *Journ. des faillites*, 1888, p. 235; 1894, p. 400.

(2) Paris, 13 fév. 1877, D. 1878. 5. 272; Rouen, 1er déc. 1879, D. 1880. 1. 93; Trib. comm. de Lyon, 14 nov. 1882, *Journ. des faillites*, 1883, p. 103 (une société, quoiqu'étant dans un état de gêne extrême, a continué ses paiements à guichets ouverts; peu importe le moyen employé par elle pour se procurer de l'argent, la cessation des paiements ne date que du moment où elle a fermé ses caisses); aj. Aix, 5 janv. 1865 et Ch. civ. r. 24 déc. 1886, D. 1867. 1. 163 et S. 1867. 1. 28; Trib. comm. Marseille, 1er mars 1893, *Journ. des faillites*, 1893, p. 424; Pau, 23 nov. 1893, D. 1894. 2. 66.

(3) Trib. comm. Marseille, 6 mars 1863, *Journ. de jurispr. de Marseille*, 1863, I, p. 90; Paris, 31 mars 1882, *Journ. des faillites*, 1882, p. 191.

exactement ni le montant de ses dettes ni ce que produiront ses biens ; d'autre part, le débiteur, resté à la tête de ses affaires, peut prendre des mesures désastreuses et les créanciers ont intérêt à surveiller l'administration de cet actif qui est leur gage. Du reste, le fait de ne pas toucher à jour fixe une somme sur laquelle on était en droit de compter, cause souvent dans le commerce un préjudice aussi grand que le fait de ne jamais être payé. Il faut donc rejeter sans hésiter la distinction qu'on a autrefois proposé de faire entre la *cessation* et la *suspension* des paiements (1), la cessation caractérisant la situation de celui qui ne paie plus, parce que son actif est insuffisant et la suspension désignant la situation de celui qui ne paie pas, quoique son actif excède son passif, parce que la réalisation en est actuellement difficile (2).

(1) Locré, *Esprit du Code de commerce*, III, p. 18 et suiv.; il interprétait le Code de 1807, mais le principe n'a pas changé, aj. dans le même sens, Bordeaux, 6 mai 1848, D. 1850. 2. 12 (cet arrêt adopte les motifs d'un jugement qui développe cette idée que, bien qu'un commerçant refuse de payer ses engagements, s'il a un actif suffisant pour acquitter ses dettes, il y aurait injustice et inutilité à le déclarer en faillite; le créancier n'a qu'à recourir aux voies d'exécution ordinaires. La faillite ne doit avoir lieu que lorsqu'il est impossible au débiteur de faire face à ses engagements par suite d'insolvabilité. Si le législateur avait supposé un actif suffisant, il n'aurait pas édicté des dispositions sans utilité comme celles des art. 446 et 447, il n'a pas pu vouloir punir d'aussi dures conséquences le simple retard ou mauvais vouloir à payer. Ses rigueurs seraient odieuses à l'égard de celui dont les torts ne sont pas assez graves pour priver ses créanciers de ce qui leur est dû). Ces motifs n'ont rien de probant et nous paraissent suffisamment réfutés par ce qui est dit au texte. Ajoutons seulement que le législateur a pu avoir en vue le cas le plus fréquent, celui de l'insolvabilité du failli, sans qu'on soit autorisé à dire que l'insolvabilité est la condition nécessaire de la faillite.

(2) Des explications formelles ont été données en ce sens dans les travaux préparatoires de la loi de 1838, V. Renouard, I, p. 231 et 232. Aussi presque tous les auteurs enseignent-ils l'opinion exprimée au texte : Bédarride, I, n° 27; Boistel, n° 895; Bravard et Demangeat, V. p. 29-30; Alauzet, VI, n^os^ 2405 et 2412; Garraud, *De la déconfiture*, p. 70 (il explique très bien pourquoi la loi commerciale s'est attachée à la cessation des paiements et non à l'insolvabilité ; ne pas toucher à jour fixe une somme sur laquelle on était en droit de compter, cause souvent dans le commerce un préjudice aussi grand que de ne jamais être payé). La jurisprudence peut être considérée comme également fixée en ce sens : Orléans, 2 janv. 1855, D. 1855. 2. 155 (Cet arrêt infirme un jugement qui, tout en constatant la cessation des paiements, avait nommé des experts chargés d'examiner si l'actif du débiteur était bien, comme celui-ci le prétendait, supérieur à son actif; on ne peut mieux montrer les inconvénients du système qui fait dépendre la faillite de l'insolvabilité : dans l'espèce, il s'agissait d'apprécier la

Comment peut-il donc se faire qu'un commerçant dont l'actif dépasse le passif ne paie pas ses dettes? Cela peut provenir de l'imprévoyance du commerçant qui n'a pas fait concorder ses rentrées avec ses échéances ou de la composition de sa fortune qui comprend des immeubles dont la vente ne peut être faite promptement, de façon à lui procurer des sommes disponibles.

Par suite, il y a chaque année un certain nombre de faillites (environ une centaine) dans lesquelles les créanciers sont intégralement désintéressés (1). Dans ces faillites, il n'y avait pas insolvabilité; l'actif même l'emportait sur le passif; car il y a des frais à supporter et la réalisation des biens du failli se fait dans des conditions mauvaises, par suite desquelles ils sont vendus pour un prix qui est parfois inférieur à leur valeur réelle.

58. En résumé, comme on l'a très bien dit (2), « solvable ou non, le débiteur commerçant a-t-il *cessé ses paiements?* Voilà le fait essentiel. Dès que ce fait existe, l'état de faillite existe (3). Réciproquement, eût-il un passif supérieur à son actif, aussi longtemps qu'il paie, le débiteur ne change pas d'état. »

Mais, en fait, la cessation des paiements qui motive la déclaration de faillite, est ordinairement accompagnée de l'insolvabilité du débiteur; celui qui a un actif suffisant paie presque toujours ses dettes, qu'il les acquitte avec ses propres ressources ou à l'aide de celles qu'il se procure grâce à son crédit.

59. Quand y a-t-il une cessation de paiements pouvant motiver une déclaration de faillite? La loi ne pose aucune règle à ce sujet. Elle laisse, par conséquent, les tribunaux maîtres d'apprécier les cir-

valeur de brevets d'invention); Aix, 15 janv. 1867, D. 1867. 5. 207 et S. 1868. 2. 151; Aix, 13 janv. 1872, D. 1873. 5. 261 et S. 1873. 2. 89; Trib. comm. de Tours, 30 juin 1882, *Journ. des faillites*, 1882, p. 342; Aix, 16 déc. 1885, *Journ. des faillites*, 1887, p. 404.

(1) *Rapport au Président de la République sur l'administration de la justice civile et commerciale en France de 1821 à 1880*, p. XXXIX.

(2) Delamarre et Le Poitvin, VI, p. 8. V. Orléans, 22 mai 1895, *Le Droit*, nº du 6 oct. 1895.

(3) Nous entendons cette expression en ce sens qu'il y a un état de faillite qui peut être constaté et déclaré par le tribunal de commerce, non en ce sens qu'il y aurait un état de faillite virtuel pouvant produire les effets indépendamment de tout jugement déclaratif rendu par le tribunal de commerce. V. ci-après, nos 187 et suiv.

constances de chaque affaire. Aussi ne peut-on que poser quelques principes généraux, sans entrer dans le détail des applications.

Les juges du fond constatent souverainement les faits caractéristiques de l'état de cessation de paiements quant à l'existence matérielle et à l'influence de ces faits sur la situation commerciale du débiteur (1). Mais il ne faut pas exagérer la portée de cette règle en disant que jamais une décision relative à la déclaration de faillite ne tombe sous la censure de la Cour de cassation. Il peut arriver que les faits déclarés constants par une Cour d'appel réunissent ou ne réunissent pas les caractères légaux de l'état de cessation de paiements et que, par suite, l'arrêt qui a rejeté ou admis une demande en déclaration de faillite, soit erroné en droit. La Cour de cassation a le pouvoir de vérifier si les faits souverainement constatés constituent légalement la cessation de paiements (2).

60. Il est d'abord évident que la loi a eu en vue un refus de paiement impliquant impossibilité de payer ou mauvais vouloir (n° 61 *bis*). Si la dette que le débiteur n'acquitte pas, n'est pas liquide, est contestable dans son principe, ou que le montant ou le mode de paiement en soit litigieux (3), on ne saurait conclure du refus de paiement qu'il y a un ébranlement du crédit pouvant motiver une déclaration de faillite. Peu importe, du reste, que les prétentions du débiteur soient reconnues mal fondées, si l'on ne constate pas qu'il y avait de sa part un simple prétexte pour reculer le moment de payer (4).

Il va de soi que les juges ont le plus large pouvoir d'appréciation

(1) Cass. 13 mai et 18 nov. 1879, D. 1880. 1. 29 et 389; Cass. 15 juill. 1881, D. 1882. 1. 264; Cass. 1er mai 1882, 20 août 1883, *Journ. des faillites*, 1882, p. 229; 1883, p. 517.

(2) Ch. req. 12 mai 1841, S. 1841. 1. 663; Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 139.

(3) Paris, 5 juin 1875, *Journ. des tribun. de comm.*, 1876, p. 153 (rejet d'une demande en déclaration de faillite par ce motif que la créance dont le défaut de paiement était allégué, était litigieuse); Paris, 14 nov. 1891, 3 et 11 mars 1892, *Journ. des faillites*, 1892, p. 17 et 247; D. 1893. 2. 415.

(4) Trib. comm. Marseille, 14 août 1882, *Journ. des faillites*, 1883, p. 621; Poitiers, 27 juill. 1885; Trib. civ. Nogent-le-Rotrou, 22 janv. 1892, *Journ. des faillites*, 1885, p. 524; 1892, p. 131. Ces décisions ont refusé de voir un fait constitutif de la cessation des paiements dans la non-exécution par un commerçant d'un jugement exécutoire par provision et frappé d'appel. Une solution contraire devrait évidemment être donnée s'il était établi que cet appel est de pure forme.

pour décider si la contestation soulevée par le débiteur est sérieuse ou n'est qu'un moyen de gagner du temps et de ne pas être considéré comme cessant ses paiements.

61. La loi n'exige pas que le débiteur ait cessé *tous* ses paiements; ce serait déraisonnable (1). Le commerçant peut avoir perdu tout crédit, bien qu'il fasse encore quelques paiements plus ou moins importants. De plus, il ne peut dépendre de lui de choisir ceux de ses créanciers qu'il lui convient de désintéresser; il se perpétuerait ainsi dans l'administration de ses biens au détriment de la masse dont le gage serait diminué par des paiements faits aux créanciers les plus exigeants ou les plus sympathiques au débiteur (2).

On ne peut chiffrer le nombre et l'importance des refus de paiements qui sont de nature à caractériser la *cessation de paiements* que la loi a eue en vue; c'est une question d'appréciation à trancher *ex æquo et bono* par le tribunal. N'y a-t-il qu'un embarras tout momentané dont le débiteur triomphera très vraisemblablement, par exemple, l'effet d'une crise générale (3), ou, au contraire, une situation plus grave, la ruine ou tout au moins l'ébranlement du crédit (4)? Il y a à tenir compte des circonstances qui peuvent être fort diverses. Ainsi, l'on a fait remarquer avec raison qu'un refus de paiement est plus grave de la part d'un banquier que de tout autre négociant. On ne doit donc pas exiger qu'il y ait cessation de la *totalité*, ni même,

(1) L'article du projet de Code parlait de la cessation de *tous paiements;* le Tribunat fit observer que ce serait abusif et qu'il fallait supprimer le mot *tous*, ce qui a été fait (Locré, XIX, 386 et 425).

(2) La jurisprudence est constante en ce sens : Trib. comm. Seine, 27 nov. 1874 et Paris, 4 févr. 1875, D. 1875. 2. 185 et S. 1875. 2. 289. (« La société ne peut valablement soutenir qu'elle n'est pas en état de cessation de paiements, parce qu'elle a payé pour 72.000 fr. de billets dans les six derniers mois; en effet, le commerçant est tenu à payer non pas seulement certaines dettes qu'il choisit lui-même, mais toutes ses dettes. ») Ch. req. 15 juill. 1881, D. 1882. 1. 264.

(3) Rouen, 19 avr. 1815, Rep. Dall. *h. v°*, n° 67 (il s'agissait de fixer l'époque de l'ouverture de la faillite; l'arrêt constate que les affaires avaient continué, quoique des jugements de condamnation eussent été rendus et il ajoute que les jugements s'expliquent par les circonstances extraordinairement difficiles qui affectent les meilleures maisons); Colmar, 9 août 1850, D. 1855. 2. 222 (l'arrêt parle des circonstances extraordinaires qui expliquent le refus de paiement, mais il a tort de dire que la cessation de paiements doit être motivée par l'insolvabilité).

(4) L'art. 437, alin. 1, de la loi *belge dispose :* « Tout commerçant qui cesse ses paiements et *dont le crédit se trouve ébranlé*, est en état de faillite. »

comme le font certains auteurs et certains arrêts (1), de la *généralité* des paiements : un seul refus de paiement peut avoir, dans certains cas, une gravité exceptionnelle (2).

61 *bis*. Les dettes non payées doivent être des dettes exigibles. En conséquence, le non-paiement des dettes à terme ou conditionnelles ne peut pas être invoqué tant que le terme n'est pas arrivé ou que la condition n'est pas accomplie. Jamais il ne peut non plus être question du non-paiement de dettes naturelles pour faire déclarer la faillite. Il n'y a aucun moyen direct ou indirect de contrainte, en principe, pour arriver au paiement des obligations naturelles.

62. La nature des dettes exigibles doit-elle être envisagée, de telle façon qu'il n'y aurait pas lieu de tenir compte du non-paiement des dettes *civiles*, mais seulement des dettes commerciales ?

Des auteurs ont soutenu que le refus d'acquitter des dettes civiles peut constituer la cessation des paiements au sens de l'art. 437, C. com. Ils disent que le crédit d'un négociant est atteint par cela même qu'il ne fait pas face à tous ses engagements ; qu'il y a là quelque chose d'indivisible. Autrement, ajoutent-ils, on introduit une distinction qui n'est pas dans la loi ; l'art. 437, alin. 1, parle en termes généraux de la cessation de paiements, alors que, dans le Code de 1807, il était question du refus d'acquitter des *engagements de commerce* (ancien art. 441, al. 1) (3).

Cette opinion n'a pas triomphé. On admet généralement aujour-

(1) Renouard, *op. cit.*, sur l'art. 437 ; Boistel, nº 895 ; Namur, nº 1593. — Colmar, 19 avr. 1860, S. 1861. 2. 25 (l'arrêt dit que, s'il n'est pas indispensable que la cessation des paiements soit absolue, il faut, du moins, qu'elle soit *assez générale* pour ne laisser aucun doute sur l'impossibilité manifeste où se trouve le commerçant de faire face à ses engagements et de continuer le commerce).

(2) Bravard et Demangeat, V, p. 17 et 18. Cpr. Trib. comm. Arras, 13 fév. 1891, *Journ. des faillites*, 1891, p. 282. On peut citer comme un fait particulièrement grave, le refus d'exécuter un jugement de condamnation passé en force de chose jugée, cf. Ch. req. 30 avr. 1877, D. 1878. 1. 83 et S. 1877. 1. 244.

(3) Renouard, 1, p. 274 et suiv.; suivant lui, le changement de rédaction ne laisse plus subsister de doute ; toutefois dans l'application, il hésite, semble-t-il, puisqu'il exige que le non-paiement d'une dette civile ait porté la perturbation dans les affaires commerciales. De plus, il cite à l'appui de son opinion un arrêt de Nancy du 30 juillet 1842 (Rép. Dall. *h. v°*, nº 69) qui lui est contraire ; cet arrêt affirme que, pour qu'il y ait faillite, il faut que le débiteur ait refusé d'acquitter des obligations commerciales, tout en reconnaissant au créancier d'une dette civile le droit de poursuivre la déclaration de faillite, ce qui est tout autre chose, ainsi que nous le verrons (nº 92).

d'hui qu'il doit y avoir corrélation entre la qualité de commerçant nécessaire pour l'existence de la faillite et la nature des actes qui peuvent amener celle-ci; on a dit en ce sens que la faillite était un évènement de la vie commerciale. Tant que celle-ci n'est pas troublée, il n'y a pas lieu de déclarer la faillite. Cette considération suffit pour déterminer la portée de l'art. 437, al. 1. Le Code de 1807 mentionnait les engagements de commerce dans une disposition qui avait pour but d'énumérer certains faits révélant la cessation des paiements ; cette disposition a été supprimée parce qu'on a voulu laisser toute latitude aux juges (n° 61). Cette suppression n'indique en aucune façon que le législateur de 1838 ait eu, sur le point dont il s'agit, une opinion autre que le législateur de 1807 (1).

Une dette n'a pas toujours exclusivement le caractère civil ou le caractère commercial à l'égard du créancier et du débiteur. Il y a des dettes qui sont civiles au point de vue du créancier, commerciales à l'égard du débiteur ou à l'inverse (2). Est-ce en la personne du débiteur ou en celle du créancier que la nature d'une dette doit être considérée pour déterminer si le refus de paiement de cette dette peut constituer une cessation de paiements entraînant la décla-

(1) Bédarride, I, n° 19; Bravard, V, p. 19 et 20; Boistel, n° 896; Dict. de Couder, v° *Faillite*, n° 51; Laurin, *Cours élém. de Droit commercial*, n° 953 (la raison que donne notre regretté collègue, n'est pas à l'abri de la critique; suivant lui, il faudrait un état général de cessation de paiements et cet état ne peut résulter uniquement du défaut de paiement d'une dette civile qui constitue au regard du commerçant une rareté ou une exception. Nous n'admettons pas qu'il faille un état *général* et, de plus, on peut supposer, en fait, qu'un négociant a des dettes civiles très considérables, parce qu'il a fait des acquisitions d'immeubles pour son usage personnel et pour celui de sa famille). Ch. req. 2 déc. 1868, D. 1869. 1. 129 et S. 1869. 1. 128; Paris, 3 août 1872 et 21 janv. 1873, D. 1872. 5. 241 et 1874. 5. 263; Nancy, 23 mai 1874, D. 1875. 2. 117 et S. 1875. 2. 262 (il s'agissait d'un individu qui avait été condamné à payer 30.000 fr. d'amende à l'administration des douanes; celle-ci voulait le faire considérer comme étant en faillite; la Cour rejette cette prétention, par le motif qu'il était constaté que le commerçant avait exactement satisfait à toutes les obligations nées de son commerce; « le commerçant est hors d'atteinte. ») — V. dans le même sens, Rouen, 16 juin 1893 (il s'agissait du défaut de paiement des loyers par un locataire; Caen, 4 avr. 1894, *Journ. des faillites*, 1893, p. 219; 1894, p. 425; Orléans, 22 mai 1895, *Le Droit*, n° du 6 oct. 1895; Trib. comm. Alger, 12 octobre 1895; *La Loi*, n° du 26 déc. 1895 (il s'agissait d'un commerçant qui n'avait pas payé sa patente et dont, pour cette raison, le gouverneur de l'Algérie demandait la déclaration de faillite).

(2) V. *Traité de Droit commercial*, I, nos 101 et 130.

ration de faillite ? Il ne paraît pas douteux qu'il faut considérer la nature de la dette dans la personne du débiteur (1). Cela se déduit des motifs qui doivent faire exiger que les dettes non payées soient des dettes commerciales. Peu importe que la dette soit commerciale pour le créancier si, à raison de la nature de cette dette, le non-paiement ne prouve pas que la vie commerciale du débiteur est troublée.

Le caractère de la dette doit, pour la même raison, être examiné au moment où le refus de paiement a eu lieu, non au moment où elle a pris naissance. Par suite, si une dette commerciale a perdu ce caractère par suite d'une novation, le non-paiement de cette dette ne doit pas être pris en considération (2). A l'inverse, il faut tenir compte d'une dette civile qui a été remplacée par une dette commerciale en vertu d'une novation, ce qui a lieu notamment si cette dette est entrée dans un compte-courant commercial (3).

63. Si le non-paiement de dettes civiles ne suffit pas pour qu'il y ait cessation de paiements au sens de l'art. 437, al. 1, C. com., du moins, dans l'appréciation de la situation générale du commerçant, l'existence de dettes civiles non payées peut entrer en ligne de compte (4).

Il sera aussi expliqué plus loin (n° 92) que, lorsque la cessation de paiements existe pour des dettes commerciales, un créancier même pour dette civile peut s'en prévaloir afin de faire déclarer la faillite (5).

64. Comment la cessation de paiements est-elle prouvée? La loi n'ayant rien dit à cet égard, les tribunaux forment leur conviction comme ils l'entendent. Le plus souvent la situation embarrassée du commerçant se manifeste par des signes extérieurs faciles à constater, tels que des protêts faute de paiement (6), des assignations, des jugements de condamnation (7), des saisies. En l'absence même de ces actes judiciaires ou extra-judiciaires, divers faits pourraient établir l'impossibilité pour le débiteur de satisfaire à ses engagements : par

(1) Trib. comm. Saint-Nazaire, 8 oct. 1892, *Journ. des faillites*, 1893, p. 78.
(2) Toulouse, 26 déc. 1890, *Journ. des faillites*, 1892, p. 363.
(3) V. *Traité de Droit commercial*, IV, n° 825, p. 556.
(4) Rouen, 14 mai 1853, D. 1854. 5. 361.
(5) Besançon, 6 fév. 1865, D. 1865. 2. 52. V. les arrêts cités à la note 1 de la p. 50.
(6) V. ci-après, p. 52, note 4.
(7) Cass. 30 avr. 1877, S. 1877. 1. 244.

exemple, il l'avoue lui-même dans une circulaire adressée à ses créanciers (1), il ferme ses magasins et disparaît (2). On conçoit que les espèces présentent une variété infinie (3).

Les protêts sont très fréquemment le signe extérieur auquel les tribunaux s'attachent pour établir la cessation des paiements (4). Il en est ainsi, du moins, quand le refus de payer, constaté par un protêt, vient du tiré *accepteur* ou du souscripteur d'un billet à ordre. Quand il s'agit du tiré non accepteur, comme il n'est pas obligé en vertu de la lettre de change (5), il faut voir quel est le motif du refus de paiement ; le tiré peut n'être pas d'accord avec le tireur sur l'existence ou sur le montant de la dette (6). Du reste, c'est aussi au tribunal à apprécier si un seul protêt est ou non suffisant (7). Des protêts peuvent même ne pas suffire pour constater la cessation des paiements, si on allègue que le commerçant a conservé un grand crédit (8). Il ne devrait assurément pas être tenu compte de protêts qui auraient été suivis de paiement (9).

Les juges ne peuvent procéder à une enquête sur la situation

(1) V. arrêts cités, Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 161 ; aj. n^os^ 162 et 163.

(2) L'ancien art. 441 prévoyait le fait de la disparition du débiteur et de la clôture de ses magasins qui est un signe non équivoque de son impuissance de continuer le commerce, s'il ne s'explique pas autrement. Le législateur de 1838 a supprimé cette mention, non pour empêcher les tribunaux de tenir compte du fait, mais pour laisser toute latitude d'appréciation : Bédarride, n° 21 ; Rép. Dall. *h. v°*, n° 150.

(3) V. les arrêts cités par de Couder, v° *Faillite*, n^os^ 41 et suiv. ; aj. Rouen, 22 août 1874 et Req. 14 déc. 1874, D. 1876. 1. 119 et S. 1875. 1. 58 : Paris, 4 juill. 1881 (*Le Droit* du 13 août 1881). Il convient de remarquer que la plupart des arrêts cités dans cette note et dans les précédentes se réfèrent non à la déclaration de faillite, mais à la fixation de la date de la cessation des paiements (art. 441) ; suivant nous (n° 54), cette date ne peut être fixée qu'à une époque où la faillite aurait pu être déclarée.

(4) Cela explique les dispositions de plusieurs lois étrangères. *En Belgique*, d'après l'art. 448 de la loi du 16 avril 1851 et l'art. 14 de la loi du 10 juillet 1877 sur les protêts, les receveurs de l'enregistrement doivent, dans les dix premiers jours de chaque mois, envoyer au président du tribunal de commerce un tableau des protêts des lettres de change acceptées et des billets à ordre enregistrés dans le mois précédent. Le Code de commerce *italien* (art. 689) et le Code de commerce *roumain* (art. 701) renferment des dispositions analogues.

(5-6) V. *Traité de Droit commercial*, IV, n^os^ 26 et 89.

(7) V. Paris, 7 juill. 1886, *Journ. des faillites*, 1886, p. 418.

(8) Cass. 26 juin 1876, D. 1877. 5. 271 ; S. 1876. 1. 354 ; Cass. 15 mars 1881, D. 1882. 1. 15. Cf. Rép. Dall., v° *Faillite*, n^os^ 152-153, 157-159.

(9) Amiens, 30 mai 1884, *Journ. des faillites*, 1884, p. 576 ; Orléans, 10 juillet 1889, *Journ. des faillites*, 1889, p. 422.

du commerçant (cela suffirait souvent pour produire la faillite) ni ordonner le dépôt de ses livres au greffe pour être examinés (1), cela serait contraire à l'art. 14, C. com., qui indique limitativement les cas où la *communication* des livres de commerce peut être ordonnée par justice (2).

65. Les règles qui viennent d'être posées sur les faits constitutifs de la cessation des paiements, manquent certes un peu de précision et, par suite, les tribunaux ont un bien large pouvoir d'appréciation dans une matière aussi grave. Mais, ce résultat a été voulu par le législateur et il n'est pas prouvé qu'il ait eu tort d'agir ainsi. L'Ordonnance de 1673 disait : « La faillite ou banqueroute sera réputée ouverte du « jour que le débiteur se sera retiré ou que le scellé aura été apposé « sur ses biens. » Tit. XI, art. 1 (3). Le Code de 1807, dans le même ordre d'idées, après avoir dit que l'ouverture de la faillite est déclarée par le tribunal de commerce, ajoutait : « Son époque est fixée, « soit par la retraite du débiteur, soit par la clôture de ses magasins, « soit par la date de tous actes constatant le refus d'acquitter ou de « payer des engagements de commerce, » Art. 441, al. 1. Toutefois, on se tromperait si l'on croyait qu'il suffisait de constater matériellement l'existence de l'un de ces faits pour que la faillite dût s'ensuivre; le même article restreignait la disposition précédente dans son alinéa 2 : « Tous les actes ci-dessus mentionnés ne constateront « néanmoins l'ouverture de la faillite que lorsqu'il y aura cessation « de paiements ou déclaration du failli. » Cela revenait donc à dire

(1) Orléans, 28 fév. 1855, D. 1855. 1. 155.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, I, nos 290 à 291.

(3) V. le commentaire de Bornier. — Il dit que la faillite était encore réputée ouverte dès que les débiteurs avaient obtenu des lettres de répit ou des arrêts de défenses générales, et il ajoute que ces faillites sont même les plus dangereuses, parce qu'elles sont ordinairement préméditées. La disposition de l'Ordonnance n'était donc pas considérée comme limitative, il y avait controverse sur le point de savoir si la cessation de paiements suffisait pour faire prononcer la faillite du débiteur malgré lui. V. Rép. de Guyot, vo *Banqueroute*, vo *Faillite*; il admet la négative. Jousse dit au contraire : « la faillite est aussi réputée ouverte du jour que le débiteur est devenu insolvable et a cessé entièrement de payer ses créanciers. » Suivant Guyot : « Qu'il y ait une faillite ouverte sans le consentement du débiteur, lorsqu'il reste chez lui, qu'il n'abandonne ni ses biens ni ses affaires, précisément parce qu'il est en retard de payer et qu'il est poursuivi ou même exécuté, *c'est une supposition absurde*. »

qu'il n'y avait qu'une chose essentielle, la cessation des paiements, qui, du reste, pouvait se manifester de bien des manières; dès lors, la règle ne pouvait que gagner à être présentée plus simplement. C'est ce que le législateur de 1838 a fait en rédigeant l'art. 437, al. 1 (1).

65 *bis*. DROIT ÉTRANGER. — Les lois des divers pays admettent des systèmes assez variés sur les conditions exigées pour qu'un commerçant puisse être déclaré en faillite.

La loi *belge* (art. 437), les Codes de commerce *italien* (art. 683), *roumain* (art. 695 et 696), *chilien* (art. 1325) (2), *argentin* (articles 1379 et 1380), reproduisent la règle du Code de commerce français relative à la cessation des paiements. Seulement la loi *belge* ajoute que le crédit du commerçant doit être ébranlé (3), les Codes *italien*, *roumain*, *chilien*, *argentin*, indiquent expressément que la cessation des paiements doit s'appliquer à des dettes commerciales. Le Code *italien* (art. 705) dispose d'une façon formelle que « le seul refus « de quelques paiements que, par exception, le débiteur de bonne foi « a cru devoir faire, n'est pas une preuve de la cessation de paiements, « comme aussi le fait de paiements continués à l'aide de moyens « ruineux ou frauduleux, ne saurait être un obstacle à la déclaration « que le commerçant était, en réalité, en état de cessation de paie- « ments. » Le Code *roumain* (art. 698) n'a reproduit que la partie de la disposition du Code italien concernant le refus de quelques paiements. Le Code de commerce *portugais* (art. 692) admet que le commerçant qui cesse le paiement, de ses obligations commerciales, doit être présumé en état de faillite; mais reconnaît qu'antérieurement à la cessation de paiements, la faillite peut être déclarée, le failli entendu, s'il est justifié que l'actif est manifestement insuffisant pour couvrir le passif.

(1) L'ancien art. 441 avait donné lieu à des interprétations très diverses, Renouard, I, p. 235; la jurisprudence s'était formée dans le sens de la solution consacrée en 1838 : Cass. 19 déc. 1831, S. 1832. 1. 143.

(2) Le Code *chilien* (art. 1327) indique qu'il n'est pas besoin que la cessation de paiements soit générale.

(3) La Chambre et le Sénat de *Belgique* ont été longtemps en divergence sur le point de savoir si le non-paiement de dettes civiles pourrait entrainer la faillite. Il y a eu une transaction consistant à dire que la cessation de paiements de dettes commerciales ou civiles doit entrainer l'ébranlement du crédit (Article 437, al. 1). — V. Namur, III, nº 1582.

Parmi les lois qui admettent la faillite pour les non-commerçants comme pour les commerçants, les unes s'attachent aux mêmes faits pour ces deux classes de personnes, tandis que les autres consacrent une distinction.

L'assimilation est admise par la loi *allemande* (art. 94), selon laquelle l'ouverture de la faillite suppose l'impossibilité de payer (*Zahlungsunfaehigkeit*) et cette impossibilité doit être spécialement admise quand il y a cessation de paiements (*Zahlungseinsteilung*) (1). La formule de la loi est assez large pour laisser au juge un pouvoir d'appréciation très étendu. Aussi les auteurs reconnaissent-ils qu'il peut se montrer plus rigoureux pour les commerçants et les déclarer plus facilement en faillite (2). Mais l'insolvabilité est la condition de la déclaration de faillite d'une succession (L. 1877, art. 203) (3).

La loi *anglaise* ne distingue pas non plus depuis 1883 entre les commerçants et les non-commerçants. Mais elle admet un système tout différent de celui des lois des autres pays; elle énumère les actes de nature à entraîner la faillite (*acts of bankruptcy*) (4) (L. de 1883, art. 4, et loi de 1890, art. 1) (5). Le but a été d'éviter l'arbitraire du juge. Mais ce système a cet inconvénient que la faillite ne peut être déclarée hors des cas déterminés par la loi, bien que les circonstances paraissent la rendre nécessaire (6).

Les autres lois admettent plus facilement la faillite des commerçants que celle des non-commerçants. Pour les premiers, la cessation de paiements suffit; pour les seconds, il faut l'insolvabilité prouvée ou présumée à raison de certains faits.

En *Autriche*, la loi de 1868 détermine pour les *non-commerçants*

(1) La loi *prussienne* de 1855 qui a, en beaucoup de points, servi de modèle à la loi allemande de 1877, distinguait, au contraire, entre la faillite des commerçants et celle des non-commerçants.

(2) V. Fitting, *Das Reichs-Concursrecht und das Concursverfahren*, p. 280.

(3) Il y a des règles spéciales pour la mise en faillite des sociétés anonymes et des associations coopératives. Elles seront indiquées dans le chapitre VIII consacré à la faillite des sociétés.

(4) C'est le système qu'admettait le Droit romain pour la *venditio bonorum*. V. Gaïus, III, § 78.

(5) Les actes de nature à entrainer la faillite n'étaient pas les mêmes pour les commerçants et pour les non-commerçants d'après la loi anglaise de 1869.

(6) Cependant le système anglais est recommandé par M. Thaller, dans son *Traité des faillites en Droit comparé*, nº 40, p. 171.

les circonstances à raison desquelles la faillite peut être déclarée. D'après les art. 62 à 64 de cette loi, la déclaration de faillite a lieu immédiatement sur la demande du débiteur ou de son héritier. En outre, quand un créancier prouvant sa qualité demande l'ouverture de la faillite contre un débiteur sous le coup d'exécution, une audience est fixée à bref délai et le débiteur doit y produire son bilan et établir qu'il est en état de satisfaire tous ses créanciers, faute de quoi la faillite est déclarée (art. 63). Enfin, le tribunal, sur la demande d'un créancier dont la dette est vérifiée, déclare la faillite du débiteur qui est en fuite ou se cache, sans autre cause présumable que son insolvabilité, quand il est à craindre que la non déclaration de faillite ne soit préjudiciable aux créanciers (art. 64). Les art. 62 et 64 s'appliquent à la faillite, soit des commerçants, soit des non-commerçants. Mais l'art. 198 de la loi autrichienne ajoute, pour les commerçants, qu'alors même que les circonstances prévues par les articles 62 à 64 ne se présentent pas, la faillite peut être déclarée toutes les fois que le tribunal a connaissance de la cessation des paiements. D'après le Code de commerce *hollandais* (art. 764), la cessation de paiements est, pour le commerçant, la cause de la faillite. Mais, selon le Code de procédure civile *hollandais* (art. 882 et 883), le non-commerçant est déclaré en état d'insolvabilité notoire lorsqu'il se trouve dans l'impossibilité de payer ses dettes. L'état d'insolvabilité notoire peut être établi dans l'un des cas suivants : 1° Lorsqu'un débiteur est emprisonné pour dettes en vertu d'un jugement définitif et que la détention a dépassé le terme d'un mois ; 2° lorsqu'il est poursuivi par plusieurs créanciers simultanément et que ses biens sont saisis ou discutés, de manière que son avoir sera anéanti ; 3° lorsque le débiteur poursuivi en justice par plusieurs créanciers pour le paiement de dettes a quitté clandestinement sa demeure sans mettre ordre à ses affaires (1). — Le Code de commerce *hongrois* reconnaît aussi (art. 244) que la cessation des paiements détermine la faillite des commerçants, tandis que, pour les non-commerçants, il faut l'insolvabilité qui, d'ailleurs, se déduit des faits que le Code de commerce

(1) La loi du 30 septembre 1893 supprime toute distinction entre les commerçants et les non-commerçants, en s'attachant à la cessation des paiements, pour les uns et pour les autres.

énumère (art. 82 à 85). En *Espagne*, la faillite des commerçants peut être déclarée dans des cas que le Code de commerce *espagnol* (art. 870, 871, 876 et 877) détermine et qui peuvent n'impliquer que la cessation de paiements : déclaration du débiteur qu'il cesse ses paiements ; saisie en vertu d'un titre exécutoire alors qu'il résulte de la saisie qu'il ne reste pas de biens suffisants pour le paiement ; poursuite d'un créancier, même sans titre exécutoire, justifiant de l'existence de sa créance et prouvant que le commerçant a cessé d'une façon générale de payer ses dettes ; fuite ou disparition d'un commerçant accompagnée de la fermeture de ses bureaux ou magasins sans qu'il ait laissé une personne chargée de le représenter. Quant à la faillite civile, elle implique plusieurs saisies des biens du débiteur reconnus insuffisants pour le paiement des dettes prouvées. — En *Norvège* (1) et en *Danemark* (2), le commerçant peut être déclaré en faillite quand il a cessé ses paiements ou laissé en souffrance une de ses dettes après une sommation. Pour le non-commerçant, il faut l'insuccès d'une voie d'exécution ou le fait par le débiteur d'avoir quitté le royaume ou de se tenir caché sans que son absence puisse s'expliquer autrement que par son insolvabilité.

La loi *suisse* sur la faillite de 1889 a adopté des règles assez compliquées qui se rattachent à ce que, dans ce pays, l'inscription sur le registre du commerce, obligatoire pour les commerçants, est facultative pour les non-commerçants (3). La faillite, selon les cas, est ou n'est pas précédée d'une poursuite préalable contre le débiteur. Tandis que les créanciers procèdent par voie de saisie contre leurs débiteurs non inscrits, ils ont à procéder par voie de demande en déclaration de faillite contre les débiteurs inscrits. Dans ce dernier cas, la faillite n'est prononcée, en règle générale, qu'après que deux délais de vingt jours se sont écoulés depuis la notification d'un commandement et depuis la signification d'un acte menaçant le débiteur de la faillite (commination de faillite) (art. 159 et suiv.). Cependant, en certains cas, la loi laisse de côté l'exigence d'un commandement préalable ou celle de l'inscription du débiteur. Un créancier peut requérir la fail-

(1) *Loi norvégienne*, art. 2 à 5.
(2) *Loi danoise*, art. 41 à 44.
(3) V. *Traité de Droit commercial*, I, nº 194 *bis*, p. 174 et 475.

lite sans poursuite antérieure, lorsqu'il y a suspension de paiements d'un débiteur inscrit (art. 190 2°). Puis tout débiteur, quelle que soit sa qualité, peut être déclaré en faillite sur la demande d'un créancier, s'il n'a pas de résidence connue, s'il a pris la fuite, dans l'intention de se soustraire à ses engagements, s'il a commis ou tenté de commettre des actes en fraude des droits de ses créanciers ou célé ses biens dans le cours d'une poursuite par voie de saisie dirigée contre lui (art. 890 1°). De même, tout débiteur, commerçant ou non, inscrit ou non au registre du commerce, peut lui-même requérir sa faillite en se déclarant insolvable (art. 291). Les complications et distinctions de la loi suisse viennent de ce qu'elle a dû concilier, dans la mesure du possible, les vues très divergentes des cantons romands, où la faillite était réservée aux commerçants, et celles des cantons allemands où la faillite s'appliquait aux non-commerçants.

66. La faillite suppose : 1° Un *commerçant;* 2° la *cessation de ses paiements*. Elle n'est possible qu'autant qu'il y a eu coexistence de ces deux éléments, c'est-à-dire que le débiteur était commerçant au moment où il a cessé ses paiements. Est-il nécessaire que cette coexistence persiste au moment où il s'agit de déclarer la faillite?

Il y a un cas qui semble ne devoir soulever aucune difficulté, c'est celui où la cessation de paiements disparaît par une cause quelconque : le failli s'est libéré ou s'est arrangé avec tous ses créanciers ; la faillite n'a plus de raison d'être (1).

Le cas inverse est celui où la cessation des paiements persiste, mais où il n'y a plus de commerçant contre lequel on puisse agir, que le débiteur soit mort ou qu'il ait cessé le commerce. Il importe d'étudier ces deux dernières hypothèses ; la première est seule prévue par la loi (art. 437, al. 2 et 3, C. com.).

67. *Faillite après décès.* — Le Code de 1807 n'avait pas prévu

(1) Paris, 31 mars 1882, *Journ. des sociétés*, 1882, p. 191 ; Rouen, 26 mai 1884, *La Loi*, n° du 20 oct. 1884 (la Cour infirme un jugement qui avait déclaré d'office en faillite un négociant dont les affaires étaient liquidées par suite d'une entente intervenue entre lui et tous ses créanciers). La question résolue au texte est tout à fait distincte de celle qui se présente quand le paiement des créanciers ou l'arrangement est intervenu après le jugement déclaratif de faillite. On se demande alors si ce jugement qui a été bien rendu à sa date doit être rapporté à raison du changement survenu dans les faits. V. n° 156.

ce cas (1) et l'on avait contesté qu'une déclaration de faillite fût possible après le décès du débiteur, en disant qu'il y aurait alors une *faillite sans failli*, mais la jurisprudence avait fini par admettre que la mort n'empêchait pas la faillite, lorsque la cessation des paiements s'était produite du vivant du débiteur (2). La loi de 1838 s'est avec raison appropriè cette doctrine : *La faillite d'un commerçant peut être déclarée après son décès lorsqu'il est mort en état de cessation de paiements*, art. 437, al. 2. Si certaines des dispositions légales sur la faillite concernent la personne du failli, il y en a un bien plus grand nombre qui concernent les biens, leur administration, le sort des actes du débiteur, l'ordre à établir entre les divers ayants-droit, etc. La mort du débiteur n'empêche nullement de les appliquer et il serait déraisonnable qu'elle enlevât aux créanciers les garanties que ces dispositions doivent leur fournir.

68. Il est vrai que les créanciers du défunt ont le bénéfice de la séparation des patrimoines (art. 878 et s., C. civ.); mais celle-ci ne les protège pas contre les actes que le défunt a pu faire et à l'égard desquels ils n'ont que la ressource insuffisante de l'action paulienne (art. 1167, C. civ.). De plus, la séparation des patrimoines ne donne pas plus que le bénéfice d'inventaire les mêmes garanties que la faillite en ce qui concerne l'administration des biens et la répartition de leur produit (3). Elle est faite seulement pour protéger les créanciers du *de cujus* contre les conséquences de l'insolvabilité de l'héritier. Celle-ci peut ne pas exister, bien que le défunt fût lors de son décès en état de cessation de paiements.

69. Si la séparation des patrimoines ne rend pas inutile la faillite du défunt, à l'inverse la déclaration de faillite ne rend pas sans

(1) Dans le projet soumis au Conseil d'État, il y avait un art. 6 ainsi conçu : « Lorsque la faillite survient par la mort du débiteur, l'ouverture en est fixée au jour du décès » ; cet article a été ajourné pour un examen plus approfondi et n'a plus reparu, Locré, XIX, 71, 74, 75. Des observations contradictoires avaient été échangées : les uns (Bigot-Préameneu et Beugnot) disaient qu'il n'y a de faillite que celle qui existe avant la mort du failli, et les autres (Cambacérès) que la mort ne change pas la qualité du failli : « Il est donc naturel que là où on retrouve tous les caractères de la faillite, on en admette aussi les formes. »

(2) Il y avait eu quelques dissidences. V. les arrêts cités, Rép. Dalloz, v° *Faillite*, n°s 57-58; Dict. de Couder, v° *Faillite*, n° 58.

(3) Cf. Paris, 10 déc. 1839, Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 59.

objet la séparation des patrimoines (1). Car la faillite ne met pas obstacle à la confusion du patrimoine du failli décédé et du patrimoine de son héritier. Aussi des créanciers hypothécaires de l'héritier, inscrits sur un immeuble de la succession, peuvent, à l'encontre des créanciers de la faillite, se prévaloir de la non inscription de la séparation des patrimoines dans les six mois du décès (art. 2111, C. civ.) (2). Sans doute les créanciers de la faillite ont comme tels une hypothèque sur les immeubles du failli (art. 490, C. com.); mais, celle-ci n'est opposable aux créanciers de l'héritier qu'à partir de la date de son inscription.

70. D'après le texte formel de la loi, il faut que le débiteur soit mort en état de cessation de paiements pour que sa faillite puisse être déclarée. Conformément à ce qui a été dit plus haut (nos 57 et 58), il ne suffirait pas de prouver que le défunt avait, au moment de sa mort, un actif inférieur à son passif, s'il n'avait pas alors cessé ses paiements (3). En conséquence, si un commerçant se tue précisément parce qu'il se voit à la veille de cesser ses paiements, il ne peut être déclaré en faillite. Pour écarter cette solution, il ne suffit pas d'alléguer qu'on devrait éloigner un malheureux débiteur de la pensée du suicide en lui montrant que sa mort ne remédiera à rien et n'empêchera pas la constatation judiciaire qu'il redoute. Le texte ne laisse place à aucune hésitation; il a été adopté, quoiqu'on eût invoqué, pour en obtenir la modification, précisément la considération qui vient d'être indiquée (4).

(1) Cf. Demolombe, XVII, no 198; Aubry et Rau, VI, § 619, p. 485; Boistel, no 893; Barafort, *Traité de la séparation des patrimoines*, nos 155 et suiv. V. *en sens contraire*, Douai, 24 déc. 1877, D. 1878. 2. 149.

(2) La solution opposée a été admise par l'arrêt cité à la note précédente. Le Code *chilien* (art. 1343, dern. alin.) dispose expressément que la faillite déclarée après décès entraine la séparation du patrimoine du défunt et du patrimoine de l'héritier.

(3) Trib. comm. Marseille, 21 août 1866, *Journ. de jurispr. de Marseille*, 1866. 1. 284; Rouen, 3 mars 1890, *Journ. des faillites*, 1890, p. 360; Pau, 23 nov. 1893, D. 1894. 2. 66. Il ne faut pas considérer comme contraire un arrêt de Colmar du 20 août 1838, Rép. Dall., vo *Faillite*, no 59 (il était constaté qu'il y avait eu cessation de paiements, malgré l'absence de protêts et de poursuites. V. no 64.

(4) Renouard (I, p. 249) analyse la discussion, mais ne se prononce pas sur la question. — Dans le sens de notre opinion, Bravard et Demangeat, V, p. 33, note 1; Bédarride, I, no 22; Namur, III, no 1502; Dict. de Couder, vo *Faillite*, no 62 (plusieurs décisions sont citées en ce sens). V. *en sens contraire*, Rép. Dall., vo *Faillite*, no 59.

71. La jurisprudence qui, en l'absence d'un texte exprès, admettait, même avant 1838, la possibilité d'une déclaration de faillite après décès, ne pouvait naturellement restreindre cette possibilité à un délai déterminé : d'où cet inconvénient grave d'une faillite survenant plusieurs années après la mort d'un commerçant et produisant une profonde perturbation dans la liquidation de sa succession. La loi de 1838 a sagement fait en limitant l'exercice du droit qu'elle consacrait : *la déclaration de la faillite ne pourra être, soit prononcée d'office, soit demandée par les créanciers* (1), *que dans l'année qui suivra le décès*, art. 437, al. 3 (2). Il s'agit ici d'un délai préfixe qui, par suite, ne saurait être modifié par un des événements de nature à interrompre ou à suspendre la prescription (3).

Le Code de commerce ne se prononce pas sur le point de savoir si les héritiers peuvent provoquer la déclaration de faillite de leur auteur. Le silence de la loi à cet égard fait naître une question qui sera examinée plus loin (nº 89).

71 *bis*. Droit étranger. — Généralement les Codes de commerce reproduisent l'exigence du Code français quant à la nécessité que le débiteur soit mort en état de cessation de paiements et prescrivent aussi que la déclaration de faillite soit prononcée ou demandée dans un certain délai après le décès. Seulement ce délai n'est pas le même dans toutes les législations : il est de deux ans (4), d'un an (5), de six mois (6) ou de trois mois (7).

(1) V. nos 82 et suiv.

(2) Les tribunaux civils qui, ainsi qu'il sera expliqué plus loin (nos 187 et suiv.), s'attribuent le droit de constater l'état de faillite en l'absence de toute déclaration émanant d'un tribunal de commerce, admettent que cette constatation ne peut être faite que dans des circonstances où une déclaration de faillite serait possible; ils tiennent compte notamment de l'art. 437, al. 3, C. com. : Caen, 15 mai 1854, D. 1854. 2. 443 (l'arrêt repousse la demande d'un créancier voulant, plus d'un an après la mort de son débiteur, faire restreindre l'hypothèque légale de la femme conformément à l'art. 563, C. com.); Grenoble, 15 déc. 1845, D. 1845. 4. 271. — V. *en sens contraire*, Rép. Dall., vº *Faillite*, nº 1081.

(3) Bravard et Demangeat, V, p. 34.

(4) Code de commerce *portugais*, art. 693.

(5) Codes de commerce *italien*, art. 690, al. 2; *roumain*, art. 703, alin. 2; *chilien*, art. 1343; *mexicain*, art. 946; loi *brésilienne* de 1890, art. 10.

(6) Loi *belge*, combinaison des art. 437, al. 3, et 442 (Namur, III, nº 1591). Code de commerce *argentin*, art. 1382.

(7) Code de commerce *hollandais*, art. 767 (abrogé par la loi du 30 septembre 1893 sur *la faillite et le sursis de paiement*).

Dans les pays où la faillite n'est pas restreinte aux commerçants, il n'y a pas de délai pour la déclaration de faillite après le décès d'une personne. Cela tient sans doute à ce que la succession elle-même peut être déclarée en faillite (1). Pendant longtemps, en Angleterre, les règles de la faillite étaient inapplicables au cas où le débiteur était mort. L'article 125 de la loi de 1883 a consacré une règle contraire. Toutefois on ne dit pas alors qu'il y a déclaration de faillite, mais bien que le patrimoine du *de cujus* est administré conformément aux dispositions régissant les faillites (*administration of the estate of the deceased debtor according to the law of bankruptcy*).

72. *Faillite après cessation de commerce.* — Un individu qui n'est plus commerçant, mais qui, lorsqu'il l'était, avait cessé ses paiements, peut-il être déclaré en faillite? L'affirmative ne saurait faire de doute depuis la loi de 1838 ; on peut argumenter *a fortiori* de ce qui a été décidé pour le cas de décès ; aussi la jurisprudence et la doctrine admettent-elles cette opinion sans difficulté (2). Il faut, bien entendu, que la cessation des paiements ait été antérieure à l'abandon du commerce et il ne suffit pas qu'on invoque une dette commerciale contractée pendant l'exercice du commerce (3). Si, lors de sa retraite des affaires, le commerçant payait régulièrement, si c'est par suite de fautes ou de malheurs postérieurs qu'il ne peut plus payer, il ne saurait être déclaré en faillite, puisqu'il n'y a pas alors coexistence des deux éléments exigés par

(1) V. notamment Kohler, p. 70 et suiv.

(2) Angers, 19 mai 1869, D. 1869. 2. 240.

(3) Cass. 18 juin 1872, D. 1873. 1. 108; S. 1872. 1. 298; *J. Pal.*, 1872; Cass. 6 juin 1885, S. 1887. 1. 140; *J. Pal.*, 1887. 1. 313; Cass. 27 juin 1887, *Journ. des faillites*, 1887, p. 344; S. 1887. 1. 368; *J. Pal.*, 1887. 1. 906; D. 1888. 1. 136; Paris, 21 mars 1891, *Journ. des faillites*, 1891, p. 349. V. au contraire, Limoges, 31 janv. 1858. D. 1858. 2. 33 et S. 1858. 2. 90 : l'arrêt pose en principe que la qualité de commerçant en laquelle des engagements ont été contractés et les conséquences de droit qui en résultent en faveur des tiers, durent aussi longtemps que les engagements n'ont pas été éteints par un des modes d'extinction déterminés par la loi; autrement, dit-il, si l'on reconnaissait à tout commerçant la faculté de se soustraire à la mise en faillite par la seule cessation de son commerce avant toutes poursuites, on arriverait à faciliter les actes entachés de la mauvaise foi la plus insigne. V. Paris, 24 juin 1864, D. 1864. 2. 176; S. 1864. 2. 156. V. ce qui est dit pour le cas de fraude dans la suite du texte.

la loi : un commerçant ayant cessé ses paiements (1). Mais il va de soi que le cas de fraude doit être écarté ; un commerçant qui se retire dans la prévision d'une chute prochaine et inévitable, ne peut se mettre à l'abri d'une déclaration de faillite (2).

La loi n'a pas, du reste, fixé le délai dans lequel la déclaration de faillite doit avoir lieu après la cessation du commerce, comme elle a fixé celui dans lequel la faillite peut être déclarée après le décès d'un commerçant. Aussi la déclaration de faillite est-elle possible sans aucune limitation de temps après la cessation de commerce d'une personne qui était en état de cessation de paiements au moment où elle a perdu la qualité de commerçant.

72 *bis*. Droit étranger. — Beaucoup de lois étrangères admettent expressément la déclaration de faillite après la cessation de commerce et indiquent dans quel délai après celle-ci cette déclaration doit être prononcée. Ce délai varie nécessairement (3) ; il est parfois plus long que celui qui est fixé en cas de décès (4). En outre, il y a des pays où la cessation de paiements, même postérieure à la retraite du commerçant, peut entraîner la faillite, pourvu que la cessation de paiements ait eu lieu dans un certain délai après cette retraite (5). Il va de soi que les questions relatives à la faillite après cessation de commerce ne sont à résoudre que dans les pays où la faillite est restreinte aux commerçants.

SECTION II.

Du jugement déclaratif de faillite.

73. La déclaration de faillite est prononcée par un jugement

(1) Lyon, 2 mars 1878, D. 1873. 2. 70; Cass. 4 fév. 1885, *Journ. des faillites*, 1885, p. 101; D. 1885. 1. 259; Paris, 27 mai 1889, *Journ. des faillites*, 1889, p. 370; Rennes, 21 avr. 1894, *Journ. des faillites*, 1894, p. 430.

(2) Angers, 14 déc. 1875, D. 1876. 2. 196.

(3) *Six mois*, d'après la loi *belge* (Comb. art. 437, al. 2, et art. 442, al. 3); le Code de commerce *argentin*, art. 1383; *deux ans*, d'après la loi *brésilienne* de 1890, art. 10; *cinq ans*, d'après les Codes de commerce *italien*, art. 690; *roumain*, art. 703; *mexicain*, art. 946.

(4) Cpr. ce qui est dit des délais de la déclaration de faillite après décès aux notes 4-7, de la p. 61.

(5) Les Codes de commerce *italien*, art. 690; *roumain*, art. 703; *mexicain*, article 946, admettent qu'il suffit que la cessation des paiements se soit produite dans l'année qui a suivi la retraite du commerçant.

qui a une importance considérable à raison de ce que les effets de la faillite s'y rattachent et ne peuvent même, selon une opinion que nous soutenons plus loin (n^cs 187 et suiv.), dériver que de lui. Les principales questions que présente à examiner le jugement déclaratif de faillite, sont les suivantes :

A. *Quel est le tribunal compétent pour déclarer la faillite?* — B. *Comment le tribunal est-il amené à statuer sur la question de la déclaration de faillite?* — C. *Quel est le caractère du jugement déclaratif et quelles dispositions contient-il?* — D. *Comment ce jugement est-il publié et exécuté?* — E. *De quelles voies de recours est-il susceptible?*

Ces questions seront étudiées dans l'ordre même où elles viennent d'être posées.

A. — DU TRIBUNAL COMPÉTENT POUR DÉCLARER LA FAILLITE.

74. Il faut distinguer, comme en toute matière, la compétence absolue ou *ratione materiæ* et la compétence relative ou *ratione personæ*.

75. Les tribunaux de commerce sont seuls compétents pour déclarer la faillite (1). L'art. 440, C. com., dispose : *la faillite est déclarée par jugement du tribunal de commerce,* et l'art. 635 : *les tribunaux de commerce connaîtront de tout ce qui concerne les faillites* (2). Cette compétence semble toute naturelle. Il s'agit de l'événement le plus grave de la vie commerciale et, du moment qu'il y a des juges spéciaux chargés de statuer sur les affaires commerciales, on ne conçoit guère que les questions relatives aux faillites ne rentrent pas dans leurs attributions. Notamment en ce qui touche la déclaration de faillite, des commerçants peuvent mieux que d'autres apprécier la situation du débiteur, le caractère des refus de paiements et les conséquences qu'ils ont pu avoir pour son crédit. Cependant quelques auteurs ont exprimé des regrets à

(1) V. pour l'ancien Droit ci-dessus, n° 10.

(2) L'art. 635, C. com., a une portée bien plus large que l'art. 440 : le premier de ces articles s'applique à des contestations qui ne se confondent pas avec la déclaration de faillite, mais qui sont nées de la faillite. — V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 366.

ce sujet; ils auraient voulu que tout ce qui est relatif aux faillites fût remis aux juges ordinaires. Par la force des choses, disent-ils, les juges consulaires ne peuvent assurer la répression des fraudes comme le feraient les juges civils; ils ont le plus souvent des liens nombreux avec leurs justiciables. En outre, ils ne peuvent donner à ces affaires, fréquemment difficiles et compliquées, tout le soin qu'elles comportent, c'est ce qui explique la lenteur des procédures de faillites et les plaintes qu'elles soulèvent. Tout au moins, faudrait-il exiger l'intervention du ministère public (1).

On a fait remarquer avec raison que ces reproches ont une portée très générale; ils s'attaquent à l'existence même d'une juridiction propre au commerce (2).

75 *bis*. Droit étranger. — La compétence appartient aussi aux tribunaux de commerce dans quelques-uns des pays où il en existe (3). Dans les pays où il n'existe pas de juridiction commerciale, la compétence est attribuée, soit aux tribunaux civils ordinaires (4), soit à une juridiction spéciale (5). Dans quelques États où la faillite est commune aux commerçants et aux non-commer-

(1) V. Bédarride, I, n° 5; Thaller, *Des faillites en droit comparé*, n° 155, p. 161 et suiv.

(2) Demangeat sur Bravard, V, p. 39, note 1.

(3) L. *belge*, du 25 mai 1876, *contenant le titre I du livre préliminaire du Code de procédure civile*, art. 12 4°; Code de commerce *roumain*, art. 882 8°.

(4) Il en est ainsi en *Hollande* et en *Italie* depuis la suppression des tribunaux de commerce en 1883; antérieurement, la compétence commerciale était admise (Code de commerce *italien* 1865, art. 685).

(5) En *Allemagne*, la compétence appartient pour les faillites des commerçants et des non-commerçants à l'*Amtsrichter*, juge unique qui, avec des attributions beaucoup plus étendues, correspond au juge de paix. V. *Konkursordnung*, art. 64. En *Angleterre*, avant 1888, la compétence appartenait à une cour spéciale, *Court of Bankruptcy*, pour Londres, et aux cours de comté pour le reste de l'Angeterre, sauf appel à la première de ces cours. La loi de 1883 a absorbé la *Bankruptcy Court* dans la Haute Cour. Le Lord chancelier fixe le magistrat de celle-ci dont relèvent les affaires de faillite. Près de la cour composée ainsi d'un seul juge, est un *registrar*, qui remplit beaucoup des fonctions attribuées par la loi à la cour. Dans les provinces, la compétence appartient aux cours de comté, à l'exception de celles que le Lord chancelier exclut. Le ressort de ces cours de comté est annexé à celui de la Haute Cour ou d'une cour de comté voisine (art. 92 à 94). V. *Loi anglaise de 1883 sur la faillite*, traduite et annotée par Ch. Lyon-Caen, p. 82 et suiv.

çants, le tribunal compétent varie selon la profession du failli (1-2).

76. Quel est parmi les tribunaux de commerce le tribunal compétent pour déclarer la faillite ?

Le raisonnement conduit naturellement à dire que ce doit être le tribunal du domicile du failli. La mesure à prendre touche à l'état du failli, elle entraîne pour lui de véritables incapacités. Puis il s'agit d'apprécier la situation du débiteur dans son ensemble, d'organiser une procédure embrassant tout le patrimoine, d'examiner les actes qui ont pu l'augmenter ou le diminuer; c'est au domicile, au lieu du principal établissement, que se trouveront à la fois les éléments d'appréciation pour rendre la décision et les facilités pour l'exécuter. Ce raisonnement est confirmé par la disposition de l'art. 438, al. 1, d'après laquelle c'est au greffe du tribunal de commerce de son domicile que le commerçant doit déclarer sa cessation de paiements pour que le tribunal prononce la faillite, cbn. art. 440; aj. art. 59, al. 7, C. pr. (3). Au reste, la loi du 4 mars 1889 (art. 2) parle expressément, pour la mise en liquidation judiciaire, du tribunal du domicile du débiteur. Si donc un commerçant a plusieurs établissements commerciaux ou industriels, le tribunal compétent est celui dans le ressort duquel est le principal établissement, Cf. art. 102, C. civ. (4). Si un commerçant a une

(1) En *Autriche* et en *Hongrie*, la compétence est dévolue aux tribunaux de commerce ou aux tribunaux civils, selon que le débiteur est commerçant ou non. L. *autrichienne*, art. 53 et 193.

(2) En *Suisse*, malgré l'existence d'une loi fédérale sur les faillites, il n'y a pas de règle unique pour toute la Confédération : à défaut d'organisation judiciaire uniforme, les lois de chaque canton déterminent la juridiction compétente. (Loi *suisse* sur la poursuite pour dettes et la faillite, art. 22). Mais il faut tenir compte de ce que le tribunal fédéral est appelé à connaître des recours formés contre les décisions des tribunaux cantonaux sur des questions relatives à l'application des lois fédérales. V. *Traité de Droit commercial*, I, p. 316.

(3-4) Ch. req. 21 déc. 1875, S. 1877. 1. 341; 12 déc. 1877, S. 1878. 1. 18 (application des règles ordinaires sur la détermination du domicile); 28 avr. 1880, D. 1880. 1. 328; Cass. 13 juin 1887, S. 1887. 1. 376; *J. Pal.*, 1887. 1. 921; Cass. 9 mai 1888, S. 1888. 1. 320; *J. Pal.*, 1888. 1. 773. La question se présente souvent pour les grandes sociétés par actions qui ont des établissements divers; on recherche quel est en fait le principal établissement sans se préoccuper du *domicile social*, tel qu'il est fixé par les statuts : Ch. req. 13 mars 1865, D. 1865, 1. 228 et S. 1865. 1. 115; Ch. req. 16 mars 1874, S. 1875. 1. 51; Ch. req. 11 août 1884, *Journ. des faillites*, 1884, p. 501. V. du reste le chapitre VIII.

résidence personnelle distincte de son domicile commercial, le tribunal compétent est celui de ce domicile (1); par suite, il n'y a pas à tenir compte non plus du domicile politique qui peut être distinct du domicile commercial (2).

77. Il peut arriver, bien que cela soit rare, qu'un commerçant n'ait pas un véritable domicile, c'est ce qui se produit pour le directeur d'un cirque ambulant (3) ou pour un colporteur (4). On se conforme alors à l'esprit de la loi et on satisfait aux nécessités pratiques en admettant que la faillite peut être déclarée là où se sont produits les embarras financiers, où sont les principaux éléments de l'actif, les principaux créanciers. Il serait déraisonnable de s'attacher au domicile d'origine; cela pourrait engendrer de grandes complications et serait en contradiction avec l'esprit de la loi.

78. Quand une femme a été autorisée à faire le commerce, elle peut avoir un domicile distinct de celui de son mari, tout au moins pour l'exercice de sa profession (5) et, par suite, c'est le tribunal de ce dernier domicile, à l'exclusion de celui du domicile du mari, qui est compétent pour déclarer la faillite (6).

79. Il peut s'écouler un temps plus ou moins long depuis la cessation des paiements jusqu'au moment où il s'agit de déclarer la faillite et le domicile du commerçant peut changer dans cet intervalle. La compétence du tribunal doit-elle être déterminée par le domicile qu'avait le débiteur lorsque s'est produite la cessation de paiements ou par le domicile qu'il a actuellement? En principe, c'est au domicile actuel qu'il faut s'attacher; la compétence doit être déterminée par les faits, tels qu'ils existent au moment où il s'agit de statuer. Un individu, dont les affaires étaient assez embarrassées pour motiver une déclaration de faillite, transporte son

(1) Cpr. Paris, 10 nov. 1884, *Le Droit*, nº du 14 nov. 1884; *Journ. des faillites*, 1884, p. 268.

(2) Nancy, 18 déc. 1869, D. 1870. 2. 55.

(3) Nancy, 1er déc. 1874, S. 1875. 2. 237; *J. Pal.*, 1875. 961; Cass. 13 juin 1887, *Journ. des faillites*, 1887, p. 249; D. 1888. 1. 272.

(4) Bordeaux, 20 nov. 1866, S. 1867. 2. 229; *J. Pal.*, 1867. 835; D. 1868. 2. 21.

(5) V. sur la question, *Traité de Droit commercial*, I, nº 256.

(6) Cass. 12 juin 1883, S. 1884. 1. 257; *J. Pal.*, 1884. 1. 641 (note de A. Esmein); D. 1883. 1. 281. — *Revue crit. de législ. et de jurispr.*, 1888, p. 314 et suiv. Examen doctrinal de jurisprudence, par Ch. Lyon-Caen.

établissement ailleurs dans l'espoir d'améliorer sa position; il peut continuer ainsi quelque temps et, si l'on en arrive à une déclaration de faillite, il est bien naturel que ce soit le tribunal du nouveau domicile qui la prononce et non le tribunal de l'ancien. Mais il faut réserver, pour donner une solution différente, le cas où le commerçant aurait agi dans une intention frauduleuse et où, sous le coup d'une faillite imminente, il aurait voulu soustraire sa situation à l'appréciation des juges qui le connaissent (1).

Ces solutions trouvent leur application au cas où un ancien commerçant est déclaré en faillite après la cessation de son commerce. Le tribunal compétent est celui de son domicile actuel qui n'a aucun caractère commercial.

79 *bis*. DROIT ÉTRANGER. — L'attribution de compétence faite au tribunal du domicile du débiteur est tellement rationnelle, qu'elle est généralement consacrée par les différentes législations. V. loi *belge* du 25 mars 1876, art. 39 et 49; Codes de commerce *hollandais* de 1838, art. 765 et 766; *italien*, art. 685; *roumain*, art. 698; la même solution est donnée par les lois *allemande* (2) et *autrichienne* (3). D'après la loi *anglaise* de 1883 (art. 95), la Cour compétente est celle dans le ressort de laquelle le débiteur a résidé ou a fait ses affaires pendant la majeure partie des six mois qui ont précédé la demande.

80. De la compétence exclusive du tribunal du domicile pour statuer sur la déclaration de la faillite résulte que, pour le même

(1) Alauzet, VI, n° 2429; Dict. de Couder, *h. v°*, n° 71; Camberlin, *Manuel des trib. de comm.*, p. 374 (arrêts cités). Renouard, I, p. 255, dit sans explication que la faillite doit être déclarée là où s'est produite la cessation des paiements; Bédarride, I, n° 52. Cf. Ch. req. 31 mai 1870, D. 1872. 5. 241 (la Cour pose le principe de la compétence du tribunal du lieu où s'est produite la cessation des paiements, mais dans l'espèce ce tribunal était celui du domicile actuel); Caen, 28 mars 1882, *Journ. des faillites*, 1882, p. 496 (cet arrêt dit qu'il ne peut dépendre du failli de soustraire les opérations de son commerce au juge du lieu où elles se sont produites, ce qui implique une pensée de fraude; dans l'espèce, la faillite avait suivi de quelques jours la double déclaration faite conformément à l'art. 104, C. civ., et avait été prononcée simultanément à l'ancien et au nouveau domicile). V. Cass. 30 mars 1893, *Journ. des faillites*, 1893, p. 337.

(2) Loi *allemande* sur la faillite, art. 64, et Code de procédure civile *allemand*, art. 13.

(3) Loi *autrichienne* sur la faillite, art. 58.

individu, il ne peut y avoir en France (1) qu'une déclaration de faillite et qu'une procédure de faillite. Une personne ne peut, en effet, avoir qu'un domicile (2). Non seulement cette solution se déduit logiquement des principes, mais elle est raisonnable en elle-même et conforme aux besoins de la pratique. La faillite est organisée notamment pour substituer une procédure unique aux diverses procédures que pourraient engager les créanciers et pour assurer l'application de règles uniformes aux intérêts en conflit. Ces résultats seraient compromis par la coexistence de plusieurs faillites qui, outre l'aggravation de frais qu'elle entraînerait forcément, ferait presque toujours naître d'inextricables complications, sans compter les contrariétés de jugements qu'elle provoquerait. Aussi, quand le commerçant a plusieurs établissements commerciaux ou industriels, il faut rechercher quel est le principal, parce que c'est là seulement que la faillite peut être déclarée (3). Si, en fait, plusieurs tribunaux ont déclaré la faillite d'un même commerçant (individu ou société), il y a lieu de procéder par voie de règlement de juges, conformément à l'art. 363, C. pr., ou de faire réformer pour incompétence le jugement rendu par le tribunal dans le ressort duquel le failli n'avait pas son domicile (4).

81. Ce principe de l'unité de la faillite est admis sans difficulté quand il n'y a qu'une exploitation commerciale ou industrielle fonctionnant au moyen de magasins ou d'usines situés en diverses localités, de telle sorte qu'il ne serait pas possible de scinder les opérations pour en attribuer une partie à tel tribunal et une partie à tel autre (5). Mais la jurisprudence admet qu'il peut y avoir plu-

(1) Nous aurons à examiner dans le chapitre IX consacré aux conflits de lois en matière de faillite, s'il peut y avoir une faillite déclarée à la fois à l'étranger et en France.

(2) V. Demolombe, *Cours de Code civil*, n° 347.

(3) V. Douai, 7 juin 1859, S. 1860. 2. 84 (l'arrêt fait très bien ressortir les inconvénients et les embarras pouvant résulter de la coexistence, à l'occasion de la même faillite, de deux administrations indépendantes l'une de l'autre); Rouen, 11 juill. 1874, S. 1875. 2. 236.

(4) V. notamment, Ch. req. 29 juin et 21 juill. 1875, S. 1875. 1. 358; 9 août 1881, D. 1882. 1. 408 (il s'agissait d'une société qui avait son siège social dans un arrondissement et son usine d'exploitation dans un autre).

(5) La jurisprudence a appliqué cette idée au cas où un commerçant avait une

sieurs faillites prononcées séparément et fonctionnant simultanément pour la même personne, quand les exploitations peuvent être distinguées les unes des autres. « Aucune disposition du Code de « commerce ne s'oppose à ce qu'un même commerçant devienne « l'objet d'une double déclaration de faillite dans deux endroits « différents et pour des opérations de commerce distinctes, sauf à « la justice à régler ultérieurement, dans l'intérêt des créanciers et « du failli, le mode à suivre pour l'administration des biens et le « règlement des faillites ainsi déclarées (1). »

Selon nous, au contraire, les dispositions du Code de commerce, et même celles du Code civil et du Code de procédure, contredisent la solution ainsi présentée. Le Code de commerce ne parle que du tribunal du domicile et suppose toujours un seul tribunal compétent. Aux raisons données pour motiver l'unité de la faillite (n° 80), il faut ajouter que la faillite concerne à la fois le failli et son patrimoine. « Il n'y a qu'un failli; c'est lui, c'est sa personne qu'on « déclare en faillite, il ne peut y avoir qu'une seule déclaration de « faillite, qu'un seul tribunal chargé d'en connaître (2). » Le patrimoine est un et sert également de gage aux créanciers; c'est ce pa-

maison principale dans une colonie française et une succursale en France : Ch. req. 18 août 1841, Rép. Dall., *h. v°*, n° 79. La faillite ne peut être prononcée par le tribunal du lieu de la succursale et les créanciers doivent être renvoyés pour la déclaration de faillite et ses suites devant les juges de la colonie. « Quand il n'y a qu'une maison de commerce, il ne peut y avoir qu'une faillite. » — Donnerait-on la même règle au cas où la maison principale serait située *à l'étranger* ? Nous examinerons la question dans le chapitre IX consacré aux conflits de lois en matière de faillite.

(1) Ch. req. 23 août 1853, D. 1855. 1. 59 et S. 1855. 1. 829. (Il s'agissait dans l'espèce d'un individu qui était membre d'une société en nom collectif et qui faisait en même temps pour son compte personnel le commerce dans une localité différente; c'est dans une espèce du même genre qu'a été rendu l'arrêt de Douai cité plus haut, note 3, p. 69); Ch. req. 21 déc. 1875, S. 1877. 1. 341 (deux associés de fait, ayant été déclarés en faillite dans deux endroits, la Cour suprême, statuant par voie de règlement de juges, recherche si l'on peut dire qu'il y avait vraiment des opérations distinctes; elle constate que non, que les opérations faites dans la seconde localité se rattachent, par le lien le plus étroit, aux opérations qui avaient motivé déjà une première déclaration de faillite ; celle-ci doit donc subsister seule). V. aussi Paris, 21 avr. 1893, *Journ. des faillites*, 1895, p. 345. — Alauzet, VI, n° 2430; Namur, n° 1605. Ils reproduisent la formule de la jurisprudence indiquée au texte.

(2) Bravard et Demangeat, V, p. 43.

trimoine, tel qu'il se comporte et tel qu'il se comportera (art. 443, C. com.), qu'il s'agit d'administrer et de liquider, ce ne sont pas tels ou tels biens déterminés. La loi a bien songé au cas où le commerce serait exploité en plusieurs endroits (art. 438, al. 3 et art. 442), mais elle n'a pas pour cela fait allusion à plusieurs déclarations de faillite. Il y aurait eu bien des points importants à trancher si la loi avait admis le système qu'on lui attribue. Ainsi, l'on ne sait pas comment, avec plusieurs déclarations de faillite, s'appliquent les art. 59, al. 7, C. proc. civ., et 635, C. com., qui attribuent compétence au tribunal de la faillite pour toutes les contestations nées de celle-ci, lorsqu'il s'agit d'un procès ne se rattachant pas plus à une exploitation qu'à une autre. On n'aperçoit pas non plus quel est le syndic qui peut agir ou celui qui doit être actionné. Ainsi, quand la faillite d'une personne a été prononcée par le tribunal compétent, tant que ce jugement produit ses effets, il ne peut y avoir une nouvelle déclaration de faillite pour la même personne; elle ferait double emploi. Il en est du moins ainsi, tant qu'une première faillite n'est pas terminée. Il faut donc observer la règle *faillite sur faillite ne vaut* (1).

Les circonstances de fait, dans lesquelles se présente ordinairement la question, ne fournissent aucun argument décisif contre la solution qui, suivant nous, dérive des principes généraux du droit. Voici ces circonstances : un individu a été déclaré en faillite; la procédure se poursuivant ou étant close pour insuffisance d'actif, le failli se transporte ailleurs et y exerce un commerce qui ne réussit pas mieux que le premier. Les créanciers, avec lesquels il a ainsi traité en second lieu, peuvent-ils le faire déclarer en faillite? La jurisprudence admet l'affirmative, en disant qu'il y a là deux masses absolument distinctes dont les intérêts peuvent être réglés par deux tribunaux différents (2). A cette situation s'appliquent exactement

(1) V. surtout en ce sens une note de M. Beudant, D. 1868. 2. 113 ; Boistel, n° 899 ; Bravard et Demangeat, V, p. 43 et 689.

(2) Paris, 30 août 1867, D. 1868. 2. 113 et S. 1868. 2. 349 (Ce jugement, dont l'arrêt adopte les motifs, dit que, le jugement de clôture n'ayant pas été rapporté, la première faillite était inexistante, ce qui est un point de vue certainement inexact); Lyon, 12 juill. 1869, D. 1870. 2. 10 ; Ch. req. 8 mai 1878, D. 1879. 1. 101 et S. 1878. 1. 309 ; Caen, 29 mai 1882, *Journ. des faillites*, 1882, p. 279 (l'arrêt dit qu'il faut rejeter le prétendu adage *faillite sur faillite ne vaut*). V. aussi trib. civ. Senlis, 16 janv. 1883, *Journ. des faillites*, 1883, p. 371.

les arguments qui nous ont déterminés; la faillite, même close pour insuffisance d'actif, subsiste toujours et continue à produire ses effets, sauf en ce qui touche l'exercice des poursuites individuelles (art. 527, C. com.); la jurisprudence l'admet. Les droits qu'on peut reconnaître aux créanciers qui ont traité à l'occasion du nouveau commerce sur l'actif provenant de ce commerce, peuvent être aussi bien sauvegardés, qu'il y ait une seule procédure de faillite ou qu'il y en ait deux.

Les décisions de la jurisprudence sont ainsi toutes relatives au cas où il s'agit de déclarer en faillite un individu qui est encore dans les liens d'une faillite précédemment déclarée. Mais les motifs qu'elles allèguent sont très généraux et pourraient s'appliquer à d'autres cas. Ainsi, il n'est pas rare qu'un individu fasse simultanément deux commerces tout à fait différents, par exemple qu'il exploite une maison de banque dans une localité et une usine dans une autre; il serait logique de décider, avec le système consacré par la jurisprudence, qu'il peut être en même temps déclaré en faillite dans les deux endroits par des jugements distincts.

81 *bis*. DROIT ÉTRANGER. — La règle *faillite sur faillite ne vaut* n'est pas admise en Allemagne. Cela tient à ce que, dans ce pays, la faillite n'a d'effet que pour les biens qu'a le débiteur au moment où elle est déclarée. Les biens acquis par lui après le jugement déclaratif, ne sont pas compris dans l'actif dont le failli est dessaisi au profit de ses créanciers antérieurs; les créanciers postérieurs au jugement peuvent faire déclarer une seconde faillite dont l'actif comprend les biens acquis après le premier jugement déclaratif (1). Mais la diversité des exploitations d'un débiteur n'est pas considérée en Allemagne comme pouvant motiver plusieurs déclarations de faillite (2).

B. — COMMENT LE TRIBUNAL EST-IL APPELÉ A STATUER SUR LA QUESTION DE LA DÉCLARATION DE FAILLITE ?

82. D'après l'art. 440, la faillite est déclarée par jugement du tri-

(1) Loi *allemande* sur la faillite, art. 11. — V. Kohler, *op. cit.*, p. 76 et 77.
(2) V. Kohler, *op. cit.*, p. 79 et 80.

bunal de commerce rendu, soit sur la *déclaration du failli*, soit à la *requête d'un ou de plusieurs créanciers*, soit *d'office*. Ainsi, le tribunal peut être saisi de l'affaire par le commerçant lui-même ou par ses créanciers ; il peut aussi se saisir lui-même, contrairement aux règles ordinaires. La déclaration de faillite a donc lieu de trois manières : 1° sur l'aveu du débiteur (on dit parfois *sur dépôt de bilan*, pour un motif indiqué plus loin, n° 84) ; 2° sur la demande des créanciers ; 3° d'office. — Chacun de ces cas doit être examiné à part.

82 *bis*. 1° *Faillite prononcée sur l'aveu du failli*. — Le législateur a pensé que, dès que la situation d'un commerçant est embarrassée, il est de l'intérêt général que des mesures soient prises pour assurer la conservation de l'actif et sa répartition égale entre les créanciers. Aussi impose-t-il au débiteur le devoir de faire connaître sa position à bref délai (1) : *tout failli sera tenu, dans les quinze jours de la cessation de ses paiements, d'en faire la déclaration au greffe du tribunal de commerce* (2) *de son domicile. Le jour de la cessation des paiements sera compris dans les quinze jours*, art. 438, al. 1. Le délai a été fixé à quinze jours par la loi du 4 mars 1889 ; d'après le Code de commerce, il était de trois jours seulement (3).

Il peut se faire que le débiteur se trompe au sujet de son domicile ou qu'intentionnellement il fasse la déclaration ailleurs qu'au lieu où il a son principal établissement. Il ne dépend pas de lui de choisir tel tribunal plutôt que tel autre ; l'incompétence du tribunal au greffe duquel la cessation des paiements a été déclarée, peut être reconnue d'office par le tribunal (4) ou sur la demande des intéressés agissant par voie d'opposition ou d'appel. L'incompétence en pareil cas intéresse la masse des créanciers, la bonne administration de la justice et même la police judiciaire.

83. C'est donc, conformément à ce qui a été expliqué plus haut

(1) Renouard (sur l'art. 348, alin. 1) dit qu'il y a là un devoir moral autant que légal : du moment que le débiteur ne peut satisfaire tous ses créanciers, le préjudice doit être supporté par eux dans une égale proportion, le mal doit être dévoilé aussitôt qu'on le connait de peur qu'il n'empire.

(2) Ou du tribunal civil qui remplit les fonctions de tribunal de commerce.

(3) V. sur la statistique des déclarations de faillite prononcées sur l'aveu du débiteur, ci-après, n° 86 *bis*.

(4) Cpr. Rouen, 11 juill. 1874, S. 1875. 2. 236 ; *J. Pal.*, 1875. 958.

(n° 76), le tribunal du domicile du débiteur qui est appelé à statuer sur l'aveu de celui-ci.

84. La loi veut que le débiteur ne se contente pas de faire connaître qu'il est en état de cessation de paiements, mais qu'il renseigne d'une manière précise sur sa situation et sur les circonstances qui l'ont amenée. *La déclaration du failli devra être accompagnée du dépôt du bilan, ou contenir l'indication des motifs qui empêcheraient le failli de le déposer. Le bilan contiendra l'énumération et l'évaluation de tous les biens mobiliers et immobiliers du débiteur, l'état des dettes actives et passives, le tableau des profits et pertes, le tableau des dépenses; il devra être certifié véritable, daté et signé par le débiteur* (art. 439, C. com.) (1). C'est à raison de cette obligation imposée par la loi au commerçant que *déposer son bilan* est synonyme de déclarer son état de cessation de paiements.

Le mot *bilan* vient du mot italien *bilancio* qui signifie balance. C'est l'état de l'actif et du passif d'une personne, présenté de manière à les comparer et à déterminer de combien l'un dépasse l'autre. La différence forme la balance du compte, c'est-à-dire ce qu'il faut ajouter, soit au passif, soit à l'actif, pour qu'ils s'équilibrent (2).

Le bilan renferme avant tout les éléments de l'actif et du passif (3). Pour l'actif, le débiteur indique les différents biens mobiliers et immobiliers lui appartenant et leur valeur estimative. Pour le passif, il mentionne les noms des créanciers et le montant des créances de chacun d'eux. Le bilan contient, en outre, un tableau des profits et pertes et un tableau des dépenses personnelles du débiteur (art. 439, C. com.).

Le tableau des profits et pertes est destiné à éclairer sur les causes de la faillite; aussi serait-il bon que le failli fît un exposé s'appli-

(1) La loi *belge* (art. 441 2°), les Codes de commerce *italien* (art. 686, al. 2) et *roumain* (art. 699, al. 2), exigent que le failli remette, avec son bilan, ses livres de commerce. V. aussi la loi *hongroise* sur la faillite, art. 244; la loi *autrichienne*, art. 194.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 282. — V. aussi art. 34 de la loi du 24 juill. 1867.

(3) L'Ordonnance de 1673 (titre XI, art. 2) ne parlait que de ces deux éléments du bilan, en disposant : « Ceux qui auront fait faillite seront tenus de donner à « leurs créanciers un état certifié d'eux de tout ce qu'ils possèdent et de tout ce « qu'ils doivent. »

quant à l'ensemble de ses affaires depuis qu'il a entrepris le commerce, de manière qu'on pût apprécier sa conduite d'une manière générale. Au moins devrait-il remonter jusqu'à dix ans en arrière, puisqu'il est obligé de conserver ses livres pendant ce délai (art. 11, C. com.); mais ordinairement les livres sont conservés tant que dure le commerce et dans tous les cas, les inventaires annuels fourniraient les éléments de ce travail rétrospectif du plus grand intérêt pour tout le monde. Il y a, en effet, une appréciation à faire du caractère de la faillite et des circonstances qui l'ont amenée (fautes, spéculations hasardeuses, désordre, cas fortuits, etc.). Les créanciers peuvent-ils avoir confiance dans le failli et dans les promesses qu'il leur fait? La justice n'a-t-elle pas à intervenir pour punir des fautes graves ou des crimes?

Dans cet ordre d'idées, le tableau des dépenses de la maison forme un complément du tableau des profits et pertes, fort important au point de vue moral. Cf. art. 585 1°, C. com.

85. Quoiqu'étant une espèce d'inventaire, le bilan est un acte sous seing privé, dressé par le commerçant lui-même ou au moins certifié véritable (1), daté et signé par lui (art. 439, *in fine*). Quand le bilan n'a pas été déposé par le failli, il est dressé par les syndics (articles 476 et 477, C. com.).

85 *bis*. Dans le silence de la loi, il faut appliquer le principe général d'après lequel il est permis de se faire représenter dans un acte juridique sauf exception formelle et dire que le commerçant peut constituer un mandataire pour dresser, certifier, dater et signer le bilan (2). Ce mandat peut être authenlique ou sous seing privé conformément à l'art. 1985, C. civ. (3). La seule question qui puisse être discutée est

(1) Le projet de Code de commerce disait que le bilan devait être *affirmé;* cela fut retranché par le Conseil d'État. D'après plusieurs auteurs, l'*affirmation* était usitée dans notre ancienne jurisprudence; il n'en est question toutefois, ni dans l'Ordonnance de 1673, ni dans ses commentateurs, Bornier et Jousse. Renouard (I, p. 208) dit qu'on a supprimé avec raison une formalité qui, sans dispenser d'aucune vérification, multiplie inutilement les parjures.

(2) Le Code de 1807 prévoyait l'intervention d'un mandataire en pareil cas (V. anciens art. 472 et 473). Il a été expliqué, dans la discussion de la loi de 1838, que le silence à ce sujet n'impliquait nullement l'intention de déroger au droit commun (Ch. des députés, séance du 2 avril 1838). Cf. Bravard et Demangeat, V, p. 48.

(3) Demangeat sur Bravard, V, p. 48, note 2.

relative à la teneur de ce mandat. Malgré le dissentiment de quelques auteurs (1), nous n'hésitons pas à penser qu'un mandat exprès est nécessaire. D'après l'art. 1988, C. civ.: *le mandat conçu en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. — S'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété, le mandat doit être exprès.* Pour soutenir que le bilan peut être déposé en vertu d'un mandat général, il ne suffit pas d'alléguer qu'il ne s'agit pas d'un acte de propriété. Sans doute le failli n'est pas *exproprié* par suite du jugement déclaratif (n° 205); toutefois la déclaration de faillite ressemble plus par ses effets à un acte de disposition qu'à un acte d'administration. L'extrême gravité de la déclaration du failli qui entraîne la faillite, doit faire exiger un mandat spécial alors qu'on ne rentre évidemment pas dans le cas où la loi admet qu'un mandat conçu en termes généraux suffise (2).

85 *ter*. Mais il ne faudrait pas conclure de cette idée qu'une personne incapable (mineur, femme mariée), dûment habilitée à faire le commerce, ne peut déposer son bilan pour être déclarée en faillite. Il s'agit là, en effet, d'un acte se rattachant à son commerce, et les incapables, devenus régulièrement commerçants, sont aptes à faire, en principe, tous les actes se rattachant à leur profession (3).

86. Le devoir imposé au commerçant de déclarer sa cessation de paiements et de déposer son bilan reçoit plusieurs sanctions.

a. Faute de satisfaire à ce devoir, il *peut* être déclaré banqueroutier simple (art. 586 4°).

b. Le tribunal ne peut affranchir le failli du dépôt ou de la garde de sa personne (toujours admis même depuis la suppression de la contrainte par corps) qu'autant qu'il a obéi aux prescriptions des art. 438 et 439, C. com. (art. 456, C. com.).

Ces sanctions ne suffisent pas, en fait, à déterminer les commerçants à déposer leur bilan. Aussi le législateur a cherché à les pousser à le faire par un nouveau moyen. Le commerçant qui dépose son bilan

(1) Suivant Pardessus (III, n° 1096), le greffier pourrait exiger que la procuration fût notariée, mais il ne donne aucun argument à l'appui de cette opinion.

(2) Pardessus, III, n° 1096; Namur, III, n° 1611; Rép. Dall., *h. v°*, n° 99. — Kohler (p. 90) dit que l'acte du débiteur est un acte de disposition (*Dispositionsakt*).

(3) V. *Traité de Droit commercial*, I, n°s 227, 252 et 253.

dans le délai fixé par la loi, peut obtenir le bénéfice de la liquidation juiciaire. Il est douteux que ce bénéfice puisse être accordé à celui qui laisse expirer ce délai sans faire ce dépôt. En tous les cas, il est certain que le tribunal doit, en général, être moins disposé à le lui accorder. V. art. 2, L. 4 mars 1889.

86 *bis. Statistique.* — Le nombre des faillites déclarées sur dépôt de bilan a constamment diminué depuis la suppression de la contraiute par corps en vertu de la loi du 22 juillet 1867. La raison en est qu'avant cette loi, les commerçants avaient un intérêt qui a disparu à provoquer leur mise en faillite ; par suite de la suspension du droit de poursuite individuelle, ils échappaient à la contrainte par corps (1). De 1841 à 1845, la proportion des faillites ouvertes sur dépôt de bilan était de 59 0/0 ; elle est descendue à 41 0/0 de 1876 à 1880 ; elle a été de 36 0/0 en 1881, de 38 0/0 en 1882, de 39 0/0 en 1883, 1884 et 1886, de 28 0/0 en 1890. Depuis la loi du 4 mars 1889, qui a introduit la liquidation judiciaire, la proportion s'est encore abaissée. Cela s'explique aisément quand on réfléchit que la liquidation judiciaire suppose, en principe, le dépôt préalable du bilan, de telle sorte que, pour savoir le total des cas où celui-ci a été opéré, il faudrait ajouter aux déclarations de faillite sur dépôt de bilan celui des liquidations judiciaires, en déduisant seulement le nombre des liquidations judiciaires admises sur la requête du débiteur, en réponse à une demande de déclaration de faillite des créanciers. V. L. 4 mars 1889, art. 2.

87. La cessation des paiements peut avoir été déterminée par des causes imprévues; de plus, les affaires d'un commerçant peuvent être nombreuses, disséminées (comptoirs en différents endroits, correspondants, etc.). Aussi la loi a visé le cas où, dans le délai très court qu'elle donne pour l'aveu de la cessation des paiements, il ne serait pas possible de dresser le bilan. Elle laisse les juges maîtres d'apprécier les motifs qui ont pu empêcher le débiteur de le déposer (art. 439, *initio*) (2).

88. La loi exige non seulement un bilan, mais un bilan sincère.

(1) V. Garsonnet, *De l'abolition de la contrainte par corps*, p. 87-88.

(2) V. les observations présentées à ce sujet dans la discussion de la loi de 1838. V. Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 98; Bédarride, I, n° 38.

Elle a tâché d'en assurer la sincérité en punissant sévèrement le failli qui dissimule une partie de son actif ou qui se reconnaît frauduleusement débiteur de sommes qu'il ne doit pas. Art. 591, V. aussi article 518, C. com.

Les énonciations du bilan ne sauraient lier les créanciers qui peuvent toujours les contrôler (1); toutes les créances sont soumises à une procédure de vérification et on recherche soigneusement tous les biens qui peuvent appartenir au failli. Mais ces énonciations lient-elles le failli lui-même? On a prétendu qu'elles devaient être assimilées à des *aveux judiciaires* et que l'art. 1356, C. civ., était applicable (2). C'est excessif, il n'y a pas là un aveu fait à la justice dans le sens ordinaire de l'expression et en présentant toutes les garanties. Le failli a pu vouloir énoncer simplement les réclamations qui lui étaient faites ou auxquelles il était exposé, tout en ne renonçant pas au droit de les discuter (3).

Toutefois les énonciations, dont la sincérité ne serait pas contestée, devraient produire les effets d'une reconnaissance, par exemple interrompre la prescription (4). Mais la nature du titre n'est pas modifiée ; il n'y a pas novation. Par suite, s'il s'agit d'un billet à ordre ou d'une lettre de change, la prescription de cinq ans n'est pas remplacée par la preseription de trente ans (5).

(1) Esnault, I, nº 116; Dict. de Couder, vº *Faillite*, nº 110.

(2) Locré, *Esprit du Code de commerce*, III (sur l'ancien art. 471); Esnault, I, nº 119.

(3) Renouard (I, p. 268) dit à ce sujet : « Le bilan du failli est un acte unila-« téral rédigé dans un temps suspect par un homme que le désordre de sa situa-« tion a pu égarer et *qui était, d'ailleurs, dépouillé de la capacité de s'engager « par des reconnaissances.* » Nous ne nous rendons pas compte de la signification du membre de phrase souligné : même après le jugement déclaratif, le failli n'est pas incapable à proprement parler, et ici l'on suppose que le jugement n'est pas encore rendu. De plus, le failli peut se lier et s'obliger personnellement de toute façon, seulement ses actes ne peuvent nuire à ses créanciers, mais il ne s'agit pas ici de l'effet des énonciations à l'égard des créanciers, puisque, comme il est dit au texte, il est certain que ceux-ci ne sauraient être liés par elles.

(4) Renouard, *loc. cit.*; Namur, III, nº 1614; Bordeaux, 24 fév. 1843, Rép. Dall., vº *Prescription*.

(5) Trib. civ. de Bazas, 19 juill. 1893, *Journ. des faillites*, 1894, p. 472. Ce n'est pas une *reconnaissance par acte séparé* dans le sens de l'art. 189, C. com. — V. *Traité de Droit commercial*, IV, nº 440.

89. Quand un commerçant est mort en état de cessation de paiements, ses héritiers peuvent-ils provoquer eux-mêmes la déclaration de faillite par l'aveu de la cessation des paiements et le dépôt du bilan? On décide communément la négative, en disant que les héritiers n'ont aucun intérêt à cette déclaration, puisqu'au moyen de l'acceptation bénéficiaire, ils écartent les conséquences de l'insolvabilité du *de cujus;* on ajoute qu'ils seraient repoussés par le texte même de l'article 437, al. 3, qui suppose une faillite prononcée après décès seulement d'office ou sur la demande des créanciers (1). Le raisonnement n'est pas décisif. Sans doute, les héritiers auraient plutôt avantage à prévenir l'éclat fâcheux d'une faillite ; mais, enfin, chacun est juge de son intérêt. Si les héritiers veulent, au prix de cet éclat, obtenir un concordat qui, moyennant une somme déterminée, leur permettra d'éviter les frais de la vente en justice, de liquider de la manière et à l'époque qui leur paraîtront le plus favorables, pourquoi les en empêcher? L'art. 437, al. 3, n'est pas assez formel pour enlever à des héritiers un droit qu'avait leur auteur (2). On peut, d'ailleurs, en faveur du droit des héritiers de provoquer la faillite, tirer argument de l'art. 2 de la loi du 4 mars 1889, qui les autorise à réclamer le bénéfice de la liquidation judiciaire en révélant l'état de cessation de paiements du défunt. Le droit de demander ce bénéfice ne peut guère se concevoir au profit de celui qui ne peut provoquer la déclaration de faillite.

Mais les héritiers ne sauraient être placés dans une meilleure situation que les créanciers. Aussi doivent-ils certainement, à peine de déchéance, user de la faculté de déposer le bilan dans le délai d'un an à partir du décès du *de cujus*.

Au reste, la question qui vient d'être examinée, ne se pose que lorsque l'héritier n'est pas en même temps créancier du défunt. S'il a cette qualité, il est incontestable qu'il peut demander comme créancier la déclaration de faillite du défunt, alors même qu'on lui refuserait le droit de la demander comme héritier.

(1) Aix, 25 janv. 1890, D. 1890. 2. 329 (note de M. Boistel); S. 1890. 2. 80; *J. Pal.*, 1890. 1. 459. — Alauzet, VI, n° 2422; Demangeat sur Bravard, V, n° 34; Boistel, n° 893; Dict. de Couder, v° *Faillite*, n° 64.

(2) Bédarride, I, n° 25. — Le Code de commerce *chilien* (art. 1344) reconnait expressément ce droit aux héritiers.

90. Le jugement déclaratif suit presque toujours immédiatement le dépôt de bilan : cela se comprend. On peut dire d'une façon générale qu'il n'est pas de preuve plus certaine de la cessation de paiements du débiteur que son propre aveu.

Est-ce à dire que cet aveu doive *nécessairement* entraîner la déclaration de faillite?

Le failli commerçant peut rétracter son aveu et empêcher la déclaration de faillite ; il a pu se tromper dans l'appréciation de sa position ou bien il a pu trouver des ressources qui lui permettent de reprendre ses affaires (1).

Mais, que décider en dehors de ce cas spécial? Il y a, suivant nous, une distinction à faire. On peut certainement soutenir que la faillite ne peut être prononcée parce que le débiteur n'est pas commerçant ; si cela est établi, le tribunal rapportera le jugement déclaratif ou même d'office refusera de déclarer la faillite. S'il s'agit bien d'un commerçant, on est tenté de dire que l'aveu sera toujours conforme à la vérité et que le débiteur ne peut avoir intérêt à déclarer faussement qu'il a cessé ses paiements. Cet intérêt existait avant l'abolition de la contrainte par corps, parce que la faillite, suspendant l'exercice des actions individuelles, permettait au débiteur de se soustraire à cette voie d'exécution rigoureuse. Même depuis 1867, le débiteur peut désirer la faillite pour obtenir de la majorité de ses créanciers un arrangement auquel se refusent certains d'entre eux. Peut-on prétendre, pour déjouer ce calcul, que si le débiteur ne paie pas, c'est parce qu'il ne le veut pas, qu'il a de quoi payer, qu'il n'est donc pas vraiment en état de cessation de paiements? Nous ne le croyons pas. La cessation de paiements d'un commerçant entraîne nécessairement sa faillite ; la meilleure preuve de cet état est l'aveu du débiteur, puisqu'en définitive, il dépend de lui de payer ou de ne pas payer. S'il est prouvé que c'est par mauvais vouloir et par suite d'un calcul frauduleux que le failli a refusé de payer, on tiendra compte de cette constatation quand il s'agira d'apprécier sa conduite et de statuer sur

(1) Pardessus, III, n° 1096; Bédarride, I, n° 57; Boistel, n° 900; Namur, III, n° 1605; Demangeat sur Bravard, V, p. 51, note 1 (il suppose que le débiteur avait eu une intention frauduleuse sur laquelle il revient).

les avantages qu'il se proposait d'obtenir; la minorité ne sera pas désarmée. Des poursuites criminelles pourront avoir lieu si le failli a détourné son actif en tout ou en partie, mais le fait même de la faillite ne nous semble pas pouvoir être contesté. Il semble avoir été entendu dans la discussion de la loi que l'aveu du débiteur entraînerait toujours la faillite (1).

Si, malgré son aveu, le tribunal ne le déclarait pas en faillite, le débiteur pourrait se pourvoir par voie de requête devant la Cour d'appel. Il ne peut procéder autrement, puisqu'il n'a point de contradicteur (2).

90 *bis*. Droit étranger. — Toutes les législations s'accordent à admettre la déclaration de faillite sur l'aveu du débiteur. La législation anglaise ne l'admettait pas; la loi de 1883 (art. 5 et 6) a innové à cet égard. Mais, parmi les lois étrangères, les unes, comme notre Code de commerce, font un devoir au débiteur de provoquer sa déclaration de faillite (3), les autres ne lui imposent aucune obligation de ce genre (4). Les premières diffèrent quant au délai imparti au débiteur pour révéler sa situation (5).

91. 2° *Faillite déclarée à la requête d'un ou de plusieurs créanciers*. — La faculté pour les créanciers de demander la déclaration de faillite de leur débiteur est la sauvegarde naturelle et nécessaire de leurs droits. Souvent le débiteur ne remplit pas le devoir que lui impose la loi; ses créanciers ne peuvent pas être à sa discrétion (6).

(1) Brâvard, V, p. 49-52; Boistel, n° 900.

(2) Namur, III, n° 1617.

(3) Loi *belge*, art. 440; Codes de commerce *italien*, art. 686; *roumain*, art. 699; *portugais*, art. 697; *chilien*, art. 1345; *espagnol*, art. 871 et 889 2°; *chilien*, art. 1345; *argentin*, art. 1389; *mexicain*, art. 955 9°.

(4) Loi *allemande* sur la faillite, art. 95 et 96 (une obligation est admise, toutefois, à titre exceptionnel, dans les sociétés anonymes et dans les sociétés coopératives); loi *anglaise* de 1883. La loi *hongroise* (art. 82 et 244) ne fait une obligation de provoquer sa déclaration de faillite qu'au débiteur commerçant. Il en est de même de la loi *autrichienne* (art. 193).

(5) Le délai de trois jours a été emprunté par un grand nombre de législations au Code de commerce français de 1807. — V. loi *belge*, art. 440; Codes de commerce *hollandais* de 1838, art. 765; *italien*, art. 686; *roumain*, art. 699; *argentin*, art. 1389. La loi *brésilienne* (art. 5) a porté le délai à cinq jours et le Code de commerce *portugais* (art. 697) à dix jours.

(6) Statistique : Le rapport sur l'administration de la justice civile et commerciale de 1821 à 1880 dit qu'on remarque que les créanciers ont pris de

Il s'agit là d'un droit individuel. La demande peut être formée par un seul créancier ou par plusieurs.

En présence des termes généraux du Code (art. 440), il faut admettre que *tout créancier* peut, quel que soit le montant de sa créance (1), provoquer la déclaration de faillite.

Peu importe aussi que les créanciers aient ou non un titre exécutoire.

92. Il n'y a cessation de paiements au sens de la loi que lorsque les dettes en souffrance sont commerciales (n° 62) ; mais le fait s'étant produit peut être invoqué par un créancier, quelle que soit la nature de sa créance, fût-elle civile. Les biens du débiteur sont le gage commun de tous ses créanciers qui courent un égal danger et qui doivent pouvoir également se protéger (2).

93. Le droit appartient aux créanciers même munis de sûretés particulières. Les créanciers privilégiés ou hypothécaires sont bien dans une certaine mesure en dehors de la faillite (Cf. art. 445, C. com.), mais il est rarement certain que le bien qui leur est affecté, suffise à les désintéresser et ils peuvent se trouver en tout ou en partie dans la situation de créanciers chirographaires (3). Dans tous les cas, leur situation privilégiée ne saurait leur être objectée pour leur enlever une faculté de droit commun (4).

plus en plus fréquemment l'initiative de la poursuite, surtout depuis une quinzaine d'années. Cela tient à la suppression de la contrainte par corps en matière civile et commerciale. Cette réforme a supprimé l'intérêt des commerçants à prendre les devants en déposant leur bilan. — V. n° 86 *bis*. De 1861 à 1865, les faillites prononcées à la requête des créanciers forment 35 0/0 du nombre total, de 1876 à 1880, elles se sont élevées à 52 0/0.

(1) La loi anglaise exige que le demandeur (ou les demandeurs réunis) soit créancier de 50 livres sterling au moins. La loi des États-Unis du 22 juin 1874 (*Annuaire de législation étrangère*, 1875, p. 684), actuellement abrogée, ne permettait de demander la faillite qu'aux créanciers formant le quart en nombre et ayant le tiers des créances.

(2) Caen, 5 avr. 1881, S. 1881. 2. 174; *J. Pal.*, 1881. 1. 946.

(3) La loi anglaise de 1883 (art. 6, § 2) suppose expressément que le créancier qui a demandé la déclaration de faillite (*petitioning creditor*) jouit d'une garantie spéciale, est un *secured creditor*. Mais ce créancier doit, dans sa demande, soit déclarer qu'il renonce à sa garantie pour le cas où le débiteur serait déclaré en faillite, soit indiquer la valeur estimative de sa garantie. Dans le dernier cas, il peut être admis comme créancier demandeur jusqu'à concurrence du solde de sa dette, déduction faite de cette valeur estimative, comme s'il était créancier chirographaire.

(4) Aix, 27 nov. 1835, Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 106 (déclaration de faillite demandée

94. La déclaration de faillite est une mesure conservatoire que peut provoquer un créancier à terme ou sous condition suspensive. Cf. article 1180, C. civ. (1).

Pour le créancier à terme, on argumente quelquefois de l'art. 444, C. com., d'après lequel le jugement déclaratif rend exigibles les dettes du failli ; mais l'argument aboutit à mettre l'effet avant la cause. En outre, il n'y aurait pas de raison analogue pour le créancier conditionnel ; le jugement déclaratif ne fait pas disparaître la condition comme le terme (n° 258).

Ce qu'il faut dire, c'est que le créancier ne fait pas valoir seulement le danger que court sa créance, mais le danger commun des divers créanciers, puisqu'il doit établir une situation générale embarrassée ; il ne s'agit pas d'un refus de paiement qui s'adresserait à lui, puisqu'il ne peut rien exiger. Du reste, le tribunal pouvant statuer d'office (n° 108), il n'est pas étonnant que son attention puisse être appelée sur la position du débiteur par un créancier quelconque (2).

95. Des auteurs ont pensé que la déclaration de faillite, très grave en elle-même et par les conséquences qu'elle entraîne, faisant présumer la faute et quelquefois même la fraude du débiteur, ne pouvait être provoquée par les personnes qui ont avec lui d'étroites relations de parenté. En l'absence de texte, cette doctrine doit être repoussée sans hésitation ; elle est arbitraire. Les auteurs qui la pro-

par la régie des douanes) ; Bordeaux, 8 mars 1876, D. 1879. 5. 228 ; S. 1876. 2. 265 ; *J. Pal.*, 1876, 1008 : un créancier hypothécaire avait été déclaré non recevable par le tribunal tant qu'il ne démontrerait pas l'insuffisance de l'hypothèque ; la Cour a réformé. Le tribunal argumentait de ce qu'il s'agissait dans l'espèce d'une hypothèque conventionnelle ; celle-ci constituait, disait-il, un *gage* accepté dont il fallait attendre la liquidation. Il tirait une conséquence exagérée du caractère conventionnel de l'hypothèque. En admettant qu'un créancier puisse renoncer expressément ou tacitement à poursuivre la faillite de son débiteur (n° 97), cette renonciation ne doit pas être admise trop facilement. Ainsi l'on ne saurait l'induire de ce que le créancier a fait ouvrir une contribution sur le produit de la vente d'un bien du débiteur : Paris, 2 fév. 1855, S. 1855. 2. 483.

(1) Renouard, I, p. 270 ; Bravard et Demangeat, V, p. 56-57 ; Alauzet, VI, n° 2442 ; Boistel, n° 900 ; Delamarre et Le Poitvin, VI, p. 31.

(2) La loi *anglaise* de 1883 (art. 6, *c*) le décide ainsi expressément pour les créanciers à terme auxquels la loi antérieure de 1869 refusait le droit de faire déclarer la faillite. Cette modification a une grande importance spécialement à l'égard des porteurs d'effets de commerce.

posent, invoquant des considérations de convenance et de morale publique, se bornent, en général, à dire que les descendants ne peuvent provoquer la faillite de leurs ascendants ni le conjoint celle de son conjoint (1); mais ne serait-il pas également choquant de voir un père provoquer la faillite de son fils? Les lois sur la contrainte par corps, dont on invoque l'esprit, allaient bien plus loin dans les restrictions qu'elles admettaient (2); elles peuvent plutôt fournir un argument *a contrario*, puisqu'il s'agit de supprimer pour certaines personnes une faculté de droit commun. Sous l'empire de la loi de 1838, on ne peut dire que la déclaration de faillite produise une présomption de crime ou de délit. Dans tous les cas, nous ne voyons nulle part qu'un individu soit empêché d'exercer ses droits pécuniaires, parce que cet exercice impliquerait l'idée d'un crime ou d'un délit commis à son détriment par une personne avec laquelle il a un lien de parenté très étroit. Ainsi, dans les cas prévus par l'article 380, C. pén., on n'applique pas la peine du vol, mais la personne volée peut demander réparation pour le fait dont elle a été victime (3).

96. Peut-on objecter au créancier qui demande la déclaration de faillite, qu'il est le seul créancier connu et que la loi, en organisant cette procédure, a toujours eu en vue le cas où il y avait plusieurs créanciers? Quoiqu'on ait jugé l'affirmative (4), la question ne nous paraît pas sérieusement discutable. En refusant le droit d'agir au créancier supposé seul, on restreint arbitrairement la portée de la

(1) Pardessus, III, n° 1099; Renouard sur l'art. 440, n° 5. Namur (III, n° 1622) admet la demande de tout créancier, sauf le cas où, d'après les circonstances, elle impliquerait la violation d'un devoir d'honneur et de respect imposé par la loi.

(2) Lois du 17 avril 1832 (art. 19) et du 13 décembre 1848 (art. 10).

(3) Bravard et Demangeat, V, p. 57; Alauzet, VI, n° 2442; Dict. de Couder, *h. v°*, n° 119. — Le Code de commerce *italien* (art. 687, al. 2) déclare non recevables à demander la déclaration de faillite les descendants, les ascendants et le conjoint du débiteur. — V. aussi Codes de commerce *roumain*, art. 700; *chilien*, art. 1355; *argentin*, art. 1395.

(4) Paris, 30 mai 1838. Cet arrêt décide que la faillite n'a plus de raison d'être quand il n'y a qu'un créancier; celui-ci pouvant agir par les voies ordinaires, à quoi bon le mécanisme compliqué d'une procédure organisée en vue de la conciliation d'intérêts divers? Cette décision a été cassée par l'arrêt cité à la note suivante.

loi; elle a eu en vue moins le nombre des créanciers que la situation du débiteur. Sans doute, la loi a statué en vue du cas le plus fréquent, c'est-à-dire de celui où il y a plusieurs créanciers; mais si, quand il n'y a qu'un créancier, certaines dispositions demeurent sans effet, la procédure n'en sera que plus expéditive et plus simple; elle se conciliera avec la nature de l'affaire, les obligations du débiteur et les droits du créancier (1). Ajoutons que cette solution, conforme au texte général de l'art. 440, C. com., est aussi fort raisonnable. Qu'on se place au point de vue du créancier ou du débiteur, il serait mauvais que la faillite ne pût être réclamée sous le prétexte qu'il n'y a qu'un créancier. D'abord, qu'en sait-on? Les mesures de publicité auxquelles donne lieu la déclaration de faillite feront peut-être surgir d'autres créanciers. De plus, un créancier, fût-il seul, a un intérêt légitime à faire prononcer la faillite; celle-ci entraîne l'annulation d'actes faits par le failli à son détriment (art. 446 et suiv., C. com.). S'il est seul créancier, c'est peut-être parce que les autres créanciers ont été désintéressés avec son argent, ou, tout au moins, à son préjudice. Autrement, il dépendrait du débiteur de faire peser les conséquences de son insolvabilité sur un seul créancier moins exigeant, plus confiant ou moins bien informé que les autres (2).

(1) Ch. civ. c., 6 déc. 1841, Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 75.

(2) Cette opinion est aujourd'hui admise sans difficulté : Paris, 24 juin 1864, D. 1864. 5. 176 et S. 1864. 2. 156; Angers, 14 déc. 1875, D. 1876. 1. 196 (arrêt très net; il dit que ce n'est pas le nombre des créanciers qui donne de l'importance à la procédure des faillites; qu'il y en ait un ou vingt, elle est légitimée par les mêmes motifs et s'appuie sur les mêmes considérations d'ordre public); Trib. civ. de Marseille, 30 sept. 1884, *Journ. de Marseille*, 1884. 1. Nous ne croyons pas que l'on doive considérer comme contraire un arrêt d'Alger du 16 mars 1875, S. 1875. 2. 240; il ne déclare pas la faillite, parce que le refus de payer une seule dette est considéré comme un fait isolé ne pouvant constituer l'impossibilité absolue de payer et l'état de cessation de paiements. Aix, 1er mars 1877, D. 1878. 2. 38; Trib. de commerce de Marseille, 8 juill. 1881 et 30 sept. 1884, *Journ. de Marseille*, 1881. 1. 230; 1884. 1. 29. — Bravard et Demangeat, V, p. 25-26; Bédarride, I, n° 58; Laurin, *Traité de Droit commercial*, n° 954; Delamarre et Le Poitvin, VI, p. 27 et suiv. — D'après la loi *autrichienne* de 1868 (art. 66) et d'après la loi *hongroise* de 1881 (art. 87), il n'y a pas lieu de déclarer la faillite quand il n'y a qu'un créancier. Mais il en est autrement en *Allemagne* (Kohler, *op. cit.*, p. 67 et 68). L'art. 1395, 1er alin. du Code de commerce *argentin* admet expressément que le commerçant qui a un seul créancier, peut être déclaré en faillite. — V. aussi Code de commerce *chilien*, art. 1342.

97. Tout créancier qui a le droit de demander la déclaration de faillite, peut-il valablement renoncer à ce droit? Aucune disposition spéciale ne prohibe cette renonciation et l'on conçoit, par suite, qu'on ait pu en soutenir la validité (1). Mais, selon nous, cette renonciation doit être déclarée nulle; le droit de provoquer la faillite n'est pas accordé à chaque créancier exclusivement dans son intérêt individuel (2). Il en serait autrement si cette renonciation signifiait que le créancier n'exercera aucune poursuite contre son débiteur; il y aurait alors transformation d'une obligation civile en obligation naturelle (3), et celui qui ne peut invoquer qu'une telle obligation à la charge d'un commerçant n'a pas le droit de demander sa déclaration de faillite (n° 92).

Il ne faut pas confondre cette question avec celle de savoir si un créancier peut se désister d'une demande en déclaration de faillite. V. n° 101.

98. On ne saurait reconnaître à d'autres personnes qu'à celles indiquées par la loi le droit de poursuivre la déclaration de faillite. En dehors du débiteur qui doit faire l'aveu de sa situation, les créanciers ont seuls le droit d'agir (art. 440). Ce droit n'appartient donc ni au ministère public (4), ni à un débiteur du prétendu failli (5). Seulement un avis officieux, donné au tribunal par une personne quelconque, peut provoquer, selon les cas, une déclaration de faillite d'office (6).

(1) V. note 4 de la page 82.

(2-3) Kohler, *op. cit.*, p. 88 et 89.

(4) La solution est d'autant moins douteuse qu'un amendement proposant d'ajouter à l'art. 440 *soit sur la demande du ministère public*, a été rejeté par la Chambre des députés (Séance du 9 fév. 1835), Nancy, 21 mars 1874, D. 1875. 2. 37; S. 1874. 2. 173; *J. Pal.*, 1874. 737; Trib. civ. d'Orange, 30 mai 1893, *La Loi*, n° du 3 avril 1894.

(5) Trib. comm. de Lyon, 1er avr. 1882, *Journ. des faillites*, 1882, p. 541 : Le débiteur d'un commerçant poursuivi par les liquidateurs des affaires de celui-ci leur opposait leur défaut de qualité, en disant que le commerçant en question était en état de cessation de paiements et que, par suite, un syndic seul aurait qualité pour agir.

(6) V. ci-après, n° 103. — Il se passe ici quelque chose d'analogue à ce qui a lieu pour les *oppositions au mariage*. La loi énumère limitativement les personnes qui peuvent les former (art. 172-175, C. civ.), mais toute personne peut signaler un empêchement à l'officier de l'état civil qui, sous sa responsabilité, est libre de tenir compte ou de ne pas tenir compte de l'avis. Cf. Demolombe, III, n° 152.

99. Comment les créanciers saisissent-ils le tribunal? Ils peuvent le faire d'abord par une assignation signifiée au débiteur; c'est la voie normale qui sauvegarde pleinement les droits de celui-ci; des objections sérieuses peuvent être faites au demandeur : est-il créancier? le défendeur est-il commerçant? dans tous les cas, y a-t-il cessation de paiements?

Il est admis que les créanciers peuvent aussi procéder autrement, demander la déclaration de faillite par une requête adressée au tribunal de commerce, sans mettre en cause le débiteur (1). Le texte même de l'art. 440 est invoqué à l'appui de cette solution; l'argument serait peut-être insuffisant. Il est vrai que l'art. 440 dit que la faillite est déclarée par jugement rendu *à la requête* d'un ou de plusieurs créanciers. Mais cette expression s'applique aussi bien au jugement provoqué par une assignation qu'au jugement rendu sur requête. Ce qui est décisif, c'est la possibilité qu'a le tribunal de statuer d'office (n° 108); la loi ne regarde donc pas la mise en cause du débiteur comme indispensable. Certes cela est grave et des surprises sont possibles; mais, d'autre part, une assignation donne l'éveil au négociant peu scrupuleux qui peut en profiter pour faire disparaître tout ou partie de son actif. Le tribunal doit être fort circonspect en cette matière; s'il a des doutes, il doit ordonner que le débiteur soit mis en demeure de formuler ses observations (2).

100. Lorsque la demande est formée par voie d'assignation, il faut que le débiteur qui joue le rôle de défendeur, soit capable d'ester en justice. Aussi la demande n'est recevable qu'autant que la femme, marchande publique, est autorisée spécialement à y défendre par son mari ou par justice (art. 215, C. civ.) (3), à moins qu'elle ne soit séparée de corps (art. 311, C. civ., modifié par la loi du 6 février 1893). L'individu pourvu d'un conseil judiciaire, contre

(1) Delamarre et Le Poitvin, VI, p. 27, note 1; Bédarride, I, n° 53. En cas de rejet de la requête par le tribunal, les créanciers peuvent se pourvoir devant la Cour par voie de requête : Besançon, 13 janv. 1845, D. 1846. 4. 280.

(2) La loi *allemande* (art. 47) prescrit au tribunal, en principe, d'entendre le débiteur et de recourir aux moyens nécessaires pour établir la cessation des paiements si le débiteur ne la reconnait pas.

(3) *Traité de Droit commercial*, I, n° 255 (critique de l'art. 215, C. civ.).

lequel la demande est formée, doit être assisté de son conseil (articles 499 et 513, C. civ.) (1). Mais, le mineur commerçant, étant capable d'ester en justice quand il s'agit de procès relatifs à son commerce, n'a pas besoin d'être autorisé ou assisté pour défendre à une demande en déclaration de faillite formée contre lui (2).

101. Le créancier demandeur peut se désister de sa demande. On comprend qu'il se désiste notamment quand il reconnaît s'être trompé sur la situation de son débiteur, quand il a été satisfait par celui-ci ou quand il veut bien lui concéder un terme (3). Mais rien n'empêche le tribunal dessaisi de la demande de déclarer la faillite d'office (n° 108).

102. Le tribunal saisi d'une demande en déclaration de faillite peut rendre trois décisions différentes : *a.* déclarer la faillite, *b.* rejeter la demande, *c.* admettre le débiteur au bénéfice de la liquidation judiciaire, quand celui-ci réclame ce bénéfice en répondant à une assignation en déclaration de faillite. Dans quels cas et à quelles conditions le tribunal accorde-t-il au débiteur ce bénéfice? Cette question à laquelle est relatif l'art. 2 de la loi du 4 mars 1889, sera résolue dans le chapitre VII, consacré à la liquidation judiciaire. Mais il faut immédiatement déterminer quelle est l'étendue des pouvoirs du tribunal au point de vue de la déclaration de faillite ou du rejet de la demande.

103. Cette question est, suivant nous, des plus simples. La qualité de créancier étant constatée chez le demandeur, le tribunal vérifie si le défendeur est commerçant et s'il a cessé ses paiements; ces deux points résolus affirmativement, la déclaration de faillite s'ensuit comme une conséquence nécessaire (4). Le tribunal n'a pas à s'inquiéter des motifs qui ont inspiré le demandeur (5),

(1) Du reste, le prodigue ou le faible d'esprit, ne pouvant devenir commerçant même avec l'assistance de son conseil judiciaire, ne doit pas être déclaré en faillite. V. n° 50.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 227.

(3) La loi *suisse* (art. 167) suppose expressément que le créancier peut retirer sa demande en déclaration de faillite, en décidant qu'il ne peut la renouveler qu'un mois après.

(4) Bordeaux, 5 juill. 1887, *Journ. des faillites*, 1888, p. 488.

(5) V. pourtant Cass, 21 mars 1855, D. 1855. 1. 51, l'espèce avait cela de

des causes qui ont amené la cessation de paiements (1), de l'intérêt que pourraient avoir les créanciers à ce qu'elle ne fût pas prononcée (2).

La loi dont la volonté ressort de la combinaison des art. 437 et 440, C. com., ne confère au tribunal aucun pouvoir discrétionnaire de ce genre. Elle a cru que la procédure qu'elle organisait pour le cas de cessation de paiements, donnait toute satisfaction aux divers intérêts engagés; les tribunaux n'ont pas le droit de substituer leur prévoyance à la sienne (3). En l'absence d'un accord unanime des créanciers (4), la majorité ne peut ni organiser une procédure de liquidation au lieu de la procédure de faillite (5), ni accorder des termes au

particulier que le débiteur s'était entendu avec tous ses créanciers sauf avec deux que les autres avaient offert de désintéresser; il aurait été très simple de décider que, les offres étant valables, ils avaient cessé d'être créanciers et étaient devenus non-recevables à agir. Mais la Cour de cassation dit que la Cour d'appel a pu d'autant plus se refuser à prononcer la faillite qu'elle reconnaissait que les deux créanciers dissidents avaient agi, non par l'intérêt légitime qui est la mesure des actions, mais par mauvais vouloir.

(1) En sens contraire, trib. comm. Lyon, 4 mars 1882, *Journ. des faillites*, 1882, p. 138. D'après le tribunal, la faillite est une pénalité infligée au commerçant qui, par son incapacité, son imprudence ou sa faute, s'est mis dans l'impossibilité de faire face à ses engagements; elle ne peut donc être prononcée contre celui qui est victime de cas fortuits. — V., au sujet de ce jugement et des diverses questions qu'il soulève, les très intéressantes explications de M. Thaller : *De la faillite des agents de change*, nos 21-34.

(2) Besançon, 13 janv. 1845, D. 1846. 4. 289 (le tribunal avait rejeté la demande par ce motif que, le débiteur étant complètement insolvable, les créanciers n'avaient aucun intérêt à faire déclarer la faillite dont les frais n'auraient pas été couverts; la Cour rappelle les termes formels de l'art. 437).

(3) Caen, 5 avr. 1881, S. 1881. 2. 174: *J. Pal.*, 1881. 946; *Journ. des faillites*, 1882, p. 135 (l'arrêt pose très nettement les principes; il infirme un jugement qui avait revendiqué le droit d'apprécier l'*opportunité* de la mise en faillite). — V. dans le même sens, Aix, 8 mai 1884, *La Loi*, no du 17 juill. 1884; *Journ. des faillites*, 1884, p. 476.

(4) En dehors de la procédure de faillite, la majorité ne saurait faire la loi à la minorité, qu'il s'agisse d'un simple atermoiement, de remises à consentir ou d'option entre la liquidation amiable et la faillite; la première peut offrir des avantages, mais chacun est juge de son intérêt. Si les créanciers sont unanimes, il n'y a aucune raison pour ne pas s'en tenir à leur accord, art. 1134, C. civ.; ils peuvent accorder du temps, des remises, laisser le débiteur à la tête de ses affaires ou convenir avec lui de la nomination d'un liquidateur chargé de réaliser l'actif et de le répartir.

(5) Lyon, 17 mai 1881, D. 1881. 2. 247; S. 1882. 2. 28; *J. Pal.*, 1882. 1. 204 (les tribunaux ne peuvent se prévaloir, pour refuser de déclarer la faillite, de l'existence d'une liquidation qui ne peut être imposée aux créanciers).

débiteur (1). Les décisions contraires constituent la violation flagrante de la loi (2).

Très souvent les tribunaux ont une tendance prononcée, surtout dans les grandes villes, à écarter la déclaration de faillite et à nommer des liquidateurs qui jouent, en fait, le rôle des syndics en dehors des garanties organisées par la loi. Cette tendance pouvait s'expliquer à la rigueur et était une critique de notre législation, alors que celle-ci n'offrait pas aux commerçants de moyen d'éviter la faillite (3). Ce moyen, consistant dans la liquidation judiciaire, existe depuis la loi du 4 mars 1889. V. *Chapitre VII.*

104. Après le décès d'un commerçant, il suffit que la demande des créanciers en déclaration de faillite soit formée dans l'année; le jugement peut être rendu après l'expiration de ce délai (art. 437, al. 3, C. com.) Cpr. n° 110.

Du reste, le tribunal n'a pas plus de pouvoir d'appréciation que du vivant du commerçant (n° 103) (4).

La demande doit être formée non pas contre un ou plusieurs des héritiers, mais contre tous. Car tous ont un intérêt dans la question.

La déclaration de faillite pourrait être méconnue par ceux qui n'auraient pas été assignés. Art. 1351, C. civ.

105. Une demande en déclaration de faillite peut causer à un commerçant un grave préjudice. Le créancier qui l'a formée ne peut, en cas de rejet de la demande, être, en principe, condamné à des dommages-intérêts (5). Il y a là, pour les créanciers, l'exercice d'un droit (6). Mais, il en est autrement en vertu du principe général des art. 1382 et 1383, C. civ., quand le créancier a été de mauvaise foi,

(1) Trib. comm. de Marseille, 20 déc. 1881, *Journ. des faillites*, 1882, p. 542 (le jugement reconnait que la demande est fondée, mais il accorde au débiteur, pour se libérer, un délai de 40 jours après lequel, en cas de non-paiement, la faillite sera déclarée sur simple requête du créancier); Cf. anal. trib. comm. Alençon, 24 sept. 1879, *Journ. des faillites*, 1882, p. 135.

(2) V. dans le sens de notre opinion, Thaller, *op. cit.*, nos 27-28. Refus du pouvoir pour le tribunal d'accorder des délais, Dijon, 3 déc. 1888, *Journ. des faillites*, 1888, p. 740. — V., *en sens contraire*, Besançon, 19 janv. 1885, *Journ. des faillites*, 1885, p. 295.

(3) V. Thaller, *De la faillite des agents de change*, nos 27-28.

(4) Caen, 7 mai 1883, *Journ. des faillites*, 1883, p. 311.

(5) Nimes, 10 juill. 1886, *Journ. des faillites*, 1887, p. 74.

(6) *Neminem lædit qui suo jure utitur.*

a produit de fausses allégations ou a commis quelque négligence (1). En tous les cas, le créancier qui succombe peut, conformément à l'article 130, C. pr. civ., être condamné aux frais du procès. Le tribunal a également le pouvoir d'ordonner l'affichage de son jugement aux frais du demandeur, en vertu de l'art. 1036, C. pr. civ. La publicité réduit ou même peut faire disparaître, au moins pour l'avenir, le préjudice causé (2).

106. Quand le tribunal a rejeté une demande en déclaration de faillite, parce qu'il a constaté qu'il n'y avait pas cessation des paiements, une question d'autorité de chose jugée peut se poser : le jugement de rejet qui n'a pas été attaqué par la voie de l'appel (3), ou l'arrêt confirmant ce jugement, forme-t-il obstacle à une demande en déclaration de faillite *de la part du même créancier?* Oui, certainement en tant que celui-ci alléguerait les faits dont il s'est déjà prévalu inutilement, quand même il produirait des justifications qui lui avaient fait antérieurement défaut. La cause de la seconde demande est alors la même que celle de la première ; les motifs seuls diffèrent (4). — Non, s'il allègue des faits postérieurs ; le jugement a statué en l'état des faits tels qu'ils existaient quand il a été rendu ; des faits nouveaux surviennent et servent de cause nouvelle à la demande sur laquelle on

(1) Lyon, 1er fév. 1888, *Journ. des faillites*, 1888, p. 359. On peut invoquer le principe généralement admis, selon lequel celui qui exerce une action en justice n'est tenu à des dommages-intérêts envers le défendeur que s'il y a de sa part dol ou faute lourde équivalente au dol : Cass. 3 juill. 1895, *La Loi*, nº du 5 mars 1896.

(2) Le Code de commerce *espagnol* (art. 885) admet que le commerçant qui a obtenu la révocation de la déclaration de faillite demandée par ses créanciers, peut exercer contre ceux-ci une action en dommages-intérêts s'ils ont agi avec dol, fausseté ou injustice manifeste. Le Code de commerce *chilien* (art. 1388) accorde le même droit au commerçant en cas de révocation de la déclaration de faillite sans viser les trois circonstances du dol, de la fausseté ou de l'injustice manifeste. Ce même Code (art. 1351, dern. alin.) admet aussi que des dommages-intérêts peuvent être alloués au cas de rejet de la demande quand il y a eu faute ou dol du demandeur. D'après le Code de commerce *portugais* (art. 699, § 2), les créanciers qui ont requis la déclaration de faillite sans que le failli ait été entendu, répondent envers lui des pertes et dommages qui en sont résultés, s'il est établi qu'elle a été prononcée sans fondement. — V. aussi, loi *norvégienne*, art. 117.

(3) Il sera parlé plus loin de l'appel contre ce jugement et de l'application à lui faire de l'art. 582, C. com.

(4) Cf. Larombière, *Traité des obligations*, V, art. 1351, nº 24.

ne peut dire qu'il ait déjà été statué (1). Il y a là des applications des principes généraux sur l'autorité de la chose jugée (art. 1351, C. civ.).

Le créancier pourrait-il alléguer, sans avoir à craindre d'être repoussé par l'exception de la chose jugée, des faits antérieurs à sa première demande, mais qu'il n'avait point invoqués par suite de son ignorance ou de toute autre raison? En pareil cas, selon nous, la demande est recevable; elle a, en effet, une cause nouvelle : la cause de la demande en déclaration de faillite, ce sont les faits invoqués pour établir la cessation des paiements, ce n'est pas la cessation des paiements elle-même considérée en général, abstraction faite des faits invoqués pour établir qu'elle existe (2). Cette solution a sans doute un inconvénient, celui d'ouvrir la porte à des demandes répétées en déclaration de faillite contre le même commerçant. Cet inconvénient ne suffit pas pour faire écarter l'application des règles générales sur l'autorité de la chose jugée (3). Au reste, la faculté pour le tribunal de condamner à des dommages-intérêts le créancier qui forme par tracasserie ou par négligence une demande en déclaration de faillite non fondée (n° 105), est de nature à éviter les abus des demandes reitérées.

107. L'exception de la chose jugée qui serait opposable au créancier dont une première demande a déjà été rejetée, le serait-elle aussi à d'autres créanciers formant une autre demande? On l'a soutenu (4), en alléguant qu'en cette matière, le créancier qui forme une demande, agit moins en son propre et privé nom que comme représentant tous les intéressés. Mais, dans le silence de la loi sur cette prétendue représentation de tous les créanciers par celui qui a formé une demande en déclaration de faillite, le mieux est de s'en tenir aux principes généraux d'après lesquels, en pareil cas, il n'y a pas chose jugée, parce qu'il n'y a pas identité de personnes. Il est vrai que le jugement déclaratif de faillite produit ses effets *ergà omnes* (n° 111);

(1) Rennes, 3 août 1868, S. 1869. 2. 146; *J. Pal.*, 1869. 703; Cass. 19 juin 1876, S. 1876. 1. 353; *J. Pal.*, 1876. 860.

(2) Une question analogue s'est présentée en matière de séparation de corps et peut s'élever pour le divorce : Paris, 1er août 1874 et Cass. 3 fév. 1875, S. 1874. 2. 265 et 1875. 1. 393; *J. Pal.*, 1874. 1238; 1875. 1009 (notes de M. Labbé).

(3) Dict. de Couder, v° *Faillite*, n° 65.

(4) Bravard et Demangeat, V, p. 59, note 3.

mais, les motifs qui justifient cette dérogation aux principes généraux sur le caractère relatif de l'autorité de la chose jugée n'ont aucune application au jugement qui repousse une demande en déclaration de faillite (1).

108. 3° *Faillite déclarée d'office.* — C'est une disposition tout à fait exceptionnelle que celle qui autorise le tribunal de commerce à déclarer la faillite d'office; il est, en effet, de règle, dans notre droit, que les tribunaux ne statuent que quand ils sont *saisis*. On a dit que, les dispositions de la loi des faillites touchant à l'ordre public, il était logique d'admettre cette faculté pour le tribunal (2). Ce n'est pas là une raison suffisante, puisque même les juridictions de répression qui prononcent sur des affaires intéressant l'ordre public au plus haut degré, ne jugent pas d'office. Le législateur a pensé spécialement au cas où, la cessation des paiements étant notoire, il n'y aurait pas de créanciers sur les lieux ou bien il y aurait collusion entre les créanciers présents et le débiteur (3).

L'ouverture d'une distribution par voie de contribution devant un tribunal civil, la demande en séparation de biens formée par la femme du commerçant, la disparition de celui-ci sont des faits qui peuvent déterminer une déclaration de faillite d'office (4). Le tribunal prononce spontanément ou sur *avis du parquet* (5); il s'agit d'un avis purement officieux, puisque le ministère public ne peut demander la déclaration de faillite (n° 98) et n'a pas le droit de réquisition devant le tribunal de commerce, ni même devant le tribunal civil jugeant commercialement à défaut de tribunal de commerce; il donne avis, parce qu'il a, par exemple, commencé des poursuites (escroquerie, abus de confiance, etc.) contre un négociant dont la cessation de paiements est flagrante. On peut aussi concevoir qu'une demande en

(1) Il y a là un exemple de cas où le jugement rendu sur une demande a, selon le sens dans lequel il se prononce, une autorité absolue ou une autorité relative. Il existe d'assez nombreuses controverses sur le point de savoir s'il peut y avoir des cas de ce genre (cas de solidarité active ou passive). V. Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, p. 634 et suiv.

(2) Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 111.

(3) V. dans le même ordre d'idées, l'art. 457, C. com., relatif au droit pour le juge de paix d'apposer les scellés d'*office*.

(4) Camberlin, *Manuel des tribunaux de commerce*, p. 377.

(5) V. note 1 de la page 94.

déclaration de faillite soit jugée non recevable parce que le demandeur ne justifie pas de sa qualité de créancier, mais que, néanmoins, les débats aient établi l'état de cessation de paiements du défendeur.

Le tribunal doit user d'une très grande circonspection dans l'exercice de ce pouvoir (1); si les créanciers sont présents, au fait de la situation et ne se plaignent pas, on ne concevrait pas, en principe, l'intervention du tribunal; celui-ci ne doit pas, par suite d'un excès de zèle, empêcher des arrangements amiables qui peuvent être dans l'intérêt commun (2) ou rendre irrémédiable, en l'aggravant, une situation déjà compromise (3).

109. On peut se demander si le tribunal a encore le droit de déclarer d'office la faillite quand une demande formée par des créanciers a été repoussée et qu'il n'est survenu depuis aucun fait nouveau. On a refusé, dans ce cas, au tribunal, le droit de déclarer d'office la faillite, en disant qu'il a épuisé son pouvoir, qu'il y a autorité de chose jugée (4). Mais, les partisans de cette opinion sont ceux qui admettent que le rejet de la demande d'un créancier rend non rece-

(1) Statistique : Il n'y a qu'un petit nombre de faillites déclarées d'office : 7 0/0 de 1841 à 1845, 5 0/0 de 1846 à 1850, 7 0/0 de 1851 à 1855 et de 1856 à 1860, 6 0/0 de 1861 à 1865, 5 0/0 de 1866 à 1870, 6 0/0 de 1871 à 1875, 7 0/0 de 1876 à 1881, de 6 0/0 en 1882 et 1883, de 5 0/0 en 1884, de 6 0/0 en 1886, de 9 0/0 en 1890. — On trouve notamment dans les statistiques annuelles du tribunal de commerce de la Seine présentées en audience publique par le président, l'indication d'un certain nombre de faillites déclarées sur l'avis du parquet. Il s'agit, en réalité, de déclarations de faillite d'office, puisque le ministère public n'a pas le droit en France de demander une déclaration de faillite (n° 93). Seulement il peut signaler au tribunal de commerce, comme pourrait le faire un particulier, des faits constitutifs de la cessation de paiements. Il en a parfois connaissance à propos d'une poursuite correctionnelle ou criminelle. Cela peut d'autant plus se présenter que, selon la jurisprudence, des poursuites pour banqueroute simple ou pour banqueroute frauduleuse sont possibles avant tout jugement déclaratif de faillite prononcé par un tribunal de commerce.

(2) Bourges, 7 mars et 23 avr. 1864, D. 1864. 2. 105 (sans contester la légitime et salutaire sollicitude qui, dans l'intérêt général, pour la bonne tenue et la loyauté des transactions commerciales, la sécurité des affaires, appartient aux tribunaux de commerce, encore ne doit-elle s'émouvoir qu'en temps opportun et pour justes causes).

(3) On a reproché parfois à des tribunaux de commerce d'avoir précipité la ruine de certaines sociétés anonymes en prononçant la faillite d'office. Il en a été ainsi pour la déclaration de faillite de la célèbre société financière, l'*Union générale*, en 1882.

(4) Dijon, 6 mars 1844, Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 112; Demangeat sur Bravard, p. 59, note 3.

vable celle d'un autre fondée sur les mêmes faits. Ils semblent logiques en refusant au tribunal le pouvoir de prononcer d'office une déclaration de faillite qu'il ne pourrait prononcer sur la demande d'un créancier. Par cela même que nous admettons, au contraire, qu'un créancier peut réussir dans sa demande après le rejet de la demande d'un autre créancier fondée sur les mêmes faits (n° 107), nous devons reconnaître au tribunal qui a rejeté une demande de déclaration de faillite, le pouvoir de la déclarer d'office. On ne concevrait pas que le fait qu'une seconde demande est introduite, augmentât les pouvoirs du tribunal. Il y a là un pouvoir dont, du reste, les tribunaux usent difficilement.

110. Le droit pour le tribunal de déclarer la faillite d'office existe même quand il s'agit d'un commerçant décédé. Le jugement doit alors être rendu dans l'année du décès, tandis qu'en cas de faillite déclarée après décès sur la demande des créanciers, c'est la demande qui doit être formée dans l'année, sans qu'il y ait nécessité que le jugement soit aussi rendu dans ce délai (art. 437, al. 3, C. com.). V. n° 104.

On a parfois soutenu que le législateur n'aurait pas dû admettre la déclaration de faillite d'office après décès (1). Les raisons qui peuvent justifier, dit-on, la faculté accordée au tribunal lorsque le failli est là, pouvant détourner son actif et exposé à l'action publique, n'existent plus ici, l'action publique est éteinte et les scellés peuvent être apposés. Cependant, selon nous, dès l'instant où la déclaration d'office est admise, il n'y a pas de raison pour l'exclure en cas de décès du débiteur. Il peut y avoir des complices des fraudes du failli; les héritiers peuvent détourner les biens de la succession et il n'y a peut-être pas de créanciers présents pour provoquer l'apposition des scellés. Tout ce qu'on peut dire, c'est que le tribunal doit alors être encore plus circonspect que d'habitude; la mort du débiteur éveille ordinairement l'attention des créanciers et les met en demeure de prendre les précautions nécessaires pour sauvegarder leurs intérêts.

110 *bis*. DROIT ÉTRANGER. — Les inconvénients que peut présenter la déclaration d'office d'une faillite (2) ont empêché un certain nom-

(1) Bédarride, I, n° 26.
(2) V. contre la déclaration d'office, Thaller, *op. cit.*, I, n° 157.

bre de législations de reconnaître au tribunal le pouvoir de la prononcer. Elle n'est pas admise par les Codes de commerce *espagnol* (art. 875), *portugais* (art. 696), *argentin* (art. 1394), *mexicain*, ni par les lois *anglaise*, *allemande*, et *hongroise;* ces législations ne permettent que des mesures provisoires prises d'office avant la déclaration de faillite. Mais la déclaration de faillite d'office est admise par la loi *belge* (article 442), par les Codes de commerce *italien* (art. 684), *roumain* (art. 701), *argentin* (art. 1381) et *chilien* (art. 1356). Il faut remarquer que les Codes *italien* et *roumain* déterminent les cas où la déclaration d'office est possible (cessation de paiements constituant un fait notoire ou résultant d'informations sûres). L'exercice du pouvoir dont il s'agit pour le tribunal est facilité par la publicité donnée aux protêts des effets de commerce, spécialement en Belgique, en Italie, en Roumanie. Du reste, dans des pays où la déclaration d'office n'est pas admise, on reconnaît au ministère public le droit de demander que la faillite soit prononcée (1).

C. — CARACTÈRE DU JUGEMENT DÉCLARATIF. DISPOSITIONS QU'IL CONTIENT.

111. Le jugement déclaratif a ce caractère particulier qu'il produit effet à l'égard de tout le monde, *facit jus*, par dérogation à la règle de l'autorité *relative* de la chose jugée (art. 1351, C. civ.). Il s'agit d'organiser une procédure *collective* dans laquelle doivent être compris tous les créanciers. C'est ce qui explique pourquoi, d'une part, des mesures de publicité sont immédiatement prises pour que ce jugement soit porté à la connaissance de tous les intéressés dont la plupart souvent n'ont pas été parties (art. 442, C. com.) et pourquoi, d'autre part, des voies de recours sont ouvertes à tous les intéressés qui prétendraient qu'il a été rendu à tort (art. 580 et 581, C. com.; V. nos 128 et suiv.) (2).

112. Quelles que soient, du reste, les circonstances dans lesquelles est rendu le jugement déclaratif, d'office, sur l'aveu du débiteur, à la

(1) Code de commerce *hollandais* de 1838, art. 764 et 768.

(2) Boistel, no 897; Laurin, *Cours élémentaire de Droit commercial*, no 960; Garraud, *De la déconfiture*, p. 73.

demande des créanciers, ce jugement, suivant la règle ordinaire (L. 20 avril 1810, art. 7), doit être motivé et prononcé à l'audience publique (1).

113. Le jugement déclaratif contient plusieurs dispositions se rattachant à la déclaration de faillite, qui est son objet principal.

1° Il nomme un juge-commissaire (art. 451, C. com.);

2° Il nomme un ou plusieurs syndics provisoires (art. 462, C. com.);

3° Il prescrit des mesures relatives aux biens et à la personne du failli, telles que l'apposition des scellés et l'incarcération (art. 455 et 456, C. com.);

4° Il peut fixer la date de la cessation des paiements (art. 441, C. com.).

Des détails seront donnés, dans le chapitre II, sur les attributions, soit du juge-commissaire, soit des syndics; dans le chapitre III, sur les mesures ordonnées par le tribunal relativement aux biens et à la personne du failli. Mais, il faut s'occuper immédiatement de la fixation de la date de la cessation des paiements qui a une importance très grande.

114. *De la date de la cessation des paiements et de la fixation de cette date.* — Suivant l'expression même de la loi (art. 440, C. com.), le jugement *déclare* la faillite; il constate un fait préexistant. Il a donc, comme presque tous les jugements, un caractère déclaratif. Mais il n'a pas exclusivement ce caractère; à beaucoup d'égards, il crée une situation nouvelle; il apporte des modifications à la condition du failli et aux droits de ses créanciers.

On comprend facilement que, suivant les circonstances, il s'est écoulé un temps plus ou moins long entre le fait même de la cessation des paiements et sa constatation par le tribunal. En supposant que la loi soit respectée à la lettre, le débiteur a quinze jours pour faire l'aveu de sa situation (art. 438, C. com.), et le jugement ne suit pas toujours immédiatement. Le plus souvent, l'aveu, quand il a lieu, est beaucoup plus éloigné du moment où la cessation des paiements s'est produite. Quand c'est à la requête des créanciers que le tribu-

(1) Orléans, 21 déc. 1864, D. 1865. 2. 23; Amiens, 24 avr. 1839, Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 113.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS R F

nal statue, ses créanciers n'ont pas été avertis sur le champ de la situation de leur débiteur ou n'ont pas immédiatement invoqué le fait qu'ils connaissaient. Enfin, il faut généralement un certain temps pour que le fait acquière assez de notoriété et parvienne à la connaissance du tribunal qui se décide à déclarer la faillite d'office.

115. Si des effets très importants sont produits par le jugement déclaratif dans l'avenir, il en est d'autres qui sont produits dans le passé et qui se rattachent à la cessation des paiements. La date de cette cessation sert à déterminer les limites de ce qu'on appelle la *période suspecte;* les actes intervenus au cours de cette période sont, suivant leur nature, déclarés nuls de plein droit ou peuvent être annulés en dehors des règles ordinaires de l'action paulienne (articles 446 et suiv. (nos 307 et suiv.).

Sous le Code de 1807, avant la loi de 1838, la fixation de la date de la cessation des paiements avait une plus grande importance encore; d'après l'ancien art. 442, C. com., le failli était dessaisi de l'administration de ses biens, non pas, comme aujourd'hui, à partir du jugement déclaratif, mais depuis la cessation des paiements elle-même. V. n° 19

116. Au sujet de la fixation de la date de la cessation des paiements, l'art. 441, C. com., dispose :

Par le jugement déclaratif de la faillite, ou par jugement ultérieur rendu sur le rapport du juge-commissaire, le tribunal déterminera, soit d'office, soit sur la poursuite de toute partie intéressée, l'époque à laquelle a eu lieu la cessation des paiements. A défaut de détermination spéciale, la cessation de paiements sera réputée avoir eu lieu à partir du jugement déclaratif de la faillite.

Ainsi, le jugement déclaratif peut fixer la date de la cessation des paiements. Mais ce n'est pas là une nécessité absolue. Souvent, au moment où il déclare la faillite, le tribunal n'a pas les éléments d'appréciation indispensables pour fixer définitivement cette date. Aussi le tribunal a le droit de fixer une date provisoire qui peut être modifiée postérieurement ou même de renvoyer cette fixation à une époque ultérieure. Du reste, pour qu'il n'y ait pas une incertitude continuelle sur le sort d'actes nombreux et importants faits par le failli avant le

jugement déclaratif, le Code modifié en 1838 (art. 581) a pris soin d'indiquer une phase de la procédure de faillite après laquelle la date de la cessation des paiements est irrévocablement fixée. V. nos 160 et suiv.

Sur ce point, la loi de 1838 a amélioré les règles admises par le Code de commerce. L'ancien art. 454 disait seulement qu'en ordonnant l'apposition des scellés, le tribunal déclarerait l'époque de l'ouverture de la faillite. Cette fixation pouvait-elle être modifiée postérieurement, malgré le silence du Code ? la pratique avait admis l'affirmative ; elle avait été frappée de l'inconvénient qu'il y avait à s'en tenir à une décision prise avant que l'examen des affaires du failli eût pu fournir des renseignements précis. On qualifiait de *report d'ouverture* la décision nouvelle qui intervenait sur ce point, et cette expression était toute naturelle, parce qu'alors la faillite était censée *ouverte* dès l'époque de la cessation des paiements (ancien art. 442). Cette pratique avait une conséquence fâcheuse : rien ne limitait la faculté que les tribunaux s'étaient ainsi attribuée de modifier la date primitivement fixée ; ils pouvaient en user dans tout le cours de la procédure, ce qui produisait une incertitude trop prolongée sur le sort d'actes souvent nombreux et importants. La loi de 1838 a admis l'idée qui avait inspiré la pratique antérieure, tout en limitant la période pendant laquelle une modification peut être apportée à la date primitivement fixée comme étant celle de la cessation des paiements (1).

117. La loi a prévu un cas très rare, celui où aucun jugement ne fixe la date de la cessation des paiements. L'art. 441, C. com., décide qu'alors la cessation de paiements *sera réputée* avoir eu lieu le jour où la faillite aura été déclarée. Les expressions mêmes de la loi indiquent qu'il y a là une espèce de fiction. Dans la réalité, un intervalle plus ou moins long sépare toujours la cessation des paiements du jugement déclaratif.

Il y a un cas où, par la force des choses, cette disposition ne saurait être appliquée à la lettre, c'est celui où la faillite est déclarée après décès. Cette déclaration n'étant alors possible qu'à la condition que le commerçant soit mort en état de cessation de paiements (n° 70), c'est l'époque de sa mort qui, à défaut de fixation par le tri-

(1) V. Renouard, I, p. 283 et suiv.

bunal, doit nécessairement être considérée comme la date de la cessation des paiements (1).

118. Quand il s'agit de déclarer la faillite, le tribunal a un pouvoir souverain pour constater les faits caractéristiques de l'état de cessation des paiements ; mais la Cour de cassation a le droit de vérifier si ces faits sont légalement constitutifs de cet état (nº 59). Une fois la faillite déclarée, le tribunal a un pouvoir analogue, pour fixer la date à laquelle s'est produite la cessation de paiements (2).

Au point de vue de la fixation de la date de la cessation des paiements, celle-ci ne doit pas être appréciée autrement que pour déclarer la faillite. Le tribunal ne pourrait donc pas reporter la cessation des paiements à une époque où la situation du débiteur n'était pas telle que sa faillite eût dû être déclarée si elle avait été demandée alors. La même expression (*cessation de paiements*), employée par l'article 437 et par l'art. 441, C com., ne peut pas avoir deux sens différents dans les deux dispositions. S'il en était autrement, le législateur aurait bien mal formulé sa pensée.

Par suite, de même que la preuve de l'insolvabilité ne suffit pas pour faire déclarer la faillite (nº 57), on ne peut faire remonter la faillite à l'époque où le passif était supérieur à l'actif, s'il n'y avait pas dès lors cessation de paiements dans le sens ordinaire de l'expression (3).

(1) Un amendement proposé en ce sens à la Chambre des députés fut repoussé comme inutile. — V. Renouard, I, p. 286. — Douai, 24 déc. 1877, *Le Droit*, nº du 21 janvier 1878.

(2) V. notamment Cass., 22 avr. 1872, D. 1872. 1. 371 et S. 1872. 1. 416; Cass., 15 mars 1881, D. 1882. 1. 15. D'après un arrêt de la Cour de cassation, il y aurait quelque chose de particulier à notre hypothèse : « En droit, quoiqu'on « doive conclure de ce que la loi a déterminé les caractères légaux de l'état de « faillite qu'il appartient à la Cour de cassation de déclarer si la faillite résulte « des faits reconnus constants par les tribunaux, il ne saurait en être de même « de la fixation de l'époque de son ouverture, dont la loi n'a pas réglé et ne « pouvait pas régler les éléments essentiels; la cessation de paiements ne pou- « vant être établie que par l'ensemble des faits et circonstances de la cause, « dont l'appréciation est exclusivement abandonnée aux juges du fait, il s'ensuit « que leur décision, quant à cela, doit être souveraine. » Ch. req., 12 mai 1841, S. 1841. 1. 663 et Rép. Dall., vº *Faillite*, nº 139. La distinction ainsi faite nous paraît conjecturale ; comme il est expliqué dans la suite du texte, la loi emploie les mêmes expressions dans les deux cas entre lesquels il nous semble n'y avoir de différence qu'en ce qui concerne la preuve.

(3) Montpellier, 14 et 19 janv. 1859, D. 1860. 2. 76; Amiens, 30 mai 1884, *Journ. des faillites*, 1884, p. 576.

Il n'est pas, du reste, nécessaire que les faits sur lesquels se fonde le tribunal pour constater qu'il y avait cessation de paiements, aient été notoires (1).

Seulement il est vrai qu'une fois que la déclaration de faillite a eu lieu, on peut mieux se rendre compte de la situation du débiteur à une époque donnée, du caractère que pouvait avoir tel ou tel refus de paiement. Ses livres, sa correspondance et les autres moyens d'information dont disposent les syndics, peuvent établir d'une manière précise un état de choses qu'on ne peut que présumer au moment où un créancier demande la mise en faillite de son débiteur. Cette observation trouve son application, par exemple, en ce qui concerne des protêts; si le tiré a allégué qu'il ne devait pas, qu'il était en contestation avec le tireur, etc., l'inspection des écritures montre s'il y avait alors une véritable impossibilité de payer que le tiré tâchait de déguiser par ces allégations (2).

119. Aucune disposition ne limite quant au temps le pouvoir du tribunal de fixer dans le passé la date de la cessation des paiements. Il peut donc s'attacher à l'époque où se sont produits des faits qu'il estime suffisamment caractéristiques, quelqu'éloignée qu'elle soit de la déclaration de faillite; des décisions ont reporté à plusieurs années en arrière la cessation des paiements. Il est facile de comprendre les inconvénients qui résultent de cette étendue indéfinie de la période suspecte; un grand nombre d'opérations très diverses (achats, ventes, paiements, etc.) sont ainsi exposées à l'annulation. Plusieurs fois des plaintes se sont fait jour et des législations étrangères ont cru devoir restreindre le pouvoir du tribunal à ce point de vue (3). L'intérêt général du crédit justifie ces restrictions.

(1) C'est la solution qui a prévalu après discussion dans la loi de 1838. — V. l'analyse de la discussion, Bravard et Demangeat, V, note de la page 194. La nécessité de la notoriété se comprenait aisément dans le système du Code de commerce qui faisait remonter le dessaisissement du failli à la cessation des paiements. Il n'en est plus de même aujourd'hui que le dessaisissement ne se produit qu'à partir du jugement déclaratif. — V. art. 443, C. com.

(2) Cpr. Bédarride, I, 63; Bravard et Demangeat, V, p. 194 et suiv.; Boistel, nº 825.

(3) Déjà, dans la discussion de la loi de 1838, il avait été question de fixer un délai au-delà duquel on ne pourrait faire remonter la cessation des paiements. M. Laffite proposait de décider que la cessation des paiements ne pourrait être fixée à plus de 24 heures avant le jugement déclaratif. Un autre député voulait

120. Une opposition d'intérêts se produit souvent pour cette fixation de la date de la cessation de paiements ; d'un côté, les syndics, dans l'intérêt de la masse des créanciers, tâchent de la faire reculer afin de faire tomber le plus grand nombre possible des actes faits par le failli qui ont augmenté son passif ou diminué son actif, de sorte que le malheur soit supporté en commun ; d'un autre côté, ceux qui ont contracté avec le commerçant avant la faillite résistent, afin que la validité de leurs actes ne soit pas mise en question. Le tribunal devrait statuer *in abstracto* pour ainsi dire, c'est-à-dire en recherchant, d'après les circonstances, quelle est l'époque à laquelle a eu lieu la cessation des paiements, sans se préoccuper des conséquences que cette fixation pourra entraîner (1). Trop souvent le tribunal a en vue tel ou tel acte qui sera maintenu ou annulé suivant la date qui sera adoptée et il se laisse influencer par le plus ou moins de faveur que mérite cet acte (2).

que le délai fût d'un mois. Les amendements proposés en ce sens furent rejetés. — V. Bravard et Demangeat, V, note 2, p, 194 et suiv. ; L. Thomas, *op. cit.*, p. 141-158 (il examine la question avec soin et conclut au maintien de la législation actuelle). Le projet de loi élaboré par le Conseil d'État, en 1883, disposait que la cessation des paiements ne pouvait être fixée à plus d'une année en arrière (art. 447). La commission de la Chambre des députés rejeta cette innovation, qui lui parut de nature à favoriser des spéculations frauduleuses (Rapp. de M. Laroze, p. 61). — V. en faveur de la limitation, Cauvet, rapport fait en 1887 à la Cour de Montpellier sur le projet de loi relatif aux faillites, p. 121 et suiv. D'après l'art. 442, al. 3, de la loi *belge*, l'époque de la cessation des paiements ne peut être fixée à une date de plus de six mois antérieure au jugement déclaratif, sauf dans un cas particulier indiqué dans l'art. 613. Le Code *italien* fixe le délai maximum à trois ans (art. 704, al. 3). D'après l'art. 26 de la loi *allemande* de 1877, les actes faits antérieurement aux six mois qui auront précédé l'ouverture de la faillite ne pourront être attaqués pour le motif que la cessation de paiements était connue. La loi *anglaise*, comme il a été dit précédemment (n° 65 *bis*, p. 55), énumère (art. 4) limitativement les faits ou actes qui peuvent entraîner la déclaration de faillite. Ces faits ou actes doivent s'être produits dans les trois mois ayant précédé la demande (art. 6, *c.*). Les dispositions restrictives de la loi *allemande* et de la loi *anglaise* n'ont pas toute l'importance qu'on serait disposé à leur attribuer au premier abord. Ces lois contiennent, en effet, des dispositions spéciales permettant, en cas de faillite, de faire tomber certains actes bien antérieurs à la date de la cessation des paiements, soit à raison de leur nature, soit à raison de la qualité des personnes avec lesquelles ils ont été faits.

(1) Paris, 19 août 1852, *Journ. des trib. de commerce*, I, p. 194. (La Cour infirme un jugement qui avait repoussé la demande du syndic, par le motif qu'aucun intérêt sérieux ne s'était révélé jusque-là).

(2) Bravard et Demangeat, V, p. 193. — V. les judicieuses observations de

121. Par quel acte et de quelle manière est fixée la date de la cessation des paiements? Elle l'est par un jugement du tribunal de commerce. D'après l'art. 441, le tribunal, sur le rapport du juge-commissaire, fixe la date de la cessation des paiements, soit d'office, soit sur la poursuite de toute partie intéressée. Ordinairement, c'est le syndic qui, après avoir examiné les livres et papiers du failli, demande au tribunal de *reporter* à telle date *l'ouverture de la faillite*. L'expression de *report de l'ouverture de la faillite* est usitée dans la pratique, bien qu'on ne puisse plus dire aujourd'hui (depuis la loi de 1838) que la faillite est *ouverte* à partir de la cessation des paiements. V. n° 116, *in fine*.

Il faut se garder de confondre la demande du syndic pour faire fixer cette date avec l'action en *rapport à la masse* dirigée par lui contre ceux qui, ayant traité avec le failli dans la période suspecte, tombent sous le coup des art. 446 et suiv., C. com. La demande *de report* est presque toujours le prélude d'actions *en rapport;* il n'en faut pas moins les distinguer avec soin. Si, suivant la doctrine admise par nous ci-après (n° 122), le syndic peut se contenter d'adresser une requête au tribunal pour lui faire fixer la date de la cessation des paiements, parce que c'est une mesure d'administration, il est bien certain que la demande en rapport ne peut être formée que par voie d'assignation individuelle signifiée aux intéressés.

122. Comment le syndic peut-il donc saisir le tribunal de la question de la fixation de la date de la cessation des paiements? Il peut le faire par voie de requête (1). On objecte, sans doute, qu'avec ce procédé des surprises sont à craindre, puisqu'on n'entend pas les explications de ceux qui pourront souffrir de la fixation admise. Mais, cette objection ne porte pas; le jugement rendu doit être publié (art. 442,

Camberlin, *Manuel des trib. de commerce*, p. 383-384. Il fait remarquer que le devoir du syndic est toujours de faire fixer par le tribunal l'époque de la cessation des paiements, quand même il semblerait n'y avoir aucun intérêt immédiat à cette fixation, parce qu'un intérêt peut se révéler à un moment où il ne serait plus temps d'agir. Il cite le cas d'un syndic ayant négligé de demander le report d'ouverture malgré la prise d'inscriptions d'hypothèques judiciaires en temps suspect; ces inscriptions lui avaient semblé de nul intérêt, le failli n'ayant pas d'immeubles. Il lui survint une succession immobilière et les inscriptions produisirent leur effet au détriment de la masse.

(1) Camberlin, *op. cit.*, p. 384 et suiv.

C. com.) et les intéressés peuvent l'attaquer. La nécessité d'une assignation donnée aux divers intéressés entraînerait des lenteurs et des frais. Du reste, il est possible qu'on ne les connaisse pas tous (1).

Quelles sont les voies de recours admises contre le jugement fixant la date de la cessation des paiements? Quand cette date ne peut-elle plus être modifiée? Ces deux questions sont résolues plus loin. V. nos 126 et suiv.

