

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: 51 (1932)

Artikel: La révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite

Autor: Carry, P.

DOI: <https://doi.org/10.5169/seals-896439>

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: 05.01.2026

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

La révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite.

Par P. Carry, professeur à l'Université de Genève.

TABLE DES MATIÈRES.

Avant-propos	374a
Introduction	375a
I. La révision de la LP au point de vue formel	388a
II. LA LP dans ses rapports avec le droit civil et la pro- cédure	392a
A. La LP et le droit civil	392a
I. Généralités	392a
II. La poursuite contre la femme mariée	395a
III. L'adjudication	403a
IV. L'adaptation de la LP au droit civil	406a
B. La LP et la procédure civile	417a
III. Organisation	424a
IV. Le système des voies d'exécution	433a
A. Généralités	433a
B. L'extension de la faillite aux non-commerçants	437a
C. Les conséquences de la faillite généralisée	461a
V. L'exécution individuelle	467a
A. La poursuite en réalisation de gage	467a
B. Les différentes procédures d'exécution	471a
I. Exécution sur les choses mobilières	472a
II. Exécution sur les immeubles	476a
III. Exécution sur les créances et autres droits	482a
C. La durée de la procédure	487a
D. La revendication mobilière	489a
IV. La faillite	492a
A. La déclaration de la faillite	492a
B. L'administration de la faillite	495a

VII. Le concordat	503a
A. Le concordat par abandon d'actif	503a
B. Problèmes relatifs à l'octroi du sursis concordataire et à l'homologation du concordat	515a
C. Problèmes relatifs à la procédure de concordat	532a
VIII. Thèses	540a

A b r é v i a t i o n s.

Archives	= Archives de la poursuite pour dettes et de la faillite.
ATF	= Arrêts du Tribunal fédéral, recueil officiel.
D.Zw.V.G.	= Deutsche Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung, du 24 mars 1897.
EO autr.	= Exekutionsordnung autrichienne du 27 mai 1896.
F.féd.	= Feuille fédérale.
J.d.T.	= Journal des Tribunaux.
KO all., autr.	= Konkursordnung allemande du 20 mai 1898; autrichienne du 10 décembre 1914.
LP	= Loi sur la poursuite pour dettes et la faillite.
Prog. CPC	= Progetto di Codice di procedura civile. Roma 1926.
Proj. ZPO	= Projekt de Zivilprozessordnung allemande. Berlin 1931.
S.J.	= Semaine judiciaire.
S.J.Z.	= Schweizerische Juristen-Zeitung.
Z.B.J.V.	= Zeitschrift des bernischen Juristen-Vereins.
Z.S.R.	= Zeitschrift für schweizerisches Recht.

Avant-propos.

Le présent rapport n'a pas pour objet d'étudier toutes les questions que pose la révision de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite; il se borne à quelques problèmes fondamentaux. Toutefois, certaines raisons particulières nous ont conduit à aborder quelques sujets plus spéciaux, comme par exemple la poursuite contre la femme mariée, qui fait actuellement l'objet d'une révision partielle. Il en résulte un certain déséquilibre, dont nous avons pleinement conscience. L'intérêt suscité, à l'heure actuelle, par les problèmes qui touchent au concordat,

nous a engagé à leur consacrer un chapitre spécial; comme les réformes que nous proposons ne tendent pas toujours à une „simplification“ de la loi, nous avons estimé préférable d'intituler cette étude: „La révision de la LP.“ Nous avons pris comme base de notre travail les remarquables articles que Mr. Haab a consacrés à ces questions dans la *Zeitschrift für schweizerisches Recht* en 1925 et 1928. Nous nous sommes efforcé de suivre le même plan que notre corapporteur, dans l'idée que la discussion, à l'assemblée, en serait facilitée. Quelques solutions ici proposées ont été le fruit de nos délibérations communes. Qu'il nous soit permis d'exprimer à Mr. Haab toute notre reconnaissance pour le profit personnel que nous avons retiré de nos longs et intéressants entretiens, à Bâle. Nos remerciements vont également à Mr. Briquet, préposé aux Offices des poursuites et des faillites de Genève, qui a bien voulu, sur quelques questions, nous faire profiter de son expérience.

Introduction.

„Il est difficile qu'un système législatif sur les faillites ne soulève pas de vives réclamations. La nature des choses le veut ainsi: il s'agit de concilier des intérêts très divers, parfois même opposés, les intérêts du failli et ceux du créancier sans négliger les exigences de l'ordre public. De quelque façon que le législateur s'y prenne, il y a toujours des victimes d'événements de ce genre; elles ne manquent pas de rendre la loi responsable de leurs maux.“¹⁾

Ces lignes de Lyon-Caen et Renault s'appliquent indiscutablement à tous les pays et nous n'éprouvons aucune surprise à constater que notre loi sur la poursuite pour dettes et la faillite est certainement, dans l'arsenal des lois fédérales, l'une des plus vivement critiquées.

¹⁾ Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, 4ème éd. VII p. 17.

„Une loi de faillite — dit encore Thaller — quelque valeur qu'elle présente, laissera toujours plus à reprendre que les lois concernant les autres parties du droit. Un instrument complexe est délicat: son rôle étant de réaliser des fonctions multiples, il suffit de la faiblesse d'un organe pour empêcher l'équilibre général de s'établir. L'esprit cherchant à se représenter le développement d'une faillite et le but à atteindre est effrayé des proportions du cadre. Quelle sera donc l'impression des hommes de loi chargés du périlleux honneur de remplir ce cadre au moyen de textes précis et de règles homogènes?“²⁾

La difficulté de la tâche est certainement considérable; si la procédure d'exécution „est empreinte d'une trop grande dureté, elle risque de porter au débiteur un coup dont il ne se relèvera plus; si elle est trop indulgente, elle favorisera les fraudes et les détournements“.

„Si elle est longue et coûteuse elle décourage les créanciers . . . Si elle est expéditive c'est qu'elle a commencé à jeter bas les garanties dont elle était d'abord entourée, et les fraudes renaissent.“³⁾

„Pour qu'une loi de poursuite pour dettes soit bonne, il faut qu'elle tienne une juste balance entre les droits du créancier et ceux du débiteur, il faut qu'elle prenne en considération les nécessités du crédit et qu'elle contienne des dispositions garantissant l'ordre public et la bonne foi. En outre, une loi sur les poursuites doit être claire, ne se prêtant pas à des contestations oiseuses, rapide dans l'exécution et n'entraînant pas trop de frais. Comme on le voit, rédiger une loi sur les poursuites, n'est pas un travail facile dans quel pays que ce soit . . .“⁴⁾

²⁾ Thaller, Des faillites en droit comparé, 1887, I p. 4—5.

³⁾ Thaller, I p. 5: „Il s'agit de pourvoir à deux intérêts bien distincts, à l'intérêt des créanciers qui désirent sauver du naufrage les plus grosses épaves et à celui du débiteur, dont les forces agissantes ne doivent pas demeurer trop longtemps sous séquestre.“

⁴⁾ de Seigneux, De la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, Fribourg 1876, p. 14.

C'est la nécessité de concilier ces intérêts divergents, de conserver une juste mesure et de se tenir toujours à égale distance des extrêmes, qui constitue pour le législateur l'immense difficulté de toute procédure d'exécution, et cela, dans tous les pays du monde.⁵⁾

Il est rare, au surplus, qu'une procédure d'exécution ne touche pas directement ou indirectement aux droits de tierces personnes; le législateur doit donc veiller à ce que ces droits ne soient pas lésés. Nous aurons l'occasion d'examiner, au cours du présent rapport, certaines situations où la protection de ces droits pose des problèmes délicats. Ex: droits du mari dans la poursuite contre la femme mariée; droits du tiers qui revendique un droit de propriété ou de gage sur un objet saisi etc. . . .

Le législateur ne peut enfin faire abstraction des répercussions qu'une loi d'exécution peut avoir sur l'économie générale et la morale sociale⁶⁾.

„Le créancier et le débiteur ne sont pas seuls touchés par la forme que revêt l'exécution forcée mais aussi, d'une façon notable, l'économie générale elle-même — et cela surtout à une époque de pénurie de capital. Cette économie souffrira, si l'exécution forcée manque son but, si de mau-

⁵⁾ „Prüft man die beiden Vorwürfe (insuffisance de la protection du créancier, trop grande rigueur à l'égard du débiteur) auf ihre Berechtigung, so liegt es zunächst in der Natur der Sache, dass keine Vollstreckungsverordnung ungeteilten Beifall finden kann; denn die Ausübung des Zwangs ist immer hart und bleibt, selbst wenn sie zum Ziele führt, doch immer nur ein misslicher Ersatz für die freiwillige Leistung. Die Aufgabe einer Vollstreckungsordnung kann daher lediglich darin bestehen, aus der unbefriedigenden Sachlage, deren Regelung ihr obliegt, den bestmöglichen Ausweg zu finden und die unvermeidlichen Nachteile und Schäden auf ein erträgliches Mass herabzumindern.“ (Projet ZPO all. Erl., p. 400.)

⁶⁾ „In all dem tritt sichtlich die Überzeugung zutage, dass die Vollstreckungsordnung allgemeinwirtschaftlichen und gemeinschaftsethischen Gesichtspunkten in höherem Masse Rechnung tragen müsse, als es früher geboten erschienen war.“ (Projet ZPO all. Erl. p. 401.)

vaies habitudes de paiement s'acclimatent, si des gaspillages de valeur se produisent, si des débâcles évitables ne sont pas évitées“.⁷⁾

Si notre loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, subissant la règle générale, s'est attirée de nombreuses critiques depuis son entrée en vigueur, il serait profondément injuste de ne pas rendre hommage à l'effort considérable qu'elle représente. En 1895, dans une conférence faite à la réunion des vétérans de la Société suisse des voyageurs de commerce, Brustlein déclarait:

„Je crois qu'il est advenu de cette loi ce qui advient de toute oeuvre humaine. A l'enthousiasme de la lutte a succédé le calme et la critique impartiale a repris le dessus. Mais si elle a réussi à vaincre sur certains points, elle reste impuissante à contester les grands progrès que la loi a réalisés. Je compte au nombre de ceux-là: la réduction des frais de poursuite et de faillite (qui s'évaluent à un demi million de francs par an), la surveillance plus efficace exercée surtout dans les cantons qui ont formé de grands arrondissements de poursuite et qui donnent aux fonctionnaires des traitements fixes, la possibilité d'exercer les poursuites directement dans tout le territoire de la Suisse, rendant l'intervention d'intermédiaires nécessaire dans des circonstances exceptionnelles seulement.“⁸⁾

Ces paroles constituent un juste hommage à la loi de 1889 et il n'était peut-être pas superflu de les citer au début d'un travail qui va proposer quelques modifications assez profondes au régime actuellement en vigueur⁹⁾.

⁷⁾ Projet ZPO all. Erl. p. 405.

⁸⁾ Archives IV p. 379: La LP à la lumière de l'expérience.

⁹⁾ Extrait d'un rapport de l'Office des poursuites du canton de Genève: „En somme, la loi fédérale sur les poursuites a répondu, à Genève, aux espérances de ses partisans. Elle a profité surtout au petit commerce, à la petite industrie, aux créanciers de sommes minimales. L'économie sur les frais a été considérable. On l'évalue, pour une seule année, à cinq cent mille francs au bas mot.“ Archives I p. 160.

On rappelle volontiers que cette loi n'a échappé que de justesse à la condamnation du verdict populaire: 244,317 „oui“ contre 217,921 „non“. Faut-il s'en étonner? Tout effort d'unification législative se heurte, chez nous, à de solides résistances, inspirées par un cantonalisme farouche. Si l'on peut parfois s'en féliciter, il y a, par contre, des circonstances où cet esprit particulariste est hors de propos. Ce qui est certain, c'est qu'une oeuvre de centralisation, qui bouleverse 25 législations différentes, ne peut être réalisée sans que des susceptibilités ne soient froissées et des habitudes gênées. D'où une force d'opposition qui, au moment du vote, suscite de nombreux „Neinsäger“. Cela ne prouve rien contre la valeur de l'oeuvre elle-même.

Quand on songe aux difficultés qu'a dû surmonter le législateur suisse, pour faire une loi uniforme, acceptable par l'ensemble du pays, on ne peut qu'être émerveillé du résultat auquel il a abouti¹⁰⁾. Thaller écrivait en 1887 — soit deux ans avant le vote populaire: „Quand on parcourt les législations des divers cantons suisses et qu'on cherche à comprendre comment ils ont sanctionné le droit de poursuite, on éprouve une surprise qui va grandissant, un étonnement dont les Suisses eux-mêmes ne se cachent pas. On se croirait en face de pratiques d'une autre époque, car il n'existe point dans le reste de l'Europe un seul Etat où la saisie soit réglée d'une manière aussi originale et aussi diverse. „C'est une institution,

¹⁰⁾ de Seigneux, p. 14: „Rédiger une loi sur les poursuites n'est pas un travail facile dans quel pays que ce soit: à plus forte raison en Suisse. La Confédération est, en effet, composée d'éléments bien distincts, réunis entre eux dans un commun intérêt, mais qui ont conservé dans leurs moeurs, leurs traditions, leurs législations le cachet distinctif appartenant à des races différentes. Ajoutez à cela, la différence des langues, la difficulté souvent insoluble de concevoir et de comprendre de la même manière tel terme, telle expression ou telle idée juridique, et il sera facile d'apprécier l'aridité d'un pareil travail.“

écrit Mr. de Wyss, qui fera hausser les épaules à tout jurisconsulte qui ne l'a pas vue fonctionner de ses propres yeux dès sa jeunesse.“ „Et, dit encore Heusler, de canton à canton, la bizarrerie est telle qu'on ne saurait trouver deux législations concordantes“ . . . „Chaque fois qu'on a cherché à généraliser les principes suivis au nord et au sud, à l'est et à l'ouest, dans les cantons allemands, romands, italiens, de manière à prendre aux uns et aux autres tel élément du système fédéral et à ne froisser personne on s'est heurté à une véritable impossibilité“. ¹¹⁾

A cela s'ajoute que la tâche du législateur était encore singulièrement compliquée par le fait qu'elle ne pouvait pas s'appuyer sur un droit de procédure et un droit civil unifiés. Thaller allait même jusqu'à affirmer „qu'une loi de faillite construite en dehors d'une conception d'ensemble sur la hiérarchie judiciaire et sur le rituel processif, cela a tout l'air d'un édifice bâti en l'air et sans fondation.“ Il faut reconnaître que cette vue pessimiste s'est révélée mal fondée.

Comment s'étonner dès lors qu'une telle loi, édiflée dans des conditions aussi anormales et défavorables, présente des faiblesses, des obscurités ou des lacunes? Comme toute loi de „compromis“ elle n'apporte pas toujours aux problèmes posés une solution objectivement fondée; les concessions à accorder au particularisme, la crainte de blesser les „susceptibilités autonomes“ des cantons n'ont pas toujours permis au législateur de faire oeuvre indépendante et libre de toute préoccupation étrangère au but à atteindre.

Les vicissitudes mêmes de la loi montrent les difficultés qu'il fallut surmonter pour aboutir à un texte susceptible de recueillir l'adhésion de la majorité des électeurs. Il n'est pas dans notre intention de refaire ici l'his-

¹¹⁾ Thaller, I p. 97.

torique détaillé de cette loi¹²⁾; mais, l'étude des tendances diverses qui se sont heurtées au cours des travaux préparatoires, constitue un enseignement précieux pour le législateur futur. Il nous paraît dès lors nécessaire de rappeler brièvement les phases successives du travail d'unification. Ce travail s'est étendu sur plus de vingt ans.

1^{ère} phase: En faisant abstraction du projet de Code de commerce publié par Munzinger en 1865, il faut faire remonter à 1868 le début de l'activité législative qui devait aboutir à la loi de 1889, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1892. C'est cette année là, en effet, qu'une conférence de délégués cantonaux siégeant à Berne se prononça pour l'élaboration d'une loi sur la faillite et d'une loi sur la poursuite pour dettes. La même année, les autorités fédérales étaient saisies de pétitions émanant de la Société commerciale et industrielle de Glaris et de la Société des juristes suisses. En 1870, Heusler en était déjà à la 3^{ème} rédaction du projet dont il avait été chargé par le Conseil fédéral. Le projet Heusler prévoyait, comme but de la poursuite, la faillite pour toutes les créances non garanties par gage et, pour les créances garanties, en premier lieu la saisie, puis de nouveau la faillite pour la partie non couverte par le gage. C'était donc un système uniforme de poursuite tendant dans tous les cas à la faillite. La guerre de 1870, le vote négatif de 1872 sur la révision de la Constitution fédérale, la mise sur chantier d'un nouveau projet de révision constitutionnelle retardèrent les travaux entrepris. Après le vote du 19 avril 1874, le projet Heusler fut transmis aux autorités cantonales pour préavis; il souleva les récriminations de la grande majorité des cantons. Genève se signala par le caractère absolu de son jugement: „Le projet de loi introduit un droit complètement nouveau, qui n'est ni le droit français, ni le droit germanique et les hardis novateurs qui le proposent

¹²⁾ Voir sur ce sujet: Blumenstein, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechts, 1911, p. 4 et ss.; F.féd. 1886 p. 3—34.

ne tenant aucun compte des traditions séculaires des différents peuples de la Suisse, dressent aujourd'hui un lit de Procuste, pour réduire à l'uniformité des populations complètement différentes sous le rapport des besoins, des mœurs et des habitudes.¹³⁾

Dans le sein de la grande commission consultative désignée par le Conseil fédéral, une opposition catégorique, représentée par les quatre membres de la commission appartenant à la Suisse romande, s'éleva contre le projet Heusler — tel que l'avait adopté la commission. Cette minorité rédigea un contreprojet dont le principe est énoncé à l'art. 1: „La poursuite pour dettes s'exerce par voie de saisie et, exceptionnellement, par voie de faillite dans les cas que la loi fixe“. La faillite serait donnée dans les poursuites fondées sur un effet de change, ou au cas où le mauvais état des affaires du débiteur, comme le nombre ou la complication des saisies mettrait la créance en péril et nécessiterait la liquidation générale des biens, ou encore si le débiteur avait pris la fuite, commis des actes de fraude, dissimulé ses biens; la faillite serait également prononcée contre les sociétés commerciales qui ont suspendu leurs paiements et contre les successions vacantes¹⁴⁾. C'est donc un système unitaire de saisie et de faillite applicable à tous les débiteurs. Ce projet fut adressé à tous les Tribunaux supérieurs des cantons, avec invitation de présenter leurs observations critiques. Cette invitation ne suscita que deux réponses! Il fut décidé alors d'abandonner la réforme entreprise jusqu'au moment où le Code fédéral des Obligations entrerait en vigueur.

2ème phase: La Société suisse des juristes réunie à Zoug le 5 septembre 1881 vota la résolution suivante: „Il sera adressé au Conseil fédéral une demande tendant à

¹³⁾ F.féd. 1886 p. 15.

¹⁴⁾ Voir plus loin, page 460a, le détail de ce projet qui mérite une considération particulière, à raison de son analogie avec le système germano-autrichien.

ce qu'il présente le plus tôt possible aux Chambres un projet de loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite."

Il nous intéresse de relever, pour la suite de notre exposé, qu'au cours de cette assemblée, la question de savoir s'il y avait lieu de faire une différence entre les commerçants et les non-commerçants fut résolue négativement par 60 voix contre 6. En votation éventuelle, pour le cas où on adopterait un système unique de poursuite, 44 voix se prononcèrent pour celui de la faillite et 24 pour celui de la saisie. Toutefois la question de savoir si un système unique ou un système mixte était préférable fut résolue par 63 voix contre 5 en faveur de la seconde solution¹⁵⁾. C'est à la suite de la réunion de Zoug, que le projet de la commission de 1875 fut remanié par Mr. Oberer et soumis à une nouvelle commission qui délibéra jusqu'en 1882. Le projet issu de ces travaux fut imprimé, mais suscita peu de discussion. Un seul mémoire de la Société des notaires argoviens se prononça catégoriquement contre le système du projet.

Le projet Oberer partait de l'idée, que „d'après les expériences faites avec les deux systèmes, la poursuite qui procède exclusivement par voie de saisie et la poursuite en vue de la faillite présentent toutes deux des avantages et des inconvénients". C'est pourquoi il faut rechercher un système mixte réunissant les avantages et évitant les inconvénients des deux systèmes absolus. L'exécution spéciale — ou saisie — doit s'effectuer pour toutes les créances garanties par gage et pour les créances non garanties jusqu'à un maximum de 100 frs; l'exécution générale — ou faillite — s'applique à toutes les créances non garanties et dépassant le montant de 100 frs. La poursuite rapide pour dettes a lieu contre les personnes qui, étant inscrites dans le registre du commerce, ont souscrit un effet de change ou un chèque. Ce projet, comme nous

¹⁵⁾ F.féd. 1886 p. 22.

l'avons dit ne rencontra aucun écho. L'oeuvre de révision s'enlisait une seconde fois.

3ème phase : En 1884, une motion Brosi, prise en considération par le Conseil National, invitait le Conseil fédéral à présenter aux Chambres, au plus tard à la première session d'été (fin 1885), un projet de loi fédérale sur la poursuite pour dette et la faillite. Le Département de Justice et Police entreprit la rédaction d'un projet: „Notre département de Justice et Police — déclare le message de 1886 — a pu se convaincre de plus en plus que ce n'est pas sur la base du projet de 1882 que l'on peut arriver à concilier les divergences existant entre la Suisse romande et une partie de la Suisse allemande, dans le domaine de la poursuite pour dettes. Pour obtenir cette conciliation de vues divergentes, telle qu'elle a été réalisée à la satisfaction générale par le Code des obligations, il fallait se résoudre à remanier d'une manière fondamentale le projet de 1882.“¹⁶⁾ Ce projet ne fut soumis qu'à un nombre restreint de personnes. Le 28 juin 1886, le Conseil fédéral approuvait, in globo et sans modifications, le projet révisé et l'adoptait comme base à présenter aux délibérations de l'Assemblée fédérale. Les bases de ce projet sont celles-là mêmes de notre loi actuelle. „Les particularités des deux modes de poursuite — déclarait le message de 1886 — ont été souvent retracées avec beaucoup de précision dans les nombreuses discussions qui ont eu lieu depuis 15 ans et notamment à la réunion des juristes à Zoug. Si nous convenons volontiers, avec les critiques les plus autorisés, qu'aucun des deux systèmes n'est parfait et que chacun d'eux a ses avantages et ses défauts, nous ne pouvons cependant envisager le système mixte, tel qu'il se rencontre dans les législations de Bâle-Campagne et de Schaffhouse et dans le projet de la commission de 1882 comme étant une combinaison heureuse des deux systèmes. Nous n'admettons pas que le mode de poursuite puisse dépendre

¹⁶⁾ F.féd. 1886 p. 31.

du chiffre de la créance — circonstance absolument fortuite — et que la poursuite puisse varier suivant que la créance dépasse, ne serait-ce que d'un franc ou ne dépasse pas la somme de 100 francs. C'est là un critère absolument arbitraire et Mr. Heusler dans son exposé des motifs déclare qu'il est téméraire de vouloir fixer un mode de poursuite d'après une somme déterminée qui se trouvera être trop faible dans un cas et trop forte dans un autre.¹⁷⁾

Le projet du Département trouve la combinaison des deux systèmes dans la distinction faite entre les débiteurs inscrits au registre du commerce — soumis à la voie de la faillite — et les débiteurs non inscrits — soumis à la voie de la saisie. — C'est le système mixte encore en vigueur aujourd'hui, et dont nous aurons l'occasion de reparler dans un chapitre spécial de la présente étude. Ce projet fut présenté à l'Assemblée fédérale par un message du 6 avril 1886; il fut adopté en second débat, le 29 juin 1888; après avoir subi divers remaniements, il fut à nouveau soumis aux Conseils par message du 7 décembre 1888 et adopté définitivement le 11 avril 1889. Un référendum ayant été demandé, la loi fut soumise au vote populaire, le 17 novembre 1889. Son entrée en vigueur avait été fixée, par les dispositions transitoires, au 1er janvier 1892.

