Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 50 (1931)

Artikel: De l'acte de défaut de biens

Autor: Favre, Antoine

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-895951

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 13.09.2025

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

De l'acte de défaut de biens.

Par M. le Dr ANTOINE FAVRE, professeur à Fribourg.

AVANT-PROPOS.

L'acte de défaut de biens est une construction juridique de nature complexe et aux effets disparates. La présente étude n'a point pour objet d'en examiner toutes les faces. Elle portera seulement sur les éléments qui présentent un intérêt pour la détermination de la nature juridique de ce titre et des effets qui s'y rattachent. Et, sur ce point, elle se limitera encore aux questions dont l'importance a été soulignée par la discussion doctrinale ou par les conflits de jurisprudence.

La loi sur la poursuite pour dettes connait deux sortes d'actes de défaut de biens: l'acte de défaut délivré dans la poursuite ordinaire et l'acte de défaut de la faillite.

Afin de conserver son unité à notre plan, nous avons pris pour base de notre travail l'acte de défaut consécutif à la faillite, dont les propriétés sont particulièrement originales, et avons mentionné seulement les attributs différents de l'acte de défaut ordinaire.[1])

---

[1]) Sauf indication spéciale, tous les articles cités sont ceux de la LP. (Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite.)

Ouvrages cités par le seul nom de l'auteur:

E. Blumenstein, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Berne, 1911.

Brüstlein et Rambert, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne, 1892.

C. Jaeger, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, trad. fr. Lausanne, dès 1920.

H. Leemann, Der schweizerische Verlustschein, Bern, 1907.

A. Martin, Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Lausanne, 1908.

PLAN.

Chapitre I

Préliminaires

§ 1. De la poursuite 53
§ 2. Clôture de la poursuite 54
§ 3. Conditions de l'établissement de l'acte de défaut de biens 55
§ 4. Contenu de l'acte de défaut de biens 55
§ 5. Qu'est-ce que l'acte de défaut de biens? 56
§ 6. Effets de l'acte de défaut de biens 57

Chapitre II

Constatation du montant découvert

§ 1. Effets déclaratoires et exécutoires 59
§ 2. Acte de défaut et novation 60
§ 3. Acte de défaut et transformation du contenu de la créance 63

Chapitre III

Allègement de l'exécution future

§ 1. L'acte de défaut de biens comme reconnaissance de dette 68
§ 2. L'imprescriptibilité de la créance 77

Chapitre IV

La protection du débiteur

§ 1. La libération des intérêts 83
§ 2. L'exception de défaut de retour à meilleure fortune
A. Qu'est-ce que la meilleure fortune? 87
B. Origine et fondement de l'exception 88
C. De la nature juridique de l'exception 94
a) L'exception de l'art. 265, al. 2, et la compensation 95
b) La condition des créanciers porteurs d'actes de défaut dans une nouvelle exécution 97
c) La condition des créanciers porteurs d'actes de défaut dans le concordat 102

Chapitre V

Conclusions 105

CHAPITRE I.

Préliminaires.

§ 1. De la poursuite.

La procédure comprend deux phases. L'une consiste dans la détermination du droit. C'est le domaine propre de la procédure judiciaire. L'autre comprend l'exécution. C'est une tâche essentiellement administrative.

On pourrait être tenté de traiter notre LP, en analogie avec les dispositions des législations étrangères, comme un chapitre d'exécution de la procédure civile. Mais la LP a une fonction plus vaste. Si elle a toujours pour but de réaliser un droit matériel ou d'en préparer la réalisation, elle n'est pas uniquement destinée à effectuer l'exécution des jugements portant sur les créances en argent et à assurer une rapide obtention des sûretés. Elle a ceci de propre „que l'exécution forcée s'opère sur la simple demande du créancier, sans jugement préalable des tribunaux, la plupart du temps sans autorisation du juge, et souvent en dehors de toute coopération de l'autorité judiciaire".[2])

Comment s'étonner alors que, dans le droit des poursuites, les normes de procédure, de droit administratif, de droit civil, se rencontrent à chaque pas, se juxtaposent ou s'enchevêtrent au point qu'il est parfois impossible d'établir la délimitation des divers facteurs qui le constituent?

C'est aux institutions de la LP que le créancier doit recourir pour contraindre le débiteur à s'exécuter. Dès qu'il engage la poursuite, il se crée entre les deux parties un rapport qui va développer ses effets jusqu'à la clôture de l'exécution, rapport spécifique de droit des poursuites qui ressortit en principe au droit public, mais qui peut exercer une profonde influence sur le droit matériel.

---

[2]) Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale du 6 avril 1886, FFS, Ann. 38, vol. II, p. 35.

§ 2. Clôture de la poursuite.

Dans la règle, l'exécution forcée commence par une réquisition de poursuite et se termine par la remise au créancier des espèces versées par le débiteur ou du produit des biens réalisés.

Mais le patrimoine du débiteur peut ne pas suffire à désintéresser le créancier.

Le défaut de biens est alors constaté officiellement.

Parcourant rapidement les divers modes d'exécution d'une créance, on remarque que la constatation du défaut de biens peut se faire de plusieurs manières:

A. Si la poursuite s'opère par la voie de la saisie, on peut se trouver en présence des situations suivantes:

a) Le débiteur ne possède pas de biens saisissables. Dans ce cas, le procès-verbal de saisie vaut comme acte de défaut de biens dans le sens de l'art. 149.[3])

b) Le débiteur possède des biens saisissables, mais qui sont insuffisants, d'après l'estimation de l'office, à désintéresser le créancier. Le procès-verbal de saisie vaut alors comme acte de défaut de biens provisoire et permet au créancier de requérir le séquestre des biens du débiteur et d'intenter l'action révocatoire.[4])

c) L'exécution est terminée; mais le créancier poursuivant n'est pas pleinement désintéressé. Le créancier reçoit un acte de défaut de biens pour le montant impayé.

B. Lorsque la poursuite s'exécute par la voie de la faillite, l'insuffisance des biens amène toujours l'établissement d'un acte de défaut de biens définitif. L'acte de défaut provisoire est en effet une conséquence de l'exécution spéciale.

Cependant, s'il ne se trouve aucun bien appartenant à la masse, le juge prononce la suspension de la liquidation, à moins que les créanciers ne réclament dans les

---

[3]) Cf. art. 115, al. 1.

[4]) Art. 115, al. 2; 271, ch. 5; 285, al. 2, ch. 2.

dix jours l'application de la procédure en matière de faillite, en faisant l'avance des frais.[5])

En cas de suspension de la faillite, aucun acte de défaut de biens n'est délivré; cette attestation ne peut être donnée qu'à la fin de la poursuite.

C. Il convient de rapprocher de l'acte de défaut de biens consécutif à la saisie une forme particulière d'acte de défaut, c'est le certificat d'insuffisance de gage de l'art. 158. Cet acte n'a pas d'autre valeur que celle d'une simple déclaration lorsque le droit du créancier se basait sur une lettre de rente ou une autre charge foncière. Dans les autres cas, il dispense le créancier du commandement de payer s'il agit dans le mois.

§ 3. Conditions de l'établissement de l'acte de défaut de biens.

Il résulte de l'énoncé qui précède, que les conditions de la délivrance d'un acte de défaut de biens sont les suivantes:

a) l'acte de défaut n'est accordé qu'au créancier poursuivant ou participant à la faillite;

b) la poursuite et la réalisation doivent être clôturées;

c) le créancier n'a pas été désintéressé ou ne l'a pas été complètement.

§ 4. Contenu de l'acte de défaut de biens.

L'attestation du fait qu'un créancier n'a pas été complètement désintéressé dans la poursuite est donnée sur un formulaire officiel. Elle comprend la désignation du débiteur, du créancier, la date de la déclaration de faillite et celle de la distribution des deniers; elle renferme en outre l'indication du montant admis par la

---

[5]) Art. 230.

masse, de la somme payée, du montant découvert; elle mentionne si la dette a été reconnue ou contestée par le failli.[6])

§ 5. Qu'est-ce que l'acte de défaut de biens?

A plus d'une reprise, le Tribunal fédéral a donné des définitions de l'acte de défaut de biens.

„L'acte de défaut de biens, dit-il dans l'arrêt Fratelli c. Fiorini du 15 mars 1904[7]), n'est pas un papier-valeur. Il est seulement un document consistant en un extrait du procès-verbal de la poursuite."

Dans son arrêt du 31 mai 1900, en la cause Kölla c. Streuli[8]), puis dans l'arrêt du 1 juillet 1926 dans l'affaire Braillard et Martin c. Banque d'Alsace et de Lorraine[9]), le Tribunal fédéral déclarait que „l'acte de défaut de biens ne constitue que l'attestation officielle du fait que la réalisation des biens du débiteur soumis à l'exécution forcée n'a pas suffi à désintéresser le créancier; par lui-même il n'emporte ni novation de la dette, c'est-à-dire substitution d'une nouvelle dette à l'ancienne, ni création d'un rapport de droit nouveau qui viendrait doubler l'ancien et d'où pourrait naître un droit d'action distinct... L'acte de défaut de biens n'est qu'un acte de poursuite, comme le commandement de payer ou la saisie."

Ailleurs[10]), le Tribunal fédéral précise ce qu'est l'acte de défaut en énumérant ses propriétés: „La créance pour laquelle le créancier a obtenu dans la faillite un acte de défaut de biens demeure existante pour autant qu'elle n'a pas été éteinte. Pourtant, elle est affectée matériellement en faveur du créancier, en ce qu'elle est

---

[6]) Blumenstein, p. 813.

[7]) RO 30/1, p. 204.

[8]) RO 26/2, p. 479.

[9]) RO 52/3, p. 128.

[10]) RO 35/2, n° 88, arrêt du 21 octobre 1909, p. 684 ss., dans la cause Müller c. Glauser.

devenue imprescriptible et en sa défaveur en ce qu'elle ne porte pas d'intérêt à l'égard du débiteur. Comme effet de droit de procédure, il y a lieu de mentionner la fonction de l'acte de défaut de biens comme motif de séquestre[11]), ainsi que celle de reconnaissance de dette dans le sens de l'art. 82 LP, pour autant que la dette a été reconnue par le failli. A cela s'ajoute la restriction de la possibilité de requérir une nouvelle poursuite au cas où le débiteur n'est pas revenu à meilleure fortune; en cas de contestation de la part du débiteur, le Tribunal décide en procédure accélérée."

§ 6. Effets de l'acte de défaut de biens.

L'art. 265, qui détermine les effets de l'acte de défaut de biens consécutif à la faillite dispose en principe que l'acte de défaut confère les droits mentionnés à l'art. 149. Il formule pourtant deux exceptions: c'est que l'acte de défaut de biens délivré dans la faillite ne vaut comme reconnaissance de dette que si le débiteur a reconnu la créance; c'est ainsi qu'une nouvelle poursuite ne peut être requise que si le débiteur revient à meilleure fortune. Si l'on s'en tient à la classification courante que nous pouvons adopter provisoirement, on note que l'acte de défaut de biens déploie des effets de droit de poursuite et des effets de droit civil.

A. Les effets de droit de poursuite sont les suivants:

a) L'acte de défaut vaut comme reconnaissance de dette dans le sens de l'art. 82, sauf lorsque le failli a contesté la dette ou ne s'est pas déterminé à son sujet.

b) Il légitime le créancier à requérir le séquestre.

c) Il l'autorise à intenter l'action révocatoire; cependant, le créancier porteur d'un acte de défaut de biens consécutif à la faillite ne peut ouvrir l'action paulienne

[11]) On remarque que le TF ne parle pas de l'action révocatoire.

qu'ensuite d'une cession effectuée par l'office (art. 260 et 269).

d) Le créancier porteur d'un acte de défaut de biens consécutif à la saisie peut requérir la continuation de la poursuite sans commandement de payer durant les six mois qui suivent l'établissement de l'acte de défaut de biens. Par contre, l'acte de défaut de la faillite ne déploie pas de tels effets. L'arrêt du Tribunal fédéral du 29 juillet 1896, dans l'affaire Ettlin, avait admis que le délai de six mois pendant lequel la poursuite pouvait être continuée sans commandement de payer valait aussi pour les porteurs d'acte de défaut après faillite. Mais l'arrêt du 14 mai 1907, dans l'affaire Weisser[12]), a consacré la jurisprudence contraire, qui n'a plus été contestée depuis lors. Cette interprétation est d'ailleurs la seule compatible avec l'institution de la faillite qui a pour but de liquider la totalité du patrimoine du débiteur; cette liquidation doit être si totale que si, la faillite clôturée, l'on découvre des biens qui ont échappé à la réalisation, l'office est tenu d'en prendre possession et d'en distribuer le produit sans autre formalité entre les créanciers perdants.[13]) Il n'y a donc pas lieu à poursuite du débiteur par les porteurs d'actes de défaut de biens, sauf en cas de retour du débiteur à meilleure fortune. C'est alors la disposition de l'art. 265, al. 2, qui devient applicable. Or, on verra que toute poursuite nouvelle du créancier porteur d'un acte de défaut après faillite devra s'engager sur la base d'une réquisition de poursuite.

