

# REVUE CRITIQUE.

DE

# LÉGISLATION

ET DE

# JURISPRUDENCE

PAR MM.

L. WOŁOWSKI

Député à l'Assemblée nationale,  
Membre de l'Institut.

PAUL PONT

Conseiller à la Cour de cassation,  
Membre de l'Institut.

LÉON AUCOC

Président de section au Conseil d'État.

CH. GIRAUD

Inspecteur général des Facultés de droit,  
Membre de l'Institut.

BERTAULD

Professeur à la Faculté de droit de Caen,  
Député à l'Assemblée nationale.

SATBIE

Professeur d'économie politique à la Faculté de droit de Paris,  
Député à l'Assemblée nationale.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Serrigny, doyen honoraire de la Faculté de droit de Dijon

Jalabert, doyen de la Faculté de droit de Nancy ;

Gabriel Demante, professeur, à la Faculté de droit de Paris ;

Ed. Laferrière, maître des requêtes au Conseil d'État ;

ET DE MM.

nest Dubois, professeur à la Faculté de droit de Nancy ; Lyon-Caen, Cauwès, professeur  
grégés à la Faculté de droit de Paris et Gabriel Debacq, avocat à la Cour d'appel de Paris.  
our les travaux critiques et bibliographiques sur les législations étrangères.

XXIII<sup>e</sup> ANNÉE

Nouvelle série. — TOME III

PARIS

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT

24, rue Soufflot. 24

1873—1874

## DU CONCORDAT AMIABLE.

PAR E. DRAMARD, juge au tribunal civil de Béthune.

Depuis plusieurs années il se produit dans le monde commercial un mouvement assez accentué tendant à obtenir des améliorations à la loi des faillites. Malgré la réforme de 1838, la législation qui régit cette matière, surtout en ce qui concerne la partie importante du concordat, a été présentée comme vicieuse et préjudiciable aux intérêts bien entendus du commerce. La question a été étudiée avec un grand soin et avec maturité par les chambres syndicales du commerce parisien, et le gouvernement lui-même s'est préoccupé de la possibilité d'une réforme. L'Assemblée nationale a été saisie de la question. Différents projets sont en présence et ont déjà été soutenus ou critiqués devant les commissions par les personnes les plus autorisées de la science et de la pratique<sup>1</sup>. Mais la discussion, après avoir tardé à s'ouvrir devant la Chambre, semble avoir peu de chance de s'y présenter de sitôt.

Après le rapport défavorable de la commission, faut-il considérer ces attermolements indéfinis comme un abandon du principe même de la réforme sollicitée naguère avec une certaine ardeur? Les deux opinions pour et contre s'étaient pourtant partagé les voix en proportions à peu près égales au sein de la commission, mais l'appoint des avis fournis par les tribunaux et chambres de commerce a pu exercer une grande influence et modérer le désir qu'ont eu les auteurs des divers projets dont il s'agit d'aborder la discussion publique. Il ne semblerait donc pas tout à fait opportun en ce moment de se livrer à leur appréciation. C'est du reste d'autant moins l'idée d'un pareil examen qui nous a suggéré les réflexions qui vont suivre, que ces projets nous paraissent tous viciés dans leur principe pour ne pas avoir pris le problème corps à corps. Mais l'idée en elle-même n'en mérite pas moins qu'on s'y arrête; il y a aussi quelque utilité, à raison même de ce que nous considérons la question comme

<sup>1</sup> Voir le Rapport.

ayant été mal engagée, à examiner au seuil du débat, pour le cas où il devrait s'ouvrir, dans quel sens et dans quelles conditions une réforme est possible, quelle part doit être faite, dans cette matière, à ces deux éléments de toute institution sociale, la théorie et la pratique, à celle-ci surtout que par un goût quelque peu exagéré de logique rigoureuse, nous avons tant de penchant à sacrifier en toutes choses à des abstractions décevantes. L'antagonisme de ces deux éléments, indiqué déjà dans les rapports émanés de la commission, ne manquera pas de se produire devant l'Assemblée avec une certaine vivacité au moment de la discussion, si toutefois la question peut triompher des obstacles qui menacent de l'arrêter au passage.

## I

Le but qu'il s'agirait d'atteindre serait de faciliter les arrangements amiables entre les débiteurs commerçants et leurs créanciers, en vue de prévenir la faillite, tout en procurant aux uns et aux autres la plus grande somme d'avantages possible, et en évitant le plus d'inconvénients. Voilà le problème.

Nous ne nous arrêtons pas à l'inexactitude des termes employés; il est bien certain que le mot *concordat* implique l'idée d'un accord, d'un arrangement entre plusieurs parties, et que l'esprit se refuse à concevoir un accord qui ne serait pas amiable. Mais malgré l'impropriété de l'expression on s'entend parfaitement sur le sens convenu quelle doit présenter. Le concordat amiable serait celui qui se distinguerait du concordat passé en justice, lequel n'est, du reste, pas plus que l'autre un véritable accord, puisque pour la minorité il est forcé.

Comme on l'a fait remarquer avec assez de justesse lors de la discussion de la loi du 21 mai 1858 sur les ordres, la faillite est, pour les capitaux prêtés à l'industrie et au commerce, ce que l'expropriation forcée est aux capitaux prêtés à l'agriculture; or, si l'on recherche quel est le mouvement des faillites, on reconnaît que pendant que la situation de la propriété foncière s'améliore par la diminution des saisies immobilières, celle du commerce et de l'industrie s'est aggravée par l'accroissement progressif du nombre des fail-

lites. La différence en faveur de la première s'accroît encore lorsque l'on consulte le résultat de la liquidation obtenue par l'un et l'autre moyen. Dans les années qui ont précédé la réforme des ordres, les faillites ont fait perdre 62 p. 100 aux créanciers, tandis que les fonds engagés dans la propriété immobilière sur hypothèque légale, conventionnelle ou judiciaire, n'ont perdu que 40 p. 100<sup>1</sup>. Nonobstant cette différence on s'est vivement préoccupé d'améliorer encore la situation de la propriété foncière et de ses créanciers, et la loi de 1838 a été promulguée. Cette loi n'a sans doute pas opéré tout le bien que l'on en attendait, et après quinze ans de mise en pratique, le moment n'est pas éloigné sans doute où l'on y apportera les remaniements que l'expérience aura indiqués. Mais l'idée qui l'a inspirée est féconde en résultats économiques.

C'est de la même idée que procède le projet sur les concordats amiables; c'est au moins à cette idée qu'il faut ramener une réforme en cette matière. Les raisons qui ont fait adopter la loi sur les ordres sont identiques à celles qui militent en faveur des arrangements amiables en cas de faillite. Sans doute les situations ne sont pas absolument semblables, mais les différences de détail ne sont pas un obstacle invincible, et des formes de procéder appropriées à ces différences pourraient en triompher.

<sup>1</sup> Encore doit-on remarquer que cette perte s'appliquait pour beaucoup aux capitaux conservés par hypothèques judiciaires, qui pour la majeure partie ont une origine commerciale. Ces chiffres déjà anciens sont ceux qui ont été présentés à l'occasion de la loi sur les ordres. La dernière statistique officielle celle de 1871, donne de moins bons résultats; il n'a été distribué que 38 fr. 51 c. p. 100 dans les ordres judiciaires, et 52 fr. 41 c. p. 100 dans les ordres amiables, soit en moyenne pour les deux 45 fr. 46 c. p. 100. Les faillites, de leur côté, n'ont produit que 21 fr. 62 c. p. 100 de dividende. Cette diminution tient à des circonstances qui n'ont pas besoin d'être rappelées; elle sera inévitablement reproduite avec aggravation par les statistiques de 1872 et de 1873: raison de plus pour favoriser autant que possible les arrangements amiables, puisque nous constatons en matière d'ordre un écart de 14 p. 100 de produit en faveur des ordres terminés par voie amiable. Cette différence serait bien plus considérable si la statistique judiciaire n'éliminait, par un coefficient très-important, les ordres consensuels réglés devant notaire. — (V. le compte général de l'Administration de la justice civile et communale de France pendant l'année 1871, paru à la fin de l'année 1873.)