D. — PUBLICATION ET EXÉCUTION DU JUGEMENT DÉCLARATIF ET DES JUGEMENTS FIXANT LA DATE DE LA CESSATION DES PAIEMENTS.

123. *Publication.* Par cela même que le jugement déclaratif de faillite et les jugements qui fixent la date de la cessation des paiements, produisent des effets à l'égard de tout le monde (n° 111), la loi prend des mesures pour qu'ils soient connus de tous les intéressés. Aux termes de l'art. 442, C. com., *les jugements rendus en vertu des deux articles précédents seront affichés et insérés par extrait dans les journaux, tant du lieu où la faillite aura été déclarée que de tous les lieux où le failli aura des établissements commerciaux, suivant le mode établi par l'art. 42 du présent Code.* L'art. 42 est relatif à la publication des actes de société, il a été abrogé par l'art. 65 de la loi du 21 juillet 1867 *sur les sociétés* (2). Cette abrogation, dont l'effet doit être restreint à l'objet de cette loi, ne modifie pas l'art. 442; c'est encore le mode de publication déterminé par l'art. 442 qui est applicable (3). En conséquence, un extrait des jugemements dont il s'agit doit être affiché pendant trois mois dans la salle des audiences du tribunal de commerce et inséré dans les journaux déterminés conformément au décret-loi du 17 février 1852 et au décret du 28 décembre 1870 (4).

(1) Agen, 20 juin 1855, *Journ. des trib. de commerce*, V, p. 373. Camberlin, *op. cit.*, p. 385 et suiv. Il dit que tel est le mode de procédure admis devant le tribunal de commerce de la Seine; pour éviter toute surprise, celui-ci ordonne, dans le dispositif de ses jugements, qu'ils seront portés à la connaissance de chacun des créanciers par lettres du greffier qui les préviendra non seulement des conséquences du report résultant des art. 446 et suiv., C. com., mais aussi des délais dans lesquels ils peuvent, aux termes de l'art. 580, C. com., se pourvoir contre le jugement qui l'a prononcé.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, II, n° 190.

(3) Alauzet, VI, n° 2451.

(4) V. *Traité de Droit commercial*, II, n° 194.

Il faut remarquer que l'affichage prescrit doit, d'après l'art. 42, C. com., être fait dans la salle d'audience des tribunaux de commerce. Sans doute, il serait très utile qu'il fût fait sur la porte des établissements du failli et à la Bourse. Mais, à défaut de disposition légale exigeant l'affichage dans ces derniers lieux, on ne peut le prescrire sans tomber dans l'arbitraire (1).

124. L'accomplissement des formalités de publicité a une grande importance, en ce qu'il fixe le point de départ des délais dans lesquels les jugements publiés peuvent être frappés d'opposition par les intéressés (n° 135). Par suite, si la publication de ces jugements n'est pas faite comme la loi le prescrit, ces délais ne courent pas et la voie de recours demeure ouverte. Mais, aucune autre conséquence n'est attachée à l'inobservation des formalités de publicité de l'art. 442, C. com. Le jugement non publié n'en produit donc pas moins ses effets même au préjudice des tiers. Ainsi, le jugement déclaratif de faillite fait perdre aux créanciers le droit de poursuite individuelle, bien qu'il n'ait pas été publié (2). De même, ceux qui ont traité avec le failli depuis le jugement déclaratif et dans l'ignorance de ce jugement pour lequel aucune mesure de publicité n'a été prise, ne sauraient prétendre que ce jugement ne leur est pas opposable; le dessaisissement se produit de plein droit à la date même du jugement et indépendamment de toute formalité (art. 443, C. com.) V. n° 200; il y aurait seulement au profit des personnes lésées une action en dommages-intérêts contre ceux auxquels on peut imputer le défaut de publication (3). Ceux-ci peuvent être le greffier du tribunal de commerce et le syndic. C'est le greffier pour le jugement déclaratif et le syndic pour les jugements postérieurs fixant la date de la cessation des paiements. Car le syndic, nommé par le jugement déclaratif, n'est pas encore en fonctions au moment où il est rendu.

125. *Exécution par provision.* — Le jugement déclaratif de fail-

(1) V. cependant Bravard, V, p. 62 et 63; *en notre sens*, Demangeat sur Bravard, note 2 de la page 62, note 1 de la page 63.

(2) Cass., ch. réun., 24 mars 1857, S. 1857. 1. 208.

(3) Cf. analog., la doctrine admise pour les jugements prononçant une interdiction ou nommant un conseil judiciaire et qui doivent être publiés dans les formes qu'indique l'art. 501, C. civ.: Demolombe, VIII, n° 550; Valette, *Explication sommaire du livre I du Code civil*, p. 366, et *Cours de Code civil*, p. 612.

lite est *exécutoire par provision* (art. 440, C. com.). Il y a là une dérogation aux règles qui s'appliquent ordinairement aux jugements des tribunaux de commerce. En principe, l'exécution de ces jugements est suspendue par l'opposition quand ils sont par défaut (1), et ils sont exécutoires nonobstant appel à charge de fournir caution (art. 439, C. proc. civ.). Les jugements déclaratifs de faillite sont susceptibles d'opposition et d'appel ; mais la première de ces voies de recours, pas plus que la seconde, n'en suspend l'exécution qui est toujours possible même sans caution. Cela se justifie par une considération pratique décisive. Quand un commerçant est en état de cessation de paiements, il y a urgence à prendre des mesures conservatoires dans l'intérêt des créanciers. Au reste, il est certain qu'il ne s'agit pas ici d'une exécution complète. Celle-ci n'est pas possible tant qu'il n'a pas été statué sur le recours, parce qu'il n'y a pas urgence à ce qu'elle ait lieu. Mais toutes les mesures provisoires autorisées par la loi peuvent et même doivent être prises par les syndics, malgré l'opposition ou l'appel (2). Ainsi, il ne pourrait pas, en cas d'appel ou d'opposition, être procédé à des ventes des biens du failli ni à une délibération sur le concordat. Mais le syndic peut apposer les scellés, procéder à l'inventaire et, malgré l'opposition ou l'appel, un créancier ne peut exercer des poursuites individuelles que suspend le jugement déclaratif.

L'exécution provisoire du jugement déclaratif est néanmoins grave ; car ce jugement peut avoir été rendu par défaut ou même sans que le failli ait été appelé à fournir des explications comme cela a lieu en cas de déclaration de faillite d'office ou sur la simple requête des créanciers. Aussi, le tribunal doit-il être très prudent en cette matière et ne déclarer la faillite d'office que sur de sérieuses justifications.

E. — DES VOIES DE RECOURS CONTRE LE JUGEMENT DÉCLARATIF DE FAILLITE ET CONTRE LE JUGEMENT QUI FIXE LA DATE DE LA CESSATION DES PAIEMENTS.

126. La matière des voies de recours contre le jugement déclaratif et contre le jugement qui fixe la date de la cessation des paiements,

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 483 *bis*.
(2) Cambertin, *op. cit.*, p. 380 et 381 ; Bravard et Demangeat, V, p. 63, note 3.

est réglée par les art. 580 à 582, C. com. Ces dispositions sont très brèves ; par suite, de nombreuses difficultés s'élèvent sur le point de savoir s'il y a lieu d'appliquer les règles du Code de procédure civile ou si la nature de la faillite exige que des derogations y soient apportées. Des questions sont spéciales au jugement qui fixe la date de la cessation des paiements. Aussi est-il nécessaire d'examiner séparément ce qui concerne ce jugement et le jugement déclaratif.

A propos de chacun de ces jugements, il y a à rechercher par quelles personnes il peut être attaqué, contre qui les recours doivent être dirigés, de quelles voies de recours il est susceptible et dans quels délais ces voies de recours doivent être formées.

127. Le Code de commerce ne parle que de *l'opposition* (art. 580 et 581) et de *l'appel* (art. 582), pour lesquels le droit commun est modifié dans un but de simplification et de célérité, mais il ne fait pas mention du *pourvoi en cassation*. En conséquence, pour cette voie de recours, les règles ordinaires sont applicables.

L'art. 583, C. com., énumère un certain nombre de jugements se rattachant à la faillite, qui ne sont susceptibles ni d'opposition, ni d'appel, ni de pourvoi en cassation. Le jugement déclaratif de faillite et le jugement fixant la date de la cessation des paiements n'y sont pas mentionnés (1).

128. VOIES DE RECOURS CONTRE LE JUGEMENT DÉCLARATIF DE FAILLITE. — Le jugement déclaratif est susceptible d'opposition et d'appel de la part du failli ou de toute autre partie intéressée. Cela résulte de la combinaison des art. 580 et 581, C. com., qui fixent les délais dans lesquels l'opposition et l'appel doivent être formés.

129. *Opposition.* — L'art. 580, C. com., se borne à dire que le jugement déclaratif est susceptible d'opposition et à restreindre le délai donné pour user de cette voie de recours. Il n'indique pas les circonstances dans lesquelles l'opposition peut être formée. Aussi est-il naturel d'appliquer à cet égard le droit commun. Le but du législateur paraît avoir été de limiter le délai de l'opposition, non de créer une voie de recours spéciale.

(1) Il sera parlé des autres jugements à propos des matières auxquelles ils se réfèrent.

En conséquence, le failli ne peut former opposition que lorsqu'il aura été statué par défaut à son égard. Ainsi, l'opposition est possible : *a.* quand la faillite a été déclarée d'office; *b.* quand elle l'a été sur la requête de créanciers; *c.* quand elle l'a été après une assignation d'un créancier sur laquelle le défendeur n'a pas comparu. Mais l'opposition du failli n'est pas recevable si le jugement a été contradictoire (1). Elle ne l'est pas non plus au cas où la faillite a été déclarée sur dépôt de bilan (2); on ne saurait dire dans ce cas que le failli est un défaillant. Enfin, une opposition ne serait pas admise de la part de la même personne contre un jugement par défaut ayant déjà rejeté une première opposition; c'est l'application de la règle : *opposition sur opposition ne vaut* (art. 165, C. pr. civ.) (3). Dans ces trois derniers cas, l'appel est la seule voie de recours ordinaire ouverte au failli.

130. L'acquiescement du failli le rend, d'après la jurisprudence, non recevable à se pourvoir par la voie de l'opposition (ou de l'appel) (4). Cette solution est critiquable : il s'agit d'une matière dans laquelle l'ordre public est intéressé, puis le jugement déclaratif crée des incapacités pour le failli. Aussi semble-t-il que le jugement décla-

(1) Trib. comm. Seine, 31 juill. 1884, *Journ. des faillites*, 1884, p. 647.

(2) Boistel, n° 903. *Secùs*, Rouen, 2 mars 1843, Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 206 6°. (D'après cet arrêt, la loi accorde au failli un droit d'opposition d'une manière générale et absolue sans distinguer les différents modes employés pour déclarer la faillite. Ce n'est pas une raison décisive, puisqu'on peut tout aussi bien dire que la loi a eu pour but, moins de donner au failli le droit de former opposition que de restreindre le délai de l'opposition; c'est donc aux principes ordinaires qu'il faut se référer pour déterminer les cas dans lesquels le droit est ouvert). — V. en faveur du droit d'opposition du failli en cas de dépôt de bilan, Nancy, 15 déc. 1885 et 7 juin 1886, *Journ. des faillites*, 1886, p. 433 et 1887, p. 164; D. 1887. 2. 15; Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 1335. Le failli, dit-on, a pu préparer son bilan sous l'empire d'une erreur et il faut qu'il puisse réparer les conséquences de cette erreur. Cela n'est pas décisif; nous ne disons pas que le jugement est inattaquable même de la part du failli, nous disons seulement qu'il ne peut faire opposition; nous lui laissons la ressource de l'appel); Alauzet, VI, n° 2847; Bédarride, III, n^os^ 1181-1182; Demangeat sur Bravard, V, p. 646, note 1.

(3) Ainsi, l'opposant à un jugement déclaratif qui a laissé prendre un défaut-congé sur son opposition ne peut former une opposition nouvelle : Trib. civ. Senlis, 14 nov. 1883, *Journ. des faillites*, 1884, p. 27. — V. n° 130.

(4) Cass. 25 août 1868, D. 1868. 1. 443; S. 1869. 1. 120. Cet arrêt se borne à affirmer qu'il ne saurait y avoir aucun obstacle à ce que le failli accepte la décision, soit expressément, soit virtuellement en l'exécutant et renonce, par là, au droit de l'attaquer. — V. Cass. 14 mai 1890, *Journ. des faillites*, 1890, p. 289.

ratif ne peut pas plus être l'objet d'un acquiescement valable que le jugement qui prononce une interdiction ou qui nomme un conseil judiciaire (1).

Si l'on admet l'acquiescement, il faut, quand c'est un acquiescement tacite qui est invoqué, que les actes allégués prouvent sans équivoque l'intention de la part du failli d'accepter le jugement. On doit, en effet, tenir compte de ce que, celui-ci étant exécutoire par provision (nº 125), il y a des faits d'exécution auxquels le failli ne peut se soustraire et qui, par suite, ne peuvent être invoqués contre lui (2).

Des partisans de l'acquiescement du failli ont été jusqu'à soutenir qu'il met obstacle à l'opposition (ou à l'appel) des créanciers (3). Cela ne saurait être admis, puisque l'aveu du débiteur n'entraîne pas nécessairement la faillite (4).

131. Dans les différents cas où le jugement déclaratif est considéré comme rendu par défaut, l'exécution doit en avoir lieu dans les six mois à peine de péremption, conformément à l'art. 156, C. proc. civ. (5). Mais ce cas est de nature à se présenter très rarement à raison des précautions prises par la loi pour faciliter l'exécution prompte du jugement. V. art. 461, C. com.

132. Le failli n'a pas seul le droit de former opposition. L'article 580, C. com., reconnaît aussi ce droit à *toute autre personne intéressée*. Le jugement déclaratif produisant ses effets *ergà omnes* (nº 111), les intéressés doivent l'attaquer dans un certain délai ; autrement il devient définitif.

Quels sont ces intéressés autres que le failli qui peuvent former opposition? Ce sont les créanciers et aussi toutes les personnes dont les droits peuvent être atteints par suite de la déclaration de

(1) Dalloz, 1868. 1. 443 (note). — V. Cass. Belgique, 21 mai 1891, *Journ. des faillites*, 1891, p. 298 ; Gand, 26 juin 1892, *Journ. des faillites*, 1893, p. 390.

(2) Orléans, 21 déc. 1864, S. 1865. 2. 23. Cet arrêt décide que la signature par le failli de l'inventaire dressé par le syndic ne suffit pas, « en admettant que le failli puisse acquiescer au jugement déclaratif. » — Alauzet, VI, nº 2847 ; Ruben de Couder, vº *Faillite*, nº 1103.

(3) Bédarride, III, nº 1178.

(4) Alauzet, VI, nº 2847.

(5) Cass. 26 fév. 1834, Rép. Dall., vº *Faillite*, nºs 193 et 1356 ; Orleans, 31 août 1850, S. 1851. 2. 23. — V. Cass., 26 oct. 1887, D. 1888. 1. 111 ; Dict. de Couder, vº *Faillite*, nº 134.

faillite, par exemple, un donataire, un acheteur dont les acquisitions tomberaient sous le coup de l'art. 446 ou de l'art. 447, C. com. Au sujet des créanciers, il convient de remarquer qu'ils peuvent être dans la situation commune ou avoir acquis une situation préférable qui risque d'être compromise par la déclaration de faillite (art. 446 et 448, C. com.); peu importe pour la question dont il s'agit (1).

133. On ne peut invoquer comme fin de non-recevoir contre l'opposition la connaissance que les créanciers ont eue du jugement déclaratif ni même la part qu'ils ont prise aux opérations de la faillite, comme la participation au choix des syndics ou la production de leurs titres. L'acquiescement ne doit pas être plus possible de la part des créanciers que du failli. Du reste, s'il était possible, on ne devrait pas le présumer (2). V. n° 130.

134. Pour les intéressés autres que le failli, le droit d'opposition ne saurait avoir le même sens que pour celui-ci. Comme ils n'ont pas été appelés dans l'instance et n'avaient pas à y être appelés, on ne peut les considérer comme des défaillants qui forment opposition à la sentence qui les a condamnés. Il s'agit plutôt, pour eux, d'une tierce-opposition; seulement, la tierce-opposition peut, en règle générale, être formée pendant trente ans. Ici, pour éviter les inconvénients d'une incertitude prolongée, la loi restreint dans d'étroites limites le délai de l'opposition. L'art. 580 écarte à cet égard l'application du principe général de la tierce-opposition (art. 474 et suiv., C. proc. civ.) (3). En l'absence de toute distinction faite par l'art. 580, C. com., il paraît impossible d'admettre, comme on l'a fait parfois, que cette disposition atteint seulement les créanciers et que les personnes qui ne prétendent pas de droits dans la masse, mais qui, par suite d'une demande introduite contre elles en vertu des art. 446 et 447, C. com., trouvent utile à leurs intérêts d'attaquer le jugement déclaratif, peu-

(1) La distinction a, au contraire, une certaine importance au point de vue de l'opposition à former contre le jugement qui fixe la date de la cessation des paiements. — V. n° 167.

(2) Dict. de Couder, v° *Faillite*, n° 1100.

(3) Paris, 17 mars 1858, D. 1858. 2. 121; S. 1858. 2. 567; *Journ. Pal.*, 1858. 552. — Alauzet, VI, n° 2851; Bédarride, III, n° 1185; Bravard et Demangeat, V, p. 648; Boistel, n° 903.

vent toujours le faire conformément aux art. 474 et suiv., C. proc. civ. (1).

135. Le délai de l'opposition est différent pour le failli et pour toute autre partie intéressée.

L'opposition doit être formée par le failli dans la *huitaine* et par toute autre partie intéressée dans le *mois* de l'accomplissement des formalités de publicité prescrites pour le jugement déclaratif (art. 580, C. com.). Il semble naturel de n'accorder aussi qu'un délai de huit jours, pour former opposition, à l'héritier du failli en cas de déclaration de faillite après décès (2). Il prend la place et joue le rôle du failli.

Il résulte de là que, pour faire courir les délais de l'opposition, il n'est besoin d'aucune signification, ni au failli (3) ni aux autres intéressés. Il était, du reste, impossible de l'exiger pour ceux-ci qui ne sont pas tous connus. On peut dire que les formalités de publicité du jugement constituent en quelque sorte une signification collective mettant tous les intéressés en demeure de se pourvoir s'ils n'acceptent pas la décision. Il est facile de se rendre compte de la différence que fait la loi entre le failli et les autres intéressés : quand même le premier n'aurait pas été assigné, il est, par la force des choses, immédiatement averti de la déclaration de faillite et il ne lui faut pas beaucoup de réflexion pour savoir s'il veut ou non former opposition.

136. Les délais ne varient pas avec les moyens invoqués à l'appui de l'opposition (4).

Ainsi, il serait arbitraire d'admettre que, dans le cas où le failli se prévaut de ce qu'il n'a pas la qualité de commerçant, l'opposition peut être formée, suivant le droit commun des jugements par défaut (art. 158 et 159, C. proc. civ.), jusqu'à l'exécution (5).

De même, on ne saurait admettre que les intéressés n'ont un délai

(1) V. pourtant Pardessus, III, n° 1113. Des décisions ont été rendues dans le sens de la distinction repoussée au texte sous l'empire du Code de commerce de 1807 : Rép. Dall., v° *Faillite*, n^os^ 135 et 1341 ; v° *Tierce-opposition*, n° 32.

(2) Limoges, 14 janv. 1876, S. 1876. 2. 44; Alauzet, VI, n° 2848.

(3) Cass. 4 nov. 1857, D. 1858. 1. 34.

(4) Paris, 4 mars 1874, D. 1877. 2. 232.

(5) V. *en sens contraire*, trib. comm. Marseille, 2 sept. 1892, *Journ. des faillites*, 1894, p. 278.

d'un mois pour former opposition que lorsqu'ils invoquent un moyen à eux propre et étranger au failli (1).

137. Les délais de l'art. 580, C. com., sont de rigueur; il ne saurait y avoir aucune augmentation à raison de la distance qui peut exister entre le lieu où sont accomplies les formalités de publicité et le lieu où est domiciliée la partie qui veut se pourvoir (2). Cpr. art. 580 et art. 582, C. com.

138. D'après les art. 442 et 42, dern. alin., C. com., il est justifié de l'insertion du jugement déclaratif dans un journal par un exemplaire de ce journal certifié par l'imprimeur, légalisé par le maire et enregistré dans les trois mois de sa date. Le défaut ou le retard de l'enregistrement ne peut faire considérer la formalité comme non remplie et mettre, par suite, obstacle à ce que le délai de l'opposition coure. En définitive, les formalités légales ont été remplies dans leur

(1) La Cour de Nancy, a, dans un arrêt du 18 décembre 1869 (D. 1870. 2. 55; S. 1871. 2. 92; *J. Pal.*, 1872. 319), consacré un principe contraire. Il s'agissait dans l'espèce de l'incompétence *ratione personæ* alléguée par l'opposant : « Cette incompétence constitue, selon la Cour de Nancy, un moyen propre au failli et étranger aux tiers, d'où la conséquence que ceux-ci ne peuvent s'en prévaloir lorsque celui-là y a expressément ou tacitement renoncé. » — Nous éprouvons de grands doutes au sujet de cette décision que la note du Recueil de Dalloz déclare à la fois neuve et très exacte. Elle introduit dans la loi une distinction que ne comportent guère les termes généraux dont elle se sert; de plus, nous ne comprenons pas bien le sens de cette distinction. Quels seront ces moyens propres aux tiers que n'aurait pas pu invoquer le failli? L'intéressé, qui demandera le rapport de la faillite, prétendra que le débiteur n'était pas commerçant ou qu'il n'a pas cessé ses paiements; ce sont également les prétentions que pourrait faire valoir le failli lui-même. L'application de la distinction à l'incompétence est également défectueuse. On peut dire que l'arrêt joue sur les mots en disant que, comme il s'agit d'une incompétence *ratione personæ*, c'est une exception *personnelle* que le failli peut seul faire valoir. Il résulterait donc de là que, dès que la faillite aurait été déclarée par un tribunal quelconque, l'acquiescement du failli rendrait non recevable toute opposition et ferait que ce tribunal resterait définitivement saisi. C'est inadmissible : ce n'est pas, en effet, dans le seul intérêt du failli, que le tribunal de son domicile a été déclaré compétent; il pourrait se faire, au contraire, que le failli eût un intérêt de mauvais aloi à soustraire la connaissance de la faillite à ses juges naturels. Les créanciers ont un intérêt légitime et personnel à ce que la faillite soit suivie devant le tribunal qui est désigné par la loi pour en connaître; ils peuvent faire valoir cet intérêt dans le délai d'un mois qui leur est accordé. — V. *en ce sens*, Paris, 4 mars 1874, D. 1877. 2. 232, (la Cour dit nettement que l'opposition formée dans le délai de l'art. 580 est recevable, quels que soient les motifs invoqués).

(2) Alauzet, VI, n° 2853; Bravard et Demangeat, V, p. 647; Bédarride, III, n° 1186.

objet principal ; malgré le défaut d'enregistrement, elles ont donné de la publicité au jugement (1). Une solution contraire ne pourrait se justifier que s'il y avait dans le Code de commerce une disposition expresse l'adoptant.

Quant à la preuve de l'affichage, elle ne peut résulter que d'un acte dressé par l'officier public compétent au moment où la formalité est accomplie (2).

139. L'opposition est formée par un acte signifié. Mais à qui la signification doit-elle en être faite? On a admis parfois que, par application du droit commun, elle doit être faite seulement à la personne qui a obtenu le jugement attaqué, sauf le droit pour le syndic d'intervenir dans l'instance (3). Mais il paraît plus naturel d'exiger que l'opposition soit signifiée toujours au syndic par cela même qu'il représente la masse des créanciers (art. 443, al. 2, C. com.) (4). Cela suffit, si la faillite a été déclarée sur dépôt de bilan ou d'office. Mais si, ce qui est aujourd'hui le cas le plus fréquent (5), elle l'a été sur la demande d'un créancier, l'acte d'opposition doit aussi lui être signifié (6). Ce créancier a été partie au jugement attaqué ; il serait exorbitant et contraire aux principes que ce jugement pût être rétracté sans qu'il fût appelé à faire valoir ses observations.

Mais faut-il aussi que l'acte d'opposition soit signifié au failli lui-même? Il paraît raisonnable de résoudre affirmativement la question. Il s'agit pour le failli d'une question essentiellement personnelle.

(1) Cass. 4 nov. 1857, S. 1858. 1. 70 ; *J. Pal.*, 1858. 303.

(2) Aix, 7 avr. 1886, *Journ. des faillites*, 1889, p. 27 ; Cass., 22 mai 1895, D. 1895. 1. 384.

(3) Alger, 4 juill. 1851, D. 1851. 2. 230.

(4) Metz, 6 déc. 1849, D. 1850. 1. 146 ; Bordeaux, 17 nov. 1890, *Journ. des faillites*, 1892, p. 326.

(5) V. p. 81, note 6.

(6) Cass. 16 déc. 1850, D. 1851. 1. 118 ; Cass. 15 mai 1854, D. 1854. 1. 205. Chambéry, 29 déc. 1877, D. 1879. 5. 228 ; S. 1878. 2. 321 ; *J. Pal.* 1878 ; (Note de notre cher et très regretté collègue Ripert) ; Cass. Bruxelles, 11 avr. 1891, (*Journ. des faillites*, 1892, p. 264. — V. *en sens contraire* (il suffit que la signification soit faite au syndic), Agen, 4 juill. 1851, D. 1852. 2. 230 ; Aix, 13 janvier 1872, D. 1873. 5. 263 ; Lyon, 16 fév. 1889 ; Besançon, 15 janv. 1890, *Journ. des faillites*, 1889, p. 474 et 1890, p. 152.

140. L'opposition remet en question la déclaration de faillite à l'égard non seulement de l'opposant, mais encore de tous les intéressés. Cela tient au caractère absolu du jugement déclaratif (n° 111).

Mais elle n'a pas d'effet suspensif, puisque le jugement déclaratif est exécutoire par provision. C'est là une exception au droit commun. Car, même en matière commerciale, les jugements ne sont exécutoires par provision que nonobstant *appel* (1).

141. *Appel.* — Aucun texte du Code de commerce n'admet expressément l'appel contre le jugement déclaratif de faillite. Aussi a-t-il été parfois décidé que cette voie de recours n'est pas possible contre ce jugement, à moins qu'il n'ait été rendu sur une opposition formée en vertu de l'art. 580, C. com. (2). Dans le sens de l'exclusion de l'appel, on s'est prévalu à la fois de ce que le Code garde le silence sur la question et de ce que le jugement déclaratif ne serait pas, en principe, un acte de juridiction contentieuse, ne le deviendrait qu'après avoir été attaqué par une opposition. On a ajouté que l'art. 582, C. com., qui admet l'appel contre les jugements rendus en matière de faillite, est inapplicable au jugement déclaratif; l'art. 582 fait partir le délai de l'appel de la signification du jugement et cette signification occasionnerait pour le jugement déclaratif de grands frais, parce qu'elle devrait être faite à tous les intéressés.

Cependant l'appel doit être admis et il l'est par la jurisprudence (3). Il serait bien singulier qu'une question, aussi grave pour le failli d'abord et ensuite pour les nombreux intérêts qui se rattachent à la faillite, fût tranchée souverainement par le tribunal de commerce : un texte formel serait nécessaire pour consacrer une pareille solution et ce texte n'existe pas. Il y a, au contraire, deux dispositions qui impliquent que le jugement déclaratif est susceptible d'appel. D'abord, l'art. 582, C. com., abrége pour les jugements *rendus en matière de faillite* le délai ordinaire de l'appel. Cela suppose que l'appel peut être formé contre ces jugements et il paraît

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 483 *bis*.

(2) Caen, 5 fév. 1850; Douai, 6 mai 1850, D. 1852. 1. 36 et 138.

(3) Cass. 23 juin 1851, D. 1851. 1. 186; Toulouse, 16 mai 1861, S. 1861. 2. 492; *J. Pal.*, 1861. 798; D. 1861. 2. 118.

impossible de ne pas comprendre parmi eux le jugement déclaratif; c'est bien dans toute la force du terme un jugement *rendu en matière de faillite*. Puis, l'art. 583, C. com., énumère les jugements qui, en matière de faillite, ne sont pas susceptibles d'appel et le jugement déclaratif de faillite n'est pas compris dans cette énumération. Cela ne conduit à aucune impossibilité ou difficulté pratique quant à la signification du jugement; le nombre des personnes auxquelles il doit être signifié est limité (n° 149).

Au reste, l'art. *4 in fine* de la loi du 4 mars 1889 empêche qu'on ne puisse encore discuter sur la possibilité de l'appel contre le jugement déclaratif de faillite.

142. L'appel est toujours recevable de la part du failli, encore que la créance de celui qui a fait prononcer la faillite ne dépasse pas 1500 francs. Car une demande en déclaration de faillite est du nombre de celles qui ont un objet indéterminé. Les jugements statuant sur de telles demandes sont toujours susceptibles d'appel (1).

Il y a aussi à décider, ce qui est une question distincte, si l'importance de la créance du demandeur a quelque influence sur la recevabilité de l'appel contre un jugement rejetant une demande en déclaration de faillite. V. n° 153.

143. La loi est muette sur les personnes auxquelles le droit d'appel appartient. A raison même du silence de la loi, il convient de s'en tenir au droit commun. Par suite, le droit d'interjeter appel appartient à tous ceux qui ont été parties au procès et n'appartient qu'à ceux-là. Sous ce rapport, l'opposition de l'art. 580, C. com., diffère essentiellement de l'appel (2). Peu importe, du reste, que les parties aient ou non usé du droit d'opposition qu'elles pouvaient avoir; la maxime *contumax non appellat* n'a pas été reproduite par notre droit (3). — Il faut faire l'application de cette règle générale au failli et aux autres intéressés.

144. Le failli peut toujours interjeter appel, alors même que le ju-

(1) *Leçons de procédure civile* de Boitard, Colmet-Daage et Glasson, II, p. 56, note 2; Garsonnet, *Cours de procédure*, V, nos 917 à 919.

(2) Paris, 23 fév. 1888, *Journ. des faillites*, 1888, p. 331.

(3) *Leçons de procédure civile* de Boitard, Colmet-Daage et Glasson, II, n° 677, pour les principes généraux.

gement déclaratif aurait été rendu sur requête ou d'office ; car il doit être considéré comme ayant toujours été partie au jugement déclaratif (1). Mais, si ce jugement n'a pas été contradictoire, l'opposition et l'appel sont également admissibles, de telle façon que le failli qui néglige l'opposition, n'est pas privé pour cela du droit d'appel (n° 143).

145. Les créanciers et autres intéressés ne peuvent interjeter appel qu'autant qu'ils ont été parties au jugement attaqué. En conséquence, un créancier qui a formé opposition au jugement déclaratif et dont l'opposition a été rejetée, peut sans difficulté appeler du jugement qui l'a débouté. Mais, si ce créancier n'avait pas formé opposition, le droit d'appel devrait lui être refusé (2). Au reste, en admettant le droit d'appel pour les intéressés qui n'ont pas été parties dans l'instance en déclaration de faillite et qui n'ont pas usé du droit d'opposition, on se heurterait à une difficulté insoluble. Le délai de quinzaine donné pour interjeter appel du jugement déclaratif court à partir de la signification de ce jugement (art. 582, C. com.). Comment pourrait-on le signifier à une personne qui n'a pas été partie dans l'instance et que, par conséquent, on ne connaît pas par avance (3)?

146. Le délai habituel de l'appel est abrégé ; ce délai est de deux mois à partir de la signification du jugement (art. 443, C. pr. civ.) (4). D'après l'art. 582, al. 1, le délai d'appel, pour tout jugement rendu en matière de faillite, est de quinze jours à compter

(1) Orléans, 16 déc. 1868, D. 1869. 2. 22.

(2) Rennes, 1er mai 1876, D. 1878. 2. 207 (il s'agissait d'un jugement ayant fixé la date de la cessation des paiements, mais la question est identique, puisque l'art. 580 vise à la fois ce jugement et le jugement déclaratif) ; Aix, 6 avr. 1870, D. 1871. 2. 1 (observation analogue). — V. Besançon, 21 mars 1894, D. 1894. 2. 512.

(3) Faudrait-il donc signifier ce jugement à tous ceux qu'on supposera intéressés dans la solution? Non seulement cela entrainerait des frais considérables, mais c'est évidemment contraire à l'esprit de la loi ; celle-ci exige des formalités de publicité qui constituent en quelque sorte une signification collective. En outre, on ne serait jamais sûr de connaître tous les intéressés, de façon que le jugement resterait indéfiniment susceptible d'être réformé par suite d'un appel. En présence de ces difficultés, certains auteurs ont proposé d'appliquer le principe d'après lequel le délai d'appel court de l'expiration du délai d'opposition. Mais il est singulièrement arbitraire de combiner ainsi l'art. 443, C. pr. civ. et l'art. 582, C. com., pour prendre à celui-ci la durée et à celui-là le point de départ du délai.

(4) Le délai d'appel était de trois mois avant la loi du 3 mai 1862.

de la signification et, quoiqu'il y ait eu des doutes à cet égard, il semble bien difficile de nier qu'un jugement déclarant une faillite soit rendu *en matière de faillite* (1) n° 141. Ce délai est franc comme, en principe, tous les délais de procédure, c'est-à-dire qu'il ne comprend ni le jour de la signification du jugement ni celui de l'échéance du délai (2). Le délai de quinzaine est augmenté d'un jour par cinq myriamètres pour les parties domiciliées à plus de cinq myriamètres du lieu où siège le tribunal (art. 582, al. 2).

147. La signification qui fait courir le délai de quinzaine, est celle qui est exigée d'après les règles ordinaires de la procédure, c'est-à-dire la signification faite à la personne du failli ou à son domicile (art. 443, al. 1, C. pr. civ.). Mais il faut tenir compte ici de la règle spéciale de l'art. 422, C. pr. civ., qui régit les procès en matière commerciale : *Si les parties comparaissent, et qu'à la première audience, il n'intervienne pas de jugement définitif, les parties non domiciliées dans le lieu du siège du tribunal, sont tenues d'y faire élection de domicile. — A défaut de cette élection, toute signification, même celle du jugement définitif, se fait valablement au greffe du tribunal.*

Si l'on admet que la signification faite au greffe du tribunal suffit même pour faire courir le délai d'appel (3), cette solution doit être donnée pour le jugement déclaratif de faillite, comme pour tous les jugements *rendus en matière de faillite* et régis, par suite, au point de vue de l'appel, par l'art. 582, C. com. (4) (5).

148. La signification du jugement qui fait courir le délai de quinzaine après lequel l'appel n'est plus recevable, est celle qui a été faite par les personnes par lesquelles le jugement doit être signifié. Mais

(1) Angers, 14 mai 1878, D. 1879. 2. 200.

(2) Cpr. Amiens, 10 mai 1851, D. 1851. 5. 250; Bruxelles, 1er déc. 1893, *Journ. des faillites*, 1894, p. 431.

(3) V. dans le sens indiqué, *Traité de Droit commercial*, I, n° 434.

(4) Douai, 10 mai 1876, D. 1876. 2. 97. — V. en sens opposé, Paris, 31 janvier 1856, D. 1856. 2. 142.

(5) Quand le jugement concerne une personne établie à l'étranger, la signification doit être faite, conformément à l'art. 69, § 9, C. pr. civ., au parquet du procureur de la République qui vise l'original et transmet ensuite la copie au ministère des affaires étrangères qui doit la faire parvenir par la voie diplomatique à cette personne : Nancy, 20 fév. 1894, *Journ. des faillites*, 1894. p. 410.

une difficulté s'élève sur la détermination de ces personnes. Le jugement déclaratif qui a été rendu sur requête ou sur assignation peut assurément être signifié par le créancier qui l'a obtenu ; cette signification étant régulière, l'appel est non recevable quinzaine après sa date. Il a été à plusieurs reprises décidé, qu'au contraire, la signification faite par le syndic n'est pas régulière et ne fait pas, par suite, courir le délai d'appel (1). On se prévaut surtout en ce sens de ce que les seules personnes pouvant signifier un jugement sont celles qui y ont été parties, ce qui n'est pas le cas du syndic. Mais cette raison n'est pas décisive. Le syndic est investi d'un mandat de justice. Pour bien remplir ce mandat, il faut avant tout qu'il fasse le nécessaire pour rendre le plus tôt possible définitive la situation créée par le jugement déclaratif et ce résultat ne peut être atteint qu'autant que le délai d'appel est expiré.

149. Quant aux personnes auxquelles doit être faite la signification de l'appel, toutes les solutions données à propos de la signification de l'opposition (n° 139) doivent, par identité de raison, être admises. Par suite, il y a lieu de signifier l'appel dans tous les cas au syndic et, en outre, au créancier qui a obtenu le jugement déclaratif (2).

150. Toutes les règles posées au sujet du point de départ du délai de l'appel sont applicables au cas où le jugement déclaratif a été rendu sur assignation d'un créancier. Mais elles sont étrangères au jugement déclaratif rendu sur l'aveu du débiteur. Ce jugement n'est pas susceptible de signification au failli. Aussi, en ce qui le concerne, le délai de quinzaine admis pour l'appel court du jour même du jugement (3).

151. Une controverse spéciale s'est élevée dans le cas où le jugement déclaratif a été rendu par défaut. D'après l'art. 443, C. pr. civ., le point de départ du délai d'appel est, en général, pour un jugement par défaut, l'expiration du délai d'opposition ; ici ce serait donc

(1) Lyon, 12 mai 1894, *Journ. des faillites*, 1894, p. 263. — V. aussi, Gand, 29 juin 1893, *Journ. des faillites*, 1893, p. 390.

(2) Toulouse, 10 janv. 1880, D. 1880. 2. 184 (l'appel avait été signifié au créancier, qui avait poursuivi la déclaration de faillite, non au syndic; il est déclaré non recevable par la Cour). — Cass. 25 mai 1887, *Journ. des faillites*, 1887, p. 305; S. 1887. 1. 368; *J. Pal.*, 1887. 1. 907; D. 1888. 1. 484.

(3) Paris, 16 avr. 1894, *Journ. des faillites*, 1894, p. 296.

l'expiration des huit jours qui suivent la publication du jugement (art. 580, C. com.). On peut dire que, la loi ayant dispensé de la signification pour faire courir le délai d'opposition et ayant supposé que les formalités de publicité feront connaître suffisamment le jugement, il serait singulier qu'il en fût autrement pour l'appel. La jurisprudence s'est crue liée par le texte de l'art. 582 qui ne distingue pas ; elle décide que le délai de l'appel même contre un jugement déclaratif par défaut court de la signification de ce jugement (1). Il résulte de là qu'il est possible qu'un jugement qui n'est plus susceptible d'appel, puisse encore être frappé d'opposition. C'est une singularité contraire aux règles ordinaires d'après lesquelles l'appel n'est recevable contre les jugements par défaut qu'après que l'opposition n'est plus possible (art. 443, C. pr. civ.) ; la jurisprudence n'a pas pensé qu'elle pût combiner cet article avec l'art. 443, C. pr. civ., pour prendre au premier le délai et au second le point de départ du délai.

152. Nous n'avons parlé jusqu'ici, à propos de l'appel, que du jugement qui a déclaré la faillite. Il importe aussi de déterminer les règles applicables à l'appel en cas de rejet d'une demande en déclaration de faillite.

Le jugement qui repousse la demande est susceptible d'appel de la part du créancier qui l'avait formée ou du débiteur qui a déposé inutilement son bilan. Mais l'appel n'est pas possible de la part des créanciers qui sont demeurés étrangers à la demande (2). V. analog. n° 145.

153. L'appel est, en principe, possible de la part du créancier, encore que le montant de sa créance ne dépasse pas 1500 francs.

(1) Cass. 2 janv. 1877, S. 1877. 1. 60; *J. Pal.*, 1877. 395; D. 1877. 1. 64; Cass. 23 juin 1851, D. 1851. 1. 186; S. 1851. 1. 494; *J. Pal.*, 1852. 1. 306 (Cassation d'un arrêt qui avait décidé que le délai de quinzaine devait partir de l'expiration du délai de huit jours accordé par l'art. 580, C. com., au failli pour former opposition).

Pour que la signification du jugement par défaut fasse courir le délai de l'appel, il faut bien entendu qu'elle ait été faite régulièrement. Aussi ne fait-elle pas courir ce délai quand il s'agit d'un jugement déclaratif par défaut, faute de comparaître et que la signification n'a pas été faite par un huissier commis (article 156, C. pr. civ.) : Toulouse, 27 janvier 1895, *Le Droit*, n° du 27 janvier 1896.

(2) Paris, 23 fév. 1888, *Journ. des faillites*, 1888, p. 231. — Cpr. Nimes, 21 fév. 1885, *Journ. des faillites*, 1885, p. 117.

L'objet de la demande en déclaration de faillite n'a pas, en effet, une valeur déterminée (1). Mais il arrive parfois qu'un créancier forme à la fois une demande en déclaration de faillite et en paiement d'une créance dont le montant n'excède pas 1500 francs? Il n'est pas douteux que si, à la suite d'une demande ayant ces deux objets, le défendeur était déclaré en faillite, il pourrait interjeter appel. Pour lui, l'intérêt pécuniaire de la question est indéterminé (n° 142). Mais en est-il de même pour le créancier en cas de rejet de sa demande? La négative doit être admise quand le jugement refuse au demandeur la qualité de créancier (2); son intérêt pécuniaire n'est pas supérieur à 1500 francs. Doit-on aussi refuser au demandeur le droit d'appel quand le jugement, tout en reconnaissant qu'il est créancier d'une somme n'excédant pas 1500 francs, n'a pas déclaré la faillite du défendeur? L'appel doit alors être admis, parce qu'il ne porte que sur la question de faillite et qu'en ce qui concerne celle-ci, la demande est indéterminée.

154. Quel est le délai de l'appel contre le jugement qui rejette une demande en déclaration de faillite? Il paraît assez raisonnable de traiter cette voie de recours à ce point de vue comme elle l'est relativement au jugement déclaratif en vertu de l'art 582, C. com. On peut, du reste, dire que c'est là *un jugement rendu en matière de faillite*. Ainsi, le délai donné pour former l'appel est de quinzaine (3). Ce délai court du jour de la signification faite au créancier demandeur qui est l'intimé (art. 443, C. pr. civ., et 582, C. com.). Cela s'applique quand le débiteur a été assigné. Mais, si le créancier a formé sa demande par voie de requête sans mettre le débiteur en cause, quel est le point de départ du délai de quinzaine, en cas de rejet de la requête? On ne saurait exiger du débiteur qu'il signifie une décision rendue en sa faveur et à son insu. On est conduit à admettre que la prononciation du jugement équivaut en pareil cas à la signification

(1) Cass. 12 nov. 1890, *Journ. des faillites*, 1891, p. 7.

(2) Cass. 19 nov. 1884, *Journ. des faillites*, 1885, p. 59; S. 1886. 1. 254; *J. Pal.*, 1886. 1. 616. — V. pourtant Paris, 28 nov. 1891, *Journ. des faillites*, 1892, p. 17.

(3) Cass. 16 août 1842, Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 1364; Poitiers, 4 juill. 1860, D. 1860. 2. 168.

et que, par suite, le délai de quinze jours court du jour où le jugement a été prononcé (1). La même solution doit, par identité de raison, être admise dans le cas où l'appel est formé par un commerçant contre un jugement repoussant la faillite à la suite du dépôt de son bilan.

155. Selon l'art. 472, C. proc. civ., *si le jugement est infirmé, l'exécution entre les mêmes parties appartiendra à la Cour d'appel qui aura prononcé ou à un autre tribunal qu'elle aura indiqué par le même arrêt, sauf les cas de la nullité d'emprisonnement, en expropriation forcée et autres dans lesquels la loi attribue juridiction.* Le cas de faillite est un cas de ce genre; car, d'après l'art. 438, C. com., la déclaration de faillite doit être prononcée par le tribunal du domicile du failli. Aussi, en cas d'infirmation en appel d'un jugement repoussant la déclaration de faillite, la Cour doit renvoyer l'affaire au tribunal du domicile du failli qui avait rendu le jugement infirmé (2).

156. *Question commune à l'opposition et à l'appel contre le jugement déclaratif. Paiements postérieurs à ce jugement* (3). — Quand le failli a saisi le tribunal par une opposition ou la Cour par un appel, à raison de quelles causes le jugement déclaratif peut-il être rapporté? Il est certain qu'il doit l'être si le failli allègue et prouve que ce jugement ne devait pas être rendu, soit parce que le failli n'était pas commerçant ou qu'étant commerçant, il n'avait pas cessé ses paiements, soit parce que le tribunal n'était pas compétent. Souvent le failli reconnaît lui-même que le jugement était motivé par la situation existant au moment où il a été rendu, mais il allègue que cette situation a changé, que des ressources lui sont survenues et que ses créanciers ont été désintéressés. Les juges, saisis de l'opposition ou de l'appel,

(1) Poitiers, 1er juin 1880, D. 1881. 2. 113; Cass. 3 avr. 1883 (cet arrêt rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Poitiers), *Journ. des faillites*, 1883, p. 187; Paris, 23 juin 1892, *Journ. des faillites*, 1892, p. 452.

(2) Cass. 15 juill. 1890, *Le Droit*, nº du 20 août 1890. — V. Namur, *Le Code de commerce belge revisé*, III, nº 1616.

(3) V. plus haut (nº 130) ce qui est dit de la question de savoir si l'acquiescement rend non recevables l'appel et l'opposition.

peuvent-ils apprécier les choses comme entières, constater qu'il n'y a plus cessation de paiements et rapporter le jugement déclaratif, bien que celui-ci ait été, en définitive, bien rendu ?

Sauf quelques divergences (1), la jurisprudence peut être considérée comme fixée dans le sens de l'affirmative. Suivant la Cour suprême, « l'opposition a pour effet de faire tomber le jugement par défaut et « de remettre en question le point litigieux; dès lors, pour la déclaration de faillite, c'est au moment où il est statué contradictoirement que l'état de cessation de paiements doit être constaté (2); » le même raisonnement pourrait être fait pour l'appel (3). On comprend les considérations de fait qui ont déterminé cette jurisprudence, la faveur que semble mériter le commerçant qui, après avoir désintéressé ses créanciers ou s'être entendu avec eux, demande à être remis à la tête de ses affaires. La procédure de faillite paraît sans objet, puisqu'il n'y a plus de créanciers ou, tout au moins, qu'aucun d'eux ne réclame rien. Néanmoins cette solution soulève de graves objections en droit et en fait; elle est inspirée par un esprit analogue à celui qui se ma-

(1) Agen, 31 août 1858 et Bordeaux, 10 mai 1859, D. 1859. 2. 94 et 200; Paris, 18 mai 1874, S. 1875. 2. 236; *J. Pal.*, 1875. 958; Paris (2e chambre), 2 mai 1888, *Journ. des faillites*, 1888, p. 285; S. 1890. 2. 40; *J. Pal.*, 1890. 1. 228; D. 1889. 2. 216; Paris (2e chambre), 1891; Paris (4e chambre), 30 décembre 1891, *Journ. des faillites*, 1891, p. 405, et 1892, p. 55. Pendant longtemps, le tribunal de commerce de la Seine jugeait constamment qu'il n'y avait pas à rapporter la faillite en pareil cas. On cite quelquefois *en ce sens*, Paris, 5 avr. 1875, *Journ. des trib. de com.*, 1876, p. 52; mais dans l'espèce, le failli disait seulement, en formant opposition, qu'il était prêt à payer ce qu'il devait au lieu où la faillite avait été déclarée; il ne faisait aucune justification. — La Cour de cassation de Belgique admet que la situation, au moment du jugement déclaratif, doit seule être prise en considération : Cass. 21 mai 1891, *La Loi*, n° du 3 septembre 1891.

(2) Paris, 27 août 1868, D. 1869. 2. 73 et S. 1868. 2. 317; Rouen, 7 juin 1875, S. 1875. 2. 235; ch. civ., Cass. 23 nov. 1881, D. 1882. 1. 265; S. 1882. 1. 113; *Journ. des faillites*, 1882, p. 8 et sur renvoi, Dijon, 11 mars 1882, S. 1882. 2. 175; *Journ. des faillites*, 1882, p. 275; Amiens, 23 fév. 1883, *Journ. des faillites*, 1883, p. 257; Orléans, 14 fév. 1885, D. 1886. 2. 70; Trib. comm. Niort, 5 oct. 1892, *Journ. des faillites*, 1893, p. 74; Lyon, 14 mars 1894, *La Loi*, n° du 29 déc. 1894; Bordeaux, 21 juill. 1890, *Journ. des faillites*, 1891, p. 180; Paris (5e chambre), 28 mai 1895. — Alauzet, VI, n° 2847; Boistel, n° 904 *in fine*; Detourbet (note *Journ. des faillites*, 1882, p. 334 et suiv.); Bédarride, III, n° 1182.

(3) M. le conseiller Blondel, sur le rapport duquel a été rendu l'arrêt de cassation cité en tête de la note précédente, raisonne pour l'appel comme pour l'opposition. — V. ce rapport, *Journ. des faillites*, 1882, p. 10.

nifeste chez certains tribunaux quand il s'agit de la déclaration de la faillite (n° 103). Les juges sont préoccupés d'écarter certaines conséquences des dispositions légales qu'ils trouvent trop rigoureuses et s'attribuent un pouvoir discrétionnaire pour donner satisfaction à leurs idées d'équité; cette tendance prétorienne est des plus dangereuses et des plus regrettables. La faillite, une fois prononcée, a des effets très graves pour le failli, entraîne à sa charge des incapacités qui ne peuvent être effacées que par les formalités un peu compliquées de la réhabilitation, après que tous les créanciers ont été désintéressés. Certains tribunaux trouvent cela excessif: ils sont heureux de pouvoir effacer la faillite grâce à l'effet qu'ils attribuent à l'opposition ou à l'appel; si le failli a désintéressé tout le monde, qui pourrait se plaindre? Il faudrait, semble-t-il, céder à un formalisme bien étroit pour vouloir maintenir la faillite. Il n'en est pas moins vrai qu'on rétracte ou qu'on réforme un jugement qui, en définitive, a été bien rendu, qui avait constaté une situation de fait réelle, et qu'on efface les conséquences de cette situation d'une manière non prévue par la loi. Il y a plus : qu'est-ce qui justifie que tous les créanciers sont réellement désintéressés? Le failli, en payant les créanciers poursuivants ou présents, n'aurait-il pu se faire remettre en possession de son actif au détriment peut-être de créanciers qui n'ont pas encore été avertis et qui n'ont pas eu le temps de se faire connaître? Ne va-t-on pas, dès lors, directement contre le but que s'est proposé la loi en organisant la procédure de la faillite? Souvent même l'esprit de la loi sera méconnu encore plus manifestement. Si les créanciers ne se plaignent plus, ce n'est pas qu'ils aient touché ce qui leur était dû, ils ont accordé des termes ou bien ils ont donné quittance pour solde, tout en ne touchant qu'une partie de la créance et cette partie n'est pas la même pour chacun d'eux (1). Est-ce que cela ne prête

(1) C'est ce qui se présentait dans l'espèce jugée par la Cour de cassation dans l'arrêt du 23 novembre 1881, S. 1882. 1. 113; D. 1882. 1. 265; il était constaté que certains créanciers avaient été payés intégralement, que d'autres avaient touché soit 75, soit 50 0/0. Le rapport de M. le conseiller Blondel cité à la note précédente dit à ce sujet que « le failli ayant formé opposition au jugement déclaratif, il ne lui était pas défendu de traiter avec ses créanciers à des conditions débattues de gré à gré. » Bédarride, tout en admettant que le jugement doit être rétracté quand les créanciers ont été désintéressés, dit que l'op-

pas non plus aux graves abus que la loi a voulu éviter, soit en prohibant les traités particuliers (art. 507), soit en soumettant le concordat à des conditions précises (1)? Il faut donc considérer comme erronée la jurisprudence qui permet de rapporter un jugement déclaratif bien rendu. Cela ne veut pas dire assurément que, si aucun créancier ne se présente, la procédure de faillite devra continuer dans les formes ordinaires; cela n'aurait pas de sens. Les opérations doivent alors être closes en fait faute d'intérêt de masse, mais la faillite même subsiste tant qu'il n'intervient pas d'arrêt de réhabilitation (2).

156 *bis*. Il n'en est pas moins vrai que, dans le cas prévu, le premier jugement a été bien rendu. Aussi, si l'on admet que néanmoins il peut être infirmé sur l'appel ou sur l'opposition en cas de libération du débiteur de toutes ses dettes, doit-on en même temps reconnaître que les frais doivent être mis à la charge du débiteur (3).

156 *ter*. Au reste, du moment où le jugement déclaratif est passé en force de chose jugée, tout le monde reconnaît que le fait du paiement des dettes ne peut plus avoir aucune influence et que les inca-

position serait non recevable si elle n'avait pour base qu'un accord intervenu entre les créanciers et le failli (III, nº 1183).

(1) Dans la voie où elle s'est engagée, la jurisprudence est arrivée à des solutions logiques peut-être, mais bien singulières au point de vue des principes. Un négociant a été déclaré en faillite; sur son opposition, le tribunal rapporte la déclaration en se fondant sur les arrangements intervenus entre lui et ses créanciers; ces arrangements ne sont pas exécutés, la faillite est déclarée de nouveau et la cessation des paiements a été fixée à une époque bien antérieure à celle ou avait été rendu le premier jugement rapporté. N'y a-t-il pas là violation de la chose jugée, puisque, semble-t-il, le jugement n'a pu être régulièrement rapporté que parce qu'il avait été établi qu'il n'y avait pas cessation de paiements? La Cour de cassation juge que non : Cass. 28 juill. 1863, D. 1863. 1. 351; elle se fonde sur ce que la décision qui avait rapporté la faillite était subordonnée à l'exécution des arrangements qui l'avaient provoquée. Ainsi, malgré le texte positif de la loi (art. 437 et 440 combinés), le tribunal de commerce n'est plus chargé de constater si le fait de la cessation de paiements existe ou non; il peut reconnaitre que le fait existe, mais consentir à ne pas en tenir compte si telle condition est remplie. En cas de défaillance de cette condition, la faillite peut être déclarée : Rouen, 30 nov. 1885, *Journ. des faillites*, 1886. p. 18.

(2) V. *en ce sens* surtout une note de M. Beudant, D. 1869. 2. 73. Aj. Paris, 21 juill. 1849, D. 1849. 2. 235; S. 1849. 2. 516; *J. Pal.*, 1850. 2. 364.

(3) Voir sur ce point toutes les décisions judiciaires qui admettent la rétractation du jugement dans ces circonstances. — Cpr. Bordeaux, 25 juill. 1882, S. 1883. 2. 69; *J. Pal.*, 1883. 1. 440; Nancy, 15 déc. 1885, D. 1887. 2. 15; Paris, 7 nov. 1894; Orléans, 22 mai 1895, *Journ. des faillites*, 1895, p. 293 et p. 497.

pacités nées pour le failli de ce jugement ne peuvent prendre fin que par la réhabilitation obtenue dans les formes prescrites par le Code de commerce (1) (art. 604 et suiv.).

157. De même que le jugement qui déclare la faillite constate l'état de faillite *ergà omnes* (n° 111), de même la rétractation ou la réformation de ce jugement fait considérer, à l'égard de tout le monde, l'état de faillite comme n'ayant pas existé; il y a en cette matière une véritable indivisibilité (2), par suite de laquelle le jugement est opposable même aux créanciers qui n'y ont pas été parties, sauf à eux à se pourvoir au besoin par la voie de la tierce opposition en vertu des art. 474 et suiv., C. pr. civ.

158. VOIES DE RECOURS CONTRE LE JUGEMENT QUI FIXE LA DATE DE LA CESSATION DES PAIEMENTS. — Cette date est fixée, soit par le jugement déclaratif, soit par un jugement postérieur (n° 114). Il peut se faire que, le fait même de la faillite n'étant pas contesté et ne pouvant pas l'être, il y ait, au contraire, des doutes sur le point de savoir à quelle époque a commencé la cessation des paiements.

Différentes personnes peuvent avoir intérêt à critiquer la fixation qui a été faite à cet égard. D'abord, le failli peut soutenir qu'il a déposé son bilan dans le délai de quinzaine de l'art 438, C. com., alors que le tribunal a placé la date de la cessation des paiements à une date bien antérieure à cet aveu du failli. Mais, on ne concevrait pas qu'un failli voulût faire reporter la date de la cessation des paiements à une date antérieure à celle qui a été fixée. Il n'aurait pas qualité pour obtenir ce report; ce n'est pas à son profit, mais à celui de la masse, qu'ont été établies, par les art. 446 et suiv., C. com., les nullités pouvant résulter de ce report (3). Aussi la masse des créanciers a-t-elle intérêt à ce que cette date soit reculée autant que possible pour faire tomber sous le coup des art. 446 et suiv., C. com., les actes qui ont augmenté le passif ou diminué l'actif du failli, tan-

(1) Cass. 6 fév. 1889, S. 1892. 1. 371; D. 1890. 1. 464; *Journ. des faillites*, 1889, p. 265.

(2) Boistel, n° 903. — Cf. Alger, 31 juill. 1849, D. 1850. 2. 45. — Cass. 16 février 1892, *Journ. des faillites*, 1892, p. 337; D. 1893. 1. 426.

(3) Poitiers, 19 nov. 1857, D. 1857. 1. 153.

dis que ceux qui ont participé à ces actes sont disposés à prétendre que la période suspecte n'avait pas encore commencé quand ils ont traité avec le failli.

Au point de vue de la fixation de la date de la cessation des paiements, les créanciers ont, comme cela résulte des art. 441, 580 et 581, C. com., un droit d'action individuel (1). Ce droit laisse, du reste, subsister l'action du syndic comme représentant la masse, de telle sorte qu'en fait, c'est le plus souvent à la requête ou sur le recours du syndic qu'est fixée ou modifiée la date de la cessation des paiements (2),

159. Quels moyens ont les différents intéressés pour critiquer la fixation qui a été faite? Dans quels délais doivent-ils en user? — Les voies de recours ordinaires ouvertes contre le jugement qui fixe la date de la cessation des paiements sont l'opposition et l'appel (3).

160. *Opposition.* — L'art. 580, C. com. (4), détermine à la fois pour le jugement déclaratif et pour *celui qui fixe à une date antérieure l'époque de la cessation des paiments*, les délais dans lesquels l'opposition doit être formée. Cet article donne le droit de former opposition au failli et à toute autre partie intéressée, pourvu que l'opposition soit formée par le premier dans la huitaine et par les autres dans le mois de l'accomplissement des formalités de publicité. V. n^os^ 132 et suiv.

Mais la loi ne s'est pas bornée à poser cette règle, elle en a ajouté une autre dans l'art. 581, selon lequel *aucune demande des créanciers tendant à faire fixer la date de la cessation des paiements à une époque autre que celle qui résulterait du jugement déclaratif de faillite ou d'un jugement postérieur, ne sera recevable après l'expiration des délais pour la vérification et l'affirmation des créances. Ces délais expirés, l'époque de la cessation de paiements demeurera irrévocablement déterminée à l'égard des créanciers.*

(1-2) Cpr. Cass. 10 janv. 1894, *Le Droit*, n° du 2 mars 1894.

(3) V. plus haut, n^os^ 128 et suiv.

(4) Si la date est fixée expressément ou tacitement (art. 441, *in fine*, C. com.) au jour même du jugement déclaratif, il n'est pas douteux qu'elle puisse aussi être critiquée. L'opposition est alors dirigée contre le jugement déclaratif lui-même.

Il n'est pas aisé de concilier ensemble l'art. 580 et l'art. 581, C. com., quant au délai de l'opposition accordé aux créanciers.

Les personnes qui veulent le maintien des opérations faites par elles avec le failli sont régies exclusivement par l'art. 580, puisque l'art. 581 ne parle pas d'elles; elles ont donc, pour faire opposition, un délai d'un mois à partir des formalités de publicité de l'art. 442, C. com. Mais, pour les créanciers, il semble y avoir deux délais, l'un fixé par l'art. 580, C. com., qui peut être considéré comme les comprenant sous le nom d'*intéressés*, l'autre par l'art. 581 qui les vise expressément. Le premier délai est invariable, le second varie avec l'époque à laquelle est terminée la procédure de vérification et d'affirmation des créances.

Il est facile de comprendre que, suivant les cas, entre le moment où est rendu le jugement en question et la clôture de la procédure de vérification et d'affirmation, il s'écoule plus ou moins d'un mois. Le délai de l'art. 581 est donc tantôt plus long, tantôt moins long que le délai de l'art. 580. Comment fonctionne ce double délai à l'égard des créanciers?

161. Dans un système radical, on prétend que l'art. 580 est fait pour les intéressés autres que les créanciers et l'art. 581 pour les créanciers. Ainsi, les créanciers ne pourraient former opposition que jusqu'à la vérification et l'affirmation des créances, tandis que les autres intéressés auraient, pour le faire, un délai d'un mois à partir de la publication du jugement. Cette différence, dit-on, s'explique rationnellement : les créanciers sont parties à la procédure préparatoire de la faillite; celle-ci leur fournit, au fur et à mesure qu'elle se poursuit, des renseignements sur la conduite et sur les opérations du failli ; tant qu'elle n'est pas achevée, des faits nouveaux peuvent se révéler et motiver une demande en report d'ouverture. L'incertitude ne peut se prolonger indéfiniment et doit prendre fin avec cette procédure même pour tous ceux qui y sont mêlés et peuvent se tenir au courant des divers incidents qu'elle provoque. Bien différente est la situation des autres intéressés, de celui, par exemple, qui a reçu une donation du failli; il n'a pas à figurer dans la procédure de la faillite, il ne peut être mis en demeure de se pourvoir contre le jugement qui l'atteint directement dans ses intérêts que par la publicité légale; il doit donc

avoir un délai fixe à partir de cette publicité. Ce système implique ainsi que les créanciers sont régis uniquement par l'art. 581 (1). Cela ne peut se concilier avec l'art. 580 qui donne un mois à *tous les intéressés* autres que le failli. Comment cette expression si générale ne comprendrait-elle pas les créanciers? On ne peut restreindre arbitrairement la portée de l'art. 580, C. com. Mais, si cet article a en vue les créanciers comme les autres intéressés, comment le combiner avec l'art. 581? Ceux qui pensent qu'il y a à tenir compte pour les créanciers des deux dispositions, sont loin de s'entendre.

162. Dans une opinion partagée par beaucoup d'auteurs (2), l'article 580 établirait un délai maximum pour le droit d'opposition des créanciers : par cela seul qu'un mois se sera écoulé depuis la publication du jugement, les créanciers ne pourront plus former opposition, quand même la procédure de vérification et d'affirmation des créances durerait encore. Il n'y a pas de raison, dit-on, pour que les créanciers soient plus favorisés que les autres intéressés et aient un délai plus long que ceux-ci, puisqu'ils sont mieux avertis des incidents de la faillite. Mais les créanciers ne sont pas toujours sûrs d'avoir ce délai d'un mois; leur droit d'opposition est perdu par cela seul qu'il n'a pas été exercé avant la clôture de la procédure de vérification et d'affirmation, quel que soit le temps écoulé depuis le jugement. Le but de l'art. 581 a donc été de raccourcir, en certains cas, au détriment des créanciers, le délai donné à tous les intéressés par l'art. 580.

163. Dans une autre opinion que semble adopter la jurisprudence (3), le point de vue du législateur aurait été tout différent; il aurait voulu placer les créanciers, quant au délai de l'opposition, dans une situation meilleure que celle des autres intéressés. Les

(1) C'est là ce qui semble indiqué par un arrêt de cassation du 4 nov. 1857, D. 1858. 1. 34.

(2) Renouard, II, p. 391 à 395; Bravard, *Manuel de Droit commercial* (7e édition), p. 627 et 628; Laurin, *Cours élémentaire de Droit commercial*, nos 1045-1046. Le premier de ces auteurs cherche à appuyer son opinion sur les travaux préparatoires de la loi de 1838. — Orléans, 11 mars 1846, D. 1846. 2. 77.

(3) Orléans, 6 mars 1850, S. 1850. 2. 642; *J. Pal.*, 1850. 1. 245; D. 1850. 2. 49; Cass. 1er avr. 1877, D. 1879. 1. 353. — V. les arrêts cités dans Rép. Dall., vo *Faillite*, no 1345.

créanciers ont d'abord, dans tous les cas, le délai d'un mois comme les autres intéressés (art. 580) ; puis le délai expiré, ils peuvent encore se pourvoir, si la procédure de vérification dure encore (art. 581). Cette dernière disposition peut donc être invoquée par les créanciers qui agissent en dehors du délai général accordé aux intéressés ; elle ne peut être retournée contre eux, s'ils invoquent simplement ce délai (1).

164. Il est utile de prendre des dates à titre d'exemple pour faire comprendre le jeu de ces différents systèmes.

Un jugement du 1er février a fixé la date de la cessation des paiements ; il a été publié le 4. Les intéressés, autres que les créanciers, ont jusqu'au 4 mars pour se pourvoir, sans qu'il y ait à se préoccuper de la procédure de vérification et d'affirmation des créances. Cette procédure a été close le 15 février. Dans le premier et le second système exposés (nos 161 et 162), les créanciers n'auraient plus le droit de former opposition ; dans le troisième (no 163), ils l'auraient encore jusqu'au 4 mars. Si la clôture avait eu lieu le 15 mars, le second système déclarerait les créanciers forclos par application de l'art. 580 ; le premier les admettrait, parce que, d'après lui, ils sont régis seulement par l'art. 581 ; le troisième les admettrait également quoique par un motif différent, parce qu'il permet aux créanciers d'invoquer, suivant leur intérêt, soit l'art. 580, soit l'art. 581.

La loi est fort obscure et il est difficile de prendre un parti. Le premier système étant écarté comme restreignant arbitrairement la portée de l'art. 580, il semble plus conforme à l'esprit général de la loi en notre matière d'admettre qu'elle n'a pas voulu placer les créanciers dans une situation plus défavorable que les autres intéressés et, par suite, que l'art. 581 a eu plutôt pour but d'augmenter que de diminuer le délai de l'opposition. Néanmoins il ne faut pas méconnaître que l'art. 581 ne cadre guère avec ce système : *ces délais expirés* (ceux de la vérification et de l'affirmation), *l'époque de la cessation de paiements demeurera irrévocablement déterminée à l'égard des créanciers*. Ce n'est pas absolument vrai, puisque, même après ces délais, on permet aux créanciers d'agir, si l'on est encore dans le mois de la publication du jugement.

(1) Alauzet, VI, no 2856; Demangeat sur Bravard, V, p. 650 et suiv.

165. Les solutions données à propos des art. 580 et 581, C. com., s'appliquent au syndic représentant les créanciers comme à ceux-ci agissant individuellement (1). On ne comprendrait pas que le syndic, qui représente les créanciers, fût traité autrement qu'ils ne le sont eux-mêmes.

166. Mais, par cela même que le droit d'opposition est un droit individuel pour les créanciers, ils peuvent remettre en question par une opposition ce qui a été jugé avec le syndic (2).

167. Les créanciers hypothécaires ou privilégiés peuvent-ils se prévaloir des délais de l'art. 581 comme les créanciers chirographaires? La question ainsi posée devrait être résolue affirmativement; car il n'y a dans les textes du Code aucune trace d'une distinction à faire entre les différentes espèces de créanciers. Mais il y a à distinguer selon que les créanciers dont il s'agit ont un intérêt commun avec celui des autres créanciers ou un intérêt propre et distinct de celui de la masse. Dans le premier cas seulement, les créanciers ont le bénéfice de l'article 581, tandis que, dans le second, ils sont exclusivement soumis à l'art. 580, C. com. Ainsi, le créancier qui a en vue de défendre son hypothèque ou son privilège menacé par la fixation de la date de la cessation des paiements, ne peut former d'opposition que dans le délai de l'art. 580, C. com. (3).

168. La détermination exacte des délais visés par l'art. 581, C. com., donne lieu à plusieurs difficultés.

Toutes les créances ne sont pas vérifiées et affirmées en même temps; un intervalle plus ou moins long peut s'écouler entre les vérifications des différentes créances. Faut-il, dès lors, envisager la procédure de vérification et d'affirmation dans son ensemble et permettre de former opposition tant qu'elle n'est pas close pour tous les créanciers, ou faut-

(1) Cass. 21 déc. 1858, D. 1859. 1. 36; S. 1859. 1. 469; Dijon, 26 mai 1884, *Journ. des faillites*, 1885, p. 110.

(2) Cass. 15 mai 1854, D. 1854. 1. 205; Cass. 10 janv. 1894, *Le Droit*, nº du 2 mars 1894. — V. pourtant Orléans, 12 mai 1869, D. 1869. 2. 25.

(3) Bordeaux, 30 juin 1856, S. 1857. 2. 17; Cass. 23 avr. 1861, D. 1861. 1. 160; *J. Pal.*, 1862. 505; S 1861. 1. 408; Toulouse, 17 nov. 1881, S. 1882. 2. 117; *J. Pal.*, 1882. 1. 676; Cass. 13 mai 1885, S. 1885. 1. 368; *J. Pal.* 1885. 1, 902; D. 1886. 1. 136. — Alauzet, VI, nº 2857; Bravard et Demangeat, V, p. 654 à 656.

il fixer le délai d'une manière distincte pour chaque créancier? La première solution paraît bien résulter de l'art. 581 ; il se réfère à une date unique applicable à tous les créanciers. Il serait, du reste, singulier que les créanciers dont le droit est le plus certain et dont l'admission n'a soulevé aucune difficulté, eussent perdu le droit de former opposition, alors que les créanciers dont les droits n'ont pas été immédiatement reconnus, l'auraient conservé (1).

Mais il ne suffit pas de se prononcer sur cette question. La loi qui fixe dans quels délais la vérification des créances doit commencer, n'indique pas quand elle doit se terminer. Aussi ces délais ne sont expirés que, lorsque les opérations de la vérification étant closes, le délai de huitaine accordé pour l'affirmation (art. 497, C. com.) est écoulé, alors même, du reste, que les créanciers se seraient mis en règle avant l'expiration de ce délai (2).

Le renvoi à l'audience d'une contestation relative à une créance ne prolonge pas le délai de l'opposition tendant au report de la date de la cessation des paiements, jusqu'au jugement de cette contestation (3). Il serait contraire à l'esprit de la loi de 1838 qui a voulu accélérer les opérations de la faillite, de n'admettre qu'il y a déchéance en vertu de l'art. 581, C. com., que lorsque toutes les contestations relatives à des créances produites ont été définitivement jugées (4).

Quand peut-on donc dire que les opérations de la vérification sont closes? On a parfois décidé qu'elles sont réputées closes par cela seul que le dernier créancier s'est présenté. Mais une telle règle est de nature à donner lieu à des difficultés de fait. Il est malaisé de savoir qui est le dernier créancier. Le mieux est de s'attacher à la date du procès-verbal dans lequel le syndic a déclaré closes les opérations de

(1) Cass. 4 janv. 1842, S. 1842. 1. 267; *J. Pal.*, 1842. 2. 159. — Renouard, II, p. 389 à 391; Alauzet, VI, n° 2857; Laurin, *op. cit.*, n° 1047.

(2) Cass. 8 mai 1860, D. 1860. 1. 242; S. 1860. 1. 406; *J. Pal.*, 1860. 1. 242.

(3) Ch. civ. rej. 21 déc. 1858, D. 1859. 1. 36; S. 1859. 1. 460; *J. Pal.*, 1859. 897; Cass. 12 août 1868, D. 1871. 5. 188; S. 1869. 1. 70; *J. Pal.*, 1869. 149. Cf. Caen, 29 mars 1882, *Journ. des faillites*, 1882, p. 536 (cet arrêt ne nous semble pas contraire, parce qu'on pouvait dire dans l'espèce qu'il n'y avait pas réellement clôture des opérations de vérification, puisque le juge-commissaire avait encore à procéder à une mesure d'instruction).

(4) V. l'arrêt du 21 déc. 1858 cité à la note précédente.

vérification (1). Les créanciers ont huit jours encore après cette date pour former opposition. Il est vrai que le procès-verbal de vérification peut être rouvert pour les créanciers retardataires, mais cela permet seulement à ces créanciers de participer aux opérations de la faillite, sans qu'ils obtiennent le droit d'opposition. Ce droit n'existé plus pour les créanciers vérifiés et affirmés précédemment, et la loi ne paraît pas admettre que des créanciers puissent en jouir quand il est perdu pour d'autres.

169. Toutes les règles posées précédemment visent le cas normal où le jugement fixant la date de la cessation des paiements est rendu avant la clôture des opérations de vérification et d'affirmation des créances. Mais il peut se produire des cas exceptionnels dans lesquels cette date n'est fixée que par un jugement postérieur à cette clôture. L'art. 581 est alors évidemment sans application aux créanciers (2). Sans cela ils seraient déchus du droit de former opposition alors qu'en l'absence d'un jugement, ce droit ne leur aurait, en réalité, jamais appartenu. Ainsi, en retardant la fixation de la date de la cessation des paiements, le syndic enlèverait aux créanciers le droit d'opposition. Dans un cas de ce genre, le droit d'opposition se trouve limité exclusivement par l'art. 580, C. com. (3).

170. Il résulte des explications qui précèdent que c'est seulement après l'expiration des délais des art. 580 et 581, C. com., que la date de la cessation des paiements demeure irrévocablement déterminée à l'égard des créanciers (art. 581, *in fine*). Il en est ainsi quand une opposition n'a pas été formée pendant ces délais. Mais, il va sans dire que, lorsqu'une opposition a été régulièrement faite avant leur expiration, le jugement statuant sur l'opposition peut n'être rendu qu'après ces délais; l'art. 581 se réfère à la date de la demande des créanciers, non à la date à laquelle est rendu le jugement qui statue sur cette demande (4).

(1) Cass. 21 déc. 1858, S. 1859. 1. 460; D. 1859. 1. 36; *J. Pal.*, 897; Cass. 10 décembre 1890, *Journ. des faillites*, 1891, p. 49; S. 1891. 1. 255; *J. Pal.*, 1891. 1. 618; D. 1891. 1. 257; Paris, 26 juill. 1891, *Journ. des faillites*, 1892, p. 59. — V. pourtant Paris, 22 fév. 1883, *Journ. des faillites*, 1883, p. 149.

(2-3) Trib. civ. d'Annecy, 7 fév. 1890. *La Loi*, nº des 28 et 29 avr. 1890. — Cpr. Cass. 5 juin 1893, S. et *J. Pal.*, 1893. 1. 486; D. 1894. 1. 519.

(4) Cass. 22 janv. 1861, S. 1861. 1. 85; *J. Pal.*, 1862. 765; D. 1861. 1. 365;

171. Jusqu'à l'expiration des délais des art. 580 et 581, C. com., la date de la cessation des paiements peut être modifiée sur la demande du syndic ou des intéressés et même d'office par le tribunal (art. 441, C. com.).

Dans quelles circonstances des modifications peuvent-elles être faites d'office par le tribunal? Il va de soi que le tribunal qui a fait une première fixation qu'il a déclarée lui-même provisoire ou qui n'en a fait aucune, peut d'office changer la date provisoire résultant de sa décision ou de la loi (art. 441, *in fine*, C. com.).

Une fois les délais expirés, le tribunal ne peut faire d'office ce que ne peuvent plus demander les intéressés (1).

Mais le tribunal, qui a fixé la date de la cessation des paiements sans réserve, peut-il d'office la modifier si l'on se trouve encore dans les délais des art. 580 et 581, C. com.? On a prétendu que le tribunal n'a pas ce droit dans ces circonstances. Les juges, dit-on, ne peuvent revenir perpétuellement d'eux-mêmes sur des jugements qu'ils ont rendus ; c'est à eux à ne statuer qu'à bon escient et la fixation une fois faite doit subsister tant qu'elle n'est pas attaquée dans les délais légaux par un intéressé (2). En réalité, il n'y a dans la loi aucune restriction au droit pour les juges de modifier d'office leurs décisions relatives à la date de la cessation des paiements, et toute restriction à cet égard pourrait être fâcheuse. Tant que les délais de l'art. 580 et de l'art. 581, C. com., ne sont pas expirés, il n'y a pas de chose jugée (3), il n'y a de droit acquis pour personne, et il n'y a rien d'exorbitant à ce que le tribunal statue d'office comme sur la demande d'un intéressé, puisqu'en cette matière, le législateur a cru devoir déroger à la règle ordinaire selon laquelle les tribunaux ne statuent qu'autant qu'ils sont saisis (4). Il n'en est pas moins vrai

Aix, 2 déc. 1863, S. 1864. 2. 198. — Alauzet, VI, nº 2857; Bravard et Demangeat, V, p. 659.

(1) Cass. 8 mai 1860, S. 1860. 1. 406; Aix, 2 déc. 1863, S. 1864. 2. 198. — Bravard et Demangeat, V, p. 659.

(2) Dict. de Couder, vº *Faillite*, nº 163.

(3) Cass. 5 juin 1893, *Le Droit*, nº du 26 oct. 1893; Cass. 20 oct. 1891, *Journ. des faillites*, 1891, p. 486.

(4) Cass. 1er avr. 1879, S. 1880. 1. 21; D. 1879. 1. 353. — Renouard, I, p. 285; Boistel, nº 901; Bédarride, I, nº 68; Bravard et Demangeat, V, p. 198.

que les tribunaux doivent user avec modération du pouvoir qui leur est ainsi attribué et ne pas modifier capricieusement la date une fois adoptée par eux sans aucune réserve.

172. L'opposition est signifiée aux mêmes personnes que lorsqu'elle est formée contre un jugement déclaratif de faillite. V. nº 139. Elle doit donc l'être au syndic et, en outre, à la personne qui a fait rendre le jugement frappé d'opposition, ou à cette personne seule quand l'opposant, ce qui est fréquent, est le syndic lui-même. Si le jugement attaqué a été rendu d'office, il ne peut être procédé que par voie de requête adressée au tribunal.

173. L'opposition peut être formée par le syndic ou par un intéressé, créancier ou autre.

Le créancier qui agit en temps utile, conserve le droit de tous. Aussi, même après les délais des art. 580 et 581, un créancier peut intervenir dans l'instance et le désistement de l'opposant ne compromet pas le droit de l'intervenant (1).

174. Le jugement rendu sur l'opposition produit ses effets *erga omnes* comme le jugement qu'il remplace. Il n'est pas possible qu'il y ait des dates de cessation de paiements différentes pour les divers intéressés; il s'agit d'une situation qui doit être réglée pour tous d'une manière uniforme.

175. *Appel.* — Pas plus pour le jugement fixant la date de la cessation des paiements que pour le jugement déclaratif de faillite (nº 141), la loi n'a parlé expressément de l'appel. Mais, le premier de ces jugements comme le second n'est pas rangé par l'art. 583, C. com., parmi les jugements rendus en matière de faillite contre lesquels l'appel est exclu. Cette voie de recours est donc admise.

L'objet de la demande en fixation de la date de la cessation des paiements n'a pas de valeur déterminée. Aussi l'appel est-il sans distinction recevable contre le jugement qui l'a fixée.

L'appel doit être formé dans le délai abrégé que détermine l'article 582, C. com., c'est-à-dire dans la quinzaine (sauf augmentation

(1) Rennes, 15 fév. 1861, S. 1861. 2. 356; Toulouse, 31 janv. 1893, S. et *J. Pal.*, 1894. 2. 97; D. 1894. 2. 22. — Cpr. analogie, art. 2190, C. civ. — V. Bravard et Demangeat, V, p. 648 et 649.

de ce délai à raison des distances) à partir de la signification du jugement attaqué. V. nº 146.

Dans le silence de la loi, il faut s'en tenir aux principes généraux quant aux personnes qui peuvent interjeter appel. Ce droit n'appartient qu'aux personnes qui ont figuré dans le premier jugement. Il est donc refusé aux créanciers qui y sont demeurés étrangers ; ceux-ci ne peuvent qu'y former opposition (1). Le caractère individuel qu'a en cette matière le droit des créanciers, empêche qu'on ne puisse dire exactement, comme on l'a dit quelquefois, que les créanciers, ayant toujours été représentés en première instance par le syndic, peuvent tous sans distinction interjeter appel (2). Cpr. nº 143.

SECTION III.

Des effets du jugement déclaratif de faillite.

176. Le jugement déclaratif de faillite produit des effets importants et nombreux. Il est utile d'avoir de ces effets une idée générale avant d'étudier chacun d'eux séparément. Il importe aussi de rechercher si tous ces effets dérivent bien du jugement déclaratif, de telle sorte qu'ils ne puissent exister si la faillite n'a pas été déclarée ou si certains de ces effets ne dérivent pas de l'état même de cessation des paiements, encore que cet état n'ait pas été constaté par un jugement déclaratif (3).

On peut diviser les effets du jugement déclaratif en deux grandes classes eu égard au temps auquel ils se rapportent; les uns sont produits dans l'avenir à partir du jour où est rendu le jugement déclaratif, les autres le sont dans le passé, c'est-à-dire dans une période de temps antérieure au jugement déclaratif.

(1) V. note 2 de la page 116. L'arrêt de la Cour de Rennes du 1er mai 1876, D. 1876. 2. 207, dit très bien : « La faculté d'appeler existe pour le créancier, « mais à la condition d'avoir été en cause; ce n'est là, d'ailleurs, que l'appli- « cation normale du second degré de juridiction et la seule dérogation à la règle « ordinaire ne touche qu'à l'abréviation du délai. »

(2) Orléans, 4 mai 1864, cet arrêt a été cassé : Cass. 30 janv. 1867, D. 1867. 1. 71. Ajout. Alauzet, VI, nº 2859; Dict. de Couder, vº *Faillite*, nos 1125 et 1126.

(3) V. sur la modification à apporter aux termes dans lesquels se pose la question, depuis l'admission de la liquidation judiciaire par la loi du 4 mars 1889, nº 194.

Aussi cette section sera-t-elle divisée en trois paragraphes.

I. — *Généralités. Énumération des effets du jugement déclaratif. Question relative à ceux de ces effets pouvant résulter du seul fait de la cessation des paiements.*

II. — *Effets du jugement déclaratif de faillite dans l'avenir.*

III. — *Effets du jugement déclaratif de faillite dans le passé.*

I. — GÉNÉRALITÉS. ÉNUMÉRATION DES EFFETS DU JUGEMENT DÉCLARATIF DE FAILLITE. QUESTION RELATIVE A CEUX DE CES EFFETS POUVANT RÉSULTER DU SEUL FAIT DE LA CESSATION DES PAIEMENTS.

177. Le jugement déclaratif de faillite est le point de départ de toute une procédure comprenant des opérations ou actes variés et destinée à sauvegarder les intérêts des créanciers et du débiteur, à rassembler et à conserver les différents éléments de l'actif, à faire connaître les créanciers du failli et le montant des créances de chacun d'eux, à faire apparaître les causes de la cessation des paiements et à préparer la solution à donner à la faillite. Dans cette procédure, des autorités et des personnes nombreuses ont à jouer des rôles variés.

178. L'ouverture de cette procédure peut être considérée comme un des effets du jugement déclaratif de faillite. Ce jugement produit, en outre, de plein droit, des effets qu'il n'est pas besoin d'y mentionner. Ce sont principalement les suivants :

1° Le failli encourt un certain nombre *d'incapacités* politiques ou autres qui ne cessent que par la réhabilitation (1). V. chap. VI.

2° Il est *dessaisi* de l'administration de tous ses biens (art. 443). V. nos 193 et suiv.

3° Le droit d'exercer des poursuites individuelles contre le failli est suspendu pour ses créanciers. V. nos 251 et suiv.

4° Les dettes non échues du failli deviennent exigibles (art. 444) et il ne peut obtenir de terme de grâce (art. 124, C. pr. civ.). V. nos 257 et suiv.

5° Le cours des intérêts des créances non garanties par un privi-

(1) Décret-loi 2 fév. 1852, art. 15 17° et art. 26 et 27; L. 8 déc. 1883, articles 2 8° et 8; L. 29 juill. 1881, art. 6.

lège, un nantissement ou une hypothèque, est arrêté à l'égard de la masse (art. 445). V. nos 267 et suiv.

6° La masse des créanciers a une hypothèque sur les immeubles du failli (art. 490, al. 3). V. nos 276 et suiv.

7° A partir du jour du jugement déclaratif, on ne peut plus inscrire de privilège ou d'hypothèque du chef du failli (art. 448). V. nos 281 et suiv.

La faillite exerce une influence importante sur les droits de certaines personnes dont les garanties ordinaires se trouvent effacées ou restreintes ou subordonnées à des conditions spéciales, notamment quant à la preuve des créances auxquelles ces garanties sont attachées; il en est ainsi du vendeur de meubles, du bailleur d'immeubles, de la femme du failli (art. 450, 550, 557 et suiv., C. com.).

On dit souvent que le jugement déclaratif *clôt les magasins du failli*. A cela se rattachent des conséquences importantes au point de vue des droits des personnes qui ont expédié des marchandises, des titres ou des effets de commerce, qui ne sont arrivés qu'après la faillite du destinataire. V. art. 574 et suiv., C. com.

179. En outre, des effets spéciaux à certains contrats sont produits par le jugement déclaratif. Généralement ces effets sont communs à la faillite et à la déconfiture.

D'après l'art. 1865, C. civ., *la société finit..... 4°..... par la déconfiture de l'un des associés;* cela doit être étendu sans hésiter au cas de faillite (1). Bien entendu, la faillite d'un associé n'entraine la dissolution de la société que si celle-ci a été formée *cum intuitu personæ;* ainsi, la faillite d'un associé dans la société en nom collectif ou dans la société en commandite simple, d'un commandité dans la société en commandite par actions, a cet effet; mais, il n'est pas produit par la faillite d'un actionnaire (2). Au reste, il y a là une simple interprétation de volonté. Aussi peut-il être stipulé dans une société

(1) *Traité de Droit commercial*, II, nos 323 et 542; Pont, *Traité des Sociétés*, no 726. — Paris, 5 janv. 1853, D. 1854. 5. 708; Ch. req. 4 août 1880, D. 1881. 1. 464 et S. 1881. 1. 56 (dans l'espèce, il a été admis que la société a été dissoute de plein droit par le fait même de la cessation de paiements de l'un des associés; cela se rattache à une théorie dont il sera parlé plus loin, no 118).

(2) V. *Traité de Droit commercial*, II, nos 903 et 1026.

formée *cum intuitu personæ* que, malgré la faillite d'un associé, la société continuera (1).

180. L'art. 2003, C. civ., indique également la *déconfiture* du mandant ou du mandataire comme mettant fin au mandat; on n'hésite pas davantage à appliquer cette disposition à la faillite. Si le failli avait donné un mandat, comment le mandat pourrait-il s'exécuter alors que le mandant est dessaisi de l'administration de tous ses biens; il ne peut plus, ni par lui-même ni par autrui, faire d'actes relatifs à son patrimoine (2). Si c'est le mandataire qui est tombé en faillite, on comprend que la loi présume que le mandant ne lui continue plus sa confiance (3). On tire de ces règles une conséquence d'une assez grande importance pratique en matière d'endossement en blanc d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. Celui qui est porteur d'un de ces effets de commerce en vertu d'un endossement de cette nature peut régulariser cet endossement à son profit et au profit d'un tiers en vertu d'un mandat implicite que lui a donné l'endosseur; aussi l'endossement en blanc ne peut-il plus être rempli après la faillite de l'endosseur (4).

Il peut se faire que le mandat ait été donné à plusieurs personnes dont une seule est déclarée en faillite. Le mandat n'est révoqué que s'il s'agit d'une opération indivisible.

Résulte-t-il aussi de l'art. 2003, C. civ., que la faillite du préposant met fin au contrat qui le lie au préposé? On peut le contester (5). Le contrat dont il s'agit n'est pas un pur mandat; il tient aussi du louage de services. On ne peut dire que, comme le mandat proprement dit, il repose sur la confiance du préposé dans le préposant; le pre-

(1) Cass. 10 mars 1881, *Journ. des faillites,* 1885, p. 205.

(2) Douai, 20 fév. 1847, D. 1848. 2. 93 et S. 1848. 2. 180 (l'arrêt pose le principe indiqué au texte; on a toutefois critiqué la solution donnée dans l'espèce en disant que le principe ne devait pas s'appliquer au cas où le mandat était donné dans l'intérêt du mandataire; il s'agissait d'un négociant qui avait expédié des marchandises à son créancier avec pouvoir de les vendre moyennant un prix indiqué à imputer sur la créance). — V. Pont, *Traité des petits contrats,* n° 1141.

(3) Cass. 24 août 1847, D. 1847. 1. 329. — P. Pont, *Traité des petits contrats,* I, n° 1149.

(4) V. *Traité de Droit commercial,* IV, n° 149, p. 115.

(5) V. *Traité de Droit commercial,* III, n° 540.

mier ne doit pas au second des services purement personnels (1).

181. Aux termes de l'art. 1913, C. civ., la faillite rend exigible le capital de la rente constituée en perpétuel. Cf. art. 1188, C. civ. et 444, C. com.

182. Des effets sont aussi attribués à la faillite sur le contrat d'assurance maritime, que le failli soit l'assureur ou l'assuré. D'après l'article 346, C. com., *si l'assureur tombe en faillite lorsque le risque n'est pas encore fini, l'assuré peut demander caution ou la résiliation du contrat. L'assureur a le même droit en cas de faillite de l'assuré* (2).

183. En général, on reconnaît que tous les contrats, même non visés par un texte légal, reposant sur la confiance personnelle d'un contractant dans l'autre, prennent fin par la mort de l'un d'eux. Cette règle, fondée sur les art. 1865 4°, C. civ., et 2003, C. civ., est appliquée notamment à l'ouverture de crédit en cas de faillite du crédité (3) et au compte-courant en cas de faillite de l'un des correspondants (4).

184. Les créanciers d'une femme mariée ne peuvent pas demander sans son consentement la séparation de biens; il y a là un droit attaché à la personne dans le sens de l'art. 1166, C. civ. (art. 1446, 1er al., C. civ.). Mais, en cas de faillite ou de déconfiture du mari, ils peuvent exercer les droits de leur débitrice jusqu'à concurrence du montant de leurs créances (art. 1446, 2e al., C. civ.) (5).

185. La faillite peut donner lieu à des poursuites tendant à faire condamner le failli comme coupable du délit de *banqueroute simple*

(1) Dijon, 8 mai 1882, trib. civ. Seine, 10 janv. 1883, *Journ. des faillites*, 1882, p. 559, et 1883, p. 207.

V. *en sens contraire*, Trib. comm. de Marseille, 14 sept. 1882, *Journ. des faillites*, 1883, p. 65 (ce jugement décide qu'un commis peut être congédié sans avis préalable et sans indemnité, dans le cas de la faillite de la maison qui l'emploie; il est de l'essence du contrat de louage d'industrie d'être attaché à l'existence de l'industrie en vue de laquelle il a été conclu, alors même qu'une durée déterminée a été convenue; un fait de force majeure, tel qu'une faillite, qui fait cesser tout à la fois l'industrie et l'emploi, ne doit pas donner lieu à des dommages-intérêts).

(2) V. *Traité de Droit commercial*, VI, n° 1441.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, IV, nos 743 et suiv.

(4) V. *Traité de Droit commercial*, IV, n° 848.

(5) Cette disposition exceptionnelle sera étudiée à propos des droits de la femme du failli.

(art. 585 et 586, C. com.), ou du crime de *banqueroute frauduleuse* (art. 591, C. com.).

186. Les effets qui viennent d'être indiqués se réfèrent à l'avenir. Mais, le jugement déclaratif produit aussi des effets dans le passé, en ce sens qu'il est le terme d'une période plus ou moins longue désignée dans l'usage sous le nom de *période suspecte* ou de *temps suspect*. Cette période commence à la date de la cessation des paiements et comprend même, dans certains cas, les dix jours qui ont précédé cette date. Les actes faits durant cette période sont soumis à un système particulier de nullités (art. 446 à 449, C. com.), qui, sous des rapports multiples, diffère du système de l'action paulienne ou révocatoire pour cause de fraude (art. 1167, C. civ.). V. n^os^ 307 et suiv.

187. Parmi ces nombreux effets que produit la faillite, il en est qui, par la force des choses, ne sauraient se concevoir sans un jugement déclaratif rendu par le tribunal de commerce. Il en est ainsi de l'organisation de la procédure même de la faillite; de la nomination des agents et des autorités qui y prennent part : le tribunal de commerce qui prononce la faillite, nomme en même temps le juge-commissaire, un ou plusieurs syndics. Quant aux effets qui se produisent de plein droit, on pourrait *in abstracto* les concevoir comme dérivant virtuellement de la cessation de paiements, sans que cette cessation eût été constatée par un jugement *ad hoc* du tribunal de commerce compétent déclarant la faillite. Toute partie intéressée à se prévaloir d'un de ces effets dans une instance quelconque pourrait le faire comme demanderesse ou comme défenderesse, à la seule condition de justifier de l'état de cessation de paiements allégué par elle et la juridiction saisie serait compétente pour constater cet état virtuel de faillite et lui faire produire les conséquences dont il s'agit. Ce point de vue a-t-il été celui de notre Code?

La jurisprudence et un certain nombre d'auteurs le prétendent. Il importe de remarquer qu'il leur est impossible d'admettre toutes les conséquences logiques de leur système; un texte formel s'y oppose quelquefois. Ainsi, il est bien certain qu'il faut un jugement déclaratif pour produire le dessaisissement (1), l'exigibilité des dettes et la

(1) Ch. req., 23 juill. 1884, *Journ. des faillites*, 1884, p. 459. (Un débiteur

suspension du cours des intérêts; le texte des art. 433, 444 et 445, C. com., est on ne peut plus exprès à cet égard. On peut dire que le dessaisissement suppose une administration organisée pour remplacer celle du failli qui disparaît, que la suspension du cours des intérêts se rattache à une liquidation collective, que, par conséquent, on conçoit très bien que ces effets, quoi qu'ils se produisent de plein droit, ne peuvent résulter que d'un jugement déclaratif. Ce raisonnement semble impossible à faire en ce qui touche l'exigibilité. Un créancier dont le droit n'est pas encore échu, agit contre son débiteur commerçant; celui-ci invoque le terme; le créancier réplique en disant que son débiteur a cessé ses paiements, est en état de faillite et, par suite, est déchu du bénéfice du terme. Si l'idée générale indiquée tout à l'heure est exacte, qu'est-ce qui s'oppose à ce que le tribunal saisi vérifie l'allégation du demandeur et constate l'exigibilité de la dette au cas où cette allégation est exacte? Le texte de l'art. 444, C. com., est pourtant aussi formel que possible pour refuser ce pouvoir au tribunal et pour faire résulter l'exigibilité non pas de la cessation des paiements, de ce qu'on appelle la faillite virtuelle, mais seulement du jugement déclaratif (1). Est-ce que cela n'entraîne pas déjà un préjugé grave contre cette idée générale qu'on prétend être celle de la loi? Si elle a été celle du législateur, il faut avouer qu'il l'avait oublié lorsqu'il a écrit l'art. 444, C. com.

Les incapacités électorales paraissent bien aussi supposer essentiellement un jugement déclaratif de faillite. L'art. 15 17° du décret-loi du 2 février 1852 (2) et les art. 2, 3 et 8 de la loi du 8 décembre 1883 (3) parlent *des faillis non réhabilités* DONT LA FAILLITE A ÉTÉ DÉCLARÉE, etc....

187 *bis*. Si l'on écarte les cas dans lesquels un texte formel exige un jugement déclaratif pour qu'un effet de la faillite soit produit, que faut-il décider pour les autres? Selon nous, le système de nos lois

poursuivi ne peut soutenir que son créancier étant en état de cessation de paiements, n'a plus le droit d'agir en justice et qu'un syndic seul pourrait exercer des poursuites).

(1) Metz, 16 déc. 1868, D. 1869. 2. 206.

(2) *Décret-loi pour l'élection des députés*.

(3) *Loi relative à l'élection des juges des tribunaux de commerce*.

est très net; toutes les fois qu'elles parlent de faillite, elles ont en vue un certain état de choses constaté par le tribunal compétent, seul chargé de ce soin, c'est-à-dire par le tribunal de commerce du domicile du commerçant. Tant que ce tribunal n'a pas statué, il n'y a ni faillite, ni failli, et aucun autre tribunal ne peut, sous prétexte que la preuve de la cessation des paiements d'un commerçant lui serait fournie, appliquer les règles que la loi a édictées pour le cas de faillite. Seulement, depuis la loi du 4 mars 1889, la mise en liquidation judiciaire qui suppose la constatation de la cessation des paiements comme la faillite, produit, en principe, les mêmes effets que la déclaration de faillite (L. 4 mars 1889, art. 24). Comme celle-ci, elle est prononcée par un jugement du tribunal de commerce (L. 4 mars 1889, art. 1). V. n° 194.

Depuis longtemps, avant même la révision de 1838, la jurisprudence est entrée dans une voie directement contraire; quand elle n'est pas liée par un texte spécial du genre de ceux relevés ci-dessus (n° 187), elle admet qu'il y a un état virtuel de faillite, indépendant de toute déclaration formelle, qui peut être invoqué par les intéressés devant toute juridiction. Elle applique cette idée, soit en matière civile, notamment pour les restrictions apportées à l'hypothèque légale de la femme mariée (art. 563, C. com.), soit en matière criminelle, pour l'action du ministère public tendant à faire condamner un individu comme banqueroutier simple ou comme banqueroutier frauduleux. Il y a plutôt là deux faces de la même question que deux questions différentes; il importe cependant d'examiner ces deux faces séparément, parce qu'il y a des arguments se référant spécialement à chacun d'eux, bien que le point de départ soit le même; de plus, un certain nombre d'auteurs qui suivent la jurisprudence au point de vue criminel en matière de banqueroute, la repoussent au point de vue des effets civils de la faillite (1).

188. D'après une jurisprudence à peu près constante, « si la juridiction des tribunaux consulaires est spécialement compétente pour déclarer l'ouverture de la faillite et en fixer l'époque, il appartient néanmoins, dans tous les cas, aux tribunaux civils de reconnaître,

(1) V. sur l'ensemble de la question, Pierre Fourcade, *Des faillites non déclarées*.

dans la plénitude de leur juridiction, si le débiteur commerçant a, en réalité, cessé ses paiements et d'appliquer les effets légaux de cette situation (1). » On a dit aussi que le juge de l'action est le juge de l'exception ou qu'un tribunal compétent sur une question doit résoudre toutes les questions sans l'examen desquelles la question principale ne peut être tranchée. C'est à cela que se réduit ordinairement l'argumentation des arrêts ; on peut l'expliquer et la développer de la manière suivante. D'après l'art. 437, al. 1, tout commerçant qui cesse ses paiements est en état de faillite ; la cessation des paiements est un pur fait dont le tribunal de commerce est appelé à constater l'existence pour déclarer la faillite, mais qui existe avant cette déclaration et indépendamment d'elle ; cela résulte non seulement de l'article 437, mais aussi des art. 438 et 439 qui parlent de *failli* et de *faillite* et se placent à un moment où le tribunal de commerce n'a pas encore statué. Si l'organisation de la procédure de la faillite suppose forcément une décision *ad hoc*, il n'y a aucune raison pour que la faillite, qui existe en fait, ne produise pas ses effets légaux, dès que la juridiction saisie a constaté cette existence. Autrement on s'attacherait plutôt à des formules qu'à la réalité des choses. On a parfois cherché à appuyer ce système sur l'ancien Droit où, dit-on, les effets de la faillite étaient indépendants de toute déclaration de faillite (2).

Le plus souvent, c'est à propos de l'application des articles qui diminuent les droits de la femme en cas de faillite du mari et spécialement de l'art. 563, C. com., qui restreint son hypothèque légale, que la jurisprudence a affirmé la doctrine qui précède (3). Il est facile de comprendre qu'il y a d'autres applications possibles (4) et certaines

(1) Metz, 20 déc. 1865, D. 1866. 2. 10.

(2) Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 119.

(3) V. l'arrêt de la Cour de Metz cité à une note précédente. Ajout. Cass. 13 novembre 1838, S. 1839. 1. 121 (arrêt rendu par application du Code de commerce de 1807); Caen, 15 mai 1854, D. 1854. 2. 243; Cass. 4 déc. 1854, D. 1855. 1. 20; Lyon, 4 août 1887, *Journ. des faillites*, 1887, p. 481.

(4) Cass. 8 avr. 1845, D. 1845. 1. 248 (un commanditaire était poursuivi par les créanciers de la société qui avait cessé ses paiements et il opposait la compensation à raison d'une créance qu'il avait contre la société; la compensation est écartée par application des règles admises en matière de faillite). Cf., Ch. req. 22 janv. 1868, D. 1868. 1. 168 (on invoquait l'art. 446, al. 2, pour faire annuler le paiement d'une dette non échue; la Cour se borne à dire que,

décisions judiciaires adoptent même une formule très large pouvant comprendre tous ou presque tous les effets de la faillite (1).

Au reste, on reconnaît bien que les tribunaux ne peuvent constater la faillite que dans les circonstances où le tribunal de commerce pouvait la déclarer. Aussi cette déclaration n'est plus possible quand le commerçant qu'on prétend avoir cessé ses paiements avant son décès, est mort depuis plus d'une année (art. 437, al. 3, C. com.) (2).

189. A nos yeux, ce système est inadmissible; il est en désaccord avec l'esprit de la loi en matière de faillite et avec les textes. Les effets de la faillite supposent un jugement déclaratif rendu par un tribunal de commerce et constatant la cessation des paiements.

Qu'a voulu la loi dans le cas où un commerçant cesse ses paiements? Elle a voulu que sa situation fût réglée d'une façon uniforme à l'égard de tous; c'est pour cela que le tribunal de commerce du domicile est seul déclaré compétent, que sa décision vaut *ergà omnes*, si elle n'est pas attaquée dans les délais légaux. Cela ne se déduit pas seulement

le débiteur n'ayant jamais été déclaré en état de faillite, ce ne sont pas les règles de la faillite, mais les principes du droit commun qu'il faut appliquer; dans l'espèce, le débiteur était mort depuis plus d'une année quand on s'était prévalu de l'art. 446, C. com.). — V. aussi pour l'application des art. 597 et 598, C. com., par cela seul qu'il y a cessation de paiements : Cass. 4 juill. 1854, D. 1854. 1. 403; Aix, 12 déc. 1883, *Journ. des faillites*, 1884, p. 483.

(1) « Il est de principe que la faillite est un fait qui existe et doit entrainer toutes ses conséquences au point de vue des intérêts civils indépendamment de toute déclaration émanée de la juridiction commerciale » Trib. civ. de Ruffec, 13 avr. 1869, D. 1871. 2. 54. La Cour de Caen est moins absolue, elle reconnait que si la cessation de paiements d'un commerçant constitue l'état de faillite, cet état ne peut produire les effets légaux qui y sont attachés qu'à la condition d'avoir été déclaré judiciairement. Cette déclaration, habituellement prononcée par les tribunaux de commerce en vertu de la compétence spéciale qui leur appartient, peut l'être également, *dans quelques cas exceptionnels*, par les tribunaux civils à raison de la plénitude de juridiction qui leur appartient (arr. du 15 mai 1854, D. 1854. 2. 243). Il serait intéressant de connaitre ces cas exceptionnels qu'entend viser cet arrêt. — V. tribunal de paix d'Oran, 5 déc. 1894, *La Loi*, nº du 12 déc. 1894 (ce jugement admet que l'art. 346, C. com., peut être appliqué quand la cessation de paiements est constatée, sans qu'il y ait eu un jugement déclaratif préalable. Renouard, t. I, sur l'art. 437; Rép. Dall., vº *Faillite*, nº 120; Pardessus, III, nº 1108; Alauzet, VI, nº 2798; Esnault, I, nºs 83 et 90; Bravard et Demangeat, V, p. 66 et p. 39, 40, 41, en note; VI, p. 3 et suiv. *Revue pratique*, 1871, t. XXXI, p. 7 à 59, et XXXII, p. 370, 415 (article de M. Bouniceau-Gesmon).

(2) Caen, 15 mai 1854, D. 1854. 2. 243; Cass. 4 déc. 1854, D. 1855. 1. 20. — V. analog. Cass. 16 avr. 1858, D. 1858. 1. 389.

du texte de l'art. 440, cela a été nettement expliqué dans les travaux préparatoires de la loi de 1838. Le rapporteur du projet, s'expliquant sur l'art. 437 devant la Chambre des députés, disait : « Le système de la commission ou plutôt du gouvernement, en rédi-
« geant le projet de loi, a été d'exiger, pour constituer la faillite, ce
« qu'on appelle la cessation de paiements, c'est-à-dire de ne plus
« s'attacher à un fait isolé, tel qu'un ou deux protêts, tel même que
« la clôture du magasin, qui pourrait tromper sur l'intention et le
« sens dans lequel cette circonstance aurait eu lieu, mais d'exiger
« un ensemble de circonstances, *et d'en laisser l'appréciation au*
« *tribunal commercial qui, éclairé par la connaissance et l'habi-*
« *tude des affaires commerciales, peut prononcer avec connais-*
« *sance sur cet ensemble de circonstances* (1). »

Cette explication montre bien que l'argument tiré par la jurisprudence des termes de l'art. 437 n'est en rien décisif et que cet article ne saurait être isolé de l'art. 440. Sans doute, la cessation des paiements est un fait, mais il s'agit de savoir qui a compétence pour le constater, si tout tribunal peut le faire à l'occasion d'une contestation dont il est saisi, ou s'il n'y a qu'un tribunal chargé de ce soin. L'art. 440 répond que *la faillite est déclarée par jugement du tribunal de commerce* et nous savons que ce tribunal a été ainsi désigné à raison de son aptitude professionnelle : dès lors, ne va-t-on pas contre le texte et l'esprit de la loi en laissant un tribunal quelconque procéder à cette recherche? De plus, il est bien certain que les décisions qui constatent ainsi, d'une manière incidente, qu'un commerçant est en faillite, sont régies par le principe général de l'art. 1351, C. civ., qu'elles n'ont qu'une autorité relative. Ainsi, un individu pourra être considéré à l'égard de certaines personnes comme étant en faillite et à l'égard de certaines autres comme n'y étant pas. C'est tout à fait choquant. Qu'on ne dise pas que cela peut se présenter dans d'autres matières par suite du caractère relatif de l'autorité de la chose jugée ; précisément dans la nôtre, le législateur a pris des précautions pour qu'il n'en fût pas ainsi, en décidant que le jugement déclaratif produit effet à l'égard de tous les intéressés, dès qu'il n'a pas été attaqué par eux dans les délais prescrits (V. n° 111).

(1) Duvergier, *Collection des lois*, note sur l'art. 437 de la loi de 1838.

Dans l'opinion opposée, on fait un singulier abus de l'idée selon laquelle les tribunaux civils ont la plénitude de juridiction et de l'adage en vertu duquel le juge de l'action est aussi juge de l'exception. Quand on parle de la plénitude de juridiction des tribunaux civils, on veut seulement dire qu'ils connaissent des affaires qui n'ont été expressément attribuées à aucun tribunal; mais, assurément, cela ne peut signifier que les tribunaux civils statuent même sur des affaires pour lesquelles la compétence est attribuée par des textes légaux à d'autres tribunaux. Quant à la compétence du juge de l'action pour statuer sur les exceptions, elle n'existe qu'autant que le juge de l'action n'est pas absolument incompétent pour connaître de l'exception. Les tribunaux civils ne peuvent pas plus trancher incidemment la question de savoir s'il y a faillite que les tribunaux de commerce ne peuvent résoudre incidemment une question d'état.

Quant à l'argument tiré de l'ancien Droit, il manque de base (1). En effet, il n'y a dans l'*Ordonnance* de 1673 rien d'analogue au jugement déclaratif du Code de commerce. L'art. 1er du titre XI indiquait quand la faillite serait réputée ouverte, sans charger spécialement une juridiction d'en déclarer l'ouverture (2).

190. Du reste, il est difficile d'indiquer avec précision, dans le système que nous combattons, les effets produits par la cessation des paiements en l'absence d'un jugement déclaratif de faillite. On écarte, cela va sans dire, tout ce qui touche à l'organisation de la faillite. Mais, tous les effets indépendants de cette organisation dérivent-ils de la cessation de paiements sans déclaration de faillite? Des décisions judiciaires semblent l'admettre. Mais, dans certains cas, on se heurte à des textes positifs qui visent expressément le jugement déclaratif. C'est ce qui a été dit plus haut (n° 187), spécialement à propos de l'exigibilité des dettes à terme; la disposition formelle de l'art. 444, C. com., à cet égard, est inexplicable dans l'opinion consacrée par la jurisprudence.

Que doit-on dire du système particulier de nullités organisé par les

(1) Delamarre et Le Poitvin, VI, n° 28.

(2) De même, le Code de 1807 parlait de l'*ouverture de la faillite* en termes équivoques; il ne faisait pas une distinction aussi nette que celle qu'a faite la loi de 1838 entre la cessation des paiements et le jugement déclaratif de faillite.

art. 446 et suiv., C. com.? Certaines décisions judiciaires l'ont considéré comme applicable sans déclaration de faillite; mais tout paraît contraire à cette idée. Il s'agit des actes faits pendant la période suspecte; comment est déterminée cette période? il y a précisément encore des règles spéciales à ce sujet, une attribution particulière faite au tribunal qui a déclaré la faillite pour la fixation de la date de la cessation de paiements. A défaut d'une fixation expresse par le tribunal de commerce, la cessation des paiements est censée s'être produite le jour même du jugement déclaratif (art. 441, C. com., *in fine*). Il semble bien résulter de là que la cessation des paiements ne produit aucun effet en l'absence d'un jugement.

On ne peut douter qu'en écrivant les art. 446 et suiv., le législateur ait eu en vue une déclaration de faillite: le jugement déclaratif est mentionné dans l'art. 448; il est question *de la masse* au profit de laquelle sont écrites ces nullités et les créanciers ne forment une masse qu'autant qu'ils sont réunis dans la même procédure et légalement représentés par les syndics (1).

Pour les restrictions des droits de la femme (art. 563, C. com.), à propos desquelles la jurisprudence a surtout affirmé la doctrine que nous combattons, il n'y a pas de texte aussi formel que ceux qui viennent d'être indiqués, mais il y a toujours les raisons générales données pour écarter les règles de la faillite en l'absence d'un jugement déclaratif. On peut ajouter qu'il n'est certainement pas conforme à l'esprit de la loi que les dérogations au droit commun qu'elle a admises en cas de faillite dans l'intérêt du commerce en général, soient invoquées par un créancier ou un acquéreur agissant dans son intérêt propre.

Ainsi que nous l'avons dit, la jurisprudence semble fixée dans le sens contraire à l'opinion que nous avons défendue (2), mais celle-ci

(1) Cf. Demangeat sur Bravard, V, note 2, p. 201.

(2) Cass. 29 avr. 1889, S. 1889. 1. 425; *J. Pal.*, 1889. 1. 1049; D. 1890. 1. 19. — On peut noter cependant quelques divergences anciennes; un arrêt de Douai du 15 avr. 1840 (Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 61) commence ainsi : « Attendu qu'aucune faillite n'existe qu'autant qu'elle a été expressément déclarée par un tribunal dans les formes déterminées par la loi. » En *Belgique*, avant la revision de 1851, la jurisprudence admettait, comme la nôtre, la faillite de fait. Mais, depuis la loi du 18 avril 1851 qui a revisé le livre III du Code de commerce de 1807, la

compte néanmoins quelques partisans autorisés dans la doctrine (1).

191. C'est également en matière criminelle au point de vue de la banqueroute simple et de la banqueroute frauduleuse que, d'après la jurisprudence, l'état de faillite peut résulter de la simple cessation des paiements sans jugement déclaratif (n° 185). Sur ce point, il y a encore de plus imposantes autorités : la jurisprudence s'est manifestée par une série d'arrêts de la Cour de cassation (2). De plus, certains auteurs qui, au point de vue civil, ne reconnaissent pas une faillite non déclarée, pensent néanmoins qu'un jugement déclaratif n'est pas le préalable nécessaire d'une poursuite en banqueroute simple ou en banqueroute frauduleuse (3). Aussi des auteurs (4), défendant en 1861 l'opinion opposée, disaient-ils qu'ils avaient contre eux la jurisprudence invariable de la Cour suprême et l'unanimité des auteurs qui ont écrit sur le droit criminel et le droit commercial (5). Cet isolement absolu a cessé (6) ; la solution de la jurisprudence est cependant encore adoptée par le plus grand nombre des auteurs (7) ;

jurisprudence *belge* repousse le système des faillites de fait : Cour de cassation de Belgique, 21 fév. 1861, *Pasicrisie belge*, 1861. 1. 142. De nombreux arrêts ont été rendus dans le même sens. Un arrêt de la Cour de Gand du 25 novembre 1875 (*Pasicrisie*, 1876, 2. 90) dit très bien à ce sujet : « Si, aux termes de l'art. 437 du Code de commerce, le caractère constitutif de la faillite est la cessation de paiements et se résout, partant, en un fait, il ne s'ensuit nullement que ce fait puisse produire ses effets en dehors de la constatation de son existence par l'autorité désignée par la loi; les termes de l'art. 442 du Code de commerce (correspondant à notre art. 440), qui exigent la déclaration de la faillite par jugement du tribunal de commerce, établissent précisément le contraire. » — V. Namur, III, n° 1624.

(1) Delamarre et Le Poitvin, VI, nos 26-41; Demangeat sur Bravard, V, note de la page 39, note 2 de la page 66, note 2 de la page 201, et note 1 de la page 203; Massé, *Le Droit commercial dans ses rapports avec le Droit des gens*, II, nos 1166-1167; Boistel, n° 898; Laurin, n° 958; Pierre Fourcade, *Des faillites non déclarées*, nos 97 et suiv.

(2) V. les nombreux arrêts rapportés dans le Rép. Dall., v° *Faillite*, nos 1394 et suiv.; Code de commerce annoté de Dalloz, art. 584, nos 13 et suiv., 66 et suiv.; aj. les arrêts plus récents cités dans les notes suivantes et Cass. 8 juillet 1885, 6 juin 1885, Trib. correct. Orthez, 26 nov. 1889, *Journ. des faillites*, 1885, p. 398 et 435; 1892, p. 270.

(3) Massé, *op. cit.*, II, nos 1167 et 1248; Laurin, n° 959.

(4-5) Delamarre et Le Poitvin, VI, n° 42.

(6) Demangeat sur Bravard, V, p. 204, note 1, et VI, p. 3 et suiv.; Boistel, n° 898; Trébutien, *Cours élém. de Droit criminel*, II, p. 69 et suiv.; Hoffmann, *Questions préjudicielles*, II, nos 314 et suiv.; Villey, note *Sirey*, 1879. 1. 481.

(7) Aux auteurs déjà cités, aj. F. Hélie, *Instruction criminelle*, VI, n° 2914, et

elle est néanmoins inexacte et il importe d'examiner avec soin les motifs sur lesquels elle se fonde.

192. D'après les termes de l'art. 585, C. com., *sera déclaré banqueroutier simple* TOUT COMMERÇANT FAILLI *qui se trouvera dans un des cas suivants*... l'art. 591 emploie une formule analogue pour le banqueroutier frauduleux. Il s'agit d'un délit ou d'un crime qui ne peut être commis que par un commerçant failli. Comment sera-t-il constaté que telle est la situation du prévenu ou de l'accusé? La jurisprudence invoque d'abord les termes généraux de l'art. 437, C. com., pour soutenir que la faillite résulte de la simple cessation des paiements; elle ajoute que la question de savoir si l'inculpé était en état de cessation de paiements n'est point une question préjudicielle excédant les limites de la compétence du juge criminel, mais une simple question de fait qu'il peut résoudre librement, sans se préoccuper de ce qu'a pu faire ou ne pas faire la juridiction commerciale qui statue dans un ordre d'idées et d'intérêts tout différent. Cela résulte du principe que la juridiction criminelle et la juridiction civile sont indépendantes l'une de l'autre (art. 3 et 4, C. inst. cr.), de telle sorte qu'à moins d'un texte formel (1), l'exercice de l'action publique ne peut être subordonné à l'existence d'une décision de la juridiction civile; ce texte n'existe pas ici (2).

En conséquence, il a été jugé qu'une poursuite en banqueroute est recevable, non seulement quand la juridiction commerciale n'a pas été appelée à connaître de l'existence de la faillite, mais même quand une sentence passée en force de chose jugée décide qu'il n'y pas faillite, attendu qu'il n'existe entre les deux instances ni identité d'objet, ni identité de parties (3). A l'inverse, un jugement déclaratif de faillite ne dispense pas le tribunal de répression de rechercher lui-même dans les circonstances de la cause si l'inculpé était commerçant et

VII, nº 3567; Blanche, *Études pratiques sur le Code pénal*, VI, nº 100; Mangin, *De l'action publique*, nº 169; Bertauld, *Questions préjudicielles*, nºs 80 et suiv.; Dict. de Couder, vº *Banqueroute*, nº 8; Garraud, *Traité de Droit pénal français*, V, p. 358 et suiv.

(1) V. art. 326 et 327, C. civ.

(2) V. notamment, Cass. 24 juin 1864, D. 1864. 1. 450; 18 août 1878, S. 1879. 1. 481; 23 déc. 1880, S. 1882. 1. 435.

(3) V. notamment, Cass. 23 déc. 1880, S. 1882. 1. 435.

s'il avait cessé ses paiements (1). Ainsi donc rien ne s'oppose à ce que, d'une part, un individu dont le tribunal de commerce a refusé de déclarer la faillite, soit condamné comme banqueroutier et à ce que, d'autre part, un individu déclaré en faillite soit renvoyé des poursuites dirigées contre lui, parce que la juridiction de répression pense qu'il n'était pas commerçant ou qu'il n'avait pas cessé ses paiements (2). A l'inverse, il va de soi qu'un tribunal de commerce, saisi d'une demande en déclaration de faillite, n'a pas à se préoccuper de la décision qu'a pu rendre la juridiction de répression saisie d'une poursuite pour banqueroute (3). Sur ce dernier point, il y a un complet accord.

193. Les conséquences logiques du système devraient, semble-t-il, faire déjà singulièrement hésiter à l'adopter. Elles sont des plus fâcheuses et de nature à amener, comme on l'a justement dit, de véritables scandales judiciaires. La juridiction spécialement compétente a décidé que tel individu n'était pas en état de faillite et cela ne va pas empêcher de le condamner comme failli! Au contraire, une faillite a été régulièrement déclarée, elle existe pour tout le monde et elle ne peut être rapportée, le jugement n'ayant pas été attaqué dans les délais légaux; néanmoins un juge correctionnel va pouvoir dire qu'il n'y a pas banqueroute simple, parce qu'il n'y a pas faillite (4)! Cela est souverainement choquant; il y a en quelque sorte entre deux juridictions une lutte directe engagée à propos d'une situation que la loi a voulu régler d'une manière générale et uniforme.

(1) Cass. 13 mai 1882, D. 1882. 1. 487, et *Journ. des faillites*, 1883, p. 29.

(2) Renouard, qui soutient que les tribunaux de répression peuvent prononcer sur la banqueroute en l'absence d'un jugement déclaratif, a hésité d'abord à admettre cette conséquence; il finit par l'admettre quoiqu'à regret, semble-t-il, puisqu'il ajoute : « Il faut compter qu'à défaut d'autorité de la chose jugée, le bon sens et la conscience des juges correctionnels et des jurés éviteront à la société le triste spectacle de la justice disant blanc et noir sur les mêmes faits. » *Op. cit.*, 3e édit., II, p. 427.

(3) Trib. comm. Marseille, 8 mars 1877, *Journ. de jurispr. de Marseille*, 1877. 1. 151 (ce jugement prononce la faillite d'un individu qui, poursuivi pour banqueroute simple, avait été acquitté par ce motif qu'il ne faisait pas le commerce).

(4) Nous ne parlons ici que du juge correctionnel et non de la Cour d'assises. Le premier motive son jugement, tandis que le verdict du jury, n'étant pas motivé, ne peut présenter cette contradiction avec le jugement du tribunal de commerce.

Il n'y a pas à revenir sur le point de départ même de la solution que nous combattons ; nous l'avons déjà réfuté en essayant de démontrer que, dans le système du Code de commerce, il ne peut y avoir de faillite sans jugement déclaratif (V. nos 186 et suiv.). Il résulte de là que, la qualité de failli chez l'inculpé étant une condition *sine qua non* de la poursuite en banqueroute simple ou frauduleuse, il ne s'agit pas d'un élément de fait dont la juridiction de répression puisse constater l'existence comme des divers éléments de fait d'un crime ou d'un délit (1) ; il y a là une véritable question préjudicielle devant laquelle doit s'arrêter la poursuite, tant qu'elle n'est pas tranchée par le tribunal compétent.

Dans le système de la jurisprudence, il y aurait indépendance absolue des deux juridictions qui ont à pourvoir à deux ordres d'intérêts tout à fait différents ; rien de plus naturel dès lors, dit-on, qu'il y ait un désaccord tout au moins apparent entre les solutions. Cette séparation absolue entre les intérêts privés et l'intérêt général ne paraît pas avoir été établie par le législateur en matière de faillite. Il est assez remarquable, d'abord, que ce soit le Code de commerce lui-même, non le Code pénal, qui mentionne les cas de banqueroute simple et de banqueroute frauduleuse comme des conséquences possibles de la faillite dont il détermine la procédure et l'organisation. De plus, les dispositions mêmes de la loi prouvent qu'elle s'est préoccupée de l'intérêt public et qu'elle a pensé qu'il pourrait y être donné satisfaction même en faisant de la faillite une affaire de la compétence exclusive de la juridiction commerciale. C'est ainsi que le tribunal de commerce a

(1) L'application du système de la jurisprudence est facile devant la juridiction correctionnelle qui constatera d'une manière distincte l'existence des qualités et éléments de fait nécessaires pour constituer le délit. Ce n'est pas aussi simple devant le jury. La faillite n'est pas un fait punissable par lui-même, on ne peut pas poser au jury une question uniquement relative à l'état de faillite de l'accusé ; cet état doit être visé dans la question qui porte sur le fait qui seul est punissable. Ainsi, l'on dira, par exemple : *L'accusé, commerçant failli, est-il coupable d'avoir soustrait ses livres?* Le jury est ainsi appelé à constater des faits de nature très diverse et il est à craindre que son attention ne se porte que sur le fait matériel de la soustraction. Cf. Delamarre et Le Poitvin, VI, p. 164 et suiv. Si le jury répond affirmativement, il aura reconnu que l'accusé était en état de faillite ; s'il répond négativement, on ne peut dire qu'il nie par là l'état de faillite, parce qu'il a pu penser que, tout en étant en faillite, l'accusé n'a pas commis le fait qui lui est reproché.

le pouvoir de déclarer la faillite d'office; ce pouvoir lui est conféré non seulement pour la protection des créanciers éloignés, mais pour la sauvegarde de l'intérêt général (n° 108); il peut refuser l'homologation d'un concordat pour des motifs tirés de l'intérêt public (art. 515). La loi commerciale s'est inquiétée de la répression des faits de fraude pouvant être commis à l'occasion des faillites; elle a prévu l'intervention possible du ministère public; elle a exigé la transmission immédiate au procureur de la République du ressort de l'extrait des jugements déclaratifs de faillite (art. 459); aux termes de l'art. 483, les officiers du ministère public peuvent assister à l'inventaire dressé par les syndics et ils ont, à toute époque, le droit de requérir communication de tous les actes, livres ou papiers relatifs à la faillite. Cette dernière disposition est bien difficile à comprendre dans un système qui permet au ministère public de requérir une instruction de banqueroute indépendamment de toute déclaration de faillite; il n'y avait pas besoin de l'autoriser à faire, en cas de faillite déclarée, des actes auxquels il peut procéder en tout temps.

Le système qui, au nom de l'intérêt public, revendique pour la juridiction de répression le droit de punir un individu comme banqueroutier sans tenir compte des décisions de la juridiction commerciale, nous paraît, en définitive, se ramener à une critique de la loi qui aurait eu tort de confier les questions de faillite aux juges consulaires et de laisser ainsi les intérêts privés et les considérations personnelles l'emporter sur l'ordre public.

194. La question qui vient d'être examinée, se présentait avant la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire. Mais, on a prétendu que cette loi ne permet plus de discuter cette question; toutes les dispositions de cette loi, a-t-on dit, supposent que la faillite peut exister et produire ses effets indépendamment du jugement du tribunal de commerce; spécialement l'art. 19 4°, de la loi du 4 mars 1889, pose, en principe, que le débiteur a pu être condamné comme banqueroutier simple ou frauduleux avant toute déclaration de faillite (1).

Selon nous, la question se pose encore et il faut persister à soutenir, même depuis la loi du 4 mars 1889, qu'une condamnation pour

(1) Garraud, *Traité de Droit pénal français*, V, note 9, p. 359.

banqueroute simple ou frauduleuse n'est pas possible tant qu'un jugement du tribunal de commerce n'a pas constaté le fait de la cessation des paiements. Seulement, ce qui résulte de la loi nouvelle, c'est que cette constatation peut, selon les cas, être accompagnée d'une déclaration de faillite ou d'une mise en liquidation judiciaire. L'art. 19 4° de la loi de 1889 suppose la condamnation pour banqueroute d'un débiteur en état de *liquidation judiciaire*. Celle-ci est une faveur dont un commerçant ne peut jouir qu'en vertu d'un jugement rendu *ad hoc* par le tribunal de commerce.

II. — EFFETS DU JUGEMENT DÉCLARATIF DE FAILLITE DANS L'AVENIR.

§ 1er. — *Dessaisissement.*

195. Le dessaisissement est un des effets les plus importants et les plus graves du jugement déclaratif. Il est certain, malgré la controverse examinée plus haut (nos 187 et suiv.), qu'il ne dérive pas du seul fait de la cessation des paiements (1). La liquidation judiciaire elle-même ne produit pas le dessaisissement; c'est là une des principales différences entre elle et la faillite.

196. D'après l'art. 443, al. 1, C. com., *le jugement déclaratif de la faillite emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens, même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite;* les alinéas suivants de l'art. 443 tirent des conséquences de cette règle générale au point de vue des actions en justice et des voies d'exécution. Le dessaisissement est une mesure énergique destinée à protéger les créanciers contre tous les actes par lesquels leur débiteur pourrait diminuer leur gage. L'idée en a été introduite dans notre législation seulement par le Code de 1807. L'Ordonnance de 1673 était bien défectueuse sur ce point. Il semblait résulter de ses dispositions qu'un individu en faillite pouvait se maintenir indéfiniment dans l'administration de son patrimoine, quoiqu'il eût cessé ses paiements (n° 12); ce n'était qu'après qu'il avait convoqué ses créanciers que ceux-ci

(1) Cass. 23 juill. 1884, *Journ. des faillites*, 1884, p. 459.

pouvaient prendre des mesures pour la conservation de l'actif; aussi des abus scandaleux s'étaient-ils produits (1). Vainement l'Ordonnance fulminait la peine de mort contre ceux *qui avaient diverti leurs effets* (tit. XI, art. 10 et 11), cela n'empêchait pas les faillis de détourner la plus grande partie de leur actif; les créanciers étaient ensuite à leur discrétion; ils aimaient mieux abandonner leurs droits pour un dividende même minime que de courir le risque de ne rien avoir par suite de l'impossibilité de retrouver les valeurs dissimulées. Aussi est-ce un des points sur lesquels l'attention du législateur de 1807 avait été particulièrement attirée (2).

197. Il y a lieu d'examiner : 1° *A partir de quel moment se produit le dessaisissement; 2° En quoi il consiste et quelles conséquences il produit; 3° A quels biens il s'applique.*

198. 1° *A partir de quelle époque se produit le dessaisissement.* — Le Code de 1807 était allé d'un extrême à l'autre. Pour remédier aux abus résultant de l'absence de dessaisissement (n° 196), on avait pensé qu'on ne pouvait pas dessaisir trop tôt le débiteur; l'ancien art, 442, C. com., portait que le failli, « *à compter du jour de la faillite* », est dessaisi de plein droit de l'administration de tous ses biens; il s'agissait non pas de la faillite déclarée par le tribunal de commerce, mais de la faillite ouverte par la cessation de paiements, Cf. anc. art. 441. La conséquence forcée d'une pareille règle était qu'on devait annuler tous les actes faits par le failli à partir de cette cessation qui peut cependant être ignorée de ceux qui traitent avec le failli et qui peut se placer à une époque bien antérieure

(1) Cf. Bédarride, I, n° 75.

(2) *Observations de Bigot-Préameneu au Conseil d'État :* « Il est certain que, dans la législation actuelle, on n'a point pris assez de mesures contre les manœuvres des faillis, et qu'ils ont, surtout dans les premiers temps de la faillite, trop de facilités pour soustraire des effets, pour les dénaturer, pour en disposer. En effet, il n'est d'usage d'apposer les scellés que quand le failli est absent. S'il est présent, il convoque ses créanciers et cette première convocation comporte un délai assez long, pendant lequel les opérations ne sont pas surveillées... Si les faillites sont devenues, par les fraudes qui s'y commettent, un moyen de s'enrichir, il est reconnu que c'est à l'ouverture même de la faillite, et par tous les moyens alors employés pour en imposer aux créanciers, que l'on parvient à se revêtir de leurs dépouilles. » Locré, *Législation de la France*, XIX, 78.

au jugement déclaratif (1). La jurisprudence, effrayée des résultats auxquels on serait ainsi arrivé, avait reculé devant l'application littérale de la loi; elle distinguait les actes à titre gratuit des actes à titre onéreux et n'annulait ceux-ci qu'autant qu'il y avait eu fraude (2).

La loi de 1838 a maintenu l'idée de dessaisissement, mais l'a mieux appliquée en ne faisant dater ce dessaisissement que du jugement déclaratif (art. 443); il y a là un fait qui ne laisse place à aucune équivoque; puis, en même temps que l'administration est enlevée au failli, des syndics sont nommés pour conserver et administrer les biens. Quant aux actes qui se placent avant le jugement déclaratif et qui ont pu nuire à la masse des créanciers en augmentant le passif ou en diminuant l'actif, ils ne sont pas annulés en bloc comme les actes postérieurs, ils sont régis par les dispositions spéciales des art. 446-449. V. nos 307 et suiv.

199. C'est *de plein droit* que le jugement déclaratif produit le dessaisissement; il n'a pas à le prononcer et il ne pourrait pas l'empêcher (3).

(1) Cela donnait un grand intérêt à la fixation de la date de la cessation des paiements.

(2) Renouard, I, p. 292; Bédarride, I, nos 76 et 77. Cette jurisprudence, dit Renouard, était contraire à la loi, mais les lois qui s'appuient sur des fictions courent le risque d'être éludées. On trouve, du reste, des arrêts qui ont appliqué la disposition dans toute sa rigueur. — V. par ex., Rouen, 12 juill. 1825, Rép. Dall., vo *Faillite*, no 188.

En *Belgique*, il s'était produit sur ce point une divergence bien singulière entre les Cours d'appel et la Cour de cassation; les premières, s'en tenant au texte des art. 441 et 442 combinés du Code de 1807, faisaient remonter le dessaisissement au jour de la cessation des paiements; la Cour de cassation, au contraire, décidait que le dessaisissement ne remontait pas au delà du jugement déclaratif. Il est curieux de voir une Cour, gardienne de l'observation de la loi, écarter ainsi des textes positifs, parce qu'elle les trouve contraires à l'équité. Ce qui est plus étrange encore, c'est le procédé employé par le législateur belge pour mettre fin au conflit. Il intervint, à la date du 10 juillet 1846, une loi interprétative de l'art. 442 ainsi conçue : « Le failli, à compter du jour « de la faillite, est dessaisi de plein droit de l'administration de ses biens. — « Néanmoins les questions relatives aux effets de ce dessaisissement seront dé« cidées suivant les principes généraux du droit et de l'équité. » Il semblait qu'on eût voulu par le 1er alin. donner raison aux Cours d'appel et par le 2e à la Cour de cassation. Aussi la controverse ne cessa-t-elle pas. Cf. Namur, III, no 1634. La loi sur les faillites du 16 avril 1851 y a mis fin, en adoptant le système de la loi française de 1838.

(3) Pardessus, III, no 1146; Dict. de Coudet, vo *Faillite*, no 178;

200. Peu importe que les prescriptions de la loi au sujet de la publication du jugement déclaratif (art. 442, C. com.) aient été ou non observées. Les sanctions des mesures de publicité en cette matière ont déjà été examinées plus haut (n° 124). En ce qui concerne le dessaisissement en particulier, il y a le texte de l'art. 443 qui est absolu et ne subordonne à aucune condition l'effet qu'il indique (1). Il y a analogie avec les jugements qui prononcent une interdiction ou nomment un conseil judiciaire et dont l'effet se produit également de plein droit. V. note 3 de la page 105.

201. Le dessaisissement date du jugement déclaratif, quand même ce jugement rendu par défaut aurait été rapporté sur l'opposition du failli, s'il a été ensuite maintenu en appel (2).

202. Mais si, par application de l'art. 156, C. proc. civ., le jugement déclaratif rendu par défaut est périmé faute d'exécution dans les six mois (n° 131), on ne pourrait plus invoquer le dessaisissement, puisque, le jugement disparaissant, la cause du dessaisissement aurait disparu en même temps (3).

203. Le dessaissement atteint le failli le jour où la faillite est déclarée, sans qu'il y ait à distinguer suivant que des actes se sont passés avant ou après l'heure où le jugement a été rendu. De puissantes considérations pratiques militent en faveur de cette solution, quelque rigoureuse qu'elle paraisse. Les jugements indiquent le jour et non l'heure où ils sont rendus (4), il y aurait donc des difficultés de fait

(1) Bravard (V, p. 74 et suiv.) a combattu cette opinion, en disant qu'il est injuste que le jugement soit opposé à des tiers qui auraient pu n'avoir aucun moyen de le connaître, ce qui ne l'empêche pas d'admettre que la publication a un effet rétroactif; il y est contraint par le texte même de l'art. 443; mais cela n'est pas logique. La solution que nous donnons au texte est admise sans difficulté par la doctrine et la jurisprudence. — V. notamment Demangeat sur Bravard, V, p. 76, note 1; Boistel, n° 908; Grenoble, 12 avr. 1851, D. 1852. 2. 212; S. 1851. 2. 727; cela est confirmé par ce qui va être dit à l'alinéa suivant du texte.

(2) Cass. 13 mai 1872, S. 1873. 1. 393; D. 1872. 1. 221 (rapport à la masse des sommes payées par le failli après le premier jugement).

(3) La Cour de Rennes a, le 7 janvier 1829, jugé que le dessaisissement persistait malgré la péremption; cette solution se comprenait dans le système du Code de 1807 qui faisait dater le dessaisissement, non du jugement déclaratif, mais de la cessation des paiements; la péremption du jugement ne pouvait faire considérer celle-ci comme non avenue. Cf. Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 193; Alauzet, VI, n° 2458.

(4) Amiens, 26 déc. 1854, S. 1856. 2. 563.

sérieuses pour établir, d'une part, le moment précis où la faillite a été déclarée et, d'autre part, le moment où a été fait l'acte incriminé. Les expressions mêmes de la loi semblent bien exclusives de toute distinction d'heures : l'art. 443 dit que le dessaisissement se produit à partir *de la date du jugement* et le jugement ne porte que l'indication du jour. Un autre texte semble encore plus décisif pour faire remonter les effets du jugement déclaratif à la première heure du jour où il est rendu, c'est celui de l'art. 448, C. com., d'après lequel les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis peuvent être inscrits *jusqu'au jour du jugement déclaratif;* ils ne peuvent donc pas être inscrits ce jour-là, même avant l'audience où le jugement est rendu (n° 281). Il n'y a pas de raison d'admettre une règle différente pour les autres effets du jugement (1).

203 *bis*. Droit étranger. — Il sera dit plus loin (n° 208 *bis*) que les diverses législations s'accordent à admettre le dessaisissement parmi les effets du jugement déclaratif. Mais elles diffèrent en ce qui concerne le moment à partir duquel le dessaisissement a lieu et les mesures par lesquelles le législateur a cherché à atténuer les effets du dessaisissement pour protéger les tiers de bonne foi, c'est-à-dire ceux qui font des actes avec le failli dans l'ignorance de la déclaration de faillite.

Quelques rares législations ont persisté à faire partir le dessaisissement d'une époque antérieure au jugement déclaratif. Il remonte à

(1) Metz, 23 juin 1857, D. 1858. 2. 36 et S. 1858. 2. 328; Ch. req. 21 mai 1878, D. 1878. 1. 313 et S. 1878. 1. 396 (rapport très complet de M. le conseiller Voisin); Paris, 26 nov. 1880, S. 1883. 1. 242; *J. Pal.*, 1883. 593; Trib. comm. Seine, 13 oct. 1891, *Le Droit*, n° du 4 nov. 1891; Bordeaux, 31 juill. 1895, *Journ. des faillites*, 1896, p. 196. Cf. dans le même sens, Rouen, 12 juill. 1825 (Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 188); la Cour décide qu'un paiement fait le jour de la cessation des paiements est nul, bien que les causes qui ont amené cette cessation n'aient été connues du débiteur que quelques heures après. La doctrine est à peu près unanime : Massé, II, n° 1181; Demangeat sur Bravard, V, p. 78, note 2; Alauzet, VI, n° 2454; Boistel, n° 908; Thaller, *Les faillites en droit comparé*, n° 88; Namur, III, n° 1635; Camberlin, *Manuel des trib. de commerce*, p. 381. — V. toutefois les objections formulées par M. Labbé, Sirey, 1883. 1. 242; *J. Pal.*, 1883. 593. — La loi *allemande* de 1877 (art. 100), prescrit d'indiquer l'heure à laquelle est rendu le jugement déclaratif; à défaut d'indication sur ce point, il est réputé rendu à midi. Mais la loi *allemande* (art. 6, 3e al.) présume que les actes faits par le failli le jour du jugement déclaratif l'ont été après ce jugement.

la date de la cessation des paiements d'après le Code de commerce *espagnol* (art. 878) au moins dans la faillite commerciale. Suivant la loi *danoise* (art. 14), le dessaisissement se produit du jour du dépôt du bilan, quand la déclaration de faillite est demandée par le débiteur lui-même.

Dans plusieurs États, une règle tout opposée a été admise, en ce sens que le dessaisissement ne se produit qu'à une date postérieure au jugement déclaratif. Le principe de la loi allemande (art. 5 et 6) est bien celui de la loi française; mais elle y déroge pour les paiements faits au failli. Ceux qui sont antérieurs à la publication du jugement déclaratif sont valables, à moins qu'on ne prouve la mauvaise foi de celui qui a payé; à l'inverse, les paiements postérieurs sont nuls, à moins que celui qui a payé ne prouve son ignorance de la faillite malgré la publication du jugement. La loi *autrichienne* ne fait partir le dessaisissement que de la publication du jugement déclaratif (art. 2 et 69); à titre exceptionnel, celui qui a payé le failli après la publication du jugement est valablement libéré, s'il prouve qu'il ne pouvait connaître le jugement.

En ce qui concerne les actes d'aliénation que pourrait faire le failli, on n'est fixé sur les règles à appliquer et sur le degré de la protection accordée aux tiers que par la connaissance du système général de publicité organisé dans l'intérêt des tiers pour les aliénations des différentes sortes de biens. V. notamment pour le Droit français, ci-après, nos 298 et suiv.

204. 2° *En quoi consiste le dessaisissement, quelles conséquences y sont attachées.* — Ainsi que cela a été dit (n° 196), le dessaisissement du failli a été admis pour assurer au profit des créanciers de celui-ci la conservation de tout ce qui reste au débiteur en les protégeant contre ses actes de fraude ou de mauvaise administration. Il y a là une situation toute particulière avec laquelle on ne trouve aucune analogie dans le Droit civil.

Le failli dessaisi ne doit être assimilé, ni à un propriétaire exproprié, ni à un interdit. Il importe de préciser les rapports sous lesquels le dessaisissement diffère d'une expropriation ou d'une interdiction et en quoi il consiste réellement.

205. Le dessaisissement n'équivaut en rien à une expropriation (1); aucun déplacement de propriété ne s'opère du failli au profit de ses créanciers. Le failli reste propriétaire; aussi ne peut-il être question ni de droit de mutation, ni de transcription au cas où le failli est propriétaire d'immeubles. Le failli conserve aussi les créances qui lui appartenaient avant le jugement déclaratif. Seulement l'exercice de ses droits de propriété ou de créance lui est enlevé pour être confié à des syndics; il n'y a mutation de propriété qu'au fur et à mesure des ventes qui pourront être opérées (2); si le failli est remis à la tête de ses affaires (3), il recouvre l'exercice de droits qui n'ont jamais cessé de reposer sur sa tête.

Seulement il est vrai que, le dessaisissement entraînant au profit des créanciers une sorte de mainmise ou de saisie générale de tous les biens du failli, ces biens sont frappés d'une véritable indisponibilité. Les effets de celle-ci sont indiqués ci-après (nos 209 et suiv.).

206. En principe donc, les droits et actions du failli sont exercés par les syndics du chef de celui-ci, puisqu'il en reste investi; on exprime cela communément en disant que *la masse est l'ayant-cause du failli* (4); l'expression peut être critiquée en ce qu'elle semble faire allusion à une véritable mutation alors qu'il n'y en a pas eu;

(1) L'art. 7 du projet élaboré par la section de l'intérieur du Conseil d'Etat disait : « Les créanciers sont saisis de plein droit, à compter du jour de la faillite, de tous les biens mobiliers, droits et actions du failli, ouverts avant la faillite ou pendant sa durée; » cet article signifiait bien qu'il y avait une véritable expropriation du failli et une longue discussion s'est engagée à ce sujet au Conseil d'État dans la séance du 26 février 1807. V. Locré XIX, p. 78-91. Les jurisconsultes italiens, auxquels a été empruntée l'idée du dessaisissement, emploient quelquefois des expressions qui semblent faire allusion à un transfert de propriété; voici, par exemple, ce que dit Casaregis : *Decocti actiones et jura, ipso jure, transeunt in creditores, in vim cessionis legalis* (Disc. 53, no 16). D'autre part, Roccus donne l'explication suivante qui est encore exacte aujourd'hui : *Possessio et proprietas bonorum decocti non tollitur a personâ decocti propter sequestrum a judice factum, neque proprietas et possessio bonorum sequestratorum transit ad deputatos, seu in administratores, sed solum custodia et administratio, cum lis non vertatur super possessionem aut proprietatem bonorum, sed solum ut his venditis satisfiant creditores* (*De decoctione*, no 155). Cf. Massé, II, nos 1179, 1182 et 1183.

(2) Dans les cas où la faillite se termine par l'*union* ou par le *concordat par abandon d'actif*.

(3) C'est là ce qui a lieu en cas de *concordat simple*.

(4) V. Paris, 13 fév. 1892, *Le Droit*, no des 18-19 juill. 1892.

elle est exacte en ce qu'elle indique que ce sont bien les droits du failli qui sont invoqués dans l'intérêt de la masse, de telle sorte que le dessaisissement ne modifie pas en eux-mêmes ces droits que les syndics font valoir dans les conditions et sous les restrictions qu'aurait subies le failli. Cela toutefois n'est pas absolument vrai ; la masse des créanciers a certains droits qui lui sont propres, spécialement en vertu des art. 446 à 449, C. com. ; dans le chapitre suivant, il y aura à rechercher dans quelle mesure la masse peut se prévaloir d'un droit propre ou doit subir la condition faite au failli comme étant son ayant-cause.

207. Des conséquences importantes ont été tirées par la jurisprudence de l'idée selon laquelle le dessaisissement laisse subsister les droits de créance ou de propriété dans la personne du failli. Deux méritent spécialement d'être signalées.

a. Un étranger a été déclaré en faillite en France, il a un débiteur étranger. Le syndic de la faillite, pour citer celui-ci devant un tribunal français, ne peut se prévaloir de l'art. 14, C. civ., en disant qu'il agit dans l'intérêt de la masse des créanciers français ; c'est le droit du failli étranger qu'il exerce et, par suite, l'art. 14 est inapplicable (1).

b. Un créancier privilégié ou hypothécaire veut faire vendre le bien affecté à son hypothèque ; pour éviter une vente en temps inopportun, le syndic le désintéresse avec les deniers de la faillite. Peut-il prétendre que la masse a été subrogée aux droits du créancier qui a été payé par application de l'art. 1251 1°, C. civ., ce qui offre un grand intérêt, si d'autres créanciers ont un droit de préférence sur le même bien ? La négative a été admise avec raison ; les deniers de la faillite ne sont pas la propriété de la masse, ils demeurent la propriété du failli qui est seulement dessaisi de l'administration de ses biens ; d'où il suit que, dans l'espèce, « c'est le failli lui-même qui,

(1) Ch. civ. rej. 12 janv. 1875, D. 1876. 1. 317 et S. 1875. 1. 124. La question de savoir si le Français, cessionnaire d'un créancier étranger, peut invoquer l'art. 14, C. civ., est discutée ; quand même on la résout par l'affirmative comme nous croyons qu'on doit le faire, il ne faut pas reconnaître à la masse des créanciers le droit de se prévaloir de cet article, puisque, comme nous l'expliquons au texte (n° 206), elle n'est pas, à proprement parler, dans la situation d'un cessionnaire.

en définitive, paie sa propre dette avec les fonds qui lui appartiennent, et non les créanciers, dont le patrimoine personnel n'a pas été diminué par ce paiement (1). » La situation serait la même si, en recevant son paiement, le créancier avait déclaré subroger expressément la masse ; l'obstacle de droit venant de ce que c'est, en définitive, le débiteur lui-même qui paie, ne disparaîtrait pas par là. Ce qui serait possible, c'est que la masse, comme telle, empruntât des deniers qu'elle emploierait à désintéresser le créancier ; on se trouverait alors dans le cas de subrogation légale par la volonté du débiteur prévu par l'art. 1250 2°, C. civ.

208. Si le dessaisissement n'est pas une expropriation, il n'équivaut pas non plus à une interdiction ; la loi veut, non pas frapper le failli d'une véritable incapacité, mais seulement mettre la masse à l'abri des conséquences des actes qu'il pourrait faire. Le failli ne saurait donc arguer de nullité les contrats qu'il a passés après la déclaration de faillite (2), ceux-ci sont valables en eux-mêmes (3), sauf à ne pas être exécutés au détriment de la masse des créanciers. Si ces derniers étaient désintéressés, rien ne s'opposerait à ce que les engagements du failli, même postérieurs à la faillite, produisissent tous leurs effets (4). *A fortiori* les personnes qui ont traité avec le failli ne peuvent-elles demander la nullité des actes faits avec lui. Au reste, les personnes qui contractent avec un interdit n'ont pas le droit de faire annuler ses actes (art. 1125, C. civ.).

208 *bis*. Ces principes sont applicables aux actes les plus divers faits par le failli après le jugement déclaratif (5) : aliénations, contrats par lesquels le failli s'oblige, paiements (n° 213). Pour que les actes du failli échappent aux effets du dessaisissement, il faut qu'ils soient devenus parfaits avant le jour où a été rendu le jugement déclaratif (n^os^ 214 et 215).

208 *ter*. Droit étranger. — Le dessaisissement est admis dans

(1) Cass. 30 mars 1875, D. 1875. 1. 353; S. 1875. 1. 341 ; Rennes, 2 janvier 1880, S. 1882. 2. 190.

(2) « Il est ridicule et indécent qu'un débiteur en faillite puisse prétexter cet état, pour demander la nullité des engagements qu'il a contractés. » Agen, 28 mai 1811. — V. aussi les divers arrêts rapportés, Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 198.

(3) V. un cas particulier, art. 597-598, C. com.

(4-5) Boistel, n° 906.

toutes les législations comme résultant de la déclaration de faillite : toutes reconnaissent que le débiteur perd l'administration de ses biens qui passe à un administrateur et prononcent la nullité des actes faits par le failli (1). En *Angleterre*, on admet que la propriété même des biens du failli passe au syndic; la loi anglaise de 1883 dispose (article 20) que les biens du failli deviennent partageables entre ces créanciers et que la propriété en passe au syndic (*the property of the bankrupt shall become divisible among his creditors and shall vest in a trustee*. V. aussi art. 54 de la loi anglaise. Le syndic est considéré comme une sorte de fiduciaire, on l'appelle *trustee in bankruptcy*, et un fiduciaire a la propriété des biens compris dans le fidéicommis. Cette idée paraît du reste avoir été adoptée par les anciens jurisconsultes italiens. Casaregis (*Disc.* 93, n. 10), dit : *Decocti actiones et jura ipso jure transeunt in creditores in vim cessionis legalis*.

208 *quater*. C'est dans l'intérêt de ses créanciers que le failli est dessaisi; il ne peut donc s'agir que du patrimoine qui leur sert de gage. Par suite, le failli conserve tous les droits qui ne touchent pas à ce patrimoine et le syndic ne saurait se substituer à lui dans l'exercice de ces droits. Des applications diverses de cette idée peuvent être faites à la puissance maritale, à la puissance paternelle et à la tutelle appartenant au failli.

a. La faillite ne modifie pas par elle-même les droits que le failli tient de la puissance maritale. Le failli peut donc autoriser sa femme à contracter; la loi n'a pas rangé la faillite parmi les cas dans lesquels l'autorisation de justice doit suppléer à l'autorisation maritale, Cf. art. 221, 222 et 224, C. civ. (2). Seulement, si l'autorisation donnée

(1) Loi *belge* de 1851, art. 444; loi *allemande* de 1877, art. 5 et 6; loi *autrichienne*, art. 1 et 3; Codes de commerce *italien*, art. 699; *roumain*, art. 714; *espagnol*, art. 878; *portugais*, art. 700; *chilien*, art. 359; *mexicain*, art. 962 et 972; *argentin*, art. 1402; loi *suisse*, art. 197 et suiv.; loi *brésilienne* de 1890, art. 18.

(2) La règle selon laquelle le mari peut valablement, malgré la déclaration de faillite, autoriser sa femme à contracter, nous paraît évidente, à plus forte raison ne mettrons-nous pas en question la validité de l'autorisation donnée par le mari avant le jugement déclaratif. — V. cep. un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 4 novembre 1882 (*Journ. des faillites*, 1883, p. 21) qui dit formellement qu'une autorisation donnée par un mari à sa femme depuis l'époque fixée pour la cessation des paiements, est nulle *comme se produisant à une époque où le mari était dessaisi du droit de disposer;* il y a la

par le failli habilite la femme, elle ne pourra pas produire sur le patrimoine du failli des conséquences préjudiciables à la masse : ainsi, un créancier, envers qui la femme commune en biens se serait obligée avec l'autorisation du mari en faillite, ne pourrait invoquer les art. 1419, C. civ. et 5, C. com., pour se présenter dans la masse comme créancier du mari (1).

b. La faillite ne modifie pas le régime matrimonial des époux, de telle façon que le mari en faillite conserve l'administration des biens de la communauté, des biens propres ou des biens dotaux de sa femme (art. 1421, 1428, 1531, 1549, C. civ.). Seulement la faillite donne fréquemment lieu à une demande en séparation de biens de la femme du failli (art. 1443 et 1563, C. civ.) (2).

c. La faillite n'apporte pas non plus, par elle-même, de modifications aux droits que le failli tient de la puissance paternelle ou d'une tutelle. Il conserve donc l'administration légale des biens de ses enfants (art. 389, C. civ.) ou de ses pupilles (art. 450, C. civ.). Mais la faillite peut donner lieu à une destitution de l'administrateur légal ou du tuteur (art. 444, C. civ.) (3). C'est la sentence de destitution pro-

une erreur singulière. Le tribunal parle du dessaisissement qui aurait précédé le jugement déclaratif, comme si l'on était encore sous l'empire du Code de 1807 ; de plus, quand même le mari aurait été dessaisi du droit de disposer, cela ne l'empêcherait pas d'autoriser sa femme; ce sont deux choses tout à fait distinctes. Nous devons avouer que le jugement semble s'être approprié une formule donnée par M. Pont, *Privilèges et hypothèques*, n° 447. — V. *en sens contraire*, Lyon, 7 fév. 1882, *Journ. des faillites*, 1882, p. 330. La question de savoir si cet engagement pris valablement par la femme pourra préjudicier à la masse, parce que la femme, devenue créancière de son mari (art. 1431, C. civ.), invoquerait son hypothèque légale, est toute différente, comme l'indique très bien cet arrêt de Lyon; la question sera examinée à propos des art. 446 et 447, C. com.

(1) C'est par application du principe posé au texte qu'on reconnait que la femme est valablement autorisée par son mari en faillite à voter au concordat de celui-ci. La solution mérite d'autant plus d'être remarquée que, par ce vote, la femme perd, en général, par application de l'art. 508, C. com., son hypothèque légale : Chambéry, 10 nov. 1877, S. 1878. 2. 5, *J. Pal.*, 1878; Trib. civ. Seine, 3 mai 1882; Trib. civ. de Nevers, 2 juill. 1888, *Journ. des faillites*, 1882, p. 297; 1889, p. 212.

(2) C'est ce qui explique même que souvent on a demandé que la procédure de séparation de biens fût simplifiée en cas de faillite du mari. V. notamment proposition de loi de M. Parent présentée le 7 mai 1878 à la Chambre des députés.

(3) D'après l'art. 444, C. civ. : « Sont exclus de la tutelle, et même destituables, s'ils sont en exercice : 1° les gens d'une inconduite notoire ; 2° ceux dont la gestion attesterait l'incapacité ou l'infidélité. » Il *peut se faire* que les cir-

noncée par le conseil de famille (art. 446, C. civ.) qui fait cesser l'administration par le père ou par le tuteur des biens de son enfant ou de son pupille, comme le jugement de séparation de biens met fin à l'administration du mari.

Le failli peut avoir, en qualité de père ou de mari, un droit de *jouissance* (art. 384, 1530, 1549, C. civ.). Les effets que la faillite produit sur ce droit de jouissance sont indiqués ci-après. V. n° 238.

209. Il ne suffit pas de montrer en quoi la situation légale du failli diffère de situations avec lesquelles on pourrait être tenté de la confondre. Il faut déterminer les effets précis que le dessaisissement produit. Ils peuvent se résumer de la façon suivante :

A partir de la déclaration de faillite, les actes du failli ne peuvent, ni directement ni indirectement, porter atteinte au droit de gage de ses créanciers et ceux-ci peuvent les tenir pour non avenus ; la situation des divers créanciers est fixée au jour du jugement déclaratif et l'un d'eux ne peut, à partir de ce moment, acquérir de droit de préférence, fût-ce en remplissant des formalités de publicité en vertu d'un titre antérieur. Cf. art. 448. Ce dernier point sera plus loin (n^os^ 280 et suiv.) l'objet d'explications spéciales.

210. La masse de la faillite peut donc méconnaître les actes de disposition ou d'administration du failli, les engagements qu'il aurait contractés, les paiements qu'il aurait faits ou reçus (1) (n° 208). Même les obligations résultant de faits illicites commis depuis la déclaration de faillite ne sauraient être exécutées sur l'actif de la faillite ; il n'y a pas à argumenter en sens contraire de l'art. 1310, C. civ., d'après lequel le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou quasi-délit. Il ne s'agit pas ici d'incapacité ;

constances qui ont amené la faillite donnent lieu à l'application de ces articles; cela n'est pas forcé, parce que la faillite peut être produite par des faits de force majeure et ne donner droit de suspecter ni la probité ni la capacité du failli. Cf. Demolombe, VII, n° 492. — On admet que l'art. 444, C. civ., pourrait être appliqué en cas d'administration légale du père, Demolombe, VI, n° 424.

(1) Orléans, 21 janv. 1876, S. 1876. 2. 44 (nullité de la délivrance de legs faite par un failli légataire universel). — V. Cass. 7 mars 1882, S. 1883. 1. 241 ; *J. Pal* , 1883. 593 (endossement d'un chèque); Trib. comm. Seine, 14 avr. 1885 (vente de valeurs mobilières), *Journ. des faillites*, 1885, p. 375 ; Cass. 16 nov. 1887 (cession de créance), *Journ. des faillites*, 1888, p. 137 ; Trib. civ. Seine, 23 déc. 1886 (acceptation d'offres réelles faite par le failli), *Journ. des faillites*, 1887, p. 636.

le failli s'oblige valablement par ses contrats comme par ses délits (n° 208) ; il s'agit d'une indisponibilité admise dans l'intérêt des créanciers et à laquelle le failli ne peut porter atteinte d'aucune manière.

211. Les conséquences pécuniaires d'un crime ou d'un délit commis par le failli antérieurement à la déclaration de faillite peuvent-elles être invoquées contre la masse, encore que la condamnation soit postérieure? Les principes conduisent à faire une distinction entre les frais de poursuite et les dommages-intérêts d'un côté et l'amende de l'autre (1). La créance résultant des frais de poursuite est simplement constatée par l'arrêt de condamnation ; elle naît directement des faits qui ont motivé la poursuite ; elle affecte dès lors les biens du condamné au même titre que toute autre obligation civile, qui, ayant une cause antérieure à la déclaration de faillite, aurait été judiciairement reconnue et déclarée à une époque ultérieure (2). Ce qui vient d'être dit des frais s'applique *a fortiori* aux dommages-intérêts. Quant à l'amende, au contraire, si elle a sa cause dans les faits qui ont provoqué l'action de la justice répressive, elle n'a d'existence que par l'arrêt de condamnation ; cet arrêt n'a pas, à l'égard de la peine, comme à l'égard des obligations aux frais ou aux dommages-intérêts, un effet simplement déclaratif qui puisse faire rétroagir le droit du Trésor public à une époque antérieure. Or, aucune créance nouvelle ne peut, à partir de la déclaration de faillite, être créée au préjudice de la masse et concourir avec les créances dont l'existence ou l'origine est antérieure à la déclaration de faillite.

212. Les conséquences du dessaisissement qui viennent d'être indiquées se produisent de plein droit : les tiers qui ont fait un acte avec le faillli peuvent s'en voir opposer la nullité sans qu'ils soient admis à se prévaloir de leur bonne foi, de leur ignorance du fait de la déclaration de faillite (n° 124) (3); peu importe même qu'à raison de

(1) Cass. 11 août 1857, D. 1857. 1. 343.

(2) Il y a une règle tout à fait exceptionnelle dans l'art. 592, C. com., à propos des frais de poursuite pour banqueroute frauduleuse.