B. Voici les effets de droit civil:

a) La dette est imprescriptible à l'égard du débiteur.

b) Le créancier ne peut réclamer au débiteur des intérêts pour la créance constatée par acte de défaut.

Si l'on relève comme effet de nature controversée qu'une nouvelle poursuite ne peut être requise par le

---

[12]) RO 33/1, n° 76.

[13]) Art. 269.

créancier ayant obtenu un acte de défaut de biens dans la faillite que si le débiteur est revenu à meilleure fortune, on arrive à la conclusion que l'acte de défaut de biens a pour but de fixer le montant découvert, de faciliter l'exécution future en favorisant l'exercice des droits du créancier, enfin de protéger le débiteur contre la rigueur des avantages accordés au créancier.

Comme on l'a vu, l'acte de défaut de biens déploie en principe les mêmes effets, qu'il ait été délivré après la saisie ou après la faillite. Les variantes apportées en cas de faillite aux normes de l'art. 149 sont une conséquence de l'institution de la faillite et des dispositions spéciales qui régissent la liquidation globale des biens du débiteur.

Nous allons effectuer notre examen de l'influence exercée sur le rapport juridique initial par l'établissement de l'acte de défaut de biens après faillite en analysant les principales institutions juridiques de l'acte de défaut de biens servant à la constatation de la créance, à l'allègement de l'exécution future et à la protection du débiteur.

CHAPITRE II.

Constatation du montant découvert.

§ 1. Effets déclaratoires et exécutoires.

L'acte de défaut de biens détermine quel est le montant découvert et précise les conditions dans lesquelles s'exercera une poursuite subséquente. Il a donc des effets déclaratoires et des effets exécutoires.

L'acte de défaut déploie toujours des effets déclaratoires. Il atteste dans tous les cas que la réalisation des biens du débiteur soumis à l'exécution forcée a eu lieu, si tant est que le débiteur possédait des biens saisissables; que le créancier n'a pas été payé ou qu'il n'a pas été

complètement désintéressé; que le montant découvert s'élève à une somme déterminée.

Mais, pour que l'acte de défaut de biens obtienne des effets exécutoires, il faut qu'une nouvelle poursuite puisse matériellement s'exercer. Et cela ne sera possible que si le rapport juridique qui existait durant la poursuite infructueuse subsiste après la liquidation des biens. L'acte de défaut de biens qui est le terme de l'exécution d'un rapport obligatoire ne pourra sortir d'effets en vue d'une poursuite subséquente si le rapport juridique initial n'existe plus. L'acte de défaut est une forme nouvelle donnée à la créance ensuite de la poursuite qui a laissé un découvert. Mais c'est la créance originaire qui est le fondement de l'acte de défaut. Bien loin de détruire cette créance, l'acte de carence la sanctionne. L'obligation ne pouvant exister que moyennant l'existence des deux parties, si le débiteur n'est plus, l'acte de défaut de biens n'aura que des effets déclaratoires et non plus des effets exécutoires.

C'est ainsi que l'acte de défaut de biens aura seulement des effets déclaratoires dans les cas où la faillite amène la dissolution de la personne juridique ou de la société en nom collectif; lorsque le débiteur n'était tenu que sur ses biens, par exemple dans la lettre de rente; lorsqu'une succession obérée a été liquidée officiellement.

§ 2. Acte de défaut et novation.

L'acte de défaut de biens a-t-il pour but d'éteindre l'ancienne dette pour la remplacer par le nouveau titre, de substituer à la créance initiale une nouvelle cause?

La délivrance de l'acte de défaut a-t-elle pour effet de canceller définitivement la créance originaire, d'interdire qu'une nouvelle poursuite puisse être fondée sur ce rapport juridique, qu'une main-levée provisoire ou définitive puisse être obtenue sur la base de la créance

établie ou même reconnue par le débiteur dans la procédure de liquidation?

S'il en était ainsi, l'acte de défaut libèrerait les cautions de la dette principale et cela dès l'instant où l'attestation du montant découvert aurait été dressée, avant même que des poursuites eussent pu être engagées contre les garants non solidaires (501 CO).

Il découle d'une telle conséquence qu'on ne saurait logiquement accorder à l'acte de défaut le caractère de novation.

D'ailleurs, plusieurs dispositions légales parlent dans le même sens. L'art. 116 CO précise que la novation ne se présume point, qu'elle ne résulte pas de la souscription d'un nouveau titre de créance, sauf convention contraire. La délivrance d'un acte de défaut par l'administration de la faillite n'émanant pas du créancier ne peut être interprétée comme une renonciation de celui-ci aux garanties que présente pour lui le rapport initial liant les deux parties. L'acte de défaut n'exprime aucune adhésion du créancier à une telle libération, pas plus que la procédure de la faillite. Ainsi, à défaut d'une renonciation formelle du créancier à se prévaloir dans l'avenir de la créance originaire, le possesseur de l'acte de défaut pourra toujours s'y reporter. Aucune disposition ni présomption légales ne permettront de l'en empêcher.

L'art. 149, al. 4, dispose que les cautions, coobligés et autres garants qui ont dû payer des intérêts depuis la constatation du découvert par la délivrance de l'acte de défaut, ne peuvent en exiger le remboursement. Au regard de l'art. 501 du CO qui dit que la caution est libérée dès que la dette principale est éteinte pour quelque cause que ce soit, la règle de l'art. 149, al. 4, confirme que l'établissement de l'acte de défaut n'entraîne pas novation de la créance, sinon les garants ne seraient pas obligés pour les intérêts courus après l'envoi de l'acte de défaut.

Dans la poursuite par voie de saisie, il peut être établi des actes de défaut de biens contre un débiteur qui n'a pas reconnu formellement la dette, qui peut-être l'a contestée et sans qu'un jugement sur le fond du droit soit intervenu. Il est donc manifeste qu'on ne saurait admettre en principe qu'un tel acte de défaut de biens puisse emporter novation.

Par contre, dans la liquidation des biens par voie de faillite, le débiteur doit déclarer s'il reconnaît la dette ou s'il la conteste. S'il conteste la dette, il est bien manifeste qu'aucune novation ne se produit. S'il la reconnaît, cette circonstance est mentionnée dans l'acte de défaut, et alors ce titre vaut comme reconnaissance de dette dans le sens de l'art. 82. Le créancier peut-il se mettre, s'il y trouve intérêt, au bénéfice de cette reconnaissance de dette pour considérer que l'acte de défaut entraîne novation?

L'art. 116 CO répond: La novation ne résulte pas de l'établissement d'un nouveau titre, „sauf convention contraire". Il faut donc, pour qu'il y ait novation, que les deux parties aient convenu de nover en une obligation nouvelle le rapport juridique constaté par l'acte de défaut. Il faut que cette convention ait été explicite. Elle ne se présume point.

L'arrêt du Tribunal fédéral dans l'affaire Braillard et Martin contre Banque d'Alsace et de Lorraine, du 1 juillet 1926[14]), présente un cas dans lequel le créancier cherchait à se prévaloir de la novation qu'aurait comporté l'établissement d'un acte de défaut de biens consécutif à la faillite, acte mentionnant reconnaissance de la dette. Le Tribunal fédéral prononça à cette occasion qu'il convenait „de ne pas étendre la portée de la déclaration (des débiteurs disant reconnaître la dette) au delà du domaine spécial en vue duquel elle était faite, c'est-à-dire du domaine de la poursuite . . . Il est clair que cette déclaration ne comporte pas de novation de la dette."

[14]) RO 52/3 1926, p. 128.

Si l'acte de défaut ne constitue pas novation de l'ancienne dette, il se peut toutefois que le créancier convienne avec le débiteur que la créance initiale sera remplacée définitivement par l'acte de défaut. Mais une telle convention est absolument étrangère à l'institution de l'acte de défaut de biens.

§ 3. Acte de défaut et transformation du contenu de la créance.

Une notion juridique qui présente quelques traits communs avec la novation est celle de la transformation du contenu de la créance.

Le contenu de la créance peut être modifié sans que le rapport juridique subisse de changement. C'est ce qui se produit lorsque la prestation est augmentée ou réduite, ou bien lorsque l'objet de la prestation est remplacé, après la conclusion du contrat, par un nouvel objet. Il va de soi que les obligations accessoires, les garanties, ne sont en aucune manière atteintes par le changement intervenu. Les rapports juridiques demeurent exactement les mêmes.[15])

L'art. 67, ch. 3, prévoit que le montant réclamé doit être exprimé en argent suisse dans la réquisition de poursuite. C'est là une règle d'ordre public et une exigence de la pratique.[16])

„Aucun acte d'exécution par voie ordinaire, a dit le Tribunal fédéral, ne peut, en effet, être entrepris sans que l'ayant-droit ait indiqué, en francs, la somme qu'il prétend lui être dûe, et pour laquelle il requiert le concours des autorités suisses. Il ne s'agit plus alors du choix qui, suivant l'art. 84, al. 2, CO, est présumé appartenir au

---

[15]) Cf. von Tuhr, OR p. 573; Oser, n° II 2b ad art. 116, CO; Becker, n° 1 ad art. 116, CO.

[16]) Cf. Journal des Tribunaux 1918, p. 5 ss., arrêt du 12 octobre 1917, dans la cause Dame Parplies c. off. des pours. de Zürich.

débiteur, d'une dette payable en Suisse, mais bien d'une conversion légale, imposée au créancier pour des motifs d'ordre pratique (cf. RO 46/II, 406). Le législateur n'a pas entendu, par là, modifier le rapport de droit liant les parties et nover en une dette de francs suisses celle que les intéressés ont librement fixée en devises étrangères; le débiteur est simplement obligé de souffrir que, dans la procédure d'exécution, ses biens sur territoire fédéral soient soumis à contribution pour le montant qui, en valeur suisse, correspond à la dette de monnaie étrangère."[17])

Le même arrêt relève que le débiteur peut, à tout instant, faire tomber la poursuite en remettant à sa partie adverse, au lieu prévu pour le paiement. le montant convenu en monnaie étrangère, ainsi que les intérêts et les frais.

Ces dispositions qui ont trait à l'ouverture de la poursuite par la voie ordinaire, s'appliquent par analogie à l'exécution par le moyen de la faillite. „Les créances qui ont pour objet le paiement d'une somme d'argent, mais en monnaies n'ayant pas cours légal en Suisse, doivent être transformées, conformément à l'art. 211 LP, en créances de valeur équivalente en argent suisse. Cette conversion est rendue indispensable par le fait que le produit de réalisation, qui doit servir au paiement proportionnel des dettes du failli, s'obtient normalement en valeur suisse et que, d'autre part, les actes de défaut de biens ne peuvent guère être établis que tous, indistinctement, en monnaies suisses."[18])

On peut se demander avec Jaeger si la conversion en valeur suisse d'une créance stipulée en monnaie étrangère, conversion basée sur l'art. 211, est définitive et

---

[17]) RO 51/3, p. 180 ss., arrêt du 10 juin 1925, dans la cause Mandelick & Cie et Lisy c. Dubail & Cie.

[18]) Journal des Tribunaux, arrêt du TF du 14 février 1924, dans l'affaire Graef & Schlechter A.-G. c. Ernest Surber & Cie; Jaeger: ad. art. 211, rem. 1, spécialement 3e supplément du commentaire, ad art. 67, rem. 16; Blumenstein p. 653.

déploiera de tels effets que le débiteur ne pourra plus s'opposer à la créance constatée par acte de défaut de biens en invoquant la teneur initiale de la créance.

Cette question peut avoir une très grande importance aux périodes de rapide dévalorisation. Dans le cas qui a fait l'objet de la décision déjà citée du Tribunal fédéral du 1 juillet 1926[19]), il s'agissait d'une dette de 66,137.— francs français qui fit l'objet d'une poursuite par voie de faillite pour le montant de 30,625.69 francs suisses, et, dans la suite, après reconnaissance de cette dette par la société en nom collectif débitrice, d'un acte de défaut de biens du même montant, soit de 30,625.69 francs suisses. Le change français avait fortement baissé lorsque, quelques années plus tard, la créancière requit le paiement de francs suisses 30,625.69 auprès de deux des associés, en s'opposant au paiement de la dette initiale par 66,137.— francs français. Le Tribunal fédéral a donné satisfaction aux défendeurs en statuant qu'ils pouvaient se libérer par le versement de 66,137.— francs français.