Écartons d'abord une de ces différences que l'on pourrait présenter comme essentielle. Dans l'ordre, les ayants droit sont tous connus, ils se sont eux-mêmes révélés par leurs inscriptions ; dans la faillite, au contraire, ils ne sont connus que par la déclaration du débiteur, déclaration qui peut être entachée d'erreurs, d'omissions ou de fraude. Si cette proposition devait être acceptée dans ces termes absolus, la difficulté serait très-grande en effet. Les créanciers n'étant pas connus ne pourraient pas être appelés à concourir aux opérations. Mais en réalité il n'en est pas ainsi : quand un ordre s'ouvre tous les créanciers qui ont droit d'y prendre part ne sont pas nécessairement connus ; tel est le cas des créanciers à hypothèque légale qui ayant négligé de l'inscrire lors de la purge, ont cependant le droit de se présenter jusqu'à l'expiration des délais de production ; tel est surtout le cas de ces mêmes créanciers dont l'hypothèque légale a été inscrite par le ministère public est dont le domicile réel est par suite inconnu ; faute de produire, ils sont forelos comme ceux qui ont été personnellement sommés. On pourrait objecter que cette forclusion ne les atteint que parce qu'ils ont été par la purge régulièrement mis en demeure de se révéler ; mais l'objection perd de la valeur quand on se rappelle que les créanciers d'une faillite encourent la forclusion quant au concordat bien qu'ils n'aient été mis en demeure d'y prendre part que par des moyens dont nous signalerons l'inefficacité. Quand nous examinerons plus loin cette difficulté, nous verrons qu'en l'état actuel les créanciers inconnus sont, en matière de faillite, prévenus par un mode de publicité qui, pour être insuffisant, n'en est pas moins le seul légal, et qu'en présence de la présomption légale qui en résulte, si des créanciers ne se présentent pas, ils doivent être réputés s'être abstenus à bon escient. Il est d'ailleurs une maxime de droit qui trouve son application en matière de faillite aussi bien que dans les ordres, c'est celle-ci : « *Vigilantibus jura succurrunt, non dormientibus.* »

Une différence bien plus considérable entre les deux modes de liquidation, c'est que dans l'ordre, de même que dans la contribution, il y a d'une part réalisation de l'actif et répartition entre les ayants droit, mais sans aucune remise de la dette, tandis que le concordat ordinaire n'a pas pour

conséquence une répartition, sauf le cas tout spécial de concordat par abandon d'actif, et qu'il a au contraire pour fondement une remise, sous une forme quelconque, de la dette, un relâchement du tiers de droit, remise consentie, non à l'unanimité, mais par une majorité dont le vote oblige la minorité et l'exproprie pour ainsi dire malgré elle de la fraction de la créance dont il est fait remise au débiteur. C'est là une mesure imposée par les exigences de la situation, qui laisse toutefois subsister une similitude essentielle entre l'ordre et la faillite, l'identité du but à atteindre, c'est-à-dire la liquidation d'une situation embarrassée au moyen d'un accord entre créanciers. Cette différence, qui découle de la nature du concordat, répond encore à une autre objection, qui est celle-ci : l'ordre, pour être à l'amiable, doit réunir le consentement de tous les intéressés, et le refus d'un seul, même sans motifs, rend nécessaire l'ordre judiciaire; tandis que le but de la réforme proposée en matière de concordat serait de l'imposer malgré le refus d'un créancier d'y souscrire. Sans examiner la question controversée de savoir quelle peut être, au point de vue de la responsabilité pécuniaire, la conséquence du refus d'un créancier hypothécaire de souscrire à un ordre amiable, rappelons que les ordres présentent des questions de droit hypothécaires fort délicates, que chaque créancier peut avoir une situation et des droits différents dans leur cause, leur nature et leur titre, tandis que dans une faillite tous les créanciers se présentent dans une situation identique, sauf les privilégiés et les hypothécaires que la loi exclut précisément du vote du concordat et dont il n'y a pas lieu de se préoccuper. C'est pourquoi entre créanciers venant au même titre, la loi a admis et devait admettre comme l'un des principes du concordat la prépondérance et la force obligatoire pour tous du vote de la majorité. Les différences ci-dessus ne tiennent donc qu'aux modes de liquidation imposés par la variété des situations. Ces principes une fois reconnus, il ne s'agirait plus que de réglementer l'un de ces modes, le concordat, comme on l'a fait pour l'autre, de façon à le rendre aussi facile, aussi économique et aussi expéditif que possible, mais sans le dépoiler de toutes conditions propres à garantir la loyauté des opérations. N'oublions pas en effet que les matières commerciales sont dans l'éco-

nomie de la loi traitées comme requérant particulièrement célérité et économie.

Le législateur, dans la loi de 1838, a voulu favoriser de tout son pouvoir les règlements à l'amiable entre créanciers hypothécaires. Tout en cherchant à mettre ces contrats sous l'autorité de la justice, il a voulu leur conserver le caractère extra-judiciaire, sans proscrire néanmoins les arrangements qui pourraient se passer dans l'étude du notaire ou de quelque autre manière. Les créanciers d'un commerçant sont-ils privés des mêmes facilités pour le règlement de leurs intérêts respectifs? C'est en effet une question préjudicielle à examiner que celle de savoir si, dans l'état actuel de notre législation sur les faillites, il n'est pas possible aux créanciers d'un commerçant de s'entendre entre eux et avec leur débiteur, sans qu'il soit nécessaire d'ouvrir préalablement la faillite et de faire intervenir la justice. Il semble pourtant que l'affirmative ne puisse être douteuse. Le principe général de droit commun de l'article 1134 du Code civil, d'après lequel « les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, » ne domine-t-il pas aussi cette matière? Et si le débiteur, par omission ou par fraude, n'a pas appelé quelqu'un de ses créanciers, n'y a-t-il pas là un fait préjudiciable qui trouve sa sanction dans le même titre du Code civil? Ainsi le créancier non appelé n'est-il pas suffisamment garanti par les dispositions des articles 1165 et suivants et par celle du titre I<sup>er</sup>, livre IV, du Code de procédure civile? Et à leur tour les créanciers signataires qui sont présumés n'avoir donné leur consentement que dans la conviction que l'acte intervenait entre tous les intéressés sans exception ne sont-ils pas protégés par les dispositions générales des articles 1109 et suivants du Code civil, et dans le cas où l'homologation de cet accord en serait la consécration nécessaire, par celles du titre II, livre IV, du Code de procédure civile.

Sans doute il aurait pu en être ainsi, et il y a quelques raisons de craindre qu'une dérogation au droit commun, au lieu d'être utile, ait peut-être été dangereuse. Mais tel n'est pas le régime de la matière, et la loi de 1838 prohibe ces sortes de conventions d'une façon qui, pour être implicite, n'en est pas, croyons-nous, moins absolue. En effet, les tribunaux de

commerce ont, non-seulement le droit, mais aussi le devoir, dès qu'ils acquièrent la conviction de l'état de cessation de paiements d'un commerçant, de déclarer d'office la faillite. C'est un devoir pour eux, non pas qu'aucun texte contienne une injonction précise à cet égard, mais parce que cela ressort de l'esprit de la loi qui les constitue gardiens de l'intérêt général, et que les actes dont nous parlons sont considérés comme dépourvus de toute existence légale, à ce point qu'ils seraient vainement invoqués en justice, et que le tribunal de commerce pourrait, sans y avoir égard, déclarer la faillite ouverte, sans même qu'il fût besoin d'en prononcer la révocation ou la nullité. Telle est aussi la jurisprudence conforme. Cela ne fait plus même doute dans la pratique, et les juridictions consulaires, celle de Paris notamment, ne laissent pas que d'accomplir exactement ce devoir que leur impose l'article 440 du Code de commerce quand l'occasion s'en présente. Il y a plus : ils peuvent agir ainsi alors même que tous les créanciers connus auraient concouru à l'acte, et qu'en fait ces créanciers seraient bien réellement les seuls existants, par cela seul que, dans le système de la loi, la preuve certaine qu'il n'en existe pas d'autres ne peut pas être rapportée et que l'intervention judiciaire est nécessaire pour sauvegarder les intérêts de ces supposés absents. Le ministère public peut même provoquer la faillite, dont la déclaration préalable servira de base à une poursuite en banqueroute. Tel est le principe rigoureux : mais nous ne méconnaissons pas qu'en fait il se produit souvent des arrangements amiables extrajudiciaires, et que même les tribunaux en maintiennent l'exécution ; mais en le faisant, ils ne se placent qu'au point de vue exclusif du fait et négligent le droit. Il suffirait d'ailleurs qu'un créancier refusât d'exécuter le concordat amiable, après l'avoir signé, pour que la nécessité d'ouvrir la faillite s'imposât<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Un arrêt récent de la Cour de Paris semble implicitement repousser cette doctrine. Il décide que les engagements particuliers pris par un débiteur ayant obtenu un concordat amiable envers l'un de ses créanciers, et pour lui faire une situation plus avantageuse au préjudice de la masse, sont nuls aux termes des articles 597 et 598 du Code de commerce, comme le seraient ces mêmes engagements s'ils étaient contractés en violation d'un concordat judiciaire (Paris, 4<sup>e</sup> ch., 30 déc. 1873, *Gaz. des trib.*, 14 fév. 1874).