(3) Cass. 17 déc. 1856, D. 1857. 1. 42 (annulation d'un paiement fait au failli porteur d'un effet de commerce revêtu d'un endossement en blanc) ; Cass. 14 janvier 1862, D. 1862. 1. 398 ; *J. Pal.*, 1862. 129 ; D. 1862. 1. 168 (mandat donné par le failli à l'effet de toucher une lettre de change ; le mandataire en touche le montant et le remet à son mandant dans l'ignorance de la faillite ; il est

leur éloignement, ils n'aient pu connaître le jugement déclaratif (1).

Le sort des actes du failli est ainsi remis entre les mains de la masse représentée par le syndic. Mais il va de soi que, comme pour les actes faits par des incapables et entachés d'une nullité relative, les effets des actes du failli ne peuvent pas être scindés. Si, par exemple, la masse tient la vente faite par le failli pour non avenue, il n'y a lieu ni à la livraison de la chose vendue ni au paiement du prix; si, au contraire, elle tient la vente pour bonne, la chose vendue doit être livrée et le prix payé (2).

213. Toutefois, il est un cas dans lequel une atténuation doit être apportée à ces principes rigoureux. D'après l'art. 145, C. com., *celui qui paie une lettre de change à son échéance et sans opposition est présumé valablement libéré* (3). Cette disposition s'applique aussi au paiement d'un billet à ordre (4) ou d'un chèque (5). Il résulte de là qu'à défaut d'opposition, le paiement fait par le tiré ou le souscripteur ignorant la faillite du porteur d'une lettre de change, d'un chèque ou d'un billet à ordre déclaré en faillite, peut être considéré comme libératoire.

214. Les donations faites par le failli sont traitées de la même manière, en définitive, qu'elles soient postérieures au jugement déclaratif ou qu'étant antérieures à ce jugement, elles se placent dans la période suspecte (art. 446, C. com.) (6). Il n'en est pas de même pour les actes à titre onéreux. Il y a une différence considérable entre ceux qui ont été faits la veille du jugement déclaratif et ceux qui l'ont été le jour même : les derniers ne sont pas opposables à la masse, tandis que les premiers peuvent seulement être annulés dans les termes de l'art. 447, C. com.

déclaré responsable envers la masse des créanciers; on ne peut invoquer contre cette solution l'art. 2008, C. civ., parce qu'il ne s'agissait pas d'un mandat révoqué, mais d'un mandat nul). Cf. Namur, III, n° 1664; Cour de Bruxelles, 7 décembre 1882, *La Loi*, n° du 31 mars 1883.

(1) Renouard, I, p. 293.

(2) Boistel, n° 910. — V. *Traité de Droit commercial*, VI, 294 et 297.

(3) *Ibid.*, IV, n° 316.

(4) *Ibid.*, n° 522.

(5) *Ibid.*, n° 588.

(6) En fait, il est rare que des donations soient faites et exécutées par le failli après le jugement déclaratif, par cela même que le failli, à raison du dessaisissement, ne détient plus ses biens qui passent entre les mains du syndic.

Un acte n'échappe aux effets du dessaisissement que lorsqu'il est parfait avant le jour où est rendu le jugement déclaratif de faillite. Cela donne un grand intérêt pratique à la question de savoir à quel moment on peut dire qu'un acte est parfait ou conclu. Des difficultés s'élèvent à cet égard pour les contrats faits par correspondance ou par intermédiaire (1).

215. Des questions assez nombreuses se présentent également au sujet des actes soumis à des formalités de publicité pour être opposables aux tiers, quand, ces actes étant antérieurs au jugement déclaratif, ces formalités ne sont remplies que postérieurement. Il s'agit alors de savoir si les créanciers du failli sont à ranger parmi les tiers qui peuvent se prévaloir du défaut d'accomplissement de ces formalités avant le jugement déclaratif pour faire considérer ces actes comme non avenus à leur égard. Cette question n'a été tranchée expressément que pour les constitutions d'hypothèque et pour les actes emportant des privilèges immobiliers, par l'art. 448, C. com. A propos de ce dernier article, la question sera examinée et résolue pour les autres actes tels que les aliénations d'immeubles, les aliénations de bâtiments de mer, les cessions de créances, les cessions de brevets d'invention (nos 299 et suiv.). Il n'y a pas de solution unique à donner sur cette question, parce que, pour les différents actes, les lois ont établi des systèmes de publicité différents et prennent le mot *tiers* dans des acceptions variées.

216. Une application importante des principes posés au n° 208 concerne la compensation; par suite du dessaisissement, celle-ci ne

(1) V. sur la question générale de la formation des contrats par correspondance ou par intermédiaires : *Traité de Droit commercial*, III, nos 25 à 29; J. Valery, *Des contrats par correspondance*. — V. sur la question dans ses rapports avec la déclaration de faillite, *Traité de Droit commercial*, III, n° 15 *bis;* Valery, *op. cit.*, n° 212; Rép. Dall., v° *Faillite*, nos 190 et 269; Ch. civ., rej. 16 août 1869, D. 1869. 1. 520; Cass. 7 mars 1882, S. 1883. 1. 241 (note importante de M. Labbé); *J. Pal.*, 1883. 543; *Journ. des faillites*, 1882, p. 225. L'espèce était la suivante : deux négociants étant en compte-courant, l'un d'eux, qui était débiteur de l'autre, lui envoie sur une réclamation de sa part un chèque qui arrive à destination le jour même où l'envoyeur était déclaré en faillite. La Cour décide que la propriété du chèque n'a pu être transmise, parce qu'au moment où le consentement du bénéficiaire se produisait, lors de la réception même de l'effet, l'envoyeur avait perdu le droit de disposer.

peut, à partir du jugement déclaratif (1), s'opérer au profit de celui qui est à la fois débiteur et créancier du failli, entre ce qu'il doit et ce qui lui est dû, soit qu'il s'agisse d'une dette réellement échue depuis la déclaration de faillite, soit, à plus forte raison, qu'il s'agisse d'une dette non échue et que la faillite seule a rendue exigible (article 444) (2). Le débiteur du failli doit payer au syndic de la faillite ce qu'il doit, sauf à se présenter comme créancier dans la faillite et à être ainsi soumis à la loi du dividende (3). Cette solution peut se justifier facilement. La compensation, comme on l'a souvent dit, n'est qu'un paiement abrégé et après la déclaration de faillite, un paiement ne peut avoir lieu au détriment de la masse. La compensation troublerait l'égalité entre les créanciers, puisqu'une portion de l'actif du failli en serait distraite au profit de l'un des créanciers. Du reste, par suite même de la faillite, la dette du failli a cessé d'être liquide, le créancier n'ayant droit qu'à un dividende dont le montant et le paiement sont subordonnés aux éventualités de la procédure. Enfin, on ne fait ainsi qu'appliquer le principe de l'ar-

(1) A propos de l'art. 446, C. com., il sera traité de la compensation qui se serait produite avant le jugement déclaratif. V. nos 307 et suiv.

(2) Cette solution est conforme à la doctrine des anciens jurisconsultes italiens. Casaregis (*Disc. leg.*, 76, no 23), dit : *Debitores non possunt compensare eorum debita cum propriis creditis ergà decoctum in prœjudicium tertii, sed solutis priùs eorum debitis, pro eorum creditis teneantur postmodum actionem promovere in judicio concursùs.*

Ces principes sont reconnus dans les pays étrangers. Mais, dans ceux où la compensation est admise même pour les dettes à terme ou sous condition, la faillite n'y met pas bien entendu obstacle. Les lois de ces pays se bornent à exclure la compensation quand un débiteur du failli a acquis une créance d'un tiers contre celui-ci après la déclaration de faillite ou quand un créancier du failli devient son débiteur après cette déclaration. Comme la date de l'acquisition d'un titre au porteur est difficile parfois à établir, la loi *suisse* (art. 213) exclut la compensation d'une façon absolue, quand le débiteur du failli se prévaut d'une créance constatée par un titre de cette nature. — V. Loi *allemande* sur la *faillite*, art. 48; loi *suisse* sur la *poursuite pour dettes et la faillite*, art. 263. — V. Schrutka-Rechtenstamm, *Kompensation im Konkurse* (1871); Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechtes*, § 29, p. 123 et suiv.; Saleilles, *Théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand*, nos 55 et suiv., spécialement no 62.

(3) Ch. req. 27 juin 1876, D. 1877. 1. 121 et S. 1877. 1. 242; 16 août 1875, D. 1877. 1. 128 et S. 1875. 1. 411; 13 août 1879, D. 1880. 1. 29. Cf. Orléans, 6 juin 1882, *Journ. des faillites*, 1882, p. 27. — V. cep. Paris, 22 août 1881, *Journ. des faillites*, 1882, p. 27.

ticle 1298, C. civ., d'après lequel *celui qui, étant débiteur, est devenu créancier depuis la saisie-arrêt faite par un tiers entre ses mains, ne peut, au préjudice du saisissant, invoquer la compensation.* Un individu est débiteur du failli au moment du jugement déclaratif ; le dessaisissement résultant de ce jugement, en tant qu'il s'applique aux créances du failli contre des tiers, opère sur celles-ci comme une saisie-arrêt, il empêche de payer et de recevoir, il rend la créance indisponible et met obstacle à la compensation qui ne résulterait que d'une cause postérieure.

La déconfiture n'a aucun effet de ce genre ; elle ne met point obstacle à la compensation (1).

217. L'application rigoureuse de la règle qui met obstacle à la compensation à partir du jugement déclaratif, conduirait à des conséquences iniques dans le cas où il s'agit de créances et de dettes ayant une cause connexe. Quand c'est le même fait qui a produit la créance et la dette ou, pour employer l'expression du Droit romain, quand elles sont nées *ex eâdem causâ* (2), la masse ne peut prétendre, au nom du failli créancier, à un paiement intégral et offrir, au nom du failli débiteur, un paiement en dividende. On peut faire des applications importantes de cette idée générale qu'aucun texte ne consacre, mais que de puissants motifs d'équité conduisent à admettre.

a. Par suite de la séparation de biens, la femme du failli a des reprises à exercer et, en même temps, elle est débitrice de récompenses. La masse ne peut exiger le paiement intégral des récompenses, sauf à admettre la femme dans la faillite pour le paiement de ses reprises; elle n'est créancière que de la balance du compte (3).

b. Le failli, appelé à une succession, doit faire le rapport d'une donation ou d'une dette. Le rapport se fera en moins prenant malgré la faillite, et la masse ne pourra réclamer dans la succession que l'excédent (4).

(1) Paris, 17 nov. 1881, *Journ. des faillites*, 1882, p. 40.

(2) V. *Institutes de Justinien, de actionibus*, § 30 et 39, IV, 6.

(3) Amiens, 16 mai 1877, D. 1880. 2. 215; Caen, 27 juin 1874, S. 1879. 2. 145 (note de M. Labbé); Cass. 3 mars 1891, *Journ. des faillites*, 1891, p. 157.

(4) Cass. 8 fév. 1882, S. 1882. 1. 324; *J. Pal.*, 1882. 1. 533 ; Paris, 9 mars 1883 et 29 mai 1884, *Journ. des faillites*, 1883, p. 468 et 1884, p. 393 (Observations en sens opposé).

c. Dans le cas où, une assurance ayant été contractée, l'assureur viendrait à être déclaré en faillite avant le paiement de la prime, l'assuré, en cas de sinistre, ne serait pas obligé de payer intégralement la prime sauf à se présenter dans la faillite pour le montant de l'indemnité; il n'est créancier que pour l'excédent de cette indemnité sur la prime et il produit à la faillite de l'assureur pour une somme égale à cet excédent.

218. L'obstacle à la compensation produit par le jugement déclaratif de faillite fait naître des difficultés spéciales quand le failli, étant en compte-courant avec une autre personne, avait remis à celle-ci des effets de commerce dont le remettant a été crédité et qui sont restés impayés à l'échéance. Le récepteur peut-il alors, malgré la faillite du remettant, procéder à une contre-passation pour le montant de ces effets? Cette question, qui se rattache au compte-courant, ne peut être traitée ici; elle l'a été dans le tome IV de notre *Traité de Droit commercial*, nos 812 et suiv.

219. *Exercice des actions en justice.* — Une conséquence naturelle du dessaisissement est que l'exercice des actions relatives au patrimoine du failli doit lui être enlevé, pour être confié aux syndics chargés de l'administration. Les syndics intentent les actions qui peuvent compéter au failli (1), comme ils sont défendeurs aux actions intentées contre lui. La loi n'a prévu expressément que cette seconde hypothèse : *à partir de ce jugement* (jugement déclaratif), *toute action mobilière ou immobilière ne pourra être suivie ou intentée que contre les syndics* (art. 443, al. 2); le législateur a pensé probablement que la règle à suivre dans la première hypothèse résultait suffisamment du principe général du dessaisissement (2).

Cet effet du dessaisissement, ainsi que le dessaisissement lui-même,

(1) Nous ne parlons ici que des actions qui sont intentées par les syndics du chef du failli; dans le chapitre suivant, il sera traité des actions qui sont exercées par les syndics comme représentant la masse des créanciers. Il y a chez eux une double qualité qu'il ne faut pas perdre pas de vue : ils représentent à la fois le failli et la masse des créanciers.

(2) Les jurisconsultes italiens posaient nettement le principe admis par le droit moderne. Ainsi Casaregis disait : *Curatori personæ decoctæ competunt omnes actiones decocto competentes* (*Disc.* 209, n° 17).

ne se conçoit pas comme dérivant du seul fait de la cessation des paiements, il suppose un jugement déclaratif. On s'accorde donc à reconnaître qu'une personne contre laquelle un commerçant exerce une action en justice ne peut le faire déclarer non recevable en établissant que le demandeur a cessé ses paiements s'il n'a pas été déclaré en faillite (1). V. nos 187 et suiv.

220. En ce qui touche la représentation en justice, les syndics jouissent du pouvoir le plus étendu; ils agissent sous leur responsabilité sans être tenus d'obtenir aucune autorisation (2). Toutefois, quand les créanciers ont nommé des contrôleurs, le syndic est tenu de prendre leur avis sur les actions à exercer (L. 4 mars 1889, art. 20 et 10).

221. Ce n'est pas seulement quand il s'agit de commencer un procès après la déclaration de faillite, que les syndics prennent la place du failli comme demandeurs ou défendeurs, c'est aussi quand il y a lieu de continuer un procès commencé auparavant; l'art. 443, al. 2, l'indique en parlant d'une action *suivie* et pas seulement d'une action *intentée* contre les syndics.

C'est en s'attachant à cette substitution du syndic au failli, même pour les procès entamés avant le jugement déclaratif, qu'on doit admettre que le bénéfice de l'assistance judiciaire accordé avant la faillite à un commerçant disparaît à partir du jugement déclaratif; ce bénéfice a été accordé à un indigent nommément déterminé; il ne saurait être invoqué par la masse des créanciers qui est substituée à lui (3).

(1) Alauzet, VI, n° 2463.

(2) Cass. 23 juill. 1884, D. 1884. 1. 455; Cass. 15 avr. 1893, D. 1893. 2. 264. Le débiteur mis en liquidation judiciaire n'étant pas dessaisi conserve le droit d'exercer des actions; mais il doit être assisté du liquidateur (L. 4 mars 1889, art. 6). En outre, il y a lieu de prendre l'avis des contrôleurs quand il en a été nommé (L. 4 mars 1889, art. 10).

(3) Décision du bureau d'assistance judiciaire près la Cour d'appel de Bordeaux, 1er déc. 1881, S. 1882. 2. 229; *J. Pal.*, 1882. 1114; *Journ. des faillites*, 1882, p. 206. — Le bénéfice de l'assistance judiciaire peut-il être accordé à un syndic pour exercer une action ou pour y défendre ? Le Bureau de l'assistance judiciaire près le tribunal civil de Dijon, 26 mai 1893, *Le Droit*, n° du 20 septembre 1893, a adopté la négative. Il se fonde notamment sur ce que, si la faillite n'a plus assez de ressources pour exercer les actions du failli, elle peut être close pour insuffisance d'actif (art. 527, C. com.), et qu'alors, chaque créancier peut exercer ses actions à ses risques et périls.

222. Quand, lors du jugement déclaratif, l'affaire était *en état* dans les termes de l'art. 343, C. pr. civ., il est bien certain que la survenance de la faillite de l'une des parties n'interrompt pas l'instance (art. 343, C. pr. civ.) (1); mais il y a controverse dans le cas où la faillite survient avant que l'affaire ne soit en état. Il a été jugé qu'il y avait lieu alors à *reprise d'instance* (2). On allègue que cela résulte implicitement de l'art. 443, al. 2. Cette solution semble contraire au texte de l'art. 345, C. pr. civ., d'après lequel le changement d'état des parties n'empêche pas la continuation des procédures (3).

223. Le failli étant représenté par les syndics dans les procès intentés par eux ou contre eux, le jugement a autorité de chose jugée à son égard et ne peut être attaqué par lui au moyen de la tierce opposition (art. 474, C. pr. civ.) (4), à moins qu'il n'y ait eu une collusion entre le syndic et les adversaires du failli (5). A l'inverse, les jugements rendus contre le failli en personne ne seraient pas opposables à la masse des créanciers.

224. Quand le syndic succombe dans une instance et est, par suite, condamné aux dépens du procès, il va de soi qu'il n'a pas à les supporter. Selon une expression usitée dans la pratique, *les dépens sont employés en frais de syndicat*. Cela signifie que les dépens sont prélevés sur le montant de l'actif de la faillite, comme cela a lieu, en

(1) Lyon, 25 juill. 1883, *Journ. des faillites*, 1884, p. 61. (La faillite de l'une des parties avait eu lieu après les plaidoiries et la veille du jour où le jugement avait été rendu; on prétendait que la condamnation était nulle parce qu'elle aurait dû être prononcée contre les syndics; la Cour dit qu'il faut appliquer les art. 342 et 343, C. pr. civ.). Dict. de Couder, *h. v°*, n° 209.

(2) Chambéry, 3 avr. 1867, D. 1867. 5. 366; Paris, 18 mars 1875, D. 1878. 2. 49; Trib. civ. de Marseille, 9 août 1883, *Journ. des faillites*, 1884, p. 63. D'après ces décisions, l'art. 443, al. 2, implique une dérogation virtuelle aux art. 342 et 345, C. pr. civ. Pardessus (III, n° 1176) admet qu'il y a interruption d'instance, mais que la procédure continue tant que la faillite n'est pas notifiée, Cf. art. 344, C. pr. civ., Cf. Alauzet, VI, n° 2465. *Secùs*, Dict. de Couder, v° *Faillite*, n° 208, qui dit que le jugement déclaratif est présumé connu de tous.

(3) Bordeaux, 29 fév. 1860, D. 1860. 5. 327; S. 1860. 2. 319. — Demangeat sur Bravard, V, p. 129, note 1; Garsonnet, *Traité de procédure*, II, n° CCCLXII.

(4) Renouard, I, p. 328.

(5) V. sur la tierce opposition ouverte aux créanciers contre un jugement obtenu en fraude de leurs droits : Tissier, *Théorie et Pratique de la tierce opposition*, n^os^ 139 à 145; Boitard, Colmet-Daâge et Glasson, *Leçons de procédure civile*, II, p. 146; Garsonnet, *Traité de procédure*, V, n° 1169.

général, pour les différents frais que la gestion des affaires de la faillite entraîne. V. art. 565, C. com. (1).

225. L'exercice par le syndic des actions du failli n'implique pas que ce dernier doive nécessairement rester étranger aux procès qui le concernent.

D'après l'art. 443, al. 4, *le tribunal, lorsqu'il le juge convenable pourra recevoir le failli partie intervenante*. Cette disposition n'existait pas dans le Code de 1807; néanmoins les tribunaux se reconnaissaient le droit d'autoriser le failli à intervenir quand il paraissait qu'il avait un intérêt sérieux à le faire (2); cette pratique avait semblé sans inconvénient et, pour ce motif, elle a été consacrée par la loi de 1838, mais non sans quelque résistance (3).

Les termes de la loi confèrent au tribunal un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou rejeter l'intervention. Aussi ne peut-il y avoir sur ce point lieu à un recours en cassation (4). Mais cela n'implique nullement que les juges ont le droit de rejeter la demande par simple prétérition; ils doivent statuer sur elle et leur décision doit, conformément aux principes généraux, être motivée (5).

Le tribunal compétent pour statuer sur la demande d'intervention du failli est naturellement celui qui est saisi de l'instance dans laquelle le failli veut intervenir. Ce n'est donc pas nécessairement le tribunal qui a déclaré la faillite; car il y a des actions intéressant le failli qui sont portées devant un autre tribunal; par exemple, l'action en revendication d'un immeuble, intentée par les syndics ou contre eux, est de la compétence du tribunal de la situation de l'immeuble litigieux (6).

(1) V. n° 235 les difficultés relatives aux frais dans les demandes en séparation de biens formées contre le failli par sa femme.

(2) Ch. req. 19 avr. 1826, Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 207 (l'arrêt attaqué, après avoir constaté l'intérêt du failli à arrêter les manœuvres pratiquées contre lui par le demandeur, a pu, sans violer les articles du Code de commerce indiqués, recevoir aussi la demande en intervention); aj. d'autres arrêts rapportés D. *op. cit.*, au n° 238.

(3) V. l'analyse de la discussion à la Chambre des députés dans Renouard, I, p. 326.

(4) Cass. 25 fév. 1862, S. 1862. 1. 233; Cass. 17 juin 1868, S. 1868. 1. 437; D. 1868. 5. 187.

(5) Cass. 8 mai 1838 (arrêt rendu sur le rapport de M. Renouard), Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 240.

(6) V. sur les art. 635, C. com. et 59, alin. 7, C. proc. civ., *Traité de Droit*

Il est à remarquer que littéralement il n'est question de l'intervention du failli que dans les instances où les syndics sont défendeurs, puisque le 4e al. de l'art. 443 se rattache naturellement à l'hypothèse prévue dans le 2e et le 3e alinéa du même article. Toutefois il n'est pas douteux que son intervention soit aussi possible, à la condition d'être autorisée, dans les instances engagées par les syndics; il y a même motif de décider (1).

Le failli qui est intervenu en première instance, peut certainement interjeter appel du jugement auquel il a été partie. Mais le failli qui n'est point intervenu en première instance, est-il recevable à intervenir en cause d'appel ?

L'admission de cette intervention soulève une difficulté à raison de l'art. 466, C. pr. civ., d'après lequel *aucune intervention* (en appel) *ne sera reçue, si ce n'est de la part de ceux qui auraient droit de former tierce opposition*, et le failli ne peut, en principe, former tierce opposition (n° 223). Malgré cela, on admet généralement que le failli peut demander à intervenir en appel (2). L'art. 443, C. com., déroge aux règles du Code de procédure civile. Il confère au failli le droit d'intervenir avec l'autorisation du tribunal, et rien n'indique que ce tribunal doive être nécessairement le tribunal de première instance.

226. Des explications qui précèdent il résulte que le failli ne saurait intenter une action à défaut par les syndics de le faire. Ce serait contraire au dessaisissement et à l'esprit même de la loi en matière de faillite. En même temps qu'elle a enlevé l'administration au failli, elle a constitué l'unité de gestion entre les mains des syndics. L'intervention du failli dans les actions intentées n'a même pas été admise sans peine ; on disait qu'elle aurait l'inconvénient de mettre aux prises les syndics et le failli. Cette intervention, soumise, du reste,

commercial, I, nos 366 et 402 et ce qui sera dit plus loin dans le chapitre II à propos du tribunal de commerce qui a rendu le jugement déclaratif et de sa compétence.

(1) Demangeat sur Bravard, V, p. 139, en note.

(2) Renouard, I, p. 329; Demangeat, V, p. 139, en note. — V. *en sens contraire*, Alauzet, VI, n° 2468.

La solution admise au texte ne fait pas de difficulté en *Belgique* par suite d'une explication donnée dans la discussion de la loi de 1851. V. Namur, III, n° 1688.

à l'autorisation du tribunal, ne contrarie pas la gestion, puisqu'elle se réfère à un procès pendant; mais il en serait autrement de l'exercice d'une action; de la faculté d'intervenir on ne saurait conclure à la faculté d'agir. Cette unité de gestion peut avoir des inconvénients; le syndic peut être négligent; les remèdes sont le contrôle du juge-commissaire et la responsabilité des syndics (1). En conséquence, selon nous, si le failli intentait une action relative aux droits compris dans le dessaisissement, il devrait être déclaré non-recevable; le défendeur a un intérêt légitime à se prévaloir de cette fin de non recevoir, puisque la décision ainsi rendue ne serait pas opposable à la masse (2) (3).

Du reste, le syndic peut intervenir et prendre la place du failli pour faire disparaître l'irrégularité de l'action exercée par celui-ci (4).

(1) Alauzet, VI, nos 2469 et 2470; Demangeat sur Bravard, V, p. 127, en note. *Secùs*, Bédarride, I, no 84 *bis* (suivant lui, l'intérêt du failli, qui autorise l'intervention, doit pareillement autoriser l'action).

(2) Caen, 26 mai 1874, D. 1876. 2. 50 (arrêt bien motivé et établissant très nettement que l'interdiction pour le failli d'introduire devant les tribunaux des demandes relatives à son actif résulte et du principe général du dessaisissement et de la règle relative à l'intervention). La doctrine de la Cour de cassation sur ce point est loin d'être aussi nette; la plupart de ses décisions peuvent s'expliquer par les circonstances de l'affaire, mais les motifs ont quelquefois une portée trop générale. Ch. req. 12 avr. 1869, D. 1869. 1. 517; S. 1869. 1. 350. (Un failli intentait une demande relative à une créance antérieure à la déclaration de faillite et qui avait été dissimulée aux créanciers; il avait été déclaré non recevable par la Cour de Toulouse et la Chambre des requêtes rejette le pourvoi, mais elle relève cette circonstance que le demandeur en cassation agissait, en l'absence des syndics, *non en qualité de failli et dans l'intérêt des créanciers*, mais en son nom et pour son compte personnel; c'est donc que, si le failli, au lieu de vouloir s'approprier une partie de son actif, avait déclaré agir dans l'intérêt de la masse de ses créanciers, il aurait été recevable). — V. aussi Cass. 16 août 1852, D. 1852. 1. 295; S. 1853. 1. 16 (La Cour déclare que le dessaisissement opéré par le jugement déclaratif, n'est point un obstacle à ce que le failli exerce en son nom une action judiciaire, surtout *lorsque, comme dans l'espèce, le syndic averti n'a pas jugé à propos de l'exercer lui-même*, et que cette action concerne l'habitation personnelle du failli et de sa famille; cette dernière circonstance pourrait justifier la décision, mais il est inexact de dire ainsi d'une manière générale que le refus d'agir du syndic permet au failli d'intenter une action). — V. aussi Paris, 9 août 1856, D. 1859. 5. 82.

(3) Le défendeur doit pouvoir opposer au failli son défaut de droit en appel comme en première instance, même devant la Cour de cassation, si ce moyen a été invoqué en appel ou si l'irrégularité n'a existé que devant cette Cour. Cpr. Cass. 10 nov. 1885, D. 1886. 1. 49.

(4) Aix, 2 mars 1853, S. 1853. 2. 229; D. 1853. 2. 129.

Toutefois on doit permettre au failli de prendre des mesures conservatoires, spécialement d'interrompre une prescription (1), d'interjeter appel (2), de faire courir un délai d'appel en signifiant un jugement (3), de faire dresser un protêt (4) (5).

227. L'idée de l'unité de gestion qui doit faire rejeter la faculté pour le failli d'exercer les actions relatives à l'actif (n° 226), doit faire repousser également la faculté pour les créanciers d'exercer les mêmes actions pour eux. Les motifs sont les mêmes : les créanciers ne peuvent substituer leur initiative à celle des syndics, ils peuvent contrôler leur gestion, appeler l'attention du juge-commissaire sur leurs actes, signaler leur négligence, provoquer même leur révocation, mais c'est tout. Des créanciers ne peuvent donc se prévaloir de l'art. 1166, C. civ., pour exercer les actions de leur débiteur déclaré en faillite. Cela résulte non seulement du dessaisissement qui a pour conséquence la gestion générale du patrimoine du failli par les syndics, mais aussi de la suspension du droit de poursuite individuelle des créanciers (6). V. n^{os} 251 et suiv.

(1) Poitiers, 29 fév. 1829, Rép. Dall., *h. v°*, n° 206 5°.

(2) Bordeaux, 14 avr. 1840, Rép. Dall., *h. v°*, n° 206 2°; 28 juin 1867, D. 1867. 5. 210. — V. cep. Nimes, 18 janv. 1843, *J. Pal.*, 1843. 1. 568, arrêt critiqué; Dict. de Couder, *h. v°*, n° 241. — Un arrêt de Bordeaux du 22 août 1851, D. 1853. 2. 163, déclare l'appel du failli non recevable, quand il a été interjeté contre la volonté des syndics.

(3) Lyon, 25 août 1828, Rép. Dall., *h. v°*, n° 206 3°. — Un arrêt de la Cour de cassation du 10 nov. 1885, D. 1886. 2. 49, fait, à propos de la requête civile, une distinction entre les voies de recours ordinaires et les voies de recours extraordinaires, en refusant au failli le droit de former les secondes. Cette distinction est, à nos yeux, arbitraire.

(4) Alauzet, VI, n° 2472. — A l'inverse, il a été jugé que le protêt d'un effet de commerce peut, malgré la faillite du débiteur, être fait au domicile de ce débiteur et non au domicile des syndics, Cass. 6 fév. 1849. Seulement l'assignation qui suivrait le protêt devrait être donnée aux syndics, Renouard, I, p. 325.

(5) Trib. civ. de Versailles, 29 mars 1879, jugement confirmé, Paris, 24 décembre 1880, D. 1881. 2. 203. (Le droit pour le failli de faire des actes conservatoires est proclamé et l'application du principe est faite à une saisie-arrêt). Rennes, 22 mars 1865, S. 1865. 2. 335 (Production dans un ordre).

(6) Alauzet, VI, n^{os} 2476-2477; Renouard, I, p. 314; Namur, III, n° 1689. Ch. civ. Cass. 18 fév. 1863, D. 1863. 1. 149; S. 1863. 1. 285 (arrêt très net : le syndic représente seul la masse et a seul qualité pour exercer les actions qui intéressent cette masse ou y défendre; l'action individuelle et facultative des créanciers entrainerait de nombreux abus et des difficultés de toute nature). — *En sens contraire*, Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 559 (divers arrêts); Dict. de Couder, v° *Faillite*, n° 245; Trib. civ. d'Auxerre, 1er juin 1881 (*La Loi* du 22 juin 1881).

On ne doit même pas permettre aux créanciers d'intervenir (1), puisqu'il n'y a pas de texte pour eux comme pour le failli, et l'intervention de celui-ci n'a pas été regardée comme allant de soi (nos 225 et 226). Mais les créanciers doivent pouvoir, comme, du reste, le failli lui-même (n° 226), faire des actes conservatoires (2).

228. Ce serait toutefois une erreur de croire que le failli ne peut plus intenter aucune action ni défendre à aucune demande. Il y a, au contraire, des actions dont l'exercice, au point de vue actif ou passif, n'appartient pas aux syndics, mais reste au failli. Le départ à faire entre les deux catégories d'actions n'est pas toujours facile.

Le droit pour les syndics de représenter le failli en justice tant en demandant qu'en défendant est une conséquence du dessaisissement et de l'administration qui leur est confiée ; aussi ce droit n'existe que dans la mesure où le dessaisissement produit ses effets. Or, d'une part, le dessaisissement ne concerne que le patrimoine, gage des créanciers, et ne saurait s'appliquer aux droits qui ne rentrent pas dans le patrimoine, qui ne constituent pas des éléments de l'actif (n° 208 *ter*) ; d'autre part, le failli n'est pas un interdit (n° 208). Il suit de là que le failli peut intenter les actions comme il défend à celles qui se réfèrent aux droits en question. Ce n'est pas tout : il y a des actions dont l'exercice implique un droit d'appréciation tout à fait personnel de la part de celui auquel elles appartiennent, de telle façon qu'il serait exorbitant de laisser le syndic les exercer librement, peut-être contrairement à la volonté arrêtée du failli. Il y a, pour déterminer les actions qui doivent être exercées par le failli ou contre lui, à résoudre des questions tout à fait analogues à celles qui se présentent à propos de l'art. 1166, C. civ., quand il s'agit de se prononcer sur les droits et actions du débiteur que, par exception, ses créanciers ne peuvent pas exercer en son nom, parce que ce sont des *droits et actions attachés à la personne*.

(1) Paris, 24 déc. 1849, D. 1850. 2. 195. — Renouard, I, p. 315 ; Namur, III, n° 1689. — *En sens contraire*, Alauzet, VI, n° 2475 ; Dict. de Couder, *h. v°*, nos 247-251. — Un tiers, qui ne réclamerait pas de droit de créance dans la faillite, pourrait intervenir dans les actions où les syndics sont parties, conformément aux règles ordinaires.

(2) Paris, 19 août 1852 et Orléans, 4 mai 1852, D. 1853. 2. 70 et 207 (Signification d'un jugement pour faire courir le délai d'appel). — Alauzet, VI, n° 2478.

Il est indispensable de faire ici quelques applications de ces idées générales et d'indiquer les principales difficultés qui s'élèvent à cette occasion.

229. Il va de soi que les syndics seuls ont le droit d'agir en exécution des obligations des tiers envers le failli résultant de contrats ou de quasi-contrats et que c'est contre les syndics que les tiers ont à exercer les actions nées d'obligations résultant d'une de ces causes à la charge du failli. Le droit des syndics est aussi incontestable pour les actions en résolution fondées sur le défaut d'exécution de ses obligations par le failli ou par son co-contractant (1).

230. A l'inverse, il est certain que le failli doit être partie dans toutes les actions qui touchent aux droits de famille, comme les actions en nullité de mariage (2), en divorce ou en séparation de corps (3), en désaveu de paternité, en destitution de tutelle, en interdiction, en dation de conseil judiciaire (4).

230 *bis.* Il y a des actions qui n'ont pas un caractère aussi tranché, qui offrent un intérêt pécuniaire, tout en ayant pour but principal la sauvegarde d'un droit tout personnel; elles échappent aussi au principe du dessaisissement, en ce sens que le failli seul peut les intenter et qu'il doit y défendre. De ce nombre sont les actions ayant pour objet un intérêt d'honneur ou de considération comme une action en diffamation, et généralement les actions en dommages-intérêts pour délit, l'action en révocation d'une donation pour ingratitude, l'action en séparation de biens. Mais, même dans ces actions, les syndics peuvent intervenir pour sauvegarder les intérêts pécuniaires de la masse des créanciers et ils doivent être mis en cause pour que le jugement soit opposable à la masse des créanciers.

231. Les actions en dommages-intérêts, exercées à raison d'un délit allégué contre le failli ou par lui à la charge d'un tiers, soulèvent des questions personnelles qui doivent faire exiger qu'elles

(1) Paris, 12 juill. 1874, D. 1877. 5. 240.

(2) Trib. civ. Seine, 23 août 1883, *Le Droit*, nº du 25 août 1883.

(3) Cass. 28 août 1871, S. 1873. 2. 267; *J. Pal.*, 1873. 1095; D. 1874. 5. 262. — Mais il importe que le syndic de la faillite du mari soit mis en cause pour que le jugement soit opposable à la masse dans ses effets pécuniaires.

(4) Trib. civ. Seine, 14 nov. 1893, *Journ. des faillites*, 1894, p. 374.

soient intentées contre le failli (1) ou que le failli lui-même les exerce (2), sauf intervention ou appel en cause du syndic. Cela s'applique, que l'action civile soit portée devant la juridiction civile ou devant la juridiction de répression.

Mais, dans ce dernier cas, une question spéciale se pose. Doit-il être sursis au jugement sur l'action civile exercée contre le failli jusqu'à ce qu'il y ait appel en cause du syndic, pour que le jugement à intervenir soit opposable à la masse des créanciers? Il a été parfois décidé que la personne lésée a le droit de se porter partie civile jusqu'à la clôture des débats et que ceux-ci ne peuvent être retardés par l'appel en cause du syndic (3). Cette solution peut avoir sans doute des avantages pratiques, mais elle n'est pas conforme aux principes. On est en droit de craindre, du reste, que le failli ne fasse pas valoir tous les moyens possibles sur la question de dommages-intérêts, parce que ce seront surtout ses créanciers qui auront à souffrir de la condamnation (4).

232. En ce qui concerne l'action en révocation pour cause d'ingratitude, deux hypothèses sont possibles : le failli est donateur ou il est donataire.

Si le failli est donateur, il peut seul exercer l'action, parce que celle-ci a, dans l'esprit de la loi, malgré ses conséquences pécuniaires, un intérêt moral (5) et que le donateur seul a le droit de pardonner au donataire. Mais le résultat de l'action devant profiter à la masse des créanciers, le syndic qui représente celle-ci doit, au moins dans un intérêt de surveillance, avoir le droit d'intervenir dans l'instance.

Si le failli est donataire, le donateur peut demander la révocation contre lui. Mais la faillite souffrira-t-elle de cette révocation? La

(1) V. Cass. 26 sept. 1867, D. 1868. 1. 42.

(2) Trib. correct. Seine, 13 et 20 juill. 1883; Paris, 4 août 1883, *Journ. des faillites*, 1883, p. 367 et 434; Paris, 25 janv. 1887, *Journ. des faillites*, 1887, p. 130; D. 1887. 2. 132; Paris, 18 mai 1888, *Journ. des faillites*, 1888, p. 415. — V. pourtant, Trib. correct. Seine, 15 juin 1883, *Journ. des faillites*, 1883, p. 341.

(3) Cass. 9 mai 1846, D. 1846. 1. 316; S. 1846. 1. 844. V. aussi Cass. 14 mai 1869, D. 1870. 1. 437.

(4) V. *en ce sens*, Namur (III, n° 1685) qui cite un arrêt de la Cour de Bruxelles du 24 janv. 1857.

(5) Renouard, I, p. 312; Demangeat sur Bravard, V, p. 127, en note.

négative doit être admise, si les faits d'ingratitude sont postérieurs au jugement déclaratif; par suite du dessaisissement, le failli ne peut, au regard de la masse, diminuer son actif par ses actes licites ou illicites. Par suite, la condamnation obtenue en pareil cas contre le failli donnerait au donateur une satisfaction morale et ne pourrait produire d'effets pécuniaires que si le failli revenait à meilleure fortune. La situation n'est plus la même quand les faits d'ingratitude reprochés au failli remontent à une date antérieure au jugement déclaratif; la condamnation peut alors atteindre la masse. Mais, à raison du caractère pénal de la condamnation, il est douteux qu'il en soit ainsi en dehors du cas où la demande en révocation a été intentée avant la déclaration de faillite (1).

Il va de soi que, dans les cas où la révocation de la donation doit réfléchir contre la masse des créanciers, il est nécessaire de mettre les syndics en cause (n° 230 *bis*).

233. Au contraire, les syndics de la faillite du donateur peuvent intenter seuls l'action en révocation pour inexécution des conditions; cette action n'est qu'une application du droit commun en matière de contrat (art. 953 et 1184, C. civ). Il en est de même de l'action en révocation pour survenance d'enfant (2). Alors la révocation a lieu de plein droit; le bien donné rentre dans le patrimoine du donateur, de telle sorte qu'il ne peut y avoir simplement confirmation de la donation révoquée et qu'une nouvelle donation est nécessaire pour que le donataire conserve le bénéfice de la libéralité (art. 964, C. civ.). — A l'inverse, quand le failli est donataire, c'est contre le syndic que l'action en révocation fondée sur l'une de ces deux causes peut être exercée. A raison du dessaisissement, il semble toutefois que la révocation pour inexécution des charges ne peut pas être prononcée lorsque l'inexécution s'est produite après le jugement déclaratif de la faillite du donataire. Cpr. n° 232.

234. Au sujet de l'action en séparation de biens, il faut se placer distinctement dans le cas où il y a faillite de la femme et dans celui où il y a faillite du mari.

En cas de faillite d'une femme mariée, il est certain que les

(1) Demangeat sur Bravard, V, p. 122, en note.
(2) Renouard, I, p. 312.

syndics ne peuvent demander de son chef la séparation de biens. Ils ont seulement la faculté d'exercer les droits de la femme. C'est là une application directe de l'art. 1446, C. civ.

En cas de faillite du mari, la situation n'est pas aussi nette, lorsque, sa femme voulant former une demande en séparation de biens, il y a à déterminer contre qui elle doit agir.

Il a été soutenu que la demande doit être formée contre le syndic, sauf au mari à obtenir du tribunal l'autorisation d'intervenir dans l'instance en vertu de l'art. 443, alin. 4, C. com. (1). On fait valoir en ce sens que le syndic représente à la fois les créanciers et le failli (2). En sens contraire, on a prétendu que le caractère personnel de l'action en séparation de biens doit faire admettre qu'elle peut être exercée contre le mari seul (3).

Selon nous, la demande en séparation de biens doit être dirigée à la fois contre le failli et contre le syndic : il y a un intérêt moral en jeu ; la séparation de biens produit des effets personnels à l'égard du failli en le privant de l'administration des biens de sa femme et de la communauté à laquelle la déclaration de faillite, par elle seule, ne porte pas atteinte (n° 208). Mais on ne saurait nier que la séparation de biens peut nuire à la masse des créanciers ; le syndic doit être mis à même de défendre à la demande au point de vue de ses conséquences pécuniaires ; il faut qu'il prévienne les fraudes et les collusions assez fréquentes en cette matière (4).

235. A l'occasion des demandes en séparation de biens formées conjointement contre le mari et contre le syndic de sa faillite, différentes questions se sont élevées relativement aux dépens.

a. Le syndic qui succombe est condamné aux dépens et il en est de même du mari qui, avec lui, a été défendeur à la demande en séparation de biens. Il est de règle que les frais de l'administration du syndic sont prélevés sur l'actif de la faillite (art. 565, C. com.). Les

(1) Paris, 22 mai 1876, S. 1877. 2. 529. — Boistel, p. 683, note 6. — Cette opinion avait été soutenue par un des auteurs de ce traité. — V. S. 1880. 2. 17, *J. Pal.*, 1880. 104.

(2-3) Geoffroy, *Code pratique de la faillite*, 27.

(4) Paris, 13 mars 1879, D. 1879. 2. 264; S. 1880. 2. 17, *J. Pal.*, 1880. 104; Paris, 3 avr. 1890, D. 1890. 2. 34. Cpr. Cass. 11 déc. 1895, *Journ. des faillites*, 1896, p. 5.

dépens auxquels le syndic est condamné sont employés en frais de syndicat, en ce sens qu'ils sont prélevés sur l'actif avant toute répartition de celui-ci entre les créanciers. On peut se demander si la condamnation aux dépens doit être prononcée pour le tout contre le failli et le syndic, de telle façon que ces dépens seraient en totalité prélevés comme frais de syndicat ou si les dépens ne doivent pas être répartis entre les deux défendeurs? S'il y a une répartition, la femme en est réduite à se présenter, pour les dépens à la charge du mari, comme créancière dans la faillite de celui-ci, tandis qu'avec la solution opposée tous les dépens sont prélevés sur l'actif.

Le principe de la division des dépens sans solidarité doit être admis; d'abord, aucune disposition légale, aucun motif rationnel n'obligent à reconnaître qu'il y a là une dette indivisible, puis la solidarité serait contraire au principe général de l'art. 1202, C. civ. (1). Il n'y a pas de raison pour déroger à cette règle dans l'espèce dont il s'agit. On a sans doute allégué qu'on se trouve en quelque sorte en présence d'un personnage à deux têtes et que la disposition générale du jugement qui prononce la séparation de biens étant indivisible, la condamnation aux dépens qui en est l'accessoire, doit avoir le même caractère. Ces objections sont sans valeur. Sans doute, la séparation de biens ne peut recevoir une exécution partielle; mais il en est autrement de la condamnation aux dépens; ils peuvent être payés par chacun de ceux qui succombent pour partie (2). Il y a donc lieu de mettre à la charge personnelle du mari les dépens se rattachant à sa présence dans l'instance. Pour ces dépens, la femme est une créancière soumise à la loi du dividende, à moins que, son mari étant propriétaire d'immeubles, elle n'ait une hypothèque légale; celle-ci garantit la créance des dépens comme toutes les créances de la femme contre son mari (art. 2121, 1er alin., C. civ.).

b. Le syndic déclare parfois s'en remettre à justice. Doit-il, même alors, être condamné aux dépens avec emploi en frais de syndicat? On a essayé de soutenir la négative, en se fondant sur ce qu'alors, il

(1) Cass. 19 avr. 1841, S. 1841. 1. 631; Cass. 20 nov. 1886.

(2) Rouen, 31 janv. 1893; Cass. 11 déc. 1895 (trois arrêts), *Journ. des faillites*, 1894, p. 181; 1896, p. 5.

n'y a aucun reproche à faire au syndic représentant de la masse; il n'a pas résisté à la demande. Cette doctrine impliquerait que la condamnation aux dépens est une sorte de peine. Cette idée est fausse : avec elle, la condamnation aux dépens ne serait pas admissible à la suite d'une demande à laquelle il n'y a point d'acquiescement possible. Quelle que soit la nature de la demande, quelque réponse qu'y ait faite le défendeur, celui-ci doit, s'il succombe, être condamné aux dépens (art. 130, C. proc. civ.) (1).

c. S'il n'est statué sur la demande en séparation de biens antérieure au jugement déclaratif de la faillite du mari qu'après ce jugement, l'emploi en frais de syndicat doit-il avoir lieu même pour les dépens antérieurs au jugement déclaratif? Aucune disposition légale n'autorise à faire parmi les dépens cette distinction qui pourrait être assez difficile à appliquer (2). Le syndic vient prendre, lors du jugement déclaratif, la place du mari. Il n'y a pas un véritable changement de défendeur.

236. Il sera expliqué plus bas (nos 248 et suiv.) que, malgré le dessaisissement, le failli peut se livrer au commerce et que les actes faits par lui relativement à ce commerce sont valables. Il est logique de reconnaître au failli le droit d'agir en jnstice à l'occasion de ce commerce ainsi que de défendre aux procès qui s'y rapportent, sans que les syndics doivent être mis en cause (3). Il va de soi que ceux-ci peuvent toujours intervenir pour sauvegarder les intérêts de la masse. Mais on ne voit pas pour quelles raisons il y aurait une règle différente pour les contrats et pour les procès (4); la capacité doit exister également pour les uns et pour les autres et la jurisprudence ne fait pas de distinction (5).

236 *bis*. Droit étranger. — Le dessaisissement est considéré dans tous les pays comme entraînant cette conséquence que les tiers doivent

(1) Paris, 13 mars 1879, S. 1880. 2. 37; *J. Pal.*, 1880. 104. — V. pourtant Trib. comm. Mulhouse, 15 nov. 1867, S. 1868. 2. 55; *J. Pal.*, 1868. 234.

(2) V. Cass. 11 juin 1877, S. 1878. 1. 465; *J. Pal.*, 1878. 1. 209.

(3) Demangeat sur Bravard, V, p. 75, en note; Bédarride, I, no 84 *bis*. — V. pour la jurisprudence la note 5.

(4) Des auteurs font pourtant cette distinction, Renouard, I, p. 309 et 310; Alauzet, VI, no 2473.

(5) V. Cass. 12 janv. 1864 (motifs), S. 1864. 1. 17.

exercer les actions en justice contre le syndic et que celui-ci exerce contre les tiers les actions appartenant au failli. Beaucoup de lois ou de textes ou réservent les actions ayant un caractère personnel ou emploient, pour poser la règle, des expressions impliquant que les actions ayant ce caractère peuvent, malgré la faillite, être exercées contre le failli ou par lui. Ainsi, les Codes de commerce *italien* (art. 699), *roumain* (art. 713) et *portugais* (art. 700) font réserve des actions personnelles et étrangères à la faillite; la loi *brésilienne* (art. 2) met à part les actions concernant l'état, le mariage, la puissance paternelle (1); le Code de commerce *chilien* (art. 1364, 2e alin.) reconnaît au failli le droit d'exercer par lui-même toutes les actions exclusivement attachées à sa personne ou qui ont pour objet des droits inhérents à sa personne. La loi *allemande* (art. 8 et 9), la loi *hongroise* (art. 8 à 10), la loi *autrichienne* (art. 6), le code de commerce *mexicain* (art. 970) n'excluent l'exercice contre le failli ou par lui que des actions relatives à des biens compris dans l'actif de la faillite.

237. 3° *A quels biens s'applique le dessaisissement?* — L'art. 443, C. com., semble employer une formule aussi large que possible et de nature à écarter toute espèce de doute; il parle du dessaisissement de *tous les biens* du failli, *même de ceux qui peuvent lui échoir pendant qu'il est en état de faillite*. Néanmoins, il s'est élevé au sujet des biens atteints par le dessaisissement plusieurs difficultés graves.

238. Le dessaisissement ne peut s'appliquer qu'à ce qui forme le patrimoine du failli et ne comprend pas, ainsi que cela a déjà été constaté (n° 208), les biens appartenant à d'autres personnes dont le failli administre le patrimoine à un titre quelconque.

Si le failli a non seulement l'administration, mais la *jouissance* de ces biens, cette jouissance peut-elle être prise par les créanciers? Oui, à la condition que les charges de cette jouissance soient respectées. Ainsi, le failli a la jouissance des biens de ses enfants mineurs de 18 ans (art. 384, C. civ.); la masse ne pourra réclamer que la partie des revenus qui reste libre entre les mains du père après que les charges ont été acquittées et parmi ces charges figurent notamment

(1) La loi *hollandaise* de 1893 écarte aussi les actions qui ne sont pas pécuniaires.

la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants selon leur fortune (art. 385, C. civ.) (1). Une observation analogue doit être faite pour le droit de jouissance qui, suivant les régimes matrimoniaux, peut appartenir au mari sur les biens de sa femme (2).

239. L'application de la règle qui ne comprend dans le dessaisissement que les biens appartenant au failli, présente quelque difficulté au sujet de l'assurance sur la vie que peut avoir contractée le failli au profit d'un tiers. Il y a lieu alors, en cas de mort du failli, de décider si le dessaisissement s'applique au capital assuré. Pour résoudre cette question, il faut rechercher si le capital a été ou non dans le patrimoine du failli. La solution à donner dépend de la nature qu'on reconnait à la stipulation faite dans l'assurance sur la vie au profit d'un tiers bénéficiaire. Ce n'est pas une question de faillite (3).

239 *bis*. Une question de la même nature se présente quand il s'agit de savoir si le syndic de la faillite du tireur peut retirer la provision faite par celui-ci. C'est la question de la transmission de la propriété de la provision qui se rattache à la matière des lettres de change (4).

240. Le dessaisissement s'applique à tous les biens meubles et immeubles du failli, quelle qu'en soit l'origine, qu'ils se rattachent ou non à son commerce. C'est une conséquence de l'indivisibilité de l'état de faillite et de l'indivisibilité du patrimoine. Le patrimoine tout entier sert de gage à tous les créanciers; il n'y a qu'une masse de l'actif et qu'une masse du passif. (Cf. art. 2092 et 2093, C. civ.).

(1) La solution donnée au texte correspond à celle selon laquelle les créanciers de celui qui a la jouissance légale des biens de son enfant mineur, ne peuvent saisir les fruits de ces biens que sous la déduction des charges à supporter sur eux. — V. Demolombe, VI, nos 528 et 529.

(2) D'après la loi *allemande* de 1877 (art. 2, alin. 1), l'usufruit que le failli a, en vertu de la loi, sur les biens de sa femme et de ses enfants, fait partie de la masse; seulement le failli peut réclamer sur les revenus de ces biens les secours nécessaires pour subvenir à sa subsistance personnelle et pour le mettre en état de remplir son obligation légale de pourvoir à l'entretien de sa femme et de ses enfants et à l'éducation de ces derniers.

(3) Cette question sera examinée dans le tome IX de notre *Traité de Droit commercial* consacré aux assurances non maritimes. — Lefort, *Traité du contrat d'assurance sur la vie*, II, p. 291 et suiv.

(4) V. *Traité de Droit commercial*, IV, nos 172 et suiv.

241. Malgré la généralité des termes de l'art. 443, on s'est demandé s'il n'y a pas certains biens du failli qui doivent être exceptés du dessaisissement. Le doute vient de ce que le jugement déclaratif peut être considéré comme opérant au profit des créanciers une sorte de saisie générale sur tous les biens du failli ; c'est une mainmise collective substituée aux mainmises individuelles auxquelles auraient pu procéder les créanciers en pratiquant des saisies, si la faillite n'était pas déclarée. Dès lors, on se demande si les biens qui, pour des motifs divers, sont soustraits par la loi au droit de saisie, n'échappent pas, par cela même, au dessaisissement malgré les termes si larges de l'art. 443. La question se pose dans plusieurs hypothèses qui doivent être examinées.

242. L'art. 592, C. proc. civ., énumère un certain nombre d'objets qui ne peuvent être saisis pour des raisons d'humanité (1) : coucher nécessaire aux saisis et à leurs enfants vivant avec eux, habits dont ils sont vêtus et couverts, livres ou outils servant à leur profession, menues provisions, etc. Le dessaisissement s'applique-t-il à ces objets? La question est très délicate. Elle doit, selon nous, être résolue affirmativement. Sans doute, on ne peut invoquer en ce sens les termes généraux de l'art. 443, C. com., qu'il faut combiner avec les principes du droit commun. Mais la loi des faillites s'est préoccupée des considérations qui ont inspiré l'art. 592, C. proc. civ., et a cherché à y donner satisfaction. La procédure qu'elle a organisée dans ce but semble devoir remplacer la disposition générale du Code de procédure. Ainsi, d'après l'art. 469, C. com., le juge commissaire peut, sur la demande des syndics, les dispenser de faire placer sous les scellés, ou les autoriser à en faire extraire *les vêtements, hardes, meubles et effets nécessaires au failli et à sa famille*, et dont la délivrance sera autorisée par le juge-commissaire sur l'état que lui en soumettent les syndics. D'autre part, *le failli pourra obtenir pour lui et sa famille, sur l'actif de sa faillite des secours alimentaires qui seront fixés, sur la propo-*

(1) Il faut laisser de côté la disposition du 1° de l'art. 592, C. proc. civ., qui est relative aux immeubles par destination; ils ne peuvent être, à raison de leur nature, l'objet d'une *saisie-exécution*, mais ils sont compris dans la saisie de l'immeuble dont ils sont des accessoires. Aussi rien assurément n'empêche qu'ils soient compris dans le dessaisissement avec les immeubles auxquels ils se rattachent, de même qu'ils sont compris dans la saisie de ces immeubles.

sition des syndics, par le juge-commissaire, sauf appel au tribunal, en cas de contestation (art. 474) (1).

Il a pourtant été soutenu que les divers objets déclarés insaisissables par l'art. 592, C. proc. civ., n'échappent pas au dessaisissement (2). On a fait valoir en ce sens que les créanciers n'ont jamais dû compter pour leur paiement sur les objets dont il s'agit et qu'il est difficile de comprendre comment la faillite peut avoir pour effet de leur affecter des objets qui n'étaient pas destinés à leur servir de gage. Mais il faut tenir compte de la faveur que montre la loi pour les créanciers en cas de faillite de leur débiteur ; elle les traite souvent mieux qu'elle ne le fait quand ils se trouvent en présence d'un débiteur qui n'est pas failli. Au lieu de poser une règle impérative excluant certains objets du dessaisissement, elle laisse, en ce qui les concerne, au juge un pouvoir d'appréciation ; elle refuse un droit au failli pour conférer au juge une faculté.

243. Le dessaisissement ne s'applique aux pensions et traitements dus par l'Etat que dans la mesure où les lois et règlements permettent de les saisir (art. 580, C. proc. civ.) (3) ; il ne s'appliquerait pas non plus aux provisions alimentaires adjugées par justice qui sont déclarées insaisissables par l'art. 581 2°, C. proc. civ. Il s'agit là de créances pour lesquelles le Code de commerce n'a édicté aucune disposition correspondant à celles du Code de procédure civile qui les déclare insaisissables.

244. Il y a plus de difficulté : 1° pour les sommes et objets disponibles (c'est-à-dire ne rentrant pas dans la réserve) (4) déclarés insai-

(1) Renouard, I, p. 298; Massé, II, n° 1184; Boistel, n° 907. — V. aussi, pour la *Belgique*, Namur, III, n° 1640. — Cette solution était déjà enseignée sous l'empire du Code de 1807 (Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 185). Elle semble, comme cela est dit au texte, avoir été mise hors de doute par la loi de 1838 dans les articles 469 et 474.

(2) Demangeat sur Bravard, V, p. 72 note; Laurin, n° 967 ; Alauzet, VI, n° 2460.

(3) Renouard, I, p. 302; Massé, II, n° 1185. Pour le commentaire de l'art. 580, C. proc. civ., V. Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *Leçons de procédure civile*, II, n° 835; Garsonnet, *Traité de procédure*, III, n° 546.

(4) Renouard, I, p. 300 et 302; Massé, II, n° 1185 *ter ;* Demangeat sur Bravard, V, p. 73, note. Renouard, dans sa 2e édition (I, p. 298), dit qu'on pourrait ne pas tenir compte de la condition, s'il était prouvé qu'elle n'a été introduite que pour nuire aux créanciers. Il n'a pas reproduit dans sa 3e édition cette observation qui est tout à fait inadmissible. C'est évidemment pour soustraire

sissables par le testateur ou donateur ; 2° pour les sommes et pensions pour aliments que l'art. 581 3° et 4°, C. proc. civ., déclare également insaisissables. Il convient de distinguer selon que la libéralité est postérieure ou antérieure au jugement déclaratif de faillite.

La libéralité est-elle postérieure à ce jugement? La masse n'a rien à prétendre sur les biens qui y sont compris; il y a une condition mise par le disposant dont la loi reconnaît elle-même la validité; les créanciers n'ont pas fait crédit au débiteur en considération de cette valeur; elle n'existait pas dans son patrimoine quand ils ont traité (1).

La libéralité est-elle antérieure au jugement déclaratif? Une difficulté se présente alors. Pour la comprendre, il faut se rappeler que l'art. 582, C. proc. civ. permet aux créanciers postérieurs à la donation ou à l'ouverture du legs de saisir les objets dont il s'agit en vertu de la permission du juge et pour la partie qu'il détermine. On ne peut donc pas dire que ces objets soient absolument insaisissables; dès lors, on doit admettre que le dessaisissement s'y applique, d'autant plus que l'art. 474, C. com., donne satisfaction à la pensée d'humanité qui a inspiré la disposition de l'art. 582, C. proc. civ. (2).

Mais les dates auxquelles ont pris naissance les créances sont de nature à compliquer la situation. Il importe de parcourir les différents cas qui peuvent se présenter à cet égard.

Si tous les créanciers de la masse étaient antérieurs à la donation ou à l'ouverture du legs, le dessaisissement ne s'appliquerait pas plus aux biens compris dans la libéralité que si celle-ci était postérieure au jugement déclaratif. A l'inverse, la situation est également simple si tous les créanciers sont postérieurs à la libéralité; le dessaisissement s'applique alors au profit de tous.

Mais il peut se faire que les créanciers soient, les uns antérieurs, les autres postérieurs à la libéralité. En dehors du cas de faillite,

le bien donné ou légué aux créanciers de celui qu'il gratifie, que le disposant insère la condition dont il s'agit et la loi reconnait avec raison que cela est licite. Les créanciers n'ont pas un sujet légitime de plainte, puisqu'ils ne sont pas privés d'un droit sur lequel ils pouvaient compter. Si la condition ne devait pas être respectée, la libéralité ne serait pas faite; qu'y gagneraient les créanciers?

(1-2) Renouard, I, p. 300; Massé, II, n° 1185 *ter*.

ceux-ci seuls pourraient saisir, conformément à l'art. 582, C. proc. civ., tandis que ceux-là seraient écartés. Assurément, en cas de faillite, une pareille distinction entre les créanciers n'est pas possible : en présence d'une faillite, la situation de tous les créanciers de la masse doit être égale.

Que faut-il conclure de là? On a prétendu que la masse ne doit pas avoir la situation à laquelle auraient droit ceux des créanciers qui seraient le plus favorisés, que les biens donnés ou légués au failli échappent au dessaisissement à l'égard même des créanciers postérieurs à la libéralité (1).

Cette conséquence de l'égalité à maintenir entre les créanciers de la masse ne s'impose nullement, et il est exorbitant de priver les créanciers postérieurs à la libéralité d'un droit à raison de ce qu'il y a des créanciers antérieurs. On respecte le droit des premiers et on se conforme au principe d'égalité, en admettant que la masse exerce les droits des créanciers postérieurs à la libéralité, sauf à répartir entre tous les créanciers ce qui a été obtenu. Ainsi, le dessaisissement ne frappe, dans ces circonstances, les biens donnés ou légués que jusqu'à concurrence du montant des créances postérieures à la libéralité.

Mais, on ne peut alors tenir compte de la disposition de l'art. 582, C. proc. civ., qui donne au juge le pouvoir de déterminer la portion que les créanciers postérieurs à la libéralité peuvent saisir.

245. Une des questions les plus graves concernant les biens atteints ou non par le dessaisissement, est relative aux *rentes sur l'État*. On discute beaucoup sur le point de savoir si les rentes sur l'État appartenant au failli sont comprises dans le dessaisissement. *A priori*, la question peut paraître singulière ; on ne voit pas pourquoi, en raison et en équité, cet élément de l'actif échapperait à l'action des créanciers. Mais, il ne s'agit pas ici de raisonnement abstrait et d'équité. La difficulté est née de textes spéciaux de la législation intermédiaire relatifs à l'insaisissabilité des rentes sur l'État. On n'est pas encore parvenu à se mettre d'accord, ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, sur la portée exacte de ce principe. Le sens qu'on lui attribue a des conséquences multiples et variées dont l'une des prin-

(1) Demangeat sur Bravard, V, p. 73 et 74, en note.

cipales se produit précisément au point de vue du dessaisissement en matière de faillite (1).

La loi du 24 août 1793, qui a converti les anciennes dettes très diverses de l'État en rentes perpétuelles et qui a créé le grand livre de la dette publique, ne contenait aucune disposition excluant les rentes sur l'État du droit de gage général des créanciers et admettait que des tiers pouvaient former opposition entre les mains des agents du Trésor public au paiement des arrérages des rentes, au transfert de celles-ci et au remboursement du capital (L. 24 août 1793, § 44). Mais, sous le Directoire, lors de la réduction des rentes des deux tiers, deux lois déclarèrent insaisissables les rentes sur l'État qui formèrent dorénavant le tiers consolidé. L'art. 4, 1er alin., de la loi du 8 nivôse an VI (28 décembre 1797), dispose : *il ne sera plus reçu, à l'avenir, d'opposition sur le tiers consolidé de la dette publique, inscrite ou à inscrire.* Une controverse s'éleva sur le point de savoir si cette disposition s'appliquait aux arrérages. La loi du 22 floréal an VII (11 mai 1799) trancha, dans l'art. 7, la question, en disposant qu'*il ne sera plus reçu, à l'avenir, d'opposition au paiement des arrérages, à l'exception de celle qui serait formée par le propriétaire de l'inscription.* Ces dispositions ont été étendues aux différents types de rentes sur l'État dont la création a eu lieu successivement. V. lois du 11 juin 1878, du 27 avril 1883, du 17 janvier 1894. Elles ont été aussi appliquées sans peine aux rentes au porteur qui n'ont été admises qu'en 1831 (Ordonnance du 29 avril 1831) (2).

Il semble bien résulter des différentes dispositions des lois de l'an VI et de l'an VII et des lois postérieures qui les ont étendues aux nouveaux types de rentes sur l'État, que toutes ces rentes sont soustraites au droit de gage général des créanciers de celui à qui elles appartiennent et que celui-ci ne peut jamais en être dépouillé que de son consentement. Cette insaisissabilité absolue des rentes sur l'État ressort surtout des explications données lors de la discussion de la loi de nivôse an VI; elles montrent qu'on se rendait dès lors bien

(1) V. sur les conséquences à tirer du système adopté la note de Ch. Lyon-Caen dans le *Recueil de Sirey* et dans le *Journ. du Palais*, 1895. 1. 5 et la note de M. Glasson, *Recueil de Dalloz*, 1894. 1. 497.

(2) Bordeaux, 1er mai 1880, S. 1881. 2. 6; *J. Pal.*, 1881. 1. 87.

compte des conséquences graves qu'elle pourrait entraîner. Dans l'*exposé des motifs*, il est parlé des inconvénients résultant pour le crédit public des oppositions admises et des entraves perpétuelles qu'éprouvait la circulation de ces capitaux, puis on y lit le passage suivant qui a une importance considérable, parce qu'il ne saurait prêter à l'équivoque : « Il convenait de priver les créanciers pour l'ave-
« nir de toute espèce de droit, saisie ou opposition, soit sur le capital,
« soit sur les arrérages. *Les créanciers prévenus et instruits qu'ils*
« *n'auront point à compter sur cette ressource pour le paiement et*
« *la sûreté de leurs créances régleront à l'avenir leurs transac-*
« *tions en conséquence* et se ménageront d'autres sûretés moins
« sujettes à tromper leur attente. »

Ainsi donc, il résulte du texte même des lois de l'an VI et de l'an VII que les créanciers ne peuvent pas saisir les rentes appartenant à leur débiteur; ils ont été solennellement avertis que ces valeurs ne leur serviront pas de gage. Est-ce que la conséquence forcée n'est pas que le dessaisissement ne s'y applique pas? Il n'y a pas de dérogation apportée, pour le cas de faillite, au principe qui interdit la mainmise des créanciers sur cette partie du patrimoine de leur débiteur (1). Cette doctrine, qui est conforme au sens des lois de l'an VI et de l'an VII, est de nature à produire des résultats exorbitants et contraires à l'équité. Avec cette doctrine, un failli peut conserver des titres de rente sur l'État et se moquer des créanciers avec l'argent desquels peut-être il les a achetés! Quand la contrainte par corps, en matière civile et commerciale, existait, elle fournissait un moyen de forcer le débiteur à abandonner ses ressources, mais depuis son abolition le scandale sera impuni (2). Il est d'autant plus de nature à se produire

(1) Cass. 8 mai 1854, D. 1854. 1. 146 et S. 1854. 1. 309 (cet arrêt dit que le principe qui soustrait les rentes sur l'État à toute espèce de mainmise de la part des tiers, n'est pas modifié par l'état de faillite du propriétaire de la rente); Aix, 31 juill. 1882, S. 1884. 2. 110; *J. Pal.*, 1884. 1. 608; D. 1884. 2. 94; *Journ. des faillites*, 1886, p. 65; Rouen, 6 mars 1888, D. 1888. 2. 291; Rennes, 31 janv. 1889, D. 1890. 2. 61. Renouard, I, p. 303 (il se borne à citer l'arrêt de 1854). — Massé, II, n° 1185 *bis*; Demangeat sur Bravard, V, p. 72, note; Laurin, n° 968; Rép. Dall., v° *Trésor public*, n° 1161.

(2) On a parlé de cela dans la discussion de la loi de 1867 qui a aboli la contrainte par corps, et l'orateur du gouvernement a indiqué la saisissabilité des rentes sur l'État comme allant de soi. V. *Moniteur universel*, n° du 19 juillet 1867, p. 979. — Cette opinion personnelle ne peut être invoquée pour déterminer le sens des lois de l'an VI et de l'an VII.

souvent que les rentes sur l'Etat sont devenues plus nombreuses et sont répandues dans les mains d'un plus grand nombre de personnes. Aussi les magistrats et les jurisconsultes se sont-ils ingéniés à trouver des moyens d'échapper à des résultats aussi déplorables. On a cru pouvoir y parvenir, soit en se prévalant des circonstances spéciales dans lesquelles se pose la question en cas de faillite, soit en donnant aux textes des lois de l'an VI et de l'an VII (1) un sens restreint, par suite duquel les rentes sur l'État, n'échappant pas au droit de gage des créanciers, seraient comprises dans le dessaisissement.

Si les rentes sur l'État sont insaisissables, il semble que le syndic ne doit pas avoir le droit de s'en mettre en possession et de les faire vendre au profit de la masse des créanciers. On a pensé cependant pouvoir combiner avec l'insaisissabilité des rentes sur l'État le droit pour le syndic d'en faire opérer la vente. A une époque déjà ancienne, la Cour de cassation a cru trouver cette combinaison en raisonnant de la façon suivante : « Autre chose est la saisie ou opposition dont les « rentes sont affranchies, autre chose la mainmise qui succède, à « l'égard du failli, à son dessaisissement de l'administration de tous « ses biens sans exception. Cette mainmise peut, sans doute, selon « les exigences de la liquidation de la faillite, être suivie de l'aliéna- « tion des rentes sur l'État dépendant de l'actif ; mais alors, c'est au « nom du failli et comme ses mandataires légaux que procèdent les « syndics, sans porter, en conséquence, aucune atteinte aux règles de « comptabilité et de crédit public qui ont fondé les lois de nivôse an VI « et de floréal an VII (2). »

(1) L'interprétation visée au texte s'applique évidemment aussi aux lois qui ont étendu les dispositions de l'an VI et de l'an VII aux rentes sur l'État de création postérieure à ces lois.

(2) Cass. ch. civ. rej., 8 mars 1859 (après délibéré en chambre du conseil), D. 1859. 1. 145; S. 1860. 1. 418, *J. Pal.*, 1859, p. 545 (note fort importante de M. Labbé où la jurisprudence est analysée avec soin); Orléans, 9 avr. 1878, S. 1878. 2. 183. — Alauzet, VI, n° 2739; Namur, III, n° 1640 (il ne cite aucun monument de jurisprudence de Belgique); Boistel, n^os^ 907 et 1076; il admet que les rentes sur l'État sont insaisissables et ainsi échappent au dessaisissement, mais, selon lui, une fois l'union formée, rien ne s'oppose à ce qu'elles soient vendues par les syndics, il n'y a qu'une question de pouvoirs et leurs pouvoirs sont établis *ergà omnes* par le jugement qui les nomme. Les deux idées admises par notre savant collègue nous paraissent inconciliables. Comment les syndics peuvent-ils avoir un pouvoir sur un bien qui échappe au dessaisissement! Il y

Il faut assurément rendre hommage au but ainsi poursuivi. Ce système n'en repose pas moins, en réalité, sur une confusion ou sur un jeu de mots. On dit que les syndics sont les mandataires légaux du failli et que, par suite, lorsqu'ils opèrent une vente, c'est comme si la vente était faite par le failli lui-même. Quand ils vendent des biens du failli, les syndics sont les mandataires des créanciers, non du failli. D'après l'art. 532, 1er alin., C. com., *les syndics représentent la masse des créanciers et sont chargés de procéder à la liquidation.* Le mandat des syndics ne peut s'appliquer qu'aux biens atteints par le dessaisissement. Du reste, le créancier qui fait une saisie-arrêt, agit du chef de son débiteur, en vertu de l'art. 1166, C. civ. Comment comprendre que les lois qui ont voulu soustraire au droit de gage des créanciers les rentes sur l'État et qui leur ont, par suite, défendu la saisie-arrêt, leur aient permis de faire vendre à leur profit, par l'entremise des syndics, les titres de leur débiteur?

En dehors de la doctrine toute spéciale au cas de faillite qui vient d'être réfutée, il s'est formé depuis quelques années, sur le sens du principe de l'insaisissabilité des rentes sur l'État, une doctrine générale qui conduirait à les soumettre au dessaisissement en cas de faillite. Selon cette doctrine, les lois de l'an VI et de l'an VII, dont les lois postérieures n'ont fait qu'appliquer les dispositions aux rentes sur l'État nouvellement créées, n'ont pas soustrait les rentes au droit de gage général des créanciers consacré par les art. 2092 et 2093, C. civ., mais ont seulement défendu de former des saisies-arrêts ou oppositions entre les mains des agents du Trésor public. Le but aurait été seulement d'éviter les complications dont les oppositions seraient la cause dans la comptabilité du Trésor. Ce système implique que les rentes sur l'État ne sont pas, à proprement parler, insaisissables et que les créanciers peuvent faire valoir sur elles le droit de gage général qui leur appartient, pourvu que, pour le faire, ils n'aient pas à former une opposition entre les mains des agents du Trésor public (1).

a une corrélation nécessaire entre les biens compris dans le dessaisissement et les biens auxquels s'appliquent les pouvoirs des syndics.

(1) Un arrêt de la Chambre civile du 2 juill. 1894 et un arrêt de la Chambre des requêtes du 16 juill. 1894, S. et *J. Pal.*, 1895. 1. 5; D. 1895. 1. 497, ont consacré cette doctrine à propos de cas spéciaux étrangers à la faillite. On lit notamment

Une des conséquences les plus importantes de cette doctrine, c'est que les rentes sur l'État seraient comprises dans le dessaisissement (1) et les syndics pourraient en faire opérer la vente s'ils les trouvaient dans le portefeuille du failli, ils pourraient même former une opposition pour se les faire remettre par un tiers qui les détiendrait. Seulement ils ne pourraient former une opposition, soit au transfert à opérer à raison d'une vente faite par le failli, soit au paiement par le Trésor des arrérages au failli (2).

Mais, selon nous, la doctrine générale d'où ces solutions sont dé-

dans les motifs du premier de ces arrêts : « Attendu que l'application des lois « spéciales doit être renfermée dans les limites fixées par la teneur même de « leurs dispositions ; — Attendu que du texte de l'art. 4 de la loi du 8 nivôse « an VI et de celui de l'art 7 de la loi du 22 floréal, an VII, il résulte que ces « lois, en déclarant insaisissables les rentes sur l'État français, *ont eu seulement « pour objet d'interdire les saisies-arrêts de ces rentes pratiquées entre les mains « du Trésor public, mais qu'elles n'empêchent pas les créanciers, conformément « au principe fondamental écrit dans les art. 2092 et 2093*, C. civ., de se « faire attribuer par la justice la rente sur l'État que leur débiteur est appelé « à recueillir dans une succession, du moment que le transfert ne nécessite aucune saisie préalable. » Cependant, dans la séance de la Chambre des députés du 9 novembre 1895, le ministre des finances ayant été interrogé par un député (M. Bazille) sur la portée de ces arrêts, le ministre (M. Doumer) a déclaré que les rentes sur l'État ne tombent pas sous l'application de l'art. 2092, C. civ., et que les arrêts de 1894 visent surtout le droit de propriété des rentes sur lequel les tribunaux ont toujours le droit de se prononcer.

(1) Paris, 12 janv. 1886, *Journ. des faillites*, 1886, p. 65; D. 1886. 2. 233; Amiens, 16 janv. 1894, S. et *J. Pal.*, 1894. 2. 236; *Journ. des faillites*, 1894, p. 361.

(2) Notre regretté maître, M. Labbé, a été l'un des premiers, peut-être même le premier, à soutenir la doctrine dont il s'agit. Il l'a développée dans le *Journal du Palais*, 1859, p. 545. Il cite un passage de l'exposé des motifs de la loi de l'an VI relatif au but de l'insaisissabilité et le déclare plutôt favorable que contraire à son interprétation. Voici le texte de ce passage : « En supprimant ces « oppositions, on donne en quelque sorte à ces capitaux, à ces sortes de créances, « la valeur et l'effet du numéraire en circulation, dont il est si important d'augmenter la masse; on satisfait aux vœux du commerce. Les députés en cette « partie ont donné sur cet objet un mémoire au ministre des finances, où ils « mettent en évidence les inconvénients qui résultaient pour le crédit public des « oppositions admises et des entraves perpétuelles qu'éprouvait la circulation « de ces capitaux. En dernier résultat, l'intérêt des créanciers (c'est-à-dire des « rentiers) s'y rencontre; ils trouvaient difficilement à engager leurs créances, « ils étaient obligés de les vendre à perte et à vil prix, tandis que, libres et sans « aucun danger d'opposition, elles seront portées à un plus haut prix, et d'un « commerce plus facile. » Il est certain que ce passage isolé ne conduirait pas à soustraire les rentes sur l'Etat au droit de gage général des créanciers. Mais il n'est pas contraire à ce système et un passage de même exposé de motifs est formel, comme nous l'avons montré, en sa faveur. V. n° 245.

duites, ne saurait être admise. Quelles raisons produit-on, en effet, pour la soutenir? Le texte des lois qui donnent naissance à la question, se borne, dit-on, à exclure l'opposition. Il faut ne pas étendre une pareille règle qui déroge au droit commun. Le législateur a voulu faciliter la circulation des rentes sur l'État, en rendre possible la négociation rapide et immédiate, éviter que celui à qui le transfert d'une rente est proposé n'ait à redouter l'effet d'une saisie-arrêt et ne doive faire une vérification gênante, débarrasser la comptabilité de l'Etat des difficultés continuelles auxquelles donneraient lieu des saisies-arrêts formées entre les mains du Trésor public sur les rentes. — Il n'est pas douteux que le système dont il s'agit aurait pu être admis. Il y a, dans notre législation, au moins un exemple de choses snr lesquelles une saisie-arrêt ne peut, en principe, être formée, quoiqu'elles soient soumises au droit de gage général des créanciers. Il en est ainsi des lettres de change et des billets à ordre (art. 149, 187, C. com.). Mais les explications données dans l'exposé des motifs de la loi de l'an VI et rapportées plus haut (n° 245), ne permettent pas de donner une interprétation de ce genre aux lois concernant l'insaisissabilité des rentes sur l'État. Elle a un caractère absolu et signifie que le droit de gage général des créanciers ne s'étend pas aux rentes sur l'État de leur débiteur. Elles échappent, par suite, au dessaisissement, quelque fâcheux que cela puisse être. Il y a là un privilège exorbitant accordé aux rentes sur l'État. La suppression en serait d'autant plus légitime que le crédit dont elles jouissent à juste titre, est assurément aujourd'hui indépendant de ce privilège (1).

246. La question qui vient d'être examinée et résolue pour les rentes sur l'État (n° 245), pourrait se poser aussi pour les lettres de gage ou obligations foncières émises par le Crédit foncier de France. Le décret-loi du 28 février 1852 organique du Crédit foncier contient, en ce qui les concerne, une disposition analogue à celle des lois de l'an VI et de l'an VII pour les rentes sur l'État. L'art. 18 de ce décret est ainsi conçu : *il n'est admis aucune opposition au paiement du capital et des intérêts, si ce n'est en cas de perte de la lettre de gage.*

246 *bis*. Droit étranger. — Des lois, comme la loi *belge*, ont laissé

(1) En Belgique il y a les mêmes controverses qu'en France. — V. Namur, *op. cit.*, III, n° 1640.

indécise la question de savoir si les biens insaisissables échappent, par cela même, au dessaisissement (1); mais cette importante question est résolue par des textes légaux dans beaucoup de pays étrangers. V. loi *allemande*, art. 1, 1er et 3e alin.; loi *autrichienne*, art. 1; loi *brésilienne*, art. 18; loi *suisse*, art. 197; Codes de commerce *chilien*, art. 2363; *argentin*, art. 1405; *mexicain*, art. 962 et 963. Toutes ces lois établissent un lien entre le dessaisissement et la saisie, de telle sorte qu'elles soustraient au dessaisissement les choses insaisissables. Mais il y a parfois, pour des motifs divers, des exceptions apportées à cette règle; des choses insaisissables sont frappées par le dessaisissement. Aussi faut-il consulter soigneusement les textes à propos des différentes choses à l'occasion desquelles on a à se demander si elles sont comprises dans le dessaisissement.

247. Le dessaisissement s'applique, non seulement au patrimoine du failli, tel qu'il existe lors du jugement déclaratif, mais encore aux biens qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite, ainsi que le dit formellement l'art. 443, alin. 1, pour faire disparaître un doute qui s'était élevé sous l'empire du Code de 1807 (2). Cela comprend tout d'abord les biens qui peuvent être acquis par le failli à titre gratuit, de donation ou de legs.

Dans le cas d'une succession échue à un failli, l'acceptation ou la renonciation faite par celui-ci seul ne produirait pas d'effet à l'égard de la faillite (3). Il s'agit d'un droit pécuniaire qui, comme les autres, est exercé par les syndics; ceux-ci agissent prudemment en n'acceptant que sous bénéfice d'inventaire.

La masse ne peut profiter des acquisitions dont il s'agit que sous la déduction des charges qui les grèvent; ainsi, les légataires peuvent

(1) V. la note de la page 195.

(2) L'ancien art. 442, C. com., disait simplement que le failli était dessaisi de l'administration de *tous ses biens;* il y avait eu un doute sur la portée de cette disposition, mais seulement en ce qui concerne les biens acquis par l'industrie du failli. V. nos 249 et 250.

(3) Cf. Massé, II, no 1187; il semble dire qu'en cas de renonciation du failli héritier, la masse devrait agir en justice pour se faire autoriser à accepter, ce qui serait une application de l'art. 788, C. civ. Nous croyons qu'il n'y a pas ici à intenter l'action paulienne qui suppose le débiteur encore maitre de ses droits; nous avons affaire à un débiteur dessaisi, dont les actes sont d'une manière absolue frappés d'inefficacité en tant qu'ils nuiraient à la masse.

invoquer l'hypothèque de l'art. 1017, C. civ.; les créanciers et les légataires peuvent se prévaloir du droit de séparation des patrimoines, sans qu'on leur oppose la disposition de l'art. 448, C. com., d'après laquelle ce n'est que jusqu'au jour du jugement déclaratif que les droits d'hypothèque et de privilège peuvent être valablement inscrits (n° 287) (1). Dans ces circonstances, il est évident que l'inscription n'était pas possible avant le jugement déclaratif; aussi priverait-on, en réalité, les légataires de leur hypothèque ou du droit de séparation des patrimoines en ne permettant pas l'inscription à partir du jour où a été rendu le jugement déclaratif.

248. Le failli, n'étant pas un interdit (n° 208), peut exercer son activité personnelle en se livrant au commerce ou à l'industrie (2). Il y a intérêt pour pourvoir à sa subsistance et à celle de sa famille; il peut aussi vouloir préparer sa réhabilitation et, par suite, la prospérité de ses affaires n'est pas indifférente à ses créanciers. Cette faculté pour le failli de se livrer au commerce peut être exercée sans aucune autorisation; ni le juge-commissaire, ni le tribunal de commerce n'ont à intervenir à ce sujet (3).

Il va de soi que le failli ne peut se livrer au commerce qu'à la condition d'y employer des valeurs étrangères à la faillite et non frappées, en conséquence, par le dessaisissement (4).

Il a été soutenu qu'on ne saurait même aller jusqu'à reconnaître au failli la faculté dont il s'agit qu'autant que le commerce auquel il se livre n'est pas celui dans lequel il a fait faillite (5). La règle est trop absolue. Ce qui est vrai, c'est que le failli ne peut se livrer à un commerce qui pourrait avoir pour résultat de diminuer l'actif de la faillite, en amoindrissant la valeur du fonds de commerce qui fait partie de son actif : un commerce similaire pourrait avoir pour résultat un détournement de clientèle préjudiciable à la faillite. Il y a une

(1) Renouard, I, p. 298; Laurin, n° 969.

(2) Cass. 8 mai 1878, 16 nov. 1887, 22 nov. 1887, D. 1879. 1. 101; D. 1888. 1. 325; D. 1888. 1. 326.

(3) Cpr. Trib. comm. Seine, 6 janv. 1869, D. 1869. 3. 102; Cass. 5 nov. 1873, D. 1874. 1. 60. (Cet arrêt décide que, dans le cas où, en fait, une autorisation aurait été donnée au failli par le juge-commissaire, cette autorisation ne modifie en rien la situation du failli).

(4) Cass. 16 nov. 1887, D. 1888. 1. 325.

(5) V. Boistel, n° 912.

appréciation à faire d'après les circonstances. Un individu, qui a fait faillite à Paris comme cafetier ou hôtelier, pourrait certainement monter un café ou un hôtel dans une autre ville et même dans un autre quartier de Paris.

249. Si, par son travail, le failli pourvoit seulement aux nécessités de la vie de chaque jour, ses créanciers ne s'inquiéteront évidemment pas de ce qu'il fait. Mais il est possible que, grâce à son activité et à la confiance qu'il inspire encore, il réalise des bénéfices et parvienne ainsi à constituer des capitaux proprement dits. Il y a lieu alors de déterminer la condition des biens nouvellement acquis et de fixer les droits des anciens et des nouveaux créanciers.

Il n'est pas douteux que le dessaisissement s'applique aux biens acquis par le failli grâce à son commerce. Cela résulte du texte général de l'art. 443, C. com., qui vise même les biens pouvant échoir au failli tant qu'il est en état de faillite. Cela a été, du reste, expliqué, lors de la discussion de la loi de 1838 (1).

Il résulte de là que si le failli, ayant fondé un établissement de commerce, en a opéré la vente, les syndics pourront faire saisie-arrêt sur la créance du prix entre les mains de l'acheteur et demander l'attribution de ce prix à la masse des créanciers qu'ils représentent.

Les juges peuvent évidemment, sur les produits du commerce du failli, accorder à celui-ci une rémunération de son travail (2). La jurisprudence va même avec raison jusqu'à admettre qu'il faut laisser au failli les coudées franches, en tant que ses actes se réfèrent aux valeurs qu'il s'est procurées par son travail ou qui lui ont été confiées. Les syndics peuvent bien intervenir pour sauvegarder le droit des créanciers qu'ils représentent, mais ils ne peuvent, en se prévalant simplement du dessaisissement, faire tomber, au regard de la masse, les actes du failli; ils ne pourraient invoquer qu'une fraude proprement dite (3).

(1) Renouard, I, p. 296 et 297; Demangeat sur Bravard, V, p. 74, en note.

(2) Paris, 6 juill. 1855, D. 1855. 2. 360; S. 1855. 2. 479. — V. aussi Trib. comm. Seine, 6 janv. 1869, D. 1869. 3. 102.

(3) Cass. 12 janv. 1864, D. 1864. 1. 130; S. 1864. 1. 17 : Un failli avait loué un local important pour y installer un commerce; au bout de quelque temps, il avait résilié le bail et vendu le fonds de commerce. Sur la demande du syndic de la faillite, la Cour de Lyon prononce la nullité des deux actes dont il s'agit en se fondant sur le caractère absolu du dessaisissement. « Sans doute, dans

Il est aussi généralement admis, bien que cela ait été contesté, que le failli peut intenter des actions relatives à des opérations de commerce faites par lui ou défendre à des actions nées de ces opérations. V. ci-dessus, n° 236.

250. En ce qui touche les biens acquis par le failli dans son commerce et atteints par le dessaisissement, il faut appliquer la règle d'équité déjà donnée pour les biens provenant de donation ou de succession (n° 247) : les biens sont acquis *cum suâ causâ*. A raison de ce nouveau commerce, le failli a contracté des dettes, il a emprunté, il a acheté, etc. ; ces dettes doivent être acquittées sur les valeurs provenant de ce nouveau commerce avant que la masse puisse rien prétendre, autrement elle s'enrichirait injustement au détriment de ceux qui ont eu confiance dans le failli (1). Mais, sur les biens provenant du nouveau commerce, la masse exclura tous les créanciers postérieurs au jugement déclaratif dont les droits auraient une cause étrangère à ce

l'usage, les actes du failli, d'une pratique journalière et d'une importance minime, échappent souvent, soit par l'effet de la tolérance, soit par la force même des choses, à la rigoureuse application de la loi; mais aller jusqu'à autoriser de la part du failli un acte tel que la vente de son fonds de commerce, ce serait, en réalité, effacer de nos Codes la disposition si nette et si claire de l'art. 443. » L'arrêt a été cassé; la Cour de cassation dit qu'en ce qui touche l'exercice de son commerce, « la capacité du failli reste entière, sans qu'il y ait à distinguer entre des opérations minimes et des actes d'une plus ou moins grande importance, sauf toutefois le droit permanent de contrôle et de surveillance des créanciers de la faillite qui, par l'organe des syndics, peuvent veiller à leur intérêt, intervenir même pour s'opposer à tout engagement ou à tout acte qui, de la part du failli, serait de nature à leur causer un préjudice, prendre les mesures nécessaires pour assurer le recouvrement des valeurs acquises par le failli ou en prévenir le détournement, et enfin poursuivre l'annulation des engagements et des actes qui auraient eu lieu nonobstant l'opposition des syndics avec fraude et au préjudice de la masse. » La distinction entre les actes plus ou moins importants, indiquée par la Cour de Lyon, est arbitraire en elle-même et d'une application impossible; d'autre part, si l'on applique à l'hypothèse la théorie du dessaisissement dans toute sa rigueur, autant vaut refuser au failli le droit d'exercer le commerce, puisque personne ne pourra traiter avec lui en ayant l'assurance que le contrat sera maintenu. Cela serait non seulement inhumain pour le failli et sa famille, mais encore peu avantageux à ses créanciers : aj. *dans le même sens*, Cass. 2 fév. 1876, S. 1876. 1. 150; 8 mai 1878, D. 1879. 1. 101. — V. aussi Paris, 16 avr. 1872, D. 1873. 2. 225 (cession par le failli à un créancier d'une invention qui, n'étant qu'à l'état de simple conception, lors du jugement déclaratif, ne pouvait constituer un élément de l'actif); V. cependant Bruxelles, 7 déc. 1882, *Journ. des faillites*, 1883, p. 119.

(1) Renouard, I, p. 296; Pardessus, III, n° 1117; Bédarride, I, n° 84 *bis*. — V, aussi Cass. 12 janv. 1864, S. 1864. 1. 17; D. 1864. 1. 130.

commerce ; le dessaisissement produit, naturellement, à l'égard de ces créanciers, tout son effet (1). Il va sans dire que les nouveaux créanciers, quelle que soit la cause de leurs créances, n'ont rien à prétendre sur les biens formant l'actif de la faillite.

250 *bis*. Droit étranger. — Dans le droit commun des différents pays, le dessaisissement frappe, comme en France, les biens à venir avec les biens présents (2). Mais cette règle n'est pas admise par la loi allemande (art. 1), qui restreint le dessaisissement aux biens appartenant au failli au moment de la déclaration de faillite. Il résulte notamment de là qu'une seconde faillite s'appliquant aux biens acquis après la première peut se produire et que, par une sorte de séparation des patrimoines, on distingue les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs à la première déclaration de faillite (3).

§ 2. — *Suspension des poursuites individuelles.*

251. Le jugement déclaratif suspend le droit de poursuite individuelle de chaque créancier contre le failli, c'est-à-dire qu'un créancier ne peut plus exercer de voie d'exécution ni sur les biens ni sur la personne du failli. Cette règle se déduit tout naturellement du principe du dessaisissement et de la concentration de l'administration entre les mains des syndics. Un créancier ne peut améliorer sa condition au détriment des autres ; les poursuites qu'il exercerait ne pourraient donc avoir pour effet de lui procurer le paiement de ses créances. Il ne peut davantage pratiquer des voies d'exécution, en prétendant que c'est dans l'intérêt de tous les créanciers qu'il agit ; les syndics sont seuls chargés de cet intérêt collectif, c'est à eux à

(1) Alauzet, VI, n° 2462. — Sous l'empire du Code de 1807, on avait prétendu que les créanciers nouveaux étaient bien écartés de la répartition des biens appartenant au failli lors du jugement déclaratif, mais pouvaient concourir avec la masse sur les biens échus depuis la faillite ; la rédaction de l'art. 443, alin. 1, a eu précisément pour but de faire justice de cette prétention. — V. Renouard, I, p. 294 à 297.

(2) Loi *belge*, art. 444 ; loi *anglaise*, art. 44 ; Codes de commerce *italien*, article 699 ; *roumain*, art. 713 ; *portugais*, art. 700 ; *chilien*, art. 1362 ; *mexicain*, art. 962 ; *argentin*, art. 1402 ; loi *autrichienne*, art. 1 (cette loi ne comprend pas, toutefois, dans le dessaisissement les biens acquis au failli par son travail) ; loi *suisse*, art. 197 ; *brésilienne*, art. 18.

(3) V. Wilmowski, *Deutsche Reichskonkursordnung*, p. 51 et suiv.

administrer et à réaliser l'actif comme ils le jugeront convenable sous le contrôle du juge-commissaire (art. 534, C. com.). Leur gestion serait entravée par les poursuites qu'il plairait à chaque créancier d'exercer et qui ne feraient qu'entraîner des complications et des frais.

Cependant le législateur n'a pas cru nécessaire de formuler expressément cette règle qui dérive des principes essentiels de la faillite ; à lire même l'art. 443, alin. 3, on croirait que le seul changement qu'opère à ce point de vue la déclaration de faillite, c'est que les voies d'exécution sont suivies contre les syndics au lieu de l'être contre le failli. La règle n'en est pas moins certaine (1) (2) ; plusieurs articles du Code de commerce la supposent nécessairement. Il en est ainsi de l'art. 527, alin. 2, qui, pour le cas où le tribunal prononce la clôture des opérations de la faillite parce qu'il n'y a pas même de quoi suffire aux frais de la procédure, dit : *Ce jugement fera rentrer chaque créancier dans l'exercice de ses actions individuelles, tant contre les biens que contre la personne du failli.* L'art. 529, alin. 1, contient une disposition analogue pour le cas où, à la fin des opérations de l'union, le failli n'est pas déclaré excusable. Il résulte de là aussi nettement que possible que, tant que la faillite suit son cours normal, l'exercice des actions individuelles des créanciers est, par cela même, suspendu. L'art. 455 *in fine* dit formellement que la contrainte par corps ne peut être exercée contre le failli, et l'art. 571 que les créanciers ne peuvent poursuivre l'expropriation des immeubles. Comment alors expliquer l'art. 443, alin. 2, C. com., qui suppose des voies d'exécution postérieures au jugement déclaratif? La suspension des poursuites individuelles ne s'impose pas à tous les créanciers (nos 252 et suiv.) ; dans le cas où des poursuites sont possibles, ces poursuites sont suivies contre les syndics, voilà ce qu'a simplement voulu dire le législateur qui, comme on l'a fait remarquer justement, indique ainsi l'exception sans avoir posé la règle (3). Il faut ajouter

(1) Elle est admise par les lois étrangères. — V. ci-après, n° 256 *bis*.

(2) Le jugement de mise en liquidation judiciaire produit le même effet. V. L. 4 mars 1889, art. 5 et L. 4 avr. 1890. Mais il ne parait avoir jamais été soutenu que, par le seul fait de la cessation de paiements, le droit de poursuite individuelle des créanciers est suspendu. V. nos 187 et suiv.

(3) Bravard et Demangeat, V, p. 131. — Cette manière vicieuse de procéder, consistant à indiquer seulement l'exception en sous-entendant la règle, se rencontrait dans l'ancien art. 3 de la loi du 24 juill. 1867.

que la loi du 4 avril 1890 indique qu'en cas de liquidation judiciaire, le droit de poursuite individuelle des créanciers est suspendu *comme en matière de faillite*.

252. Les créanciers qui ont un gage ou une hypothèque, conservent le droit de faire vendre le bien qui est affecté à leur créance ; cela résulte formellement des art. 548 et 571, C. com. (1), et cela est très raisonnable. La sûreté a été stipulée ou a été conférée par la loi précisément pour que le créancier ne subisse pas les conséquences de la faillite ; on ne peut dire que la poursuite est sans objet, puisque le créancier a le droit d'être payé sur le prix de la chose qui lui est affectée. On a cherché à justifier d'une autre façon la situation spéciale des créanciers hypothécaires et gagistes. Il aurait été, a-t-on dit, inutile que la déclaration de faillite entraînât la suspension de poursuites pour eux, puisque la masse des créanciers n'en aurait tiré aucun avantage (2). Mais cette raison n'est pas décisive. La masse des créanciers pourrait avoir grand intérêt à ce qu'on attendît un moment favorable pour la réalisation des biens du failli. Il faut donc mieux argumenter du droit des créanciers garantis que de l'absence d'intérêt de la masse.

253. Quels sont exactement les créanciers qui échappent à la suspension du droit de poursuite individuelle produite par la déclaration de faillite ?

Le droit de poursuivre la vente du bien hypothéqué appartient à tout créancier *hypothécaire*, quelle que soit la nature de son hypothèque, qu'elle soit générale ou spéciale, par conséquent aux créanciers ayant un privilège général qu'ils veulent exercer sur des immeubles ; les privilèges immobiliers sont des hypothèques privilégiées ; du reste, l'art. 571, C. com., ne distingue pas. Il est incontestable qu'il faut assimiler, sous ce rapport, l'hypothèque maritime à l'hypothèque terrestre.

Le droit de faire vendre les meubles grevés d'un *privilège* doit-il aussi être reconnu à tout créancier privilégié ? Il faut distinguer,

(1) L'art. 572, C. com., réserve seulement aux syndics le droit de poursuivre la vente des immeubles quand il n'y a pas de poursuite commencée avant l'époque de l'union.

(2) Laurin, n° 972.

selon nous, suivant qu'il s'agit de créanciers ayant un privilège spécial ou de créanciers ayant un privilège général. Pour les créanciers privilégiés nantis, le droit de poursuite (1) se déduit par analogie de ce qui est dit pour le gagiste, et aussi de l'art. 450, C. com., qui suspend pendant un certain temps le droit de poursuite du bailleur, en ce qui touche les effets mobiliers servant à l'exploitation du commerce ou de l'industrie du failli, ce qui suppose que celui-ci aurait pu agir sans cette restriction formelle. V., du reste, l'art. 548, C. com. Mais en est-il de même des créanciers ayant un privilège mobilier spécial qui ne sont pas nantis (2) ? Aucune disposition du Code de commerce ne les visant expressément, on soutient qu'ils demeurent soumis à la règle générale, c'est-à-dire qu'après la déclaration de faillite, ils ne peuvent pas saisir et faire vendre le bien grevé de leur privilège (3). Mais les motifs qui font maintenir le droit de poursuite individuelle aux créanciers hypothécaires, ont la même force pour les créanciers ayant un privilège spécial, alors même qu'ils ne sont pas nantis.

Au contraire, on ne saurait reconnaître le droit d'agir aux créanciers qui ne peuvent invoquer qu'un privilège général ; aucun texte ne les soustrait au droit commun, en ce qui touche les voies d'exécution et on ne peut argumenter par analogie des dispositions relatives aux créanciers nantis. La spécialité même du privilège fait que ces créanciers, en exécutant, ne troublent pas l'administration des syndics (4) ; les créanciers, dont le privilège porte sur tous les meubles, entraveraient cette administration en poursuivant la vente des meubles qu'il leur plairait de choisir et qui peuvent, par exemple, être indispensables pour continuer l'exploitation du fonds de commerce.

254. Ainsi, des créanciers chirographaires (5) ne peuvent certai-

(1) Bordeaux, 6 déc. 1893, D. 1894. 2. 478. — V. aussi Trib. comm. Marseille, 9 mai 1865, *Journ. de jurispr. de Marseille*, 1865. 1. 166.

(2) La question ne se pose pas pour le vendeur d'effets mobiliers, par cela même que la faillite a pour effet de lui enlever son privilège. V. art. 550, C. com.

(3) Bédarride, III, n° 957 ; Trib. comm. de Marseille, 25 août 1865, *Journ. de jurispr. de Marseille*, 1865. 1. 272 (le droit de poursuite est refusé au créancier porteur d'un contrat de grosse).

(4) Quand l'exercice du droit de poursuite est de nature à gêner l'administration des syndics, la loi prend des précautions ; le Code de commerce (art. 450) a procédé ainsi en apportant des restrictions au droit du bailleur.

(5) Cette expression doit être prise ici dans un sens tout relatif. Un créancier a une hypothèque sur un immeuble du failli ; en vertu d'un titre exécutoire, il

nement *commencer* des poursuites à partir du jugement déclaratif. Ne peuvent-ils *continuer* des poursuites commencées auparavant? Des décisions judiciaires et des auteurs leur ont reconnu ce droit; d'après eux, le dessaisissement, ne produisant d'effet que pour l'avenir, prend les biens dans l'état où ils sont et ne porte pas atteinte aux actes consommés en vertu d'un droit. Sans doute, le créancier poursuivant ne pourra se faire payer au détriment de la masse; il a néanmoins un intérêt légitime à continuer les poursuites, puisqu'autrement les frais déjà faits deviendraient inutiles; aucune disposition n'autorise à les mettre à la charge de la masse de la faillite et il serait bien injuste de les faire supporter au créancier qui n'a fait qu'user de son droit. En quoi, dit-on, la masse souffrira-t-elle de cette continuation des poursuites qui n'aboutiraient qu'à réaliser son gage (1)? Malgré ces raisons, nous croyons qu'en principe, les poursuites ne peuvent pas plus être *continuées* que *commencées* après le jugement déclaratif par un créancier auquel le bien saisi n'est pas affecté. En droit, la situation est la même dans les deux hypothèses : l'administration des syndics en serait souvent entravée et le créancier ne peut se faire payer. Les syndics peuvent donc faire discontinuer les poursuites dans l'intérêt de la faillite; il est juste que le créancier poursuivant ne souffre pas de cette discontinuation, puisqu'il n'a fait qu'user d'un droit et que quelquefois même il a pu sauver le gage de la masse; les syndics, en faisant cesser les poursuites, rembourseront les frais faits et il ne semble pas y avoir eu de difficulté soulevée sur ce point. Ainsi se trouvent conciliés les intérêts engagés dans la question (2).

poursuit l'expropriation d'un immeuble qui ne lui est pas hypothéqué, il est un créancier chirographaire au point de vue de la question que nous examinons.

(1) Caen, 12 oct. 1861 et Rouen, 10 oct. 1862, D. 1863. 2. 34; Angers, 22 mai 1874, S. 1874. 2. 351. — Bédarride, I, n° 87; Pardessus, III, n° 1175 *in fine;* Esnault, III, n° 615; Rép. Dall., v° *Faillite,* n° 230 (plusieurs arrêts rapportés).

(2) Lyon, 26 août 1853, D. 1855. 2. 318. (L'arrêt annule des ordonnances de référé qui avaient autorisé la continuation de la vente forcée de marchandises, malgré la déclaration de faillite du débiteur); Dijon, 18 janv. 1858, D. 1860. 2. 78 (saisie immobilière); Bordeaux, 13 janv. 1865, S. 1865. 2. 144 (le syndic offrait de payer les frais de la procédure en expropriation); Paris, 11 juill. 1874, D. 1877. 5. 240. — Renouard, II, p. 330 et 331; Bravard et Demangeat, V, p. 133-137; Alauzet, VI, n° 2483; Dict. de Couder, v° *Faillite,* n° 226.

Des auteurs distinguent entre les voies d'exécution sur les meubles et les voies d'exécution sur les immeubles ; les premières ne pourraient pas plus être continuées que commencées par les créanciers chirographaires ; il en serait autrement des secondes à raison de l'art. 572 qui dispose que, *s'il n'y a pas de poursuite en expropriation des immeubles commencée avant l'époque de l'union*, les syndics seuls seront admis à poursuivre la vente. Mais cette distinction est peu raisonnable en elle-même et elle ne résulte pas du texte invoqué. Il ne faut pas prendre l'art. 572 isolément et l'interpréter en ce sens qu'il permettrait à tout créancier *chirographaire* de poursuivre l'expropriation des immeubles du failli tant qu'il n'y aurait pas union, ce qui serait en désaccord avec toute la théorie de la faillite. L'art. 572 se rattache à l'art. 571 et a pour but de restreindre le droit que ce dernier article réserve aux créanciers *hypothécaires* (1).

255. Par application des principes ci-dessus posés, des créanciers ne peuvent, à partir du jour où a été rendu le jugement déclaratif, faire saisie-arrêt entre les mains des débiteurs du failli ; il appartient aux syndics de faire rentrer ce qui est dû (2). Si la saisie-arrêt est antérieure au jugement déclaratif de faillite, l'effet s'en trouve détruit de plein droit par ce jugement même, en ce sens que le tiers-saisi doit payer entre les mains des syndics, sans pouvoir exiger de ceux-ci une mainlevée de l'opposition (3). La situation serait autre, si la saisie-arrêt avait été validée par une décision passée en force de chose jugée avant le jugement déclaratif, parce qu'alors il y aurait eu un droit acquis au créancier saisissant devenu, par l'effet du jugement, créancier direct du tiers-saisi ; le dessaisissement ne pourrait s'appliquer à une créance ne faisant plus partie, au moins jusqu'à concurrence des causes de la saisie, du patrimoine du failli (4). Mais, quand le jugement de validité est intervenu durant la période suspecte, une question spéciale se pose : le syndic peut-il, pour faire tomber ce jugement, invoquer les art. 446 et 447, C. com., qui frappent de nullité les actes faits durant la période suspecte? Cette question, qui se rat-

(1) Rép. Dall., v° *Faillite*, n^os^ 224 et 230.

(2) Trib. civ. Lyon, 12 nov. 1892, *La Loi*, n° du 11 fév. 1893. — V. aussi Rennes, 4 août 1893, D. 1893. 2. 37. — Dict. de Couder, *h. v°*, n° 212.

(3) Rouen, 1^er^ fév. 1882, *Journ. des faillites*, 1882, p. 235.

(4) Cass. 9 juin 1869, D. 1872. 5. 396; Dijon, 3 juill. 1874, S. 1876. 2. 247.

tache aux effets produits dans le passé par le jugement déclaratif, sera examinée plus loin à propos des effets du jugement déclaratif dans le passé.

De même, la saisie-conservatoire pratiquée sur un débiteur n'a plus d'objet par suite de la faillite de celui-ci ; le syndic remplace le gardien constitué de la saisie (1).

256. Le Code de commerce suspend l'exercice de la contrainte par corps contre le failli comme les voies d'exécution sur ses biens (n° 86 *bis*).

Des auteurs ont dit à tort que cela n'a plus d'intérêt depuis la loi du 22 juillet 1867 qui a aboli la contrainte par corps (2). Cette abolition, en effet, n'est pas absolue ; elle a eu lieu en matière civile et commerciale, mais la contrainte par corps est maintenue en matière criminelle, correctionnelle et de simple police ; elle peut être employée à raison des condamnations à l'amende, aux frais, aux restitutions et dommages-intérêts qui peuvent être prononcées en cette matière (Loi du 22 juillet 1867, art. 1 et 2 ; Loi du 10 décembre 1871). Il est donc encore utile de constater, même depuis la loi du 22 juillet 1867, que, par suite de la faillite, la contrainte par corps ne peut être exercée à raison d'une créance rentrant dans les catégories qui viennent d'être indiquées (3).

256 *bis*. Droit étranger. — Le principe de la suspension pour les créanciers du droit de procéder individuellement à des voies d'exécution est admis par toutes les législations. Mais des différences existent, soit quant aux créanciers à l'égard desquels ce droit n'est pas suspendu, soit quant aux règles à appliquer lorsque des poursuites ont été commencées avant la déclaration de faillite.

La loi belge de 1851 a été plus précise que notre loi de 1838. D'après l'art. 453, le jugement déclaratif arrête l'exercice de la contrainte par corps ainsi que toute saisie à la requête des créanciers chirographaires et non privilégiés sur les meubles et les immeubles ;

(1) Trib. civ. Chambéry, 15 mars 1884, *Journ. des faillites*, 1884, p. 644.

(2) V. Alauzet, I, p. 322.

(3) Nancy, 21 nov. 1845, D. 1846. 2. 52. Cet arrêt décide, ce qui est encore exact aujourd'hui, que le Trésor public ne peut pas exercer contre un failli la contrainte par corps pour assurer le recouvrement des frais de justice. — V. Renouard, I, p. 322.

si, antérieurement à ce jugement, le jour de la vente forcée des meubles ou immeubles saisis avait déjà été fixé et publié, cette vente aurait lieu pour le compte de la masse, à moins que, sur la demande des curateurs, le tribunal n'en autorisât la remise à une autre époque. D'après l'art. 454, toutes voies d'exécution pour parvenir au paiement des créances privilégiées sur le mobilier dépendant de la faillite, sont suspendues jusqu'à la clôture du procès-verbal de vérification des créances.

§ 3. — *Déchéance du terme.*

257. *Le jugement déclaratif de faillite rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives non échues*, art. 444, alin. 1, C. com., Cf. art. 1188, C. civ. Cette disposition se justifie aisément. Le créancier a accordé un terme à son débiteur par suite de la confiance qu'il avait en lui, il lui a *fait crédit;* le terme n'a donc plus de raison d'être quand le débiteur trompe cette confiance, quand il est déclaré en faillite. En outre, le maintien du terme entraînerait des complications inutiles dans le règlement de la faillite : on ne pourrait payer les créanciers dont les droits seraient échus au détriment des créanciers pour lesquels l'échéance ne serait pas encore arrivée; il faudrait donc mettre en réserve les dividendes de ceux-ci. Il est plus simple et plus juste de mettre tous les créanciers sur le même pied sans se préoccuper de l'échéance de leurs créances, de les admettre également aux opérations de la faillite et aux répartitions qui peuvent être faites.

L'exigibilité a lieu pour les créances à terme incertain aussi bien que pour les créances à terme certain.

Le législateur a poussé très loin cet effet du jugement déclaratif. Car le capital de la rente perpétuelle qui est, en principe, remboursable sans être exigible, devient exigible, en cas de faillite du débirentier (art. 1913, C. civ.). V. ci-après, n° 270.

Cet effet de la déclaration de faillite était déjà admis par les jurisconsultes italiens. On lit dans une décision de la Note de Gênes : *secutâ ruptură seu decoctione, creditores possunt de creditis agere ante diem.*

Au reste, la mise en liquidation judiciaire rend aussi exigibles les dettes à terme, (Loi du 4 mars 1889, art. 8). Il en est de même de la

déconfiture (1). Mais on peut discuter sur le point de savoir si le seul fait de la cessation de paiements a cet effet indépendamment de tout jugement de faillite ou de liquidation judiciaire. V. nos 187 et suiv.

258. *Créanciers conditionnels.* — La faillite ne saurait faire disparaître la condition suspensive comme le terme ; les expressions de l'article 444, C. com., ne conviennent qu'aux dettes à terme ; la différence est, du reste, grande entre les deux cas. Le créancier à terme a un droit certain, tandis que l'existence du droit du créancier conditionnel est incertaine ; en effaçant le terme, on ne modifie pas la nature du droit ; on la modifierait en effaçant la condition, puisque l'incertitude disparaîtrait. Ce n'est pas à dire que le créancier conditionnel doit être exclu des opérations de la faillite ; il a été admis plus haut (n° 94) qu'il peut provoquer le jugement déclaratif ; cela résulte de ce qu'il peut faire des actes conservatoires (art. 1180, C. civ.). Mais, si, lors de la répartition des dividendes, l'incertitude dure encore, le créancier ne pourra toucher ce qui lui reviendrait au cas où la condition se réaliserait ; son dividende sera déposé à la Caisse des consignations. Il le touchera si la condition s'accomplit ; dans le cas contraire, le dividende reviendra aux autres créanciers.

Des auteurs ont pourtant soutenu une doctrine différente. Selon eux, l'art. 444, C. com., s'appliquerait aux obligations conditionnelles comme aux obligations à terme : le créancier sous condition suspensive aurait le droit de réclamer le paiement, sauf à restituer en cas de défaillance de la condition (2). Ce point de vue est inexact. Sans doute, selon les cas, au lieu de déposer à la Caisse des dépôts et consignations le dividende attribué au créancier sous condition, on peut le remettre au créancier lui-même, à charge par lui de donner caution de le restituer le cas échéant ; mais il ne peut y avoir pour ce créancier un droit d'exiger qu'il en soit ainsi (3).

Le créancier dont le droit est exposé à s'évanouir par suite de l'accomplissement d'une condition résolutoire, doit être admis comme

(1) V. art. 1913 et 1188, C. civ. — Comme il ne peut pas y avoir de jugement déclarant en termes généraux une personne en état de déconfiture, il faut, en cas de déconfiture d'un débiteur que la déchéance du terme soit demandée spécialement et prononcée par justice : Cass. 20 mars 1892.

(2) V. *en ce sens*, Bédarride, I, n° 93 ; Alauzet, VI, n° 2486.

(3) Cf. Pothier, *Traité des obligations*, n° 235.

créancier pur et simple. Mais il est tenu de donner caution de restituer ce qui lui est payé en prévision de cette éventualité. Sans cette caution, la masse des créanciers serait exposée à subir un préjudice au cas où, la condition résolutoire s'accomplissant, le créancier serait insolvable.

258 *bis*. La différence profonde qui vient d'être indiquée entre la situation faite aux créanciers à terme et aux créanciers sous condition suspensive en cas de faillite (n° 258 *bis*) donnait un grand intérêt pratique à la question de savoir si la créance des loyers est pour le bailleur une créance à terme ou sous condition. Mais, comme il sera expliqué à propos de l'art. 550, C. com., l'intérêt de cette question se trouve aujourd'hui très restreint par les dispositions insérées dans l'art. 550, C. com., en vertu de la loi du 12 février 1872.

258 *ter*. Droit étranger. — Nulle part les créanciers sous condition suspensive ne sont aussi favorablement traités que les créanciers à terme; la nature même de la condition s'y oppose. V. n° 258. La mise en réserve de la somme afférente à ces créances est généralement admise. Mais la loi allemande montre une sévérité très grande, ne décidant que la répartition de la somme réservée a lieu entre tous les créanciers, lorsque la condition n'est pas encore accomplie au moment de la répartition finale (Loi *allemande*, art. 60 et 155). Il se peut seulement que le droit civil local autorise le créancier à réclamer une garantie pour le cas où la condition se réaliserait (Loi *allemande*, art. 142).

259. Le créancier à terme vient au passif de la faillite pour le montant intégral de sa créance, il ne subit aucune réduction à raison de ce que l'échéance se trouve avancée. C'est là une solution de la loi qui prête à critique. Deux individus ont vendu des marchandises au failli pour mille francs : l'un a stipulé que le paiement aurait lieu aussitôt, l'autre a fait six mois de crédit. Est-il juste qu'ils soient mis sur le même pied et qu'ils viennent également pour mille francs? N'est-il pas probable que celui qui a accordé un terme, a fixé un prix en conséquence; il n'aurait pas demandé mille francs s'il avait vendu au comptant. Dans la discussion de la loi de 1838, il avait été proposé de déduire du capital des créances à terme une somme égale au mon-

tant des intérêts au taux légal pendant le temps restant à courir. On n'a pas méconnu le sentiment d'équité qui avait dicté la proposition ; elle a été rejetée néanmoins pour plusieurs motifs. Le plus souvent l'échéance n'est pas très éloignée, car, en général, dans le commerce, on ne fait pas un long crédit ; on n'accorde donc pas un bien grand avantage en faisant disparaître le terme. En outre, le plus souvent, quand il y a un terme et surtout quand le terme est un peu long, la créance produit des intérêts ; la faillite arrête le cours des intérêts (art. 445, C. com.), le créancier ne se trouve donc pas, par l'anticipation de l'exigibilité, dans la même situation que si sa créance était réellement échue (1).

La règle absolue du Code de commerce semble particulièrement critiquable lorsque le capital de la créance correspond en partie à des intérêts qui auraient couru jusqu'à l'échéance. Par exemple, le porteur d'un effet de commerce dont l'échéance était plus ou moins éloignée l'avait fait escompter par un banquier. Celui-ci a fait subir une déduction à raison du temps restant à courir ; il peut cependant produire pour le montant de l'effet à la faillite du souscripteur de cet effet, alors que son droit à obtenir ce montant supposait l'écoulement d'un certain délai entre l'escompte et l'échéance.

259 *bis*. DROIT ÉTRANGER. — L'exigibilité des dettes à terme est admise par toutes les législations comme l'un des effets de la déclaration de faillite, à l'exception de la législation autrichienne qui a consacré un système spécial à indiquer à part. Mais les lois mêmes qui s'accordent pour admettre l'exigibilité des dettes à terme, diffèrent en ce que les unes, comme le Code de commerce français, reconnaissent aux créanciers à terme le droit de se présenter pour le montant de leurs créances sans déduction (2), tandis que les autres soumettent les créances devenues exigibles à des déductions dont, du reste, le mode de calcul varie selon les pays (3). En outre, il

(1) V. Renouard, I, p. 341 et 342.

(2) Ce système est repoussé par les lois nouvelles (note 3). On ne le trouve que dans quelques Codes calqués sur notre Code de commerce.

(3) Loi *allemande*, art. 58 ; loi *hongroise*, art. 14 ; loi *anglaise* de 1863 (2e *schedule*, art. 21) ; loi *suisse*, art. 208 ; loi *brésilienne*, art. 23 ; Codes de commerce *italien*, art. 701 et 768 ; *espagnol*, art. 883 ; *portugais*, art. 710 ; *chilien*, art. 1367 ; *argentin*, art. 1413 ; *mexicain*, art. 974.

est des lois qui n'admettent la déduction que pour les dettes dont l'échéance est encore assez éloignée (1). D'après la loi autrichienne (art. 14), la masse a le droit d'offrir le paiement aux créanciers à partir de la déclaration de faillite et ceux-ci doivent l'accepter, sans que les créanciers puissent l'exiger. Comme il s'agit là d'une faculté pour la masse, celle-ci n'a pas le droit de déduire un escompte quand elle l'exerce.

260. Au sujet de l'exigibilité des dettes à terme produite par le jugement déclaratif s'est élevée une question importante relative aux obligations remboursables pour une somme supérieure au taux d'émission. Il s'agit de savoir si les obligataires peuvent se présenter dans la faillite pour le capital nominal. Cette question sera résolue à propos de la faillite des sociétés dans le *chapitre* VIII (2).

261. L'exigibilité anticipée résultant de la faillite s'applique à toutes les créances, qu'elles soient civiles ou commerciales, qu'elles soient chirographaires, privilégiées ou hypothécaires, en ce sens qu'on ne saurait invoquer l'existence d'un terme pour empêcher un créancier quelconque de participer aux opérations de la faillite (3). Mais l'exigibilité ne saurait produire le même effet que s'il n'y avait pas faillite; c'est ainsi que celui qui, au moment même de la déclaration de faillite, était débiteur pur et simple du failli en même temps que son créancier à terme, ne peut se prévaloir de l'exigibilité des créances pour prétendre qu'il y a alors compensation entre sa créance et sa dette. Il a été expliqué plus haut (n° 216) que le dessaisissement empêche précisément la compensation de s'opérer (4).

262. Il a été dit (n^os^ 252 et 253) que le droit de procéder à des actes d'exécution, refusé aux créanciers en général, est laissé aux créanciers hypothécaires et à certains créanciers privilégiés. Si l'un de ces créanciers a une créance à terme, peut-il procéder à des mesures d'exécution avant l'arrivée du terme, en se fondant sur ce que

(1) D'après l'art. 450, alin. 2 de la loi *belge*, « les dettes non échues et ne portant pas intérêt, dont le terme serait éloigné de plus d'une année, ne seront admises au passif que sous déduction de l'intérêt légal calculé depuis le jugement déclaratif jusqu'à l'échéance. »

(2) Elle a été examinée dans notre *Traité de Droit commercial*, II, n^os^ 581 et 582.

(3) Pardessus, III, n° 1127.

(4) V. Paris, 10 juill. 1885, D. 1886. 2. 190.

celui-ci est effacé par la déclaration de faillite? La question est vivement discutée. Après quelques hésitations, la jurisprudence est fixée dans le sens de l'affirmative et quelques auteurs s'y sont ralliés (1); les motifs allégués ne nous semblent pas décisifs. Il ne suffit pas, en effet, d'invoquer les termes généraux de l'art. 444, C. com , de dire qu'ils doivent s'appliquer à tous les créanciers et que les créanciers hypothécaires ou privilégiés ne sauraient être moins bien traités que les créanciers chirographaires. Il a été reconnu plus haut (n° 260) que, dans un certain sens, l'exigibilité s'applique à tous les créanciers; mais cette exigibilité ne saurait leur conférer les mêmes droits que s'il n'y avait pas faillite (2); à ce sujet les arrêts semblent commettre une véritable contradiction. Ainsi, l'un des plus importants qu'on cite à l'appui de l'opinion que nous combattons, dit « que la loi ne fait aucune distinction entre les créances chirographaires et les créances privilégiées ou hypothécaires, que le jugement déclaratif de faillite ne doit pas seulement s'entendre du droit pour les créanciers de participer à la distribution des deniers, mais qu'il autorise aussi l'exercice des droits réels, tels que celui d'expropriation des immeubles qui leur sont affectés, parce que, *l'état de faillite n'ayant en rien modifié la position des créanciers privilégiés ou hypothécaires*, ils peuvent exercer toutes les actions qui leur auraient appartenu s'il n'y avait pas eu de faillite (3). » La contradiction est palpable; si l'état de faillite n'a pas modifié la situation de ces créanciers, ils ne doivent pas avoir un droit qu'ils n'auraient pas en l'absence de faillite; sans le jugement déclaratif, ils devraient bien certainement attendre l'arrivée du terme. N'est-il pas exorbitant qu'on leur per-

(1) Angers, 15 mai 1861, D. 1861. 2. 107; S. 1861. 2. 442; Agen, 20 fév. 1866, D. 1866. 2. 149; S. 1866. 2. 154; Lyon, 16 fév. 1881, D. 1881. 2. 237; S. 1882, 2. 44; Aix, 23 avr. 1884, *La Loi*, n° du 22 mai 1884, *Journ. des faillites*, 1884, p. 405. — V. aussi Amiens, 11 fév. 1892, *Journ. des faillites*, 1893, p. 207. Dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'une mise en liquidation judiciaire. Mais la question est la même pour la liquidation judiciaire que pour la faillite; Namur, III, n° 1670; Dict. de Couder, v° *Faillite*, n^os^ 263-264; Aubry et Rau, § 303 et note 17; Laurent, XVII, n° 199; Demolombe, XXV, n^os^ 661, 663, 699.

(2) On n'a pas toujours bien fait cette distinction et on a cité à tort, comme favorables à la solution de la jurisprudence, des auteurs qui avaient bien déclaré l'art. 444 applicable aux créanciers hypothécaires ou privilégiés, tout en leur refusant ensuite le droit de procéder à des mesures d'exécution avant l'échéance.

(3) Agen, 20 fév. 1866, D. 1866. 2. 149.

mette d'invoquer les règles de la faillite pour faire tomber le terme qui les gêne et d'écarter les mêmes règles pour pouvoir procéder à des mesures d'exécution? Les créanciers privilégiés ou hypothécaires qui veulent procéder à des mesures d'exécution et se placer ainsi en dehors de la faillite, doivent avoir une créance réellement échue et non pas une créance devenue seulement exigible en vertu de l'art. 444 (1).

Des arguments plus spéciaux, produits contre cette doctrine, ne paraissent pas avoir une grande force. On a dit qu'il est conforme à l'intérêt des tiers que l'hypothèque ou le privilège soient réalisés le plus vite possible afin que l'on soit sûr de ce qui reste à la masse chirographaire. Ce n'est guère probant : si la réalisation immédiate est si avantageuse à tout le monde, pourquoi les syndics n'y procèdent-ils pas eux-mêmes? Leur opposition aux poursuites suppose, au contraire, que, dans l'intérêt de la masse, il vaudrait mieux attendre. Enfin on a tiré un argument aussi subtil qu'ingénieux de l'art. 546, C. com., d'après lequel *les créanciers du failli qui seront valablement nantis de gages, ne seront inscrits dans la masse que pour mémoire*. Voici le raisonnement un peu compliqué qui a été fait : si le créancier nanti d'un gage n'est pas admis à la répartition, c'est que la loi part de cette supposition que le gage suffit à le désintéresser; autrement, il l'aurait fait vendre pour venir dans la masse chirographaire pour le reliquat. Cette supposition ne se comprendrait pas si le créancier gagiste ne pouvait agir avant l'échéance. En écrivant l'art. 546, le législateur ne paraît pas avoir eu la pensée d'écarter ainsi le créancier gagiste par cela seul que le gage n'aurait pas été réalisé aussitôt.

263. Comme le dit l'art. 444, C. com., c'est *à l'égard du failli* que le jugement déclaratif rend les *dettes* exigibles; il résulte de là des conséquences importantes.

264. Rien d'abord n'est changé aux *créances* du failli; on comprend que ses débiteurs ne peuvent pas être privés du bénéfice du terme qui leur appartient à raison d'un fait qui leur est étranger.

(1) Pardessus, III, n° 1127; Bravard et Demangeat, V, p. 157-159; Renouard, I, p. 334-335 et II, p. 332; Boistel, n° 924 (il tire un argument spécial de la loi de 1872 qui a modifié l'art. 550, C. com.); Alauzet, VI, n° 2485; Laurin, n°s 978, 979 et 984. — V. *en ce sens*, pour le droit *allemand*, Kohler, *op. cit.*, p. 346.

Sans doute, si l'échéance est éloignée, ce sera une gêne pour la liquidation de la faillite, mais l'*intérêt* qu'aurait la masse à recevoir immédiatement ce qui est dû au failli ne peut supprimer le *droit* des débiteurs de ne payer qu'à l'époque fixée. La liquidation peut être entravée par des échéances trop reculées des créanciers du failli ; c'est aux syndics à aviser. Selon les cas, ils pourront traiter avec les débiteurs, obtenir d'eux, moyennant un escompte, le paiement anticipé ou vendre les créances à forfait. V. art. 570, C. com. (1).

S'il s'agit d'un contrat synallagmatique dont l'exécution devait avoir lieu à une époque déterminée, la faillite de l'un des contractants ne pourrait être considérée comme rendant son engagement exigible, sauf à l'autre à n'exécuter qu'au terme ; il y a un lien nécessaire entre les deux obligations. Ainsi, soit une vente à terme, le prix devait être payé lors de la livraison ; l'acheteur tombe en faillite. « Le terme accordé au vendeur pour livrer n'étant pas annulé par la faillite, il en résulte qu'elle n'a pas non plus annulé celui qui avait été fixé pour le paiement, et que, dans cette hypothèse, l'art. 444, C. com., n'est pas non plus applicable (2). »

264 ***bis.*** Plusieurs personnes peuvent être tenues d'une même dette principalement ou accessoirement ; la faillite de l'une d'elles n'entraîne pas, en principe, la perte du terme pour les autres, puisque l'effet en est tout relatif d'après les expressions mêmes de l'art. 444 (*à l'égard du failli*) ; c'est d'ailleurs conforme au bon sens et à l'équité. La situation personnelle du failli et les nécessités de la liquidation justifient l'exigibilité immédiate des dettes du failli comme cela a été expliqué (n° 257) ; ce sont des raisons qui ne peuvent être invoquées à l'encontre d'un débiteur qui n'est pas en faillite (3). Voici les principaux cas qui peuvent se présenter (4).

(1) Au reste, les mêmes observations peuvent être reproduites pour les créances conditionnelles du failli. — V. Bravard et Demangeat, V, p. 165 et 166.

(2) Bordeaux, 16 juill. 1840, Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 248. — Boistel, n° 925.

(3) L'ancien art. 448 disait : « L'ouverture de la faillite rend exigibles les dettes passives non échues. » Malgré la généralité de cette formule, on admettait que les coobligés du failli ne devaient pas subir la déchéance du terme : Renouard, I, p. 335. — V. cependant Bordeaux, 6 janv. 1836 (Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 257) ; l'arrêt déclare que les conséquences de la faillite de l'un des débiteurs solidaires doivent retomber sur les autres. Avec la rédaction de l'art. 444 actuel, il ne saurait y avoir de doute.

(4) Dans le chapitre consacré à la faillite des sociétés, nous examinerons la

a. Un engagement existe à la charge de plusieurs personnes tenues solidairement; la faillite de l'une d'elles n'autorise pas le créancier à agir contre les autres avant le terme fixé. Il n'est pas contraire à la nature de la solidarité que l'un des débiteurs ait un terme, même en vertu des clauses du contrat, tandis que l'autre est tenu purement et simplement (art. 1201, C. civ.) (1). *A fortiori*, cela peut-il se produire par suite de faits postérieurs à la conclusion du contrat.

b. L'engagement du failli a été cautionné; quoique le terme ne soit pas arrivé, le créancier peut se présenter dans la faillite du débiteur principal, mais ne peut poursuivre la caution avant l'échéance (2). Qu'arriverait-il dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire si c'est la caution qui est tombée en faillite? le créancier peut-il agir contre le débiteur principal? La réponse est donnée par l'art. 2020, C. civ. : *Lorsque la caution reçue par le créancier volontairement ou en justice est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre. — Cette règle reçoit exception dans le cas seulement où la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution* (3).

Quand le débiteur principal est en faillite, il y a à déterminer quels sont les droits de la caution à l'égard de la faillite. La caution ne peut se présenter à la faillite à raison de son recours éventuel que dans les cas où le créancier ne s'y présente pas lui-même. La même créance ne peut pas, en effet, figurer deux fois dans le passif. Ce point sera examiné en détail à propos des art. 542 à 545, C. com. V. aussi art. 2032 2°, C. civ. (4).

question de savoir si la faillite d'une société rend exigible l'engagement des associés de verser leurs mises.

(1) Bordeaux, 10 mars 1854, D. 1854. 2. 246; S. 1854. 2. 515. Tous les auteurs sont en ce sens. — V. cep. Laurin, n° 982 *bis*, qui semble restreindre la solution qu'il donne au cas où la solidarité résulte de la loi et sans aucun fait de la part du débiteur.

(2) Rouen, 29 juin 1871, D. 1873. 2. 206; Trib. comm. de Marseille, 1er décembre 1881, *Le Droit* du 29 juill. 1882 et *Journ. des faillites*, 1882, p. 360. — Demolombe, XXV, n° 707; Demangeat sur Bravard, V, p. 168, note 1. — V. *en sens contraire*, Larombière, *Traité des obligations*, art. 1188, n° 22. — La solution admise au texte, pour le cas de faillite du débiteur principal, est aussi exacte en cas de déconfiture : Cass. 3 juill. 1890, *Le Droit*, n° des 16-17 août 1890.

(3) V. pour le commentaire de l'art. 2020, C. civ., P. Pont, *Traité des petits contrats*, II, nos 136 et suiv.; Demante et Colmet de Santerre, VIII, n° 251.

(4) V. P. Pont, *Traité des petits contrats*, nos 286 à 289.

265. Une question analogue à celle qui se pose en cas de faillite du débiteur principal dont la dette à terme a été garantie par une caution, s'élève quand une dette à terme garantie par une hypothèque est devenue exigible par suite de la faillite du débiteur : le créancier hypothécaire peut-il agir contre le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué avant l'arrivée du terme stipulé? La négative devrait être admise si l'on ne consultait que l'art. 444, C. com. Mais il faut ici tenir compte des dispositions de l'art. 2167 *in fine*, C. civ. (1), qui identifie la condition du débiteur et celle du tiers détenteur au point de vue de l'exigibilité, en admettant que le tiers détenteur jouit *des termes et délais accordés au débiteur originaire*. Aussi peut-on, sans se mettre en contradiction avec la solution donnée pour la caution, soutenir que la faillite du débiteur à terme autorise le créancier hypothécaire à agir contre le tiers détenteur sans attendre l'échéance de la dette (2).

Mais il n'y a pas de raison pour traiter autrement que la caution la personne désignée parfois sous le nom de *caution réelle*, qui, sans être tenue personnellement de la dette, a consenti une hypothèque pour la garantir.

266. Pour le cas où le failli est signataire d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, la loi ne maintient pas strictement le principe que la faillite rend bien exigible l'engagement du failli, mais ne change pas la condition des personnes qui peuvent se trouver engagées en même temps que lui. Voici, en effet, la disposition de l'alin. 2 de l'art. 444, C. com. : *En cas de faillite du souscripteur d'un billet à ordre, de l'accepteur d'une lettre de change ou du tireur à défaut d'acceptation, les autres obligés seront tenus de donner caution pour le paiement à l'échéance, s'ils n'aiment mieux payer immédiatement* (3). V. Aussi art. 163, 2e alin., C. com. Cette règle

(1) V. aussi l'art. 2169, C. civ.

(2) Demolombe, XXV, nº 708; P. Pont, *Traité des privilèges et hypothèques*, II, nº 1131.

(3) L'ancien art. 448, C. com., soumettait au recours tous les signataires d'une lettre de change ou d'un billet à ordre en cas de *faillite de l'un des obligés*, ce qui se référait naturellement aux endosseurs comme au tireur et au tiré. Mais il y avait sur la portée exacte de l'ancien art. 448 des hésitations dans la jurisprudence : Rép. Dall., vº *Faillite*, nº 258; vº *Effets de commerce*, nº 657.

se rattache directement à la matière des lettres de change et des billets à ordre (1).

§ 4. — *Cessation du cours des intérêts.*

267. *Le jugement déclaratif de faillite arrête, à l'égard de la masse seulement, le cours des intérêts de toute créance non garantie par un privilège, par un nantissement ou par une hypothèque* (article 445, alin. 1er, C. com.). La loi pose ainsi le principe de la cessation du cours des intérêts en le soumettant à une double restriction : 1° *il ne s'applique qu'à l'égard de la masse ;* 2° *il ne concerne pas les créanciers privilégiés et hypothécaires.* Il faut examiner successivement la règle et les restrictions qui y sont apportées.

268. Le Code de 1807 ne contenait aucune règle au sujet des intérêts des créances ; la jurisprudence avait néanmoins décidé que les créanciers chirographaires ne pourraient réclamer les intérêts courus depuis l'ouverture de la faillite (2) ; la loi de 1838 s'est approprié cette décision en s'attachant au jugement déclaratif (3). Plusieurs

(1) V. l'explication détaillée des art. 444, alin. 2 et 163, alin. 2, C. com., *Traité de Droit commercial*, IV, nos 237, 238 et 523. Le projet de loi soumis à la Chambre des députés en 1885 (no 17) proposait de supprimer cette disposition et de modifier ainsi l'art. 163, alin. 2 : « Dans le cas de liquidation judiciaire ou de faillite de l'accepteur avant l'échéance, le porteur peut faire protester, mais il ne peut exercer son recours qu'après l'échéance, et les délais qui lui sont impartis par les articles suivants ne courent qu'à compter du lendemain de cette échéance. » Le rapport de la Commission invoque surtout l'autorité de M. Renouard (I, p. 336) pour justifier le maintien du principe général que la déchéance du terme doit être toute personnelle ; la disposition actuelle est, selon ce rapport, injuste et d'une rigueur extrême.

(2) Cass. 14 juill. 1829, Rép. Dall., vo *Bourses de commerce*, no 395 : « Si, en principe général, les créanciers de la faillite dont le sort est fixé au jour de son ouverture, ne peuvent point demander les intérêts de leurs créances, ce principe n'est applicable qu'aux créanciers chirographaires qui n'ont droit qu'à une contribution des deniers appartenant au failli. Mais les créanciers privilégiés sur un objet qui est leur gage spécial, étant étrangers, par la nature de leurs créances, aux opérations de la faillite, conservent leurs droits dans toute leur plénitude. » C'est la distinction même de l'art. 445 actuel.

(3) Il était tout naturel que, dans le silence de la loi, la jurisprudence eût arrêté le cours des intérêts à la cessation des paiements, puisque c'était de cette époque que datait le dessaisissement. — V. no 198, Cf. anal. ce qui est relatif à l'exigibilité. Malgré le texte formel de l'art. 445, un arrêt a décidé que la suspension du cours des intérêts avait lieu par la seule cessation des paiements et en l'absence de toute déclaration de faillite : Lyon, 30 août 1861, D. 1861. 2. 227.

raisons expliquent la solution. L'idée de la loi est d'abord que la situation des créanciers doit être arrêtée au moment où la faillite est déclarée ; ils ne peuvent faire valoir dans la liquidation que les droits qu'ils ont alors. Autrement il pourrait y avoir une inégalité choquante, certains créanciers ayant stipulé des intérêts et d'autres n'en ayant pas stipulé ; les lenteurs de la liquidation augmenteraient ainsi la créance des premiers au détriment de la créance des seconds. On aurait pu, il est vrai, décider que des intérêts courraient au profit de tout le monde, mais cela n'aurait fait que compliquer les calculs sans modifier la proportion dans laquelle chaque créancier a droit à l'actif (1).

L'arrêt du cours des intérêts a lieu pour les intérêts moratoires comme pour les intérêts conventionnels. La loi ne fait pas de distinction et ses motifs ont la même valeur pour les intérêts des deux espèces.

269. L'application de l'art. 445 est facile quand la créance a pour objet un capital déterminé devant produire des intérêts jusqu'au paiement ; le créancier produit alors pour le capital et pour les intérêts ayant couru jusqu'à la déclaration de faillite. Les choses ne se présentent pas toujours aussi simplement et il est possible qu'un créancier ne réclame qu'un capital, alors que des intérêts ayant dû courir après la faillite figurent parmi les éléments de ce capital, Peut-il produire pour ce capital ou subit-il une réduction à raison de l'art. 445? Ainsi, supposons que la veille de la déclaration de faillite, une personne ait prêté au failli 1000 francs pour un an avec intérêts à 6 0/0 ; le prêteur a pu se faire souscrire par le débiteur un billet indiquant seulement le prêt et la stipulation d'intérêts ; la faillite survenant, il ne pourra certainement produire que pour 1000 francs. Le prêteur a pu faire rédiger le billet autrement et demander un engagement de rembourser dans un an 1060 francs. La faillite fait disparaître le terme ; le créancier pourra-t-il produire pour 1060 francs, puisque son titre contient seulement l'engagement de payer cette somme sans distinguer ce qui correspond au capital prêté et ce qui correspond aux intérêts de ce capital? Il peut paraître singulier au premier abord de donner

(1) Cf. Boistel, nº 936 ; Laurin, nº 985.

une solution différente pour ces deux hypothèses qui paraissent identiques au fond : toutefois, nous croyons que, dans le second cas, le créancier pourra produire pour 1060 francs; ce résultat semble bien avoir été voulu par le législateur (1) et il s'explique pratiquement. De grandes difficultés se présenteraient si l'on pouvait ainsi analyser les éléments du capital de la créance pour appliquer, le cas échéant, l'art. 445, C. com. Ne faudrait-il pas distinguer suivant qu'on se trouverait en présence du créancier primitif ou d'un tiers cessionnaire qui ignore cette décomposition du capital de la créance? On a toujours admis les banquiers qui avaient escompté des effets de commerce au failli à se présenter pour le capital nominal de ces effets, quand même l'échéance n'en serait pas encore arrivée lors de la déclaration de faillite; et cependant les banquiers n'ont pas remis ce capital en entier, ils ont fait subir une déduction et l'intérêt à courir jusqu'à l'échéance a été un élément important de cette déduction. Le plus souvent l'avantage pour la masse à scruter ainsi les divers éléments de la créance ne compenserait pas les difficultés et les embarras qui résulteraient de cet examen (2).

Un autre cas a été également supposé. Un individu est créancier à raison d'une vente de marchandises payables à un terme assez éloigné (3 ou 6 mois, par exemple); le vendeur a promis un escompte

(1) On a rejeté en 1838 un amendement ayant pour but de réduire la créance dans ce cas.

(2) Demangeat sur Bravard, V, p. 186, note 5; Alauzet, VI, n° 2494. — Bourges, 27 janv. 1857, D. 1857. 2. 68; S. 1858. 2. 695. — V. cep. Rép. Dall., *h. v°*, n° 263; dans les motifs d'un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 19 novembre 1874 (*Journ. des trib. de comm.*, 1875, p. 176), il est dit que, d'après la jurisprudence constante du tribunal, le porteur d'un billet à ordre, comprenant tout à la fois le capital et les intérêts de ce capital calculé jusqu'au jour de l'échéance, n'est admis au passif que pour le montant du titre, déduction faite des intérêts non courus au jour de la faillite; Dict. de Couder, *h. v°*, n° 280 (l'auteur dit à tort que l'arrêt de Bourges précité, s'explique par cette considération que le billet étant passé entre les mains d'un tiers, celui-ci, qui en avait fourni la valeur totale, ne pouvait être soumis à une réduction; l'arrêt met en cause simplement le bénéficiaire primitif des billets et dit qu'il a été licite de réunir les intérêts au capital). Trib. comm. Reims, 14 nov. 1884; Trib. comm. Seine, 20 mars 1884, *Journ. des faillites*, 1884, p. 85; 1886, p. 182. — Namur, III, n° 1682 (il aurait été entendu dans les travaux préparatoires de la loi belge qu'on distinguerait dans la somme portée au billet ce qui correspond au capital et ce qui correspond aux intérêts). Les travaux préparatoires de notre loi de 1838 fournissent un argument en sens inverse. — V. la note précédente.

s'il était payé à bref délai. La faillite arrive ; le vendeur produira-t-il pour le montant de sa facture ou subira-t-il la déduction de l'escompte? Pour cette seconde solution, on dit que le prix stipulé ne correspond pas exclusivement à la véritable valeur des marchandises, puisque le vendeur offre une réduction, mais aussi en partie à l'intérêt du capital laissé entre les mains de l'acheteur; la fraction qui correspond à cet intérêt ne devrait donc pas pouvoir être réclamée à cause de l'article 445. Il faut, au contraire, admettre, selon nous, que le vendeur peut se présenter pour le montant de sa facture (1). Outre les considérations indiquées dans l'hypothèse précédente, on peut dire ici que, dans tous les cas, la réduction du prix était subordonnée à une condition qui ne s'est pas réalisée (2). Cette condition consistait dans le paiement du prix fait par anticipation dans le délai fixé. Le jugement déclaratif de faillite qui rend la dette exigible ne peut pas être assimilé au paiement. Lors même qu'un dividende serait payé promptement, cela n'équivaudrait pas au paiement du prix lui-même. Les conditions sont indivisibles, en ce sens qu'une condition qui n'est accomplie qu'en partie, doit être, en principe, considérée comme ne s'étant pas réalisée.

270. Il peut se faire que le failli ne soit débiteur que d'intérêts ou d'arrérages. L'art. 445, C. com., s'oppose-t-il à ce qu'une réclamation se produise pour des intérêts ou pour des arrérages à échoir après la faillite? Cela ne saurait être admis. Cela reviendrait à attribuer au jugement déclaratif l'effet d'éteindre une créance, de libérer le failli d'une dette. Mais le droit reconnu au créancier d'intérêts ou d'arrérages ne va pas sans soulever dans certains cas des difficultés. Aussi est-il indispensable de parconrir quelques-uns des cas qui peuvent se présenter.

a. Si le failli était débiteur d'une rente perpétuelle, la solution à donner est très simple. Le capital devient exigible (art. 1913, C. civ.) et, par suite, le crédirentier ne peut réclamer les arrérages échus depuis le jugement déclaratif.

b. Le failli avait, comme caution, garanti les intérêts d'un capital

(1) Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 264.
(2) Demangeat sur Bravard, V, p. 187, en note; Namur, III, n° 1642.

jusqu'au remboursement de celui-ci par le débiteur principal. Les intérêts à payer aux époques périodiques fixées étaient pour le failli un véritable capital. Ce qui est vrai du failli l'est aussi pour la masse de ses créanciers. Le créancier doit se présenter pour le montant du capital, sauf à ne toucher que les intérêts du dividende jusqu'au paiement par le débiteur principal; le dividende qui aura dû être placé pour produire les intérêts, sera alors attribué à la masse de la faillite (1).

c. La question n'est pas aussi simple quand le failli est débiteur d'une rente viagère (2). Le capital correspondant aux arrérages n'est pas, en effet, aisé à déterminer. Des systèmes divers ont été proposés. On a soutenu que le crédirentier doit être colloqué pour le capital qui, placé, au taux légal, produira des intérêts égaux aux arrérages de la rente viagère. Le capital soumis naturellement à la loi du dividende serait placé, pour que les intérêts en soient servis au crédirentier. Au décès de celui-ci, le capital devenu en quelque sorte libre ferait retour à la masse de la faillite (3).

Rien assurément ne s'oppose à ce qu'on ait recours à ce procédé; mais il n'est pas obligatoire. Si les syndics y trouvent plus d'avantage pour la masse des créanciers, on peut n'admettre le crédirentier à la faillite que pour la somme qui, placée à fonds perdus, d'après l'âge de la personne sur la tête de laquelle la rente viagère repose, suffit pour

(1) Cette solution équitable est donnée par un arrêt de Bruxelles du 26 mai 1841 (Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 262) : « Si, par application du principe qui veut que le sort de tout créancier soit définitivement fixé au moment de la faillite, on a généralement admis en pratique que les intérêts de tous capitaux cessent de courir au moment de son ouverture, la position du cautionné dans l'espèce ne sera pas plus favorable que celle des autres créanciers, puisque lui aussi perd les intérêts à compter du jour de la faillite jusqu'à celui de la distribution des deniers, auquel jour seulement la somme représentative de son capital sera placée à intérêts à son profit. » Il faut remarquer que la Cour statuait sous l'empire du Code de 1807. Cf. Alauzet, VI, n° 2493.

(2) Le débiteur peut être un individu ou une société, par exemple une compagnie d'assurances sur la vie. Cela s'est présenté à propos de la faillite de la société d'assurances sur la vie, *Le Crédit viager*. V. Jugement du tribunal de commerce de la Seine, 1er septembre 1886, *La Loi*, n° du 15 septembre 1886. Le tribunal a admis que le capital devait être reconstitué d'après les tables de la société en faillite et non d'après celles d'une autre compagnie.

(3) P. Pont, *Traité des petits contrats*, n°s 756, 757 et 761; Boistel, n° 936.

procurer des arrérages égaux à ceux dont le failli devait le service au crédirentier (1).

On a soutenu un système tout différent en prétendant que le capital dont le placement est suffisant pour produire des arrérages égaux à ceux de la rente viagère doit, après avoir subi la loi du dividende, être remis au crédirentier (2). Mais on transforme ainsi le droit de celui-ci et on ne tient pas compte de l'art. 1978, C. civ., qui, dans un cas analogue, celui du défaut de paiement des arrérages d'une rente viagère, n'admet que l'emploi du capital nécessaire au paiement des arrérages.

271. Ce n'est qu'*à l'égard de la masse* que les intérêts cessent de courir; quant au failli, il n'est pas déchargé, à partir du jugement déclaratif, des intérêts à échoir de ses dettes. L'art. 604, C. com., applique cette idée en exigeant que le failli, pour obtenir sa réhabilitation, ait intégralement acquitté toutes les sommes par lui dues en principal, *intérêts* et frais. Par conséquent si, par hasard, il restait des fonds en caisse après que tous les créanciers ont reçu le capital de leurs créances, les syndics devraient les appliquer au paiement des intérêts échus depuis la faillite. Enfin, l'union étant dissoute, le failli peut toujours être poursuivi pour ce qu'il doit en intérêts courus depuis le jugement déclaratif comme pour ce qu'il doit en capital.

272. Il est presque inutile de faire remarquer que, si la dette du failli est garantie par une caution ou si le failli a des codébiteurs solidaires, les intérêts continuent de courir à la charge de la caution ou des codébiteurs du failli. En principe, les effets du jugement déclaratif sont personnels au failli. V. analog. nos 263 et 264.

273. Pour les dettes qui, avant le jugement déclaratif, ne produisaient ni intérêts conventionnels, ni intérêts moratoires, une difficulté spéciale s'élève. Il n'est pas douteux que ces dettes peuvent devenir productives d'intérêts moratoires, mais en vertu de l'art. 445, 1er alin., C. com., ces intérêts ne peuvent, pas plus que des intérêts conventionnels, courir à l'égard de la masse. Seulement il faut déterminer à partir de quel moment ces intérêts courent. Selon l'art. 1153,

(1) Trib. comm. Seine, 1er sept. 1886, *La Loi*, no du 15 sept. 1886. — *Supplément au Répertoire de jurisprudence de Dalloz*, vo *Faillite*, p. 365, note 1.

(2) Demangeat sur Bravard, V, p. 188 et 189, en note; Dict. de Couder, vo *Faillite*, no 282.

C. civ., les intérêts moratoires ne courent, en principe, qu'à partir de la demande en justice (1). Comment peut-on appliquer cette règle en cas de faillite du débiteur? La question est embarrassante et des solutions diverses lui ont été données.

Il faut, a-t-on dit, à défaut de dérogation, appliquer, même en cas de faillite, la règle du droit commun. Le créancier qui désire faire courir à son profit des intérêts moratoires, doit actionner le failli en justice (2). Rien ne met obstacle à ce que la demande soit dirigée contre le failli lui-même; car elle ne concerne en rien la masse des créanciers, par cela même que les intérêts ne peuvent pas courir à l'égard de celle-ci, en vertu de l'art. 445, C. com.

Suivant une autre opinion, il ne serait pas besoin d'une demande en justice spéciale pour faire courir les intérêts moratoires (3). Mais le jugement déclaratif aurait cet effet, pour toutes les dettes du failli, parce que la suspension du droit de poursuites individuelles empêche les créanciers d'actionner le failli. Tout acte spécial fait dans ce but serait frustratoire.

Aucune de ces deux opinions ne doit être adoptée. Tout créancier qui veut être payé dans la faillite, doit produire ses titres dans les formes déterminées par la loi (art. 491 et 492, C. com.). Cette production interpelle en quelque sorte le syndic qui peut former un *contredit*, c'est-à-dire nier l'existence de la dette, ainsi que le failli et chaque créancier (art. 494, C. com.); elle équivaut ainsi à une demande en justice. La date de la production est connue pour chaque créancier par le récépissé que doit donner le syndic des titres qui lui sont remis (art. 491 et 492, C. com.) (4).

On a parfois soutenu que les intérêts moratoires ne doivent courir qu'à partir du jour où la créance a été vérifiée et affirmée (art. 493 et suiv., C. com.). Mais une telle solution, outre qu'elle retarderait sans motif le point de départ du cours des intérêts, ne correspondrait

(1) Cette règle s'applique-t-elle aux dettes commerciales comme aux dettes civiles? Sur ce point, il y a quelque doute. — V. *Traité de Droit commercial*, III, n° 32.

(2) Demangeat sur Bravard, V, p. 186, note 3.

(3) Douai, 12 mai 1875, D. 1875. 2. 89; Douai, 26 déc. 1877, D. 1878. 2. 38.

(4) Cass. 17 janv. 1893, S. et *J. Pal.*, 1894. 1. 113; D. 1893. 1. 537 (noté de M. Boistel).

en rien à la règle de l'art. 1153, C. civ. C'est la production qui équivaut à une demande en justice. Quant à la vérification et à l'affirmation, elles correspondent à un jugement; c'est à cela qu'on fait allusion, en disant qu'elles forment un contrat judiciaire entre le failli ou la masse des créanciers et le créancier vérifié et affirmé.

Les intérêts moratoires, quand ils sont dus pour une année, peuvent être eux-mêmes productifs d'intérêts. Les intérêts des intérêts courent, d'après l'art. 1154, C. civ., à partir de la convention ou de la demande en justice. Une nouvelle production serait, en cas de faillite du débiteur, nécessaire pour les faire courir.

274. L'art. 445, alin. 1er, en posant la règle de la suspension du cours des intérêts, l'applique à *toute créance non garantie par un privilège, par un nantissement ou par une hypothèque;* et l'alin. 2 ajoute : *les intérêts des créances garanties ne pourront être réclamés que sur les sommes provenant des biens affectés au privilège, à l'hypothèque ou au nantissement.* Les créanciers privilégiés, hypothécaires ou nantis, ne doivent pas subir l'effet de la faillite en ce qui touche le bien affecté à leur créance, puisque cette sécurité leur a été donnée par la loi ou a été stipulée pour eux précisément en vue du cas où leur débiteur ferait de mauvaises affaires. Ils peuvent donc se faire payer sur ce bien le capital et les intérêts de leur créance, que ces intérêts aient couru avant ou même depuis la déclaration de faillite (1). Mais il va de soi que ce droit n'existe pour les créanciers hypothécaires et privilégiés qu'autant qu'ils ont conservé leur droit aux intérêts conformément à l'art. 2151, C. civ. et à l'art. 13 de la loi du 10 juillet 1885 qui s'appliquent aussi bien quand il y a que lorsqu'il n'y a pas faillite du débiteur (2).

275. La disposition de l'art. 445, C. com., relative aux créances garanties, est loin d'être claire. Il est au moins un cas où elle donne naissance à une sérieuse difficulté.

(1) Cass. 24 fév. 1852, D. 1852. 1. 46; S. 1852. 1. 174; *J. Pal.*, 1854. 1. 39; Poitiers, 30 janv. 1878, D. 1878. 2. 70; S. 1878. 2. 176; *J. Pal.*, 1878. 730. — Cf. Demangeat sur Bravard, V, 189, notes.

(2) Une difficulté qui sera examinée plus loin (nº 292) s'élève sur le point de savoir si, même après le jugement déclaratif de faillite, un créancier hypothécaire ou privilégié peut prendre des inscriptions pour les intérêts qui lui sont dus en sus des années d'intérêts garanties au même rang que le capital, malgré la disposition de l'art. 448, 1er alin., C. com.

Celle-ci s'élève, qu'il s'agisse d'un privilège ou d'une hypothèque. Mais, pour plus de simplicité, il sera supposé qu'il s'agit d'une hypothèque, ce qui, du reste, est le cas le plus fréquent.

Trois hypothèses différentes peuvent se présenter pour un créancier hypothécaire quand son débiteur est en faillite :

a. Le créancier n'est pas colloqué en rang utile sur le bien hypothéqué. Il est alors considéré comme créancier chirographaire (art. 556, C. com.) et ne peut, par suite, réclamer des intérêts pour le temps postérieur au jugement déclaratif.

b. Le créancier vient en ordre utile ; il se fait colloquer sur le bien hypothéqué pour le capital de sa créance, pour les intérêts échus avant le jugement déclaratif, même pour les intérêts échus depuis, en vertu de l'art. 445, C. com.

c. La situation n'est pas aussi tranchée. Le rang du créancier sur le bien hypothéqué ne lui permet pas de se faire payer du capital et des intérêts échus avant et depuis le jugement déclaratif. Ce qu'il reçoit ainsi doit-il être imputé d'abord sur les intérêts et subsidiairement sur le capital, sauf à lui à produire à la faillite pour la portion non payée du capital ou bien l'imputation doit-elle être faite sur le capital, sauf au créancier à se présenter à la faillite pour le capital non payé ? Un exemple peut servir à faire saisir l'importance de cette question. Une somme de 2.000 francs est attribuée sur le bien hypothéqué au créancier à qui il est dû 42.000 francs pour capital et intérêts. En décomposant cette somme, on trouve que 40.000 francs représentent le capital et les intérêts ayant couru jusqu'à la déclaration de faillite et que 2.000 francs représentent les intérêts qui ont couru depuis cette déclaration jusqu'au règlement de l'ordre. Pour quelle somme le créancier hypothécaire sera-t-il admis à figurer dans la masse chirographaire? Est-ce pour 40.000 francs, à raison de ce que les 2.000 francs touchés sur le prix du bien hypothéqué doivent s'imputer sur les intérêts ou pour 38.000 francs à raison de l'imputation des 2.000 francs sur le capital de la créance ?

On soutient que l'imputation doit se faire sur les intérêts (1). En

(1) Telle est actuellement la jurisprudence de la Chambre civile de la Cour de cassation qui est contraire à celle de la Chambre des requêtes (note suivante) : Cass. 26 déc. 1871, D. 1873. 1. 145; S. 1872. 1. 49; *J. Pal.*, 1872. 113 (note de

ce sens on a invoqué l'art. 1254, C. civ., selon lequel *le paiement fait sur capital et intérêts, mais qui n'est point intégral, s'impute d'abord sur les intérêts.*

Selon nous, au contraire, l'imputation doit être faite sur le capital. L'art. 445, C. com., déroge implicitement mais très nettement à l'art. 1254, C. civ. Il ne permet pas que l'actif de la faillite serve directement ou indirectement à acquitter des intérêts ayant couru depuis le jugement déclaratif; c'est cependant ce qui arrive dans l'opinion que nous combattons. « Si le prix des biens est employé à payer, en première ligne, les intérêts des créances garanties par privilège ou par hypothèque, courus depuis le jugement de déclaration de faillite, et que le restant du prix soit insuffisant pour acquitter le capital, le créancier viendra en concours, pour le reliquat de ce capital, avec la masse des créanciers, et les intérêts courus depuis la déclaration de faillite serviront à faire participer à la contribution dans la masse le créancier privilégié ou hypothécaire pour une somme égale au montant desdits intérêts, puisque, si l'attribution avait eu lieu d'abord sur le capital, la différence dans le reliquat serait moindre d'une somme égale à celle à laquelle s'élèveraient les intérêts (1). » Ajoutons qu'avec le système contraire, la règle de l'art. 445 devient extrêmement préjudiciable à la masse; le créancier hypothécaire, dans notre espèce, profite de ce que les créanciers chirographaires ne peuvent ajouter à leur capital des intérêts ayant couru depuis le jugement déclaratif. N'est-ce pas aller directement contre l'esprit manifeste de la loi que de retourner contre la masse une disposition qui a été édictée à son profit (2)?

M. Labbé dans le sens de l'arrêt); Cass. 12 juill. 1876, D. 1877. 1. 305; S. 1878. 1. 68; *J. Pal.*, 1878. 144 (arrêt rendu en la Chambre du conseil et contrairement aux conclusions de M. l'avocat général Bédarride); Poitiers, 30 janv. 1878, D. 1878. 2. 70; S. 1878. 2. 176; *J. Pal.*, 1878. 730; Aix, 10 mai 1884, *Journ. des faillites*, 1884, p. 70; Boistel, n° 937.

(1) Ch. req. 17 nov. 1862, D. 1863. 1. 305; S. 1863. 1. 205; *J. Pal.*, 1863. 663. V. la note suivante.

(2) M. Boistel (n° 937), qui enseigne l'opinion contraire, nous paraît faire une concession imprudente en disant que *la lettre de l'art. 445 est respectée.* — *Dans notre sens*, V., outre l'arrêt cité à la note précédente, Bordeaux, 1er déc. 1874, D. 1876. 2. 235; Rouen, 6 fév. 1882, *Journ. des faillites*, 1882, p. 605 (cet arrêt va trop loin, en semblant dire que l'art. 1254, C. civ., est écarté même au regard du failli, puisque celui-ci ne peut invoquer la cessation du cours des intérêts). — Alauzet, VI, n° 2492; Bravard et Demangeat, V, p. 190, en note.

275 *bis*. Droit étranger. — On trouve dans la plupart des lois étrangères une disposition semblable à celle de l'art. 445, C. com., qui admet que le jugement déclaratif arrête le cours des intérêts pour les dettes du failli, à moins qu'elles ne soient garanties par une sûreté réelle. V. Codes de commerce *italien*, art. 700; *roumain*, art. 714; *espagnol*, art. 884; *belge*, art. 451; Loi *allemande*, art. 40 et 55 3°; Loi *brésilienne*, art. 24. Toutefois la loi *autrichienne* n'admet pas la suspension du cours des intérêts. Cette solution est injuste par cela même que cette loi ne fait pas courir les intérêts à partir de la déclaration de faillite pour les créances qui n'en étaient pas productives antérieurement; l'égalité n'est pas de cette façon établie entre les divers créanciers.