Jaeger combat cette décision qu'il juge incompatible avec la lettre et l'esprit des art. 211 et 265. A son avis, la transformation de la créance effectuée conformément à l'art. 211 doit valoir non seulement pour l'exécution de la poursuite, mais aussi pour la constatation définitive du montant découvert; et ceci particulièrement lorsqu'il y a eu, comme ici, reconnaissance de la dette au cours de l'exécution qui a abouti à l'établissement d'un acte de défaut de biens.

Rappelons que la conversion d'une valeur étrangère en monnaie suisse se produit, dans la poursuite ordinaire, par les soins des créanciers lors de la réquisition de poursuite, et, dans la poursuite par voie de faillite, par l'administration, lors de la production, laquelle tient lieu de commandement de payer. Cette conversion peut être

[19]) Affaire Braillard et Martin c. Bque d'Alsace et de Lorraine, RO 52/3, p. 128 ss.

attaquée, dans la poursuite ordinaire, par le débiteur au moyen de l'opposition; elle peut l'être, en cas de faillite, par l'administration, dans l'établissement de l'état de collocation, ou par les créanciers, au moyen de la contestation de l'état de collocation.

Une fois établie et reconnue, la conversion ne peut être revisée. Mais on ne saurait étendre la portée de cette opération au delà du domaine spécial pour lequel elle est effectuée, à savoir du domaine de l'exécution. Si le débiteur ne peut arrêter le cours de la poursuite en arguant du fait que sa dette est constituée en monnaie étrangère, mais doit subir les phases de l'exécution tendant au versement dans les mains du créancier d'une valeur fixée en monnaie suisse, la conversion de la créance n'est cependant pas absolument définitive: dès que le créancier ou le débiteur reportent leur différend hors de la sphère du droit des poursuites, les effets de la conversion tombent et la créance reprend sa forme et ses effets du début. Si le débiteur veut se libérer de la poursuite portant paiement en monnaie suisse et verse le montant de la créance stipulée en argent étranger, la poursuite tombe (art. 85). „Ce principe, dit le Tribunal fédéral dans l'arrêt cité[20]), a évidemment une portée générale et doit s'appliquer à tous les actes de la poursuite dans lesquels la conversion est indiquée. Il ne saurait être question d'admettre qu'à un certain point de la poursuite, lorsque, par exemple, elle aboutit à la délivrance d'un acte de défaut de biens, cette conversion cesse d'avoir ces effets pour emporter une novation de la dette. L'acte de défaut n'est, en effet, qu'un acte de poursuite, comme le commandement de payer ou la saisie; il n'opère pas d'ailleurs une conversion nouvelle, il se base sur une conversion qui a été opérée antérieurement et uniquement pour constater quel est le montant en francs suisses de la dette convertie qui n'a pas été couverte avec le produit de la réalisation."

---

[20]) RO 52/3, p. 128 ss.

Ainsi, la conversion des art. 67, ch. 3, et 211, ne modifie pas du tout la situation de droit matériel créée par les parties. L'acte de défaut de biens qui marque l'aboutissement de la poursuite infructueuse constate quel est le découvert exprimé en francs suisses; mais il n'opère pas l'extinction de l'ancienne dette et son remplacement par une dette nouvelle indiquée en francs suisses.

L'art. 265, al. 1, attribue des effets différents à l'acte de défaut mentionnant la reconnaissance de la dette par le débiteur et à l'acte de défaut portant contestation de la dette par le failli. Dans le premier cas seulement, l'acte de défaut de biens vaut comme reconnaissance de dette dans le sens de l'art. 82.

Une question nouvelle se pose alors, qui est de savoir si le débiteur, qui a reconnu une dette stipulée en monnaie étrangère, mais convertie en francs suisses dans la poursuite, doit être réputé comme ayant assumé une dette en francs suisses et s'il sera lié dans la suite par cette reconnaissance mentionnée dans l'acte de défaut de biens.

L'art. 265, al. 1, précise bien que la reconnaissance de dette opérée ensuite de l'application de l'art. 244 a des effets limités au domaine de la poursuite, puisque l'acte de défaut de biens ne vaut comme reconnaissance de dette que dans le sens de l'art. 82. Ainsi, le créancier porteur d'un acte de défaut de biens pourra, en se basant sur cet acte, introduire une nouvelle poursuite. En cas de contestation, l'acte de défaut de biens vaudra comme reconnaissance de dette dans le sens de l'art. 82 et la main-levée de l'opposition sera prononcée. Cependant, le débiteur pourra toujours échapper à la continuation de la poursuite en payant sa dette dans la monnaie du contrat.

L'interprétation de la volonté exprimée par le débiteur lors de la reconnaissance de la dette conduit au même résultat: le débiteur reconnaît en effet le bien-fondé de la poursuite basée sur la créance initiale. Mais,

en l'absence d'une déclaration concrète de volonté, on ne peut présumer que cette reconnaissance implique la résolution du débiteur d'admettre désormais l'obligation de payer la dette telle qu'elle est exprimée en valeur suisse. Une telle déclaration, pour déployer ses effets, devrait d'ailleurs rencontrer la volonté concordante du créancier. Celle-ci non plus ne saurait être présumée.

En conséquence, la conversion d'une monnaie étrangère en argent suisse, conversion constatée par l'acte de défaut de biens, n'a que des effets de droit de poursuite et non de droit matériel.

CHAPITRE III.

Allègement de l'exécution future.

§ 1. L'acte de défaut de biens comme reconnaissance de dette.

Les titres exprimant une obligation sont de nature très variée. Ce peuvent être, entr'autres, de simples moyens de preuve; ce sont souvent des actes déployant des effets juridiques propres.[21]) Parmi les premiers, on peut noter la quittance, le reçu signé de l'emprunteur. On rangera au nombre des seconds la reconnaissance de dette.

La promesse de paiement abstraite du CO (art. 17) n'est pas seulement un moyen de preuve en faveur du créancier. Elle est un contrat. A. a exécuté un travail pour le compte de B. B. signe une reconnaissance de dette. Je reconnais devoir à A. la somme de cent francs. La promesse de payer n'est pas dans les mains de A. une preuve de l'obligation de B. résultant du contrat de travail. Si la cause initiale de l'obligation de B. était le travail fourni par A., cette cause n'est plus le fondement essentiel de la reconnaissance de dette. Lorsqu'il promet à A. de lui payer cent francs, B. lui dit en fait: Je veux

[21]) Cf. Enneccerus, Allg. T. des BR § 117.

qu'il soit entendu désormais que je vous dois, pour le travail exécuté, la somme de cent francs; nous ne discuterons plus ce prix; il est fixé définitivement. En signant la reconnaissance de dette, le débiteur admet qu'il s'oblige non plus en vertu du contrat de travail, mais en vertu de la promesse abstraite. Le fondement de l'obligation nouvelle est donc l'intention qu'exprime le débiteur de payer indépendamment du contrat causal, lequel est relégué dans l'ordre des motifs.

La reconnaissance de dette a pour but de faciliter l'exécution de l'obligation en simplifiant l'état de fait sur lequel portera la prétention du créancier.

Dans son étude sur la théorie de la promesse abstraite du BGB, Rümelin[22]) a noté parmi les fins principales que peut poursuivre l'abstraction de la cause de l'engagement:

1. l'allègement du fardeau de la preuve pour le créancier, qui est dispensé de se rapporter, pour justifier son action, au lien de causalité servant de fondement à la promesse abstraite;

2. la confirmation de la dette et l'exclusion des divergences qui divisent les parties;

3. parfois, en relation avec le but précédent, la modification ou la transformation de la dette.

Le créancier qui a obtenu une reconnaissance abstraite n'a donc plus à établir qu'il a fourni telle prestation ou que sa prétention se fonde sur une libéralité du débiteur. Il doit seulement prouver que le débiteur a réellement promis de payer; et cette preuve est administrée dans la règle par la production du titre. Le débiteur doit s'exécuter ou faire valoir ses moyens de libération.[23])

La reconnaissance de dette ayant pour objet de faciliter l'exécution, il était logique que la LP lui accordât une situation privilégiée. Aussi, l'art. 82 dispose-t-il que le créancier dont la poursuite se base sur une reconnais-

---

[22]) Rümelin, M., Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB in Arch. Ziv. Pr. 97, p. 277.

[23]) von Tuhr, Allg. T. des OR, p. 232.

sance de dette constatée par acte authentique ou sous seing privé peut requérir la main-levée provisoire.

Les art. 149 et 265 attribuent à l'acte de défaut de biens des effets analogues à ceux reconnus par l'art. 82 à la reconnaissance de dette. Ils ne disent pas, cependant, que l'acte de défaut de biens constitue une reconnaissance de dette: il vaut comme reconnaissance de dette et seulement dans le sens de l'art. 82.

L'acte de défaut de biens consécutif à la saisie infructueuse vaut toujours comme reconnaissance de dette. Il est le terme d'une série d'opérations au cours desquelles le débiteur pouvait se déterminer librement sur la validité et l'exigibilité de la créance faisant l'objet de la poursuite. La loi interprète l'attitude passive du débiteur comme une renonciation aux moyens mis à sa disposition pour faire valoir ses droits éventuels. Le débiteur, en ne faisant pas opposition au commandement de payer, en ne tirant pas parti des droits qui lui sont conférés par les art. 77, 83/2, 85, 86, en tolérant l'exécution de la créance, reconnaît, au moins tacitement, le bien-fondé de la poursuite. Mais il résulte aussi des dispositions des art. 83/2 et 86 que le débiteur contre qui a été délivré un acte de défaut de biens garde la faculté de faire établir par le juge le fond du droit. Ce ne sont donc pas des effets de droit matériel que la loi attache à l'acte de défaut de biens en lui attribuant la valeur d'une reconnaissance de dette. Sinon, le débiteur perdrait le plus souvent le droit de répétition qui lui est garanti par l'art. 86. On doit donc admettre avec Leemann[24]) qu'en subissant, dans l'exécution par voie de saisie, la poursuite qui aboutira au paiement ou à l'établissement d'un acte de défaut, le débiteur renonce seulement à l'opposition contre la poursuite, mais non à ses exceptions contre le fondement juridique de la créance.

Il en va différemment en matière de faillite. Ici, le débiteur n'est pas directement atteint par les assauts

[24]) P. 23.

multiples que sont, dans la poursuite ordinaire, le commandement de payer, la saisie, la vente. Dès que la faillite est prononcée, l'administration assume seule toute la charge de l'exécution.[25]) Les créanciers n'ont qu'à consigner leurs prétentions. Le débiteur sera seulement invité à se déterminer sur chaque production. Mais l'administration n'est pas liée par les déclarations du failli.[26])

Les créanciers qui n'ont pas été payés intégralement recevront un acte de défaut de biens pour le montant impayé. Cet acte mentionnera si le failli a reconnu ou contesté la créance. C'est seulement si le failli a admis la créance que l'acte de défaut vaudra comme reconnaissance de dette.

Au sujet de cette contestation de la dette par le failli, il faut observer qu'elle peut conduire à des situations multiples:

a) Le débiteur et l'administration contestent tous deux la dette. Le créancier se trouve dans l'alternative de renoncer à sa prétention, et dans ce cas il ne participera plus à la faillite, ou bien d'ouvrir action: s'il échoue, sa production sera radiée; s'il obtient gain de cause, l'acte de défaut de biens mentionnera que le failli a contesté a créance. Mais, en cas de nouvelle poursuite, il sera fort indifférent au créancier de ne point posséder d'acte de défaut de biens valant comme reconnaissance de la dette, puisqu'il pourra obtenir, sur la base du jugement rendu, la main-levée définitive, tandis que l'acte de défaut de biens valant comme reconnaissance de dette dans le sens de l'art. 82 ne lui permettrait de requérir que la main-levée provisoire.

b) Le débiteur a contesté la créance, tandis que l'administration l'a acceptée. L'acte de défaut ne vaudra point comme reconnaissance de dette contre le failli. En cas de nouvelle poursuite, si le débiteur maintient son

---

[25]) Art. 240.

[26]) Art. 244 et 245.

opposition, un jugement sera nécessaire pour que le créancier puisse obtenir l'exécution.

c) Le débiteur a reconnu la dette et l'administration l'a contestée. Si le créancier n'a pas ouvert action, il n'obtiendra pas d'acte de défaut. S'il a recouru au juge: ou bien il a été débouté, et alors il ne recevra pas d'acte de défaut; ou bien il a gagné son procès, et l'acte de défaut vaudra comme reconnaissance de dette dans le sens de l'art. 82.

d) Le débiteur et l'administration admettent la créance: l'acte de défaut vaut comme reconnaissance de dette.

Ainsi, lorsque l'acte de défaut après faillite vaut comme reconnaissance de dette, on se trouve toujours en présence d'une adhésion expresse du débiteur, formulée en cours de poursuite, à la prétention du créancier. Jamais le défaut de détermination du débiteur n'est interprété comme une reconnaissance de dette. L'acte de défaut muni de la mention de la reconnaissance de dette constitue un titre exécutoire et donne au créancier le droit d'obtenir, dans une nouvelle poursuite, la main-levée provisoire.