Dans l'espèce, le créancier avait concouru à l'arrangement, et ce n'est que



C'est un principe d'une grande moralité, principe fortifiant et consolant à la fois, que la fraude ne se présume pas. Il était bon de constater que dans les rapports sociaux, dont les conventions sont la manifestation, les honnêtes gens constituent la majorité, et le législateur s'est approprié ce principe et en a fait l'objet d'une déclaration positive qui domine toute la matière des conventions (art. 1116 C. civ.). Or, ce qui est ici la règle devient l'exception dans la loi de 1838, qui est basée sur une présomption contre le failli de culpabilité et de fraude, vieux reste de la dureté des lois antiques. Par suite, l'ordre public est considéré comme intéressé dans toute faillite, et cet intérêt entre en scène directement et aussitôt que le fait de la cessation de paiements est déclaré, abstraction faite de tout élément délictueux constaté, tout aussi bien que lorsqu'il s'est manifesté. Cela ressort à l'évidence de l'économie de la loi (incarcération préventive, desaisissement, incapacités diverses). Dès qu'il est déclaré failli, le débiteur est présumé d'abord avoir eu l'intention préconçue de faire fraude à ses créanciers en détournant partie de son actif et en dissimulant une partie de son passif, soit pour tromper la masse sur la gravité de la situation, soit pour colluder avec quelques créanciers plus durs ou plus complaisants en vue d'un concordat déloyal. C'est pourquoi encore, dans toute faillite, on suppose *à priori* et jusqu'à la clôture, qu'il existe des créanciers absents ou inconnus dont les in-

par une contre-lettre qu'il s'était fait une situation plus favorable. La Cour, pour décider que la contre-lettre était nulle, a-t-elle pu appliquer un arrangement amiable et régi par les règles du droit commun en matière de conventions des principes et des règles d'exception qui ne sont édictées que pour l'état de faillite ouverte? L'examen de ce point exigerait des développements qui ne peuvent incidemment trouver place ici. Bornons-nous à faire remarquer que le créancier en question n'a évidemment en fait adhéré au concordat amiable que parce que le débiteur lui avait souscrit une contre-lettre. Son consentement était conditionnel. Si, nonobstant sa restriction, il doit être réputé pur et simple, la doctrine de la Cour, s'appuyant sur les principes qu'elle vise, conduirait nécessairement à l'application aux concordats amiables de tous les principes du concordat judiciaire; si elle était juridique, ce serait la négation des motifs qui ont dicté à la commission un rapport défavorable aux propositions de loi qui nous occupent, et ces propositions elles-mêmes n'auraient plus d'objet. (V. Massé, *Du droit commercial*, etc., t. IV, n° 2234 bis.)

lérêts ont besoin d'être protégés, et resteraient sans défense n'était l'intervention de la justice.

Ces idées sont tellement dans l'esprit de la loi qu'il n'est pas un juge consulaire, pas un praticien qui n'en soit pénétré. Elles donnent à certaines dispositions du titre de la Faillite un caractère particulier qui les rattache au droit criminel. Aussi voyons-nous les criminalistes, se pénétrant de cet esprit général de notre loi, décider qu'au point de vue de la répression, la constatation judiciaire de l'état de faillite est inutile, et qu'il suffit à la poursuite de relever contre un commerçant les circonstances prévues par les articles 584 et suivants du Code de commerce pour qu'il y ait lieu à l'application de la peine.

## II

Ainsi donc, en ce qui concerne les principes généraux du droit, le législateur a cru devoir les tenir à l'écart et spécialiser la matière des concordats au lieu de les laisser sous l'empire du droit commun. Il y a bien des raisons de penser que les inconvénients inhérents à toute loi spéciale se présentent ici sans être compensés par des avantages particuliers, et qu'au contraire les intérêts sérieux et déclarés du plus grand nombre ont été sacrifiés à des intérêts particuliers, éventuels, souvent même problématiques ou peu recommandables. C'est ce que l'examen des détails de la question semble bien démontrer.

Dans toute cessation de paiements sont ou peuvent se trouver en jeu :

1° L'intérêt de la société; 2° celui des créanciers présents ou connus; 3° celui des créanciers inconnus; 4° celui du débiteur lui-même.

Mais tandis que l'intérêt des créanciers présents ou connus et celui du débiteur sont nés et actuels, ceux de la société et des créanciers inconnus ne sont qu'éventuels ou supposés. On ne sait pas, en effet, au début d'une faillite, si l'action publique aura sujet d'intervenir, et en fait elle n'intervient que très-rarement, trop rarement. On ne sait pas davantage s'il existe d'autres créanciers que ceux présents ou connus, et en fait il n'en existe presque jamais d'autres. Ces

deux derniers intérêts ne sont donc, dans tous les cas, que l'exception. Or, contrairement à tous les principes, c'est l'exception qui dicte ici la règle.

Toutefois, disons-le avant d'aller plus loin, pour éviter toute prévention ou tout malentendu, il suffit, nous le reconnaissons, que l'ordre public d'un côté, des créanciers inconnus de l'autre puissent être éventuellement intéressés, pour que l'intervention de la justice soit utile; nous sommes même porté à la considérer comme nécessaire. Nous admettons donc l'intervention de l'autorité judiciaire dans les concordats amiables; mais à quel moment et dans quelles formes cette intervention devra-t-elle se produire? Là est le nœud de la question; là est tout l'intérêt pratique qu'elle présente. D'après la loi elle se manifeste dès le début: le premier acte d'une faillite est un acte judiciaire, le dépôt du bilan au greffe. Suivant nous, au contraire, cette ingérence de la justice ne devrait, pour l'avantage bien compris de toutes les parties, se produire que plus tard.

Revenons à l'examen de chacun des divers intérêts dont nous avons constaté le concours possible dans un concordat, et des principes juridiques qui les dominent, en commençant par l'intérêt de la société, qui est le plus favorable<sup>1</sup>.

1° *Intérêt de la société.* — L'intérêt social peut exiger: 1° une répression; 2° une certaine publicité, qui est elle-même une véritable peine morale; 3° l'exclusion de certains droits. Mais il est évident que ces mesures devront varier suivant les circonstances, et que ce n'est même qu'autant que ces circonstances le comporteraient que la peine morale ou matérielle devra apparaître. — Dans le système actuel, le débiteur est puni par la publicité seule d'une façon fort grave, puisqu'elle l'atteint à la fois dans son honneur et dans son crédit. S'il est coupable, il est puni justement; mais s'il n'est que malheureux, il est frappé au delà d'une équitable mesure. La loi ne fait donc aucune dis-

<sup>1</sup> Par intérêt social nous entendons l'intérêt de la société elle-même au point de vue des faits délictueux qui peuvent se trouver dans la faillite, et l'intérêt du crédit commercial qui n'est pas, à proprement parler, un intérêt social, ainsi que cela a été démontré dans une récente dissertation de M. Bouniceau-Gesmon (*Revue prat.*, t. XXXIV).

inction entre les débiteurs; elle les présume tous coupables au point qu'elle ordonne leur incarcération préventive, alors que la contrainte par corps a disparu de notre législation commerciale. Nous avons ainsi le spectacle d'une loi destinée à régler les intérêts privés entreprenant sur le domaine de la législation pénale. Vaine menace toutefois, et peu faite pour inspirer le respect! car nous pourrions presque dire que, draconienne en apparence, la loi se prête à des excès de mansuétude souvent regrettables. Dans la généralité des faillites, la dispense du dépôt en la maison d'arrêt est accordée par le jugement même qui la déclare ouverte, et la publicité est la seule peine sérieuse qui soit infligée au failli, mais elle l'est dans tous les cas; quant à celles qui atteignent les faits de banqueroute simple ou frauduleuse, elles sont illusoire et restent le plus souvent sans application. La législation manque ainsi le but en le dépassant; nous verrons plus loin qu'elle produit en pratique les plus fâcheux effets. Mais retenons-en tout de suite ici que la peine qui atteint le débiteur dans son crédit frappe en même temps indirectement des individualités plus intéressantes que la sienne, ses créanciers. Cet autre point si important n'a peut-être pas été envisagé d'une façon assez sérieuse.