La question spéciale qui se présente lorsque le créancier jouissant d'une garantie réelle n'obtient sur le bien affecté à sa dette qu'une partie de ce qui lui est dû (n° 275), n'a été résolue expressément que par un petit nombre de lois. Les Codes de commerce *italien* (art. 700, 2e alin.) et *roumain* (art. 714, 2e alin.) décident que, pour le reliquat pour lequel le créancier se présente dans la masse chirographaire, il n'est pas tenu compte des intérêts courus depuis le jugement déclaratif de faillite. C'est la solution conforme à notre interprétation de l'art. 445 de notre Code de commerce (1) (n° 275).

§ 5. — *Hypothèque de la masse des créanciers.*

276. Après avoir indiqué différents actes conservatoires que doivent faire les syndics, l'art. 490, alin. 3, ajoute : *Ils sont tenus aussi de prendre inscription, au nom de la masse des créanciers, sur les immeubles du failli dont ils connaîtront l'existence. L'inscription sera reçue sur un simple bordereau énonçant qu'il y a faillite, et relatant la date du jugement par lequel ils auront été nommés.* Cette disposition, qui ne fait que reproduire l'ancien art. 500, a soulevé d'assez grandes difficultés. Quelle est la nature de cette inscription? A quoi tend-elle? Sous l'empire du Code de 1807, il était généralement admis que cette inscription n'avait aucun effet légal,

(1) La jurisprudence allemande est en sens opposé. — V. Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*, p. 326 et 327.

puisqu'elle ne correspondait pas à une hypothèque établie au profit de la masse. « Rien ne prouve, disait la Cour de cassation, que l'article 500 ait nécessairement attaché à cette inscription la vertu, non de conserver une hypothèque qui n'existait pas, mais de la créer hors des cas qui, dans le droit commun, peuvent la faire acquérir. » Quelle avait pu être l'intention du législateur en ordonnant cette inscription, s'il ne s'agissait pas d'une hypothèque? Peut-être voulait-il édicter une mesure spéciale de publicité de nature à porter la faillite à la connaissance des tiers qui traiteraient relativement aux immeubles et à avertir les syndics des expropriations qui seraient poursuivies contre le failli (1). Dans tous les cas, « sans qu'il soit besoin de rechercher quelle a été l'intention des rédacteurs du Code de com-« merce en exigeant des syndics la formalité de cette inscription, « ajoutait la Cour de cassation, il suffit qu'elle soit par elle-même « insuffisante pour créer une hypothèque au profit des créanciers « purement chirographaires, pour que la disposition de l'arrêt atta-« qué qui a refusé de lui reconnaître cet effet, soit à l'abri de la cas-« sation (2). » Il n'y a pas d'intérêt à discuter aujourd'hui le mérite de cette interprétation de l'ancien art. 500. Bien que l'art. 490 se soit borné à en reproduire les termes, il n'est pas douteux, à notre avis, qu'une autre solution doive être donnée aujourd'hui et qu'une véritable hypothèque doive être reconnue à la masse. Ce qu'il peut y avoir d'équivoque dans ce texte qui parle d'une inscription, sans mentionner le droit que cette inscription a pour but de conserver, disparaît par suite de l'art. 517, C. com., d'après lequel *l'homologation* (du concordat) *conservera à chacun des créanciers, sur les immeubles du failli, l'hypothèque inscrite en vertu du troisième paragraphe de l'art. 490*. On peut critiquer la manière dont le législateur s'est exprimé dans l'art. 490, mais on ne peut sérieusement contester qu'il ait voulu conférer à la masse une véritable hypothèque, puisque l'art. 517, C. com., le dit en propres termes. Le jugement d'homologation du concordat ne donne pas naissance à une hypothèque, ainsi qu'on l'a soutenu en ne tenant aucun compte du texte (3), il

(1) Locré, *Esprit du Code de commerce*, sur l'art. 500.
(2) Ch. req. 22 juin 1841, S. 1841. 1. 723; *J. Pal.*, 1841. 2. 339.
(3) Bédarride, II, nos 416 et 599; il ne réussit pas à expliquer pourquoi cette

conserve l'hypothèque qui existait déjà et qui a dû être inscrite conformément à l'art. 490. Aussi la jurisprudence et la doctrine s'accordent-elles aujourd'hui pour reconnaître une véritable hypothèque à la masse de la faillite (1).

Il y a entre l'hypothèque de l'art. 490, C. com., et le *pignus prætorium* qui résultait, en Droit romain, de la *missio in possessionem* des créanciers une certaine analogie (2).

277. Quelle est la nature de cette hypothèque? D'après l'art. 2116, C. civ., l'hypothèque est ou *légale*, ou *judiciaire* ou *conventionnelle*. Il ne peut être question ici d'hypothèque conventionnelle, aucune convention n'intervenant entre le failli et la masse de ses créanciers; mais les opinions se sont partagées sur le point de savoir si l'hypothèque de la masse est légale ou judiciaire. C'est une véritable confusion de mots qui a fait dire qu'il y a ici une hypothèque *judiciaire*, parce que cette hypothèque naît du *jugement* déclaratif de faillite (3). Ce n'est pas, en effet, tout jugement qui produit une hypothèque, c'est tout *jugement de condamnation* (4), et le jugement déclaratif ne rentre nullement dans ces termes de l'art. 2123, C. civ. Il faut donc reconnaître ici une hypothèque légale; la déclaration de faillite est le fait d'où la *loi* fait résulter l'hypothèque (5).

278. Est-ce simplement une question de terminologie qui vient d'être discutée et n'y a-t-il aucun intérêt pratique à savoir si l'hypothèque qui, suivant lui, ne peut naître que du jugement d'homologation, a été rattachée à l'inscription prise par les syndics aussitôt après le jugement déclaratif. Pardessus, III, n° 1168, n'admet pas non plus l'existence d'une hypothèque au profit de la masse; aj. Pont, *Priv. et hypoth.*, II, n° 904.

(1) Ch. req., 29 déc. 1858, D. 1859. 1. 102; S. 1859. 1. 209; *J. Pal.*, 1860. 861; Besançon, 16 avr. 1862, D. 1862. 2. 85; S. 1862. 2. 283; *J. Pal.*, 1862. 885; Paris, 6 mai 1881, *La Loi* du 29 mai 1881. — Aubry et Rau, 4e éd., III, § 264, note 2; Alauzet, VI, n° 2603; Renouard, I, p. 523; Laurin, n° 992. V. cep. Paris, 22 juin 1850, D. 1852. 2. 213.

(2) Garraud, *De la déconfiture*, p. 21. — V. sur le droit des créanciers envoyés en possession, Kohler, *op. cit.*, § 25, p. 107 et suiv.

(3) Dijon, 5 août 1862, D. 1862. 2. 149; S. 1862. 2. 544; *J. Pal.*, 1863. 87 (l'arrêt dit que c'est nécessairement une hypothèque judiciaire, puisqu'elle est prise par suite du jugement qui a déclaré la faillite). — Alauzet, VI, n° 2603.

(4) Valette, *De l'hypothèque judiciaire* (*Mélanges de droit*, etc., I, p. 378 et suiv.).

(5) Aubry et Rau, § 264, note 12; Bravard, V, p. 309 conteste l'existence d'une hypothèque, mais il admet que, s'il y a une hypothèque, ce ne peut être qu'une hypothèque légale.

thèque de la masse est légale ou judiciaire? On le dit généralement (1). Cela n'est pas, selon nous, tout à fait exact. Si l'hypothèque est judiciaire, il est certain qu'elle s'étend sur tous les immeubles présents et à venir du débiteur (puisqu'alors on ne peut appliquer que l'art. 2123, alin. 2, C. civ.), et qu'une seule inscription suffit pour frapper d'hypothèque tous les immeubles du failli compris dans l'arrondissement d'un bureau de conservation des hypothèques (C. civ., art. 2148, dern. alin.). Si l'hypothèque est légale, la question de savoir quels immeubles sont grevés et comment sera prise l'inscription n'est pas aussi simple. La règle de l'art. 2122, d'après laquelle le créancier qui a une hypothèque légale, peut exercer son droit sur tous les immeubles présents et à venir de son débiteur, ne concerne que les créanciers mentionnés dans l'art. 2121; toute hypothèque légale ne confère pas par elle-même cet avantage. V. par ex., art. 1017, C. civ., pour l'hypothèque légale des légataires. De même, la disposition finale de l'art. 2148, C. civ., ne concerne que les hypothèques légales des incapables. Que faut-il décider pour l'hypothèque de la masse? on peut hésiter. Selon nous, l'hypothèque grève les immeubles qu'a le failli lors du jugement déclaratif et ceux qu'il peut acquérir au cours de la faillite (2), mais une inscription spéciale est nécessaire sur chaque immeuble. D'une part, cela semble plus conforme au texte même de l'art. 490, alin. 3 (*sur les immeubles dont ils connaîtraient l'existence*); d'autre part, le principe de notre régime hypothécaire est la spécialité des inscriptions; il convient d'y revenir, à moins d'une dérogation expresse (3).

Il va de soi que les seuls immeubles sur lesquels peut être prise l'inscription sont ceux qui se trouvent dans le patrimoine du failli. L'inscription peut donc avoir lieu sur les immeubles du failli qui ont été l'objet d'une aliénation non transcrite (art. 6, L. 23 mars 1855) (4). V. n° 299.

(1) Boistel, n° 914; Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 494.

(2) Les immeubles acquis après la clôture de la faillite ne sont pas grevés de l'hypothèque de l'art. 490, C. com. : Caen, 10 juill. 1886, *Le Droit*, n° du 15 août 1886.

(3) Aubry et Rau, III, p. 264, note 15; P. Pont, *Traité des privilèges et des hypothèques*, II, n° 1001.

(4) Aussi les créanciers de la masse dont l'hypothèque a été inscrite, passent

279. L'hypothèque de l'art. 490, C. com., qu'on la considère comme légale ou comme judiciaire, ne porte pas sur les navires; il n'y a pas d'autre hypothèque maritime que l'hypothèque conventionnelle (L. 20 juillet 1885, art. 1) (1).

279 *bis*. Il ne suffit pas d'établir l'existence d'une hypothèque au profit de la masse et la nature de cette hypothèque; il faut en montrer l'utilité. Ce n'est pas chose aisée; le législateur de 1838 ne paraît pas s'être rendu bien compte de la portée du droit qu'il accordait à la masse. L'hypothèque procure ordinairement au créancier le double avantage d'être payé par préférence sur le prix de l'immeuble et d'être protégé contre les aliénations ou constitutions de droits réels que pourrait consentir le débiteur (2). L'hypothèque dont il s'agit est accordée à la masse, c'est-à-dire à tous les créanciers dont elle ne modifie pas les rapports respectifs (3); de plus, elle n'est pas nécessaire pour protéger les créanciers contre les actes que ferait le débiteur, le dessaisissement suffit pour cela (nos 208 et 210). Aucune mesure de publicité n'est même nécessaire pour que cet effet du dessaisissement se produise (nos 124 et 212) (4). On peut trouver plusieurs applications utiles de l'hypo-

avant les créanciers hypothécaires de l'acquéreur quand le titre de celui-ci n'a pas été transcrit : Cass. 13 juill. 1891, S. et *J. Pal.*, 1892. 1. 257 (note de M. Garsonnet); D. 1892. 1. 483. — Aubry et Rau, II, § 209, note 100, p. 317; III, § 264, note 13, p. 204.

(1) V. *Traité de Droit commercial*, VI, no 1619.

(2) Après avoir affirmé l'existence d'un véritable droit d'hypothèque au profit de la masse, Renouard (I, p. 553) la motive ainsi : « Que les droits valablement « acquis sur les immeubles continuent d'exister avec les préférences qui s'y at- « tachent, rien de plus juste; mais il est juste aussi que la survenance de la « faillite empêche l'acquisition de tous droits nouveaux, même immobiliers, au « préjudice des créanciers dont les événements ont tout à la fois empêché les « poursuites et fixé les droits. » Ce commentaire aurait besoin d'explication, puisque, comme nous le rappelons au texte, le principe du dessaisissement protège les créanciers contre cette acquisition de droits nouveaux.

(3) V. une application de cette idée, Cass. 13 janv. 1874, D. 1874. 1. 169; S. 1874. 1. 111; *J. Pal.*, 1874. 264.

(4) On a cité en sens contraire un arrêt de la Cour de Paris du 22 janv. 1840 (Rép. Dall., vo *Faillite*, no 407), qui admet la validité d'hypothèques consenties par un failli sur des immeubles par lui acquis au cours de la faillite et qui se fonde sur ce que ces hypothèques ont été inscrites alors que l'hypothèque de la masse ne l'avait pas été. La rédaction de l'arrêt n'est pas irréprochable, mais la solution s'explique peut-être par ce qui est admis pour le cas où le failli se livre à une nouvelle industrie. V. plus haut, nos 248 et suiv.

thèque : *a*. Dans le cas d'une succession ouverte au profit du failli depuis le jugement déclaratif (1), les créanciers héréditaires ont intérêt à demander la séparation des patrimoines; s'ils ne s'inscrivent pas sur les immeubles dans les six mois de l'ouverture de la succession, ils ne peuvent venir qu'à la date de l'inscription qu'ils prennent et ils sont primés par l'hypothèque de la masse qui aurait été inscrite antérieurement (2). *b*. Grâce à l'hypothèque, la masse acquiert un droit distinct de celui du failli, elle devient un tiers ayant sur les immeubles un droit réel et pouvant s'en prévaloir (3). La loi du 23 mars 1855 sur la transcription a donné lieu de faire d'importantes applications de cette idée et a augmenté l'utilité de l'hypothèque de la masse, ainsi qu'il sera expliqué ci-après. V. nos 296 et 298. C'est à ces seuls points de vue que peut être utile l'hypothèque de l'art. 490 pendant la faillite. S'il y a concordat simple, l'hypothèque qui doit être inscrite (art. 517, C. com.), a souvent une utilité facile à comprendre : le failli étant remis à la tête de ses affaires, peut faire des actes opposables à la masse, spécialement grever ses immeubles d'hypothèques ou les aliéner. Grâce à l'hypothèque des art. 490 et 517, C. com., les créanciers de la faillite sont préférés aux créanciers inscrits après le concordat et peuvent exercer leur droit de suite contre les tiers acquéreurs. Mais ce droit de suite est moins avantageux à la masse que le principe du dessaisissement; grâce à celui-ci, les actes du failli sont tenus sans restriction pour non avenus à l'égard de la masse des créanciers, tandis que l'acquéreur soumis au droit de suite, a la faculté de faire la purge et met ainsi les créanciers en de-

(1) Si la succession s'était ouverte *avant* la faillite, ou les créanciers héréditaires se seraient déjà inscrits et alors ils n'auraient rien à craindre de la masse, ou ils ne se seraient pas encore inscrits et leur situation serait régie par l'art. 448. V. ci-après, nos 280 et suiv. — Quand la succession s'ouvre *après* la faillite, il y a lieu d'admettre le droit pour les créanciers héréditaires de s'inscrire, malgré la disposition de l'art. 448. V. ci-après, no 287.

(2) Ch. req., 29 déc. 1858, D. 1859. 1. 102; S. 1859. 1. 209; *J. Pal.*, 1860. 861 (c'est la solution inverse de celle qui avait été donnée par la Cour de cassation le 22 juin 1841 sous l'empire du Code de 1807).

(3) Paris, 24 avr. 1861, Rép. Dall., vo *Ordre*, no 112. (Les syndics qui figurent dans un ordre au nom de la masse dont ils ont fait inscrire l'hypothèque, peuvent opposer la forclusion aux créanciers hypothécaires qui n'ont pas produit dans les délais légaux).

meure d'accepter le prix qu'il leur offre ou de surenchérir (1).

Il est certain que l'hypothèque de l'art. 490, C. com., n'a pas pour but de conserver les droits individuels des créanciers dans leurs rapports entre eux (2). Ainsi, l'inscription de cette hypothèque ne dispense pas chaque créancier hypothécaire de renouveler l'inscription de l'hypothèque établie à son profit personnel.

279 *ter*. DROIT ÉTRANGER. — Il s'en faut de beaucoup que l'hypothèque légale de la masse soit admise dans toutes les législations.

La loi *belge* de 1850 (art. 487, alin. 3) a maintenu cette hypothèque en reproduisant les dispositions de l'art. 490, alin. 3, de notre Code de commerce (3). Le Code de commerce *chilien* (art. 1480) ne fait résulter une hypothèque que du jugement qui homologue le concordat; elle naît au profit de chacun des créanciers envers qui le failli s'est obligé. D'après d'autres Codes, il n'y a, même en cas de concordat, au profit des créanciers, que les hypothèques qui leur ont été consenties. V. Codes de commerce *italien*, art. 838; *roumain*, art. 858. En *Allemagne*, la loi n'est pas formelle sur le droit de la masse des créanciers sur les biens du failli; mais il est généralement admis qu'ils ont sur eux un droit réel analogue à l'hypothèque (4). Il a été dit plus haut (n° 208 *ter*) qu'en *Angleterre* les créanciers se trouvent investis de la propriété des biens du failli, par l'entremise du syndic.

§ 6. — *De la nullité des inscriptions de privilèges ou hypothèques prises après le jugement déclaratif.*

280. Quand les créanciers ont acquis régulièrement un privilège ou une hypothèque (5), une inscription est nécessaire, pour que le

(1) Boistel, n° 915. — V. Thaller, *op. cit.*, n° 92, p. 336 et suiv.

(2) Cpr. Cass. 13 janv. 1874, S. 1874. 1. 111; *J. Pal.*, 1874. 264.

(3) Namur, *op. cit.*, III, n° 1763, dit que l'inscription prise en vertu de l'art. 487, alin. 3 de la loi *belge* assure à tous les créanciers même chirographaires une hypothèque légale destinée à protéger leurs droits contre les créanciers postérieurs, dans le cas d'annulation ou de résolution du concordat ou dans celui où une seconde faillite viendrait à éclater avant la distribution entière du prix des biens du failli. Au moyen de cette inscription, ils priment les créanciers postérieurs.

(4) Kohler, *op. cit.*, p. 98 et suiv.

(5) Les cas où sont frappés de nullité les actes par lesquels un créancier a acquis un privilège ou une hypothèque même avant le jugement déclaratif seront étudiés à propos des effets du jugement déclaratif dans le passé. V. nos 366 et suiv.

droit soit efficace à l'égard des tiers (art. 2134, C. com.). La faillite est-elle un obstacle à l'accomplissement de cette formalité? La réponse à cette question était, avant la réforme de 1838, fournie par l'article 2146, C. civ., aux termes duquel les inscriptions *ne produisent aucun effet, si elles sont prises dans le délai pendant lequel les actes faits avant l'ouverture des faillites sont déclarés nuls.* Quand cet article a été promulgué (en 1804), il y avait en vigueur une déclaration de 1702 qui annulait les actes faits dans les dix jours qui précédaient la faillite; étaient donc nulles les inscriptions prises après la faillite ou dans les dix jours précédents (1). Le Code de 1807 ne parlait pas des inscriptions; il n'en avait pas moins modifié gravement la portée de l'art. 2146, C. civ., en réglant l'étendue de la période suspecte, c'est-à-dire du temps pendant lequel les actes du failli sont soumis à un système particulier de nullités; le tribunal de commerce fixait l'ouverture de la faillite caractérisée par la cessation des paiements et certains actes faits depuis ce moment ou dans les dix jours précédents étaient déclarés nuls et sans effet relativement à la masse. Cbn. anc. art. 441 et 444. La cessation des paiements peut être bien antérieure au jugement déclaratif et elle produisait ses effets encore qu'elle n'eût pas été notoire. On voit donc combien était rigoureuse cette disposition qui frappait d'inefficacité les inscriptions prises pendant cette période par des créanciers qui avaient acquis régulièrement leurs privilèges et leurs hypothèques et auxquels on pouvait n'avoir à reprocher aucune négligence. La loi de 1838 a atténué cette rigueur. Elle distingue les inscriptions prises à partir du jour où est rendu le jugement déclaratif et les inscriptions opérées pendant la période suspecte jusqu'à la déclaration de faillite. Les premières ne sont pas prises utilement à l'égard des créanciers de la masse (art. 448, 1er alin., C. com.). Quant aux secondes, elles ne sont pas nulles de plein droit comme sous le Code de commerce de 1807, mais la nullité peut en être prononcée dans certaines circonstances (art. 448, 2e alin.). Il ne sera parlé en ce moment que des inscriptions prises après le jugement déclaratif. Le sort de celles qui sont prises durant la période

(1) D'après l'art. 5 de la loi du 5 brumaire an VII, l'inscription faite dans les dix jours avant la faillite, banqueroute ou cessation publique de paiements d'un débiteur, ne conservait point l'hypothèque.

suspecte, se rattache aux effets du jugement déclaratif dans le passé. V. ci-après, nos 366 et suiv.

281. Selon l'art. 448, 1er alin., C. com., *les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis pourront être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de faillite*. Cette forme permissive provient précisément de ce qu'avant les modifications apportées au Code de commerce en 1838, les inscriptions prises même depuis la date fixée pour la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents étaient nulles (n° 280). Mais il résulte bien de cette disposition qu'à partir du jour du jugement déclaratif, les privilèges et les hypothèques ne peuvent plus être prises utilement, qu'elles sont nulles à l'égard de la masse. — Cet important effet du jugement déclaratif s'exprime souvent en disant que *le jugement déclaratif de la faillite arrête le cours des inscriptions* (1).

Cet effet du jugement déclaratif se produit dès la première heure du jour où est rendu ce jugement, de telle sorte que toute inscription prise, à quelque heure que ce soit, durant cette journée est nulle. V. n° 203 (2).

282. L'arrêt du cours des inscriptions par la déclaration de faillite se justifie aisément.

La situation respective des divers créanciers doit être fixée au jour même de la déclaration de faillite. Du reste, on peut dire qu'il y a là une conséquence directe du dessaisissement. L'inscription est une sorte de confirmation de l'hypothèque ou du privilège ; il ne saurait intervenir de confirmation à un moment où la naissance de ces droits est devenue impossible.

283. La règle de l'art. 448, 1er alin., est absolue et peut, par suite, conduire en certains cas à des conséquences très rigoureuses. Il peut, en effet, arriver que le droit de privilège ou d'hypothèque ait été régulièrement acquis fort peu de temps avant le jugement déclaratif. Mais le législateur ne pouvait guère procéder autrement ; si, pour

(1) D'autres événements ou faits arrêtent aussi le cours des inscriptions, l'acceptation d'une succession sous bénéfice d'inventaire (art. 2146, C. civ.) et la transcription d'une aliénation (art. 6, L. 23 mars 1855).

(2) Amiens, 26 déc. 1855, D. 1857. 2. 35 ; S. 1856. 2. 563 ; *J. Pal.*, 1856. 2. 548. — Aubry et Rau, III, § 272, note 18.

éviter cette rigueur, il avait donné un court délai à partir soit de l'acte d'où est né le privilège ou l'hypothèque, soit du jugement déclaratif, les créanciers présents auraient été seuls à même d'en profiter.

283 *bis*. DROIT ÉTRANGER. — Le principe selon lequel les formalités de publicité relatives aux droits de préférence ne peuvent plus être utilement remplies quand il y a déclaration de faillite du débiteur, se retrouve dans les lois étrangères. V. Codes de commerce *belge*, art. 447; *italien*, art. 710; *roumain*, art. 723; loi *norvégienne*, art. 128. La loi *autrichienne*, art. 12, tient compte de ce que parfois un créancier n'a pas disposé d'un délai suffisant pour remplir les formalités de publicité exigées par la loi; sous certaines conditions, elle admet que l'enregistrement de l'hypothèque demandée au tribunal compétent avant la déclaration de faillite, peut être encore autorisée et opérée après que celle-ci a eu lieu.

284. Il résulte des motifs mêmes de la règle contenue dans l'article 448, 1er alin., C. com., que, si un failli a acquis un immeuble sans faire transcrire son acte d'acquisition, des inscriptions peuvent être prises, même après la déclaration de faillite de l'acquéreur du chef du précédent propriétaire (art. 3 et 6, L. 23 mars 1855). Ceux qui s'inscrivent ainsi ne sont pas des créanciers du failli voulant se faire une situation meilleure que celle des autres créanciers (1).

285. Il a été soutenu également que des créanciers du failli pourraient s'inscrire sur les immeubles ayant passé entre les mains de tiers acquéreurs sans qu'il y ait eu transcription, que la masse n'a alors ni intérêt ni qualité pour critiquer ces inscriptions (2). Cette opinion est très contestable. Si l'hypothèque de la masse a été inscrite avant la transcription de l'aliénation faite par le failli, la masse a intérêt à ce que l'effet de son hypothèque ne soit en rien entravé par les inscriptions prises par des créanciers et la nullité de ces inscriptions résulte du texte et de l'esprit de l'art. 448. La question est plus délicate si l'on suppose que, l'hypothèque de la masse n'ayant pas été inscrite avant la transcription, des créanciers du failli se sont inscrits

(1) Aubry et Rau, III, § 272, note 24; P. Pont, *Traité des privilèges et des hypothèques*, II, nº 907.

(2) Aubry et Rau, III, § 272, note 25; P. Pont, *op. cit.*, nº 908.

en temps utile ; il semble qu'alors les intérêts de la masse ne sont nullement en jeu, puisqu'à l'égard de la masse, le bien est sorti du patrimoine du failli. Des réserves doivent être faites même pour ce dernier cas. Si l'acquéreur doit son prix en tout ou en partie, la masse peut se le faire payer directement et méconnaître l'inscription qui lui nuirait, si elle devait assurer au créancier les avantages ordinaires de l'hypothèque. Le seul cas dans lequel on concevrait la solution que nous discutons est celui où l'aliénation aurait été faite et le prix payé dans des conditions que ne pourrait critiquer la masse ; le bien aurait alors cessé vraiment de lui servir de gage et il semble qu'elle n'aurait plus qualité pour critiquer le droit que le créancier hypothécaire aurait conservé à son profit personnel. Toutefois, même alors, ne peut-on pas dire qu'en exerçant le droit de suite, le créancier hypothécaire risque de nuire à la masse, en ce que le tiers acquéreur produira dans la faillite pour l'indemnité qui pourra lui être due par le failli tenu de l'obligation de garantie à raison du dommage qui lui est causé par l'exercice de l'hypothèque ?

285 *bis*. Il n'est pas douteux que, par identité de motifs, la déclaration de faillite met obstacle aux inscriptions d'hypothèques maritimes comme aux inscriptions d'hypothèques immobilières, les seules que le Code de commerce a pu avoir en vue (1).

286. Cependant ce n'est pas à dire qu'aucune inscription, en dehors de l'hypothèque de la masse des créanciers (art. 490, alin. 3, C. com.), ne puisse être prise après le jugement déclaratif. Des inscriptions sont possibles pour des droits d'hypothèque et de privilège nés soit après la déclaration de faillite, soit même antérieurement.

287. La règle de l'art. 448, C. com., concerne seulement les privilèges et les hypothèques nés antérieurement au jugement déclaratif. Il peut en naître postérieurement. En effet, si le dessaisissement comprend les biens acquis par le failli au cours de la faillite, ces biens ne peuvent profiter à la masse que sous la déduction des charges qui les grevaient, autrement il y aurait pour la masse un enrichissement injuste. V. nº 247.

Si donc une succession s'ouvre au profit du failli, les créanciers héréditaires peuvent demander la séparation des patrimoines et s'ins-

(1) *Traité de Droit commercial*, VI, nº 1640.

crire dans les six mois conformément à l'art. 2111, C. civ., sans qu'on leur oppose que l'héritier est en faillite (1). De même, en cas de partage opéré depuis le jugement déclaratif, le copartageant créancier pourrait inscrire son privilège sur les immeubles mis dans le lot du failli débiteur, conformément à l'art. 2109, C. civ. (2). De même encore, le failli étant appelé à une succession et étant grevé de legs, les légataires pourraient inscrire sur les immeubles héréditaires l'hypothèque que leur accorde l'art. 1017, C. civ. De même enfin, dans le cas où un achat d'immeuble ayant été fait par le failli depuis le jugement déclaratif, les créanciers tiennent pour bon cet achat, ils doivent laisser le vendeur exercer son privilège (3).

288. D'après les motifs qui l'ont dicté, l'art. 448 ne s'applique pas aux inscriptions qui sont destinées, non à faire acquérir au créancier privilégié ou hypothécaire un rang qu'il n'a pas, mais à lui maintenir la situation qu'il avait déjà. Ainsi, d'après l'art. 2154, C. civ., les inscriptions ne conservent l'hypothèque et le privilège que pendant dix années à compter du jour de leur date et leur effet cesse si ces inscriptions n'ont pas été renouvelées avant l'expiration de ce délai (4). La faillite survenant au cours des dix années n'empêche pas le renouvellement, puisque le créancier, en l'opérant, ne modifie en rien sa situation à l'égard des autres créanciers ; il conserve simplement le droit acquis par lui (5). S'il avait laissé passer le délai de dix ans, la situation serait autre : il n'aurait pas perdu le droit d'hypothèque, mais ce droit serait à considérer comme n'ayant jamais été inscrit ; il s'agirait pour lui d'*acquérir* un droit de préférence et, par conséquent, dans ces circonstances, l'art. 448 s'oppose à ce que l'inscription soit efficace, si elle est prise après le jugement déclaratif (6).

(1) Cass. 20 déc. 1858, D. 1859. 1. 102. — L'application de l'art. 448, 1er alin., à l'inscription du droit de séparation des patrimoines est, du reste, douteux pour les successions ouvertes avant le jugement déclaratif. V. nº 294.

(2) Cf. Colmet de Santerre, IX, 120 *bis* XVI.

(3) Boistel, nº 917.

(4) Ce qui est dit au texte s'applique au renouvellement des inscriptions d'hypothèques maritimes prescrit aussi dans les dix ans (L. 10 juill. 1885, art. 11).

(5) La jurisprudence et la doctrine sont, malgré l'absence d'un texte formel, d'accord à ce sujet. — V. Aubry et Rau, III, § 280, note 30; Demangeat sur Bravard, V, p. 293, note 2.

(6) Cass. 2 déc. 1863, D. 1864. 1. 105; S. 1864. 1. 57. — Colmet de Santerre, IX, 120 *bis* V.

289. L'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 offre une hypothèse qui présente beaucoup d'analogie avec celle qui vient d'être indiquée. La veuve (1), le mineur, l'interdit ou leurs héritiers doivent inscrire l'hypothèque légale dans l'année qui suit la dissolution du mariage ou la cessation de la tutelle; l'inscription prise dans ce délai a un caractère purement conservatoire, en ce qu'elle assure aux intéressés le maintien du rang qui leur est assigné par le Code civil (art. 2135). Au contraire, si l'inscription n'a pas lieu dans ce délai d'une année, l'hypothèque ne date que du jour où elle est effectivement prise. Par suite, tant qu'on est dans l'année, l'inscription peut être utilement prise bien qu'une déclaration de faillite de l'ex-tuteur ou du mari soit survenue; une fois l'année expirée, l'inscription devant faire acquérir un droit ne pourrait être prise utilement après la faillite (2).

290. Les privilèges généraux sur les immeubles ne sont pas soumis à l'inscription au point de vue du droit de préférence (art. 2107, C. civ.). L'inscription de ces privilèges ne leur faisant pas acquérir un rang qu'ils n'auraient pas sans elle, peut avoir lieu même après le jugement déclaratif de faillite (3).

291. Par analogie de ces différentes solutions, on doit décider que le second procès-verbal exigé pour la conservation du privilège du constructeur (art. 2110, C. civ.), peut être inscrit après la déclaration de faillite, pourvu que l'inscription du premier ait eu lieu antérieurement (4).

292. Faut-il aussi reconnaître le caractère conservatoire à l'inscription prise par un créancier pour sûreté des intérêts de sa créance qui ne sont pas garantis par l'inscription prise pour le capital (article 2151, C. civ.; L. 10 juillet 1885, art. 13) et, par suite, permettre de la prendre utilement malgré la faillite du débiteur? La ques-

(1) L'art. 8 de la loi du 23 mars 1855 s'applique, par identité de motifs, à la femme divorcée. Aussi le tribunal civil de la Seine a-t-il décidé que, lorsqu'une année s'est écoulée depuis le divorce, l'inscription de l'hypothèque légale n'est plus possible si le mari a été déclaré en faillite. Trib. civ. Seine, 13 juill. 1892, *Journ. des faillites*, 1893, p. 134.

(2) Colmar, 15 janv. 1862, S. 1862. 2. 122; Cass. 17 août 1868, S. 1868. 1. 337; *J. Pal.*, 1868. 1041; D. 1868. 1. 398; Caen, 18 juin 1879, S. 1880. 2. 201. — Colmet de Santerre, IX, 120 *bis* VI; Demangeat sur Bravard, V, p. 293, note 2.

(3) Cf. Aubry et Rau, III, § 278, note 41; Colmet de Santerre, IX, 120 *bis* VII.

(4) V. pourtant Aubry et Rau, III, § 278, p. 368.

tion est délicate : on ne peut nier, en effet, qu'il s'agisse pour le créancier d'améliorer sa situation en donnant un rang hypothécaire à une créance d'intérêts qui sans l'inscription supplémentaire ne serait que chirographaire. Toutefois, nous inclinons à écarter l'article 448; l'art. 2151, C. civ. et l'art. 13 de la loi du 10 juillet 1885 sont très rigoureux en restreignant l'effet naturel de l'inscription de l'hypothèque ou du privilège qui garantit un capital productif d'intérêts et en exigeant des inscriptions spéciales pour les intérêts autres que ceux conservés par la première inscription; n'est-il pas équitable de permettre au créancier de prendre ces inscriptions malgré la déclaration de faillite? Personne n'est trompé; l'inscription originaire faisait prévoir cette éventualité (art. 2148 3°, C. civ.; L. 10 juill. 1885, art. 8 4°) (1). Bien entendu, les inscriptions ainsi prises pour les intérêts ne produisant effet que de leur date, pourraient être primées par l'inscription de l'hypothèque accordée à la masse par l'art. 490, C. com.

293. *Inscriptions de privilèges.* — Bien que l'art. 448 statue pour les droits de *privilège* comme pour les droits d'hypothèque, des difficultés ont été soulevées au sujet de la plupart des privilèges; la disposition absolue de la loi paraissant trop rigoureuse, on a essayé de l'écarter par des considérations diverses, spécialement pour les privilèges pour l'inscription desquels le Code civil accorde un délai spécial et pour le privilège du vendeur d'immeuble.

294 Des difficultés concernent l'inscription du privilège des copartageants et celle du droit de séparation des patrimoines qui est soumis à une inscription sur les immeubles de la succession (art. 2111, C. civ.).

(1) La jurisprudence parait admettre que la situation du créancier hypothécaire, telle qu'elle est réglée par l'art. 2151, C. civ., ne subit pas de modification par suite de la faillite du débiteur : en l'absence d'inscriptions spéciales pour les intérêts, il ne peut réclamer hypothécairement que les intérêts déterminés par l'art. 2151, mais la faillite ne l'empêche pas de s'inscrire pour conserver les intérêts échus : Cass. 20 fév. 1850, D. 1850. 1. 102; S. 1850. 1. 185; *J. Pal.*, 1850. 2. 247; Cf. Poitiers, 30 janv. 1878, D. 1878. 2. 70; S. 1878. 2. 176; *J. Pal.*, 1878. 730; Poitiers, 7 déc. 1885, S. 1886. 2. 81. — *Sic*, Renouard, I, p. 399; Aubry et Rau, III, § 285, note 27; Colmet de Santerre, IX, 131 *bis* X et XI; Pont, *Privil. et hypoth.*, II, nos 889, 925 et 1024; Laurin, no 988. — V. *en sens contraire*, Demangeat, V, p. 298, en note; Boistel, no 916; Dict. de Couder, vo *Faillite*, nos 452 et 453.

Le copartageant créancier a un délai de soixante jours à partir du partage pour inscrire son privilège sur les immeubles placés dans le lot du copartageant débiteur (art. 2109, C. civ.). Les créanciers héréditaires ont un délai de six mois pour inscrire sur les immeubles de la succession leur droit de séparation des patrimoines (art. 2111, C. civ.). Si le partage a été fait ou si la succession s'est ouverte antérieurement au jugement déclaratif, sans que le délai de soixante jours ou de six mois soit expiré avant la date de ce jugement, l'inscription peut-elle être prise par le copartageant ou les créanciers malgré la faillite du débiteur tant que ce délai n'est pas écoulé?

Quelques auteurs admettent l'affirmative. On ne peut reprocher, disent-ils, aucune négligence aux créanciers qui sont encore dans le délai que la loi leur a assigné et qui doit leur être maintenu intégralement; toute idée de fraude doit être écartée, puisqu'il s'agit du partage qui est un acte nécessaire ou de créanciers qui n'ont pas traité avec le failli. Enfin, dans les deux cas dont il s'agit, l'inscription conserve seulement un état de choses préexistant, puisque la garantie remonte à la naissance du droit de créance (1).

Ces arguments ne sont pas, selon nous, de nature à écarter un texte aussi positif que l'art. 448. Sans doute, l'inscription n'assigne pas un rang au privilège comme à l'hypothèque, elle n'en joue pas moins un rôle analogue, puisqu'elle est la condition *sine qua non* du rang; l'idée générale qui a inspiré l'art. 448 et qui est que le droit ne peut être confirmé à une époque où il ne pourrait être valablement constitué (n° 282), reçoit donc ici son application naturelle. En présence d'un texte absolu, peu importe qu'on ne puisse reprocher une fraude ou une négligence aux créanciers dont il s'agit. Qu'on dise que le législateur, en écrivant l'art. 448, C. com., a pu perdre de vue un de ces cas particuliers où des délais étaient accordés à des créanciers privilégiés; cela se comprendrait. Mais il faut se rappeler que la règle absolue se trouve dans l'art. 2146, C. civ., et qu'il n'est pas admissible qu'en écrivant cet article, on n'ait pas songé aux hypothèses des art. 2109 et 2111. L'époque à laquelle les inscriptions ne peuvent

(1) V. sur cette question Aubry et Rau, III, § 278, note 28; P. Pont, *Traité des privilèges et hypothèques*, II, nos 899 et 927; Laurin, n° 989; Dict. de Couder, v° *Faillite*, n° 457.

plus être prises utilement a été changée (n° 280), mais, sous le système de l'art. 2146, il y aurait eu même raison de s'expliquer au sujet des créanciers dont il s'agit, si l'on avait voulu modifier à leur profit la règle générale (1).

En ce qui concerne le droit de séparation des patrimoines, une opinion plus radicale a été soutenue ; d'après elle, la déclaration de faillite de l'héritier ne changerait rien au droit des créanciers héréditaires de prendre inscription ; ils pourraient s'inscrire toujours utilement, sauf à être primés par les créanciers hypothécaires inscrits avant eux. Cette opinion se fonde sur ce que le droit de séparation des patrimoines n'est ni un privilège, ni une hypothèque, de telle sorte que l'art. 448, C. com., ne lui est pas applicable d'après ses termes (2). Cette doctrine doit être repoussée. En admettant que le droit de séparation des patrimoines ne soit pas un véritable privilège (3), on ne voit pas le motif rationnel qui devrait faire traiter ce droit autrement que les privilèges et les hypothèques, alors qu'il est soumis à la même publicité pour être opposable aux tiers et qu'il leur cause le même préjudice.

295. *Privilège du vendeur d'immeuble.* — Quand le failli a acheté un immeuble, qu'il n'en a pas payé le prix au moment où il a été déclaré en faillite, et qu'il n'y a eu ni transcription de la vente ni inscription du privilège avant le jugement déclaratif, quelle est la situation du vendeur ?

On a soutenu que le vendeur peut, en faisant transcrire la vente, invoquer son privilège. Le privilège du vendeur d'immeuble se conserve, a-t-on dit, par la *transcription* (art. 2108, C. civ.) et l'art. 448, C. com., ne défend à partir du jour où est rendu le jugement déclaratif que les *inscriptions*. On a essayé aussi d'un autre raisonnement : la transcription n'ayant pas été opérée, le vendeur est resté propriétaire ; la transcription, qui est faite même après la déclaration de fail-

(1) Colmet de Santerre, IX, n° 120 *bis* VIII ; Boistel, n° 918 ; Demangeat sur Bravard, V, p. 294 et 295, en note.

(2) Bordeaux, 19 fév. 1895, *Journ. des faillites*, 1896, p. 166 ; S. et *J. Pal.*, 1896. 2. 27.

(3) La question de savoir si le droit de séparation des patrimoines est ou non un véritable privilège, est très discutée. C'est une question de droit civil qu'il ne serait pas à sa place d'examiner ici.

faillite, doit en même temps transférer la propriété au failli et procurer au vendeur un privilège au vendeur ; il serait inique de scinder ces deux effets (1).

Selon nous, au contraire, le jugement déclaratif de la faillite de l'acheteur met obstacle à ce que le privilège du vendeur d'immeuble soit conservé par la transcription. L'argument tiré de ce que l'article 448 ne vise que les inscriptions n'a aucune valeur ; en effet, d'après l'art. 2108, C. civ. même, la transcription du contrat de vente *vaut inscription ;* elle ne peut donc être efficace alors que l'inscription ne le serait pas. Quant au raisonnement consistant à dire qu'à défaut de transcription, le vendeur est demeuré propriétaire, il repose sur une erreur grave qui touche à l'essence même de la théorie de la transcription. Il n'est pas exact que le vendeur reste propriétaire jusqu'à la transcription ; dans ses rapports avec l'acheteur, il a cessé de l'être dès le jour même de la vente (art. 1582, C. civ.) ; dès ce jour, il a une créance munie d'un privilège qu'il doit publier et pour la publication duquel il est naturellement soumis à la règle générale des art. 2146, C. civ. et 448, C. com. Ce sont seulement certains *tiers* qui ont le droit de se prévaloir du défaut de transcription pour faire considérer le vendeur comme n'ayant pas cessé d'être propriétaire à leur égard. Cf. art. 3, loi du 23 mars 1855 (2).

Si l'on admet la solution précédente, on doit logiquement reconnaître que le privilège du vendeur ne peut plus être inscrit à nouveau, quand le renouvellement n'a pas eu lieu dans les dix ans (3).

(1) Pont, *op. cit.*, n° 803 ; Dict. de Couder, v° *Faillite*, n° 458 ; Laurin (n° 990) combat cette solution dans le cas où la transcription est requise par le vendeur, mais l'admet quand elle a lieu du chef de l'acheteur failli ; il nous parait se mettre ainsi en contradiction avec lui-même. Certains arrêts semblent admettre que le vendeur peut utilement conserver son privilège par une transcription postérieure à la faillite de l'acheteur : Bordeaux, 15 fév. 1875, D. 1877. 2. 191. (Le vendeur prétendait exercer son droit de résolution pour lequel il y a une question spéciale que nous examinons au n° 296 ; mais l'arrêt dit d'une manière générale que la faillite de l'acquéreur ne modifie pas la situation du vendeur, qu'elle ne fait pas obstacle à la transcription et ne saurait l'empêcher de produire les effets qui lui sont inhérents).

(2) Grenoble, 13 mars 1858, D. 1858. 2. 177 ; Nancy, 6 août 1859, S. 1859. 2. 594 ; *J. Pal.*, 1861. 176 ; Cass. 24 mars 1891, S. 1891. 1. 209 ; *J. Pal.*, 1891. 1. 508 ; D. 1891. 1. 145 ; Riom, 16 déc. 1891, *La Loi*, n° du 28 janv. 1892. — Colmet de Santerre, IX, 120 *bis* X et XI ; Demangeat, V, p. 295 et 296, en note.

(3) Aix, 4 mars 1896, *La Loi*, n° du 28 mai 1896. — Selon l'opinion consacrée par la jurisprudence ce qui est dit au texte s'applique au défaut de renouvellement de l'inscription d'office. Aubry et Rau, III, § 280, p. 384 et 385.

Un tempérament à cette dernière doctrine a été proposé (1). Il a été soutenu que le vendeur d'immeuble peut encore publier son privilège même après le jugement déclaratif de la faillite de l'acheteur tant qu'il ne s'est pas écoulé quarante-cinq jours depuis la vente (2). En ce sens on invoque la disposition de l'art. 6, 2e alin., de la loi du 23 mars 1855. Mais il y a là une erreur évidente. On ne peut transporter au cas de faillite où il s'agit pour le vendeur d'exercer son privilège sur l'immeuble demeuré dans le patrimoine de l'acheteur failli à l'encontre des autres créanciers de celui-ci, une disposition faite exclusivement pour l'hypothèse d'une sous-aliénation faite par l'acheteur et transcrite. Du reste, les créanciers privilégiés ne jouissent pas, en cas de faillite de leur débiteur, des délais qui leur sont d'ordinaire accordés pour rendre leurs privilèges publics. V. nº 294.

296. *Action résolutoire du vendeur d'immeuble.* — La perte même du privilège du vendeur d'immeuble, quand il n'y a eu ni transcription de la vente ni inscription avant le jour où est rendu le jugement déclaratif, a fait naître une autre question : le vendeur d'immeuble, qui est ainsi privé de son privilège, perd-il aussi l'action en résolution pour défaut de paiement du prix?

Cette question est née des dispositions de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 *sur la transcription*. Avant cette loi, il était hors de doute que l'action résolutoire survivait à la perte du privilège (3), car aucun lien n'existait en vertu de la loi entre ces deux garanties. Mais un lien a été établi entre elles précisément par l'art. 7 de la loi de 1855 ; on dit parfois qu'elle les a solidarisées. Aux termes de cet article, *l'action résolutoire établie par l'art. 1654, C. civ., ne peut être exercée après l'extinction du privilège du vendeur au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et qui se sont conformés aux lois pour les conserver.*

Il résulte de cette disposition que, pour que l'action résolutoire soit éteinte, la réunion de trois conditions est exigée. Il faut : 1° que le privilège soit éteint; 2° que le vendeur se trouve en présence de

(1-2) Aubry et Rau, III, § 278 (ces auteurs avaient antérieurement admis sans restriction que la transcription peut encore être opérée pour conserver le privilège du vendeur d'immeuble même après le jugement déclaratif).

(3) Paris, 12 fév. 1844, S. 1844. 2. 115; *J. Pal.*, 1844. 1. 309.

tiers ayant acquis des droits réels sur l'immeuble vendu du chef de l'acheteur; 3° que ces tiers aient conservé leurs droits en remplissant les formalités prescrites par la loi.

Il est évident que, par suite, tant que l'hypothèque de l'art. 490, C. com., n'a pas été inscrite au profit des créanciers de la masse, l'action en résolution peut être exercée par le vendeur; car, si les créanciers de la faillite à l'encontre desquels l'exercice en a lieu ont un droit réel sur l'immeuble, l'hypothèque de l'art. 490, ils ne l'ont pas conservée par l'inscription. Mais une fois que cette hypothèque a été inscrite, les trois conditions voulues par l'art. 7 de la loi de 1855 pour l'extinction de l'action résolutoire sont réunies et, dès lors, cette action ne peut, pas plus que le privilège, être exercée au préjudice des créanciers de la masse de la faillite (1) (2).

Cependant on a nié que le vendeur d'immeuble qui a perdu son privilège en vertu de l'art. 448, C. com., perde également son action résolutoire même après que l'hypothèque de l'art. 490, C. com., a été inscrite au profit des créanciers de la masse. Pour soutenir cette doctrine, on a eu recours à deux arguments différents qu'il importe de distinguer à raison des conséquences qui peuvent en être déduites en dehors du cas de faillite de l'acheteur.

(1) Cette doctrine, après avoir été repoussée par la Cour de cassation (note 3 de la page 246), est adoptée par elle d'après sa jurisprudence la plus récente: Cass. 24 mars 1891, S. 1891. 1. 209; *J. Pal.*, 1891. 1. 508 (note de Ch. Lyon-Caen); D. 1891. 1. 145: *Journ des faillites*, 1891, p. 195. — V. *dans le même sens*, Riom, 1er juin 1859, *J. Pal.*, 1860. 780; S. 1859. 2. 597; Riom, 16 déc. 1891, *La Loi*, n° du 28 janv. 1892; *Journ. des faillites*, 1892, p. 20: Orléans, 22 mai 1896, *La Loi*, n° du 27 juin 1896; *Journ. des faillites*, 1896, p. 314. — Cette solution a été admise au cas de liquidation judiciaire, Trib. comm. d'Epernay, 18 déc. 1895, *Jonrn. des faillites*, 1896, p. 137. — Rivière et Huguet, *Questions sur la transcription*, nos 374 et 375; Troplong (*De la transcription*, nos 282, 295 et suiv.) admet que le vendeur perd l'action en résolution par cela seul que le jugement déclaratif a été rendu, avant même la prise de l'inscription de l'art. 490, C. com. Cette opinion est réfutée au texte. — V. la note suivante.

(2) Les principes posés au texte ont été très exactement appliqués à propos de l'acceptation sous bénéfice d'inventaire. D'après l'art. 2146, C. civ., le privilège ne peut plus être rendu public quand la succession de l'acheteur a été acceptée bénéficiairement. Mais, en ce cas, l'action résolutoire peut être exercée par le vendeur au préjudice des créanciers de la succession. La raison en est qu'ils n'ont pas de droit réel sur les immeubles héréditaires parmi lesquels se trouve l'immeuble vendu au débiteur dont il s'agit : Trib. civ. Seine, 21 fév. 1891, *La Loi*, n° du 14 mars 1891.

On a d'abord prétendu que l'art. 7 se rattache étroitement à l'article 6, 2e alin., de la loi du 23 mars 1855, qui indique dans quelles circonstances, en cas de sous-aliénation d'un immeuble, le sous-acquéreur est à l'abri du privilège du premier vendeur ; que l'art. 7 vise ce même cas et ne peut par suite être invoqué contre le vendeur que par un sous-acquéreur ou par les créanciers de celui-ci. Il ne pourrait donc l'être par les créanciers de la faillite de l'acheteur même après l'inscription de l'hypothèque de l'art. 490, C. com. (1). Cette doctrine doit être rejetée. Elle attribue à l'art. 7 de la loi de 1855 une portée restreinte qui est en contradiction avec le texte de cette disposition et avec ses motifs. L'art. 7 est conçu en termes généraux et aucune expression n'y implique qu'il doive être limité au cas prévu par l'art. 6, 2e alin. Du reste, c'est dans un intérêt de crédit que le législateur n'a pas voulu que l'action résolutoire pût être exercée après la perte du privilège. Le crédit est intéressé assurément à ce que l'action résolutoire, après l'extinction du privilège, ne soit pas exercée plus au préjudice des créanciers hypothécaires que des tiers acquéreurs. Quand le législateur a voulu protéger plus les seconds que les premiers, il n'a pas manqué de le dire expressément. V. notamment art. 859 et 860, C. civ. (2).

Sans nier la portée générale de l'art. 7 de la loi de 1855 au point de vue des tiers pouvant en invoquer le bénéfice, on en a écarté l'application à notre hypothèse, en alléguant que la condition essentielle de l'extinction du privilège du vendeur ne s'y rencontre pas. Cet article, a-t-on dit, exige l'extinction du privilège, c'est-à-dire une annulation complète, absolue, ineffaçable ; or, en cas de faillite, l'inefficacité de l'inscription est relative et, en certains cas, temporaire, puisqu'elle ne peut être invoquée que par la masse et qu'elle doit cesser d'être applicable si la faillite vient à être complètement effacée par un concordat simple (3). Ce raisonnement, d'une extrême

(1) Demangeat sur Bravard, V, p. 297, en note; Aubry et Rau, III, § 278, notes 10 et 11; Colmet de Santerre, IX, 120 *bis* XIII et XIV; Mourlon, *Traité de la transcription*, II, p. 87 et suiv.

(2) V. aussi dans le *Recueil de Sirey* (1891. 1. 209) et dans le *J. Pal.* (1891. 1. 508) la note de Ch. Lyon-Caen sur l'origine de l'art. 7 de la loi de 1855 et les motifs de cette disposition.

(3) Cass. 1er mai 1860, S. 1860. 1. 602; *J. Pal.*, 1860. 970; D. 1860, 1. 236. —

subtilité, est inexact. La question de savoir si le droit de résolution subsiste se présente dans les rapports du vendeur et de la masse de la faillite; or, à l'égard de la masse, il est difficile de nier que le privilège soit éteint et absolument éteint. L'extinction du privilège faisant disparaître l'action résolutoire, on ne voit pas comment le vendeur échapperait à la perte de cette action.

296 *bis.* En résumé, pour déterminer la situation du vendeur d'un immeuble en cas de faillite de l'acheteur antérieurement au paiement du prix, plusieurs cas doivent être distingués :

a. Le vendeur d'immeuble dont l'acte de vente a été transcrit ou dont le privilège a été inscrit avant la déclaration de faillite, peut exercer à l'égard de la masse son privilège ou son action résolutoire.

b. Le vendeur d'immeuble dont l'acte de vente a été transcrit ou le privilège a été inscrit après le jugement déclaratif et l'inscription de l'hypothèque de la masse, a perdu ces deux garanties.

c. Le vendeur d'immeuble dont l'acte de vente a été transcrit après le jugement déclaratif, mais avant l'inscription de l'hypothèque de la masse, a perdu le privilège, mais il conserve l'action résolutoire.

La situation assez fâcheuse faite au vendeur d'immeuble à défaut de publicité donnée à son privilège par l'inscription ou par la transcription ne doit pas surprendre. Le vendeur d'effets mobiliers est beaucoup plus mal traité encore, puisque, par le seul fait que le jugement déclaratif a été rendu et que les choses vendues sont entrées dans les magasins de l'acheteur, il perd son privilège et les autres garanties attachées par la loi à la créance du prix. V. art. 550, dernier alin., C. com.

297. Les inscriptions prises après le jugement déclaratif sont nulles. Il en est de même, d'après ce qui est décidé plus haut (n° 295), de la transcription d'une vente d'immeuble en tant du moins qu'elle a pour but de conserver le privilège du vendeur.

La nullité des inscriptions peut être invoquée par les créanciers de la masse représentés par le syndic, que l'hypothèque de l'art. 490, C. com., ait été ou n'ait pas été inscrite. Un créancier ayant pris une inscription à partir de la déclaration de faillite ne peut donc se pré-

V. aussi Dijon, 13 juin 1864, S. 1864. 2. 244; *J. Pal.*, 1864. 1188; Lyon, 6 avr. 1865, S. 1866. 2. 196; *J. Pal.*, 1866. 812; D. 1866. 5. 487.

valoir de l'antériorité de date de cette inscription sur celle de l'hypothèque de l'art. 490, 3e alin. (1).

Mais la nullité des inscriptions prises après le jugement déclaratif, n'étant admise que dans l'intérêt de la masse, ne peut être invoquée que par celle-ci. Dans le cas où le failli obtient un concordat simple, la masse des créanciers cesse d'exister. On peut se demander si le droit d'invoquer la nullité des inscriptions postérieures à la déclaration de faillite ne passe pas à chacun des créanciers. Cette question sera examinée à propos du concordat (*chapitre* IV).

Toutefois l'application de ces principes donne lieu à une grave difficulté, lorsque l'inscription prise à partir de la déclaration de faillite est suivie d'une inscription valable qui paraît faire disparaître l'intérêt que pourrait avoir la masse à l'annulation de la première. La difficulté s'étant élevée dans les mêmes termes au cas où il s'agit de la nullité non d'une inscription, mais d'une constitution d'hypothèque consentie durant la période suspecte alors qu'une hypothèque postérieure valable prime les créanciers de la masse, c'est à propos de cette hypothèse que la question sera examinée (n° 383).

Pour l'exactitude des idées et des expressions, il faut noter qu'il s'agit ici de la nullité des inscriptions, non de celle des privilèges et des hypothèques; l'art. 448, 1er alin., C. com., suppose même expressément que ceux-ci ont été *valablement acquis*. Mais, en définitive, l'annulation d'une inscription a les mêmes effets que celle de l'hypothèque ou du privilège, puisqu'à défaut d'inscription, ces droits ne peuvent pas être exercés.

298. Pour que les aliénations des différents biens et pour que les constitutions en gage des différentes choses corporelles ou incorporelles soient opposables aux tiers, nos lois exigent des formalités variées. Il y a lieu de rechercher si ces formalités peuvent encore être utilement remplies après la déclaration de faillite de l'aliénateur ou de celui qui a constitué le gage. Il n'y a pas de règle unique à poser à cet égard : les systèmes de publicité admis par nos lois varient avec la nature des biens, parfois avec la nature des aliénations et ce ne sont pas toujours les mêmes personnes considérées comme tiers qui peuvent invoquer le défaut de publicité.

(1) Grenoble, 19 août 1882, *La Loi*, n° des 28-29 août 1882.

299. Quand le failli a aliéné à titre onéreux un immeuble avant la déclaration de faillite, la transcription de l'acte d'aliénation peut-elle avoir encore utilement lieu après?

L'affirmative doit être admise sans hésitation. L'art. 448, C. com., ne s'applique pas à cette hyppothèse, puisqu'il ne s'agit pas pour l'acheteur de conserver ou d'acquérir un privilége, mais seulement de mettre son droit de propriété à l'abri des droits réels qui pourraient être publiés du chef du vendeur (art. 3, L. 23 mars 1855). Puis, les créanciers de la masse ne peuvent pas se prévaloir du défaut de transcription, paree que les seules personnes qui peuvent le faire sont les tiers ayant acquis des droits réels et les ayant conservés conformément aux lois. Ils ne satisfont pas à ces conditions, du moins tant que l'hypothèque de l'art. 490, C. com., n'a pas été inscrite. Mais, quand elle l'a été, quels sont les droits des créanciers de la masse? Des auteurs semblent dire qu'alors la faillite pourra méconnaître l'aliénation et faire rentrer purement et simplement l'immeuble dans l'actif à liquider. C'est inadmissible ; l'acte d'aliénation devient inefficace à l'égard de la faillite en ce sens seulement qu'il ne peut porter atteinte à l'exercice du droit hypothécaire qui appartient à la masse et dont elle peut réclamer tous les effets, mais non en ce sens qu'il ne confère aucun droit de propriété à l'acquéreur, comme cela arriverait au cas où celui-ci, au lieu de se rencontrer avec un créancier hypothécaire inscrit sur l'immeuble, se rencontrerait avec un acquéreur de cet immeuble en vertu d'un acte postérieur au sien, mais transcrit antérieurement (1). Du reste, le tiers acquéreur a la faculté de purger (2).

300. Les mêmes solutions sont évidemment à donner pour les constitutions de droits réels faites par le failli avant la déclaration de

(1-2) Cass. 5 août 1869, S. 1869. 1. 393; *J. Pal.*, 1869. 1041; D. 1870. 1. 161. — V. Boistel, nº 919; Aubry et Rau, II, § 209, notes 92 et 93. Cependant il a été soutenu que l'acheteur dont le titre n'est pas transcrit lors de la déclaration de faillite de son vendeur, ne peut invoquer son acquisition à l'égard des créanciers de la masse. On argumente en ce sens du dessaisissement produit par le jugement déclaratif, Demangeat sur Bravard, V, p. 301 et suiv., en note. Cette doctrine ne tient pas compte de ce que ce jugement ne confère pas aux créanciers un droit réel opposable aux tiers tant que l'hypothèque de l'art. 490, C. com., n'a pas été inscrite.

faillite et rentrant dans les cas prévus par les art. 1 et 2 de la loi du 23 mars 1855.

301. Si, au lieu d'une aliénation d'immeuble à titre onéreux faite par le failli, on suppose une *donation* d'immeuble faite par lui, la même solution ne doit pas être donnée. Il y a, en effet, à tenir compte de l'art. 941, C. civ., d'après lequel le défaut de transcription peut être opposé *par toutes personnes y ayant intérêt :* cette formule est aussi large que possible et comprend, dans l'opinion générale, les créanciers chirographaires quand ils ont exercé une mainmise sur l'immeuble donné (1) ; dans notre espèce, cette mainmise résulte du dessaisissement du failli produit par le jugement déclaratif. On doit donc admettre que la donation ne peut plus être, au regard de la masse, utilement transcrite après ce jugement (2).

302. La même solution doit être donnée dans le cas où le failli avait aliéné un bâtiment de mer et où les formalités de la mutation en douane n'ont pas été remplies avant le jugement déclaratif (3). Le défaut de mutation en douane peut, en effet, être opposé par les tiers y ayant intérêt sans même qu'ils aient de droit réel sur le navire (4).

303. D'après l'art. 1690, C. civ., le cessionnaire d'une créance à personne dénommée n'en est saisi à l'égard des tiers que par la signification de la cession faite au débiteur cédé ou par l'acceptation de celui-ci

(1) Cass. 23 nov. 1859, S. 1859. 1. 481.

(2) Demolombe, XX, n° 303; Aubry et Rau, § 209, note 92; Boistel, n° 919 *in fine*, p. 689, note 4. Suivant ce dernier auteur, il serait plus exact en théorie de dire que la question ne peut pas naître, car les créanciers pouvaient invoquer le défaut de transcription même avant le jugement déclaratif, même avant la période suspecte : l'observation aurait peut-être eu besoin d'un développement. Si nous la comprenons bien, elle signifie que le défaut de transcription de la donation pourrait être opposé indépendamment de toute déclaration de faillite; cela est certainement exact et notamment nous pensons que les créanciers même chirographaires qui auraient saisi l'immeuble, seraient recevables à écarter le donataire dont le titre n'aurait pas été transcrit. Mais il faut bien que les créanciers aient exercé leurs droits à l'égard du bien donné, ils ne pourraient pas prétendre que la transcription est non avenue à leur égard par cela seul qu'elle a eu lieu à un moment où le donateur était insolvable. Cf. Demolombe, XX, n° 301. Il n'est donc pas inutile de faire remarquer que le jugement déclaratif de faillite produisant au profit de la masse une mainmise sur tous les biens du débiteur, donne à la masse *l'intérêt* qu'exige l'art. 941, C. civ.

(3) Paris, 4 juin 1886, *La Loi*, n° du 29 juill. 1886.

(4) *Traité de Droit commercial*, VI, n° 124.

dans un acte authentique. Si le failli a cédé valablement une créance et si, avant la déclaration de faillite, il n'y a eu ni signification ni acceptation de la cession, la formalité peut-elle encore être remplie utilement au préjudice des créanciers de la faillite du cédant? La négative ne peut faire doute. Ce n'est pas qu'il faille ici appliquer, par analogie, la disposition de l'art. 448, 1er alin., C. com.; elle ne peut être étendue par cela même qu'elle établit une déchéance. Mais la solution résulte du dessaisissement qui opère comme une mainmise sur les biens du débiteur et qui doit produire le même effet qu'une saisie générale (nº 241) (1). Le cessionnaire ne pourrait invoquer son droit au préjudice d'une saisie-arrêt d'un créancier du cédant faite avant la signification de la cession; le jugement déclaratif a la même efficacité.

304. S'il s'agit de créances transmissibles par endossement, par tradition ou par transfert, la même solution doit être donnée si ces actes ne sont pas intervenus avant la déclaration de faillite, car ils équivalent, pour les titres de créance à ordre, au porteur et nominatifs, aux formalités de l'art. 1690, C. civ., pour les créances à personne dénommée, en ce sens que ces actes sont nécessaires pour que les cessions de ces créances soient opposables aux tiers (2).

305. En cas de cession d'un brevet d'invention faite par le failli avant la déclaration de faillite, cette cession est aussi non avenue à l'égard des créanciers de la faillite, si cette cession n'a pas été enregistrée à la préfecture du département où la cession a été faite en conformité de l'art. 20 de la loi du 5 juillet 1844; d'après cet article, *aucune cession ne sera valable à l'égard des tiers qu'après avoir été enregistrée au secrétariat de la préfecture du département dans lequel l'acte aura été passé* (3).

306. Des questions analogues se posent en cas de constitution en gage régulièrement faite par le failli quand les conditions exigées pour que le gage soit opposable aux tiers n'ont pas été remplies avant le

(1) Cass. 4 janv. 1847, D. 1847. 1. 133; S. 1847. 1. 161; Paris, 28 juin 1855, S. 1856. 2. 232; Cass. 26 janv. 1863, D. 1863. 1. 47; S. 1863. 1. 64. — Demangeat sur Bravard, V, p. 300, note 1.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, III, nº 97.

(3) V. sur l'art. 20 de la loi du 5 juill. 1844, Pouillet, *Traité des brevets d'invention*, nos 212 et suiv.

jugement déclaratif. Le privilège du gagiste ne peut pas alors être opposé à la masse des créanciers de la faillite. Il en est ainsi : *a*. En cas de constitution en gage d'une chose corporelle, lorsque le créancier gagiste n'en a pas été mis en possession avant le jugement déclaratif (1); *b*. En cas de constitution en gage d'une créance, lorsqu'avant ce jugement il n'y a pas eu, selon les circonstances, soit signification (2), endossement ou transfert, soit, quelle que puisse être la forme du titre, remise faite au créancier gagiste (3).

III. — EFFETS DU JUGEMENT DÉCLARATIF DE FAILLITE DANS LE PASSÉ.

307. Pour protéger la masse des créanciers contre les actes du failli de nature à diminuer son actif ou à augmenter son passif, la loi donne pour effet au jugement déclaratif le *dessaisissement* du failli. Du dessaisissement résulte notamment que les actes du failli postérieurs au jugement déclaratif sont nuls à l'égard de la masse des créanciers (nº 208). La protection des créanciers eût été insuffisante, si elle se fût bornée ainsi au temps postérieur à la déclaration de faillite. Le jugement déclaratif ne fait que *déclarer*, constater l'état de cessation de paiements, qui peut être et, en fait, est souvent de beaucoup antérieur. Il y a donc un temps plus ou moins long pendant lequel le commerçant, sous le coup d'une déclaration de faillite, reste cependant à la tête de ses affaires. Quel sera le sort des opérations diverses qu'il aura faites dans cette situation? les laissera-t-on régies purement et simplement par les principes du droit commun, suivant lesquels les créanciers chirographaires doivent subir les conséquences des actes faits par leur débiteur sauf le cas de fraude (art. 1167, C. civ.)? les annulera-t-on, au contraire, par cela seul qu'elles ont été préjudiciables à la masse? La solution a varié suivant les époques et on le comprend : il s'agit de concilier entre eux deux intérêts opposés, l'intérêt de la masse des créanciers et l'intérêt du crédit, et la conciliation est

(1) P. Pont, *Traité des petits contrats*, II, nº 1134.

(2) Boistel, nº 919.

(3) Nous supposons au texte qu'il est admis, selon la doctrine la plus générale, qu'en matière de gage de créance, la remise du titre au créancier gagiste est nécessaire pour que ses droits soient opposables aux tiers. — V. *Traité de Droit commercial*, III, nº 280.

assurément difficile (1). Pour la masse, il est désirable qu'on annule autant que possible les actes du failli, afin que la situation de tous ceux qui ont traité avec celui-ci soit égale et que certains ne bénéficient pas d'opérations conclues depuis que la cessation de paiements a eu lieu; mais, d'autre part, le crédit recevrait une grave atteinte par suite d'un système de nullités trop absolu; on ne traiterait plus avec sécurité, puisqu'un commerçant est toujours exposé à la faillite. La loi de 1838 a essayé de tenir compte de ces deux ordres d'idées en attachant au jugement déclaratif dans le passé des effets en général moins graves que ceux que, par suite du dessaisissement, il produit dans l'avenir.

308. Ces effets ne se produisent certainement pas en cas de déconfiture (2). Mais ils résultent du jugement de mise en liquidation judiciaire (3). Dans une opinion très répandue que consacre la jurisprudence critiquée plus haut (nos 187 et suiv.), ils dérivent virtuellement du fait de la cessation des paiements, de telle sorte qu'ils existent même en l'absence de tout jugement du tribunal de commerce constatant la cessation des paiements et déclarant, par suite, la faillite ou la liquidation judiciaire.

309. Avant d'exposer le système admis par la loi de 1838 et pour mieux apprécier la portée des dispositions que, sur ce sujet, elle a introduites dans le Code de commerce, il importe de rappeler les précédents législatifs.

L'Ordonnance de 1673 porte dans l'art. 4 du titre XI : « Déclarons « nuls tous transports, cessions, ventes et donations des biens meubles

(1) La difficulté même du problème explique que les législations des divers pays le résolvent de façons assez variées. V. Thaller, *Des faillites en droit comparé*, I, nos 107 et suiv., p. 373 et suiv.

Droit étranger. — Voici où se trouvent, pour les principaux pays, les règles concernant les actes du failli faits avant la déclaration de faillite : Codes de commerce *belge*, art. 445 à 449; *italien*, art. 707 à 711; *roumain*, art. 720 à 724; *monégasque*, art. 417 à 420; *espagnol*, art. 879 à 881; *portugais*, art. 721; *chilien*, art. 1373 à 1378; *mexicain*, art. 978 à 981; *argentin*, art. 1408 à 1411; *japonais* (de 1893), art. 990 à 992; lois *allemande*, art. 22 à 34; *hongroise*, art. 26 à 37; *anglaise*, art. 45 à 49; *suédoise*, art. 35 à 38; *suisse*, art. 285 à 292; *hollandaise*, de 1893, art. 42 à 51; décret brésilien du 24 oct. 1890, art. 28 à 35; loi *autrichienne* du 16 mars 1884.

(2) Trib. civ. Rennes, 13 août 1891, D. 1893. 2. 240.

(3) V. Chapitre VII.

« ou immeubles *faits en fraude des créanciers :* voulons qu'ils soient « rapportés à la masse commune des effets. » Il n'y avait là que le rappel du principe général de l'action paulienne appliqué même en dehors de toute faillite (1). Ce n'était pas une protection suffisante, puisqu'il fallait prouver, dans tous les cas, la fraude du débiteur et même, s'il s'agissait d'un acte à titre onéreux, la complicité du tiers qui avait traité avec lui (2). Un Édit de mai 1609 donnait une solution plus absolue pour des actes particulièrement suspects, en annulant « tous transports, cessions, donations, ventes et aliénations faites aux enfants et héritiers présomptifs ou aux amis du débiteur ». Un Règlement, adopté par les négociants de la ville de Lyon (3) et homologué par arrêt du Conseil du 7 juillet 1667, contenait également, à ce sujet, une disposition qu'il est étonnant que l'Ordonnance de 1673 ne se soit pas appropriée. Ce fut seulement une Déclaration royale de novembre 1702 qui le fit dans les termes suivants : « Toutes ces- « sions et transports sur les biens des marchands qui font faillite « seront nuls et de nulle valeur, s'ils ne sont faits dix jours au moins « avant la faillite publiquement connue (4), comme aussi les actes et

(1) Pothier, *Traité des obligations*, nº 153.

(2) Suivant Bravard (t. V, p. 209), la disposition de l'Ordonnance ne doit pas être entendue en ce sens, parce qu'alors elle aurait été inutile, mais dans le sens d'une nullité de plein droit. Cette interprétation est rejetée par tous les commentateurs modernes, même par M. Demangeat dans ses notes (Bravard, V, note 2, p. 209); ce qui est plus décisif, c'est que les anciens auteurs semblent bien interpréter l'Ordonnance comme nous le faisons au texte. V. notamment Bornier, qui indique les circonstances qui font présumer la fraude (sur l'art. 4 du titre XI de l'Ordonnance de 1673). — Cf. cependant note 4 ci-après.

(3) C'étaient les idées italiennes qui avaient inspiré les négociants lyonnais. Les jurisconsultes italiens s'étaient bien accordés sur ce point qu'on devait assimiler au négociant failli le négociant près de faillir et annuler par suite les actes faits par celui-ci, mais non sur ce qu'il fallait entendre par un négociant *proximus decoctione*. Casaregis disait : *alii volunt eum intelligi debere decoctum qui intra decem dies a celebratione contractus, aut negotii ab eo gesti, foro cesserit; alii hoc idem tempus ampliant usque ad dies quindecim; alii illud abbreviant usque ad quatuor aut sex dies*. Cf. Massé, III, nº 1212, qui cite d'intéressants passages de divers jurisconsultes. — V. aussi Thaller, I, p. 39 et suiv.

(4) Il est bien certain que, dans le système de la Déclaration, les créanciers n'ont à prouver aucune fraude, ce qui constitue une grande différence avec l'application de l'action paulienne, à laquelle semblait seulement renvoyer l'Ordonnance de 1673. Il convient cependant de remarquer que, d'après le préambule même de la Déclaration, la disposition de l'art. 13 du Règlement de Lyon qui est ainsi reproduite « explique l'art. 4 de notre Édit de mars 1673 appelé le *Code*

« obligations qu'ils passeront par devant notaires au profit de quel-
« ques-uns de leurs créanciers, ou pour contracter de nouvelles dettes,
« ensemble les sentences qui seront rendues contre eux n'acquerroient
« aucune hypothèque ni préférence sur les créanciers chirogra-
« phaires, si les dits actes et obligations ne sont passés, et si les dites
« sentences ne sont rendues pareillement dix jours au moins avant la
« faillite publiquement connue (1). » Il faut remarquer qu'il n'y avait pas alors de jugement déclaratif, que certains faits extérieurs constituaient l'ouverture de la faillite; il résultait donc de la Déclaration de 1702 que les actes dont il s'agit, intervenus à partir de ces faits ou dans les dix jours précédents, étaient nuls de droit (2).

310. Le Code de 1807 chargea le tribunal de commerce de déclarer la faillite et aussi de fixer la date de la cessation des paiements; le failli était considéré comme ayant été dessaisi de l'administration de ses biens à partir de cette date (anc. art. 442); tous les actes postérieurs du failli devaient donc être sans effet à l'égard de la masse, comme le sont aujourd'hui ceux qui suivent le jugement déclaratif. Un système particulier était admis pour les actes intervenus dans les dix jours qui avaient précédé la cessation des paiements (3) : les plus suspects étaient annulés de plein droit, les autres ne l'étaient qu'à la condition de prouver la fraude de ceux qui avaient contracté avec le failli (anc. art. 443-446). Cette rétroactivité du dessaisissement qui pouvait entraîner la nullité d'actes nombreux et importants faits pendant une longue période par un négociant resté à la tête de ses affaires, était d'une extrême rigueur (n° 198); aussi la jurisprudence

marchand, au titre *Des faillites*, et prévient toutes les difficultés et contestations auxquelles l'article du Code donne lieu quelquefois sur la validité des cessions, transports et autres actes qui se font à la veille des faillites. »

(1) La disposition relative aux hypothèques ne se trouvait pas dans le Règlement de Lyon.

(2) Le préambule de la Déclaration dit « qu'il y aurait moins d'abus et de fraude s'il y avait une règle uniforme pour tout le royaume. » Suivant Massé (III, n° 1214), la Déclaration devint effectivement le droit commun de la France jusqu'en 1807; Renouard (I, p. 345) dit, au contraire, qu'elle n'avait pas été enregistrée par tous les Parlements.

(3) Suivant Massé (III, n° 1214), cette période de dix jours se comprend dans l'ancienne législation qui faisait dater la faillite du jour où elle était publiquement connue; elle ne se comprenait plus dans le système du Code de 1807 qui permet au tribunal de fixer la date de la cessation des paiements sans se préoccuper de la notoriété.

avait-elle cherché à l'atténuer par toute espèce de tempéraments équitables en eux-mêmes, mais fort arbitraires ; certaines décisions faisaient, pour le temps qui s'était écoulé de la cessation des paiements à la déclaration de la faillite, les distinctions que le Code n'admettait que pour les dix jours qui avaient précédé l'ouverture de la faillite (1). Cette question du sort des actes antérieurs à la faillite était donc une de celles pour lesquelles une réforme était le plus indispensable.

311. Ce n'est pas du premier coup qu'on est arrivé, en 1838, au système qui a été consacré par la loi. Certains proposaient encore de faire dater le dessaisissement de la cessation des paiements, en exigeant comme correctif que celle-ci fût notoire ; d'autres se contentaient de présumer frauduleux les actes intervenus dans cette période, de sorte que, par exemple, le créancier qui aurait été payé, aurait dû prouver qu'il avait reçu dans l'ignorance de la cessation des paiements (2). C'est un système mixte qui a prévalu : 1° certains actes suspects par leur nature même sont *nuls de droit*, par cela seul qu'ils ont été faits depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents (art. 446) ; 2° les autres actes *pourront être annulés*, si ceux qui y ont participé connaissaient la cessation des paiements (art. 447 auquel il faut joindre l'art. 449 qui prévoit un cas spécial) ; 3° *les inscriptions* prises depuis la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents sont soumises à une règle particulière (art. 448, alin. 2 et 3) (3).

312. Si donc l'on veut se rendre compte d'une manière générale du sort des actes faits à différentes époques par un individu qui a été déclaré en faillite, il faut distinguer trois périodes différentes qui sont :

1° *La période postérieure à la déclaration de faillite.* — La situation est on ne peut plus nette par suite du dessaisissement. Aucun acte intervenu à ce moment ne peut nuire à la masse (n^os^ 208 et suiv.).

(1) Renouard, I, p. 347-353. — V. les décisions rapportées, Rép. Dall., v° *Faillite*, n^os^ 266-273.

(2) V. au sujet des diverses idées par lesquelles on est passé, Renouard, I, p. 349-363 ; Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 304.

(3) Il s'agit ici de la seconde disposition de cet article ; la première, qui vise les inscriptions qui n'auraient été prises qu'à partir du jugement déclaratif, a été expliquée précédemment, n^os^ 280 et suiv.

2° *La période qui va de la date de la cessation des paiements* (elle comprend pour certains actes les dix jours précédents) *à la déclaration de faillite ;* c'est le *temps suspect* ou la *période suspecte*. Tous les actes ne sont pas annulés en bloc comme dans la période postérieure au jugement déclaratif ; on tient compte, soit de la nature de l'acte, soit des circonstances dans lesquelles il est intervenu. Ainsi que cela sera expliqué (nos 318 et 397), les art. 446 et suiv., C. com., assurent à la masse des créanciers une protection meilleure que celle que leur procurerait l'action paulienne.

3° Enfin *la période qui précède le temps suspect.* — La loi commerciale ne s'en est pas occupée et l'a, par suite, laissée sous l'empire du droit commun (1). Les créanciers peuvent donc, conformément à l'art. 1167, C. civ., attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ; il n'y a qu'à appliquer les règles ordinaires du droit civil en ce qui touche, soit les justifications à faire pour les créanciers qui exercent ainsi l'action paulienne, soit les conséquences de la réussite de l'action (2).

L'action paulienne peut aussi, comme il sera expliqué plus loin (n° 420), être exercée à l'occasion des actes faits durant la période suspecte.

Au sujet de l'exercice et des effets de l'action paulienne, quant aux actes antérieurs à la période suspecte, plusieurs observations sont nécessaires.

(1) L'ancien art. 447 disait : « Tous actes ou paiements faits en fraude des créanciers sont nuls » ; une disposition analogue a été retranchée du projet de loi en 1838 comme inutile (Renouard, I, p. 350 et 362). — Le législateur *belge* a cru bon de le dire expressément, V. art. 448. V. aussi art. 708, C. com. *italien ;* art. 721, *roumain ;* art. 1376, *chilien ;* art. 978, *mexicain*.

(2) Les actes antérieurs à la période suspecte sont donc maintenus, sauf le cas où le caractère frauduleux en serait démontré : Cass. 31 juill. 1872, D. 1872. 1. 300. Un arrêt de Paris du 14 déc. 1846 (D. 1847. 2. 183) dit nettement que la présomption de bonne foi qui couvre les actes passés avant la cessation des paiements ne met pas obstacle à l'action qui peut, aux termes de l'art. 1167, C. civ., être exercée par les créanciers pour faire tomber tous actes faits en fraude de leurs droits ; aj. Lyon, 15 déc. 1881, *Journ. des faillites*, 1883, p. 91. Quelquefois les tribunaux, sans invoquer l'art. 1167, C. civ., ont prononcé des condamnations à des dommages-intérêts contre des tiers qui avaient traité avec le failli avant la période suspecte, quand il y avait eu de leur part dol ou faute lourde (application de l'art. 1382, C. civ.) : Cass. 23 août 1864, D. 1864. 1. 367 ; S. 1865. 1. 177 ; Cass. 3 mars 1869, D. 1871. 5. 192 ; S. 1869. 1. 174 ; *J. Pal.*, 1869. 418 ; Paris, 21 nov. 1881, *Journ. des faillites*, 1882, p. 93.

a. Cette action peut être exercée par tel ou tel créancier lésé par l'acte frauduleux, tandis que le syndic seul agissant au nom de la masse peut se prévaloir des art. 446 et suiv., C. com. (1); les créanciers ne peuvent même pas intervenir dans le procès en nullité intenté par le syndic. V. n° 227.

b. L'action paulienne ne résultant pas de la faillite n'est pas toujours de la compétence du tribunal qui a déclaré celle-ci (2), tandis que les actions en nullité fondées sur les art. 446 et suiv., C. com., dérivant de la faillite, doivent, en vertu des art. 635, C. com., et 59 7°, C. proc. civ., être portées devant ce tribunal (3). V. n° 468.

c. Quand un acte du failli est annulé en vertu de l'art. 1167, C. civ., il se pose une question qui ne se présente pas pour les actes tombant sous le coup des art. 446 et suiv., C. com. Il est hors de doute que la masse entière des créanciers profite de l'annulation de ces derniers actes. Au contraire, il s'est élevé une discussion sur le point de savoir si le bénéfice de l'action paulienne doit être réservé aux créanciers antérieurs à l'acte attaqué sans pouvoir être réclamé par les créanciers postérieurs qui n'auraient pu intenter l'action ou si ce bénéfice appartient à tous les créanciers (4). En l'absence de tout droit de préférence établi expressément par un texte de loi, il ne paraît pas conforme aux principes de réserver le bénéfice de l'action paulienne aux créanciers antérieurs.

313. Il n'y a ici à traiter que des nullités qui atteignent les actes du failli accomplis pendant la période suspecte. Conformément à la distinction faite par le Code de commerce, il faut, pour se rendre un compte

(1) Paris, 13 mars 1890, *Journ. des faillites*, 1890, p. 397. — Cass. 1er avr. 1895, *Le Droit*, n° du 18 avr. 1895.

(2) Lyon, 15 déc. 1881, *Journ. des faillites*, 1883, p. 91; Aix, 16 juin 1893, *Journ. des faillites*, 1893, p. 296.

(3) A titre exceptionnel, la compétence administrative a été admise pour l'action en nullité d'une convention conclue par un entrepreneur de travaux publics déclaré en faillite : Tribunal des conflits, 12 juill. 1890, S. et *J. Pal.*, 1892. 3. 113; D. 1892. 3. 17; *Journ. des faillites*, 1890, p. 388. Cette solution nous paraît contraire à la règle générale de l'art. 635, C. com., d'après laquelle le tribunal qui a déclaré la faillite est compétent pour connaître des contestations qui naissent de la faillite. V. n° 468.

(4) V. *dans le dernier sens*, Colmet de Santerre, V, n° 182 *bis* XV; Laurent, XVI, n° 489. — *En sens contraire*, Demangeat sur Bravard, V, p. 216, en note; Aubry et Rau, IV, § 313.

complet du système consacré, distinguer les *nullités de droit* (art. 446), les *nullités facultatives* (art. 447 et 449), les *nullités des inscriptions de privilèges et d'hypothèques* (art. 448, 2e alin.) (1). A l'occasion de chacune de ces catégories de nullités, on doit déterminer : *a. A quelles conditions elles sont encourues; b. A quels actes elles s'appliquent; c. A l'égard de quelles personnes elles produisent leurs effets.* Du reste, la dernière de ces questions est résolue de la même manière pour les trois espèces de nullités. V. nos 317, 383, 398 et 417.

314. I. NULLITÉS DE DROIT. — Ces nullités sont les plus rigoureuses. Aussi sont-elles faites exclusivement pour des actes qui sont en même temps le plus préjudiciables à la masse et le plus suspects de fraude, parce que par eux le débiteur diminue son patrimoine sans rien recevoir en retour ou l'affecte de droits de préférence ; cela n'est pas naturel de la part d'un individu qui a cessé ses paiements ou qui est sur le point de les cesser. De tels actes ne peuvent guère s'expliquer que par la pensée mauvaise de soustraire une partie de l'actif à la masse des créanciers ou d'avantager certains créanciers au détriment des autres.

L'art. 446, alin. 1, dispose ainsi au sujet du sort de ces actes dont

(1) DROIT ÉTRANGER. — Dans aucun pays, la loi ne traite de la même façon tous les actes du failli quelle que soit leur nature. Mais les classifications et les conditions des nullités sont assez variables. En outre, la période suspecte est loin de s'entendre dans tous les pays de la même manière. En France, la durée en varie avec la date de la cessation des paiements que détermine librement le tribunal (no 119). Dans quelques pays, cette date ne peut pas être reportée au delà d'une certaine époque dans le passé (p. 101, note 3). Enfin, dans d'autres, la loi même fixe pour tous les cas le délai dans lequel doit avoir été fait un acte avant la déclaration de faillite pour être frappé de nullité. En outre, selon les États, ou il y a un délai unique qui est le même pour tous les actes, ou il y a des délais variant avec la nature des actes dont il s'agit; ils sont plus longs pour les actes particulièrement nuisibles aux créanciers et présentant des dangers de fraude. Ce délai unique ou ces délais variant avec la nature des actes sont si divers selon les pays que nous ne croyons pas devoir les indiquer ici. — Il nous suffira de dire que nos préférences sont pour le système français qui fait dépendre des circonstances de chaque espèce à apprécier par le juge la durée de la période suspecte. Il nous paraît arbitraire d'annuler les actes faits dans une période déterminée par la loi pour toutes les faillites sans tenir compte des époques très variables où peut se placer la date de la cessation des paiements. Seulement, dans l'intérêt supérieur du crédit, il est désirable, selon nous, que la loi détermine une date au delà de laquelle la cessation des paiements ne peut pas être fixée dans le passé par les juges. V. p. 103, note 3.

l'énumération est faite dans les alinéas qui suivent : *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...*

315. Les nullités dont il s'agit sont des nullités *de droit* (1). Mais il ne faut pas se méprendre sur la portée de cette expression consacrée par l'usage. Elle ne signifie pas qu'elles ont lieu de plein droit et sans demande en justice ; une action en nullité doit être intentée par le syndic dans le cas où l'intéressé qui a fait avec le failli l'acte dont il s'agit, ne reconnaît pas que l'art. 446, C. com., est applicable. Quand on dit que l'art. 446 édicte des nullités de droit, on veut indiquer par là que le tribunal n'a pas à apprécier les circonstances dans lesquelles est intervenu l'acte attaqué, les mobiles qui l'ont inspiré, la bonne ou la mauvaise foi, soit du failli, soit de la personne qui a concouru à l'acte. Il doit vérifier seulement si l'acte est compris dans l'énumération de l'art. 446 et s'il est intervenu dans la période suspecte ; la *nature* et la *date* de l'acte sont seules prises en considération. Si l'acte attaqué figure dans l'énumération de l'art. 446 et s'il a été fait dans la période qu'il indique, le tribunal *doit* prononcer la nullité (2).

316. Pour qu'il y ait lieu de prononcer la nullité d'un acte en vertu de l'art. 446, C. com., plusieurs conditions sont requises.

a. Il faut que l'acte dont il s'agit rentre dans l'énumération des actes faits par l'art. 446, C. com., qui est limitative. Au contraire, l'art. 447, C. com., qui établit des nullités *facultatives*, s'applique à tous les actes non compris dans l'art. 446, C. com., à l'exception des inscriptions de privilèges et d'hypothèques régies par la règle spéciale de l'art. 448, 2e alin. (nos 386 et suiv.).

(1-2) L'expression *nuls de droit* ne se trouve pas dans le Code de commerce ; mais elle se rencontre dans l'art. 502, C. civ., à propos des actes faits par l'interdit judiciaire ou par l'individu pourvu d'un conseil judiciaire sans l'assistance de son conseil. Elle a pour but d'indiquer que, lorsque la nullité de ces actes est demandée, le tribunal *doit* la prononcer, par cela seul qu'ils sont postérieurs au jugement prononçant l'interdiction ou nommant le conseil judiciaire, sans qu'il y ait à rechercher s'ils ont été faits hors d'un intervalle lucide ou s'ils ont causé à l'incapable une lésion.

b. L'acte attaqué doit avoir été fait dans la période suspecte (1). Celle-ci comprend, au point de vue des nullités de droit, non seulement le temps écoulé de la date de la cessation des paiements à la déclaration de faillite, mais encore les dix jours antérieurs à cette date. Ce délai de dix jours a été emprunté à notre ancienne législation (n° 309), et peut-être, ainsi qu'on l'a dit, a-t-il été maintenu plutôt par habitude que par réflexion (2). Dans le système de la Déclaration de 1702, il s'agissait des dix jours précédant *la faillite publiquement connue* et l'on conçoit qu'avant le moment où la faillite est ainsi connue, l'état des affaires soit déjà très mauvais et rende suspects certains actes du failli. La situation n'est pas identique; elle ne l'était plus déjà sous l'empire du Code de 1807; il s'agit des dix jours qui précèdent *la cessation des paiements* et le tribunal fixe la date de cette cessation d'après les circonstances du fait sans avoir à tenir compte de la notoriété; on concevrait donc que la période suspecte ne datât que de ce moment (3).

317. C'est *relativement à la masse* que les actes dont il s'agit sont annulés, en vertu de l'art. 446, C. com. Il ne s'agit pas d'une incapacité dont est affecté le failli, mais d'une impossibilité pour lui de faire un acte de nature à nuire à la masse des créanciers (4).

De là résultent deux ordres de conséquences :

a. Le failli ne peut pas se prévaloir de la nullité contre la personne avec laquelle il a fait l'acte; par exemple, le failli qui a fait une donation pendant la période suspecte, ne peut en invoquer la nullité contre le donataire (5).

(1) La *période suspecte* a aussi la même durée au point de vue des nullités des inscriptions de privilèges et d'hypothèques de l'art. 448; mais la durée en est plus courtepour les nullités facultatives de l'art. 447. V. nos 394 *b* et 412.

(2) Massé, *op. cit.*, III, nos 1214 et 1215.

(3) Renouard, I, p. 364 et 365, justifie la loi de 1838 par la nécessité de prévenir les fraudes. Le *projet de loi* rédigé en 1883 par la commission de la Chambre des députés, d'accord avec le projet élaboré par le Conseil d'État, supprimait le délai de dix jours.

DROIT ÉTRANGER. — La loi *belge* (art. 445) a maintenu le délai de dix jours. Au contraire, le Code de commerce *italien* (art. 707) ne s'occupe que des actes postérieurs à la date de la cessation des paiements.

(4) A ce point de vue, on peut rapprocher les nullités des actes faits pendant la période suspecte de la nullité qui, en vertu du dessaisissement, frappe les actes du failli faits à partir du jour où est rendu le jugement déclaratif. V. n° 208.

(5) Cass. 15 juill. 1857, D. 1857. 1. 386; S. 1858. 1. 705. (La Cour dit que

b. Un créancier ne peut se prévaloir de la nullité dans son intérêt propre distinct de celui de la masse (1). La disposition de l'art. 446, C. com., a un caractère rigoureux; elle ne peut être appliquée qu'en vue de l'intérêt que la loi a voulu sauvegarder; or l'art. 446 ne fait mention que de *l'intérêt de la masse*. Les intéressés autres que la masse ne peuvent se prévaloir que des règles du droit commun.

Ce caractère relatif des nullités par suite duquel elles ne peuvent être invoquées qu'au nom de la masse et ne produisent d'effets que dans l'intérêt de celle-ci, n'est pas, du reste, spécial aux nullités de droit de l'art. 446, C. com. Ce même caractère relatif existe aussi, soit pour les nullités facultatives des art. 447 et 448, C. com., soit pour les nullités qui, par suite du dessaisissement, atteignent les actes faits par le failli à partir du jour où est rendu le jugement déclaratif (nos 208, 398 et 467). Ces principes sont certains en eux-mêmes, mais des difficultés d'application s'élèvent à leur occasion (2).

318. La nullité de l'art. 446, C. com., offre aux créanciers, en comparaison de l'action paulienne de l'art. 1167, C. civ., des avantages généraux ou spéciaux dont il est facile de se rendre compte.

Il résulte de ce qui vient d'être dit (nos 315 et 316) que, pour faire tomber un des actes compris dans l'art. 446, C. com., il suffit d'en établir la nature et la date. Quand l'art. 1167, C. civ., est invoqué, il faut avant tout que le demandeur établisse la *fraude* du débiteur; ce qui comprend, selon les expressions consacrées, le *consilium fraudis* et l'*eventus damni*. Il n'est pas nécessaire sans doute que le débiteur ait eu, en faisant l'acte attaqué, l'intention de nuire à ses

rien n'autorise le failli à revenir contre les actes qu'il a contractés librement et en pleine connaissance de cause); Cass. 18 fév. 1878, D. 1878. 1. 291. Dans l'espèce de ces deux arrêts, il s'agissait d'un failli concordataire; il y a dans ce cas une raison de douter tirée de ce que le failli ne peut souvent exécuter les stipulations du concordat si les actes faits dans la période suspecte sont maintenus. Il y aura lieu de revenir sur la question à propos des effets du concordat, dans le chapitre IV. Cf. Bravard-Demangeat, V, p. 217.

(1) Dijon, 20 mars 1882, *Journ. des faillites*, 1882, p. 544. (Dans l'espèce, le vendeur de marchandises non payé invoquait la disposition finale de l'art. 446, C. com., pour faire tomber la constitution en gage de ces marchandises consentie par l'acheteur en faillite, afin d'arriver ainsi à exercer la revendication admise par l'art. 576, C. com.).

(2) Les difficultés auxquelles il est fait allusion se présentent à propos des nullités des actes constitutifs d'hypothèques et des incriptions. V. no 383.

créanciers, il faut et il suffit, pour qu'il y ait *consilium fraudis*, que le débiteur ait eu conscience du préjudice qu'il causait à ses créanciers, en se rendant insolvable ou en augmentant son insolvabilité (1). Cette conscience du préjudice causé a pu ne pas exister chez le commerçant qui n'avait pas cessé ses paiements quand il faisait l'acte attaqué et qui les a cessés quelques jours après sous le coup d'un événement tout à fait imprévu. Un acte qui serait inattaquable s'il n'y avait que l'action paulienne, peut ainsi souvent être annulé en vertu de l'art. 446, C. com.

Ce qui est plus important encore, c'est que la nullité de l'article 446, C. com., produit son effet, abstraction faite de la bonne ou de la mauvaise foi de celui qui l'a fait avec le failli.

On dit quelquefois que les actes dont il s'agit sont frappés de nullité en vertu d'une présomption légale de fraude qui n'admet pas la preuve contraire (2). On peut à la rigueur dire cela du débiteur, au moins pour les actes postérieurs à la cessation des paiements, mais cela ne saurait s'appliquer aux tiers ; il est excessif et injuste de dire qu'ils sont également présumés avoir commis une fraude. La loi pense qu'il convient de les priver d'un avantage qui leur a été conféré dans certaines circonstances ; cela peut s'expliquer sans les supposer complices d'une mauvaise action. L'observation qui vient d'être faite n'est pas sans intérêt pratique, au point de vue de l'étendue de l'obligation de celui qui est tenu à rapporter à la masse (n° 364). Au contraire, en matière d'action paulienne, on distingue traditionnellement entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit (3) : pour les premiers, on exige la complicité des tiers, c'est-à-dire la connaissance par eux comme par le débiteur du préjudice causé par celui-ci à ses créanciers.

Plusieurs des actes prévus par l'art. 446, comme la dation en paiement, la constitution d'une hypothèque ou d'un nantissement pour une dette antérieure, ne sauraient être considérés comme des actes à titre gratuit ; il faudrait donc, pour les faire tomber en vertu de l'art. 1167, C. civ., prouver la mauvaise foi du créancier, qui pour-

(1) Cf. Colmet de Santerre, V, n° 32 *bis* VIII.
(2) Namur, III, n° 1646.
(3) Dig., *Quæ in fraudem creditorum*, etc. XLII, 8, L. 6, § 8 et 11.

rait ne pas exister et qui, dans tous les cas, pourrait être difficile à prouver (1).

319. Quels sont les actes atteints par les nullités de l'art. 446, C. com., dont les caractères viennent d'être indiqués? La loi les divise en trois catégories qu'elle désigne par des expressions qui laissent parfois à désirer. Ils peuvent être énoncés de la façon suivante : *a. Donations; b. Paiements et dations en paiement de dettes non échues, dations en paiement de dettes échues; c. Hypothèque conventionnelle ou judiciaire et nantissement constitués sur les biens du débiteur pour dettes échues.* — Des explications sont nécessaires sur chacun de ces actes. A leur occasion s'élèvent de nombreuses difficultés.

320. A. Donations. — L'art. 446, alin. 2, C. com., déclare nuls *tous actes translatifs de propriétés mobilières ou immobilières à titre gratuit.* Cette formule, quoique plus large que celle du Code de 1807, qui parlait seulement *de tous actes translatifs de propriétés immobilières à titre gratuit* (2), est encore trop restrictive. La loi regarde avec raison comme suspectes au plus haut degré les libéralités faites par le commerçant qui a cessé ses paiements ou qui est à la veille de les cesser; on peut dire qu'il y a une présomption légale de fraude au moins à la charge du donateur; puisqu'il s'agit d'un avantage gratuit, la nullité peut être prononcée sans injustice contre le donataire même de bonne foi. L'acte doit, du reste, être d'autant plus sévèrement frappé qu'il est plus nuisible à la masse des créanciers par cela même qu'il fait sortir du patrimoine du failli une valeur sans y faire rien entrer en retour.

Mais on comprend que peu importe à ces points de vue que la libéralité ait pour objet une translation de propriété ou tout autre avantage. L'art. 446, C. com., s'applique donc non seulement aux aliénations de biens corporels ou incorporels, mais encore aux constitutions

(1) Garraud, *De la déconfiture*, p. 213 et suiv.

(2) Dans l'ancien art. 444, C. com., qui contenait ces expressions, il ne s'agissait que des actes faits dans les dix jours précédant la cessation des paiements, puisqu'à partir de cette cessation, on appliquait le principe du dessaisissement. On a essayé d'expliquer pourquoi le Code de 1807 ne parlait que des propriétés immobilières. V. Bravard et Demangeat, V, p. 219, note 1. Mais la question offre peu d'intérêt.

à titre gratuit de droits réels (usufruit et servitudes), aux obligations contractées à titre gratuit et aux remises de dettes (1).

Dans ces divers cas, le failli a diminué son patrimoine sans compensation et il y a identité de raison pour montrer une grande rigueur. Indépendamment de cette identité de motifs, on peut dire que la portée de la disposition de l'art. 446 se trouve caractérisée par l'art. 447 qui déclare annulables *tous autres actes à titre onéreux;* il y a ainsi une opposition entre les deux articles. Les actes à titre gratuit ne rentrant pas dans l'art. 447, il faut bien qu'ils rentrent dans l'art. 446 (2).

Les mêmes raisons doivent faire appliquer l'art. 446 aux renonciations à succession et à communauté, faites par le failli bien qu'elles ne constituent pas des donations (3).

Les donations ne sont pas, du reste, traitées plus sévèrement à raison de la parenté qui unit le donateur et le donataire. Cela mérite d'être constaté, parce que, dans quelques pays, la loi se montre plus sévère pour les donations entre parents proches, à raison de ce que ces donations sont particulièrement à craindre (4).

321. Par suite de la rigueur même de l'art. 446, C. com., il importe peu que la donation soit postérieure au jugement déclaratif ou ait été faite durant la période suspecte (n° 214) (5). Au contraire, il y a grand intérêt à savoir si une donation se place à une date antérieure à la période suspecte ou durant cette période : dans le premier cas, il ne peut y avoir lieu qu'à l'application de l'art. 1167, C. civ. (n° 312); dans le second cas, l'art. 446, C. com., est applicable.

Quand la donation est faite et acceptée dans le même acte, la situa-

(1) Cass. 6 août 1867, D. 1868. 1. 86; S. 1867, 1. 452.

(2) La loi *belge* (art. 445) reproduit les expressions trop étroites de l'art. 446, C. com.; le Code *italien* (art. 707 1°) mentionne *tous les actes et toutes les aliénations à titre gratuit*.

(3) On sait que des difficultés spéciales s'élèvent sur les conditions exigées pour la réussite de l'action paulienne contre les renonciations à usufruit (article 622, C. civ.), à succession (art. 788, C. civ.), à communauté (art. 1464, C. civ.), à prescription (art. 2225, C. civ.).

(4) Ainsi, d'après le Code de commerce *chilien* (art. 1373) qui reproduit le système des nullités de notre Code, pour les donations faites à un descendant, à un ascendant, à un collatéral jusqu'au quatrième degré, le délai de dix jours est porté à cent-vingt jours avant la cessation des paiements. V. aussi loi *allemande*, art. 25; loi *hongroise*, art. 28.

(5) Aussi le Code de commerce *italien* s'occupe dans le même article (art. 707) des actes postérieurs au jugement déclaratif et des actes antérieurs nuls de droit.

tion est très nette et aucune difficulté n'est possible. Mais il peut en être autrement et différents cas sont à prévoir.

Si une donation, faite avant la période suspecte, n'a été acceptée que pendant cette période, la donation ne date réellement que de l'acceptation. Elle a donc été accomplie pendant la période suspecte et tombe sous le coup de l'art. 446, C. com., bien que le premier élément de la donation ait été réalisé auparavant (1). Un autre cas est celui où la donation a été faite et acceptée avant la période suspecte; mais la notification de cette acceptation au donateur n'a eu lieu qu'au cours de cette période. La notification n'intervient pas alors utilement; d'après l'art. 932, C. civ., la donation *n'a d'effet, à l'égard du donateur,* que du jour où l'acte qui constate l'acceptation lui a été notifié. La donation ne saurait produire d'effet à une époque où le donateur ne peut faire un acte gratuit opposable à la masse (2).

Une donation d'immeubles, faite et acceptée avant la période suspecte, ne tomberait pas sous le coup de l'art. 446 à raison de ce que la transcription en aurait été opérée pendant cette période (3). La donation a été complètement réalisée, le donateur s'est dépouillé définitivement; la transcription est une simple mesure de publicité prescrite dans les rapports du donataire avec les tiers; la loi n'indique nulle part que la cessation des paiements du donateur suffise pour la rendre inefficace (4).

De même, l'art. 446, C. com., serait sans application dans le cas où la cession à titre gratuit d'une créance aurait été signifiée ou acceptée durant la période suspecte (5).

(1) Demangeat sur Bravard, V, p. 22, en note; Boistel, p. 313, note 1. — V. aussi, pour la *Belgique*, Namur, III, n° 1648.

(2) V. les auteurs cités à la note précédente, sauf Boistel; Cf. Demolombe, XX, n° 150.

(3) Nous supposons que la transcription est antérieure au jugement déclaratif. A partir du jour où est rendu ce jugement, une donation d'immeubles susceptible d'hypothèques ne peut plus être transcrite utilement à l'égard de la masse. V. n° 301.

(4) Cass. 24 mai 1848, D. 1848. 1. 172; Rouen, 7 avr. 1856, S. 1857. 2. 41. V. la note suivante.

(5) Une tout autre question est celle de savoir si l'on ne pourrait pas appliquer, par analogie, la seconde disposition de l'art. 448, C. com., au cas où plus de quinze jours se seraient écoulés entre la donation et soit la transcription, soit l'acceptation ou la signification. V. n° 415.

322. La disposition de l'art. 446 qui frappe les donations est conçue en termes généraux. Aussi ne doit-on pas respecter même les menues libéralités et autres qui ont un caractère rémunératoire (1). On a soutenu le contraire, en argumentant de l'art. 1083, C. civ., selon lequel le donateur de biens à venir ne peut plus disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, *si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement* (2). Mais l'analogie n'est pas exacte; la situation des créanciers est autrement favorable que celle du bénéficiaire d'une institution contractuelle et l'on comprend qu'on laisse à la charge de celui-ci des libéralités dont ne devraient pas souffrir les créanciers en cas de faillite du donateur. Il va seulement de soi que les tribunaux apprécient selon les circonstances s'il n'y a eu qu'une espèce de paiement ou, au contraire, une véritable donation (3).

323. Les principes généraux conduisent à reconnaître que, pour faire tomber un acte du failli conformément à l'art. 446, il peut être prouvé qu'il constitue une donation déguisée sous la forme d'un acte à titre onéreux. On conçoit qu'un commerçant ait l'idée de recourir à un déguisement afin de rendre applicable l'art. 447, C. com., à l'exclusion de l'art. 446, C. com. Cette fraude doit être déjouée. Car, si, au point de vue de la forme, la jurisprudence reconnaît la validité des donations déguisées, elle admet en même temps que les règles des donations touchant au fond leur sont applicables.

Les tribunaux pourraient considérer comme une donation au point de vue de l'art. 446 un acte à titre onéreux dans lequel il y aurait une inégalité excessive entre ce qu'a fourni le failli et ce qu'il a reçu en retour (4).

(1) Quand nos lois veulent soustraire les présents d'usage à une règle générale régissant les donations, elles le disent expressément. — V. art. 852, C. civ.

Droit étranger. — Des lois excluent de la nullité les cadeaux usuels. V. loi *suisse*, art. 286.

(2) Laurin, *op. cit.*, n° 997.

(3) Cf. Renouard, I, p. 367.

(4) Cass. 5 avr. 1875, S. 1876. 1. 155 ; D. 1876. 1. 37. Renouard, I, p. 367. — L'art. 445 de la loi *belge* comprend, pour lui appliquer la nullité de plein droit, avec les actes à titre gratuit « les actes, opérations ou contrats commutatifs « ou à titre onéreux, si la valeur de ce qui a été donné par le failli dépasse notablement celle de ce qu'il a reçu en retour. » V. aussi loi *suisse*, art. 286 2°.

324. La nullité de l'art. 446, C. com., est souvent invoquée à l'occasion des assurances sur la vie conclues par le failli. Elle ne peut pas leur être appliquée sans distinction.

Il est d'abord évident que si, durant la période suspecte, le failli a cédé à titre gratuit une police d'assurance sur la vie dont il est bénéficiaire, la cession tombe sous le coup de l'art. 446, C. com. (1).

Mais il arrive que, durant la période suspecte, le failli ait, non pas cédé le bénéfice d'un contrat d'assurance sur la vie préexistant, mais conclu un contrat d'assurance sur la vie. La nullité de l'assurance peut-elle alors être obtenue contre le bénéficiaire? La solution à donner à cette question dépend de la nature qu'on reconnaît à la stipulation faite, dans un contrat d'assurance sur la vie, par l'assuré au profit d'autres personnes. Aussi la question se rattache à la matière des assurances sur la vie et il ne sera fait mention ici que des solutions admises actuellement par la jurisprudence (2).

Celle-ci consacre une distinction entre le cas où l'assurance a été faite au profit des héritiers de l'assuré et celui où elle est conclue au profit d'une personne déterminée.

Quand l'assurance a été faite au profit des héritiers de l'assuré, le bénéfice du contrat n'a pas cessé d'être dans le patrimoine de l'assuré. Si celui-ci vient à mourir, le capital assuré fait, par suite, partie de sa succession et les créanciers héréditaires peuvent se faire payer sur ce capital comme sur les autres valeurs de la succession (3). Aussi, quand un contrat a été fait dans ces conditions par un commerçant en dehors de la période suspecte ou pendant cette période, le droit au bénéfice du contrat appartient à la masse (4).

(1) Grenoble, 2 fév. 1882, D. 1882. 2. 242; *Journ. des faillites*, 1882, p. 193. Il est utile de prononcer la nullité de la cession même dans le cas où l'assuré vit encore; il peut, en effet, y avoir grand intérêt pour la masse des créanciers de la faillite, à se réserver le droit de toucher le capital assuré au cas de décès de l'assuré; c'est alors au syndic à continuer le paiement des primes, pour conserver le bénéfice de l'assurance. Cf. Paris, 5 mars 1873, S. 1873. 2. 109.

(2) La matière des assurances sur la vie sera étudiée dans le neuvième volume de notre *Traité de Droit commercial*.

(3) Cass. 20 déc. 1876, S. 1877. 1. 119; *J. Pal.*, 1877. 278; D. 1877. 1. 337.

(4) Des difficultés s'élèvent seulement sur les droits que peut exercer le syndic au nom de la masse des créanciers, on discute spécialement sur le point de savoir si le syndic peut demander le rachat malgré le failli. — La solution à donner à cette question dépend du parti que l'on prend sur la nature du droit

Toutes autres sont les solutions admises dans le cas où l'assurance a été contractée au profit d'une personne déterminée. Le bénéficiaire qui accepte la stipulation faite à son profit a, d'après la jurisprudence, un droit exclusif au capital assuré qui est réputé n'avoir jamais fait partie du patrimoine de l'assuré. Si donc un pareil contrat a été conclu par l'assuré pendant la période suspecte, il ne peut être question d'annuler la stipulation faite au profit du bénéficiaire. Les nullités ont pour but de faire rentrer dans le patrimoine du failli des biens ou des sommes sortis du patrimoine de l'assuré, et le capital assuré n'a jamais été dans son patrimoine (1).

325. *Constitution de dot.* — Généralement il n'y a pas de difficulté sur le caractère gratuit ou onéreux des opérations faites par le failli et, par suite, sur l'application de l'art. 446 ou de l'art. 447, C. com. Cependant une grave et ancienne question s'élève sur le point de savoir comment, sous ce rapport, doit être traitée la constitution de dot, c'est-à-dire la donation faite *en faveur du mariage*, soit à une future épouse, soit à un futur époux, le plus souvent en fait la fille ou le fils du failli (2). Cette question relative à la nature de la constitution de dot se pose également à propos de l'action paulienne de l'art. 1167, C. civ., qui est subordonnée à des conditions différentes selon qu'elle est exercée contre un ayant-cause à titre onéreux ou contre un ayant-cause à titre gratuit du débiteur (3). Il y a lieu ici de rechercher spécialement quelle nature on doit reconnaître aux constitutions de dot au point de vue des nullités des art. 446 et 447, C. com., en cas de faillite du constituant. Quant à la question analogue qui s'élève sur l'art. 1167, C. civ., des indications sommaires seront seulement données sur elle (n° 329), par cela même que c'est une question de pur droit civil. En outre, pour plus de clarté, la question sera examinée distinctement pour la constitution

de rachat : est-ce ou non un droit attaché à la personne de l'assuré? — Consulter sur la question : Rouen, 18 janv. 1884, S. 1886. 1. 225; *J. Pal.*, 1886. 1. 1201 (note de Ch. Lyon-Caen); *Journ. des faillites*, 1884, p. 550.

(1) Cass. 16 janv. 1888, 22 fév. 1888, 27 mars 1888, S. 1888. 1. 121; *J. Pal.*, 1888. 1. 281. Cf. Cass. 8 avr. 1895; *Journ. des faillites*, table de 1892 à 1894, p. 90 et 91, en note.

(2) V. la note 3 ci-après.

(3) Cf. Demolombe, XXV, nos 207 et suiv.; Laurent, *Principes de Droit civil*, XVI, nos 455 et suiv.

de dot faite au profit de la femme (n° 320) et pour la constitution de dot ou donation en faveur du mariage faite au profit du mari (1) (n° 327).

326. *Constitution de dot faite au profit de la femme.* — Si l'on excepte le régime de la séparation de biens, il importe de constatef que la constitution de dot ne produit pas seulement d'effets au profit de la femme dotée ; elle en produit aussi à l'égard du mari qui acquiert, par suite du régime adopté, sur les biens compris dans la constitution de dot, soit un droit de jouissance (régime dotal, régime sans communauté, régime de communauté quand ces biens doivent former des propres de la femme), soit un droit de co-propriété (régime de communauté quand ces biens doivent faire partie de l'actif commun). Aussi la question de savoir s'il y a lieu d'appliquer à la constitution de dot l'art. 446 ou l'art. 447, C. com., se pose à l'égard soit de la femme soit du mari. Il est même une doctrine très ancienne et très répandue d'après laquelle la question doit recevoir pour les deux époux deux solutions différentes.

Dans le Droit romain, l'opinion favorable à une distinction semble avoir prévalu à propos de l'action paulienne (2) : à l'égard de la femme, le caractère d'acte à titre gratuit était admis, tandis qu'à l'égard du mari ce même acte était réputé à titre onéreux. Aussi l'action paulienne réussissait contre la première même quand elle n'avait pas été *conscia fraudis*, tandis que contre le second l'action n'était admise qu'autant qu'il avait été complice de la fraude de celui qui avait constitué la dot. Cette distinction est énoncée dans un texte de Venuléius souvent cité, qui forme au Digeste la loi 25 (*quæ in fraudem creditorum*, XLII, 7), ainsi conçu : On lit dans le § 1er de ce texte : *Si a socero fraudatore sciens gener accepit dotem, tenebitur hac actione.... Quod si is ignoraverit, filia autem scierit, tenebitur filia : si rem uterque scierit, uterque tenebitur. At si neuter scierit,*

(1) L'expression *constitution de dot* convient sans doute plus spécialement à l'acte par lequel des biens sont donnés à la femme pour que le mari, à l'aide des droits qu'il a sur eux, subvienne aux besoins du ménage. V. art. 1540, C. civ. Mais on comprend aussi sous ce nom l'acte par lequel des biens sont donnés au futur mari en faveur de son mariage. V. art. 1438 à 1440, articles 1544 à 1548, C. civ.

(2) Des difficultés d'interprétation s'élèvent sur le sens exact du texte du Digeste cité plus loin.

quidam existimant nihilo minus in filiam dandam actionem, quia intelligitur quasi a donatione aliquid ad eam permisse; in maritum autem, qui ignoraverit, non dandam actionem, non magis quam in creditorem, qui a fraudatore quod ei deberetur acceperit, cum is indotatam uxorem ducturus non fuerit. Comme il est facile de le comprendre, la solution, en ce qui concerne le mari, était fondée sur ce qu'il se soumettait aux charges du mariage, avait à les supporter sur les revenus des biens dotaux. Peut-être une considération toute spéciale que le jurisconsulte n'indique pas, avait contribué à faire admettre la solution; on craignait sans doute que le mari, considéré comme un acquéreur à titre gratuit, ne fût trop facilement privé de la dot, ce qui aurait pu le déterminer à répudier sa femme.

La distinction du Droit romain, admise dans notre ancien Droit français (1), a été reproduite sous l'empire du Code civil (2) et du Code de commerce. Selon cette doctrine, la constitution de dot faite dans la période suspecte serait annulée nécessairement à l'égard de la femme, mais le mari conserverait ses droits sur les biens dotaux, à moins qu'il n'ait eu connaissance de la cessation des paiements du constituant. Mais il s'en faut que cette opinion ait rallié tous les suffrages.

Deux autres systèmes tout à fait opposés l'un à l'autre et dont le premier n'est pas admis sans une importante divergence entre ses partisans, sont soutenus. Ce qui caractérise les deux autres systèmes, c'est qu'ils reconnaissent une même nature à la constitution de dot, qu'il s'agisse de la femme bénéficiaire directe de cet acte ou de son mari; mais les partisans de ces systèmes sont en divergence sur le point de savoir si cette nature unique est celle de l'acte à titre onéreux ou celle de l'acte à titre gratuit.

Pour attribuer à la constitution de dot le caractère d'acte à titre onéreux pour les deux époux (3), on invoque plusieurs raisons. La

(1) V. Furgole, *Des testaments*, liv. IV, chap. XI, sect. 1, n° 20; *Des donations*, question X, n^os^ 11 et 12; Domat, *Lois civiles*, liv. II, tit. X, section 1, n° XI.

(2) Demolombe, *Cours de Code civil*, XXV, n^os^ 210 et suiv. — Mais de grands dissentiments se sont produits. V. n° 328 *bis*.

(3) Cass. 25 fév. 1845, D. 1845. 1. 174; S. 1845. 1. 417; Cass. 24 mai 1848, D. 1848. 1. 172; Poitiers, 21 août 1878, S. 1878. 2. 257; Bordeaux, 30 novembre 1869, S. 1870. 2. 183; Cass. 18 déc. 1895, S. et *J. Pal.*, 1896. 1. 172; *Journ.*

dot est, dit-on, constituée pour assurer l'existence de la famille nouvelle, en donnant aux deux époux les moyens d'accomplir les obligations pécuniaires qui pèsent sur eux; spécialement le mari doit subvenir aux charges du ménage, en tout ou en partie, avec les revenus des biens dotaux (art. 1540, C. com.). On ajoute que la constitution de dot participe de la nature des actes à titre onéreux par l'obligation de garantie dont est tenu le *constituant* (art. 1440 et 1547, C. civ.) (1), et par l'irrévocabilité qui y est attachée.

Des partisans de ce système concluent de la nature attribuée par eux à la constitution de dot, que la connaissance de la cessation des paiements est une condition essentielle, en vertu de l'art. 447, C. com., de la réussite de l'action en nullité contre l'époux contre lequel elle est exercée, de telle sorte qu'elle peut réussir contre l'un et échouer contre l'autre, si l'un a connu la cessation des paiements tandis que l'autre l'a ignorée.

Mais la Cour de cassation qui adopte ce système ne consent pas à faire cette distinction. Elle décide qu'à raison du but commun de la constitution de dot, qui est de subvenir aux besoins du ménage futur, elle ne peut être annulée que s'il est prouvé, dans les termes de l'article 447, C. com., qu'il y avait, *de la part de toutes les parties intéressées*, connaissance de la cessation des paiements. Ainsi, l'ignorance de la cessation des paiements de la part de l'un seul des futurs époux mettrait obstacle à la réussite de l'action en nullité non seulement contre lui, mais même contre le futur époux qui connaissait la situation du constituant.

Selon nous, il y a lieu de repousser tous ces divers systèmes, pour admettre que la constitution de dot est une donation à l'égard des deux époux et doit, par conséquent, en vertu de l'art. 446, C. com., être annulée quand elle a été faite durant la période suspecte, alors même que les époux auraient ignoré la cessation des paiements (2).

des faillites, 1896, p. 98. La Cour de cassation adopte la même doctrine au point de vue de l'action paulienne : Cass. 18 janv. 1887, S. 1887. 1. 97; *J. Pal.*, 1887. 1. 241.

(1) V. sur les origines de la garantie de la dot une brochure de M. Gérardin intitulée *De la garantie de la dot en Droit romain* (1896).

(2) Bravard et Demangeat, V, p. 220 et suiv. Pardessus (III, n° 1647) reconnait qu'à l'égard du mari la constitution de dot est un acte à titre onéreux;

Les donations sont des actes par lesquels le donateur se dépouille sans rien recevoir en retour. Or, tel est bien l'effet de la constitution de dot. C'est même cet effet des donations qui explique la rigueur de l'art. 446, C. com., pour elles; le législateur a voulu protéger la masse contre des actes qui, suspects en eux-mêmes, ont diminué l'actif du failli sans aucune compensation (n° 320). Du reste, en dehors des libéralités faites en vue d'un mariage, les donations entre-vifs ne sont pas très fréquentes; c'est au profit de ses enfants ou de parents proches sur le point de se marier que le commerçant, qui est sur le point de faire faillite, peut être tenté facilement de distraire une partie de son actif de sa destination régulière, l'acquittement de son passif; il serait bien singulier que le législateur n'eût pas eu en vue les cas les plus ordinaires.

L'argument tiré en sens opposé de ce que la constitution de dot entraîne pour le constituant l'obligation de garantie (art. 1440 et 1567, C. civ.), n'a aucune valeur. De ce que le constituant est plus tenu qu'un donateur ordinaire, on ne saurait conclure qu'il n'est pas un donateur, qu'il ne se dépouille pas gratuitement. Un donateur ordinaire qui s'oblige expressément à la garantie envers le donataire, n'en fait pas moins une donation (1). On ne voit pas pour quelle raison l'obligation de garantie tacite admise par la loi dans la constitution de dot, enlèverait à celle-ci le caractère gratuit que l'obligation de garantie expresse n'enlève pas à une donation ordinaire.

Quant à l'irrévocabilité de la constitution de dot, elle n'est plus grande que celle des donations entre-vifs ordinaires qu'en ce qu'elle n'est pas révocable pour cause d'ingratitude (art. 959, C. civ.). Mais l'exclusion de cette cause de révocation ne change pas le caractère

mais il admet pourtant qu'elle doit être annulée en vertu de l'art. 446, C. com. — Renouard (I, p. 367 et suiv.), exposant la jurisprudence qui admet le caractère onéreux de la constitution de dot à l'égard des deux époux, se borne à dire que cette doctrine, tutélaire pour le mariage, peut produire des résultats scandaleux et qu'elle doit être appliquée avec défiance et sévérité. — V. aussi Namur, III, n° 1647; Krug-Basse, *Revue critique de législ. et de jurispr.*, XIV, p. 257 et suiv.; Godefroy, *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1887, p. 731. et suiv.

(1) V. sur l'obligation de garantie contractée par le donateur, Labbé, *Études sur la garantie* (*Revue pratique de Droit français*, XX, n^os^ 81 et suiv., p. 561 et suiv.).

juridique de l'acte qui y est soustrait ; elle se justifie par des motifs spéciaux tirés de l'intérêt des enfants à naître du mariage (1).

Il est vrai que les époux se soumettent aux charges du mariage, que spécialement le mari doit, d'après la définition classique de la dot, contribuer à les supporter sur les revenus des biens dotaux (2). Mais, d'abord, en exécutant cette obligation, le mari ne fait pas entrer quoi que ce soit dans le patrimoine du constituant en retour des biens dont il s'est dépouillé. Puis, l'obligation de supporter les charges du mariage a sa cause dans le fait même du mariage, les libéralités qui ont pu en précéder la célébration ont été des *motifs* plus ou moins puissants, elles n'ont pas le caractère de *cause*. Du reste, si les partisans du système contraire étaient logiques, ils ne devraient pas restreindre leur système aux constitutions de dot, mais l'étendre à tous les cas où une donation est faite à une personne, à la condition par elle de supporter certaines charges, le donateur ne dût-il en retirer aucun profit pécuniaire. Mais jamais on n'a admis la possibilité d'une telle généralisation de ce système.

D'ailleurs, il n'est pas contesté que la constitution de dot doit être traitée comme une donation au point de vue du rapport à succession et de la réduction (art. 1090 et art. 1573 *a contrario*, C. civ.) (3).

Il serait singulier qu'au point de vue des nullités encourues en matière de faillite, elle eût un caractère tout opposé. Il est difficile, sinon impossible, de concevoir qu'un acte soit à titre gratuit au point de vue de l'application de certaines règles et à titre gratuit à d'autres égards.

Les arrêts ont, en général, tout en appliquant l'art. 447, C. com., à la constitution de dot, évité de lui attribuer en termes nets le carac-

(1) V. Demolombe, XX, nº 650.

(2) D'après cette définition, la dot est constituée *ad sustinenda matrimonii onera*.

(3) Il a été admis aussi fort justement que lorsque, dans une constitution de dot, est insérée une condition impossible, illicite ou immorale, cette condition doit être réputée non écrite en vertu de l'art. 900, C. civ., parce qu'il y a là une donation, mais que la constitution de dot ne doit pas être déclarée nulle, par application de l'art. 1172, C. civ., qui régit les seuls actes à titre onéreux contenant une condition de ce genre : Trib. civ. Autun, 8 nov. 1886, *Le Droit*, nº des 9-10 avr. 1887. — V. aussi une autre conséquence tirée, à propos de l'art. 1083, C. civ., du caractère de donation qu'a la constitution de dot : Caen, 28 mai 1861, *Recueil de jurisprudence des Cours de Caen et de Rouen*, 1862, p. 8.

tère d'acte à titre onéreux. On y lit que l'art. 446, C. com., n'est applicable qu'aux *actes de pure libéralité*, que la constitution de dot *participe de la nature des actes à titre onéreux*. Mais ces formules atténuées ne rendent pas plus admissible la doctrine qu'elles ont pour but de faire plus facilement adopter. Un acte est à titre onéreux ou à titre gratuit, il n'y a pas de milieu possible, et il a été expliqué que le constitution de dot a le second de ces caractères par cela même que le constituant diminue son patrimoine sans rien recevoir en retour.

327. Deux observations doivent encore être faites au sujet de deux des opinions écartées par nous.

a. Si, comme on l'a soutenu, en s'inspirant du système du Droit romain, la constitution de dot était une donation pour la femme et un acte à titre onéreux pour le mari, il n'en résulterait pas que le mari conserverait ses droits sur les biens dotaux au cas où il aurait ignoré la cessation des paiements, bien que la constitution de dot fût annulée à l'égard de la femme. Il faut, en effet, bien se rendre compte du rôle légal joué par chacun des futurs conjoints. La femme est, comme donataire, un ayant-cause direct du constituant. Quant au mari, il est l'ayant-cause de sa femme, une sorte de sous-acquéreur. Il faut donc, à l'égard du mari, traiter les choses comme on le fait dans le cas où un acquéreur à titre gratuit a fait une sous-aliénation à titre onéreux. Comme cela sera expliqué plus loin (n^os^ 330 et 396), il y a lieu dans ce cas de décider que la nullité de l'aliénation primitive peut être invoquée pour faire tomber la sous-aliénation, lors même que le sous-acquéreur a ignoré la cessation des paiements. Le système dont il s'agit ne devrait donc pas amener, comme le prétendent ses partisans, à refuser l'action en nullité contre le mari ignorant la cessation des paiements du constituant. Il devrait, en fait, conduire aux mêmes conséquences pratiques que notre système d'après lequel la constitution de dot est un acte à titre gratuit à l'égard des deux époux.

b. Si l'on admet avec la jurisprudence que la constitution de dot est un acte à titre onéreux à l'égard des deux époux, on doit logiquement considérer d'une façon distincte pour chacun d'eux s'il a connu ou non la cessation des paiements, de telle façon que la nullité peut être admise à l'égard de la femme et ne pas l'être à l'égard du

mari ou à l'inverse. On n'aperçoit pas l'argument de droit qui peut être invoqué pour établir une sorte d'indivisibilité entre les époux par suite de laquelle la bonne foi de l'un ferait échapper l'autre à la nullité que sa mauvaise foi doit entraîner contre lui. Cette doctrine a l'avantage de donner une grande stabilité aux constitutions de dot. Il y a là un intérêt assurément respectable; mais rien n'autorise à le faire prévaloir contre l'intérêt si légitime des créanciers de la masse que la loi a voulu surtout protéger en cas de faillite (1).

328. *Donation ou constitution de dot faite au futur mari en faveur de son mariage.* — La question qui vient d'être examinée à propos de la constitution de dot faite à la femme (n° 327), se pose au sujet de la donation faite au mari en faveur du mariage. Les opinions diverses, soutenues à propos de la première, l'ont été pour la seconde. Des raisons identiques à celles qui ont été développées (n° 327), doivent faire, selon nous, reconnaître à la donation faite au futur mari en faveur du mariage le caractère de donation et non d'acte à titre onéreux à l'égard des deux époux, au point de vue de l'application des art. 446 et 447, C. com. Mais, encore ici, la jurisprudence se prononce pour le caractère onéreux à l'égard des deux et décide que l'ignorance de la cessation des paiements de la part d'un époux fait échapper même l'autre à l'action en nullité (2). Ainsi, grâce à l'ignorance où a été

(1) V. les observations critiques de notre regretté maître, M. Labbé, sur l'arrêt de la Cour de cassation du 18 janv. 1887, S. 1887. 1. 97; *J. Pal.*, 1887. 1. 241.

(2) Cass. 18 déc. 1895, S. et *J. Pal.*, 1896. 1. 172. Mais voyez *en sens contraire*, Paris (2e ch.), 27 juill. 1894, *Journ. des faillites*, 1895, p. 296. — Notre solution, selon laquelle la dot constituée au futur mari a le caractère d'un acte à titre gratuit à l'égard de sa femme même, est très nettement formulée dans un arrêt de Caen du 7 mars 1870, D. 1870. 2. 97 (note conforme de M. Bertauld) et S. 1870. 2. 281. Il s'agissait d'une donation faite par un père à son fils dans son contrat de mariage, et la Cour démontre qu'un tel acte tombe forcément sous le coup de l'art. 446. La femme du fils prétendait que, l'acte devant être, tout au moins à son égard, considéré comme étant à titre onéreux et sa fraude n'étant pas même alléguée, elle pouvait exercer son hypothèque légale sur l'immeuble donné. La Cour écarte cette prétention en disant que le bien donné devait être considéré au regard de la masse comme n'ayant jamais appartenu au fils donataire. La même raison devrait évidemment, au cas où la donation se serait adressée à la future épouse, faire écarter le mari qui réclamerait en vertu du contrat de mariage un droit de jouissance ou de copropriété sur le bien donné. Cf. Nancy, 26 août 1874, S. 1876. 2. 180. (La bonne foi du conjoint de l'enfant doté ne met pas obstacle à la nullité de la donation).

la femme de la cessation de paiements du constituant, le mari peut, dans ce système, se soustraire à la nullité malgré la connaissance qu'il en a eue. Cela paraît d'autant plus exorbitant qu'en dehors du cas où, la donation portant sur un immeuble, la femme a, à raison de son hypothèque légale, un intérêt direct à ce que la donation soit maintenue à son égard, elle n'est intéressée à son maintien que d'une façon indirecte : il vaut mieux, pour elle, dans son propre intérêt et dans celui de ses enfants, que son mari ait des revenus plus importants.

328 *bis. Action paulienne.* — Ainsi que cela a été constaté précédemment (n° 325), la nature de la constitution de dot est également discutée au point de vue des conditions d'exercice de l'action paulienne. Il semble qu'on doit donner la même solution qu'en ce qui concerne l'application des nullités des art. 446 et 447, C. com., et c'est ce que fait la jurisprudence (1), comme la plupart des auteurs (2). Cependant il a été soutenu tout à la fois que les actes dont il s'agit sont des donations entraînant l'application de l'art. 446, C. com., et qu'au point de vue de l'action paulienne, ils doivent être traités pour les deux époux comme des actes à titre onéreux (3). Les raisons qui sont données à l'appui de cette différence, sont les suivantes. En ce qui concerne l'action paulienne, on n'est lié par aucun texte, par cela même que l'art. 1167, C. civ., se borne à poser le principe de cette action. On peut donc tenir compte de considérations étrangères à la nature de l'acte pour admettre plus difficilement l'action paulienne. L'intérêt de l'association conjugale et de la famille est assez puissant pour faire adopter la solution la plus favorable au maintien de la constitution de dot. Du reste, on peut dire que si, au point de vue des nullités des art. 446 et 447, C. com., le législateur a tenu compte de l'intérêt des créanciers du failli pour traiter plus rigoureusement les actes à titre gratuit que les actes à titre onéreux, c'est l'intérêt des tiers-acquéreurs qui a été pris en considération pour déterminer les conditions de l'exercice de l'action

(1) Cass. 18 janv. 1887, S. 1887. 1. 97; *J. Pal.*, 1887. 1. 241.

(2) Demolombe, XXV, nos 207 et suiv.; Laurent, *Principes de Droit civil*, XVI, nos 455 et suiv.; Aubry et Rau, IV, § 313, p. 138 et suiv.

(3) Demangeat sur Bravard, V, p. 222, note 2.

paulienne. Dans la constitution de dot, l'époux du conjoint doté lutte à l'égard des créanciers pour ne pas éprouver de perte *(de damno vitando)*, non pour conserver un gain *(de lucro captando)*, comme un acquéreur à titre onéreux.

Selon nous, la question doit recevoir la même solution, qu'il s'agisse des nullités des art. 446 et 447, C. com., ou de l'action paulienne. D'abord, ainsi que cela a été dit plus haut (n° 328), on ne conçoit guère qu'un acte soit à titre onéreux ou à titre gratuit selon le point auquel on le considère. Puis, la distinction entre les deux classes d'actes au point de vue de l'action paulienne, consacrée implicitement par le Code civil, a la même portée et la même valeur que s'il l'avait formulée expressément. Du reste, c'est s'avancer beaucoup que d'affirmer qu'en faisant cette distinction, il a été tenu compte de l'intérêt des tiers-acquéreurs, non de celui des créanciers plus lésés par un acte à titre gratuit que par un acte à titre onéreux.

329. Les seules libéralités frappées par l'art. 446, C. com., sont, au surplus, les donations entre-vifs; il ne s'agit nullement des legs. Car les créanciers ne peuvent pas souffrir des legs faits par leur débiteur; à l'égard des légataires, les créanciers peuvent invoquer la maxime : *nemo liberalis nisi liberatus*. Peu importe que le testament qui produit ses effets pendant la période suspecte par suite du décès du débiteur, ait été fait durant cette période ou antérieurement; c'est toujours à la mort du testateur qu'il faut examiner s'il y a un actif suffisant pour désintéresser les créanciers; les légataires ne peuvent venir qu'après ceux-ci.

330. A propos de la nullité des donations, se présentent deux questions que le Code français n'a pas résolues, à la différence de plusieurs lois étrangères (1).

a. Quels sont les effets de la nullité?

b. Quel est le sort des sous-aliénations que peut avoir faites le donataire?

Ces deux questions méritent un examen.

a. Quels sont les effets de la nullité des donations? Elles doivent assurément être considérées comme non avenues. Par suite, s'il s'agit

(1) V. notamment, lois *allemande*, art. 30 à 33; *hongroise*, art. 33 à 35; *suisse*, art. 290 et 291.

d'une aliénation, le bien aliéné rentre dans le patrimoine du failli et la masse des créanciers exerce ses droits sur ce bien comme s'il n'en était jamais sorti. Si la donation consiste dans une obligation contractée par le failli envers le donataire, la dette est à traiter comme éteinte. Si, au contraire, il s'agit d'une remise de dette, le donataire est obligé de nouveau et la créance qui existait contre lui fait partie de l'actif de la faillite.

Sur ces diverses solutions aucune difficulté ne peut exister. Mais l'admission de la nullité des donations même contre des donataires de bonne foi fait naître une question spéciale. Il n'est pas douteux que le donataire de mauvaise foi est tenu de restituer tout ce qu'il a reçu du failli. Mais ne doit-on pas restreindre l'obligation du donataire de bonne foi à ce dont il se trouve enrichi au moment où la faillite a été déclarée? Cette atténuation est traditionnellement admise en matière d'action paulienne (1) et les lois étrangères qui se sont occupées de la question l'ont admise à propos de la faillite (2). Dans le silence de notre Code de commerce, il serait, selon nous, arbitraire de faire une distinction entre le cas de bonne foi et le cas de mauvaise foi du donataire. La tradition qui permet de l'admettre en matière d'action paulienne (3), ne paraît pas exister en matière de nullités d'actes faits pendant la période suspecte. Du reste, il ne faut pas s'étonner d'une plus grande rigueur en cas de faillite. C'est pour se montrer plus rigoureux que le législateur n'a pas cru devoir s'y borner à admettre l'application des règles de l'action paulienne.

b. L'action en nullité est admise assurément contre les héritiers du donataire comme elle l'est contre le donataire lui-même. Mais, en cas de sous-aliénation faite par celui-ci, est-elle admise aussi contre le sous-acquéreur et, si elle est admise, à quelles conditions la

(1) V. nº 327 *a* une conséquence tirée par nous, à propos de la constitution de dot de ce que la nullité d'une donation en vertu de l'art. 446, C. com., entraine celle d'une sous-aliénation à titre onéreux faite par le donataire, même en cas de bonne foi du sous-acquéreur.

(2) Dig. L. 6, § 11, *Quæ in fraudem creditorum* (XLII, 9). — Les auteurs admettent la distinction sous l'empire du Code civil, parce qu'on complète la disposition si brève de l'art. 1167, C. civ., à l'aide des règles du Droit romain. V. Demolombe, XXV, nºs 196 et 258 et suiv.

(3) V. notamment, loi *allemande*, art. 30, 2e alin.; loi *hongroise*, art. 33, 1er alin.; loi *suisse*, art. 291, 3e alin.

nullité est-elle subordonnée contre lui? La sous-aliénation peut être elle-même une donation ou un acte onéreux. Dans le premier cas, le sous-acquéreur ne saurait être autrement traité que son auteur. La nullité qui affectait la première donation atteint aussi la seconde et cela, sans qu'il y ait à rechercher si le second donataire a connu ou non la cessation des paiements. Mais on pourrait être disposé à soutenir que, contre un sous-acquéreur à titre onéreux, la nullité n'opère qu'autant qu'il a connu la cessation des paiements (1). Il serait ainsi traité comme s'il avait été en rapport direct avec le failli (2). Cette solution équitable ne peut, selon nous, être sous-entendue ; pour qu'elle fût admise, il faudrait que la loi la consacrât expressément. Dans son silence, il faut s'en tenir à la règle selon laquelle le donataire du failli n'a pas pu transmettre à un sous-acquéreur plus de droit qu'il n'en avait lui-même. Autrement, du reste, une sous-aliénation à titre onéreux rendrait trop souvent la nullité inapplicable, au préjudice des créanciers (3).

331. B. PAIEMENTS ET DATIONS EN PAIEMENT DE DETTES NON ÉCHUES ; DATIONS EN PAIEMENT DE DETTES ÉCHUES. — D'après l'art. 446, alin. 3, sont nuls et sans effet... *tous paiements, soit en espèces, soit par transport, vente, compensation ou autrement, pour dettes non échues, et pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce.* Cette disposition laisse à désirer pour la simplicité et la clarté. Si on l'analyse, on voit qu'elle contient une distinc-

(1) V. loi *allemande*, art. 33, 1er alin.; loi *hongroise*, art. 35, dernier alin.; loi *suisse*, art. 290.

(2) Des lois étrangères traitent le sous-acquéreur à titre gratuit mieux que l'acquéreur originaire, en n'admettant, en principe, l'action en nullité contre le premier qu'autant qu'il a connu, à l'époque de son acquisition que la première donation a été faite au préjudice des créanciers du premier donateur. V. loi *allemande*, art. 33; loi *hongroise*, art. 35; loi *suisse*, art. 290. Ce dernier article dispose : « L'action révocatoire s'exerce contre les personnes qui ont traité avec le « débiteur ou qui ont été payées par lui, contre leurs héritiers et les tiers de « mauvaise foi. Elle ne porte pas atteinte aux droits des tiers de bonne foi. »

(3) V. *en ce sens*, Demolombe, XXV, nº 201 ; Bravard et Demangeat, V, p. 272 et 273. La question examinée ici présente une certaine analogie avec celle qui se pose en Droit civil à propos de la nullité pour cause de dol : cette nullité peut-elle être admise contre un sous-acquéreur, alors même qu'il n'aurait pas participé aux manœuvres frauduleuses du premier acquéreur contre l'aliénateur originaire. V. Demolombe, XXIV, nº 190.

tion essentielle entre les *dettes échues* et les *dettes non échues*. Pour celles-ci, la règle est très simple : l'acquittement en est nul, quel que soit le mode employé, *paiement* proprement dit ou *dation en paiement;* la circonstance décisive qui motive la nullité est la non exigibilité de la dette. Pour les dettes échues, au contraire, c'est le mode de libération qui est pris en considération par la loi ; le *paiement* n'est pas annulé de plein droit, sauf à tomber sous le coup de l'art. 447 (n° 387), tandis que la *dation en paiement* est annulée; la loi ne s'exprime pas aussi nettement, elle indique d'une manière un peu confuse les modes de libération réguliers en eux-mêmes et les modes de libération qu'elle regarde comme anormaux ; il ne sera parlé de ceux-ci qu'à propos des *dettes échues*, puisque, pour les *dettes non échues*, la libération ne produit pas d'effet, de quelque manière qu'elle soit intervenue. Il sera traité successivement du *paiement* des dettes *non échues* (n^os^ 332 et suiv.) et du *paiement* des dettes *échues* (n^os^ 339 et suiv.).

332. 1° *Dettes non échues.* — Il n'est pas naturel qu'un commerçant qui a cessé ses paiements ou qui va les cesser, acquitte une dette dont on ne peut exiger de lui le paiement. Il procure ainsi au créancier un avantage purement gratuit en lui donnant la chose due avant le terme ; il a surtout en vue de le soustraire au risque qu'il court de ne toucher qu'un dividende par suite de l'éventualité de la faillite. Le créancier a dû s'étonner de cette anticipation. Quoi qu'il en soit, du reste, des intentions qu'ont pu avoir les parties, la loi édicte une règle absolue; par cela seul que la dette n'était pas échue, la libération n'a pu être valablement opérée et le créancier doit le rapport de ce qu'il a touché. Aussi doit-on repousser la doctrine d'après laquelle le paiement d'une dette non échue pourrait être valable, lorsqu'il s'expliquerait par le désir du débiteur de se procurer un certain avantage, par exemple un escompte sur un prix de vente (1).

(1) Paris, 28 juin 1877, D. 1879. 2. 200; S. 1879. 2. 331; *J. Pal.*, 1879. 1280 (marchandises stipulées payables à 60 jours; l'acheteur avait payé 10 jours après moyennant un escompte de 50 jours; la Cour dit avec raison que la règle absolue de la loi ne comporte ni distinction ni atténuation, que le débiteur et le créancier ont pu être de bonne foi). — Delamarre et Lepoitvin, VI, n° 146; Pardessus, III, n° 1140; Demangeat sur Bravard, V, p. 225, en note; Boistel, n° 945. — *En sens contraire*, Massé, III, n° 1222 (il voit là une opération commerciale lé-

La loi ne distingue pas non plus, et avec raison, suivant que les dettes acquittées sont *civiles* ou *commerciales* (1), ni selon qu'elles ont leur source dans un fait licite (contrat, quasi-contrat) ou dans un fait illicite (délit, quasi-délit) (2).

La règle de l'art. 446, C. com., s'applique sans difficulté au paiement d'obligations *naturelles* dont est tenu le failli ; ces obligations, d'après leur essence même, ne sont jamais exigibles (3).

333. A quel moment doit-on se placer pour voir si la dette est échue ou non ? Au moment du paiement. Si la dette n'était pas échue alors, le paiement est nul de droit, quand même l'échéance a eu lieu avant la déclaration de faillite (4). A l'inverse, l'art. 446 ne s'applique pas au paiement d'une dette alors exigible, quand même cette exigibilité ne se serait produite qu'au cours de la période suspecte (5). En parlant de dettes échues ou non échues, le législateur a dû penser au paiement qui en est fait, non à la cessation des paiements ou au jugement déclaratif (6).

Il n'y a pas à tenir compte non plus de l'époque à laquelle les dettes ont été contractées, avant la période suspecte ou au cours de cette

gitime en elle-même, à laquelle on pourrait seulement appliquer l'art. 447, C. com.). — On pourrait ne pas tenir compte du terme, s'il y avait eu de la part du débiteur une fraude le rendant non recevable à se prévaloir de ce terme. Cf. Cass. 16 nov. 1864, D. 1865. 1. 37 ; S. 1865. 1. 13 ; *J. Pal.*, 1865. 19.

(1) D'après l'ancien art. 446, toutes sommes payées *pour dettes commerciales non échues* sont rapportées. Renouard (I, p. 372) fait remarquer que la distinction entre les paiements de dettes civiles et les paiements de dettes commerciales était contraire à l'égalité qui, en cas de faillite, doit exister entre les créanciers civils et les créanciers commerciaux.

(2) Cass. 9 janv. 1865, S. 1865. 1. 15 ; D. 1865. 1. 38 ; Cass. 13 nov. 1866, S. 1867. 1. 27 ; D. 1866. 1. 435 ; Cass. 19 mai 1883, *Journ. des faillites*, 1883, p. 185. — V. spécialement l'article de M. Mainié dans le *Journ. des faillites*, 1882, p. 217.

(3) Il résulte de là qu'au point de vue des nullités frappant les actes faits durant la période suspecte, il n'y a pas d'intérêt à distinguer entre le paiement d'une obligation naturelle et une donation. La remarque mérite d'être faite ; car, sous des rapports multiples, l'existence d'une obligation naturelle est utile à constater à raison de ce que l'exécution de cette obligation n'est pas traitée comme une donation.

(4) Dijon, 19 fév. 1867, D. 1868. 2. 139.

(5) Cass. 17 fév. 1845, D. 1845. 1. 166 ; S. 1845. 1. 464 (la Cour casse un jugement qui avait admis que l'art. 446 interdisait tous paiements pour dettes qui n'étaient pas échues avant le commencement de la période suspecte).

(6) Demangeat sur Bravard, V, p. 238, note 1 ; Boistel, n° 945.

période (1) : il s'agit de la nullité du paiement, non pas de celle de l'obligation.

334. L'art. 446 ne peut être invoqué pour faire annuler des remises de fonds faites par un commerçant à un correspondant avec lequel il est en compte-courant (2). Si, par exemple, le compte doit se régler tous les ans, on ne peut dire que celui qui, au cours de l'année, envoie des fonds à l'autre acquitte ainsi une dette non échue. Pendant la durée du compte, il n'y a ni créances ni dettes, mais de simples articles de débit et de crédit qui ont remplacé les dettes et les créances existant entre les correspondants (3). Il ne peut donc être question d'un paiement.

335. Une grave difficulté a été soulevée au cas où, une lettre de change ayant été créée, le tireur en fait la provision en temps suspect avant l'échéance. Faut-il appliquer l'art. 446? La question peut se présenter dans les rapports de la faillite du tireur avec le tiré, si celui-ci a accepté, ou dans les rapports de la faillite du tireur avec le porteur en cas de non acceptation. Dans le premier cas, le tiré est obligé envers le porteur par son acceptation même; il s'agit seulement de savoir s'il peut garder la provision pour se rembourser jusqu'à due concurrence. Dans le second cas, le tiré est désintéressé et le porteur réclame sur la provision les droits que lui attribue la jurisprudence (4). L'opinion qui prévaut avec raison applique ici l'art. 446; le tireur, en envoyant la provision, acquitte une dette non échue, soit envers le tiré, soit envers le preneur (5).

Cette opinion, consacrée par la jurisprudence, a été vivement critiquée et on a soutenu que l'art. 446 ne s'opposait pas à ce que le failli fît valablement, au cours de la période suspecte, provision entre les

(1) Cass. 29 juin 1870, D. 1871. 1. 289.

(2) Cass. 22 avr. 1884, S. 1884. 1. 409; *J. Pal.*, 1884. 1. 1025; Amiens, 30 mai 1884, *Journ. des faillites*, 1884, p. 576; Lyon, 26 juill. 1888, S. 1890. 2. 169; *J. Pal.*, 1890. 1. 1027; Douai, 24 avr. 1891, S. 1891. 2. 121; *J. Pal.*, 1891. 1. 674.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, IV, nos 829 à 830 *bis*.

(4) V. *Traité de Droit commercial*, IV, nos 179 et suiv.

(5) Cass. 30 mai 1859, D. 1859. 1. 462 (tiré ayant accepté à découvert et ayant reçu la provision avant l'échéance); Cass. 18 déc. 1850, D. 1851. 1. 29; S. 1851. 1. 414 (la question s'élevait entre la faillite du tireur et le porteur); Cass. 24 janv. 1860, D. 1860. 1. 71; S. 1860. 1. 789; Toulouse, 7 juin 1880 et 9 mai 1882; Amiens, 2 mai 1882, *Journ. des faillites*, 1882, p. 468; Cass. 21 mai 1884, *Journ. des faillites*, 1884, p. 373 (solution implicite); Trib. comm. Marseille, 28 avr. 1893, *Journ. des faillites*, 1894, p. 90. Cf. Renouard, I, p. 372-373.

mains du tiré pour une traite non échue (1). S'il y a eu acceptation du tiré, dit-on, l'envoi de la provision constitue l'acquittement d'une dette échue du tireur envers le tiré. Cela n'est nullement démontré, attendu que le tiré a pu faire crédit au tireur et il a pu être entendu que ce ne serait qu'à l'échéance que le tireur devrait mettre le tiré à même de payer la traite. S'il n'y a pas eu acceptation, dit-on, c'est envers le preneur que le tireur s'acquitte en envoyant la provision, mais précisément on peut se demander si cette dette du tireur envers le preneur est échue; cela est douteux. Le tireur ne doit procurer le paiement et pour cela faire la provision qu'à l'échéance (art. 116, C. com.); il doit bien procurer l'acceptation, mais l'exigibilité de sa dette de ce chef est subordonnée, semble-t-il, à la condition que le refus d'acceptation ait été constaté (art. 120, C. com.).

Souvent, dans ce cas de l'envoi d'une provision en temps suspect, il peut y avoir lieu d'appliquer une autre disposition de l'art. 446, soit celle qui annule le paiement en marchandises même pour une dette échue, soit celle qui annule le nantissement consenti pour une dette antérieure. C'est là ce qui se présente quand la provision consiste en marchandises.

336. Au point de vue du paiement des dettes non échues fait durant la période suspecte, l'art. 446, C. com., protège plus les créanciers que ne le fait à l'égard du même acte l'art. 1167, C. civ., quand il a été fait, soit par un non-commerçant, soit même par un commerçant avant la période suspecte.

Lorsqu'une dette non échue a été payée en dehors de la période suspecte, on admet, comme en Droit romain, que le créancier doit restituer l'avantage que lui a procuré le paiement anticipé, avantage qui consiste dans l'*interusurium*, c'est-à-dire le montant des intérêts qu'aurait produits le capital du jour du paiement au jour de l'échéance (2).

(1) Demangeat sur Bravard, V, p. 260, note 2; Boistel, n° 945.

(2) Dig. L. 10, § 12, *Quæ in fraudem creditorum*, XLII, 8. Ulpien : *Si, cum in diem mihi deberetur, fraudator præsens solverit, dicendum erit in eo quod sensi commodum, in repræsentatione, in factum actioni locum fore.* Mais cela n'était vrai que des paiements faits avant l'envoi en possession des créanciers. Tout paiement fait après cet envoi en possession était nul, par suite du dessaisissement. V. L. 6, § 7 et L. 10, § 16, Dig. XLII, 8. — Il en est de même aujourd'hui des paiements faits à partir du jour où est rendu le jugement déclaratif. V. nos 208 et 213.

On n'exige, du reste, pas la fraude du créancier, puisqu'il a reçu un avantage gratuit. La protection de la loi des faillites à l'égard de l'ensemble des créanciers est autrement énergique ; sans qu'il soit besoin de prouver la mauvaise foi du débiteur, le paiement même est annulé, par cela seul qu'il se place dans la période suspecte et le créancier est obligé de rapporter à la masse la somme touchée par lui.

337. Malgré la disposition absolue qui annule le paiement d'une dette non échue, il y a un cas où le rapport ne semble pas devoir être ordonné à la charge du créancier, c'est celui où ce créancier se trouverait en même temps propriétaire des choses individuellement déterminées qui lui ont été remises avant le temps fixé pour la livraison ; cela peut se présenter souvent par suite de la règle de l'art. 1138, C. civ. Dans ce cas, la situation du créancier n'a pas été modifiée par la faillite, comme l'aurait été la situation d'un créancier de somme d'argent ou de choses déterminées *in genere ;* ce dernier, la faillite survenant, est réduit à subir la loi du dividende. Au contraire, la faillite ne fait pas disparaître le droit de propriété du premier et l'annulation du paiement anticipé n'aurait aucun résultat, puisque la faillite, rentrant en possession de la chose payée, devrait la restituer à celui qui en est propriétaire (1). Seulement, s'il s'agit d'une chose frugifère, il paraît juste d'obliger le créancier à tenir compte à la faillite de l'avantage que lui a procuré la jouissance anticipée de cette chose.

338. La loi n'a en vue dans l'art. 446 que le cas du failli *débiteur* qui paie son créancier avant le terme. Il est bien évident qu'on ne peut y faire rentrer le cas inverse, celui où le failli *créancier* serait payé par son débiteur avant le terme. Les syndics ne pourraient prétendre que le paiement fait par celui-ci est nul de droit ; ils pourraient seulement demander l'application de l'art. 447, qui comprend

(1) Pardessus, III, n° 1139 ; Dict. de Couder, n° 318. Il est supposé au texte que le créancier était devenu, en vertu d'un contrat régulier, propriétaire de la chose qui lui a été ainsi livrée ; mais nous ne voyons pas pourquoi Pardessus semble se restreindre au cas où le failli aurait fait la vente avant les dix jours de la cessation des paiements. D'abord, puisqu'il s'agit d'une vente, les dix jours n'ont rien à faire là ; de plus, même depuis la cessation des paiements, les aliénations à titre onéreux faites par le failli ne sont pas nulles de droit ; elles peuvent seulement être annulées sous certaines conditions en vertu de l'art. 447, C. com. V. n° 394.

tous les actes qu'a pu faire le failli en dehors de ceux qu'énumère limitativement l'art. 446, C. com. (1).

339. 2° *Dettes échues.* — Comme cela a déjà été indiqué plus haut (n° 331), le Code de commerce fait, relativement aux dettes échues, une distinction fort importante : il annule de plein droit la *dation en paiement*, tandis que le *paiement*, en principe valable, peut seulement être annulé par application de l'art. 447. Plusieurs motifs justifient cette distinction. Le paiement est un acte normal de part et d'autre; le créancier, qui reçoit ce qu'il a le droit d'exiger, n'excite pas les soupçons par l'acte même comme quand il accepte autre chose. On peut se demander dans ce dernier cas pour quels motifs il y a eu dérogation au contrat. N'y a-t-il pas eu, en vue de l'éventualité de la faillite, accord pour substituer une autre chose à celle qui était due et que le débiteur ne pouvait fournir? De plus, comme il est souvent difficile d'apprécier si la chose fournie valait plus ou moins que la chose due, le failli pourrait vouloir faire une véritable libéralité au créancier indépendamment de l'avantage de le soustraire à la loi du dividende. Voilà pourquoi la loi annule de plein droit la dation en paiement d'une dette échue comme le paiement d'une dette non échue (2).

On comprend le grand intérêt qu'il y a ici à distinguer le paiement de la dation en paiement (3). L'art. 446, alin. 3, annule... *pour dettes échues, tous paiements faits autrement qu'en espèces ou effets de commerce.* Ainsi donc, on doit considérer comme un paiement dans le sens de notre article celui qui est fait *en espèces* ou *en effets de commerce;* la dation en paiement annulée comprend les autres cas indiqués assez mal à propos pour les dettes non échues : *paiements par transport, vente, compensation ou autrement* (4). Il importe

(1) Demangeat sur Bravard, V, p. 228, en note; il relève à ce sujet une singulière inadvertance de MM. Delamarre et Lepoitvin (VI, n° 145). Mais ce qui est dit au texte du paiement reçu par le failli ne serait pas exact de la remise de dette faite par lui à l'un de ses débiteurs. Il y a là, en effet, une donation entre-vifs, qui tombe sous le coup de l'art. 446. V. n° 320.

(2) Cf. Bravard et Demangeat, V, p. 229 et suiv.; Boistel, n° 946.

(3-4) Pour les dettes non échues, la distinction entre le paiement et la dation en paiement n'offre pas d'intérêt, par cela même que l'un et l'autre sont nuls de droit en vertu de l'art. 446, C. com.

d'expliquer ces deux dispositions pour déterminer les modes de libération qui rentrent dans l'art. 446 et ceux qui rentrent dans l'article 447.

340. La loi parle du paiement *en espèces*, parce qu'elle a en vue le cas le plus ordinaire, celui d'une dette de somme d'argent. Mais il va de soi que la règle doit être la même toutes les fois que le débiteur paie *la chose due*, quelle que soit cette chose, parce que l'acte qu'il fait a la même nature. Le commerçant, qui s'est obligé à fournir des marchandises et qui les livre à son créancier dont le droit est exigible, n'agit pas autrement que si, devant une somme d'argent, il acquittait cette somme en numéraire (1); on peut s'étonner qu'une idée aussi simple ait pu être méconnue (2). De même, la remise de valeurs mobilières, à raison d'un prêt de valeurs semblables, est un paiement ordinaire non frappé par l'art. 446 (3). A l'inverse, on doit considérer comme faisant une dation en paiement atteinte par l'art. 446, celui qui, devant livrer des marchandises, fournit de l'argent; les motifs énoncés plus haut (n° 339) s'appliquent alors pleinement. On voit que l'on ne doit pas prendre à la lettre les mots *paiements en espèces* de l'art. 446, C. com.

341. A côté du paiement en espèces, la loi place le *paiement en effets de commerce*. Rigoureusement il n'y a pas un véritable paiement quand le débiteur remet à son créancier un effet de commerce; il y a une dation en paiement ou encore, suivant l'expression même de l'art. 446, un *paiement par transport;* le débiteur cède à son créancier une créance qu'il a sur un tiers. En ne traitant pas cette opération comme une dation en paiement et en l'assimilant à un paiement ordi-

(1) Paris, 5 mars 1892, *Le Droit*, n° du 25 mars 1892 (il s'agissait dans l'espèce de la remise faite par un changeur à son client de titres de valeurs mobilières que celui-ci l'avait chargé d'acheter pour lui).

(2) Lyon, 31 déc. 1847, D. 1848. 2. 15 (l'arrêt infirme un jugement qui s'était cru obligé d'appliquer l'art. 446 dans un cas où le failli avait restitué en temps suspect des matières premières qu'il avait reçues pour les travailler; il y avait là un paiement *autrement qu'en espèces;* c'est le cas ou jamais de dire : « la lettre tue ». La solution était d'autant plus singulière qu'en définitive, le créancier était en même temps propriétaire de la chose qui lui avait été rendue. Cf. n° 337). Dijon, 6 mars 1882, *Journ. des faillites*, 1883, p. 52 (la Cour applique l'art. 447 à raison des circonstances de la cause); Agen, 9 fév. 1881, D. 1882. 2. 239. Cf. Massé, III, n° 1224.

(3) Cass. 17 juill. 1883, *Journ. des faillites*, 1883, p. 407.

naire, le législateur a obéi à des considérations d'utilité pratique. Dans les usages du commerce, la remise d'effets en paiement est une chose normale; des effets de commerce revêtus de bonnes signatures circulent comme de la monnaie (1); les raisons données pour écarter la nullité de plein droit quand le débiteur a fourni à son créancier la chose due (n° 339), s'appliquent donc au cas où il lui a cédé des effets de commerce.

342. La loi a employé une formule un peu vague et il s'agit de déterminer exactement les cas dans lesquels on peut dire qu'il y a eu *paiement en effets de commerce;* en dehors de ces cas, on retombe dans la règle d'après laquelle toute dation en paiement est annulée de plein droit.