Quelle est la nature de la reconnaissance de la dette de la part du failli?

Leemann[27]) estime que „contrairement à ce qui a été constaté pour l'acte de défaut de biens après saisie, nous sommes ici en présence d'une véritable reconnaissance de dette, non seulement au point de vue du droit des poursuites, mais aussi au point de vue du droit matériel. Tandis que l'acte de défaut après saisie ne manifeste pas une volonté positive du débiteur à l'égard de la créance, la reconnaissance de dette dans la faillite s'appuie sur une déclaration expresse émanant du débiteur lui-même, et seule cette déclaration dépendant de la libre volonté du failli donne à l'acte de défaut de biens la propriété de reconnaissance de dette."

[27]) P. 85.

Cependant, Leemann considère que la reconnaissance de dette n'a pas pour effet de créer une cause indépendante, qu'elle n'est pas un acte juridique, mais une déclaration unilatérale.

Mais dire que la déclaration du débiteur qui reconnaît la dette constitue une véritable reconnaissance de dette au point de vue matériel, c'est dire que la volonté déclarée du débiteur produit un effet de droit civil, c'est dire aussi que cette déclaration de volonté constitue un acte juridique. Il est certain d'ailleurs que la détermination du débiteur sur l'existence de la dette, détermination qui est sollicitée par l'administration de la faillite, ne se présente pas du tout comme un acte unilatéral. Au contraire, si l'on admet que la reconnaissance de la dette par le débiteur produit des effets de droit civil, il faudrait la considérer non seulement comme un acte juridique, mais comme un contrat unilatéral, conséquence que Leemann repousse, mais qui découle des éléments posés par lui.

Leemann[28]) apprécie d'ailleurs lui-même cette déclaration du débiteur dans un sens qui nous rapproche de la solution. Il dit en effet qu'une conception plus juste que celle qui voit dans la reconnaissance de la dette par le failli un acte juridique est celle qui la considère simplement comme une déclaration de volonté, de la part du débiteur à l'égard du créancier représenté par l'administration de la masse, en ce sens que la dette existe.

Cette déclaration du débiteur présente une grande analogie avec l'aveu judiciaire. Celui qui, en justice, reconnaît le bien-fondé de la créance invoquée par le demandeur sera, dans la règle, condamné à payer le montant reconnu, le juge étant en ce cas dispensé de rechercher si le droit du demandeur est matériellement établi. Cependant, cet aveu n'est point un acte de droit civil, mais un acte de procédure. Il en est de même de la reconnaissance de la dette au cours de la faillite: elle ne tend pas directement à la création, à la modification ou à la sup-

[28]) P. 86.

pression d'un rapport de droit. Elle est conçue par le débiteur comme une faculté accordée au créancier de faire valoir ses droits dans la faillite.

Si l'on tient compte de la situation particulière dans laquelle se trouve le débiteur au moment où il fait sa déclaration, on conçoit plus facilement encore que la reconnaissance qu'il prononce de l'existence de la dette est un acte de poursuite, non un acte de droit civil. Le failli peut être mu, au moment où il se déclare sur les productions, par des sentiments bien différents de ceux qui animent la plupart des débiteurs. Il lui sera facile, peut-être agréable, de reconnaître une dette prescrite. Il pourra aussi se montrer plus favorable envers la prétention d'une personne qui lui a rendu des services qu'à l'égard de celle de tel créancier dont les exigences l'ont conduit à la liquidation générale de ses biens. Le débiteur partira souvent de l'idée que, puisque tout est quand même perdu, autant vaut reconnaître telles créances plutôt que telles autres. C'est dire que ses déclarations seront faites en fonction de la faillite déclarée.

Il serait donc, dans bien des cas, contraire à la volonté du débiteur, de considérer sa déclaration dans la faillite comme la reconnaissance définitive du droit des créanciers. Serait-il même juste d'admettre que la reconnaissance, faite en cas de faillite, d'une dette prescrite, ait pour effet de lui rendre une exigibilité désormais incontestable?

Dans son arrêt Braillard et Martin contre Banque d'Alsace et de Lorraine[29]), le Tribunal fédéral dit: „On pourrait se demander si, eu égard aux termes des art. 149, al. 2, et 265, al. 1, le bénéfice de la présomption (que la possession d'un acte de défaut de biens constituerait en faveur de l'existence de la dette) ne devrait pas être strictement limité au cas où l'action — du créancier ou du débiteur — est destinée à exercer une influence sur le cours d'une poursuite fondée sur l'acte de défaut de

[29]) RO, 52/3, p. 133.

biens lui-même." La manière dont la question est posée dicte assez clairement la réponse. Le texte de la loi prononce formellement que l'acte de défaut vaut comme reconnaissance dans le sens de l'art. 82. Et l'art. 82 ne traite que de la facilité accordée, au point de vue de la procédure, au détenteur de la reconnaissance de dette. On doit donc conclure avec le Tribunal fédéral[30]), „qu'il convient de ne pas étendre la portée de la déclaration du failli au-delà du domaine spécial en vue duquel elle était faite, c'est-à-dire du domaine de la poursuite." Lorsqu'un failli déclare qu'il reconnaît telle production, cela signifie uniquement qu'il reconnaît au créancier le droit d'être désintéressé, pour une somme déterminée, dans la liquidation de ses biens par la voie de la faillite.

Le créancier porteur d'un acte de défaut de biens portant reconnaissance de la dette par le débiteur peut obtenir la main-levée de l'opposition faite par celui-ci dans une poursuite subséquente. L'acte de défaut constitue donc la présomption que la créance existe en droit. Le fait qu'il y a seulement présomption de l'existence de la dette et non reconnaissance de jure résulte de l'organisation de la procédure et de la répartition du fardeau de la preuve.

Si la créance constatée par acte de défaut devait être définitivement exécutoire, ce n'est pas la main-levée provisoire, mais la main-levée définitive qui serait accordée au créancier. En ne lui donnant que la main-levée provisoire, la loi permet au failli de sortir du domaine propre de la poursuite et de faire valoir dans l'action en libération de dette toutes les exceptions qu'il possède contre la validité et l'exigibilité de la créance.

La décision de main-levée a pour effet d'intervertir le rôle des parties dans la procédure de l'action en libération de dette: le débiteur devient demandeur et le créancier défendeur. Mais elle n'effectue pas un renversement du fardeau de la preuve. Contrairement à

[30]) Arrêt cité, p. 131.

ce qui se produit lorsque le débiteur a contracté une reconnaissance abstraite de dette, dans quel cas le créancier n'a qu'à établir l'existence de la promesse de paiement, le créancier défendeur doit prouver l'obligation qui était à la base de la poursuite. L'acte de défaut constitue une simple présomption, en faveur du créancier, de l'existence de la dette. Le débiteur peut faire tomber cette présomption par les moyens dont il dispose. Mais l'ordre juridique ne peut le contraindre à apporter la preuve positive de l'inexistence d'un droit. C'est donc au créancier à établir, dès que le débiteur aura contesté son obligation, l'existence et l'exigibilité de la dette.

Cependant, si le débiteur invoque des moyens particuliers de libération, qu'il soit possible d'établir matériellement, comme le paiement, la non-exécution d'obligations, etc., c'est lui qui doit justifier les moyens soulevés; c'est à lui qu'il incombe de remonter à l'origine des choses et de montrer pourquoi, en dépit de l'acte de défaut, il ne doit rien.[31])

La loi n'accorde donc pas à l'acte de défaut, dans le procès en libération de dette, la valeur d'une reconnaissance matérielle de la dette. La présomption qu'elle admet dans le sens de l'existence de la dette lui permet d'intervertir le rôle des parties. Mais ce sont les conditions de droit matériel seules qui disposent de la répartition du fardeau de la preuve. Or, le législateur ne s'est pas autorisé une si forte intrusion dans la sphère du droit privé et de la libre volonté des particuliers.

Si elle attache à l'acte de défaut la présomption de reconnaissance de dette, la loi précise que cette faveur ne vaut que dans le cadre du droit de poursuite, à l'occasion d'une poursuite subséquente.

---

[31]) Cf. Arrêts du TF du 10 juillet 1897 dans la cause Siegfried c. Schwob, RO 23/2, n° 151 du 31 mai 1900 dans la cause Kölla c. Streuli, RO 26/2, p. 479; du 16 octobre 1902 dans la cause Tozzini c. Lindenmayer, RO 28/2, p. 563; Leemann, p. 27; Blumenstein p. 310.

Dès que le créancier porte la question sur un autre terrain, cette présomption n'existe plus. S'il recourt à une simple Feststellungsklage pour faire établir la réalité de son droit, l'acte de défaut ne saurait être invoqué pour amener l'intervention des rôles, ni à fortiori le renversement du fardeau de la preuve. Cependant, le juge pourrait, en vertu de son pouvoir de libre appréciation, faire état dans un procès subséquent de l'aveu que constituerait la reconnaissance par le débiteur de son obligation.

§ 2. L'imprescriptibilité de la créance.

En principe, toute dette se prescrit. Le délai de prescription commence à courir dès le moment où la dette est échue.

La prescription se fonde sur diverses considérations dont les principales sont:

a) que les relations commerciales exigent une rapide liquidation des affaires;

b) qu'il y a lieu de considérer comme éteinte une dette dont le créancier s'est désintéressé depuis longtemps;

c) qu'il est juste d'empêcher que naissent des procès trop difficiles à juger à cause de la perte probable de moyens de preuve depuis le temps où l'obligation a été créée.

La prescription n'entraîne pas une extinction absolue de la dette. Contrairement à la déchéance, elle n'est pas examinée d'office par le juge; celui qui a payé une dette prescrite, même s'il ignorait cette circonstance, ne peut actionner en répétition de l'indu: le débiteur qui a reconnu une dette prescrite, alors qu'il ignorait que la prescription était intervenue, est tenu de l'acquitter; enfin, en vertu de l'art. 120, al. 3, CO, la compensation d'une créance prescrite peut être invoquée si la créance n'était pas éteinte par la prescription au moment où elle pouvait être compensée.

Ainsi, la prescription entraîne la perte de l'action judiciaire, et de la poursuite; mais la créance prescrite demeure une obligation naturelle.

Comme la déchéance, la prescription est la conséquence du défaut d'action dans le délai fixé par la loi. Mais, tandis que, en ce qui concerne la déchéance, le délai imparti par la loi au créancier pour faire valoir ses droits n'est pas susceptible d'être prorogé par un acte d'interruption, le délai de prescription peut être indéfiniment prolongé par des actes judiciaires, par des actes de poursuite ou même par des actes juridiques accomplis avant l'expiration du délai légal (cf. art. 135 CO).

Si, en principe, toutes les créances se prescrivent, il est quelques exceptions à la règle qui sont formellement prévues par la loi. Elles se rencontrent surtout dans les droits réels. La LP dispose aussi que la créance constatée par acte de défaut de biens est imprescriptible à l'égard du débiteur.

Cette dernière dérogation à la norme de l'art. 127 CO, s'explique aisément eu égard au fondement de la prescription. En effet, s'il est normal, dans le cours ordinaire des affaires, que toute dette soit éteinte au plus tôt, il est logique d'accorder au failli le temps de se relever avant qu'on puisse lui présenter de nouvelles réclamations. D'autre part, le débiteur ne saurait se plaindre d'avoir perdu ses moyens de libération puisque la loi considère l'acte de défaut de biens comme une reconnaissance de dette seulement dans le cas où le débiteur a été poursuivi avec succès dans la poursuite ordinaire, et dans le cas où il a formellement reconnu sa dette dans la poursuite par voie de faillite. L'imprescriptibilité paraît moins justifiée lorsque la masse a reconnu la créance, mais le débiteur l'a contestée. Pourtant, on ne saurait contraindre le créancier à faire les frais d'un procès contre le failli dans l'unique but d'établir son droit. Il est bien plus convenable de l'autoriser à surseoir à une telle procédure

jusqu'au moment où le débiteur sera revenu à meilleure fortune. Enfin, remarquons que le moyen de preuve essentiel que le débiteur risquerait de perdre, si la loi ne limitait le temps durant lequel des poursuites peuvent habituellement être engagées contre lui, est surtout la quittance du paiement. Bon nombre d'auteurs admettent en effet, que la ratio legis de la prescription est la présomption de paiement. Dans le cas qui nous occupe, le débiteur, n'ayant certainement pas acquitté la dette constatée par l'acte de défaut, ne se trouve pas dans la situation que le législateur a voulu particulièrement protéger en instituant la prescription. Il n'est pas douteux que si le créancier bénéficie de l'imprescriptibilité de la créance litigieuse, c'est lui qui, le plus souvent, perdra avec le temps la possibilité de faire valoir tous les moyens de preuve dont il a pu disposer au moment où sa créance est devenue exigible.