2° *Intérêt des créanciers présents ou connus.* — Sur ce point le législateur, suivant une pente dont la trace est partout marquée dans nos Codes, a peut-être trop cherché à prévenir les contractants contre leur propre faiblesse; elle les a un peu tenus en tutelle. Le principe de la liberté des conventions qu'il avait écrit en divers articles a été ici quelque peu obscurci par la préoccupation de l'intérêt social; il l'a de plus subordonné à des considérations qu'il a rendues prépondérantes en mettant des intérêts hypothétiques que nous apprécierons dans un instant au-dessus d'intérêts certains et connus. Dans une situation complexe comme celle que produit une faillite, il faut tenir une balance égale entre les divers ayants droits. L'intérêt pécuniaire des créanciers abandonné à lui-même est toujours le meilleur appréciateur de cette situation et des conditions dans lesquelles un arrangement est possible, et, à tout prendre, cet intérêt, par l'effet d'une solidarité qui s'impose et qui prime les combinaisons individuelles, garantit que les créanciers qui prendront part

au concordat sont les représentants les plus soigneux et les plus éclairés des inconnus dont nous allons parler.

3° *Intérêt des créanciers inconnus.* — C'est là assurément le point le plus délicat de la question. Il est incontestable qu'à la rigueur du droit, celui qui n'a pas été appelé aux opérations d'un concordat ne peut pas être lié par la décision des autres créanciers; nous n'avons ici qu'à constater la difficulté : elle sera résolue en son lieu, ne discutant en ce moment que le principe de la loi dont la réformation est demandée. Mais observons que la loi elle-même fait assez bon marché de ce principe, puisque après avoir déployé un luxe, si grand en apparence, de précautions en faveur des créanciers présumés absents, elle les abandonne tout à coup au moment opportun, et ce qui est plus grave, alors même dans certains cas qu'ils sont connus et qu'ils ont même manifesté leur intention de prendre part aux délibérations. Telle est la situation des créanciers connus, mais domiciliés hors du territoire continental de France (art. 502 C. com.), et des créanciers contestés dans quelques circonstances (art. 500 C. com.). On procède à leur égard comme s'ils n'existaient pas, et l'on passe outre au concordat malgré leur volonté et leur droit, platoniquement consacré, d'y prendre part. Nous pourrions donc, ces seuls textes à la main, proclamer, que le droit des créanciers connus ou inconnus, appelés ou non appelés, n'est pas si absolu que l'on ne puisse les omettre pour la plus prompte expédition des opérations, c'est-à-dire dans l'intérêt bien compris du plus grand nombre. Mais ce n'est pas la seule atteinte à ce droit dont cette même loi nous fournisse l'exemple : en voici d'autres qui en sont en définitive la négation la moins déguisée; nous les trouvons dans l'article 507 du Code de commerce qui organise la prépondérance des majorités, et dans l'article 516 du même Code, qui déclare le vote du plus grand nombre obligatoire après homologation pour tous les créanciers portés ou non portés au bilan, consentants ou opposants. En relevant ces infractions au droit individuel des absents ou des opposants, nous n'entendons pas nous constituer le champion de ces droits, nous reconnaissons au contraire la nécessité de cette infraction, et nous proclamons que l'article 516, dans sa partie relative à l'homologation, contient le vrai et

seul mode de garantie efficace et possible en cette matière.

4° *L'intérêt du failli.* — Pour être la partie la moins intéressante, le failli n'en a pas moins droit aux égards dus au malheur. Mais ce n'est pas à ce point de vue que l'a envisagé la loi de 1838, pas plus que toutes les lois qui l'ont précédée aussi loin que l'on remonte. Le failli a toujours été présumé en faute, et si, comme jadis, il n'est pas réputé criminel, il est toujours réputé coupable et préventivement traité comme tel. Ce qui a été dit plus haut suffit à caractériser la situation qui lui est faite, et nous persistons à croire que son intérêt a mal à propos été placé *à priori* en antagonisme avec celui de la société.

### III

Si maintenant nous passons de la théorie à la pratique, que voyons-nous ? Les petites faillites, celles des détaillants et des marchands de demi-gros, sont celles qui doivent le plus préoccuper le législateur à cause de leur nombre, de leur fréquence, du capital qui s'y trouve engagé, de la multiplicité des intérêts qu'elles mettent en mouvement, et aussi, disons-le, parce qu'en raison de leur médiocrité elles sollicitent peu le zèle des agents auxquels la pratique en confie la direction, bien qu'elles coûtent proportionnellement beaucoup plus cher que les grosses faillites, qui ne constituent que l'exception. La statistique de la justice commerciale atteste l'exactitude de cette proposition, cependant ce sont les grosses faillites surtout qu'ont eu et qu'ont encore plus particulièrement en vue les législateurs, oubliant cette maxime dont ils font d'ordinaire l'application, qu'ils ne doivent se décider que d'après ce qui est le plus habituel, *de eo quod plerumque fit*<sup>1</sup>.

Eh bien ! la principale cause qui rend désastreuses le plus grand nombre de faillites, c'est que le débiteur n'ayant aucun moyen légal et efficace d'arriver à un arrangement avec ses créanciers, recule jusqu'au dernier moment devant cette mesure extrême, le dépôt du bilan. Il préfère se laisser poursuivre par eux, et dans la plupart des cas c'est sur la demande principale ou subsidiaire de ceux-ci qu'intervient la déclai-

<sup>1</sup> V. à la fin les renseignements statistiques.

ration de faillite. Bien plus, tel est le résultat fâcheux, mais très-fréquent des exagérations de la loi, qu'elles provoquent les fraudes par l'espoir d'échapper à ses conséquences ou de les retarder le plus possible. Les créanciers, de leur côté, redoutent presque autant la faillite que les débiteurs eux-mêmes ; ils n'en envisagent qu'avec effroi l'éventualité, qu'ils considèrent comme le dernier coup porté à une créance fort compromise, mais qu'ils ont encore l'espoir de sauver tant qu'il n'y a pas faillite ; et, plutôt que d'arriver à ce désastre, ils soutiennent chez leur débiteur les apparences d'un crédit fictif et mensonger : moyen dangereux sur lequel aucun d'eux ne se fait illusion, qu'ils n'emploient qu'en haine de la faillite, et dont l'effet est presque toujours de les engager plus avant dans une voie sans issue ! Les renouvellements d'échéances, pour ne citer que cet exemple, sont, personne ne l'ignore, la lèpre qui ronge le petit commerce.

Cependant les tentatives faites par le débiteur pour obtenir une remise partielle de la dette, ou au moins des délais, ne laissent pas de se présenter fréquemment dans la pratique, mais elles n'aboutissent presque jamais par suite de la résistance qu'opposent les plus petits créanciers, dont la prétention, soit d'être payés intégralement, soit d'obtenir une position meilleure, se produit invariablement. Les arrangements amiables sont fort rares ; ceux qui réussissent n'aboutissent que lorsque les plus gros créanciers, ayant mis en balance les frais et les éventualités d'une faillite avec le sacrifice à faire au profit des récalcitrants, consentent à subir les exigences de ces derniers. Il y a là un résultat d'une moralité équivoque sans doute, une atteinte à l'égalité que la loi entend avec raison maintenir entre les créanciers pour fait de commerce, mais au moins elle est consensuelle et échappe à la sévérité de la loi pénale, tandis que dans les concordats judiciaires, qui ne réussissent le plus souvent qu'au moyen de semblables pratiques, ce n'est un mystère pour personne, cette atteinte est d'autant plus grave qu'il lui est trop facile de se dissimuler et d'échapper aux peines destinées à la prévenir. D'où il résulte que la pratique donne un démenti bien significatif à la théorie, dont toutes les promesses de garantie sont, dans ces conditions, presque toujours illusoires.

L'insuffisance de ces garanties est aussi évidente en ce qui concerne un autre point important, la fidélité de l'inventaire. Nous avons indiqué la répugnance invincible des commerçants à déposer leur bilan ; aussi, lorsque arrive la faillite, l'actif est-il presque toujours insignifiant, épuisé qu'il a été par un débiteur aux abois, et les frais qu'elle nécessite l'absorbent en entier, quand il ne se trouve pas insuffisant à les couvrir. Il faut en conclure que les prescriptions légales et pénales sont bien inefficaces à assurer aux créanciers la conservation de l'actif de leur débiteur, et que l'inventaire dressé dans les formes indiquées par le Code de commerce ne présente pas plus de garanties que celui que dresserait le débiteur seul, puisque les syndics sont toujours en fait obligés de s'en rapporter à la représentation qu'il en fait et aux évaluations qu'il en donne. Dans la plupart des cas, au surplus, le mauvais état des affaires en est arrivé au point que l'actif a presque complètement disparu, et que dans les derniers temps le débiteur, à bout de ressources, a liquidé à perte le plus clair de ses marchandises pour subvenir à ses besoins personnels et acquitter les frais des poursuites auxquelles il est en butte.