L'expression *effets de commerce* n'a pas de sens rigoureux. On entend spécialement par là des écrits constatant sous des formes variées l'obligation de payer une somme d'argent et transmissibles par endossement ou de la main à la main, qui servent d'instrument de paiement et suppléent ainsi au numéraire. Les principaux effets de commerce sont la *lettre de change*, le *billet à ordre*, le *chèque*, le *warrant*.

343. Il est certain tout d'abord que la formule de la loi s'applique au cas où le failli a endossé au profit de son créancier des lettres de change ou des billets à ordre qu'il avait dans son portefeuille; c'est l'hypothèse à laquelle on a dû surtout songer (2).

Si, au lieu de transmettre à son créancier une lettre de change qu'il a déjà, le débiteur en crée une à son profit, il ne faut pas hésiter à dire encore qu'il fait un paiement en effets de commerce; on est dans la lettre et dans l'esprit de l'art. 446 (3). On doit en dire autant

(1) V. *Traité de Droit commercial*, IV, nos 42 et 51.

(2) Il faut supposer que la transmission a été complètement réalisée avant le jour où a été rendu le jugement déclaratif de faillite : Cf. Ch. req. 7 mars 1882, D. 1882. 1. 147; S. 1883. 1. (note de M. Labbé).

(3) Ch. civ. Cass. 10 mai 1865, D. 1865. 1. 230; S. 1866. 1. 277 (on ne peut établir, dit l'arrêt, entre les effets créés par le débiteur et ceux qui lui auraient été remis par des tiers, une distinction que repoussent les termes généraux de la loi, non moins que les usages et les nécessités du commerce); Delamarre et Lepoitvin, VI, nos 151 et suiv.; Boistel, n° 950. — V. *en sens contraire*, Bédarride, I, n° 113 *bis* (nous ne nous rendons pas compte de la différence qu'il prétend établir entre le cas où le débiteur cède à son créancier une lettre de change préexistante et le cas où il crée une lettre à l'ordre de son créancier; ce qu'il dit du second s'applique également au premier et la conséquence serait que, dans les deux cas, il y a une dation en paiement interdite).

du cas où le débiteur remet à son créancier des billets à ordre souscrits par lui-même (1). Peu importe, quand il s'agit d'une lettre de change, qu'elle ait été ou non acceptée d'avance par le tiré (2).

Au point de vue de l'art. 446, C. com., il ne faut pas hésiter à assimiler le chèque au billet à ordre et à la lettre de change. A raison des circonstances dans lesquelles il peut être émis, de la règle d'après laquelle il est nécessairement payable à vue, on peut dire, avec encore plus de raison que pour ces deux derniers effets, que celui qui remet un chèque à son créancier, fait un véritable paiement ; un chèque, c'est de l'argent (3).

Cette protection si légitime accordée par la loi aux paiements de dettes échues faits en effets de commerce suppose évidemment qu'il n'a été usé d'aucune fraude pour dissimuler un paiement fait par voie de cession de créance. Les tribunaux ont à décider souverainement s'il en est ainsi (4).

344. Ces solutions seraient applicables même au cas où, par suite de quelque défaut de forme, le titre dont il s'agit, tout en étant valable, ne vaudrait pas légalement comme lettre de change, billet à

(1) Cf. Cass. 10 juin 1873, D. 1874. 1. 83. On objecte qu'il n'y a pas paiement lorsque le débiteur souscrit un billet à l'ordre de son créancier. Cela n'est pas niable, mais il n'y a pas non plus de paiement, lorsque le débiteur endosse une lettre de change à son créancier. Dans les deux cas, les commerçants diront qu'il y a eu un règlement en valeurs. D'autre part, on a dit que, du reste, le bénéficiaire du titre ne sera pas dans une situation meilleure qu'auparavant (Boistel, n° 950). Ce n'est pas tout à fait exact : supposons qu'au moment où il reçoit le billet, le créancier ignore que le souscripteur est en état de cessation de paiements ; il transmet ce billet et lors de l'échéance, le billet est payé ; à ce moment, le créancier connaît très bien la situation de son débiteur. Cependant aucune action en rapport ne pourra être intentée contre lui, ainsi qu'il sera expliqué plus loin à propos de l'art. 449 (nos 399 et suiv.) ; si, au contraire, il était resté créancier purement et simplement comme auparavant et s'il avait touché directement de son débiteur, il serait exposé à se voir appliquer l'article 447, C. com.

(2) Il a été soutenu qu'il y a un paiement en effets de commerce, lorsque la traite créée par le débiteur a été acceptée d'avance par le tiré, mais non dans le cas contraire. Cette distinction doit être rejetée. Même en l'absence d'acceptation, la lettre donne des droits au créancier qui en devient preneur, spécialement dans le cas fréquent où le tireur est créancier du tiré. V. au surplus ce qui est dit à la note précédente pour le cas d'un billet à ordre.

(3) Paris, 26 nov. 1880, sous Cass. 7 mars 1882, D. 1882. 1. 147.

(4) Cass. 28 mai 1884, 13 nov. 1889, *Journ. des faillites*, 1884, p. 382 ; 1890, p. 17. - 97

ordre ou chèque (1). Cela devait être admis, avant la suppression de la nécessité de la remise de place en place dans la lettre de change par la loi du 7 juin 1894, pour les écrits sous forme de mandats payables dans le lieu de leur création (2). Il est toujours vrai de dire que ce sont là des titres remplissant couramment dans le commerce le rôle de numéraire.

345. On doit assimiler à un paiement en espèces ou en effets de commerce un *virement en banque* (3). Cette opération suppose que le failli et son créancier ont également chacun un compte chez le même banquier. Peu importe, au point de vue du résultat à l'égard de la masse des créanciers, que le premier crée au profit du second ou transmette au second un chèque sur ce banquier ou bien ordonne simplement à celui-ci d'inscrire une somme au crédit de son créancier et à son propre débit (4).

346. Quelquefois on fait rentrer dans la classe des effets de commerce les récépissés et les warrants délivrés par les magasins généraux (5); ces titres sont à ordre et, par suite, se transmettent par endossement. Est-ce à dire que la remise par un débiteur à son créancier d'un récépissé et d'un warrant réunis, d'un récépissé seul ou d'un warrant seul, doive, pour l'application de l'art. 446, être considérée comme un paiement en effets de commerce? L'affirmative ne saurait être admise d'une manière générale; il y a des distinctions à faire. La transmission par un débiteur à son créancier d'un récépissé, qu'il soit seul ou accompagné du warrant, n'offre aucune analogie réelle avec l'endossement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre. Le débiteur, qui a déposé des marchandises dans un magasin général, en endossant le récépissé avec ou sans le warrant, donne au créancier

(1) V. *Traité de Droit commercial*, IV, nos 460 et suiv., no 534.

(2) Douai, 24 avr. 1891, S. 1891. 2. 140; *J. Pal.*, 1891. 1. 674; *Journ. des faillites*, 1891, p. 316.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, IV, nos 677 et 678.

(4) Boistel, no 951.

(5) Lyon, 27 fév. 1866, D. 1866. 2. 70; Cass. 7 mai 1866, D. 1866. 1. 197; Cass. 27 juin 1882, D. 1882. 1. 358 et *Journ. des faillites*, 1882, p. 321; Lyon, 7 fév. 1883, *Journ. des faillites*, 1884, p. 88. — V. *en sens contraire*, Grenoble, 18 déc. 1862, D. 1863. 2. 64 (arrêt cassé le 7 mai 1866, D. 1866. 1. 197). — Alauzet, VI, no 2514 dit sans explication que les récépissés et warrants doivent être assimilés aux effets de commerce.

un droit sur ces marchandises ; que le créancier doive les prendre comme équivalent de sa créance, qu'il doive les vendre pour se payer sur le prix jusqu'à due concurrence, peu importe, il y a une dation de marchandises en paiement ou un nantissement ; il n'y a nullement l'opération que la loi a en vue quand elle parle d'un paiement en effets de commerce ; à cet endossement du récépissé on peut appliquer pleinement les considérations indiquées plus haut (n° 339), pour justifier la nullité qui frappe la dation en paiement ordinaire. Quant au warrant détaché du récépissé, une distinction paraît devoir être déduite des principes de la matière. Si le débiteur a détaché lui-même le warrant du récépissé pour l'endosser à son créancier, il n'a pas fait autre chose que lui donner un gage (1) et alors ce n'est pas la disposition que nous étudions qui est en jeu, c'est le dernier alinéa de l'art. 446. Si le débiteur avait dans son portefeuille le warrant qui lui avait été transmis par une autre personne, le warrant joue alors le rôle d'un effet de commerce ; c'est un billet à ordre garanti par un gage dont l'endossement par le débiteur au profit de son créancier doit être considéré comme un paiement en effets de commerce au sens de la loi (2).

347. On ne saurait évidemment assimiler à un paiement en effets de commerce la transmission d'un connaissement faite par un débiteur à son créancier, ni la remise de factures acquittées de marchandises vendues à un tiers et dont le créancier reçoit le pouvoir

(1) Rennes, 22 mars 1866, D. 1867. 2. 205 ; Dijon, 29 juill. 1886, *Journ. des faillites*, 1887, p. 357 ; *Journ. de jurispr. de Marseille*, 1887. 2. 140 ; Massé, II, n° 1224.

(2) Boistel, n° 951. — Les auteurs ne font pas, en général, aussi nettement cette distinction ; mais la plupart de ceux qui ne font pas rentrer l'endossement du warrant dans le paiement en effets de commerce, supposent que cet endossement est fait par le propriétaire des marchandises warrantées : V. p. exemple, Massé, II, n° 1224. — La distinction admise au texte à propos de la nullité des actes antérieurs au jugement déclaratif de faillite, entre le premier endossement d'un warrant et les endossements subséquents, a été très bien faite, dans un jugement du tribunal civil de la Seine du 31 juill. 1891 et par un arrêt de rejet de la Chambre civile du 29 oct. 1894 (D. 1895. 1. 25) à propos de l'application de l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières. Cet arrêt décide que le premier endossement d'un warrant renferme les éléments d'un emprunt sur gage et que, par suite, les intérêts sont soumis à l'impôt de 4 0/0 sur le revenu des valeurs mobilières, tandis que les endossements ultérieurs n'ont pas ce caractère, de telle façon qu'à leur occasion il n'y a pas lieu à la perception de cet impôt.

de toucher le prix (1), ni la cession de titres d'actions ou d'obligations même au porteur; elles ne constituent ni des espèces ni des effets de commerce (2).

348. Une certaine hésitation se comprendrait pour les coupons échus et au porteur; ils donnent droit à une somme d'argent déterminée et circulent parfois comme du numéraire. On ne saurait pourtant dire que ce sont là des effets de commerce équivalant à des espèces. Pour en obtenir le paiement, le porteur est soumis à des déplacements et doit supporter des déductions spéciales s'il ne les encaisse pas directement; en outre, ils peuvent être l'objet d'une opposition, notamment en vertu de la loi du 15 juin 1872 (3). L'art. 446 doit, en tant qu'il ne frappe pas de la nullité de droit les paiements faits en effets de commerce, recevoir une interprétation restrictive; il a, à ce point de vue, un caractère exceptionnel, puisqu'en principe, la dation en paiement est nulle de droit (nos 331 et 339) (4).

349. En dehors du cas où le débiteur remet à son créancier des effets de commerce, toute dation en paiement est nulle de droit (5). Quand un paiement proprement dit est impossible, les parties peuvent être tentées de recourir à divers procédés pour éteindre la dette; l'art. 446 parle des paiements qui ont lieu *par transport, vente, compensation ou autrement*. Il faut déterminer exactement les actes compris sous ces diverses dénominations.

Par cela même que ces divers actes sont nuls de droit en vertu de

(1) Bordeaux, 29 mars 1871, D. 1873. 2. 213. (Dans l'espèce, les factures étaient accompagnées d'un mandat sur le débiteur, mais ce mandat n'était pas susceptible d'endossement; il y avait une cession de créance ou un paiement par transport, non ce qui, d'après la loi et l'usage, caractérise le paiement en effets de commerce). Massé, II, n° 1224; Boistel, n° 951.

(2) Paris, 14 janv. 1882, D. 1882. 2. 132 et *Journ. des faillites*, 1882, p. 70 (Concl. du ministère public). — V. cependant Laurin, n° 1001, qui met sur la même ligne les lettres de change, les billets à ordre, les chèques, les *actions* ou *obligations d'une société de commerce*.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, II, nos 641 *bis* et 642.

(4) Cass. 29 juin 1870, S. 1870. 1. 417; *J. Pal.*, 1870; D. 1871. 1. 289. D'après cet arrêt, la dénomination d'effets de commerce dans l'art. 446 s'applique aux valeurs de circulation dont la négociation est soumise aux règles posées par le Code de commerce. C'est une formule qui manque de netteté. — Caen, 13 fév. 1890, *Journ. des faillites*, 1890, p. 416.

(5) Sur le principe, Bordeaux, 4 avr. 1876, D. 1879. 2. 266; Orléans, 17 mai 1881, D. 1882. 2. 55.

l'art. 446, C. com., la nullité doit en être prononcée sans qu'on soit admis, pour y échapper, à se prévaloir des circonstances de fait qui peuvent les expliquer (1).

350. *Paiement par transport.* — Le débiteur se libère en cédant à son créancier une créance qu'il a contre un tiers. Le paiement en effets de commerce n'est autre chose qu'un paiement par transport, que la loi, pour des considérations pratiques, affranchit de la nullité de droit (n° 330). Il peut y avoir des formes très diverses employées : le débiteur cède régulièrement la créance et sa dette se trouve éteinte par cela même ou seulement jusqu'à concurrence du prix de vente ; sans faire une cession proprement dite, il remet à son créancier une facture acquittée (n° 347), une reconnaissance du débiteur (2); il charge son propre débiteur de payer le créancier (c'est une *délégation* (3), etc...). V. sur ce dernier point, n° 353.

351. La loi, dans l'art. 446, annule le *transport* qui est fait à titre de paiement par un commerçant dans la période suspecte ; cette disposition ne s'appliquerait pas au transport qui serait fait d'une manière principale et qui ne se rattacherait pas à une créance qu'il aurait pour but d'éteindre. Si ce transport était fait à titre gratuit, ce serait la première disposition de l'art. 446 qui le frapperait de nullité ; s'il était à titre onéreux, il ne serait pas nul de droit, il pourrait seulement être annulé dans les termes de l'art. 447 (4).

352. La nullité de droit de l'art. 446 est même sans application au transport de créance consenti par le failli à son créancier au moment où est contractée la dette dont ce transport est destiné à garantir le paiement. Il y a là une convention dont les diverses parties sont étroitement liées entre elles ; la garantie dont il s'agit en forme

(1) Cass. 29 juin 1870, D. 1871. 1. 289. (Dans l'espèce, on disait, pour faire exclure l'application de l'art. 446, qu'il s'était agi d'acquitter le prix d'un achat d'immeuble et de le maintenir dans l'actif du débiteur).

(2) Orléans, 1er fév. 1853, D. 1854. 2. 222.

(3) Cass. 29 juill. 1872, D. 1873. 1. 222. — V. aussi Cass. 19 mars 1867, D. 1867. 1. 384 ; Lyon, 30 nov. 1866, D. 1867. 2. 89; S. 1867. 2. 262. (Dans l'espèce de ce dernier arrêt, le failli avait consenti à ce que son débiteur payât le créancier qui avait fait une saisie-arrêt).

(4) Ainsi qu'il résulte des principes posés plus haut (n° 303), le cessionnaire ne peut se prévaloir de la cession à l'égard de la masse, qu'autant que les formalités de l'art. 1690, C. civ., ont été remplies avant le jugement déclaratif de faillite : Cass. 10 mars 1847 et 4 janv. 1847, D. 1847. 1. 130 et 133.

une condition essentielle, et l'on méconnaîtrait l'intention des parties en annulant le transport alors que la dette à laquelle il se rattache, subsisterait (1). V. analog. nº 366.

353. Il n'est pas douteux qu'on doive assimiler, au point de vue de la nullité de droit de l'art. 446, C. com., au paiement par transport proprement dit la délégation qu'a faite le failli d'un de ses débiteurs à un de ses créanciers (2). Il y a là aussi un mode d'acquittement d'une dette ayant un caractère quelque peu insolite. En outre, comme dans le cas d'une cession de créance faite à titre de paiement, le failli est privé de sa créance et le bénéfice en passe au délégataire (3).

Mais de ce que la délégation par changement de créancier est nulle de droit, il ne faut pas conclure que toute novation faite par un failli durant la période suspecte est aussi frappée en vertu de l'art. 446. Il faut, en effet, tenir compte de ce que l'énumération contenue dans cet article est limitative. Il résulte bien de ses dispositions que toute dation en paiement est nulle de droit, mais non que la nullité de droit s'applique à tout mode de libération autre que le paiement proprement dit. Ainsi, l'art. 446 serait sans application à la novation ayant eu lieu entre le même créancier et le même débiteur et changeant seulement l'objet de la dette, en substituant une dette perpétuelle à une dette viagère ou à l'inverse (4). Il n'y a alors rien d'analogue ni à un paiement par transport ni même à aucun des modes de

(1) Cass. 24 juin 1868, D. 1868. 1. 326; Cass. 30 déc. 1874, D. 1876. 1. 16; S. 1876. 1. 157. Dans l'espèce du dernier arrêt, il y avait cette circonstance spéciale que le transport avait été fait à la fois pour le paiement de dettes antérieures et pour la garantie d'avances nouvelles. La Cour a jugé qu'il n'y avait pas indivisibilité et qu'il fallait séparer les deux opérations pour appliquer à chacune ses règles propres. Cpr. analog. Rennes, 13 juin 1889, *Journ. des faillites*, 1889, p. 377. — V. aussi Dijon, 18 mars 1891, *Journ. des faillites*, 1891, p. 359.

(2) Nimes, 1er mai 1886, *Journ. des faillites*, 1886, p. 372.

(3) La délégation par changement de créancier a, au point de vue de son résultat principal, une telle analogie avec la cession de créance qu'en Droit romain, on avait recours à cette délégation pour suppléer à la cession de créance considérée comme impossible en droit à raison de ce que le droit de créance était attaché à la personne du créancier — V. Gaius, III, § 38 et 39. — Cpr. Paul Gide, *Etudes sur la novation et le transport des créances en Droit romain*.

(4) Orléans, 16 juin 1852, D. 1854. 2. 222; S. 1853. 2. 663.

libération visés par l'art. 446, C. com. (1). Il pourrait seulement y avoir lieu d'appliquer à l'opération l'art. 447, C. com., par cela même qu'il régit tous les actes non compris dans l'art. 446.

354. *Paiement par vente.* — Si le débiteur vend des marchandises à un tiers et paie son créancier avec le prix provenant de la vente, il y a un paiement proprement dit; ce n'est donc pas le cas auquel il est ici fait allusion. Aussi l'art. 446 est inapplicable; on peut seulement invoquer l'art. 447 (2). L'art. 446 suppose que c'est précisément à son créancier que le débiteur a vendu des marchandises de manière que la créance du prix se balance avec la dette. L'opération constitue, sinon une véritable dation en paiement, du moins un mode de libération ayant avec la dation en paiement la plus grande analogie (3); à ce titre, elle est suspecte au législateur; c'est ce qu'on appelle aussi fréquemment un *paiement en marchandises* (4).

Mais il y a aussi *paiement en marchandises*, quand le débiteur remet des marchandises à son créancier avec mandat d'en opérer la vente et de se payer sur le prix (5).

Les principes du compte-courant conduisent nécessairement à décider qu'on ne doit pas appliquer l'art. 446 à l'envoi de marchandises en compte-courant (6). Il n'y a pas là un paiement, par cela même que,

(1) Alger, 23 déc. 1893, *Journ. des faillites*, 1894, p. 269. On lit dans les motifs de cet arrêt : « Attendu que les dispositions rigoureuses de l'art. 446, C. « com., ne s'appliquent pas à la novation, qui n'a pas les effets d'un paiement « et qui ne modifie en rien la situation de la faillite. »

(2) Cass. 10 mai 1865, D. 1865. 1. 230.

(3) Les auteurs signalent sans doute, à côté de l'analogie, certaines différences entre la dation en paiement proprement dite et la vente faite par un débiteur à son créancier avec convention qu'il y aura compensation entre le prix de la vente due par le créancier et le montant de la dette du débiteur. Mais ces différences secondaires ne sont pas de nature à empêcher l'application de l'art. 446 à l'opération dont il s'agit.

(4) La disposition de la loi est absolue et ne paraît se prêter à aucune distinction tirée des circonstances dans lesquelles la vente a eu lieu. Nous ne saurions donc approuver un arrêt qui a écarté l'application de l'art. 446, parce que la vente avait été faite par l'entremise d'un courtier : Ch. req. 3 août 1847, D. 1847. 1. 345; S. 1848. 1. 131; Cf. *en notre sens*, Demangeat sur Bravard, V, p. 235, en note.

(5) Douai, 14 janv. 1847, D. 1848. 2. 93; Cass. 30 mai 1848, D. 1848. 5. 190.

(6) Cela est dit formellement dans le rapport de Tripier à la Chambre des pairs : Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 292. Cf. sur cette hypothèse, Colmar, 3 juil-

tant que le compte courant dure, il n'y a ni dettes ni créances, mais de simples articles de débit et de crédit (1).

Du reste, le mot *marchandises* ne saurait être pris ici dans le sens étroit que, selon l'opinion générale, il a dans le Droit commercial, c'est-à-dire comme comprenant seulement les choses susceptibles d'être vendues et achetées *de nature mobilière* (2). Il faut y comprendre même les immeubles, de telle façon qu'est nul de droit en vertu de l'art. 446, C. com., comme constituant un *paiement par vente* ou *paiement en marchandises*, le paiement fait par le failli au moyen de la cession d'un immeuble durant la période suspecte (3). Cette opération a dans le commerce un caractère encore plus exceptionnel que celle qui porte sur des objets mobiliers.

355. A l'occasion des dispositions de l'art. 446 d'où il résulte que les dations en paiement faites pendant la période suspecte sont nulles de droit, plusieurs questions relatives à des cas spéciaux se sont élevées. Parmi elles se trouvent celle qui concerne l'exercice des reprises de la femme du failli et une question qui se rattache à l'abandon du navire et du fret admis en matière maritime (art. 216, C. com.).

356. Après la dissolution de la communauté, la femme est admise, d'après l'art. 1471, C. civ., à exercer, pour les biens qui n'existent plus en nature, ses reprises, d'abord sur l'argent comptant, ensuite sur le mobilier et subsidiairement sur les immeubles de la communauté. Les attributions mobilières ou immobilières faites à la femme pour la couvrir de ses reprises, sont-elles nulles en vertu de l'art. 446, C. com., quand elles ont eu lieu durant la période sus-

let 1865, D. 1865. 2. 225; Ch. req. 20 mai 1873, D. 1873. 1. 409; 12 avr. et 15 fév. 1875, D. 1876. 1. 38; S. 1875. 1. 360. — Demangeat sur Bravard, V, p. 234, note 1; Dietz, *Du Compte-courant*, p. 110.

(1) V. *Traité de Droit commercial*, IV, nos 826 et suiv.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, I, nos 109 et suiv.

(3) Cass. 20 nov. 1871, D. 1872. 1. 188. Dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'une vente d'immeuble à réméré; mais la solution de l'arrêt, conforme à celle que nous donnons au texte, devrait évidemment être appliquée au cas d'une vente faite sans faculté de réméré. On ne voit pas pourquoi l'existence ou la non-existence de cette faculté pourrait faire varier la solution; il est toujours vrai de dire qu'il y a une dation en paiement.

pecte (1)? On l'a nié (2), au moins en cas d'acceptation de la femme, en disant que l'exercice par la femme commune en biens de ses reprises est une opération du partage et que le partage ne tombe certainement pas sous le coup de l'art. 446 (3). Mais cette opinion est erronée; l'attribution à la femme de biens de la communauté est nulle de droit en vertu de l'art. 446. Il y a là, non pas une opération faisant partie du partage, mais un préliminaire du partage. C'est un mode spécial de paiement des créances de la femme contre la communauté qui ne constitue assurément pas un paiement en espèces ou en effets de commerce (4). Il peut précisément donner lieu aux abus ou aux fraudes que le législateur a redoutés en frappant de la nullité de droit les dations en paiement.

Au reste, il est hors de doute que l'opinion contraire ne peut même pas être soutenue au cas où les reprises sont exercées par la femme du failli qui a renoncé à la communauté. L'exercice des reprises ne saurait être considéré comme une opération du partage de la communauté, par cela même que, tous les biens de la communauté appartenant au mari, il n'y a pas de partage à faire (5).

Les mêmes raisons conduisent nécessairement à l'application de l'art. 446 quand la femme acceptante ou renonçante est payée de ses reprises en biens propres du mari (6).

357. Aux termes de l'art. 216, C. com., le propriétaire d'un navire jouit de la faculté de se libérer des obligations dont il est tenu par suite des actes ou des faits du capitaine en abandonnant le navire et le fret (7). L'abandon fait pendant la période suspecte tombe-t-il sous le coup de l'art. 446, C. com.? On comprend l'hésitation. L'aban-

(1) La communauté peut avoir été dissoute par la séparation de biens prononcée avant la déclaration de faillite ou par le décès de l'un des époux arrivé antérieurement.

(2) Bordeaux, 4 avr. 1876, D. 1879. 2. 265.

(3) Il sera expliqué plus loin (n° 390), quoique cela même ait été contesté, qu'un partage peut être annulé en vertu de l'art. 447, C. com.

(4) La femme exerce ses reprises à titre de créancière : Cass. 16 janv. 1858, D. 1858. 1. 5.

(5) Cpr. Caen, 25 juill. 1853, D. 1854. 2. 1; Cass. 18 août 1884, *Gazette du Palais*, n° du 27 août 1884.

(6) Bordeaux, 4 avr. 1876, D. 1879. 2. 265; Trib. comm. Marseille, 20 mai 1886, *Journ. de jurispr. de Marseille*, 1886, p. 213.

(7) V. *Traité de Droit commercial*, V, nos 197 et suiv.

don est, d'après le Code de commerce lui-même, un mode régulier d'acquittement par le propriétaire du navire des obligations dont il est tenu à raison des faits ou des actes du capitaine. Le créancier est obligé d'accepter ce mode de libération. Mais comme il n'y a pas là un paiement en espèces ou en effets de commerce, il semble plús conforme à la rigueur de l'art. 446, C. com., de l'appliquer à l'abandon. Seulement il peut se faire que les créanciers n'aient pas intérêt à le faire annuler; car, si l'abandon est annulé, le créancier auquel il a été fait recouvre sa créance et peut se présenter dans la faillite pour son entier montant.

358. *Paiement par compensation.* — Par ces expressions l'article 446 vise la compensation. Elles ne peuvent pas étonner; car la compensation est considérée comme une sorte de paiement abrégé. Mais il y a plusieurs espèces de compensation : la compensation *légale*, la compensation *conventionnelle*, la compensation *facultative*, la compensation *judiciaire* (1).

L'art. 446 n'a pas en vue la compensation légale qui peut librement s'opérer jusqu'au jugement déclaratif (2). Les motifs qui ont dicté la disposition de la loi n'y mettent nullement obstacle. La compensation légale est un mode d'extinction des dettes qui n'a rien d'insolite. Puis, comme elle se produit de plein droit et à l'insu même des parties (art. 1290, C. civ.), il n'y a pas même d'acte que l'on puisse annuler comme étant suspect de fraude.

La nullité ne peut frapper que l'acte par lequel les parties, ou l'une d'elles, écartent un obstacle qui s'oppose à la compensation légale, obstacle consistant dans l'absence d'une des conditions exigées pour cette compensation (3). Ces conditions sont l'*exigibilité*, la *fongibilité*, la

(1) Albert Desjardins, *De la compensation*, p. 355 et suiv.

(2) Il a été expliqué, dans la séance de la Chambre des députés du 29 mars 1838, que la disposition de l'art. 446 est étrangère à la compensation légale. Paris, 20 déc. 1886; Aix, 11 déc. 1889; Lyon, 30 mai 1891, *Journ. des faillites*, 1887, p. 67; 1890, p. 139; 1891, p. 411. — V. pourtant *en sens contraire*, Trib. comm. Marseille, 19 août 1889, *Journ. des faillites*, 1889, p. 489. Cf. Demangeat sur Bravard, V, p. 236, note 1; Boistel, n° 943; Massé, III, n° 1223. — V. sur l'inadmissibilité de la compensation même *légale*, après le jugement déclaratif, par suite du dessaisissement, n° 216.

(3) Consulter sur les *paiements par compensation* pendant la période suspecte une note de notre très regretté maître, M. Labbé, dans le *Recueil de Sirey*, 1877. 1. 241 et dans le *Journal du Palais*, 1877. 1. 625.

liquidité. Des difficultés spéciales s'élèvent au sujet de cette dernière condition de la compensation légale (n° 360).

359. Ainsi, la convention par laquelle les parties conviennent de compenser leurs dettes réciproques jusqu'à due concurrence, encore que l'une d'elles ou toutes les deux ne soient pas encore exigibles, est nulle de droit en vertu de l'art. 446. Si la dette du failli était à terme et sa créance exigible, le failli a fait à son créancier un avantage suspect en renonçant au bénéfice du terme pour rendre possible la compensation. Au reste, la règle selon laquelle toute extinction d'une dette non échue est nulle, suffirait pour empêcher la compensation dans les circonstances dont il s'agit. A l'inverse, si la dette du failli était échue et si sa créance était à terme, le créancier peut être à bon droit présumé n'avoir renoncé au bénéfice du terme qu'à raison de la situation de son débiteur: le créancier du failli a, en effet, ainsi l'avantage de ne pas être obligé de payer intégralement sa dette sauf à se soumettre, pour sa créance, à la loi du dividende.

360. Si les deux dettes n'ont pas pour objet des choses fongibles de la même espèce, la compensation serait annulée dans le cas où, pour le rendre possible, les parties seraient convenues de changer l'objet soit de l'une des deux dettes, soit de toutes les deux. Une telle convention rentre bien dans les vues du législateur qui considère comme suspects certains modes de libération.

361. Mais la situation n'est pas aussi simple quand l'obstacle à la compensation légale provient du défaut de liquidité de l'une des deux dettes ou de toutes les deux. Il est tout naturel que les parties, réglant leur compte et arrêtant leur situation respective, liquident leurs dettes respectives, c'est-à-dire en fixent le montant exact. Dès lors, le défaut de liquidité disparaît et, avec lui, l'obstacle qui s'opposait à la compensation légale (1). Celle-ci a lieu, puisqu'elle est possible même durant la période suspecte.

Mais, quand une des deux dettes existant en sens contraire entre deux personnes n'est pas liquide, il arrive souvent que le créancier de la dette non liquide forme une demande *reconventionnelle* en réponse à la demande en paiement de la dette liquide dirigée contre

(1) Cass. 26 juill. 1881, D. 1882. 1. 296.

lui. Le tribunal peut alors opérer la liquidation de la dette et prononcer la compensation. Cette compensation qu'on qualifie souvent de *judiciaire*, est-elle frappée de nullité par l'art. 446, C. com.? L'affirmative ne paraît pas soutenable. L'intervention de la justice que suppose cette compensation, empêche qu'elle ne présente les dangers de la compensation conventionnelle (1).

362. L'art. 446, en tant notamment qu'il déclare nuls de droit certains paiements, est limitatif; mais ce n'est pas à dire qu'il doive recevoir une interprétation restrictive. Il y a lieu d'admettre la nullité de droit pour tous les modes de libération qui, sans constituer une dation en paiement proprement dite, impliquent que le débiteur fournit à son créancier autre chose que la chose due. Ainsi, dans le cas où le futur failli, débiteur d'un prix de vente, rend à son vendeur les marchandises achetées, il y a là un acte emportant libération qui est atteint par l'art. 446 (2). On peut assurément dire qu'en pareil cas, le débiteur a fourni autre chose que ce qu'il devait. Il est facile de comprendre combien une telle opération qui fait disparaître une partie du gage des créanciers de la masse, peut leur nuire.

363. Il se peut que la compensation ait eu lieu, parce que, pendant la période suspecte, le débiteur du failli s'est rendu acquéreur d'une créance contre celui-ci et est ainsi devenu créancier du failli en même temps qu'il était son débiteur. Y a-t-il lieu alors d'appliquer l'article 446? Selon nous, l'art. 446 est sans application dès que les conditions requises pour la compensation légale ont été réunies (3). Seulement, l'acte par lequel le débiteur du failli s'est rendu acquéreur d'une créance contre lui, peut tomber sous le coup de l'art. 447, s'il est prouvé que le débiteur connaissait l'état de cessation de paie-

(1) Cass. 26 juill. 1881, D. 1882. 1. 296. — V. pourtant Aix, 15 juill. 1889, *Supplément au Répertoire de Dalloz*, v° *Faillite*, p. 398, en note.

(2) Paris, 18 août 1871, D. 1872. 2. 80; S. 1871. 2. 210. (Cet arrêt dit qu'il y a un paiement en marchandises; il y en a au moins l'équivalent); Bordeaux, 7 mai 1890, *Journ. des faillites*, 1891, p. 178; Lyon, 25 fév. 1891, *Journ. des faillites*, 1891, p. 447; Lyon, 22 juill. 1896, *La Loi*, n° du 28 juill. 1896. — Bravard, V, p. 238; Boistel, n° 947. Au contraire, suivant Namur (III, n° 1653), il y aurait là non une dation en paiement, mais une résolution du contrat ne tombant pas dans la catégorie des actes nuls de droit; il cite en ce sens un arrêt de Liège du 5 mars 1874, *Pasicrisie*, 1874. 2. 285.

(3) Metz, 16 juill. 1845, D. 1846. 2. 14.

ments. On a pourtant appliqué à ce cas l'art. 446, en alléguant que l'art. 446 interdit, pendant la période suspecte, non seulement les délégations ou dations en paiement directes, mais aussi les combinaisons préparées pour obtenir, par des voies détournées, des résultats contraires à ces dispositions et éteindre une dette du failli à l'aide d'une de ses créances (1).

364. Quelle est la conséquence de la nullité prononcée en vertu de la disposition de l'art. 446 qui vise les paiements et les dations en paiement de différentes sortes? Le créancier doit rapporter ce qu'il a reçu (2). Cela s'applique facilement au cas d'une dette payée en espèces avant l'échéance; une somme égale à celle qu'il a reçue est remise dans la masse par le créancier.

Le créancier doit-il également tenir compte des intérêts et, en cas d'affirmative, à partir de quelle époque les doit-il? Des auteurs et des arrêts admettent d'une manière absolue que les intérêts sont dus à partir du paiement frappé de nullité en invoqnant l'art. 1378, C. civ. (3). Cette opinion ne paraît pas devoir être admise; en supposant que l'on soit exactement dans le cas du paiement de l'indû, il faudrait au moins exiger la preuve que le créancier était de mauvaise foi en recevant, c'est-à-dire connaissait l'état de cessation de paiements de son débiteur; l'art. 446 ne s'explique point par une présomption de fraude qui ne pourrait être combattue par la preuve contraire (nº 318). Aussi a-t-on soutenu qu'au cas où la mauvaise foi du créancier n'est pas établie, les intérêts ne sont dus qu'à partir de la demande en justice (art. 1153, C. civ.) et que, dans le cas contraire, ils sont dus à partir du paiement (4). Cette distinction est exacte, si l'on n'est pas dans le cas prévu par l'art. 1378, C. civ., du

(1) Orléans, 1er fév. 1853, D. 1853. 2. 167; Paris, 10 janv. 1865, S. 1865. 1. 241; *Supplément au Répertoire de Dalloz*, p. 380, note 1. — Massé, II, nº 1223.

(2) Aussi appelle-t-on le plus souvent dans la pratique *action en rapport* l'action en nullité d'un paiement, qu'elle soit fondée, du reste, sur l'art. 446 ou sur l'art. 447, C. com.

(3) Douai, 24 nov. 1877, D. 1879. 2. 223; Orléans, 17 mai 1881, D. 1882. 2. 55. — Rép. Dall., vº *Faillite*, nº 321; Camberlin, *Manuel des trib. de comm.*, p. 508.

(4) Demangeat sur Bravard, V, p. 270, en note. — Paris, 31 déc. 1877, D. 1879. 2. 233. (Le jugement attaqué par l'appel avait écarté l'application de l'art. 1378, C. civ., en disant qu'on ne pouvait dire qu'il y avait paiement de l'indû; l'arrêt applique cet article en constatant que le créancier était de mauvaise foi).

moins, en cas de mauvaise foi, l'obligation de restituer du créancier résulte d'un délit et l'art. 1153 est sans application aux obligations nées de faits illicites (1).

Quand le créancier a reçu autre chose que ce qui lui était dû, il a, par exemple, été *payé en marchandises*, il rapporte les marchandises mêmes ou le prix pour lequel elles lui ont été données en paiement, à moins qu'il ne soit établi qu'elles avaient une valeur supérieure ou qu'elles ont été vendues pour un prix plus élevé (2).

Si le créancier avait acheté des marchandises de son débiteur et que le prix ait été compensé avec sa créance, la masse de la faillite peut-elle tenir la vente pour bonne et annuler seulement la compensation, de sorte que le créancier devrait payer le prix stipulé pour l'achat et venir au marc le franc pour sa créance, ou le créancier peut-il restituer ce qu'il a acheté? Il appartient aux juges de rechercher si, dans l'intention des parties, il y avait un acte unique et indivisible devant être annulé ou maintenu pour le tout ou s'il y a eu deux opérations distinctes; dans le premier cas, le créancier peut, en restituant ce qu'il a reçu, se replacer dans la situation où il était auparavant; dans le second, il est un acheteur devant son prix, mais ne pouvant le compenser avec sa créance pour laquelle il a à produire à la faillite, il est soumis en conséquence à la loi du dividende (3).

365. La nullité d'une dation en paiement prononcée en vertu de l'art. 446 entraîne l'éviction du créancier. Aussi donne-t-elle lieu, quand la dette à laquelle se référait la dation en paiement était garantie par une caution, à l'application de l'art. 2038, C. civ.; malgré cette éviction, la caution est libérée (4).

(1) Aubry et Rau, IV, § 308, p. 99.

(2) Amiens, 12 juill. 1890, *Journ. des faillites*, 1891, p. 25. Il ne pourrait être admis à rapporter des marchandises équivalentes: Bordeaux, 13 mai 1868, D. 1868. 2. 200.

(3) Caen, 4 août 1873, D. 1877. 5. 234.

(4) Trib. civ. Bordeaux, 20 janv. 1896, *La Loi*, n° du 5 mai 1896; *Journ. des faillites*, 1896, p. 330. — Mais l'art. 2038, C. civ., étant sans application au cas où c'est un *paiement* qui est annulé, l'obligation de la caution revit avec la dette du débiteur principal, lorsque le paiement fait par le failli pendant la période suspecte est annulé en vertu de l'art. 447, C. com.: Cass. 23 oct. 1888, *Journ. des faillites*, 1889, p. 51; S. 1889. 1. 409; *J. Pal.*, 1889. 1. 1022; D. 1889. 1. 167. Cpr. Laurent, *Principes du Droit civil*, XXVIII, n° 281; Aubry et Rau, IV, § 429, p. 693, note 5.

366. C. HYPOTHÈQUE CONVENTIONNELLE OU JUDICIAIRE ET DROITS D'ANTICHRÈSE OU DE NANTISSEMENT CONSTITUÉS SUR LES BIENS DU DÉBITEUR POUR DETTES ANTÉRIEUREMENT CONTRACTÉES. — L'art. 443 du Code de 1807 contenait une règle aussi absolue que possible : *nul ne peut acquérir ni privilège ni hypothèque sur les biens du failli dans les dix jours qui précèdent l'ouverture de la faillite* (1). Pour comprendre toute la portée de cet article, il faut se rappeler que la faillite était ouverte dès la cessation des paiements (anc. art. 441 et plus haut, n 19). La loi ne permettait donc de tenir aucun compte des droits de privilège et d'hypothèque acquis pendant la période suspecte, quelles que fussent les circonstances dans lesquelles ils avaient pris naissance. Cela entraînait des conséquences rigoureuses et même injustes. Un exemple suffit pour le démontrer. Supposons qu'un prêt eût été consenti à un commerçant qui avait donné *en même temps* une sûreté au prêteur pour garantir le remboursement : l'acte de prêt était régulier et ne pouvait être attaqué; il était injuste d'annuler la constitution de gage ou d'hypothèque qui l'avait accompagné et sans laquelle le prêt ne serait pas intervenu; l'opération forme alors un tout indivisible et, rationnellement, aurait dû être annulée ou maintenue pour le tout. Aussi, la règle de l'ancien art. 443 avait-elle soulevé de vives réclamations (2) et un système tout différent a prévalu en 1838. L'art. 446, dern., alin., n'annule de plein droit que l'*hypothèque* et les droits de *nantissement* ou d'*antichrèse constitués* APRÈS *que la dette a été contractée*. Alors la garantie dont il s'agit n'est pas assurément une condition même de l'obligation, c'est un

(1) La Déclaration du 18 novembre 1702 disait déjà : « Voulons et nous plaît « que les actes et obligations qu'ils passeront pardevant notaires au profit de « quelques-uns de leurs créanciers, ou pour contracter de nouvelles dettes, en- « semble les sentences qui seront rendues contre eux, *n'acquerront aucune hy- « pothèque ni préférence sur les créanciers chirographaires*, si lesdits actes et « obligations ne sont passés et si lesdites sentences ne sont rendues pareille- « ment dix jours avant la faillite publiquement connue. » Le Code avait encore renchéri sur la Déclaration en n'exigeant plus la condition de la notoriété pour la fixation de l'époque de l'ouverture de la faillite.

(2) V. Bravard, V, p. 240 et suiv. Les auteurs, pour atténuer la rigueur et l'injustice de la loi, donnaient des solutions en contradiction manifeste avec ses termes. V. notamment Persil, *Régime hypothécaire*, 4e édition, II, p. 2 et suiv. — Le Répertoire de Dalloz, vo *Faillite*, no 295, rapporte plusieurs applications faites par la jurisprudence de l'ancien art. 443.

avantage fait volontairement par le débiteur à son créancier : il est suspect, parce qu'il se place à une époque postérieure à la date de la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents. Sans méconnaître l'intention des parties, la loi peut alors séparer le sort de la garantie de celui de la dette en annulant la première, alors que la seconde subsiste. Mais il en est autrement, lorsque cette garantie a été donnée en même temps que la dette ou même l'a été antérieurement (1). Alors la dette est née avec la garantie qui y est attachée à titre d'accessoire ou même n'a jamais existé sans cette garantie ; la garantie doit suivre le sort de la dette. Elle subsiste donc, si la dette n'est pas annulée ; elle est annulée, au contraire, dans les conditions soit de l'art. 446 soit de l'art. 447, alors que la dette même l'est en vertu de l'un ou de l'autre de ces articles. Le système de l'art. 446, dern. alin., n'est pas, du reste, nouveau. C'est celui qu'admettait le Droit romain au point de vue de l'action paulienne. La loi 10 § 13 d'Ulpien (XLII, 8, Dig.) est ainsi conçue : *Si cui solutum quidem non fuerit, sed in vetus creditum pignus acceperit, hâc actione tenebitur ut est sæpissime constitutum.*

367. Pour être nuls de droit, il faut, d'après le texte de l'art. 446, que l'hypothèque, les droits de nantissement ou d'antichrèse soient constitués pour dettes *antérieurement* contractées. Il n'est pas nécessaire que la dette ait été contractée durant la période suspecte. L'antériorité de la dette est la cause qui, par elle seule, justifie la nullité de droit de la garantie qui y a été attachée. Peu importe que la dette soit pleinement valable (2).

368. L'art. 446 suppose une garantie donnée par le débiteur lui-même. Il est donc sans application au cas où elle est donnée, même pour une dette antérieure, par un tiers (3), par exemple au cas où un tiers constitue une hypothèque sur un de ses immeubles pour garantir

(1) Il arrive assez souvent, particulièrement en matière commerciale, qu'une garantie, spécialement une hypothèque, est donnée avant que la dette ne soit contractée ; c'est là ce qui se présente notamment quand une hypothèque est constituée à l'occasion d'une ouverture de crédit. V. sur cette hypothèse, *Traité de Droit commercial*, IV, nos 725 et suiv. et ci-dessous, no 378.

(2) Cass. 11 juill. 1881, S. 1883. 1. 315 ; *J. Pal.*, 1883. 1. 766 ; D. 1882. 1. 296. — Bravard et Demangeat, V, p. 244 et 245.

(3) V. art. 2077 et 2090, C. civ.

une dette du failli (*caution réelle*). Alors elle ne nuit pas aux créanciers de la faillite en rompant l'égalité qui doit exister entre eux (1).

369. L'art. 446, dern. alin., parle de *l'hypothèque conventionnelle*, de *l'hypothèque judiciaire*, des *droits d'antichrèse* et des *droits de nantissement*. Il passe, au contraire, sous silence les *hypothèques légales* et les *privilèges immobiliers* ou même *mobiliers autres que ceux dérivant du nantissement*. Il faut parler séparément de chacun des droits dont il est question dans l'art. 446, dern. alin., et déterminer les motifs et les conséquences du silence de cet article sur les hypothèques légales et sur les privilèges.

370. *Hypothèque conventionnelle.* — La loi de 1838 n'avait pu se référer qu'à l'hypothèque immobilière, la seule connue à cette époque. Mais il n'est pas douteux que l'art. 446, dern. alin., s'applique aussi à l'hypothèque maritime introduite dans notre législation en 1875 (2).

Ce qu'il faut évidemment considérer, c'est la date de la *constitution* d'hypothèque, abstraction faite de celle de l'*inscription*. Quand l'hypothèque est constituée avant la période suspecte et que l'inscription est prise durant cette période, la constitution d'hypothèque ne peut être attaquée en vertu des dispositions spéciales ni de l'art. 446 ni de l'art. 447; le sort de l'inscription est déterminé d'après les règles contenues dans l'art. 448, 2e et 3e alin., C. com. V. nos 411 et suiv.

371. Il y a nullité de droit, quand, durant la période suspecte, le failli a constitué une hypothèque pour sûreté d'une dette antérieure, sans qu'au moment où cette dette a été contractée, il y ait eu aucune promesse d'hypothèque. Mais la nullité de droit doit-elle être également admise quand, une promesse d'hypothèque ayant été concomitante à la dette, l'hypothèque a été constituée postérieurement? Lorsque cette question se pose, la promesse d'hypothèque est faite par acte sous seing privé et l'acte constitutif d'hypothèque est passé par devant notaires conformément à l'art. 2127, C. civ. (3).

(1) Bravard et Demangeat, V, p. 257.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, VI, no 1673, p. 580.

(3) Il est supposé au texte qu'il s'agit d'une hypothèque sur un immeuble. Mais la même question peut évidemment se poser pour l'hypothèque maritime et doit être résolue de la même manière. Seulement elle doit se présenter beaucoup plus rarement pour cette dernière hypothèque, par cela même que celle-ci peut être constituée par acte sous seing privé (L. 10 juill. 1885, art. 2).

Il a été admis que la nullité de droit s'applique même en ce cas (1). La promesse d'hypothèque, dit-on, n'équivaut pas à la constitution d'hypothèque ; celle-ci exige nécessairement un acte notarié (art. 2127, C. civ.). L'hypothèque n'existant que lorsque cet acte a été dressé, on se conforme au texte de l'art. 446 en l'annulant dès que cet acte est postérieur à la naissance de la dette.

Il y a là une solution d'une excessive rigueur qui, selon nous, ne doit pas être adoptée (2). Lorsqu'il y a eu promesse d'hypothèque au moment où la dette a été contractée, la constitution de l'hypothèque dans les formes légales n'est que l'exécution de cette promesse. La concomitance de celle-ci avec la naissance de la dette établit entre l'hypothèque et la dette une indivisibilité toute semblable à celle qui existe quand l'hypothèque est constituée au moment où la dette est contractée. On peut dire, dans le premier comme dans le second cas, que la garantie donnée au créancier a été une condition du contrat, que sans elle peut-être le créancier n'aurait pas consenti à contracter. Dès lors, l'hypothèque doit suivre le sort de la dette (3).

Cette doctrine ne peut toutefois s'appliquer, lorsqu'il s'agit d'une dette civile, qu'autant que l'acte contenant promesse d'hypothèque a acquis date certaine avant la période suspecte (art. 1328, C. civ.). Mais cette exigence doit être écartée d'après les principes généraux, quand la dette est commerciale. Le juge apprécie alors librement s'il y a eu antidate. Il est généralement reconnu que l'art. 1328, C. civ., est inapplicable aux actes de commerce (4). Il n'est guère admissible qu'on l'applique à une promesse d'hypothèque qui est un acte accessoire, quand l'art. 1328 est étranger au contrat qui est l'acte principal (5).

(1) Paris, 7 juill. 1886, S. 1887. 1. 441 ; *J. Pal.*, 1887. 2. 65 ; *Supplément au Répertoire de Dalloz*, v° *Faillite*, n° 638, p. 383 en note ; *Journ. des faillites*, 1886, p. 418.

(2) V., dans un sens contraire à l'arrêt de la Cour de Paris du 7 juill. 1886, la note de M. Ch. Lyon-Caen, dans le *Recueil de Sirey*, 1887. 1. 441 et dans le *Journ. du Palais*, 1887. 2. 65.

(3) La loi *suisse* (art. 287), qui frappe de nullité, quand elle a été faite dans les six mois avant la déclaration de faillite, toute constitution de gage ou d'hypothèque pour garantir une dette préexistante, excepte le cas où le débiteur s'était obligé précédemment à fournir une garantie.

(4) V. *Traité de Droit commercial*, III, n° 58.

(5) V. Bordeaux, 2 janv. 1896, *Revue internationale du Droit maritime*,

372. *Hypothèque judiciaire.* — L'art. 446, alin. 3, place l'hypothèque judiciaire sur la même ligne que l'hypothèque conventionnelle. Ainsi, lorsqu'un jugement de condamnation est rendu contre le failli dans la période suspecte, l'hypothèque judiciaire qui en résulte est nulle de droit. L'art. 446, alin. 3, paraît, si on le prend à la lettre, distinguer pour l'hypothèque judiciaire, comme pour l'hypothèque conventionnelle, selon que cette hypothèque garantit ou non une dette antérieurement contractée. Mais la distinction est inapplicable : par cela même que les jugements sont, en principe, purement déclaratifs, ils ne font que constater des dettes préexistantes et l'hypothèque judiciaire garantit toujours, sauf dans des cas exceptionnels (1), des dettes antérieures. Des auteurs (2), pour arriver pourtant à faire une distinction et à ne pas toujours déclarer nulle l'hypothèque judiciaire, ont proposé de restreindre la nullité au cas où la demande du créancier a été intentée pendant la période suspecte. Mais ils introduisent ainsi une distinction arbitraire qui ne concorde nullement avec le texte de l'art. 446 (3).

On peut, par suite, dire que le Code de commerce enlève aux jugements rendus contre le failli pendant la période suspecte un des effets ordinaires que nos lois (art. 2123, C. civ.) attachent à tout jugement de condamnation, sans que pourtant les jugements mêmes rendus pendant cette période tombent en vertu de l'art. 446, C. com. (4). C'est là un résultat dont doivent se féliciter les adversaires de l'hypothèque judiciaire (5).

La nullité de l'hypothèque judiciaire qui se trouve toujours garantir une dette antérieure au jugement de condamnation d'où l'hypothèque résulte, rend cette garantie bien peu sérieuse quand elle porte sur les biens d'un commerçant. Cette précarité de la garantie a été au

1895-96, p. 731. Dans l'espèce, il s'agissait d'une constitution d'hypothèque maritime et l'arrêt écarte l'application de l'art. 1328, C. civ., à raison dit-il, du caractère essentiellement commercial de cet acte. Il n'y a aucune raison pour ne pas admettre la même doctrine dans le cas où il s'agit d'une hypothèque terrestre constituée pour garantir une dette commerciale.

(1) V. une exception indiquée au nº 372 pour la condamnation aux dépens.

(2) Bravard, V, p. 251 et 252.

(3) Demangeat sur Bravard, V, note 1 de la page 252; Laurin, nº 1004.

(4) Paris, 24 déc. 1849, D. 1850. 2. 195.

(5) Thaller, *op. cit.*, I, nº 115, p. 390 et 391.

nombre des motifs invoqués pour ne pas admettre l'hypothèque maritime judiciaire (1).

373. La nullité de l'art. 446 frappe l'hypothèque judiciaire même garantissant le jugement de condamnation à des dommages-intérêts à raison d'un délit ou d'un quasi-délit (2). L'obligation préexiste même alors à la condamnation. Comme elle ne dérive pas d'un contrat, l'on pourrait à la rigueur dire qu'elle ne se trouve pas comprise sous l'expression de dettes *contractées* employée par l'article 446, dern. alin. Mais, en employant ici ces expressions, la loi, comme dans un certain nombre d'autres dispositions (3), a sans doute voulu viser les dettes les plus fréquentes, sans exclure les autres. Les motifs de la loi s'appliquent, en effet, à toutes les dettes ; il ne faut pas, en présence de la faillite, que les créanciers qui sont présents, se créent, grâce à l'hypothèque judiciaire, un droit de préférence au préjudice des créanciers éloignés en obtenant contre le débiteur commun un jugement de condamnation durant la période suspecte. On pourrait, du reste, craindre une collusion par suite de laquelle un débiteur, qui ne peut pas constituer d'hypothèque conventionnelle valable, se laisserait poursuivre en justice, afin de permettre à un créancier d'acquérir une hypothèque judiciaire (4).

Toutefois l'hypothèque judiciaire ne peut être frappée par l'arti-

(1) Voici ce que dit à cet égard M. Grivart dans son rapport fait à l'Assemblée nationale sur la loi du 10 déc. 1874 : « En matière commerciale surtout, l'uti-« lité de l'hypothèque judiciaire est bien faible ; car les créanciers impayés ont « presque toujours le moyen de la faire tomber en provoquant la faillite et en « la faisant remonter jusqu'à l'origine de la cessation des paiements, c'est-à-« dire à une époque antérieure au jugement en vertu duquel l'inscription a été « prise. »

(2) Rouen, 16 mars 1878, S. 1880. 2. 53; *J. Pal.*, 1880. 307. (Dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'une hypothèque *conventionnelle* constituée pour garantie d'une dette de dommages-intérêts née d'un délit. Mais l'on peut citer cet arrêt dans le sens de la doctrine admise au texte. D'abord, l'art. 446 met sur la même ligne l'hypothèque conventionnelle et l'hypothèque judiciaire. Puis, l'arrêt lui-même, dans ses motifs, indique que la solution consacrée par lui serait applicable à l'hypothèque judiciaire).

(3) Analog. art. 14, C. civ. Cet article, qui est exorbitant du droit commun, parle d'obligations *contractées ;* on n'hésite pas cependant à l'appliquer aux obligations nées de délits.

(4) Au point de vue des motifs indiqués au texte pour justifier la disposition de l'art. 446 relative à l'hypothèque judiciaire, on peut rapprocher la loi du 3 septembre 1807 *relative aux inscriptions hypothécaires en vertu de jugements rendus sur des demandes en reconnaissance d'obligations sous seing privé.*

cle 446, dern. alin., en tant qu'elle garantit la condamnation aux frais prononcée en vertu de l'art. 130, C. proc. civ. L'obligation de payer les frais n'est pas antérieure à la condamnation et, par suite, à l'hypothèque judiciaire; elle est créée par le jugement et naît, par suite, avec l'hypothèque qui la garantit.

374. *Droits de gage.* — L'art. 446, dern. alin., traite le gage comme l'hypothèque, en ne le déclarant nul de droit qu'autant qu'il est constitué pour sûreté d'une dette antérieure. Cette assimilation est rationnelle, par cela même que le gage dérive de la convention comme l'hypothèque. On a même pu dire exactement en ce sens, que le droit de gage, bien que la loi y attache un privilège, n'est qu'une sorte d'hypothèque mobilière, sauf la condition de la mise en possession du créancier (1).

L'art. 446 désigne en réalité le *gage* sous le nom de *nantissement.* Cette dernière expression comprend ordinairement aussi bien le nantissement des choses immobilières ou *antichrèse* que celui des choses mobilières ou *gage* (art. 2071 et 2072, C. civ.). Mais l'art. 446, plaçant les droits de *nantissement* à côté des droits d'*antichrèse*, n'a pu prendre la première expression que dans un sens étroit pour désigner le gage.

375. Pour que la nullité de droit s'applique, il faut que le *gage* soit établi pour une dette antérieure et pendant la période suspecte (2).

S'il s'agit d'un gage *civil* portant sur une chose corporelle, il n'est considéré comme antérieur à cette période à l'égard des créanciers de la masse qu'autant que l'acte constitutif a acquis date certaine avant le commencement de cette période (art. 2074, C. civ.). Il n'y a pas à tenir compte de ce que le gage n'a été effectivement remis au créancier que pendant cette période et après la naissance de la dette. Cette remise intervenant en exécution du contrat de gage, n'est que le paiement d'une dette échue et ne pourrait, par suite, être attaquée qu'en vertu de l'art. 447, C. com. (3). Pour un gage

(1) Valette, *Traité des privilèges et des hypothèques*, p. 158.

(2) En conséquence, l'art. 446 ne s'appliquerait pas à un gage donné pour une créance future : Lyon, 16 juin 1874, D. 1876. 2. 171. V. n° 378.

(3) Toulouse, 25 mars 1874, D. 1876. 1. 318; Dijon, 20 mars 1882, *Journ. des faillites*, 1882, p. 544. — V. pourtant Paris (9e ch.), 28 déc. 1894, *Journ. des faillites*, 1896, p. 1147. — V. dans le sens de l'opinion admise au texte, Renouard, I, p. 388; Boistel, n° 953.

commercial, il n'est pas nécessaire que l'acte qui en constate l'acquisition ait reçu date certaine avant la période suspecte, puisqu'un écrit n'est même pas nécessaire (art. 91, C. com.). C'est au juge à apprécier librement s'il n'y a pas une antidate.

De même, pour le cas de constitution en gage d'une créance, il faut s'attacher à la date de l'acte constitutif, en faisant abstraction de celle de la signification faite au débiteur en vertu de l'art. 2075, C. civ. ou de la remise du titre. Il y a là une formalité extrinsèque très importante sans doute, mais qui n'empêche pas que le gage ne soit constitué au moment où le débiteur y donne son consentement. Si donc le gage a été constitué au moment où la dette a été contractée, il ne peut être déclaré nul en vertu de l'art. 446, la signification (1) ou la remise du titre (2) fût-elle faite seulement pendant le temps suspect.

Par identité de raison, la nullité de droit est sans application quand, le gage commercial (3) portant sur des droits constatés par des titres à ordre ou sur des titres nominatifs, l'endossement ou le transfert a été fait durant la période suspecte, pourvu qu'il soit établi que le gage a été consenti avant le commencement de cette période (4).

375 *bis*. La substitution d'un gage à un autre ne tombe pas sous le coup de l'art. 446, dern. alin., pourvu qu'avant elle le créancier ne se soit pas dessaisi du premier gage (car dans ce cas il aurait cessé d'être créancier gagiste au moment de la constitution du nouveau gage) et que la chose nouvellement engagée n'ait pas une valeur supérieure à celle du premier gage (5).

Au contraire, on se trouverait bien dans le cas prévu par l'arti-

(1-2) Cass. 20 janv. 1886, S. 1886. 1. 305; *J. Pal.*, 1886. 1. 732 (note de Ch. Lyon-Caen); D. 1886. 1. 406; Cass. 16 nov. 1892, *La Loi*, nº du 14 fév. 1893. — Bravard et Demangeat, V, p. 254, en note. V. pourtant Colmar, 17 janv. 1866, D. 1866. 5. 224; Massé, IV, nº 2891. — Cpr. Cour de cass. du Grand-Duché de Luxembourg, 23 déc. 1892, S. et *J. Pal.*, 1893. 4. 15.

(3) Il est parlé au texte du gage *commercial*, parce qu'il est douteux que, pour le gage *civil*, la formalité de l'endossement ou du transfert puisse remplacer la signification à faire au débiteur.

(4) Paris, 28 nov. 1878, S. 1879. 2. 129; *J. Pal.*, 1879. 578; D. 1879. 2. 153.

(5) Cass. 22 août 1868, S. 1867. 1. 38; *J. Pal.*, 1868. 61; Cass. 20 nov. 1882, S. 1884. 1. 311; *J. Pal.*, 1884. 1. 779; D. 1883. 1. 376; *Journ. des faillites*, 1883, p. 31. — Boistel, nº 953.

cle 446, dern. alin., si le gage d'un créancier était transmis à un autre qui précédemment était créancier chirographaire (1).

376. Si l'endossement d'un récépissé équivaut à un paiement en marchandises et doit être annulé comme tel quand il a eu lieu dans la période suspecte en vertu de l'art. 446 (n° 346), l'endossement d'un warrant peut être parfois considéré comme une constitution de gage qui n'est nulle de droit qu'autant qu'elle intervient à l'occasion d'une dette préexistante. Il en est ainsi lorsque le failli ayant déposé la marchandise endosse le warrant à un créancier (2). Au contraire, quand il s'agit d'un warrant endossé par le failli qui en était tiers-porteur, il y a seulement là un paiement en effets de commerce et la nullité de l'art. 446 ne s'applique que si la dette n'était pas échue lors de cet endossement (n° 346).

L'endossement simultané du récépissé et du warrant, fait par le déposant (3) à l'occasion d'une dette antérieure, tombe doublement sous le coup de la nullité de droit de l'art. 446 comme constituant un paiement en marchandises et un gage pour une dette préexistante.

377. *Droits d'antichrèse.* — L'antichrèse, si elle ne donne pas au créancier antichrésiste un privilège comme le gage, lui confère, du moins, un droit de rétention. On a longtemps discuté sur le point de savoir si ce droit est opposable par le créancier seulement au débiteur ou s'il l'est même aux autres créanciers. En comblant la lacune du Code de 1807, qui ne mentionnait pas le droit d'antichrèse, la loi de 1838 tranche implicitement la question dans le dernier sens (4). On ne comprendrait pas que le droit d'antichrèse fût annulé, s'il ne pouvait pas préjudicier aux créanciers de la masse. Il n'est, au surplus, frappé de la nullité de droit de l'art. 446 qu'autant que la

(1) Cass. 29 mars 1865, S. 1865. 1. 221; *J. Pal.*, 1865. 531; D. 1865. 1. 287.

(2) Rouen, 22 mars 1866, D. 1867. 2. 205.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, III, n° 347.

(4) Le caractère de droit réel du droit d'antichrèse peut aussi se déduire de la loi du 23 mars 1855 (art. 2 1°) qui soumet à la transcription, pour qu'ils soient opposables aux tiers, les actes constitutifs d'antichrèse. — En disant qu'il résulte, soit de l'art. 446 modifié en 1838, soit de la loi du 23 mars 1855, que le droit d'antichrèse est un droit réel, nous entendons seulement indiquer que ce droit est opposable aux créanciers chirographaires et hypothécaires. Nous n'avons pas à prendre parti ici sur le point de savoir si un droit de suite est attaché à l'antichrèse; c'est une question spéciale en dehors du sujet traité. V. Aubry et Rau, IV, § 498, note 9, p. 718 et 719.

constitution d'antichrèse est postérieure à la naissance de l'obligation qu'elle est destinée à garantir.

Il faut encore ici que l'acte de constitution d'antichrèse ait acquis date certaine avant la période suspecte, au moins quand la dette garantie est une dette civile. Peu importe que la transcription à laquelle la loi du 23 mars 1855 (art. 2), soumet cet acte, n'ait été faite que durant cette période. Dans ce dernier cas, la transcription ne pourrait pas être annulée en vertu de l'art. 448, 2e et 3e alin., qui ne s'occupe que des inscriptions de privilèges et d'hypothèques. V. nº 415.

Peu importe aussi que le créancier antichrésiste n'ait été mis en possession de l'immmeuble que durant la période suspecte (1). V. *analog*. nº 375.

378. *Questions générales*. — On peut faire des applications nombreuses de la règle impliquée par l'art. 446, C. com., selon laquelle les garanties données pour des dettes futures ne sont pas frappées de la nullité de droit. Les deux plus importantes sont assurément les suivantes :

a. La garantie constituée pour assurer le remboursement des avances à faire en vertu d'une ouverture de crédit n'est pas nulle de droit (2).

b. La garantie constituée pour le solde d'un compte-courant non arrêté n'est pas nulle de droit, alors même que le compte-courant serait débiteur pour celui qui donne cette garantie au moment où elle est consentie. Tant que le compte court, il n'y a ni dette ni créance (3).

(1) On s'accorde à reconnaitre que la loi du 23 mars 1855 (art. 2 1º), en soumettant à la transcription le contrat d'antichrèse, n'a pas supprimé la nécessité de la mise en possession du créancier antichrésiste. Il y a ainsi pour l'antichrèse deux conditions ou formalités de publicité.

(2) Cass. 29 déc. 1880, S. 1881. 1. 162; *J. Pal.*, 1881. 1. 382; D. 1881. 1. 54; Cass. 7 janv. 1879, S. 1879. 1. 400; *J. Pal.*, 1879. 1053; D. 1879. 1. 286. La solution incontestable donnée au texte ne doit certainement pas empêcher de reconnaitre aux tribunaux le droit d'annuler l'hypothèque en vertu de l'art. 446, s'ils constatent que l'ouverture de crédit était simulée et qu'en réalité, la garantie, par exemple l'hypothèque, était destinée à garantir le paiement d'effets souscrits antérieurement par le crédité. — V. *Traité de Droit commercial*, IV, nos 728 et suiv.

(3) V. Cass. 29 déc. 1880, S. 1881. 1. 162; *J. Pal.*, 1881. 1. 382; D. 1881. 1. 54.

Mais on ne saurait assimiler le cas où la dette est sous condition à celui où elle n'est pas antérieure à la garantie. Même quand la dette est conditionnelle, le contrat ayant été conclu avant que la garantie ne soit consentie par le débiteur, il n'y a pas d'indivisibilité entre celle-ci et la dette (1).

379. La distinction faite par l'art. 446, dern. alin., entre le cas où les garanties dont il parle sont constituées pour une dette antérieure et le cas où elles le sont pour une dette concomitante ou future, peut donner lieu à une difficulté quand ces garanties sont données pour deux dettes dont l'une est antérieure et dont l'autre est contractée, soit au moment même, soit postérieurement. Ainsi, quand un individu déjà créancier chirographaire fait un prêt pendant la période suspecte et qu'une hypothèque lui est constituée à la fois pour la dette ancienne et pour la nouvelle, quel est le sort de cette hypothèque? Il serait rigoureux et peu conforme à l'esprit de l'article 446 d'annuler complètement l'hypothèque. Elle ne doit l'être que dans la mesure de la dette ancienne; pour la somme correspondant à la dette nouvelle, elle est liée au sort de celle-ci (2).

Toutefois cela ne doit pas être admis d'une façon absolue. Il ne faut pas qu'on arrive à profiter de cette distinction pour échapper à la rigueur de l'art. 446. C'est en s'inspirant de cette considération que parfois la nullité de droit pour le tout d'une hypothèque constituée pour sûreté de dettes antérieures et de dettes futures a été admise dans ces circonstances (3).

380. *Hypothèques légales.* — L'art. 446, dern. alin., ne vise point les hypothèques légales et leur est, par suite, inapplicable. Cela

(1) V. Trib. comm. Seine, 25 juill. 1894, *Journ. des faillites*, 1896, p. 122. — Dans l'espèce, le tribunal déclare l'art. 446 applicable à une hypothèque constituée par un acheteur au profit du vendeur en s'appuyant sur ce que la vente n'était pas régie par l'art. 1585, C. civ. Mais, même quand il s'agit d'une vente de l'espèce visée par l'art. 1585, C. civ., l'hypothèque constituée après la vente par l'acheteur est nulle de droit; il y a là une vente sous condition suspensive.

(2) Cass. 18 avr. 1887, S. 1887. 1. 173; *J. Pal.*, 1887. 1. 400. — L'art. 980 du Code de commerce *mexicain* donne expressément cette solution.

(3) Cass. 7 janv. 1879, S. 1879. 1. 400; *J. Pal.*, 1879. 1053; D. 1879. 1. 286; Cass. 13 août 1883, S. 1885. 1. 218; *J. Pal.*, 1885. 1. 524; D. 1884. 1. 207; *Journ. des faillites*, 1883, p. 465; Lyon, 7 fév. 1883, *Journ. des faillites*, 1884, p. 78.

s'explique par plusieurs motifs. Les circonstances, dans lesquelles naissent les hypothèques légales doivent empêcher le soupçon de fraude. Comment supposer qu'un commerçant s'est marié durant la période suspecte ou a accepté une tutelle, pour nuire à ses créanciers en faisant naître une hypothèque légale sur ses immeubles (1)! D'ailleurs, l'hypothèque légale naît toujours, soit avec les créances qu'elle garantit, soit antérieurement (art. 2121 et 2135, C. civ.); elle ne naît jamais postérieurement à ces créances, ce qui suffirait pour écarter l'application de l'art. 446 (2).

Ce n'est pas à dire que la loi ne voit pas, en cas de faillite, les hypothèques légales, comme, du reste, tous les droits de préférence, avec une certaine défaveur. Aussi, sans prononcer en aucun cas la nullité de l'hypothèque légale de la femme mariée, le Code restreint cette hypothèque à certaines créances et à certains immeubles du mari. V. art. 563, C. com.

381. *Subrogation à l'hypothèque légale de la femme mariée.* — A l'occasion de l'hypothèque légale de la femme mariée, il intervient dans la période suspecte des opérations à l'occasion desquelles de graves difficultés s'élèvent. La femme du failli consent parfois durant cette période une subrogation à son hypothèque légale. Cette subrogation peut-elle être atteinte par la nullité de plein droit de l'article 446 ou tout au moins par la nullité facultative de l'art. 447?

Quand la subrogation est consentie à un créancier personnel de la femme, il va de soi que la faillite du mari ne peut avoir sur la validité de cette opération aucune influence : le droit exercé par le subrogé ne peut nuire aux créanciers de la faillite, il exerce le droit même de la femme, sa débitrice. Les créanciers du mari ne souffrent pas plus que si l'hypothèque légale était exercée par la femme même.

Mais il arrive que, durant la période suspecte, la femme d'un commerçant s'oblige solidairement avec son mari au paiement d'une

(1) Cependant le Code de 1807 (art. 443) ne faisait pas de distinction et paraissait annuler même les hypothèques légales prenant naissance dans les dix jours ayant précédé l'ouverture de la faillite, c'est-à-dire la date de la cessation des paiements. La nullité avait été admise spécialement pour les hypothèques légales de la femme sur les immeubles de son mari et de l'État sur ceux des comptables.

(2) Nancy, 19 mars 1879, S. 1879. 2. 113; *J. Pal.*, 1879. 563; D. 1880. 2. 10.

dette antérieure (1) de celui-ci et subroge le créancier à son hypothèque légale. Deux questions se rattachant l'une à l'autre se posent alors : 1° La femme a-t-elle, pour l'indemnité de ce que son mari, dont elle est réputée la caution (art. 1431, C. civ.), lui doit, une hypothèque légale efficace pouvant être opposée à la masse soit par la femme soit par le subrogé (art. 2135, avant-dern. alin., C. civ.)? 2° Si la femme est privée de la garantie de son hypothèque légale pour assurer son recours contre son mari, ne reste-t-elle pas, du moins, obligée envers le créancier de son mari et la subrogation ne subsiste-t-elle pas dans les rapports de la femme avec ce créancier?

1° L'hypothèque légale, en tant qu'elle garantit le recours de la femme contre son mari et, par suite, la subrogation qui y a été consentie, ne saurait être déclarée inefficace en vertu de l'art. 446 (2). Cet article, qui fait une énumération limitative des actes nuls de droit, est étranger aux hypothèques légales (n° 380). Mais la masse des créanciers a, du moins, la ressource de l'art. 447. Cet article a une portée très générale et permet au juge d'annuler tous les actes faits depuis la date de la cessation des paiements avec le failli par des personnes connaissant sa situation (n° 386). Si donc la femme et le créancier ont eu connaissance de la cessation des paiements, lors de l'engagement contracté par celle-ci, l'hypothèque légale, en tant qu'elle garantit le recours de la femme contre son mari, pourra être déclarée inefficace à l'encontre de la masse, qu'elle soit invoquée par la femme ou par le subrogé. Si le subrogé seul a connu la cessation de paiements, il ne peut se prévaloir de cette hypothèque, mais la femme de bonne foi peut l'exercer. Si, au contraire, la femme seule a connu la cessation de paiements, l'hypothèque qui garantit son recours contre son mari étant annulée, le subrogé ne pourra pas plus s'en prévaloir que dans le cas où il est lui-même de mauvaise foi.

(1) V. pour le cas où la femme s'oblige solidairement à l'occasion d'une dette de son mari qui est actuellement contractée ou qui doit ne l'être que postérieurement, n° 381, à la fin.

(2) Cass. 9 déc. 1868, S. 1869. 1. 117; *J. Pal.*, 1869. 275; D. 1869. 1. 5 (note *en sens contraire* de notre très regretté collègue, M. Beudant); Cass. 11 déc. 1876, S. 1877. 1. 406; *J. Pal.*, 1877. 1080; Nancy, 19 mars 1879, S. 1879. 2. 113; *J. Pal.*, 1879. 563 (note de notre très regretté collègue, M. Ortlieb); D. 1880. 2. 10; Cass. 18 avr. 1887, D. 1887. 1. 165. — Renouard, I, n° 382; Bravard et Demangeat, V, p. 247, en note.

On a voulu pourtant appliquer ici l'art. 446 en disant qu'il s'agit d'une hypothèque en quelque sorte mixte, par cela même qu'elle se rattache à des actes volontaires (1). On a aussi insisté sur le danger qu'il y a à ne pas appliquer alors l'art. 446 : le mari, a-t-on dit, qui ne peut plus constituer une hypothèque conventionnelle valable, parvient à se procurer du crédit et nuit autant à ses créanciers en faisant intervenir sa femme à l'obligation qu'il contracte. Il fait indirectement ce qu'il ne peut faire directement. — On oublie dans cette doctrine que l'art. 446 est une disposition très rigoureuse, que l'énumération y contenue est limitative et que, du reste, l'exclusion de l'art. 446 n'empêche pas qu'il y ait un remède contre la fraude.

2° Mais si la masse a fait déclarer inefficace à son égard l'hypothèque légale appartenant à la femme pour l'indemnité de son obligation, du moins l'engagement de la femme reste-t-il valable envers le créancier? Cette question ne concerne pas la masse des créanciers de la faillite du mari; peu leur importe que ce soit la femme ou le créancier qui produise à la faillite.

On a soutenu que l'obligation de la femme est nulle comme ayant été contractée dans la période suspecte avec l'autorisation de son mari qui ne pouvait plus valablement l'autoriser (2). Il y a là une erreur véritable. Le failli, même après le jugement déclaratif, conserve la puissance maritale et, par suite, le droit d'autorisation qui en dépend (n° 208 *quater*); *à fortiori*, le conserve-t-il durant la période suspecte (3).

Tout en repoussant cette doctrine erronée, des auteurs et des arrêts ont admis que l'inefficacité de l'hypothèque légale de la femme pour l'indemnité à laquelle elle a droit entraîne, par voie de conséquence, la nullité de son engagement envers le créancier (4). On considère dans

(1) Nancy, 4 août 1860, 10 août 1875, S. 1861. 2. 119; *J. Pal.*, 1861. 813; D. 1860. 2. 196; S. 1876. 2. 245; *J. Pal.*, 1876. 974.

(2) Nancy, 4 août 1860, S. 1861. 2. 119; *J. Pal.*, 1861. 813. — Coin-Delisle, *Revue critique de législation*, III, p. 221; P. Pont, *Traité des privilèges et hypothèques*, I, n° 447.

(3) V. les arrêts cités à la note suivante. Aubry et Rau, III, § 264 *ter*, note 27.

(4) Nancy, 19 mars 1879, S. 1879. 2. 113; *J. Pal.*, 1879. 563; D. 1880. 2. 10. Cet arrêt a été cassé par un arrêt du 21 avr. 1881, S. 1881. 1. 393; *Journ. des faillites*, 1882, p. 16. La Cour de Nancy s'était déjà prononcée dans ce sens à plusieurs reprises.

cette opinion qu'il existe une sorte de lien indivisible entre le recours de la femme mariée et l'hypothèque légale, de telle sorte que, si cette garantie lui fait défaut, elle ne peut être obligée personnellement. — Il y a là une exagération. En principe général, sans doute la femme, par cela même qu'elle est créancière de son mari, a son hypothèque légale (art. 2121, C. civ.). Mais cela doit cesser d'être vrai quand une cause spéciale rend cette hypothèque inefficace. C'est là ce qui se produit, selon nous, dans le cas qui vient d'être examiné. Au surplus, cela n'a rien de très rigoureux; l'inefficacité de l'hypothèque légale suppose que la femme a connu la cessation des paiements de son mari, et encore les juges ont-ils la faculté de ne pas admettre la nullité d'après l'art. 447, s'il n'y a pas eu une fraude caractérisée (n° 394). On a cherché à justifier la nullité du cautionnement à l'aide d'une tout autre raison. On a invoqué l'art. 598, C. com., qui prononce la nullité de tout *traité particulier duquel résulterait en faveur d'un créancier un avantage à la charge de l'actif du failli* (1). Mais cette disposition est loin de s'appliquer à tous les actes faits durant la période suspecte (2). Autrement elle serait inconciliable avec les articles 446 et 447; ces articles établissent des nullités relatives, c'est-à-dire qui ne peuvent être invoquées que par la masse des créanciers et la nullité de l'art. 598 est une nullité absolue, c'est-à-dire dont peut se prévaloir toute personne y ayant intérêt.

Il résulte du maintien de l'obligation de la femme que, si elle a constitué au profit du créancier de son mari une hypothèque conventionnelle sur ses biens, celle-ci subsiste et que le créancier peut aussi se prévaloir de la subrogation à l'hypothèque légale, en tant qu'elle garantit les créances de la femme (reprises, restitution de dot, etc...) étrangères à l'obligation contractée par elle dans la période suspecte (3).

Il a été supposé que la femme s'obligeait pour une dette *antérieure* de son mari, parce que c'est, dans ce cas seulement, qu'on a pu soutenir que l'art. 446 doit s'appliquer. Mais il va de soi que l'art. 447

(1) Bédarride, *Traité des faillites*, I, p. 212.

(2) Dans le chapitre consacré à la banqueroute et aux divers délits se rattachant à la faillite, la portée restreinte de l'art. 598, C. com., sera déterminée.

(3) Paris, 8 juin 1882, *Journ. des faillites*, 1882, p. 599.

que nous appliquons seul à cette hypothèse, régit aussi celle où la femme s'oblige solidairement pour une dette du mari, soit contractée au moment même où elle s'engage, soit à contracter postérieurement (1).

381 *bis*. Une opinion toute différente de celles qui avaient été soutenues jusqu'alors, a été récemment défendue (2). D'après elle, non seulement pour les motifs indiqués précédemment (n° 381), l'obligation contractée par la femme avec son mari est valable et la subrogation n'est pas nulle de droit en vertu de l'art. 446, C. com., mais cette opération ne peut même pas être annulée en vertu de l'art. 447. En effet, l'art. 447, d'après ses termes mêmes, ne s'applique qu'aux *actes passés par le failli;* le cautionnement de la femme n'est pas un acte de son mari, le débiteur principal, et il en est de même de la subrogation. Les créanciers ne sont protégés que par les principes du droit commun : l'opération grâce à laquelle un créancier obtient par voie de subrogation l'hypothèque légale de la femme est illicite par cela même qu'elle rompt l'égalité; elle cause aux créanciers de la masse un préjudice; le créancier qui en est le bénéficiaire et la femme qui a coopéré à l'acte doivent la réparation du préjudice causé s'ils ont connu la situation du mari. C'est là une application de l'art. 1382, C. civ. Si le créancier subrogé est de mauvaise foi, le préjudice sera réparé par l'annulation de l'hypothèque. Si la femme seule est de mauvaise foi, elle sera privée de son hypothèque pour garantir son recours contre son mari après avoir payé le créancier.

Cette doctrine est certainement ingénieuse. Mais elle ne doit pas, selon nous, être admise. L'opération dont il s'agit, n'est sans doute pas un acte du failli au sens étroit du mot; mais c'est une opération qui suppose son concours et qui équivaut à un acte fait par lui pour créer un droit de préférence au profit d'un créancier. L'interprétation limitative qu'on doit faire de l'art. 446 empêche seule d'admettre qu'il y ait nullité de droit; la portée générale de l'art. 447 doit faire reconnaître qu'il y a nullité facultative.

(1) V. Cass. 24 déc. 1860, S. 1861. 1. 538; *J. Pal.*, 1861. 225; D. 1861. 1. 71.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Traité des privilèges et hypothèques*, II, n° 994; Boutaud, *Des contrats de la femme avec les tiers dans l'intérêt du mari*, n° 105, p. 184 et suiv.

La masse des créanciers se trouve ainsi mieux protégée qu'elle ne le serait par l'art. 1382, C. civ. Sans doute ce principe n'est pas sans application aux actes pouvant nuire aux créanciers et faits durant la période suspecte (1). Mais, comme on ne saurait dire qu'il y a une obligation stricte pour chacun des créanciers d'un commerçant de ne rien faire qui puisse le placer dans une situation meilleure que celle des autres créanciers, il paraît difficile de leur permettre d'invoquer l'art. 1382, C. civ. en dehors des cas où il y a eu une fraude caractérisée, tandis que la seule connaissance de la cessation des paiements suffit pour permettre de prononcer la nullité de l'acte, en vertu de l'art. 447, C. com.

382. *Privilèges.* — L'art. 446, dern. alin., ne mentionne pas non plus, pour les annuler, les privilèges immobiliers ou mobiliers autres que le privilège du créancier gagiste. Les privilèges sont donc à l'abri de la nullité, à moins, bien entendu, qu'elle n'atteigne l'acte qui leur donne naissance. Cela tient à ce que tous les privilèges, à l'exception de celui du gagiste, existent sans la volonté de l'homme et qu'attachés à la qualité ou à la cause de la créance garantie par eux, ils naissent toujours avec elle et non postérieurement.

Le silence complet de l'art. 446 sur les privilèges doit nécessairement conduire à écarter la nullité de droit même pour les privilèges fondés sur une constitution de gage tacite. Ainsi, le bail passé durant la période suspecte n'en confère pas moins au bailleur le privilège de l'art. 2102 1°, C. civ., à moins, bien entendu, qu'à raison de la connaissance qu'a celui-ci de la cessation des paiements, le bail ne soit annulé en vertu de l'art. 447, C. com. (2). Le privilège du bailleur porte même sur les meubles introduits dans les lieux loués pendant la période suspecte (3). De même, le privilège du commissionnaire (art. 95, C. com.) existe sur les marchandises consignées au failli pendant la période suspecte, soit pour des créances postérieures, soit pour

(1) V. pour les actes antérieurs à la période suspecte, ci-dessus, note 2 de la page 257.

(2) Cass. 2 mars 1869, D. 1869. 1. 473; Cass. 30 mai 1870, D. 1870. 1. 254; Aix, 19 janv. 1871, S. 1871. 1. 212; D. 1871. 2. 46.

(3) Cpr. Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechtes*, p. 248 et 249.

des créances antérieures à cette consignation (1), sous la restriction de la faculté d'appliquer l'art. 447, C. com.

Du reste, par défaveur pour ce qui rompt l'égalité entre les créanciers, le Code de commerce supprime le privilège du vendeur d'effets mobiliers (art. 550, C. com.) ou restreint, quant aux créances garanties par lui, le privilège du bailleur (art. 450 et 550 modifiés par la loi du 12 février 1872) (2).

383. Il a été dit plus haut (n° 317) que les nullités de droit ne sont prononcées par l'art. 446 qu'à *l'égard de la masse*, et il sera expliqué plus loin (n° 398) que le même caractère relatif doit être reconnu aux nullités facultatives de l'art. 447, bien que ce dernier article ne contienne pas les mêmes expressions restrictives que l'art. 446. Ce principe conduit notamment à refuser le droit d'invoquer la nullité au failli lui-même, à la personne qui a fait avec lui l'acte attaqué et généralement aux tiers (3). Mais l'application du principe donne lieu à une grave difficulté quand l'hypothèque constituée dans les conditions prévues par l'art. 446 est suivie d'une autre hypothèque qui est valable.

Il n'est pas douteux sans doute que, dans ces circonstances, le second créancier hypothécaire ne peut pas demander la nullité de l'hypothèque qui le prime. L'action en nullité n'appartient qu'à la masse des créanciers représentée par le syndic. Mais, quand, sur la demande du syndic, la première hypothèque en date a été annulée, il faut déterminer quelles sont les conséquences de cette nullité et ce n'est pas chose facile (4).

(1) Colmar, 5 juill. 1865, D. 1865. 2. 225. — V. sur le privilège du commissionnaire et sur la suppression de toute distinction entre les avances antérieures et les avances postérieures à la consignation des marchandises, *Traité de Droit commercial*, III, n° 492.

(2) C'est ainsi que le Code de commerce ne déclare pas nulles les hypothèques légales, mais apporte des restrictions au moins à l'une d'entre elles, l'hypothèque légale de la femme mariée. V. n° 380 et art. 563, C. com.

(3) Paris, 12 janv. 1892, *Journ. des faillites*, 1892, p. 161. Cet arrêt refuse, dans le cas où une cession de créance a été faite pendant la période suspecte, au débiteur cédé le droit de se prévaloir de la nullité de cette cession.

(4) Cette question se pose dans les cas, soit de nullité de la constitution d'hypothèque en vertu de l'art. 446 ou de l'art. 447; soit de nullité de l'inscription d'hypothèque en vertu de l'art. 448, 2e et 3e alin., C. com. V. ci-après, nos 411 et suiv.

A cet égard, des systèmes divers (1) ont été soutenus et admis par les différentes juridictions.

Dès l'instant, a-t-on dit, où la nullité a été prononcée sur la demande du syndic, l'hypothèque n'existe plus, l'inscription a dû être radiée, et dès lors, l'hypothèque annulée ne peut pas être invoquée plus à l'égard du créancier hypothécaire postérieur qu'à l'égard de la masse des créanciers (2).

Ce système est assurément le plus simple. Mais il semble être en contradiction avec le caractère relatif attribué à la nullité de l'hypothèque par le texte même de l'art. 446. Avec ce système, en effet, la nullité de l'hypothèque venant au premier rang profite au créancier hypothécaire postérieur et non à la masse des créanciers, tout au moins quand le prix de l'immeuble est inférieur au montant des deux dettes hypothécaires. En outre, si ce système était celui de la loi, l'application de l'art. 446 serait entravée. D'un côté, le créancier hypothécaire qui aurait intérêt à l'annulation de l'hypothèque primant la sienne, n'a pas le droit de former la demande en nullité. D'un autre côté, le syndic qui a le droit de faire prononcer la nullité, ne la demanderait point à raison du défaut d'intérêt de la masse.

Les deux autres systèmes entendent, pour faire droit à cette juste critique, tenir compte de ce que la nullité de l'hypothèque n'est admise par l'art. 446 qu'à l'égard de la masse. Mais, pour atteindre ce but, ils proposent des moyens bien différents.

Le syndic, a-t-on dit, a sans doute seul le droit de demander la nullité de l'hypothèque en vertu de l'art. 446, mais il ne peut pas s'immiscer dans la procédure d'ordre. Aussi le premier créancier se fera colloquer à son rang par préférence au second qui ne peut se prévaloir de la nullité de la première hypothèque (3). Mais, par cela

(1) V. l'exposé de ces systèmes dans un article publié dans le nº du *Droit*, du 1er janv. 1890, *Des hypothèques annulées relativement à la masse de la faillite*.

(2) Paris, 28 juin 1876, D. 1890. 1. 193, en note; Aix, 4 août 1887, D. 1890. 1. 193; Cass. 11 déc. 1889, D. 1890. 1. 193; S. et *J. Pal.*, 1892. 1. 145 (note de M. Lacoste); *Journ. des faillites*, 1890, p. 49.

(3) On a souvent dit qu'alors il pourrait intervenir une transaction entre le syndic et le second créancier hypothécaire. Celui-ci déterminerait le syndic à agir en s'engageant à laisser profiter les créanciers de la masse, au moins pour partie, du bénéfice résultant de l'annulation de l'hypothèque.

même que cette nullité a été prononcée sur la demande du syndic, celui-ci pourra obtenir le bénéfice de la collocation du premier créancier (1). Par quel moyen l'attribution du montant de cette collocation sera-t-elle réalisée? Sur ce point, ou les partisans de ce système ne se prononcent pas (2) ou ils proposent des moyens variés (3).

Ce système se heurte à une objection grave. L'art. 446 déclare nulle de droit l'hypothèque constituée pour garantir une dette antérieure et pourtant on lui fait produire ses effets, en permettant à la masse des créanciers d'en invoquer le bénéfice. Il y a là une véritable contradiction; comment concevoir que la nullité d'une hypothèque ait pour conséquence de la maintenir avec effet au profit de la masse des créanciers à l'encontre du créancier ayant une hypothèque valable inscrite après l'hypothèque annulée! Rien dans les termes de l'art. 446 ne fait allusion à une solution semblable. D'ailleurs, il est probable que si le législateur avait voulu l'adopter, il n'aurait pas manqué d'indiquer le moyen à l'aide duquel le syndic peut arriver à faire bénéficier la masse des créanciers de la collocation obtenue par le créancier dont l'hypothèque est annulée.

Toutes ces raisons doivent, selon nous, faire préférer un troisième système (4). Le but du législateur a été, dans l'art. 446, C. com., de protéger la masse des créanciers contre le préjudice que l'hypothèque frappée de nullité pourrait leur causer. La nullité ne peut, par suite, être admise que si ce préjudice existe et dans la mesure où il se produit. Le créancier hypothécaire qui vient au second rang et dont l'hypothèque est valable, doit être placé dans la même situation que si la nullité de la première hypothèque n'avait pas été prononcée. Les créanciers de la masse doivent tenir compte de l'existence de la seconde

(1) Paris, 29 déc. 1887, *Journ. des faillites*, 1888, p. 150; D. 1890. 1. 194, en note. — V. *dans ce sens*, Kohler, *op. cit.*, p. 261.

(2) L'arrêt de la Cour de Paris cité à la note précédente se borne à dire que la masse des créanciers « a sur le montant de la collocation un droit de créance « dont il appartient au syndic de poursuivre l'attribution par telle voie qu'il « appartiendra. »

(3) On parle d'une collocation de la masse en sous-ordre, ou d'une collocation directe de celle-ci, ou d'une subrogation prononcée par justice. V. *en ce dernier sens*, dans *La Loi*, n° du 10 avr. 1881, un article de M. Camberlin.

(4) Il a été consacré par un jugement du tribunal de commerce de la Seine du 29 déc. 1885, *Le Droit*, n° du 28 janv. 1888. C'est le jugement infirmé par l'arrêt de la Cour de Paris du 29 déc. 1887 cité à la note 1 ci-dessus.

hypothèque qui leur est opposable. Aussi la collocation du créancier hypothécaire frappé par l'art. 446 doit, selon les cas, être annulée pour le tout ou annulée en partie seulement ou maintenue intégralement selon que, sans cette collocation, l'hypothèque valable laisserait libre, soit une somme au moins égale, soit une somme inférieure au montant de la collocation, ou qu'elle absorberait la totalité du prix. En d'autres termes, le créancier dont l'hypothèque a été annulée, peut se faire colloquer jusqu'à concurrence de ce qu'il prendra au détriment du créancier hypothécaire qui le suit, mais n'a aucun droit sur la partie du prix que ce créancier, s'il avait été seul, n'aurait pas absorbée.

Pour rendre plus clair ce système, il est utile de prendre des chiffres, afin de montrer à quels résultats pratiques il conduit dans des cas déterminés, et de faire ressortir en quoi les conséquences des deux autres systèmes sont différentes dans ces mêmes cas.

Soit un immeuble grevé de deux hypothèques dont la première inscrite a été annulée sur la demande du syndic, tandis que la seconde en date est valable. Cet immeuble a été vendu 160.000 francs. Quels sont les droits respectifs du premier créancier hypothécaire, du second et de la masse des créanciers? Cela dépend essentiellement du montant de chacune des deux créances hypothécaires.

Premier cas. — Première hypothèque annulée garantissant une créance de 80.000 fr. ; deuxième hypothèque valable garantissant une créance de 80.000 fr. La seconde hypothèque produit son plein et entier effet ; mais la première est complètement annulée au profit de la masse ; c'est à elle que la première hypothèque préjudicierait, si le créancier hypothécaire l'exerçait sur le prix.

Deuxième cas. — Première hypothèque annulée garantissant une créance de 160.000 fr. ; deuxième hypothèque valable garantissant une créance de 120.000 fr. Le second créancier hypothécaire n'aura droit à aucune collocation, par cela même que la première hypothèque est valable à son égard ; mais le premier créancier hypothécaire prendra seulement 120.000 fr. et son hypothèque sera nulle pour les 40.000 fr. qui seraient tombés dans la masse chirographaire si le second créancier hypothécaire avait été seul.

Troisième cas. — Première hypothèque annulée garantissant une créance de 160.000 fr. ; deuxième hypothèque valable garantissant

une créance de pareille somme. Le premier créancier hypothécaire sera colloqué pour la totalité de sa créance et ni le second, ni la masse des créanciers n'aura aucun droit sur le prix. Car le second créancier ne peut invoquer la nullité de l'hypothèque qui le prime et qui garantit une créance absorbant tout le prix, et la masse doit être placée dans la situation où elle serait si la seconde hypothèque qui lui est opposable existait seule.

Il résulte évidemment de là que le jugement qui prononce la nullité d'une hypothèque au profit de la masse des créanciers produit des effets qu'on ne peut pas exactement déterminer au moment où il est rendu; ils dépendent à la fois du prix pour lequel l'immeuble grevé est vendu et du montant de la créance dont l'hypothèque valable prime l'hypothèque annulée. C'est là assurément une conséquence qui ne ressort pas des termes de l'art. 446, d'après lequel l'hypothèque constituée pour une dette antérieure est nulle sans qu'aucune expression de l'article fasse allusion à la possibilité d'un maintien partiel ou même total de l'hypothèque à raison de ce qu'elle ne préjudicie que partiellement ou ne préjudicie pas du tout à la masse. C'est là une objection très grave contre le système auquel nous nous rangeons. Si, selon nous, il doit être néanmoins préféré, c'est que seul, en définitive, il tient compte du caractère relatif de la nullité par suite duquel la masse des créanciers seule doit pouvoir, soit la demander, soit en profiter quand elle a été prononcée.

En reprenant les chiffres indiqués plus haut pour faire comprendre les résultats pratiques du système qui a nos préférences, voici les conséquences auxquelles conduit chacun des systèmes repoussés.

Premier système. — *Premier cas.* L'hypothèque est annulée *ergà omnes;* mais, comme elle ne nuisait pas au second créancier hypothécaire, la masse seule profite de la nullité : les 80.000 fr. qui auraient été attribués au premier créancier si son hypothèque avait été valable, tombent dans l'actif de la faillite (1). — *Deuxième cas.* Le second créancier hypothécaire est colloqué pour 120.000 fr., de telle façon que la nullité ne profite à la masse que pour l'excédant

(1) Il faut remarquer que, dans les trois systèmes, on arrive à des résultats pratiques identiques, lorsque le prix de l'immeuble est, comme dans ce premier cas, suffisant pour le paiement intégral des divers créanciers hypothécaires.

du prix de l'immeuble, soit 40.000 fr. — *Troisième cas.* Le second créancier hypothécaire absorbe le prix de l'immeuble qui ne dépasse pas le montant de sa créance.

DEUXIÈME SYSTÈME. — *Premier cas.* La masse se fait attribuer les 80.000 fr. pour lesquels le créancier dont l'hypothèque est annulée, a été colloqué sur le prix de l'immeuble (1). — *Deuxième cas.* Le créancier dont l'hypothèque est frappée de nullité étant colloqué pour 160.000 fr., la masse se fait attribuer cette somme et le second créancier hypothécaire, malgré la validité de son hypothèque, n'a aucun droit sur le prix. — *Troisième cas.* Le résultat est le même que dans le second cas.

384. Du caractère relatif de la nullité de l'hypothèque ou du privilège, on a cru pouvoir déduire que la radiation de l'inscription ne doit pas être ordonnée en même temps que la nullité est prononcée (2). L'inscription, dit-on en ce sens, ne peut pas être l'objet d'une radiation par cela même qu'elle ne perd son effet utile qu'à l'égard de la masse de la faillite. C'est là, selon nous, une conséquence inexacte tirée d'un principe incontestable. La solution se comprendrait si la radiation consistait à rayer ou à effacer réellement l'inscription ; mais comme elle ne consiste qu'en une mention faite en marge de l'inscription (3), la radiation n'a aucun inconvénient malgré le caractère relatif de la nullité : la mention du jugement fondé sur l'art. 446 (4) révèle par elle-même que la radiation n'a lieu qu'à l'égard de la masse des créanciers.

385. II. NULLITÉS FACULTATIVES. — La nullité de plein droit qui frappe les actes mentionnés dans l'art. 446 est rigoureuse. Aussi la loi a-t-elle fait de ces actes une énumération limitative (n° 316 *a*) et a-t-elle admis pour un grand nombre d'actes une nullité qui est seu-

(1) Voir la note de la page précédente.

(2) Besançon, 2 mai 1884, *Gazette du Palais et du Notariat*, n° du 6 juin 1885; *Journ. des faillites*, 1885, p. 360.

(3) V. Boulanger, *Traité de radiations hypothécaires*, I, n° 3; Aubry et Rau, III, § 281 et note 1 page 386.

(4) Ce qui est dit au texte s'applique évidemment aussi dans le cas où il y a annulation soit d'une hypothèque en vertu de l'art. 447, soit d'une inscription en vertu de l'art. 448.

lement facultative pour le juge. L'art. 447 concerne ces derniers actes. Il y a trois questions principales à résoudre à l'occasion de cette nullité : *a. Quels sont les actes frappés d'une nullité facultative par l'art. 447? — b. A quelles conditions ces actes peuvent-ils être annulés? — c. Quels sont les effets des nullités facultatives.*

386. *a. Actes frappés d'une nullité facultative de l'art. 447?* — Il n'est plus besoin ici de faire d'énumération. Il suffit de dire qu'en principe, la nullité facultative de l'art. 447 s'applique à tous les actes faits en temps suspect, à l'exception des actes nuls de droit mentionnés dans l'art. 446 et des inscriptions de privilèges et d'hypothèques pour lesquelles il y a une nullité d'un genre spécial admise par l'art. 448, 2e alin. V. nos 411 et suiv.

387. L'art. 447 indique spécialement les paiements faits par le débiteur et non mentionnés dans l'art. 446, c'est-à-dire les paiements même de dettes échues faits en espèces ou en effets de commerce, car les paiements, soit de dettes non échues, soit de dettes échues faits autrement que de l'une de ces deux manières, sont nuls de droit en vertu de l'art. 446 (nos 331 et suiv.). En autorisant le juge à annuler dans l'intérêt de la masse les paiements de dettes échues, l'art. 447 déroge aux principes du Droit civil (1). Par cela même qu'un créancier peut exiger son paiement et, s'il n'est pas payé, pratiquer des voies d'exécution contre son débiteur, les paiements ne peuvent jamais être annulés en vertu des règles de l'action paulienne (arg. C. civ., art. 808 et 809) (2). En matière commerciale, le législateur tient à l'égalité entre les créanciers, il ne veut pas que quelques-uns, plus diligents ou plus voisins du débiteur, se fassent

(1) Il a été dit plus haut (no 336) que la loi commerciale est particulièrement sévère aussi pour les paiements de dettes non échues, en permettant de les faire annuler, alors que, d'après les principes du droit commun, l'action paulienne permet seulement de réclamer l'intérêt (*interusurium*) au créancier payé avant l'échéance.

(2) C'était déjà la solution du Droit romain : *Nihil dolo creditor facit qui suum recipit.* Dig. Paul, L. 129, L, XVII, *De diversis regulis juris.* — *Sciendum, julianum scribere, eoque jure nos uti, ut qui debitam pecuniam recepit, antequam bona debitoris possideantur, quamvis sciens prudensque solvendo non esse recipiat, non timere hoc edictum; sibi enim vigilavit.* Dig. Ulp. L. 6, § 7, XLII, 8, *Quæ in fraudem creditorum, facta sunt ut restituantur.*

désintéresser au préjudice des autres. Si le débiteur est poursuivi par un de ses créanciers, il doit déposer son bilan.

388. L'art. 447 peut être appliqué aux paiements de toutes dettes échues, quelles que puissent être leurs causes, même aux paiements de dettes nées de délits ou de quasi-délits (1), et quel que puisse être l'objet du paiement dès l'instant qu'il est celui de la dette même (2).

Mais il va de soi que les paiements opérés avec les revenus de biens dont le failli a la jouissance en vertu de son régime matrimonial ou de sa puissance paternelle (biens dotaux ou propres, biens d'un enfant mineur de dix-huit ans du failli) sont valables, par cela même que la masse dans l'intérêt de laquelle la nullité est admise, n'a pas de droit sur ses revenus. Cpr. nos 208 et 238.

Une exception importante est seulement admise à la règle de la nullité facultative du paiement des dettes échues fait durant la période suspecte par le Code de commerce en ce qui concerne les paiements de lettres de change, de billets à ordre et de chèques (art. 449). V. nos 399 et suiv.

389. A côté des paiements dont il s'agit, l'art. 447 vise, par une formule très générale, *tous autres actes à titre onéreux*. Tous les actes à titre gratuit faits dans la période suspecte étant atteints par la nullité de droit de l'art. 446 (n° 320), il va de soi que l'art. 447 ne peut concerner que des actes à titre onéreux.

On peut citer, par suite, comme exemples d'actes frappés d'une nullité facultative par l'art. 447 :

Des ventes faites par le failli.

Des achats faits par le failli.

Des remises faites en compte-courant. Si ce ne sont pas des paiements pouvant être atteints par l'art. 446, ce sont, du moins, des opérations à titre onéreux rentrant dans la formule générale de l'art. 447 (3).

Des constitutions d'hypothèque, de gage ou d'antichrèse, faites

(1) Cass. 13 nov. 1866, D. 1866. 1. 435; Cass. 19 mars 1883, *Journ. des faillites*, 1883, p. 585; D. 1884. 1. 28.

(2) Cass. 17 juill. 1883, D. 1884. 1. 183; Paris, 5 mars 1892, D. 1893. 2. 17.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, IV, nos 830 et 830 *bis*.

pour garantir des dettes contractées, soit en même temps, soit postérieurement.

Des subrogations à l'hypothèque légale de la femme du failli, quand elles nuisent à la masse des créanciers (n° 381).

Des constitutions de dot faites par le failli si, contrairement à notre opinion (n°s 325 et suiv.), on ne les considère pas, au point de vue de l'application de l'art. 446, comme des donations.

Des paiements faits au failli.

Des apports faits par le failli à une société (1).

Malgré la généralité des termes de l'art. 447, il est soutenu que la nullité de certains actes ne peut pas être prononcée. A cet égard, des difficultés spéciales se sont élevées pour les *partages* et pour les *transactions*.

390. *Partages.* — La question de savoir si l'art. 447 ne permet pas du tout ou ne permet que sous certaines conditions d'annuler un partage auquel le failli a été partie durant la période suspecte, est née des dispositions spéciales des art. 882 et 883, C. civ.

Il a été souvent prétendu qu'en aucun cas le partage ne peut être annulé en vertu de l'art. 447 (2). On se prévaut en ce sens du caractère déclaratif attribué au partage par l'art. 882, C. civ. Il résulte, dit-on, de ce caractère, que le partage n'a pu être compris parmi les actes à titre onéreux en vertu de la formule générale de l'art. 447 : les copartageants ne tiennent rien les uns des autres, puisque chacun est présumé n'avoir jamais eu de droit que sur les biens placés dans son lot et cela à partir du jour où l'indivision a commencé (3).

Malgré le principe du partage déclaratif, le partage fait pendant la

(1) Cpr. Trib. comm. Seine, 23 janv. 1894, *La Loi*, n° du 12 avr. 1894. Dans l'espèce de ce jugement, il s'agissait de l'exercice de l'action paulienne contre un apport en société.

(2) Colmar, 19 janv. 1856, S. 1856. 2. 392; *J. Pal.*, 1856. 2. 531; D. 1856. 2. 197; Bordeaux, 4 avr. 1876, D. 1879. 2. 265; S. 1877. 2. 257; Paris, 28 fév. 1878, S. 1879. 2. 20; *J. Pal.*, 1879. 110; D. 1879. 2. 267.

(3) Limoges, 24 mars 1893, S. et *J. Pal.*, 1894. 2. 121 (note de M. Alb. Wahl); D. 1895. 2. 137; Cass. 28 mai 1895, S. et *J. Pal.*, 1896. 1. 385 (note de Ch. Lyon-Caen); *Journ. des faillites*, 1896, p. 49. — Demangeat sur Bravard, V, p. 270, en note; Bouniceau-Gesmon, *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1877, p. 479 et suiv.

période suspecte est, selon nous, annulable en vertu de l'art. 447, qui vise tous les actes à titre onéreux (1).

Le partage fait bien partie de cette catégorie d'actes. Le principe du partage déclaratif n'a qu'une portée restreinte ; il consacre une fiction. En réalité, chaque copropriétaire abandonne aux autres ses droits sur les biens qui sont mis dans leurs lots en retour de l'abandon que lui font ceux-ci de leurs droits sur les biens placés dans son lot. Le législateur admet bien, malgré l'art. 883, C. civ., qu'il en est ainsi ; il traite les copartageants comme des ayants-cause les uns des autres, quand il admet, soit qu'ils se doivent la garantie des évictions (art. 884 à 886, C. civ.), soit que les créances nées du partage sont garanties par un privilège portant sur les immeubles mis dans les lots des copartageants débiteurs (art. 2103 3°), soit que le partage est rescindable pour lésion de plus du quart (art. 887, 3e alin., C. civ.). Le législateur protège par cette dernière disposition les copartageants eux-mêmes contre le partage qui leur préjudicie. Pourquoi les créanciers d'un copartageant ne seraient-ils pas aussi protégés contre un partage où leur débiteur a été partie et qui leur cause un préjudice? Il serait d'autant plus dangereux que la protection légale fît défaut aux créanciers que souvent les partages interviennent entre personnes unies par les liens de la parenté ou de l'amitié, ce qui facilite entre copartageants les ententes nuisibles aux créanciers.

Sans écarter complètement l'application au partage de l'art. 447, C. com., on a soutenu que, du moins, la nullité ne peut en être prononcée que lorsqu'il a été fait au mépris d'une opposition formée par les créanciers du copartageant en faillite. En ce sens, on a invoqué l'art. 882, C. civ., selon lequel les créanciers *ne peuvent attaquer un partage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été procédé*

(1) C'est en s'appuyant sur la doctrine indiquée au texte qu'on a soutenu quelquefois que, par cela même que l'exercice des reprises par la femme commune en biens est une opération du partage de la communauté, l'attribution de meubles ou d'immeubles qui lui est faite pour la couvrir de ses reprises ne peut pas être annulée en vertu de l'art. 447: Bordeaux, 4 avr. 1876, S. 1877. 2. 257; *J. Pal.*, 1877. 1029; D. 1879. 2. 265. — La doctrine qui sert de point de départ à cette solution est inexacte (voir la suite du n° 390). Du reste, l'opération dont il s'agit est plutôt un préliminaire du partage qu'une partie de cet acte. Il a été expliqué plus haut (n° 356) qu'elle constitue une sorte de dation en paiement qui est en cette qualité nulle de droit en vertu de l'art. 446, C. com.

sans eux et au préjudice d'une opposition qu'ils auraient formée (1).

Mais, selon nous, l'art. 882, C. civ., ne peut être appliqué quand il s'agit de la nullité d'un partage en vertu de l'art. 447, C. com , de telle sorte que, même en l'absence de toute opposition des créanciers du failli, l'annulation du partage fait pendant la période suspecte est possible (2). L'art. 882 se rattache à l'action paulienne (art. 1167, C. civ.) dont il rend l'admission spécialement difficile en cas de partage. Il ne s'agit pas ici de l'action paulienne, mais des nullités de l'art. 447, C. com. Sans doute, cette action et les dispositions des art. 446 et 447 ont un but identique, la protection des créanciers contre les actes faits par leur débiteur en fraude ou au préjudice de leurs droits. Mais ces deux moyens n'en sont pas moins distincts. On ne peut étendre des règles qui régissent l'action paulienne aux nullités des art. 446 et 447, C. com. Aussi ne saurait-on invoquer ici le principe selon lequel les règles du droit civil servent à compléter le droit commercial (3). Cela n'est vrai que pour les matières identiques. Il ne faut point s'étonner que les créanciers soient, en cas de faillite, plus garantis contre un partage préjudiciable pour eux fait par leur débiteur qu'en cas de déconfiture. La loi commerciale a, dans les art. 446 et 447, cherché à mieux protéger les créanciers qu'ils ne le sont par l'action paulienne. Aussi y a-t-il même des actes à l'occasion desquels cette action ne peut pas être exercée, alors qu'en cas de faillite ils sont frappés de nullité. Tels sont les paiements de dettes échues (4). V. n° 386.

(1) Telle parait être l'opinion de M. Thaller. V. *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1881, p. 664, note 1.

(2) L'arrêt de la Cour de cassation mentionné à la note 3 de la page 328, n'a pas pris parti sur la question de l'application de l'art. 882 au cas ou la nullité du partage est demandée en vertu de l'art. 447, C. com. Il s'agissait, dans l'espèce, du partage d'un bien qui était devenu indivis par suite d'une acquisition faite en commun par les copropriétaires. L'arrêt se borne à déclarer que la disposition de l'art. 882, C. civ., est exceptionnelle et ne doit pas être étendue au delà des cas de partage de succession et de communauté, qu'elle ne s'applique pas aux actes mettant fin à une indivision créée par la seule volonté des parties en suite d'un acte de société ou d'une acquisition faite en commun. La doctrine ainsi énoncée est très discutable. V. pour le partage des sociétés, *Traité de Droit commercial*, II, n° 418.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, I, nos 74 et suiv.

(4) Il est évident toutefois que l'art. 882, C. civ., s'appliquerait même en cas de faillite d'un des copartageants, si le partage, bien que fait pendant la pé-

391. Les jugements, par cela même qu'ils sont déclaratifs, c'est-à-dire qu'ils ne font que constater des droits préexistants, ne peuvent pas être attaqués à raison de ce qu'ils ont été rendus contre un failli pendant la période suspecte, en vertu des art. 446 et 447. La proximité de la déclaration de faillite ne peut, en effet, faire disparaître la faculté qu'a toute personne de faire reconnaître par justice les droits qu'elle prétend avoir, fût-ce contre un commerçant qui a cessé ses paiements. Les jugements sont donc opposables à la masse des créanciers, sauf au syndic à exercer contre eux les voies de recours qui peuvent encore être ouvertes ou même à former tierce opposition (articles 474 et suiv., C. proc. civ.) s'il y a fraude. Cela s'applique, en principe, à toutes les décisions contentieuses, même aux sentences arbitrales rendues en vertu d'un compromis (1).

Mais ne doit-on pas faire exception pour certains jugements qui ont un effet attributif? Cette importante question sera examinée plus loin (nos 407 et suiv.).

392. Les transactions ont un effet déclaratif; la loi déclare qu'elles ont entre les parties l'autorité de la chose jugée en dernier ressort (art. 2052, C. civ.). Mais le caractère conventionnel des transactions, qui sont des contrats à titre onéreux, ne permet pas de les faire échapper à l'art. 447, C. com. (2). Il en est ainsi même quand elles ont été conclues devant le juge de paix lors du préliminaire de conciliation. L'intervention du juge de paix ne leur donne certes pas le caractère de jugements (3).

393. *b. Conditions des nullités facultatives de l'art. 447.* — Les actes tombant sous le coup de l'art. 447 ne provoquent pas le soupçon comme ceux que vise l'art. 446. Ce sont ou des actes normaux de la vie du commerçant ou, tout au moins, des actes qui nuisent, en général, moins à la masse des créanciers que ceux de l'art. 446, par

riode suspecte, était attaqué par des créanciers exerçant l'action paulienne. Cpr. Cass. 13 nov. 1867, S. 1868. 1. 116; D. 1868. 1. 312; Douai, 7 août 1874, D. 1877. 5. 232.

(1) Bordeaux, 17 mars 1879, D. 1881. 2. 225.

(2) Paris, 18 mars 1873, D. 1874. 1. 137.

(3) La Cour de Bordeaux a écarté à tort l'application de l'art. 447 dans une espèce où la transaction avait été opérée par un arbitre rapporteur nommé, en vertu de l'art. 429, C. proc. civ., par un tribunal de commerce: Bordeaux, 17 mars 1879, D. 1881. 2. 225.

cela même que celui qui les fait ne donne pas sans recevoir un équivalent en retour. Souvent la nullité de plein droit de tels actes porterait une grave atteinte au crédit des commerçants. Aussi la loi se montre-t-elle beaucoup moins sévère en ce qui les concerne.

394. Trois conditions sont exigées pour que les nullités de l'article 447 (1) soient prononcées. Il faut :

a. Que celui qui a fait avec le failli l'acte dont il s'agit, ait eu, au moment de l'opération, connaissance de l'état de cessation de paiements.

Dès que les tiers connaissent cet état, ils doivent éviter de contracter avec lui ou de recevoir un paiement, afin de ne pas rendre plus mauvaise la situation du débiteur. C'est en cela qu'en matière de faillite consiste la fraude. C'est au juge du fait à apprécier souverainement si cette connaissance a existé. Il doit la mentionner dans son jugement, pour que la Cour de cassation puisse au besoin constater s'il s'est conformé à l'art. 447 (2). En cas de contestation, c'est aux syndics qui invoquent l'art. 447 à prouver la connaissance de l'état de cessation de paiements, conformément aux principes généraux (art. 1315, C. civ.). Il n'est donc pas nécessaire qu'il y ait eu, à proprement parler, fraude des tiers (3); mais il ne suffit pas qu'ils aient connu la situation périlleuse et embarrassée du failli ; la loi exige celle de la cessation des paiements (4). La question de savoir si cette condition est remplie n'est pas une question de droit ; elle est donc résolue souverainement par les juges du fait (5).

b. Que l'acte attaqué ait été fait dans la période suspecte.

Cette période n'est pas exactement la même que pour les nullités de droit de l'art. 446 (n° 316 *b*). Elle ne comprend pas les dix jours qui précèdent la date fixée comme étant celle de la cessation des paiements, mais s'étend seulement depuis cette date jusqu'à celle du

(1) C'est dans l'art. 447 que se trouve la plus grande différence entre le système du Code de 1807 et celui de la loi de 1838. V. Renouard, t. I, p. 390; Rép. Dall., n° 304, et plus haut n° 310.

(2) Cass. 8 janv. 1894, D. 1894. 1. 124; *Journ. des faillites*, 1895, p. 289.

(3) Cass. 11 déc. 1876, D. 1877. 1. 359; Rennes, 6 avr. 1892, D. 1892. 2. 29.

(4) Cass. 18 avr. 1866, D. 1866. 1. 259; Orléans, 11 fév. 1882, *Journ. des faillites*, 1883, p. 212; D. 1883. 2. 64; Lyon, 23 juin 1883, D. 1884. 2. 130.

(5) Cass. 13 fév. 1877, D. 1878. 1. 208.

jugement déclaratif. La raison en est simple : il faut que le tiers contre lequel la nullité est prononcée ait connaissance de l'état de cessation des paiements ; or cet état ne peut être connu avant qu'il ait commencé d'exister.

c. Que le juge estime bon de prononcer la nullité.

Malgré la réunion des deux conditions précédentes, le juge peut se dispenser de prononcer la nullité. Il peut, par exemple, l'écarter, soit parce qu'il estime qu'il n'y a pas eu de préjudice réel pour la masse des créanciers ou qu'il y a eu seulement un préjudice restreint, soit parce qu'il constate que le tiers a pu légitimement espérer que l'état de cessation de paiements était tout à fait passager et n'entraînerait pas une déclaration de faillite, de telle façon que, malgré la connaissance qu'il a eue de la cessation des paiements, on ne peut dire que le tiers a été de mauvaise foi (1).

C'est particulièrement pour les contrats à titre onéreux qu'il peut y avoir absence de préjudice, s'ils ont été faits à de bonnes conditions. Ainsi, il serait exorbitant que l'on annulât une vente faite ou un achat opéré par le failli pour un prix conforme au cours ou qui ne s'en écarte que légèrement. Les juges n'annulent que les ventes à vil prix ou les achats pour des prix exagérés.

Le pouvoir d'appréciation reconnu aux tribunaux malgré la coexistence des deux premières conditions indiquées (*a.* et *b.*) existe même pour les paiements. Il est vrai que le paiement est un acte simple. Mais, outre que l'art. 447 ne fait pas de distinction entre les paiements et les contrats à titre onéreux, les paiements des dettes échues, seuls frappés par l'art. 447, sont des actes normaux à l'égard desquels on conçoit que le législateur ne montre pas une excessive ri-

(1) La jurisprudence et les auteurs se prononcent, en général, en faveur de ce pouvoir de libre appréciation laissé aux tribunaux : Cass. 18 juill. 1870, D. 1870. 1. 348 ; Cass. 28 juin 1875, D. 1875. 1. 469 ; Aix, 25 mars 1877, D. 1878. 2. 111 ; Paris, 19 juin 1884, *Journ. des faillites*, 1884, p. 613 ; Cass. 25 nov. 1891, S. et *J. Pal.*, 1893. 1. 465 ; D. 1892. 1. 505. — Renouard, I, p. 392 (cet auteur se borne à recommander aux tribunaux de ne pas trop user de la latitude que leur laisse la loi, lorsque la connaissance de la cessation des paiements est constatée par eux) ; Boistel, n° 954, p. 724. — Cependant quelques rares arrêts et plusieurs auteurs admettent que, dès l'instant où il y a connaissance de la cessation des paiements, l'acte attaqué doit être annulé, à moins qu'il n'y ait pas de préjudice causé à la masse : Delamarre et Lepoitvin, t. VI, n° 150, p. 324 et suiv. ; Bravard et Demangeat, V, p. 267, en note. V. la note 1 de la page suivante.

gueur. Du reste, le créancier payé peut, dans bien des circonstances, ne pas être un homme de mauvaise foi ayant l'intention de se créer une situation privilégiée par rapport aux autres créanciers, quoiqu'il ait eu connaissance de la cessation des paiements du débiteur (1). Ces considérations doivent faire approuver le système du Code de commerce à cet égard même au point de vue législatif (2).

395. La décision judiciaire qui est rendue, en se fondant sur l'existence des deux premières conditions indiquées (n° 394), sans que les juges aient usé de leur pouvoir d'appréciation, viole l'art. 447, C. com., et, par suite, encourt la cassation. Mais il faut bien comprendre ce qui est exigé pour que la Cour de cassation puisse exercer à cet égard le pouvoir qui lui appartient. En prononçant une nullité en vertu de l'art. 447, il n'est pas nécessaire que le tribunal saisi indique dans son jugement qu'il a fait usage du pouvoir d'appréciation que la loi accorde au juge, même quand les deux premières conditions sont réunies, mais il ne faut pas qu'il résulte des motifs du jugement que le tribunal s'est cru contraint de prononcer la nullité par cela seul qu'il constatait la connaissance de l'état de cessation de paiements. S'il en était ainsi, le jugement devrait être cassé pour violation de la loi (3).

(1) Bédarride, *Traité des faillites et banqueroutes*, I, n° 119, admet que, dès l'instant où il y a, de la part du tiers, connaissance de la cessation des paiements et préjudice causé aux créanciers, les actes visés par l'art. 447 doivent être annulés. Il croit pouvoir conclure de là que, pour les paiements, il y a obligation de les annuler par cela même qu'ils emportent avec eux la certitude d'un préjudice. V. la note suivante.

(2) Le projet de loi sur les faillites, soumis aux Chambres en 1883, apportait une modification à l'art. 447 en ce qui concerne le pouvoir du juge. Il conservait bien ce pouvoir pour les actes à titre onéreux; mais il obligeait le juge à annuler les paiements de dettes échues faits depuis la cessation des paiements par cela seul que le créancier en avait eu connaissance (art. 479 et 480 du projet). Le but des rédacteurs du projet était notamment d'éviter les nombreux procès auxquels donne lieu l'art. 447 par suite du pouvoir discrétionnaire reconnu au juge. Ils supprimaient ce pouvoir pour les paiements, parce que, disaient-ils, ce sont des actes simples causant nécessairement un préjudice aux créanciers de la masse. Dans le rapport fait sur ce projet au nom de la Cour de Montpellier auquel il avait été soumis ainsi qu'à toutes les Cours d'appel et à la Cour de cassation, M. Cauvet montre très bien dans de longs développements les vices de ce système. *Rapport de M. Cauvet*, p. 129 à 152. V. *en sens contraire*, Thaller, *op. cit.*, I, n° 112, p. 386.

(3) Cass. 18 mai 1870, 18 juill. 1870, D. 1870. 1. 259 et 348; Cass. 19 mars 1883, S. 1883. 1. 203; *J. Pal.*, 1883. 498; D. 1884. 1. 28.

396. Les créanciers formant la masse qui demandent la nullité, peuvent se trouver en présence, non pas du tiers qui a contracté directement avec le failli, mais d'une personne ayant contracté avec celui-ci. C'est ce qui a lieu lorsque le bien aliéné par le failli avait été transmis par l'acquéreur à un sous-acquéreur. A quelle condition ce tiers pourra-t-il être atteint par la nullité? Il paraît juste de distinguer selon que le sous-acquéreur a acquis à titre gratuit ou à titre onéreux. Dans le premier cas, il n'est pas besoin qu'il ait eu connaissance de l'état de cessation de paiements; dans le second cas, cette connaissance est indispensable; le tiers acquéreur ne peut pas être plus rigoureusement traité que s'il avait contracté directement avec le failli. Cela suppose que les deux aliénations successives ont eu lieu dans la période suspecte et que la première était annulable à raison de la mauvaise foi de l'acquéreur. Une sous-aliénation faite durant cette période ne pourrait donner aux créanciers du premier acquéreur un droit qu'ils n'avaient pas contre la première aliénation, quand elle a eu lieu avant la période suspecte. Puis, si la première aliénation est valable, quoiqu'elle ait été faite durant la période suspecte, le bien aliéné étant sorti définitivement du patrimoine du failli, un acte postérieur ne peut pas permettre de l'y faire rentrer (1).

Il y a là une nouvelle différence à signaler entre les nullités de l'art. 446 et celles de l'art. 447. Quand un acte d'aliénation est nul en vertu de l'art. 446, la nullité est opposable au sous-acquéreur à quelque titre qu'il ait acquis, sans qu'on ait à se préoccuper du point de savoir s'il a connu ou non la cessation des paiements du premier aliénateur (n° 330). Celui qui a traité avec le débiteur n'a jamais eu aucun droit (l'acte est nul et sans effet à l'égard de la masse), il n'a donc pu en transmettre aucun.

397. La disposition de l'art. 446, par sa rigueur, offre aux créanciers des avantages sur l'action paulienne de l'art. 1167, C. civ. (n° 318). La disposition de l'art. 447, par cela même qu'elle est moins sévère que celle de l'art. 446, offre plus d'analogie avec l'action paulienne. Il y a pourtant entre les nullités facultatives de l'art. 447 et l'action paulienne de notables différences. *a*. La fraude du débiteur, c'est-à-dire la connaissance de sa situation, n'est pas plus exigée pour

(1) V. en faveur de ces solutions, Demolombe, XXV, n° 201.

l'application de l'art. 447 que pour celle de l'art. 446, tandis que, pour l'application de l'art. 1167, C. civ., il faut qu'il soit constaté que le débiteur a connu son état d'insolvabilité (n° 318). *b.* La fraude des tiers ne consiste pas, comme dans le cas de l'action paulienne, dans la connaissance de l'insolvabilité du débiteur, mais dans celle de l'état de cessation de ses paiements. *c.* Les paiements réguliers qui sont à l'abri de l'action paulienne, sont susceptibles d'être annulés en vertu de l'art. 447 (n° 387) (1). *d.* Enfin il est douteux que les créanciers postérieurs à l'acte frauduleux puissent exercer l'action paulienne ou profiter de l'action exercée par les créanciers antérieurs, tandis qu'assurément les créanciers formant la masse de la faillite profitent tous, quelles que soient les dates diverses de leurs créances par rapport aux actes attaqués, aussi bien des nullités de l'art. 447 que de celles de l'art. 446 (n° 312).

398. *c. Effets des nullités facultatives.* — Bien que l'art. 447 ne reproduise pas les mots de l'art. 446, *à l'égard de la masse*, il n'est pas douteux que les nullités de l'art. 447 ne sont aussi prononcées qu'à l'égard de la masse, qu'elle seule peut s'en prévaloir à l'exclusion, soit du failli lui-même, soit de chaque créancier pris individuellement. Il y a donc lieu d'admettre, à propos des actes annulés en vertu de l'art. 447, les conséquences qui ont été tirées plus haut du caractère relatif des nullités de l'art. 446 (n^os^ 317 et 383) (2).

398 *bis.* Quels sont exactement les effets de l'annulation d'un acte en vertu de l'art. 447? Sur ce point, notre Code de commerce ne se prononce pas, à la différence de plusieurs lois étrangères (3). Il va de soi que, lorsqu'il s'agit de paiements annulés, la somme ou chose payée doit être restituée ou, à défaut de cette chose, sa valeur estimée au moment du paiement (analog. n° 364). Mais les effets de

(1) On peut indiquer aussi, conformément à la doctrine admise au n° 330, que les partages faits durant la période suspecte peuvent être annulés sans qu'il y ait eu une opposition formée en vertu de l'art. 882, C. civ.

(2) La question posée au n° 383 à propos de la nullité de la constitution d'hypothèque en vertu de l'art. 446, peut se poser dans les mêmes termes en cas de nullité d'une constitution d'hypothèque en vertu de l'art. 447. Cette nullité est encourue quand la dette elle-même est annulée en vertu de l'art. 447 et que la constitution d'hypothèque a été concomitante.

(3) V. notamment lois *allemande*, art. 30 à 32; *hongroise*, art. 33 à 35; *suisse*, art. 290 et 291.

l'annulation d'un acte à titre onéreux (1) sont plus compliqués à raison même de ce que le failli a reçu un équivalent en retour de ce qu'il a fourni au contractant contre lequel l'annulation est prononcée.

Il va de soi d'abord que, la nullité supposant la connaissance de la cessation des paiements de la part du tiers contre lequel elle est prononcée, il ne saurait être question de restreindre son obligation de restituer au montant de son enrichissement. Du reste, cette restriction de faveur ne doit pas, selon nous, dans le silence de nos lois, être reconnue au profit même de l'ayant-cause à titre gratuit du failli contre lequel la nullité de droit est admise, bien que cet ayant-cause ait été de bonne foi (n° 330).

Mais, si, lors de l'annulation de l'acte à titre onéreux, le failli avait déjà reçu en tout ou en partie l'équivalent que son contractant s'était engagé à lui fournir, ce contractant n'a-t-il pas des droits à faire valoir contre la masse qui invoque la nullité ou contre le failli après la clôture de la faillite ?

Les principes généraux du droit sont seuls à invoquer ici par cela même que la loi est muette ; ils paraissent devoir conduire aux solutions suivantes :

a. La masse de la faillite ne peut faire rentrer dans l'actif du failli les biens qui en sont sortis qu'à charge de restituer la chose fournie à celui-ci en retour si elle existe encore en nature ou de lui en rembourser la valeur jusqu'à concurrence de ce dont le patrimoine du failli s'en trouve enrichi. Autrement, la masse des créanciers réaliserait un bénéfice injuste au préjudice du tiers contre lequel la nullité est prononcée ; elle profiterait à la fois du bien rentré dans le patrimoine du failli et de ce qui lui avait été fourni en retour. A l'égard de la masse, la nullité existe avec toutes ses conséquences, c'est-à-dire que l'acte est réputé non avenu ; la masse ne peut à la fois se prévaloir de la nullité pour faire rendre et faire abstraction de la nullité pour se refuser à restituer (2).

(1) V. pour les effets de la nullité des donations, n° 330.

(2) V. *analog.*, pour l'action paulienne dans le Droit romain, L. 7 et 8, Dig. XLII, 8 et dans le Droit français, Demolombe, XXV, n° 256. — Une question que nous ne pouvons résoudre ici et qui se rattache aux solutions données au texte, est celle de savoir si le contractant, à raison de ce qui lui est dû, est au nombre des créanciers de la masse ou a la masse pour débitrice. V. sur la

b. Dans les rapports entre le failli et celui qui a contracté avec lui, l'acte demeure valable. Aussi, après la clôture de la faillite, ce dernier qui a été évincé a le droit d'agir en garantie contre le failli. Mais il ne peut se présenter dans la faillite comme ayant droit à la garantie; cela serait contradictoire avec la nullité de l'acte à l'égard de la masse et l'exercice de la garantie dans la faillite nuirait aux créanciers de la masse en diminuant leurs dividendes (1).

398 *ter*. Par cela même que l'annulation d'un paiement ou d'un acte à titre onéreux suppose la connaissance de la cessation des paiements chez le tiers contre lequel elle est prononcée, celui-ci doit rapporter les fruits ou les intérêts à partir de la livraison ou du paiement à lui fait (art. 549, 550, 1378, C. civ.). L'art. 1153, C. civ., ne s'applique pas dans le cas où l'obligation résulte d'un fait illicite. V. n° 364.

399. *Règle spéciale au paiement des lettres de change et des billets à ordre*. — Une dérogation importante est apportée, en matière de lettres de change et de billets à ordre, à la disposition de l'art. 447, qui admet l'annulation facultative des paiements de dettes échues faits durant la période suspecte en espèces ou en effets de commerce, quand le créancier a eu connaissance de la cessation des paiements (n° 387). L'application de cette règle conduirait à faire rapporter par le porteur d'une lettre de change ou d'un billet à ordre la somme qui lui a été payée quand il a connu la cessation des paiements du tiré ou du souscripteur. On a pensé en 1838 que cela serait injuste et que le porteur ne peut pas être assimilé à un autre créancier (2). Il est tenu, en vertu de la loi même (art. 161, C. com.), de demander et de recevoir le paiement à l'échéance. En outre, ce qui est plus grave, le porteur étant payé n'a pas fait ordinairement par cela même

distinction des créanciers *dans la* masse et des créanciers *de la* masse, nos 556 et suiv.

(1) Des lois étrangères ont résolu expressément les questions relatives aux restitutions à faire dans les cas prévus au texte. V. lois *allemande*, art. 31; *hongroise*, art. 33, 2e alin.; *suisse*, art. 291; *autrichienne*, art. 25. V. Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*, p. 263 et suiv., 269 et suiv.; Wilmowski, *Deutsche Reichs-Konkursordnung*, p. 126 et 127.

(2) Il n'existait aucune disposition spéciale dans le Code de 1807. V. la note 2 de la page 339.

dresser de protêt, de telle sorte que, s'il devait rapporter ce qu'il a reçu, il ne pourrait recourir ni contre les endosseurs ni contre le tireur ayant fait provision (1). La loi aurait pu sans doute à la rigueur le restituer contre cette déchéance à raison de l'impossibilité où il a été de faire dresser le protêt, mais cela ne serait pas sans inconvénients. Les endosseurs qui ont dû se croire définitivement libérés, seraient surpris par le recours exercé contre eux. Puis le porteur aurait beau obtenir en droit la restitution de son recours, en fait cela pourrait lui être inutile par suite d'un changement dans la situation des signataires de l'effet survenu depuis le paiement. Du reste, il importe, pour faciliter la circulation des effets de commerce qui doivent passer de mains en mains comme de la monnaie, que le paiement qui en est fait soit irrévocable. Ces raisons ont déterminé en 1838 à adopter la disposition spéciale de l'art. 449, C. com. (2), qui est ainsi conçu : *Dans le cas où des lettres de change auraient été payées après l'époque fixée comme étant celle de la cessation de paiements et avant le jugement déclaratif de faillite, l'action en rapport ne pourra être intentée que contre celui pour le compte duquel la lettre de change aura été fournie. — S'il s'agit d'un billet à ordre, l'action ne pourra être exercée que contre le premier endosseur. — Dans l'un et l'autre cas, la preuve que celui à qui on demande le rapport avait connaissance de la cessation de paiements à l'époque de l'émission du titre, devra être fournie.*

400. L'art. 449 déroge seulement à l'art. 447, mais non aux articles 443 et 446 (3). L'art. 449 est fondé surtout sur ce que le porteur devait exiger le paiement et ne pouvait le refuser. Il résulte de là : *a*. que le paiement même d'une lettre de change ou d'un billet à ordre fait après la déclaration de faillite du tiré, du souscripteur ou

(1) V. *Traité de Droit commercial*, IV, nos 406 et suiv.

(2) L'art. 449 fut en 1838 proposé par Jacques Lefebvre a la Chambre des députés et adopté *après quatre jours* de discussion. V. Renouard, t. I, p. 401 et suiv.

DROIT ÉTRANGER. — On trouve des dispositions semblables ou analogues dans les lois étrangères. V. Code *belge*, loi de 1851, art. 449; loi *allemande* de 1877, art. 27; loi *hongroise*, art. 30; loi *autrichienne* du 16 mars 1884 sur la nullité des actes du débiteur en cas de faillite, art. 8; Code de commerce *italien*, art. 712.

(3) Bédarride, *op. cit.*, I, nos 136 et 137; Boistel, no 956; Rép. Dall., vo *Faillite*, no 340.

de tout signataire de la lettre de change ou du billet à ordre, est nul par suite du dessaisissement (n° 208) (l'art. 449 parle expressément du paiement intervenu *avant* le jugement déclaratif) ; *b.* que le paiement fait au porteur avant l'échéance est nul de droit en vertu de l'art. 446. Ce paiement est insolite, le porteur n'est tenu ni de le demander ni de le recevoir (1) ; *c.* que la nullité de droit de l'art. 446 atteint aussi le paiement fait même à l'échéance, mais autrement qu'en espèces (nos 332 et suiv.).

401. L'art. 449 refuse l'action en rapport contre le porteur, eût-il eu connaissance de la cessation des paiements du tiré ou du souscripteur au moment où il a reçu le montant de l'effet. Ce n'est pas à dire que les syndics ne puissent jamais réclamer le rapport de la somme payée. Ils ne le peuvent pas contre le porteur, mais ils le peuvent contre des personnes que la loi détermine et sous les conditions qu'elle fixe. Quelles sont ces personnes et quelles sont ces conditions? Il faut distinguer entre la *lettre de change* et le *billet à ordre.*

402. Quand il s'agit du paiement d'une *lettre de change*, d'après les expressions de l'art. 449, la personne exposée à l'action en rapport est celle *pour le compte de laquelle la lettre de change a été fournie*, c'est-à-dire tirée. La loi a employé cette circonlocution, parce qu'on a voulu comprendre dans une formule unique le cas où la lettre de change est tirée par le tireur pour son propre compte et le cas où elle l'est pour le compte d'autrui (2). Dans le premier cas, l'action en rapport est donnée contre le tireur, dans le second elle l'est contre le donneur d'ordre. C'est, en effet, pour celui-ci qu'alors la lettre a été tirée.

Quand il s'agit d'un *billet à ordre*, d'après l'art. 449, le rapport de la somme acquittée peut être réclamé au premier endosseur, c'est-à-dire au bénéficiaire même du billet au profit duquel il a été créé originairement par le souscripteur (3).

(1) Dijon, 19 fév. 1867, D. 1868. 2. 139; S. 1867. 2. 316: *J. Pal.*, 1867, 1128.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, IV, nos 92 et suiv.

(3) S'il était reconnu que le premier endosseur n'était que la caution du souscripteur, l'action en rapport pourrait être donnée contre le second endosseur : Lyon, 26 déc. 1866, D. 1866. 2. 16; S. 1867, 2. 347; *J. Pal.*, 1867. 1256. V. aussi l'arrêt de Dijon cité à la note ci-dessus.

Ce qui justifie la concession de l'action en rapport contre ces personnes, c'est que, bien qu'elles n'aient pas reçu directement le paiement, ce sont elles, en réalité, qui ont été payées par les mains du porteur. C'était, soit le tireur (ou le donneur d'ordre), soit le bénéficiaire du billet, qui était le véritable créancier du tiré ou du souscripteur et qui a été payé; les endosseurs successifs et le porteur n'ont été que des intermédiaires.

Mais, de même qu'en général les paiements de dettes échues ne sont pas annulés de plein droit (art. 447), le rapport de la somme payée ne peut pas être réclamé sans condition, soit contre le tireur (ou le donneur d'ordre), soit contre le bénéficiaire du billet. Tout d'abord, comme pour tout paiement d'une dette échue, la nullité est ici facultative (n° 387). Puis, elle suppose nécessairement que celui auquel on demande le rapport avait connaissance de la cessation de paiements *lors de l'émission du titre* (art. 449, *in fine*) et, par conséquent, que cette émission a eu lieu après la date de la cessation des paiements.

Qu'est-ce que l'émission du titre? C'est la souscription même de la lettre de change ou le premier endossement du billet à ordre. On comprend, en général, que ce soit à ce moment que la loi exige la connaissance de la cessation des paiements. A partir de ce moment, le tireur ou le bénéficiaire du billet ne joue plus aucun rôle actif, le titre circule sans aucune intervention de sa part (1) (2). Mais le système de la loi à cet égard ne se justifie pas rationnellement, quand il s'agit d'une lettre de change tirée pour le compte d'autrui; d'après la formule de l'art. 449 qui parle du moment de l'émission, le donneur

(1) Nous avions à tort soutenu dans notre première édition (*Précis de Droit commercial*, n° 2779, p. 732) que l'émission du billet à ordre est la souscription même de ce billet. C'est au moment du premier endossement que le premier endosseur émet le billet et en reçoit la valeur qu'il fournit, au contraire, quand le billet est souscrit à son profit. V. Bravard et Demangeat, V, p. 234.

(2) Bravard (t. V, p. 280 et suiv.) critique sévèrement l'art. 446 et prétend que l'action en rapport aurait dû être complètement refusée par la loi ou subordonnée à la connaissance de l'état de cessation des paiements au moment où l'effet de commerce a été payé. Le premier système eût été exorbitant et aurait nui parfois gravement aux créanciers des faillites. Le second aurait été peu logique, par cela même que le tireur ou le bénéficiaire du billet ne joue plus aucun rôle actif après la création de la lettre de change ou le premier endossement. V., du reste, la suite du texte.

d'ordre est soumis à l'action en rapport quand il a connu la cessation des paiements du tiré lors de l'émission, et cependant il n'a joué de rôle actif qu'au moment où il a donné l'ordre de tirer la traite ; il n'a pas participé à sa création (1).

La nature spéciale de la lettre de change tirée à l'ordre du tireur lui-même doit nécessairement conduire à reconnaître que, pour que le rapport soit dû par le tireur, il faut que le premier endossement fait par le tireur soit postérieur à la cessation des paiements du tiré et que le tireur en ait connaissance au moment où il a lieu. Cette lettre de change n'est, effet, qu'un projet tant que l'endossement n'est pas venu s'y joindre (2).

Il résulte des conditions exigées par l'art. 449 que le rapport de la somme payée est rarement dû en matière de lettres de change et de billets à ordre; il est rare que toutes les circonstances dont la réunion est requise par la loi coexistent.

402 *bis*. La faveur même faite au paiement des lettres de change et des billets à ordre peut donner lieu à une fraude. Il est possible que, pour bénéficier de l'art. 449 et se soustraire à la nullité du paiement qu'il reçoit, un créancier cherche à se transformer en tiers-porteur. C'est à quoi le créancier du failli a peut-être tenté d'arriver en faisant souscrire par celui-ci un billet à ordre au profit d'un compère qui l'endosse au profit de ce créancier. Il est évident que, si l'on parvient à prouver cette fraude, il y a lieu d'appliquer la règle générale de l'art. 447 (3). On y arrivera, en général, assez facilement en démontrant que le souscripteur du billet n'était pas débiteur du bénéficiaire et que celui-ci ne l'était pas non plus de celui qui joue le rôle de porteur de l'effet.

403. A qui et par qui faut-il que le paiement ait été fait pour que l'art. 449 reçoive son application? S'applique-t-il même quand le paiement a été fait après protêt? L'art. 449 ne se prononce pas expressément sur ces importantes questions. Il a toujours été supposé dans les explications précédentes (comme on l'a fait, du reste, en 1838, lors

(1) Bravard (t. V, p. 280) critique surtout l'art. 449 au point de vue de la solution admise au cas de lettre de change tirée pour le compte d'autrui.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, IV, nos 88 et suiv.

(3) Trib. civ. Villefranche, 27 juill. 1887, *Journ. des faillites*, 1888, p. 39.

de la discussion de la loi) qu'un paiement est fait avant tout protêt par le tiré ou par le souscripteur au tiers porteur. Ce n'est pas à beaucoup près le seul cas possible. Les différentes hypothèses qui peuvent se présenter doivent être examinées. Dans quelques-unes, il y a difficulté sur le point de savoir si l'art. 449 est applicable ou si l'on doit en revenir à la règle de l'art. 447 sur la nullité facultative des paiements de dettes échues et par suite, annuler le paiement à l'égard de celui-là même qui l'a reçu.

404. Il se peut d'abord que, le titre n'ayant point circulé, le paiement ait été fait directement au bénéficiaire du billet à ordre ou au tireur de la lettre de change qui a conservé le titre entre les mains. C'est un cas assez rare et qui ne peut donner lieu à aucune difficulté. Les motifs de la loi font alors absolument défaut en pareil cas; le rapport de la somme payée ne compromet évidemment aucun recours et n'est pas de nature à nuire à la circulation des effets de commerce, puisqu'on se trouve en présence d'un titre qui n'a point circulé. En conséquence, le rapport de la somme payée peut être réclamé au tireur ou au bénéficiaire du billet qui l'a reçue, s'il a eu connaissance de la cessation des paiements, en vertu de l'art. 447, C. com. Il n'y a pas alors à s'inquiéter de la date de l'émission du titre; peu importe donc qu'elle ait précédé l'époque de la cessation des paiements (1).

405. Il se peut que le porteur ait bien reçu le paiement du tiré ou du souscripteur, mais que ce soit après le protêt que celui-ci s'est décidé à payer, ou bien qu'après avoir fait dresser le protêt et accompli toutes les formalités voulues pour conserver ses recours, le porteur se soit fait payer soit par un des endosseurs soit par le tireur soit par le bénéficiaire du billet en état de cessation de paiements, ou enfin que ce soit un endosseur qui, après avoir subi le recours du porteur, s'est fait rembourser par un endosseur précédent ou par le tireur ou le bénéficiaire du billet à ordre.

Des auteurs (2) et la jurisprudence (3) restreignent l'art. 449 au

(1) Angers, 25 avr. 1861, S. 1861. 2. 119; Cass. 15 mai 1867, S. 1867. 1. 198; *J. Pal.*, 1867. 489; D. 1867. 1. 422; Cass. 12 avr. 1875, D. 1876. 1. 38. — Laurin, n° 1015; Demangeat sur Bravard, V, note 2 de la page 283.

(2) Boistel, n° 957; Dict. de Couder, v° *Faillite*, n°s 429 et suiv.

(3) Cass. 18 déc. 1865, S. 1866. 1. 137; *J. Pal.*, 1866. 369; D. 1866. 1. 17; Cass. 15 mai, 27 nov. 1867, D. 1867. 1. 417; *J. Pal.*, 1867. 489 (note de M. P.

cas où le paiement a été fait avant tout protêt et, en conséquence, l'écartent, pour s'en tenir à l'art. 447, et contraindre au rapport celui qui, dans les diverses hypothèses qui viennent d'être indiquées, a été payé connaissant la cessation des paiements. Les arguments produits en faveur de cette doctrine ou sont communs à tous ces cas ou se réfèrent spécialement à ceux où le paiement a été fait, soit par un endosseur, soit par le tireur ou le bénéficiaire du billet après la date de la cessation des paiements.

Le porteur ou toute autre personne ayant reçu le paiement d'un des signataires quelconques du titre n'a pas, dit-on, dès qu'il y a eu protêt, à souffrir du rapport qu'il est obligé de faire en vertu de l'article 447. Car, s'il rend à la faillite ce qu'il a reçu, du moins, grâce au protêt fait en temps utile, il peut recourir contre un autre signataire de l'effet. Il n'y a donc pas de raisons pour traiter alors celui qui reçoit le paiement d'un effet de commerce mieux que tout autre créancier. On ajoute les arguments spéciaux suivants. L'art. 449 suppose que le rapport peut être demandé au tireur ou au bénéficiaire du billet, quand il a connu la cessation de paiements lors de l'émission du titre. Cela ne saurait s'appliquer au cas où c'est le tireur ou le bénéficiaire lui-même qui a payé; le préjudice que le paiement maintenu a fait subir à la masse de la faillite n'est réparé que quand le rapport est réclamé à une autre personne que le failli lui-même. L'art. 449 ne cadre pas non plus avec le cas du paiement fait par un des endosseurs. Il exige, pour qu'il y ait lieu à rapport de la somme payée, que l'auteur de l'émission du titre ait eu, au moment où il l'a fait, connaissance de la cessation des paiements de celui qui a payé. Or, on comprend bien qu'il connaisse cette situation pour le tiré ou pour le souscripteur; la création du titre implique que ces personnes sont connues. Mais on ne peut évidemment savoir quels seront les futurs endosseurs d'une lettre de change ou d'un billet à ordre dès le moment de sa création. Si donc l'on appliquait l'art. 449 pour re-

Pont); D. 1867. 1. 193; Cass. 5 mai 1873, D. 1873. 1. 351; S. 1874. 1. 78; D. 1874. 1. 161; Cass. 12 avr. 1875, D. 1876. 1. 38; Cass. 1er déc. 1879, S. 1880. 1. 158; *J. Pal.*, 1880. 360; Cass. 23 oct. 1888, S. 1889. 1. 409; *J. Pal.*, 1889. 1. 1022; D. 1889. 1. 167; *Journ. des faillites*, 1889, p. 51; Trib. comm. de Corbeil, 23 déc. 1890, *La Loi*, nº du 10 janv. 1891. — V. sur les variations de la jurisprudence, la note suivante.

pousser la nullité du paiement au cas où il a été fait par un endosseur, jamais la partie de cet article qui admet l'action en rapport contre le tireur ou contre le bénéficiaire du billet, ne serait applicable; jamais, en effet, ces personnes ne peuvent connaître la cessation de paiements des futurs endosseurs lors de l'émission du titre, par cela même qu'ils ne connaissent pas par avance ces endosseurs.

Malgré la force de ces arguments, nous croyons que, *sans faire aucune distinction,* le paiement d'un effet de commerce fait depuis la cessation des paiements du *solvens* ne peut être annulé en vertu de l'art. 447 à raison de la mauvaise foi de l'*accipiens* (1). Les termes de l'art. 449 sont aussi généraux que possible. Rien n'indique que cet article suppose l'absence de protêt et qu'il vise exclusivement un paiement fait par le tiré ou par le souscripteur au tiers porteur. On ne saurait dire que, dans le cas dont il s'agit, les motifs de la disposition de faveur de l'art. 449 font défaut. Sans doute le désir de ne pas obliger le porteur à rendre une somme qu'il ne pourrait recouvrer d'un des signataires du titre à raison du défaut de protêt a été l'une des causes déterminantes de cette disposition spéciale. Ce n'est pas la seule. A plusieurs reprises, dans la discussion de la loi de 1838, à propos de l'art. 449, l'on a indiqué qu'on voulait faciliter la circulation des effets de commerce en rendant les paiements inattaquables. Ce motif général subsiste alors même qu'il y a protêt et par quelque personne que le paiement ait été fait ou reçu. Il est vrai qu'avec notre doctrine, bien souvent le recours réservé par l'art. 449 contre le tireur ou contre le bénéficiaire ne pourra être exercé; mais ce recours n'est

(1) Renouard, t. I, p. 404. (Cet auteur va jusqu'à dire que la prétention contraire n'est pas soutenable); Demangeat sur Bravard, t. V, p. 277, en note; Laurin, n° 1014; Rataud, *Revue critique de législ. et de jurispr.*, t. XXVIII, 1866, p. 489 à 491; Geoffroy, *Code des faillites*, p. 50; Namur, t. III, n° 1667. — Primitivement la Cour de cassation et quelques Cours d'appel se prononçaient dans ce sens : Cass. 16 juin 1846, S. 1846. 1. 523; Riom, 8 janv. 1855, Cass. 26 nov. 1855, S. 1856. 1. 345; *J. Pal.*, 1856. 1. 177; D. 1856. 1. 26; Poitiers, 17 août 1864 (cet arrêt a été cassé par la Chambre civile le 18 déc. 1865), *J. Pal.*, 1866, p. 369; D. 1866. 2. 35. Il y a encore quelques résistances isolées à la jurisprudence de la Cour de cassation. V. jugement du trib. de comm. de Reims du 9 déc. 1884, *Journ. des faillites*, 1884, p. 41 (dans l'espèce de ce jugement, l'action en rapport était formée contre le porteur d'un billet à ordre qui avait reçu, après protêt, le paiement du souscripteur en état de cessation de paiements. Le jugement repousse l'action en se fondant sur ce que l'art. 449 « écarte en faveur des tiers porteurs, et d'une façon absolue, les rigueurs de l'art. 447 »).

pas nécessaire : le but principal de l'art. 449 est non de contraindre le tireur ou le bénéficiaire à rapporter, mais de dispenser du rapport celui qui a reçu le paiement et qui devrait, en vertu de la règle générale de l'art. 447, y être soumis. Du reste, si la faillite du *solvens* (dans le cas où il s'agit d'un paiement fait par un endosseur) n'a pas d'action en rapport fondée sur l'art. 447, elle a, du moins, contre les endosseurs précédents et contre le tireur, une action en garantie dérivant du titre lui-même (art. 164, C. com.). Avec le système contraire, on devrait logiquement admettre en certains cas que l'art. 449 ne protège pas le porteur même lorsqu'il a été payé sans protêt par le tiré. Il suffit de supposer que le tireur n'a pas fait provision et qu'il n'y a pas eu d'endosseur. On pourrait alors contraindre le porteur à rapporter à la faillite sans lui faire encourir aucune déchéance contre le tireur, puisque le tireur qui n'a pas fait provision, ne peut opposer au porteur le défaut de protêt en temps utile (art. 170, C. com.) (1).— Le mieux, pour éviter tout embarras, est de s'en tenir au texte de l'art. 449 qui ne fait aucune distinction.

En dehors des deux doctrines dont l'une restreint l'art. 449 au paiement fait par le tiré ou par le souscripteur au porteur avant protêt (admise par la jurisprudence actuelle) (2) et celle qui, au contraire, donne à l'art. 449 la portée la plus générale (à laquelle nous nous sommes rangés), une troisième doctrine a été soutenue (3). Selon cette doctrine, l'art. 449 est applicable au paiement fait par un signataire quelconque du titre à un tiers porteur, c'est-à-dire au paiement intervenu entre personnes qui n'ont pas antérieurement contracté l'une avec l'autre. Il est, au contraire, inapplicable au paiement intervenu entre personnes liées entre elles par une cause antérieure à la création ou à la cession du titre, entre personnes pour lesquelles l'effet négociable a été un moyen de terminer une affaire antérieure. Ainsi, l'art. 449 ne protégerait pas le porteur qui a reçu le paiement de son endosseur immédiat ou un endosseur quelconque qui a été payé

(1) V. *Traité de Droit commercial*, IV, n° 407.

(2) V. note 3 de la page 343.

(3) V. Labbé, note sous l'arrêt de la Cour de cassation du 18 déc. 1865, S. 1866. 1. 137; *J. Pal.*, 1866. 369; Beudant, note sous plusieurs arrêts, D. 1867. 1. 417.

par son cédant; l'art. 449 protégerait, au contraire, le porteur ou l'endosseur payé par un endosseur ou par le tireur dont il ne tiendrait pas directement le titre. — Il est impossible de ne pas rendre hommage à l'ingéniosité de cette doctrine. Elle mériterait d'être examinée au point de vue législatif, bien qu'à notre connaissance, elle n'ait encore été consacrée par la loi d'aucun pays (1). Mais elle a d'abord contre elle le texte même de l'art. 449 dans lequel on ne saurait trouver la base de cette subtile distinction. Puis, elle ne peut même pas, en réalité, invoquer les longues discussions qui ont, en 1838, précédé le vote de l'art. 449; il n'y a été fait aucune allusion à la distinction dont il s'agit. Les auteurs qui la proposent, prétendent le contraire, en faisant observer que les orateurs ont toujours parlé du *tiers*-porteur. Mais l'on sait que cette expression est employée, en matière d'effets de commerce, indifféremment avec celle de porteur (2).

406. L'art. 449 vise seulement la lettre de change et le billet à ordre. C'étaient les deux seules espèces d'effets de commerce en usage lors de la confection de la loi de 1838. Il n'est pas douteux que cette disposition s'applique aussi au paiement des chèques fait depuis la date de la cessation des paiements (3). Les mêmes motifs doivent faire protéger le paiement de cette nouvelle sorte d'effets de commerce. L'irrévocabilité des paiements des chèques importe même peut-être encore plus; car il est plus vrai de dire pour eux que pour les lettres de change ou les billets à ordre, qu'ils doivent circuler comme des espèces monnayées.

Il va de soi, à raison même de la ressemblance entre le chèque et la lettre de change, que c'est contre le tireur du chèque que l'action en rapport peut être exercée lorsque celui-ci avait connaissance de

(1) V. sur le *Droit étranger*, n° 406 *bis*.

(2) Lyon, 26 déc. 1866, S. 1867. 2. 347; *J. Pal.*, 1867. 1256; D. 1869. 2. 16. — On a cité aussi comme ayant consacré ce système un arrêt de la Cour de Paris du 16 mars 1866, S. 1866. 1. 137; *J. Pal.*, 1866, p. 371 et 372, en sous-note. Cet arrêt dit, en effet, dans ses motifs, que l'art. 449 a en vue seulement les tiers qui n'ont pas traité directement avec le failli. Mais il ne formule cette idée que pour accorder l'action en rapport contre le bénéficiaire d'un billet à ordre qui ne l'avait pas mis en circulation. Or cette solution est incontestée dans toutes les opinions. V. n° 404.

(3) Demangeat sur Bravard, V, p. 286, en note.

la cessation des paiements à l'époque de l'émission du chèque. C'est bien, du reste, le tireur qui se trouve payé par suite du paiement fait au tiers-porteur du chèque (V. n° 402).

406 *bis*. DROIT ÉTRANGER. — La question examinée précédemment sur la portée de l'art. 449 (n° 406) a été résolue par plusieurs lois étrangères. Ainsi, la loi *allemande* sur les faillites (art. 27), la loi *autrichienne* du 26 mars 1884 sur la nullité des actes faits par le failli (art. 8), la loi *hongroise* (art. 30) consacrent le système qui prévaut dans la jurisprudence française. Les articles cités de ces deux lois disposent, en effet, que les paiements des lettres de change et billets à ordre faits après la cessation des paiements du failli ne peuvent pas être annulés, quand celui qui les a reçus était tenu de les recevoir, sous peine de perdre son recours contre d'autres signataires du titre. — Un autre système est adopté par certaines lois qui autorisent l'action en rapport contre celui qui a reçu le paiement connaissant la cessation de paiements, mais restituent l'*accipiens* contre la perte de ses recours, en disposant que le jugement qui ordonne le rapport équivaut à un protêt. V. Code de commerce *argentin*, art. 1411.

Dans quelques pays, la faveur des effets de commerce fait valider sous certaines conditions les paiements des lettres de change et des billets à ordre, même postérieurs à la déclaration de faillite (1).

407. DES JUGEMENTS OU DES ACTES JUDICIAIRES ET DES ACTES FAITS EN EXÉCUTION. — Ainsi qu'il a été dit précédemment (n° 391), il ne peut, en général, y avoir lieu à l'application des art. 446 et 447 aux jugements, à raison même de ce qu'ils se bornent à reconnaître des droits préexistants. Les syndics, comme représentant le failli, peuvent seulement user contre ceux de ces jugements qui n'ont pas encore acquis autorité de chose jugée lors de la déclaration de faillite, des voies de recours dont sans elle le failli lui-même aurait pu user. Ils ont, de plus, comme représentants de la masse des créanciers, le droit de former tierce-opposition aux jugements rendus contre le failli en fraude de leurs droits, en vertu du Code de procédure civile (art. 474 et suiv.). Comme il s'agit là de l'application de principes du droit com-

(1) V. notamment loi *suisse*, art. 204; loi *brésilienne*, art. 28.

mun, peu importe, du reste, que les jugements aient été rendus avant ou pendant la période suspecte.

Mais il y a des jugements attributifs qui, à raison de leurs effets, peuvent être assimilés à des actes d'aliénation ou à des paiements. Il y a lieu de rechercher si les art. 446 et 447 ne concernent pas non plus ces jugements et les actes, spécialement les paiements, faits en exécution.

408. Cette question se pose principalement à propos des jugements validant une saisie-arrêt faite par un créancier du failli. Il est reconnu que les jugements de validité donnent un droit exclusif au saisissant sur la créance saisie et valent, par cela même qu'ils ordonnent au tiers saisi de vider ses mains entre les mains du saisissant, transport de la créance au profit de celui ci (1). Il a été dit plus haut (n° 255) que, par suite, la déclaration de faillite intervenant après la saisie-arrêt, mais avant le jugement de validité, la rend sans effet, qu'au contraire, le saisissant a un droit définitif sur la créance saisie, tout au moins quand le jugement de validité a acquis autorité de chose jugée avant le jugement déclaratif (2). Mais, si ce jugement avait été rendu dans la période suspecte, les syndics de la faillite du débiteur saisi ne peuvent-ils pas, du moins, pour le faire tomber ainsi que le paiement fait par le tiers saisi au saisissant, invoquer les art. 446 et 447?