Cette loi, nous venons de le voir, avait cherché surtout à concilier les opinions nettement opposées qui s'étaient manifestées dans les différentes parties de la Suisse. Elle constituait un compromis indispensable si l'on voulait éviter l'échec devant le peuple. Mais, à peine cette loi était-elle entrée en vigueur que déjà des voix se faisaient entendre pour en réclamer la révision. Comme le constate Haab, „ces efforts de révision ne se manifestent pas seulement dans des travaux scientifiques, dans des revues de spécialistes, ou dans les assemblées de la Société suisse des juristes, mais il se passe rarement une année sans que, dans l'Assemblée fédérale, lors du débat sur le rapport de

¹⁷⁾ F.féd. 1886 p. 43.

gestion du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral, ou dans la discussion de lois qui sont en rapport avec le droit de poursuite, on ne soulève le problème de la révision.¹⁸⁾ Nous renonçons à faire l'historique de ces efforts de révision. Qu'il nous suffise de mentionner les principales lois qui, jusqu'à ce jour, ont modifié ou complété la loi de 1889:

a) la loi de 1896 transférant du Conseil fédéral au Tribunal fédéral la haute surveillance en matière de poursuite et de faillite;

b) l'art. 58 du Titre final du CCS modifiant un certain nombre de dispositions pour les adapter au nouveau régime;

c) la loi du 29 avril 1920 sur les conséquences de droit public de la saisie infructueuse et de la faillite (cette loi a remplacé l'ancien article 26);

d) la loi de 1924 modifiant les art. 97 à 123 et la procédure d'introduction du concordat, et créant le sursis extraordinaire (art. 317a à 317n).

Indépendamment de ces lois qui ont modifié le texte primitif de 1889, d'autres lois ont entraîné, indirectement, une modification ou un complément à la LP. Mentionnons:

a) la loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (art. 37, 54—57, 79—82, 86);

b) le concordat concernant la garantie réciproque pour l'exécution légale des prestations dérivant du droit public, du 18 février 1911;

c) la loi complétant la loi fédérale du 13 juin 1911 sur l'assurance en cas de maladie et d'accidents, du 18 juin 1915 (art. 10 et 12);

d) la loi fédérale sur le cautionnement des sociétés d'assurance du 4 février 1919 (art. 1 et 2, 6—17, 23, 26);

¹⁸⁾ Haab, Z.S.R. n. F. 44, Probleme der Revision des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes, p. 243/44.

e) l'arrêté fédéral concernant un nouvel impôt de guerre extraordinaire du 28 septembre 1920 (art. 113 et 114);

f) la loi fédérale sur le registre des bateaux du 28 septembre 1923 (art. 54—61).

Enfin une série d'ordonnances du Conseil fédéral et du Tribunal fédéral, ainsi que des circulaires adressées par la Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral ou par le Tribunal fédéral lui-même aux autorités cantonales de surveillance, ont apporté d'importants compléments à la loi primitive. Il faut signaler surtout:

a) l'ordonnance du 23 avril 1920 sur la réalisation forcée des immeubles (ORI);

b) l'ordonnance du 17 janvier 1923 concernant la saisie et la réalisation des parts de communauté;

c) la circulaire N° 24 de la Chambre des poursuites et des faillites du 12 juillet 1909, sur la procédure de rétention;

d) la circulaire N° 29 de la Chambre des poursuites et des faillites du 31 mai 1911 sur la saisie et la réalisation des objets vendus avec réserve de propriété au débiteur poursuivi;

e) la circulaire N° 14 du Tribunal fédéral du 11 mai 1922 sur la saisie d'objets vendus au débiteur avec réserve de propriété et le conflit entre le droit de saisie des créanciers et le droit de propriété du vendeur.

Une révision plus générale de la LP s'impose — et tout le monde s'accorde à le reconnaître. Mais nous pensons, avec Haab, que le moment n'est pas venu d'entreprendre ce travail de longue haleine; les Chambres fédérales sont actuellement occupées à deux grandes oeuvres législatives: l'unification du droit pénal; la révision des titres XXIV et ss. du CO. Ce serait alourdir leur tâche que d'y ajouter dès maintenant la révision de la LP. Au surplus, il n'est guère recommandable d'entreprendre une oeuvre législative de cette importance en pleine crise économique et sociale; une loi de poursuite et de faillite, établie dans les circonstances troubles de l'heure actuelle,

risquerait d'être complètement faussée et de refléter l'état de malaise général qui caractérise notre époque. Cela n'empêche pas que l'on puisse et que l'on doive se préoccuper dès maintenant des problèmes que pose la réforme de notre système des voies d'exécution; il est au contraire désirable que tous les milieux intéressés examinent ces problèmes et proposent les solutions qu'ils estiment les plus favorables à l'intérêt général. La Société suisse des juristes n'a jamais failli à sa tâche dans ce domaine. Que l'on songe au rôle qu'a joué, dans l'unification de la poursuite pour dettes et la faillite, l'assemblée de Zoug, du 1er septembre 1881. C'est à la suite de cette réunion et des résolutions qui y furent votées que M. le conseiller fédéral Welti, alors chef du Département de Justice et Police, reprit en mains l'oeuvre quelque peu abandonnée; il s'adressa à Mr. Oberer, président de la Cour d'appel de Bâle-Campagne, qui avait présenté à Zoug le rapport de langue allemande, et lui demanda de remanier le projet de la commission de janvier 1875, dans le sens du système mixte adopté à une grande majorité à Zoug¹⁹⁾.

Si, en définitive, les idées de Mr. Oberer furent — à juste titre, selon nous — abandonnées, il n'en est pas moins vrai que l'on doit à la Société suisse des juristes d'avoir donné à l'oeuvre de la révision un élan nouveau et d'avoir dirigé les travaux dans le sens d'un système qui cherchait à concilier partisans de la saisie et partisans de la faillite. Aujourd'hui, l'activité de la Société suisse des juristes ne s'exerce pas sur une révision déjà entreprise — mais la discussion à laquelle donneront lieu les présents rapports pourra dégager quelques idées fondamentales qui susciteront la critique et serviront — espérons-le, — à faciliter la tâche du futur législateur.

I. La révision de la LP au point de vue formel.

Nul ne contestera que, du point de vue purement formel, la révision de notre loi ne s'impose impérieuse-

¹⁹⁾ F.féd. 1886 p. 23/24.

ment. Nous avons montré, dans notre introduction, que, peu à peu, la loi de 1889 avait été modifiée et complétée par une série de lois, d'ordonnances et de circulaires. Le développement de ces textes accessoires est aujourd'hui si considérable que, dans l'édition de poche de Mr. Jaeger, juge fédéral — dont le but est de „réunir l'ensemble des prescriptions légales réglant l'exécution forcée et la poursuite pour dettes en Suisse“²⁰⁾ — la loi primitive de 1889 occupe moins du tiers du volume. Les ordonnances et les circulaires de la Chambre des poursuites et des faillites du Tribunal fédéral, et du Tribunal fédéral lui-même, ne tendent pas seulement à réglementer l'exécution de la loi; sur plus d'un point, elles sont une véritable oeuvre législative. C'est le cas notamment des deux ordonnances les plus importantes sur la réalisation forcée des immeubles et sur la saisie et la réalisation des parts de communautés. Que l'on songe, par exemple, que la réalisation des immeubles n'occupe que 13 articles de la loi — en ce qui concerne la procédure de saisie (133 à 143bis) — et 4 articles — en ce qui concerne la procédure de faillite (256 à 259) — alors que l'ordonnance du 23 avril 1920 comporte, à elle seule, 136 articles. La saisie et la réalisation des parts de communautés ne faisaient l'objet que de deux articles sommaires (132 et 132bis) alors que l'ordonnance du 17 janvier 1923 les réglemente en 17 articles. La saisie et la réalisation des objets vendus au débiteur poursuivi avec réalisation de propriété n'était réglementée nulle part; la circulaire du 31 mars 1911 — si importante au point de vue pratique — a fixé la procédure à suivre, en pareil cas. Sur plus d'un point, la jurisprudence est venue, elle aussi, combler les lacunes de la loi. Que l'on se rappelle, par exemple, la jurisprudence fameuse du Tribunal fédéral, en vertu de laquelle ceux qui ont des droits à exercer sur des objets saisis doivent formuler leur revendication dans le délai de

²⁰⁾ La poursuite pour dettes et la faillite: édition de poche annotée par Jaeger, juge fédéral. Préface de l'édition allemande, p. X.

dix jours, sous peine de forclusion. Un auteur écrivait justement à ce sujet: „Même s'il n'y avait rien à objecter à cette jurisprudence, une règle juridique d'une importance si essentielle ne devrait pas demeurer le secret de la jurisprudence fédérale, mais elle devrait figurer expressément dans la loi. En présence du nombre toujours croissant des lois et ordonnances, il suffit que l'on exige de chacun la connaissance de la loi; on ne peut pas attendre encore de chacun qu'il suive la jurisprudence fédérale. Le droit de poursuite doit être assez clair, assez simple et compréhensible pour que le simple laïque puisse se tirer d'affaires sans le secours d'un représentant professionnel, sinon la disposition de l'art. 27 n'est qu'une vaine promesse.“²¹⁾ Il en est de même, par exemple, de la jurisprudence suivant laquelle l'opposition, qui se base sur le non-retour à meilleure fortune, doit indiquer expressément ce motif. Il ne suffit pas, à notre avis, que le nouveau formulaire de commandement de payer mentionne cette exigence; il y a là une véritable modification de la loi qui doit trouver place dans le texte de celle-ci — et cela d'autant plus que le législateur a pris soin de dire lorsqu'il voulait qu'une opposition fût motivée (mais, chose singulière, lorsque le législateur prévoit l'indication des motifs — art. 178. 3^o — la jurisprudence décide que cela est sans importance et que l'absence des motifs n'entraîne aucune forclusion²²⁾).

Celui qui croirait pouvoir se satisfaire de la connaissance de la loi de 1889 s'illusionnerait singulièrement; le commentaire de Jaeger est devenu, par la force des choses, le bréviaire indispensable pour tous ceux qui sont appelés à appliquer la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite; l'un de nos collègues disait, non sans raison,

²¹⁾ Kellerhals, Die Novelle zum Betreibungsgesetz, S.J.Z. 18 p. 64.

²²⁾ Jaeger, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillite, édition française par Petitmermet et Bovay, art. 178, 7.

que la connaissance du droit d'exécution forcée en Suisse est devenue une „science occulte“; seuls quelques initiés peuvent s'y reconnaître. Cela n'est point pour nous surprendre: la brièveté exceptionnelle de notre loi devait conduire à ce résultat; ses nombreuses lacunes, les multiples controverses auxquelles ont donné lieu certaines de ses dispositions trop sommaires, ont motivé, à juste titre, l'intervention fréquente de l'autorité supérieure de surveillance officiellement chargée „d'édicter les règlements et ordonnances d'exécution nécessaires“ et de „donner des instructions aux autorités de surveillance“ (art. 15 LP.). La jurisprudence a fait le reste. Que l'on considère en effet que la loi de 1889, avec son complément de 1924, ne comporte que 300 articles environ; l'ordonnance d'exécution autrichienne, par exemple, comprend 402 articles, auxquels viennent s'ajouter les 177 articles de l'ordonnance sur la faillite, les 63 articles de l'ordonnance sur le concordat et les 20 articles de l'ordonnance sur l'action révocatoire (sans compter la nouvelle de 1925).

Quoi qu'il en soit, il est évident que la multiplication des textes, dans lesquels le juriste doit aller puiser sa documentation, est une source de complication extrême. Nous ne parlons pas du profane qui ne saurait se retrouver dans cette forêt vierge aux lianes enchevêtrées. Cet état des choses est trop anormal pour qu'il puisse se prolonger indéfiniment. Comme le disait justement Haab: „Même s'il n'y avait rien à changer à notre droit d'exécution, on ne saurait éviter, à la longue, une révision, du seul point de vue de la technique législative; la tâche de cette révision consisterait à créer une ordonnance d'exécution d'une seule pièce — ordonnance qui devrait être notablement plus détaillée que la loi actuelle.“²³⁾ Nous ne pensons pas, il va sans dire, que la loi puisse et doive prévoir tous les cas possibles; il restera toujours une grande marge d'interprétation que viendra remplir la jurisprudence. Mais il

²³⁾ Haab, Z.S.R. n. F. 44 p. 251.

serait inadmissible que des règles juridiques fondamentales qui intéressent autant le débiteur que les créanciers continuent à ne pas trouver place dans la loi elle-même. La tâche du Tribunal fédéral est d'édicter des règlements et ordonnances d'exécution; il ne devrait jamais s'agir que de règles d'application de la loi elle-même; en l'état actuel des choses, le Tribunal fédéral fait constamment oeuvre créatrice de droit. On ne saurait le lui reprocher, mais c'est là, il faut le proclamer, un pis-aller qui a son origine dans le caractère incomplet de notre loi actuelle. Haab le faisait aussi observer avec infiniment de raison: „La brièveté que l'on peut souhaiter dans une loi de droit matériel ne se justifie plus pour une loi de procédure qui doit laisser aussi peu de place que possible à la liberté du juge.“²⁴⁾

Pour cette seule raison de technique législative, une révision de notre LP est infiniment souhaitable.

II. La LP dans ses rapports avec le droit civil et la procédure.

A) La LP et le droit civil.

I. Généralités.

L'oeuvre d'unification législative, en Suisse, offre ce spectacle singulier que la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite — loi de procédure, loi d'unification des voies d'exécution — a précédé le Code civil suisse — loi d'unification du droit matériel. Nous avons signalé, dans notre introduction, que ce fut là une source évidente de difficultés: le législateur fédéral ne pouvait, en effet, porter une atteinte, si minime fût-elle, aux vingt-cinq législations cantonales qu'il devait considérer comme un „fait acquis“, sans aucune possibilité d'adaptation ou de mise en harmonie. Chaque fois qu'une disposition du droit de poursuite était trop directement conditionnée par le droit matériel, le

²⁴⁾ Haab, Z.S.R. n. F. 44 p. 252.

législateur se voyait obligé de renoncer à trouver une solution et de réserver, purement et simplement, le droit cantonal. L'introduction du Code civil suisse devait nécessairement exercer une influence directe sur la loi de poursuite. L'art. 58 du titre final (ancien art. 60) modifia expressément toute une série d'articles de la loi du 11 avril 1889. Ces modifications sont de nature très différente:

a) les unes tendent uniquement à un changement de terminologie. Ex: l'art. 37 nouveau qui définit — sur la base du Code civil suisse — les expressions „hypothèque“, „gage mobilier“ et „gage“;

b) d'autres remplacent les dispositions réservées du droit privé cantonal par les dispositions correspondantes du CCS. Ex.: art. 45, 49, 94 al. 3, 102 al. 1, 111 al. 1, 135 al. 1, 136 al. 2, 138 al. 3, 150 al. 1 et 3, 158 al. 2, 219 al. 3;

c) d'autres remplacent les dispositions réservées du CO par les dispositions correspondantes du CCS. Ex.: 47 al. 3;

d) d'autres sont la conséquence des nouvelles institutions créées par le CCS. Ex.: 46 al. 3, 59, 132bis, 143bis, 153, 176, 193 al. 2, 260bis, 296, 308;

e) d'autres enfin apportent un changement aux dispositions anciennes, sans que cela soit en rapport avec l'introduction du CCS. Ex.: art. 208, 258 al. 4, 259²⁵⁾.

Mais le Code civil suisse n'a pas seulement influencé la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite, en modifiant expressément son texte; il a souvent apporté des modifications implicites par ses propres dispositions. Quelques exemples le montreront:

Art. 173 CCS: les époux ne peuvent, pendant le mariage, requérir l'exécution forcée l'un contre l'autre que dans les cas prévus dans la loi.

Art. 578 CCS: Lorsqu'un héritier obéré répudie dans le but de porter préjudice à ses créanciers, ceux-ci ou la

²⁵⁾ Nous empruntons cette classification à Blumenstein, p. 20.

masse en faillite ont le droit d'attaquer la répudiation dans les six mois, à moins que des sûretés ne leur soient fournies.

Art. 806 CCS: Le gage grevant un immeuble donné à bail comprend également les loyers ou fermages, qui ont couru depuis la poursuite en réalisation de gage commencée par le créancier ou la déclaration de faillite du débiteur jusqu'au moment de la réalisation.

Le Code civil suisse n'a, on le voit, pas suivi une méthode uniforme. Le moins que l'on puisse dire est que l'adaptation recherchée — et nécessaire — entre le Code civil suisse et la LP n'a été obtenue que d'une façon très insuffisante. En abordant plus loin quelques problèmes spéciaux nous verrons que les textes ne coïncident pas toujours et qu'il en résulte des divergences de conception, et des difficultés d'interprétation regrettables. Certains textes, insuffisants, ont donné lieu à d'interminables controverses, comme par exemple, l'art. 806 CCS²⁶).

Il nous paraît indiscutable que la loi de poursuite pour dettes et de faillite — loi de procédure — est subordonnée au Code civil, et qu'elle doit considérer ce code — loi de droit matériel — comme un fait acquis auquel elle doit s'adapter — ou, si l'on préfère, sur lequel elle doit se modeler. Une loi, dont le but est simplement de réaliser le droit matériel ne doit pas, en principe, apporter à ce droit des modifications de fond. Sinon, on aboutit à la confusion la plus complète et à un conflit de normes inextricable. Est-ce toujours le cas, actuellement? L'examen de quelques problèmes, plus particulièrement aigus nous permettra de répondre à cette question.

²⁶) L'art. 806 que nous avons reproduit ci-dessus n'est en effet pas en harmonie avec l'art. 155 LP, d'après lequel la gérance et la culture de l'immeuble ne passent à l'Office que lorsque la vente du gage est requise (application par analogie de l'art. 102 LP). v. Schultz, S.J.Z. 9 p. 313 ss.; Leemann, S.J.Z. 12 p. 1 ss.; Haab, Z.B.J.V. 58 p. 582 ss. L'ORI a mis fin à cette divergence par ses articles 91 et ss.

II. La poursuite contre la femme mariée.

Le problème de la poursuite contre la femme mariée a déjà donné lieu à de nombreuses controverses. Nous nous bornerions, sans doute, à le signaler, en passant, si la question ne présentait un caractère d'actualité imminente, puisque le projet de révision du CO — en discussion aujourd'hui devant les Chambres fédérales — se propose de modifier sur ce point la LP. N'approuvant pas la solution donnée à ce problème par le législateur, nous voulons profiter de l'occasion qui nous est offerte pour exprimer notre opinion.²⁷⁾

Le Code civil suisse consacre, aujourd'hui, l'indépendance de la femme; il proclame qu'elle a l'exercice des droits civils, qu'elle peut assumer des obligations et accomplir des actes de disposition, qu'elle est capable d'ester en justice (art. 168 al. I)²⁸⁾. Cette situation juridique devrait se refléter également dans la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite — puisque le rôle du droit d'exécution, ainsi que nous l'avons dit ci-dessus, est de s'harmoniser avec le droit matériel. Malheureusement cette harmonie n'a été réalisée que d'une façon incomplète et insuffisante. Le problème se complique du fait que la femme mariée fait partie de l'union conjugale — dont la loi déclare, dans une formule un peu vague, que le mari est le chef (art. 160 al. I). Le patrimoine de la femme, au surplus, se compose de masses juridiques distinctes;

²⁷⁾ Voir sur ce problème: André Panchaud, Le régime matrimonial et la poursuite pour dettes, Vevey 1924; Schweizer, Der Einfluss des ZGB auf die Gestaltung des ehelichen Güterrechts, Verhandlungen des Schw. Juristenvereins 1928; Held, Die Ehefrau im Prozesse und in der Betreibung, S.J.Z. 14 p. 354 et ss., 17 p. 337 et ss.; Egger, Über die Betreibung gegen die Ehefrau, S.J.Z. 27 p. 125; Carry, La poursuite contre la femme mariée dans le régime de l'union des biens, S.J. 1930 p. 162 et ss. Nous avons repris dans le présent chapitre les idées déjà exprimées dans cet article de la S.J.

²⁸⁾ Egger, p. 125.

dans le régime de l'union des biens, par exemple, il faut distinguer les biens réservés et les apports. Son passif se divise, lui aussi, en deux catégories: les dettes dont elle répond sur l'ensemble de ses biens — apports et biens réservés (art. 207); les dettes dont elle ne répond que sur les biens réservés (art. 208). Or, tandis que les biens réservés n'intéressent que la femme puisqu'elle en a seule l'administration, la jouissance et la libre disposition, les apports intéressent aussi le mari, puisque c'est lui qui les administre, en a la jouissance et en dispose avec le consentement de sa femme (art. 200 à 202 CCS). Cette distinction doit forcément exercer une influence sur la poursuite dirigée contre la femme mariée; et cependant, on n'en trouve aucune trace dans la LP. Le créancier qui saisit les biens réservés de la femme ne porte atteinte qu'aux droits de cette dernière; celui qui saisit des apports de la femme, porte aussi atteinte aux droits du mari; il était donc indispensable, au point de vue de la poursuite, de faire une différence entre les dettes „générales“ soit celles qui grèvent l'ensemble des biens et les dettes „réservataires“ soit celles qui ne grèvent que les biens réservés (Nous adoptons ici la terminologie d'André Panchaud)²⁹⁾.

Le même problème se pose pour la communauté de biens, puisqu'il y a des dettes dont la femme est tenue avec la communauté (art. 220) et d'autres dont elle n'est tenue que „jusqu'à concurrence de la valeur de ses biens réservés“ (art. 221).

Nous envisagerons le problème essentiellement au point de vue du régime de l'union des biens. Il est certain qu'une loi qui aurait réalisé l'harmonie parfaite avec le droit matériel, aurait dû prendre en considération la situation juridique exposée plus haut et en déduire les règles qui s'imposaient au point de vue de la poursuite. Au lieu de cela, nous ne trouvons dans la LP que l'art. 47 qui déclare: „Si le débiteur a un représentant légal, la pour-

²⁹⁾ Carry, S.J. 1930 p. 162.

suite a lieu au domicile de ce dernier et c'est à lui que les actes sont notifiés... Toutefois lorsqu'il s'agit d'une dette contractée dans l'exercice d'une profession ou d'une industrie autorisée, en conformité des art. 167 et 412 du Code civil, la poursuite est dirigée contre le débiteur lui-même au lieu où il exerce sa profession ou son industrie". Nous faisons abstraction de l'art. 168 CCS qui déclare que „le mari a seul qualité pour représenter la femme dans ses contestations avec des tiers, relativement à ses apports" car la doctrine s'accorde assez généralement aujourd'hui à reconnaître que cet article ne s'applique pas aux questions de poursuite, mais seulement aux procès³⁰⁾.