Songer à supprimer radicalement de pareils inconvénients serait une illusion que personne ne partagerait : entre deux maux il faut savoir choisir le moindre ; il ne peut donc s'agir que de trouver le moyen de rendre moins sensibles les dangers inhérents à la situation ; et par les efforts de toute nature que fait la pratique dans le sens des concordats amiables, l'expérience permet d'espérer que ce résultat relatif serait obtenu si, en les facilitant, on les rendait possibles, alors que la situation n'est pas encore désespérée. Voyons donc à quels besoins réels, incontestables doit répondre une réforme en cette matière : quand nous serons bien fixés sur ce point, les conséquences, nous l'espérons, s'imposeront d'elles-mêmes.

#### IV

L'objet d'un concordat amiable, nous l'avons signalé, serait de faciliter à un débiteur malheureux, — car c'est à



celui-là seul que pourrait profiter cet acte de conciliation, — les moyens de rétablir une situation compromise, et par là de solder ses créanciers. Il aura des chances de parvenir à ce résultat, désirable pour tous assurément, en obtenant de ses créanciers soit une remise partielle de la dette, soit même seulement des délais avec ou sans intérêts. Pas de difficulté sur ce point en théorie, car c'est bien aussi ce but que la loi de 1838 s'est proposé; mais nous avons vu qu'en fait il n'est jamais atteint, que la loi passe à côté et parce qu'elle a méconnu, à l'égard de ce contrat, le principe de la liberté des conventions, quand elles n'ont rien de contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, par une intervention prématurée de la justice dans une matière où l'ordre public et social n'a le plus souvent rien à faire. Il y a à cela des objections, nous les examinerons dans un instant.

Ce n'est pas qu'avant d'arriver devant le tribunal de commerce de nombreux efforts n'aient été préalablement tentés pour concilier les intérêts en contact; mais c'est là précisément un des inconvénients de la loi actuelle qu'on ne peut pas se résoudre à la subir, bien qu'elle soit inévitable. Aussi il est extrêmement rare que les tentatives amiables aient l'issue désirée, alors même que c'est un intermédiaire sérieux, honorable et digne d'inspirer confiance, un avocat agréé, un notaire, un avoué qui s'est chargé de ce soin. On peut en effet encore mieux dire des concordats amiables ce qui a été dit des ordres extrajudiciaires<sup>1</sup>; si l'on s'adresse à un vieux praticien, il décline la mission, l'expérience lui a fait connaître l'inutilité de toute démarche lorsque l'on ne peut offrir aux récalcitrants quelque avantage. Le jeune officier ministériel, au contraire, dresse un acte de propositions fait avec soin, n'ayant plus besoin que de l'adhésion des créanciers; il les convoque en son cabinet; mais il n'a aucune autorité; les plus gros créanciers, ceux qui d'ordinaire provoquent la réunion, s'y rendent presque seuls; les autres se font rendre beaucoup de comptes, adressent force réprimandes au débiteur, donnent rarement leur adhésion et finissent par dire qu'ils réfléchiront. Non rebuté par cet insuccès, le négociateur se met en campagne, frappe à toutes

<sup>1</sup> Grosse et Rameau, *Ordre*, n° 195.

les portes. La plupart, ceux surtout auxquels il n'est dû que des sommes insignifiantes, exigent un paiement intégral, d'autres attendent des offres avantageuses sans oser rien demander ouvertement; ils savent, en effet, qu'on ne peut pas se passer de leur concours, que la résistance d'un seul suffit pour mettre obstacle à un accord cependant avantageux, et les créanciers les plus intéressés à consentir à un sacrifice au profit des récalcitrants n'osent pas le faire parce qu'ils ont toujours à craindre une déclaration de faillite prononcée d'office par le tribunal de commerce <sup>1</sup>.

Nous croyons en avoir assez dit pour établir que le concordat n'est pas de sa nature un contrat qui intéresse plus que d'autres l'ordre public; que c'est au contraire et à tous égards un contrat privé. Comme tous les contrats, il peut sans doute arriver qu'il soit précédé, accompagné ou suivi d'un fait délictueux; mais c'est ce fait seul et non le contrat lui-même qui doit donner ouverture à l'intervention de la justice. En d'autres termes, la justice n'est en principe pas plus autorisée à intervenir préventivement dans ce contrat qu'elle ne le serait à propos d'un acte de vente ou d'une constitution d'hypothèque. Si en droit criminel la présomption est contre le prévenu, en droit commun ou privé la fraude ne se présume pas, mais doit être prouvée. De ces prémisses tirons une autre conséquence, c'est que le débiteur qui cesse ses paiements ne doit être présumé que malheureux jusqu'à ce que l'événement démontre qu'il est coupable, à moins que la preuve de la culpabilité ne résulte d'un fait antérieur à la cessation des paiements, ou concomitant. Mais c'est toujours là une circonstance qui ne se présente qu'exceptionnellement. La statistique judiciaire relative aux poursuites en banqueroute simple ou frauduleuse, rapprochée de celle des faillites déclarées, le démontre surabondamment <sup>2</sup>. Pourquoi donc en vue

<sup>1</sup> Voici comment le tribunal est quelquefois amené à déclarer d'office les faillites : il arrive fréquemment que le débiteur est saisi et ses meubles et marchandises vendues; le prix en est versé à la Caisse des consignations, et les intéressés tentent alors une répartition amiable ou une contribution judiciaire. Mais sur l'avis qui lui est transmis par le directeur de la Caisse des consignations, le tribunal renvoie l'affaire à l'examen d'un juge sur le rapport duquel la faillite est déclarée.

<sup>2</sup> V. ci-après les renseignements statistiques, p. 324.

d'atteindre dix coupables, dont la majeure partie réussira à échapper, frapper cent innocents malheureux ?

Sans doute la physionomie du contrat de concordat diffère sur plusieurs points de la plupart des autres contrats, même commerciaux, et ces différences comportent certaines règles particulières; elles résultent surtout de la possibilité que quelqu'un des intéressés n'ait pas été mis à même de défendre ses droits. Aussi avons-nous reconnu l'utilité de l'intervention de la justice. Mais sans cesser d'être efficace, cette intervention peut se borner à un contrôle final, à une sanction donnée à l'acte convenu et non à une surveillance de tous les instants, plus dispendieuse et gênante qu'elle n'est utile en réalité.

C'est qu'en effet cette surveillance, par la façon dont elle se manifeste, par l'éclat qui l'entourne, nous semble être le défaut radical du système suivi jusqu'à présent; elle nous paraît neutraliser tous les bons effets que l'on est en droit d'attendre de cet acte de conciliation qui a reçu le nom de concordat, par la publicité qu'elle donne à la situation fâcheuse du débiteur, et aussi par la tache qu'elle inflige à son honorabilité commerciale par voie préventive, et avant que l'on soit certain qu'elle est méritée.

Examinons ces deux points, qui sont fort importants; ils renferment les objections les plus sérieuses contre les concordats amiables.

Le but du concordat amiable étant de permettre au débiteur, qui jusqu'alors n'a pas réussi, de revenir à une meilleure fortune, la condition indispensable pour l'atteindre est de conserver au débiteur en détresse le moyen de rétablir ses affaires. Encore plus que les facilités pécuniaires qui lui sont faites, l'élément nécessaire du succès est son crédit, d'où la nécessité impérieuse de le ménager; or, en pareille circonstance, il faut éviter l'éclat qui aurait pour effet de l'ébranler. Telle est la préoccupation qui s'impose à tous ceux qu'intéresse la réussite de la combinaison, créanciers et débiteurs. Une fois entrés dans cet ordre d'idées, nous devons penser à écarter des préliminaires du concordat amiable une publicité qui, en éveillant l'attention, produirait le double effet de ruiner pour longtemps le crédit et l'honorabilité du débiteur. Avec cette publicité, un concor-

dat amiable ne serait plus qu'un leurre, et aurait bien peu de dissemblance avec le concordat judiciaire. C'est pour avoir perdu de vue cette considération que tous les projets de réforme qui ont été présentés, si l'un ou l'autre était admis, semblent n'être appelés à produire qu'un avantage négatif, et les résistances qu'ils rencontrent seraient par cela seul justifiées. Tous proclament en effet qu'ils ont pour but d'éviter les conséquences de la faillite, et ils croient l'avoir atteint en en faisant seulement provisoirement disparaître le nom, mais en en maintenant tous les effets, au moins ceux qui sont le plus préjudiciables au crédit et à l'honneur du débiteur, et par suite aux intérêts pécuniaires des créanciers. Ils n'affranchissent le débiteur que de certaines incapacités dont la privation n'a qu'une notoriété fort restreinte, qui ne touchent que lui sans réfléchir sur ses créanciers, qui sont une peine morale plutôt utile à conserver, comme nous le verrons tout à l'heure, telle que la privation du droit électoral, du droit d'être juré, etc. ; mais ils conservent avec soin toutes les formes, dont la conséquence est de rendre, dans presque tous les cas, la réussite commerciale impossible pour l'avenir au concordataire.