Ainsi, le législateur a dérogé au principe de la prescription, qui est fondé sur la nécessité d'un rapide règlement des dettes, en considération de ce fait que le maintien de la créance constatée par acte de défaut serait presque toujours illusoire si le créancier ne pouvait exiger le paiement de la part du failli que dans les délais relativement courts qu'entraîne, dans la règle, la prescription. La loi institue une sorte de transaction entre le failli et son créancier. Elle leur dit: „Je veux tenir compte de l'indigence actuelle du débiteur en le libérant de tout souci jusqu'au moment où sa condition se sera améliorée; en particulier, je l'affranchis définitivement de toute dette d'intérêt. Mais j'entends aussi que le créancier ne soit pas dupe d'une telle complaisance; je veux donc qu'il puisse, sans craindre de perdre ses droits, attendre patiemment le relèvement du débiteur."

L'imprescriptibilité de la créance est donc une charge que la loi impose au débiteur en retour du privilège de la libération des intérêts et de l'exception du défaut de retour à meilleure fortune.

De même que la libération des intérêts et l'opposition fondée sur le défaut de retour à meilleure fortune sont des exceptions éminemment personnelles, l'imprescriptibilité de la créance est un fardeau qui ne peut être imposé qu'au débiteur indiqué dans l'acte de défaut.

L'art. 149, al. 5, dispose que la dette est imprescriptible à l'égard du débiteur. Il dit aussi qu'elle se prescrit par une année envers les héritiers du débiteur. Mais la loi ne traite pas la question de la prescription à l'égard des garants et coobligés. C'est que l'acte de défaut ne modifie pas les rapports entre les créanciers et les garants.[32]) Il résulte d'ailleurs des considérations ci-haut émises que la ratio legis ne justifierait en aucune façon l'élargissement de l'exception faite au principe de la prescription en faveur de la créance constatée par acte de défaut. Ainsi, la prétention, en tant que dirigée contre les coobligés et garants du débiteur mentionnés sur l'acte de défaut, est soumise aux règles ordinaires de la prescription.

Il y a lieu d'examiner aussi quelle est la nature juridique du délai dans lequel le créancier peut faire valoir ses droits contre les héritiers du débiteur. La disposition légale est ainsi conçue: „Les héritiers du débiteur peuvent

---

[32]) Cf. Arrêt du 9 avril 1903, dans l'affaire Lagier c. Desaules, RO 29/2: Les mêmes termes de l'art. 149 CO (art. 130 rev. CO) disposant que la prescription court du moment où la dette est devenue exigible, démontrent que cette disposition n'a trait qu'aux rapports de droit entre le créancier et le débiteur. Il ressort également de la nature juridique de l'acte de défaut de biens que celui-ci ne touche en rien aux rapports entre le créancier et la caution; l'acte de défaut de biens ne saurait dès lors avoir pour effet d'interrompre la prescription à l'égard de la caution. Aussi, l'art. 149 LP garde-t-il le silence sur les effets juridiques de l'acte de défaut de biens vis-à-vis de la caution, alors qu'il est fait expressément mention par exemple, à l'art. 303, des droits de la caution, conf. à l'art. 508 CO.

invoquer la prescription si le créancier n'a pas fait valoir ses droits dans l'année de l'adition d'hérédité."[33])

Leemann[34]) pose ainsi le problème. A son sens, il s'agit de savoir si, malgré les termes précis de la loi, le délai d'une année représente un délai de prescription plus court que celui de l'art. 127 CO, ou bien si l'on se trouve en présence d'une norme dont les effets sont notablement différents de ceux de la prescription, c'est-à-dire d'une situation juridique où certains droits sont supprimés ou ne naissent pas si un évènement déterminé ne se produit pas dans un délai fixé, ou bien si l'ayant-droit omet d'accomplir un acte dans un délai donné.

Prescription ou déchéance. La caractéristique de la déchéance (Verwirkung) consiste en ce que la perte du droit est liée à l'exécution d'un acte positif dans un délai déterminé. Or, on constate que la loi impose au détenteur de l'acte de défaut l'obligation de faire valoir ses droits, à peine d'extinction de ceux-ci, dans un court délai. S'il devait s'agir d'un délai de prescription, on ne voit pas pourquoi le législateur aurait prescrit un acte particulier d'interruption, d'autant plus qu'un tel acte venait d'être prévu dans le CO.[35])

Le texte légal aurait été conçu en ces termes: „Cependant, la créance se prescrit à l'égard des héritiers dans l'année de l'adition d'hérédité."

Leemann conclut que le délai de l'art. 149, al. 5, n'est pas un délai de prescription, mais un délai entraînant la déchéance du droit.

Jaeger[36]) et Blumenstein[37]) contestent la pertinence des observations de Leemann. Jaeger observe justement que, eu égard à cette circonstance qu'aux termes de l'art. 560 du CCS le commencement du délai coïncide

[33]) Art. 149, al. 5.
[34]) P. 63 ss.
[35]) Art. 154, ch. 2, a. CO.
[36]) Ad art. 149, rem. 9.
[37]) P. 503.

avec l'ouverture de la succession, il y a lieu d'admettre que le cours du délai est interrompu jusqu'au moment où les créanciers peuvent faire valoir leurs droits contre les héritiers[38]), solution qui serait exclue par l'admission de la notion de déchéance.

Blumenstein, de son côté, remarque que, non seulement le législateur s'est servi du terme de prescription, mais qu'il a laissé le créancier parfaitement libre de recourir au mode d'action qui lui plaît pour faire valoir son droit, contrairement à ce qui se pratique en cas de déchéance.[39]) D'autre part, on ne voit pas pourquoi il serait nécessaire que le juge examine d'office si le délai d'action est écoulé, que les parties ne puissent modifier ce délai par des conventions postérieures,[40]) que le créancier soit obligé de donner suite au premier acte de poursuite sous peine de perdre ses droits.

Doit-on donc penser, avec Jaeger et Blumenstein, qu'il s'agit ici d'une simple règle de prescription; doit-on dès lors admettre que le texte de la loi aurait dû être rédigé comme l'a proposé Leemann pour le cas où l'on se trouverait en présence d'une norme de prescription?

Nous ne le croyons pas. Supposons qu'un créancier, A., porteur d'un acte de défaut, soit débiteur de B., dont le père, C., a fait faillite. C. meurt. B. accepte la succession. Mais A. laisse s'écouler une année depuis la mort de C. sans faire valoir sa créance. Pourra-t-il, dans la suite, en se basant sur l'art. 120, al. 3, opposer la compensation de sa créance fondée sur l'acte de défaut avec sa dette envers B.? — Non. En vertu de l'art. 149, l'héritier peut invoquer la prescription de la créance constatée par l'acte de défaut de biens, si le créancier n'a pas fait valoir ses droits dans l'année de l'adition d'hérédité.

Ainsi, la prescription de l'art. 149, al. 5, est bien régie par les dispositions des art. 127 et suivants du CO.

---

[38]) Cf. art. 567, 586 CCS.

[39]) Cf. art. 86, al. 1.

[40]) Cf. art. 125, ch. 1, CO.

Mais la loi pose à l'exigibilité de la créance à l'égard des héritiers du failli une condition qui rapproche la notion de prescription de celle de déchéance, et cette condition, c'est l'accomplissement, dans l'année de l'adition d'hérédité, d'un acte formel tendant à l'exécution de la créance. Faute par le créancier d'accomplir cet acte, la créance tombe. Elle ne demeure même pas à titre d'obligation naturelle.

CHAPITRE IV.

La protection du débiteur.

§ 1. La libération des intérêts.

C'est en vain qu'on chercherait à justifier par des considérations de technique juridique la faveur que constitue pour le débiteur la libération des intérêts moratoires de la dette constatée par l'acte de défaut de biens. La libération des intérêts n'est pas un effet du droit d'exécution. Elle ne se rattache pas non plus à une norme quelconque du droit des obligations. Cette mesure est une institution originale, de caractère social, qui a pour but de permettre au débiteur de se relever en échappant à la continuelle aggravation de ses charges que constituerait le maintien de la dette d'intérêts.

Cependant, cette disposition n'est pas complètement isolée dans le système de la LP. Comme on l'a vu, si le législateur a édicté une mesure propre à seconder le débiteur, elle a aussi accordé au créancier un droit qui apparaît comme une compensation de cet avantage dont profite le débiteur: c'est l'imprescriptibilité de la dette portée dans l'acte de défaut de biens. Il y a entre ces deux privilèges attribués l'un au débiteur et l'autre au créancier, non seulement un équilibre apparent, mais aussi une étroite corrélation. On se représente, en effet, combien il serait injuste que le débiteur dont la dette principale aurait été déclarée imprescriptible, pût subir des poursuites pour des dettes accessoires d'intérêts qui,

souvent, entraîneraient de nouveaux actes de défaut dont la multiplicité serait la conséquence directe de l'imprescriptibilité de la dette principale. Le projet du Conseil fédéral du 23 février 1886 comportait cette double charge pour le débiteur: la créance constatée par acte de défaut de biens devait porter intérêt au 5% l'an sauf stipulation différente; elle était déclarée imprescriptible contre le failli. Mais les commissions du Conseil national et du Conseil des Etats décidèrent qu'une dette constatée par acte de défaut ne porterait pas intérêt et cette solution fut admise sans opposition par les Chambres.

On observera que la loi ne dit pas simplement que la créance constatée par l'acte de défaut ne porte pas d'intérêt. Cette disposition est ainsi conçue: „Le créancier ne peut réclamer au débiteur des intérêts pour la créance constatée par acte de défaut de biens." Doit-on inférer de la rédaction du texte légal que la créance d'intérêts demeure une obligation naturelle, celle-ci étant définie une obligation qui, pour des raisons spéciales, n'est pas exigible par voie d'action ou de poursuite?[41]) Dans une telle hypothèse, la dette d'intérêts pourrait être éteinte par compensation; le montant payé par erreur ne pourrait être répété. Mais une telle solution irait à l'encontre du but social de l'institution. Elle est donc exclue. Bien plus adéquat est le texte allemand, qui est rédigé en ce sens: „Le débiteur ne doit pas payer d'intérêts pour la dette constatée par acte de défaut de biens."

Seul le débiteur est libéré de la dette d'intérêts. „Le créancier ne peut réclamer au débiteur des intérêts." Par contre, les cautions, coobligés ou autres garants peuvent être tenus d'en payer.

La libération de la dette d'intérêts est donc un privilège éminemment personnel.

Ce peut paraître, à première vue, un paradoxe que les garants du débiteur puissent être tenus de payer des intérêts pour le recouvrement desquels le recours contre

[41]) von Tuhr, Allg. T. des OR § 4, p. 28.

le garanti leur est interdit par la loi. Mais cette disposition est justifiée tant au point de vue de la ratio legis qu'au point de vue technique. En effet, le législateur a voulu empêcher absolument que le créancier n'arrive par des moyens détournés à priver le débiteur du bénéfice qui lui est accordé par la loi. D'autre part, les délibérations du Conseil national sur le projet du 23 février 1886 indiquent quelle a été la méthode suivie pour conduire au résultat signalé. Le projet du Conseil fédéral comportait, comme on sait, l'application d'un intérêt de 5% l'an à la créance constatée par acte de défaut. La commission de rédaction avait proposé le texte suivant: „Le porteur d'une créance ainsi constatée ne peut pas en exiger des intérêts." Mais, si l'on parvenait de la sorte à libérer le débiteur de l'obligation de servir un intérêt au créancier, la question demeurerait ouverte de savoir si le garant conserverait à cet égard un droit de recours contre le débiteur. On arrivait à des solutions différentes, selon qu'on envisageait le droit de recours comme sui generis ou que, se conformant à la théorie du droit français, on le concevait comme un droit acquis par subrogation. Sur la proposition de M. Ruchonnet, la disposition contenue dans la 2e phrase du 4e alinéa de l'art. 149 fut votée. Le principe de la subrogation qui avait été introduit peu d'années auparavant dans le CO pour régir la situation à l'égard du débiteur du tiers qui paie pour le créancier[42]) fut appliqué au droit de recours contre le débiteur chargé d'actes de défaut de biens. Ainsi, le failli a le droit d'opposer aux garants les exceptions qu'il possède contre le créancier originaire; c'est dire qu'il peut se refuser à payer toute dette d'intérêt concernant les créances portées sur les actes de défaut de biens.

Nous admettons avec Blumenstein[43]) et Leemann[44]), que la libération des intérêts est un privilège éminemment

[42]) Cf. art. 126, 168, 504, 782 a. CO.
[43]) P. 503.
[44]) P. 56.

personnel et que, par conséquent, les héritiers du débiteur ne sauraient l'invoquer.