On a déduit avec raison de l'art. 47 et notamment de l'alinéa 3 que, lorsqu'il s'agit d'une dette qui n'a pas été contractée par une femme mariée dans l'exercice d'une profession ou d'une industrie autorisée, en conformité de l'art. 167, la poursuite a lieu au domicile du mari et c'est à lui que les actes de poursuites sont notifiés. Cette conclusion était logique bien que le mari ne fût pas, à proprement parler, le „représentant légal" de sa femme³¹⁾. Mais les conséquences auxquelles conduisait ce principe se révélèrent si peu conformes à l'esprit du Code civil que la jurisprudence, peu à peu, évolua et institua un système qui peut se résumer par les règles suivantes:

1^o Il est toujours possible de notifier un commandement de payer exclusivement et personnellement à la femme mariée, mais alors la poursuite ne peut s'exécuter que sur les biens réservés (sauf pour le cas d'une dette résultant de l'exercice régulier d'un commerce ou d'une industrie). Le seul fait que la notification de la poursuite soit faite directement à la femme exclut toute possibilité d'exécution sur les apports de la femme³²⁾.

³⁰⁾ Panchaud, p. 38; Guhl, P. V. de la commission d'experts pour la révision du CO, p. 307.

³¹⁾ Egger, p. 126.

³²⁾ J.d.T. 1926 II p. 21; id. 66; 1927 II p. 102.

2^o Si donc, au cours d'une poursuite de ce genre, des apports sont saisis, le mari peut intervenir, suivant la procédure des articles 106 et ss. LP, pour „revendiquer“ les apports dont il a l'administration et la jouissance³³).

3^o La notification d'un commandement de payer au mari est indispensable pour que l'exécution forcée puisse porter sur les apports de la femme, car il faut que le mari ait la possibilité de sauvegarder les droits que la loi lui reconnaît sur ces apports. Il le fait par la voie de l'opposition³⁴).

4^o La notification d'un commandement de payer à la femme est également nécessaire, chaque fois que la poursuite doit conduire à la saisie des apports³⁵). Les raisons qui militent en faveur du système du double commandement de payer seront exposées ci après.

5^o L'exécution forcée sur les apports ne sera possible que lorsque les deux commandements de payer seront passés en force, soit qu'il n'y ait pas eu d'opposition, soit que la main levée ait été ordonnée en procédure sommaire ou en procédure ordinaire³⁶).

6^o Exception est faite à ce système pour les dettes résultant de l'exercice régulier d'une profession ou d'une industrie. Là, le Tribunal fédéral demeure fidèle à la stricte application de l'art. 47 3ème alinéa de la LP.

Dans ce cas, le créancier se contentera donc d'une notification directe à la femme, mais ne sera pas privé pour autant du droit d'agir sur les apports, dans la phase de l'exécution forcée. Il faut donc admettre que le mari ne pourra sauvegarder ses droits — et contester notamment le caractère de dette professionnelle — qu'au moyen de la procédure en revendication. La doctrine s'accorde à déplorer ce traitement différent des dettes ordinaires et des dettes professionnelles; pour aboutir à l'application

³³) J.d.T. 1927 II p. 104.

³⁴) J.d.T. 1926 II p. 22—23.

³⁵) J.d.T. 1926 II p. 57.

³⁶) J.d.T. 1926 II p. 25.

du système de la double notification à toutes les „dettes générales“, les auteurs sont obligés de demander l'abandon de l'art. 47, en ce qui concerne la femme mariée, en faisant observer qu'il est en contradiction avec les principes du CCS sur le régime matrimonial³⁷⁾).

Le projet de révision du CO se propose d'introduire une modification de l'art. 47 LP sous la forme suivante:

„La poursuite en raison des dettes de la femme mariée est dirigée contre le mari, sauf à mentionner le fait que l'épouse est débitrice, pour autant que le créancier fait valoir ses droits non seulement sur les biens réservés de la femme, mais encore sur les apports de celle-ci, ou sous le régime de la communauté des biens, sur la communauté.

„Si les conjoints sont séparés de biens ou si, d'après le régime matrimonial, la femme ne répond que sur ses biens réservés de la créance qui fait l'objet de la poursuite, le mari s'en prévaut en faisant opposition au commandement de payer. Les biens réservés de la femme ne peuvent être saisis, au cours de la poursuite dirigée contre le mari, en raison des dettes de la femme. En cas de poursuite dirigée contre la femme, il ne peut être procédé à la saisie des biens qui, d'après le régime matrimonial, rentrent dans les apports de la femme ou sous le régime de la communauté de biens, dans la communauté.“

Ce système peut se résumer comme suit:

1^o La poursuite contre la femme seule — qui est toujours possible — ne permet que la saisie des biens réservés.

2^o Le créancier qui veut saisir les apports ou les biens de la communauté doit poursuivre le mari; cette poursuite ne permet pas la saisie des biens réservés.

3^o Si le créancier veut saisir, à la fois, les biens réservés et les apports — ou les biens de la communauté — il doit poursuivre séparément et simultanément la femme et le mari.

³⁷⁾ Held, S.J.Z. 14 p. 357; Panchaud, p. 94; Schweizer p. 102.

4^o Le mari fait valoir ses droits par l'opposition — qui devra être motivée, bien que le texte de la loi ne le dise pas³⁸). Le mari devra donc dire s'il conteste l'existence même de la dette ou seulement sa qualité de „dette générale“.

5^o Aucune exception n'est faite pour la femme commerçante; l'art. 47 al. 3 sera modifié en ce sens que l'on n'y renverra plus à l'art. 167 CCS³⁹).

Ce système a l'avantage de la simplicité et de la clarté; il est incontestable d'autre part qu'il s'harmonise avec le CCS et qu'il constitue donc un réel progrès sur la loi actuelle: par contre, nous croyons qu'il constitue un recul par rapport au dernier état de la jurisprudence fédérale.

a) En décidant que la poursuite dirigée contre la femme seule ne permet d'autre saisie que celle des biens réservés, le texte du nouvel art. 47bis est en harmonie avec une doctrine et une jurisprudence unanimes. Il s'agit là d'une affaire qui n'intéresse que la femme.

b) En ne faisant aucune distinction entre les dettes de la femme commerçante et les autres dettes de la femme mariée, le nouveau texte apporte une heureuse simplification.

c) Par contre, il nous est impossible d'approuver le nouveau texte quand il exclut la femme de toute intervention dans une poursuite concernant une de ses dettes et intéressant ses apports. Il n'est pas admissible qu'une femme puisse se voir dépouiller de son patrimoine ensuite d'une poursuite, „sans avoir pu se prononcer ni sur l'existence de l'obligation, ni sur le bien fondé de la poursuite, ni même sur l'opportunité des actes de son conjoint“. Le sort de l'exécution forcée sur les biens de la femme dépend entièrement de l'action ou de l'inaction du mari. Il est faux de penser que celui-ci sauvegardera toujours les intérêts de sa femme. Qui ne voit à quelles conséquences

³⁸) Message du Conseil fédéral p. 159.

³⁹) Carry, p. 168—169.

inadmissibles on aboutit si, par exemple, les époux vivent séparés de fait, s'ils sont en instance de divorce ou de séparation de corps, ou s'ils vivent en complète mésintelligence. Le système du double commandement de payer est le seul qui permette de respecter à la fois les droits de la femme et du mari. Egger dit justement: „D'après le projet, une poursuite peut être dirigée sur les apports de la femme et mis à exécution, sans que la femme en ait la moindre connaissance. Elle en reste complètement exclue. Cela ne correspond plus à la situation de droit privé actuelle de la femme“.⁴⁰⁾ Egger conclut: „Il faudrait avoir le courage de prescrire, pour toutes les poursuites dirigées contre le mari pour des dettes de la femme, la notification d'office d'un double du commandement à la femme. Cela aurait pour la femme mariée l'avantage qu'elle serait toujours en mesure de sauvegarder ses droits...“ Nous avons proposé nous-même que la poursuite fût toujours dirigée contre la femme elle-même et que le double du commandement de payer fût notifié au mari, à la requête du créancier. Cela nous semblait plus logique puisque c'est la femme qui est débitrice; mais nous serions prêts à nous rallier au système d'Egger, l'essentiel étant que mari et femme reçoivent tous deux le commandement.

Notre système a encore un avantage: le Message à l'appui du projet de révision du CO déclare ce qui suit. „Il est évident que ce n'est pas à l'Office des poursuites qu'il incombe d'établir la situation résultant pour les époux de leur régime matrimonial. C'est au contraire, l'affaire du créancier poursuivant. Celui-ci est tenu d'indiquer que le mari doit être poursuivi en raison d'une créance invoquée contre sa femme et de mentionner les biens sur lesquels s'exercera la poursuite (apports, biens communs, biens réservés). La poursuite est introduite sur la base de ces indications: si celles-ci font défaut, la réqui-

⁴⁰⁾ Egger, p. 130.

sition de poursuite est incomplète et elle doit être rejetée.“
Quelles complications inutiles! Dans notre système, aucune indication spéciale n'est nécessaire; ou bien la réquisition désigne le mari comme le représentant de la femme: dans ce cas, double commandement de payer tendant à la saisie des apports et des biens réservés; ou bien seule la femme est mentionnée; dans ce cas, la créance doit être considérée et traitée comme réservataire⁴¹⁾.

Les mêmes principes pourraient être appliqués aussi à la communauté de biens, dès qu'il s'agit d'une dette de la femme et que le créancier veut s'attaquer aux biens communs (art. 220). Cela entraînerait une modification de l'art. 222 CCS.

Nous préférons de beaucoup la solution ici proposée à celle que suggère Jaeger⁴²⁾ et qui consiste à donner à la femme, dans la poursuite dirigée contre son mari, le droit de contester l'existence de la dette ou son caractère de „dette générale“ par la voie de la tierce-opposition. Les arguments de Held⁴³⁾ contre ce système nous paraissent absolument déterminants. Pour des raisons analogues nous ne saurions recommander le système de Haab⁴⁴⁾, qui, à l'inverse, prévoit la notification à la femme avec possibilité pour le mari de sauvegarder ses droits, par la procédure de tierce-opposition. Nous pensons que l'harmonie entre la LP et le CCS sera le mieux réalisée par la solution à laquelle a abouti, après bien des tâtonnements, la jurisprudence du Tribunal fédéral et qui n'est autre que la solution du droit allemand (art. 739 ZPO)⁴⁵⁾.

⁴¹⁾ Panchaud, p. 47; Carry, p. 173—174.

⁴²⁾ Jaeger, art. 47 p. 158.

⁴³⁾ Held, S.J.Z. 17 p. 337 et ss.

⁴⁴⁾ Haab, Z.S.R. n. F. 44, p. 310.

⁴⁵⁾ ZPO all. § 739: „Bei dem Güterstande der Verwaltung und Nutzniessung, der Errungenschaftsgemeinschaft oder der Fahrnisgemeinschaft ist die Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut der Ehefrau nur zulässig, wenn die Ehefrau zu der Leistung und der Ehemann zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das eingebrachte Gut verurteilt ist.“

III. L'adjudication.

1^o Le CO révisé a réglementé l'adjudication dans ses art. 229 et ss. et, à cette occasion, a introduit des dispositions sur l'adjudication forcée qui auraient dû logiquement trouver leur place dans la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite. Si on avait agi ainsi, on aurait probablement évité une contradiction assez singulière⁴⁶).

L'article 234 al. 2 déclare: „L'adjudicataire acquiert la chose dans l'état et avec les droits et les charges qui résultent soit des registres publics ou des conditions de vente, soit de la loi elle-même“. L'application de cet article conduirait à admettre que si, par négligence, une hypothèque inscrite au registre foncier n'était pas indiquée dans les conditions de vente l'hypothèque n'en subsisterait pas, moins à l'égard de l'adjudicataire.

Or, il a toujours été déduit de l'article 135 LP que „toute autre charge que celles spécialement indiquées dans les conditions de vente, et même les charges ou droits de gage légaux, valables sans inscription, seront inopposables à l'acquéreur, postérieurement aux enchères, fussent-elles même inscrites au registre foncier.“⁴⁷)

Jaeger ajoute: „L'article 234 al. 2 du CO, d'ailleurs d'une teneur fort peu claire, n'a pas entendu changer quoi que ce soit à ces principes particuliers et nécessaires à la procédure de l'exécution forcée“. Il n'en est pas moins vrai que les textes sont nettement contradictoires. Le même problème se pose pour les servitudes de l'ancien droit qui, bien que non inscrites, subsistent sans réserve — même à l'égard des tiers de bonne foi — tant que le registre foncier n'a pas été introduit (art. 48 al. 3 Titre final).

Par contre pour l'exécution des biens communs — dans la communauté universelle, la communauté d'acquêts et la communauté de meubles —, il suffit d'un jugement rendu contre le mari: § 740 ZPO. Voir projet ZPO all. § 825—826.

⁴⁶) von Tuhr, Streifzüge im revidierten Obligationenrecht, S.J.Z. 18, p. 381 et ss.

⁴⁷) Jaeger, art. 135 note 2; Blumenstein, p. 450, 458.

Or, le texte de l'article 138 LP prévoit que la publication de la vente porte sommation à tous les intéressés de faire valoir leurs droits sur l'immeuble, „faute de quoi, ils seront exclus de la répartition, pour autant que leurs droits ne sont pas constatés par les registres publics“. L'article 29 de l'ORI interprète le dernier alinéa de cet article en disant: „La sommation prévue à l'art. 138 ch. 3 de la LP doit s'adresser aussi à tous les titulaires de servitudes qui ont pris naissance sous l'empire du droit cantonal ancien et qui n'ont pas encore été inscrites. Ils seront avertis que les servitudes non annoncées ne seront pas opposables à un acquéreur de bonne foi de l'immeuble grevé, à moins qu'il ne s'agisse de droits qui, également d'après le CCS, produisent des effets de nature réelle, en l'absence d'inscription au registre foncier“. Il y a donc contradiction entre le CCS, titre final, et l'article 138, tel que l'interprète l'ordonnance fédérale. Il nous paraît évident qu'au point de vue de l'application de la loi actuelle l'ORI met fin à toute controverse. Que l'on critique cette interprétation — comme le fait Haab — ou qu'on l'approuve, il faut s'incliner devant une décision, qui ne fait d'ailleurs que confirmer la jurisprudence antérieure⁴⁸⁾.

On peut, par contre, se demander si — de lege ferenda — il y a lieu de maintenir cette jurisprudence et de donner à l'adjudicataire une situation privilégiée par rapport à un acquéreur ordinaire de l'immeuble. Nous partageons, à tous égards l'opinion de Haab, selon laquelle il n'y a aucune raison sérieuse de lui attribuer des droits plus étendus et il serait infiniment plus logique que la loi sur la poursuite se conformât purement et simplement au droit matériel⁴⁹⁾.

2^o L'article 68 ORI stipule que „si des charges non inscrites au registre foncier ont été constatées dans la

⁴⁸⁾ ATF 24 II N° 61, 30 II N° 19, 40 III N° 73. Leemann, Die Bedeutung der Lastenbereinigung, S.J.Z. 18 p. 37 et ss.

⁴⁹⁾ Haab, Z.S.R. n. F. 44 p. 311.

procédure d'épuration de l'état des charges, l'inscription devra en être requise⁵⁰. Cette disposition vise le cas d'une charge, qui aurait été annoncée en suite de la sommation de l'art. 138, portée au cahier des charges et qui n'aurait fait l'objet d'aucune opposition en conformité de l'art. 140. Par cette disposition la procédure de réalisation forcée est élevée à la dignité d'une cause de constitution de droits réels⁵⁰). Ici encore nous sommes d'accord avec Haab pour dire que cela est inadmissible et qu'il n'appartient pas à une loi sur l'exécution forcée de créer des causes de constitution de droits réels; c'est là la tâche exclusive du droit matériel et l'on ne saurait accepter qu'une loi de procédure fasse de tels empiètements dans un domaine qui n'est pas et ne peut pas être le sien⁵¹).

3^o L'art. 234 al. 2 déclare que l'adjudicataire acquiert la chose avec les droits qui résultent des conditions de vente. Qu'en sera-t-il si, par suite d'une erreur de l'Office des poursuites, les conditions de vente contiennent une servitude active qui, en fait, est radiée dans le registre foncier? D'après l'art. 234 al. 2 l'adjudicataire acquerrait cette servitude, mais nous pensons avec von Tuhr, que cela est complètement exclu; comment une négligence de l'Office, à l'occasion d'une adjudication forcée, pourrait-elle avoir pour conséquence la constitution d'une charge au préjudice d'un voisin complètement étranger à la procédure?⁵²)

4^o L'art. 234 al.1 déclare: „Sauf les cas de promesse formelle ou de dol commis à l'égard des enchérisseurs il n'y a pas lieu à garantie dans les enchères forcées.“

L'absence de garantie est une chose évidente et le législateur n'a cru nécessaire de l'exprimer que parce qu'il a assimilé les enchères forcées à un contrat de vente (art. 229 CO) — conception absolument fausse et abandonnée aujourd'hui par toute la doctrine. Il était pour

⁵⁰) Leemann, S.J.Z. 18 p. 38.

⁵¹) Haab, Z.S.R. n. F. 44 p. 313.

⁵²) von Tuhr, S.J.Z. 18 p. 384.

le moins superflu de remettre en question ce problème et de créer ainsi dans l'esprit des profanes une confusion inutile. Que signifient ces promesses formelles? Il s'agit sans doute des promesses contenues dans les conditions de vente. Mais — dit justement von Tuhr — qui assumera cette garantie? Sera-ce le débiteur dont l'objet est vendu aux enchères contre son gré? Sera-ce le créancier poursuivant qui n'en peut mais? Sera-ce le préposé à l'Office des poursuites ou le Canton? „Je crois pouvoir résoudre ces questions — conclut von Tuhr — en disant que de telles promesses ne peuvent pas être inscrites dans les conditions de vente et que, par conséquent la loi n'aurait pas dû les mentionner.“⁵³⁾ Tel est aussi notre avis et nous constatons une fois de plus que la réglementation de l'adjudication dans le CO a été une faute, parce qu'elle a créé des discordances fâcheuses.

IV. L'adaptation de la LP au droit civil.

Ces exemples nous montrent que l'adaptation de la LP au nouveau Code civil ne s'est pas faite d'une façon très heureuse; il est juste de reconnaître qu'il eût été sans doute difficile de faire plus, sans soumettre la LP à une refonte complète, pour y incorporer tout ce qui, dans la législation nouvelle, touchait à la poursuite pour dettes et pour l'adapter aux conceptions et institutions du nouveau droit. Des raisons pratiques, faciles à comprendre, s'opposaient à cette méthode, qui eût été pourtant, théoriquement parlant, la plus rationnelle. On s'est donc contenté de quelques retouches sommaires, destinées surtout à éviter des divergences de terminologie. La conséquence en est que la LP, en sa forme actuelle, ne règle pas toute la matière de la poursuite mais qu'elle est complétée par une série de dispositions du Code civil dont elle ne fait elle-même aucune mention. Que cela soit anormal, il n'est pas besoin de le démontrer. Certes nous ne pensons

⁵³⁾ von Tuhr, S.J.Z. 18 p. 384.

point — et Haab le démontre fort bien — qu'il soit possible d'éviter quelques empiètements du Code civil sur la loi de poursuite et inversement. Le droit matériel et le droit d'exécution sont liés d'une façon trop inextricable pour que chacun d'eux puisse se cantonner strictement dans le domaine qui lui est propre. Il faut cependant, pour établir le lien entre ces deux droits, s'inspirer d'une méthode uniforme. Ou bien ce sera le Code civil qui fixera les conséquences qu'entraînent, au point de vue de la poursuite, les situations qu'il crée; ou bien ce sera la loi de poursuite qui fixera les conséquences de droit matériel qu'entraînent les différentes phases de l'exécution forcée. Avec Haab, nous pensons que c'est la seconde méthode qui doit être préférée⁵⁴).

Actuellement, la loi suisse n'a adopté aucune de ces deux méthodes, d'une façon systématique — mais tantôt l'une et tantôt l'autre; il en résulte une grande confusion. Qu'il suffise à cet égard de considérer la façon dont notre droit réglemente les effets juridiques de la faillite; la LP est fort loin d'épuiser la matière; une série de dispositions doivent être recherchées dans le Code civil ou dans les lois spéciales. Au surplus, tout le titre sixième de la LP nous apparaît comme un chaos informe de règles qui se suivent, sans ordre logique; ce serait une grande simplification, pour ceux qui sont appelés à consulter cette loi, si l'on procédait à une réorganisation complète de ces dispositions, afin de les ordonner d'une façon plus claire. Nous voulons essayer de suggérer ici, à titre d'essai, un système de classification — sans méconnaître que des changements pourraient y être apportés⁵⁵). Nous diviserions le titre sixième en trois sections: le débiteur, les créanciers, la masse.

⁵⁴) Haab, Z.S.R. n. F. 44 p. 315.

⁵⁵) Il ne s'agit pas pour nous, de proposer des textes définitifs, mais simplement d'énumérer les matières qui devraient, à notre avis, être traitées dans ce titre.

I. Le débiteur.

A. Sa situation juridique.

Il perd le droit de disposer de ses biens, pour autant qu'ils appartiennent à la masse (art. 204 al. 1 et 2 LP).

Il ne peut plus recevoir aucun paiement (art. 205 LP).

Il ne peut plus être recherché par voie de poursuite et les poursuites dirigées contre lui tombent (art. 206 LP).

Il est tenu, sous les peines de droit, de rester à la disposition de l'administration de la masse (art. 229 al. 1 LP).

Il est tenu d'indiquer ses biens à l'Office et de les mettre à sa disposition (art. 222 LP).

L'administration peut lui allouer une assistance équitable (art. 229 al. 2 et 3).

B. Les effets de la faillite sur les actes juridiques et les procès du débiteur⁵⁶⁾.

a) Actes juridiques. Les droits et obligations découlant des contrats non encore exécutés ne passent pas à la masse, à moins que celle-ci ne déclare expressément se charger de l'exécution (art. 211 al. 2 LP)⁵⁷⁾.

⁵⁶⁾ Le projet de Code de commerce italien fait de ces effets juridiques un chapitre spécial; Capo IV: Degli effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti, art. 774—791. Nous avons adopté de préférence la classification de E. Jaeger dans les notes de son cours, que nous avons pu avoir entre les mains.

⁵⁷⁾ Ce principe devrait être précisé: si le contrat a été exécuté par le failli avant la déclaration de faillite, la masse a droit à la contre-prestation.

„Lorsqu'il existe un contrat bilatéral conclu par le failli et imposant encore à ce dernier des obligations, la masse peut, à son choix, reprendre l'opération en lieu et place du failli, si la prestation de ce dernier n'a pas un caractère personnel, ou renoncer à exécuter le contrat.

„Si elle reprend l'opération, l'autre partie peut exiger des garanties pour l'exécution des prestations de la masse (CO 83). Si par contre cette dernière renonce à exécuter le contrat, l'autre partie peut réclamer, par intervention, des dommages-intérêts, si cette renonciation lui cause un préjudice.“ (Art. 220 du projet

1. La vente.

Celui qui, avant l'ouverture de la faillite, a vendu et livré un objet au débiteur ne peut ni résilier le contrat, ni réclamer l'objet, alors même qu'il se serait réservé cette faculté (art. 212 LP)⁵⁸).