On s'accorde généralement à reconnaître que l'art. 446 est inapplicable. Cet article est rigoureux, dit-on; il contient une énumé-

(1) Cass. 20 nov. 1860, D. 1860. 1. 478. — Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *Leçons de procédure civile*, II, n° 833; Garsonnet, *Cours de procédure*, III, n° 618.

(2) Il est supposé au texte, pour ne pas compliquer, que la décision judiciaire validant la saisie-arrêt a acquis autorité de chose jugée avant le jugement déclaratif de faillite. Car, lorsqu'à ce moment, ce jugement est encore susceptible d'opposition ou d'appel, une difficulté spéciale se présente : Le jugement déclaratif le fait-il tomber à raison de ce qu'il n'y avait pas encore de droit exclusif acquis au créancier ou le jugement subsiste-t-il avec son effet attributif au profit de celui-ci? La première solution triomphe avec raison en jurisprudence. La masse ne doit respecter que les aliénations ou les paiements consommés lors du jugement déclaratif. On ne saurait dire que la créance saisie est définitivement attribuée par justice au saisissant tant que la decision judiciaire validant la saisie-arrêt est susceptible d'une voie de recours ordinaire : Cass. 20 nov. 1860, S. 1861. 1. 270; *J. Pal.*, 1861. 522; D. 1860. 1. 478; Lyon, 30 nov. 1866, S. 1867. 2. 266; *J. Pal.*, 1867. 935. V. cependant Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *Leçons de procédure civile*, II, n° 833.

tion limitative des actes qu'il atteint. On ne saurait assimiler celui qui obtient par les voies judiciaires normales le paiement de ce qui lui est dû au créancier qui se fait consentir par son débiteur une cession de créance, ce que l'art. 446 appelle *un paiement par transport* (1).

Mais, à défaut de la nullité de plein droit prononcée par l'art. 446, les syndics ne peuvent-ils pas du moins invoquer l'art. 447? S'il en était ainsi, il faudrait que le jugement de validité eût été rendu depuis la date de la cessation des paiements, qu'au moment de la formation de la demande en validité le créancier saisissant en ait eu connaissance et, de plus, malgré la réunion de ces deux conditions, le tribunal aurait toujours le pouvoir de ne pas annuler le jugement de validité (n° 394).

On a soutenu (et de nombreux arrêts peuvent être invoqués en ce sens) (2) que l'art. 447 est applicable. En faveur de cette doctrine, on fait valoir qu'à la différence de l'art. 446, l'art. 447 a une portée très générale et s'applique à tous les actes faits dans la période suspecte et non frappés par l'art. 446 (n^os^ 387 et 389). On ajoute que le débiteur n'est pas étranger au jugement de validité; il aurait dû, pour éviter qu'un de ses créanciers n'obtînt un droit exclusif sur la créance au préjudice des autres, se hâter de déposer son bilan. Enfin on dit qu'il n'y a pas à tenir compte de l'intervention de la justice pour écarter tout soupçon de fraude, par cela même que les juges ont pu être induits en erreur par les parties. On prétend même trouver dans l'art. 446, qui annule l'hypothèque judiciaire obtenue en temps suspect, la preuve que la loi assimile un avantage tiré d'un jugement à l'avantage concédé volontairement par le débiteur (3).

(1) La jurisprudence est fixée dans ce sens : Paris, 24 déc. 1849, S. 1853. 2. 237; *J. Pal.*, 1850. 1. 587; D. 1850. 2. 195; Bourges, 14 juill. 1851, S. 1851. 2. 737; *J. Pal.*, 1851. 2. 95; D. 1852. 2. 72; Dijon, 3 juill. 1874, S. 1876. 2. 247; *J. Pal.*, 1876. 979; *Supplément au Répertoire de Dalloz*, v° *Faillites et Banqueroutes*, p. 398, note 2; Orléans, 24 juill. 1880, D. 1892. 1. 198.

(2) Paris, 18 août 1860, D. 1860. 5. 174; *J. Pal.*, 1880, p. 662, en note; Paris, 8 mai 1879, 10 juill. 1879, S. 1880. 2. 161; *J. Pal.*, 1880, p. 660; D. 1881. 2. 225.

(3) *En ce sens*, Demangeat sur Bravard, V, p. 269, en note; Bédarride, I, n° 119; Labbé, note dans le *Recueil de Sirey*, 1880. 2. 161 et dans le *Journal du Palais*, 1880, p. 660. L'un des auteurs de cet ouvrage s'était à tort prononcé dans ce sens. V. *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1881, p. 276.

Cette opinion est, selon nous, erronée; le jugement de saisie-arrêt et le paiement qui en a été la conséquence échappent aux nullités des art. 446 et 447. La jurisprudence tend avec raison à ne pas appliquer plus l'art. 447 que l'art. 446 aux jugements validant les saisies-arrêt et aux paiements du tiers saisi au saisissant faits en exécution (1). L'art. 447 n'est sans doute pas limitatif en ce sens qu'il ne contient pas une énumération restrictive comme celle de l'art. 446. Mais il n'en est pas moins vrai que la formule générale de l'art. 447 n'embrasse que *les paiements faits par le débiteur ou les contrats passés par lui*, et, par suite, ne comprend pas les jugements. L'argument de l'opinion opposée tiré de ce que l'art. 446 annule l'hypothèque judiciaire n'est nullement probant. Cette hypothèque offre des dangers très graves tenant à ce qu'elle pourrait permettre de tourner la disposition qui frappe de nullité l'hypothèque conventionnelle constituée pour dettes antérieurement contractées. En outre, l'hypothèque judiciaire est de nature à causer un grave dommage aux autres créanciers par cela même qu'elle est générale. La négligence du débiteur qui ne s'est pas hâté de déposer son bilan ne peut être assimilée à un fait actif de sa part, quand il s'agit de l'application d'une disposition dérogeant au droit commun comme celle de l'article 447. Du reste, par cela même que les poursuites individuelles sont permises jusqu'à la déclaration de faillite, le créancier qui a demandé la validité d'une saisie-arrêt antérieurement, n'a fait qu'exercer son droit. Puis il n'est pas douteux que le danger d'une fraude est bien diminué par l'intervention de la justice, par la publicité et la longueur de la procédure. D'ailleurs, s'il y avait une fraude caractérisée, les créanciers ne seraient pas sans protection. Le jugement pourrait être attaqué par la voie de la tierce opposition et le paiement fait par le tiers saisi pourrait être annulé en vertu de l'article 446, si la saisie-arrêt cachait un paiement par transport.

Il est impossible de ne pas constater que les partisans de l'application de l'art. 447 sont tout à fait illogiques. Si le jugement de vali-

(1) Cass. 21 déc. 1881, S. 1882. 1. 202; *J. Pal.*, 1882. 496, D. 1882. 1. 198; Bourges, 11 juill. 1882, S. 1882. 2. 5; *J. Pal.*, 1882. 86; D. 1883. 2. 221 (arrêt rendu après renvoi prononcé par l'arrêt de cassation précédent). — V. Levillain, note dans le *Recueil de Dalloz*, 1881. 2. 225.

dité peut être rapproché dans une certaine mesure d'un des actes tombant sous le coup des art. 446 et 447, c'est assurément du *paiement par transport*. Or le paiement par transport, fait dans la période suspecte, est nul de droit en vertu de l'art. 446. On n'ose pas appliquer cette disposition rigoureuse au jugement de validité. C'est pourtant là que la logique devrait conduire, si l'on ne veut pas, comme on doit, selon nous, le faire, écarter aussi bien l'art. 447 que l'art. 446.

409. Pour discuter la question de l'application des art. 446 et 447 aux jugements attributifs, le cas qui se présente le plus souvent a été choisi, celui de jugements de validité de saisies-arrêts rendus pendant la période suspecte (n° 408). Mais, comme cela a été dit, la question peut se poser dans d'autres hypothèses, notamment dans les suivantes :

a. Dans une distribution par contribution, des créanciers ont été forclos, alors que des créanciers ayant produit en temps utile ont acquis un droit exclusif sur les sommes mises en distribution. Les syndics de la faillite du saisi peuvent-ils obtenir la nullité des collocations et faire, par suite, tomber ces sommes dans l'actif de la faillite au profit de tous les créanciers, dans le cas où les créanciers ayant produit ont acquis leur droit exclusif dans la période suspecte (1)?

b. De même, une procédure d'ordre s'étant ouverte sur le prix d'un immeuble du failli, le syndic peut-il, pour faire tomber les collocations de certains créanciers chirographaires, alors que quelques-uns ont été forclos, invoquer les art. 446 et 447 (2)?

La question étant identique à celle qui se présente pour les jugements de validité, doit être résolue de la même manière, c'est-à-dire dans le sens de l'exclusion de ces dispositions.

(1-2) Nous ne précisons pas le moment ou les créanciers, qui ont produit régulièrement, acquièrent, pour une portion, un droit exclusif sur la somme à répartir. Il existe, en effet, sur la détermination de ce moment, de grandes difficultés qui se rattachent à la procédure civile et non au droit commercial. Pour simplifier, nous supposons, quelle que soit, du reste, l'opinion admise sur cette question spéciale, que c'est durant la période suspecte que les créanciers colloqués ont acquis ce droit exclusif. — V. pour le cas de forclusion en cas de distribution par contribution, *en ce sens*, Cass. 13 nov. 1861, D. 1861. 1. 484; V. pour le cas de collocation dans un ordre, Cass. 6 nov. 1844, D. 1848. 1. 242; Paris, 28 fév. 1867, D. 1869. 1. 331; Trib. civ. Seine, 30 juin 1885, *Le Droit*, n° du 11 déc. 1885; Paris, 12 août 1890, *Le Droit*, n° du 5 déc. 1890.

410. On peut ainsi dire d'une façon générale que les paiements faits en exécution de décisions judiciaires échappent aux art. 446 et 447. Il ne suffit pas, bien entendu, pour qu'il en soit ainsi, que le paiement ait été obtenu par un créancier muni d'un jugement de condamnation, il faut que ce jugement, en ordonnant le paiement, ait créé un droit exclusif au profit du créancier.

411. C. NULLITÉ DES INSCRIPTIONS DE PRIVILÈGES OU D'HYPOTHÈQUES PRISES DEPUIS LA CESSATION DES PAIEMENTS OU DANS LES DIX JOURS PRÉCÉDENTS. — Les inscriptions de privilèges et d'hypothèques même valablement acquis ne peuvent être prises utilement à partir du jour où est rendu le jugement déclaratif de la faillite du débiteur (nos 280 et suiv.). Ce n'est pas à dire que toute inscription prise jusqu'à ce jugement soit nécessairement valable. En tempérant le système rigoureux du Code de 1807 (no 280), le législateur de 1838 a redouté qu'un commerçant pût conserver jusqu'au jour de sa faillite un crédit apparent de nature à induire le public en erreur sur sa situation grâce à la complaisance de ses créanciers qui retarderaient l'inscription de leurs hypothèques ou de leurs privilèges. Dans ce but, le Code de commerce, modifié en 1838 (art. 448, 2e alin.), donne au juge la faculté de prononcer la nullité des inscriptions prises même avant le jugement déclaratif, pourvu qu'elles l'aient été depuis la date de la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents, dès que le long temps écoulé depuis la naissance du privilège ou de l'hypothèque implique une coupable connivence ou, tout au moins, une grave négligence de la part des créanciers (1).

L'art. 448, après avoir, dans son premier alinéa, établi que les droits d'hypothèque et de privilège valablement acquis peuvent être inscrits jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite, apporte une exception à ce principe dans les 2e et 3e alin. : *Néanmoins les inscriptions prises après l'époque de la cessation des paiements, ou dans les dix jours qui précèdent, pourront être déclarées nulles, 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. — Ce délai sera augmenté d'un jour à raison de cinq myriamètres entre le*

(1) V. sur les motifs de cette disposition, Renouard, I, p. 397 à 399.

lieu où le droit d'hypothèque aura été acquis et le lieu où l'inscription sera prise. — Ainsi, la loi considère comme tardive et suspecte l'inscription prise plus de quinze jours après l'acte constitutif du droit (sauf une augmentation de délai à raison des distances), si elle est eopéré depuis la date de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent. Il est permis alors au juge de l'annuler (1).

412. Les nullités des inscriptions admises par l'art. 448, 2e et 3e alin., doivent être mises à part; elles diffèrent à la fois et des nullités de l'art. 446 et même de celles de l'art. 447. A la différence des actes énumérés par l'art. 446, les inscriptions ne sont pas nulles de droit; l'art. 448 laisse au juge une faculté d'appréciation comme pour les actes atteints par l'art. 447. Le juge pourrait repousser la demande en nullité, s'il reconnaîssait que le créancier a eu des causes d'empêchement qui expliquent son retard à prendre inscription ou que les autres créanciers n'ont pas pu être induits en erreur par le défaut d'inscription (2). Mais, d'un autre côté, les nullités de l'article 448 ne doivent pourtant pas être confondues avec les nullités facultatives de l'art. 447. Les inscriptions prises plus de quinze jours après l'acte constitutif peuvent, à la différence des actes atteints par l'art. 447, être annulées quand même le créancier n'aurait pas eu, en s'inscrivant, connaissance de la cessation des paiements et, par suite, non seulement quand elles ont été prises depuis la date de la cessation des paiements, mais même dans les dix jours qui précèdent.

413. A quoi s'appliquent les nullités de l'art. 448? Le second et le

(1) Droit étranger. — Des lois ont admis la nullité des formalités de publicité accomplies même avant la déclaration de faillite. D'autres s'en tiennent à la nullité de ces formalités pour le cas où elles sont accomplies après cette déclaration. Ainsi, le Code *belge* (art. 447) reproduit l'art. 448 du Code français avec cette seule différence qu'il fixe un délai invariable de quinze jours entre l'acte constitutif de l'hypothèque ou du privilège, sans augmentation à raison des distances. Les Codes *italien* (art. 710) et *roumain* (art. 723) autorisent les inscriptions jusqu'au jugement déclaratif et, par cela même qu'ils n'apportent aucune restriction spéciale à ce principe, les inscriptions prises antérieurement ne pourraient être annulées qu'en vertu des principes généraux du droit, s'il y avait mauvaise foi de la part des créanciers inscrits. L'art. 708 du Code de commerce *italien* et l'art. 721 du Code de commerce *roumain* (art. 723) renvoient du reste à ces principes, comme cela a été constaté plus haut, note 1 de la page 257.

(2) Bourges, 9 août 1848, S. 1848. 2. 597; *J. Pal.*, 1848. 2. 523; D. 1848. 2. 153; Cass. 17 avr. 1849, S. 1849. 1. 638; *J. Pal.*, 1849. 2. 255; D. 1849. 1. 150; Colmar, 15 janv. 1862, S. 1862. 2. 122; *J. Pal.*, 1862. 19; D. 1862. 2. 102.

troisième alinéa de l'art. 448 sont, comme cela a été dit (n° 411), destinés à apporter sous certaines conditions une dérogation au principe contenu dans le premier alinéa du même article. Aussi la nullité de l'art. 448, 2e alin., frappe les inscriptions qui sont atteintes par le premier alinéa, quand elles ont été prises après le jugement déclaratif et celles-là seules.

414. Par conséquent, peuvent être déclarées nulles sous les conditions fixées par l'art. 448, 2e et 3e alin., les inscriptions d'hypothèques conventionnelles, judiciaires ou légales autres que celles des incapables régies par l'art. 2135, C. civ., les inscriptions de privilèges, alors même qu'il s'agirait de privilèges pour la publicité desquels la loi accorde un délai (par ex. art. 2109, C. civ.), la transcription d'une vente faite au failli, en tant qu'elle a pour but la conservation du privilège du vendeur de l'immeuble (1). V. nos 293 et suiv. Il résulte du lien existant entre l'action résolutoire et le privilège du vendeur d'immeuble en vertu de l'art. 7 de la loi du 23 mars 1855 que, tout au moins, lorsque l'hypothèque légale de l'art. 490, C. com., a été inscrite, les syndics peuvent, en faisant annuler la transcription, en tant qu'elle conserve le privilège du vendeur ou l'inscription de ce privilège, faire perdre l'action résolutoire au vendeur en même temps que son privilège. V. n° 296.

415. Au contraire, la nullité facultative de l'art. 448, 2e et 3e alin., ne saurait atteindre les inscriptions d'hypothèques ou de privilèges prises en renouvellement en vertu de l'art. 2154, C. civ., les inscriptions prises pour garantir les intérêts d'une créance hypothécaire ou privilégiée en vertu de l'art. 2151, C. civ., ou de l'art. 13 de la loi du 10 juillet 1885, les inscriptions d'hypothèques légales qui, en vertu de l'art. 2135, C. civ., sont, en principe, opposables aux tiers sans même avoir été inscrites (2). V. nos 288 et suiv.

(1) Cela suppose qu'on admet, comme nous le faisons, que l'art. 448, 1er alin., s'applique, soit aux inscriptions de privilèges pour lesquelles la loi accorde, en principe, un certain délai (n° 294), soit à la transcription de la vente comme conservant le privilège du vendeur (n° 295).

(2) Paris, 5 déc. 1887, *Journ. des faillites*, 1887, p. 208. Mais l'art. 448, 2e alin., est applicable quand l'inscription nouvelle a été prise après la péremption de l'inscription originaire : Cass. 2 déc. 1863, D. 1864. 1. 105. Seulement, comme la nullité de l'art. 448, 2e alin., est facultative, les tribunaux ne doivent pas man-

Mais, en ce qui concerne les inscriptions de ces hypothèques légales, une grave difficulté s'élève. L'art. 448, 2e et 3e alin., ne les concerne certainement pas tant que dure le mariage ou la tutelle. Mais une fois que le mariage du failli ou la tutelle dont il est chargé a pris fin, et qu'une année s'est écoulée, l'art. 448, 2e et 3e alin., ne devient-il pas applicable même à ces inscriptions, en cas de faillite du mari ou du tuteur?

On a soutenu l'affirmative par des raisons très spécieuses (1). Le législateur a, dit-on, voulu qu'après une année expirée depuis la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle, les hypothèques légales des incapables rentrassent dans le droit commun. C'est bien ce qui résulte de la loi du 23 mars 1855 (art. 8) qui, après ce délai, les soumet, pour qu'elles soient opposables au tiers, à l'inscription. On applique sans difficulté l'art. 448, 1er alin., aux inscriptions de ces hypothèques prises, après le délai de l'art. 8 de la loi de 1855, postérieurement au jugement déclaratif de la faillite du mari ou du tuteur (n° 289). Cela ne doit-il pas logiquement amener à leur appliquer l'art. 448, 2e et 3e alin., puisqu'il est reconnu que les mêmes inscriptions sont soumises à la règle générale de l'art. 448, 1er alin., et à la disposition exceptionnelle du même article (2e et 3e alin.)? V. n° 413. L'art. 448, dans son ensemble, fait partie du droit commun qui est applicable aux hypothèques légales des incapables après le délai de l'art. 8.

L'art. 448, 2e et 3e alin., reste, au contraire, selon nous, sans application, même après la dissolution du mariage ou la fin de la tutelle, aux inscriptions des hypothèques légales de la femme mariée,

quer de ne pas la prononcer quand le délai de dix ans de l'art. 2154, C. civ., n'a été dépassé que de peu de jours. V. sur ce point, *Journ. des faillites*, 1893, p. 240 (une question était posée relativement à une inscription prise en renouvellement un jour trop tard).

(1) Alger, 23 juin 1879, S. 1879. 2. 201; *J. Pal.*, 1879. 839; D. 1880. 2. 33; Trib. civ. Sancerre, 9 déc. 1884, *Journ. des faillites*, 1885. 483. — Aubry et Rau, t. III, p. 307, § 269, note 21. (Ces auteurs citent à tort comme consacrant implicitement leur doctrine l'arrêt de rejet du 2 mars 1863, S. 1863. 1. 425; *J. Pal.*, 1864. 51. Cet arrêt se borne à décider que, l'art. 448, 2e alin., fût-il applicable aux hypothèques légales des incapables, les juges du fait ont pu refuser, en vertu du pouvoir d'appréciation que leur laisse cet article, d'annuler l'inscription); Audier, *Effet de la loi de 1855 sur les hypothèques légales*, nos 70 et suiv.

du mineur et de l'interdit (1). Le principe auquel se rattache le système opposé, est exact en lui-même ; on a seulement le tort d'en tirer des conséquences exagérées. Sans doute, une année après la fin de la tutelle ou la dissolution du mariage, les hypothèques légales des incapables rentrent, au point de vue de l'inscription, dans le droit commun et, par suite, il y a lieu de leur appliquer toutes les règles générales qui se rattachent directement ou indirectement à la formalité de l'inscription. Ainsi l'on applique sans difficulté, après l'année de l'art. 8 de la loi du 23 mars 1855, aux hypothèques légales des incapables les art. 2151 et 2154, C. civ., bien qu'aucun texte ne déclare expressément qu'il en doit être ainsi. Mais ce principe cesse d'être vrai lorsqu'il existe des dérogations à ces règles générales. Ces dérogations peuvent être aussi bien implicites qu'expresses. Il nous paraît y avoir une dérogation implicite dans l'article 448, 2e alin., en ce sens qu'il subordonne la nullité facultative des inscriptions à plusieurs conditions dont il est impossible d'appliquer l'une, tout au moins, aux hypothèques légales des incapables. Pour que le juge puisse annuler une inscription, il ne suffit pas qu'elle ait été prise depuis la date de la cessation des paiements ou dans les dix jours qui précèdent, il faut encore qu'elle le soit plus de quinze jours après la date de *l'acte constitutif* du privilège ou de l'hypothèque. Pour les hypothèques légales, il n'y a pas d'acte constitutif, en dehors du texte de la loi qui les établit. Il s'agit ici d'une disposition de rigueur, d'une sorte de déchéance ; on doit l'interpréter littéralement. Du reste, les partisans de l'opinion contraire sont en désaccord, quand il s'agit de fixer dans quelles circonstances les inscriptions de ces hypothèques légales sont à considérer comme tardives et comme suceptibles d'annulation en vertu de l'art. 448, 2e et 3e alin. Les uns font partir le délai de quinze jours, après lequel les inscriptions sont annulables, de l'expiration de l'année qui suit la fin de la tutelle ou la dissolution du mariage (2) ; ils trouvent que

(1) Colmar, 15 janv. 1862, S. 1862. 2. 122; *J. Pal.*, 1862. 19; D. 1862. 2. 102; Caen, 18 juin 1879, S. 1880. 2; *J. Pal.*, 1880. 803. — Troplong, *Transcription*, n° 317; Ch. Lyon-Caen, *Revue critique de législation*, 1881, p. 282; Baudry-Lacantinerie et Deloynes, *Traité des privilèges et hypothèques*, II, n° 1591.

(2) Aubry et Rau, III, § 269, p. 307, note 21.

cela est rationnel, puisque c'est à partir de l'expiration de cette année que les hypothèques légales rentrent dans le droit commun. D'autres estiment que l'inscription doit être prise avant l'expiration de l'année, qu'après elle il n'y a pas de délai supplémentaire de quinzaine, parce que le délai d'un an dépasse toujours et notablement celui de quinzaine qui fait admettre qu'il y a retard (1). Ce désaccord montre bien qu'on arrive à torturer le texte de l'art. 448, 2e et 3e alin., quand on veut en faire l'application aux inscriptions des hypothèques légales des incapables. Du reste, si cette solution est exacte au point de vue de l'interprétation des lois en vigueur, il faut reconnaître qu'elle est très critiquable au point de vue législatif ; dans une législation rationnelle, l'art. 448, 2e et 3e alin., devrait être applicable aux inscriptions d'hypothèques légales des incapables, quand ses hypothèques sont soumises à l'inscription pour être opposables aux tiers.

415 *bis*. Si la nullité facultative de l'art. 448, 2e alin., ne frappe pas même toutes les inscriptions de privilèges et d'hypothèques, *a fortiori* est-elle étrangère aux autres formalités de publicité analogues qui, du reste, ne sont pas régies par l'art 448, 1er alin., quand elles sont accomplies après le jugement déclaratif de faillite (nos 298 et suiv.). En conséquence, la nullité facultative de l'art. 448, 2e alin., ne peut atteindre, quand même ces formalités sont remplies durant la période suspecte : *a*. la transcription d'une vente d'immeuble consentie par le failli ; *b*. la transcription d'une donation d'immeuble faite par le failli ; *c*. la signification ou l'acceptation dans un acte authentique de la cession (art. 1690, C. civ.) ou d'une constitution en gage d'une créance consentie par le failli (2) (art. 2075, C. civ.) ; *d*. la transcription d'un acte constitutif d'antichrèse ; *e*. la mutation en douane relative à la transmission de la propriété d'un navire ; *f*. l'enregistrement d'une cession de brevet d'invention opéré en vertu de l'art. 20 de la loi du 5 juillet 1844.

Ce qui vient d'être dit à propos de la non applicabilité de l'article 448, 2e et 3e alin., à la signification d'une cession ou d'une constitution en gage de créance, à la transcription d'une donation, à la mutation en douane, à l'enregistrement d'une cession de brevet, opé-

(1) Alger, 23 juin 1879, D. 1880. 2. 33 ; S. 1879. 2. 201 ; *J. Pal.*, 1879. 839.
(2) Cass. 19 juin 1848, S. 1848. 1. 465.

rées durant la période suspecte, n'est pas en contradiction avec les solutions admises plus haut (nos 301 et suiv.) et d'après lesquelles ces formalités ne peuvent plus être remplies utilement à l'égard de la masse à partir du jour où a été rendu le jugement déclaratif. Nous n'avons pas, en effet, fondé ces solutions sur l'art. 448, 1er alin.; nous les avons rattachées au principe du dessaisissement et aux règles relatives aux personnes qui, en qualité de tiers, peuvent se prévaloir du défaut d'accomplissement de ces formalités.

416. Il ne faut pas confondre la question qui vient d'être examinée avec celle de savoir si la constitution en gage d'une créance doit être annulée de droit, en vertu de l'art. 446, quand la signification ou l'acceptation a eu lieu durant la période suspecte ou dans les dix jours précédents, comme constitution de gage faite pour une dette antérieure. Du reste, il a été admis plus haut (n° 375) qu'il n'y a pas alors nullité de droit, parce qu'il y a là une formalité extrinsèque qui n'empêche pas que le gage ait été constitué au moment où le débiteur y a donné son consentement, c'est-à-dire au moment où la dette a été contractée.

417. La nullité de l'art. 448, 2e alin., est admise dans le même but que celles des art. 446 et 447. Aussi, comme celles-ci, la nullité des inscriptions ne peut être invoquée par le failli ou par tels ou tels créanciers ni profiter seulement à quelques-uns, elle ne peut être réclamée que par les syndics au nom de la masse des créanciers et leur profite à tous. Un créancier hypothécaire ne pourrait donc pas plus invoquer la nullité d'une inscription contre un autre créancier hypothécaire en vertu de l'art. 448 que celle d'une constitution d'hypothèque en vertu de l'art. 446 ou de l'art. 447. V. nos 317 et 398.

L'annulation d'une inscription a le même effet qu'aurait celle du privilège ou de l'hypothèque à laquelle elle se réfère, par cela même qu'un privilège ou une hypothèque non inscrits avant le jugement déclaratif ne sont pas opposables à la masse des créanciers (art. 448, 1er alin., C. com.).

418. *Observation générale relative aux articles 446 à 448.* — Si les nullités des art. 446 à 448 ne sont opposables que par la masse, ce n'est pas à dire qu'en certains cas, des actes faits par le failli ne soient

pas nuls à l'égard du failli lui-même. Il résulte de l'art. 598, C. com., qu'il y a des actes qui sont ainsi traités (1). Quelle part faut-il faire, soit aux art. 446 à 448, soit à l'art. 598? Cette question ne pourra être résolue qu'à propos de la banqueroute et des crimes et délits commis dans les faillites (chapitre VI, ci-après).

419. *A partir de quel moment et jusqu'à quel moment les nullités des art. 446 à 448 peuvent-elles être invoquées?* — Les nullités des art. 446 à 448 supposent une déclaration de faillite, selon ce qui a été admis plus haut (n^os^ 187 et suiv. et 308) (2). Elles ne peuvent donc être invoquées qu'à partir du jugement déclaratif.

Par cela même qu'une *masse* doit exister pour que ces nullités puissent être demandées, elles ne peuvent plus l'être quand la masse des créanciers est dissoute. Il en est ainsi quand la faillite est définitivement close. Ainsi, en cas d'union, on ne peut plus se prévaloir des nullités dont il s'agit, quand, la liquidation de la faillite étant terminée, la dernière assemblée des créanciers a été tenue (art. 537, C. com.). En cas de concordat simple, la faillite est close et il n'y a plus de masse de créanciers dès que l'assemblée des créanciers l'a accordé. Toutefois des difficultés spéciales s'élèvent sur le point de savoir si, après le concordat simple, les nullités des art. 446 à 448 peuvent encore être invoquées. V. ci-après chapitre IV.

419 *bis*. Des lois étrangères ont évité toutes ces difficultés en fixant un délai invariable après lequel les nullités d'actes faits avant la déclaration de faillite ne peuvent plus être demandées. Ce délai est d'un an à partir du jugement déclaratif d'après la loi allemande de 1877 (art. 34) et d'après la loi autrichienne du 16 mars 1884 (art. 27).

420. Les dispositions spéciales du Code de commerce (art. 446 à 449) qui frappent les actes du failli faits durant la période suspecte, ne sont pas exclusives de l'action paulienne de l'art. 1167, C. civ. : cette action peut être exercée pour faire tomber ces actes (3). Seulement,

(1) V. n° 381.

(2) Nous laissons de côté la liquidation judiciaire; le jugement qui la prononce produit, sous ce rapport, des effets identiques à ceux du jugement déclaratif de faillite. V. chapitre VII.

(3) Orléans, 16 janv. 1861, D. 1861.5.225; Cass. 13 nov. 1867, D. 1868.1.212.

il va de soi qu'on doit appliquer les règles qui régissent cette action, à l'exclusion de celles des dispositions du Code de commerce. Il résulte notamment de là :

1. Que cette action ne peut pas être intentée avec succès pour faire tomber les paiements de dettes échues (n° 387) ;

2. Que le partage auquel le failli a été partie, ne peut être attaqué par les créanciers qu'autant qu'il a été fait au mépris d'une opposition dans les termes de l'art. 882, C. civ. (n° 390) ;

3. Que le préjudice causé par l'acte et la connaissance de ce préjudice sont des conditions essentielles de la réussite de l'action (n° 312) ;

4. Que l'action appartient individuellement à chaque créancier, sauf au syndic à réclamer au profit de la masse des créanciers le bénéfice produit par la réussite du demandeur. V. n° 312.

Comme l'action paulienne ne dérive pas de la faillite, elle est soumise aux règles de compétence ordinaire et ne doit pas toujours être portée devant le tribunal qui a rendu le jugement déclaratif. V. n° 468.

421. L'action paulienne et l'action fondée sur les art. 446 à 449, C. com., ont sans doute le même but général ; mais ce n'en sont pas moins deux actions distinctes. Aussi, le syndic qui s'est borné en première instance à attaquer un acte en se fondant sur l'art. 1167, C. civ., ne peut pas, en appel, invoquer les art. 446 à 449, C. com. ; le contraire n'est pas possible non plus. Il y aurait en appel une demande nouvelle contraire à l'art. 464, C. proc. civ. (1).

(1) V. pourtant Besançon, 30 juin 1891, *Journ. des faillites*, 1891, p. 325. Cet arrêt allègue à tort qu'il n'y a dans ces circonstances qu'un moyen nouveau. Il invoque aussi la plénitude de juridiction de la Cour d'appel. C'est là un argument sans portée. Cette plénitude de juridiction n'empêche pas qu'en appel, on ne puisse former une demande nouvelle.

CHAPITRE II.

DES AUTORITÉS ET DES PERSONNES QUI FIGURENT DANS UNE FAILLITE (SYNDICS, JUGE-COMMISSAIRE, CONTROLEURS, TRIBUNAL DE COMMERCE, MASSE DES CRÉANCIERS, FAILLI) (1).

422. *Généralités.* — A la suite du jugement déclaratif de faillite s'ouvre une procédure comprenant des actes et des opérations variés ayant pour buts principaux de fixer le montant de l'actif, de déterminer celui du passif, d'administrer, pour en assurer la conservation, les biens du failli, de décider quelle solution il y a lieu de donner à la faillite, c'est-à-dire ce que doit devenir, en définitive, le patrimoine du failli. Dans ces actes et dans ces opérations, des personnes et des autorités diverses sont appelées à intervenir et ont à jouer des rôles variés. Ce sont les *syndics*, le *juge-commissaire*, les *contrôleurs*, le *tribunal de commerce*, les *créanciers du failli*, le *failli*. Comment sont désignés les syndics, le juge-commissaire, les contrôleurs? Quels sont les rôles et les attributions de chacune de ces personnes ou de ces autorités? Telles sont les questions auxquelles il faut répondre. Les principes généraux seront seuls exposés dans ce chapitre. Les détails relatifs aux attributions seront donnés à propos de chaque matière spéciale, notamment dans le chapitre suivant. En d'autres termes, il va être traité de l'organisation de l'administration des faillites et tout ce qui concerne le fonctionnement de cette administration est réservé aux chapitres suivants.

A. — DES SYNDICS (2).

423. Par cela même que le jugement déclaratif dessaisit de plein droit le failli de l'administration de ses biens dans l'intérêt des créanciers (nos 195 et suiv.), il faut que certaines personnes soient char-

(1) Code de commerce, art. 451 à 454, 462 à 478; loi du 4 mars 1889, art. 9, 10 et 20, alin. 2.

(2) Code de commerce, art. 462 à 478.

gées de les administrer; il peut y avoir notamment des actes urgents à faire, comme des renouvellements d'inscriptions, des interruptions de prescription, des recouvrements d'effets de commerce, des protêts, etc... De plus, quand la solution de la faillite admise par les créanciers implique que les biens du failli seront vendus (ce qui se passe dans les cas d'union et de concordat par abandon d'actif), il faut qu'il soit procédé à la liquidation du patrimoine du failli. Les créanciers sont d'ordinaire trop nombreux pour administrer eux-mêmes le patrimoine du failli et le liquider, s'il y a lieu.

Les personnes chargées d'administrer et, au besoin, de liquider le patrimoine du failli sont les *syndics* (1). Ce nom vient du mot latin *syndicus*, spécialement employé pour désigner le représentant d'une ville (2). On appelle aussi syndics des personnes chargées de prendre soin des intérêts d'une collection d'individus; c'est ainsi qu'il y a des syndics des agents de change (3), des syndics des gens de mer.

Sous l'empire des mêmes besoins, toutes les législations admettent dans les faillites des administrateurs ayant des rôles semblables à ceux des syndics. Mais ils sont, selon les pays, désignés sous des noms différents. En *Belgique*, on les appelle *curateurs des faillites;* en *Allemagne* et en *Autriche*, *Konkursverwalter;* en *Italie*, *curatori* (4); en *Espagne*, *sindici;* en *Angleterre*, *trustees in Bankruptcy* (5). Du reste, les règles relatives à ces administrateurs des faillites varient selon les pays, surtout au point de vue de la manière dont ils sont nommés et de leur nombre. V. n° 432 *bis*.

(1) D'après le projet de 1883, le nom de *syndics* devait être remplacé par celui d'administrateurs. C'était là un changement de mot bien inutile. — Dans la *liquidation judiciaire*, les *liquidateurs* correspondent aux syndics de la faillite, mais ont des attributions très différentes, par cela même que le débiteur en état de liquidation judiciaire n'est pas dessaisi; les liquidateurs assistent et surveillent le débiteur, mais n'administrent pas (L. 4 mars 1889, art. 4 et suiv.). La situation change quand, un concordat simple n'étant pas admis, les biens du débiteur en liquidation judiciaire doivent être vendus.

(2) Le mot latin *syndicus* vient du mot grec σύνδικος composé de σύν, avec et δίκη, justice.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, IV, n° 881.

(4) V. *Traité de Droit commercial*, V, n° 72.

(5) Le mot *sindaci* se trouve bien dans le Code de commerce *italien* (art. 183 et suiv.), mais il y désigne les personnes chargées de la surveillance des administrateurs ou des gérants dans les sociétés par actions.

424. Dans un but de simplification et d'économie, la loi considère les créanciers du failli comme formant une sorte d'être juridique qu'on appelle la masse de la faillite. V. n° 471. Le syndic agit tantôt comme représentant le failli, quand il exerce les droits de celui-ci dans l'intérêt de la masse, tantôt comme représentant la masse, lorsqu'il exerce des droits qui sont propres à celle-ci, par exemple lorsqu'il invoque les nullités des art. 446 et suiv., C. com., dont le failli ne peut pas se prévaloir. V. n^{os} 317 et 398.

425. Il y a des syndics pendant toute la durée de la faillite; le jugement déclaratif qui ouvre la faillite, nomme au moins un syndic, trois au maximum (art. 462, C. com.), et il ne cesse d'y avoir des syndics que lorsque la faillite prend fin (1). Seulement les fonctions des syndics et leurs pouvoirs ne sont pas les mêmes durant toutes les périodes de la procédure de faillite. Aussi les syndics reçoivent-ils, selon celle de ces périodes dans laquelle on se trouve, des qualifications différentes. Mais le mode de nomination des syndics est toujours identique : ils sont nommés par le tribunal de commerce. A cet égard, le sytème de la loi de 1838 n'est pas le même que celui du Code de 1807.

426. *Différentes sortes de syndics.* — Le Code de commerce modifié en 1838 distingue trois sortes de syndics : les *syndics provisoires*, les *syndics définitifs*, les *syndics de l'union* ou *du concordat par abandon d'actif*. Dans toute faillite, il y a nécessairement des syndics provisoires, puis des syndics définitifs (2). Quant aux syndics de l'union ou du concordat par abandon, il n'y en a que dans le cas où les créanciers se mettent en état d'union ou quand un concordat par abandon est adopté, non quand il y a concordat simple. Ainsi les syndics *définitifs* n'ont un caractère correspondant à cette dénomination que lorsque la faillite se termine par un concordat

(1) La faillite prend fin, en cas de concordat simple, lors de l'homologation du concordat, en cas d'union ou de concordat par abandon d'actif, lors de la dernière assemblée dans laquelle les syndics rendent leur compte (art. 537, C. com.).

(2) V. pour l'explication de ces expressions, n^{os} 427 et suiv. — En matière de liquidation judiciaire, il y a aussi des *liquidateurs provisoires* et des *liquidateurs définitifs* nommés dans les mêmes conditions que les syndics (L. 4 mars 1889, art. 4, alin. 2 et art. 9, alin. 3).

simple ; cette singularité s'explique par les dispositions, soit du Code de 1807, soit du projet de 1838 (1).

427. *Syndics provisoires.* — On appelle syndics *provisoires* ceux qui sont nommés par le jugement déclaratif (art. 462, alin. 1). Leur désignation est faite par le tribunal, sans que les créanciers soient appelés à donner même leur avis. Il serait fort difficile de consulter les créanciers; au moment où le jugement déclaratif est rendu, ils peuvent ne pas être tous connus et l'on n'a pas la certitude que ceux qui sont portés au bilan déposé par le failli, sont réellement créanciers. On ne peut cependant attendre pour nommer les syndics; le failli est dessaisi et, dans l'intérêt des créanciers comme dans le sien, il ne doit pas y avoir de lacune dans l'administration de ses biens. Les syndics provisoires ont pour mission générale de faire les actes les plus urgents qui seront utiles, quelque solution que la faillite doive recevoir. V. art. 468, 469, 476, 490, C. com.

428. *Syndics définitifs.* — Les créanciers étant les principaux intéressés, la loi ne veut pas que les syndics nommés par le tribunal conservent nécessairement leurs fonctions sans que les créanciers aient été appelés au moins à donner leur avis. Aussi les créanciers présumés (2) doivent être immédiatement convoqués à se réunir dans un délai n'excédant pas quinze jours. Les créanciers présents à cette réunion sont consultés sur la composition de la liste des créanciers présumés et sur la nomination de nouveaux syndics. Procès-verbal de leurs observations est transmis au tribunal; celui-ci, sur le rapport du juge-commissaire, continue les syndics provisoires dans leurs fonctions ou en nomme de nouveaux. Il est rare que l'avis des créanciers ne soit pas favorable au maintien des syndics provisoires. Du reste, le tribunal n'est pas lié par la délibération des créanciers qui constitue un simple avis (art. 462, C. com.). Les syndics ainsi nommés à nouveau ou continués dans leurs fonctions sont désignés sous le nom de *syndics définitifs* (3) (art. 462, 4e alin.).

La mission principale de ces syndics est de faire tous les actes

(1) V. n° 431.

(2) On les connait par le bilan déposé par le failli (art. 439, C. com.) ou dressé, à son défaut, par les syndics provisoires (art. 476, C. com.).

(3) V. nos 426 et 431.

nécessaires pour mettre les créanciers à même de statuer en connaissance de cause sur la solution qui doit être donnée à la faillite. C'est à ce point de vue qu'ils ont à procéder à la vérification des créances (nos 527 et suiv.). Ils sont d'une façon générale chargés de toutes les opérations pour lesquelles d'autres syndics ne sont pas spécialement désignés.

429. *Syndics de l'union* ou *du concordat par abandon d'actif*. — Lorsqu'un concordat simple est accordé au failli par ses créanciers, le dessaisissement prend fin et dès lors, il n'y a plus de syndics; les syndics définitifs ont à rendre compte de leur gestion au failli concordataire même qui reprend l'administration de ses biens (article 519, C. com.). Mais quand, au contraire, il y a soit union, soit concordat par abandon d'actif, par cela même que le dessaisissement ne cesse pas, le syndicat doit subsister. Le juge-commissaire doit alors consulter immédiatement les créanciers sur le maintien ou sur le remplacement des syndics définitifs. Le tribunal statue sur le vu du procès-verbal de l'assemblée des créanciers sans être lié par son avis (art. 529). Les syndics nommés à nouveau ou maintenus en fonctions sont les syndics de l'*union* ou *du concordat par abandon d'actif*. Ils ont pour mission principale de vendre les biens du failli et de procéder à la répartition entre les créanciers de toutes les sommes provenant de la faillite.

Les syndics de l'union ou du concordat par abandon restent, en principe, en fonctions jusqu'à la clôture de la faillite. Toutefois, quand la procédure de l'union ou du concordat par abandon dure plus d'un an, chaque année les créanciers, réunis en assemblée pour recevoir le compte de la gestion des syndics, ont à émettre un avis sur le remplacement ou le maintien des syndics en exercice pour l'année suivante. Le tribunal statue encore ici, sans être lié par l'avis des créanciers (art. 536, C. com.).

430. En fait, sauf dans des cas exceptionnels, ce sont les syndics provisoires qui, maintenus en fonctions, deviennent successivement syndics définitifs et syndics de l'union. Quand même il n'y a pas de changement de personnes, il est toujours nécessaire de distinguer les syndics des trois espèces; car, que les personnes changent ou non, les syndics ont toujours, selon leur qualité qui varie avec la période

de la faillite dans laquelle on se trouve, des pouvoirs plus ou moins étendus.

431. Il n'est pas sans intérêt de constater : 1° quel était le système du Code de 1807 sur la nomination des syndics ; 2° quel fut le système proposé dans le projet du gouvernement qui est devenu la loi de 1838.

1° *Système du Code de 1807*. — Le jugement déclaratif nommait un ou plusieurs *agents* investis des pouvoirs qu'ont actuellement les syndics provisoires (art. 454 et suiv. du Code de 1807). Au bout d'un certain temps, les *agents* étaient remplacés par des *syndics provisoires*. Ceux-ci étaient nommés par le tribunal de commerce sur une liste dressée par l'assemblée des créanciers et triple du nombre des syndics qu'elle estimait devoir être nommés (art. 480 du Code de 1807). Enfin, quand il y avait union, les *syndics définitifs* étaient nommés directement par les créanciers (art. 527 du Code de 1807). Ainsi, les agents étaient des mandataires purement judiciaires, les syndics provisoires des mandataires à la fois conventionnels et judiciaires, les syndics définitifs des mandataires purement conventionnels. A mesure que l'importance des pouvoirs des syndics augmentait, on pensait que l'influence des créanciers devait augmenter aussi.

2° *Système du projet devenu la loi de 1838*. — Le projet rédigé par la Commission de 1833 reproduisait le système du Code de 1807. Le projet déposé par le Gouvernement à la Chambre des députés en 1834, supprimait les *agents* et, au lieu de faire nommer des syndics par le jugement déclaratif comme la loi de 1838, décidait que le tribunal les nommerait immédiatement après, sur la liste des créanciers présumés que le juge-commissaire lui présenterait. On voulait que les premiers administrateurs fussent pris parmi les créanciers. V. n° 433.

Ce système fut abandonné dans la discussion. Mais par inadvertance, quoiqu'on en fût revenu à faire nommer les premiers administrateurs par le jugement déclaratif, on conserva le titre de syndics *provisoires* aux premiers administrateurs de la faillite et on fut ainsi amené à appeler syndics *définitifs* ceux que le Code appelait syndics provisoires, quoiqu'ils soient destinés à être remplacés par d'autres syndics, au moins quand il y a union ou concordat par abandon d'actif.

432. *Système général du Code sur la nomination des syndics.* — Il résulte de toutes les dispositions du Code sur les syndics qu'à l'exception des syndics provisoires, désignés par le tribunal dans le jugement déclaratif même, tous sont nommés ou maintenus en fonctions sur l'avis des créanciers; mais la nomination émane toujours du tribunal qui peut ne tenir aucun compte de cet avis. Les créanciers n'ont ainsi, à aucune période de la faillite, une influence directe et certaine sur le choix des syndics. Il n'en était pas de même sous l'empire du Code de 1807; les créanciers avaient, selon les cas, le droit de présenter au tribunal une liste de candidats au syndicat entre lesquels il devait choisir ou même le droit de nomination (n° 431). Mais les créanciers exerçaient ces droits avec négligence ou se laissaient facilement tromper par le failli qui leur faisait choisir comme syndics des personnes désignées par lui. Les abus et les fraudes auxquels le système du Code de 1807 avait donné lieu ont fait réduire à de simples avis la participation des créanciers à la nomination des syndics.

432 *bis.* Droit étranger. — Les systèmes admis dans les divers pays quant au mode de nomination des administrateurs des faillites correspondant aux syndics de notre Code de commerce, sont variés (1). On peut à cet égard diviser les législations en trois classes. D'après les unes, les syndics sont, comme en France, nommés par l'autorité compétente, mais il y a un droit d'avis pour les créanciers. Selon les autres, cette autorité nomme les syndics sans que les créanciers aient même à donner un avis. Enfin, quelques lois reconnaissent aux créanciers le droit de nommer les syndics.

Dans la première catégorie figurent la loi *allemande* (art. 70 et 72 (2), la loi *autrichienne* (art. 67 et 74), le Code de commerce *italien* (art. 691 3° et 4° et art. 715).

(1) Dans le Droit romain, une question analogue se présentait, en cas d'envoi en possession et de vente en masse des biens du débiteur, pour la nomination, soit du *curator*, soit du *magister bonorum vendendorum*. V. Tambour, *Des voies d'exécution*, p. 183 et suiv.; Accarias, *Précis de Droit romain*, I, p. 1316, note 1.

(2) On pourrait croire au premier abord à une différence entre la loi *allemande* et le Code de commerce *français* qui n'existe pas réellement. D'après la loi *allemande*, le syndic est nommé par le tribunal et les créanciers peuvent, dans l'assemblée qui suit sa nomination, élire une autre personne comme syndic. Mais il n'y a là, en réalité, qu'un avis, puisque le tribunal peut ne pas tenir compte du choix du créancier (art. 72).

Parmi les lois qui confèrent à l'autorité compétente le droit de choisir les syndics même sans que les créanciers soient consultés, il faut citer la loi *belge* de 1851 (art. 466); la loi *hongroise* (articles 89 4° et 95); les Codes de commerce *roumain* (art. 704 3°, art. 727 et suiv.); *argentin* (art. 1896 1° et 1422); la loi *brésilienne* (art 6 *c*); le Code de commerce *japonais* (art. 980 2°).

Enfin, dans la troisième catégorie de lois se trouvent la loi *anglaise* de 1883 (art. 21) (1) qui reconnait aux créanciers le droit, soit de nommer eux-mêmes les syndics, soit d'en confier la nomination au comité de surveillance; la loi *suisse* (art. 237) qui dispose que l'assemblée des créanciers décide si l'administration sera confiée à l'office des faillites ou à des personnes choisies par les créanciers. On peut y ranger aussi le Code de commerce *chilien* (art 1350 1°, 1411 et 1412); car, d'après ce Code, s'il y a un syndic provisoire nommé par le tribunal, les créanciers ont à donner ensuite sur le choix du syndic définitif un avis qui est obligatoire pour le tribunal, à moins que le choix des créanciers n'ait porté sur une personne déclarée par le Code incapable d'être syndic.

Du reste, il est d'assez nombreux pays où l'on ne distingue pas, comme en France, plusieurs classes de syndics selon la période de la faillite dans laquelle on se trouve. Il en est ainsi notamment en *Allemagne*, en *Belgique*, en *Portugal*, au *Japon*.

433. *Choix des syndics*. — Les rédacteurs du Code de 1807 voulaient éviter que les fonctions de syndic fussent exercées par des personnes en faisant profession et avaient cherché à faire choisir les syndics parmi les intéressés eux-mêmes, c'est-à-dire parmi les créanciers. Dans ce but, le Code n'admettait pas qu'une même personne pût être nommée syndic deux fois dans le cours de la même année et paraissait reconnaître que la gestion était gratuite quand elle était confiée à des créanciers (2). Théoriquement l'idée du Code semble

(1) Dans les petites faillites (*small bankruptcies*), les créanciers ne choisissent pas de syndic (*trustee in bankruptcy*); les fonctions en sont exercées par *l'official receiver*, fonctionnaire dépendant du *Board af Trade* et attaché à chaque tribunal compétent en matière de faillite.

(2) Renouard, I, p. 457. — Le Code de 1807 (art. 483 et 485) admettait que les *agents* avaient droit à une indemnité, mais seulement quand ils n'étaient pas pris parmi les créanciers. (Le règlement d'administration publique annoncé

juste : en général, les affaires sont mieux conduites par ceux qu'elles concernent que par des étrangers. Mais l'expérience avait condamné ce système. Les créanciers n'avaient pas, en général, l'expérience nécessaire pour bien gérer et ils consacraient souvent d'autant moins de temps à la gestion qu'ils n'étaient pas salariés. Parfois ils se faisaient assister par des agents d'affaires auxquels ils donnaient un salaire au préjudice de la masse et qui étaient plus préoccupés de leur intérêt personnel que de celui de la masse des créanciers. Aussi cette prétendue gestion gratuite était très onéreuse. C'est pour ces raisons que la loi de 1838 a supprimé les dispositions qui défendaient de choisir deux fois pendant la même année comme syndic une personne qui n'était pas créancière et qui paraissaient n'admettre de salaire que pour les syndics non créanciers (1).

Les tribunaux peuvent librement aujourd'hui choisir les syndics soit parmi les créanciers soit en dehors d'eux (2). En fait, c'est le dernier cas qui se présente presque toujours. A Paris et dans les grandes villes, il y a des agents d'affaires qui font profession de se charger des fonctions de syndics. Le tribunal de commerce en dresse une liste et choisit les syndics parmi eux. C'est sur ces mêmes listes que les tribunaux de commerce choisissent, en cas de liquidation judiciaire, les liquidateurs.

Les syndics sont dans une situation analogue à celle des agréés ; ils cèdent leurs cabinets sous l'approbation du tribunal de commerce (3).

par l'art. 484 pour fixer les bases de cette indemnité, n'a jamais été rendu). Au contraire, le Code de 1807 ne résolvait pas la question pour les *syndics*. Les usages variaient, mais, en général, on n'allouait d'indemnité qu'aux syndics non créanciers.

(1) Dans quelques pays, on a été jusqu'à défendre de choisir les syndics parmi les créanciers. V. Code *italien*, art. 714.

(2) Trib. comm. Lyon, 13 fév. 1896, *Le Droit*, nº du 20 mars 1896.

(3) V. sur les agréés, *Traité de Droit commercial*, I, nº 352. — Consulter : 1º sur l'organisation des syndics à Paris, *Journ. des faillites*, 1883, p. 75 et 130 et suiv. ; 2º sur l'organisation des syndics dans les départements, spécialement à Lyon et à Marseille, *Journ. des faillites*, 1883, p. 134 et suiv.

Droit étranger. — Dans plusieurs pays étrangers, les Codes eux-mêmes ont cherché à organiser les syndics officiellement. D'après la loi *belge* de 1851 (articles 455 et suiv.), le gouvernement peut, sur l'avis conforme des Cours d'appel respectives, instituer des liquidateurs assermentés près les tribunaux où le nombre et l'importance des faillites l'exigent. C'est parmi eux que doivent être, en principe, choisis les curateurs aux faillites. En fait, il n'a pas été nommé

Dans certaines villes, ce sont les mêmes personnes qui sont à la fois agréés et syndics.

Le choix des tribunaux est d'autant plus libre que nos lois n'admettent, en matière de syndicat, qu'une seule incapacité qui même est purement relative. D'après l'art. 463, C. com., aucun parent ou allié du failli jusqu'au quatrième degré inclusivement ne peut être nommé syndic.

Les fonctions de syndics ne sont même pas réservées aux Français (1). Mais les tribunaux ne portent pas dans les grandes villes des étrangers sur les listes des syndics (2).

434. Les syndics n'ont ni à prêter serment (3) ni à donner une caution ou une autre garantie. Mais, dans les villes où il y a des syndics organisés spécialement auprès du tribunal de commerce, on exige de chaque syndic qu'il prête serment, non à propos de chaque faillite, mais une fois pour toutes, quand il est porté sur la liste des syndics. En outre, dans quelques villes, spécialement à Paris, le tribunal, en organisant la corporation des syndics, a prescrit la formation d'une bourse commune aux syndics destinée à servir de garantie solidaire de leur gestion (4).

de liquidateurs assermentés, de telle sorte que les tribunaux belges choisissent librement les curateurs. Les curateurs sont souvent pris parmi les avocats. — Le Code *italien* (art. 715) organise des listes de syndics dressées par les chambres de commerce. Le Code de commerce *roumain* (art. 727 et suiv.) décide qu'auprès des tribunaux sont des syndics en petit nombre nommés par décret royal; c'est parmi eux qu'est choisi le syndic de chaque faillite. Le Code *argentin* (art. 1419 et suiv.) prescrit de dresser une liste de syndics choisis parmi les commerçants; ils sont rangés dans l'ordre que détermine le sort et appelés à fonctionner dans cet ordre. Les listes sont formées par la chambre de commerce ou, à défaut de chambre de commerce, par les commerçants payant les patentes les plus élevées.

(1) V. pourtant *Journ. des faillites*, 1885, p. 395.

(2) Dans le ressort de la Cour d'appel de Paris, il est interdit aux huissiers d'accepter les fonctions de syndics. V. Camberlin, *Manuel des tribunaux de commerce*, p. 552 et 553. Cet auteur reproduit une circulaire du procureur général à la Cour de Paris, du 25 août 1853, qui est destinée à faire admettre cette interdiction. Elle est purement locale. Elle n'est pas admise dans les autres ressorts : Bordeaux, 20 mars 1863, *Supplément au Répertoire de Dalloz*, v° *Faillites et Banqueroutes*, p. 423, en note.

(3) Le Code de 1807 (art. 461) prescrivait aux *agents*, avant d'entrer en fonctions, de prêter serment devant le juge-commissaire de bien et fidèlement remplir leurs fonctions. — Il y a des pays où le serment est prescrit.

(4) A Paris, cette bourse commune se compose notamment des cautionnements

435. *Révocation et remplacement des syndics.* — Les syndics provisoires restent, en principe, en fonctions jusqu'à leur remplacement par les syndics définitifs ; les syndics définitifs y demeurent, soit jusqu'à leur remplacement par les syndics de l'union ou du concordat par abandon d'actif, soit jusqu'au vote du concordat simple ; enfin les syndics de l'union restent en fonctions au moins pendant un an (art. 536, 2e alin., C. com.). Mais il se peut que des syndics ne remplissent pas bien leurs fonctions, ce qui est de nature à nuire aux créanciers et au failli. Les syndics en exercice peuvent à tout moment être révoqués par le tribunal (1), qui procède à la nomination de nouveaux syndics après avis des créanciers. La révocation des syndics est proposée au tribunal par le juge-commissaire, soit sur les réclamations à lui adressées par les créanciers ou par le failli, soit même d'office. Ni les créanciers ni le failli ne peuvent former immédiatement devant le tribunal une demande directe en révocation (2). C'est seulement au cas où dans les huit jours, le juge-commissaire n'a pas fait droit aux réclamations qui lui ont été adressées, que ces réclamations peuvent être portées directement devant le tribunal qui, après avoir entendu en chambre du conseil les explications des syndics et le rapport du juge-commissaire, statue en audience publique (articles 464 et 467, C. com.). La décision du tribunal qui révoque un syndic ou qui refuse de le révoquer n'est susceptible d'aucune voie de recours (art. 583 1°, C. com.). C'est ordinairement la règle pour les jugements relatifs à des questions d'administration.

C'est aussi le tribunal qui, après avis des créanciers, remplace les syndics décédés ou empêchés (art. 464, C. com.).

436. *Indemnité des syndics.* — Les syndics, qu'ils soient pris ou non parmi les créanciers, peuvent recevoir une indemnité (art. 462, dern. alin., C. com.). Le mode de fixation en a été quelque peu changé

montant à 20.000 fr. pour chaque syndic à fournir lors de son entrée en fonctions. — En prescrivant la constitution d'une bourse commune, les tribunaux ont voulu rapprocher l'organisation des syndics de celle des officiers ministériels qui généralement ont une caisse commune. V. pour les agents de change, D. 7 oct. 1890, art. 26 et *Traité de Droit commercial*, IV, n° 887.

(1) En *Angleterre*, où les syndics sont nommés par l'assemblée des créanciers, un droit de révocation est pourtant admis au profit du *Board of Trade* qui a la surveillance générale des faillites dans ses attributions (L. 1883, art. 86).

(2) Cass. 25 fév. 1862, D. 1862. 1. 299.

par la loi du 4 mars 1889. Avant cette loi, l'indemnité était arbitrée par le tribunal de commerce sur la requête des syndics et l'avis du juge-commissaire (1). En vertu de l'art. 10, 4e alin. et de l'art. 15, 3e alin., de la loi de 1889, applicables à la faillite comme à la liquidation judiciaire (art. 20), dans la dernière assemblée, les syndics donnent connaissance de leurs frais et *indemnités* taxés par le juge-commissaire. Cet état est déposé au greffe. Le débiteur (failli) et les créanciers peuvent former opposition à la taxe dans la huitaine. Il est statué par le tribunal en chambre du conseil. Ces dispositions s'appliquent dans tous les cas où il y a lieu à reddition de comptes par les syndics.

Les syndics ne peuvent toucher l'indemnité qu'après avoir rendu compte de leur gestion, de telle sorte qu'ils ne sauraient faire fixer une indemnité provisionnelle au cours de la faillite (2). Toutefois une indemnité peut être accordée à un syndic avant la fin des opérations lorsque, pour quelque cause que ce soit, il est remplacé. En dehors de l'indemnité arbitrée par le tribunal, les syndics n'ont droit à aucun émolument et il ne doit leur être tenu compte que des dépenses réellement faites dont ils ont à justifier.

Le juge-commissaire et le tribunal ayant seuls le droit de fixer l'indemnité due aux syndics, tout créancier aurait le droit de leur demander d'en déterminer le montant malgré la convention conclue entre les créanciers et les syndics (3). Il est juste, pour fixer le montant de l'indemnité, de tenir compte non seulement de la durée de la faillite, mais aussi et surtout du produit des ventes et des encaissements, ainsi que des résultats obtenus par les syndics (4).

437. Les syndics sont des mandataires judiciaires comme le sont notamment les curateurs des successions vacantes. Ce ne sont pas des

(1) Des tribunaux de commerce ont cru pouvoir établir des tarifs. V. pour Marseille et pour Reims, *Journ. des faillites*, 1883, p. 137 et suiv.

(2) V. pourtant Paris, 12 fév. 1879, D. 1880. 2. 94.

(3) Cass. 5 nov. 1878, D. 1879. 1. 149.

(4) Cpr. Nancy, 2 mai 1867, D. 1867. 2. 83; Bordeaux, 5 fév. 1890, *Journ. des faillites*, 1890, p. 402.

DROIT ÉTRANGER. — Dans quelques pays, on a cru utile de déterminer les règles d'après lesquelles sont fixés les honoraires des syndics. V. loi *anglaise* de 1883, art. 72, § 1; Codes de commerce *mexicain*, art. 1427; *argentin*, art. 1567.

fonctionnaires publics, ni même des officiers ministériels (1) ; mais ils sont chargés d'un ministère de service public. En conséquence, les art. 224 et 230, C. pén., sont applicables aux outrages par paroles, gestes ou menaces, dirigés contre eux et aux voies de fait dont ils sont victimes (2). Par une raison analogue, en cas de diffamation contre un syndic, les règles spéciales sur la compétence et sur la preuve de la réalité des faits, édictées par la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse (art. 31, 35 et 47), s'appliquent ; cette loi vise la diffamation commise non seulement contre les fonctionnaires publics, mais aussi contre les citoyens chargés d'un mandat public ; cette qualification convient aux syndics (3).

438. Les syndics de profession sont sans doute des agents d'affaires dans le sens large du mot, et les agents d'affaires sont des commerçants (art. 1 et 632, C. com.) (4) ; les syndics ne sont pourtant pas des commerçants. Ils sont nommés pour chaque faillite par le tribunal de commerce et non choisis par des particuliers ; il semble impossible de qualifier de commerçants des mandataires choisis par justice (5).

439. *Nombre des syndics dans chaque faillite.* — Selon l'importance des faillites, le tribunal peut nommer soit un, soit plusieurs syndics, sans que leur nombre puisse dépasser trois (art. 462). En fait il est très rare que plus d'un syndic soit nommé (6). Cela tient à ce que l'unité de l'administration a de grands avantages et à ce que, lorsque les opérations de la faillite sont nombreuses et compliquées,

(1) Il en est même ainsi quand il s'agit de syndics portés sur la liste spéciale des tribunaux de commerce de nos grandes villes. Seulement, en fait, ces syndics cèdent leur cabinet comme les officiers ministériels cèdent leurs études et les tribunaux de commerce admettent leurs successeurs.

(2) Riom, 9 mai 1866, S. 1867. 2. 7 ; *J. Pal.*, 1867. 85 ; Dijon, 15 avr. 1868, S. 1868. 2. 162 ; *J. Pal.*, 1868. 842 ; Cass. crim. 12 fév. 1880, *J. Pal.*, 1880. 304 ; S. 1880. 1. 144 ; D. 1880. 1. 139.

(3) V. *en sens contraire*, Agen, 25 nov. 1885 ; Trib. correct. Angoulême, 14 déc. 1889, *Journ. des faillites*, 1885, p. 177 et 1890, p. 85.

(4) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 140.

(5) Il faut notamment conclure de là que les syndics ne doivent pas être portés sur les listes des électeurs consulaires. V. Trib. de paix de Lille, 18 juin 1884, *Journ. des faillites*, 1884, p. 417.

(6) Cela se présente exceptionnellement dans les faillites de très importantes sociétés par actions.

le syndic peut se faire aider par des auxiliaires placés sous ses ordres (1).

440. *Responsabilité des syndics.* — Les syndics sont responsables des fautes commises dans leur gestion comme tous les mandataires et, conformément à l'art. 1992, C. civ., l'on doit se montrer d'autant plus sévère à leur égard qu'ils sont salariés.

Quand il y a plusieurs syndics pour une même faillite, chacun peut-il agir séparément? Sont-ils solidairement responsables de leurs fautes? L'art. 465 tranche expressément la première question et résout implicitement la seconde.

Les syndics ne peuvent agir que collectivement, à moins que le juge-commissaire n'autorise spécialement l'un ou plusieurs d'entre eux à faire séparément des actes d'administration (2). Ainsi donc, en principe, tous les syndics doivent intervenir dans les actes qu'ils ont à faire ou, du moins, s'ils n'y figurent pas tous, les choses doivent être traitées comme si tous y étaient intervenus. Cela n'a été admis que pour pouvoir faire peser une responsabilité solidaire sur les co-syndics (3).

Au point de vue de la responsabilité des syndics, quatre cas doivent être distingués : *a.* un des cosyndics agit seul sur l'autorisation spéciale du juge-commissaire; *b.* les cosyndics agissent en commun; *c.* un d'eux agit sur le mandat des autres; *d.* un des cosyndics agit

(1) Droit étranger. — Les lois diffèrent sur le point de savoir combien de syndics peuvent ou doivent être nommés pour une faillite. La loi *allemande* (art. 70) admet, en principe, l'unité de syndic, mais reconnait que, lorsque l'administration de la faillite comprend plusieurs branches d'affaires, plusieurs syndics peuvent être nommés; chacun des cosyndics est indépendant pour sa branche. La loi *autrichienne* (art. 74 et 81) se prononce aussi pour l'unité, en admettant toutefois qu'il doit y avoir un syndic adjoint chargé de suppléer le syndic empêché et qu'il peut y avoir pour certains biens des administrateurs spéciaux (art. 82). D'après la loi *anglaise* (art. 84), les créanciers nomment un ou plusieurs syndics à leur gré et décident si les actes doivent être faits par un seul d'entre eux, par tous ou par plusieurs. Le Code de commerce de *Belgique* (art. 450) laisse, comme le Code français, au tribunal de commerce toute liberté pour nommer un ou plusieurs syndics.

(2) V. une application du principe faite à l'exercice d'une action en justice : Chambéry, 24 nov. 1881, *Journ. des faillites*, 1884, p. 289.

(3) Avant 1838, la question de savoir s'il y avait une responsabilité solidaire des cosyndics était discutée et avait donné lieu à des décisions judiciaires contradictoires. V. Renouard, I, p. 464 et 465.

seul sans autorisation du juge-commissaire, ni mandat de ses collègues. Il va de soi que, dans le premier cas, le syndic autorisé à agir est seul responsable. L'art. 465 le décide expressément. Au contraire, dans le second et le troisième cas, les cosyndics sont responsables solidairement. Le législateur a dérogé ici à la règle de l'art. 1995, C. civ., selon lequel, à moins de convention contraire, il n'y a pas solidarité entre les comandataires. Ce qui justifie cette rigueur, c'est qu'il s'agit de mandataires choisis par justice sans le concours des intéressés. Mais on ne doit admettre la solidarité entre les cosyndics dans le quatrième cas, alors que l'un d'eux a agi sans l'autorisation du juge-commissaire et sans l'assentiment des autres syndics, que si les autres syndics ratifient ou s'il y a une négligence à leur reprocher. On pourrait induire leur ratification de ce qu'ils négligeraient de faire annuler l'acte fait par leur collègue seul.

441. Les actes des syndics peuvent donner lieu à des réclamations de la part, soit d'un ou de plusieurs créanciers, soit du failli, soitd'un cosyndic. Afin qu'il soit promptement statué sur elles, l'art. 466 prescrit au juge-commissaire de statuer dans un délai de trois jours, sauf recours devant le tribunal de commerce. Les décisions du juge-commissaire sont exécutoires par provision.

B. — DU JUGE-COMMISSAIRE (1).

442. Il est indispensable que le tribunal de commerce exerce une surveillance continue sur les opérations de la faillite. Il serait difficile qu'elle fût exercée par le tribunal entier. Aussi la loi prescrit-elle de désigner dans le jugement déclaratif même un juge-commissaire qui, en principe, exerce, au nom du tribunal, une mission de contrôle (art. 451, C. com.).

Par rapport aux syndics, le juge-commissaire est une sorte de subrogé tuteur ayant un caractère officiel (2). Du reste, la délégation spé-

(1) C. com., art. 451 à 454. — Il y a aussi un juge-commissaire en cas de liquidation judiciaire (L. 4 mars 1889). Ses fonctions sont généralement les mêmes que celles du juge-commissaire en cas de faillite.

(2) Nous disons : *une sorte* de subrogé tuteur, parce que le subrogé tuteur n'a pas d'autorité sur le tuteur comme le juge-commissaire en a sur le syndic et n'est pas appelé à contrôler les actes du tuteur comme le juge-commissaire doit contrôler les actes du syndic.

ciale d'un juge ne se rencontre pas seulement en matière de faillite ; il y a un juge-commissaire à nommer à propos d'un grand nombre de voies d'exécution (ordre, distribution par contribution, etc...). La surveillance du juge-commissaire était d'autant plus utile qu'il n'y avait pas en France, d'après le Code de commerce, comme dans certains pays étrangers, un comité de créanciers chargé de contrôler les actes des syndics et de les autoriser au besoin. La loi du 4 mars 1889 (art. 9 et 10) a admis l'existence de *contrôleurs* pris parmi les créanciers (nos 453 et suiv.). Mais les contrôleurs ne font pas disparaître l'utilité du juge-commissaire. D'abord, la nomination de contrôleurs n'étant que facultative, il y a des faillites où il n'en existe pas. Puis le juge-commissaire a des attributions qui ne rentrent pas dans une simple surveillance des opérations de la faillite. V. nos 445 et suiv. (1).

443. *Choix du juge-commissaire.* — Le juge-commissaire peut être indifféremment pris parmi les juges titulaires ou les juges suppléants. Il est choisi par le tribunal sans même qu'il y ait à consulter les créanciers. Le juge-commissaire nommé dans le jugement déclaratif peut rester en fonctions jusqu'au concordat ou jusqu'à la clôture définitive de l'union (2) ; mais, à toute époque, le tribunal de commerce peut remplacer le juge-commissaire par un autre de ses membres (art. 454). Le remplacement peut devenir nécessaire, non seulement par suite de la mort du juge-commissaire, mais encore par suite de la cessation de ses fonctions par cela même que les juges des tribunaux de commerce ne sont élus que pour un temps limité (3). Le remplacement se fait, comme la nomination originaire,

(1) Droit étranger. — On rencontre dans presque toutes les législations un juge ou un fonctionnaire ayant des attributions analogues à celles de juge-commissaire du Code français. V. Codes de commerce *belge*, art. 466 ; *italien*, art. 727 et suiv. ; loi *autrichienne* de 1868 (art. 67). En *Angleterre*, d'après la loi de 1883, il y a, à côté du syndic, un fonctionnaire dépendant du *Board of Trade* désigné sous le nom de *official receiver*, qui correspond à peu près au juge-commissaire de notre Code. Il n'existe, au contraire, aucune autorité semblable dans la loi *allemande ;* cela tient sans doute à ce qu'en Allemagne la faillite est déclarée par un juge unique, l'*Amtsrichter*.

(2) Il y a là deux différences entre les règles applicables au juge-commissaire et celles qui concernent les syndics.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, I, no 343.

par un jugement (1). Le jugement qui nomme le juge-commissaire n'est susceptible d'aucune voie de recours (art. 583 1°, C. com.).

444. La loi ne prononce aucune exclusion ou incapacité pour le juge-commissaire analogue à celle qu'elle admet pour les syndics (art. 463); mais on pourrait faire valoir contre le juge-commissaire les causes générales de récusation admises à l'égard de tous les juges par le Code de procédure civile (art. 378 et suiv.) (2).

445. *Fonctions du juge-commissaire.* — Le juge-commissaire a des fonctions variées. Les principales peuvent être ramenées à six chefs différents.

446. 1. Il est chargé spécialement d'accélérer et de surveiller les opérations et la gestion de la faillite (art. 452). Cette surveillance est d'autant plus nécessaire que les pouvoirs des syndics sont très étendus. A raison même de la surveillance qu'exerce le juge-commissaire sur la gestion des syndics, il peut réclamer leur révocation au tribunal (art. 467).

447. 2. Il fait au tribunal de commerce le rapport de toutes les contestations que la faillite peut faire naître et qui sont de la compétence de ce tribunal (art. 452).

Ce rapport n'étant pas fait après mise en délibéré ou sur une instruction par écrit, l'art. 111, C. proc. civ., lui est inapplicable. Il est fait avant l'ouverture des débats, c'est-à-dire avant les plaidoiries (3) et le juge doit y émettre son avis.

Ce rapport est une condition essentielle de tout jugement rendu à propos d'une contestation née de la faillite. Aussi le jugement qui n'en aurait pas été précédé, serait nul. La même nullité atteint le jugement qui a été rendu après le rapport du juge-commissaire, lorsque ce rapport n'a pas précédé les plaidoiries (4).

(1) Angers, 18 fév. 1889, *Journ. des faillites*, 1889, p. 200.

(2) Le juge-commissaire pourrait donc être un parent, soit du syndic, soit du failli, sauf la faculté de récusation réservée au texte. V. *Journ. des faillites*, 1886, p. 44 et 45.

(3-4) Renouard, I, p. 414; Bravard et Demangeat, V, p. 102, en note. C'est la règle appliquée en matière de reddition de compte (art. 539, C. proc. civ.) et de distribution par voie de contribution ou d'ordre (art. 668 et 762, C. proc. civ.). Cour de Cass. de Belgique, 2 avr. 1890; Cour d'appel de Bruxelles, 2 fév. 1891, *Journ. des faillites*, 1890, p. 250; 1891, p. 119.

Tout jugement devant porter en lui-même la preuve de l'accomplissement des formalités exigées pour sa validité, il faut qu'il soit constaté que le rapport a été fait. Il ne semble pas même qu'on puisse induire la présentation du rapport de ce que le juge-commissaire a participé au jugement (1).

Il n'est pas douteux que le juge-commissaire qui présente le rapport exigé par l'art. 452, C. com., peut prendre part au jugement (2). Mais on a été jusqu'à soutenir que sa participation y est obligatoire et que le jugement auquel il n'a pas pris part est nul (3). On s'est appuyé en ce sens sur ce qu'il est de principe que, dans toute affaire jugée sur rapport, le rapporteur doit avoir voix délibérative au jugement. Mais ce principe général n'est écrit nulle part et aucune disposition spéciale n'impose en notre matière l'obligation dont il s'agit. Du reste, on peut considérer le rapport du juge-commissaire comme un document qui est destiné à éclairer le tribunal, mais qui ne suppose pas l'intervention personnelle de son auteur pour statuer sur la contestation (4).

(1) Cass. 8 avr. 1884, *Journ. des faillites*, 1884, p. 257; Cass. 24 juill. 1893, *Journ. des faillites*, 1893, p. 147. V. *dans le même sens*, Orléans, 20 mai 1868, S. 1869. 2. 48; *J. Pal.*, 1869. 228; Aix, 12 déc. 1877, S. 1878. 2. 115; *J. Pal.*, 1878. 480. Des arrêts ont, au contraire, décidé que la présentation du rapport peut s'induire de la participation du juge-commissaire au jugement : Rennes, 2 juin 1879, S. 1881. 2. 138; *J. Pal.*, 1881. 704; Caen, 14 déc. 1880, S. 1881. 2. 138; *J. Pal.*, 1881. 708. — Un arrêt de la Cour d'Orléans du 23 nov. 1881, *Journ. des faillites*, 1881, p. 33; S. 1882. 2. 22; *J. Pal.*, 1882. 194, décide que la preuve de l'accomplissement de la formalité du rapport ne peut s'induire de la présence du juge-commissaire au jugement avec voix consultative, attendu que, pour présenter son rapport, il faut que ce juge ait voix délibérative. Il y a là, selon nous, une erreur; le rapport, qui est indifféremment écrit ou verbal, peut être soumis au tribunal, sans même que le juge soit présent à l'audience, du moins d'après la doctrine que nous adoptons. V. la suite du nº 447.

(2) En fait, au tribunal de commerce de la Seine, le juge-commissaire participe toujours au jugement; l'affaire est soumise à la section du tribunal dont ce juge fait partie.

(3) Montpellier, 10 juin 1850, S. 1850. 2. 443. — Bédarride, I, nos 152 et 153; Bravard et Demangeat, V, p. 103 et 104, en note. — Renouard (I, p. 414) admet bien que le juge-commissaire doit participer au jugement, mais comme les nullités ne se suppléent pas, il estime, qu'à défaut de la participation du juge, le jugement ne peut pas être annulé.

(4) Cass. 8 janv. 1866, S. 1866. 1. 45; D. 1866. 1. 253. Au contraire, la Cour de cassation de Belgique admet que la participation du juge-commissaire aux jugements est une condition de validité de ceux-ci : Cour de cassation de Belgique, 2 avr. 1890, *Journ. des faillites*, 1890, p. 250.

La participation du juge-commissaire au jugement est-elle possible même dans les cas où le tribunal est appelé à se prononcer sur un recours formé contre une ordonnance de ce juge lui-même, comme dans les cas des art. 466, 474, 530 et 567, C. com.? Dans la pratique, le juge-commissaire s'abstient toujours en pareil cas. Mais la question est discutée entre les auteurs. Il en est qui refusent au juge-commissaire le droit de prendre part au jugement (1); ils allèguent que le juge-commissaire aurait déjà un parti pris sur le litige et que le juge du premier degré ne peut faire partie de la juridiction du second degré. Cette doctrine est en contradiction avec les termes généraux de l'article 452, qui appelle le juge-commissaire à faire le rapport de toutes les contestations nées de la faillite et de la compétence du tribunal de commerce. En outre, l'on se trompe en disant que le tribunal statue comme juridiction de second degré; c'est le corps entier qui se prononce après instruction et avis préalable de son délégué (2).

448. 3. Le juge-commissaire est appelé à donner son autorisation aux syndics pour certains actes trop graves aux yeux du législateur pour que les syndics aient le pouvoir de les faire seuls (art. 465, 469, 470, 474, 486, 487, C. com.). Il donne l'autorisation sous forme d'ordonnance.

449. 4. Il statue sur certaines contestations. Ainsi, s'il s'élève des réclamations contre des opérations des syndics, le juge-commissaire statue (art. 466, C. com.). Ces contestations peuvent être soulevées par des créanciers, par le failli lui-même, par un des syndics contre l'autre.

Dans un but de célérité facile à comprendre, le Code de commerce a pris deux mesures spéciales : *a*. Les ordonnances du juge-commissaire ne sont susceptibles de recours que dans les cas prévus par la loi (art. 466, 474, 530, etc.). Le recours est porté devant le tribunal de commerce; *b*. La décision du tribunal intervenue sur ce recours est inattaquable (art. 583 5°, C. com.).

450. 5. Le juge-commissaire fait convoquer les assemblées de créanciers par le greffier et en a la présidence (art. 462, 493, 504, 505, 507, C. com.).

(1) Bédarride, I, n° 245; Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 354.

(2) Renouard, I, p. 415 et 416; Bravard et Demangeat, V, p. 104, en note; Laurin, n° 1033.

451. 6. Le juge-commissaire ordonne, s'il y a lieu, en cas d'union des créanciers ou de concordat par abandon d'actif, les répartitions de deniers à faire entre les créanciers, en fixe la quotité et veille à ce qu'ils en soient avertis (art. 566, C. com.). C'est lui qui ordonnance les paiements à faire. V. art. 489, C. com. (1).

452. L'institution du juge-commissaire, dont l'introduction est due au Code de commerce de 1807, a rendu assurément des services. Elle a contribué quelque peu à activer les procédures de faillite. Grâce aux juges-commissaires, des fraudes ou des négligences graves des syndics ont été prévenues ou réprimées. Mais on ne saurait nier pourtant que le contrôle des juges-commissaires laisse souvent beaucoup à désirer, surtout dans les grandes villes où les faillites sont les plus nombreuses et les plus graves. Il arrive souvent qu'un seul juge est chargé de plusieurs faillites en même temps qu'il exerce ses autres fonctions judiciaires. Comment est-il possible, dans de telles conditions, qu'un juge-commissaire donne une attention suffisante aux opérations de chacune des faillites pour lesquelles il a été désigné, que son contrôle contribue à activer suffisamment ces opérations? N'est-il pas naturel que bien des négligences commises par les syndics doivent échapper au juge-commissaire? Du reste, il est juste que les intéressés, c'est-à-dire les créanciers, puissent exercer eux-mêmes, par l'entremise de délégués spéciaux, une surveillance qui doit leur profiter. Ce sont ces observations qui ont fait introduire par la loi du 4 mars 1889 dans les faillites un organe nouveau, les *contrôleurs* (art. 9, 3e alin., art. 10 et 20); organe qui, du reste, existait déjà dans un grand nombre de pays étrangers. V. n° 462 *ter*.

C. — DES CONTRÔLEURS (2).

453. Les contrôleurs sont des créanciers choisis par l'assemblée des créanciers de la masse pour surveiller l'administration des syndics dans l'intérêt de celle-ci et pour donner leur avis sur certains actes que les syndics se proposent de faire. La loi du 4 mars 1889 a

(1) Le juge-commissaire a encore quelques attributions spéciales dont il sera question dans le chapitre suivant. V. art. 472, 1er alin., 474, 477, 482.

(2) Loi du 4 mars 1889, art. 9, 3e alin., art. 10 et 20.

admis ce nouvel organe dans l'administration des faillites en même temps que dans celle des liquidations judiciaires (1).

Cet organe diffère de tous les autres qui existent dans cette administration. Il n'est pas nécessaire : il appartient aux créanciers de décider s'ils veulent ou non qu'il y ait des contrôleurs. Ce caractère facultatif de l'institution nouvelle qui ne se retrouve pas dans tous les pays étrangers où elle est connue (n° 462 *ter*), a été admis par la loi de 1889 à la fois parce qu'il y a des faillites si peu importantes que la nomination de contrôleurs peut y paraître inutile (2) et parce qu'on a craint qu'on ne trouvât pas toujours dans les faillites des créanciers disposés à accepter les fonctions de coutrôleurs (3). V. n° 462 *bis*.

454. Au jour indiqué pour la première réunion des créanciers après la déclaration de faillite (art. 462, C. com.), les créanciers sont consultés par le juge-commissaire sur l'utilité d'élire immédiatement des contrôleurs (L. 4 mars 1889, art. 9, alin. 3) (4). Le choix fait par les créanciers n'est soumis à l'appréciation ni du tribunal de commerce ni du juge-commissaire.

Du reste, les contrôleurs peuvent être élus à toute période de la faillite, s'ils ne l'ont été dans la première assemblée (art. 9, alin. 3). Il est, en effet, possible que les créanciers ne s'aperçoivent qu'après un certain temps de l'utilité que peuvent présenter des contrôleurs.

Il n'est assurément pas nécessaire, pour que cette nomination ait lieu, qu'une assemblée spéciale des créanciers soit convoquée. Mais il semble juste, du moins, d'exiger toujours que la question soit portée par avance à l'ordre du jour de l'assemblée des créanciers, afin que tous sachent qu'elle sera discutée.

455. Les contrôleurs ne peuvent être choisis que parmi les créanciers. C'est l'intérêt qu'ils ont comme tels à la bonne administration de la faillite qui peut faire espérer que leur contrôle s'exercera sé-

(1) Voir la note 2 de la page précédente.

(2) Mais il n'y a pas en France, comme il existe en Angleterre, des règles spéciales aux petites faillites. Même dans les faillites de la moindre importance, es créanciers peuvent, si bon leur semble, nommer des contrôleurs.

(3) Cette crainte a fait aussi restreindre la responsabilité des contrôleurs. V. n° 461.

(4) Il y a là une obligation pour le juge-commissaire. — Il doit *a fortiori* mettre aux voix la nomination de contrôleurs quand elle est réclamée par des créanciers. Cass. 6 nov. 1895, *Journ. des faillites*, 1896, p. 337.

rieusement. Autrement, du reste, on aurait eu à craindre l'intrusion dans les faillites d'agents d'affaires qui auraient peut-être soulevé des difficultés et contribué à faire traîner en longueur les opérations que les contrôleurs sont chargés d'activer.

Aucune autre condition que celle d'être créancier n'est exigée des contrôleurs. On pourrait donc faire choix même d'étrangers (1).

456. Il est rare qu'une surveillance s'exerce d'une façon sérieuse quand elle est confiée à un grand nombre de personnes. Aussi ne doit-il y avoir qu'un ou deux contrôleurs (L. de 1889, art. 9, alin. 3).

457. *Attributions des contrôleurs.* — Les contrôleurs n'ont pas d'actes de gestion à faire. Comme leur nom même l'indique, ils n'ont qu'à contrôler ou surveiller la gestion des syndics et ont reçu, en outre, quelques attributions consultatives.

Leurs fonctions sont gratuites (L. de 1889, art. 10, alin. 3).

458. Les contrôleurs sont spécialement chargés de vérifier les livres du failli et de surveiller les opérations des syndics; ils ont toujours le droit de demander compte de l'état de la faillite, des recettes effectuées et des versements faits (L. de 1889, art. 10, alin. 1).

La loi n'indique point comment s'opérera la vérification des livres. Aussi s'est-on demandé si les contrôleurs peuvent exiger qu'ils soient transportés chez eux ou s'ils sont tenus de se rendre, pour les examiner, chez le syndic. La seconde solution doit être préférée. Quand une loi parle d'une vérification, il semble qu'il s'agit d'un examen fait sur place. Puis le transport des livres présenterait des inconvénients : les syndics peuvent en avoir besoin. Enfin des difficultés seraient possibles à raison de ce qu'aucun texte ne fixe le temps maximum pendant lequel les livres peuvent être gardés.

459. Les contrôleurs doivent être consultés par les syndics sur les actions à intenter ou à suivre (L. de 1889, art. 10, alin. 1); sur les transactions, renonciations, désistements ou acquiescements (L. de 1889, art. 7, alin. 1 et 2); sur la notification à faire par les syndics au propriétaire de l'immeuble loué au failli de leur intention de continuer le bail (L. de 1889, art. 18).

(1) La question de savoir si le choix peut porter sur des étrangers est discutée en ce qui concerne les syndics (n° 433 et note 1 de la page 372); elle ne l'est pas pour les contrôleurs.

Ces attributions n'ont qu'une importance secondaire. Car il s'agit de simples avis, non d'autorisations (1), et, par suite, les syndics ont toujours le droit d'agir contrairement à l'avis des contrôleurs.

460. Le mandat que les contrôleurs tiennent de l'assemblée des créanciers a un caractère personnel à raison duquel il ne semble pas possible qu'un contrôleur se substitue une autre personne, celle-ci eût-elle d'ailleurs elle-même la qualité de créancier.

461. *Responsabilité des contrôleurs.* — Comme tous les mandataires, les contrôleurs encourent une responsabilité. Mais celle-ci est très atténuée ; ils ne peuvent être déclarés responsables qu'en cas de faute lourde et personnelle (L. de 1889, art. 10, alin. 2). Le législateur a voulu empêcher que la crainte de la responsabilité ne détournât des créanciers d'accepter la fonction de contrôleur. Au reste, les contrôleurs sont des mandataires gratuits (L. de 1889, art. 10, alin. 3) et, d'après les règles mêmes du droit commun, *la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire* (art. 1992, 2e alin., C. civ.).

Par cela même que la loi (art. 1er, alin. 3) restreint la responsabilité aux fautes personnelles, il ne peut être question de solidarité, lorsqu'il y a deux contrôleurs. D'ailleurs, la règle générale est que la solidarité n'existe entre comandataires qu'autant qu'elle est exprimée (art. 1995, C. civ.) (2).

462. *Révocation des contrôleurs.* — Les contrôleurs peuvent se rendre coupables de négligence. Il ne suffit pas qu'ils puissent être déclarés responsables ; il faut que leur révocation soit possible. Mais elle ne peut être prononcée que par le tribunal de commerce sur l'avis conforme de la majorité des créanciers et sur la proposition du juge-commissaire (L. de 1889, art. 10, alin. 2).

Le jugement qui prononce la révocation d'un contrôleur est-il sus-

(1) C'est un point de vue auquel les attributions des contrôleurs diffèrent essentiellement de celles du juge-commissaire ; celui-ci est appelé à autoriser des actes à faire par le syndic. V. n° 448. — Dans des pays étrangers, les personnes qui correspondent aux contrôleurs du Droit français, ont des autorisations à donner pour certains actes. V. n° 462 *bis*.

(2) Il a été expliqué plus haut (n° 440) que le Code de commerce (art. 465) déroge, pour les cosyndics, à la règle générale de l'art. 1991, C. civ.

ceptible d'appel, d'opposition ou de pourvoi en cassation? La loi spéciale de 1889 est muette à cet égard. Aussi a-t-on soutenu que, d'après les principes généraux, ces voies de recours doivent être admises (1). Mais cette solution paraît bien en contradiction avec le système général du Code de commerce d'après lequel les jugements concernant l'administration ne sont pas susceptibles de recours (art. 583, C. com.). Avec l'opinion contraire, on est conduit à cette singularité qu'aucune voie de recours n'étant possible contre le jugement qui révoque un syndic (art. 583 1°), le jugement assurément moins grave qui révoque un contrôleur, peut être attaqué.

462 *bis*. En fait, depuis la loi du 4 mars 1889, des contrôleurs ne sont pas nommés dans un grand nombre de faillites et la nouvelle institution n'a eu que des résultats peu importants. Toutefois les nominations de contrôleurs sont plus fréquentes dans les liquidations judiciaires que dans les faillites.

462 *ter*. Droit étranger. — Sous des noms divers, on trouve dans beaucoup de pays étrangers une institution analogue à celle des *contrôleurs*. Les lois diffèrent surtout en ce que, d'après les unes, la nomination des contrôleurs est obligatoire, tandis que, d'après les autres, elle est, comme en France, facultative.

La loi *allemande* (art. 79) décide qu'avant la première assemblée des créanciers, le tribunal peut choisir parmi les créanciers ou leurs mandataires un comité des créanciers *(Gläubigerausschuss)*. Ce comité n'est pas obligatoire; les créanciers peuvent décider de ne pas en constituer un. Les membres de ce comité peuvent être des créanciers ou d'autres personnes. Leurs fonctions peuvent être rétribuées (art. 83). Elles consistent à assister et à surveiller le syndic. Le comité est tenu de faire vérifier la caisse au moins une fois par mois par un de ses membres (art. 80). Il est des actes que le syndic ne peut pas faire sans son assentiment (art. 121 et 122).

Le comité de surveillance (*committee of inspection*) est aussi facultatif d'après la loi *anglaise* (art. 22) et est chargé d'autoriser certains actes du syndic (art. 57). Il comprend trois créanciers au moins et cinq au plus.

Au contraire, la nomination d'un comité de créanciers est obliga-

(1) Eug. Malapert, *Du régime de la liquidation judiciaire*, n° 570.

toire d'après la loi *autrichienne* (art. 74) et le Code de commerce *italien* (art. 723 et suiv.). Mais, tandis que le Code *italien* ne lui donne que des attributions de surveillance, la loi *autrichienne* lui confère le pouvoir d'autoriser tous les actes importants d'administration (art. 140).

Cette institution tend à se généraliser. On la trouve avec un caractère facultatif et des attributions sortant des limites du simple contrôle dans la loi *suisse* (art. 237), dans la loi *hongroise* (art. 96, 97, 106 à 111), d'après lesquelles le comité des créanciers doit autoriser les actes les plus graves du syndic.

On a fait justement remarquer que ce nouvel organe des faillites a une grande ressemblance avec le conseil de surveillance ou les commissaires de surveillance des sociétés par actions. Ce rapprochement a conduit sans doute notre loi de 1889 et le Code de commerce italien à ne voir là qu'un organe de contrôle ayant seulement, avec le droit de surveiller la gestion des syndics, celui de donner des avis pour certains actes. Cet organe n'a une utilité vraiment sérieuse que si l'on ajoute à ces attributions celle d'autoriser des actes importants, comme le font notamment les lois *allemande* et *anglaise* (1).

D. — DU TRIBUNAL DE COMMERCE (2).

463. Le tribunal de commerce du domicile du failli n'est pas seulement appelé à rendre le jugement déclaratif de faillite et à fixer, soit dans ce jugement, soit dans un jugement postérieur, la date de la cessation des paiements. Il a encore trois classes d'attributions : les unes contentieuses, les autres tenant à la juridiction gracieuse (3).

464. 1. Il est compétent pour statuer sur toutes les contestations *concernant les faillites* ou *en matière de faillite* (art. 635, C. com., et art. 59 7°, C. proc. civ.). Il y a là, en réalité, deux règles de com-

(1) V. Thaller, *Des faillites en Droit comparé*, II, n° 171, p. 201 et suiv.

(2-3) Art. 635, C. com.; art. 59 7°, C. proc. civ. — Le tribunal de commerce qui a prononcé la mise en liquidation judiciaire d'un commerçant, a les mêmes attributions que le tribunal qui a déclaré la faillite : L. 4 mars 1889, art. 24; Cass. 24 janv. 1887, D. 1887. 1. 214. — Il a été dit précédemment que la juridiction commerciale n'est pas compétente pour déclarer la faillite et statuer sur les contestations qui en naissent, dans tous les pays où cette juridiction existe. V. n° 75 *bis*.

pétence : 1° la compétence appartient à un tribunal de commerce ; 2° parmi les tribunaux de commerce, celui qui est compétent est le tribunal du domicile du failli. Ces deux règles se justifient par des considérations pratiques : ce tribunal est mieux placé que tous les autres pour juger les contestations dont il s'agit. C'est au domicile du failli que se trouvent ses livres, que souvent il a conclu la plupart des opérations litigieuses. Du reste, il y a souvent entre les contestations en matière de faillite des liens qui rendent utile qu'un seul tribunal en connaisse.

Mais le tribunal qui a rendu le jugement déclaratif, n'est pas compétent pour statuer sur tous les procès dans lesquels la faillite est intéressée. Il y a à faire des distinctions qui reposent sur la détermination du sens des expressions *contestation en matière de faillite* qui est fixé ci-après (nos 467 et suiv.) (1).

465. 2. Le tribunal qui a déclaré la faillite connaît, dans les cas indiqués expressément par la loi, des recours formés contre les ordonnances du juge-commissaire. Ces cas sont exceptionnels ; en principe, ces ordonnances échappent à tout recours (art. 453, C. com.).

466. 3. Le tribunal de commerce est souvent appelé aussi à intervenir dans la faillite à titre purement gracieux, notamment pour nommer et remplacer des syndics, nommer et remplacer un juge-commissaire, révoquer des contrôleurs, autoriser des actes d'une gravité exceptionnelle (art. 451, 462, 464, 467, 487, 515, 533, 583, etc. ; L. 4 mars 1889, art. 10, 3e alin.). Mais, dans ces cas, les décisions du tribunal qui sont des sortes d'actes d'administration reçoivent la qualification de jugements.

467. Il importe de revenir sur les deux règles de compétence posées par les art. 635, C. com. et 59 7°, C. proc. civ., pour déterminer le sens exact des dispositions d'après lesquelles *les tribunaux de commerce connaîtront de* TOUT CE QUI CONCERNE LES FAILLITES, et *le défendeur sera assigné...* EN MATIÈRE DE FAILLITE, *devant le juge du domicile du failli* (2). Au reste, la question peut être examinée simul-

(1) V. aussi *Traité de Droit commercial*, I, nos 366 et 402.

(2) Ce n'est pas seulement au point de vue de la compétence qu'il importe de déterminer le sens des expressions dont il s'agit ; des expressions identiques ou analogues sont employées par le Code de commerce dans des dispositions qui ne concernent pas la compétence. V. art. 452, alin. 2 et art. 582, C. com.

tanément au point de vue des deux règles ; les actions attribuées au tribunal qui a déclaré la faillite en vertu de l'art. 59 7°, C. proc. civ., sont celles-là mêmes qui sont placées dans la compétence de la juridiction consulaire d'après l'art. 635, C. com.

468. Il n'est pas douteux que toutes les contestations nées après la faillite, et dans lesquelles, par suite, à raison du dessaisissement, le syndic est partie, ne sont pas de la compétence du tribunal qui a rendu le jugement déclaratif. Cela résulte très clairement des articles 500 et 512, C. com., qui supposent que certaines de ces contestations ne sont pas portées devant ce tribunal. Au reste, les motifs des règles de compétence dont il s'agit n'existent pas pour toutes les contestations dans lesquelles la faillite est intéressée.

Le tribunal de commerce est appelé seulement à connaître, en dehors des questions dont le jugement lui est attribué par une disposition formelle du livre III du Code de commerce (1), des procès qui concernent l'administration de la faillite ou qui sont nés de la faillite alors même qu'ils seraient relatifs à un acte civil. Toutes les autres contestations qui seraient nées sans la faillite demeurent de la compétence du tribunal qui en aurait connu alors même que la faillite n'existerait pas.

On peut faire de ces principes qui fixent la portée des art. 635, C. com., et 59 7°, C. proc. civ., de nombreuses applications, dont quelques-unes ne sont pas sans présenter de sérieuses difficultés.

Ainsi, le tribunal qui a rendu le jugement déclaratif est compétent pour connaître des actions en nullité fondées sur les art. 446 à 449, C. com., ou sur le dessaisissement, qu'il s'agisse d'actes de commerce ou même d'actes civils, par exemple d'une donation, d'une vente d'immeuble, d'une constitution d'hypothèque, d'une inscription de privilège ou d'hypothèque (2). Il a aussi compétence pour statuer sur les contestations relatives à des privilèges qui n'existent qu'en cas de

(1) V. art. 440, 441, 454, 455, 456, 462, 464, 466, 467, 472 à 474, 487, 498, 499, 512 à 515, 519, 530, 570, 580, etc...

(2) Cass. 16 juin 1874, S. 1874. 1. 345; *J. Pal.*, 1874. 878; D. 1874. 1. 445; Cass. 15 avr. 1878, S. 1878. 1. 311; *J. Pal.*, 1878. 775; Cass. 2 avr. 1890, S. et *J. Pal.*, 1892. 1. 15; D. 1891. 1. 182; Limoges, 24 mars 1893, S. et *J. Pal.*, 1894. 2. 121; D. 1895. 2. 137; Nancy, 20 fév. 1894, D. 1894. 2. 231; Cass. 10 mars 1896, *Le Droit*, n° des 13-14 juill. 1896.

faillite (1) et même relatives à des hypothèques ou à des privilèges indépendants de l'état de faillite, quand ce tribunal est compétent pour statuer sur les contestations relatives à la créance garantie : *accessorium sequitur principale* (2), sur les actions relatives à la suppression ou aux restrictions de certains privilèges (art. 450 et 550, C. com.) et hypothèques à raison de la faillite (art. 563, C. com.) (3). C'est devant ce même tribunal que doit être portée l'action exercée contre la caution qui a garanti l'exécution d'un concordat après faillite (4) ou la contestation relative au compte rendu par le syndic au failli à la suite d'un concordat simple (art. 519, C. com.) (5).

Les motifs de l'art. 635, C. com., paraissent devoir faire admettre la compétence du tribunal qui a rendu le jugement déclaratif alors même que les contestations sont relatives à des contrats pour lesquels la compétence administrative existe, dès l'instant où la question soulevée est née de la faillite. Ainsi, en est-il, selon nous, d'une action tendant à faire admettre l'État comme créancier privilégié à l'encontre de la masse de la faillite d'un entrepreneur de travaux publics (6) ou d'une demande en nullité d'une convention de résiliation d'un marché de travaux publics comme conclu après la déclaration de faillite de l'entrepreneur (7), ou d'un paiement par compensation intervenu entre un entrepreneur de travaux publics et l'État (8).

Au contraire, les règles ordinaires de compétence sont applicables, à l'exclusion de celles des art. 635, C. com., et 59 7e, C. proc. civ., à l'action paulienne de l'art. 1167, C. civ. (9) ; aux actions en nullité

(1) Paris, 6 mai 1890 (il s'agissait du privilège de l'art. 549, C. com., qui n'existe qu'en cas de faillite), *Le Droit*, nº du 25 mai 1890.

(2) Trib. comm. Seine, 20 mai 1887, *La Loi*, nº du 4 juin 1887.

(3) V. Cass. 28 mars 1885,

(4) Besançon, 20 nov. 1884, S. 1886. 2. 206; *J. Pal.*, 1886. 1. 1107; D. 1886. 2. 87. — Il y a ici un cas où la compétence commerciale est admise pour un acte qui est purement civil, car le cautionnement est, en principe, un acte civil. V. *Traité de Droit commercial*, I, nº 182, p. 162 et note 3.

(5) Cass. 7 août 1894, *Le Droit*, nº du 27 sept. 1894.

(6) Conseil d'Etat, 15 avr. 1858, S. 1859. 2. 189; D. 1860. 5. 391.

(7-8) V. pourtant *en sens contraire*, Cass. 15 juin 1887, S. 1888. 1. 209; *J. Pal.*, 1888. 1. 508 (note de M. Chavegrin); D. 1889. 1. 144; Tribunal des conflits, 12 juill. 1890, S. et *J. Pal*, 1892. 3. 113 (note de M. Hauriou); D. 1892. 3. 17.

(9) V. ci-dessus, nº 312; Lyon, 15 déc. 1881, D. 1882. 1. 134.

fondées sur les principes du droit civil comme le seraient des actions en nullité de donations pour inobservation des formes de l'art. 931, de contrats pour vices du consentement, d'inscriptions à raison de la violation des dispositions de l'art. 2148, C. civ.; aux demandes en radiation d'hypothèques fondées sur des dispositions étrangères à la faillite (1); aux contestations relatives à des privilèges indépendants de la faillite et dont celle-ci n'entraîne pas la suppression ou la restriction (2) et généralement aux contestations relatives à des contrats antérieurs au jugement déclaratif et n'ayant pas leur origine dans les effets produits par ce jugement (3).

469. Quelle est la nature de l'incompétence des tribunaux civils pour connaître des contestations nées de la faillite? Selon une jurisprudence constante, en général l'incompétence des tribunaux civils relativement aux affaires commerciales est relative; elle doit, par suite, être proposée *in limine litis* et le tribunal civil saisi n'est pas tenu de se déclarer incompétent d'office (4). Doit-on reconnaître le même caractère à l'incompétence des tribunaux civils quant aux contestations nées de la faillite? On peut assurément le soutenir en se fondant sur ce qu'aucune disposition légale spéciale ne déroge à la règle générale (5). Mais, par cela même que toutes les dispositions concernant les faillites sont d'ordre public, il semble qu'on doive admettre ici une exception à la règle (6). L'absence de texte concernant l'exception n'est pas décisive, parce que la règle elle-même n'est consacrée par aucune disposition expresse.

470. Des règles spéciales régissent les jugements rendus en matière de faillite au point de vue des voies de recours ouvertes contre eux. Il a été déjà parlé plus haut, particulièrement sous ce rapport, du jugement déclaratif et du jugement qui fixe la date de la cessation des paiements (nos 126 et suiv.). Dans un but de célérité et d'éco-

Cour d Paris

(1) Cass. 28 mars 1885, *La Loi*, no du 9 juill. 1885.

(2) Aix, 2 janv. 1883 (privilège des gens de service).

(3) Cass. 8 déc. 1884; Cass. 2 juin 1885 (action intentée par un syndic contre les commissionnaires du failli), *Journ. des faillites*, 1885, p. 397.

(4) V. *Traité de Droit commercial*, I, no 382.

(5) Cass. 17 juin 1884, *Journ. des faillites*, 1884, p. 449.

(6) Cass. 29 juin 1870, S. 1870. 1. 417; *J. Pal.*, 1870. 1105; D. 1871. 1. 289; Trib. civ. Nancy, 1er mai 1877, *Le Droit*, no du 7 juin 1877.

nomie, le Code a apporté des dérogations au droit commun même pour les autres *jugements rendus en matière de faillite*, mais elles ne sont pas les mêmes pour tous.

471. Il y a d'abord des jugements contre lesquels la loi exclut l'opposition, l'appel et le pourvoi en cassation. L'art. 583, C. com., les énumère. Ce sont, en général, les jugements qui sont relatifs à l'administration de la faillite, notamment les jugements relatifs à la nomination ou au remplacement du juge-commissaire, à la nomination et à la révocation des syndics, les jugements statuant sur des recours formés contre des ordonnances du juge-commissaire, etc. (1). En s'inspirant de l'esprit de la loi, on doit ranger aussi parmi ces jugements ceux qui révoquent des contrôleurs (n° 462).

Les autres jugements *rendus en matière de faillite* sont, conformément au droit commun, susceptibles d'opposition, d'appel et de pourvoi en cassation. Pour le pourvoi en cassation, il n'y a aucune particularité. Pour l'opposition, il n'y a de règles spéciales que quand elle est dirigée contre le jugement déclaratif ou contre le jugement fixant la date de la cessation des paiements (n^os^ 126 et suiv.). Mais, en ce qui concerne l'appel, le délai donné pour l'interjeter est notablement réduit : pour tout jugement rendu en matière de faillite, il est de quinze jours à partir de la signification (art. 582, C. com.) et non de deux mois comme il l'est en droit commun (art. 443, C. proc. civ.). V. ci-dessus, n^os^ 146 et suiv.

Les jugements auxquels s'applique ce délai abrégé de l'appel, sont précisément, en principe, ceux qui sont de la compétence du tribunal du domicile du failli en vertu de l'art. 635, C. com. V. n° 468.

471 *bis*. Il faut appliquer ici les solutions précédemment adoptées à propos du jugement déclaratif sur le point de savoir si la règle de l'art. 582, selon laquelle le délai d'appel court de la signification, s'applique même au jugement par défaut (n° 151).

471 *ter*. A défaut de dérogation spéciale, les formes de l'appel et

(1) Il sera question des autres jugements non susceptibles d'opposition, ni d'appel, ni de pourvoi en cassation, à propos des matières auxquelles chacun d'eux se rattache.

les conditions de sa recevabilité sont régies par les règles du droit commun.

E. — DE LA MASSE DES CRÉANCIERS.

472. La loi, qui supprime, en principe, le droit pour chaque créancier d'agir individuellement (nos 251 et suiv.), groupe les créanciers, les considère comme formant une masse et confie aux syndics le pouvoir d'agir au nom de cette masse.

Y a-t-il là une personne morale distincte des personnes des créanciers? On l'a nié (1). Le législateur, dans un but de simplification et pour mieux assurer l'égalité entre les créanciers, se borne, dit-on, à grouper leurs intérêts collectifs et charge les syndics de les représenter et de les défendre (2). Il est plus simple et plus juste, selon nous, de reconnaître l'existence d'une personne morale (3). Ici, comme en matière de sociétés (4), aucune disposition légale ne reconnaît expressément que la masse des créanciers forme une personne civile; mais des solutions incontestées impliquent l'existence de cette personne civile. Ainsi, il est admis sans aucune difficulté que le syndic agit en justice pour la masse sans qu'il soit besoin de faire mention dans les actes de la procédure des noms des créanciers et de signifier ces actes à chacun d'eux. Cela ne peut se comprendre dans notre législation où est reconnue la règle, *nul ne plaide par procureur*, que par l'existence d'une personne civile. De même, il y a des personnes qui ont pour créancière ou pour débitrice la masse, sans qu'on puisse dire que chaque créancier de la faillite soit créancier ou débiteur de ces personnes, de telle façon que, dans une certaine mesure, la masse a un patrimoine distinct des patrimoines des créanciers. Enfin, le Code de

(1-2) Cass. 7 juin 1859, D. 1860. 1. 21. Telle était notre opinion contenue dans notre *Précis de Droit commercial*, II, no 2811. — V. pour l'Allemagne, Kohler. *Lehrbuch des Konkursrechtes*, p. 370 et suiv.

(3) Quelques décisions judiciaires emploient des expressions qui impliquent la reconnaissance de la personnalité de la masse des créanciers. Ainsi, on lit dans un arrêt de la Cour de Bourges du 11 déc. 1889 que « le syndic est le représentant *d'un être moral, la masse* ». V. cet arrêt dans *Le Droit*, no du 11 déc. 1889. Un jugement rendu par le tribunal civil d'Alger le 29 nov. 1895 (*La Loi*, no du 14 janv. 1896) parle « du débat engagé avec *l'être moral de la faillite* ».

(4) V. *Traité de Droit commercial*, II, nos 105 et suiv.

commerce lui-même confère une hypothèque à la masse (art. 490) et il la distingue bien des créanciers pris individuellement, puisqu'il décide (art. 517) qu'en cas de concordat simple, *chacun des créanciers* jouit de l'hypothèque conférée à la masse (1).

472 *bis*. Malgré la formation des créanciers en masse et la suspension du droit de poursuite individuelle, les créanciers ont certains droits que chacun peut exercer personnellement (2). C'est ainsi que chaque créancier peut agir pour faire constater l'existence et le montant de sa créance en produisant ses titres et en intervenant dans la procédure spéciale de vérification et d'affirmation des créances (art. 491 et suiv., C. com.) (3). Dans cette procédure, chaque créancier peut contester la créance d'un autre *(élever un contredit)* (art. 494). Les créanciers ont aussi le droit individuel de surveiller la gestion des syndics, de former des réclamations contre leurs actes, de demander la révocation des syndics au juge-commissaire et au tribunal (art. 466 et 467), de former opposition ou d'interjeter appel contre le jugement déclaratif et contre le jugement fixant la date de la cessation des paiements (art. 580 et suiv.). V. ci-dessus, nos 165 et 166.

473. Les créanciers n'ont pas d'autres droits individuels. Ainsi, ils ne peuvent même pas intervenir dans un procès soutenu par les syndics au nom de la masse (n° 227). Un créancier ne peut pas non plus exercer individuellement les droits et actions du débiteur en vertu de l'art. 1166, C. civ. Ce droit appartient aux syndics seuls dans l'intérêt collectif (nos 219 et suiv.). De même un créancier ne peut pas agir seul pour faire annuler des actes du failli en vertu des art. 446 et suiv., C. com. (n° 312).

474. Mais cela ne fait nullement obstacle à ce que les créanciers agissent individuellement, s'ils se trouvent avoir des droits contraires à ceux de la masse, par exemple, si un privilège ou une hypothèque

(1) La Cour de Bourges, dans l'arrêt du 11 déc. 1889 (*Le Droit*, n° du 18 déc. 1889), se fonde sur ce que le syndic représente un être moral, la masse, pour décider que des créanciers de la faillite ne peuvent pas être reprochés, comme témoins, dans un procès où le syndic est partie, comme y ayant un intérêt matériel et direct.

(2) De même, la personnalité des sociétés de commerce ne met point obstacle à l'existence de droits individuels pour chacun des associés.

(3) V. ci-après, nos 527 et suiv.

qu'un créancier invoque, est contesté par la masse des créanciers. Ils peuvent plaider pour cette raison contre les créanciers de la masse de la faillite représentés par les syndics. Bien plus, des créanciers chirographaires peuvent avoir aussi à exercer des droits individuels. C'est ce qui a lieu quand les créances de certains d'entre eux sont contestées. Le syndic reste contre eux le représentant de la masse. De même, si l'on admet que les créanciers antérieurs à l'acte frauduleux du débiteur bénéficient seuls de sa révocation (1), ces créanciers peuvent exercer eux-mêmes l'action révocatoire pour cause de fraude en vertu de l'art. 1167, C. civ., quand il y a des créanciers postérieurs à l'acte attaqué (2).

475. En tant qu'ils forment une masse, les créanciers de la faillite sont représentés par les syndics à l'exclusion de toutes autres personnes. Un ou plusieurs créanciers n'auraient même pas le pouvoir d'exercer les droits de la masse.

Les syndics représentent tous les créanciers, aussi bien les créanciers hypothécaires ou privilégiés que les créanciers chirographaires, en tant, du moins, que ces diverses classes de créanciers ne sont pas en conflit par suite d'intérêts opposés (n° 474) (3).

476. DES ASSEMBLÉES DE CRÉANCIERS. — Les créanciers ont souvent des avis à donner ou des délibérations à prendre. Ainsi, ils émettent des avis sur la nomination des syndics (art. 462 et 529, C. com.); ils choisissent, s'ils le jugent utile, des contrôleurs (L. 4 mars 1889, art. 9 et 10); ils se prononcent sur la solution à donner à la faillite et votent par suite, ou rejettent les propositions de concordat faites par le failli (art. 504 et 541, alin. 2, C. com.); en cas d'union, ils reçoivent les comptes des syndics et se prononcent sur l'excusabilité du failli (art. 536 et 537); ils ont à autoriser certains actes du syndic (art. 532), etc., etc.

Pour émettre ces avis ou prendre ces délibérations, les créanciers se réunissent en assemblées.

Les assemblées de créanciers se réunissent sur la convocation du

(1) C'est une question discutée.

(2-3) Dans le cas où tous les créanciers de la masse sont antérieurs à l'acte frauduleux, le droit exclusif de les représenter en intentant l'action paulienne existe pour les syndics. Il y a, en effet, alors un droit appartenant à tous les créanciers.

greffier du tribunal. Le juge-commissaire décide leur convocation et en a la présidence; la loi fixe elle-même des cas où l'assemblée des créanciers doit être convoquée. En dehors de ces cas, la convocation est simplement facultative pour le juge-commissaire.

Les créanciers peuvent participer en personne aux assemblées ou désigner des mandataires. Aucune disposition restrictive ne régit le mandat donné par les créanciers. Aussi plusieurs créanciers peuvent choisir un mandataire unique. Celui-ci peut avoir le pouvoir de se prononcer dans le sens qu'il jugera bon ou être chargé seulement de voter dans le sens déterminé par le mandant (1). En outre, le choix du mandant est entièrement libre : un créancier peut choisir comme mandataire qui bon lui semble. Une difficulté s'élève cependant à cet égard pour les mandats relatifs aux assemblées de vérification des créances.

Les décisions se prennent naturellement à la majorité. La majorité se compte, en règle générale, par têtes, en faisant abstraction du montant des créances (2). Toutefois, soit pour le vote du concordat simple ou par abandon (art. 507 et 541), soit pour le mandat à donner aux syndics de continuer l'exploitation du fonds de commerce du failli après l'union (art. 532), le Code de commerce, à raison de la gravité exceptionnelle des décisions à prendre, exige une double majorité en nombre et en sommes.

La loi ne fixe pas de *quorum*. Il résulte de là, qu'en principe, sauf

(1) On se plaint souvent avec raison des abus qui se rattachent aux procurations des créanciers. Très souvent elles sont données à des agents d'affaires qui soulèvent des contestations dont l'un des résultats est de prolonger la durée de la procédure de faillite. Puis certains agents d'affaires concentrent entre leurs mains les pouvoirs d'un grand nombre de créanciers; alors le droit de chaque créancier de contester les créances des autres dans la procédure de vérification (art. 447, C. com.) est, en fait, anéanti. En Angleterre, ces abus paraissent avoir été plus grands qu'en France. Aussi la loi de 1883 (Annexe I, art. 15 à 21) n'admet, en principe, que les procurations spéciales pour une assemblée déterminée avec indication du sens dans lequel le mandataire aura à se prononcer. Cependant des procurations générales sont admises à titre exceptionnel pour les personnes qui sont au service du mandant.

(2) Des lois étrangères admettent aussi que la majorité compte par têtes, tandis que d'autres s'attachent à la majorité en sommes. Parmi les premières sont notamment la loi *belge*, le Code de commerce *italien*. Parmi les secondes se trouvent la loi *allemande*, art. 86 (le nombre des créanciers décide en cas d'égalité des sommes), la loi *anglaise* de 1883, art. 168.

dans les cas des art. 507, 532 et 541 où la loi considère le total des créanciers ayant le droit de vote et les sommes qui leur sont dues, la majorité des créanciers présents ou représentés est souveraine, quelque petit que soit le nombre de ceux-ci par rapport au nombre total des créanciers de la faillite.

477. Les créanciers, en tant qu'ils constituent une masse représentée par les syndics, sont-ils, par rapport au failli, des *tiers* ou des *ayants cause*? La question ne peut recevoir une solution absolue.

En principe, la masse est l'ayant-cause du failli. Les créanciers n'ont pas, en règle, plus de droits que leur débiteur. Celui-ci est dessaisi; l'exercice de ses droits passe à la masse que le syndic représente. Le syndic ne fait qu'exercer au nom de la masse les droits du failli, par suite d'une sorte d'application étendue de l'art. 1166, C. civ. De cette idée découlent des conséquences multiples:

a. Les actes sous seing privé souscrits par le failli et portant une date antérieure au jugement déclaratif de faillite font preuve de la date par eux-mêmes. L'art. 1328, C. civ., n'est pas ici applicable, sans qu'il y ait lieu de distinguer selon qu'il s'agit d'un acte de commerce ou d'une opération civile (1). C'est donc aux intéressés qui soutiennent qu'il y a une antidate, que l'acte sous seing privé portant une date antérieure à la déclaration de faillite y est pourtant postérieur, à prouver la fraude.

b. Les jugements rendus contre le failli avant le jugement déclaratif sont opposables à la masse. Elle ne peut pas former tierce-opposition contre eux. Cette voie extraordinaire de recours n'appartient, en principe, qu'aux personnes qui n'ont pas été parties dans l'instance et qui n'y ont pas été représentées (2). La masse y a été représentée par le failli dont elle est l'ayant-cause. Toutefois la déclaration de faillite ne saurait priver les créanciers du droit d'attaquer les jugements rendus en fraude de leurs droits; ce droit s'exerce au moyen de la tierce-opposition (3).

(1) Metz, 1er fév. 1860; *J. Pal.*, 1860. 638; Rennes, 22 juill. 1879, D. 1881. 2. 31; Paris, 13 fév. 1892, *Le Droit*, nº des 18-19 juill. 1892. — Aubry et Rau, t. VIII, p. 255, § 756, note 118; Bonnier, *Traité des preuves*, nº 697.

(2) Cass. 14 juill. 1873, D. 1876. 1. 160.

(3) Paris, 24 déc. 1849, D. 1850. 2. 195; Cass. 30 mars 1875, D. 1875. 1. 353; S. 1875. 1. 309; *J. Pal.*, 1875. 879.

c. Si l'on admet, comme on doit, selon nous, le faire, que l'article 1321, C. civ., en disposant que les contre-lettres ne sont pas opposables aux tiers, comprend sous le mot tiers même les créanciers chirographaires des parties, il y a lieu d'admettre qu'elles ne sont pas opposables aux créanciers de la masse (1). Mais, si l'on part d'un principe contraire, il n'existe aucune raison spéciale pour traiter les créanciers en cas de faillite mieux que dans le cas où il n'y a pas faillite, et dès lors, dans cette doctrine, l'on devrait décider que les contre-lettres sont opposables aux créanciers de la masse (2).

478. Mais, à titre exceptionnel, la masse doit être considérée comme un tiers par rapport au failli et non comme son ayant-cause, lorsqu'elle exerce des droits que la loi lui confère directement et qu'elle ne tient nullement du failli. Il en est ainsi quand la masse, représentée par les syndics, réclame la nullité des actes antérieurs à la faillite en vertu des art. 446 et suiv. En conséquence, lorsque les opérations attaquées sont constatées par des actes sous seing privé, ces actes doivent avoir acquis date certaine conformément à l'article 1328, C. civ., avant la période suspecte telle qu'elle est fixée par les art. 446 et suiv., pour échapper à la nullité. Il n'en serait autrement que si les opérations arguées de nullité étaient des actes de commerce régis par l'art. 109, C. com., au point de vue de la preuve. En matière commerciale, l'art. 1328, C. civ., est inapplicable et les juges peuvent considérer la date certaine comme établie à l'égard des tiers par tous les moyens possibles (3).

F. — DU FAILLI.

479. Le failli est dessaisi de l'administration de ses biens qui passe aux syndics (n^os^ 195 et suiv.). Malgré le dessaisissement, le failli a

(1) Cass. 5 janv. 1883; Paris, 17 nov. 1892, *Journ. des faillites*, 1884, p. 50; 1893, p. 317. — V. *dans le même sens*, pour le cas de liquidation judiciaire où la question se pose dans les mêmes termes, Cass. 8 mars 1893, *Journ. des faillites*, 1893, p. 438.

(2) L'opinion qui prévaut reconnait que les créanciers sont compris parmi les tiers auxquels les contre-lettres sont déclarées non opposables par l'art. 1321, C. civ. : Aubry et Rau, § 756 *bis*, p. 267 et 268, notes 19 et 20; Demolombe, XXIX, n^os^ 344 à 346. — Req. 5 janv. 1883, *Journ. des faillites*, 1884, p. 50.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, III, n° 58.

un certain rôle à jouer dans les opérations de la faillite; ce rôle est, en général, plutôt passif qu'actif.

480. Il a le droit d'assister à l'inventaire que les syndics ont à dresser après leur nomination (art. 479), à l'ouverture des lettres qui lui sont adressées et dont la remise aux syndics est prescrite (art. 471, *in fine*); de se plaindre des syndics au juge-commissaire, de réclamer contre leurs actes et de demander leur révocation (art. 466 et 467); de s'opposer à l'admission d'un créancier dans la procédure de vérification en élevant des contredits (art. 494); de présenter à l'assemblée des créanciers convoquée à cet effet des propositions de concordat simple ou par abandon d'actif (art. 505, 506 et 541); d'être présent à la reddition des comptes faite par les syndics au failli lorsqu'après l'union, la liquidation est terminée (art. 537). Il va de soi que le failli doit donner les renseignements qui lui sont demandés sur ses affaires. Bien plus, il peut être employé par les syndics pour faciliter et éclairer leur gestion. Dans ce cas, le juge-commissaire fixe les conditions de son travail, spécialement au point de vue de la rémunération à lui payer (art. 488).

481. Le failli ne conserve pas toujours sa liberté. D'après l'art. 455, C. com., le jugement déclaratif ordonne *le dépôt de la personne du failli dans la maison d'arrêt pour dettes ou la garde de sa personne par un officier de police ou de justice ou par un gendarme.* L'arrestation du failli est prescrite pour plusieurs motifs. Elle a d'abord pour but d'empêcher le failli de se soustraire par la fuite aux peines qu'il peut encourir pour banqueroute simple ou pour banqueroute frauduleuse. En outre, elle empêche le failli de se mettre dans l'impossibilité de donner aux syndics les renseignements qu'il leur doit et de les aider dans leur gestion.

482. L'arrestation du failli est demeurée possible même depuis l'abolition de la contrainte par corps en matière civile et commerciale prononcée par la loi du 22 juillet 1867. Cette mesure n'a pas, comme la contrainte par corps, en vue un intérêt individuel; elle est prise dans l'intérêt de la masse des créanciers et jusqu'à un certain point dans l'intérêt public de la répression pénale. Elle n'a pas, comme la contrainte par corps, pour but de forcer indirectement le débiteur à

payer ; le failli, par suite même du dessaisissement, est dans l'impossibilité de le faire. Du reste, une réserve formelle a été faite en ce sens dans la discussion de la loi de 1867 (1).

483. Par cela même que l'arrestation du failli est admise à la fois dans l'intérêt de la répression et dans l'intérêt collectif des créanciers, elle est opérée à la diligence, soit du ministère public, soit des syndics (art. 460). Le ministère public est libre sans doute de ne pas faire procéder à l'arrestation du failli en vertu du jugement, mais il ne peut empêcher les syndics de faire arrêter le failli (2). Afin que le ministère public soit prévenu de la possibilité d'une arrestation qui intéresse la répression, le greffier du tribunal de commerce doit donner avis, dans les vingt-quatre heures, au procureur de la République des jugements déclaratifs de faillite et même lui en transmettre un extrait, en mentionnant les principales indications et dispositions qu'ils contiennent (art. 459, C. com.).

484. Les dispositions du Code de commerce de 1807 relatives à l'incarcération du failli ont été très atténuées en 1838 et, en fait, cette incarcération est devenue très rare.

D'après le Code de 1807 (art. 455), le tribunal de commerce devait nécessairement ordonner l'arrestation du failli. Cette règle rigoureuse disposait peu les commerçants à déposer leur bilan. Ainsi, au grand préjudice des créanciers, la déclaration de faillite était retardée. En outre, contrairement au but qu'on s'était proposé, le failli prenait, en général, la fuite dès que le jugement déclaratif était rendu. Aussi cette règle fut-elle atténuée en 1838 ; d'après l'art. 456, C. com , quand le failli a déposé son bilan conformément aux art. 438 et 439 et n'est pas, lors du jugement déclaratif, incarcéré pour dettes ou

(1) Cass. 1er juill. 1873, S. 1873. 1. 396 ; *J. Pal.*, 1873. 969. — Garsonnet, *De l'abolition de la contrainte par corps*, p. 93.

(2) V. pourtant circulaire ministérielle du 1er oct. 1840 et avis du Conseil d'État du 5 août 1850 (*Journ. des faillites*, p. 46, en note). — Un jugement du tribunal civil de Lille du 29 déc. 1882, *Journ. des faillites*, 1883, p. 37, n'a pas résolu la question ; il s'est borné à décider que, lorsque le gardien-chef d'une prison s'est refusé à incarcérer le failli, en suivant les instructions du parquet, le syndic ne peut actionner ce gardien pour le faire condamner à l'exécution du jugement ordonnant l'incarcération ou à des dommages-intérêts. La seule voie de recours ouverte au syndic en pareil cas est la prise à partie contre le procureur de la République. — V. dans *Le Droit*, nº du 10 mars 1883, un article sur *l'incarcération des faillis*.

pour autre cause, le tribunal peut l'affranchir du dépôt ou de la garde de sa personne. Mais, quand le failli était déjà en prison pour dettes, son incarcération change de caractère ; il demeure en prison, non dans l'intérêt du créancier qui l'a fait emprisonner, mais dans l'intérêt de la masse ; il n'y a plus contrainte par corps, mais incarcération en vertu des règles de la faillite.

Les tribunaux usent très souvent de la faculté de laisser le failli en liberté. Dans les cas mêmes où ils n'en usent pas, les syndics réclament rarement l'incarcération du failli pour laquelle généralement le ministère public s'en remet à eux (1).

485. Du reste, quand l'arrestation du failli est ordonnée, soit parce qu'il n'a pas déposé son bilan, soit parce que le tribunal n'a pas jugé à propos de l'en affranchir, cette mesure n'est pas définitive. Un sauf-conduit provisoire peut être accordé au failli. Le juge-commissaire a la faculté, d'après l'état apparent des affaires du failli, de proposer sa mise en liberté provisoire. A défaut du juge-commissaire, la demande de sauf-conduit peut être formée par les syndics ou par le failli lui-même. Le tribunal statue en audience publique, après avoir entendu le juge-commissaire (art. 472 et 473, C. com.). La mise en liberté du failli peut être une mesure utile non seulement à lui-même, mais encore aux créanciers de la masse et aux syndics : elle seule permet de demander au failli des renseignements complets sur ses affaires et de l'employer dans la gestion de la faillite.

La décision du tribunal sur le sauf-conduit, en quelque sens qu'elle soit rendue, n'est pas irrévocable. Le tribunal peut retirer au failli sa liberté après la lui avoir accordée, ou, au contraire, la lui accorder après l'avoir refusée (2). Voilà pourquoi l'art. 472 parle de sauf-conduit *provisoire*.

D'ailleurs, si le tribunal n'a pas pleine confiance dans le failli, il peut subordonner le sauf-conduit à l'obligation pour lui de fournir caution de se représenter, sous peine de paiement d'une somme que le tribunal arbitre et qui est dévolue à la masse (art. 472). Le tribu-

(1) Lettre du Garde des sceaux au Président du Tribunal de commerce de la Seine en date du 1er déc. 1873 (*Journ. des faillites*, 1883, p. 44, en note).

(2) Montpellier, 11 mars 1871, D. 1872. 2. 28; S. 1871. 2. 120; *J. Pal.*, 1871. 344.

nal a ce pouvoir quand même la demande de sauf-conduit est formée par le failli. Le texte de l'art. 472 ne prévoit sans doute que le cas où le sauf-conduit est réclamé par le juge-commissaire ; mais il n'est pas à cet égard limitatif. On ne concevrait pas que le tribunal fût dans la nécessité de refuser le sauf-conduit ou de l'accorder sans la garantie du cautionnement, par cela seul que cette mesure de faveur serait demandée par le failli.

Le sauf-conduit peut être accordé alors même que le failli est incarcéré pour dettes au moment de la déclaration de faillite. Les art. 472 et 473 ne font aucune restriction. Cela se conçoit. Un créancier ne peut pas, après le jugement déclaratif, pratiquer la contrainte par corps (n° 256). Il y aurait contradiction à lui permettre de retenir en prison le failli, déjà incarcéré, au préjudice de la masse des créanciers.

Du reste, au moment où a été rendu le jugement déclaratif, le régime du dépôt du failli s'est substitué à celui de la contrainte par corps. Par l'effet de cette substitution, le créancier qui avait fait emprisonner son débiteur ne peut plus le faire mettre en liberté. Il est logique, par contre, que le tribunal ait le droit d'accorder au failli un sauf-conduit.

486. Le sauf-conduit pourrait être accordé au failli dans le jugement déclaratif et la faveur de la liberté fait même sous-entendre cette concession quand le jugement déclaratif ne s'est pas prononcé sur le dépôt de la personne du failli dans la maison d'arrêt (1).

487. *Les jugements qui statuent sur les demandes de sauf-conduit*, ne sont susceptibles ni d'opposition, ni d'appel, ni de recours en cassation (art. 583 2°, C. com.), sans qu'il y ait à distinguer selon que le sauf-conduit a été refusé ou accordé (2). Cela s'applique aussi bien à la disposition du jugement déclaratif qui dispense ou refuse de dispenser le failli du dépôt dans la maison d'arrêt qu'aux jugements postérieurs qui accordent ou refusent un sauf-conduit proprement dit.

(1) Amiens, 28 mai 1887, D. 1888. 2. 226; S. 1889. 245; *J. Pal.*, 1889. 1. 233; *Journ. des faillites*, 1887, p. 320.

(2) Cass. 22 mai 1867, D. 1867. 1. 198; S. 1867. 1. 179; *J. Pal.*, 1867. 491; Bastia, 30 mars 1892, D. 1893. 2. 442. — Il résulte de l'exclusion de l'appel qu'une Cour d'appel ne peut jamais accorder un sauf-conduit : Toulouse, 5 janvier 1893, D. 1893. 2. 313.

G. — DU MINISTÈRE PUBLIC.

488. Le ministère public n'a qu'un rôle très restreint dans les faillites. Cela doit d'autant moins étonner qu'il n'y a pas de ministère public auprès des tribunaux de commerce (1). Il ne peut pas intervenir dans les opérations, spécialement assister aux assemblées de créanciers (2). Il a seulement une sorte de droit de contrôle destiné à assurer la répression des délits ou des crimes que les faillites permettent parfois de connaître.

Dans les vingt-quatre heures, le greffier du tribunal de commerce doit adresser au procureur de la République du ressort extrait des jugements déclaratifs en contenant les principales dispositions (article 459). Le ministère public peut ainsi faire procéder à l'arrestation du failli si elle a été ordonnée (art. 460) (3). — Les officiers du ministère public peuvent se transporter au domicile du failli et y assister à l'inventaire dressé par les syndics (art. 483). — Le ministère public doit aussi recevoir communication, par l'intermédiaire du juge-commissaire, du mémoire ou compte sommaire de l'état apparent de la faillite, de ses principales causes et circonstances et des caractères qu'elle paraît avoir, mémoire que les syndics ont à dresser dans la quinzaine de leur entrée en fonctions (art 482). En cas de poursuite pour banqueroute simple ou frauduleuse, le ministère public a le droit de se faire remettre par le syndic les pièces, titres, papiers et renseignements qu'il juge utiles (art. 602, C. com.). — Enfin un décret du 25 mars 1880 prescrit la tenue, au greffe de chaque tribunal de commerce et de chaque tribunal civil jugeant commercialement, d'un registre sur lequel sont inscrits, pour chaque faillite, article par article et à leurs dates respec-

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, nº 330 *bis*.

(2) Des difficultés s'étaient élevées à cet égard sous l'empire du Code de commerce de 1807. V. Camberlin, *Manuel des tribunaux de commerce*, p. 583 à 590.

(3) En fait, le ministère public s'en remet sur ce point aux syndics conformément à une lettre du Ministre de la justiee adressée au Président du Tribunal de commerce de la Seine le 1er déc. 1873 (*Journ. des faillites*, 1883, p. 44, en note).

tives, les actes relatifs à la gestion des faillites (art. 1) et ce même décret (art. 3) ordonne au greffier de transmettre tous les trois mois au procureur général un relevé indiquant sommairement la situation de chaque faillite, d'après les énonciations de ce registre. Ces dispositions ont pour but d'assurer le contrôle de l'administration des faillites.

CHAPITRE III.

DE L'ADMINISTRATION DES FAILLITES ET DE LA PROCÉDURE DESTINÉE A EN PRÉPARER LA SOLUTION. DE LA VÉRIFICATION ET DE L'AFFIRMATION DES CRÉANCES (1).

489. *Généralités.* — Avant que les créanciers soient appelés à se prononcer sur le point de savoir s'ils veulent accorder un concordat au failli ou s'ils préfèrent se mettre en état d'union, il faut que l'actif soit constaté, que toutes les mesures soient prises pour empêcher le détournement de certains biens au préjudice de la masse, qu'il soit pourvu à l'administration du patrimoine du failli et qu'enfin le montant du passif soit fixé avec toutes les garanties désirables pour écarter les créances qui ne seraient pas sincères et véritables. La constatation de l'actif et du passif est indispensable pour éclairer les créanciers sur le point de savoir quelle est pour eux la solution la plus avantageuse à donner à la faillite. Il y a ainsi dans toute faillite une période préparatoire ou d'information, qui précède la décision des créanciers relative à la solution de la faillite.

Il sera traité successivement : A. De la constatation de l'actif du failli. — B. De l'administration de ses biens. — C. De la constatation du passif qui se fait au moyen d'une procédure spéciale désignée sous le nom de *vérification et d'affirmation des créances.*

A. — DE LA CONSTATATION DE L'ACTIF DU FAILLI.

490. Il importe que, dans l'intervalle de temps qui s'écoule entre le jugement déclaratif et le moment où les syndics prennent en mains l'administration des biens du failli, aucun détournement ne puisse être opéré, soit par le failli, s'il n'est pas incarcéré, soit par des tiers, s'il est arrêté, et que les biens dont la remise est faite aux syndics soient

(1) Code de commerce, art. 468 à 503.

exactement constatés. C'est dans ce double but que sont prescrites l'apposition des scellés et la confection d'un inventaire.

491. APPOSITION DES SCELLÉS. — Le jugement déclaratif doit ordonner l'apposition des scellés (art. 455, 1er alin.). Une seule exception est faite à cette règle pour le cas où le juge-commissaire estime que l'inventaire peut être fait en un seul jour (art. 455, 2e alin.). En pareil cas, l'inventaire étant commencé immédiatement et fini dans la journée même où il a été commencé, les détournements ne sont guère à craindre. Il faut ajouter à ce cas celui où les meubles et marchandises du failli auraient été déjà saisis par un créancier lors du jugement déclaratif. Le procès-verbal détaillé qu'a dressé l'huissier (art. 588 et suiv., C. proc. civ.) et le gardien qu'il a dû établir (art. 596 et suiv., C. proc. civ.), sont des garanties suffisantes contre les détournements.

492. Il peut se faire qu'à titre exceptionnel, il y ait urgence, même avant le jugement déclaratif, d'apposer les scellés. La loi autorise à le faire seulement dans le cas où le débiteur est en fuite et dans celui où il a détourné tout ou partie de son actif. Le juge de paix peut alors apposer les scellés, soit d'office, soit sur la réquisition d'un ou plusieurs créanciers (art. 457, 2e alin., C. com.).

En dehors de ces cas, les scellés sont apposés après le jugement déclaratif, soit d'office par le juge de paix, soit sur la réquisition des syndics. Afin que le juge de paix puisse user de son droit de procéder d'office, le greffier du tribunal de commerce doit lui adresser sur-le-champ avis de la disposition du jugement qui a ordonné l'apposition des scellés (art. 457, 1er alin.). Les syndics ont le droit de requérir l'apposition des scellés à l'exclusion des créanciers, parce que ceux-ci ont perdu, par suite du jugement déclaratif, le droit d'agir individuellement (art. 468).

493. Sur quoi les scellés sont-ils apposés? En principe, sur tous les objets mobiliers se trouvant chez le failli; car tout ce qui est mobilier peut être détourné. D'après l'art. 458, C. com., *les scellés seront apposés sur les magasins, comptoirs, caisses, portefeuilles, livres, papiers, meubles et effets du failli.* Mais cette mesure appliquée sans aucune restriction aurait été d'une rigueur excessive pour le failli en le privant des choses indispensables à la vie. En outre, elle aurait empêché des actes urgents et aurait pu nuire, par suite, même aux

créanciers de la faillite. Aussi, d'après l'art. 469, le juge-commissaire peut, sur la demande des syndics, les dispenser de faire placer sous les scellés ou les autoriser à en faire extraire, s'ils ont été déjà apposés : 1° les vêtements, meubles et effets nécessaires au failli et à sa famille; 2° les objets sujets à dépérissement prochain ou à dépréciation immédiate; 3° les objets servant à l'exploitation du fonds de commerce du failli, quand cette exploitation ne pourrait être interrompue sans préjudice pour les créanciers. Les objets des deux dernières catégories sont immédiatement inventoriés avec prisée par les syndics, en présence du juge de paix qui signe le procès-verbal.

L'art. 469 1° se justifie par des raisons d'humanité. C'est en se fondant sur cette disposition qu'on ne doit pas, selon nous, exclure du dessaisissement les différents objets déclarés insaisissables par l'article 592, C. proc. civ. (n° 242). L'art. 469 2° et 3°, s'explique par l'intérêt même de la masse des créanciers. Il y a des objets qui se détériorent ou se déprécient si promptement que, pour ne pas en perdre en tout ou en partie la valeur, il importe de les vendre sans tarder. Le Code (art. 470) en permet la vente sous certaines conditions même avant que les créaniers se soient prononcés sur la solution à donner à la faillite; mais, pour que la vente soit possible, il faut naturellement que ces objets ne soient pas placés sous scellés. Enfin, le Code admet que l'exploitation du fonds de commerce du failli peut être provisoirement continuée par les syndics (art. 470). Pour que cela puisse avoir lieu, il faut évidemment que les objets servant à l'exploitation du commerce, soient remis aux syndics, et, par conséquent, ne soient pas mis sous scellés. V. n^os^ 521 et suiv.

494. Ce n'est pas tout. L'art. 471, 1^er^ et 2^e^ al., ordonne que le juge de paix extraye des scellés et remette aux syndics :

1° *Les livres du failli*. Le juge de paix arrête les livres, pour empêcher qu'aucune addition n'y soit faite, et dresse un procès-verbal pour constater l'état dans lequel ils se trouvent. — L'examen des livres peut seul permettre aux syndics de dresser le bilan, quand il ne l'a pas été par le failli, conformément aux art. 438 et 439 (art. 476), de connaître les créanciers présumés du failli et de les convoquer, notamment pour les faire délibérer sur le maintien ou sur le remplacement des syndics provisoires (art. 462, C. com.).

2° *Les effets de portefeuille* échus ou à courte échéance, afin d'en opérer le recouvrement et de faire, en cas de non paiement, le nécessaire pour éviter les déchéances, et spécialement *les effets susceptibles d'acceptation*, afin de les présenter sans retard à l'acceptation. Ces effets sont remis par le juge de paix aux syndics après qu'il les a décrits; il en dresse aussi un bordereau qu'il transmet au juge-commissaire.

495. Inventaire. — Les scellés ne sont apposés que pour un temps limité. Il faut que tout l'actif du failli ainsi que ses livres et papiers soient remis aux syndics, que les biens composant l'actif soient constatés dans un inventaire et que les livres et papiers soient dépouillés.

496. Comme tout inventaire, celui qui est dressé après faillite contient la description et l'estimation des différents objets mobiliers trouvés chez le failli. Il mentionne aussi, d'après les déclarations du failli, les immeubles dont il a la propriété et ses différentes dettes.

S'il a été apposé des scellés, la levée doit en être requise par les syndics dans les trois jours de leur nomination (art. 479) et l'inventaire est dressé. Il l'est par les syndics mêmes, en présence du failli ou lui dûment appelé. Le législateur, dans un but d'économie, n'a pas, ainsi qu'il le fait d'ordinaire, confié la confection de l'inventaire à un notaire. Mais, comme les syndics ne sont que de simples particuliers, pour prévenir les altérations, le Code (art. 480, 1er alin.) veut que le juge de paix assiste à l'inventaire et le signe à chaque vacation. Les syndics peuvent, du reste, se faire aider par qui ils le jugent convenable pour la rédaction de l'inventaire et la prisée des objets y compris (art. 480, 3e alin.).

L'inventaire doit être fait en double minute (art. 480, 2e alin.). L'une de ces minutes est déposée au greffe du tribunal de commerce où elle reste à la disposition de tous les intéressés. L'autre minute est remise aux syndics.

L'inventaire une fois achevé, les syndics se chargent de l'actif par une déclaration inscrite au pied de l'inventaire (art. 484).

La levée des scellés et la confection de l'inventaire sont des mesures ayant un caractère purement conservatoire et urgent. Aussi la levée des scellés peut être requise et l'inventaire être dressé aussi

bien par les syndics provisoires que par les syndics définitifs (1).

497. Il se peut que la faillite soit déclarée après décès (nos 67 et suiv.) ou que le failli meure après le jugement déclaratif. Dans ces cas, si un inventaire a été dressé conformément au droit commun par devant notaires (art. 942 et suiv., C. proc. civ.), cet inventaire suffit aussi bien pour la faillite que pour la succession. Il faut seulement qu'une expédition en soit déposée au greffe et qu'une autre soit remise aux syndics.

Mais est-il nécessaire que les héritiers qui veulent jouir du bénéfice d'inventaire, la veuve qui veut renoncer à la communauté (article 1456, C. civ.) ou qui veut jouir du bénéfice de n'être tenue que jusqu'à concurrence de son émolument (art. 1483, C. com.), fassent procéder à un inventaire dans la forme notariée d'après les règles du Code civil? Pour éviter des frais et des complications, le Code (art. 481) se contente d'un inventaire dressé par les syndics en présence des héritiers et de la veuve ou eux dûment appelés. Cet inventaire sert à la fois pour la faillite, pour la succession et pour la communauté.

498. Dépouillement des papiers, des livres et de la correspondance du failli. — Pour bien connaître l'état des affaires du failli, découvrir, soit des créances, soit des dettes, il est indispensable que les syndics dépouillent les papiers du failli.

Ils ont à clore et à arrêter les livres du failli, c'est-à-dire qu'ils balancent les comptes divers et arrêtent les soldes dûs pour fixer la situation du failli à l'égard de chacune des personnes avec lesquelles il a été en relation d'affaires. Cette opération, qui exige un examen spécial des livres du failli, ne doit pas être confondue avec l'opération toute matérielle que l'art. 471, C. com., désigne sous le même nom et qui est faite par le juge de paix seul (n° 494). Comme cette opération a une importance considérable pour le failli, il est appelé à y assister. S'il ne se rend pas à l'invitation des syndics, il est sommé de comparaître dans les quarante-huit heures au plus tard. Il peut, du reste, comparaître par un fondé de pouvoirs, s'il justifie de causes

(1) Bourges, 14 janv. 1862, S. 1862. 2. 282; *J. Pal.*, 1862. 159; D. 1862. 2. 174. — Renouard, I, p. 441 et suiv.; Bédarride, I, n° 335; Laurin, n° 1065; Demangeat sur Bravard, V, p. 112, en note.

d'empêchement reconnues valables par le juge-commissaire (article 475).

499. Bien que l'administration des postes ne doive remettre les lettres qu'aux personnes mêmes auxquelles elles sont adressées, le Code confère aux syndics le droit de se faire remettre les lettres (1) (il en doit être évidemment de même des télégrammes) adressées au failli. Seulement, cela ne saurait s'appliquer aux lettres confidentielles ou de famille. Comme l'administration des postes ne peut distinguer, le failli peut assister à l'ouverture des lettres et se faire remettre celles de la dernière espèce (art. 471, *in fine*).

500. Les syndics ont encore d'autres moyens d'information. Ils peuvent interroger le failli qui donne des explications sur les énonciations de ses livres et le contenu des lettres à lui adressées. Ils peuvent aussi se renseigner auprès de la femme, des enfants, des employés du failli et de toute personne qu'ils croient en état de leur fournir des renseignements. Le juge-commissaire, sur la demande des syndics, est autorisé à ouvrir une enquête, afin d'entendre ces différentes personnes (art. 477, C. com.). Quand un commerçant a été déclaré en faillite après son décès, ou quand le failli vient à décéder après la déclaration de faillite, sa veuve, ses enfants et ses héritiers peuvent se présenter ou se faire représenter pour le suppléer dans la formation du bilan, ainsi que dans toutes les autres opérations de la faillite (art. 478, C. com.).

501. A l'aide de tous ces renseignements, les syndics parviennent à dresser le bilan, comme ils doivent le faire aussitôt après le jugement déclaratif, quand il ne l'a pas été par le failli conformément aux articles 438 et 439. Le bilan ainsi dressé est déposé au greffe du tribunal de commerce (art. 476).

502. A raison du droit de surveillance qui appartient au ministère public sur les faillites, les officiers du ministère public peuvent se transporter au domicile du failli, assister à l'inventaire, prendre communication de tous les actes, livres ou papiers relatifs à la faillite.

(1) V. *Instruction générale sur le service des postes du 20 mars 1868*, articles 833 à 836. — Paul Jacottey, *Manuel de législation et d'exploitation postales*, p. 219.

Afin de faciliter l'exercice de ce droit de surveillance, les syndics doivent, dans les 15 jours de leur nomination ou de leur maintien, dresser un mémoire ou compte sommaire de l'état apparent de la faillite, de ses principales causes ou circonstances et des caractères qu'elle paraît avoir (art. 482, 1er alin.). Le mémoire ainsi dressé est remis au juge-commissaire qui peut le corriger ou en remplir les lacunes et est transmis par lui au procureur de la République (art. 482, 2e alin.).

Les termes généraux de l'art. 482, C. com., semblent impliquer qu'il doit être remis trois mémoires, savoir : le premier dans les quinze jours qui suivent le jugement déclaratif nommant les syndics provisoires, le second dans les quinze jours de la nomination des syndics définitifs et le troisième dans les quinze jours du jugement remplaçant ou maintenant, au début de l'Union, les syndics définitifs (1). Mais ce système engendrerait de bien grandes complications; il est vraisemblable que le législateur n'a entendu exiger qu'un seul mémoire après la constitution première du syndicat définitif (2). Cela ne saurait avoir d'inconvénients; les syndics ont toujours la liberté de présenter des mémoires supplémentaires.

B. — ADMINISTRATION DES BIENS DU FAILLI.

503. *Généralités.* — Tant que les créanciers n'ont pas pris une décision sur le parti à tirer de l'actif de la faillite, on ignore si le failli sera remis à la tête de son commerce par un concordat simple ou si tous ses biens devront être vendus pour le prix en être réparti entre ses créanciers par suite de l'union ou du concordat par abandon d'actif. Aussi en principe, ne peut-il être fait jusque-là aucun acte impliquant une décision des créanciers dans l'un ou dans l'autre sens. Mais il y a cependant un grand nombre d'actes qu'il est nécessaire ou utile de faire dans l'intérêt même des créanciers ou du failli pour empêcher la diminution de l'actif. Le Code détermine quelques-uns de ces actes et il indique si les syndics ont le pouvoir de les faire seuls ou de quelles autorisations ils doivent être pourvus à cet effet.

(1) Bravard et Demangeat, V, p. 330.
(2) Renouard, I, p. 560.

Il sera parlé successivement des *actes conservatoires*, *du recouvrement des créances*, *de l'exercice des actions du failli*, *des transactions*, *des compromis*, *des désistements*, *des acquiescements*, *de la vente des marchandises et effets mobiliers*, *de la continuation du commerce du failli*.

504. *Actes conservatoires.* — Les syndics sont chargés de faire et peuvent faire sans aucune autorisation des actes conservatoires de toute espèce. D'après l'art. 490, 1er alin., *à compter de leur entrée en fonctions, les syndics seront tenus de faire tous actes pour la conservation des droits du failli contre ses débiteurs*. Ils doivent notamment interrompre les prescriptions, pratiquer des saisies-arrêts. Ils sont aussi tenus, en vertu du principe général, de requérir l'inscription des hypothèques sur les immeubles des débiteurs du failli, si elle n'a pas été requise par lui (art. 490, 2e alin.); il y a là une application des art. 1166, C. civ. et 775, C. proc. civ.; les syndics exercent le droit du failli en prenant inscription. Ils doivent enfin inscrire l'hypothèque légale que l'art. 490 accorde à la masse sur les biens du failli (nos 276 et suiv.). L'inscription est prise au nom de la masse des créanciers. Afin de justifier de leur qualité, les syndics doivent joindre à leur bordereau un certificat constatant leur nomination.

Mais le droit de faire des actes conservatoires n'est pas réservé exclusivement aux syndics. S'ils se montrent négligents, les créanciers ou le failli lui-même peuvent faire ces actes. V. nos 226 et 227.

505. *Recouvrement des créances.* — Les syndics peuvent recouvrer non-seulement les effets de commerce qui, dans ce but, sont extraits des scellés ou n'y sont pas placés, mais encore toutes autres créances du failli sur leurs quittances (art. 471, 3e alin., C. com.).

506. *Exercice des actions du failli.* — Le failli étant dessaisi de l'exercice de ses actions, le droit d'agir en justice à quelque titre que ce soit qui lui appartient, passe aux syndics, en tant qu'il s'agit de biens frappés par le dessaisissement (nos 219 et suiv.). Pour introduire un procès, les syndics n'ont besoin d'aucune autorisation, ils agissent sous leur responsabilité. Cette étendue des pouvoirs des syndics quant à l'exercice des actions en justice présente quelques inconvénients. Des syndics se croient obligés, pour mettre leur responsabilité à couvert, d'engager de nombreux procès souvent mal fondés. Cela fait

traîner en longueur la procédure de beaucoup de faillites et est une cause de frais qui diminuent les dividendes des créanciers. Le mal se produit spécialement quand des avoués sont choisis comme syndics. Sans restreindre les pouvoirs des syndics à cet égard, la loi du 4 mars 1889 (art. 10, 2e alin.) exige, quand il y a des contrôleurs, que leur avis soit demandé sur les actions à intenter ou à suivre. Mais les syndics ne sont pas tenus de se conformer à cet avis (1).

Du pouvoir qu'ont les syndics d'agir en justice il faut conclure qu'ils peuvent, sans autorisation, former opposition à un jugement par défaut, interjeter appel, même se pourvoir en cassation. Peuvent-ils aussi transiger, compromettre ou acquiescer à une demande intentée contre eux comme représentants des créanciers? Le Code n'a expressément résolu la question que pour les transactions (art. 487) (2).

507. *Transactions.* — La transaction est un acte grave sortant des limites des actes d'administration; elle implique parfois le sacrifice, dans le but d'éviter un procès, des prétentions les mieux fondées. Aussi, lorsque nos lois permettent à un administrateur de la fortune d'autrui de transiger, elles exigent des formalités multiples (art. 467, C. civ.). Le Code de 1807 n'indiquant pas si les syndics pouvaient transiger, on ne savait quelles formalités leur imposer. Aussi admettait-on que la transaction était impossible pour les syndics. Il y avait là un résultat fâcheux. Il existe souvent dans une faillite des droits litigieux, et il est utile qu'on puisse éviter par des concessions de longs procès qui prolongent la durée des faillites et sont une source de frais énormes. Aussi la loi de 1838 (art. 487) donne aux syndics, même durant la période préparatoire, le pouvoir de faire des transactions. Mais la transaction n'a été permise aux syndics que sous certaines conditions qui varient avec l'importance pécuniaire et la nature mobilière ou immobilière de l'objet de la transaction.

Le principe général est que les syndics ont besoin, pour transiger, d'obtenir l'autorisation du juge-commissaire, le failli dûment ap-

(1) On peut trouver qu'à cet égard, les attributions des contrôleurs sont insuffisantes. Cpr. nº 459.

(2) La loi du 4 mars 1889 (art. 7) s'est occupée spécialement des acquiescements et désistements à faire par un débiteur en état de liquidation judiciaire.

pelé (art. 487, 1er alin.). Mais cette autorisation n'est pas toujours suffisante. Il faut de plus l'homologation de justice, quand l'objet de la transaction est d'une valeur indéterminée ou excède 300 francs (1). L'objet de la transaction est le droit litigieux même et non les sacrifices réciproques faits par les parties. C'est là l'objet du contrat dans le sens de l'art. 1126, C. civ. L'art. 487, C. com., le prouve bien; il vise le cas où l'objet de la transaction est *d'une valeur indéterminée*, et, s'il en est parfois ainsi du droit litigieux, cela ne peut guère se comprendre pour le montant des sacrifices consentis.

Le failli peut s'opposer à l'homologation. En règle générale, le tribunal a le droit de ne pas tenir compte de l'opposition. Mais, s'il s'agit de droits immobiliers, l'opposition du failli suffit pour empêcher la transaction, art. 487, *in fine*. Ainsi, en matière immobilière, une transaction exige, outre l'autorisation du juge-commissaire et l'homologation de justice, le consentement du failli.

Dans tous les cas, lorsqu'il y a des contrôleurs, leur avis doit être demandé. L. 4 mars 1889, art. 7, 2e alin. et art. 20.

508. Ces règles ne sont faites que pour la période préparatoire, durant laquelle les syndics doivent, en principe, conserver les biens du failli pour les lui remettre en cas de concordat simple. Mais, une fois que cette période a pris fin, quand il y a union, par cela même que les biens du failli doivent être réalisés, les pouvoirs des syndics sont plus étendus et les transactions sont soumises à des conditions plus simples, en ce qu'une transaction, quel qu'en soit l'objet, est possible nonobstant toute opposition de la part du failli (art. 535, C. com.).

509. Quel est le tribunal compétent pour homologuer les transactions, quand elles sont soumises à homologation? L'art. 487 fait une distinction : il attribue compétence au tribunal de commerce, lorsque la transaction concerne des droits mobiliers, et déclare le tribunal civil compétent, quand elle est relative à des droits immobiliers. Cette distinction ne doit toutefois pas être prise à la lettre; elle est seulement conforme aux faits les plus ordinaires. Exceptionnellement les

(1) Le chiffre de 300 francs est fort peu élevé avec la diminution de la valeur de l'argent. Aussi, en matière de liquidation judiciaire, la loi du 4 mars 1889 (art. 7, 2e alin.) distingue selon que l'objet de la transaction excède ou non 1.500 francs.

tribunaux de commerce peuvent connaître de procès relatifs à des droits immobiliers, comme, par exemple, quand il s'agit de faire annuler une vente ou une donation d'immeubles, en vertu des art. 446 et suiv. V. n° 468; ce serait alors au tribunal de commerce qu'il appartiendrait d'homologuer la transaction (1). A l'inverse, une contestation relative à des droits mobiliers, dans laquelle un failli est intéressé, peut être de la compétence du tribunal civil, c'est ce qui a lieu notamment quand elle concerne une succession mobilière échue au failli ; c'est au tribunal civil qu'alors l'homologation devrait être demandée. Mais la distinction faite, au moins en principe, par l'article 487, C. com., entre les transactions relatives à des droits mobiliers et les transactions relatives à des droits immobiliers, paraît bien impliquer que le législateur a entendu exclure les immeubles du domaine des opérations commerciales (2).

510. Les dispositions de l'art. 487, C. com., relatives aux conditions sous lesquelles les syndics ont le pouvoir, avant que la faillite ait reçu une solution, de conclure des transactions, doivent être critiquées à plusieurs points de vue.

D'abord, dans une faillite, il y a un tel lien entre les différentes opérations qu'il importerait de conférer au tribunal de commerce le droit d'homologuer toutes les transactions, même celles qui ont un objet immobilier. Ce tribunal est seul à même d'apprécier quel intérêt il y a pour la masse des créanciers à faire des sacrifices destinés à empêcher un procès ou à y mettre fin. Puis, il est exorbitant de reconnaître au failli le droit de mettre obstacle par son opposition à des transactions portant sur des droits immobiliers. Il peut par là aggraver les pertes éprouvées par ses créanciers, en s'opposant à un acte qui leur serait avantageux. Du reste, la distinction entre les transactions relatives à des droits mobiliers et les transactions relatives à des droits immobiliers ne se comprend plus avec le développement des fortunes mobilières. Avec elle, le failli ne peut pas s'opposer aux transactions mobilières parfois d'une valeur considérable, tandis qu'il peut faire opposition aux transactions portant sur un objet immobilier de la valeur la plus minime. On devrait refuser au failli le droit

(1) Cass. 13 Déc. 1865, S. 1867. 1. 65; *J. Pal.* 1867. 139; D. 1866. 1. 146.
(2) *Traité de Droit commercial*, I, n° 109.

d'empêcher les transactions quelconques (1); car l'intérêt des créanciers doit, en matière de faillite, être avant tout pris en considération.

511. Les règles de l'art. 487, C. com., et les principes admis sur la capacité et les pouvoirs nécessaires à une personne pour qu'elle défère le serment décisoire ou qu'il lui soit déféré, conduisent à des conséquences pratiques importantes.

La délation du serment constitue une proposition de renonciation conditionnelle à la demande ou à l'exception de la part de celui qui le défère, c'est-à-dire une sorte de transaction. Aussi, le serment ne peut, dans une instance, être déféré par celui qui n'a pas la capacité ou le pouvoir de transiger. Par suite, les syndics ne peuvent déférer le serment qu'en remplissant les formalités prescrites par l'art. 487, C. com. (2).

A l'inverse, le serment devant porter sur des faits personnels à celui à qui il est déféré, la délation n'en est pas possible à celui qui représente en justice l'une des parties. Par suite, la délation du serment décisoire ne peut être faite à un syndic (3).

512. Des règles analogues régissent l'aveu. Sans doute l'aveu ne crée pas d'obligations, mais il rend plus mauvaise la situation de celui qui l'a fait, en le contraignant à démontrer la fausseté du fait avoué, s'il veut se soustraire aux conséquences de son aveu. Aussi admet-on que celui qui n'a pas la capacité ou le pouvoir de disposer de l'objet sur lequel porte une contestation, ne peut pas faire, quant à cet objet, d'aveu qui le lie (4). Par suite, un syndic ne peut faire un aveu opposable à la masse; le failli n'a pas non plus la capacité de faire un aveu ayant cet effet (5). Il résulte de là que l'interrogatoire sur faits et articles ne peut être ordonné à l'égard d'un syndic ou d'un failli; car cette procédure a pour but principal de provoquer des aveux probants (6).