La publicité a deux objets qu'il n'est pas inutile d'apprécier : 1° prévenir ceux avec lesquels le failli pourrait contracter à l'avenir qu'il ne mérite plus crédit ; 2° informer ceux avec lesquels il a contracté que la liquidation est ouverte et qu'ils ont à se présenter.

Sur le premier point la publicité nous paraît excessive. Elle procède toujours de cette idée préconçue que le commerçant failli est un homme malhonnête et coupable ; par cette publicité le failli est non-seulement puni dans le passé, mais son avenir est brisé. C'est, dit-on, une question de bonne foi publique. Il ne faut pas qu'un homme qui a trompé la confiance de ses co-contractants puisse encore en abuser. Le commerce n'a de base que la confiance et le crédit, il ne faut pas qu'ils soient surpris. C'est là une vérité qui peut s'appliquer à toutes les transactions humaines possibles, et il n'y a peut-être pas de raison bien philosophique de garantir les transactions commerciales plus que les transactions civiles au moyen de précautions exceptionnelles. Pourquoi cette publicité préventive ? La publicité des registres des hypo-

thèques est destinée à établir le crédit mobilier, mais a-t-on jamais songé à étendre cette publicité par voie d'annonces? Les commerçants ont dans les registres du greffe du commerce un moyen équivalent aux registres des conservateurs des hypothèques pour se renseigner sur les antécédents de ceux qui sollicitent crédit; et ce moyen est suffisant. Si le commerce court plus de chances de pertes, il a aussi de plus gros bénéfices en perspective, et s'il se trompe dans ses calculs, en dehors de toute manœuvre dolosive, il ne doit s'en prendre qu'à sa légèreté ou à son inexpérience; le commerçant qui manque à ses engagements n'a souvent pas lui-même d'autre faute à se reprocher, et il est très-dur de mettre de parti pris obstacle à ce qu'il puisse rétablir ses affaires s'il n'a commis d'ailleurs aucune des fautes prévues et punies par les articles 584 et suivants du Code de commerce, 402 et suivants, du Code pénal. N'y a-t-il pas à craindre qu'on ne le jette de la sorte dans la voie des expédients équivoques, et le mal sera de la sorte aggravé?

Quand au second objet de la publicité, celui de mettre en demeure les créanciers portés ou non portés au bilan, nous n'hésitons pas à dire qu'il est de tout point illusoire. De deux choses l'une : ou le débiteur aura des livres régulièrement tenus, ou bien il en aura d'irréguliers, ou même pas du tout. S'il a des livres réguliers et qu'il omette de convoquer un de ses créanciers, c'est une omission qu'une simple vérification permettra de réparer. Si l'omission est intentionnelle, si les livres sont irréguliers, ou s'ils font complètement défaut, n'avons-nous pas les dispositions pénales sur la banqueroute simple et la banqueroute frauduleuse? Il suffira aux parquets, dont l'attention devra toujours être prévenue sur ces situations irrégulières, d'en poursuivre l'application avec plus de rigueur qu'on ne le fait communément. Mais dans tous les cas, et nous insistons sur cet argument, un syndic soigneux arrivera toujours à rétablir la situation du débiteur; l'inventaire est la base même de ses opérations, c'est son premier devoir. Il lui sera toujours possible de dresser l'état de tous les créanciers par le dépouillement des papiers de toute nature qu'il ne manquera pas de trouver chez le débiteur, par les factures, la correspondance, les effets de commerce acquittés. Il trouvera d'ailleurs chez les créanciers eux-mêmes un concours

utile si ceux-ci, comprenant leurs intérêts mieux qu'ils ne le font du reste en l'état actuel, prennent au sérieux les dispositions très-favorables pour eux de l'article 462 du Code de commerce. Que si le débiteur a fait disparaître toute espèce de renseignements, s'il a lui-même pris la fuite, nous sommes en présence d'une de ces situations exceptionnelles dans lesquelles il ne peut pas plus être question de concordat judiciaire que de concordat amiable, et que nous devons, par conséquent, laisser en dehors de nos prévisions et de notre discussion.

Que l'on ne se fasse d'ailleurs point d'illusions sur l'efficacité de cette publicité au point de vue de l'avertissement à donner aux créanciers connus ou inconnus : on sait qu'en fait elle est sans portée ou tout ou moins insuffisante, comme la plupart des moyens de publicité judiciaire.

Les publications se font dans les journaux du chef-lieu de l'arrondissement dans lequel est domicilié le débiteur : lorsque c'est Paris, les journaux qui s'y publient étant répandus dans toute la France, il y a quelques chances que les créanciers puissent avoir connaissance de l'avis qui les concerne ; mais si cet avis est inséré dans la feuille d'annonces de Barcelonnette ou de Quimper-Corentin, quels seront, en dehors du petit rayon de leur publicité, les créanciers qui se trouveront avisés du fait qui les intéresse ? Nous pouvons, à la vérité, reconnaître que ce qui rend cette publicité suffisante, c'est son inutilité presque absolue. On sait combien sont fréquents les rapports entre commerçants alors même qu'une seule affaire est traitée : visites nombreuses pour élargir les relations, avis d'expédition, références, avis de traite, négociation de cette traite au banquier ; il faudrait supposer le créancier bien peu soucieux de ses intérêts pour que dans les délais assez longs, en définitive, qu'exige la réalisation d'un concordat judiciaire ou amiable, il ne soit pas informé en temps opportun pour y prendre part, de la situation d'un débiteur dont la gêne a dû se trahir dans leurs rapports antérieurs.

*« Jura vigilantibus succurrunt, non dormientibus. »*

Ainsi des deux objets qu'a la publicité en cette matière, dans l'un des cas elle a des conséquences fâcheuses, dans l'autre elle n'a aucun effet. Elle n'apprend rien à ceux qui seraient intéressés à connaître, et elle informe les indif-

férents d'une situation qu'ils sont portés à s'exagérer parce qu'ils n'en connaissent pas les détails. Le mal qu'elle fait ne trouve aucune compensation dans le bien que l'on en attendait<sup>1</sup>.

A tout prendre enfin, ces créanciers supposés inconnus ne restent pas désarmés : le droit commun leur donne, pour critiquer les actes auxquels ils ne sont pas intervenus, les moyens que nous avons indiqués, et l'on pourrait y ajouter ceux que le législateur de 1838, dans la conviction qu'il avait lui-même de l'insuffisance de sa publicité, a édictés pour cette matière spéciale. Toutes ces garanties nous paraissent devoir d'autant mieux suffire que l'existence de cette classe de créanciers ne sera jamais qu'une très-rare exception, et que lorsqu'il en existera, ils ne formeront jamais qu'une extrêmement faible minorité. Or ce n'est pas l'intérêt d'une minorité et d'une minorité exceptionnelle et purement éventuelle, qui doit être assez puissant pour autoriser une dérogation au droit commun, dont l'effet est de porter un préjudice certain, considérable souvent, aux intérêts des créanciers sérieux, vigilants, dont l'existence est connue, et qui dans tous les cas préfèrent un arrangement amiable aux frais, aux lenteurs, aux désavantages d'un concordat en justice. Car, ne le perdons pas de vue, il ne s'agit pas de faire disparaître tous les inconvénients inhérents à la matière, mais ceux-là seulement qui sont le plus saillants et qui froissent le plus d'intérêts.