2. Le bail.

aa) Faillite du preneur. Elle ne met pas fin au bail, mais donne simplement au bailleur le droit de résilier immédiatement le contrat s'il ne lui est pas fourni des sûretés pour le loyer arriéré et le loyer futur (art. 226 CO).

bb) Faillite du bailleur. Ou bien l'entrée en jouissance n'a pas encore eu lieu: dans ce cas, le preneur ne peut faire valoir qu'une créance pécuniaire, en application

de 1886.) On ne voit pas, dans les travaux parlementaires, pourquoi cet article a disparu du texte définitif. Le dommage qui peut être réclamé est celui qui résulte de l'inexécution de la prestation.

§ 21 KO autr.: „Ist ein zweiseitiger Vertrag von dem Gemeinschuldner und dem anderen Teil zur Zeit der Konkurseröffnung noch nicht oder nicht vollständig erfüllt worden, so kann der Masseverwalter entweder an Stelle des Gemeinschuldners den Vertrag erfüllen und vom anderen Teil Erfüllung verlangen oder vom Vertrag zurücktreten. Der Masseverwalter muss sich darüber spätestens binnen einer vom Konkurskommissär auf Antrag des anderen Teiles zu bestimmenden Frist erklären, widrigens angenommen wird, dass der Masseverwalter vom Geschäfte zurücktritt (voir sur cette procédure art. 775 du projet italien). Im Falle des Rücktritts kann der andere Teil den Ersatz des ihm verursachten Schadens als Konkursgläubiger verlangen. Ist der andere Teil zur Vorausleistung verpflichtet, so kann er seine Leistung bis zur Bewirkung oder Sicherstellung der Gegenleistung verweigern, wenn ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses die schlechten Vermögensverhältnisse des Gemeinschuldners nicht bekannt sein müssten.“ KO all. § 17 et 26; Lyon-Caen et Renault VIII p. 170—171; ATF 32 II 67, 33 II 52; Oechslin, Die rechtliche Stellung des Gläubigers im Konkurse, 1926, p. 35.

⁵⁸) On pourrait éventuellement placer ici l'art. 203 (v. projet italien art. 776); on pourrait également régler à cet endroit le problème de la réserve de la propriété: Jaeger, art. 212 p. 212 à 214.

de l'art. 211 al. 1 LP, à moins que la masse ne prenne la place du failli dans le contrat; ou bien le preneur était déjà en jouissance de la chose louée; dans ce cas, la masse n'a pas le droit de dénoncer avant terme le contrat et le preneur peut exiger la continuation du bail. Il y a lieu de réserver l'art. 259 al. 1 CO⁵⁹).

Dans le bail à ferme, le contrat prend fin dès l'ouverture de la faillite du fermier. Toutefois, si des sûretés suffisantes sont fournies, le bailleur est tenu de laisser subsister le contrat jusqu'à la fin de l'année de bail (article 205 CO).

3. Le contrat de travail.

aa) Faillite de l'employeur. Elle ne met pas fin au contrat mais donne à l'employé le droit de s'en départir si, dans un délai fixé, le paiement de son salaire futur ne lui est pas garanti. Demeure réservée l'application éventuelle de l'art. 352 CO (art. 354 CO).

bb) Faillite de l'employé. Si l'employé n'avait pas commencé son service, et s'il ne veut ou ne peut exécuter le contrat, l'employeur pourra faire valoir une créance pécuniaire à titre d'indemnité pour autant qu'il ne s'agit pas de services purement personnels; si le failli a déjà commencé son travail il doit, dans ce cas, continuer à exécuter le contrat; l'employeur ne pourra faire valoir dans la faillite une créance pour le travail que le failli aurait eu encore à fournir par la suite.

4. Le prêt.

aa) Faillite de l'emprunteur. Le prêteur, s'il n'a pas encore exécuté sa prestation, peut refuser de se dessaisir de l'objet ou exiger des sûretés si le contrat de prêt a été conclu après la faillite, sans qu'il ait eu connaissance de celle-ci (art. 316 CO).

bb) Faillite du prêteur. Si le prêteur est tombé en faillite avant d'avoir effectué le prêt, la masse ne peut

⁵⁹) Jaeger, art. 211 5. b β.

pas se charger de l'exécution du contrat; l'emprunteur ne pourra faire valoir qu'une créance en dommages-intérêts.

5. Le contrat d'édition.

En cas de faillite de l'éditeur, l'auteur, ou ses agents peuvent remettre l'oeuvre à un autre éditeur, à moins qu'ils ne reçoivent des garanties pour l'accomplissement des obligations non encore échues (art. 392 al. 3 CO). En cas de faillite de l'auteur, l'éditeur ne peut faire valoir son droit à la remise du manuscrit que sous forme de dommages intérêts.

6. Le mandat, la commission, le contrat de transport.

Ces contrats prennent fin par la faillite de l'une ou de l'autre partie (art. 405, 425 et 440 CO).

7. Le contrat de rente viagère et le contrat d'entretien viager.

Ils prennent fin par la faillite du débiteur, mais le créancier a droit à une indemnité (528 et 529 CO).

8. Le contrat de société.

La faillite de l'associé entraîne la dissolution de la société simple (art. 545 CO).

En cas de faillite d'un associé en nom collectif ou en commandite, la masse en faillite peut, après un avertissement donné au moins six mois à l'avance, exiger la dissolution de la société. Tant que la dissolution n'est pas accomplie, la société ou les autres associés peuvent, en désintéressant la masse prévenir les effets de cet avertissement (art. 574, 577, 611 CO).

9. Le contrat d'assurance.

En cas de faillite de l'assureur le contrat prend fin quatre semaines après la publication de la faillite (art. 37 contr. ass.).

En cas de faillite du preneur d'assurance (assurance de choses) la masse lui succède dans le contrat — sous réserve de l'application de l'art. 54 sur le changement de propriétaire (art. 55).

La désignation du bénéficiaire (assurance de personnes) s'éteint par la faillite du preneur d'assurance (art. 79).

En cas de renonciation au droit de révoquer la désignation du bénéficiaire, le droit à l'assurance n'est pas soumis à l'exécution forcée (art. 79 al. 2).

Il en est de même quand le preneur a désigné comme bénéficiaire le conjoint ou des descendants (art. 80, 81, 82). Cas spécial de l'art. 83.

b) Procès. Ils sont suspendus, en principe (art. 207LP).

II. Les créanciers.

A. Définition des créanciers de la faillite (voir § 3 KO all.: alle persönlichen Gläubiger, welche einen, zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens, begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben).

B. Enumération des prétentions qui peuvent être produites:

a) celles qui tendent à un paiement en argent, avec les intérêts jusqu'au jour de l'ouverture et les frais (art. 208 LP).

Sont exceptés:

1^o la promesse de donner qui est annulée lorsque le donateur est déclaré en faillite (art. 250 CO).

2^o Le droit aux aliments, prévu dans la loi en faveur du conjoint ou des enfants (art. 160, 172, 289 CCS) à moins que ce droit ne dérive d'un contrat ou d'un jugement (art. 134, 152, 170, 317, 319 CCS)⁶⁰.

b) Les créances qui n'ont pas pour objet une somme d'argent; elles se transforment en créances de valeur équivalente, (art. 211 al. 1 LP); il en est de même des

⁶⁰) Jaeger, art. 197 6. D a p. 26; Blumenstein, p. 652/53.

créances dont le montant est indéterminé, comme par exemple, celles qui tendent à des prestations renouvelées (art. 518 al. 3 CO).

c) Les créances subordonnées à une condition suspensive ou à un terme incertain (art. 210 LP).

d) Les créances résultant d'un cautionnement du failli (art. 215 LP).

e) Les créances contre un associé d'une société en nom collectif, alors même que la société n'est pas en faillite (art. 218 al. 2 LP).

C. Cas où les créanciers ont plusieurs coobligés pour la même dette :

a) Cas où plusieurs personnes engagées pour la même dette sont simultanément en faillite (art. 216 LP).

b) Cas où l'un des coobligés du failli a versé un acompte sur la dette (art. 217 LP).

c) Cas de la faillite simultanée d'une société en nom collectif et d'un associé (art. 218 al. 1 LP).

D) Ordre dans lequel les créanciers gagistes et ordinaires participent à la répartition des biens de la masse (art. 219 LP).

a) Les créanciers gagistes :

1^o Définition des créanciers gagistes. Ce sont ceux qui — créanciers personnels du failli — ont un droit de gage sur un bien appartenant à la masse. Ne sont pas créanciers gagistes de la faillite ceux qui ont un droit de gage sur un bien du failli pour garantir la dette d'un tiers, comme ceux dont le droit résulte d'une lettre de rente ou d'une charge foncière (art. 158 LP).

2^o Le privilège des créanciers gagistes (art. 219 al. 1 et 2 LP).

3^o L'ordre des créances garanties par gage (art. 219 al. 3 LP). Pour les immeubles: art. 813—815 CCS; pour les meubles art. 893 al. 2 CCS.

4^o Le surplus de la créance non couvert par le gage (art. 219 al. 4 LP).

b) Les créanciers ordinaires:

1^o Ils sont répartis en cinq classes; tant que les créanciers d'une classe ne sont pas complètement payés, les classes suivantes ne reçoivent rien. Les créances concourent dans chaque classe à droits égaux (art. 220 LP).

2^o Les cinq classes: (art. 219 LP).

III. La masse.

A. Sa composition.

a) En général (art. 197 LP) La loi devrait mentionner expressément que le gain que le failli réalise en travaillant ou en déployant une activité quelconque, après l'ouverture de la faillite, est toujours exclu de la masse alors même qu'il est devenu exigible avant la clôture de la faillite.

b) Eléments particuliers de la masse. Font partie de la masse:

1^o Tous les biens du failli.

Sont exceptés:

α) Ceux qui ne sont pas susceptibles d'être saisis (art. 92 LP).

β) Le droit à l'assurance qui découle de la désignation d'un bénéficiaire, lorsque le preneur a renoncé à son droit de révoquer cette désignation (art. 79 al. 2 contr. ass.); le droit qui découle de la désignation du bénéficiaire et celui du preneur, lorsque le preneur d'assurance a désigné comme bénéficiaire son conjoint et ses descendants (art. 80 contr. ass.).

γ) Les prétentions du failli découlant du droit de famille (art. 201 al. 1, 292, 327 CCS); par contre les créances du failli contre son conjoint appartiennent à la masse (175 al. 2 CCS).

2^o Le droit de la masse d'attaquer la répudiation d'une succession par un héritier obéré, dans le but de porter préjudice à ses créanciers (art. 578 CCS).

De même l'action en réduction passe à la masse en faillite de l'héritier lésé dans sa réserve, si cet héritier ne

b) Elle est exclue dans un certain nombre de cas (art. 213 al. 2 chiffre 1 à 3 et al. 3). Nous sommes d'accord avec Jaeger pour critiquer la disposition de l'art. 213 ch. 3, qui est d'une rigueur excessive: la compensation devrait être possible quand il est prouvé que l'acquisition a eu lieu de bonne foi avant l'ouverture de la faillite.

c) Elle est révocable dans le cas de l'art. 214, lorsque le débiteur du failli a acquis, avant l'ouverture de la faillite mais ayant connaissance de l'insolvabilité de son créancier, une créance contre lui, en vue de procurer ou de procurer à un tiers au moyen de la compensation, un avantage au préjudice de la masse.

D) Les obligations de la masse.

Ce sont celles qui n'ont pas pris naissance dans la personne du failli, mais sont nées, à la charge de la masse depuis l'ouverture de la faillite. Il faut distinguer:

a) les frais occasionnés par l'ouverture de la faillite et la liquidation de celle-ci (Massekosten) (art. 262 LP).

b) Les dettes de la masse (Masseschulden): ce sont les obligations qui ont été assumées à l'égard des tiers, par l'administration de la faillite pour le compte de la masse et pour lesquelles l'actif de la masse répond. C'est le cas notamment des obligations qui résultent du fait que la masse a repris des contrats conclus par le failli avec des tiers (203 al. 1, 211 al. 2 LP)⁶².

Telle pourrait être, dans ses grandes lignes, la réorganisation du titre sur les effets de la faillite — en y incorporant les règles du Code civil suisse, du Code des Obligations et de la loi sur le contrat d'assurance qui s'appliquent à la matière. Il ne s'agit là que d'une esquisse rapide, susceptible d'un remaniement; nous pensons néanmoins que la nouvelle ordonnance des matières que nous proposons, serait plus logique et constituerait une simplification appréciable.

⁶²) § 58/59 KO all.; § 46 KO autr.

B. La LP et la procédure civile.

Bien que la procédure civile soit réservée aux cantons, la LP ne pouvait éviter d'empiéter sur le domaine des lois de procédure cantonales⁶³); la loi de poursuite renvoyant en effet toute une série de questions à la décision du juge, il en résulte un lien étroit entre elle et les règles auxquelles sont soumis les litiges de poursuites qui se déroulent devant les Tribunaux cantonaux; la LP ne peut dès lors s'en désintéresser; car de la façon dont ces litiges se dérouleront dépend en grande partie le résultat final de l'exécution forcée; selon que ces procédures seront plus ou moins rapides, l'exécution elle-même sera avancée ou retardée.

C'est pour cette raison que la LP prévoit pour une série de litiges, l'emploi de procédures spéciales. L'art. 25 stipule que „les cantons édictent les dispositions nécessaires:

1^o pour organiser la procédure civile accélérée. Dans les procès instruits en cette forme, les parties doivent être assignées à bref délai et les actions vidées, dans la dernière instance cantonale, dans les six mois de l'introduction de l'action;

2^o pour organiser la procédure sommaire en matière d'opposition et de réquisition de faillite.“

La LP est donc restée très réservée dans son intervention; elle a laissé aux cantons le soin de fixer, comme ils l'entendaient, les règles de ces procédures spéciales — sous réserve de quelques indications générales pour la procédure accélérée⁶⁴) et de quelques règles particulières pour la procédure sommaire⁶⁵). La question s'est donc

⁶³) Schurter et Fritzsche, Das Zivilprozessrecht des Bundes, 1924, p. 475 et ss.

⁶⁴) Blumenstein, p. 115—117; Schurter et Fritzsche, p. 479.

⁶⁵) Blumenstein, p. 117—119. Ces règles se rapportent à la durée de la procédure (art. 77, 84, 168, 181) à la convocation des parties (art. 168, 171, 181, 190), aux moyens de preuve auto-

l'intente pas après avoir été sommé de le faire. Pareille faculté lui appartient à l'égard d'une exhérédation que l'exhéréde renonce à attaquer (art. 524 CCS).

3^o Les biens sur lesquels il existe un gage sous réserve des droits de préférence du créancier gagiste (art. 198 LP).

4^o Les biens saisis non réalisés au moment de la faillite et les biens séquestrés (art. 199 LP).

5^o Tous les biens qui, en vertu des art. 214, 285, à 292 LP et 82 contr. ass. peuvent faire l'objet d'une action révocatoire.

B) La revendication.

Echappent à la masse:

a) Les biens appartenant à des tiers et qui sont en la détention du failli (art. 197: tous les biens saisissables du failli.....).

b) Les titres aux porteurs et valeurs à ordre transférés au failli à titre fiduciaire (art. 201 LP).

c) La créance du failli qui a vendu une chose appartenant à autrui et n'en a pas touché le prix avant l'ouverture de la faillite — ou le prix lui-même, s'il a été versé à la masse (art. 202 LP).

d) Les créances et les biens acquis par le mandataire, en son propre nom, mais pour le compte du mandant, à condition que le mandant satisfasse à ses obligations envers le mandataire (art. 401 CO).

e) Les choses vendues et expédiées dont le débiteur n'a pas pris possession avant la déclaration de faillite — à moins que la masse n'en verse le prix au vendeur (art. 203 al. 1 LP). Sont réservés les droits des tiers de bonne foi (art. 203 al. 2 LP).

C) La compensation⁶¹⁾.

a) La compensation est possible, en principe (art. 213 al. 1 LP).

⁶¹⁾ La compensation est liée à la revendication par le fait qu'elle fait échapper à la masse des éléments du patrimoine, à savoir des créances. Blumenstein p. 642.

posée de savoir s'il y avait lieu de *lege ferenda* de prévoir une immixtion plus profonde de la législation fédérale.

a) Nous sommes d'accord, avec Haab,⁶⁶⁾ pour recommander la confirmation, par un texte précis, de la règle posée par la jurisprudence fédérale, en ce qui concerne l'ouverture de l'action. La question de savoir à quel moment l'action doit être considéré comme ouverte se règle, non pas d'après le droit cantonal, mais conformément au principe suivant: le délai est réputé observé lorsqu'avant l'expiration de celui-ci le demandeur a accompli „le premier acte par lequel il engage le procès, en appelle à la protection du juge et prépare dans les formes régulières son intervention“⁶⁷⁾. Ainsi, là où l'on connaît la tentative de conciliation comme préliminaire du procès, il suffit de citer en conciliation — quand bien même, d'après la procédure cantonale, cette citation ne constituerait pas l'introduction de la demande. L'ouverture de l'action devant un juge incompétent ou d'une façon irrégulière à la forme, n'interrompt pas le délai, quand bien même la loi de procédure cantonale permettrait de régulariser ces vices — en fixant par exemple, un délai pour reporter l'action au for compétent⁶⁸⁾. Cette unification de la notion d'introduction de l'action — au sens de la LP — nous paraît heureuse, parce qu'elle supprime de trop grandes inégalités de traitement, de canton à canton. Il est difficilement admissible qu'un délai du droit fédéral puisse être considéré comme observé dans un canton dès le premier acte de procédure, alors que, dans un autre, il faudra recourir à une série de mesures préliminaires⁶⁹⁾. Nous

risés et à la façon dont la preuve doit être rapportée (art. 77, 81, 82), à la communication du jugement (art. 184), à l'appel (art. 174, 185); Schurter et Fritzsche, p. 522 et ss.

⁶⁶⁾ Haab, Z.S.R. n. F. 44, p. 317.

⁶⁷⁾ Jaeger, art. 83 7 p. 250 et jurisprudence citée; 107 5 E p. 392.

⁶⁸⁾ J.d.T. 1919 p. 37 et ss.

⁶⁹⁾ Voir sur cette question: Bachmann, Prozessrechtliche Fragen Z.S.R. n. F. 20 p. 568 et ss. Bachmann fait observer

verrions aussi d'un oeil favorable l'introduction dans la loi future de dispositions permettant de régulariser une procédure introduite de façon irrégulière ou devant un for incompétent⁷⁰).

b) Haab suggère de soumettre à une réglementation fédérale la procédure sommaire prévue en matière d'opposition (77, 81—84, 181 à 185 LP) et de déclaration de faillite (166, 168 à 175, 189, 190 à 192, 195, 196 LP)⁷¹). Nous sommes d'accord pour admettre que cette façon de faire ne se heurterait à aucune objection d'ordre constitutionnel⁷²) — mais nous ne pensons pas qu'il y ait une utilité sérieuse à prévoir une telle immixtion de la loi fédérale dans les procédures cantonales. Cela aurait l'inconvénient de créer, dans certains cantons, deux formes de procédure sommaire, ce qui serait une source de confusion. Il n'y a aucun inconvénient grave à ce qu'il y ait certaines divergences de canton à canton; l'essentiel est que cette procédure soit rapide: les dispositions déjà existantes (art. 84, 171) sont suffisantes à cet égard⁷³).

que si l'on voulait observer les règles cantonales sur l'ouverture de l'action, il y aurait des cas où un créancier serait dans l'impossibilité matérielle d'agir dans les délais fixés par la LP. Voir p. 570. „Ein solcher Zustand widerspricht offenbar der Idee der Rechtseinheit, zu deren Verwirklichung das Gesetz beitragen sollte.“ (P. 571.) Bachmann concluait déjà: „Bei einer Revision des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs sind die Bestimmungen betreffend gerichtliche Klageerhebung in der Weise abzuändern und zu ergänzen, dass der Begriff der Klageerhebung im Sinne des eidgenössischen Gesetzes für alle Kantone gleichmässig festgestellt wird.“ (P. 583.)

⁷⁰) Haab suggère soit de réserver les dispositions cantonales qui règlent cette matière, soit d'introduire des dispositions spéciales dans la loi fédérale; seule cette dernière solution nous paraît désirable, si l'on veut éviter une différence de traitement trop criante de canton à canton.

⁷¹) Haab, Z.S.R. n. F. 44 p. 319.

⁷²) Schurter et Fritzsche, p. 480 not. 693 au sujet de la procédure de divorce.

⁷³) Sous réserve toutefois de la suppression de la seconde instance cantonale que nous proposons ailleurs. Voir p. 428a.

c) A plus forte raison, ne saurait-il être question d'une réglementation fédérale de la procédure accélérée; cela nécessiterait l'introduction, dans la loi de poursuite, d'un code de procédure complet, ce qui serait inadmissible; il en résulterait, en outre, un bouleversement des lois de procédure cantonales⁷⁴). Il y a lieu d'observer d'ailleurs que la seule règle précise posée par la LP, soit la nécessité que „les actions soient vidées dans la dernière instance cantonale, dans les six mois de l'introduction de l'action“ est demeurée lettre morte et n'est, pour ainsi dire, observée nulle part. L'observation de cette règle serait d'ailleurs, dans la majorité des cas, une impossibilité absolue; que l'on songe, par exemple, à l'action en contestation de l'état de collocation de l'art. 250 LP; il s'agit là, souvent, de procès compliqués, nécessitant de nombreuses mesures probatoires: audition de témoins, expertise, etc. et qui exigent un développement aussi important que la plupart des procès instruits dans la forme ordinaire. Tout ce que l'on peut attendre d'une telle procédure, c'est le raccourcissement de certains délais (délai d'opposition au jugement par défaut, délai d'appel). A Genève, la procédure accélérée est théoriquement soumise à une réglementation assez stricte, avec obligation pour le juge de première instance de statuer dans le délai maximum de quatre mois à partir de l'introduction de la cause, et pour le juge d'appel de rendre son arrêt dans les six mois à partir de la même date. Nous ne croyons pas exagérer en affirmant qu'en tout cas pour les procès qui relèvent de la LP, aucune de ces règles n'est jamais observée. Seuls les délais raccourcis, pour les voies de recours, reçoivent leur application.

d) La LP prévoit pour certains litiges un for particulier; ce n'est pas le cas pour tous⁷⁵). Aucun for n'est prévu,

⁷⁴) Haab, Z.S.R. n. F. 44 p. 319, 321.

⁷⁵) Blumenstein distingue judicieusement trois sortes de litiges en matière de poursuite: a) les litiges de droit matériel. Ce sont ceux prévus par les art. 5, 79, 83, 86, 153, 184, 186, 187, 273, 278, 310. b) les litiges de poursuite proprement dits. Ce sont

par exemple pour l'action consécutive au séquestre intentée en application de l'art. 278 LP. La plupart des cantons ont introduit un for spécial; c'est le cas, par exemple, à Genève où l'art. 57 de la loi d'organisation judiciaire stipule „que sont justiciables des tribunaux du canton — sous réserve des traités internationaux — les personnes domiciliées à l'étranger et contre lesquelles un séquestre aurait été pratiqué sur des biens se trouvant dans le canton, pour autant qu'il s'agit de l'action au fond prévue par l'art. 287 LP⁷⁶⁾“ Nous pensons qu'il serait utile que la loi fédérale fixe expressément le for de cette action au lieu du séquestre.

La loi fédérale ne prévoit également aucun for pour l'action en revendication des art. 107 et 109, pour l'action en participation de l'art. 111, pour l'action en revendication de l'art. 242, pour l'action en contestation des droits des tiers de l'art. 284 et l'action révocatoire de l'art. 285.