Jaeger[45]) déclare fort discutable une telle déduction. Il allègue à ce sujet diverses raisons que nous allons rapidement examiner.

a) M. Jaeger dit: „On ne saurait certainement pas prétendre — ce qui serait la conséquence de l'opinion ici combattue — que la succession répond des intérêts payés par les codébiteurs, etc.“ Nous objectons que si la succession était tenue de répondre des intérêts payés par les garants, ce ne serait pas une raison suffisante pour nier le caractère éminemment personnel de l'exception. Une telle solution pourrait se défendre.

Mais nous contestons que ce soit là une conséquence de l'opinion combattue par Jaeger. En effet, la succession n'est responsable que des dettes du défunt. Et comment ferait-on rentrer dans ces dettes le montant des intérêts acquittés par les garants, valeurs dont la loi libère absolument le débiteur et qui ne peuvent être consignées dans des actes de défaut de biens? C'est pourquoi nous sommes maintenant d'accord avec Jaeger sur ce point „qu'il faut reconnaître que la dette en question ne peut pas passer sur la tête des héritiers sous une autre forme que celle qu'elle revêtait à l'égard du de cujus.“

b) Jaeger constate en outre que la reconnaissance soudaine de l'obligation d'intérêt aurait une importance presque nulle puisque la dette ne peut être invoquée que pendant un an après l'ouverture de la succession.

A quoi nous répondons que la considération de l'importance véritablement secondaire de la valeur économique représentée par la créance d'intérêts ne constitue pas une raison suffisante pour que cette valeur soit privée de protection juridique. D'ailleurs, on conçoit parfaitement que la succession pourrait chercher à retarder le paiement de la dette constatée par acte de défaut. On ne voit pas pourquoi elle serait dispensée de payer un

[45]) Ad art. 149, rem. 7 a.

intérêt moratoire. Le but social qu'il s'agissait d'atteindre par la libération des intérêts en faveur du débiteur ne réclame plus la libération de cette dette en faveur des héritiers.

Comme nous l'avons montré ci-dessus, il y a entre la libération des intérêts et l'imprescriptibilité de la créance une liaison manifeste. Pourquoi s'étonner alors que la créance constatée par acte de défaut soit grevée d'un intérêt dès l'instant où elle devient prescriptible, c'est-à-dire dès l'adition d'hérédité?

§ 2. L'exception de défaut de retour à meilleure fortune.

L'art. 265, al. 2, statue qu'une nouvelle poursuite ne peut être requise (par le créancier porteur d'un acte de défaut de biens après faillite) que si le débiteur revient à meilleure fortune.

A. Qu'est-ce que la meilleure fortune?

La loi ne donne aucun renseignement précis sur la notion de la meilleure fortune. Aussi la doctrine et la jurisprudence se sont-elles appliquées à définir et à préciser ce concept.

Le premier point qui fit l'objet des controverses concernait la question de savoir si la poursuite pouvait être exécutée lorsqu'on se trouvait en présence d'un actif quelconque dans le patrimoine du débiteur ou bien s'il était nécessaire que l'on fût en face d'un actif net.

Mais il découle des principes qui ont présidé à l'institution de l'exception de défaut de retour à meilleure fortune, qu'on ne saurait considérer comme fortune les choses pouvant se trouver en possession du débiteur, abstraction faite des dettes nouvelles. Sinon, il serait impossible au failli d'acquérir quoi que ce soit; le failli ne pourrait bénéficier d'aucun crédit. On ne doit donc parler de nouvelle fortune que dans les cas où l'actif prime le passif. La nouvelle fortune ne peut être recher-

chée que dans l'actif net. L'unanimité de la doctrine et de la jurisprudence tend à s'établir sur ce point.[46])

Une deuxième question qui se pose est de savoir si les porteurs d'actes de défaut ne pourront faire valoir leurs créances que si le failli a reconstitué un capital ou s'il suffit, pour donner prise à l'action des créanciers munis d'actes de défaut, que le débiteur jouisse d'un revenu qui devrait normalement lui permettre de capitaliser.

Tandis que la plupart des auteurs se prononçaient en faveur du second point de l'alternative, le Tribunal fédéral[47]) précisait jadis que le revenu du débiteur ne pouvait être considéré comme meilleure fortune dans le sens de l'art. 265/1 tant qu'il n'avait pas été capitalisé. Mais, sous la pression de la jurisprudence de la plupart des cantons et sur l'insistance de la doctrine, le Tribunal fédéral en est arrivé à modifier sa propre jurisprudence. Et, dans l'arrêt récent, du 24 février 1927, dans l'affaire Kibbel[48]), il admet que le débiteur peut être contraint de s'exécuter si son revenu dépasse la somme nécessaire à son entretien et à celui de sa famille, si l'on peut inférer des circonstances qu'il a capitalisé une part de son revenu ou du moins, qu'en vivant normalement, il eût été en mesure de le faire.

B. Origine et fondement de l'exception.

„Le bienfait de la loi, dit l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 octobre 1909, dans la cause Müller c. Glauser[49]), doit être recherché dans le beneficium competentiae du droit commun, institution qui se reflète dans le premier projet de LP de l'année 1874 (art. 165). Tandis que les législations modernes en général ont admis soit le droit illimité de poursuite, soit la libération complète du failli

---

[46]) Cf. Jaeger, ad art. 265, rem. 8.
[47]) RO 25/1 n° 75.
[48]) RO 53/3, p. 25.
[49]) RO 35/2, p. 684.

à l'égard des créances non couvertes dans la faillite, et ceci par décision judiciaire (discharge), le droit suisse a tracé un chemin moyen en reprenant le beneficium competentiae et en lui donnant une existence nouvelle (Seuffert, Kohler, Leemann p. 92). Et à la vérité, dans la disposition positive de notre loi, le caractère personnel de l'exception n'a pas changé, en particulier cette exception n'est pas constituée de telle manière qu'elle puisse être invoquée contre les nouveaux créanciers."

Jaeger[50]) s'élève contre ces développements du Tribunal fédéral. Il est complètement inexact, affirme-t-il, que l'art. 265 ait repris le beneficium competentiae du droit commun. „Les art. 92 et 93, ainsi que l'art. 197, al. 1, veillent déjà à ce qu'on laisse au débiteur le strict nécessaire pour lui et les siens et c'est seulement sous cette forme-là que nous avons repris le beneficium competentiae du droit commun. Mais l'art. 265 va plus loin en ce qui concerne la liquidation par voie de faillite et tend à permettre au débiteur de se faire une nouvelle existence."

Mais est-il certain, comme le pense Jaeger, que les emprunts faits par notre législateur au beneficium competentiae se réduisent aux principes des art. 92, 93 et 197/1? Est-il certain que l'art. 265 n'a pas repris des éléments fondamentaux de l'institution du droit commun?

Sous l'empire de l'ancien droit romain, l'exécution était dirigée contre la personne, laquelle tombait en servitude aux mains du créancier et pouvait être vendue (trans Tiberim) ou même être mise à mort!

Le droit de vente ou de mise à mort ayant été aboli par la loi Poetelia, la contrainte par corps devint le mode normal d'exécution. Avec la personne du débiteur, tout le patrimoine de celui-ci tombait dans les mains du créancier. Le but de l'exécution ne consistait pas tant, comme aujourd'hui, à désintéresser le créancier qu'à punir le débiteur.

[50]) Ad art. 265, rem. 8.

C'est le préteur qui a introduit un nouveau régime d'exécution sous la forme de la missio in bona, c'est-à-dire de l'investiture des créanciers sur tout le patrimoine du débiteur. Un mandataire désigné par le groupe des créanciers vendait en bloc le patrimoine du débiteur. Et l'acquéreur versait aux créanciers, au prorata de leurs prétentions, le prix d'achat.

Ainsi, le débiteur perdait toute sa fortune; il était en outre taxé d'infamie.

Une loi Julia permit au débiteur, qui pouvait être exposé à l'exécution sur sa personne en vertu du droit civil ou à l'exécution sur son patrimoine en vertu du droit prétorien, d'exclure le choix du créancier en opérant la cession volontaire de ces biens (cessio bonorum). De cette manière, i évitait l'infamie et obtenait le beneficium competentiae.

Le beneficium competentiae est le droit pour le débiteur d'obtenir dans l'exécution le maintien en sa propriété de ce qui est indispensable à son existence. Le bénéficiaire ne peut plus être condamné, en raison de ses dettes anciennes, que in id quod facere potest (condemnetur in quantum facere potest, ne egeat).

Non seulement le beneficium competentiae était accordé aux débiteurs qui effectuaient la bonorum cessio. Il l'était aussi en faveur des soldats à l'égard de tous leurs créanciers; des fils de famille devenus sui juris, en ce qui concerne leurs dettes antérieures; des époux l'un à l'égard de l'autre; du patron à l'égard des affranchis des enfants envers leurs parents; du bénéficiaire d'une dot ou de celui qui pouvait prétendre à la restitution de la dot; des sociétaires à l'égard de leurs associés; en faveur aussi de celui qui avait fait une promesse de donation.[51]

[51]) Cf. surtout Girard, Droit romain, 6e éd. p. 1051, note 1 Exemple: l. 19 § 1 D. 42, 1: Is quoque qui ex causa donationis convenitur, in quantum facere potest condemnetur et quidem is solus deducto aere alieno; et inter eos, quibus ex simili causa pecunia debetur, occupantis potior erit causa. Immo ne totum quod habet extorquendum ei puto: sed et ipsius ratio habenda est, ne egeat. (Paulus libro sexto ad Plautium).

Il est essentiel de remarquer que le beneficium competentiae ne se réglait pas d'après l'état de la fortune brute, mais selon l'état de la fortune nette, abstraction faite des dettes qui pouvaient grever le patrimoine du débiteur: deducto aere alieno.

Cette disposition était donc de nature à amener le débiteur lourdement grevé à procéder à la bonorum cessio. Cependant, si le failli ne faisait pas cession de biens, il jouissait du beneficium competentiae, in id quod facere potest, durant l'année qui suivait la vente de son patrimoine.

Et la loi précise que le bénéfice de compétence concerne exclusivement les dettes antérieures à la faillite: ex ante gesto.[52])

Ainsi, nous trouvons dans l'institution du beneficium competentiae tous les éléments essentiels de l'exception de défaut de retour à meilleure fortune:

a) le traitement différent des dettes antérieures à la faillite et des dettes postérieures à la liquidation: ex ante gesto, in id quod facere potest;

b) la distinction entre le patrimoine brut et la fortune nette, déduction faite des dettes: in quantum facere potest condemnetur et quidem is solus deducto aere alieno;

c) la notion de biens nécessaires à la vie, notion générale à laquelle correspond mieux le principe de l'art. 265, al. 2, que l'énumération des art. 92 et 93.

Ainsi, contrairement à l'opinion de Jaeger, il n'est pas „complètement inexact" de dire avec le Tribunal fédéral, que l'art. 265 a repris le principe du beneficium competentiae du droit commun.

Donc, aucune exécution nouvelle ne peut être effectuée, sur la base de l'acte de défaut de biens après faillite, tant que le débiteur n'est pas revenu à meilleure fortune.

---

[52]) Cf. C 7, 75, de rev. his. 6. Girard, op. cit. p. 1051, note 1, et p. 1066, note 3.

Par contre, le créancier porteur d'un acte de défaut de biens après saisie peut, à tout moment, requérir une nouvelle exécution. Bien plus, dans les six mois qui suivent la réception de l'acte de défaut, il peut reprendre la poursuite sans requérir le commandement de payer.

Pourquoi cette différence de traitement? Pourquoi cette faveur accordée par la loi au failli?

C'est que la faillite a pour effet la liquidation totale des biens du débiteur. La fortune du failli est confisquée, puis réalisée, en sorte que, normalement, il ne demeure, après la faillite, aucun bien saisissable.[53])

En outre, dès le moment de la déclaration de faillite, le débiteur est privé de l'administration de son patrimoine, qui désormais incombe exclusivement à la masse; il est privé de tout moyen d'exercer une activité professionnelle à l'aide des avoirs qu'il possédait jusque là. Son crédit est ruiné par les publications officielles qui ont marqué toutes les phases de la liquidation.[54])

S'il est exact que des raisons d'équité justifient la protection accordée au failli, en ce sens qu'il ne pourra plus être poursuivi tant qu'il ne sera pas revenu à meilleure fortune, on peut se demander si le législateur n'aurait pas dû accorder aussi cette exception au débiteur saisi. Leemann[55]) n'hésite pas à affirmer que l'avantage accordé au débiteur failli, comparé à la situation faite au débiteur saisi, ne correspond pas à la justice: en effet, la saisie, aussi bien que la faillite, est de nature à provoquer une exécution générale par laquelle on enlève au débiteur non seulement tout ce qu'il possède, mais encore des valeurs patrimoniales qu'il n'acquerra que dans l'avenir (pr. ex. son salaire jusqu'à une année). Et l'auteur de conclure que, de même que le législateur a trouvé logique de supprimer les créances d'intérêts aussi bien pour les actes de défaut de biens après saisie que pour les actes de

[53]) RO 22/1 n° 64.