## V

Cet ordre d'idées nous amène à parler des créanciers connus, mais qui résistent à un arrangement amiable. Ces créanciers devront-ils, étant en minorité, subir la loi de la

<sup>1</sup> Une publicité faite dans les larges conditions de la publicité commerciale serait elle-même insuffisante pour prévenir les intéressés, parce que celle-ci s'adressant à tous les lecteurs sans exception, en rencontre bien dans le nombre quelques-uns qui en profitent ; mais la publicité judiciaire si répandue qu'elle soit, et dans ces conditions elle serait ruineuse. ne s'adressant qu'à un nombre extrêmement restreint d'intéressés, échapperait même à ceux-ci dans bien des cas. C'est par la raison qui ressort de cette destination que la publicité qui annonce une faillite a des effets plus funestes qu'utiles ; les effets généraux s'adressent à tout le monde, et sous ce rapport elle trouve des lecteurs ; les effets particuliers ne s'adressent qu'à quelques-uns, et par suite elle ne rencontre presque jamais ceux qu'elle intéresse.

majorité, ou ne faudra-t-il pas leur accorder des garanties qui témoignent de la sincérité des circonstances dans lesquelles se sera manifestée cette majorité? C'est en termes plus larges la même difficulté que pour les créanciers inconnus et non portés au bilan. Elle se présente sous deux faces, le côté théorique et juridique et le côté pratique. Bien qu'elle ait été préjugée dans la discussion qui précède, elle mérite de nous arrêter encore parce que, comme nous l'avons reconnu, c'est le seul terrain sur lequel les adversaires de toute modification à la loi actuelle puissent la défendre.

L'objection nous est déjà connue, mais comme elle se trouve formulée dans le rapport fait à l'Assemblée sur les projets de loi dont il s'agit, nous ne la laisserons point passer sans une réponse directe.

« S'il est une règle impérieuse, dit le rapport, c'est celle qui impose le respect des conventions librement consenties. Or de quel droit la loi interviendrait-elle pour contraindre la minorité à subir la loi de la majorité? La résistance d'un seul créancier est légitime, par la puissance virtuelle du titre qu'il produit, et cette puissance est la même aussi bien quand il a en face de lui les créanciers de son débiteur que le débiteur lui-même. Les ayants cause de celui-ci n'ont pas d'autres droits que ceux du débiteur. Pourquoi la force du nombre opprimerait-elle l'infériorité numérique du droit? C'est en vain que l'on fait valoir les calculs de l'avidité, les entêtements irrités et l'aveuglement d'un créancier opposant, méconnaissant l'intérêt de la masse. Armé de son titre, fût-il seul contre tous, il a le droit de dire : « Que le débiteur exécute son engagement, ou qu'il expie son impuissance par la faillite ! »

Étrange raisonnement et singulière déduction d'un principe abstrait, sur lequel d'ailleurs tout le monde est d'accord, mais qui ne tendait ici à rien moins qu'à démontrer l'iniquité du système adopté par le Code de commerce pour les concordats, alors qu'on n'a pas d'autre objectif que le maintien de ce système! Ce principe que l'on invoque n'en est-il donc la plus énergique condamnation? De par lui le concordat judiciaire ne peut plus se soutenir, et la minorité convoquée devant le juge pour le consentir pourra demander de quel droit la force du nombre prétend opprimer l'infé-



riorité numérique de son droit. Oui, sans doute, quiconque a un droit ne peut pas être contraint d'y renoncer, et cette vérité pourrait être d'une application absolue si nous étions autre chose que des hommes, parce que, détachés des intérêts matériels, nous ne voudrions que le possible et le juste. Oui, le droit est chose sacrée entre toutes; mais appliquez rigoureusement cet axiôme aux relations humaines, et tout s'arrête. Ce droit qu'a la minorité ne me blesse-t-il donc pas moi, majorité, dont il va peut-être mettre à néant tous les intérêts? Quand des sommets de la théorie pure on descend aux régions beaucoup plus humbles de la pratique, trouve-t-on rien de plus contraire à tout progrès social que le *veto*? A-t-il jamais pu même exister un *veto* si absolu que l'on n'ait dû trouver des combinaisons pour l'annihiler? La science du droit n'a-t-elle pas déclaré que cette rigueur du droit n'est qu'une souveraine injustice? « *Summum jus, summa injuria.* » Sans rappeler à quelles bizarres conséquences avait conduit en droit romain la nécessité d'échapper à ce *summum jus*, sans rappeler les nombreuses restrictions que notre droit français y a apportées dans un intérêt social, nous n'avons pas besoin de sortir de la loi de 1838 pour en rencontrer une des plus formelles et des plus étendues, et en même temps des plus topiques. C'est celle-là même à laquelle nous venons de faire allusion. L'article 507 du Code de commerce ne soumet-il pas le droit de la minorité à la volonté de la majorité? L'article 516 du même Code, ce qui est bien plus grave, ne lui soumet-il pas même le droit de l'absent qui n'a pas pu manifester sa volonté, alors que cette volonté exprimée aurait peut-être pu changer de place la majorité? Eh bien! puisque en définitive les résistances individuelles doivent fléchir devant l'intérêt du plus grand nombre, puisque dans tous les cas il faudra arriver à ce résultat que la force du nombre opprimerait l'infériorité du droit, il ne s'agit plus que de réglementer les conditions dans lesquelles cette exception pourra être autorisée. Les formes adoptées par la loi de 1838 font-elles une équitable appréciation des intérêts en présence, ou au contraire faut-il chercher une autre combinaison qui leur donne mieux satisfaction? Tout le problème est là, et il n'est que là, et le point de savoir si la minorité doit subir la loi de la majorité n'a rien à y voir, car

admettre cette donnée, c'est la négation même du problème, c'est l'abrogation des articles 507 et 516 du Code de commerce.

La question ainsi posée, nous n'avons plus qu'à nous demander s'il y a lieu d'exiger avant le concordat d'autres formalités que celles qui ont pour objet direct et indispensable de le préparer, et notamment si un jugement déclaratif de faillite, sa publicité, les vérifications publiques des créances sont du nombre de ces formalités. Tous les créanciers ne manifesteront-ils pas aussi librement leur vote, après que leur débiteur leur aura loyalement exposé sa situation, qu'ils pourraient le faire après que des formalités nombreuses, gênantes et coûteuses auront précédé cette manifestation de leur choix? Notre conviction, fondée sur l'expérience des faillites, est qu'en effet lorsque l'on tend à un concordat, il ne faut pas diriger la liquidation d'une situation comme si elle devait aboutir à un contrat d'union. Dans cette hypothèse, le débiteur disparaît complètement; dans celle du concordat, au contraire, après un dessaisissement provisoire, le débiteur est replacé à la tête de ses affaires. Tant que l'union n'est pas intervenue la faillite n'est en quelque sorte que provisoire. Ce n'est encore que le titre de provisoires que la loi donne aux syndics, et au moment du concordat le débiteur se présente *intègri status* pour traiter avec ses créanciers; tout ce qui a été fait jusque là n'a eu d'autre but que de leur faire connaître exactement la situation active et passive de leur débiteur. Qu'est-ce que c'est donc qu'un provisoire qui produit des effets indélébiles, qui ne pourra pas remettre les parties dans l'intégrité de leur situation? Cette question que l'on pose aux créanciers seulement quand tout est préparé pour entrer en union, pourquoi ne pas la présenter dès le début? Pourquoi, en un mot, placer la conciliation lorsqu'elle n'est déjà plus possible, lorsque les intérêts sont plus compromis? Sans doute il faut éclairer les créanciers; mais est-ce que cette considération fait écarter la tentative d'ordre amiable, est-ce que surtout les créanciers qui se présentent alors devant le juge ne donnent qu'un consentement aveugle ou surpris? Est-ce que le législateur de 1858 ne suppose pas, au contraire, qu'il aura tout le temps de se reconnaître et d'apprécier la situation, que son droit

sera aussi efficacement protégé que si l'on suivait la marche plus compliquée et plus coûteuse de l'ordre judiciaire?