1^o Le problème du for de l'action en revendication des art. 107 et 109 a donné lieu à de nombreuses difficultés; la jurisprudence admet que le droit fédéral n'est déterminant, à cet égard, que dans les rapports inter-cantonaux. Après des décisions contradictoires, résultant de conceptions divergentes sur la nature juridique de l'action, le TF a décidé que si le for de la poursuite et le lieu où se trouve l'objet litigieux ne sont pas dans le même canton, le for de l'action est au lieu de la situation de l'objet et cela tant pour les actions intentées conformément à l'art. 107 que pour celles intentées en vertu de l'art. 109. La question se pose de savoir si cette règle vaut également

ceux prévus aux art. 77, 80—82, 85, 181, 265, 279. c) enfin, les litiges de poursuite avec effet reflexe sur le droit matériel. Ce sont ceux des art. 107, 109, 111, 148, 242, 250, 284, 285.

⁷⁶⁾ Ont une disposition analogue tous les cantons sauf Uri, Schwytz, Obwald, Soleure, Appenzell (Rhodes int.), Tessin. „Der Gerichtsstand des Arrestorts für die Klage auf Anerkennung der Arrestforderung“ par Hagmann, S.J.Z. 17 p. 198/99.

pour les litiges portant seulement sur l'existence d'un droit de gage ou d'un autre droit réel sur des meubles et pour les litiges portant sur des créances. „On peut surtout se demander — dit Jaeger — si la jurisprudence n'aurait pas dû faire un pas de plus, et instituer, en se fondant sur la notion juridique de l'action, envisagée comme un incident de la procédure de poursuite, un for fédéral uniforme et nous proposerons que l'on considère comme tel, conformément au point de vue développé par la section de droit civil du TF dans les arrêts 31, II, 102 et 32, II, 100 le for de la poursuite, autrement dit du lieu où la saisie a été ordonnée et non pas de celui où le hasard a fait qu'elle ait été exécutée⁷⁷⁾“. Nous estimons aussi — malgré les objections faites à cette solution — qu'elle est la préférable.

2^o Le cas de l'art. 111 est plus délicat. Jaeger estime „qu'actuellement déjà on devrait admettre l'application du droit fédéral tout aussi bien que pour le prononcé sur la main-levée, ou le retour à meilleure fortune, ou pour l'action en modification de l'état de collocation, attendu que l'action en validation de la participation relève exclusivement aussi de la procédure et que le jugement auquel elle aboutit ne fixe pas, une fois pour toutes, la créance de la femme, de l'enfant ou du pupille, mais tranche uniquement la question de savoir si, dans la poursuite engagée, l'opposition à la participation, qui est quelque chose d'analogue à l'opposition au commandement de payer peut ou non être maintenue. C'est pourquoi à notre avis — conclut Jaeger — seul est compétent le tribunal du for de la poursuite“. Cette solution pourra indiscutablement être adoptée de lege ferenda⁷⁸⁾.

⁷⁷⁾ Jaeger, art. 107 5 E p. 392; Blumenstein, p. 393; Reichel, 107 N. 3; voir sur cette question Emil Huber, *Der Gerichtsstand der Widerspruchsklage*, Z.B.J.V. 44 p. 649 et ss.; Bachmann, p. 580/81.

⁷⁸⁾ Jaeger, art. 111, 14; Blumenstein, p. 415/16.

3^o En ce qui concerne l'action de l'art. 242, il est d'ores et déjà admis que son for est toujours celui de la faillite, puisque la masse est défenderesse. Jaeger observe qu'on pourrait se demander si, dans les relations intercantionales, l'action ne devrait pas être portée au lieu de la situation de la chose, lorsqu'elle a trait à un immeuble, dont la masse n'a fréquemment pas la détention de fait. Mais, par analogie avec l'action de collocation la question doit être résolue négativement⁷⁹⁾.

4^o Il ne saurait y avoir de discussion sérieuse pour admettre également le for de la poursuite, en ce qui concerne l'action de l'art. 284.

5^o En ce qui concerne l'action révocatoire, la doctrine et la jurisprudence admettent actuellement qu'elle doit être intentée au for du défendeur⁸⁰⁾. Blumenstein est d'un autre avis⁸¹⁾; il estime que cette action devrait être logiquement intentée au for de la poursuite ou de l'ouverture de la faillite. Cette solution dérive tout naturellement de la conception que cet auteur se fait de la nature juridique de cette action; pour lui, c'est une action du droit de poursuite; elle tend à faire décider si des biens, délivrés à un tiers, en vertu d'un acte juridique déterminé du débiteur, doivent ou non être soumis à la main-mise des créanciers. „Le droit du demandeur à l'action tend à exiger que l'objet lui soit remis pour l'exercice régulier de la procédure d'exécution forcée, en d'autres termes, que ce qui a été reçu par son adversaire, en suite de l'acte attaqué, soit ramené dans la sphère du droit de saisie et de réalisation des créanciers“ (ATF 29 II 87). Nous croyons que cette conception est juste et nous croyons que, de lege ferenda, le législateur serait bien inspiré de soumettre l'action révocatoire au for du lieu de la poursuite ou du lieu de la

⁷⁹⁾ Jaeger, art. 242 6 p. 332; Blumenstein, p. 768; op. contr. Reichel, 242 ss.

⁸⁰⁾ Jaeger, ad art. 285 1 A.

⁸¹⁾ Blumenstein, p. 858.

faillite. Nous estimons, avec Haab⁸²⁾, que des raisons pratiques sérieuses commandent cette solution: il serait choquant que des Tribunaux différents, appelés à se prononcer sur des actions révocatoires dans une même procédure de saisie ou de faillite, statuent de façon différente sur les mêmes éléments de fait — l'un admettant par exemple l'état d'insolvabilité, l'autre ne l'admettant pas. Il y a un intérêt majeur à ce que toutes les actions révocatoires soient réunies entre les mains d'un même juge, qui concentrera ainsi tous les renseignements qui lui permettront de se faire une idée exacte de la situation du débiteur et de sa conduite en affaires. En attribuant à toutes ces actions un for uniforme — celui du lieu de la poursuite ou de la faillite — on réalisera incontestablement une simplification⁸³⁾.

III. Organisation.

1^o L'étendue et l'organisation des Offices de poursuite et de faillite relèvent actuellement de droit cantonal⁸⁴⁾. Tout le monde s'accorde à reconnaître que cette grande liberté laissée aux cantons n'a pas été utilisée partout de façon heureuse. En 1893 déjà, Brustlein, alors directeur du Bureau fédéral de la poursuite, exposant les expériences faites avec la nouvelle loi fédérale demandait une révision sur ce point: „L'étendue et l'organisation des Offices de poursuite et de faillite — proposait-il — seront déterminées par la législation fédérale. L'éligibilité aux fonctions de préposés aux Offices de poursuite et de faillite sera subordonnée à la justification de preuves de capacité. Le traitement de tous les fonctionnaires et employés des Offices de poursuite et de faillite seront

⁸²⁾ Haab, Z.S.R. n. F. 44 p. 324/25.

⁸³⁾ Bachmann, p. 574: „Die aufgezählten Beispiele werden genügen, um die Notwendigkeit darzutun, dass bei einer Revision des Gesetzes die Gerichtsstandsfragen klarer und deutlicher als bis anhin geregelt werden “

⁸⁴⁾ Art. 1 et 2 LP.

fixes. Les casuels seront absolument supprimés. Eventuellement, la Confédération accordera des subventions aux cantons pour parfaire les traitements.⁸⁵⁾ Quelque désirables que puissent paraître ces réformes, nous pensons avec Haab, qu'elles ne sauraient être réalisées sur le terrain fédéral sans soulever, à l'heure actuelle, d'irréductibles oppositions, qui risqueraient de vouer à un échec certain toute tentative de révision. Les raisons mêmes qui ont engagé le législateur fédéral à ne pas modifier l'organisation du registre de commerce — malgré les inconvénients reconnus du système en vigueur — doivent inciter à la prudence, dans le domaine de la poursuite pour dettes et de la faillite⁸⁶⁾. Mieux vaut encore supporter avec patience les défauts de l'organisation actuelle que de provoquer des résistances dangereuses à tout effort de réforme.

2° En dehors des Offices de poursuite et de faillite, la LP prévoit une série d'autorités qui sont appelées à collaborer à son application: l'autorité de surveillance (art. 13 et ss. notamment art. 17); le juge chargé de statuer sur l'opposition tardive (art. 77), sur la mainlevée provisoire ou définitive (art. 80 et ss.), sur l'annulation ou la suspension de la poursuite (art. 85), sur la recevabilité de l'opposition dans la poursuite pour effets de change (art. 181 et ss.), sur la déclaration de faillite (art. 168 et ss., 189, 190 et ss.), sur l'exercice du droit de rétention (art. 284), sur le retour à meilleure fortune (art. 265) etc; l'autorité chargée d'autoriser le séquestre (art. 272); l'autorité qui prononce l'expulsion des locataires (art. 282); l'autorité qui octroie le sursis concordataire (art. 293 et ss.) et qui homologue le concordat (art. 304 et ss.)⁸⁷⁾.

Les questions que ces différentes autorités sont appelées à trancher sont parfois si intimément liées que la délimitation des compétences donne lieu à de très

⁸⁵⁾ Archives II p. 190.

⁸⁶⁾ Mess. du 21 février 1928 p. 104.

⁸⁷⁾ Bachmann, Z.S.R. n. F. 20 p. 549/50.

grandes difficultés. L'exemple le plus frappant est celui du débiteur qui reçoit un commandement de payer et veut le contester; il dispose, selon la nature de sa contestation, des deux moyens suivants: s'il conteste le for ou le mode de la poursuite il doit, dans le délai de dix jours, porter plainte à l'autorité de surveillance: s'il conteste par contre tout ou partie de la dette ou le droit du créancier d'exercer des poursuites, il doit, dans le même délai, (dans la poursuite ordinaire) faire opposition. Cette double procédure est incontestablement, pour le débiteur, une source de difficultés; il n'est pas rare que des débiteurs fassent opposition parce qu'ils considèrent que la poursuite n'a pas été intentée régulièrement, alors qu'ils auraient dû s'adresser à l'autorité de surveillance. Inversement — mais plus rarement, parce que la voie de la plainte est moins connue du profane — des débiteurs recourent à l'autorité de surveillance, alors qu'ils auraient dû faire opposition. Il y a des cas douteux, où l'on peut hésiter entre l'un ou l'autre de ces moyens⁸⁸). C'est là une situation anormale. Le débiteur qui entend contester la notification d'un commandement de payer — pour quelque cause que ce soit — devrait avoir la possibilité de le faire sans être dans la nécessité de consulter un homme de loi pour s'assurer de la voie à suivre.

Le problème de la répartition des compétences entre les diverses autorités prévues par la loi n'est pas nouveau; il a préoccupé les milieux juridiques dès les premières années de l'application de la loi. La Société suisse des juristes s'en est occupée à deux reprises: à Frauenfeld en 1893 où elle entendit deux rapports de Brustlein et de de Salis⁸⁹); à Zoug, en 1901, où MM. Bachmann et Bertoni traitèrent la même question⁹⁰). M. Reichel déclarait à cette occasion: „En ce qui concerne la répartition des compétences entre les Tribunaux et les autorités

⁸⁸) Jaeger, art. 69 ch. 12.

⁸⁹) Archives II p. 234 et ss.

⁹⁰) Z.S.R. 20 p. 549 et ss.

de poursuite, je suis d'accord pour reconnaître qu'elle n'appartient pas aux parties les plus heureuses de la loi en vigueur. Il est souvent difficile de déterminer quelle est l'autorité compétente⁹¹⁾. L'exposé de Bachmann — auquel nous renvoyons nos lecteurs — démontre de façon particulièrement frappante les difficultés pratiques auxquelles on se heurte souvent, ce qui le conduisait à conclure: „Les exemples qui viennent d'être énumérés suffisent à démontrer quels conflits et quels préjudices inévitables peuvent résulter de la dispersion actuelle des compétences des autorités, dans le droit de poursuite — et combien il serait nécessaire de concentrer davantage ces compétences⁹²⁾.“ Cette concentration pourrait, à notre avis, être réalisée comme suit: une seule et même autorité réunirait entre ses mains les compétences de l'autorité de surveillance et du juge chargé de statuer sur les questions suivantes:

- a) recevabilité de l'opposition tardive (art. 77),
- b) main-levée de l'opposition (art. 80 à 82),
- c) recevabilité de l'opposition en matière d'effets de change (art. 182),
- d) annulation ou suspension de la poursuite (art. 85)⁹³⁾,
- e) nécessité d'un inventaire (art. 162) ou de mesures conservatoires (170, 183),
- f) déclaration de faillite après poursuite, sans poursuite préalable ou sur déclaration d'insolvabilité du débiteur (171 à 173, 190 à 192),
- g) révocation de la faillite (art. 194),

⁹¹⁾ Z.S.R. 20 p. 652.

⁹²⁾ Z.S.R. 20 p. 567.

⁹³⁾ „Il n'est pas besoin d'expliquer pourquoi ce sont les autorités compétentes en matière de main-levée qui doivent avoir à prononcer l'annulation de la poursuite, en vertu de sursis ou d'extinction de la dette (art. 85 LP). Ici aussi, comme en matière d'opposition, il s'agit d'une décision liquidant un incident de la procédure en poursuite, mais qui ne préjudicie en rien au jugement à intervenir sur le fond, savoir sur l'existence de la créance.“ Archives II p. 247.

- h) suspension de la liquidation (art. 230),
- i) prononciation de la liquidation sommaire (art. 231),
- j) retour à meilleure fortune (art. 265)⁹⁴,
- k) clôture de la faillite (art. 268),
- l) expulsion de locataires (art. 282),
- m) contestations au sujet des objets emportés clandestinement (art. 284).

Cette même autorité pourrait également exercer les fonctions de l'autorité de séquestre (art. 272) et de l'autorité concordataire (293 à 295, 304 à 306). Cette concentration constituerait, croyons-nous, une grande simplification.

3^o Nous croyons inutile de rechercher ici à qui ces fonctions devraient être attribuées. Haab estime que les tribunaux civils de première instance seraient les mieux qualifiés pour assurer cette tâche „d'autorité de poursuite et de faillite“. Nous estimons que cela est d'importance secondaire; les cantons seraient libres d'organiser ce „tribunal“ comme ils le voudraient et de désigner l'instance à laquelle ce rôle serait confié. Nous sommes par contre adversaires de la double instance cantonale. Bertoni déclarait à l'assemblée de Zoug: „Il est très remarquable qu'à côté de petits cantons ce soit le canton de Berne qui ait renoncé à la double instance, au moins pour les questions d'application de la loi. Cela prouve que l'extension territoriale des cantons n'est pas une cause suffisante pour justifier une double instance cantonale. Au fond, cette double instance est le produit de traditions historiques et de jalousies locales qui sont en opposition avec le mouvement en faveur de l'unification du droit et d'une culture nationale⁹⁵“. Le même auteur donnait l'exemple suivant: „On a établi une procédure très sommaire pour des questions qui souvent ne manquent pas de présenter quelques difficultés. Cinq jours à peine sont accordés au juge pour entendre les parties, recevoir leurs

⁹⁴) Voir sur ce point Bachmann, Z.S.R. n. F. 20 p. 552/53.

⁹⁵) Bertoni, Z.S.R. n. F. 20 p. 586—588.

preuves et pour prononcer; mais à quoi cette hâte peut-elle servir quand le jugement est suivi d'un appel qui peut exiger plusieurs mois? Les délais d'appel eux-mêmes sont généralement plus longs que toute la procédure de 1ère instance. Au Tessin 15 jours sont donnés à la partie pour appeler, 15 jours à l'adversaire pour répondre, une semaine se perd pour la transmission des actes, le Tribunal d'appel a ses ajournements: il n'est pas rare qu'une main-levée provisoire attende ainsi jusqu'à quatre mois.“ Sans même tenir compte de cas extrêmes comme celui-là, il nous paraît désirable d'éviter toute lenteur de procédure, en supprimant la seconde instance cantonale. C'est par exemple, la solution prévue pour l'homologation des décisions obligatoires en matière de communauté des créanciers dans les emprunts par obligations. Le message fédéral déclare: „L'organe compétent pour approuver les décisions obligatoires est donc, suivant nos propositions, l'autorité cantonale en matière de concordat. Dans les cantons où cette matière ressortit à deux juridictions, il faut entendre par „autorité cantonale“ la juridiction supérieure. C'est à celle là seulement que doit être demandée l'approbation des mesures prises.“⁹⁶⁾ L'une des conclusions de Bertoni à l'assemblée de Zoug était: „Il est désirable que l'autorité cantonale appelée à trancher les contestations en matière de poursuites et de faillites soit une autorité judiciaire et que les cantons organisent cette autorité en une seule instance⁹⁷⁾.“ Après trente et un ans, nous reprenons ce même vœu.

En revanche nous sommes partisans convaincus d'une extension des compétences du Tribunal fédéral. Non seulement le Tribunal fédéral doit demeurer l'instance supérieure de surveillance en application de l'art. 19 LP, mais il doit encore connaître de questions qui lui échappent actuellement; c'est le cas notamment des décisions de main-levée, des jugements qui prononcent ou refusent

⁹⁶⁾ Mess. du 21 février 1928 p. 153.

⁹⁷⁾ Z.S.R. n. F. 20 p. 590.

la faillite, de ceux qui homologuent ou révoquent un concordat. Sans compétence du Tribunal fédéral, il sera impossible, par exemple, d'arriver à une jurisprudence uniforme sur la notion de „reconnaissance de dette“. Certains cantons rejettent comme insuffisants, pour justifier la main-levée, les actes juridiques bilatéraux dont l'exécution ne saurait être requise que par celui qui a rempli lui-même ses propres engagements ou a, tout au moins, offert de le faire; d'autres cantons, au contraire, admettent que la main-levée peut être accordée même sur le vu d'une reconnaissance de dette conditionnelle et par conséquent d'un contrat qui confère à chaque partie des droits et des obligations⁹⁸⁾. L'unification juridique est un vain mot si certaines notions fondamentales ne peuvent faire l'objet d'une interprétation commune. — Comme le souligne justement Haab, si les propositions formulées dans le présent rapport, concernant la déclaration de faillite, sont adoptées par le législateur futur, il deviendra indispensable qu'un recours au Tribunal fédéral soit possible, pour qu'une jurisprudence uniforme puisse s'établir sur la notion essentielle d'„insolvabilité“, si l'on veut éviter des inégalités criantes de canton à canton. Nous montrerons plus loin qu'en matière de concordat également l'intervention du Tribunal fédéral est hautement désirable.

4^o Nous avons montré plus haut les inconvénients graves qui résultent actuellement pour le débiteur de la nécessité où il se trouve, à réception d'un commandement de payer, de choisir entre la voie de la plainte et celle de l'opposition. La réunion entre les mêmes mains des compétences de l'autorité de surveillance et du juge de la main-levée permettrait de remédier à cet état de choses. Ce qui est anormal, dans le système actuel, c'est l'obligation qui est faite au débiteur, qui conteste le for ou le mode de poursuite, de se porter demandeur dans une procédure spéciale. Du moment que notre loi permet au

⁹⁸⁾ Jaeger, art. 82 4.

créancier d'introduire une poursuite, sans titre exécutoire⁹⁹⁾ le débiteur doit avoir la possibilité d'arrêter cette poursuite dirigée contre lui, dès qu'il a une contestation à faire valoir — peu importe que cette contestation porte sur le for, le mode de la poursuite, l'existence ou l'exigibilité de la créance. Il faut — autrement dit — que le débiteur puisse empêcher toute continuation de la poursuite simplement en exprimant son „opposition“. Cette opposition n'a pas besoin d'être motivée: — la motivation de l'opposition constitue en effet une complication dangereuse qu'il faut éviter dans toute la mesure du possible. En faisant opposition le débiteur arrête donc le cours de la poursuite; c'est au créancier qu'il appartient alors de faire tomber cet obstacle en provoquant la convocation des parties devant l'autorité de poursuite. On aurait pu songer à une transmission d'office de l'opposition au tribunal, sur le modèle de la procédure dans la poursuite pour effets de change; il faut toutefois, tenir compte du fait que, dans la poursuite ordinaire, la notification d'un commandement de payer n'est souvent qu'une mesure conservatoire ou une tentative faite dans le but de voir la réaction du débiteur; il ne serait pas normal dès lors d'entraîner obligatoirement le créancier dans une procédure qu'il n'a peut-être pas voulue. On pourrait éventuellement permettre au créancier de demander — dans la réquisition de poursuite déjà — la convocation des parties devant le Tribunal, en cas d'opposition. La transmission du commandement de payer au Tribunal s'effectuerait alors sans nouvelle réquisition du créancier. Le Tribunal convoque alors les parties à un débat oral — de la même façon que dans la poursuite pour effets de change:

⁹⁹⁾ Mess. 1886: „Ce qu'il y a de particulier dans la législation sur la poursuite pour dettes en Suisse, c'est 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.“ P. 35.

le débiteur expose ses motifs d'opposition; le créancier s'explique à leur sujet et demande éventuellement la main-levée provisoire ou définitive en produisant l'un des titres exigés par la loi. Il va sans dire que le créancier, au lieu de requérir la convocation des parties devant l'autorité de poursuite, peut agir directement par la voie de la procédure ordinaire; lorsqu'il sera au bénéfice d'un jugement passé en force de chose jugée, il provoquera le débat oral pour faire écarter l'opposition — s'il n'en obtient pas la main-levée amiablement. Il se peut en effet que le débiteur ait encore des exceptions à faire valoir contre la poursuite elle-même ou contre le jugement. Cette procédure de main-levée, postérieure au jugement au fond, n'a rien de singulier, puisqu'elle est déjà prévue par la circulaire N^o 26 du 20 octobre 1910 lorsqu'il s'agit d'un jugement rendu dans un autre canton¹⁰⁰). Le Tribunal peut donc être appelé à prendre l'une des décisions suivantes:

1^o Le débiteur ne conteste pas la dette ou le droit du créancier d'exercer des poursuites; il se borne à faire valoir l'un des moyens qui justifieraient aujourd'hui une plainte à l'autorité de surveillance; le Tribunal statue alors, soit en annulant le commandement de payer — si le moyen invoqué est fondé — soit en prononçant main-levée définitive de l'opposition, s'il ne l'est pas. —

2^o Le débiteur conteste au contraire la dette ou le droit du créancier d'exercer des poursuites. Dans ce cas le Tribunal ne pourra que renvoyer le créancier à agir par la voie de la procédure ordinaire, à moins que celui-ci ne demande la main-levée provisoire ou définitive, auquel cas le Tribunal statuera sur la base du titre qui lui sera présenté. — Le créancier qui ne sera pas en possession d'un titre lui permettant d'obtenir main-levée provisoire ou définitive, s'abstiendra généralement de requérir le débat devant l'autorité de poursuite; il agira directement par la voie de la procédure ordinaire (voir ci-dessus).

¹⁰⁰) Jaeger de poche p. 327.

3^o Le débiteur fait valoir simultanément des exceptions de forme et de fond; le Tribunal examinera d'abord s'il y a lieu d'annuler ou de maintenir en force le commandement de payer; une fois cette question résolue, il renverra le créancier à agir par voie de procédure ordinaire ou il prononcera la main-levée, comme il a été exposé ci-dessus sous ch. 2.

Ainsi que le déclare notre co-rapporteur, la proposition que nous formulons ici, d'un commun accord, n'est qu'une esquisse rapide, destinée à servir de base de discussion. Nous demeurons persuadé, toutefois, qu'elle constitue la solution la plus rationnelle, si l'on veut supprimer la dualité de la plainte et de l'opposition.