[54]) Cf. Brüstlein et Rambert, ad art. 265.

[55]) P. 96.

défaut de biens après faillite, il aurait dû étendre la restriction d'exécution ensuite de la faillite aux créances constatées dans les actes de défaut de biens après saisie, car le débiteur saisi a un intérêt aussi grand que le failli à reconstituer son existence économique et l'Etat a un intérêt égal au maintien de la situation indépendante de tous les particuliers.

Sans doute, l'analogie entre la condition du failli et celle du débiteur saisi peut être poussée assez loin. L'un et l'autre ont abandonné aux mains de leurs créanciers tous leurs biens connus qui ne sont pas mentionnés aux art. 92 et 93. Et les actes de défaut délivrés contre le débiteur saisi ont été portés à la connaissance du public par insertions dans la feuille officielle.

Cependant, le principe de la faillite emporte une rigueur que revêt rarement celui de la saisie. Dès le moment où la faillite est prononcée, l'exécution s'effectue au moyen d'une série de mesures implacables accomplies par une administration chargée de liquider simultanément la totalité des avoirs du débiteur. Il en est tout autrement de l'exécution par la voie de la saisie qui exige la participation du créancier à des actes successifs dont l'accomplissement dépend exclusivement de sa volonté. Le débiteur n'est livré dans la poursuite ordinaire qu'à la volonté individuelle du créancier; dans la faillite, il est aux prises avec la volonté collective qu'exprime la masse.

Les débiteurs soumis à la faillite sont, dans la règle, des personnes inscrites au Registre du commerce et dont l'activité est fondée pour une large part sur le crédit. Le crédit leur sera presque toujours nécessaire pour qu'ils puissent se constituer les moyens d'acquérir une nouvelle situation. Or, il est de l'intérêt des créanciers comme du débiteur de permettre à celui-ci de se relever de la faillite. En protégeant l'activité nouvelle du débiteur, la loi augmente les garanties accordées dans l'acte de défaut à l'ensemble des créanciers.

Ainsi, la protection spéciale du failli s'explique et se justifie quand bien même il est juste de relever qu'en des cas nombreux, une égale faveur serait méritée par le débiteur saisi.

Mais il importait seulement, pour notre sujet, que nous indiquions les motifs qui ont guidé le législateur, afin que nous puissions mieux noter les effets juridiques attachés au texte de la loi.

C. De la nature juridique de l'exception de défaut de retour à meilleure fortune.

La controverse qui se poursuit depuis des décades sur la nature juridique de l'exception de l'art. 265, al. 2, n'est pas près de s'épuiser. Les combattants restent sur leurs positions. Jaeger[56]) estime que la discussion a une importance pratique minime „car les règles relatives au caractère exécutoire d'une créance ne peuvent être considérées comme étant exclusivement des règles de procédure; elles ont le plus souvent aussi une influence sur le droit matériel.“ Cependant, il se prononce avec fermeté en faveur d'une opinion contre une autre opinion. Si nous croyons aussi que les divergences théoriques peuvent n'avoir pas toujours une importance décisive parce qu'en fin de compte la loi doit régler la pratique, nous sommes bien obligé de constater ici que les points de vue doctrinaux auxquels se placent les auteurs les conduisent, en l'absence de dispositions légales indiscutables, à des conclusions opposées. Il est donc nécessaire que nous prenions position. Mais il est certain que dans un domaine aussi complexe, dans un tel réseau de compromis, il n'est guère possible de fonder son opinion sur la pure doctrine; au contraire, la théorie apparaît comme une systématisation des postulats de l'équité dictés par les rapports sociaux.

Le Tribunal fédéral, après avoir affirmé[57]) que l'exception de l'art. 265/2 est une simple restriction de la

---

[56]) Ad art. 265, rem. 8.

[57]) RO 35/2, n° 88.

possibilité d'exécution des créances constatées par les actes de défaut de biens consécutifs à la faillite et non une restriction générale apportée à l'efficacité juridique de la prétention par laquelle toute forme d'exécution serait liée à la condition que le débiteur soit revenu à meilleure fortune, déclare[58]) qu'il s'agit d'une conception de droit civil s'opposant à la créance, exception qui peut être soulevée aussi lorsque le créancier fait valoir sa prétention sans recourir à la poursuite ordinaire.

Sans rejeter d'une façon formelle la notion de droit de procédure, le Tribunal fédéral s'inspire de la conception de droit matériel. Nous allons, à notre tour, éprouver les deux théories en examinant leur portée sur différentes situations juridiques qui ont fait l'objet de discussions nourries dans la doctrine et la jurisprudence.

a) L'exception de l'art. 265, al. 2 et la compensation.

L'art. 265, al. 2, dit qu'une nouvelle poursuite ne peut être requise que si le débiteur revient à meilleure fortune. On peut donc se demander si un créancier porteur d'un acte de défaut consécutif à la faillite peut compenser sa créance avec une dette qu'il a contractée à l'égard du débiteur après la première faillite?

Le texte de la loi est rédigé d'une manière inexacte. Une nouvelle poursuite peut toujours être requise par le créancier. Mais si cette poursuite est frappée d'opposition parce que le débiteur allègue qu'il n'est pas revenu à meilleure fortune, l'exécution ne peut être poursuivie tant que l'opposition n'a pas été levée par jugement.

Le législateur non seulement permet au créancier de requérir une nouvelle poursuite; il a même voulu le recours à un tel acte comme la procédure normale en vue d'une exécution postérieure à la faillite. Mais quelle est alors l'étendue qu'il a voulu donner à la protection dont il a assuré le débiteur?

---

[58]) RO 40/3, n° 88.

Si l'on admet avec Leemann[59]), Reichel[60]) et Blumenstein[61]) que l'exception de l'art. 265, al. 2, est de droit de procédure, on doit en déduire que le débiteur ne peut s'opposer à la compensation, celle-ci étant un mode d'exécution qui échappe aux dispositions de la LP.

Par contre, si l'on voit dans l'exception de défaut de retour à meilleure fortune une restriction de droit civil[62]), on défendra ce point de vue que „les créances contre le failli doivent être considérées comme étant subordonnées à une condition suspensive, en sorte qu'elles ne peuvent déployer d'effet tant que le débiteur n'est pas revenu à meilleure fortune.“[63]) En effet, seules les créances échues sont compensables. Or, la créance affectée de la condition de l'art. 265, al. 2, doit être considérée comme non échue si longtemps que le débiteur n'est pas revenu à meilleure fortune.

Le Tribunal fédéral n'a pas été appelé à prendre position sur cet objet; son opinion serait d'une très grande portée sur tous les problèmes soulevés par l'art. 265. Nous devons donc nous déterminer sur la base des éléments fournis par la doctrine et par la jurisprudence cantonale.

Le but de l'institution de l'art. 265, al. 2, et de permettre au failli de se refaire une situation. A cet effet, le législateur s'est opposé à ce que les créanciers porteurs d'actes de défaut poursuivissent l'exécution de leur prétention tant que le débiteur ne serait pas revenu à meilleure fortune. Or, on est obligé de reconnaître qu'une protection efficace du débiteur exclut la possibilité de faire valoir par la compensation une créance constatée par acte de défaut de biens. Rien ne serait

---

[59]) P. 107.

[60]) Ad art. 265, n° 5.

[61]) P. 819.

[62]) Cf. Jaeger, ad art. 265, rem. 8.

[63]) Cf. Trib. cant. vaud. 1 juin 1915, in schw. J.Z. XII n° 68, p. 97.

si démoralisant pour le débiteur qui cherche à se procurer du crédit et à se créer une base économique nécessaire à l'exercice de sa profession, que de se voir frustré par une voie détournée des moyens de défense qui lui sont accordés par la loi. Le Tribunal cantonal vaudois, fait à ce sujet, dans l'arrêt que nous avons cité, ces justes remarques: „Le but de l'art. 265, al. 2, est non seulement de mettre le failli pour un temps à l'abri des tracasseries de ses créanciers, mais encore de lui permettre de se procurer un nouveau crédit. Ce but humanitaire serait manqué s'il était possible à des débiteurs de ce failli de se faire céder, peut-être à vil prix, des actes de défaut de biens et d'opposer ainsi la compensation aux réclamations de celui-ci."

Ainsi, le but recherché par le législateur, qui est de favoriser le relèvement économique du débiteur, s'oppose à la compensation de la créance constatée par acte de défaut de biens avec une dette postérieure à la faillite, tant que le débiteur n'est pas revenu à meilleure fortune.

b) La condition des créanciers porteurs d'actes de défaut dans une nouvelle exécution.

La meilleure fortune est constituée par le patrimoine actif du débiteur qui demeure après défalcation des dettes. Tant que l'actif ne dépasse pas le passif, tant qu'il n'y a pas d'actif net, il n'y a pas de meilleure fortune au sens de l'art. 265, al. 2.

Le plus souvent, la réalisation des biens du débiteur fait constater un passif. Il en est surtout ainsi lorsque le débiteur a subi une première fois l'exécution par la voie de la faillite.

La discussion porte ici sur le point de savoir si les créanciers porteurs d'actes de défaut de biens après faillite ont le droit de participer à une nouvelle exécution au même titre que les créanciers nouveaux, ou s'ils ne peuvent être désintéressés que sur l'actif éventuel de la liquidation.

Les auteurs qui voient dans la disposition de l'art. 265, al. 2, une exception de droit matériel, s'opposent à toute participation des créanciers porteurs d'acte de défaut dans une liquidation postérieure, tant qu'il n'y a pas d'actif net. Par contre, ceux qui voient dans cette exception une restriction qui ressortit exclusivement au droit de poursuite et qui revêt le caractère d'une faculté purement personnelle, acceptent de mettre les créances constatées par acte de défaut sur le même pied que les créances nouvelles.

1. Les premiers partent de ce point de vue que les créances constatées par actes de défaut consécutifs à la faillite sont affectées d'une condition qui est le retour à meilleure fortune, et que cette condition tient la créance en échec jusqu'au moment où l'actif du débiteur l'emporte sur le passif. Si donc la liquidation des biens du débiteur boucle par un nouveau passif, les créanciers porteurs d'actes de défaut ne pourront pas participer à la répartition. Par contre si, par extraordinaire, on se trouve en présence d'un solde actif, après que tous les nouveaux créanciers ont été désintéressés, les créanciers porteurs d'actes de défaut recevront en partage cette „nouvelle fortune".[64]) Les auteurs qui soutiennent cette opinion et les tribunaux qui les suivent apportent à l'appui de leur construction doctrinale diverses considérations d'équité.

2. Lorsque la faillite a effectué la liquidation du patrimoine entier du débiteur, les créanciers porteurs d'actes de défaut n'ont plus aucune contrepartie de leurs prétentions dans les biens du failli. Le débiteur qui est soumis à une nouvelle liquidation a nécessairement travaillé grâce au crédit qui lui a été accordé par les nouveaux créanciers. Il est juste que ceux-ci soient tout d'abord payés, puisque c'est à leur fait que le débiteur doit pour une grande part son nouveau patrimoine.

---

[64]) Cf. Jaeger, ad art. 265, rem. 8, Brüstlein, in A. III, 142; A. X. 17 (Zug) i. SGKG 1921, n° 16.

3. D'autre part, l'admission des créanciers porteurs d'actes de défaut après faillite dans le même rang que les nouveaux créanciers, se heurterait à de grosses difficultés. Les créanciers anciens ne pourraient faire valoir directement leurs prétentions tant que le débiteur ne s'est pas refait une situation. Mais, supposons qu'un failli soit, dans une poursuite nouvelle, saisi pour une valeur minime à un moment où il se trouve démuni de numéraire. Tous les porteurs d'actes de défaut de biens auraient le droit de se précipiter sur le débiteur pour participer à la saisie et entraîner ainsi une nouvelle exécution totale? Une telle conséquence serait en contradiction avec l'idée de protection du débiteur qui est à la base de l'art. 265, al. 2.

Mais on peut, en professant le caractère de droit de poursuite de l'exception, opposer à ces vues les arguments que voici:

1. Le Tribunal fédéral, dans son arrêt Müller c. Glauser du 21 octobre 1909[65]), s'oppose à tout privilège en faveur des nouveaux créanciers. „Du but de la disposition, dit-il, qui prévoit que le débiteur ne peut être recherché pour une dette constituée dans un acte de défaut de biens que pour autant qu'il est revenu à meilleure fortune, on ne doit pas faire des déductions qui dépassent le mode selon lequel la loi cherche à atteindre ce résultat. Et lorsque la loi donne au débiteur la possibilité de se défendre contre ses anciens créanciers, et ceci pour lui faciliter son relèvement de la faillite, il ne s'ensuit pas nécessairement que les nouveaux créanciers, qui savaient qu'ils avaient affaire à un failli, puissent prétendre dans une seconde faillite à un privilège sur certaines parties du patrimoine du failli. A une interprétation aussi large du but de la disposition, s'oppose cette considération qu'il est établi par la déclaration de faillite que le but, auquel doit servir le privilège, ne peut être atteint."