(1) Les modifications de l'art. 487, C. com., indiquées au texte étaient faites par le projet de 1883. V. Cauvet, *Rapport de la Cour de Montpellier*, p. 60 et suiv. V. aussi note 1 de la page 414.

(2) Rennes, 29 mai 1858, S. 1858. 2. 216. — Aubry et Rau, VIII, § 753, p. 184; Laurin, nº 1079.

(3) Aubry et Rau, IV, § 753, p. 185 et 186.

(4) Pothier, *Traité des obligations*, nº 914; Aubry et Rau, IV, § 751, p. 170.

(5-6) Trib. civ. Epernay, Paris, 22 janv. 1883, *Journ. des faillites*, 1883, p. 117.

512 *bis*. L'impossibilité de déférer le serment à un syndic et l'inadmissibilité d'un aveu de sa part de nature à nuire à la masse, ont fait naître une grande difficulté pour les prescriptions libératoires qui peuvent être écartées par le refus de prêter serment ou par l'aveu (1) de celui qui s'en prévaut, spécialement pour la prescription de cinq ans admise par l'art. 189, C. com., en matière de lettres de change et de billets à ordre. Le serment ne peut être déféré au syndic de la faillite de l'un des signataires ni au failli, fût-il appelé en cause. On a cru pouvoir en conclure que cela doit faire exclure la prescription de cinq ans pour la faire remplacer par la prescription trentenaire (2). Il n'est pas possible d'aller jusque-là. Une pareille solution nuirait à la masse de la faillite et prolongerait, contrairement à l'esprit de nos lois, beaucoup la durée des actions nées des effets de commerce. La prescription de cinq ans est applicable en pareil cas; seulement le palliatif que la loi y apporte par la faculté de déférer le serment à celui qui l'oppose se trouve écarté (3).

513. *Compromis*. — Le compromis par lequel les parties s'en remettent à des arbitres pour le jugement de leur différend, est plus grave encore que la transaction. On ne peut compromettre que sur les droits dont on a la libre disposition (art. 1003, C. proc. civ.). Les syndics ne peuvent donc pas conclure un compromis. Mais il n'y pas de raison pour leur refuser le droit d'exécuter un compromis valablement conclu avant la faillite par le failli, en choisissant des arbitres (4).

514. *Désistement. Acquiescement*. — Aucune disposition du Code de commerce ne parle de ces actes. Aussi est-on en désaccord sur les conditions exigées pour que le syndic les fasse valablement. Il a été soutenu qu'un syndic peut, sans avoir besoin d'aucune autorisation, se désister ou acquiescer (5). Il serait singulier, a-t-on dit en ce sens, qu'un syndic ne pût pas abandonner une prétention qu'il

(1) L'aveu de la dette équivaut, par un *a fortiori*, au refus par le débiteur de prêter le serment, *Traité de Droit commercial*, IV, n° 455.

(2) Trib. comm. Seine, 23 mars 1889, *Le Droit*, n° des 8-9 avr. 1889.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, IV, n° 451.

(4) Paris, 11 fév. 1873, S. 1873. 1. 369. V. *en sens contraire*, Trib. comm. Seine, 8 avr. 1885, *Journ. des faillites*, 1886, p. 509.

(5) C'est là l'opinion que nous avions adoptée. V. *Précis de Droit commercial*, II, n° 2848.

croit mal fondée et nuisible à la masse ou reconnaître la justesse d'une prétention soulevée contre la faillite. A défaut de texte spécial, les syndics doivent jouir du pouvoir le plus étendu à cet égard.

Cette opinion n'a pas prévalu. Il ne s'agit point de savoir si l'acquiescement ou le désistement est possible dans les procès intentés par un syndic ou contre un syndic, mais, ce qui est bien différent, de déterminer à quelles conditions l'acquiescement ou le désistement peut avoir lieu, si le syndic a des pouvoirs assez étendus pour faire seul un de ces actes. Or, on ne peut nier que ce sont là des actes très graves qui cachent parfois de véritables aliénations et qu'ils ont avec la transaction une certaine analogie. Ce sont là les considérations qui font soumettre l'acquiescement et le désistement aux mêmes conditions que les transactions (1). Mais cela ne s'applique au désistement qu'autant qu'il porte sur le droit lui-même. Le désistement d'instance qui met fin à l'instance (art. 402 et 403, C. proc. civ.), peut être fait par un syndic sans aucune autorisation. Il y a là une conséquence du droit pour le syndic d'agir en justice (2).

En cas de liquidation judiciaire, la loi du 4 mars 1889 (art. 7) n'admet pas cette assimilation. Elle exige l'homologation du tribunal pour les transactions quand la valeur du litige excède quinze cents francs et se contente toujours de l'autorisation du juge-commissaire donnée au débiteur assisté du liquidateur pour les actes de désistement et d'acquiescement.

515. *Ventes d'effets mobiliers et de marchandises.* — Dans la période préparatoire ou d'information, les syndics ne peuvent pas, en principe, vendre les biens du failli. Ils doivent les conserver en prévision d'un concordat. Toutefois des restrictions ont dû être apportées à cette règle dans l'intérêt de la masse des créanciers et du failli lui-même en ce qui concerne les meubles.

Les syndics peuvent vendre : 1° les objets sujets à dépérissement ou à dépréciation imminente ou dispendieux à conserver (art. 470). C'est même pour en rendre la vente possible, que le juge-commis-

(1) Cass. 29 fév. 1885, *Journ. des faillites*, 1885, p. 145; S. 1886. 1. 150; *J. Pal.*, 1886. 1. 362; D. 1885. 1. 284.

(2) V. l'arrêt cité à la note précédente; il distingue les deux sortes de désistement. V. aussi Bordeaux, 30 mars 1853, D. 1854. 2. 110.

saire peut, sur la demande des syndics, dispenser les syndics de faire placer ces objets sous les scellés ou les autoriser à les en faire extraire (art. 469 2°). V. n° 493. — 2° Les autres objets, s'il devient indispensable de les vendre pour se procurer les fonds nécessaires aux opérations de la faillite (art. 486, 1er alin.).

516. Les syndics ne peuvent procéder à ces ventes qu'après avoir obtenu l'autorisation du juge-commissaire et qu'après que le failli a été entendu ou appelé (art. 486, 1er alin., C. com.). La vente de biens du failli avant que la solution de la faillite ait été déterminée, a, en effet, un caractère exceptionnel.

Le syndic peut sans doute demander aussi l'avis des créanciers ou des contrôleurs nommés par eux, avant de procéder à une vente de meubles, mais cet avis n'étant pas obligatoire ne le lie pas (1).

D'après l'art. 583 3°, C. com., toute voie de recours est exclue contre les jugements qui autorisent la vente d'effets mobiliers ou marchandises appartenant à la faillite. Il ne faut pas induire de cette disposition qu'un jugement du tribunal est nécessaire pour autoriser ces ventes. L'art. 583 3° suppose qu'une partie intéressée a formé opposition devant le tribunal de commerce contre l'ordonnance du juge-commissaire autorisant une vente et qu'alors le tribunal a rendu un jugement. C'est contre ce jugement qu'il n'y a pas de voie de recours possible.

517. Les ventes faites sans l'observation des conditions indiquées dans l'art. 486 seraient nulles, à moins pourtant qu'il n'y ait eu péril en la demeure et impossibilité d'obtenir assez promptement l'autorisation du juge-commissaire. Du reste, cette nullité n'empêcherait évidemment pas les tiers acquéreurs de bonne foi de se prévaloir du bénéfice de l'art. 2279, C. civ., s'il s'agit d'objets mobiliers auxquels l'art. 2279 est applicable.

La sanction de la nullité résulte ici des principes généraux du droit d'après lesquels un acte fait par un mandataire en dehors de ses pouvoirs est nul. Aussi doit-on repousser l'opinion de quelques auteurs selon laquelle la vente, opérée même sans l'observation des conditions de l'art. 486, serait valable, mais pourrait donner lieu seulement à la responsabilité du syndic (2).

(1) Trib. comm. Seine, 15 juill. 1896, *La Loi*, n° du 10 nov. 1896.
(2) Laurin, n° 1072; Dict. de Couder, v° *Faillite*, n° 544.

518. La vente peut porter sur des choses mobilières incorporelles comme sur des meubles corporels. Les expressions de l'art. 486, *effets mobiliers*, ont un sens très compréhensif (art. 535, C. civ.). Du reste, le patrimoine du failli se composant aujourd'hui parfois en grande partie de valeurs mobilières, on ne pourrait pas, en beaucoup de cas, se procurer les fonds nécessaires aux opérations de la faillite si ces valeurs qui sont des choses incorporelles, ne pouvaient pas être vendues.

519. En autorisant la vente, le juge-commissaire détermine, selon la nature des objets et d'après les circonstances, si la vente doit avoir lieu à l'amiable ou aux enchères publiques. Dans ce dernier cas, le juge-commissaire indique par quelle classe d'officiers publics il sera procédé à la vente; d'après l'art. 486, le juge-commissaire décide *si la vente se fera par l'entremise de courtiers ou de tous autres officiers publics préposés à cet effet* (1). Ces autres officiers publics sont, soit des courtiers, soit des commissaires-priseurs, soit des notaires, soit des huissiers, soit des greffiers de justice de paix, soit des agents de change. Les syndics choisissent, sous leur responsabilité, dans la classe de personnes indiquée par le juge-commissaire celles dont ils veulent employer le ministère (art. 486, dern. alin.) (2).

Des difficultés diverses s'élèvent au sujet des limites à apporter à la liberté du juge-commissaire de choisir la personne qui procédera à la vente; la combinaison entre la disposition de l'art. 486, 1er alin., et les règles générales concernant les personnes chargées de procéder aux ventes publiques de meubles aux enchères est loin d'être toujours aisée.

La loi du 25 juin 1841 (art. 4) a restreint la liberté du choix laissé au juge-commissaire, en disposant que le *mobilier* du failli ne peut

(1) L'art. 486 a été rédigé sous l'empire d'une législation d'après laquelle les courtiers de marchandises étaient des officiers publics jouissant comme tels d'un monopole.

(2) On s'est plaint de ce que souvent le choix des syndics porte sur les mêmes officiers publics. Pour remédier à cet égard au mal, il a été proposé de confier à la chambre de discipline de chaque classe d'officiers publics le soin de désigner, à tour de rôle, dans la classe déterminée par le syndic, celui dont le ministère devra être employé. V. proposition de loi de M. Emile Ferry modifiant l'art. 486, C. com., déposée à la Chambre des députés le 13 juin 1892. Rapport sommaire du 8 nov. 1892. Cette proposition de loi n'est pas venue en discussion.

être vendu aux enchères que par des commissaires-priseurs, notaires, huissiers ou greffiers de justice de paix.

Le droit de concurrence des courtiers de marchandises n'existe donc que pour les *marchandises* du failli proprement dites. Depuis la loi du 18 juillet 1866 (art. 4, 2e alin.), les courtiers inscrits seuls peuvent être désignés, à l'exclusion des autres courtiers, pour procéder aux ventes aux enchères pour lesquelles les lois reconnaissent la compétence des courtiers.

En règle générale, les lois établissent entre les différentes personnes préposées aux ventes mobilières un ordre de préférence auquel les tribunaux mêmes ne peuvent pas déroger. Voici quelles sont les règles du droit commun. Les courtiers ne peuvent procéder qu'aux ventes volontaires en gros des marchandises énumérées dans le tableau annexé à la loi du 28 mai 1858 et dans les lois ou décrets qui ont augmenté le nombre de celles-ci (1). Pour les ventes en détail et aux enchères de marchandises neuves, dans les cas où elles sont autorisées par la loi, elles doivent être faites, conformément aux règles consacrées par la loi du 27 ventôse an IX, exclusivement par les commissaires-priseurs dans tous les lieux où ils sont établis et en concurrence avec les huissiers, notaires et greffiers de justice de paix, dans les autres lieux de la circonscription des commissaires-priseurs.

Ces règles s'appliquent-elles en cas de vente en détail de meubles *après faillite?* Si l'affirmative est admise, deux conséquences en résultent : 1° les commissaires-priseurs ont le droit de préférence que leur confère la loi de ventôse an IX; 2° les courtiers ne peuvent pas être désignés pour procéder à des ventes de marchandises *en détail.* Ainsi, le pouvoir de libre choix qui semble conféré au juge commissaire par l'art. 486, C. com., serait assez notablement limité à ces deux points de vue.

Il a été soutenu, en s'appuyant sur les termes généraux de l'article 486, que le juge-commissaire a la plus entière liberté. Mais cette solution absolue ne paraît pas concorder avec l'historique de la législation en cette matière. Selon nous, il y a lieu d'admettre : 1° qu'à défaut de courtiers, le juge-commissaire est tenu d'observer les règles générales sur les attributions des officiers publics chargés

(1) V. *Traité de Droit commercial,* III, nos 222 et suiv.

des ventes aux enchères (1); 2° que les courtiers peuvent être désignés même pour procéder à des ventes en détail de marchandises neuves (2).

1° Rien n'indique que le législateur, en écrivant l'art. 486, ait entendu conférer au juge-commissaire un pouvoir discrétionnaire excluant l'observation nécessaire des règles habituelles sur les attributions respectives des officiers publics chargés de procéder aux ventes de meubles. Il doit, quand il écarte les courtiers, choisir un commissaire-priseur de préférence à tous autres. Ces règles sont confirmées par des lois postérieures aux lois fondamentales du 27 ventôse an IX et du décret du 14 juin 1813 (art. 38). La loi du 25 juin 1841 charge spécialement les courtiers de commerce des ventes publiques aux enchères de marchandises en gros autorisées ou ordonnées par justice, mais, dans l'art. 10, cette loi rappelle qu'à défaut de courtiers, les commissaires-priseurs, les notaires, huissiers et greffiers de justice de paix, procèdent à ces mêmes ventes, selon les droits qui leur sont respectivement attribués par les lois et règlements. De même, la loi du 7 juillet 1861 charge spécialement aussi les courtiers de commerce de procéder aux ventes publiques et aux enchères de marchandises en gros qu'elle a eu pour but de faciliter; mais elle décide (art. 2) qu'il appartient toujours au tribunal ou au juge qui ordonne ou autorise la vente, de désigner une autre classe d'officiers publics. Cette disposition, qui s'applique à toutes les ventes de meubles autorisées ou ordonnées par justice, est conçue dans des termes identiques à ceux de l'art. 486 et il ne paraît pas douteux que, dans le cas où les courtiers de commerce sont écartés, les règles ordinaires relatives aux droits des officiers publics, spécialement à la pré-

(1) Cass. 23 nov. 1886, *Journ. des faillites*, 1887, p. 241; D. 1887. 1. 373. Cet arrêt reconnait qu'il a été justement décidé que des huissiers n'avaient pu régulièrement procéder à des ventes publiques de marchandises en gros dans le lieu où un commissaire-priseur avait son établissement et que, par suite, ils devaient indemniser celui-ci du préjudice qu'ils lui avaient causé.

(2) Cass. 8 mai 1889, *Journ. des faillites*, 1890, p. 313; D. 1890. 1. 393; S. 1889. 1. 329; *J. Pal.*, 1889. 1. 788. Cet arrêt casse un arrêt de la Cour de Douai du 9 nov. 1887 (*Journ. des faillites*, 1888, p. 77). Amiens, 1er mai 1890, *Journ. des faillites*, 1890, p. 429; Trib. civ. Seine, 23 nov. 1892, *Journ. des faillites*, 1892, p. 510; *Le Droit*, n° du 24 nov. 1892; Cass. 10 mars 1896, *Journ. des faillites*, 1896, p. 242.

férence reconnue aux commissaires-priseurs, doivent être observées.

2° L'art. 486 ne fait aucune distinction entre les ventes en gros et les ventes en détail dans la disposition par laquelle il reconnaît au juge-commissaire le pouvoir de désigner un courtier pour procéder aux ventes. Il faut donc reconnaître qu'en cas de faillite, un courtier de commerce peut être désigné pour procéder à une vente de marchandises même en détail. La loi du 25 juin 1841 (art. 2 et 4) confirme cette manière de voir en se référant, à propos des ventes de marchandises en détail, à l'art. 486, C. com., qui fait mention des courtiers. Les lois du 18 mai 1858, du 3 juillet et du 18 juillet 1866 qui se sont occupées des ventes aux enchères et en gros, confèrent aux courtiers de commerce le pouvoir d'y procéder ; mais aucune de leurs dispositions n'implique que les auteurs de ces lois aient entendu refuser aux courtiers le droit de faire des ventes en détail même dans le cas de l'art. 486, C. com.

520. *Ventes d'immeubles.* — Le Code de commerce n'a nullement prévu la vente d'immeubles du failli opérée avant l'union ou le concordat par abandon, durant la période préparatoire qui précède la décision des créanciers relative à la solution de la faillite. Aussi de nombreuses difficultés se sont élevées à l'occasion de ces ventes. Sont-elles même possibles durant la période préparatoire? Si elles sont possibles, qui doit les autoriser? En quelles formes ont-elles lieu? Produisent-elles, au point de vue de la purge des hypothèques, les mêmes effets que les ventes d'immeubles après union ou après concordat par abandon d'actif?

On a été jusqu'à nier la possibilité de vendre des immeubles du failli tant que la solution de la faillite, union ou concordat par abandon d'actif, n'implique pas qu'ils doivent être vendus (1). Mais cette opinion ne pouvait prévaloir. Le silence de la loi sur certains actes n'implique pas que le syndic ne peut point les faire. Puis on comprend qu'il soit nécessaire de vendre des immeubles pour se procurer des fonds indispensables à la marche des opérations de la faillite et il n'y a vraiment pas de raison pour admettre qu'il y ait un obstacle insurmontable à ce qu'on ait recours à ce moyen (2).

(1) Douai, 28 mai 1857, D. 1857. 2. 166; Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 487.
(2) Cass. 13 janv. 1869, D. 1871. 5. 191-192; S. 1869. 1. 152.

Mais il faut tenir compte à la fois de ce que la vente d'un immeuble est, aux yeux du législateur, un acte grave, et de ce que la gravité en est augmentée encore par la circonstance qu'elle a lieu à un moment où il n'a pas été pris par les créanciers de décision sur le sort du patrimoine du failli. Ces considérations doivent empêcher d'admettre que l'autorisation du juge-commissaire, suffisante, soit pour la vente des meubles avant union (art. 486, C. com.), soit pour la vente des immeubles après union (art. 572, C. com.), suffise pour la vente d'immeubles avant union. Il y a lieu d'exiger les garanties prescrites pour les actes les plus graves. Il faut donc que les ventes d'immeubles soient autorisées par le tribunal de commerce (1). On a même été jusqu'à admettre la nécessité du consentement du failli (2). Il est vrai que cette condition est exigée pour la conclusion avant union d'une transaction ayant pour objet des biens immobiliers (art. 487, C. com.). Mais il y a là une condition exorbitante et très critiquable (n° 510) qui ne peut pas être étendue par voie d'analogie de la transaction à d'autres actes, surtout quand l'acte dont il s'agit a, comme la vente, si peu de ressemblance avec la transaction.

Il n'est pas douteux que la vente d'immeuble faite avant l'union doit avoir lieu dans les mêmes formes que la vente d'immeuble après union (art. 573, C. com.), c'est-à-dire dans les formes des ventes d'immeubles des mineurs. Ce sont les formes qui offrent la plus sérieuse garantie pour les intéressés.

Pour le cas où un immeuble du failli est vendu après l'union, le Code de commerce (art. 573) organise au profit de toute personne une surenchère spéciale d'un dixième qui doit être faite dans la quinzaine de l'adjudication. Cette surenchère exclut certainement celle du sixième admise, en principe, après les adjudications aux enchères (art. 708, C. proc. civ.). — Une question très discutée s'élève sur le point de savoir si l'adjudication d'un immeuble du failli après union entraîne par elle-même la purge à l'égard des créanciers hypothécaires et privilégiés comme l'adjudication sur saisie ou s'il n'est pas, au contraire, nécessaire, pour arriver à la purge, d'observer les

(1-2) Trib. civ. Bar-sur-Seine, 7 janv. 1885, *Journ. des faillites*, 1885, p. 96; Cass. 29 juill. 1890, *Journ. des faillites*, 1890, p. 481; S. 1890. 1. 448; *J. Pal.*, 1890. 1. 1083; D. 1891. 1. 165.

formalités des art. 2181 et suiv., C. civ. C'est, comme cela sera dit plus loin, en faveur de la purge opérée de plein droit qu'on doit se prononcer et que se prononce la jurisprudence.

Ces dispositions concernant les ventes d'immeubles après union ont fait naître plusieurs questions relatives à l'adjudication des immeubles opérée avant union :

1° La surenchère du dixième de l'art. 573, C. proc., est-elle applicable à cette adjudication ?

2° L'adjudication avant union vaut-elle purge de plein droit comme l'adjudication après union?

Il peut paraître simple d'appliquer à l'adjudication avant union les règles de l'art. 573, C. com. Peut-être le législateur aurait-il consacré expressément ce système s'il avait pensé à la question. Mais, dans le silence de la loi, ce système ne paraît pas admissible. D'abord, comme la loi ne s'est pas prononcée sur la surenchère admise à la suite d'une adjudication avant union, il faut en revenir au droit commun, et celui-ci se trouve dans l'art. 708, C. proc. civ., c'est-à-dire que la surenchère du sixième dans la huitaine est seule possible à l'exclusion de la surenchère du dixième dans la quinzaine permise par l'art. 573, C. com. (1). Puis, quant à la purge de plein droit opérée à l'égard des créanciers hypothécaires et privilégiés, elle est tout à fait exceptionnelle. En règle générale, la purge n'est opérée qu'à la suite des formalités des art. 2181 et suiv., C. civ. C'est à ces formalités qu'il faut en revenir quand la loi ne les a pas exclues (2). Du reste, si l'on exige pour la vente des immeubles avant union le consentement du failli, cette vente a le caractère d'une vente volontaire et ce sont les ventes forcées seules qui, dans le système de nos lois, entraînent la purge de plein droit.

521. *Continuation du commerce du failli.* — Les syndics peuvent, sous la seule autorisation du juge-commissaire, continuer l'ex-

(1) Cass. 29 juill. 1890, *Journ. des faillites*, 1890, p. 481; S. 1890. 1. 448; *J. Pal.*, 1890. 1. 1083; D. 1891. 1. 165; Orléans, 24 déc. 1890, *Journ. des faillites*, 1891, p. 76; S. 1891. 2. 232; *J. Pal.*, 1891. 1. 213. V. *en sens contraire*, Paris, 10 fév. 1886, *Journ. des faillites*, 1886, p. 265. Amiens, 3 fév. 1887, *Journ. des faillites*, 1887, p. 467; Paris, 28 janv. 1890, *Journ. des faillites*, 1890, p. 121; S. 1890. 2. 152; *J. Pal.*, 1890. 2. 853 (arrêt cassé).

(2) Cass. 4 juin 1889, *Journ. des faillites*, 1889, p. 319.

ploitation du commerce du failli (art. 470). Cette mesure est parfois très utile pour le failli et pour la masse des créanciers. La cessation brusque du commerce, en laissant la clientèle se disperser, pourrait rendre le concordat sans avantage pour le failli ou diminuer le gage des créanciers dans le cas où, après l'union, il est procédé à la vente du fonds de commerce (1).

522. Les syndics, autorisés à continuer l'exploitation du fonds de commerce du failli, peuvent non seulement achever les opérations commencées, mais encore en entreprendre de nouvelles. Ils peuvent notamment acheter et vendre des marchandises sans avoir besoin d'une autorisation spéciale pour chaque achat ou pour chaque vente. Autrement l'exploitation serait entravée. Mais les syndics doivent, en général, se borner aux actes indispensables.

C'est pour rendre possible la continuation du commerce du failli que la loi (art. 469 3°, C. com.) admet la possibilité pour le juge-commissaire, sur la demande des syndics, de les dispenser de faire placer sous les scellés ou de les autoriser à en faire extraire les objets servant à l'exploitation du fonds de commerce, lorsque cette exploitation ne pourrait être interrompue sans préjudice pour les créanciers. V. n° 491.

523. Il faut remarquer qu'ici, comme pour toutes les opérations à faire durant la période préparatoire, les créanciers n'ont pas à donner leur consentement. Il en résulte qu'ils ne peuvent pas être tenus personnellement à raison des engagements pris par les syndics (2). Il en est autrement après la mise des créanciers en état d'union, quand ils donnent mandat aux syndics de continuer l'exploitation (art. 532 et 533, C. com.).

524. *Secours alimentaires à accorder au failli.* — A part la question relative au sauf-conduit provisoire à accorder au failli (n° 485), une question importante concernant sa personne se pose dès la période préparatoire. En dessaisissant le failli de l'administra-

(1) En matière de liquidation judiciaire, la loi du 4 mars 1889 (art. 6, alin. 2) dispose que le *débiteur peut aussi, avec l'assistance des liquidateurs et l'autorisation du juge-commissaire, continuer l'exploitation de son commerce ou de son industrie.*

(2) V. sur les droits des créanciers qui ont contracté avec le syndic, n° 559.

tion de ses biens, le jugement déclaratif le prive, en général, de ses moyens d'existence. Il est juste que des secours lui soient accordés sur l'actif de la faillite pour lui et pour sa famille. Le montant de ces secours alimentaires réclamés par le failli est fixé par le juge-commissaire sur la proposition des syndics. La décision du juge-commissaire est susceptible d'appel (art. 474). L'appel est formé par les syndics contre le failli ou par le failli lui-même ; il s'agit là d'un droit attaché à la personne que le dessaisissement n'enlève pas au failli. L'opposition n'est pas possible ; car le juge-commissaire ne statue jamais qu'après avoir entendu le failli et les syndics.

Ces secours sont dus au failli, non seulement quand il est en liberté, mais même quand il est incarcéré, que ce soit à la diligence des syndics ou du ministère public.

Les secours ainsi accordés au failli sont provisoires, en ce sens qu'ils ne sont admis que jusqu'à l'union. Après l'union, le failli peut obtenir un secours définitif. Ce secours a un tout autre caractère que ceux qui sont accordés pendant la période préparatoire, et la concession en est subordonnée à des conditions différentes. V. art. 530, C. com.

525. *Sommes touchées par les syndics.* — Par suite des différentes opérations faites par les syndics, spécialement des recouvrements de créances et des ventes, des sommes parfois assez importantes peuvent parvenir entre leurs mains. Il importe que ces fonds ne soient pas détournés et qu'ils ne restent pas improductifs. Le Code de 1807 ne prenait pas à cet égard des mesures suffisantes. D'après les anciens art. 496 et 497, les deniers provenant des ventes et recouvrements devaient être versés dans une caisse à double serrure. Une des clefs devait être remise au plus âgé des agents ou syndics et l'autre à celui des créanciers que le juge-commissaire préposait à cet effet. Toutes les semaines, le bordereau de situation de la caisse de la faillite devait être remis au juge-commissaire qui pouvait, sur la demande des syndics et à raison des circonstances, ordonner le versement de tout ou partie des fonds à la caisse d'amortissement. L'expérience avait démontré que ces précautions étaient vaines : la serrure à deux clefs n'existait pas la plupart du temps et les fonds demeuraient entre les mains des syndics qui les appliquaient facile-

ment à leurs affaires personnelles. Aussi, en 1838, ces règles ont été mises de côté.

D'après l'art. 489 (L. de 1838), les sommes provenant de recouvrements ou de ventes doivent, en principe, être versées à la Caisse des dépôts et consignations. Ces sommes, comme toutes celles qui sont déposées à cette Caisse, sont productives d'intérêts à 3 0/0 60 jours après le dépôt (ordonnance du 3 juillet 1816, art. 14).

Toutefois le juge-commissaire peut dispenser de verser à la Caisse des dépôts et consignations les sommes qu'il arbitre pour subvenir aux frais et dépenses qu'entraînent les opérations de la faillite. A cet égard, des autorisations spéciales du juge-commissaire sont seules admises; une autorisation générale de ne pas consigner serait sans valeur (1). Le vœu du législateur est même que les autorisations spéciales portent sur des sommes aussi peu importantes que possible.

C'est notamment pour assurer l'exacte observation de l'art. 489 quant aux versements à faire à la Caisse des dépôts et consignations qu'un décret du 25 mars 1880 a ordonné qu'il fût tenu dans les greffes un registre sur lequel doivent être inscrits, pour chaque faillite, tous les actes relatifs à la gestion des syndics : recettes, dépenses, versements à la Caisse des dépôts et consignations (n° 488) (2).

Dans les trois jours des recettes, il doit être justifié au juge-commissaire des versements faits à la Caisse des consignations. En cas de retard, les syndics doivent les intérêts des sommes qu'ils n'ont pas versées. Ces intérêts moratoires courent de plein droit et sont, d'après le taux légal, de 5 0/0, et non pas seulement ceux de 3 0/0 qu'aurait payés la Caisse des dépôts et consignations. Du reste, il va de soi que le dépôt n'est pas une condition de la validité des paie-

(1) Douai, 18 mai 1868, S. 1868. 2. 211; *J. Pal.*, 1868. 832; D. 1868. 2. 107.

(2) Le décret du 25 mars 1880 n'est pas toujours bien observé. Le registre est tenu souvent avec irrégularité et les deniers disponibles ne sont pas versés à la Caisse des dépôts et consignations. Une circulaire du Ministre de la justice en date du 3 nov. 1891 (*Journ. des faillites*, 1891, p. 522) a signalé le mal et prescrit, pour y remédier, aux procureurs généraux de faire communiquer aux préposés de la Caisse des dépôts et consignations, dans les divers arrondissements, les états trimestriels de la situation des faillites qui doivent être transmis par les greffiers au procureur général, afin que ces préposés les renvoient avec les annotations que pourrait motiver la comparaison de ces états avec leurs propres registres.

ments faits par les tiers aux syndics ; les tiers n'ont pas à cet égard de surveillance à exercer (1) (2).

526. *Avances faites par le Trésor public.* — Le jugement déclaratif de faillite et les diverses mesures ou formalités qui le suivent donnent lieu à des frais. Il faut en faire pour signifier le jugement déclaratif, pour l'afficher et l'insérer dans les journaux, pour apposer les scellés, pour arrêter et incarcérer le failli. Sous l'empire du Code de 1807, il arrivait souvent que, faute d'argent, ces mesures ne pouvaient pas être exécutées. Le failli demeurait impuni et le gage des créanciers était dilapidé (3). Les créanciers ne consentaient pas à faire des avances et les syndics, qui ne sont que des mandataires, ne pouvaient être contraints d'en faire. Comme il s'agit de mesures et de formalités qui intéressent le commerce en général, on a mis, en 1838, les avances à la charge du Trésor public (art. 461) (4). La nécessité des avances est constatée par des ordonnances du juge-commissaire. Le Trésor public est remboursé de ses avances par privilège sur les premiers recouvrements, sans préjudice du privilège du bail-

(1) Caen, 26 juill. 1867, S. 1868. 2. 303; *J. Pal.*, 1868. 1135; D. 1868. 2. 149. Cet arrêt tire de la règle posée au texte cette conséquence que, pour que le conservateur des hypothèques soit tenu d'opérer la radiation d'une inscription prise au profit du failli, il suffit de la mainlevée donnée par le syndic; le conservateur ne peut exiger de plus la preuve que le syndic a opéré la consignation des sommes touchées dans les termes de l'art. 489, C. com.

(2) Droit étranger. — Au sujet des règles relatives aux sommes disponibles, il y a quelques divergences entre les législations. Dans plusieurs pays on admet, comme en France, l'obligation du dépôt dans une caisse déterminée; il en est ainsi d'après la loi *belge* (art. 479), les Codes de commerce *espagnol* (art. 1096) et *italien* (art. 753). D'après la loi *autrichienne* (art. 139), c'est au comité des créanciers et, avant qu'il soit nommé, au juge-commissaire, à décider où les sommes disponibles seront déposées. La loi *allemande* (art. 120) confie le même pouvoir à l'assemblée des créanciers. En *Angleterre*, c'est à la Banque d'Angleterre que le dépôt doit avoir lieu pour toutes les sommes dépassant 50 livres sterling. Le *Board of Trade*, qui a un droit de contrôle sur les faillites, est crédité des sommes ainsi déposées à la Banque qui lui ouvre un compte appelé *Bankruptcy Estates Account* (Compte des faillites). V. *Bankruptcy Act*, 1883, art. 74 à 76. V. *Loi anglaise sur la faillite de 1883*, traduite et annotée par Ch. Lyon-Caen, p. 71 et suiv.

(3) V. Renouard, I, p. 432 et suiv.

(4) Droit étranger. — La loi *belge* de 1851 ne contenait aucune disposition analogue à celle de l'art. 461 de notre Code de commerce. Cette lacune a été comblée par une loi du 26 déc. 1882 sur *la procédure gratuite en matière de faillite* (*Annuaire de législation étrangère*, 1883, p. 756 et suiv.). Cette loi admet, en matière de faillite, une sorte d'assistance judiciaire.

leur (art. 461, C. com.). Il y a là un privilège analogue au privilège des frais de justice de l'art. 2101 1°, C. civ.; il prime tous les créanciers qui ont profité de l'avance du Trésor (1).

Il n'est pourvu ainsi qu'aux premiers frais à faire après le jugement déclaratif. Aussi, comme les créanciers d'une faillite ne peuvent obtenir le bénéfice de l'assistance judiciaire, il arrive, malgré l'art. 461, C. com., que les fonds manquent pour continuer les opérations commencées. Alors peut intervenir un jugement de clôture des opérations de la faillite pour insuffisance d'actif (art. 527 et 528, C. com.).

C. — CONSTATATION DES DETTES DU FAILLI. — PROCÉDURE DE LA VÉRIFICATION ET DE L'AFFIRMATION DES CRÉANCES (2).

527. Il importe au plus haut point qu'on connaisse le passif du failli. Le bilan dressé par le failli ou par les syndics (art. 439 et 476) constate les créances qui existent contre le failli. L'inventaire contient aussi ordinairement une déclaration du failli les indiquant. Mais ces constatations ou déclarations peuvent être inexactes; il se peut que le failli, par erreur ou par fraude, signale à sa charge des dettes qui sont simulées, qu'elles soient susceptibles d'être annulées en vertu des art. 446 et suiv. ou d'autres dispositions légales; qu'il y ait quelque cause de résolution à invoquer contre elles ou qu'elles soient éteintes en tout ou en partie. Pour empêcher que des créances simulées, nulles, frappées de résolution ou éteintes, ne soient admises à la faillite, la loi a soumis toutes les créances alléguées contre le failli à une procédure toute spéciale appelée *procédure de vérification et d'affirmation des créances*. C'est cette procédure qui termine la période préparatoire de la faillite.

La procédure de vérification et d'affirmation des créances a une grande importance. Il importe naturellement à chaque créancier que les créanciers admis à se faire payer dans la faillite soient en nombre aussi réduit que possible. En outre, cette procédure sert à déterminer les personnes qui, en qualité de créanciers, peuvent voter dans

(1) Bravard et Demangeat, V, p. 305 et note 1.
(2) Code de commerce, art. 491 à 503.

l'assemblée chargée de se prononcer sur les propositions de concordat faites par le failli (art. 504). Puis, les créanciers ne peuvent délibérer en connaissance de cause que si l'on est préalablement bien fixé sur le montant du passif de la faillite, comme sur celui de l'actif. La comparaison entre le passif et l'actif permet de savoir si le failli est insolvable et quelle est l'étendue de son insolvabilité. Selon que l'insolvabilité existe ou non, qu'elle est plus ou moins grande, les créanciers ont intérêt à opter pour une solution différente de la faillite.

Il y a ici une dérogation aux principes du droit commun. Ordinairement les créanciers n'ont qu'à produire leurs titres; c'est à celui qui les conteste pour quelque cause que ce soit à faire la preuve. En matière de faillite, chaque créancier doit prouver la sincérité de sa créance et la corroborer par son affirmation, en l'absence même de toute contestation.

Malgré la similitude des dénominations, la vérification des créances en matière de faillite diffère complétement de la vérification d'écriture régie par les art. 193 et suiv., C. proc. civ. La procédure de vérification d'écriture a pour unique but de constater si un acte sous-seing privé émane bien de la personne contre laquelle il est invoqué; elle ne concerne pas le fond du droit. Au contraire, dans la faillite, la procédure de la vérification est relative au fond même du droit et elle s'applique, en principe, à toutes les créances, quand même elles ne seraient pas constatées par écrit ou qu'elles le seraient par un titre authentique (1).

528. A propos de la vérification et de l'affirmation des créances, trois questions générales doivent être examinées : 1° En quelles formalités consiste cette procédure; 2° Quels sont les différents cas qui peuvent se produire pour chacune des créances à propos de la vérification (admission, défaut de production, rejet et contestation, etc.); 3° Quelles créances sont soumises à cette procédure.

529. 1° FORMALITÉS DE LA PROCÉDURE DE VÉRIFICATION ET D'AFFIRMATION DES CRÉANCES. — *Dépôt des titres.* — La vérification et l'affirmation ne peuvent s'appliquer qu'aux créanciers qui se font connaître. Pour cela, il faut que les créanciers déposent ou produisent leurs

(1) Cpr. Alger, 31 janv. 1887, *Journ. des faillites*, 1887, p. 487.

titres. Le dépôt des titres qui constitue *la production à la faillite*, est ainsi un préalable nécessaire de la vérification. Comment et à quelle époque ce dépôt s'opère-t-il?

Les créanciers peuvent opérer le dépôt de leurs titres aussitôt après le jugement déclaratif entre les mains du greffier (art. 491 et L. 4 mars 1889, art. 11 et 20). Les productions promptes sont généralement les plus sincères.

Le dépôt doit avoir pour objet : *a*. Le titre de créance (1), c'est-à dire, l'acte authentique ou sous seing privé, s'il y en a un, le jugement, un extrait des livres de commerce, des lettres ou des télégrammes échangés entre le failli et le créancier. *b*. Un bordereau (2) énonçant les nom et prénoms du créancier, ses profession et domicile, le montant et les causes de sa créance, les privilèges, hypothèques ou gages qui y sont affectés (L. 4 mars 1889, art. 11 et 20).

Ce bordereau, en tant qu'il indique le montant de la créance, ne fait pas double emploi avec le titre de créance. Il arrive souvent, en effet, que la somme réclamée est supérieure ou inférieure à celle qu'indique le titre. Elle est supérieure, par exemple, si la créance est productive d'intérêts ; il faut bien que le créancier indique expressément le montant des intérêts courus jusqu'au jugement déclaratif de faillite qui lui restent dûs. Elle est inférieure si, par exemple, la créance portée au titre a été éteinte en partie par le paiement ou par une autre cause.

530. Mais, si les créanciers peuvent produire dès que le jugement déclaratif a été rendu, ce n'est pas à dire qu'ils aient la faculté de le faire ensuite indéfiniment. Le Code impartit un délai pour déposer leurs titres aux créanciers qui n'en ont pas encore fait le dépôt lors de

(1) Il va de soi que, lorsqu'un cessionnaire produit à la faillite du débiteur cédé, il ne suffit pas qu'il dépose l'acte de cession, il doit aussi faire le dépôt de l'acte constitutif de la créance au profit du cédant : Trib. comm. Seine, 18 avr. 1885, *La Loi* du 27 mai 1885, *Journ. des faillites*, 1885, p. 346. — Il faut que le titre produit soit en français, pour que la vérification puisse avoir lieu : Paris, 6 déc. 1889, *Journ. des faillites*, 1890, p. 30. Mais il va de soi qu'un titre étranger pourrait être accompagné d'une traduction française.

(2) Le bordereau devait être écrit sur papier timbré. La loi de finances du 26 janv. 1892 (art. 10) a affranchi du droit de timbre le bordereau ainsi qu'un grand nombre d'actes rédigés en exécution des lois relatives aux faillites et aux liquidations judiciaires.

la première assemblée convoquée pour donner son avis sur le maintien ou le remplacement des syndics provisoires (art. 462).

Aussitôt après cette assemblée, une sorte de mise en demeure est adressée aux créanciers. Ils sont avertis, par lettres individuelles du greffier (pour ceux qui sont connus) ou par insertion dans les journaux d'annonces légales (1) (pour les autres), d'avoir à déposer leurs titres avec un bordereau indicatif des sommes par eux réclamées (art. 492, C. com).

Ce dépôt doit être fait par le créancier en personne ou par un fondé de pouvoirs entre les mains, soit du greffier, soit du syndic.

Il est donné récépissé des titres et bordereaux déposés.

Le greffier n'est responsable des titres qui lui ont été déposés que pendant cinq années à partir de l'ouverture du procès-verbal de vérification (L. 4 mars 1889, art. 11, 3e alin. et art. 20) (2). La responsabilité dure, pour les syndics, dix ans à partir du jour de la reddition de leurs comptes (L. 4 mars 1889, art. 11, dern. alin. et art. 20).

531. *Délais de la production.* — Les délais donnés aux créanciers pour faire leurs productions ne sont pas les mêmes pour tous. Le Code, tenant compte du lieu où ils ont leur domicile, distingue trois catégories de créanciers :

a. Les créanciers domiciliés dans le lieu où siège le tribunal qui a déclaré la faillite. — Ils ont un délai de 20 jours qui part des insertions de l'avertissement faites dans les journaux, même pour ceux qui ont reçu un avis par lettre individuelle (art. 492, 1er alin.). Grâce à ce point de départ, on évite d'avoir un délai différent pour chaque créancier.

b. Les créanciers domiciliés en France, mais hors du lieu du siège du tribunal saisi de l'instruction de la faillite. — Pour eux, le délai de 20 jours est augmenté d'un jour par cinq myriamètres de distance entre ce lieu et leur domicile (art. 492, 2e alin.).

c. Les créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France, c'est-à-dire dans les pays étrangers ou dans les colonies fran-

(1) Sur ce point la loi de 1889 n'a fait que consacrer la règle déjà contenue dans l'art. 491, C. com.

(2) A cet égard il y a une innovation. Avant la loi du 4 mars 1889, à défaut de disposition spéciale, la responsabilité du syndic durait trente ans.

çaises. — Pour eux, le délai de la production est augmenté conformément à l'art. 73, C. proc. civ., c'est-à-dire que le laps de temps qui leur est accordé est celui des ajournements. Il peut ainsi s'élever à un, à deux, à cinq, à huit mois et même il est doublé pour les pays d'outre-mer, en cas de guerre maritime (art. 492, 3e alin.).

Les délais de production ainsi fixés sont parfois très longs. Aussi a-t-on souvent demandé qu'ils fussent abrégés. La loi du 4 mars 1889 (art. 12) a cherché à donner satisfaction à ce désir en matière de liquidation judiciaire. Mais, sur ce point, les dispositions de cette loi ne sont pas applicables à la faillite.

532. Les délais légaux fixés pour la production, n'ont pas la même portée pour les trois catégories de créanciers distinguées par l'art. 492, C. com. (n° 531).

On attend l'expiration des délais donnés aux deux premières classes de créanciers qui sont domiciliés en France, pour la réunion de l'assemblée ayant à statuer sur l'admission du concordat (art. 502), et, comme aucune distribution de deniers provenant de l'actif du failli n'a lieu avant cette assemblée, les créanciers domiciliés en France ont la certitude qu'il n'y aura pas de distribution avant l'expiration des délais de production. Au contraire, dans l'intérêt de la célérité des opérations de la faillite, on n'attend pas, pour tenir l'assemblée du concordat, l'expiration des délais donnés pour produire aux créanciers domiciliés à l'étranger. V. art. 502. Cependant ces délais ont même pour ceux-ci une grande importance. Si l'on procède à des répartitions de deniers entre les créanciers avant qu'ils soient écoulés, on réserve une part correspondant aux créances pour lesquelles les créanciers domiciliés hors de France sont portés sur le bilan. Au contraire, une fois ces délais expirés, les sommes ainsi mises en réserve sont réparties entre les créanciers reconnus, si les créanciers domiciliés hors de France n'ont pas fait vérifier leurs créances (art. 567 et 568, C. com.).

533. *De la vérification.* — La vérification commence, ou, du moins, peut commencer dans les trois jours après l'expiration des délais donnés aux créanciers domiciliés en France pour déposer leurs titres. Le juge-commissaire indique les lieu, jour et heure auxquels il y est procédé. L'avertissement d'avoir à produire, donné aux créanciers, con-

formément à l'art. 492, contient ces indications. Afin d'éviter les oublis, les créanciers sont de nouveau et spécialement convoqués à cet effet tant par lettres du greffier que par insertion dans les journaux (art. 493).

Aucun délai n'est déterminé par la loi pour l'achèvement des formalités de la vérification. L'art. 493, C. com., dispose seulement que la vérification *sera continuée sans interruption*, c'est-à-dire que la vérification doit se faire aussi rapidement que possible (1). Le nombre des assemblées de vérification n'est pas fixé, il peut y en avoir une seule, deux ou plus de deux (2).

534. *Comment se fait la vérification*. — Elle se fait en assemblée générale sous la présidence du juge-commissaire en présence des créanciers ou de leurs mandataires et du failli.

Les créanciers jouissent de la plus grande liberté dans le choix de leurs mandataires. Toutefois ils ne doivent pas choisir comme mandataire le syndic par cela même que c'est lui qui est appelé à vérifier les titres produits (3). On discute sur le point de savoir si le choix des créanciers peut porter sur un huissier. La question est née de l'art. 627, C. com., d'après lequel, *dans les causes portées devant les tribunaux de commerce, aucun huissier ne pourra ni assister comme conseil, ni représenter les parties en qualité de procureur fondé, à peine d'une amende de vingt-cinq à cinquante francs...., sans préjudice des peines disciplinaires contre les huissiers contrevenants* (4). Cette disposition met bien obstacle à ce qu'un huissier

(1) Il y a là une obligation imposée au juge-commissaire. Mais aucune forclusion ou déchéance ne la sanctionne au cas où elle n'est pas observée : Paris, 19 juin 1885, *Journ. des faillites*, 1885, p. 513.

(2) En matière de liquidation judiciaire, la loi, dans un but de simplification et de rapidité, prescrit, en principe, de ne tenir que deux réunions pour la vérification (L. 4 mars 1889, art. 12 et 13). Mais, à titre exceptionnel, *si des lettres de change ou des billets à ordre souscrits ou endossés par le débiteur et non échus au moment de cette (la) dernière assemblée sont en circulation, les liquidateurs pourront obtenir du juge-commissaire la convocation d'une nouvelle assemblée de vérification*.

(3) Si le choix avait porté sur le syndic, on éviterait tout grief, en faisant vérifier la créance du mandant par le juge-commissaire, comme cela a lieu dans le cas où le syndic lui-même est créancier du failli (art. 493, 2e alin., C. com.). V. n° 535. Bordeaux, 20 mars 1863, S. 1863. 2. 113; *J. Pal.*, 1863. 777.

(4) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 351.

choisi comme mandataire élève un contredit, parce que le contredit est le préliminaire fréquent d'un procès ; mais rien n'empêche qu'un créancier choisisse un huissier seulement pour produire et affirmer (1). Cette distinction a été repoussée ; on a prétendu qu'en vertu de l'art. 627, C. com., un huissier ne peut être choisi comme mandataire même pour participer à la vérification (2). Cette solution est d'une excessive rigueur et n'est pas conforme au texte de l'art. 627, C. com., qui parle seulement des causes portées devant les tribunaux de commerce. La vérification des créances ne peut pas être ainsi qualifiée.

Le mandat donné à un huissier, en admettant qu'il soit prohibé, pourrait être annulé et l'huissier encourrait l'amende édictée par l'art. 627, C. com. (3).

535. La vérification doit, d'après la loi, se faire contradictoirement. Elle est opérée, en principe, par le syndic. Mais un syndic ne peut évidemment vérifier lui-même les créances qu'il fait valoir contre le failli. Pour les créances du syndic, la vérification est faite par le juge-commissaire (art. 493, 2e alin., C. com.) (4). Cette règle s'applique même lorsqu'il y a plusieurs syndics. Sous le Code de 1807, dans ce dernier cas, ils procédaient réciproquement à la vérification de leurs créances ; cela donnait lieu à des abus ou tout au moins à des soupçons (5).

536. Tout créancier assistant à la vérification ou son mandataire peut élever des réclamations et s'opposer à l'admission d'une créance ; c'est ce qu'on appelle *élever un contredit*. Ce droit individuel appartient aux créanciers portés au bilan et non encore vérifiés comme aux créanciers déjà vérifiés (art. 494, C. com.). Ce droit n'était reconnu par le Code de 1807 qu'aux créanciers vérifiés. On laissait ainsi sans contradiction les premières vérifications ; quand celles-ci sont faites, il n'y a pas encore de créanciers vérifiés ou le nombre en est très restreint.

(1) Renouard, I, p. 538, sur l'art. 493, C. com.

(2-3) Cass. 10 mars 1847, D. 1847. 1. 98 ; Trib. comm. Toulon, 25 juin 1877, *Supplément au Répertoire alphabétique de Dalloz*, v° *Faillites et Banqueroutes*, VIII, p. 441, en note.

(4) Cela s'applique aussi au cas où le syndic est choisi comme mandataire d'un créancier. V. n° 534 et note 3 de la page 435.

(5) Renouard, I, p. 537.

Le failli a le droit de fournir des *contredits* aux vérifications, comme les créanciers (art. 494). Ce droit conféré au failli implique qu'il doit être présent ou dûment appelé à l'assemblée de vérification. Dans l'usage, il est avisé par lettre du greffier d'avoir à assister à l'assemblée (1).

536 *bis*. 2° DES DIFFÉRENTS CAS SE PRODUISANT LORS DE LA VÉRIFICATION. — Il peut se faire qu'une créance soit admise ou qu'elle soit contestée. Ces deux cas, à propos de chacun desquels se présentent différentes questions, doivent être considérés distinctement.

537. *Admission*. — Il y a admission d'une créance, quand il ne s'est produit aucune réclamation (ou *contredit*) contre une créance ou quand ceux qui avaient réclamé, ont reconnu eux-mêmes que leurs objections étaient mal fondées. L'admission d'une créance se constate à la fois de deux manières : 1° Une déclaration est faite sur le titre, signée par les syndics et visée par le juge-commissaire. Elle est ainsi conçue : *admis à la faillite*..... pour la somme de..... le..... (art. 497). 2° Elle est mentionnée dans le procès-verbal de vérification (art. 495). Ces deux constatations sont utiles. Cela va de soi quand il n'y a pas de titre : le créancier peut alors invoquer le procès-verbal pour exercer ses droits dans la faillite, notamment pour toucher les dividendes. Mais leur utilité existe même quand il y a un titre. Ce titre peut être perdu ; en cas d'impossibilité de le représenter, le créancier peut se prévaloir des énonciations du procès-verbal. V. art. 569, alin. 3, C. com.

538. *Affirmation*. — Tout n'est pas achevé après l'admission d'une créance. Il peut y avoir eu des surprises, des erreurs ou des fraudes. Pour plus de sécurité, une sorte de dernier appel est fait à la conscience de chaque créancier admis : il doit affirmer entre les mains du juge-commissaire que sa créance est sincère et véritable (art. 497, 3e alin.). La formule de l'affirmation n'est pas fournie par la loi. Elle peut se borner à une affirmation pure et simple non accompagnée de serment (2). Du reste, une fausse affirmation, quelle

(1) V. sur la question de savoir si le droit de contredire appartenant à chaque créancier emporte pour lui le droit d'agir en justice afin de soutenir le bien fondé de son contredit, n° 54.

(2) Renouard, I, p. 547 ; Bravard et Demangeat, V, p. 361.

qu'en soit la forme, est punie des travaux forcés à temps (art. 593 2°, C. com.).

L'affirmation peut être faite par un fondé de pouvoirs (1). Cela a dû être admis à raison de l'éloignement possible du créancier ; mais cela diminue beaucoup la valeur de l'affirmation.

L'affirmation se fait au plus tard dans la huitaine après la vérification ; mais rien n'empêche de la faire immédiatement dans l'assemblée même où l'admission est prononcée (2).

A Paris, les syndics préparent les vérifications avant l'assemblée des créanciers afin d'éviter les pertes de temps. On convoque les créanciers afin qu'ils élèvent au besoin des contredits et affirment la sincérité de leurs créances (3).

539. *Effets de l'admission.* — L'admission d'une créance a-t-elle un caractère irrévocable, de telle sorte qu'une créance une fois admise ne puisse plus être contestée? La question se pose, soit pour les créances qui ont été admises sans avoir encore été l'objet d'une affirmation (4), soit pour celles qui ont été admises et affirmées.

Il n'est pas douteux qu'une créance, même après l'admission et avant l'affirmation, peut être contestée, et que, par conséquent, l'erreur commise peut être rectifiée. L'admission, tant que l'affirmation n'a pas eu lieu, n'a qu'un caractère provisoire (5). Cette solution est justifiée par l'art. 494, C. com., qui reconnaît à tout créancier le droit de contredire *aux vérifications faites ou à faire*. Les vérifications faites ne peuvent être que celles qui ont été suivies d'admission ; mais qui n'ont pas encore été affirmées.

(1) Quand c'est un cessionnaire de créance qui produit à une faillite, il peut exiger que son cédant vienne faire l'affirmation : Renouard, t. I, p. 546; Pardessus, n° 1185. Mais il doit suffire que le cessionnaire lui-même affirme qu'à sa connaissance, la créance existe et a bien le montant indiqué : Lyon, 19 janvier 1850, D. 1852. 2. 250; Demangeat sur Bravard, t. V, p. 362, note 2.

(2) Cass. 8 mai 1860, S. 1861. 1. 406.

(3) En fait, les syndics procèdent souvent à une vérification de chaque créance en présence de chaque créancier et alors l'assemblée de vérification ne fait qu'adopter les solutions proposées par le syndic. Ce n'est plus qu'une simple formalité. V. sur ce point Thaller, *op. cit.*, II, n° 181, p. 236 et suiv.

(4) Cela suppose naturellement que l'affirmation n'a pas eu lieu aussitôt après l'admission.

(5) Besançon, 9 déc. 1872, D. 1873. 2. 77 ; Orléans, 6 juin 1882, *Journ. des faillites*, 1882, p. 608; D. 1883. 2. 199.

540. Des contestations sont-elles encore possibles même après qu'une créance a été admise et affirmée? En l'absence de disposition légale résolvant cette importante question, il a été soutenu que l'admission d'une créance même affirmée n'a pas un caractère d'irrévocabilité excluant les contestations. L'admission d'une créance prononcée par le juge-commissaire, dit-on en ce sens, n'est pas un jugement et, par suite, on ne saurait lui attribuer l'autorité de la chose jugée (1). Donc une créance admise et affirmée pourrait être contestée à raison d'une erreur de fait ou de droit et être écartée complètement ou le montant pour lequel elle a été admise, pourrait être diminué ou augmenté (2).

Cette doctrine a justement succombé. L'admission suivie d'affirmation est, en principe, irrévocable, en ce sens que les créances qui ont été admises et affirmées, ne peuvent plus être l'objet d'une contestation (3). Des considérations pratiques puissantes justifient, à défaut de texte légal, cette opinion. Si, sous le prétexte d'une erreur commise, une admission régulière suivie d'affirmation pouvait être remise en question, il faudrait accorder le droit de contester aussi bien à chaque créancier pour sa propre créance qu'aux syndics et ainsi la situation de tous demeurerait incertaine et aucune liquidation ne pourrait se faire avec sécurité. On formule ordinairement cette doctrine en disant que l'admission suivie d'affirmation vaut reconnaissance de la créance de la part des intéressés ou qu'elle équivaut à un contrat judiciaire (4).

A cette doctrine se rattachent de nombreuses conséquences. Il en résulte notamment : *a.* qu'on ne peut alléguer qu'une créance admise et affirmée est entachée d'une cause de nullité ou sujette à une cause de résolution qu'on a négligé de faire valoir dans l'assemblée des créanciers avant l'affirmation ; *b.* qu'une créance est, en réalité, supé-

(1-2) Colmar, 27 déc. 1855, S. 1857. 2. 573; Dijon, 12 mai 1856, S. 1857. 2. 184; Pau, 27 mars 1871, D. 1872. 2. 24; Boistel, n° 990.

(3-4) Cass. 19 fév. 1850, D. 1851. 5. 261; Cass. 8 avr. 1851, D. 1851. 1. 121; Cass. 16 janv. 1860, S. 1860. 1. 273; D. 1860. 1. 75; Cass. 19 mai 1879, S. 1879. 1. 271; *J. Pal.*, 1879. 660; D. 1879. 1. 180; Cass. 8 mars 1882, D. 1882. 1. 405; *Journ. des faillites*, 1882, p. 175; S. 1883. 1. 82; *J. Pal.*, 1883. 1. 169; Cass. 1er fév. 1888, D. 1888. 1. 213. — Renouard, I, p. 549; Camberlin, *Manuel des tribunaux de commerce*, p. 433; Laurin, n° 1092; Thaller, *De la faillite en droit comparé*, II, p. 226.

rieure ou inférieure à la somme pour laquelle l'admission en a été prononcée; *c.* qu'elle est éteinte en tout ou en partie. On ne serait pas admis à invoquer utilement à l'appui de ces allégations une erreur de fait ou de droit.

Les raisons pratiques qui justifient la doctrine du contrat judiciaire irrévocable au point de vue de l'existence, de la validité et du montant des créances admises et affirmées, doivent la faire appliquer aux accessoires de la créance qui ont été l'objet d'une admission suivie d'affirmation. Ainsi, quand une créance a été admise et affirmée comme créance hypothécaire ou privilégiée, l'hypothèque ou le privilège ne peut plus être contesté (1).

540 *bis*. Mais cette doctrine de l'effet irrévocable de l'admission suivie d'affirmation ne saurait être absolue. Il va d'abord de soi que le droit de contester une créance existe malgré l'admission et l'affirmation, lorsque la créance n'a été admise que sous réserve de ce droit (2). Ce n'est pas tout. Il ne faut pas pousser à l'extrême le principe de l'irrévocabilité des effets de l'admission, principe qui est déjà très rigoureux, mais qui se justifie par des considérations pratiques. Une créance peut être contestée même après avoir été vérifiée, admise et affirmée, quand des manœuvres frauduleuses ou la force majeure ont mis obstacle à ce que la vérification fût exacte et complète (3). En outre, le contrat judiciaire que l'admission suivie d'affirmation implique, ne peut pas déroger plus que tout autre contrat aux lois d'ordre public (art. 6, C. civ.). C'est en vertu de cette idée qu'on a reconnu que le montant d'une créance admise et affirmée peut être contesté comme entaché d'usure (4). C'est à celui qui attaque l'admission pour l'une

(1) Cass. 19 mars 1879, S. 1879. 1 271; D. 1879. 1. 180. V. pourtant, Douai, 30 juin 1855, 17 fév. 1859, D. 1856. 2 179; 1859. 2. 63; Cass. 28 nov. 1894, *Journ. des faillites*, 1895, p. 5; S. et *J. Pal.*, 1895. 1. 405. — Nous supposons au texte qu'une créance hypothécaire ou privilégiée a été soumise à la vérification. Mais nous réservons, pour la traiter plus loin (n° 553), la question de savoir si les créances hypothécaires et privilégiées sont obligatoirement soumises à la procédure de vérification comme les créances chirographaires.

(2) Cass. 11 nov. 1885, D. 1886. 1. 65.

(3) Cass. 16 janv. 1860, S. 1860. 1. 273; D. 1860. 1. 75; 17 fév. 1873, D. 1873. 1. 298; 28 nov. 1881, D. 1882. 1. 247; 23 fév. 1885, D. 1885. 1. 413; Montpellier, 1er déc. 1894, *Journ. des faillites*, 1896, p. 216.

(4) Cass. 28 juin 1876, D. 1876. 1. 385; 11 nov. 1885, D. 1886. 1. 69; S. 1886. 1. 413; *J. Pal.*, 1886. 1. 1013.

de ces raisons à en démontrer l'existence, conformément aux principes généraux sur le fardeau de la preuve.

541. L'admission d'une créance est une simple constatation d'un droit préexistant. On a prétendu qu'elle entraîne une novation. C'est là une erreur (1); la novation ne se présume pas plus en matière commerciale qu'en matière civile (2). Peu importe, par conséquent, que la créance admise soit civile ou commerciale. Mais l'admission à la faillite implique, du moins, reconnaissance de la créance admise et, par suite, interrompt la prescription qui courait contre le créancier. En conséquence, quand le porteur d'un effet de commerce produit à une faillite, la prescription quinquennale est bien interrompue, mais, comme il n'y a pas de reconnaissance *par acte séparé*, dans le sens de l'art. 189, C. com., la prescription de trente ans n'est pas substituée à celle de cinq ans *après la clôture de la faillite* (3). La production suivie d'admission et d'affirmation interrompt ainsi à nouveau la prescription déjà interrompue quant aux dettes du failli par suite de la demande en déclaration de faillite. Cette demande interrompt la prescription à l'égard de tous les créanciers du failli par cela même qu'elle leur enlève le droit d'agir individuellement (4).

Il a été déjà indiqué plus haut que la production d'un créancier à une faillite équivaut à une demande en justice pour faire courir les intérêts moratoires à la charge du failli (n° 273). Mais il est évident

(1) Cass. 14 juill. 1879, D. 1879. 1. 422; S. 1880. 1. 21; *J. Pal.*, 1880. 33; Cass. 27 mai 1889, S. 1889. 1. 325; *J. Pal.*, 1889. 1. 783; D. 1890. 5. 284-285. V. *en ce sens*, pour l'*Allemagne*, Kohler, *op. cit.*, p. 462.

(2) V. *Traité de Droit commercial*, III, n° 41.

(3) Cass. 7 avr. 1857, S. 1857. 1. 527; D. 1857. 1. 362; 5 janv. 1864, S. 1864. 1. 85; Paris, 11 déc. 1883, *Journ. des faillites*, 1884, p. 574. — Demangeat sur Bravard, t. III, p. 565; Dict. de Couder, v° *Lettre de change*, n^os^ 779 et 795. V. *Traité de Droit commercial*, IV, n° 448. — L'arrêt de la Cour de Paris du 11 décembre 1883 statue sur une autre question, celle de savoir si l'interruption faite à l'égard d'un des signataires d'un effet de commerce produit ses effets à l'égard des autres signataires. V. cet arrêt avec une note de Ch. Lyon-Caen, S. 1884. 2. 105; *J. Pal.*, 1884. 598. — V. aussi Trib. civ. Seine, 7 nov. 1895, *Le Droit*, n° du 14 décembre 1895. C'est là une question étrangère à la faillite, qui se rattache à la nature de l'obligation solidaire dont sont tenus les différents signataires d'un effet de commerce, V. *Traité de Droit commercial*, IV, n^os^ 267 et 443.

(4) Cass. 4 janv. 1879, S. 1879. 1. 441; Trib. comm. Seine, 7 oct. 1891, *Journ. des faillites*, 1891, p. 502.

que cet effet ne peut se réaliser à partir de ce moment qu'autant que postérieurement il y a admission et affirmation ou que la créance a été reconnue en justice après avoir été contestée dans la procédure de vérification (1).

542. *Contestation des créances soumises à la vérification.* — Quand une créance est contestée, et, par suite, n'est pas admise, la contestation doit être soumise à la justice, à moins que le juge-commissaire ne parvienne à obtenir une conciliation. Le tribunal compétent n'est pas toujours le même; ce peut être le tribunal de commerce (art. 498), le tribunal civil (art. 500, 1er alin.), un tribunal de répression (art. 500, 2e alin.). Le tribunal de commerce est compétent notamment s'il s'agit d'une demande en nullité fondée sur les art. 446 et suiv., C. com.; c'est bien là une contestation née de la faillite (art. 635, C. com.) (2). Au contraire, la compétence appartient au tribunal civil, lorsque la contestation n'est pas née de la faillite, et est de nature civile, par exemple s'il y a une demande en nullité fondée sur un vice du consentement, sur une cause d'incapacité, etc. (3). Enfin, un tribunal de répression est compétent si des faits délictueux sont reprochés au failli et qu'à raison de ces faits, la personne lésée réclame des dommages-intérêts; elle peut alors se porter partie civile.

543. Les contestations sont portées devant les tribunaux à la suite de contredits élevés dans la procédure de vérification par les syndics, par des créanciers ou par le failli (art. 494, C. com.).

Le droit personnel d'élever des contredits pour le failli n'implique certainement pas qu'il ait lui-même le droit d'agir en justice pour faire reconnaître le bien fondé de ses contredits. Le dessaisissement met obstacle à ce que ce droit lui appartienne (n° 219).

Mais, à l'égard des créanciers, une question très discutée se pose. Le droit pour un créancier d'élever un contredit contre un autre créancier implique-t-il le droit pour le premier de soutenir en justice,

(1) C'est ainsi que les effets des offres réelles se produisent, en principe, du jour où elles sont faites, mais à la condition qu'elles soient suivies de consignation. V. art. 1257 et suiv., C. civ.

(2) Paris, 17 avr. 1885, *La Loi*, n° du 5 juill. 1885; *Journ. des faillites*, 1885, p. 327.

(3) V. n° 468.

en demandant ou en défendant, le bien fondé de sa prétention? Le droit de soutenir individuellement leurs contredits en agissant devant les tribunaux est, prétend-on, reconnu implicitement aux créanciers par l'art. 494, C. com. (1). Comme il s'agit d'un droit individuel, le créancier contredisant peut l'exercer, sans être tenu même de mettre le syndic en cause. C'est à l'adversaire de ce créancier à exiger l'appel en cause du syndic. Si celui-ci n'est pas appelé en cause et n'intervient pas, le créancier n'en a pas moins représenté la masse, du moins si le jugement est favorable à sa prétention et, par suite, avantageux pour la masse.

Selon nous, au contraire, le créancier contredisant ne peut pas agir en justice pour faire reconnaître le bien fondé de sa prétention, à moins que ce créancier n'ait un droit distinct de celui de la masse, ce qui se présente quand il s'agit d'un créancier hypothécaire ou privilégié; le syndic seul peut introduire l'action destinée à provoquer un jugement sur le contredit (2). L'art. 494 se borne à conférer à chaque créancier le droit individuel d'élever des contredits dans la procédure de vérification. En conséquence, pour ce qui est de l'exercice des actions relatives à ces contredits, on doit se référer aux principes généraux. D'après ces principes, le droit d'agir de chaque créancier est suspendu par l'effet du jugement déclaratif; l'exercice des actions concernant l'intérêt de la masse appartient exclusivement au syndic. Une disposition formelle serait nécessaire pour apporter une dérogation au principe. Cela ne rend pas sans utilité le droit des créanciers d'élever individuellement des contredits. Grâce à ce droit, une vérification plus sérieuse est assurée et l'attention du syndic est attirée sur les créances à contester en justice. Du reste, les partisans de ce système, embarrassés pour déterminer les effets du jugement rendu sur l'action d'un créancier à l'égard de la masse, en sont réduits à adopter la théorie de la représentation imparfaite qui est très contestable; il est difficile de comprendre qu'une personne

(1) Cass. 13 nov. 1867, D. 1868. 1. 212; S. 1868. 1. 113; *J. Pal.*, 1868. 273; Cass. 8 juin 1886, D. 1887. 1. 77; S. 1888. 1. 481; *J. Pal.*, 1888. 1. 1175. — Boistel, n° 979.

(2) Cass. 18 fév. 1863, D. 1863. 1. 149; S. 1863. 1. 285; *J. Pal.*, 1863. 337; Paris, 17 avr. 1885, *Journ. des faillites*, 1885, p. 327; Paris, 29 juin 1890, S. et *J. Pal.*, 1893. 2. 10.

soit considérée comme représentant ou non d'autres personnes en justice selon le sens dans lequel le jugement est rendu (1).

544. *Sursis. Admission provisionnelle.* — Le Code de commerce a dû résoudre deux importantes questions qui se présentent lorsqu'il y a des contestations : 1° Quand des créances sont contestées, faut-il attendre que le procès soit terminé pour tenir l'assemblée des créanciers qui doit statuer sur le concordat? 2° S'il n'y a pas sursis, le créancier contesté peut-il provisionnellement prendre part au vote dans cette assemblée? Ces deux questions n'étaient pas tranchées par le Code de 1807. Aussi deux graves inconvénients se produisaient. Les syndics attendaient parfois l'issue des procès pour faire statuer sur les propositions de concordat faites par le failli. Un temps fort long pouvait s'écouler ainsi avant que la procédure de la faillite continuât; tous en souffraient un préjudice. Dans d'autres cas, on n'attendait pas la fin des procès et les créanciers contestés, à leur grand dommage, étaient exclus de l'assemblée des créanciers qui doit se prononcer sur la solution à donner à la faillite (2). En 1838, on a cherà concilier l'intérêt de la célérité des opérations de la faillite avec l'intérêt des créanciers contestés.

545. La question de savoir s'il doit être sursis à l'assemblée du concordat jusqu'au jugement doit toujours être résolue par le tribunal qui a déclaré la faillite, quelle que soit la juridiction saisie du procès (art. 499 et 500, C. com.). Ce tribunal est seul bien placé pour apprécier si le sursis a ou n'a pas d'inconvénients graves. Quand le sursis est admis, il n'y a pas d'autre question étrangère au fond du procès à trancher. Il n'en n'est pas de même lorsque, le sursis étant repoussé par le tribunal de commerce, il est passé outre à l'assemblée du concordat. Il y a lieu alors de décider si le créancier contesté sera ou non admis à titre provisoire à voter dans cette assemblée; c'est là ce qu'on appelle la question de l'*admission provisionnelle*.

546. Cette seconde question doit être résolue non pas, comme celle du sursis, nécessairement par le tribunal de la faillite, mais par

(1) Demante et Colmet de Santerre, *Cours analytique de Code civil*, V, p. 634 et 636.

(2) V. Renouard, I, p. 555 et 556.

le tribunal civil ou par le tribunal de commerce saisi du procès. La question d'admission provisionnelle touche, en effet, au fond en ce sens qu'elle ne peut guère être prononcée que lorsque la contestation paraît sérieuse. L'admission provisionnelle constitue ainsi dans une certaine mesure un préjugé. C'est pourquoi, dans le cas où la contestation est de nature à être soumise à un tribunal de répression, la question de l'admission provisionnelle ne peut jamais être posée. D'après l'art. 500, 2e alin., le créancier contesté ne peut alors prendre part aux opérations de la faillite tant que les tribunaux compétents n'ont pas statué. Le législateur ne veut pas, quand il s'agit d'un débat intéressant l'honneur ou la vie d'une personne, qu'un préjugé défavorable puisse être établi avant qu'il soit statué sur le fond.

546 *bis*. Il faut, en tous les cas, que les contestations concernant les créances soient promptement vidées. Aussi le juge-commissaire peut, sans qu'il soit besoin de citation, renvoyer à bref délai devant le tribunal de commerce, qui juge sur son rapport (art. 498, 1er alin.) : le juge-commissaire peut, selon les cas, décider que les parties comparaîtront à bref délai ou qu'on observera les délais observés d'ordinaire devant les tribunaux de commerce (art. 72 et 416, C. proc. civ.). De plus, le juge-commissaire a la faculté, selon les circonstances, de laisser au contestant le soin de saisir le tribunal par voie d'assignation, conformément au droit commun, ou de lui soumettre directement la contestation sans citation préalable. — Enfin le tribunal de commerce peut ordonner qu'une enquête sera faite par devant le juge-commissaire. Il y a là une dérogation aux règles ordinaires; habituellement, en matière commerciale, les témoins sont entendus à l'audience (art. 432 et 407, C. proc. civ.) (1).

Toutes ces dispositions sont nécessairement sans application dans les cas où soit les tribunaux civils soit les tribunaux de répression sont compétents.

547. Les jugements rendus sur les questions de sursis et d'admission provisionnelle sont-ils susceptibles d'opposition, d'appel, de pourvoi en cassation? L'art. 583 4°, C. com., résout en partie cette question en mentionnant parmi les jugements qui n'admettent aucun

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 457.

recours *les jugements qui prononceraient sursis au concordat ou admission provisionnelle de créanciers contestés*. Cette disposition s'applique aussi bien au cas où l'admission provisionnelle est prononcée par le tribunal civil qu'à celui où elle l'est par le tribunal de commerce. Le texte du Code ne fait pas de distinction. Le but du législateur, qui est d'éviter les lenteurs dans les opérations de la faillite, est, du reste, exclusif de toute différence faite entre les deux hypothèses (1).

Mais aucun texte légal ne décide si les voies des recours de droit commun sont exclues ou admises pour les jugements qui, au contraire, rejettent soit le sursis, soit l'admission provisionnelle. Dans le silence de la loi, il est rationnel de ne pas étendre la disposition de l'art. 583 4°, qui est de nature exceptionnelle, et d'admettre les voies de recours habituelles (2).

548. Il va de soi que, conformément à la disposition de l'art. 582, C. com., l'appel contre ces jugements, quand ils sont rendus par le tribunal de commerce (il en est toujours ainsi du jugement rendu sur le sursis, n° 544), doit être interjeté dans la quinzaine de la signification. Mais ne faut-il pas en revenir au délai du droit commun (de deux mois, art. 443, C. proc. civ.), lorsque le jugement écartant l'admission provisionnelle a été rendu par un tribunal civil? On le soutient (3). Selon nous, cette doctrine n'est pas exacte. On se trouve bien ici en matière de faillite. Or, c'est en matière de faillite, sans tenir compte de la nature de la juridiction saisie, que l'art. 582 abrège le délai ordinaire de l'appel. En exigeant pour qu'il en soit ainsi que le tribunal de commerce ait statué, on ajoute à la loi une condition à laquelle l'art. 582, C. com., ne fait aucune allusion (4)

(1) Laurin, n° 1097.

(2) Caen, 20 janv. 1868, S. 1869. 2. 11; *J. Pal.*, 1869. 95; D. 1869. 2. 100; Paris, 14 déc. 1886, *Journ. des faillites*, 1887, p. 64. — Boistel, n° 961; Dict. de Couder, v° *Faillite*, n° 1133; Laurin, n° 1098.

(3) Cass. 6 avr. 1868, S. 1868. 1. 295; *J. Pal.*, 1868. 761; D. 1868. 1. 257. — Renouard, II, p. 399; Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 1374; Dict. de Couder, v° *Faillite*, n° 1162.

(4) Laurin, n° 1098. — Au point de vue de l'art. 582, C. com., les contestations en matière de faillite s'entendent donc d'une façon plus large que lorsqu'il s'agit de la compétence du tribunal de commerce en vertu de l'art. 635, C. com. et de l'art. 59 7°, C. proc. civ.

549. *Défaut de production dans les délais légaux.* — Il a été supposé jusqu'ici que des créanciers, ayant produit dans les délais légaux, sont admis ou contestés. Mais il est possible que des créanciers laissent s'écouler les délais fixés par l'art. 492, C. com., sans faire leur production. Quelles sont les conséquences du défaut de production? Le créancier encourt une déchéance qui résulte des art. 502 et 503, C. com. Il reste sans doute créancier; mais on procède sans lui, alors même qu'il serait connu, aux vérifications et affirmations, au vote sur le concordat, aux répartitions des dividendes après union ou concordat par abandon d'actif. Toutefois, s'il se présente avant la clôture des opérations de la faillite, il n'est pas dénué de tous droits. Il peut former opposition aux répartitions de deniers à faire. Cette opposition ne suspend pas l'exécution des répartitions ordonnancées par le juge-commissaire. S'il est procédé à des répartitions nouvelles avant qu'il ait été statué sur l'opposition, il y est compris pour la somme provisoirement déterminée par le tribunal et elle est tenue en réserve jusqu'au jugement de l'opposition. Si l'opposant se fait ultérieurement reconnaître créancier, il peut réclamer à titre de prélèvement, sur les répartitions à faire, outre la part afférente à sa créance, les dividendes qu'il aurait obtenus dans les répartitions précédentes, s'il avait produit en temps utile (art. 503).

La procédure de vérification étant close, l'opposant ne peut se faire admettre que par le tribunal de commerce. Mais, s'il y a une contestation de la compétence des tribunaux civils ou d'un tribunal de répression, l'admission ne peut être prononcée qu'après que la juridiction compétente a statué.

Le créancier qui ne se présente qu'après la clôture définitive de la faillite, ne peut plus venir à aucune répartition, mais par cela même qu'il est toujours créancier, il peut, comme tout créancier non désintéressé, exercer ses droits individuels contre le failli. Il ne faudrait pas conclure de là que le concordat n'est pas opposable au créancier retardataire. Le concordat est obligatoire pour tous les créanciers, même non vérifiés (art. 516, C. com.). V. n° 628.

550. Faut-il appliquer, au point de vue des déchéances encourues, les mêmes règles aux créanciers qui ont produit, et dont les créances

ont été vérifiées, mais qui n'ont pas fait l'affirmation prescrite par la loi? Le Code ne réserve expressément aucun droit au créancier qui a fait vérifier sa créance et n'a point procédé à l'affirmation dans les délais légaux. On en a conclu qu'il ne peut plus procéder utilement à l'affirmation, à moins qu'il n'ait une cause de force majeure à alléguer pour expliquer son empêchement (1). Mais cette doctrine d'une excessive rigueur n'est pas rationnelle et est contraire aux travaux préparatoires de l'art. 513 qui, dans le Code de 1807, correspondait à l'art. 503 actuel. Il serait singulier que celui qui a fait vérifier sa créance et a négligé de faire l'affirmation prescrite, fût plus maltraité que celui qui n'a pas fait du tout procéder à la vérification. Un article du Code de 1807, consacrant l'exclusion complète des créanciers pour défaut d'affirmation, a été écarté au Conseil d'État (2). Il faut donc appliquer au créancier qui a produit et qui a été admis, mais qui n'a pas affirmé, l'art. 503, C. com. (3).

551. *Créanciers dont les créances ont été définitivement rejetées.* — Des créances sont définitivement rejetées, soit par un jugement, soit par un refus d'admission non suivi d'un procès, à raison de ce que la créance est nulle ou est éteinte ou a été frappée de résolution. Quelle est la situation du créancier rejeté?

Elle n'est pas toujours la même. Elle varie selon que la créance a été rejetée pour une cause relative, c'est-à-dire qui n'a d'effet qu'au regard des créanciers de la masse, ou qu'au contraire, elle a été rejetée pour une cause absolue, c'est-à-dire qui existe à l'égard de tout le monde.

Le premier cas se présente lorsque la créance est déclarée nulle en vertu des art. 446 à 449, C. com. La nullité n'existe alors qu'à l'égard des créanciers de la masse. Aussi celui dont la créance a été annulée par application de ces articles, ne peut rien réclamer dans les répartitions de l'actif, mais il conserve, en principe, tous ses droits contre le failli. Aussi ce créancier peut-il les faire valoir contre celui-ci quand, la faillite étant terminée, il n'y a plus de masse (4).

(1) Renouard, I, p. 548.

(2) Locré, XIX, p. 250 et 251.

(3) Demangeat sur Bravard, V, p. 360, note 3; Rép. Dall., v° *Faillite*, n° 630.

(4) Nous réservons, pour la traiter dans le chapitre IV, à propos du concor-

Le second cas se présente notamment quand une dette est reconnue éteinte par le paiement ou par une autre cause, quand elle est annulée pour vice du consentement, pour incapacité, etc..... L'extinction ou la nullité produit ses effets alors au profit du failli comme au profit de la masse ; celui qui a succombé n'a pas plus de droit contre le failli qu'à l'égard de la masse. Cela suppose évidemment que le syndic, qui représente à la fois le failli et la masse des créanciers, a été partie dans l'instance.

552. *Procès-verbal de vérification et d'affirmation.* — Quand la procédure de vérification est terminée, il doit être dressé un procès-verbal. Celui-ci se confond avec le procès-verbal d'affirmation ou en est distinct, selon que l'affirmation a lieu ou non après la fin de la vérification. Ce procès-verbal, qui est rédigé par le greffier sous la dictée du juge-commissaire, est détaillé. Il indique le domicile des créanciers et de leurs fondés de pouvoirs ; il contient la description sommaire des titres, mentionne les surcharges, ratures et interlignes, et exprime si la créance est admise ou contestée (art. 495, C. com.). Ces détails sont nécessaires pour que le procès-verbal puisse au besoin servir de titre aux créanciers (1). V. n° 537.

Le procès-verbal de la vérification marque la clôture de cette procédure.

553. 3° QUELLES CRÉANCES SONT SOUMISES A LA PROCÉDURE DE VÉRIFICATION ET D'AFFIRMATION. — Toutes les créances chirographaires sont soumises à la procédure de vérification. Il en est ainsi des créances civiles comme des créances commerciales. La créance de celui qui, ayant reçu un paiement ou une dation en paiement dans la période suspecte, a dû rapporter en vertu des art. 446 et 447, n'y échappe pas non plus. On ne saurait reconnaître que ce créancier est admis de plein droit pour le montant de sa créance qui revit par suite de l'annulation du paiement ou de la dation en paiement.

dat simple, la question de savoir si les nullités des art. 446 à 449 peuvent être invoquées après ce concordat et qui peut s'en prévaloir. V. n° 632.

(1) Le procès-verbal est dispensé de la formalité du timbre et de l'enregistrement comme beaucoup d'actes faits à la suite des jugements de déclaration de faillite ou de mise en liquidation judiciaire (L. 16 janv. 1892, art. 10).

554. Mais les créanciers hypothécaires ou privilégiés sont-ils aussi soumis à la procédure de vérification? Il n'est pas douteux que les créanciers hypothécaires ou privilégiés ont la faculté de se soumettre à cette procédure. Ils ont avantage à le faire. Une vérification suivie d'affirmation peut être considérée comme les mettant à l'abri de contestations ultérieures (1). Mais les créanciers hypothécaires et privilégiés sont-ils *tenus* de soumettre leurs créances à la vérification? La question est discutée.

Pour les soumettre à la vérification, on invoque divers arguments (2). On fait observer d'abord que les dispositions du Code (art. 491 et suiv.) sont générales et ne font aucune distinction entre les différentes catégories de créanciers. On ajoute qu'il serait singulier que les créanciers hypothécaires et privilégiés fussent dispensés de la vérification, alors que, par la nature de leurs prétentions, ces créanciers nuisent plus à la masse que de simples créanciers chirographaires.

Des auteurs (3), qui admettaient que la question devait être tranchée en sens contraire sous l'empire du Code de commerce, ont prétendu que l'application de la procédure de vérification aux créances hypothécaires ou privilégiées résulte d'une façon certaine des dispositions de l'art. 11 de la loi du 4 mars 1889 applicables, en vertu de l'art. 20 de cette loi, à la faillite comme à la liquidation judiciaire. L'art. 11 de la loi du 4 mars 1889 exige que le bordereau à déposer avec le titre de créance *énonce les privilèges, hypothèques ou gages qui y sont affectés*.

Selon nous, la procédure de vérification n'est pas obligatoirement applicable aux créanciers hypothécaires ou privilégiés (4).

(1) Il y a quelque hésitation sur ce point dans la jurisprudence, V. n° 540.

(2) Besançon, 30 août 1856, D. 1857. 2. 51; Bordeaux, 29 mars 1860, S. 1860. 2. 495; D. 1862. 2. 133. — Renouard, I, p. 559; Pardessus, III, n° 1184; Demangeat sur Bravard, V, p. 347, note 2.

(3) Nous étions de ce nombre, V. *Manuel de Droit commercial*, n° 1143. Nous indiquons dans la suite du n° 553 les motifs qui nous déterminent à abandonner notre opinion sur ce point.

(4) Paris, 21 mars 1863, S. 1864. 2. 233; *J. Pal.*, 1864. 565; Poitiers, 28 janvier 1878, S. 1878, 2. 301; *J. Pal.*, 1878. 1250; D. 1878. 2. 145; Lyon, 16 février 1881, S. 1882. 2. 44; *J. Pal.*, 1882. 310; D. 1881. 2. 237; Cass. 19 juin 1889, *Journ. des faillites*, 1889, p. 409; S. 1889. 1. 480; *J. Pal.*, 1889. 1. 1190; D. 1889. 1. 377. — Bravard, V, p. 346 et 347; Boistel, n° 988; Laurin, n^{os} 1083 et 1084.

Lorsque ces créanciers se contentent de leur privilège ou de leur hypothèque, ils sont, en réalité, en dehors de la faillite : ils n'ont pas à subir les lenteurs des procédures spéciales organisées par le Code de commerce; le Code leur reconnaît le droit, même après le jugement déclaratif, d'exercer des poursuites, de faire saisir et vendre les biens qui leur sont affectés (n° 253). Aucune disposition légale ne subordonne l'exercice de leurs droits à la vérification préalable qui leur imposerait une attente parfois assez longue. L'art. 552, C. com., est décisif en faveur de cette doctrine. Cet article suppose que des créanciers hypothécaires ou privilégiés ne sont pas complètement désintéressés sur le prix de l'immeuble grevé et il leur reconnaît le droit de concourir, pour ce qui leur reste dû, avec les créanciers chirographaires, *pourvu toutefois que leurs créances aient été vérifiées et affirmées*. L'art. 552 n'exige la vérification que si le prix du bien grevé d'hypothèque ou de privilège ne suffit pas pour désintéresser ces créanciers. V. aussi art. 553, C. com. Seulement, comme souvent on ne peut savoir par avance si l'immeuble grevé a une valeur suffisante, il est prudent aux créanciers hypothécaires et privilégiés de faire vérifier leurs créances.

L'art. 547, C. com., vient à l'appui de cette doctrine. Cet article suppose qu'une chose mobilière appartenant au failli a été constituée par lui en gage et il donne aux syndics le droit de retirer le gage en remboursant la dette. Si celle-ci était soumise à vérification, le retrait du gage ne serait possible qu'après que la créance garantie aurait été vérifiée et affirmée. Or, l'art. 547, loin de faire mention de cette condition préalable, dispose que les syndics peuvent retirer le gage *à toute époque*.

Il est ainsi facile de répondre à un argument spécieux qu'on a tiré, en sens contraire, de l'art. 501, C. com., ainsi conçu : *Le créancier dont le privilège ou l'hypothèque seulement serait contesté, sera admis dans les délibérations de la faillite comme créancier ordinaire*. Si le privilège ou l'hypothèque sont contestés, a-t-on dit, c'est dans la procédure de vérification que la contestation est élevée; les créances hypothécaires ou privilégiées sont donc soumises, comme les autres, à la vérification. — Mais ce raisonnement est faux. De ce qu'une contestation est possible, il ne suit pas qu'elle l'est seulement dans la procédure de vérification.

Cette doctrine ne présente aucun danger pour la masse des créanciers de la faillite. Il n'en résulte nullement qu'aucun contrôle n'est exercé sur les privilèges ou les hypothèques que des créanciers font valoir. Le contrôle existe, mais il s'exerce autrement qu'au moyen de la procédure de vérification. Ainsi, rien n'empêche le syndic, comme représentant des créanciers chirographaires, d'élever un contredit dans l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble ou du navire grevé d'hypothèque ou de privilège.

Quant aux dispositions de l'art. 11 de la loi du 4 mars 1889, elles ne sont pas de nature à faire abandonner cette doctrine. Sans doute, d'après ces dispositions, le bordereau doit indiquer les privilèges, hypothèques ou gages affectés à la créance pour laquelle la production est faite. Cela implique que les créances hypothécaires ou privilégiées sont parfois soumises à la procédure de vérification, non qu'elles y sont obligatoirement soumises. Il est probable, du reste, que si l'on avait voulu, en 1889, trancher la question depuis longtemps discutée, cela aurait été indiqué dans les travaux préparatoires de la loi. Or, aucune explication des termes du texte qu'on invoque n'a été donnée.

555. Au reste, il est des créances privilégiées pour lesquelles on s'accorde à exclure la nécessité de la procédure de vérification. Les administrations des contributions soit indirectes (1) soit directes (2) peuvent agir par voie de contrainte pour obtenir le paiement de ce qui leur est dû par le failli, sans qu'elles aient fait préalablement vérifier et admettre leurs créances (3).

556. *Créanciers de la masse et créanciers dans la masse.* — La procédure de vérification et d'affirmation s'applique aux créanciers du failli qui composent ce qu'on appelle souvent *la masse de la faillite* (4). Cette personne morale (5) peut avoir elle-même des créan-

(1) Cass., 25 avr. 1883, D. 1884. 1. 40.

(2) Nancy, 31 déc. 1875.

(3) V. pour les droits de mutation par succession dûs en cas de décès du failli, Aix, 19 juin 1894, S. et *J. Pal.*, 1894. 2. 225 (note de M. Albert Wahl).

(4) L'expression, *masse de la faillite*, est aussi parfois employée pour désigner non l'ensemble des créanciers du failli, mais l'actif de la faillite. Ainsi l'on dira : grâce à la nullité de tel acte fait depuis la date de la cessation des paiements, *la masse de la faillite* (c'est-à-dire l'actif) sera augmentée.

(5) V. nº 472.

ciers. Ceux-ci ne font pas partie de la masse de la faillite qui est leur débitrice. On dit parfois qu'*ils sont créanciers* DE LA *masse et non créanciers* DANS LA *masse*. Ces expressions ne sont pas employées dans nos lois, qui supposent l'existence de créanciers ayant la masse pour débitrice sans en parler formellement. Mais ces expressions commodes sont employées par des auteurs. La loi *allemande* sur les faillites se sert de termes correspondants. Elle distingue les *Massegläubiger* (art. 50 à 53) qui ont la masse des créanciers pour débitrice et les *Konkursgläubiger* qui sont créanciers du failli lui-même (art. 54 à 63) (1).

Quelle est la situation des créanciers *de* la masse? En quoi diffère-t-elle de celle des créanciers *dans* la masse? Par suite de quelles causes des créances naissent-elles contre la masse des créanciers?

557. Il va de soi que les créanciers *de la* masse, à la différence des créanciers *dans la* masse, ne sont pas soumis à la vérification et à l'affirmation. Si leurs créances sont contestées, ils actionnent le syndic comme représentant la masse, leur débitrice.

Mais la distinction entre les deux classes de créanciers n'est pas importante à faire seulement au point de vue de la procédure à suivre par eux pour faire reconnaître leurs droits. Ces droits ne sont pas semblables. Par cela même que la masse est leur débitrice, les créanciers *de la* masse doivent être payés avant que ceux qui forment la masse puissent rien réclamer sur les biens du failli ; ils ne sont donc pas soumis à la loi du dividende. Le droit des créanciers de la masse sur les biens du failli, s'explique encore que ces biens appartiennent au failli et non à la masse (n° 205). Les créanciers de la masse exercent les droits de celle-ci sur les biens du failli.

(1) Les auteurs admettent généralement cette distinction entre ces deux catégories de créanciers. V. Renouard, I, p. 319 et suiv. ; M. Thaller, dans la *Revue critique de législ. et de jurispr.* 1881, p. 338 à 675, a cependant combattu cette distinction. Mais il semble avoir abandonné son opinion et reconnaitre que la distinction est bien fondée. C'est, du moins, ce qu'on peut conclure de différents passages d'un article de notre savant collègue intitulé : *A propos du privilège du bailleur* et inséré dans les *Annales de Droit commercial*, 1896, p. 289 et suiv. Il y dit notamment que la masse des créanciers forme un être juridique capable de se mettre au lieu du failli et, supposant que le bail est continué par la masse, M. Thaller dit : « les loyers seront dûs, non pas comme dette du failli, mais comme dette « de la masse. « V. p. 297, *loco citato*.

Du reste, les créanciers de la masse n'ont d'action contre elle que jusqu'à concurrence de la valeur des biens du failli. C'est à titre exceptionnel, dans un cas tout particulier, que le Code de commerce (article 533) admet que certains créanciers peuvent se trouver tenus personnellement à raison des actes des syndics et encore exige-t-il, pour qu'il en soit ainsi, que ces créanciers aient donné mandat de faire ces actes, et que ce mandat intervienne après l'union (n° 559). Il y a là une exception qui confirme la règle générale (1).

558. Des causes multiples peuvent faire naître des dettes à la charge de la masse elle-même. Elles proviennent généralement, soit d'opérations faites par les syndics pour le compte de la masse des créanciers, soit d'opérations du failli continuées par les syndics, soit de procès soutenus par eux. Il n'est pas possible d'indiquer tous les cas dans lesquels cela se produit; on peut du moins citer les plus importants (2).

559. Quand les syndics sont autorisés à continuer le commerce du failli (art. 470, C. com.), c'est pour le compte de la masse qu'ils le font. S'ils contractent, en conséquence, des engagements, les créanciers ont la masse pour débitrice. Cela n'est pas seulement conforme aux principes, mais se justifie encore par une puissante considération pratique. La masse continuant le commerce du failli ne jouirait pas du moindre crédit si, en devenant créancier de la masse, on était

(1) C'est là le système consacré par la loi *allemande*. Elle parle de prélèvements a faire sur l'actif de la faillite pour l'acquittement des frais et dettes de la masse (art. 50). Une fois que cet actif est épuisé, il ne peut plus être question de prélèvements à faire. Par suite, les créanciers n'ont plus d'action pour se faire payer.

(2) La loi *allemande* (art. 51 et 52) fait une énumération en distinguant les frais de la masse (*Masssekosten*) et les dettes de la masse (*Masseschulden*). Il est intéressant de connaitre ces deux articles. Ils sont ainsi conçus :

« Art. 51. Sont considérés comme frais de la masse : 1° les frais de justice « occasionnés par la procédure commune; 2° les dépenses faites pour l'adminis- « tration, la réalisation et la distribution de la masse; 3° les secours alimen- « taires accordés au failli et à sa famille. »

« Art. 52. Sont considérées comme dettes de la masse : 1° les dettes résultant « des actes du syndic; 2° les dettes résultant de contrats synallagmatiques dont « l'exécution est exigée en faveur de la masse ou doit avoir lieu pour la période « postérieure à l'ouverture de la faillite; 3° les dettes résultant de ce que la « masse a réalisé un enrichissement illégitime. »

Toutes les solutions contenues dans ces articles devraient être données aussi sous l'empire de la législation française. V., du reste, les nos 559 et 560.

exposé à subir la loi du dividende. Du reste, les créanciers de la masse n'ont pas d'action contre chacun des créanciers qui la composent. Mais cela n'est exact que lorsque la continuation du commerce a lieu durant la période préparatoire. Quand elle a lieu après l'union, les créanciers ont pour débiteurs, outre la masse, les créanciers formant la masse pris individuellement ou, du moins, parmi eux, ceux de ces créanciers qui ont émis un vote favorable à la continuation du commerce du failli. Ces créanciers peuvent être poursuivis au delà de leur part dans l'actif quand les opérations de la faillite entraînent des engagements dépassant l'actif de la faillite. Ces différences se justifient. La continuation du commerce du failli est autorisée, durant la période préparatoire, par le juge-commissaire sans même que les créanciers soient consultés (art. 470, C. com.), tandis qu'après l'union, la continuation du commerce est décidée par l'assemblée des créanciers aux majorités requises par la loi (art. 532).

De même, quand les syndics, au lieu de demander la résiliation du bail, le continuent après la déclaration de faillite, c'est la masse qui est débitrice. Il en doit être ainsi pour tous les contrats synallagmatiques dont l'exécution est exigée au profit de la masse. Cela s'applique spécialement aux contrats successifs, comme le contrat d'assurance. Si donc un contrat d'assurance conclu par le failli continue après la faillite, la créance de la prime n'est pas soumise à la loi du dividende, alors même qu'il ne s'agit pas d'une assurance maritime dans laquelle la créance de la prime est privilégiée (1).

Ce ne sont pas, du reste, seulement des obligations contractuelles qui peuvent naître à la charge de la masse des créanciers, ce sont aussi des obligations quasi-contractuelles. Ainsi, dans le cas où un syndic perçoit l'indû d'un tiers qui se croit à tort débiteur du failli, celui-ci a la masse pour débitrice de la somme indûment payée.

Mais on ne peut guère concevoir comment la masse des créanciers serait tenue d'obligations délictuelles ou quasi-délictuelles. La raison en est que la masse des créanciers n'est pas assurément responsable des fautes du syndic commises dans l'exercice de ses fonctions (2).

(1) V. *Traité de Droit commercial*, VI, n° 1469.

(2) Chambéry, 8 fév. 1892, *La Loi*, n° du 8 mars 1892. — Thaller, dans la *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1881, p. 656.

Les syndics ne sont pas, en effet, choisis par les créanciers ; le tribunal les nomme librement et les créanciers ne donnent qu'un simple avis sur leur maintien ou leur remplacement (n° 432). En outre, les créanciers n'ont pas sur les syndics une fois nommés de pouvoir de commandement. Or, c'est le choix du préposant et son autorité sur le préposé qui justifient la responsabilité du premier par suite des fautes du second, en vertu de l'art. 1384, C. civ.

560. Quand, dans l'intérêt de la masse des créanciers, les syndics soutiennent un procès, il va de soi que les frais faits par eux sont priviligiés comme frais de justice sur tous les biens du failli (article 2101 1°, C. civ.). Mais le privilège des frais de justice ne saurait garantir les dépens auxquels le syndic représentant la masse est condamné, quand il succombe, en vertu de l'art. 130, C. proc. civ. Ces dépens constituent une dette à la charge de la masse, par cela même que le procès qui y a donné lieu, a été soutenu dans l'intérêt de celle-ci (1). Il n'y a même aucune distinction à faire entre les frais relatifs aux procédures antérieures et les frais relatifs aux procédures postérieures au jugement déclaratif de faillite, quand le procès auquel ces frais se rattachent a été intenté avant la déclaration de faillite et ne s'est terminé qu'après elle (2).

Ces principes s'appliquent aux demandes en séparation de biens intentées contre le failli par sa femme. Mais la formation de ces demandes à la fois contre le failli et contre le syndic donne naissance à des difficultés spéciales. V. n° 235.

Les dépens d'une demande en séparation de corps formée contre le failli ne doivent pas être traités comme les dépens de la demande en séparation de biens. Une demande en séparation de corps est une action personnelle dans laquelle le syndic ne peut jouer que le rôle d'intervenant (3). Aussi est-ce le failli défendeur à cette action, non la masse, qui est débiteur des dépens auxquels il est condamné comme succombant dans le procès (art. 130, C. proc. civ.). De ce chef, le conjoint du failli est créancier *dans la* masse et soumis, par suite, à la loi du dividende. Toutefois, si le syndic est intervenu ou

(1-2) Paris, 7 mai 1885, *La Loi*, n° du 7 juin 1885.
(3) Paris, 28 août 1871, S. 1873. 2. 267; *J. Pal.*, 1873. 1095.

a été appelé dans l'instance à raison de contestations de nature purement pécuniaire et s'il succombe, les dépens se rattachant à ces contestations devraient être mis à la charge de la masse. C'est là ce qui se présenterait notamment si le syndic avait contesté une demande en pension alimentaire formée par la femme du failli (1).

561. Il résulte de tout ce qui vient d'être dit que les syndics ne sont pas obligés par les actes qu'ils accomplissent comme représentants de la masse des créanciers et que les condamnations prononcées contre eux en cette qualité obligent la masse sans les obliger eux-mêmes. C'est l'application des règles ordinaires du mandat (art. 1998). En faisant allusion à ces règles, on dit, en cas de jugement rendu contre un syndic, qu'il est condamné *ès-qualité*, c'est-à-dire comme syndic, ce qui implique que la condamnation n'est pas supportée par lui. Une disposition expresse d'un jugement serait nécessaire pour que les syndics fussent tenus personnellement sans répétition possible. C'est là ce qui peut se présenter quand il y a quelque faute à reprocher aux syndics; spécialement ils peuvent être condamnés aux dépens quand ils soutiennent un procès téméraire et compromettent les intérêts de la masse. Il peut même y avoir lieu, en pareil cas, à une condamnation à des dommages-intérêts (art. 132, C. proc. civ.).

(1) Dijon, 2 déc. 1881, S. 1883. 2. 153; *J. Pal.*, 1883. 825.

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES SOLUTIONS DE LA FAILLITE (CONCORDAT SIMPLE, UNION, CONCORDAT PAR ABANDON D'ACTIF) ET DE LA CLOTURE DES OPÉRATIONS DE LA FAILLITE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF (1).

562. *Généralités.* — Les opérations et la procédure qui suivent le jugement déclaratif, ont notamment pour but de préparer la solution que doit recevoir la faillite et de mettre les créanciers appelés à statuer sur elle, à même de choisir en connaissance de cause celle des solutions qui est le plus conforme à leurs intérêts.

La faillite peut recevoir trois solutions différentes entre lesquelles, en principe, les créanciers formant la masse ont le choix : l'*union*, le *concordat simple*, le *concordat par abandon d'actif*. Selon que l'une ou l'autre de ces solutions est admise, le patrimoine du failli est traité de façons différentes. En cas d'union, le dessaisissement ne cesse pas pour les biens actuels du failli ; ces biens sont vendus au profit de la masse des créanciers, le failli reste débiteur de l'excédent, s'il y en a un, et peut être poursuivi par les créanciers qui, après la vente de tous les biens du failli, recouvrent contre lui l'exercice de leurs actions individuelles. Ainsi, avant la suppression de la contrainte par corps, chaque créancier recouvrait le droit de pratiquer même cette voie d'exécution après la clôture de l'union. C'est la solution la plus rigoureuse que la faillite puisse recevoir. Elle n'est admise qu'autant que les créanciers ne votent pas un *concordat simple* ou un *concordat par abandon d'actif*. En cas de *concordat simple*, le dessaisissement prend fin, le failli est remis à la tête de ses affaires et généralement, afin de lui rendre possible un retour à meilleure fortune, les créanciers lui accordent des délais ou même lui font

(1) Code de commerce, art. 501 à 541, 552 à 556.

remise d'une portion de ses dettes. Quand il y a *concordat par abandon d'actif*, le dessaisissement ne prend pas fin pour les biens actuels du failli, ils sont vendus, comme en cas d'union; mais, si le prix de ces biens ne suffit pas pour désintéresser les créanciers, ils n'ont pas le droit d'agir pour l'excédent contre le failli. Le législateur a dû réglementer les deux sortes de concordats par cela même qu'il a, par exception aux principes généraux du droit, admis qu'ils sont obligatoires pour tous les créanciers, alors même qu'ils n'ont pas été votés par tous les créanciers, mais seulemcnt aux majorités requises.

La jurisprudence considère aussi comme un mode de solution de la faillite le rapport du jugement déclaratif sur l'opposition ou sur l'appel, quand tous les créanciers connus ont été payés depuis que le jugement a été rendu. Mais nous avons repoussé la doctrine selon laquelle le jugement déclaratif doit être rapporté en pareil cas. V. n^os^ 156 à 158.

En principe, les créanciers ont à se prononcer sur le choix à faire entre ces trois solutions possibles de la faillite. Cependant un incident spécial peut mettre obstacle à ce que la procédure continue jusqu'au vote des créanciers relatif à cette importante question. Cet incident est la *clôture pour insuffisance d'actif*. Celle-ci, sans mettre fin à la faillite, fait cesser un de ses plus importants effets, la suspension du droit de poursuite individuelle des créanciers.

563. Il sera traité ci-après dans quatre sections distinctes : Section Ire, *Du concordat simple*. — Section II. *De l'union*. — Section III. *Du concordat par abandon d'actif*. — Section IV. *De la clôture des opérations de la faillite pour insuffisance d'actif*.

Des motifs spéciaux conduisent à observer l'ordre qui vient d'être indiqué dans l'exposé des différentes solutions que peut recevoir la faillite. Il sera parlé d'abord *du concordat simple*, comme le fait, du reste, le Code de commerce, parce que c'est seulement à défaut de concordat voté par les créanciers et dûment homologué par justice qu'il y a *union* (art. 529, 1er alin., C. com.). Sans doute, cela n'est pas moins vrai pour le *concordat par abandon d'actif* que pour le *concordat simple*. Mais, comme, en cas de concordat par abandon, on applique à la fois sous certains rapports les règles de l'union et sous

certains autres les règles du concordat simple (art. 541, C. com.), l'étude des dispositions relatives au concordat par abandon exige l'examen préalable de celles qui régissent les deux autres solutions de la faillite.

SECTION Ire.

Du concordat simple (1).

564. La faillite ne conduit pas nécessairement à la vente des biens du failli. Cette vente entraîne des frais et des délais, en général, assez longs et ne se fait pas toujours à bon prix. Elle rend très difficile le retour du failli à meilleure fortune. Elle est rigoureuse pour le failli qui n'a commis ni fraude, ni faute grave, mais qui a été victime des événements ou qui n'est coupable que de quelque négligence légère. L'intérêt des créanciers, du reste, peut leur commander de mettre le failli à même d'acquérir de nouvelles ressources qui lui permettront de les payer au moins en partie. Dans ce but, les créanciers peuvent accorder au failli un concordat simple, par lequel, le dessaisissement cessant, il est remis à la tête de ses affaires. Souvent les créanciers obtiennent, grâce aux concessions faites au failli, le cautionnement de parents ou d'amis de celui-ci. On peut ajouter que le concordat simple peut être conforme aux intérêts généraux du commerce et de l'industrie. Parfois l'arrêt des affaires d'une entreprise, surtout quand elle est importante, rejaillit sur un grand nombre de personnes différentes (autres commerçants, ouvriers, employés, etc.). Cet arrêt cesse avec toutes ces conséquences fâcheuses en cas de concordat simple.

Le concordat simple contient, en fait, toujours soit la concession de délais faite au failli, soit même la remise d'une partie de ses dettes, de telle sorte qu'il doit être libéré envers ses créanciers après leur avoir payé un dividende convenu, c'est-à-dire tant pour cent de ce qu'il leur doit. C'est, en faisant allusion à la concession de délais, qu'on

(1) Le chapitre VI du livre III intitulé : *Du concordat et de l'union*, est consacré aux deux espèces de concordats et à l'union ainsi qu'à la clôture en cas d'insuffisance d'actif. La section Ire (art. 504 à 507) est relative à l'assemblée des créanciers qui doit se prononcer sur le choix à faire entre les trois solutions possibles de la faillite. La section II (art. 507 à 526) concerne le concordat simple.

appelle parfois le concordat *contrat d'atermoiement*. Mais la concession de délais et la remise d'une portion des dettes ne sont pas de l'essence du concordat simple, comme l'est la cessation du dessaisissement, grâce à laquelle le failli est remis à la tête de ses affaires (1).

565. Les avantages que présente souvent le concordat simple l'ont fait admettre depuis un temps immémorial (2) et il est consacré

(1) On doit donc critiquer la définition que donne Littré du *concordat* dans son *Dictionnaire de la langue française*. Il dit : « Terme de commerce. — Arrangement par lequel un failli obtient de ses créanciers facilité de paiement tant pour la remise d'une partie des créances que pour les délais accordés. » Cette définition ne fait aucune allusion à l'effet essentiel du concordat simple, la remise du failli à la tête de ses affaires.

(2) On fait généralement remonter l'origine du concordat au Droit romain. V. Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*, p. 445 et 446; Wach, *Der Zwangsvergleich*, p. 7 et suiv.; Garraud, *De la Déconfiture*, p. 45 et 46. On entend seulement indiquer par là, non pas que l'institution du concordat existait à Rome, mais que, dans certains cas spéciaux, il était admis que, sans l'assentiment de tous les créanciers, des remises partielles de ses dettes ou des délais pouvaient être accordés au débiteur. Voici sur ce point les faits que constatent les textes du Digeste et du Code de Justinien. — Parfois, avant de faire adition d'hérédité, l'héritier convenait avec les créanciers qu'il ne leur payerait qu'une partie des dettes héréditaires. En vertu de cette convention, l'héritier qui était poursuivi par les créanciers pour l'intégralité de ces dettes, pouvait leur opposer l'exception *pacti* ou *doli*. Marc-Aurèle décida que, lorsque la majorité des créanciers était favorable à une convention de cette sorte, le préteur déciderait par un décret que la remise vaudrait à l'égard même des créanciers opposants formant la minorité, L. 7 § 17 à 19; LL. 8 et 9; L. 10 pr., Dig., *De pactis*, II, 14; L. 23, Dig., *Quæ in fraudem creditorum*, XLII, 8; L. 58, § 2, Dig., *Mandati*, XVII, 2. En cas de partage des créanciers, l'avis le plus favorable au débiteur (*humanior sententia*) devait être adopté. — On trouve en dehors du cas de succession, à propos de la cession de biens, des règles analogues. Justinien décida que, lorsqu'en présence d'un débiteur voulant faire cession de biens, la majorité des créanciers est disposée à lui accorder des délais, il doit obtenir un délai de cinq ans pour toutes ses dettes (*quinquennii dilatio*). Pour arriver à une solution, on tenait compte d'abord de la majorité en sommes; en cas d'égalité des créanciers en sommes, on s'attachait à la majorité en nombre. Quand il y avait égalité en sommes et en nombre, l'opinion favorable était admise, L. 8, C. *Qui bonis cedere possunt*, VII, 71. — C'est dans ces règles spéciales du Droit romain que les coutumes italiennes trouvèrent le fondement du concordat en matière de faillite. Le concordat avec concession de délais au débiteur fut admis plus facilement que le concordat contenant des remises. Les statuts des villes italiennes exigent des majorités très diverses. De l'Italie le concordat s'est répandu dans les différents États. Il fut admis notamment par l'Ordonnance de 1673 (titre XI, art. 5, 6 et 7). De là l'institution a passé dans le Code de commerce de 1807 qui l'a réglementée à nouveau. Les dispositions de ce Code sur ce point ont servi de type à presque toutes les législations.

actuellement par les lois de toutes les nations sous des noms qui varient naturellement selon les pays (1). Le concordat contenant des remises est admis aussi bien que le concordat se bornant à concéder des délais au failli (2).

Le concordat ne suppose pas le vote favorable de l'unanimité des créanciers, mais celui des majorités requises par la loi. La minorité se trouve liée par le vote de celles-ci. A ce point de vue, le concordat (3) est une institution spéciale se rattachant à la faillite. Aussi, dans les pays comme la France où la faillite ne s'applique pas aux non-commerçants, la faculté d'obtenir un concordat constitue une faveur réservée aux commerçants. C'est à ce point de vue qu'on peut dire que la loi sur les faillites n'est pas exclusivement une loi de rigueur. Les non-commerçants ne jouissent pas du même avantage. Sans doute leurs créanciers peuvent leur accorder des délais ou des remises partielles; mais ces concessions ont un caractère individuel; la majorité ne liant pas la minorité, les créanciers qui les consentent sont seuls tenus par elles.

Dans les pays où la faillite est commune aux commerçants et aux non-commerçants, au contraire, le concordat peut aussi s'appliquer à ces deux classes de personnes. On trouve pourtant une exception à cette règle en Autriche : le concordat n'y est admis que pour les commerçants (L. *Autrichienne* de 1868, article 207).

565 *bis*. *Statistique*. — Les comptes généraux annuels de l'administration de la justice civile et commerciale publiés par le Ministère de la justice donnent des indications statistiques sur les solutions que reçoivent les faillites et sur les dividendes touchés selon ces

(1) On dit en *allemand*, *Zwangsvergleich*, *Gantvergleich*, *Akkord*; en *anglais*, *composition after bankruptcy adjudication*; en *italien*, *concordato*; en *espagnol*, *convenio*.

(2) Des personnes ont soutenu que le concordat contenant des délais devrait seul être admis à l'exclusion du concordat contenant des remises. On allègue en ce sens que les remises contenues dans un concordat constituent une violation des contrats et qu'il n'est pas juste que le débiteur tire profit de sa faillite. Ces raisons, si elles étaient décisives, devraient faire exclure même le concordat contenant des concessions de délais. V. Thaller, II, nº 186, p. 247 et suiv.

(3) Cela est aussi vrai du concordat par abandon d'actif que du concordat simple.

solutions par les créanciers. On y trouve spécialement des renseignements pour le concordat simple (1).

566. Si le concordat n'exige pas l'unanimité des créanciers, il doit, du moins, réunir différentes conditions indiquées par le Code de commerce. Il produit des effets que la loi ou la convention des parties déterminent. Enfin il peut être annulé ou résolu. En dehors du concordat que la loi a réglementé et qui n'exige pas l'unanimité, il peut se faire qu'un débiteur obtienne, soit après la déclaration de faillite, soit même avant toute faillite, de ses créanciers qui y consentent tous, des délais ou des remises partielles. On dit alors qu'il y a *concordat amiable*. Cette dénomination est opposée à celle de *concordat judiciaire* qui désigne parfois le concordat conclu entre le failli et

(1) Le nombre des concordats simples par opposition aux autres modes de solution de la faillite (y compris la clôture pour insuffisance d'actif, et le rapport du jugement déclaratif) a été de 45 0/0 de 1841 à 1845; de 48 0/0 de 1846 à 1850; de 38 0/0 de 1851 à 1855; de 32 0/0 de 1856 à 1860; de 27 0/0 de 1861 à 1865; de 22 0/0 de 1866 à 1870; de 18 0/0 de 1871 à 1875; de 14 0/0 de 1876 à 1880; de 12 0/0 de 1881 à 1885. En 1886, il y a eu 1020 concordats simples sur 8747 faillites terminées; en 1887, 907 sur 8504; en 1888, 915 sur 8381; en 1889, 684 sur 8070; en 1890, 648 sur 7194; en 1891, 595 sur 6425; en 1892, 593 sur 5713; en 1893, 623 sur 6322.

Quant aux dividendes obtenus dans les concordats simples, ils ont été les suivants :

ANNÉES	Moins de 10 0/0	10 à 25 pour cent	26 à 50 pour cent	51 à 75 pour cent	Plus de 75 0/0
1851-1855	8 0/0	53 0/0	29 0/0	4 0/0	6 0/0
1856-1860.....	4 0/0	51 0/0	32 0/0	3 0/0	7 0/0
1861-1865	4 0/0	51 0/0	35 0/0	4 0/0	6 0/0
1866-1870.....	6 0/0	46 0/0	36 0/0	5 0/0	7 0/0
1871-1875.....	4 0/0	45 0/0	37 0/0	4 0/0	10 0/0
1876-1880	5 0/0	43 0/0	37 0/0	5 0/0	10 0/0
1881-1885.....	5 0/0	47 0/0	34 0/0	4 0/0	10 0/0
1886	6 0/0	53 0/0	30 0/0	3 0/0	8 0/0
1888	9 0/0	50 0/0	32 0/0	2 0/0	7 0/0
1889	8 0/0	56 0/0	24 0/0	12 0/0 de 51 à 99 0/0	

Il faut tenir compte de ce qu'à partir de la mise en vigueur de la loi du 4 mars 1889, il y a eu, à côté des faillites, des liquidations judiciaires dont un grand nombre se terminent par des concordats simples qui doivent donner généralement des dividendes plus élevés que les concordats après faillite par cela même que les jugements de mises en liquidation judiciaire sont rendus moins longtemps après la date de la cessation des paiements que les jugements déclaratifs de faillite.

les créanciers aux majorités requises, à raison de ce qu'il exige l'intervention de la justice.

Il sera successivement traité : A. *De la formation du concordat simple (judiciaire).* — B. *Des effets du concordat simple.* — C. *Des causes diverses qui font tomber le concordat simple.* — D. *Du concordat amiable.*

A. — DE LA FORMATION DU CONCORDAT SIMPLE.

567. Le concordat suppose que certaines conditions et formalités préalables à sa formation ont été remplies. En outre, il y a des conditions spéciales exigées pour la formation même du concordat. Il y a là deux ordres d'idées à distinguer.

568. Avant qu'il puisse être passé à la délibération des créanciers qui a à se prononcer sur le concordat, il faut nécessairement que le bilan ait été dressé, que la date de la cessation des paiements ait été définitivement fixée (1), qu'il ait été procédé à la vérification et à l'affirmation des créances. C'est, en effet seulement, quand ces conditions sont remplies qu'on connaît les créanciers. Cela est évident pour le bilan et pour la procédure de vérification et d'affirmation des créances (2); et, quant à la fixation de la date de la cessation des paiements, la nécessité résulte de ce que cette date influe sur les nullités des actes faits par le failli avant le jugement déclaratif; ces nullités diminuent souvent le nombre des créanciers.

569. La formation même du concordat exige la réunion de trois conditions. Il faut pour qu'il soit conclu : 1° que l'assemblée des créanciers l'ait voté aux majorités spéciales déterminées par le Code; 2° qu'il ait reçu l'homologation du tribunal de commerce ou de la Cour d'appel; 3° que le failli n'ait pas été condamné comme banqueroutier frauduleux (art. 507, 1er alin. et 510, 1er alin.).

570. 1° ASSEMBLÉE DES CRÉANCIERS. MAJORITÉS REQUISES PAR LA LOI.

(1) Aussi a-t-il été décidé qu'il doit être sursis à la tenue de l'assemblée lorsque l'appel formé contre le jugement qui a fixé la date de la cessation des paiements est pendant : Caen, 20 janv. 1868, D. 1869. 2. 100.

(2) Cela résulte, du reste, bien de l'art. 504, C. com., qui prescrit la convocation des créanciers dans les trois jours *qui suivent* les délais prescrits pour l'affirmation.

— Une assemblée de créanciers doit être convoquée pour se prononcer sur le concordat proposé par le failli. Le concordat est une sorte de contrat supposant l'offre du failli et l'acceptation de l'assemblée des créanciers. Le failli a sous ce rapport un droit personnel. Il n'y a pas de proposition de concordat faite d'office par le syndic.

Le juge-commissaire doit faire convoquer l'assemblée des créanciers par le greffier (1) dans les trois jours qui suivent les délais prescrits pour l'affirmation. La convocation se fait par lettres individuelles adressées à chaque créancier et par insertions dans les journaux (art. 504). Les journaux où les insertions doivent être faites, sont ceux du lieu où la faillite a été déclarée. Il n'est pas besoin d'en faire dans les journaux des lieux où les créanciers ont leurs résidences. Ce serait là une source de frais considérables (2).

Les convocations individuelles ont assurément la plus grande utilité ; elles ne peuvent pas échapper aux créanciers comme les insertions faites dans les journaux. Aussi a-t-on parfois admis que les convocations individuelles sont exigées à peine de nullité de la délibération à prendre par l'assemblée des créanciers (3). C'est là une solution rigoureuse difficilement admissible dans le silence de la loi. Il est préférable de laisser au tribunal le soin d'apprécier si la nullité doit être ou ne pas être prononcée ; il peut être ainsi tenu compte de l'importance de la créance du créancier non convoqué et des causes qui l'ont empêché de participer à l'assemblée ou de s'y faire représenter malgré les insertions faites dans les journaux (4).

571. Les convocations doivent être adressées aux créanciers vérifiés et affirmés, aux créanciers contestés au profit desquels ont été déjà rendues des décisions favorables sur le fond, aux créanciers contestés admis par provision (art. 499 et 500, C. com.). Il n'y a même pas à faire exception pour les créanciers hypothécaires et privilégiés.

(1) D'après le Code de commerce de 1807, c'étaient les syndics provisoires qui avaient à convoquer les créanciers. Ce mode de convocation a été considéré comme n'offrant pas des garanties suffisantes.

(2) Nancy, 11 fév. 1888, S. 1889. 2. 133 ; *J. Pal.*, 1889. 1. 711 ; *Supplément au Répertoire de Dalloz*, v° *Faillites, Banqueroutes, Liquidations judiciaires*, p. 451, en note.

(3) Caen, 7 janv. 1863, D. 1863. 2. 115. — Boistel, n° 1031.

(4) Alger, 30 nov. 1878, D. 1880. 2. 212. — Renouard, II, p. 2 et 3.

Comme il sera expliqué plus loin (n° 577), le vote d'un de ces créanciers à l'assemblée du concordat entraîne de sa part renonciation à son privilège ou à son hypothèque (art. 508, C. com.). C'est à chacun de ces créanciers dûment convoqués à voir s'il préfère ne pas participer au vote et conserver, par suite, son privilège ou son hypothèque ou y participer et perdre alors sa garantie. Le juge-commissaire n'a pas à faire cette option pour les créanciers en s'abstenant de les convoquer (1).

Au contraire, il n'y a pas à convoquer les créanciers qui n'ont pas produit à la faillite ni les créanciers contestés qui n'ont pas été l'objet d'une admission provisionnelle.

572. Le Code de commerce, qui fixe le délai dans lequel doit être faite la convocation (n° 570), ne détermine pas le jour de la réunion. Celui-ci est déterminé librement par le juge-commissaire (art. 505, 1er alin.) (2).

573. Comme dans les autres assemblées de la faillite, les créanciers convoqués peuvent se présenter en personne ou par fondés de pouvoirs. Conformément aussi à ce qui est admis pour les autres assemblées, chaque créancier peut choisir un mandataire ou plusieurs créanciers peuvent choisir un mandataire unique. Comme toute autre assemblée de la faillite, l'assemblée du concordat doit être présidée par le juge-commissaire, à l'exclusion de tout membre du tribunal de commerce qui n'aurait pas été désigné comme tel (3).

574. Il s'agit d'une convention à conclure entre le failli et ses créanciers ou, du moins, avec la majorité d'entre eux; aussi le failli doit-il être appelé à l'assemblée. Il doit s'y présenter en personne, il ne peut se faire représenter que pour des motifs valables et approuvés par le juge-commissaire (art. 505, 2e alin.). Toutefois, comme on ne peut obliger le failli à se présenter quand il risque d'être arrêté, cette obligation n'existe pour lui que quand il a été dispensé de la mise en dépôt ou qu'il a obtenu un sauf-conduit. V. nos 481 et suiv.

(1) Nancy, 11 fév. 1888, S. 1889. 2. 133; *J. Pal.*, 1889. 1. 711; *Journ. des faillites*, 1888, p. 472.

(2) Le délai de vingt jours, accordé pour la production par l'art. 492, C. com., ne s'applique donc pas ici. V. l'arrêt cité à la note précédente.

(3) Nimes, 20 mai 1892, *Journ. des faillites*, 1893, p. 370.

575. Les syndics font un rapport à l'assemblée sur l'état de la faillite. Ils y indiquent le montant de l'actif et du passif, les formalités remplies et les opérations faites durant la période préparatoire (art. 506, 1er alin. C. com.). Ce rapport doit être remis, signé des syndics, au juge-commissaire, ce qui implique qu'il doit être écrit (article 506, 2e alin.) (1).

Le failli fait ensuite par écrit ou verbalement (2) ses propositions, c'est-à-dire qu'il indique quels délais il réclame ou quelles remises il demande et, par conséquent, de quelle portion de ses dettes il demeurera tenu. Puis une discussion peut s'engager sur ces propositions entre le failli et les créanciers.

Les contrôleurs, s'il en a été nommé, peuvent participer à la discussion comme les autres créanciers; mais ils n'ont pas, ainsi que cela est prescrit dans certains pays étrangers (3), à émettre un avis sur les propositions de concordat en qualité de contrôleurs.

C'est seulement après ces préliminaires qu'il est passé au vote sur les propositions du failli.

576. Au vote peuvent participer, en principe, tous les créanciers convoqués à l'assemblée (n° 571) ou les personnes ayant reçu de ces créanciers les pouvoirs nécessaires pour se prononcer sur le concordat.

Nos lois n'édictent aucune incapacité spéciale pour les créanciers. Peu importe que les créanciers, soient parents ou alliés du failli ou qu'il s'agisse de son conjoint (4). Il va seulement de soi qu'un

(1) V. la note précédente.

(2) Aucune disposition légale n'exige que les propositions de concordat soient faites par écrit. Mais à Paris, elles se font par écrit, parce que l'usage est de les communiquer à chaque créancier avec la convocation individuelle. On y joint d'ordinaire aussi le rapport du syndic. — En *Allemagne*, l'écrit est exigé, parce qu'il faut, d'après la loi (art. 165), que les propositions de concordat soient déposées au greffe du tribunal.

(3) V. loi *allemande*, art. 161.

(4) DROIT ÉTRANGER. — Selon la loi *suisse* (art. 293, al. 2 et art. 305), la femme du débiteur n'a pas le droit de voter au concordat de son mari; si elle émet en fait une opinion, il n'est pas tenu compte de son vote. Le Code de commerce *chilien* (art. 1460, dern. alin.) exclut l'épouse du failli et les parents et alliés de celui-ci jusqu'au quatrième degré. La loi *hongroise* (art. 212 2°) refuse le droit de vote aux parents et aux alliés du failli en ligne directe ascendante et descendante, à ses frères et sœurs, neveux et nièces, à son conjoint et à son fiancé, aux conjoints de ses frères et sœurs et aux frères et sœurs de son conjoint. Au contraire, le Code de commerce *argentin* dispose expressément (arti-

concordat qui a été obtenu grâce au vote favorable de parents ou d'alliés du failli, peut paraître suspect et que le tribunal chargé, comme il sera dit plus loin (nos 598 et suiv.), de donner son homologation, doit alors être disposé à l'examiner avec rigueur (1).

Le créancier qui est en même temps syndic n'est pas non plus, à raison de cette qualité, privé du droit de prendre part au vote sur le concordat(2).

S'il n'y a pas de condition spéciale de capacité, il faut, du moins, que les créanciers satisfassent à une condition de capacité générale : ils doivent être capables de disposer de leurs créances par cela même que le concordat renferme toujours des remises ou des concessions de délais (3). On ne saurait aller jusqu'à exiger chez le créancier la capacité de disposer à titre gratuit; car, ainsi que cela sera expliqué à propos des effets du concordat (n° 616), les remises qu'il contient ne constituent pas des donations comme les remises de dettes dont traite le Code civil (art. 1284 et suiv.) (4).

Par cela même qu'en consentant au concordat, les créanciers disposent de leurs créances, un mandat conçu en termes généraux ne suffit pas; le mandat doit être exprès (art. 1988, C. civ.). Quant aux mandataires nommés en vertu de dispositions légales comme les tuteurs, il suffit qu'ils aient le pouvoir de disposer des créances de celui qu'ils représentent pour qu'ils puissent participer au vote du concordat. Ce serait une erreur que d'aller jusqu'à exiger, comme on l'a fait parfois, qu'ils aient le pouvoir de transiger. Le concordat n'est pas une transaction répondant à la définition de l'art. 2044, C. civ.; ce n'est pas « un contrat par lequel les parties terminent « une contestation née ou préviennent une contestation à naître. »

cle 1467, dern. alin.) que la qualité de conjoint, d'ascendant ou de descendant du failli ne fait pas obstacle à ce qu'un créancier vote au concordat. Il en est de même en Allemagne où la loi sur la faillite de 1877 n'a pas reproduit à cet égard les dispositions de la loi prussienne de 1855 (art. 193 4 *b*, modifié par la loi du 19 octobre 1871).

(1) Cpr. Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*, p. 479, note 2.

(2) Le Code de commerce *chilien* (art. 1460, dern. alin.) contient une disposition contraire.

(3) Dans quelques pays, on se contente de la capacité d'administrer chez le créancier : Code de commerce *argentin* (art. 1468, dern. alin.).

(4) V. nos 616 et suiv.

Les créanciers de la faillite qui participent au vote du concordat ont des créances, en principe, certaines et on ne trouve pas dans le concordat les sacrifices réciproques que l'art. 2044, C. civ., ne mentionne pas, mais qui sont un élément de la transaction. Il faut conclure de là notamment :

a. Qu'un tuteur dont le pupille est créancier d'un failli peut voter au concordat de celui-ci sans qu'on ait à observer les dispositions de l'art. 467, C. com., à charge seulement de se munir de l'autorisation de justice et, au besoin, de l'homologation prescrite par la loi du 27 février 1880 pour les ventes de choses incorporelles appartenant au mineur (1).

b. Qu'un syndic de la faillite d'un créancier peut, sans qu'il y ait à remplir les formalités des art. 487 et 535, C. com., voter le concordat du débiteur lui-même en faillite, avec la seule autorisation du juge-commissaire qui suffit, en principe, pour permettre à un syndic de disposer des biens du failli (art. 535 et 572, C. com.) (2).

577. Tout ce qui vient d'être dit quant aux créanciers appelés à voter ne concerne que les créanciers chirographaires. Les créanciers hypothécaires et privilégiés n'ont pas voix aux opérations relatives au concordat pour leurs créances, à moins qu'ils ne renoncent à leur hypothèque ou à leur privilège. A raison de leur garantie, ces créanciers sont, en principe, assurés d'être payés ; il serait à craindre qu'ils ne se laissassent trop facilement entraîner à voter un concordat qui ne peut leur nuire ou à rejeter un concordat avantageux pour les créanciers chirographaires. Si, par hasard, un créancier hypothécaire ou privilégié vote au concordat, son vote est considéré par la loi comme emportant de plein droit renonciation à sa garantie, il est alors traité comme créancier chirographaire (art. 508, 2e alin.).

(1) V. au contraire, pour l'assimilation du concordat à la transaction, Bordeaux, 18 déc. 1878, S. 1880. 2. 140; *J. Pal.*, 1880. 563. Cpr. Cass. 18 juill. 1843, S. 1843. 1. 778; *J. Pal.*, 1843. 2. 679. — V. contre l'assimilation à la transaction, Kohler, *Lehrbuch des Handelsrechts*, p. 457.

(2) Cpr. Aix, 4 mars 1890, S. 1890. 2. 49; *J. Pal.*, 1890. 1. 322 (note de Ch. Lyon-Caen). — V. sur la difficulté spéciale au cas où le créancier que le syndic représente à la faillite du débiteur est un créancier privilégié ou hypothécaire, n° 578.

L'art. 508, C. com., est conçu dans les termes suivants : *Les créanciers hypothécaires inscrits ou dispensés d'inscription et les créanciers privilégiés ou nantis d'un gage n'auront pas voix dans les opérations relatives au concordat pour les dites créances, et elles n'y seront comptées que s'ils renoncent à leurs hypothèques, gages ou privilèges. — Le vote au concordat emportera de plein droit cette renonciation.* — Cette disposition s'est toujours appliquée aux privilèges sur les navires comme aux autres privilèges et, depuis l'introduction dans notre législation de l'hypothèque maritime, elle s'applique à cette hypothèque comme à l'hypothèque sur les immeubles. Il y a identité de motifs et, du reste, la généralité des termes de l'article 508 se prête à son application à l'hypothèque sur les navires.

578. Pour que cette renonciation soit admise, il faut que le créancier soit capable de la faire ou que son mandataire ait le pouvoir d'y consentir. Cette capacité ou le pouvoir nécessaire à cet effet est celui de disposer de la créance dont l'hypothèque ou le privilège est un accessoire. On ne saurait se prévaloir contre cette règle de ce que, pour donner une mainlevée d'inscription, d'hypothèque ou de privilège, la capacité ou le pouvoir de recevoir le paiement suffit. Car cela n'est vrai que lorsque la mainlevée a lieu à la suite du paiement, de telle sorte que, l'hypothèque ou le privilège étant éteint par l'effet même de l'extinction de la créance (2180 1°, C. civ.), la mainlevée n'a, en réalité, que l'inscription pour objet. Mais on a parfois soutenu que, pour renoncer à une hypothèque ou à un privilège, il faut avoir la capacité ou le pouvoir d'aliéner les immeubles à raison de la nature immobilière de ces droits (1). Il est évident que cette doctrine est sans application aux privilèges et à l'hypothèque maritimes qui sont des droits mobiliers. Elle n'est pas exacte même pour les privilèges et les hypothèques sur les immeubles. Ce sont bien là des droits immobiliers, mais il est impossible de comprendre comment il faudrait une capacité ou des pouvoirs plus étendus pour renoncer à ces accessoires de la créance que pour disposer de la créance elle-même.

De là résultent plusieurs conséquences :

1° Une femme ne perd pas son hypothèque légale en votant au con-

(1) Laurent, *Principes de Droit civil*, XXX, nos 163 et 168; Martou, *Traité des privilèges et hypothèques*, III, nos 1188 et 1190.

cordat lors de la faillite de son mari, à moins qu'elle n'ait été autorisée à voter par lui ou par justice (1). 2° Bien plus, en vertu de la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière (2), une femme dotale ne perd pas son hypothèque légale, en tant qu'elle garantit sa dot, en votant au concordat dans la faillite de son mari, fût-elle autorisée à voter par celui-ci ou par justice (3). 3° Mais, comme, d'après la jurisprudence, le mari a, sous le régime dotal, le pouvoir de disposer de la dot mobilière, il fait perdre à sa femme l'hypothèque garantissant une créance dotale en votant au concordat du débiteur de sa femme (4). 4° Lorsqu'un créancier hypothécaire est en faillite ainsi que son débiteur, le syndic de la faillite du créancier fait perdre au failli créancier son hypothèque en votant au concordat de la faillite du débiteur avec l'autorisation du juge-commissaire (5).

579. La renonciation à l'hypothèque ou privilège que l'art. 508 attache au vote d'un créancier hypothécaire ou privilégié s'applique certainement au cas où le concordat est voté aux majorités requises et reçoit du tribunal l'homologation exigée par la loi. Mais on a soutenu que l'hypothèque ou le privilège n'est pas perdu quand le concordat n'est pas voté ou n'est pas homologué (6). La renonciation, a-t-on dit, par un créancier à sa garantie, est faite en retour des avantages promis par le concordat. Elle doit, par suite, être réputée non avenue si le concordat n'est pas, en définitive, conclu, parce qu'il n'a pas été voté aux majorités requises ou n'a pas reçu l'homologation du tribunal. Selon nous, au contraire, le privilège ou l'hypothèque d'un créancier est perdu pour lui par cela seul qu'il a voté au concordat, que celui-ci soit, en définitive, ou ne soit pas voté et homologué (7).

(1) Trib. civ. Seine (Chambre du Conseil), 3 mai 1862, *Journ. des faillites*, 1882, p. 295. — L'autorisation du mari en faillite peut être donnée utilement. En effet, la puissance maritale ne cesse pas par suite de la déclaration de faillite du mari et le mari peut autoriser valablement sa femme même pour des actes dont il doit profiter : Trib. civ. de Nevers, 2 juill. 1888.

(2) V. sur cette jurisprudence, Aubry et Rau, V, § 537 *bis*.

(3) Demangeat sur Bravard, V, p. 379, en note.

(4) Cass. 26 août 1851, S. 1851. 1. 805.

(5) V. note de Ch. Lyon-Caen, dans le *Recueil de Sirey*, 1890. 2. 69, et dans le *Journal du Palais*, 1890. 1. 322.

(6) Bédarride, n° 544; Laurin, n° 1115; *Supplément au Répertoire de Dalloz*, v° *Faillites, Banqueroutes et Liquidations judiciaires*, n° 919.

(7) Trib. civ. Seine, 17 mai 1887, *Journ. des faillites*, 1887, p. 238 ; Rouen,

Cette opinion qui triomphe dans la jurisprudence, est seule conforme au texte de l'art. 508 et aux motifs qui l'expliquent. Que dit l'art. 508? *Le* VOTE *au concordat emportera de plein droit cette renonciation.* Qu'a voulu le législateur? Empêcher que les créanciers hypothécaires et privilégiés qui, à raison même de leurs garanties, n'ont pas d'intérêt dans la question, ne contribuassent par leur vote à faire adopter ou rejeter le concordat, alors que peut-être le rejet ou l'adoption en serait avantageux pour les créanciers chirographaires. Si les créanciers hypothécaires ou privilégiés conservaient leurs garanties en cas d'échec du concordat, ils participeraient au vote dans le but de faire repousser le concordat, alors que peut-être les créanciers chirographaires ont un intérêt réel à sa conclusion.

580. Par identité de motifs, le privilège ou l'hypothèque du créancier qui a voté au concordat, est perdu pour lui alors même que le concordat dûment conclu et homologué est par la suite annulé ou résolu (nos 634 et suiv.) (1).

581. Aucune réserve faite par le créancier participant au vote du concordat ne peut le mettre à l'abri de la perte de son privilège ou de son hypothèque (2). L'art. 508 ne contient pas de disposition autorisant une telle réserve et encore ici les motifs de la loi doivent conduire à exclure la possibilité d'une réserve. L'admission d'une réserve ne se comprendrait que s'il y avait dans l'art. 508 une renonciation fondée sur une présomption établie dans l'intérêt du créancier; le réserve ferait tomber cette présomption. Mais, comme il a déjà été dit, la disposition de l'art. 508 est édictée dans l'intérêt des créanciers chirographaires, pour éviter que des personnes désintéressées dans la question du concordat, ne puissent avoir une influence décisive sur la solution à y donner. La réserve dont il s'agit n'empêche-

30 mars 1892, D. 1892. 2. 445; Rennes, 20 mai 1893, D. 1893. 2. 331; Cass. 6 mars 1894, D. 1894. 1. 49. — Geoffroy, *Code des faillites*, p. 181; Demangeat sur Bravard, V, p. 378, note 2; Renouard, I, sur l'art. 508, no 11; Boistel, no 1035; Dalmbert, *Vote au concordat, Déchéance du créancier hypothécaire inscrit. Observations sur l'art. 508, C. com.* — V. aussi la consultation de Ch. Lyon-Caen reproduite dans le *Journ. des faillites*, 1888, p. 95 et suiv. et dans la *Gazette du Palais*, nos des 11, 12 et 13 septembre 1887.

(1) Cass. 6 mars 1894, D. 1894. 1. 49.

(2) Cass. 26 août 1851, S. 1851. 1. 805; D. 1851. 1. 283.

rait pas que les créanciers hypothécaires ou privilégiés qui la feraient fussent dépourvus d'intérêt.

Les mêmes raisons mettent obstacle à ce qu'on puisse admettre un créancier hypothécaire ou privilégié à prétendre utilement qu'il ignorait la disposition de l'art. 508, C. com. (1).

582. Il est possible qu'au moment où a lieu l'assemblée du concordat, le privilège ou l'hypothèque qu'un créancier prétend avoir, soit contesté. Ce cas est prévu par l'art. 501, C. com., qui dispose : *le créancier dont le privilège ou l'hypothèque seulement serait contesté, sera admis dans les délibérations de la faillite comme créancier ordinaire.* Cette disposition a fait naître une difficulté. Ce créancier peut-il participer au vote du concordat sans s'exposer à perdre sa garantie en vertu de l'art. 508, dans le cas où l'existence de son hypothèque serait reconnue? On l'a soutenu en se fondant sur l'art. 501 (2). Mais, en adoptant cette doctrine, on laisse absolument de côté l'art. 508 ; il est préférable d'admettre, pour faire la part de l'art. 501 et de l'art. 508, que le créancier dont l'hypothèque ou le privilège est contesté, peut bien prendre part aux assemblées de créanciers, mais qu'il ne saurait voter sans s'exposer à perdre sa garantie (3). Autrement, du reste, on pourrait craindre que, de connivence avec un créancier bien disposé, le failli ne contestât le privilège ou l'hypothèque de celui-ci, dans le but d'augmenter la majorité en faveur du concordat.

583. Il va de soi, d'ailleurs, que le créancier qui a à la fois une créance chirographaire et une créance hypothécaire, a la faculté de prendre part au vote du concordat pour la première sans perdre son hypothèque pour la seconde (4). De même, le créancier dont une partie seulement de la créance a été garantie par une hypothèque, peut voter au concordat, sans perdre cette hypothèque, pour la por-

(1) Rouen, 2 janv. 1851, D. 1855. 2. 179.

(2) Boistel, n° 989, p. 757.

(3) Cass. 11 fév. 1880, S. 1880. 1. 164; *J. Pal.*, 1880. 369. — Renouard, II, p. 27; Bravard et Demangeat, V, p. 368. — Le projet de loi soumis à la Chambre des députés en 1883 consacrait expressément cette solution dans l'art. 454, ainsi conçu : « Le créancier dont le privilège, l'hypothèque ou le gage seule-« ment est contesté, a voix consultative. »

(4) Nimes, 23 avr. 1884, *Journ. des faillites*, 1885, p. 536.

tion chirographaire de sa créance (1). Par suite, celui qui a deux créances hypothécaires peut, en déclarant qu'il ne prend part au vote que pour l'une d'elles (celle pour laquelle il suppose que son hypothèque ne vient pas en rang utile), conserver l'hypothèque garantissant l'autre créance. De même encore, un créancier n'ayant qu'une, seule créance hypothécaire et prévoyant que son hypothèque ne lui permettra de se faire payer que pour une partie de sa créance, peut renoncer à son hypothèque pour l'excédent, afin de voter au concordat (2). Le créancier est alors à traiter comme celui dont la créance n'a été garantie qu'en partie par une hypothèque. Il a pourtant été soutenu qu'en l'absence de toute restriction dans l'art. 508, les créanciers hypothécaires n'ont à opter qu'entre deux partis absolus, la renonciation complète à leur garantie ou l'abstention de toute participation à l'assemblée du concordat (3). Cette opinion rigoureuse et étroite est en contradiction avec les dispositions du Code de commerce qui traitent le créancier hypothécaire ou privilégié comme un créancier chirographaire en tant que sa créance n'est pas garantie.

584. L'art. 508 est une disposition rigoureuse, qui comme telle ne doit pas être étendue par analogie. Il est, par suite, inapplicable au créancier dont la créance est garantie par une caution. L'art. 508 ne parle pas du cautionnement. Il n'y a pas, d'ailleurs, identité entre le cautionnement et l'hypothèque ou le privilège. Le créancier qui a une caution, n'a pas une garantie aussi sûre que celui qui a une hypothèque ou un privilège; il peut toujours craindre que la caution ne devienne insolvable et, par suite, il a intérêt à examiner avec soin les conditions du concordat. En outre, l'extinction de l'obligation de la caution ne profiterait pas aux autres créanciers comme leur profite la perte de l'hypothèque ou du privilège.

Mais le créancier qui, ayant à la fois une caution et une hypothèque, vote au concordat, perd aussi bien la caution que l'hypothèque. Il perd l'hypothèque en vertu de l'art. 508 et il est privé de l'obli-

(1) Paris (7e chambre), 20 juin 1893, *La Loi*, nº des 25-26 août 1893; *Journ. des faillites*, 1894, p. 100.

(2) Trib. civ. Lons-le-Saulnier, 4 juill. 1853, D. 1853. 3. 32; Trib. civ. Toulouse, 13 fév. 1895, *Le Droit*, nº du 20 sept. 1895; Lyon, 9 août 1894, *La Loi*, nº du 23 nov. 1894. — Bravard et Demangeat, V, p. 382; Boistel, nº 1036.

(3) Renouard, II, p. 22 et 23; Pardessus, III, nº 1326.

gation de la caution, à raison de ce qu'en participant au concordat, il a rendu impossible la subrogation de la caution à son hypothèque. Il y a là une application de l'art. 2037, C. civ., selon lequel *la caution est déchargée lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution.*

585. L'art. 508 s'applique au cas dans lequel l'hypothèque ou le privilège grève un immeuble appartenant au failli. Mais doit-il aussi régir le cas où l'immeuble grevé appartient à un tiers? On a admis que l'art. 508 doit être restreint au cas où c'est un immeuble du failli qui est grevé et non pas un immeuble appartenant à un tiers. On se fonde surtout sur ce que, dans les dispositions qui précèdent l'art. 508, comme dans les sections II et III du chapitre VII, il n'est question des droits des créanciers que par rapport à la personne et aux biens du failli (1). Dans un sens tout opposé, on a soutenu que l'art. 508 doit recevoir son application même au cas où le bien grevé du privilège ou d'une hypothèque appartient à un tiers. Le tiers acquéreur de l'immeuble hypothéqué, dit-on, si l'hypothèque subsistait, aurait un recours à exercer contre la faillite. Il est impossible qu'on admette à la fois pour la totalité aux opérations de la faillite le créancier et le tiers qui doit le désintéresser (2).

Aucun de ces deux systèmes absolus ne doit être admis. Une distinction doit être faite. S'il s'agit d'une hypothèque constituée par un tiers sur son immeuble, on ne voit pas comment le vote du créancier au concordat de son débiteur le priverait de cette hypothèque. Le créancier ayant une caution ne perd pas le bénéfice du cautionnement en votant au concordat (n° 584). Il n'y a là, en réalité, selon l'expression consacrée, qu'un cautionnement réel (3). Au contraire,

(1) Cass. 20 juin 1854, S. 1854. 1. 593; *J. Pal.*, 1854. 2. 537; D. 1854. 1. 305. — Boistel, n° 1036.

(2) Demangeat sur Bravard, V, p. 382, en note.

(3) Par application de la solution admise au texte, le créancier qui a une hypothèque sur un immeuble du codébiteur solidaire du failli, peut voter au concordat sans avoir à craindre la perte de son hypothèque en vertu de l'art. 508, C. com.: Aix, 3 mai 1882, *Journ. des faillites*, 1883, p. 205; Trib. civ. Seine, 26 déc. 1893, *Le Droit*, n° du 20 fév. 1894 (dans l'espèce, l'hypothèque avait été constituée sur un de ses immeubles par la femme du failli, obligée solidairement avec lui).

s'il s'agit d'une hypothèque grevant un immeuble qui a passé entre les mains d'un tiers-acquéreur, l'art. 508 doit être appliqué lorsque le tiers peut recourir contre la faillite à raison du droit de suite exercé contre lui (1).

586. *Effets de la renonciation au privilège ou à l'hypothèque admise par l'art. 508, C. com.* — La renonciation au privilège ou à l'hypothèque qu'entraîne le vote d'un créancier au concordat n'a évidemment d'effets que pour l'avenir. En conséquence, le créancier qui, ayant reçu en gage des actions ou des obligations, a touché des dividendes ou des intérêts à imputer sur les intérêts de sa créance, ne peut être tenu de les rapporter (2).

587. Qui a le droit de se prévaloir de la renonciation d'un créancier résultant de son vote au concordat? Il n'est pas douteux que ce droit appartient à la masse des créanciers. C'est elle qui est surtout intéressée à faire considérer comme n'existant plus le droit de préférence qui primait les créanciers qui la composent. Mais faut-il restreindre à la masse le droit d'invoquer la renonciation? Ne doit-on pas, au contraire, admettre que la renonciation a un caractère absolu et que, par suite, tous les intéressés peuvent l'invoquer? La question se pose notamment pour le failli concordataire et pour les créanciers pris individuellement (3).

On a prétendu que la renonciation est purement relative, en ce sens qu'elle n'existe qu'à l'égard de la masse (4). C'est, dit-on en ce sens, pour protéger la masse contre le vote d'un créancier dont les intérêts ne se confondent pas avec les siens et sont parfois même contraires, que l'art. 508 prive de son hypothèque ou de son privilège le créancier qui prend part au vote du concordat. Il est, dès lors, logique que la masse seule puisse invoquer une disposition admise dans son intérêt. La raison même de l'art. 508 empêche qu'on ne

(1) V. Poitiers, 27 fév. 1896, *Journ. des faillites*, 1896, p. 427.

(2) Cass. 7 juill. 1870; D. 1871. 1. 307.

(3) Il peut arriver, par exemple, que la renonciation à l'hypothèque soit invoquée après le concordat simple par le failli concordataire qui veut faire disparaître ainsi l'hypothèque grevant un de ses immeubles ou qu'un créancier inscrit après celui qui a voté au concordat, se prévale de la renonciation pour arriver au premier rang. La question résolue au texte se présente alors.

(4) Dijon, 3 fév. 1865, S. 1865. 2. 31; D. 1865. 2. 89.

doive s'arrêter à ce qu'il ne restreint pas expressément à l'égard de la masse les effets de la renonciation. Les partisans de ce système rapprochent, du reste, l'art. 508 des art. 446 à 448, C. com., qui frappent de nullité les actes faits durant la période suspecte à l'égard de la masse seulement et ils font remarquer que le caractère relatif des nullités des art. 447 et 448 est admis sans difficulté bien qu'aucune expression de ces articles ne le consacre ou n'y fasse même allusion (nos 317, 398 et 467).

Il faut, selon nous, reconnaître, comme le font la jurisprudence et les auteurs, que la renonciation à l'hypothèque ou au privilège résultant du vote d'un créancier au concordat est absolue et que, par suite, elle peut être invoquée, non seulement par la masse, mais encore par tout intéressé, spécialement par le failli concordataire et par chacun des créanciers (1).

L'art. 508 n'indique nullement que la renonciation résultant du vote à un concordat a un caractère relatif. Il est naturel de lui attribuer les mêmes effets qu'à la renonciation expresse faite par un créancier avant de participer au vote du concordat. Par ses termes mêmes, l'art. 508 paraît établir l'assimilation. Cette interprétation est d'autant plus naturelle que la renonciation est rangée par l'art. 2180, C. civ., parmi les causes d'extinction de l'hypothèque et qu'assurément elle l'éteint d'une façon absolue. Une disposition formelle de l'art. 508 aurait été nécessaire pour qu'il en fût autrement dans le cas spécial de renonciation qu'il prévoit. Il est vrai que, dans les art. 447 et 448, C. com., on sous-entend que les nullités facultatives sont relatives, mais entre les nullités et la renonciation de l'art. 508 il n'y a pas de rapport. Du reste, ce qui autorise à admettre que les nullités facultatives n'ont qu'un effet relatif, c'est qu'il en est ainsi, en vertu d'une disposition formelle de l'art. 446, C. com., des nullités de droit et qu'une différence faite sous ce rapport entre les deux classes de nullités ne pourrait se justifier par aucun motif rationnel ou pratique.

(1) Rouen, 21 janv. 1862, S. 1863. 1. 262. — Cass. 11 fév. 1880, S. 1880. 1. 164; *J. Pal.*, 1880. 369; Cass. 6 mars 1894, D. 1894. 1. 49; *Journ. des faillites*, 1894, p. 337; Poitiers, 14 janv. 1895, *Le Droit*, no du 19 fév. 1895; Poitiers, 27 fév. 1896, *Journ. des faillites*, 1896, p. 427.

588. Droit étranger. — Toutes les lois s'accordent à refuser, en principe, aux créanciers hypothécaires et privilégiés le droit de prendre part au vote sur le concordat. Mais elles cessent de s'accorder sur les conditions auxquelles ce vote est possible et sur les conséquences du vote sans observation de ces conditions; il s'en faut que la renonciation admise comme en découlant par l'art. 508, C. com., soit consacrée par toutes les législations et cette renonciation n'a pas partout des effets aussi complets qu'en France. En outre, les législations qui sur ce point concordent avec notre Code de commerce, prévoient et résolvent parfois quelques questions de détail qui sont chez nous tranchées en sens différent par voie d'interprétation (1).

(1) Droit étranger. — La loi *belge* (art. 513) décide que la renonciation des créanciers hypothécaires ou privilégiés à leurs droits de préférence qui résulte de leur vote au concordat, sera sans effet pour le cas où le concordat n'est pas admis. Ces créanciers peuvent toutefois, d'après cette loi, voter au concordat en renonçant à leurs privilèges ou hypothèques pour une quotité de leurs créances équivalant au moins à la moitié; dans ce cas, ces créances ne sont comptées que pour cette quotité dans les opérations relatives au concordat. — Les Codes de commerce *italien* (art. 834) et *roumain* (art. 850) contiennent des dispositions analogues; ils admettent que les effets de la renonciation au privilège ou à l'hypothèque résultant du vote au concordat cessent de plein droit si le concordat n'aboutit pas ou est annulé. En outre, ces Codes se contentent d'une renonciation à la garantie pour un tiers au moins de la créance. Le Code de commerce *chilien* (art. 1460) se borne à reproduire les dispositions de l'art. 508 du Code de commerce français, en traitant les créanciers antichrésistes et les créanciers jouissant d'un droit de rétention en général, de la même manière que les créanciers privilégiés et hypothécaires. Le Code de commerce *argentin* (art. 1467) reproduit aussi les règles de l'art. 508, C. com., en excluant la renonciation qui résulte, en principe, du vote au concordat, pour le cas où le concordat n'est pas admis.

Les Codes *espagnol* (art. 900) et *mexicain* (art. 990) adoptent un système tout spécial. D'après ces Codes, les créanciers hypothécaires et privilégiés peuvent s'abstenir de prendre part au vote du concordat, et, s'ils s'abstiennent, le concordat ne porte pas préjudice à leurs droits. Si, au contraire, ces créanciers prennent part au vote du concordat, celui-ci leur est opposable avec les délais et les remises qu'il contient; mais ils n'ont pas perdu leur droit de préférence et peuvent l'invoquer pour se faire payer des dividendes promis par le concordat à l'égard des créanciers chirographaires. — C'est aussi un système particulier que consacre le Code de commerce *portugais* (art. 730, § 3), en déclarant perdus les droits de préférence pour les créanciers hypothécaires et privilégiés qui acceptent un concordat, mais en les relevant de cette déchéance quand le contraire est expressément consenti par la majorité des autres créanciers représentant également la majorité des créances en sommes. — En Autriche et en Allemagne, la renonciation résultant du vote au concordat n'est pas connue. Selon la loi *autri-*

589. *Majorités requises par la loi.* — Par cela même que le concordat est opposable à tous les créanciers chirographaires (nos 628 et suiv.), les principes généraux du droit devraient faire exiger le vote favorable de tous ces créanciers pour que le concordat fût conclu. Une telle exigence rendrait le concordat impossible; on n'obtiendrait jamais l'unanimité. Le législateur s'est donc contenté de la majorité (1). Mais l'adoption du concordat est une décision grave précisément parce que la minorité même est liée, par dérogation au principe de l'art. 1165, C. civ. Aussi la loi exige-t-elle des majorités spéciales. L'Ordonnance de 1673, s'attachant exclusivement à l'importance des intérêts, voulait que le concordat fût voté par des créanciers représentant les trois quarts des créances (2). Cette règle avait le grave inconvénient de donner une prédominance écrasante aux gros créan-

chienne (art. 213 et 214), les créanciers privilégiés et hypothécaires peuvent renoncer à leurs garanties et alors ils sont traités, au point de vue du vote au concordat, comme tous les autres créanciers chirographaires. Mais la déchéance de ces créanciers quant à leurs garanties ne résulte pas de leur vote au concordat. Ils sont admis à y participer, en cas d'insuffisance démontrée par la vente, ou d'insuffisance probable de leur gage, constatée par le comité des créanciers, pour l'excédent de leurs créances sur la valeur de ce gage. — Selon la loi *allemande* (art. 88), le tribunal, en cas de contestation élevée par un créancier de la faillite ou par le syndic, détermine pour quelle somme les créanciers hypothécaires et privilégiés pourront participer au vote dans les assemblées de la faillite d'après ce que probablement ils ne pourront se faire payer sur le bien qui leur est affecté. Mais le vote d'un créancier hypothécaire ou privilégié au concordat, alors même qu'il peut se faire payer en tout ou en partie sur le bien grevé de son hypothèque ou de son privilège, n'entraîne pas renonciation à cette garantie. Le législateur allemand a considéré qu'il y a là une conséquence d'une erreur du juge et qu'il est trop rigoureux d'y attacher la déchéance du créancier. V. Kohler, *op. cit* , p. 361 et 480. — La loi *anglaise* ne reconnait pas non plus la renonciation comme résultant du vote des créanciers hypothécaires et privilégiés au concordat; mais elle pose des règles très complètes pour réduire le droit de vote de ces créanciers à la portion de leurs créances non couverte par leur gage. ANNEXE II à la loi de 1883 (art. 9 à 17). — V. *Loi anglaise de 1883 sur la faillite*, traduite et annotée par Ch. Lyon-Caen (p. 139 et 140). — Consult. sur ce sujet, Thaller, *op. cit.*, II, p. 194 et suiv.

(1) C'est pour un motif semblable que, dans les sociétés par actions, selon la plupart des législations et selon la nôtre telle, du moins, qu'elle est interprétée par la jurisprudence, l'unanimité n'est pas, en principe, exigée dans les assemblées d'actionnaires qui votent des modifications aux statuts. V. *Traité de Droit commercial*, II, nos 862 et suiv.

(2) L'art. 6 du titre XI de l'Ordonnance de 1673 disposait : « Les voix des « créanciers prévaudront, non par le nombre des personnes, mais eu égard à « ce qui leur sera dû, s'il monte aux trois quarts des dettes. »

ciers. Si l'on se contentait de la majorité en nombre, les voix des petits créanciers pèseraient autant que celles des gros. Afin d'éviter que la prédominance n'appartienne exclusivement soit aux gros créanciers soit aux petits, le Code de commerce exige à la fois une majorité en nombre et une majorité en sommes. Mais l'importance des majorités requises a subi depuis 1807 une modification grâce à laquelle l'obtention d'un concordat par le failli est devenue plus facile. Le Code de 1807 (art. 519, alin. 2), dont la loi de 1838 avait reproduit à cet égard la disposition (art. 507, alin. 2), exigeait, pour l'adoption du concordat, deux majorités : *a*. La majorité en intérêt (en sommes) consistant dans les trois quarts du montant total des créances vérifiées et affirmées ou admises par provision ; *b*. La majorité en nombre consistant dans la moitié plus un des créanciers.

Il résultait du texte de l'art. 507, alin. 2, que la majorité des trois quarts en sommes se calculait sur l'ensemble des créances vérifiées et affirmées ou admises par provision et non pas seulement sur les créances pour lesquelles un vote était émis à l'assemblée du concordat. Mais, pour la majorité en nombre, le texte peu précis de l'article 507 avait fait naître une controverse sur le point de savoir si elle se calculait sur l'ensemble des créances vérifiées, affirmées et admises par provision, ou s'il suffisait de la moitié plus un des créanciers participant au vote du concordat. La première solution était avec raison admise par la jurisprudence et par la majorité des auteurs (1). Il n'est pas bien rationnel d'adopter des systèmes opposés pour les deux majorités. Du reste, l'art. 522 du Code de 1807 parlait expressément de la majorité des créanciers *présents*. La suppression de ce dernier mot dans l'art. 509, correspondant à l'ancien art. 522,

(1) Metz, 22 déc. 1863, D. 1864. 2. 414; Cass. 7 janv. 1867, D. 1867. 1. 55. — Renouard, II, p. 15 et 30; Bravard et Demangeat, V, p. 396 et suiv.; Boistel, n° 1034. — Cependant quelques auteurs et quelques décisions judiciaires avaient admis que la majorité en nombre se calculait sur le nombre des votants : Bordeaux, 21 mars 1865, D. 1865. 2. 172. — Bédarride, II, n° 530; Laurin, n^os^ 1123 et 1124. — Dans ce dernier sens, on faisait principalement valoir qu'en général, la majorité en nombre, dans toutes les matières, se calcule d'après le nombre des votants et qu'aucun texte formel ne déroge à cette règle pour le concordat. — Cette raison, exacte en elle-même, ne pouvait, selon nous, résister aux objections faites au texte. Du reste, le concordat a un caractère assez exceptionnel pour que, dans le doute, on dût préférer la solution qui donne à la minorité les plus sérieuses garanties.

paraissait indiquer l'admission d'une règle différente, c'est-à-dire du calcul de la majorité en nombre sur l'ensemble des créanciers vérifiés et affirmés.