IV. Le système des voies d'exécution.

A. Généralités.

I. Le système de notre loi sur la poursuite pour dettes et la faillite est dominé par la distinction qu'il fait entre les débiteurs inscrits au registre du commerce — soumis, en principe, à la procédure de faillite — et les débiteurs non inscrits — soumis, en principe, à la procédure de saisie¹⁰¹).

Aussitôt que l'on envisage la révision de cette loi, le problème fondamental qui se pose est de savoir si l'on veut rester fidèle à ce système ou, au contraire, en adopter tel autre dont les législations étrangères nous offrent l'exemple.

¹⁰¹) Notre loi connaît quelques exceptions à cette règle: d'une part les débiteurs inscrits au registre du commerce ne sont pas soumis à la faillite pour les créances de droit public (art. 43 LP) et les créances garanties par gage (art. 41 LP); d'autre part les débiteurs non inscrits peuvent être déclarés en faillite dans le cas de l'art. 190 ch. 1; ils le sont obligatoirement à leur propre requête (191 LP).

En jetant un coup d'oeil sur ces législations, on constate qu'on peut les diviser en trois classes¹⁰²⁾:

a) Les législations qui restreignent la faillite aux commerçants. C'est le cas notamment de la France, de l'Italie, de la Belgique, de la Pologne, de la Grèce, de la Roumanie, de la Bulgarie et de divers Etats de l'Amérique du Sud. C'est également, en définitive, le cas de la Suisse, car on ne saurait attacher une grande importance pratique au fait que toute personne — même non commerçante — peut se faire inscrire au registre du commerce et se soumettre par là même à la procédure de faillite¹⁰³⁾. Nous croyons que Thaller appréciait nos textes de façon trop théorique lorsqu'il concluait:

„Voilà donc la faillite mise à la portée des non-commerçants, libre à un individu quelconque de renforcer son

¹⁰²⁾ Lyon-Caen et Renault, VII p. 39; E. Jaeger, *Kommentar zur KO* 1931 p. XXII et ss.; Haab, *Z.S.R. n. F.* 44, p. 257/58.

¹⁰³⁾ Haab, *Z.S.R. n. F.* 44, p. 257 note 45; voir en outre Message à l'appui du projet de loi revisant les titres XXIV à XXXIII du CO p. 105 et ss.: „Dans ses prescriptions sur le droit à l'inscription et sur l'obligation de l'inscription, le projet abandonne l'article 865 alinéa 1er du code d'aujourd'hui, suivant lequel toute personne capable de s'obliger a le droit de se faire inscrire dans le registre de commerce du lieu où elle est domiciliée. Guidés par des considérations politiques et psychologiques, les auteurs du Code des obligations avaient attaché une certaine importance à cette question dont la solution devait être un compromis entre le droit civil proprement dit et le droit commercial. Le législateur a voulu donner aux non-commerçants la faculté de se soumettre aux dispositions rigoureuses en matière d'effets de change ainsi qu'à celles de la poursuite par voie de faillite, ce qui leur assure en retour des avantages commerciaux sous forme d'ouverture de crédit. Le registre B n'a pas été beaucoup utilisé. Son emploi n'a jamais été général. A la fin de l'année 1883 il y avait dans ce registre 2097 personnes inscrites, dont 1249 étaient domiciliées dans le canton de Berne. Depuis 1881 il a été procédé à l'inscription de 2556 personnes; 2379 ont été radiées. Aujourd'hui le total est de 177. Au moins la moitié de ces personnes devrait, si l'inscription était régulière, figurer dans le registre A.“

crédit, s'il le croit opportun, en donnant par avance aux tiers la garantie de la liquidation collective. Bien des personnes useront de cette faculté. L'innovation suisse doit être vue d'un oeil favorable, surtout parce qu'elle se présente comme un acheminement vers la faillite générale.¹⁰⁴⁾

Il y a cependant entre le système français et le système suisse une importante différence: en France, tous les débiteurs, commerçants ou non, sont soumis à l'exécution spéciale par voie de saisie. La faillite des commerçants n'intervient que lorsqu'il y a cessation de paiements. En Suisse, seuls les non-commerçants peuvent être poursuivis par voie de saisie; les commerçants ne connaissent que la faillite (sous la réserve exprimée à la note 101).

b) Les législations qui assimilent complètement les commerçants, et les non-commerçants en les soumettant tous à la faillite ou, plus exactement, en prévoyant un régime mixte de saisie et de faillite, lequel ne tient aucun compte de la qualité du débiteur mais exclusivement de la situation de fortune de celui-ci. C'est le cas notamment de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Grande Bretagne (depuis la loi de 1883) du Japon, de la Yougoslavie et de la Tchécoslovaquie.

c) Enfin, les législations qui — dominées par le même principe — consacrent toutefois certaines différences entre la faillite des commerçants et celle des non-commerçants. Ex: Espagne, Hongrie, Norvège, Danemark.

II. Nul ne songe à introduire un système de pure saisie ou de pure faillite.

Le système de la saisie généralisée, présente de graves inconvénients: nous les examinerons plus loin, lorsque nous donnerons les raisons qui militent, selon nous, en faveur de l'extension de la faillite aux non-commerçants; le principal de ces inconvénients est qu'il viole le principe de l'égalité de traitement entre les créanciers, qui devient pourtant un postulat de la justice, aussitôt que le patrimoine du débiteur ne suffit plus pour désintéresser tous

¹⁰⁴⁾ Thaller, I p. 191.

les créanciers. Pour le débiteur lui-même, la succession des saisies individuelles crée un état d'entrave économique si grave que notre loi, qui n'autorise cependant pas un créancier à provoquer la faillite d'un non-commerçant, permet à celui-ci de faire prononcer sa propre faillite¹⁰⁵).

Le système de la faillite généralisée n'est pas moins condamnable.

„Voici — observe justement Thaller — les raisons qui doivent faire conserver la saisie à côté de la faillite. Il se peut d'abord que la résistance du débiteur ne tienne pas à un état précaire, mais à un malentendu sur le sens du titre ou à un entêtement regrettable (. . ., nicht jeder, der eine Forderung nicht begleicht, befindet sich im status cridae, der eine Generalliquidation als angezeigt erscheinen lässt“ . . .¹⁰⁶)

Il y aurait quelque dureté à obliger un créancier de suivre le chemin si long de la faillite quand une voie plus simple le mettrait en mesure de se payer . . . Peut-être le débiteur qui manque de fonds possède-t-il plus de biens qu'il n'en faut pour répondre des poursuites et une réalisation soldera la dette sans difficulté“¹⁰⁷).

Observons que ces arguments valent aussi bien pour le commerçant que pour le non-commerçant. Nous avons vu récemment le cas d'une importante maison de la place

¹⁰⁵) Oberer, Welches System der Schuldbetreibung hat die grösseren Vorzüge? Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege 5 p. 237 ff.; de Montluc, De la faillite des non-commerçants: „Par la déclaration de faillite les poursuites individuelles cessent contre le débiteur . . . (Cette disposition protège) le commerçant en état de cessation de paiements contre les frais énormes et les lenteurs infinies auxquels est exposé le non-négociant par la possibilité de poursuites simultanées, de saisies multiples, sources d'embarras et de complications sans nombre qui venant s'ajouter aux embarras financiers du moment, transforment en une ruine certaine et définitive ce qui n'eût peut-être été qu'une gêne passagère et reparable.“ Revue de droit international 1849 p. 574.

¹⁰⁶) Haab, Z.S.R. n. F. 44 p. 256.

¹⁰⁷) Thaller, I p. 201/02.

de Genève — parfaitement solvable — qui, par suite de la négligence d'employés, qui croyaient une poursuite réglée et ne se préoccupaient pas des actes de poursuite et des convocations qu'ils recevaient, fut sur le point d'être déclarée en faillite pour une somme de moins de dix francs. N'est-ce pas absurde? Nous estimons, avec Haab, qu'aussi longtemps qu'une exécution individuelle est possible, sans inconvénient pour les autres créanciers, il n'y a aucune raison pour l'exclure; bien au contraire, il est de l'intérêt des créanciers, même non poursuivants, d'éviter la perte de valeur qui est l'inévitable conséquence de toute faillite¹⁰⁸⁾.

La saisie et la faillite ne sont pas deux procédures qui s'excluent. L'exécution individuelle est la plus opportune lorsque le débiteur est encore solvable. „Mais cette exécution peut se révéler frauduleuse et vaine, pour ne pas dire dérisoire, si on ne place à côté d'elle, comme sanction de ses abus et de son efficacité, la menace de la faillite. L'une n'est pas incompatible avec l'autre, l'une n'est pas une forme plus avancée que l'autre, elle n'est pas destinée à la supplanter, comme on l'a fait croire dans la confusion des polémiques. Bien au contraire: l'une et l'autre sont indispensables, parce que la procédure collective complète l'autre et en est la sanction la plus efficace.“¹⁰⁹⁾

B. L'extension de la faillite aux non-commerçants.

Il ne peut donc être question que d'adopter l'un des systèmes mixtes dont les législations étrangères nous offrent l'exemple.

La première question qui se pose est de savoir si nous voulons maintenir le système qui réserve la faillite aux

¹⁰⁸⁾ Haab, Z.S.R. n. F. 44, p. 256.

¹⁰⁹⁾ Vivante, Trattato di diritto commerciale, 5ème éd. 1929 I p. 331/32.

commerçants, ou si, au contraire, nous voulons étendre cette voie d'exécution à tous les débiteurs.

Une fois ce problème résolu — et si nous concluons par l'affirmative — il y aura lieu de rechercher quel critère devra servir de base à la déclaration de faillite et si, à cet égard, une distinction devra être faite entre la faillite des commerçants et celle des non-commerçants. Autrement dit, si nous renonçons, pour la Suisse, à nous rattacher aux législations qui réservent la faillite aux commerçants, nous rallierons-nous au système germano-autrichien de l'assimilation complète ou au système qui consacre des différences, selon la qualité du débiteur? Tels sont les deux problèmes que nous voulons successivement étudier:

I. 1^o Il est à peine besoin d'insister — tellement ils sont évidents — sur les inconvénients graves du système de la saisie dès que le débiteur est insolvable c'est-à-dire qu'il ne peut plus faire face à ses engagements.

a) Alors qu'une saine justice commande, dans ces circonstances, que tous les créanciers soient placés sur le même pied, la procédure de la saisie rompt cette égalité de traitement en faveur des créanciers qui se montrent le plus pressants et le plus intransigeants. Ceux qui, au contraire, confiants dans leur débiteur — parce que moins bien renseignés peut-être — lui auront accordé des délais, risquent fort de ne plus trouver de biens saisissables au moment où ils se décideront à poursuivre.

„Nombreux sont les créanciers, et les distances qui les séparent de la résidence du négociant sont fort inégales. Supprimez la faillite: ceux qui habitent à proximité, informés les premiers de la situation embarrassée du débiteur se jetteront sur les biens dont on leur aura révélé l'existence, et ils s'en appliqueront le prix, aux dépens des autres. Ceux-ci apprendront en même temps le désastre de leur client et l'impossibilité où ils se trouvent de rentrer, fût-ce partiellement, dans leur argent. Une aussi cruelle

perspective n'est pas faite pour les engager à traiter. On en reviendra à la vente au comptant.¹¹⁰⁾

Bien que le système des „séries“ cherche à atténuer dans une certaine mesure la rigueur du principe „primus tempore, potior jure“ le délai d'un mois pour participer à une saisie est trop court pour que l'inconvénient que nous venons de signaler ne se manifeste point.

A cette inégalité de traitement qui résulte du système lui-même vient s'ajouter celle qui résultera de l'attitude du débiteur. Le créancier qui apprend immédiatement qu'une saisie vient d'être pratiquée contre son débiteur peut, sans doute, lui faire notifier un commandement de payer et vingt jours après requérir la continuation de la poursuite. Mais l'opposition — même mal fondée ou purement malicieuse du débiteur — pourra retarder suffisamment son action pour l'empêcher de participer. Il est juste de relever toutefois que, si le créancier est au bénéfice d'une reconnaissance de dette, il pourra obtenir la main-levée provisoire — et participer à la saisie, en requérant la saisie provisoire — et cela même si une voie de recours est ouverte. Il n'en subsiste pas moins que la participation ne sera possible que si le créancier a pu agir immédiatement après la saisie qui a ouvert la série.

En 1895 déjà, Brustlein préconisait une révision de la loi pour „faciliter la participation des créanciers à une saisie, en ce sens qu'il ne serait plus possible au débiteur, au moyen d'une opposition abusive, d'empêcher certains de ses créanciers d'arriver à temps et de les exclure de la sorte de la série.“¹¹¹⁾

b) Nul n'ignore les multiples moyens dont dispose le débiteur pour essayer de faire échapper ses biens à la saisie de ses créanciers. L'expérience quotidienne est là pour dire combien ils sont fréquemment employés.

a) Lorsqu'une revendication vient à se produire, c'est au créancier saisissant qu'il appartient de soutenir —

¹¹⁰⁾ Thaller, I p. 128/29.

¹¹¹⁾ Archives IV p. 381.

soit comme défendeur, soit comme demandeur — le procès nécessaire pour faire écarter cette revendication. Si la revendication est douteuse et n'apparaît pas de prime abord comme insoutenable, bien des créanciers hésiteront à se lancer dans une procédure qui peut être longue et coûteuse, alors même qu'elle serait couronnée de succès. Même lorsque la revendication apparaît comme une mesure dilatoire ou une pure chicane, les créanciers renoncent souvent à soutenir un procès, qui les oblige à constituer avocat pour un résultat pratique, parfois aléatoire. Le débiteur spéculé sur cette lassitude.

Brustlein écrivait en 1895: „La procédure fixée par la loi en matière de revendication de tiers dans la saisie n'est pas heureuse. C'est la tache phylloxérique de l'exécution par voie de saisie. Elle prête à des abus fort graves au détriment des créanciers poursuivants. Il y pourrait être remédié par une série de mesures: introduire une procédure préalable, dans laquelle les tiers revendiquants seraient obligés de produire, par devant l'Office des poursuites, les moyens de preuve qu'ils entendraient invoquer devant le Tribunal appelé à prononcer sur leur demande de revendication des biens saisis; limiter le droit de revendiquer toute chose volontairement confiée à un tiers, en le restreignant au dépôt proprement dit, restreindre le droit de rétention du bailleur; supprimer tout droit de propriété de la femme sur les biens meubles par elle remis à son mari.“¹¹²⁾

β) L'un des dangers les plus certains du système de la saisie est la participation de créanciers fictifs, complices du débiteur, qui réussissent à absorber la plus grande partie du produit de la réalisation des biens ou qui, par leur seule participation, suppriment tout intérêt à la continuation de la poursuite. Certes l'art. 148 permet à chaque créancier, dans les dix jours qui suivent la réception de l'extrait de l'état de collocation, d'attaquer cet état au moyen d'une action intentée devant le juge du

¹¹²⁾ Archives IV p. 381.

ressort de la poursuite; l'action est dirigée contre le créancier dont on veut faire écarter la créance. Mais combien de créanciers poursuivants se hasardent à se lancer dans une telle aventure? Et d'ailleurs, à moins de circonstances exceptionnelles, comment un créancier poursuivant saura-t-il si telle ou telle créance, qui participe à la même série que lui, est fictive ou non? Même s'il a des doutes sérieux, n'hésitera-t-il pas à engager un procès, dont l'issue est toujours incertaine pour lui, puisque, au moment où il engage son action, il ne dispose généralement pas des moyens d'investigation nécessaires? Certes il appartient au défendeur d'établir l'existence et le montant contestés de la créance¹¹³); mais, jusqu'à ce que les moyens de preuve apportés puissent être appréciés, le procès sera déjà dans une phase avancée ayant entraîné des frais qui peuvent être importants.

Thaller dit justement: „Les productions fictives de créanciers simulés, compères de l'insolvable, seraient également conjurées ou, tout au moins, rendues plus malaisées par cette prise collective de gage (qui résulte de la faillite). La faillite d'ailleurs amènerait à sa suite la procédure de vérification de créances qui passe, à juste titre, pour offrir des garanties de sincérité, absentes de la procédure de contribution.“¹¹⁴)

γ) Nul ne contestera que la procédure de la saisie ne rende les soustractions de biens, infiniment plus aisées. Les actes par lesquels le débiteur favorise certains créanciers au détriment des autres — et qui, théoriquement, devraient tomber sous le coup de l'action révocatoire — demeurent le plus souvent ignorés des créanciers poursuivants. S'ils ont des soupçons, il leur est bien difficile de les vérifier, de façon suffisamment certaine, pour que les procès à introduire ne comportent pas de très gros aléas.

¹¹³) Jaeger, art. 148 4 p. 560.

¹¹⁴) Thaller I p. 142.

Thaller le dit excellemment: „La séquestration du patrimoine par les créanciers syndiqués, au civil, mettra les intéressés sur la trace des soustractions consommées par le débiteur insolvable; celui-ci sachant qu'il pourrait être pris sur le fait, renoncera à détourner le gage. Car la faillite, c'est l'inventaire, le droit de consulter les livres, de mettre les papiers sous scellés, d'interroger même la correspondance en tant du moins que la dignité de la famille n'est pas engagée dans la révélation des secrets domestiques.

„Si mal tenus que soient les registres et la comptabilité intérieure d'un débiteur, il faut que les circonstances conspirent, comme à plaisir, à faire le mystère autour des créanciers, lorsque la loi les autorise à s'impatroniser dans la demeure, à forcer les secrétaires et à se substituer au débiteur lui-même dans la direction de ses biens. L'individu exécuté aura beau faire disparaître les papiers compromettants qui trahiraient ses fraudes; grâce aux recherches d'un syndic actif et habile, les détournements finiront bien par percer par quelque fissure.“¹¹⁵⁾

Il est vraiment trop facile actuellement à un débiteur civil „de spolier ses créanciers de leur gage, à la seule condition d'y mettre une certaine dextérité.“¹¹⁶⁾

2^o Ce sont ces arguments qui ont conduit la grande majorité des auteurs français à réclamer avec une insistance croissante l'extension de la faillite aux non-commerçants. En 1887 déjà, Thaller se faisait le défenseur habile de cette idée; il écrivait:

„Les conséquences pratiques vraiment déplorables auxquelles mène journellement l'application des saisies individuelles, l'opinion des affaires se manifestant par certaines pratiques judiciaires usitées dans d'importants ressorts, les développements historiques de l'institution, enfin les législations étrangères appartenant aux groupes allemand et anglais, tels sont les facteurs d'informations

¹¹⁵⁾ Thaller I p. 142.

¹¹⁶⁾ Thaller I p. 143.

qui vont nous permettre d'instruire le problème.¹¹⁷⁾ Et il concluait en déclarant que l'intérêt bien compris de la justice réclamait l'abolition des différences actuelles entre le droit commercial et le droit civil, soit l'institution d'une faillite unique, applicable à tous les débiteurs insolubles¹¹⁸⁾. — Si ces arguments sont vrais pour la France, à combien plus forte raison devraient-ils l'être en Suisse où nous ne connaissons pas une législation propre aux commerçants. Lyon-Caen et Renault soulignent, eux aussi, la situation déplorable qui est faite aux créanciers. „Ils sont réduits à pratiquer des saisies sur des biens déterminés, dont le débiteur peut très facilement faire par avance disparaître l'objet, par cela même que n'étant pas dessaisi de l'administration de son patrimoine, il reste, malgré ses embarras, en possession de tous ses biens. L'action paulienne est une protection insuffisante pour les créanciers; elle exige la preuve de faits difficiles parfois à établir et elle est sans application aux paiements faits par le débiteur à certains créanciers qu'il favorise en les désintéressant, au détriment des autres.“¹¹⁹⁾

Le besoin d'une extension de la faillite aux non-commerçants s'est fait sentir en France de façon si pressante que dans quelques villes, les Tribunaux ont

¹¹⁷⁾ Thaller I p. 130.

¹¹⁸⁾ Voir également de Montluc, qui conclut son étude sur „La faillite des non-commerçants“ par ces mots: „Voilà le détail des réformes qu'il y aurait à faire pour substituer au système incomplet et vague de la déconfiture du Code Napoléon, quelque chose de bien arrêté, de bien défini, pour créer, en un mot cette organisation qui devrait exister et qui n'existe pas en droit français: la faillite des non-commerçants. Pour arriver à ce résultat, peu importe le procédé qu'on mettra en oeuvre; on est libre de choisir entre les divers exemples, offerts par les pays voisins: l'important, l'urgent même, si la France tient à conserver le rang qu'elle a si longtemps occupé dans la science de la législation, c'est qu'en cette matière, comme en tant d'autres, une réforme soit faite et une réforme des plus radicales.“ *Revue de droit international* 1869 p. 599.

¹¹⁹⁾ Lyon-Caen et Renault, VII p. 36.

cherché à organiser pour les non-commerçants des mesures analogues à la faillite: nomination d'un séquestre qui se mettrait en possession des biens du débiteur, invitation aux créanciers de produire dans un délai déterminé sous peine de forclusion; suspension du droit de poursuite individuelle etc... Il fallut l'intervention de la Cour de cassation pour déclarer de telles mesures illégales¹²⁰).

3^o En Italie également, le besoin de l'extension de la faillite aux non-commerçants se fait sentir de façon urgente: „Aussi longtemps que l'actif d'un patrimoine dépasse son passif — déclare Vivante — le législateur peut laisser à chaque créancier le soin d'exercer séparément son propre droit. Mais quand le patrimoine ne suffit pas pour tous, la liberté des exécutions individuelles constitue une prime aux créanciers les plus rapides, les plus proches, les moins scrupuleux, au préjudice des plus bienveillants ou des plus éloignés qui le plus souvent arriveront à un moment où le patrimoine du débiteur sera épuisé. Un devoir de justice sociale impose alors au législateur l'obligation de constituer une masse de tous les biens du débiteur, afin qu'ils soient répartis entre tous les créanciers dans la même mesure et que ceux-ci soient unis dans leurs pertes comme ils le furent dans leur confiance envers leur débiteur commun.“¹²¹)

Vivante fait, pour l'Italie, des constatations analogues aux nôtres en ce qui concerne la facilité qu'a le débiteur de soustraire ses biens à l'action de ses créanciers. Restant

¹²⁰) Lyon-Caen et Renault, VII p. 37; Cass. 17 I. 1885 S. 1885 1 102; Cass. 10 VII. 1876 S. 1876 1 405. Des efforts ont déjà été tentés pour faire passer dans la législation l'idée de la faillite des non-commerçants; des propositions de loi avaient été soumises, dans ce but, à la Chambre des députés, mais le Conseil d'Etat auquel elles avaient été renvoyées les rejeta en 1885. La question fut reprise au sein de la Commission de la Chambre, mais elle fut écartée par le motif qu'elle excédait les bornes de sa mission. Lyon-Caen et Renault, VII p. 38 note 1.