[65]) RO 35/2, n° 88.

Ainsi, le débiteur doit mettre à profit l'avantage que lui accorde la loi en prévenant désormais toute réalisation. Dès le moment où il permet à ses créanciers d'intenter avec succès de nouvelles poursuites, il renonce pratiquement à se refaire une situation. Et il perd le bénéfice de l'art. 265, al. 2.

L'exception de défaut de retour à meilleure fortune a été instituée au profit du débiteur et uniquement pour lui permettre de se reconstituer un patrimoine. Les nouveaux créanciers n'ont aucun droit de l'invoquer en leur faveur. Aucun système d'interprétation ne pourrait permettre de transformer une disposition favorable au débiteur en une institution au profit d'un groupe de créanciers.

2. S'il est exact que dans bien des cas les anciens créanciers n'ont aucune contrepartie matérielle dans le patrimoine du débiteur après la liquidation de la première faillite, il faut reconnaître que la prétention d'un créancier pourra presque toujours être fondée sur l'activité économique du débiteur. Les créanciers porteurs d'actes de défaut, s'ils n'ont pas contribué directement à la formation du nouveau patrimoine du débiteur, pourront toutefois se désintéresser sur le produit de son industrie sans que l'équité soit violée de ce fait.

Mais, d'autre part, il peut se produire des situations où l'interprétation de l'exception de défaut de retour à meilleure fortune dans le sens de notion de droit matériel peut conduire à de violentes injustices. Imaginons un commerçant qui, à la suite d'une circonstance fortuite, a été déclaré en faillite. Des actes de défaut ont été délivrés à ses créanciers pour la somme de 50,000.— francs. Grâce à ses capacités professionnelles et à la confiance dont il jouit, il a obtenu les crédits qui lui permettront de se relever de sa carence. Il doit à ses prêteurs une somme de frs 50,000.—. Or, voici qu'il bénéficie d'une donation, d'un héritage de frs 40,000.—. Les nouveaux créanciers pourraient engager des poursuites pour rentrer

dans leurs fonds; et les créanciers porteurs d'actes de défaut n'auraient pas le droit de s'y joindre?

Autre exemple: Un failli entreprend une activité non commerciale. Nouveaux insuccès et nouveaux actes de défaut de biens. Il tente maintenant de faire fortune dans une autre branche, en s'inscrivant au Registre du commerce. Au bout de quelques années, il est derechef déclaré en faillite. Les nouveaux créanciers, les créanciers porteurs d'actes de défaut après saisie auraient le droit d'intervenir dans la liquidation, mais non les créanciers qui ont reçu des actes de défaut dans la première faillite?

Ainsi l'argument d'équité peut se retourner souvent contre la thèse qui veut faire de l'exception de l'art. 265 une condition de droit matériel.

3. Nous reconnaissons que, dans certains cas, il peut être très dur pour le débiteur de voir les créanciers munis d'actes de défaut participer à une saisie provoquée par un nouveau créancier. Mais il est dur aussi pour un débiteur obéré qui réussirait bientôt à assurer l'équilibre de ses affaires, de se voir déclarer en faillite à l'occasion d'une poursuite engagée par un créancier impatient dont la prétention est d'ailleurs minime. La protection de l'art. 265, al. 2, est accordée au débiteur aussi longtemps qu'il réussit à faire face à ses nouvelles obligations. Il appartient au débiteur d'agir avec prudence et habileté. Mais le législateur ne pourrait, même en se lançant dans une casuistique complexe et subtile, tenir compte de toutes les situations particulières qui seraient dignes d'un bienfait particulier de l'ordre juridique.

Nous nous rangeons donc sur ce point à l'opinion professée par Leemann[66]) et par Blumenstein[67]) et acceptons les déductions que ces auteurs tirent du caractère de droit de procédure et de droit personnel de l'exception de défaut de retour à meilleure fortune.

---

[66]) P. 107.
[67]) P. 820.

c) La condition des créanciers porteurs d'actes de défaut dans le concordat.

Le concordat est un mode d'exécution destiné à favoriser le débiteur honnête mais insolvable. Il permet au débiteur d'échapper à la liquidation complète de son patrimoine et le libère de la portion de ses dettes qui n'est pas couverte par le dividende homologué. Ainsi, le montant des créances qui n'a pas été couvert ne sera point représenté par des actes de défaut, mais les créanciers l'abandonneront d'une manière définitive. Le but du concordat est donc de donner satisfaction aux créanciers autant que les facultés du débiteur le permettent, mais en même temps de faire une situation nette à l'égard du passé. En instituant cette procédure adoucie en faveur du débiteur, la loi prend des dispositions qui permettent de sauvegarder aussi d'une manière efficace les intérêts des créanciers, en sorte que ceux-ci verront souvent dans le concordat la meilleure protection de leurs droits.

La question controversée qui nous occupe ici est de savoir si les créanciers porteurs d'actes de défaut après faillite peuvent concourir avec les nouveaux créanciers dans un concordat.

Il résulte des développements que nous avons donnés ci-dessus concernant la nature de la protection accordée par l'art. 265 au failli que l'exception de défaut de retour à meilleure fortune a été instituée uniquement en sa faveur. Si donc le débiteur contre qui des actes de défaut ont été délivrés après une première faillite sollicite un concordat, il reconnaît qu'il n'a pas réussi à se faire une nouvelle fortune. L'exécution à laquelle il se soumet pour échapper aux rigueurs de la saisie ou de la faillite constitue la preuve absolue que la protection de l'art. 265, al. 2, n'a plus sa raison d'être et, par suite, que le débiteur ne saurait lui faire déployer des effets.

Aussi pensons-nous que les créanciers dont parlent les art. 300 et ss. sont tous les créanciers, tant ceux por-

teurs d'actes de défaut après faillite, que les nouveaux créanciers.

C'est dans ce sens que s'est prononcé le Tribunal fédéral dans son arrêt du 21 octobre 1909 en la cause Müller c. Glauser[68]) en renvoyant à l'arrêt Brugger-Prior de l'autorité bernoise de surveillance[69]) lequel prononce que l'exception de défaut de retour à meilleure fortune ne peut être opposée qu'au cas d'une réquisition de poursuite et que, d'ailleurs, l'exception de l'art. 265, al. 2, est instituée en faveur du débiteur et non des nouveaux créanciers. Leemann[70]) et Blumenstein[71]) adoptent la même manière de voir.

Par contre, Jaeger[72]) et les auteurs qu'il cite se prononcent pour la division du patrimoine du débiteur et pour l'acceptation des créanciers porteurs d'actes de défaut dans un concordat dans le cas seulement où il resterait un solde actif après que toute satisfaction aurait été donnée aux nouveaux créanciers. Jaeger part de l'idée que „les créanciers porteurs d'actes de défaut ne sauraient être frustrés des droits qu'ils tiennent des art. 149 et 265, par un concordat conclu avec de nouveaux créanciers, s'ils n'ont pas expressément adhéré à ce concordat . . . La procédure concordataire apporte la preuve que le nouveau passif excède le nouvel actif et que, par conséquent, le débiteur n'est pas revenu à meilleure fortune au sens de l'art. 265; c'est dès lors violer directement dans son esprit la disposition de l'art. 265 que de prescrire que les anciennes dettes doivent néanmoins être prises en considération, alors même qu'elles ont déjà donné lieu à une liquidation générale."

Ainsi, Jaeger, qui voit dans la disposition de l'art. 265, al. 2, une exception de droit matériel, développe son argu-

---

[68]) RO 35/2, n° 88.
[69]) ZbJV 36, p. 208.
[70]) P. 133.
[71]) P. 820.
[72]) Ad art. 293, rem. 1.

mentation en plaidant le bénéfice de cette exception non en faveur du débiteur, mais en faveur d'un groupe de créanciers, ce qui manque de fondement légal. Mais Jaeger, qui prétend que les créanciers porteurs d'actes de défaut ne sauraient intervenir dans une liquidation postérieure des avoirs du débiteur si celui-ci n'est pas revenu à meilleure fortune, n'est pas logique avec lui-même lorsqu'il reconnaît que les créanciers porteurs d'actes de défaut après faillite seraient liés par le concordat s'ils y avaient expressément adhéré. En fait, il sera bien rare de voir les porteurs d'actes de défaut chercher à échapper à un concordat accepté par les nouveaux créanciers.

Quant à la prétendue injustice qu'il y aurait à mettre les nouveaux créanciers sur le même pied que les anciens, nous répondons, en ajoutant à cette considération déjà énoncée que l'exception de l'art. 265, al. 2, est destinée à protéger uniquement le débiteur, que l'autorité concordataire aurait le droit de refuser l'homologation d'un concordat entaché d'un acte déloyal au détriment des créanciers.[73])

Les divers groupes d'intéressés sont donc suffisamment protégés pour qu'on puisse admettre que le double but du concordat qui est de favoriser tant le débiteur que les créanciers est bien mieux atteint par la participation de tous les créanciers au même concordat que par une double répartition des avoirs du débiteur.

En sorte qu'il nous paraît ici aussi plus juste de voir dans l'exception de défaut de retour à meilleure fortune une restriction de nature personnelle qu'une condition de droit matériel.

Ainsi la solution, que nous avons adoptée dans le cas de la compensation nous rapprocherait de la conception qui fait de l'exception de l'art. 265, al. 2, une con-

[73]) Cf. art. 306.

dition de droit matériel à laquelle serait liée l'existence de la créance. Mais la manière dont nous envisageons la situation des créanciers porteurs d'actes de défaut de biens après faillite à l'occasion d'une nouvelle exécution ou d'un concordat nous éloigne résolument de cette thèse. Ni l'une ni l'autre des deux théories ne nous donne entière satisfaction; ni l'une ni l'autre n'assure la protection du débiteur telle qu'elle est promise par la loi.

Nous conclurons donc que l'exception de défaut de retour à meilleure fortune n'est ni une norme de droit matériel ni une simple règle de procédure. Elle est spécifiquement une disposition de droit de poursuite, déployant ici des effets de droit matériel, là des effets de procédure, accordant au failli un privilège éminemment personnel en vue de favoriser son relèvement. Cette exception cesse d'être applicable lorsque le débiteur, étant soumis à une nouvelle liquidation de son patrimoine, n'est plus dans les conditions qui ont justifié une protection spéciale de ses droits.

CHAPITRE V.

Conclusions.

L'acte de défaut de biens est un acte de droit des poursuites qui constitue l'attestation officielle du fait que la réalisation des biens du débiteur n'a pas suffi à désintéresser le créancier. Il n'a pas pour effet de nover en un nouveau titre ni de constituer en une obligation différente la créance originaire. Mais, en fixant le montant découvert, il confirme le rapport juridique de base et le munit de propriétés diverses soit en faveur du créancier, en vue de faciliter l'exécution future, soit en faveur du débiteur, afin de le protéger contre la rigueur des avantages accordés au créancier.

Parmi ces attributs, il en est qui sont strictement de droit de poursuite: la légitimation à requérir le séquestre, à ouvrir l'action révocatoire.

Les autres propriétés de l'acte de défaut ont des effets complexes de droit de procédure et de droit matériel:

a) L'acte de défaut portant la mention selon laquelle le débiteur a reconnu la dette, vaut comme reconnaissance de dette dans la procédure de main-levée. Dans l'action en libération de dette, il constitue une présomption de l'existence de la dette, mais ne modifie pas la répartition du fardeau de la preuve.

b) L'acte de défaut rend la créance imprescriptible contre le débiteur, mais non contre les garants et coobligés; à l'égard des héritiers du débiteur, la créance est soumise à la prescription, non à la déchéance, et elle tombe si aucun acte de poursuite n'est accompli dans l'année de l'adition d'hérédité. L'imprescriptibilité est donc une charge purement personnelle du débiteur.

c) Le débiteur est libéré de toute dette d'intérêt à l'égard de la créance constatée dans l'acte de défaut. Par contre, les garants, coobligés et héritiers du débiteur ne sauraient bénéficier de cette exception spéciale et personnelle accordée au débiteur en carence.

d) Le débiteur failli peut s'opposer à toute exécution nouvelle fondée sur un acte de défaut consécutif à la faillite tant qu'il n'est pas revenu à meilleure fortune, c'est-à-dire tant que son actif ne dépasse pas ses dettes nouvelles ou tant qu'il ne possède pas un revenu qui lui permette de capitaliser. L'exception dont il dispose est un droit de poursuite éminemment personnel, opposable à toute poursuite et à toute action, mais qui cesse d'être applicable si le débiteur est soumis à une nouvelle exécution.