Toute l'argumentation dans le système adverse a un point de départ qui, selon nous, est faux, et voyez à quelle conséquence on est ainsi conduit. On semble toujours partir de cette idée que la réforme dont il s'agit n'est que dans l'intérêt du débiteur: c'est un malentendu qu'il est indispensable de faire cesser. Répétons-le encore, les plus intéressés à la simplification des formes du concordat et à l'abolition de toute publicité compromettante, ce sont les créanciers eux-mêmes, les créanciers dont le gage pourrait être conservé par un accord intervenu en temps opportun, tandis qu'il s'est le plus souvent évanoui quand le débiteur vient solliciter d'eux un concordat dont l'exécution n'a plus même la garantie morale de son crédit. Si telle est bien la situation, sur qui retombe cet argument qui termine comme un coup de massue l'apologie du droit de *veto* « que le débiteur expie son impuissance par la faillite? » Ne voit-on pas que toute la peine va passer par-dessus la tête de ce débiteur pour aller frapper ses créanciers? Et ce droit, on le consacre en faveur d'un opposant qui cède « aux calculs de l'avidité, aux entêtements irrités de l'aveuglement! » Quelle idée se fait-on donc de la faillite? N'est-ce donc plus une mesure édictée dans l'intérêt de tous pour arrêter une déconfiture qui menace de devenir une ruine, pour empêcher, quand il en est encore temps, que le gage des créanciers ne fonde entre les mains d'un homme qui est en quelque sorte un préposé malheureux ou malhabile; et l'on en ferait avant tout une peine, et l'on assimilerait l'exercice d'un droit à la conduite irréfléchie d'un enfant entêté et méchant qui dirait: « Tant pis! je me fais du mal à moi-même, mais j'en fais autant à mon camarade qui ne veut pas me céder tout quand je n'ai droit qu'à la moitié! »

Rassurons dans tous les cas notre conscience: le vote de la majorité n'est pas *l'ultima ratio*. La minorité, le créancier isolé, si faible qu'il soit pécuniairement, qui aura la conviction que le vote de la majorité a consacré une iniquité ou est le résultat d'une collusion coupable, trouvera toujours dans le droit commun une voie de recours contre le concordat qui interviendrait dans de semblables conditions. Si son opposition n'est pas inspirée par des calculs inavouables, si elle est légitime, elle devra triompher, et il est au

surplus conforme aux principes que nous avons énoncés de conserver pour la garantie de ces intérêts un moyen qui se trouve déjà dans la loi des faillites. Le créancier peut toujours faire parvenir ses protestations au tribunal, il peut même attaquer le concordat par voie d'opposition et en empêcher l'homologation; le tribunal peut lui-même, d'office, la refuser (art. 515 C. com.). Cela nous amène enfin à l'intervention de l'autorité judiciaire dont nous avons reconnu l'utilité au début de cette étude.

Pour admettre cette intervention, nous n'avons besoin d'aucune dérogation au droit commun, et en acceptant les idées de la loi de 1838 sur la nécessité de sauvegarder les intérêts de la société et ceux des créanciers absents, nous pensons qu'il suffit d'appeler le ministère public, en tant qu'agent de répression, à prendre connaissance de la situation, et l'autorité judiciaire à contrôler et à sanctionner le concordat amiable. L'application à ce contrat des articles 459, 480, 512 et suivants du Code de commerce suffira pour parer aux inconvénients que l'on redoute. D'une part, le ministère public informé, soit par l'officier ministériel rédacteur du concordat amiable, soit par le greffier du tribunal de commerce auquel seront déposées les pièces à fin d'homologation du concordat, pourra vérifier dans l'intérêt de l'ordre public la loyauté et la sincérité du contrat. Il serait d'ailleurs difficile d'insister sur l'intérêt social en présence de la jurisprudence, fâcheuse selon nous, qui accorde au ministère public le droit de poursuivre le commerçant comme banqueroutier simple ou frauduleux en l'absence de tout jugement déclaratif de faillite, et même contrairement à un jugement ayant décidé qu'il n'y a pas faillite<sup>1</sup>. D'autre part, l'homologation accordée par le tribunal de commerce en chambre du conseil sur le rapport sérieux et motivé d'un juge spécialement commis, réunira toutes les garanties éparses dans les différentes formalités qui d'après la loi actuelle en sont le préliminaire aussi indispensable que souvent inutile. C'est donc au dernier moment que nous ferions intervenir la justice pour consacrer l'accord librement conclu entre le débiteur et ses créanciers, réunissant

<sup>1</sup> Voir sur cette question la dissertation déjà citée de M. Bouniceau-Gesmon, *ap. Rev. prat.*, t. XXXII, p. 370, et t. XXXIV, p. 433.

les deux majorités de l'article 507 du Code de commerce, ou le rejeter s'il lui paraît suspect. Si le débiteur ne parvient pas s'entendre amiablement avec la majorité, ou si le tribunal ne croit pas devoir accorder son *exequatur*, alors seulement il sera temps de suivre la voie prescrite par le titre de la faillite, sauf les modifications qui seraient la conséquence de cette tentative demeurée infructueuse. Il en serait de même si le concordat venait à être annulé pour fraude ou vol. Le concordat amiable n'est possible que si la bonne foi y préside ; quand cet élément essentiel fait défaut, il ne peut plus en être question. Si donc le débiteur a présenté un bilan mensonger, bilan que pour plus de garantie il pourrait être utile de lui faire non-seulement certifier, mais affirmer sous serment avant l'homologation, en même temps que la sincérité du concordat, alors les peines de la banqueroute simple ou frauduleuse, celles édictées contre le faux serment devraient lui être appliquées avec d'autant plus de sévérité qu'il aurait abusé d'une faveur, et le ministère public lui-même n'aurait plus à hésiter dans la poursuite de la répression, parce qu'au lieu d'une présomption de faute il se trouverait en présence d'un fait délictueux ou criminel bien caractérisé.

Un mot encore sur les incapacités qui résultent de la faillite et auxquelles pourrait échapper le concordataire amiable. La nature particulière de la dette commerciale dont le crédit est la base, l'absence de toute garantie matérielle qui en assure l'acquittement, imposent au débiteur dans l'accomplissement de ses engagements une exactitude plus rigoureuse. Ces circonstances nécessitent une sanction plus étroite aux obligations de cette nature. L'honneur du commerçant étant presque toujours la seule caution de son crédit, c'est dans son honneur qu'il doit être frappé quand il manque à sa parole. Mais il faut éviter que cette peine morale atteigne son crédit et réagisse ainsi sur ses créanciers ; si donc ceux-ci, appelés à donner leur avis sur son excusabilité lui en refusent le bénéfice, bien qu'en concordant avec lui, il suffira, pour le rendre plus circonspect et plus soigneux à l'avenir d'une peine morale connue presque d'eux seuls, ajoutée au chagrin d'avoir été réduit à implorer leur pitié. Quelques-unes des incapacités attachées par la loi à la qualité de failli sembleraient devoir atteindre suffisamment ce but.

Telles sont les bases sur lesquelles nous pensons qu'un concordat amiable devrait s'asseoir : elles respectent les principes essentiels adoptés par la loi de 1838, et nous avons la conviction que dans ces conditions un arrangement amiable et privé entre débiteurs et créanciers procurerait aux uns et aux autres les avantages qu'ils recherchent tous les jours par des moyens qui ne peuvent produire, dans l'état actuel de la législation, les effets de sincérité et de sécurité nécessaires.

E. DRAMARD.

*Extrait de la statistique judiciaire de 1871. (V. supra, p. 308.)*

« Eu égard à l'importance de leur passif, les 1,783 faillites closes en 1871 par concordat, par la liquidation de l'actif abandonné ou par celle de l'union se classent ainsi :

Passif de	{	5,000 fr. et moins. . .	227	}	1,783.
		5,001 à 10,000 fr. . . .	337		
		10,001 à 50,000 fr. . . .	806		
		50,001 à 100,000 fr. . . .	213		
		plus de 100,000 fr. . . .	200		

Le montant total des passifs de ces 1783 faillites s'élevait à 141.249,531 francs se divisant en : passif privilégié, 4,464,777 francs ; passif hypothécaire, 8,952,634 francs, et passif chirographaire, 97,832,120 francs. L'actif n'était que de 34,566,666 francs, dont 10,752,398 francs d'actif immobilier et 23,814,268 francs d'actif mobilier.

Si l'on déduit du montant total de l'actif les sommes dues aux créanciers privilégiés et hypothécaires, on voit qu'il n'est resté, pour être réparti au marc le franc entre les créanciers chirographaires, qu'une somme de 21,149,255 francs, soit 21<sup>f</sup>,62 p. 100 de la dette. Tel est le dividende général moyen ; mais les dividendes réels ont été de moins de 10 p. 100 dans 523 faillites, de 10 à 25 p. 100 dans 616 ; de 26 à 50 p. 100 dans 363 ; de 51 à 75 p. 100 dans 44 ; de 74 à 99 p. 100 dans 9. Les créanciers de 50 faillites ont été complètement désintéressés ; dans 178 procédures, au contraire, ils n'ont rien reçu, l'actif ayant été absorbé par les frais. »

Est-il besoin de rappeler que les dividendes promis par concordats sont loin de correspondre aux dividendes effectivement reçus, le nombre trop grand des concordats qui ne reçoivent qu'une exécution partielle échappant aux données de la statistique ?

E. D.