¹²¹) Vivante, I p. 323/24.

maître d'en disposer, il peut recourir à mille expédients pour les faire échapper à la main-mise des poursuivants. Voici un tableau pittoresque de l'illustre auteur italien: „La facilité qu'a le débiteur de convertir ses propres avoirs en titres de crédit et spécialement en titres au porteur, lui permet de mettre à l'abri, avec facilité, la meilleure partie de sa fortune. Même lorsque le créancier a connaissance de ces procédés, il ne peut les atteindre, parce que l'exécution des titres au porteurs exige la main-mise sur les titres eux-mêmes, qui sont l'instrument nécessaire pour exercer le droit; or le débiteur peut facilement les soustraire en les déposant en toute sécurité auprès de ses parents ou même auprès d'un banquier, dans le secret d'un coffre-fort — dont la petite clef garde une fortune, à la poursuite de laquelle les créanciers s'essoufflent sans la rejoindre; et aucune sanction pénale ne les frappe pour ces louches manoeuvres. Il n'y a pas d'homme de loi qui ignore combien est misérable le sort des créanciers chirographaires dans les procédures d'exécution. S'il s'agit de meubles, leur garantie se réduit à ce que le débiteur n'a pas voulu mettre à l'abri avant la saisie; les objets précieux et les titres de crédit ont, dans la règle, disparu; la femme et les enfants, même si le débiteur est honnête, ont prévenu le travail de l'huissier, en s'appropriant la meilleure partie du mobilier domestique, en remplaçant l'usage quotidien de celui-ci par un titre de propriété; les biens, les instruments, les machines nécessaires à la profession du débiteur sont soustraits à la saisie; enfin le privilège très étendu du bailleur et les revendications des parents complaisants réduisent encore davantage la garantie déjà exigüe, qui finit par être engloutie par le coûteux jugement d'exécution. S'il s'agit d'immeubles c'est pis encore: une propriété obérée comme la nôtre est inexistante pour les créanciers chirographaires. Si même les hypothèques conventionnelles avaient laissé une marge, le créancier chirographaire plus avisé et plus heureux l'aurait occupée avec une hypothèque judiciaire, dépouillant ainsi de toute

garantie ceux qui auraient dû être ses compagnons de malheur.¹²²⁾

Quelques détails de ce tableau ne sauraient sans doute s'appliquer à notre pays; mais qui oserait affirmer que, dans l'ensemble, il ne reflète pas une réalité dont nous sommes les témoins quotidiens?

Vivante conclut, sans hésitation aucune, en faveur de l'extension de la faillite aux non-commerçants. „Je crois, dit-il, que le système incomplet des voies d'exécution en vigueur chez nous n'a d'autre excuse que notre soumission indolente au modèle français. Si je demande que l'on admette dans notre loi de procédure l'institution juridique élaborée par le génie italique à travers deux millénaires d'histoire et transmis par lui presque à tout le monde civilisé, je le fais dans la conviction que cette réforme constituerait une étape plus avancée, au point de vue technique et moral, de nos règles de procédure. Elle réaliserait la loi de l'égalité et de la solidarité entre ceux qui sont frappés par un désastre commun et elle en atténuerait l'âpreté en obligeant les hommes de mauvaise foi qui ont emporté chez eux, lestement, la garantie commune, à la rapporter dans la masse pour qu'elle soit répartie d'égale façon.¹²³⁾

En Italie également, des efforts législatifs ont été tentés dans ce sens: la commission constituée pour la réforme du code de commerce votait, à l'unanimité, dans sa séance du 6 juillet 1895 un ordre de jour par lequel elle demandait au ministre compétent l'autorisation „d'étudier la question de l'extension de l'institution de la faillite aux non-commerçants“. La commission nommée par décret ministériel du 8 novembre 1919 pour la réforme du code de commerce proposa, en séance plénière, „l'institution d'une procédure collective de faillite pour tous les citoyens, commerçants et non-commerçants“. Les Chambres de commerce des provinces rattachées à l'Italie ex-

¹²²⁾ Vivante, I p. 332/33.

¹²³⁾ Vivante, I p. 351.

primèrent l'opposition la plus vive contre le danger d'une suppression, par suite de l'unification législative, du système de faillite autrichien¹²⁴). Le projet du code de Commerce italien de 1925 a cependant maintenu à la faillite son caractère commercial, pour des raisons — semble-t-il — d'opportunité législative¹²⁵).

4^o Comment cette idée de la faillite d'un non-commerçants pourrait-elle nous choquer en Suisse puisqu'aussi bien, d'après notre loi actuelle, tout débiteur — qu'il soit ou non inscrit au registre du commerce — peut requérir sa propre faillite en se déclarant insolvable en justice? (191 LP). N'y a-t-il pas quelque chose d'illogique à permettre au débiteur civil de provoquer un résultat que ses créanciers ne peuvent eux-mêmes obtenir? Le dépôt du bilan par le débiteur lui-même est, sans doute possible, une mesure sage. „Le débiteur est le meilleur juge des difficultés qu'il traverse. S'il croit la partie perdue, mieux vaut pour lui faire à la justice l'aveu de son impuissance que s'entêter contre le sort“¹²⁶). La faillite, déclarée sur requête du débiteur, présente de multiples avantages:

pour le débiteur lui-même, qui peut ainsi se débarrasser des poursuites dont il est assailli et qui entravent

¹²⁴) Vivante, I p. 351 note 47; p. 323 en note.

¹²⁵) Codice di commercio. Relazione sul progetto p. 216: „La majorité de la Commission, dans sa dernière réunion, avait décidé que — à l'exemple de législations étrangères importantes et notamment de l'ordonnance autrichienne sur la faillite du 10 décembre 1914, en vigueur dans nos provinces recouvrées, et destinée à être remplacée — cette matière devait faire l'objet d'une loi séparée; cela, soit à raison de son caractère prédominant de loi de procédure, soit à raison de la possibilité d'étendre le jugement d'exécution, unique et général, à tout débiteur insolvable, sans le limiter au monde commercial et industriel, comme ce n'est maintenant le cas que dans peu des Etats, dont l'Italie. Mais le gouvernement en a décidé autrement, maintenant à l'institution son caractère commercial dans le projet de loi présenté le 10 février 1923 à la Chambre des députés, pour avoir la faculté de publier, entre autres, le Code de commerce, en y insérant la faillite, à l'occasion de l'unification législative avec les nouvelles provinces.“

son activité économique en ne lui laissant aucun espoir de redressement;

pour les créanciers, qui se trouvent ainsi placés sur pied d'égalité; le débiteur peut par ce moyen, éviter que les créanciers qui ont fait preuve de patience et de condescendance à son égard ne se voient frustrés à l'avantage de ceux qui ont procédé contre lui sans ménagement;

pour les parents du débiteur qui auraient négligé de participer à la saisie dans les délais de l'art. 111¹²⁷⁾.

Le failli réalise ainsi une situation de droit beaucoup plus conforme à la justice que celle résultant des saisies individuelles. Pourquoi, dès lors, ne pas permettre aux créanciers eux-mêmes d'atteindre ce résultat?

L'un des arguments que l'on fait valoir contre l'extension de la faillite aux non-commerçants, dans les pays qui ont adopté le système français, c'est le fait qu'elle entraînerait pour eux le privilège du concordat.

Or, dit-on, cela est anormal — car l'insolvabilité des personnes qui vivent hors des affaires ne peut être que coupable et ne saurait mériter le bénéfice du concordat¹²⁸⁾. Que ce raisonnement soit sans valeur c'est ce qu'il est à peine besoin de démontrer. Mais l'argument ne vaut en tout cas rien pour la Suisse où tout débiteur a le droit de solliciter un concordat, qu'il soit soumis à la poursuite par voie de faillite ou à la poursuite par voie de saisie. Comme le dit le Conseil Fédéral dans son message de 1886: „Il faut que le citoyen gêné mais honnête puisse bénéficier du concordat sans être obligé de subir au préalable la saisie ou la faillite.“¹²⁹⁾ Là encore, nous trouvons une assimilation complète du commerçant et du non-commerçant qui milite en faveur d'un régime commun lorsqu'il s'agit des droits des créanciers.

¹²⁶⁾ Thaller, I p. 173.

¹²⁷⁾ H. Leemann, Die Konkursgründe nach dem Bundesgesetz über Schuldbetr. und K., Zürich 1904, p. 127; Gentinetta, Die Konkurseröffnung ohne vorgängige Betreibung, p. 37.

¹²⁸⁾ Vivante, I p. 342.

¹²⁹⁾ F.féd. 1886 p. 54.

5^o Il résulte de l'exposé qui précède que des quatre pays qui entourent la Suisse, deux — l'Allemagne et l'Autriche — connaissent l'assimilation complète des commerçants et des non-commerçants au point de vue de la faillite, et que les deux autres — la France et l'Italie — réclament cette réforme avec insistance. Les voix discordantes se font de plus en plus rares. Comment, dès lors, la Suisse échapperait-elle à cette pression des législations voisines, actuelles ou futures? Vivante observe justement: „La discordance entre la loi en vigueur dans les pays où la faillite est applicable à tous et celle qui en fait une institution particulière aux commerçants a empêché et empêchera longtemps encore une convention internationale qui donne aux jugements déclaratifs de faillite force exécutoire à l'étranger. Aucun des pays, qui limitent cette procédure aux commerçants ne voudra rendre exécutoire un jugement étranger qui prononce la faillite d'une personne non-commerçante et soumettre ainsi cette dernière à l'expropriation générale qui est le propre de la faillite. Réciproquement, aucun des pays, qui étendent la procédure de faillite à tous les citoyens, ne voudra accepter une convention internationale qui placerait ses propres citoyens dans une condition inégale: commerçants ils seraient sujets à la procédure de faillite dans tous les pays; non-commerçants, ils seraient sûrs, à l'étranger, de ne pas être frappés par la faillite. Pour rendre possibles ces conventions internationales, il est avant tout nécessaire de rendre uniformes sur ce point essentiel, les lois des Etats disposés à s'entendre.“¹³⁰⁾

Notre conclusion est donc la suivante: la saisie et la faillite constituent des voies d'exécution qui doivent co-exister, quelle que soit la qualité du débiteur: commerçant ou non-commerçant.

II. Cela étant posé, la seconde question qui se pose est celle du critère qui devra déterminer la déclaration de

¹³⁰⁾ Vivante, I p. 347/48.

faillite. Ce critère sera-t-il le même pour les commerçants et les non-commerçants ou devra-t-il être différent?

Cela nous conduit à examiner et à discuter les critères possibles. Nous excluons d'abord la solution qui consisterait à énumérer les actes de nature à entraîner la faillite, sur le modèle de la loi anglaise. Le but de cette réglementation est d'éviter l'arbitraire du juge. C'est le système recommandé par Thaller, qui regrette à cet égard, l'ancien code de 1807 d'après lequel la cessation des paiements devait ressortir de certains faits spécifiés: retraite du débiteur, clôture des magasins ou existence d'actes constituant le refus d'acquitter ses engagements de commerce. „Le juge était enfermé dans une barrière que sa mobilité ne supprimait pas entièrement; aujourd'hui cette barrière a disparu.“¹³¹⁾ Quels que puissent être les avantages d'une énumération précise limitant le droit d'appréciation du juge, nous préférons une formule plus large. Le système anglais a „cet inconvénient que la faillite ne peut être déclarée hors des cas déterminés par la loi, alors même que les circonstances paraissent la rendre nécessaire.“¹³²⁾

1^o Les auteurs constatent que si l'on veut adopter un principe général, on peut hésiter entre trois critères:

- a) l'insuffisance d'actif (Ueberschuldung),
- b) l'insolvabilité (Zahlungsunfähigkeit)¹³³⁾,

¹³¹⁾ Thaller, I p. 170.

¹³²⁾ Lyon-Caen et Renault, VII p. 72.

¹³³⁾ Nous avons longtemps hésité avant d'adopter cette terminologie. Le texte français de la LP ne fait aucune distinction entre ces deux notions: „Zahlungsunfähigkeit“ et „Überschuldung“. L'art. 191: „Der Schuldner selbst kann die Konkurs-eröffnung bewirken, indem er sich beim Gericht zahlungs-unfähig erklärt“, a été traduit: „Le débiteur peut lui-même requérir sa faillite en se déclarant insolvable en justice.“ L'art. 287: „Anfechtbar sind im weitem die folgenden Rechts-handlungen, sofern der Schuldner . . . im Zeitpunkte der Vornahme überschuldet war“, a été traduit: „Sont pareillement nuls les actes suivants, lorsqu'ils ont été faits par un débiteur insolvable“. Le même mot français traduit donc „zahlungsunfähig“

c) la cessation de paiements (Zahlungseinstellung).

Il faut les examiner séparément.

a) Tout le monde s'accorde aujourd'hui à reconnaître que l'insuffisance d'actif ne saurait constituer le critère déterminant pour la déclaration de faillite. Il faut entendre par là l'insuffisance des ressources du débiteur pour couvrir ses dettes, la situation du débiteur dont le passif dépasse l'actif. On dit alors que le débiteur est „au-dessous de ses affaires“¹³⁴). Les raisons qui excluent cette cause de faillite sont multiples. La première — et l'essentielle — est qu'il est impossible du dehors de connaître l'état exact du patrimoine embarrassé: „Le créancier manque des éléments nécessaires pour évaluer à distance les biens formant le patrimoine de son débiteur et la preuve de son insolvabilité est à peu près impossible à fournir: ce n'est que la faillite déjà déclarée et l'inventaire confectionné après son ouverture qui le renseigneraient à cet égard“¹³⁵). On ne peut savoir si un débiteur est solvable ou insolvable que „par une véritable discussion et liquidation de ses biens ce qui serait compliqué et exigerait de longs délais“¹³⁶). Toute contestation par le débiteur de son état d'insolvabilité conduirait à des discussions interminables; les éléments très variés dont se compose le patrimoine d'un débiteur, la dispersion de ceux-ci, les fluctuations constantes auxquelles est sujette leur valeur, les modifications

et „überschuldet“ — ce qui constitue une erreur évidente de terminologie. Dans la littérature française, l'expression „insolvabilité“ traduit généralement „Überschuldung“. Considérant toutefois que le mot „Zahlungsunfähigkeit“ — assez fréquent dans notre législation — a toujours été traduit par „insolvabilité“ et que d'ailleurs les Allemands assimilent à ce mot celui d'„Insolvenz“, nous avons adopté cette traduction. Pour „l'Überschuldung“ nous avons adopté l'expression: „insuffisance d'actif“, en considérant que les Allemands parlent, dans ce cas, d'„Insuffizienz“.

¹³⁴) Thaller, I p. 151; Leemann, p. 93.

¹³⁵) Thaller, I p. 176.

¹³⁶) Lyon-Caen et Renault, VII p. 57.

incessantes qui peuvent se produire sont autant de circonstances qui rendent une appréciation extrêmement difficile, pour ne pas dire impossible.

Ce qui intéresse d'ailleurs les créanciers, ce n'est pas l'état de fortune de leur débiteur, mais bien le fait de savoir s'ils seront payés ou non.

Or, si le débiteur, dont le passif est supérieur à son actif, parvient à acquitter ses dettes à l'aide du crédit dont il jouit, il n'y a aucune raison quelconque de donner aux créanciers le droit de s'immiscer dans ses affaires, de le déposséder de ses biens, et d'interrompre son activité productrice. On ne saurait, sans injustice, priver un débiteur, qui n'est pas en retard dans ses paiements, de la possibilité d'améliorer sa situation et de faire disparaître son déficit¹³⁷⁾. Il va sans dire que les moyens auxquels recourt le débiteur pour soutenir son crédit ne doivent pas être factices, car, dans ce cas, on ne saurait maintenir un état de fait qui peut conduire à une aggravation considérable de la situation des créanciers.

b) L'insolvabilité est une notion entièrement différente: c'est l'état du débiteur qui ne dispose pas de moyens liquides suffisants pour acquitter ses dettes exigibles¹³⁸⁾. Il peut y avoir insolvabilité sans insuffisance d'actif: que l'on songe au cas du débiteur — dont l'actif dépasse indiscutablement le passif — mais dont le patrimoine se compose de valeurs difficilement réalisables et

¹³⁷⁾ Leemann, p. 95.

¹³⁸⁾ Oser, art. 83 CO 3a: „Darunter (Zahlungsunfähigkeit) ist zu verstehen der Zustand, wonach es dem Schuldner nicht möglich ist, seinen Geldverbindlichkeiten nachzukommen. Dass die Passiven die Aktiven überschreiten (eine Überschuldung) ist nicht gerade erforderlich und auch nicht genügend, es kommt nur darauf an, wie sich der Zustand nach aussen offenbart. Eine Einstellung der Zahlung braucht nicht vorzuliegen.“ Voir également § 1 de la KO tchécoslovaque de 1931 qui déclare que la faillite est prononcée lorsque le débiteur „nicht imstande ist, seine fälligen Verbindlichkeiten zu erfüllen“. Z. für ausl. u. Privatrecht 1932 p. 160.

qui — ne disposant pas de crédit — manque de ressources liquides pour faire face à ses engagements. Inversement — comme nous l'avons vu ci-dessus — il peut y avoir insuffisance d'actif sans insolvabilité, lorsque le débiteur peut, à l'aide du crédit dont il jouit, se procurer les moyens nécessaires au paiement de ses dettes. L'insolvabilité est la cause de faillite adoptée par les législations allemande et autrichienne¹³⁹).

c) La cessation de paiements n'est qu'une manifestation extérieure de l'insolvabilité; elle consiste dans le fait que le débiteur fait connaître lui-même, expressément ou tacitement, son état d'insolvabilité. C'est l'une des causes de faillite prévues par l'art. 190 LP¹⁴⁰).

Si l'on recherche la volonté du législateur — à l'art. 190 LP — on constate qu'en définitive, c'est bien l'insolvabilité, qui est, à ses yeux, le critère déterminant pour la déclaration de faillite; si le législateur a adopté la notion de la cessation de paiements — c'est uniquement pour faciliter la preuve des créanciers. La cessation de paiements n'est que la forme sous laquelle se manifeste le plus souvent l'insolvabilité du débiteur, et cela explique pourquoi de nombreuses législations — parmi lesquelles le code de commerce français¹⁴¹) — en font la condition de la déclaration de faillite. La loi allemande qui — ainsi que nous l'avons vu — a adopté l'insolvabilité comme cause de faillite ajoute: „il faut admettre, en particulier, l'insolvabilité lorsqu'il y a cessation de paiements.“ (§ 102 al. 2).

Ainsi que le constate Leemann¹⁴²), l'insolvabilité peut se manifester autrement que par la cessation de paiements proprement dite. Ex: le débiteur avoue lui-même son insolvabilité, non pas à ses créanciers, mais à de tierces

¹³⁹) KO all. § 102; KO autr. § 68.

¹⁴⁰) Jaeger, art. 190 II.

¹⁴¹) Code de commerce français art. 437, 438, 441; Code de commerce belge art. 437; Code de commerce italien art. 683.

¹⁴²) Leemann, p. 99.

personnes; l'insolvabilité résulte non d'une déclaration du débiteur lui-même, mais de poursuites infructueuses exercées par les créanciers; le débiteur continue à payer, mais en recourant à un crédit usuraire, en escomptant, par exemple, des effets de complaisance. Si les Tribunaux voulaient s'en tenir strictement au sens technique de l'expression: „cessation de paiements“ ils devraient, dans ces cas, refuser de déclarer la faillite. Pour éviter des situations absurdes, la jurisprudence s'est vue contrainte d'interpréter si largement cette notion qu'elle équivaut pratiquement à toute manifestation extérieure de l'insolvabilité. On peut affirmer dès lors, sans exagération, que les législations qui ont adopté la „cessation de paiements“ comme condition de la faillite ne font qu'exiger en définitive la preuve de l'insolvabilité qui est la vraie cause déterminante. On lit par exemple dans Lyon-Caen et Renault: „Comment la cessation de paiements est-elle prouvée? La loi n'ayant rien dit à cet égard, les Tribunaux forment leur conviction comme ils l'entendent. Le plus souvent la situation embarrassée du commerçant se manifeste par des signes extérieurs faciles à constater, tels que des protêts faute de paiement, des assignations, des jugements de condamnation, des saisies. En l'absence même de ces actes judiciaires ou extrajudiciaires divers faits peuvent établir l'impossibilité pour le débiteur de satisfaire à ses engagements.“¹⁴³⁾ C'est — on le voit — „l'insolvabilité elle-même“ érigée en condition de la faillite¹⁴⁴⁾. Le Tribunal fédéral aboutit à la même conclu-

¹⁴³⁾ Lyon-Caen et Renault, VII p. 67.

¹⁴⁴⁾ Il est intéressant de constater que le projet de Code de commerce italien abandonne la cessation de paiements comme cause de déclaration de faillite. Il y substitue l'insolvabilité, la „Zahlungsunfähigkeit“. V. art. 695: „E dichiarato fallito, su domanda propria o su ricorso di uno o più creditori, oppure d'ufficio, il commerciante in stato di insolvenza. Lo stato d'insolvenza risulta da inadempimenti o di altri fatti esteriori, i quali provino che il commerciante non è più in grado di soddisfare alle proprie obbligazioni.“ V. Relazione sul progetto p. 218.

sion: „La notion de la suspension de paiements ne doit donc pas être comprise dans le sens étroit d'après lequel on supposerait une suspension générale de tous les paiements, de telle sorte qu'il n'y aurait lieu de l'admettre qu'à partir du moment où aucun paiement de quelque importance n'ait été fait. Une suspension de paiements au sens de l'art. 96 du CO existe bien plutôt, alors même que quelques paiements échus n'auraient pas été effectués, dès le moment, où le non-paiement apparaît comme résultant d'une insolvabilité durable, ayant elle-même sa source dans la situation de fortune du débiteur et alors même que cette insolvabilité ne serait pas visible à chacun et qu'elle ne serait révélée qu'à l'égard de celui qui invoque la disposition de l'art. 96 précité.“¹⁴⁵⁾

L'assimilation que nous venons de faire entre la „cessation de paiements“ et „l'insolvabilité“ — la première n'étant que la manifestation extérieure de la seconde — nous conduit à dire que l'état de cessation de paiements ne signifie pas nécessairement que le débiteur soit au-dessous de ses affaires. Le débiteur, dont l'actif est supérieur au passif, peut être ainsi mis en faillite — d'après l'art. 437 Ccom. et l'art. 190 LP — s'il y a cessation de paiements. Cela n'a rien de choquant. Comme le disent justement Lyon-Caen et Renault: „Le fait qu'un commerçant ne paie pas suffit pour motiver l'intervention de la justice. D'abord on n'est jamais certain qu'un individu est solvable, puisqu'en l'absence d'une liquidation accompagnée de publicité, on ne peut connaître exactement ni le montant de ses dettes, ni ce que produiront ses biens; d'autre part, le débiteur resté à la tête de ses affaires, peut prendre des mesures désastreuses et les créanciers ont intérêt à surveiller l'administration de cet actif qui est leur gage.“¹⁴⁶⁾

Cela est vrai aussi pour le non-commerçant: mais il est évident que dans l'appréciation des circonstances de

¹⁴⁵⁾ ATF 23 I 33.

¹⁴⁶⁾ Lyon-Caen et Renault, VII p. 58.

fait qui devront former sa conviction, le juge pourra se montrer plus sévère pour le commerçant qui doit avoir toujours à sa disposition les moyens liquides nécessaires à l'exécution de ses engagements, que pour le „civil“ chez lequel une certaine négligence peut être excusable¹⁴⁷).

2^o Entre les trois notions que nous venons d'étudier, il faut choisir celle qui devra être adoptée comme cause de faillite.

Il faut exclure, nous l'avons vu — l'insuffisance d'actif — tout au moins pour les personnes physiques; et cela, pour les deux raisons principales que nous avons mentionnées: parce que la preuve en est à peu près impossible; parce qu'enfin tant que le débiteur paie, à l'aide du crédit dont il jouit, peu importe pour les créanciers qu'il soit ou non au dessous de ses affaires.