La loi du 4 mars 1889 (art. 15, 1er alin., et art. 20) a modifié l'article 507, C. com., à deux points de vue : *a*. Elle indique expressément que la majorité en nombre, comme la majorité en sommes, doit se calculer sur toutes les créances vérifiées et affirmées ou admises par provision ; *b*. Elle a substitué à la majorité des trois quarts en sommes celle des deux tiers. Ainsi, l'ancienne question signalée précédemment sur le mode de calcul de la majorité en sommes est résolue par la loi même et, la majorité en sommes étant plus faible que celle qu'exigeait le Code de commerce, l'obtention d'un concordat par le failli est plus facile (1). L'art. 15, 1er alin., de la loi du 4 mars 1889, fait

(1) Droit étranger. — Les lois des divers pays s'accordent généralement en deux points : 1° Elles n'exigent pas l'unanimité pour la conclusion du concordat ; 2° Elles ne se contentent pas de la simple majorité en nombre. Mais les lois diffèrent beaucoup quand il s'agit de l'importance des majorités, soit en nombre, soit en sommes. A cet égard, parmi les lois étrangères, les unes sont plus rigoureuses, les autres moins rigoureuses que le Code de commerce français. La majorité en nombre et la majorité des trois quarts en sommes sont exigées par la loi *belge* (art. 512, 2e alin.), par la loi *allemande* (art. 169), par les Codes de commerce *italien* (article 833, 1er alin.), *roumain* (art. 848, 1er alin.), *japonais* (art. 1039).

Ce sont là aussi les deux majorités requises pour le concordat par la loi anglaise de 1883 avec une disposition spéciale quant à la nécessité de tenir deux assemblées successives. D'après la loi anglaise (art. 18), pour l'adoption du concordat, il faut deux assemblées et deux votes successifs. D'abord, la proposition du concordat doit être prise en considération par la majorité en nombre et les trois quarts en sommes des créanciers présents, puis il doit être ensuite accepté par la majorité en nombre et les trois quarts en sommes de tous les créanciers ayant le droit de vote. Ce double vote dans deux assemblées distinctes a évidemment pour but d'éviter les surprises. On peut de cette disposition de la loi anglaise rapprocher celle de l'art. 4 de la loi du 24 juillet 1867, qui, pour l'évaluation des apports en nature et l'appréciation des avantages particuliers, exige deux assemblées distinctes d'actionnaires. V. *Traité de Droit commercial*, II, n° 709. — La majorité des créanciers en nombre et la majorité des trois cinquièmes en sommes sont requises par les Codes de commerce *espagnol* (article 901), *mexicain* (art. 991) et *chilien* (art. 1463). — La loi *suisse* (art. 305, 1er alin.) et le Code de commerce *portugais* (art. 731) exigent la majorité des deux tiers des créanciers représentant les deux tiers des sommes dues ; la loi *autrichienne* (art. 217), les deux tiers en nombre et les deux tiers en sommes ; la nouvelle loi *hollandaise*, les deux tiers en nombre représentant les trois quarts des créances en sommes ; le Code de commerce *hongrois* (art. 212), les deux tiers des créanciers représentant les quatre cinquièmes des créances ; le Code de commerce *argentin* (art. 1471), les deux tiers des créanciers en nombre et les trois

pour la liquidation judiciaire mais déclaré applicable à la faillite par l'art. 20 de cette même loi, est ainsi conçu : *Le traité entre les créanciers et le débiteur ne peut s'établir que s'il est consenti par la majorité de tous les créanciers vérifiés et affirmés ou admis par provision, représentant, en outre, les deux tiers de la totalité des créances vérifiées et affirmées ou admises par provision* (1).

En ce qui concerne les créances sur lesquelles se comptent les deux majorités requises, il faut observer qu'on ne doit pas faire entrer en ligne de compte les créances hypothécaires et privilégiées, alors même qu'elles auraient été vérifiées et affirmées (2). L'art. 508 dispose, en effet, que ces créances ne sont comptées au concordat qu'autant que les créanciers renoncent à leur privilège ou à leur hypothèque.

Le calcul de la majorité en nombre fait naître différentes questions dans les cas de mandat, de cession de créances, de succession, de constitution de créances en gage et de solidarité entre créanciers (3).

590. Il est évident que le mandataire, chargé de voter au concordat pour plusieurs créanciers, a autant de voix qu'il a eu de mandants (4). Mais, à raison même de la personnalité des sociétés, le gérant d'une société de commerce, spécialement d'une société en nom collectif, a une seule voix (5).

591. Les cessions de créances ont fait naître deux difficultés. Lorsqu'une même créance a été cédée à plusieurs personnes ou, au contraire, que plusieurs créances ont été cédées à une seule,

quarts en sommes ou les trois quarts en nombre et les deux tiers en sommes. — Le decret *brésilien* du 24 octobre 1890 (art. 45) se contente d'une seule majorité, de celle des trois quarts en sommes.

(1) Les avis diffèrent beaucoup sur le point de savoir si le législateur a eu raison de chercher à faciliter les concordats en diminuant les exigences de la loi quant à l'importance de la majorité en sommes.

(2) Il a été expliqué plus haut (n° 533) qu'une controverse existe sur le point de savoir si les créanciers hypothécaires et privilégiés sont obligatoirement soumis à la vérification et à l'affirmation.

(3) Ces questions ont été examinées, au point de vue du Droit allemand, par M. Kohler dans un article intitulé *Forderungspfaendung und Stimmrecht beim Zwangsvergleich* (Constitution en gage de créances et droit de vote au concordat judiciaire).

(4) Montpellier, 10 juill. 1858, D. 1859. 2. 107.

(5) Paris, 19 mai 1882, *Journ. des faillites*, 1882, p. 349; D. 1883. 2. 111.

comment doit-on calculer la majorité en nombre? Faut-il, dans le premier cas, ne reconnaître qu'une voix aux divers cessionnaires à raison de l'unité du titre? Faut-il, dans le second, reconnaître plusieurs voix au cessionnaire unique à raison de la pluralité des créances? Des auteurs font une distinction et prétendent qu'en cas de cessions d'une créance faites à plusieurs créanciers, les cessionnaires n'ont une voix chacun que lorsque les cessions sont antérieures au jugement déclaratif. Dans le cas contraire, ils soutiennent qu'ils ont à eux tous une seule voix. Ils s'appuient sur ce que le jugement déclaratif fixe la position du failli et des créanciers, de telle sorte qu'après lui, le nombre des ayants-droit ne peut pas être augmenté par la volonté d'un créancier (1). Cette opinion ne doit pas, selon nous, être admise ; à défaut de dispositions spéciales résolvant ces deux questions, on doit considérer la personne et compter à chaque personne une voix. Pour la majorité en nombre, c'est aux personnes que la loi s'attache exclusivement. Il est vrai que cela peut donner lieu à des fraudes, qu'un créancier, afin d'avoir plus d'influence dans le vote du concordat, peut céder en apparence sa créance à plusieurs personnes. Si cette fraude se produit, on ne tiendra pas compte des cessions ; mais on ne doit pas la présumer (2).

Il va de soi qu'en cas de mort d'un créancier laissant plusieurs héritiers, si la créance n'est pas mise dans le lot d'un seul, chaque héritier a une voix. Aucun auteur n'a proposé de distinguer dans ce cas selon que l'ouverture de la succession ou le partage a précédé ou a suivi le jugement déclaratif (3).

592. Quand une créance est constituée en gage, deux personnes se trouvent avoir des droits sur elle, le créancier qui l'a engagée et le créancier gagiste. Chacun doit respecter le droit de l'autre et il va de soi que, comme, en définitive, il n'y a qu'une créance, une seule voix existe pour cette créance. Comme d'ordinaire le concordat contient des sacrifices diminuant les avantages que les créances présen-

(1) Bravard et Demangeat, V, p. 394 et suiv. ; Boistel, n° 1034.

(2) Laurin, n° 1125. — La loi *autrichienne* de 1868 (art. 217) déclare qu'il n'y a pas à tenir compte des cessions faites par un créancier unique à plusieurs personnes différentes après la cessation des paiements.

(3) V. Demangeat sur Bravard, V, p. 395, note 1.

tent, le concours des volontés des deux personnes dont il s'agit est nécessaire, pour qu'on considère que, de leur chef, il y a un vote favorable au concordat. Par cela seul que l'une d'elles se prononce contre le concordat, celui-ci doit être considéré comme repoussé du chef de cette créance (1).

593. Une question de la même nature se pose à l'occasion d'une créance solidaire existant contre la faillite. A raison de la pluralité des créanciers, on peut se demander si, pour la créance, il n'y a qu'une voix ou s'il y a autant de voix que de créanciers. Par cela même que, malgré la pluralité des créanciers, la créance est unique, une seule voix peut exister pour elle. Comme l'un des créanciers solidaires n'a pas le pouvoir de diminuer par sa volonté le droit des autres, il n'y a, du chef de cette créance, à compter un vote favorable au concordat que si tous les créanciers sont d'accord pour adhérer à la proposition de concordat (2).

594. Les mêmes solutions doivent être données, selon nous, pour le cas où une créance existant contre le failli est grevée d'un droit d'usufruit. Les deux personnes qui ont alors des droits sur la créance, le nu-propriétaire et l'usufruitier, n'ont qu'une voix et elle doit être considérée comme émise contre le concordat par cela seul qu'elles ne sont pas d'accord pour voter en sa faveur.

595. *Résultats du vote.* — Le vote peut conduire à des résultats différents. Il y en a trois à distinguer :

1° *Aucune des deux majorités n'a été obtenue.* — Le concordat est alors rejeté et, en conséquence, les créanciers sont en état d'union (art. 529, alin. 1).

Il n'est pas possible aux créanciers de revenir sur leur décision ni même d'accorder au failli un concordat sur de nouvelles propositions faites par lui. Un concordat ne peut être proposé qu'une fois après la procédure de vérification et d'affirmation des créances, et alors, s'il est rejeté, il l'est d'une façon définitive.

C'est là un système très rigoureux qui a été souvent critiqué (3). Il est fâcheux que des créanciers, se croyant mieux éclairés, ne

(1-2) V. Kohler, *op. cit.* V. note 3 de la page 483.
(3) Thaller, *Des faillites en Droit comparé*, II, n° 189, p. 256 et suiv.

puissent pas revenir sur une première décision. Des lois étrangères ont sur ce point repoussé le principe du Droit français (1).

2° *On a obtenu les deux majorités en nombre et en sommes.* — Le concordat est voté (n° 589). Il peut sans doute y avoir plusieurs séances dans lesquelles on discute les propositions du failli, mais dès que le concordat est accepté, les créanciers doivent le signer séance tenante, à peine de nullité (art. 509) (2). Le législateur a craint que le failli, en allant trouver individuellement chaque créancier pour obtenir sa signature, ne parvînt plus facilement à ses fins que lorsqu'il est en présence de tous les créanciers ou de leurs mandataires.

3° *On a obtenu seulement l'une des deux majorités, soit en nombre, soit en sommes.* — Il n'y a alors rien de définitif. L'assemblée des créanciers doit être remise à huitaine. Il en est, du moins, ainsi quand le failli ne renonce pas à cette nouvelle réunion grâce à laquelle il peut arriver à obtenir un concordat. Car la disposition de l'art. 509 concernant la seconde assemblée tenue à huitaine n'est pas d'ordre public (3). — Les choses étant entières, chaque créancier est libre d'émettre un vote même contraire à celui qu'il a émis huit jours avant (art. 509, C. com.). Cela se conçoit d'autant mieux que, par suite de l'ajournement, toutes les conditions du concordat peuvent être modifiées. Si, dans cette seconde assemblée, l'on n'obtient pas en faveur du concordat les deux majorités en nombre et en sommes, il est définitivement repoussé. Dans le cas, au contraire, où elles sont obtenues, il est définitivement adopté. Cette seconde délibération ne peut pas, comme la première, amener trois résultats différents; il faut bien arriver à une décision définitive (4).

(1) DROIT ÉTRANGER. — La loi *allemande* (art. 149, alin. 2) admet que le concordat peut être conclu tant que la répartition du dernier dividende n'a pas été ordonnée. On peut dire qu'alors il n'y a plus en quelque sorte matière à concordat.

(2) Il résulte de là que si les deux majorités requises n'ont pas été obtenues dans l'assemblée, un créancier qui n'y a pas pris part, ne peut pas demander l'homologation du concordat en déclarant qu'il émet un vote en sa faveur : Trib. comm. 31 mars 1886, *La Loi*, n° du 28 mai 1886.

(3) Bourges, 11 avr. 1894, S. 1895. 2. 165 ; D. 1895. 2. 589 (note de M. Boistel).

(4) Cela n'empêche pas qu'il puisse être tenu plus de deux assemblées du concordat si des irrégularités, par exemple le défaut de convocation de certains créanciers, doivent faire considérer une assemblée comme non avenue : Caen, 7 janv. 1863, D. 1863. 2. 115.

Le délai de huitaine donné pour la seconde assemblée du concordat doit être observé à peine de nullité du concordat voté après ce délai (1). Toutefois un sursis pourrait être admis pour des raisons graves, spécialement à raison de ce qu'un cas de force majeure aurait mis le failli dans l'impossibilité de préparer dans ce délai de nouvelles propositions (2). Du reste, l'art. 509 ne met pas obstacle à ce que, tant qu'il n'y a pas eu de vote, la suite d'une délibération commencée sur le concordat soit remise à plus de huit jours (3) (4).

596. Le procès-verbal de la délibération des créanciers étant signé par le juge-commissaire et par le greffier, le concordat est un acte authentique. En conséquence, il faudrait recourir à la voie de l'inscription de faux pour contester les énonciations du procès-verbal, spécialement pour être admis à prouver qu'un créancier, porté comme ayant voté, n'assistait pas à l'assemblée (5).

597. Quand les deux majorités en nombre et en sommes sont réunies, le concordat est formé, en ce sens qu'il ne dépend plus de la volonté ni du failli ni des créanciers de faire qu'il n'y ait pas concordat. Le vote des créanciers aux deux majorités requises constitue une acceptation des propositions de concordat faites par le failli. Il résulte de là :

1. Que, tant que le vote n'a pas eu lieu, le failli peut rétracter ses propositions de concordat, mais qu'après le vote, la rétractation n'est plus possible ;

2. Que la mort du failli survenue avant ce vote fait tomber ces propositions qui, du reste, peuvent être reprises avec ou sans changements par les héritiers du failli (6) ; mais que la mort du

(1) Bordeaux, 10 mai 1845, S. 1846. 2. 316.

(2) Cass. 15 nov. 1871, D. 1871. 1. 326.

(3) Cass. 13 fév. 1855, S. 1855. 1. 357 ; *J. Pal.*, 1856. 1. 57 ; Toulouse, 1er décembre 1884, *Gazette du Palais*, nº du 8 juin 1885 ; *Journ. des faillites*, 1885, p. 182.

(4) Droit étranger. — On trouve dans les lois étrangères des dispositions analogues à celles de l'art. 509, C. com. V. loi *allemande* (art. 169), Codes de commerce *italien* (art. 835), loi *belge* (art. 515), loi *autrichienne* (art. 218 et 219), loi *hongroise* (art. 213).

(5) Paris, 7 août 1850, D. 1851. 2. 32.

(6) Il faut alors évidemment que tous les héritiers du failli soient d'accord sur les conditions du concordat proposé aux créanciers. V. loi *allemande*, art. 206.

failli postérieure au vote n'a sur le concordat aucune influence.

Si le vote rend le concordat indépendant de la volonté des créanciers et du failli, il ne le rend pourtant pas définivement obligatoire pour les créanciers, puisqu'il est soumis à l'homologation de justice.

598. 2° *Homologation du concordat.* — Le concordat n'est obligatoire pour tous les créanciers qu'après qu'il a été homologué par le tribunal de commerce. La nécessité de l'homologation se justifie par deux raisons. Le concordat est, contrairement à la règle de l'art. 1165, C. civ., opposable à des créanciers qui ont voté contre lui ou qui n'ont pas participé au vote (créanciers non vérifiés, créanciers contestés et non admis à titre provisionnel) (n° 6). Il faut que les intérêts des dissidents ou des absents soient défendus; ils le sont par la justice elle-même. En outre, il importe qu'un concordat ne soit pas consenti à un commerçant qui en est indigne par sa conduite; l'intérêt public est ici en jeu. Ces raisons ont fait exiger l'homologation dans toutes les législations (1).

599. Conformément aux principes généraux du droit, le tribunal ne se saisit pas d'office de la question de l'homologation du concordat. L'homologation est poursuivie *par la partie la plus diligente* (article 513, 1er alin.). Il faut entendre par là tout intéressé, c'est-à-dire le failli lui-même, le syndic comme représentant de la masse, un ou plusieurs créanciers.

Quand il y a plusieurs syndics (2), la demande d'homologation peut être formée même par un seul. On ne saurait appliquer ici la disposition de l'art. 465, C. com., d'après laquelle, s'il a été nommé plusieurs syndics, ils ne peuvent agir que collectivement. Un seul créancier peut poursuivre l'homologation (3); il serait singulier qu'un syndic qui représente tous les créanciers n'eût pas ce droit.

(1) V. notamment loi *belge*, art. 518; loi *anglaise*, art. 18; Code de commerce *italien*, art. 836.

(2) Paris, 28 avr. 1856, D. 1856. 2. 188

(3) Amiens, 24 juin 1887, *Journ. des faillites*, 1887, p. 410. — Dès l'instant où un créancier a été admis à la faillite comme créancier hypothécaire ou privilégié, il ne semble pas qu'il puisse renoncer seulement à une partie de son hypothèque ou de son privilège pour pouvoir former opposition au concordat; une renonciation complète est seule possible : Besançon, 9 mars 1874, D. 1874. 2. 123. Mais il va de soi que l'opposition au concordat est possible de la part

600. Réciproquement, des oppositions peuvent être formées à l'homologation du concordat. Le droit d'opposition appartient, d'après l'art. 512, 1er alin., C. com., à tout créancier ayant eu le droit de concourir au concordat (qu'il ait voté contre ou même pour son adoption) ou dont la créance a été reconnue depuis. Mais le droit d'opposition n'appartient pas aux créanciers contestés non admis par provision ni reconnus après le concordat, ni aux créanciers hypothécaires ou privilégiés, à moins qu'ils n'aient renoncé à leur privilège ou à leur hypothèque avant l'expiration des délais d'opposition (1). Le droit d'opposition est aussi refusé au failli et aux syndics. Le failli est, en général, intéressé à l'homologation d'une convention qu'il a proposée et la loi ne lui permet pas de revenir, au moyen d'une opposition, sur ses propositions quand elles ont été acceptées. Quant aux syndics, le droit d'opposition leur est refusé à raison de ce qu'ils représentent la majorité des créanciers. Toutefois, si un syndic est en même temps créancier, le droit d'opposition lui appartient en cette dernière qualité. S'il attaque le concordat, celui-ci peut être défendu par son co-syndic. Dans le cas où il n'y a pas d'autre syndic que celui qui veut, comme créancier, former opposition, il doit faire nommer un autre syndic, afin de pouvoir remplir à son égard les formalités prescrites par l'art. 512, 2e alin. (art. 512, 3e alin.).

601. L'homologation est poursuivie par simple requête adressée au tribunal de commerce; il n'est pas besoin d'une assignation. Il s'agit d'obtenir l'approbation d'une convention conclue entre le failli et la majorité de ses créanciers; il n'y a de contestation que si une opposition survient.

La loi ne fixe pas de délai pour la demande d'homologation; elle s'en remet à la diligence des intéressés.

602. Les oppositions, s'il en intervient, doivent être motivées et signifiées à la fois au syndic et au failli Le syndic représente, en effet, la masse des créanciers et il est naturel que le failli soit prévenu,

du créancier hypothécaire ou privilégié qui a renoncé, pour voter au concordat, à une partie seulement de son hypothèque ou de sa créance. Pour cette partie, il doit, à tous égards, être traité comme créancier chirographaire. V. n° 583.

(1) Voir la note 3 de la page précédente.

puisque l'opposition met en question une convention conclue entre lui et ses créanciers (1). L'opposition doit contenir assignation à la première audience du tribunal de commerce. La signification doit en être faite dans les huit jours qui suivent le concordat (art. 512, 2e alin., C. com.), sans qu'il y ait aucune augmentation à raison des distances (2).

Si le jugement de l'opposition est subordonné à la solution de questions étrangères, à raison de la matière, à la compétence du tribunal de commerce (3), le tribunal doit surseoir à statuer jusqu'après la décision de ces questions. Afin que les choses ne traînent pas en longueur, le tribunal de commerce peut fixer un délai dans lequel le créancier opposant devra, sous peine de rejet de son opposition, saisir les juges compétents (art. 512, 4e et 5e alin.) (4).

Pour laisser aux oppositions le temps de se produire, le tribunal ne peut statuer qu'après l'expiration du délai de huitaine durant lequel elles peuvent être formées (art. 513, 1er alin.). Il se prononce sur l'homologation et sur les oppositions par un seul et même jugement (art. 513, 2e alin.). Conformément à la règle générale admise pour tous les jugements rendus en matière de faillite, le jugement doit être précédé d'un rapport du juge-commissaire (art. 452, C. com.) (5). Ce rapport porte sur les caractères de la faillite et sur l'admissibilité du concordat (6).

(1) On a soutenu que l'opposition doit aussi être signifiée au créancier qui a fait déclarer la faillite : Cass. 15 mai 1854, D. 1854. 1. 205; Chambéry, 29 décembre 1877, D. 1878. 5. 228. — Mais cette opinion est tout à fait inadmissible. Aucune disposition légale ne prescrit cette signification. De plus, une fois que le jugement déclaratif a acquis autorité de chose jugée, le créancier qui l'a provoqué n'est pas dans une situation à part; il se confond avec tous les autres créanciers : Aix, 13 janv. 1872, D. 1873. 5. 263.

(2) Amiens, 1er août 1885, *Journ. des faillites*, 1886, p. 384.

(3) Il s'agit de questions pour lesquelles le tribunal de commerce a une incompétence absolue, par exemple, de questions d'état ou de questions administratives.

(4) En admettant que le tribunal de commerce seul connait des oppositions a l'homologation du concordat, la loi de 1838 a modifié profondément le système du Code de 1807. D'après ce Code, le tribunal de commerce ne statuait sur les oppositions que quand elles étaient fondées sur des actes de sa compétence; dans tous les autres cas, les oppositions au concordat étaient jugées par les tribunaux civils. V. Renouard, t. II, p. 46 et suiv.

(5-6) Sur les questions relatives au rapport du juge-commissaire dans tous les procès en matière de faillite, V. nº 447.

603. *Pouvoir du tribunal saisi de la demande d'homologation.* — Le tribunal n'a que deux partis à prendre, il peut homologuer le concordat ou refuser l'homologation; il ne peut pas adopter un parti intermédiaire en modifiant les conditions du concordat voté par l'assemblée des créanciers. Il n'y a, en effet, dans notre législation ni, du reste, dans aucune législation du continent, rien d'analogue à l'*order of discharge* du Droit anglais, décision par laquelle la juridiction compétente fait remise au failli d'une partie de ses dettes même sans le consentement des créanciers. V. n° 608 *bis*.

Cette impossibilité pour le tribunal de commerce de modifier les termes du concordat voté par les créanciers, est une des raisons qui doit, selon nous, faire reconnaître que le concordat constitue un contrat, bien qu'il soit soumis à l'homologation de justice et qu'il produise ses effets à l'égard des créanciers absents ou opposants. V. n° 630 *bis*.

604. Sauf qu'il ne peut pas modifier les termes du concordat présenté à son homologation, le tribunal jouit d'un pouvoir d'appréciation illimité pour accorder ou pour refuser cette homologation.

L'art. 515 contient sans doute une énumération des causes pour lesquelles il peut y avoir refus d'homologation; mais cette énumération comprend, en réalité, tous les motifs pour lesquels on peut concevoir que l'homologation soit refusée. D'après l'art. 515, le tribunal refusera l'homologation du concordat :

a. En cas d'inobservation des règles ci-dessus prescrites. — Il s'agit des règles contenues dans les art. 507 à 514. Ainsi, l'homologation sera refusée, si la délibération des créanciers n'a pas été précédée du rapport des syndics (art. 506), si les deux majorités requises n'ont pas été obtenues, si le concordat n'a pas été signé séance tenante, si, sans motif grave, après un premier vote ne réunissant qu'une des deux majorités requises, une seconde assemblée a été convoquée plus de huit jours après la première, etc...

b. Lorsque des motifs tirés de l'intérêt public sembleront de nature à empêcher le concordat. — C'est là ce qui se présente quand le failli paraît indigne d'obtenir un concordat, notamment quand il a

été condamné (1) pour escroquerie, pour abus de confiance, pour faux, pour banqueroute simple (2), quand il s'est montré d'une négligence grave dans la direction de ses affaires, etc...

c. Quand des motifs tirés de l'intérêt des créanciers paraîtront de nature à empêcher le concordat. — C'est à ce point de vue surtout que le tribunal est le défenseur des créanciers opposants ou absents, c'est-à-dire qui ont voté contre le concordat ou qui n'ont pas participé au vote. Ainsi, l'on conçoit que le tribunal refuse l'homologation parce qu'il trouve que le concordat est trop favorable au failli par l'importance des remises qu'il contient ou parce qu'il estime que les garanties de l'exécution du concordat par le failli sont insuffisantes.

Le tribunal apprécie librement les causes tirées de l'intérêt public ou privé; il y a là une question de fait que la Cour de cassation n'a pas le pouvoir d'examiner (3). Au contraire, le tribunal est tenu de refuser le concordat lorsqu'une des formalités ou des conditions prescrites par les art. 507 à 514 a été omise (4).

605. Le jugement qui statue sur l'homologation, est susceptible d'appel. Cela résulte de ce qu'il n'est pas compris dans l'énumération de l'art. 583, C. com., parmi les jugements rendus en matière de faillite contre lesquels l'appel n'est pas recevable. Au reste, l'art. 519, C. com., semble faire allusion à la possibilité d'un appel, en parlant du jugement d'homologation *passé en force de chose jugée*. Comme ce jugement est rendu *en matière de faillite*, le délai de l'appel n'est que de 15 jours à partir de la signification sauf augmentation à raison de la distance (art. 582, C. com.).

Par qui l'appel peut-il être formé? Une distinction est nécessaire.

(1) En général, des condamnations correctionnelles encourues par le failli peuvent faire refuser l'homologation : Paris, 25 avr. 1893, D. 1894. 2. 547. Mais, à raison même du pouvoir illimité d'appréciation du tribunal, l'homologation peut être accordée alors même que le failli a subi une condamnation, si le tribunal estime, par exemple, qu'il a par sa conduite postérieure racheté son passé : Bordeaux, 18 déc. 1884, *La Loi*, n° du 23 avr. 1885.

(2) D'après le Code de commerce de 1807, une condamnation pour banqueroute simple était un obstacle à la conclusion d'un concordat. V. n° 608.

(3) Cass. 2 mai 1853, D. 1853. 4. 149.

(4) Droit étranger. — Les lois étrangères reconnaissent aussi au tribunal saisi de la demande d'homologation un très large pouvoir d'appréciation. V. notamment, loi *belge*, art. 517; loi *allemande*, art. 172 et 173; loi *anglaise*, art. 18, § 6; loi *suisse*, art. 306.

Contre le jugement refusant l'homologation, l'appel peut être interjeté par tout intéressé, c'est-à-dire par le failli, par le syndic ou par tout créancier. Au contraire, les créanciers qui avaient formé opposition à l'homologation, peuvent seuls appeler du jugement qui l'a accordée (1). Ainsi, il n'y a pas d'appel possible, s'il n'y a pas eu une opposition formée. Autrement on arriverait indirectement à ressaisir le droit d'opposition après l'expiration du délai de huitaine dans lequel le Code de commerce le renferme. Toutefois, même en l'absence de toute opposition à l'homologation, l'appel est possible à raison des irrégularités du jugement en la forme (2).

Du reste, les créanciers non opposants à l'homologation peuvent intervenir en appel si un créancier opposant a interjeté appel du jugement d'homologation (3).

606. Mais le jugement qui statue sur une demande d'homologation, n'est pas susceptible d'opposition de la part de ceux que le concordat doit lier, mais qui sont demeurés étrangers à la demande d'homologation (4). Celui qui a formé cette demande est considéré comme représentant tous les intéressés. Ceux-ci devaient savoir qu'un jugement accordant ou refusant l'homologation pouvait être rendu huit jours après la date du vote du concordat et qu'ils pouvaient intervenir pour se joindre à la demande en homologation ou pour la combattre. Autrement, du reste, des oppositions nombreuses et successives pourraient retarder indéfiniment une solution judiciaire définitive sur le concordat.

Il est possible que l'opposant à l'homologation ait fait défaut devant le tribunal. Il ne peut pas former opposition au jugement d'homologation, car le syndic représente tous les créanciers et, par suite, aucun d'eux ne peut être considéré comme défaillant (5).

607. Quand l'homologation est refusée et quand le jugement est passé en force de chose jugée, la décision est-elle définitive en ce sens qu'une homologation ne peut plus être demandée et obtenue?

(1) Aix, 9 janv. 1892, D. 1892. 2. 124 ; *Journ. des faillites*, 1893, p. 374.
(2) Caen, 2 août 1875, D. 1876. 2. 105.
(3) Toulouse, 7 août 1889, *Journ. des faillites*, 1890, p. 55.
(4) Paris, 28 avr. 1855, D. 1856. 2. 188.
(5) Trib. comm. Marseille, 15 déc. 1893, *Journ. des faillites*, 1894, p. 522.

Le Code de commerce ne résout pas expressément cette question. On a prétendu que, dès l'instant où l'homologation est refusée, les créanciers sont nécessairement en état d'union et que, par suite, il ne peut plus être question de concordat (1). En ce sens, il est possible d'invoquer l'art. 529 d'après lequel, *s'il n'intervient point de concordat, les créanciers seront de plein droit en état d'union.*

Cette solution est d'une excessive rigueur et n'est pas, selon nous, conforme à la loi. Ce qui est vrai, c'est que dans les cas soit où l'on n'a réuni aucune des deux majorités requises soit où n'ayant obtenu qu'une des deux majorités, une nouvelle assemblée n'a pas été réunie et n'a pas voté le concordat dans la huitaine de la première, le rejet du concordat est définitif (n° 595). Mais rien dans la loi n'oblige à donner la même solution quand, malgré l'obtention des deux majorités exigées par la loi, le tribunal a refusé son homologation (2). Aussi ne doit-on s'arrêter que devant des obstacles insurmontables résultant de ce que le jugement a fondé le refus d'homologation sur des causes qui, d'après leur nature même, ne peuvent pas cesser d'exister. Cela doit, selon nous, conduire à une distinction. L'homologation a-t-elle été refusée pour des motifs qui ne peuvent disparaître, comme l'indignité du failli? Le concordat devient à tout jamais impossible. Il n'en est plus de même, quand le refus d'homologation est fondé sur des motifs qui peuvent disparaître, tels que le défaut d'accomplissement d'une formalité ou la trop grande faveur faite au failli. Si la formalité omise est remplie, si les conditions du concordat sont changées, il n'y a pas de raison pour que le tribunal n'accorde pas l'homologation qu'il avait d'abord refusée. La seconde décision n'implique pas contradiction avec la première.

608. 3° *Absence de banqueroute frauduleuse.* — La condamnation pour banqueroute frauduleuse est un obstacle au concordat (art. 510, 1er alin.). Il y aurait scandale à ce qu'un banqueroutier frauduleux obtînt un concordat. Le fait de la banqueroute frauduleuse ne suffit pas pour empêcher le concordat; il faut, d'après le texte même

(1) V. *en ce sens*, Alger, 15 mai 1854, D. 1855. 2. 53; Rouen, 13 mai 1846, D. 1855. 2. 52; Toulouse, 7 août 1889, D. 1890. 2. 260.

(2) V. Nimes, 20 mai 1892, *Journ. des faillites*, 1893, p. 364.

de l'art. 510, 1er alin., qu'il y ait eu condamnation. Cela s'applique donc, quand, au moment du vote de l'assemblée des créanciers, le failli a déjà été condamné. Le concordat ne peut être accordé et, s'il l'était, le tribunal devrait refuser de l'homologuer. Il s'agit d'une banqueroute frauduleuse se rattachant à la faillite actuelle. Une banqueroute frauduleuse se rattachant à des faits antérieurs à la faillite actuelle, ne fait pas écarter nécessairement le concordat; mais, usant de son pouvoir illimité d'appréciation, le tribunal peut refuser l'homologation à raison de cette banqueroute. Aussi a-t-on pu dire que c'était moins encore l'indignité du failli que l'incertitude sur l'état exact de son patrimoine qui fait exclure le concordat en cas de condamnation pour banqueroute frauduleuse (1). Mais il peut se faire, soit qu'une condamnation pour banqueroute frauduleuse ne soit prononcée qu'après l'homologation, sur des poursuites entamées seulement depuis, soit qu'au moment du vote des créanciers, il y ait des poursuites pour banqueroute frauduleuse pendantes.

Dans le premier cas, le concordat est annulé (art. 520) (2). Dans le second cas, les créanciers ne sauraient statuer sur le concordat. Ils s'exposeraient d'un côté, en adoptant le concordat, à émettre un vote dont l'effet serait anéanti par une condamnation prochaine (art. 520). Mais, d'un autre côté, comme un acquittement peut se produire et rendre le concordat possible, il pourrait y avoir inconvénient pour les créanciers à se mettre immédiatement en état d'union. Afin d'éviter ce double écueil, le Code (art. 510, 2e et 3e alin.) prescrit de convoquer les créanciers pour leur faire décider s'ils veulent se mettre immédiatement en état d'union ou s'ils préfèrent surseoir à statuer, en cas d'acquittement, sur l'adoption du concordat. Ce sursis prolonge nécessairement la procédure et a, sous ce rapport, une certaine gravité. Aussi, pour l'admission du sursis, le Code exige les deux mêmes majorités en nombre et en sommes que pour l'adoption du concor-

(1) Si l'on admettait qu'une condamnation antérieure, ne se rattachant pas à la faillite actuelle, est un obstacle à la conclusion d'un concordat dans cette faillite, il faudrait évidemment écarter cette solution dans les cas divers où, d'après les règles du Droit pénal, une condamnation est à considérer comme non avenue.

(2) Voy. nos 635 et suiv.

dat (1). Quand, le sursis n'ayant pas été admis, le concordat n'a pas été voté et que les créanciers se sont, par suite, trouvés en état d'union, un concordat n'est plus possible même en cas d'acquittement postérieur. Car il n'y a pas de concordat possible après l'union et c'est même à cause de cela que le Code de commerce (art. 510) admet la possibilité d'un sursis (2).

Le Code de 1807 excluait le concordat même au cas de banqueroute simple. Mais, en 1838, l'on trouva cette disposition trop rigoureuse à raison de ce que la banqueroute simple suppose seulement des négligences ou des fautes non intentionnelles, et non des fraudes. En conséquence, le concordat peut être admis même au cas de banqueroute simple (art. 511). L'assemblée des créanciers a seulement la faculté de refuser le concordat au banqueroutier simple et le tribunal celle de ne pas accorder l'homologation.

Il est possible que des poursuites pour banqueroute simple soient déjà commencées. Les créanciers peuvent sans doute admettre immédiatement le concordat ou se constituer en état d'union. Mais ils ont la faculté de surseoir à statuer jusqu'à l'issue des poursuites. Elles peuvent leur révéler des faits ignorés et l'emprisonnement auquel le failli est condamné peut rendre impossible l'exécution du concordat. Le sursis doit encore ici être voté aux mêmes majorités que le concordat (art. 511) (3).

608 *bis*. DROIT ANGLAIS. *Order of discharge.* — Dans les pays du continent, les remises faites au failli, si elles n'exigent point le consentement de tous les créanciers, supposent, du moins, qu'ils y ont consenti aux majorités requises. En Angleterre, il existe, à côté du concordat exigeant aussi les majorités déterminées par la loi, une institution spéciale par suite de laquelle un failli peut être libéré d'une portion de ses dettes par une décision de justice sans que les créanciers soient consultés. Cette décision de justice est l'*order of discharge* (Loi de 1883, art. 28 à 31) (4). A tous les moments de la

(1) Aussi la majorité en sommes s'est trouvée réduite aux deux tiers par la loi du 4 mars 1889.

(2) V. pourtant, Angers, 14 août 1816, D. 1854. 5. 367.

(3) Voy. note ci-dessus.

(4) V. sur les origines de l'*order of discharge*, *Loi anglaise de 1883*, traduite et annotée par Ch. Lyon-Caen, INTRODUCTION, p. 6.

procédure de faillite, le failli peut saisir la Cour d'une demande de décharge. La Cour peut, en principe, selon son appréciation, accorder la décharge immédiate et sans condition du failli, la refuser absolument ou prendre un parti intermédiaire, soit en suspendant les effets de la décharge pendant un certain délai, soit en la subordonnant à des conditions spéciales. La loi ne fixe même pas de chiffre minimum que le dividende doive atteindre (1). Mais il est des cas où, à raison des faits reprochables au failli, la loi interdit à la Cour d'admettre la décharge ou ne lui permet, si elle l'accorde, que de l'admettre au bout d'un certain temps ou sous certaines conditions.

L'ordre de décharge libère le failli de la portion de ses dettes déterminée par la Cour. On dit de lui qu'il est *a clear man*, c'est-à-dire un homme franc et quitte. Mais il est des dettes du failli à l'égard desquelles l'ordre de décharge n'a pas d'effets, telles sont les dettes envers le Trésor public (art. 30 de la loi de 1883).

L'ordre de décharge ne diffère pas seulement du concordat en ce qu'il ne suppose pas, à la différence de celui-ci, le concours des créanciers; il en diffère aussi par ses effets. L'ordre de décharge ne replace pas le failli à la tête de ses affaires et, par suite, ne fait pas cesser l'administration du syndic (2).

B. — EFFETS DU CONCORDAT SIMPLE.

609. Le concordat simple dûment homologué produit des effets multiples. Les uns en résultent nécessairement, de telle sorte qu'un concordat simple ne se conçoit même pas sans eux. Les autres, plus ou moins fréquents, sont accidentels, en ce sens qu'ils dépendent des clauses mêmes du traité conclu entre le failli et ses créanciers et que, par suite, selon les cas, ils se produisent ou ne se produisent pas. Le concordat simple met fin à la faillite et a pour effet nécessaire de

(1) Il en était autrement de la loi de 1869 sur la faillite qui a précédé la loi de 1883 actuellement en vigueur.

(2) A la différence de ce qui a lieu en France (n° 615), en Angleterre, le concordat fait cesser les incapacités politiques dérivant de la déclaration de faillite. L'ordre de décharge n'a pas, au contraire, par lui-même cet effet. Pour qu'il le produise, il faut que la Cour déclare expressément qu'il n'y a aucun reproche à faire au failli.

faire cesser le dessaisissement du failli et de rendre à chaque créancier son droit de poursuite individuelle. En fait, il contient toujours ou une concession de délais faite au failli pour s'acquitter ou une remise partielle de ses dettes ou à la fois une concession de délais et une remise partielle (1). Il arrive aussi que, pour déterminer les créanciers à voter le concordat, un parent ou un ami du failli se porte sa caution.

Le concordat est régi par le principe de la liberté des conventions ; aussi ne peut-on prévoir toutes les clauses qui, selon les circonstances, y sont insérées (2).

Dans l'intérêt du maintien de l'égalité entre les créanciers, les art. 597 et 598, C. com., interdisent au failli de faire *un traité particulier duquel résulte en faveur d'un créancier un avantage à la charge de l'actif du failli*. L'art. 597 édicte des peines contre le créancier qui a fait un pareil traité et l'art. 598 dispose que *les conventions seront, en outre, déclarées nulles à l'égard de toutes personnes, et même à l'égard du failli*, et que *le créancier sera tenu de rapporter à qui de droit les sommes ou valeurs qu'il aura reçues en vertu des conventions annulées*. Mais il s'agit évidemment là de conventions secrètes favorisant un créancier. Rien n'empêche de faire dans le concordat des avantages spéciaux à un créancier si ces avantages sont ostensibles et si les autres créanciers y consentent (3). Du reste, la nullité édictée par les art. 597 et 598,

(1) Des auteurs étrangers indiquent qu'un concordat peut aussi contenir une dation en paiement. V. Kohler, *op. cit.* — Cette indication est même expressément donnée dans le Code de commerce du Guatemala (art. 1292). — En réalité, ces auteurs ou ce Code font par là allusion à un concordat connu et spécialement réglementé en France sous le nom de *concordat par abandon d'actif* dont il sera traité dans la section III comme d'une solution spéciale de la faillite.

(2) Il sera expliqué plus loin (n° 616) que la liberté des conventions est plus restreinte en matière de concordat dans quelques pays qu'en France, au point de vue de l'importance des remises consenties au failli.

(3) L'art. 168 de la loi *allemande* dispose : « Le concordat doit accorder des « droits égaux à tous les créanciers ne jouissant pas d'un droit de préférence. « Une clause établissant une inégalité de droit n'est admissible qu'avec le consentement de tous les créanciers non avantagés. Toute autre convention du « failli ou d'autres personnes avec certains créanciers qui sont avantagés est « nulle. »

C. com., atteint les stipulations que frappent ces articles et non pas le concordat lui-même (1).

609 *bis*. Il résulte de ce qui vient d'être dit que le concordat simple, par suite de l'effet nécessaire qu'il produit et de ses effets accessoires résultant de clauses spéciales, a des effets dont chacun pris isolément est avantageux ou désavantageux pour les créanciers.

Chacun des effets nécessaires ou des effets accidentels les plus fréquents du concordat simple doit être examiné et il faut déterminer à l'égard de quelles personnes, spécialement de quels créanciers, ces effets se produisent.

610. 1. *Cessation du dessaisissement*. — L'effet essentiel du concordat simple est de remettre le failli à la tête de ses affaires, c'est-à-dire de faire cesser le dessaisissement. En conséquence, les fonctions des syndics prennent fin. Ils rendent au failli leur compte définitif en présence du juge-commissaire. Ils remettent l'universalité de ses biens, papiers, livres et effets, au failli qui en donne décharge (2). Il est dressé du tout procès-verbal par le juge-commissaire dont les fonctions cessent aussi. S'il y a contestation à l'occasion du compte des syndics, le tribunal statue (art. 519).

611. Le dessaisissement et la cessation des fonctions des syndics qui en est la conséquence, ont lieu seulement quand le jugement d'homologation est passé en force de chose jugée par suite de l'expiration du délai d'appel ou du rejet de l'appel (art. 519, 1er alin.). En cette matière, le délai même d'appel est donc suspensif, par dérogation au droit commun d'après lequel l'appel interjeté seul a un effet suspensif (art. 457, C. proc. civ.) (3).

La cessation de la faillite et du dessaisissement par le concordat n'est soumise par la loi à aucune publicité (4).

(1) Les dispositions des art. 597 et 598, C. com., seront étudiées avec détail dans le chapitre V.

(2) Chambéry, 29 déc. 1881, *Journ. des faillites*, 1881, p. 289.

(3) Boitard, Colmet-Daage et Glasson, *Leçons de procédure civile*, II, nos 696 et suiv.; Garsonnet, *Cours de procédure*, V, no 948.

(4) Il n'en est pas ainsi dans tous les pays étrangers. Ainsi, d'après la loi *allemande* (art. 175), quand l'homologation est devenue définitive, le tribunal décide que la procédure de faillite a pris fin. Cette décision est rendue publique.

612. Le dessaisissement ne cesse que pour l'avenir. La cessation du dessaisissement n'a donc pas d'effet rétroactif. Aussi le failli reprend ses affaires dans l'état où elles se trouvent ; les actes faits par les syndics dans l'intervalle de temps écoulé entre le jugement déclaratif et le jour où le jugement d'homologation acquiert force de chose jugée, sont opposables au failli qui a été représenté par les syndics.

De l'idée, selon laquelle le failli concordataire a été représenté par les syndics, on peut tirer de nombreuses conséquences. Il en résulte notamment :

a. Que si, avant l'homologation du concordat, les syndics ont introduit une demande en justice, le failli concordataire peut continuer l'instance à partir du point où ils l'ont laissée.

b. Que le failli concordataire peut interjeter appel des jugements dans lesquels les syndics ont été parties (1).

613. La cessation du dessaisissement rend au failli l'exercice de ses droits civils que la faillite lui avait fait perdre. Il ne saurait être question d'une retranslation de propriété en vertu de laquelle le failli redeviendrait propriétaire de ses biens, puisque le dessaisissement n'a pas eu pour effet de lui en enlever la propriété (nº 205).

614. En principe, le dessaisissement cessant, le failli reprend d'une façon absolue le droit d'administrer ses biens et d'en disposer (2). Mais cet effet est parfois restreint par des clauses spéciales du concordat. Ainsi, il se peut qu'il ait été convenu que le failli, quoiqu'il soit concordataire, sera soumis pour certains actes graves à la surveillance d'une ou de plusieurs personnes désignées par l'assemblée des créanciers, ou même qu'il ne pourra faire certains actes particulièrement graves sans l'assentiment de ces personnes. On désigne parfois ces personnes sous le nom de commissaires au concordat. Quand il a été nommé des contrôleurs, il est assez naturel qu'ils soient choisis comme commissaires.

(1) Poitiers, 19 mars 1863, D. 1863. 2. 214; Trib. comm. Seine, 20 avr. 1882, *Journ. des faillites*, 1882, p. 294.

(2) Il résulte notamment de là que le failli concordataire peut vendre librement ses immeubles et qu'il n'a même pas à observer de formalités spéciales, à la différence de ce qui a lieu, en cas de concordat par abandon, pour les ventes des immeubles faites par les créanciers (art. 541, C. com.): Paris, 11 décembre 1895, *Le Droit*, nº du 4 mars 1896.

615. 2. *Recouvrement du droit de poursuite individuelle.* — Les créanciers recouvrent chacun leur droit de poursuite individuelle contre le failli, à la charge seulement par eux de tenir compte des concessions de délais et des remises (n° 610). Cela s'applique incontestablement aux voies d'exécution sur les biens du failli. Mais cela est-il également vrai de la contrainte par corps? La question avait une grande importance pratique avant la loi du 22 juillet 1867, parce qu'alors la contrainte par corps était admise pour toutes les dettes commerciales de 200 francs au moins (1). Elle conserve encore un intérêt dans les cas de condamnation du failli en matière criminelle, correctionnelle et de police, cas où la contrainte par corps a été maintenue (L. 22 juillet 1867, art. 1 et 2; L. 19 décembre 1871).

Il a été parfois admis que la contrainte par corps ne peut revivre alors qu'elle a cessé d'être applicable par suite de la faillite et du concordat (2). Selon nous, au contraire, la contrainte par corps peut être exercée après le concordat pour les dettes auxquelles elle était attachée avant la faillite, dans la mesure où ces dettes sont maintenues par le concordat. Cela paraît être une conséquence nécessaire de ce que le concordat n'emporte pas novation (n° 626).

615 *bis.* Le dessaisissement n'ayant d'effets que quant à l'exercice des droits civils du failli, c'est aussi relativement à l'exercice de ces droits seuls que la cessation du dessaisissement en produit; les incapacités politiques dont il a été atteint ne disparaissent ni en totalité ni même en partie. Elles ne peuvent cesser que par la réhabilitation, qui suppose le paiement intégral des dettes en intérêts et principal (art. 604, C. com.). A cet égard, la loi française est d'une grande rigueur. Un failli, qui exécute complètement les conditions de son concordat, peut être digne d'une réhabilitation. Sans aller jusqu'à admettre que le concordat fait nécessairement cesser les incapacités politiques (3), il serait bon que le tribunal pût attacher la réhabilitation au fait de l'exécution exacte du concordat par le failli (4).

(1) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 98 *bis*.

(2) Cpr. Paris, 24 mai 1856, D. 1857. 2. 45. — *Supplément au Répertoire de Dalloz*, v° *Faillites et Banqueroutes*, n° 945, VIII, p. 464.

(3) V. loi *anglaise* de 1883, art. 23, § 2.

(4) Le Code de commerce *italien* admet (art. 839) que le jugement d'homolo-

616. 3. *Concession de délais. Remise partielle des dettes du failli.* — Le plus souvent le concordat accorde au failli des délais pour payer ses dettes et même des remises partielles. Dans ce dernier cas qui est très fréquent, le failli concordataire s'oblige dans le concordat à payer un dividende, c'est-à-dire tant pour cent et doit être tenu quitte par ses créanciers par cela seul qu'il paie le dividende convenu. C'est seulement dans la mesure du dividende promis que les créanciers recouvrent, grâce au concordat, leur droit de poursuite individuelle.

Les créanciers sont libres d'accorder telle remise au failli que bon leur semble. Il est évident seulement que, plus la remise est importante, plus les majorités requises par la loi pour la conclusion du concordat sont difficiles à obtenir. Le législateur français, comme, du reste, celui de la plupart des pays, a rejeté le système qui limite l'importance des remises pouvant être accordées par les créanciers (1). La liberté des conventions est ici préférable; car les créanciers peuvent avoir intérêt à accorder des remises d'une grande importance et le droit d'homologation du tribunal garantit la minorité des créanciers contre des conditions du concordat qui seraient vraiment désavantageuses.

La remise contenue dans le concordat a certainement de l'analogie avec la remise de dette dont traite le Code civil (art. 1284 et suiv.). Mais il y a entre ces deux sortes de remises une différence considérable à laquelle se rattachent des conséquences pratiques importantes. La remise de la dette dont s'occupe le Code civil, est un acte purement volontaire de la part du créancier dont elle émane et constitue une donation. Il n'en est pas de même de la remise contenue dans le concordat; ce n'est pas un acte volontaire pour tous les créanciers et ce n'est pour aucun une donation. Elle produit ses effets à l'encontre des créanciers qui ont voté contre le concordat. Elle n'a pas le caractère de libéralité même à l'égard des créanciers qui ont formé la

gation peut décider que la réhabilitation aura lieu quand le failli aura exécuté tous les engagements pris par lui dans son concordat. Selon le Code de commerce *espagnol* (art. 921 et 922), les faillis concordataires peuvent se faire réhabiliter quand ils ont payé les dividendes promis par le concordat.

(1) Ainsi, le Code de commerce *portugais* (art. 730, § 2) admet que le concordat ne peut être consenti que si le dividende offert est d'au moins 50 0/0 et payable dans une période n'excédant pas cinq ans.

majorité. S'ils ont voté pour le concordat, c'est qu'ils ont pensé qu'il fallait consentir à un sacrifice dans la crainte d'éprouver une perte plus grande par suite des frais et des délais occasionnés par la procédure de l'union ou à raison de la dépréciation des biens. *Meliùs est pauca dividere quàm totum perdere*, disait Straccha, pour exprimer le principe qui sert de base, pour ainsi dire, aux remises contenues dans le concordat. Les créanciers même favorables au concordat manquent de l'*animus donandi* qui est un élément essentiel à l'existence d'une donation.

De cette idée fondamentale découlent d'importantes conséquences qui constituent des différences entre la remise de dette ordinaire et la remise de dette contenue dans le concordat.

617. *a.* La remise ordinaire de la dette en entraîne l'extinction complète, de telle sorte que la dette ne subsiste plus même comme simple obligation naturelle. Au contraire, le failli concordataire demeure obligé naturellement de payer à ses créanciers la portion de ses dettes dont la remise lui a été accordée (1). L'existence de cette obligation naturelle semble bien résulter de ce que, pour obtenir sa réhabilitation, il faut que le failli, même concordataire, ait acquitté l'intégralité de ses dettes en capital et en intérêts (art. 604, 1er alin.). Il y a ainsi même un moyen indirect de contrainte sanctionnant cette obligation naturelle.

De ce que le concordat laisse subsister une obligation naturelle pour le failli quant à la portion de ses dettes dont il lui a été fait remise, résultent de nombreuses conséquences dont les principales sont les suivantes :

1. Le failli concordataire qui acquitte volontairement cette portion ne peut pas répéter (2) et il fait un paiement, non une donation.

(1) Droit étranger. — Cette doctrine est aussi admise dans les pays étrangers. V. pour l'*Allemagne*, Kohler, *op. cit.*, p. 462 et 463. — Tous les auteurs admettent en France la survie d'une obligation naturelle pour le failli concordataire : Aubry et Rau, IV, § 297 *c*; Demolombe, XXVII, n° 40; Laurent. XVII. XVIII, nos 21 et 22.

(2) D'après les principes généraux du droit (art. 1235, al. 2, C. civ.), il faut que le paiement soit volontaire, pour que la répétition soit exclue. V. Trib. civ. Seine, 17 nov. 1886, *La Loi*, n° du 11 fév. 1887, un cas dans lequel la répétition a été admise parce que le paiement n'avait pas été volontaire : un créancier était parvenu à se faire payer l'intégralité de ce qui lui était dû à la suite d'une saisie-arrêt pratiquée en pays étranger.

Aussi ne peut-il être question de rapport ni de réduction pour les créanciers désintéressés.

2. L'obligation du failli concordataire, même pour la portion dont il lui a été fait remise, peut être garantie par une caution ou par un gage.

3. En cas de novation, cette obligation peut servir de fondement à une obligation civile contractée postérieurement par le failli (1).

A la survivance d'une obligation naturelle se rattache une difficile question relative au rapport à succession. V. n° 627.

618. *Clause de retour à meilleure fortune.* — En principe, la dette du failli demeure une obligation naturelle, alors même que le failli revient à meilleure fortune (2). Mais parfois la remise contenue dans le concordat n'est consentie que *sauf le cas de retour à meilleure fortune* (3). Cette formule n'a pas toujours le même sens. Tantôt elle est destinée seulement à indiquer que le failli concordataire demeurera tenu d'une obligation naturelle; elle est alors superflue. Tantôt elle signifie que le failli sera de nouveau obligé civilement s'il revient à meilleure fortune. C'est aux juges à apprécier d'après les circonstances quel est le sens de cette clause. Ils lui attribuent généralement le premier sens, surtout quand elle est d'usage dans le lieu où elle a été stipulée (4). Même quand cette clause a le second sens prévu, elle doit être interprétée raisonnablement. Elle ne devrait pas s'appliquer par cela seul que le failli concordataire aurait acquis quelques biens suf-

(1) Poitiers, 2 juill. 1872, D. 1872. 2. 166; Cass. 29 avr. 1873, D. 1873. 1. 287; Trib. civ. Seine, 9 fév. 1891, *Le Droit*, n° du 7 mai 1891. (Dans l'espèce, il s'agissait d'un concordat par abandon; mais ce jugement peut être cité à propos du concordat simple; dans les deux concordats, l'obligation du failli pour la portion dont il lui a été fait remise subsiste comme obligation naturelle).

(2) Droit étranger. — Des Codes étrangers consacrent expressément le principe posé au texte. V. Codes de commerce *espagnol* (art. 918); *argentin* (art. 1490). Mais une règle toute contraire, consistant dans l'admission de cette clause comme sous entendue, est consacrée dans le concordat préventif de la faillite par la loi *belge* du 29 juin 1887 (art. 25) et par la loi *luxembourgeoise* du 14 avr. 1886 (art. 25).

(3) V. sur l'origine de la clause de retour à meilleure fortune, Frémery, *Études de Droit commercial*, p. 416 et suiv.

(4) Décisions admettant que la clause ne fait allusion qu'à une obligation naturelle: Bordeaux, 14 janv. 1869, S. 1869. 2. 164. — Trib. comm. Seine, 7 mai 1892, *Le Droit*, n° du 5 juin 1892; *Journ. des faillites*, 1892, p. 388; Paris, 10 janvier 1893, *Journ. des faillites*, 1893, p. 294. — V. Aubry et Rau, IV, § 297, p. 8.

fisants pour payer ses dettes (1). Il faut, pour qu'elle s'applique, qu'un changement notable se soit produit dans la situation du failli concordataire, par exemple à raison d'une succession qui lui est échue, de telle façon que le failli ne doive pas retomber dans l'indigence en acquittant ses dettes (2).

La question de savoir quel est le sens de la clause de retour à meilleure fortune est une question de fait dont l'examen ne rentre pas dans les pouvoirs de la Cour de cassation (3).

619. *b.* La remise de dette accordée au débiteur principal libère la caution, art. 1287, C. civ. Autrement, à raison du recours que la caution, après avoir payé, aurait contre le débiteur principal, celui-ci ne profiterait pas de cette remise. Du reste, la remise de la dette entraîne l'extinction complète de l'obligation. Au contraire, en cas de remise faite par un concordat, les créanciers conservent leur droit d'agir pour le tout contre la caution du failli. Cette solution, consacrée par l'art. 545, C. com., est rationnelle. Lorsqu'un créancier demande une caution à son débiteur commerçant, son but est d'avoir une garantie en cas de faillite de celui-ci; il serait singulier que, cet événement se réalisant, la garantie disparût. Au surplus, le cautionnement suppose sans doute une obligation principale, mais il suffit que cette obligation soit une obligation naturelle. V. art. 2012, C. civ. (4).

(1-2) Trib. comm. Lille, 20 août 1894, *Journ. des faillites*, 1896, p. 278. — On a dit assez justement que cette clause équivaut à peu près au bénéfice de compétence du Droit romain. En vertu de cette clause, le failli concordataire peut être poursuivi par ses créanciers, même pour les portions de ses dettes dont il lui a été fait remise, mais seulement jusqu'à concurrence de ses ressources (*quatenùs facere potest*), comme les personnes qui jouissaient, en Droit romain, du bénéfice de compétence. V. Accarias, *Précis de Droit romain*, II, n° 917.

(3) Cass. 26 janv. 1874, D. 1875. 1. 23. Cpr. Cass. 13 déc. 1875, D. 1875. 1. 417.

(4) Droit étranger. — La règle de l'art. 545, C. com., est admise notamment par les Codes de commerce *italien* (art. 792); *roumain* (art. 802); *argentin* (art. 1478); par la loi *allemande* (art. 178); la loi *belge* (art. 541); la loi *autrichienne* (art. 224). — Mais il est des législations dans lesquelles les seuls créanciers qui conservent leurs droits contre les coobligés et les cautions sont, en principe, ceux qui n'ont pas adhéré au concordat. Tel est le principe consacré par la loi *suisse* (art. 303). Cette loi admet toutefois qu'il en est de même de celui qui adhère, mais pourvu qu'il ait informé les coobligés ou les cautions, au moins dix jours à l'avance, du jour et du lieu de l'assemblée, en leur offrant de leur céder ses droits contre le paiement. — Le Code de commerce *chilien* (article 1481) décide que la remise contenue dans un concordat profite aux cautions et aux codébiteurs quand le créancier y a adhéré par son vote. — Paul faisait une distinction de ce genre. V. L. 58, § 1, Dig., XVII, 1, *Mandati vel contrà*.

620. La caution, qui reste ainsi obligée quand elle a payé la portion de la dette remise par le concordat, n'a pas de recours contre la faillite du débiteur principal, ni pour la somme qu'elle a déboursée, ni même pour la partie de cette somme équivalente à la portion dont le failli n'a pas été libéré. Ainsi, supposons qu'il s'agisse d'une dette de 12,000 fr. garantie par une caution, que le failli ayant obtenu une remise de 75 p. 100 dans son concordat ait payé au créancier 3,000 fr. et que la caution ait payé les 9,000 fr. restants. Elle ne pourra assurément pas d'abord réclamer au failli concordataire ces 9,000 fr.; elle lui enlèverait le bénéfice du concordat. Mais ne pourrait-elle pas, du moins, se faire rembourser par le débiteur principal (concordataire) 25 p. 100 de cette somme, soit 2,250 fr.? On l'a soutenu. Mais cela n'est pas admissible. Autrement les conditions du concordat seraient méconnues. Le failli concordataire ayant payé un dividente de 25 p. 100 sur 12,000 fr. au créancier et sur 9,000 fr. à la caution, la créance se trouverait avoir figuré au passif pour ces deux sommes réunies, soit 21,000 fr., c'est-à-dire pour une somme supérieure à son montant. La caution n'a donc pas de recours contre le débiteur principal qui n'est tenu envers elle que d'une obligation naturelle.

621. Il résulte de là que c'est la caution qui supporte la perte résultant de la remise faite par le concordat. Ne doit-on pas, par suite, admettre la caution au vote du concordat? Il n'est évidemment pas possible d'y admettre à la fois la caution et le créancier; car alors la créance figurerait au concordat pour une somme double de son montant. Il est naturel que le droit de participer au vote appartienne au créancier; si la caution veut obtenir ce droit, un moyen fort simple est à sa disposition, elle n'a qu'à payer intégralement le créancier. On ne saurait donc dire que la caution est ainsi livrée au caprice du créancier qui peut se laisser entraîner à faire une remise d'autant plus forte au débiteur principal que les conséquences en retombent sur la caution. L'homologation judiciaire est, du reste, une garantie contre les remises exagérées faites par le concordat.

Ces décisions ne sont pas en contradiction avec la disposition de l'art. 2032, alin. 2, C. civ., d'après laquelle la caution peut, même avant d'avoir payé, agir contre le débiteur principal, pour être indem-

nisée, lorsque le débiteur a fait faillite... La caution peut, en vertu de cette disposition, produire à la faillite du débiteur principal ; mais il faut pour cela que le créancier n'y produise pas. On conçoit que celui-ci se désintéresse de la faillite lorsque la caution est d'une solvabilité certaine. En exerçant ce droit, la caution ne peut se prévaloir de l'art. 444, C. com., qui rend les dettes exigibles en cas de faillite : la créance de la caution contre le débiteur principal est une créance conditionnelle, non une créance à terme ; l'art. 444 ne régit pas les créances sous condition. V. n° 258.

Si la caution peut produire à la faillite par cela seul que le créancier ne s'y présente point, elle ne peut, du moins, y toucher des dividendes que lorsqu'elle a payé le créancier (1).

622. D'après son texte même, l'art. 545 s'applique à tous les coobligés du failli concordataire. Ainsi, ce n'est pas seulement la caution de celui-ci que le concordat ne libère pas, ce sont aussi ses codébiteurs solidaires. A ce point de vue encore, la remise résultant du concordat diffère de la remise de la dette ordinaire qui, faite à l'un des débiteurs solidaires, libère les autres (art. 1285, C. civ.).

Il va de soi que la caution réelle doit être, sous ce rapport, assimilée à la caution proprement dite.

Mais il n'y a pas à parler de l'application de l'art. 545 à l'hypothèque ou au gage constitué par le débiteur. De deux choses l'une : le créancier hypothécaire ou gagiste a voté au concordat et alors il a perdu sa garantie (art. 508, C. com.), ou il n'y a pas voté et alors le concordat ne lui est pas opposable (n° 630).

623. A la disposition de l'art. 545, C. com., sur la permanence de l'obligation intégrale de la caution malgré la remise faite dans le concordat au débiteur, se rattachent parfois des questions intéressantes qui s'élèvent dans le cas où le failli est marié sous le régime de la communauté.

Il va de soi, par application de l'art. 545, C. com., que la remise contenue dans le concordat consenti au mari ne profite pas à la femme qui s'est obligée avec lui (2). C'est précisément le maintien de l'obli-

(1) Trib. comm. Seine, 14 août 1884, *Le Droit*, n° du 5 sept. 1884.

(2) Paris, 16 avr. 1864, S. 1865. 2. 289. — V. aussi Trib. civ. Seine, 26 décembre 1893, *Journ. des faillites*, 1894, p. 186.

gation de la femme qui fait naître une difficulté quand les époux sont communs en biens. Sous le régime de la communauté, les actes faits par la femme avec l'autorisation du mari obligent non seulement celle-ci, mais encore le mari et la communauté (art. 1419, C. civ.). Aussi peut-on se demander si les créanciers peuvent, du chef de la femme, se faire payer pour le tout sur les biens de la communauté malgré le concordat.

Les créanciers ont ce droit, a-t-on dit (1). La communauté est engagée directement par la femme qui s'oblige avec l'autorisation de son mari. Aussi la communauté demeure obligée pour le solde de la dette bien que le mari soit libéré par l'effet du concordat.

Cette opinion ne triomphe pas. On reconnaît généralement que les créanciers ne peuvent se faire payer sur les biens de la communauté que du dividende promis dans le concordat et que, par suite, ils n'ont aucun droit sur ces biens quand ce dividende a été payé par le mari (2). Des motifs divers justifient cette solution. En cas de faillite du mari, les biens de la communauté font partie de l'actif de la masse et en forment même souvent l'élément le plus important. Il est impossible de comprendre comment le concordat ne libèrerait pas les biens communs dans la mesure où le sont les biens personnels du mari (3). Autrement l'obligation contractée par la femme autorisée du mari aurait sur les biens de la communauté un effet que n'aurait pas l'engagement du mari. Car il est certain que, lorsque le mari seul s'est obligé, le concordat qui lui est accordé, profite à la communauté en même temps qu'au mari. Du reste, il est douteux que la femme oblige directement la communauté; on soutient que celle-ci ne l'est en quelque sorte que par contre-coup; elle l'est

(1) Lyon, 23 juill. 1858, S. 1859. 1. 615.

(2) Paris, 24 janv. 1855, S. 1856. 2. 109; D. 1855. 231; Cass. 17 janv. 1881, D. 1881. 1. 145; S. 1881. 1. 126; *J. Pal.*, 1881. 275; Paris, 20 fév. 1891, *Journ. des faillites*, 1891, p. 165. — Aubry et Rau, V, § 509 et note 42; Lacoste, *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1883, p. 739; Laurent, XXII, nº 72; Boutaud, *Des contrats de la femme avec les tiers dans l'intérêt du mari*, nº 113, p. 196 et suiv.; Lacoste, dans la *Revue critique de législ. et de jurispr.*, 1883, p. 752 et suiv.

(3) L'arrêt de la Cour de Lyon du 23 juill. 1858, S. 1859. 2. 615, considère à tort la communauté comme une personne morale existant à côté des époux. — V. contre la personnalité de la communauté de biens entre époux, Colmet de Santerre, VI, p. 41 et suiv.

parce que le mari lui-même est obligé et que la communauté est tenue toujours en principe, par suite des obligations du mari. Aussi est-il préférable de chercher à résoudre la difficulté sans s'occuper de cette question.

Le cas inverse de celui qui vient d'être supposé peut se présenter, c'est-à-dire qu'il est possible qu'une femme commune en biens exerçant le commerce soit déclarée en faillite et obtienne un concordat. Le mari et la communauté sont obligés par ses actes (art. 1419, 1426, C. civ.; art. 5, C. com.). Le mari et la communauté sont-ils libérés en même temps que la femme dans la mesure des remises faites par le concordat ou demeurent-ils tenus pour l'intégralité des dettes? On a soutenu que la communauté et le mari restent tenus, en les considérant comme des sortes de cautions (1). Il nous semble, au contraire, que, dès l'instant où la femme est libérée en partie, la communauté et le mari doivent l'être dans la même mesure. A vrai-ment parler, il n'y a pas plusieurs dettes coexistantes, mais une dette unique, celle de la femme qui seulement, en vertu des principes du régime de la communauté, rejaillit sur la communauté et sur le mari. La cause même de l'obligation de la communauté et du mari disparaît, par suite du concordat, dans la mesure où la femme est libérée.

624. Les créanciers ne recouvrent leur droit de poursuite individuelle qu'avec les restrictions admises par le concordat, c'est-à-dire à charge de respecter les délais et les remises consentis. Ils jouissent parfois d'une garantie nouvelle. C'est ce qui a lieu quand le failli concordataire leur a donné une ou plusieurs cautions qui garantissent ses obligations (2). Souvent ces cautions du concordat sont des parents du failli qui ont consenti à s'obliger pour déterminer les créanciers à voter le concordat.

La caution, qui s'oblige ainsi, est tenue de payer les dettes du failli dans la mesure où celui-ci s'est engagé par le concordat à les acquitter.

(1) V. *en ce sens*, Paris, 19 fév. 1845, D. 1845. 4. 89. — Boutaud, *op. cit.*, p. 198, note 1.

(2) L'art. 520, C. com., fait allusion au cautionnement du concordat. V. ci-après, n° 630.

Mais, en ce qui la concerne, on ne peut parler d'une obligation naturelle pour l'excédent, la caution ne s'est obligée à payer que le montant du dividende promis par le failli concordataire ; pour l'excédent, elle n'a jamais été tenue, à la différence de celui-ci.

Comme il se peut toujours que des créanciers inconnus surviennent, la caution agit prudemment en limitant son obligation à une somme déterminée, afin qu'elle ne prenne pas un accroissement excessif.

La caution du failli concordataire n'est pas obligée commercialement. Car le cautionnement n'est pas, en principe, un acte de commerce et on ne se trouve pas dans un des cas exceptionnels où il en est autrement (1). Néanmoins l'action exercée contre la caution doit être portée devant le tribunal de commerce, parce que c'est là une action dérivant de la faillite (art. 59, alin. 7, C. proc. civ., et art. 635, C. com.). V. nos 467 et 468 (2).

625. Outre la garantie conventionnelle du cautionnement qui est très fréquente, les créanciers ont aussi, pour assurer l'exécution du concordat, l'hypothèque légale de l'art. 490, C. com., sur les immeubles du failli. L'hypothèque n'existe plus au profit de la masse comme avant le concordat, puisqu'après le concordat il n'y a plus de masse des créanciers ; elle existe au profit de chacun des créanciers.

Cette hypothèque est particulièrement utile aux créanciers en cas de concordat (n° 279 *bis*) : grâce à elle, ils priment les créanciers envers lesquels leur débiteur s'oblige après avoir obtenu le concordat. Il va de soi, comme l'indique l'art. 517, que l'hypothèque ne subsiste qu'autant que les créanciers n'y renoncent pas dans le concordat. Du reste, l'hypothèque ne continue d'exister que dans la mesure où le failli concordataire est tenu d'après le concordat de payer ses dettes. Aussi l'art. 517 prescrit-il d'inscrire au bureau des hypothèques le jugement d'homologation du concordat. Conformément à cette disposition, le syndic, en produisant un bordereau, requiert une inscription (art. 2148 et suiv., C. civ.) (3). Cette inscription ne fait pas double emploi avec l'inscription de l'art. 490, alin. 3. Ces deux formalités se complètent. L'inscription prise en vertu de l'art. 517,

(1-2) V. *Traité de Droit commercial*, I, n° 182.

(3) Le jugement même d'homologation n'est pas copié sur le registre comme ourraient le faire croire les expressions de l'art. 517, C. com.

C. com., indique à quelle somme se trouve réduite l'hypothèque de la masse qui, après le concordat, profite à chaque créancier individuellement.

En principe, il faut que l'inscription indique les noms de chaque créancier conformément aux prescriptions de l'art. 2148 1°, C. civ., et chaque créancier a à donner mainlevée de l'hypothèque pour son compte quand il est payé du dividende qui lui revient. Mais on comprend qu'ainsi l'inscription est très longue si le nombre des créanciers est grand. Aussi pourrait-on se borner à indiquer le montant des créances, si les créanciers avaient pris le soin de donner au syndic ou à un commissaire au concordat le mandat de donner mainlevée de l'hypothèque au nom des différents créanciers au fur et à mesure des paiements des dividendes.

626. Le concordat emporte-t-il novation, de telle sorte que le failli concordataire doive être considéré, jusqu'à concurrence de la somme pour laquelle il demeure obligé, comme tenu de dettes nouvelles? La question présente de l'intérêt, notamment au point de vue de la prescription des créances. S'il y avait novation, la prescription trentenaire serait substituée aux prescriptions plus courtes qui jusqu'alors étaient applicables, de telle sorte que, s'il s'agissait de lettres de change ou de billets à ordre, la prescription quinquennale de l'article 189, C. com., serait remplacée par la prescription de trente ans. On a soutenu que le concordat entraîne novation, en affirmant que la remise contenue dans le concordat implique la volonté des parties de modifier la nature de la créance et d'opérer un changement dans les titres primitifs (1). Cette opinion doit être repoussée; il n'y a pas novation (2). Celle-ci ne se présume pas plus en matière commerciale qu'en matière civile (3); pour qu'il y ait novation, il faut qu'il n'y ait pas de doute sur l'intention des parties de l'opérer. Or, en cas de concordat, ne peut-on pas naturellement penser que les par-

(1) Paris, 20 juin 1870, D. 1871. 2. 3; Trib. civ. Seine, 29 avr. 1893, *Journ. des faillites*, 1893, p. 471. — Laurin, n° 1142, *in fine*.

(2) Paris, 8 nov. 1855, D. 1856. 2. 152; Cass. 7 mars 1866, D. 1866. 1. 298; Aix, 14 nov. 1889, *Journ. des faillites*, 1890, p. 61; Cass. 5 avr. 1892, S. et *J. Pal.*, 1892. 1. 365; D. 1892. 1. 246, *Journ. des faillites*, 1892, p. 433.

(3) V. *Traité de Droit commercial*, III, n° 41.

ties ont voulu réduire les dettes du failli au montant des dividendes promis, mais non en changer la nature?

627. *Questions de réduction et de rapport.* — Au sujet de la remise consentie par le concordat, il y a lieu de se demander si elle est soumise à la réduction lorsqu'un créancier laisse des héritiers réservataires ou si elle donne lieu au rapport dans le cas où le failli concordataire succède à un des créanciers en concours avec d'autres héritiers.

En ce qui concerne la réduction, il n'y a aucune difficulté. Il est hors de doute qu'elle ne s'applique pas aux remises contenues dans le concordat. Ces remises ne sont pas des libéralités et les donations entre-vifs ou testamentaires seules peuvent être réduites, quand elles portent atteinte à la réserve.

Au contraire, une grave controverse s'élève sur le point de savoir si les sommes dont la remise a été faite par le concordat doivent être rapportées. Par cela même que la remise résultant du concordat n'est pas une libéralité, il ne saurait être question de la soumettre au rapport comme telle. Mais ne faut-il pas du moins appliquer ici les règles sur le rapport des dettes et admettre ce rapport même pour la portion dont le failli a été libéré par ses créanciers? Il ne s'est pas formé moins de trois opinions sur cette question.

D'après l'une, le rapport serait toujours dû pour la portion remise; d'après la seconde, il n'y aurait lieu à rapport que selon une distinction spéciale; enfin, d'après la troisième, à laquelle nous adhérons, le rapport ne serait jamais dû.

En faveur du rapport à faire dans tous les cas (1), on invoque, outre l'opinion d'anciens jurisconsultes, des considérations diverses. La loi oblige les héritiers au rapport des dettes (art. 829 et 830, C. civ.). En admettant même que la dette soit complètement éteinte dans la mesure fixée par le concordat, il n'en est pas moins vrai, dit-on, qu'un des héritiers a reçu du défunt une valeur et que l'égalité exige que les autres héritiers reçoivent une valeur égale. Il y a là souvent

(1) Paris, 8 fév. 1848, S. 1848. 2. 122; Bordeaux, 16 août 1870, S. 1872. 2. 306; D. 1871. 2. 235; Trib. civ. Montbrison, 10 nov. 1886, *Journ. des faillites*, 1887, p. 275. — Labbé, *Revue pratique de Droit français*, 1859, t. VII, p. 187 et suiv.

un arrangement de famille et l'on prête, en général, plus facilement à des parents qu'à des étrangers. Si le rapport n'était pas dû, l'on arriverait à des conséquences injustes dans le cas où un père aurait fait des prêts a ses deux fils dont l'un est non-commerçant et dont l'autre qui est commerçant, a obtenu un concordat. Du reste, il n'est pas exact de dire que le failli concordataire est tout à fait libéré de la portion de la dette dont la remise lui a été faite. Il reste débiteur de cette portion même d'après la loi positive, car il doit la payer s'il veut obtenir sa réhabilitation (art. 604, C. com.). Sans doute le failli concordataire ne peut être poursuivi de ce chef, mais pourquoi ne serait-il pas contraint de se libérer entièrement, alors qu'on peut l'y forcer sans le priver d'aucun bien, au moyen d'un rapport en moins prenant fait à la succession d'un créancier?

Cette opinion n'est pas admissible. Sans doute, malgré la remise, le failli concordataire ne peut obtenir sa réhabilitation sans payer l'intégralité de ses dettes. Il y a là un moyen de contrainte indirect, mais c'est le seul que la loi admette; elle n'autorise pas à exiger le paiement intégral malgré le débiteur. Les partisans de l'opinion contraire sont, du reste, dans l'impossibilité de donner une solution rationnelle, lorsque la somme dont il a été fait remise par le concordat au failli concordataire excède sa part héréditaire. Si, pour l'excédent, ils soumettent celui-ci au rapport, comme, pour cet excédent, le rapport en moins prenant n'est pas possible, il faut alors accorder aux cohéritiers du failli concordataire le droit de saisir au besoin les biens de celui-ci pour obtenir le rapport en nature. La remise faite par le concordat est ainsi méconnue. Si, au contraire, ils reculent devant cette conséquence et décident que le rapport n'est dû que dans la mesure où il peut avoir lieu en moins prenant, ils font une distinction arbitraire.

Les arrêts (1) et les auteurs (2) se rangent, en général, à une opinion intermédiaire qui fait une distinction. Ils reconnaissent bien que le successible concordataire n'est pas tenu au rapport de la partie de

(1) Cass. 22 août 1843, S. 1844. 1. 186; D. 1843. 1. 491; Paris, 3 fév. 1848, S. 1848. 2. 121; Cass. 17 avr. 1850, S. 1850. 1. 510; Cass. 4 nov. 1889, *Journ. des faillites*, 1890, p. 5; S. 1890. 1. 435; *J. Pal.*, 1890. 1. 503; D. 1890. 1. 206.

(2) Demolombe, XVI, n° 384; Aubry et Rau, VI, p. 627 et note 23; Pont, *Revue de législ.*, 1844, t. III, p. 610 et suiv.

la dette dont il a obtenu la remise par le concordat, quand il était débiteur du *de cujus* par suite d'un acte à titre onéreux, par exemple d'une vente ou d'un prêt à intérêt. Mais ils admettent, au contraire, le rapport dans le cas où la dette provient d'un acte gratuit de la part du *de cujus*, spécialement d'un prêt sans intérêt ou généralement d'avances faites dans l'intérêt du successible, par exemple, pour faciliter son établissement ou pour l'aider à continuer ses affaires ou de cautionnements faits pour son compte. Ils fondent cette dernière solution sur ce que l'héritier doit rapporter tous les avantages qu'il a reçus du défunt.

Cette doctrine intermédiaire n'est pas, selon nous, plus admissible que la première. Le rapport doit, dans tous les cas, être exclu pour la portion de la dette remise par le concordat (1). Cette dette n'existe plus que comme dette naturelle et il est de principe que les dettes de cette sorte, ne pouvant donner lieu à aucune contrainte, échappent, par suite, au rapport des dettes. D'ailleurs, s'il y avait lieu ici au rapport des dettes, il serait dû sans qu'il y eût à distinguer selon que la dette du failli concordataire envers le défunt est née d'un acte gratuit ou d'un acte à titre onéreux. On ne saurait non plus, dans la doctrine intermédiaire, invoquer les règles relatives au rapport des libéralités. Si elles étaient applicables, le rapport devrait être dû non pour le montant de la dette, mais pour celui de l'avantage tiré par le successible du prêt qui lui a été fait par le défunt.

Il va de soi que cette doctrine n'est exacte que s'il n'y a pas eu, sous l'apparence d'un prêt gratuit, une véritable donation de la somme prêtée.

628. *A quels créanciers le concordat est opposable.* — Le concordat produit ses effets, qu'ils soient désavantageux ou avantageux, à l'égard des créanciers du failli, soit qu'ils aient voté pour ou contre le concordat, soit qu'ils n'aient été ni présents ni représentés à l'assemblée où le concordat a été voté. Il y a là une dérogation à la règle, *res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest* (art. 1165, C. civ.).

D'après l'art. 516, C. com., *l'homologation du concordat le rendra obligatoire pour tous les créanciers portés ou non portés au*

(1) Renouard, II, p. 119; Laurin, n° 1139; Bravard et Demangeat, V, p. 446, note 2; A. Deschamps, *Du rapport des dettes*, n° 88, p. 121 et suiv.

bilan, vérifiés ou non vérifiés, et pour les créanciers domiciliés hors du territoire continental de la France, ainsi que pour ceux qui, en vertu des art. 499 et 500, auraient été admis par provision à délibérer, quelle que soit la somme que le jugement définitif leur attribuerait ultérieurement. On pourrait sans doute dire que le créancier contesté qui n'a pas obtenu son admission provisionnelle et qui a été reconnu créancier par jugement, a été privé à tort du droit de vote au concordat; que le créancier admis provisionnellement et dont la prétention a été repoussée, a concouru sans droit au concordat, que, dès lors, les majorités en nombre et en sommes ont été faussées. Mais le législateur a dû, pour assurer la stabilité du concordat, ne pas s'arrêter à ces considérations.

On avait prétendu, sous l'empire du Code de 1807, que le concordat n'était pas opposable aux créanciers non portés au bilan. L'article 516 repousse avec raison cette solution. Autrement, en ne portant pas au bilan certains créanciers rigoureux, un failli pourrait se faciliter l'obtention d'un concordat.

629. Toutefois la détermination exacte des créanciers auxquels le concordat est ou n'est pas opposable, n'est pas sans donner lieu à quelques difficultés.

Il peut y avoir des créanciers conditionnels, des créanciers à l'égard desquels a été engagé un procès qui n'a été terminé que par un jugement postérieur à l'homologation du concordat. Celui-ci peut-il être opposé à ces différents créanciers avec les remises y contenues, ou ont-ils, le concordat ne leur étant pas opposable, le droit de se faire payer l'intégralité de leurs créances ?

La règle de l'art. 516 paraît bien absolue. Elle s'applique *à tous les créanciers* sans distinction, c'est-à-dire à tous ceux qui ont un droit né antérieurement à la faillite, que ce droit même n'ait été reconnu que par un jugement postérieur à l'homologation du concordat; car ce jugement n'a pas fait naître la créance (1). Peu importe

(1) Trib. civ. Seine, 5 juill. 1894, *Le Droit*, 19 juill. 1894. Le principe général est très nettement posé dans un jugement du Trib. civ. de la Seine du 21 mai 1890, *Journ. des faillites*, 1890, p. 457. — *En sens contraire* : Alger, 15 janv. 1895, *Journ. des faillites*, 1895, p. 368. Dans l'espèce une action en garantie avait été intentée avant le concordat, mais n'avait été reconnue bien fondée qu'après celui-ci. La Cour dit que les créances ne sont soumises à la loi

aussi que la créance n'ait été exigible, ou même ne soit devenue définitive qu'après l'homologation du concordat. Les créanciers conditionnels peuvent concourir aux opérations de la faillite ; on met leur part en réserve. La condition se réalisant, ils subissent le concordat. Comment seraient-ils mieux traités que les créanciers à terme (1)?

La même règle doit être, selon nous, appliquée aux créanciers éventuels, du moment que l'on peut dire que l'origine du droit est antérieure à la faillite (2).

du concordat qu'autant qu'*elles reposent sur un titre certain antérieur à ce contrat*, qu'il importe peu que la cause d'une créance soit préexistante, si elle n'est reconnue légitime qu'à l'époque où le failli a été remis à la tête de ses affaires; que ce principe qui est la sauvegarde des intérêts de la masse et sans lequel le concordat n'aurait aucune base solide et définitive, découle des dispositions de l'art. 516, C. com., et a été consacré par la Cour suprême. — Ces motifs paraissent assez singuliers. D'une part, comment se fonder sur l'art. 516 dont les termes sont aussi absolus que possible et qui applique le concordat aux créanciers non portés au bilan, aux créanciers admis par provision quelle que soit la somme que le jugement définitif leur attribuerait. D'autre part, la doctrine de la Cour d'Alger parait bien de nature à ébranler les bases du concordat, puisqu'il pourra surgir des créanciers ayant le droit de se faire payer intégralement sans tenir compte ni des remises ni des délais stipulés et pouvant ainsi mettre le failli concordataire dans l'impossibilité de tenir les promesses faites par lui dans le concordat. — Dans le sens de l'arrêt d'Alger, V. Trib. civ. Seine, 19 juin 1896, *Journ. des faillites*, 1896, p. 369. — D'après ce jugement, l'expression *créanciers* de l'art. 516 s'entend non pas de ceux qui peuvent avoir un droit éventuel contre le failli, mais seulement de ceux dont le droit a été consacré par un titre avant l'homologation du concordat et a été ainsi dégagé de toutes les éventualités qui pourraient s'opposer à ce qu'il fût reconnu ou déclaré par les tribunaux. Argument de l'arrêt de cassation du 6 juill. 1857, S. 1859. 1. 504; D. 1857. 1. 440. — L'art. 516, en statuant sur le sort des créances contestées dont parlent les art. 499 et 500, confirme, dit-on, par une disposition exceptionnelle cette règle absolue que les simples créances auxquelles le concordat est opposable sont celles dont la légitimité est établie avant l'homologation du concordat. Il résulterait de là un singulier avantage produit par les lenteurs de la justice. Comment l'étendue d'un droit peut-elle dépendre de la date à laquelle le jugement est rendu?

L'arrêt précité du 6 juill. 1857 a statué dans un cas où un acheteur qui n'avait été évincé qu'après le concordat obtenu par le vendeur, recourait en garantie contre lui. On comprend qu'il ait été admis que le concordat n'était pas opposable à l'acheteur. Comment celui-ci aurait-il pu se présenter dans la faillite de son vendeur?

(1-2) Trib. comm. Seine, 9 janv. 1895, *La Loi*, 1er fév. 1896. — Une caution obtient un concordat; le débiteur principal tombant lui-même en faillite, le créancier agit contre la caution qui prétend n'être tenue que dans les termes du concordat. Le tribunal admet cette prétention par ce motif que la dette de la caution était née au moment où elle a obtenu son concordat, bien que cette dette dépendit du fait par le débiteur principal de ne pas exécuter son obligation.

630. Il y a des créanciers du failli antérieurs au concordat auxquels le concordat ne peut certainement pas être opposé ; ce sont les créanciers hypothécaires ou privilégiés. Ils sont en dehors de la faillite et le concordat n'est obligatoire pour eux qu'autant qu'ils se présentent comme créanciers chirographaires, soit parce que leur garantie est insuffisante (art. 556, C. com.) (1), soit parce qu'ils y ont renoncé (art. 508, C. com.).

631. Du reste, il est évident que le concordat n'est opposable qu'aux créanciers du failli (créanciers *dans la* masse), non aux créanciers qui ont la masse pour débitrice (créanciers *de la* masse) (2). Cette solution est d'autant plus juste que ces derniers créanciers ne sont pas appelés à participer au vote du concordat. C'est même là un des points de vue auxquels il importe de distinguer ces deux catégories de créanciers (V. nos 556 et suiv.).

631 *bis*. Les effets produits par le concordat même à l'égard des créanciers qui n'y ont pas consenti peuvent expliquer qu'on ait, spécialement en Allemagne, refusé au concordat le caractère de contrat, pour y voir un jugement ou un acte judiciaire (3). La vérité est qu'il y a là un contrat, mais que la majorité y lie la minorité parce qu'en matière de faillite, les droits individuels des créanciers disparaissent en principe et sont soumis aux décisions de la majorité. L'homologation du tribunal de commerce n'intervient que pour protéger la minorité ; elle ne crée pas plus le concordat que les actes concernant un mineur ne résultent de l'homologation de justice, quand ils sont soumis à cette formalité protectrice.

632. Des difficultés s'élèvent sur le point de savoir si un grand nombre de dispositions du Code de commerce qui ne visent expressément ni le cas de concordat ni le cas d'union, s'appliquent au premier cas comme au second (V. notamment art. 550, dern. alin., articles 552 et suiv., art. 557 et suiv., etc...). Ces difficultés seront

(1) Bourges, 24 déc. 1888, *Journ. des faillites*, 1889, p. 517.

(2) Cass. 2 janv. 1849, D. 1849. 1. 85 ; Trib. comm. Seine, 5 oct. 1860, D. 1860. 5. 170 ; Trib. comm., 3 avr. 1891, *La Loi*, n° du 18 avr. 1891.

(3) V. sur les opinions très diverses soutenues en Allemagne, Wach, *der Zwangsvergleich*, p. 69 à 82.

examinées à propos, soit de l'union, soit des droits des différents créanciers, dans le chapitre suivant. Mais il est des dispositions qui ont déjà été étudiées et à l'occasion desquelles une difficulté de ce genre peut, par suite, être immédiatement résolue. Il s'agit des art. 446 à 449 relatifs aux nullités des actes faîts par le failli avant le jugement déclaratif. Ces nullités peuvent-elles être invoquées même après le concordat? La difficulté provient de ce que ces nullités sont introduites dans l'intérêt de la masse qui, par suite même du concordat, n'existe plus. Faut-il donc admettre que, soit le failli, soit chaque créancier, aura la faculté de s'en prévaloir?

Des opinions diverses sont soutenues sur cette importante question. Dans une première doctrine, on décide qu'après le concordat simple, les nullités des art. 446 à 449 ne peuvent plus être invoquées du tout. Elles ne peuvent plus, dit-on, l'être par les créanciers, puisqu'ils ne forment plus une masse et que ces nullités sont établies exclusivement dans l'intérêt de la masse. Elles ne peuvent pas non plus l'être par le failli ; car il est certain qu'à son égard, les actes frappés de nullité subsistent (nos 317, 398 et 407) (1). On a toutefois proposé de reconnaître au failli concordataire le droit de se prévaloir des nullités des art. 446 à 449 dans des cas divers. Les uns le lui accordent quand ce droit lui a été cédé par le concordat (2). Les autres prétendent qu'en l'absence même de toute cession, le failli concordataire a ce droit tant qu'il n'a pas exécuté complètement son concordat (3). Autrement, dit-on, en rendant peut-être impossible l'exécution du concordat, les actes atteints par les art. 446 à 449 nuiraient aux créanciers dans l'intérêt desquels ils sont annulés. Les dispositions des art. 446 à 449 ne devraient être écartées, selon cette doctrine, que lorsque le failli et les personnes ayant fait avec lui les actes prévus par les art. 446 à 449 se trouvent seuls en présence.

Ces distinctions ingénieuses n'ont aucune base dans les textes du

(1) Cass. 30 juill. 1866, S. 1866. 1. 385 ; *J. Pal.*, 1866. 1054 ; D. 1867. 1. 38 ; Cass. 18 fév. 1878, D. 1878. 1. 291 ; Paris, 12 janv. 1892, *Journ. des faillites*, 1892, p. 161.

(2) Colmar, 9 avr. 1848, S. 1867. 2. 1, en note ; 10 juill. 1866, *Supplément au Répertoire de Dalloz*, v° *Faillites et Banqueroutes*, p. 403 en note. — Dict. de Couder, v° *Concordat*, n° 199.

(3) Demangeat sur Bravard, V, p. 382, note 2. — Poitiers, 2 mai 1854, S. 1858. 1. 705, en note ; D. 1855. 2. 115.

Code de commerce. Il paraît plus conforme aux principes généraux de refuser absolument au failli concordataire le droit de se prévaloir des nullités (1), en l'accordant à chaque créancier individuellement (2). D'un côté, ces nullités ne sont pas faites pour le failli. D'un autre côté, il est naturel, quand la masse disparaît par suite du concordat, de reconnaître à titre individuel à chaque créancier les droits collectifs dont elle jouissait précédemment. C'est là, du reste, ce qui est admis par une disposition formelle du Code (art. 517) pour l'hypothèque légale de la masse qui, après le concordat simple, peut être exercée par chaque créancier (n° 625).

633. Si l'on reconnaît comme nous le faisons, que le failli concordataire ne peut se prévaloir des nullités des art. 446 et suiv., ne faut-il pas, du moins, décider qu'il cesse d'en être ainsi lorsqu'avant même le concordat, elles ont été prononcées sur la demande des syndics et que le failli peut alors invoquer le jugement de nullité? On a soutenu que ce droit appartient au failli, parce qu'il succède en quelque sorte à tous les droits des créanciers (3). Il y a dans cette opinion une erreur évidente. Sans doute, comme cela a été dit plus haut (n° 612), le failli concordataire est considéré comme ayant été représenté par les syndics durant la période préparatoire de la faillite et, en conséquence, il est vrai qu'en général, les jugements rendus au profit des syndics ou contre eux lui profitent ou lui nuisent. Mais cela ne saurait être vrai pour les jugements qui ne peuvent être rendus qu'au profit de la masse des créanciers ou contre elle. On ne conçoit pas qu'un droit qui ne peut être invoqué par une personne, se transforme et devienne de nature à être exercé par elle à raison de ce qu'un jugement en a constaté l'existence (4).

Il faut même logiquement aller jusqu'à reconnaître que, si le

(5) Paris (7e chambre), 20 déc. 1886, *La Loi*, n° des 10-11 janv. 1887 (cet arrêt se borne à refuser au failli concordataire le droit d'invoquer les nullités des art. 446 et suiv., C. com.).

(2) Boistel, n° 1052.

(3) Laurin, n° 1141.

(4) Cass. 30 juill. 1866, D. 1867. 1. 385; Bourges, 1er avr. 1870, D. 1872. 2. 30; S. 1871. 2. 72; *J. Pal.*, 1871. 294. (Cet arrêt décide qu'après le concordat, le créancier dont l'hypothèque a été annulée par un jugement rendu au profit de la masse représentée par le syndic, ne peut interjeter appel contre le failli concordataire); Aix, 27 août 1871, D. 1871. 2. 225.

jugement prononçant la nullité d'un acte du failli en vertu des articles 446 et suiv., C. com., a reçu son exécution avant le concordat, le tiers qui a fait cet acte avec le failli peut s'en prévaloir contre celui-ci comme si la nullité n'avait pas été prononcée. Cela ne nuit pas aux créanciers qui ont le droit d'invoquer le jugement de nullité rendu au profit de la masse avant le concordat.

C. — DES CAUSES QUI FONT TOMBER LE CONCORDAT (1).

634. Le concordat une fois homologué par justice est, en principe, irrévocable comme un contrat. Toutefois, à titre exceptionnel, le Code admet que le concordat peut être détruit. Il tombe en cas d'annulation ou de résolution (2). La déclaration d'une seconde faillite a des effets, à certains égards, analogues à ceux de l'annulation ou de la résolution du concordat. L'annulation, la résolution du concordat, la déclaration d'une seconde faillite doivent être distinguées; si ces causes de destruction ou d'inexécution du concordat se rapprochent en beaucoup de points, elles ont aussi quelques effets différents.

635. DE L'ANNULATION DU CONCORDAT. — Le concordat est, à raison de l'homologation dont il est revêtu, un contrat d'une nature spéciale. Le Code de commerce ne permet pas que le concordat soit annulé pour des causes aussi nombreuses que celles qui sont admises pour les contrats ordinaires. Ceux-ci peuvent être annulés à raison de trois vices du consentement, le dol, l'erreur et la violence (art. 1109 et suiv., C. civ.). En matière de concordat, le dol seul est une cause de nullité (art. 518, C. com.). Des causes décisives ont fait admettre cette règle restrictive. De nombreuses formalités précèdent et entourent le concordat; la justice même doit intervenir pour l'homologuer. Il y a là des garanties sérieuses. Si le concordat pouvait être trop facilement remis en question, cela serait une cause de frais et de perte de temps.

(1) Art. 520 à 526, C. com.

(2) Le Code de 1807 ne parlait ni de l'annulation, ni de la résolution du concordat. Cependant quelques décisions judiciaires avaient annulé ou résolu des concordats. V. Dalloz, *Jurisprudence générale*, v° *Faillite*, n°s 856 à 858.

636. Le dol n'est même pas d'une façon absolue une cause de nullité du concordat. Pour qu'il en soit ainsi, il faut : *a*. Que le dol n'ait été découvert que depuis l'homologation; *b*. Qu'il ait consisté dans la dissimulation de l'actif ou dans l'exagération du passif (art. 518). Ce sont ces faits qui sont précisément constitutifs de la banqueroute frauduleuse. Cpr. art. 518 et 591, C. com. Il est rationnel qu'il y ait là une cause de nullité. Ces fraudes ont empêché les créanciers de se décider en connaissance de cause; quand ils ont à se prononcer sur le concordat, pour apprécier si le dividende proposé par le failli est suffisant et s'il y a des chances pour qu'il soit payé, ils s'attachent surtout au montant de l'actif et du passif.

637. L'art. 518 indique une seule cause de nullité, le dol du failli. Pourtant l'art. 520 paraît distinguer deux causes de nullité, en parlant de l'annulation du concordat, *soit par suite de dol, soit par suite de condamnation pour banqueroute frauduleuse intervenue après l'homologation*. V. aussi art. 522, 1er alin. Il n'y a là que deux manières différentes de s'exprimer; il est bien certain qu'il existe seulement une cause de nullité dérivant du dol qui consiste dans la dissimulation de l'actif ou l'exagération du passif; seulement, quand cela se produit, les choses peuvent, quant à l'annulation du concordat, se passer de deux façons différentes.

a. Il se peut d'abord qu'il y ait condamnation du failli pour banqueroute frauduleuse. L'annulation du concordat doit être prononcée par cela même que le jugement de condamnation a été rendu. Il n'est même pas besoin pour cela que les créanciers qui demandent la nullité du concordat au tribunal de commerce, se soient portés parties civiles devant la Cour d'assises. La condamnation pour banqueroute frauduleuse antérieure au concordat est un obstacle légal à son adoption par les créanciers ou à l'homologation (art. 510, 1er alin.). Il est rationnel et conforme à l'intérêt même de l'ordre public qu'une semblable condamnation postérieure à l'homologation entraîne la nullité du concordat. Au contraire, la banqueroute simple, qui n'empêche pas le concordat, n'en entraîne pas non plus la nullité.

A raison même de l'éventualité d'une condamnation et, par suite, de l'annulation du concordat, quand, après l'homologation, le failli est poursuivi pour banqueroute frauduleuse, dès que ces poursuites

sont entamées, le tribunal de commerce peut prescrire telles mesures conservatoires qu'il juge convenables. Chaque créancier peut provoquer ces mesures. Le tribunal de commerce, averti par le ministère public de l'exercice des poursuites, peut aussi prendre ces mesures d'office. Elles consistent le plus souvent dans la désignation d'un séquestre auquel sont remis les biens, les livres et les papiers du failli (art. 521, C. com.).

b. Il est possible qu'il n'y ait pas de poursuite pour banqueroute frauduleuse, parce que le ministère public a estimé qu'il devait s'abstenir ou parce qu'il y a eu extinction de l'action publique par suite du décès du failli. Cela ne doit pas nuire à l'intérêt privé des créanciers en les privant du droit de faire prononcer la nullité du concordat. Celle-ci est admise par cela seul qu'il y a dol, sans qu'une condamnation pour banqueroute frauduleuse ait eu lieu.

638. De ce que la seule cause de nullité du concordat est le dol du failli dans les termes de l'art. 518, C. com., qu'il y ait eu ou non condamnation pour banqueroute frauduleuse, il résulte :

a. Que le concordat ne peut pas être annulé à raison d'une omission d'un élément de l'actif faite sans qu'il y ait de fraude (1);

b. Que les irrégularités de forme qui peuvent empêcher l'homologation du concordat ne sauraient constituer une cause de nullité quand le concordat a été homologué (2);

c. Que le concordat ne peut pas être annulé à raison de ce qu'il n'a pas été voté aux majorités requises ;

d. Que même la nullité d'un concordat ne peut être demandée à raison de ce qu'il a été conclu et homologué après que les créanciers se sont mis en état d'union (3).

639. 2. De la résolution du concordat. — La résolution peut être demandée à raison de l'inexécution du concordat, lorsque le failli concordataire ne paie pas les dividendes promis. Il y a là une application de l'art. 1184, C. civ., d'après lequel, dans les contrats synal-

(1) Cass. 22 juill. 1868, *Supplément au Répertoire de Dalloz*, VIII, v° *Faillites et Banqueroutes*, p. 466; Cass. 27 janv. 1874, D. 1874. 1. 352.

(2) V. l'arrêt du 22 juill. 1868 mentionné à la note précédente.

(3) Cpr. Cass. 2 mai 1864, D. 1865. 1. 125.

lagmatiques, la condition résolutoire est sous-entendue pour le cas où l'une des parties n'exécute pas son obligation.

640. La résolution du concordat n'a pas lieu de plein droit. Les créanciers, au lieu de la réclamer, peuvent exiger l'exécution du concordat et exercer à cet effet des poursuites sur les biens de leur débiteur. En outre, le tribunal saisi peut lui accorder des délais de grâce. Il n'y a là encore que l'application des principes du droit commun sur la condition résolutoire tacite (art. 1184, C. civ.).

Si même il avait été expressément stipulé que le non paiement d'un seul des dividendes entraînerait de plein droit la résolution du concordat, le failli concordataire pourrait utilement payer tant que les créanciers non satisfaits ne l'auraient pas mis en demeure par une sommation; après cette sommation, le tribunal ne peut plus lui accorder de délais (analog. art. 1656, C. civ.). Mais rien n'empêche de stipuler que la résolution aura lieu de plein droit en cas de non paiement d'un dividende sans que le failli concordataire puisse y échapper en s'acquittant de son dividende avant toute sommation.

641. Qui peut demander la résolution? Ce n'est assurément pas le failli concordataire qui n'a pas exécuté le concordat. Ce sont les créanciers. Mais, une fois le concordat formé, il n'y a plus de masse de créanciers, plus de syndics, plus de majorité ou de minorité, plus de droits collectifs; chaque créancier recouvre l'exercice de ses droits individuels. Aussi ne peut-il être question d'une action en résolution exercée par le syndic; chaque créancier (1) auquel le concordat est opposable (2), peut en demander la résolution par cela seul que les conditions n'en ont pas été exécutées à son égard, eussent-elles, au contraire, été exécutées à l'égard des autres créanciers. Le jugement rendu sur la demande d'un ou de plusieurs créanciers produit, du reste, ses effets *erga omnes*. Le concordat est résolu pour tous. Une résolution partielle serait la cause de grandes complica-

(1) Toulouse 10 juill. 1895, *Journ. de jurispr. de Marseille*, 1896, 2e partie p. 134.

(2) Un créancier hypothécaire ou privilégié ne peut donc pas demander la résolution du concordat à moins qu'il ne soit pas parvenu à se faire payer sur l'immeuble qui lui est affecté : Trib. comm. Seine, 23 juin 1885, *Le Droit*, n° du 12 juill. 1885. — La même solution est exacte pour un créancier gagiste : Trib. comm. Seine, 21 sept. 1883, *Journ. des faillites*, 1883, p. 545.

tions. Du reste, souvent, en matière de faillite, il est dérogé au principe de l'art. 1351, C. civ., sur le caractère relatif de l'autorité de la chose jugée (n° 111) (1).

641 *bis*. La demande en résolution doit être formée contre le failli concordataire ou, s'il est décédé, contre ses héritiers, en présence des cautions, s'il y a des cautions du concordat, ou elles dûment appelées (art. 520, 2e alin., C. com.).

Dans le cas où le failli est décédé, la demande en résolution peut être formée même un an après le décès du failli concordataire (2), tant que le droit des créanciers n'est pas éteint par la prescription trentenaire (n° 640 *b*.). Il est vrai que la résolution du concordat fait ouvrir la faillite à nouveau et que les créanciers ne peuvent demander la déclaration de faillite de leur débiteur décédé que dans l'année qui suit le décès de celui-ci (art. 437, 3e alin.) (3). Mais l'ouverture d'une faillite nouvelle et la réouverture d'une ancienne faillite par suite de la résolution du concordat qui avait mis fin à cette dernière, sont deux choses bien distinctes.

642. *Règles communes à l'annulation et à la résolution du concordat*. — Sous plusieurs rapports, des règles identiques s'appliquent à l'annulation et à la résolution du concordat.

(1) Droit étranger. — La plupart des lois étrangères admettent la résolution du concordat pour cause d'inexécution. V. notamment loi *belge* (art. 523); loi *suisse* (art. 315); Codes de commerce *italien* (art. 843); *espagnol* (art. 906); *roumain* (art. 863); loi *anglaise* (art. 18 1°). Mais la réglementation n'est pas identique dans toutes ces lois. Ainsi, les Codes *italien* (art. 843) et *roumain* (art. 863) distinguent deux sortes de demandes en résolution du concordat : l'une formée par la majorité des créanciers qui sont intervenus au concordat, l'autre qui peut être intentée par chaque créancier individuellement et dans un intérêt personnel. La majorité qui décide que la résolution sera demandée doit être la même que celle qui est exigée pour le vote du concordat. — La loi *suisse* (article 315) fait du droit de demander la révocation du concordat pour inexécution un droit propre à chaque créancier produisant ses effets à l'égard de chacun. Mais la loi *allemande* (art. 181) exclut la résolution du concordat pour inexécution. On va même jusqu'à soutenir qu'une stipulation formelle admettant la résolution ne serait pas valable. V. Fitting, § 47, note 13 et § 50, note 1. Le législateur allemand parait avoir voulu tenir compte de ce que le concordat n'est pas un contrat ordinaire, à raison du caractère que lui imprime l'homologation de justice. V. n° 631 *bis*.

(2) Besançon, 8 mars 1875, D. 1876. 2. 10.

(3) V. ci-dessus, nos 67 et suiv.

a. Le droit de demander l'annulation ou la résolution appartient à chaque créancier individuellement.

b. La demande doit être formée par voie d'assignation, non de requête, à la différence de la demande en déclaration de faillite (n° 99) (1).

c. La demande est de la compétence du tribunal de commerce qui avait homologué le concordat; c'est assurément là une demande concernant la faillite (art. 635, C. com). V., du reste, art. 521 et 522, C. com.

d. Les effets du jugement prononçant la résolution ou l'annulation se produisent à l'égard de tous les créanciers.

643. *e*. L'annulation ou la résolution du concordat a pour conséquence d'ouvrir à nouveau la faillite à laquelle le concordat avait mis fin. On est ainsi ramené à la procédure préparatoire antérieure au vote du concordat. La loi cherche seulement à éviter les frais et les lenteurs en prescrivant de se servir autant que possible des actes qui avaient été faits avant le concordat (art. 522). Ainsi, sur le vu de l'arrêt de condamnation pour banqueroute frauduleuse, ou par le jugement qui prononce, soit l'annulation, soit la résolution du concordat, le tribunal de commerce doit nommer un juge-commissaire et un ou plusieurs syndics. Ces syndics peuvent faire apposer les scellés. L'ancien bilan et l'ancien inventaire sont utilisés. Les syndics dressent seulement un bilan supplémentaire. Ils procèdent sans retard, avec l'assistance du juge de paix, sur l'ancien inventaire, au récolement des valeurs, actions et papiers, et font, s'il y a lieu, un supplément d'inventaire. La vérification et l'affirmation faites avant le concordat ne sont pas recommencées (art. 523); on se borne à réduire ou à rejeter les créances qui, depuis le concordat, ont été payées en tout ou en partie. Mais il y a lieu de procéder à la vérification et à l'affirmation pour les créances nouvelles, c'est-à-dire postérieures au concordat. Dans ce but, les formalités prescrites par les art. 492 et 493 doivent être remplies (art. 522) : les syndics doivent faire immédiatement afficher et insérer dans les journaux à ce destinés, avec un extrait du jugement qui les nomme, invitation aux créanciers nouveaux, s'il en existe, de produire, dans le délai de vingt jours, leurs

(1) Besançon, 8 mars 1875, D. 1876. 2. 10.

titres de créances à la vérification. Cette invitation doit être faite aussi par lettres du greffier, conformément aux art. 492 et 493. Il semble seulement résulter de l'art. 522, dern. alin., qui fixe ainsi le délai de vingt jours sans rien ajouter, que ce délai est invariable en ce sens qu'il ne peut être prolongé à raison des distances.

644. Quand ces formalités complémentaires ont été remplies, l'assemblée générale des créanciers a de nouveau à se prononcer sur la solution que la faillite doit recevoir. Il en est, du moins, ainsi au cas où le concordat a été *résolu*. Au contraire, l'assemblée des créanciers n'a pas à se prononcer sur cette question, lorsque le concordat a été annulé par suite d'une condamnation pour banqueroute frauduleuse, par cela même que cette condamnation rend le concordat impossible (art. 510). Mais un concordat est-il de nouveau possible, lorsque le premier concordat a été annulé, sans qu'il y ait eu condamnation pour banqueroute frauduleuse? On a soutenu l'affirmative (1), en se fondant sur ce qu'en principe, toute faillite peut se terminer par un concordat et en invoquant le texte de l'art. 524, 1er alin., qui par les mots, *s'il n'intervient pas de concordat*, paraît en supposer la possibilité. Mais il semble plus rationnel d'exclure la possibilité d'un second concordat quand le premier a été annulé pour cause de dol (2). L'annulation du concordat vient, en cas de dol, de l'indignité du failli; elle ne disparaît pas et le tribunal de commerce se mettrait en contradiction avec lui-même en homologuant un nouveau concordat. Au reste, l'art. 524, 1er alin., dit bien ce qu'il y a à faire quand le concordat est refusé, mais n'indique nullement qu'un concordat peut être admis dans tous les cas.

645. *f.* Conformément aux principes généraux, l'annulation ou la résolution a un effet rétroactif et fait, en principe, considérer le concordat détruit comme non avenu (3). Mais le Code, dans l'intérêt, soit des tiers qui ont contracté avec le failli après le concordat, soit des créanciers liés par le concordat, apporte à cette rétroactivité deux restrictions notables, de telle sorte qu'à certains égards,

(1) Demangeat sur Bravard, V, p. 467, note 1.

(2) Bravard, V, p. 466 et 467.

(3) V. une importante application du principe de la rétroactivité, Cass. 24 mars 1891, S. 1891. 1. 209; *J. Pal.*, 1891. 1. 508; D. 1891. 1. 145.

les effets du concordat sont maintenus (art. 525 et 526, C. com.).

646. Le failli concordataire remis à la tête de ses affaires, a pu faire des actes nombreux. Si l'annulation ou la résolution avait un effet rétroactif absolu, le dessaisissement serait réputé n'avoir pas cessé et, par suite, les créanciers de la masse de la faillite terminée par le concordat pourraient faire déclarer ces actes nuls à leur égard. Une pareille solution nuirait au crédit des faillis concordataires et serait bien rigoureuse à l'égard des tiers de bonne foi. Les actes faits depuis le concordat annulé ou résolu sont donc, en principe, valables ; non seulement ils ne sont pas nuls en vertu du dessaisissement, mais encore ils ne sont pas atteints par les nullités des art. 446 et suiv., C. com., comme ayant été faits durant la période suspecte ; ils ne peuvent être annulés qu'au cas de fraude aux droits des créanciers, c'est-à-dire en vertu de l'art. 1167, C. civ.

647. Cette restriction à la rétroactivité de l'annulation ou de la résolution du concordat s'applique certainement aux actes faits par le failli concordataire postérieurement à la conclusion du concordat. Mais cette restriction doit-elle être appliquée aussi aux actes dérivant de faits antérieurs au concordat et se rattachant à son exécution? La question se pose dans le cas où, après le concordat et avant l'annulation ou la résolution qui en a été prononcée, le failli a payé à certains créanciers une partie ou la totalité des dividendes promis. Il a été admis que, pour ces actes, il faut s'en tenir au principe qui, par suite de l'annulation ou de la résolution, fait considérer le concordat comme non avenu même dans le passé, que l'art. 525, C. com., ne restreint le principe que pour les actes postérieurs au concordat sans lien avec les faits antérieurs. Des décisions judiciaires en ont déduit que les actes se rattachant à des faits antérieurs tombent sous le coup des art. 446 et 447, C. com. (1).

(1) Cass. 7 déc. 1874, D. 1875. 1. 457; S. 1875. 1. 13; *J. Pal.*, 1875. 13; Nancy, 7 avr. 1880, D. 1882. 1. 29; Cass. 16 juill. 1883, D. 1884. 1. 183; S. 1883. 1. 467; *J. Pal.*, 1883. 1. 1165. (Il s'agissait, dans l'espèce de ce dernier arrêt, d'un paiement reçu par un des créanciers concordataires sur des dividendes non encore échus. La Cour de Paris avait ordonné le rapport à la masse de la somme touchée. La Cour de cassation rejette le pourvoi par ce motif que le paiement était nécessairement atteint, sinon par les dispositions des art. 446 et 447, du moins par celles du 1er alin. de l'art. 443. L'arrêt rejette l'application de l'art. 525 par l'argument rapporté au texte).

Cette doctrine ne semble pas fondée. Il est vrai que l'art. 525 restreignant la rétroactivité de l'annulation ou de la résolution dans un intérêt de crédit, a dû avoir en vue surtout les actes entièrement nouveaux faits par le failli concordataire. Mais l'art. 525 ne fait pas de distinction. Du reste, si l'art. 525 devait être écarté, il en résulterait non pas que les actes dont il s'agit seraient nuls dans les termes des art. 446 et 447, C. com., comme faits durant la période suspecte, mais qu'ils seraient nuls par suite du dessaisissement qui serait réputé n'avoir jamais cessé dans le passé, même dans l'intervalle de temps écoulé entre l'homologation du concordat et le jugement qui en a prononcé la résolution ou l'annulation (1).

648. Le Code de commerce restreint aussi les effets de l'annulation ou de la résolution dans le passé au point de vue des remises contenues dans le concordat. Ces remises ne sont pas absolument réputées non avenues et les créanciers ne recouvrent pas sans distinction le droit de réclamer le montant intégral de leurs créances. Le Code (art. 526) distingue principalement selon qu'il s'agit des rapports des anciens créanciers avec le failli ou des rapports des anciens créanciers avec les créanciers postérieurs à l'homologation du concordat et antérieurs à sa résolution ou à son annulation.

Contre le failli, les créanciers antérieurs au concordat rentrent dans l'intégralité de leurs droits. En d'autres termes, les remises faites par le concordat ne peuvent plus être invoquées par le failli. Ainsi, un concordat avait, par exemple, fait remise au failli de 25 0/0, de telle sorte que sur une dette de 100.000 fr., il avait à payer seulement 75.000 fr. Le concordat est annulé ou résolu à un moment où un dividende de 50.000 fr. avait été déjà payé. Si un nouveau concordat n'est pas accordé, le créancier pourra se présenter dans la faillite pour 50.000 fr. et s'il y obtient 10.000 fr., il pourra, après la clôture de l'union, poursuivre le failli pour 40.000 fr.

La même règle ne s'applique pas dans les rapports des créanciers

(1) C'est cette solution que nous avions soutenue dans notre première édition (*Précis de Droit commercial*, II, n° 2932 *bis*). Elle est assurément logique. Mais, pour les motifs indiqués au texte, nous en repoussons le point de départ, en refusant d'admettre parmi les actes faits par le failli concordataire après l'homologation du concordat une distinction à laquelle aucune disposition légale ne fait allusion.

antérieurs au concordat avec les créanciers postérieurs au point de vue des sommes pour lesquelles les premiers peuvent produire à la faillite réouverte par suite de l'annulation ou de la résolution du concordat. Il va de soi que les créanciers, qui n'ont touché aucun dividende en vertu du concordat, ont le droit de produire à la faillite réouverte pour l'intégralité de leurs créances. Le concordat, qui n'a reçu aucun commencement d'exécution, ne peut pas être opposé par les créanciers postérieurs aux créanciers antérieurs. Ainsi, quand le concordat contenait une remise de 50 0/0, le créancier de 10.000 fr. qui n'a rien touché, peut, après l'annulation ou la résolution du concordat, produire pour 10.000 fr. Mais il peut se faire que les créanciers antérieurs au concordat aient déjà touché, soit une partie, soit même la totalité de leurs dividendes ; pour quelle somme ont-ils alors le droit de figurer dans la masse? La règle qui résulte de l'art. 526, 2e alin., est très simple. Le paiement de tout ou partie du dividende promis par le concordat vaut, dans les rapports entre les créanciers antérieurs et les créanciers postérieurs, ce qu'il aurait valu sans l'annulation ou la résolution du concordat. En matière de faillite, le dividende représente la créance elle-même, de telle sorte que celui qui a touché l'entier dividende n'a plus rien à réclamer. Il résulte de là que les créanciers antérieurs qui ont reçu tous leurs dividendes, ne peuvent figurer dans la masse, après l'annulation ou la résolution du concordat, pour aucune somme à l'encontre des créanciers postérieurs. Ainsi un concordat a fait remise de 25 0/0 ; il est annulé ou résolu, le créancier de 100.000 fr. qui a reçu 75.000 fr. ne peut plus rien réclamer dans la faillite. De même, le créancier qui a reçu une partie seulement de son dividende perd le droit de figurer dans la masse, non pas pour la somme même qu'il a reçue, mais pour la portion de sa créance que cette partie du dividende représente ; il peut réclamer non pas la différence entre la somme qu'il a reçue et le montant de sa créance, mais la portion de sa créance primitive correspondant à la partie du dividende promis qu'il n'a pas touchée. Ainsi, si le concordat annulé ou résolu a accordé au failli une remise de 25 0/0, le créancier de 100.000 fr., qui a reçu 37.500 fr. c'est-à-dire la moitié de son dividende, pourra produire à la faillite, non pas pour 62.500 fr., mais pour la moitié de son ancienne créance, c'est-à-dire pour 50.000 fr.

Il y a là une restriction aux effets de l'annulation ou de la résolution du concordat dans le passé qui se justifie par une raison d'équité. Les nouveaux créanciers ont connu l'existence du concordat. Ils ont dû compter, dans le cas où le failli a payé des dividendes, sur une extinction proportionnelle des créances anciennes.

649. *Différences entre l'annulation et la résolution du concordat.* — Il y a entre l'annulation et la résolution du concordat des différences assez notables.

a. L'annulation provient d'un vice du concordat qui a existé dès le principe. La résolution a sa source dans un fait postérieur (1).

b. A défaut de dispositions spéciales, conformément au droit commun, l'action en nullité du concordat se prescrit par 10 ans à partir de la découverte du dol (art. 1304, C. civ.) et l'action en résolution par 30 ans à partir du jour où le failli concordataire a manqué à ses engagements (art. 2262, C. civ.).

c. Un nouveau concordat est possible en cas de résolution; il n'en est pas admis en cas d'annulation (n° 644).

d. L'annulation du concordat libère de plein droit les cautions que le failli concordataire avait fournies pour garantir ses engagements, c'est-à-dire les cautions du concordat (art. 520, 1er alin.). C'est là une conséquence naturelle de l'annulation de l'obligation principale. Au contraire, la résolution du concordat ne libère pas les cautions qui y sont intervenues pour en garantir l'exécution totale ou partielle. Pourquoi donc, en cas de résolution, la caution reste-t-elle obligée et comment expliquer à cet égard la différence entre l'annulation et la résolution? Il ne suffirait pas de dire que l'on n'a rien à reprocher aux cautions en cas d'annulation, tandis qu'elles ont eu le tort de ne pas payer en cas de résolution. Car les créanciers non payés ont le choix : ils peuvent ou demander l'exécution du concordat ou demander la résolution. Il va de soi que, dans le cas où ils optent pour le premier parti, ils puissent agir contre la caution. Mais, quand les créanciers optent pour le second, comment peuvent-ils invoquer une clause du concordat résolu? il semble qu'ils veuillent cumuler le bé-

(1) Cette différence est conforme à celle qui existe toujours entre l'annulation et la résolution.

néfice de la résolution et celui du concordat en agissant contre la caution; il paraît y avoir là une contradiction. Cette objection n'est pas décisive, puisque la caution peut être poursuivie par des créanciers autres que ceux qui ont fait prononcer la résolution. Le législateur paraît avoir surtout redouté une collusion entre certains créanciers et la caution qui se serait entendue avec eux pour qu'ils demandassent la résolution afin qu'elle fût déchargée. Au cas d'annulation, cette collusion n'est guère à craindre. A raison même de la cause pour laquelle l'annulation est prononcée, le jugement qui la prononce peut donner l'éveil au ministère public et provoquer des poursuites pour banqueroute frauduleuse.

La même distinction paraît devoir être faite pour toutes les autres garanties accordées pour assurer l'exécution du concordat. Ainsi l'hypothèque ou le gage tombent par suite de l'annulation du concordat; ils subsistent malgré la résolution. Cela s'applique à l'hypothèque légale des art. 490 et 517, C. com. Seulement elle ne peut évidemment subsister, comme les autres garanties, que pour les dividendes promis par le concordat (1).

Mais il ne faut pas confondre avec une garantie l'avantage qu'a fait un créancier aux autres en s'engageant à ne réclamer un dividende que lorsque ceux-ci auront reçu déjà tant pour cent de ce qui leur est dû. Cet avantage ne constitue pas une garantie, soit réelle, soit personnelle, des autres dettes. Aussi, tombe-t-il nécessairement avec le concordat annulé ou résolu dont il est une partie intégrante (2).

650. 3. DÉCLARATION D'UNE SECONDE FAILLITE. — On peut rapprocher de la résolution du concordat la déclaration d'une seconde faillite pour le même commerçant avant que le concordat de la première faillite soit complètement exécuté. La déclaration de la seconde faillite met évidemment obstacle à l'exécution du concordat, par suite du dessaisissement qui frappe le failli à nouveau.

Mais, tant par sa cause que par ses effets, la déclaration d'une seconde faillite diffère de la résolution du concordat :

(1) Il va de soi que, la faillite étant ouverte à nouveau, une autre hypothèque peut toujours être inscrite au profit de la masse, en vertu de l'art. 490, C. com.

(2) Paris, 19 juill. 1852, D. 1854, 5. 366; Trib. comm. Seine, 30 mars 1885, *Journ. des faillites*, 1886, p. 504.

a. La résolution provient du défaut de paiement des créanciers antérieurs au concordat. La déclaration d'une seconde faillite a lieu en cas de non paiement des créanciers postérieurs. Il faut même remarquer que les créanciers antérieurs ne pourraient pas demander une nouvelle déclaration de faillite et que les créanciers postérieurs ne pourraient pas faire résoudre le concordat. D'un côté, en effet, les mêmes personnes ne peuvent pas faire deux fois de suite déclarer la faillite de leur débiteur à raison des mêmes créances : *faillite sur faillite ne vaut* (1). D'un autre côté, les créanciers postérieurs, n'étant pas liés par le concordat, ne sauraient avoir la faculté d'en demander la résolution ; il n'y a pas inexécution du concordat à leur égard.

b. Il y a eu deux faillites successives et non une faillite close d'abord par un concordat et qui est réouverte. Par suite, il y a lieu de remplir les mêmes formalités que pour la première faillite. Il faut procéder à une nouvelle vérification de créances et le jugement déclaratif doit fixer une nouvelle date pour la cessation des paiements. De là résulte aussi que, pour les actes faits par le failli depuis le concordat et avant cette seconde faillite, il y a lieu d'appliquer les art. 446 et suiv., C. com., et non pas seulement l'art. 1167, C. civ., comme on le fait en cas d'annulation ou de résolution du concordat (art. 525). V. n° 646.

651. Mais, à d'autres points de vue, on applique les mêmes règles qu'en cas de résolution du concordat. Ainsi, *a.* En cas de seconde faillite, les droits des anciens créanciers, déjà payés en tout ou en partie de leurs dividendes, sont les mêmes dans la seconde faillite qu'en cas de résolution, à l'égard des créanciers postérieurs au concordat (art. 526, dern. alin. et ci-dessus, n° 648) ; *b.* Les cautions du concordat restent obligées ; *c.* L'hypothèque de la première masse, inscrite en vertu des art. 490 et 517, subsiste et permet aux créanciers de cette masse de passer sur le prix des immeubles avant les créanciers de la seconde faillite.

D. — DES CONCORDATS AMIABLES.

652. Le concordat dont il vient d'être parlé lie tous les créanciers,

(1) V. cependant Laurin, n° 1155.

bien qu'il ne soit voté qu'aux majorités requises par la loi; il est entouré, par suite, de formalités nombreuses destinées à protéger la minorité ; il doit être notamment revêtu de l'homologation de justice pour devenir obligatoire. Ce concordat est, à raison de cette dernière règle, souvent appelé *concordat judiciaire*. Il suppose essentiellement une déclaration de faillite. C'est même surtout à cause de lui qu'on peut dire que la loi des faillites n'est pas seulement une loi de rigueur pour les commerçants.

Mais il se peut que les créanciers, avant même toute déclaration de faillite, pour éviter les frais et les lenteurs de la procédure de faillite, fassent avec leur débiteur en état de cessation de paiements une convention, par laquelle ils lui remettent en partie ses dettes ou lui accordent des délais. Il peut arriver aussi qu'après la déclaration de faillite, tous les créanciers consentent un concordat au failli. Ces concordats conclus avant faillite ou du consentement de tous les créanciers après faillite sont parfois désignés sous le nom de *concordats amiables* (1). Les concordats amiables après faillite donnent lieu à des difficultés spéciales; il est même douteux que, depuis la loi du 4 mars 1889, la conclusion en soit possible. Aussi doit-il être traité distinctement des concordats amiables *avant* et des concordats amiables *après* faillite (2).

653. Concordat amiable avant faillite. — Ce concordat n'est pas réglementé par le Code de commerce qui n'y fait même pas allusion (3). Aussi doit-on lui appliquer les principes généraux du droit

(1) L'expression de *concordats amiables* est aussi souvent employée pour désigner les concordats qu'en vertu de lois intervenues à l'époque de nos révolutions et de nos désastres (1848 et 1870-1871), les commerçants ayant cessé leurs paiements ont pu conclure avec leurs créanciers dans le but d'éviter la qualification de faillis et d'échapper aux effets de la faillite, spécialement aux incapacités d'ordre politique et électoral qu'elle entraine avec elle. Du reste, l'expression de *concordats amiables* est ici inexacte, puisque ces concordats exigeaient l'homologation judiciaire. V. L. 12 nov. 1849; L. 22 avr. 1871; L. 9 sept. 1871. — Il sera parlé de ces lois provisoires dans le chapitre VII consacré à la liquidation judiciaire, dont ces lois ont contribué à donner l'idée.

(2) Les concordats amiables sont du reste, aussi bien, en fait, des concordats par abandon d'actif que des concordats simples.

(3) Dans plusieurs pays étrangers, il y a des dispositions légales sur le *concordat préventif*. Ce concordat est conclu avant toute déclaration de faillite et est organisé, comme son nom même l'indique, pour permettre d'éviter la faillite.

sur les contrats. De là même résultent d'importantes différences entre le concordat amiable et le concordat judiciaire au point de vue des conditions de sa formation, de ses effets et des causes qui peuvent le faire tomber.

654. Le concordat amiable n'oblige que ceux des créanciers qui y consentent (art. 1165, C. civ.). Aussi faut-il, pour qu'il atteigne son but, qu'il soit consenti à l'unanimité (1). Un créancier dissident ou qui n'a pas pris part au vote peut en faire abstraction, poursuivre le débiteur pour l'intégralité de sa créance, le faire déclarer en faillite. On agit donc prudemment, avant la conclusion d'un concordat amiable, en s'efforçant d'appeler par tous les moyens possibles tous les créanciers à l'assemblée qui doit délibérer sur le concordat. En outre, si parmi ceux qui participent à l'assemblée, il y a des dissidents, le seul moyen de sortir de difficulté est de les désintéresser immédiatement, du consentement des autres créanciers, afin d'obtenir l'unanimité de ceux-ci (2).

L'homologation judiciaire n'est pas nécessaire pour le concordat amiable. La nécessité de l'homologation a pour but principal de protéger les intérêts de la minorité. Les tribunaux auxquels elle serait demandée ne pourraient même pas la donner. Ils ne sont pas institués pour donner leur approbation aux conventions intervenues entre les particuliers (3).

655. Les effets du concordat amiable sont, en principe, déterminés

Mais il faut se garder de confondre le concordat préventif de plusieurs lois étrangères avec le concordat amiable dont il est traité au texte; le concordat préventif ne suppose pas le vote favorable de tous les créanciers et il est soumis a l'homologation de justice. — V. notamment, loi *luxembourgeoise* du 14 avr. 1886 (*Annuaire de législation étrangère*, 1887, p. 518 et suiv.); loi *belge* du 29 juin 1887 (*Annuaire de législation étrangère* de 1888, p. 563 et suiv.); Code de commerce *portugais* (art. 730 et suiv.).

(1) Dans les pays où le concordat préventif est réglementé par la loi, il suffit des majorités que celle-ci détermine. V. la note précédente.

(2) Nimes, 23 juill. et 29 août 1860, D. 1861. 5. 229. — Ces arrêts sans doute relatifs à des concordats amiables après faillite. Mais, en décidant que ces concordats sont possibles si le failli consent à consigner les sommes dûes aux créanciers dissidents, ils tranchent une question qui se pose dans les mêmes termes pour les concordats avant faillite et qui doit être tranchée pour eux de la même manière que pour les concordats amiables après faillite.

(3) Au contraire, dans les pays où la loi s'occupe du concordat préventif, celui-ci doit être revêtu de l'homologation de justice. V. la note 1.

par la volonté des parties. Ce concordat, comme le concordat après faillite, contient généralement des concessions de délais (1) ou des remises partielles de dettes ou à la fois les unes et les autres. On dit parfois, quand il y a des concessions de délais, qu'un *contrat* ou un *pacte d'atermoiement* a été conclu.

656. Le concordat amiable avant faillite peut assurément, selon la volonté des parties, renfermer des conventions très variées.

Mais doit-on appliquer au concordat amiable comme au concordat judiciaire les dispositions des art. 597 et 598, C. com., qui prohibent les traités particuliers desquels résultent en faveur de certains créanciers des avantages à la charge de l'actif du débiteur, frappent de peines les créanciers qui ont fait des conventions de cette sorte et les déclarent nulles à l'égard de toutes personnes, même du failli ?

L'application des art. 597 et 598, C. com., est vivement soutenue, au moins pour le cas où la convention dont il s'agit est intervenue après la cessation des paiements, quoiqu'avant la déclaration de faillite du débiteur (2). Cette solution se rattache à l'opinion selon laquelle la cessation de paiements produit, en principe, les effets attachés au jugement déclaratif, alors même qu'aucune déclaration de faillite n'est prononcée. Mais nous avons repoussé cette doctrine que la jurisprudence consacre (nos 187 et suiv.). Selon nous, l'application des art. 597 et 598 suppose un jugement déclaratif (3). La doctrine opposée se heurte ici à des textes qui semblent formels. D'abord, les art. 597 et 598, C. com., se trouvent dans un chapitre intitulé : *Des crimes et des délits commis* DANS LES FAILLITES *par d'autres que par les faillis*. Puis les articles eux-mêmes parlent de *faillite* et de *failli*; il n'y a ni faillite ni failli tant qu'il n'a pas été rendu de jugement déclaratif (4).

(1) Comme il a été dit plus haut (note 2 de la page 533), un concordat amiable peut aussi contenir un abandon de biens fait par le débiteur à ses créanciers.

(2) Cass. 19 fév. 1877, D. 1877. 1. 407; Paris, 5 mars 1879, D. 1879. 2. 147; S. 1879. 2. 286; *J. Pal.*, 1879. 1133; Bordeaux, 10 janv. 1887, *La Loi*, no du 3 avr. 1887; Bordeaux, 1er déc. 1887, D. 1888. 2. 185; S. 1890. 2. 165; *J. Pal.*, 1890. 1. 909; Trib. comm. Lyon, 16 avr. 1896, *Recueil de jurisprud. du tribunal de commerce de Lyon*, 1896, p. 451.

(3-4) Bravard et Demangeat, VI, p. 3 et suiv.; p. 125 et suiv. — Il va de soi qu'un jugement de mise en liquidation judiciaire rend les art. 597 et 598, C. com., applicables aussi bien qu'un jugement déclaratif de faillite. D'après l'art. 24 de

Au reste, les conséquences résultant de notre opinion ne sont pas absolument différentes de celles qui résultent de l'opinion contraire. Sans doute, les peines édictées par l'art. 597, C. com., sont sans application. Mais la nullité des conventions peut être prononcée, sinon en vertu de l'art. 598, C. com., du moins, en vertu des articles 6 et 1131, C. civ., si, à raison de leur but, elles peuvent être considérées comme contraires à l'ordre public.

657. Lorsque le concordat amiable contient une remise, les cautions et les coobligés du débiteur qui l'a obtenue sont libérés dans la même mesure que lui. L'art. 1287, C. civ., qui forme la règle de droit commun, doit l'emporter sur la disposition exceptionnelle de l'art. 545, C. com. (1), à moins que, par une stipulation expresse, les créanciers n'aient réservé leurs droits contre les cautions et co-obligés de leur débiteur. Une réserve sans le concours des codébiteurs solidaires est certainement valable (art. 1285, C. civ.). On a prétendu qu'à l'égard de la caution, elle ne produit d'effet qu'autant que celle-ci y a consenti (2). Il est vrai que le Code civil ne parle des réserves et de leurs effets qu'à propos des codébiteurs solidaires. Mais on ne voit véritablement pas pour quelle raison le législateur aurait exigé le consentement de la caution à l'égard de laquelle des réserves sont faites par des créanciers, alors que la loi se passe du consentement des codébiteurs solidaires (3).

658. Faut-il aussi décider que les remises contenues dans un concordat amiable constituent des libéralités qui, comme telles, sont rapportables et réductibles, à la différence de celles qui sont consenties par un concordat judiciaire? On ne peut alléguer ici, pour prouver qu'il n'y a pas de libéralité, que les remises se trouvent faites par des personnes qui n'y ont pas consenti, ou même qui y étaient opposées; il n'y a pas de majorité liant la minorité. Mais, du

la loi du 4 mars 1889, toutes les dispositions du Code de commerce qui ne sont pas modifiées par cette loi, continuent à recevoir leur application en cas de liquidation judiciaire, comme en cas de faillite.

(1) Caen, 10 juin 1868, D. 1868. 2. 97; Cass. 30 mars 1869, D. 1869. 1. 512; S. 1869. 1. 344; Dijon, 9 mars 1883, *Journ. des faillites*, 1883, p. 312; Grenoble, 14 janv. 1884, *Journ. des faillites*, 1884, p. 565.

(2) Caen, 10 juin 1868, D. 1868. 2. 97; Cass. 30 mars 1869, D. 1869. 1. 512.

(3) V. Bertauld, en note dans le *Recueil de Dalloz*, 1868. 2. 97.

moins, il n'y a pas *animus donandi* chez les créanciers qui y ont donné leur consentement; ils ont voulu réduire leur perte plutôt que se montrer généreux avec leur débiteur; cela suffit pour exclure l'idée de libéralité. Cpr. n° 616.

La remise contenue dans un concordat amiable laisse-t-elle subsister, comme la remise faite par un concordat judiciaire, une obligation naturelle pour la portion des dettes à laquelle la remise ne s'applique pas?

La persistance d'une obligation naturelle paraît devoir se déduire de ce que, comme cela vient d'être dit, les remises ne constituent pas plus dans un concordat amiable que dans un concordat judiciaire des libéralités impliquant l'intention chez les créanciers de libérer complètement le failli, mais un moyen de sauver une partie de ce qui leur est dû, en rendant plus facile au débiteur le retour à meilleure fortune. Si l'on admet avec nous que, dans le cas de concordat judiciaire, il n'y a pas lieu au rapport des dettes pour la portion remise (n° 627), ce rapport doit aussi, par identité de motifs, être écarté en cas de concordat amiable.

659. A défaut de textes spéciaux, l'on doit appliquer au concordat amiable les règles générales sur les nullités et sur la résolution des contrats (1). En conséquence, un concordat amiable peut être annulé pour cause de dol du débiteur, quand même le dol ne consiste pas à avoir dissimulé une partie de l'actif ou exagéré le passif. Le dol peut avoir été pratiqué à l'égard, soit de tous les créanciers, soit d'un seul. Mais même, dans le second cas, les créanciers qui n'ont pas été victimes du dol doivent pouvoir faire déclarer le concordat annulé (2) non avenu à leur égard. Il y a dans le concordat amiable une sorte d'indivisibilité : il ne peut pas subsister pour les uns, non pour les autres. V. n° 661.

Le concordat peut aussi être annulé pour cause d'erreur dans les conditions déterminées par l'art. 1109, C. civ.

660. Quand la résolution du concordat amiable est prononcée à raison de l'inexécution des obligations du débiteur, la caution qu'il avait fournie à ses créanciers pour garantir l'exécution du concordat

(1) Bordeaux, 4 août 1868, D. 1871. 2. 104.

(2) Il est supposé ici que le concordat a été annulé sur la demande du créancier contre qui le dol a été pratiqué. V. n° 661.

est-elle libérée ou demeure-t-elle tenue comme demeure tenue la caution d'un concordat judiciaire frappé de résolution (art. 520, dern. alin., C. com.)? On pourrait être porté à dire que la caution est libérée par cela même que la résolution du concordat amiable fait tomber l'obligation de payer un dividende contractée par le débiteur dans le concordat, obligation qui constitue la dette principale.

Mais cette solution serait bien rigoureuse pour les créanciers. Ils ont dû considérer le cautionnement comme un moyen de se protéger contre la non-exécution du concordat par le débiteur. Il est préférable de maintenir l'obligation de la caution malgré la résolution du concordat amiable, comme le Code de commerce maintient l'obligation de la caution qui a garanti l'exécution d'un concordat judiciaire. V. n° 649 *d*.

661. Le droit de demander la nullité ou la résolution peut être exercé par chacun des créanciers ayant participé au vote du concordat amiable. Comme aucun n'a, à moins d'une convention formelle, le pouvoir de représenter les autres, il n'est pas douteux, à raison du caractère relatif de l'autorité de la chose jugée, que le rejet de la demande intentée par un créancier n'empêche pas les autres d'agir, en se fondant sur la même cause, pour faire tomber le concordat. On pourrait être tenté de décider, par une juste réciprocité, que le jugement prononçant l'annulation ou la résolution du concordat n'a d'effets qu'à l'égard du créancier qui l'a obtenue et que, par suite, le concordat amiable subsiste à l'égard des autres créanciers. Mais cette solution serait contraire à l'essence même du concordat amiable qui n'est valable qu'autant qu'il est conclu avec l'unanimité des créanciers. On peut dire que chaque créancier n'adhère au concordat amiable que sous la condition qu'il aura l'adhésion des autres. Quand le concordat est annulé ou résolu sur la demande d'un créancier, cette condition étant défaillie, le concordat amiable n'existe plus légalement à l'égard d'aucun créancier (1).

(1) Toulouse, 30 juin 1886, *Journ. des faillites*, 1886, p. 498. — On semble conduit ainsi à donner un jugement qui statue sur la demande en nullité ou en résolution du concordat amiable des effets plus ou moins étendus selon le sens dans lequel il est rendu. On peut dire qu'en aucun cas, le jugement n'a, par lui-même, d'effets absolus, mais que l'effet relatif du jugement prononçant la nullité ou la résolution du concordat amiable faisant défaillir une condition sous laquelle ce concordat était conclu, il est annulé ou résolu pour tous les créanciers.

662. Concordat amiable après faillite. — Il a été supposé jusqu'ici qu'un concordat amiable est conclu avant toute déclaration de faillite dans le but pour le débiteur d'y échapper. Mais il peut se faire, et il arrive assez souvent, qu'après la déclaration de faillite, les créanciers consentant au concordat amiable d'après lequel le failli doit être remis à la tête de sesaffaires, des remises d'une partie de ses dettes lui sont faites, des délais lui sont accordés. Parfois un tel concordat est conclu avant que le jugement déclaratif ait acquis force de chose jugée, parfois il est conclu après que ce jugement a acquis force de chose jugée, et, dans ce dernier cas, il l'est ou avant ou après la vérification et l'affirmation des créances.

Des questions diverses s'élèvent relativement au concordat amiable postérieur au jugement déclaratif selon l'époque à laquelle il est conclu. Ces questions ne concernaient, avant la loi du 4 mars 1889, que les effets de ce concordat. Depuis cette loi, la validité même du concordat amiable conclu après que le jugement déclaratif a acquis force de chose jugée est très contestable. Pour plus de clarté, ces diverses questions seront examinées telles qu'elles se présentaient avant la loi du 4 mars 1889 et les raisons de douter de la validité du concordat amiable, nées de la loi de 1889, seront examinées ensuite séparément.

663. Le concordat dont il s'agit n'est certainement pas soumis à l'homologation de justice, bien qu'il soit postérieur à la déclaration de faillite; car il suppose le consentement de l'unanimité des créanciers. Il est, en général, régi par les mêmes règles que le concordat amiable antérieur au jugement déclaratif. Ainsi, les remises qui y sont consenties au débiteur libèrent les cautions ou les coobligés du failli (n° 657).

664. Quel effet le concordat amiable produit-il sur le jugement déclaratif et sur la faillite? Une distinction doit être faite entre le cas où le concordat amiable intervient avant que le jugement déclaratif ait acquis force de chose jugée et le cas où il intervient après.

665. Le concordat intervient-il avant que le jugement déclaratif ait acquis force de chose jugée? Ce jugement doit, selon la jurisprudence, encore qu'il ait été bien rendu, être rétracté ou infirmé sur l'opposition ou sur l'appel. Cette opinion a été réfutée plus haut (n° 156); selon nous, dès l'instant où le jugement déclaratif a été bien rendu

parce qu'à sa date, il y avait cessation de paiements, un concordat conclu avec tous les créanciers connus ou même le paiement de tous les créanciers connus ne permet pas de réformer ou d'infirmer ce jugement sur l'opposition ou sur l'appel.

666. Le concordat est-il conclu avec tous les créanciers après que le jugement déclaratif de faillite a acquis force de chose jugée? Selon quelques décisions, les effets du jugement déclaratif cessent en pareil cas. En conséquence, le dessaisissement prend fin et les créanciers recouvrent le droit de poursuite individuelle. Cela a parfois été admis pour les concordats amiables postérieurs au rejet du concordat judiciaire et, par conséquent, à l'union (1).

Selon nous, le concordat amiable conclu dans ces circonstances laisse subsister le jugement déclaratif avec tous les effets y attachés (2).

Il est d'abord évident qu'en cas de conclusion du concordat avant que la vérification et l'affirmation des créances n'aient eu lieu, on court le risque de croire à tort que le concordat a été consenti par tous les créanciers, parce qu'ils ne sont pas tous connus. Mais, même après la procédure de vérification et d'affirmation des créances, on n'a jamais la certitude que tous les créanciers du failli sont connus et ont consenti au concordat. Comment ceux qui se présentent ensuite seraient-ils privés de faire valoir leurs droits, alors que le Code de commerce n'attache pas de déchéance au retard apporté à faire des productions? Par suite, une fois que la faillite a été déclarée, le concordat judiciaire entouré de formalités destinées notamment à protéger les créanciers inconnus est le seul qui puisse mettre fin à la faillite. C'est le seul, du reste, que la loi mentionne et il est arbitraire d'ajouter aux dispositions du Code en admettant une solution de la faillite qu'il ne vise même point (3). Nous croyons donc que, nonobstant le concordat amiable, la faillite subsiste avec ses effets. Cette doctrine est très rigoureuse, mais elle se justifie par la nécessité de

(1) Agen, 23 juin 1859, S. 1859. 2. 408; D. 1859. 2. 175; Nimes, 23 juill. 1860, D. 1861. 5. 229; Toulouse, 24 mai 1883, *Journ. des faillites*, 1883, p. 452; Trib. civ. de La Réole, 18 juin 1891, *La Loi*, nº du 16 juill. 1891; *Journ. des faillites*, 1891, p. 462.

(2) Paris, 23 mars 1877, D. 1880. 2. 21; Paris, 3 juill. 1880, D. 1882. 2. 62.

(3) Les statistiques ne font mention que des concordats judiciaires. Il serait utile de connaitre aussi le nombre des concordats amiables conclus après faillite.

sauvegarder les droits des créanciers inconnus qui pourraient éprouver le plus grave préjudice, si, sans la garantie des formalités judiciaires, un failli pouvait être remis à la tête de ses affaires. Du reste, il ne peut guère y avoir de dissentiment que sur le point de savoir si le concordat amiable met fin au dessaisissement et aux effets nombreux qui en dérivent. Il va de soi que, dans toutes les opinions, le concordat amiable ne saurait faire cesser les incapacités politiques dont le failli est atteint. La réhabilitation, qui suppose le paiement intégral des dettes du failli en intérêts et capital (art. 604, C. com.), peut seule y mettre un terme (1).

667. Telle était la solution qui, selon nous, était exacte même avant la loi du 4 mars 1889. La question a pris une face quelque peu nouvelle depuis cette loi. L'art. 16 de la loi du 4 mars 1889 dispose : *Sont nuls et sans effet, tant à l'égard des parties intéressées qu'à l'égard des tiers, tous traités ou concordats qui, après l'ouverture de la liquidation judiciaire, n'auraient pas été souscrits dans les formes ci-dessus prescrites* (2).

Ne doit-on pas conclure de cette disposition que les concordats amiables après faillite sont nuls, quelle que fût, du reste, la solution admise pour ces concordats antérieurement à la loi de 1889? Le texte de l'art. 16 précité ne prononce pas expressément la nullité des concordats *amiables après faillite;* il ne vise formellement, pour les annuler, que les concordats *après liquidation judiciaire.* Cependant, selon nous, la nullité doit être admise aussi pour les concordats amiables *après faillite.* Le législateur a voulu éviter les concordats conclus sans l'intervention de la justice. Il a espéré que la liquidation judiciaire rendrait les concordats avant faillite moins nombreux, parce que, la liquidation judiciaire produisant des effets moins rigou-

(1) M. Boistel (n° 1068) dit que le concordat amiable fait cesser *tous* les effets du jugement déclaratif. Il y a là une exagération évidente, comme nous le prouvons au texte. V. Pardessus, t. III, n° 1268. Notre savant collègue M. Thaller, *op. cit.*, II, n° 185, p. 243 et suiv., adopte l'opinion que nous admettons nous-mêmes sur les concordats amiables après faillite.

(2) A plusieurs reprises, des concordats amiables conclus après le rejet du concordat judiciaire proposé par le débiteur en liquidation judiciaire ont été annulés en vertu de la disposition de la loi du 4 mars 1889 citée. V. Trib. civ. Avesnes, 14 janv. 1891; Trib. civ. Angoulême, 12 fév. 1891; *Journ. des faillites,* p. 133 et 226.

reux que la faillite, les commerçants chercheraient moins à l'éviter en concluant des concordats de ce genre. Pour les concordats amiables *après liquidation judiciaire*, la loi a eu recours à un moyen radical; elle les déclare nuls par cela même qu'ils ne sont pas conclus dans les conditions et formes que la loi prescrit. On ne voit pas pourquoi les concordats amiables seraient autrement traités quand ils interviennent *après faillite*. Il sera expliqué, à propos de la liquidation, qu'elle est, dans certains cas, convertie en faillite (L. 4 mars 1889, art. 19). Faudrait-il donc, quand cette conversion est prononcée, reconnaître la validité d'un concordat amiable postérieur à la liquidation judiciaire, alors qu'il eût été nul si la conversion en faillite n'avait pas eu lieu? Ce serait une singularité.

Il n'y a pas à tenir compte de ce que l'art. 16 de la loi du 4 mars 1889 ne prononce la nullité que du concordat conclu après mise en liquidation judiciaire. L'historique de la confection de cette loi explique facilement qu'il n'y ait été fait mention que du concordat amiable après liquidation judiciaire. L'art. 16 est la reproduction textuelle de l'article 463 du projet. Ce projet s'occupait de la faillite en même temps que de la liquidation judiciaire. Mais il n'avait pas parlé du concordat amiable après faillite pour le proscrire. La raison en était que le projet n'admettait même pas le concordat judiciaire après faillite. On renonça avant le vote de la loi à cette exclusion. Il aurait été alors utile de défendre le concordat amiable après faillite. Mais la discussion de la loi qui ne contient que de rares dispositions relatives à la faillite, fut très rapide et on se borna à insérer textuellement dans l'art. 16 la disposition contenue dans l'art. 463 du projet.

667 *bis*. DROIT ÉTRANGER. — Des lois étrangères admettent expressément que la faillite peut être close quand les créanciers consentent tous à s'arranger avec le failli. Ainsi, l'art. 830 du Code de commerce *italien* (art. 830) admet, en tout état de la procédure de faillite, un accord entre le failli et l'unanimité de ses créanciers. — La loi *allemande* (art. 188 à 192) reconnaît au failli le droit de réclamer du tribunal l'arrêt de la procédure de faillite quand, après l'expiration des délais de production, il obtient le consentement de tous ses créanciers. Même avant l'expiration des délais de production, le tribunal peut, sur la demande du failli, décider que la procédure de fail-

lite est arrêtée si, en dehors des créanciers qui ont donné leur consentement, il n'y a pas de créanciers connus. La demande du failli doit être dans tous les cas rendue publique et déposée au greffe avec les déclarations des créanciers consentant et tout créancier de la faillite peut former opposition à la demande du failli dans la semaine qui suit la publication (1). La loi *autrichienne* consacre, avec quelques différences de détail, des règles analogues. La faillite des commerçants seule peut aboutir à un concordat. Mais toute faillite peut être close par suite du consentement des créanciers, et cela dans deux cas différents. D'abord, après la vérification des créances, les créanciers peuvent à l'unanimité consentir à clore la faillite (art. 155) et le tribunal n'a alors à intervenir que pour déclarer que la procédure de faillite est close. Puis, après la vérification des créances, le juge-commissaire doit faire citer en conciliation les créanciers de la faillite. Il peut y avoir alors une transaction avec tous les créanciers. Cette convention est soumise au tribunal qui examine si la procédure a été régulière, prononce, s'il y a lieu, l'homologation et déclare la faillite close (art. 156 à 158) (2).

(1) Wilmowski, *Deutsche Reichskonkursordnung*, p. 317 et suiv.; Kohler, *Lehrbuch des Konkursrechts*, p. 395, 505 et suiv.

(2) Kissling, *Die œsterreichische Concursordnung*, p. 240 et suiv.; Riehl, *Die Concursordnung*, p. 235 et suiv.

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE IMPRIMÉS R F

FIN DU TOME SEPTIÈME.

TABLE DES MATIÈRES

DU TOME SEPTIÈME.

SIXIÈME PARTIE.

Pages.

Des Faillites, des Banqueroutes et des Liquidations judiciaires 1

HISTORIQUE. GÉNÉRALITÉS. 1

CHAPITRE PREMIER.

DE LA DÉCLARATION DE FAILLITE : CONDITIONS, FORMES, EFFETS..... 37

Sect. 1. *Des conditions exigées pour qu'une déclaration de faillite soit possible*..... 37

Sect. 2. *Du jugement déclaratif de faillite*..... 63

A. Du tribunal compétent pour déclarer la faillite..... 64

B. Comment le tribunal est-il amené à statuer sur la question de déclaration de faillite..... 72

C. Caractère du jugement déclaratif de faillite. Dispositions qu'il contient 96

D. Publication et exécution du jugement déclaratif et des jugements fixant la date de la cessation des paiements. 104

E. Des voies de recours contre le jugement déclaratif de faillite et contre les jugements fixant la date de la cessation des paiements 106

Sect. 3. *Des effets du jugement déclaratif de faillite*..... 135

I. Généralités. Énumération des effets du jugement déclaratif de faillite. Question relative à ceux de ces effets pouvant résulter du seul fait de la cessation des paiements..... 136

II. Effets du jugement déclaratif de faillite dans l'avenir... 153

§ 1. Du dessaisissement..... 153

§ 2. De la suspension des poursuites individuelles..... 200

§ 3. De la déchéance du terme..... 207

§ 4. De la cessation du cours des intérêts..... 217

§ 5. De l'hypothèque de la masse des créanciers..... 227

§ 6. De la nullité des inscriptions de privilèges ou d'hypothèques prises après le jugement déclaratif (art. 448, 1er al., C. com.)..... 233

III. Effets du jugement déclaratif de faillite dans le passé.. 252

I. Nullités de droit..... 259

II. Nullités facultatives..... 325

III. Nullité des inscriptions de privilèges ou d'hypothèques

Pages.

prises depuis la date de la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents..... 353

CHAPITRE II.

DES AUTORITÉS ET DES PERSONNES QUI FIGURENT DANS UNE FAILLITE..... 363
A. — Des syndics..... 363
B. — Du juge-commissaire..... 377
C. — Des contrôleurs..... 382
D. — Du tribunal de commerce..... 387
E. — De la masse des créanciers..... 393
F. — Du failli..... 398
G. — Du ministère public..... 403

CHAPITRE III.

DE L'ADMINISTRATION DES FAILLITES ET DE LA PROCÉDURE DESTINÉE A EN PRÉPARER LA SOLUTION. DE LA VÉRIFICATION ET DE L'AFFIRMATION DES CRÉANCES. 405
A. — De la constatation de l'actif du failli..... 405
B. — De l'administration des biens du failli..... 411
C. — Constatation des dettes du failli. Procédure de la vérification et de l'affirmation des créances..... 430

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES SOLUTIONS DE LA FAILLITE ET DE LA CLÔTURE DES OPÉRATIONS DE LA FAILLITE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF..... 459
Sect. 1. *Du concordat simple*..... 461
A. De la formation du concordat simple..... 465
B. Des effets du concordat simple..... 497
C. Des causes qui font tomber le concordat (annulation, résolution, seconde faillite)..... 520
D. Des concordats amiables..... 532

BIBLIOTHÈQUE NATIONALE
R F
IMPRIMÉS.

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

CHEZ LE MÊME ÉDITEUR :

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION & DE JURISPRUDENCE

Fondée en 1851

PAR

MM. Paul Pont, Wolowski, Faustin-Hélie, etc.

PUBLIÉE SOUS LA DIRECTION

de MM.

LÉON AUCOC	C. ACCARIAS	CH. LYON-CAEN
Membre de l'Institut, Ancien président de section au Conseil d'État,	Conseiller à la Cour de cassation, Inspecteur général honoraire des Facultés de droit.	Membre de l'Institut, Prof. à la Faculté de droit de Paris et à l'école des Sciences polit.

Abonnement : 1 an, France 15 fr.; Etranger, 17 fr.

Cette Revue est la plus importante et la plus connue des publications de ce genre. La richesse et la variété des documents accumulés en font une source inappréciable de renseignements pour le jurisconsulte. Elle compte dans sa rédaction de nombreux professeurs de nos Facultés en même temps que des magistrats et avocats de nos cours et tribunaux.

LES CODES FRANÇAIS

Collationnés sur les Textes officiels

PAR MM.

LOUIS TRIPIER	HENRY MONNIER
Avocat Docteur en droit.	Professeur à la Faculté de droit de Bordeaux.

Une édition refondue parait chaque année au mois de novembre.

LES CODES SONT PUBLIÉS DANS LES FORMATS SUIVANTS :		
Grand in-8°	raisin.....	20 fr.
Id.	demi-rel. chagr..	23 »
Les mêmes,	1 vol. in-18.....	6 »
Id.	demi-rel. chagr..	7 50

CODES IN-18 SÉPARÉMENT :	
Code civil et Constitution..	1 fr. 50
Code de procédure et Tarifs.	1 fr. 50
Code de commerce et Sociétés	1 fr. 50
Codes pénal, d'Instruction criminelle et Tarifs.....	1 fr. 50
Code forestier.....	9 fr. 75

L'édition in-18 est réimprimée en caractères neufs.

Le prix de chaque Code sépare en cartonnage percaline est augmenté de 50 cent.

N.-B. — Trois bons placés en regard du titre de chaque exemplaire des Codes français, format in-8°, permettent de retirer gratuitement pendant 3 ans les suppléments publiés chaque année. — Après l'épuisement des bons *les suppléments annuels pourront être acquis à raison de* 1 fr. 50 *chaque.*

Paris. — Imp. F. Pichon, 282, rue Saint-Jacques, et 24, rue Soufflot.

BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE
3 7502 01331163 6

TABLE DES MATIÈRES DU TOME SEPTIÈME.

SIXIÈME PARTIE.

Pages.

Des Faillites, des Banqueroutes et des Liquidations judiciaires

HISTORIQUE. GÉNÉRALITÉS

CHAPITRE PREMIER.

DE LA DÉCLARATION DE FAILLITE: CONDITIONS, FORMES, EFFETS

Sect. 1. Des conditions exigées pour qu'une déclaration de faillite soit possible

Sect. 2. Du jugement déclaratif de faillite

A. Du tribunal compétent pour déclarer la faillite

B. Comment le tribunal est-il amené à statuer sur la question de déclaration de faillite

C. Caractère du jugement déclaratif de faillite. Dispositions qu'il contient

D. Publication et exécution du jugement déclaratif et des jugements fixant la date de la cessation des paiements.

E. Des voies de recours contre le jugement déclaratif de faillite et contre les jugements fixant la date de la cessation des paiements

Sect. 3. Des effets du jugement déclaratif de faillite

I. Généralités. Énumération des effets du jugement déclaratif de faillite. Question relative à ceux de ces effets pouvant résulter du seul fait de la cessation des paiements

II. Effets du jugement déclaratif de faillite dans l'avenir

S 1. Du dessaisissement

§ 2. De la suspension des poursuites individuelles

S 3. De la déchéance du terme

S 4. De la cessation du cours des intérêts

§ 5. De l'hypothèque de la masse des créanciers

S 6. De la nullité des inscriptions de privilèges ou d'hypothèques prises après le jugement déclaratif (art. 448, 1er al., C. com.)

III. Effets du jugement déclaratif de faillite dans le passé

I. Nullités de droit

II. Nullités facultatives

III. Nullité des inscriptions privilèges ou d'hypothèques prises depuis la date de la cessation des paiements ou dans les dix jours précédents

CHAPITRE II.

DES AUTORITÉS ET DES PERSONNES QUI FIGURENT DANS UNE FAILLITE

A. - Des syndics

B. -Du juge-commissaire

C. - Des contrôleurs

D. - Du tribunal de commerce

E. - De la masse des créanciers

F. - Du failli

G. - Du ministère public

CHAPITRE III.

DE L'ADMINISTRATION DES FAILLITES ET DE LA PROCÉDURE DESTINÉE A EN PRÉPARER LA SOLUTION. DE LA VÉRIFICATION ET DE L'AFFIRMATION DES CRÉANCES.

A. - De la constatation de l'actif du failli

B. - De l'administration des biens du failli

C. - Constatation des dettes du failli. Procédure de la vérification et de l'affirmation des créances

CHAPITRE IV.

DES DIVERSES SOLUTIONS DE LA FAILLITE ET DE LA CLÔTURE DES OPÉRATIONS DE LA FAILLITE POUR INSUFFISANCE D'ACTIF

Sect. 1. *Du concordat simple*

A. De la formation du concordat simple

B. Des effets du concordat simple

C. Des causes qui font tomber le concordat (annulation, résolution, seconde faillite).

D. Des concordats amiables