On peut hésiter entre la cessation de paiements et l'insolvabilité. Nous avons toutefois montré que la doctrine et la jurisprudence avaient considérablement étendu la notion de la cessation de paiements jusqu'à en faire, pratiquement, toute manifestation extérieure de l'insolvabilité. Dans ces conditions c'est bien l'insolvabilité, elle-même — la „Zahlungsunfähigkeit“ — qui doit être élevée à la dignité de cause déterminante, ainsi que le font les lois allemande et autrichienne. Nous ne voyons aucune raison impérieuse pour faire à cet égard, une distinction entre commerçants et non-commerçants. Le juge, disposant d'un large pouvoir d'appréciation, tiendra compte de la différence des situations pour déterminer s'il y a ou non insolvabilité. Alors que la loi prussienne de 1885 distinguait encore entre la faillite des commerçants et celle des non-commerçants, la loi allemande de 1887 a admis, à juste titre selon nous, l'assimilation complète. C'est ce que nous conseillons au législateur de faire dans notre future loi de poursuite pour dettes et de faillite.

3^o Nous voudrions signaler ici une idée de Thaller qui mérite d'être examinée „La faillite, dit-il, est une

¹⁴⁷) Thaller, I p. 154; Leemann, p. 111.

mesure trop grave pour pouvoir dépendre d'une cause pécuniaire minime. Quand on est en voie d'arrangement et que rien dans les négociations ne décèle au dehors la mauvaise foi, une conspiration tramée avec quelques créanciers contre les autres, il serait hors de proportion de mettre la faillite au service d'un irréconciliable ou d'un intransigent. On ne peut admettre que le défaut de paiement d'une dette de cent francs puisse constituer la base d'une procédure de dessaisissement général¹⁴⁸. Ecartant l'idée d'une numération sur les sommes, Thaller suggérerait celle d'une numération sur les individus.

„La faillite ne serait déclarée que si plusieurs créanciers la demandaient, deux ou trois, chacun prouvant qu'il y a droit de son chef; et de plus il faudrait démontrer l'existence en outre des poursuivants, d'un total de dettes, cinq, sept ou dix liquides exigibles et non reportées que le défendeur manque de régler. Ces deux chiffres édifieraient le Tribunal sur le revers de fortune du débiteur et sur l'urgence d'une liquidation. Pourquoi sept créanciers et non dix ou huit? Evidemment, il y a sous ce nombre aucun sort mystérieux. Le législateur paraît avoir conçu un faible pour lui: dans une société anonyme il faut sept membres. La loi de faillite, en le prenant à son tour sous son couvert, le défendrait mieux contre la bizarrerie du choix.¹⁴⁸) Ce n'est là — nous semble-t-il — qu'une fantaisie. Il serait contraire à tout l'esprit de notre législation d'enfermer le juge dans des barrières aussi rigides et arbitraires. Un seul refus de paiement — de la part d'un certain débiteur — peut être plus grave et plus révélateur de sa situation que sept ou dix refus de paiements de la part d'un autre débiteur¹⁴⁹). Que le législateur s'abstienne donc de poser des règles trop strictes, qui, selon les circonstances, se révéleraient ou trop larges ou trop étroites. Qu'on laisse au juge le soin d'apprécier librement au risque d'un peu d'arbitraire. Il ne faut pas s'exagérer le danger;

¹⁴⁸) Thaller, I p. 181/82.

¹⁴⁹) Lyon-Caen et Renault, p. 63 et citations note 4.

l'expérience nous montre que, dans la très grande majorité des cas, l'insolvabilité ou la cessation de paiements sont la manifestation d'une véritable insuffisance d'actif et nous n'avons pas encore eu le privilège de voir des faillites qui distribuent aux créanciers du 100% ou même un pourcentage qui permette d'affirmer que, sans la dépréciation inévitable à toute réalisation forcée, l'actif eût couvert le passif. „Celui qui a un actif suffisant paie presque toujours ses dettes, qu'il les acquitte avec ses propres ressources ou à l'aide de celles qu'il se procure grâce à son crédit.“¹⁵⁰⁾

4^o Un dernier problème doit être abordé. Convient-il d'admettre l'insuffisance d'actif — „Ueberschuldung“ — comme cause de faillite, à côté de l'insolvabilité pour les personnes juridiques (société anonyme, société en commandite par actions, société coopérative, et, plus tard, société à responsabilité limitée) et les successions. C'est ce que font les lois allemande et autrichienne¹⁵¹⁾.

Nous avons vu les raisons qui militent contre l'admission de l'insuffisance d'actif comme cause de faillite pour les personnes physiques.

L'insuffisance d'actif d'une personne physique ne signifie pas nécessairement sa ruine économique; si elle jouit encore de crédit, elle peut, bien que son passif dépasse son actif, faire face à ses engagements, et rien ne justifie alors une liquidation générale, de ses biens. Il n'en est pas de même pour les personnes juridiques; les créanciers de la Société anonyme et de la Société coopérative n'ont d'autre garantie que le patrimoine social; le crédit de ces sociétés dépend uniquement de la situation de leur fortune; si leur bilan est déficitaire, c'est leur existence même — à défaut de toute responsabilité des actionnaires ou des sociétaires — qui est anéantie. Dès lors, on ne saurait exiger des créanciers qu'ils attendent jusqu'à ce que l'insolvabilité se manifeste; leur intérêt —

¹⁵⁰⁾ Lyon-Caen et Renault, p. 60.

¹⁵¹⁾ KO all. § 207, 209, 213; KO autr. § 69.

comme l'intérêt général — exige une liquidation immédiate. Le législateur a consacré lui-même ce principe, en imposant aux conseils d'administration l'obligation de déposer le bilan, aussitôt que l'actif ne couvre pas le passif (art. 657 CO). Pourquoi cette circonstance ne permettrait-elle pas aux créanciers de provoquer une liquidation qui s'impose? Si l'on ne permettait pas, dans ce cas, une mise en faillite immédiate, il arriverait fréquemment que le patrimoine restant disparaîtrait et qu'ainsi la seule garantie des créanciers s'évanouirait¹⁵²).

La difficulté considérable de prouver l'insuffisance d'actif d'une personne physique résulte du fait que le créancier n'a pas les moyens de connaître les éléments dont se compose son patrimoine. Il n'en est plus de même pour les personnes juridiques qui sont astreintes à l'établissement d'un bilan; certes, la lecture d'un bilan — c'est-à-dire son appréciation — est chose difficile pour ceux qui ne sont pas intimement liés aux affaires sociales; le bilan n'en constitue pas moins une base de discussion.

Les considérations qui précèdent nous conduisent aux mêmes conclusions que celles de notre corapporteur:

a) Tous les débiteurs, quelle que soit leur qualité, doivent être soumis à l'exécution par voie de faillite.

b) La faillite doit être prononcée pour tous les débiteurs dès qu'il y a insolvabilité et, en outre, pour les personnes morales et les successions, dès que leur actif ne couvre plus leur passif.

c) Aussi longtemps que ces conditions ne sont pas réalisées, tous les débiteurs, quelle que soit leur qualité, restent soumis à l'exécution individuelle, par voie de saisie.

5° L'idée d'une faillite applicable à tous les débiteurs n'a rien de révolutionnaire et n'est d'ailleurs pas nouvelle en Suisse. Il est curieux de constater que, de tous les projets qui ont précédé la loi de 1889, celui qui se rapproche le plus du système mixte et général que nous préconisons

¹⁵²) Leemann, p. 129, 130; Gentinetta, p. 41—42.

ici est le contre-projet de la minorité romande de la commission de 1875. Ce projet, signé Carrard, Friderich, Lambelet et Ruchonnet, pose en principe que la poursuite pour dettes s'exerce par voie de saisie. Toutefois, la faillite est prononcée:

a) sur la demande d'un créancier qui, sans avoir pu obtenir paiement, a perfectionné la poursuite sommaire en vertu d'un effet de change; toutefois, si le Tribunal estime, dans ce cas, après une enquête, s'il l'a jugé nécessaire, que la faillite n'est pas dans l'intérêt des créanciers, il peut renvoyer le poursuivant à procéder à la saisie.

b) sur la demande d'un créancier qui établit que le débiteur est au-dessous de ses affaires et que tout retard mettrait sa créance en péril. Le créancier dont la créance n'est pas échue et qui ne peut agir par voie de saisie, sera admis dans ce cas à provoquer la faillite du débiteur si d'autres créanciers ont saisi.

c) sur la demande d'un créancier qui prouve que le débiteur a pris la fuite dans l'intention de se soustraire à ses engagements, qu'il a commis ou tenté de commettre des actes en fraude des droits de ses créanciers, ou qu'il a cédé ses biens dans les poursuites dirigées contre lui par voie de saisie.

d) lorsque le nombre et la complication des saisies, le fait que l'ordonnance de saisie ne peut pas être exécutée parce que les biens du débiteur sont situés hors de la Suisse, ou d'autres circonstances exceptionnelles et graves rendent la liquidation par voie de faillite préférable à celle par voie de saisie.

e) contre les sociétés commerciales qui ont suspendu leurs paiements.

f) lorsque le débiteur dépose, par écrit, en mains de l'autorité compétente, une déclaration d'insolvabilité.

g) dans le cas d'une succession vacante¹⁵³).

¹⁵³) F.féd. 1886 p. 16/17.

Il est vraiment surprenant que l'on ait pu croire que ce projet était dominé par l'idée de saisie¹⁵⁴); il crée bien plutôt un système mixte de saisie et de faillite, applicable à tous les débiteurs, abstraction faite de leur qualité; le passage de la saisie à la faillite est exclusivement commandé par la situation de fortune du débiteur. Ce n'est pas autre chose, en principe, que le système germano-autrichien dont nous demandons aujourd'hui l'introduction en Suisse. Nous comprenons que parlant de ce projet, à l'occasion de la mort de Ruchonnet on ait pu écrire: „Le projet que signa Ruchonnet en 1875 faisait aux adeptes du système de la faillite des concessions telles qu'aujourd'hui nous ne comprenons pas pourquoi ils l'ont repoussé“¹⁵⁵). Nous ne le comprenons pas davantage. L'adoption de ce projet aurait, à notre avis, constitué un réel progrès sur le système qui a été, en définitive, voté par le peuple suisse. Nous proposons aujourd'hui de revenir aux idées directrices de ce projet d'inspiration romande.

C. Les conséquences de la faillite généralisée.

Le système dont nous proposons l'introduction, en Suisse, entraîne certaines conséquences qui doivent être rapidement examinées:

a) Il supprime, naturellement, la poursuite ordinaire par voie de faillite; le créancier qui voudra obtenir la faillite de son débiteur s'adressera directement au Tribunal, par voie de requête — comme il le fait actuellement pour obtenir la faillite sans poursuite préalable de l'art. 190; il suffira qu'il rende vraisemblable l'insolvabilité du débiteur et sa qualité de créancier. La nécessité d'une décision rapide exige, en effet, l'emploi de la procédure sommaire. Qu'on ne s'épouvante pas trop à l'idée qu'une faillite puisse être prononcée sans que la qualité de créancier de celui qui la demande soit établie avec une certitude absolue; si

¹⁵⁴) de Seigneux, p. 11.

¹⁵⁵) Archives I p. 195.

vraiment le cas d'insolvabilité est démontré d'une façon suffisante pour que le juge acquière la conviction de son existence, c'est alors que l'intérêt général de tous les créanciers — et non seulement de celui qui a déposé la requête — exige la faillite. Cela est si vrai que certaines législations — nous y reviendrons plus tard¹⁵⁶⁾ — permettent la déclaration de faillite d'office par le juge, quand l'insolvabilité du débiteur est notoire. Nous estimons, par contre, que l'on doit maintenir la poursuite pour effet de change; ici, la nature spéciale de l'obligation de change, son caractère strict justifient que le commerçant soit mis en faillite dès le moment où il ne satisfait pas à une telle obligation, sans qu'il soit nécessaire d'établir en outre son insolvabilité. Il est certain d'ailleurs que le non paiement d'un effet de change ou d'un chèque, à son échéance, est, à lui seul, révélateur d'une situation embarrassée, car on est en droit d'attendre d'un négociant une exécution stricte de ses engagements commerciaux, surtout de ceux qui sont assumés au moyen d'effets de commerce — nul commerçant ne pouvant ignorer le caractère rigoureux des obligations qui découlent de ces titres¹⁵⁷⁾.

¹⁵⁶⁾ Voir ci-après p. 492a.

¹⁵⁷⁾ F.féd. 1886 p. 44: „Où gît le caractère particulier de l'engagement contracté au moyen d'une lettre de change par le débiteur inscrit dans le registre (du commerce)? Dans la force exécutoire de l'engagement. La lettre de change est, d'après son origine, destinée à servir, d'une manière facile, prompte et assurée, d'intermédiaire pour les transactions commerciales, elle est de sa nature un papier de commerce, une image fidèle des opérations du négociant, qui consistent en des alternatives incessantes d'achat et de vente, de livraison et de réception, de doit et d'avoir et qui toutes reposent sur le crédit commercial, c'est-à-dire sur l'assurance que la parole donnée sera tenue.“

Fitting, Das Reichs-Konkursrecht und Konkursverfahren, p. 280 note 4, cité par Thaller, I p. 154: „On compte sur une ponctualité absolue de paiement, quand le débiteur exerce un commerce ou une profession voisine, et par conséquent, le fait de transgresser l'échéance éveille chez lui la supposition d'une incapacité de payer (Zahlungsunfähigkeit) . . .“

b) La faillite générale, prononcée pour cause d'insolvabilité, doit supprimer, à notre avis, le système des „séries“¹⁵⁸); ce système est destiné actuellement à atténuer la rigueur du principe: „prior tempore, potior jure“; il constitue un compromis entre le système du privilège du premier poursuivant et le système français de la distribution par contribution; c'est un système compliqué qui a donné lieu à de nombreuses difficultés d'application¹⁵⁹); la différence entre le délai de participation des créanciers poursuivants (art. 110) et celui des créanciers de l'art. 111 est encore une source de complications nouvelles¹⁶⁰). Si l'on admet la possibilité de provoquer la faillite dès que l'insolvabilité est réalisée, il n'y a plus d'inconvénient à donner un privilège au premier créancier saisissant, car des deux choses l'une: ou les créanciers qui viendront après lui trouveront encore des biens en suffisance et ils seront alors satisfaits; ou les biens ne suffiront pas à couvrir leurs créances, et alors, cela suffira à établir l'état d'insolvabilité qui justifiera une requête en faillite¹⁶¹). Toutefois, la suppression de la participation à une saisie déjà

¹⁵⁸) Haab, Z.S.R. n. F. 44 p. 265/66.

¹⁵⁹) Archives III N° 108; N° 119 I et II.

¹⁶⁰) Jaeger, art. 110, 6; Curti, Pfändungspfandrecht und Gruppenpfändung, 1894, p. 90.

¹⁶¹) Haab souligne dans son rapport que, par une singulière ironie, au moment où nous proposons la suppression du système des séries, l'Allemagne envisage son introduction sans son nouveau code de procédure civile. Nous nous abstiendrons de reproduire ici la critique pénétrante de Haab, dont nous approuvons tous les termes et à laquelle nous renvoyons nos lecteurs. L'idée des Allemands est d'aboutir à une „réglementation analogue à la faillite sans faillite“. „Das Ausgleichsprinzip wirkt geradezu konkurshindernd, da es eine konkursähnliche Regelung ohne Konkurs ermöglicht.“ Est-ce bien utile? Ce besoin n'est-il pas exclusivement provoqué par le fait que les Allemands ne connaissent pas une liquidation sommaire de la faillite et qu'ils redoutent l'appareil lourd et compliqué de la liquidation ordinaire pour des masses qui n'en valent pas la peine? V. projet ZPO all. Erl. p. 429—431.

pratiquée doit entraîner le droit pour un époux de poursuivre son conjoint ou tout au moins de provoquer sa faillite, pour les créances résultant du mariage — à l'encontre de l'art. 173 CCS.

c) Il va de soi que la faillite doit faire tomber les saisies existantes comme c'est le cas, actuellement, en vertu de l'art. 199 LP. Il n'y a en effet aucune raison pour faire échapper à la masse des biens qui, après comme avant la saisie, continuent à faire partie du patrimoine du débiteur; le créancier n'acquiert du fait de la saisie aucun droit réel sur les biens du débiteur et l'on ne voit pas pourquoi le créancier saisissant serait privilégié par rapport au créancier de la faillite¹⁶²); cela enlèverait d'ailleurs à la déclaration de faillite une grande partie de ses avantages pratiques. Les créanciers auraient tout intérêt à poursuivre leur débiteur rapidement et sans ménagement pour aboutir à une saisie qui, en cas de faillite ultérieure, leur donnerait une situation privilégiée; la „par conditio creditorum“ que nous cherchons à obtenir, ne serait ainsi pas réalisée¹⁶³). Il faut même aller plus loin que la disposition de l'art. 199 actuel et admettre que le produit de la réalisation des biens saisis doit aussi tomber dans la masse tant qu'il n'a pas été distribué. Par contre, nous ne

¹⁶²) Blumenstein, p. 631/32.

¹⁶³) § 12 KO austr.: „Absonderungsrechte, die in den letzten sechzig Tagen vor der Konkurseröffnung durch Exekution zur Befriedigung oder Sicherstellung neu erworben worden sind, mit Ausnahme der für öffentliche Abgaben erworbenen Absonderungsrechte, erlöschen durch die Konkurseröffnung; leben jedoch wieder auf, wenn der Konkurs gemäss § 166 aufgehoben wird.“

§ 49 ch. 2 KO all.: „Den im § 48 bezeichneten Pfandgläubigern stehen gleich: diejenigen, welche an gewissen Gegenständen ein gesetzliches oder ein durch Pfändung erlangtes Pfandrecht haben.“ Or, le § 48 reconnaît aux créanciers gagistes un privilège sur les objets remis en gage. Le projet de ZPO all. prévoit que le KO devra supprimer ce privilège et astreindre les créanciers saisissants, qui auraient saisi dans les derniers mois avant la déclaration de faillite, à restituer ce qu'ils auront reçu par la réalisation des biens saisis. Projet de ZPO all. Erl. p. 431.

saurions faire nôtre la suggestion de Haab qui voudrait donner à la masse une action en restitution contre les créanciers qui auraient touché le produit de la réalisation pendant un certain délai précédant la déclaration de faillite. Cette action en restitution serait pratiquement irréalisable contre les créanciers étrangers, de telle sorte qu'on en arriverait à favoriser ceux-ci par rapport aux créanciers suisses. Cela ne nous paraît pas désirable. Nous aurions d'ailleurs quelque peine à admettre qu'un créancier puisse être tenu de rendre ce qu'il a obtenu par une procédure d'exécution régulière; cette obligation pourrait être pour lui — suivant les circonstances — une source de gêne considérable, peut-être même de ruine.

d) La généralisation de la faillite ne doit pas avoir pour conséquence de créer pour le créancier poursuivant une situation juridique moins favorable. Or, lorsque le créancier poursuit, par voie de saisie, un débiteur insolvable, il obtient un acte de défaut des biens pour le montant impayé. Cet acte lui accorde certains avantages dont le plus important est, qu'il lui donne le droit de séquestre. Par contre, lorsque le débiteur est en faillite et qu'il ne se trouve aucun bien appartenant à la masse, l'office en fait rapport au juge qui a ordonné la faillite et celui-ci prononce la suspension de la liquidation (art. 230). Dans ce cas, il n'est pas délivré d'actes de défaut de biens¹⁶⁴). Pour parer à cet inconvénient, Haab suggère la délivrance au créancier, qui rendra sa créance vraisemblable, d'un certificat lui donnant droit de pratiquer un séquestre. Cette solution nous paraît ingénieuse et d'une réalisation facile. On ne saurait par contre admettre que le certificat délivré au créancier, sans intervention du débiteur, ait la valeur d'une reconnaissance de dette; mais, cette différence est d'assez peu d'importance, puisqu'en définitive le seul avantage de la main-levée, sera de donner au créancier la qualité de défendeur dans l'action en libération

¹⁶⁴) Jaeger, art. 230 9 p. 287.

de dette; le fardeau de la preuve ne sera même pas renversé¹⁶⁵).

e) L'un des principaux avantages de la faillite par rapport à la saisie est qu'elle facilite la découverte des actes faits en fraude des droits des créanciers; elle permet ainsi de récupérer, en faveur des créanciers, des actifs qui — sans elle — leur auraient très probablement échappé. Mais encore faut-il que la masse ait les moyens de soutenir les procès qui seront nécessaires pour faire rentrer dans la masse les biens distracts. Nous ne pouvons à cet égard qu'approuver la suggestion de Haab qui voudrait que les masses en faillite puissent obtenir l'assistance judiciaire, lorsqu'elles ne disposent pas des moyens suffisants pour plaider; il n'est pas normal que des tiers qui ont bénéficié d'actes frauduleux du débiteur puissent n'être pas inquiétés, simplement parce que la masse en faillite — à raison peut être de ces actes eux-mêmes — est insolvable. Il est vrai que si la masse ne peut pas plaider elle-même — à raison des frais auxquels l'entraînerait une action révocatoire — elle offre la cession des droits litigieux aux créanciers qui en font la demande. Mais bien des créanciers hésiteront, dans ce cas, à soutenir un procès long, coûteux et peut être incertain. Tous ces inconvénients disparaîtraient si la masse en faillite pouvait plaider au bénéfice de l'assistance judiciaire; cette mesure serait non seulement dans l'intérêt immédiat des créanciers de la faillite, mais encore dans l'intérêt général, puisqu'elle permettrait de rétablir une situation conforme à la justice. Il va sans dire que l'assistance judiciaire pourrait s'appliquer non seulement aux actions révocatoires mais à tous les procès qui intéressent la masse, par ex: aux actions en responsabilité contre les administrateurs d'une société anonyme. Cette mesure devrait être applicable également dans les cas où il ne se trouve aucun bien appartenant à la masse (art. 230 LP) mais où il apparaît qu'un procès pourrait faire rentrer certains biens dans la masse. La

¹⁶⁵) Favre, De l'acte de défaut de biens, Z.S.R. n. F. 50 p. 75.

suspension de la liquidation pourrait être retardée sous le contrôle de l'autorité de poursuite. Il faudrait évidemment que la faillite soit tout de même publiée, sans délai.

f) Notre proposition aura naturellement pour conséquence d'augmenter sensiblement le nombre des faillites, et surtout des petites faillites. Il y aurait lieu, dès lors, d'adopter une suggestion que faisait Brustlein en 1893: „Autoriser les offices de faillite à procéder avec l'assentiment des autorités de surveillance, par la voie de la liquidation sommaire lorsqu'ils le jugeront convenable. Déterminer le mode de liquidation sommaire par des prescriptions plus détaillées.“¹⁶⁶⁾

Ces quelques considérations nous montrent que le principe de la faillite étendu à tous les débiteurs — dès que leur insolvabilité est démontrée — ne se heurte à aucune difficulté sérieuse de réalisation et que, bien au contraire, il entraîne une grande simplification de notre loi actuelle. Quelle que soit d'ailleurs l'opinion que l'on ait sur le système des voies d'exécution il est certain que ce problème dominera toutes les discussions — lors d'une révision éventuelle de la LP — comme il a dominé les travaux préparatoires lors de l'élaboration de la loi de 1889. —

V. L'exécution individuelle.

A. La poursuite en réalisation de gage.

L'une des caractéristiques de notre loi est la différence qu'elle fait dans le mode de la poursuite selon que la créance est garantie ou non. La „poursuite en réalisation de gage“ (titre IV) est mise sur pied d'égalité avec la poursuite par voie de saisie et la poursuite par voie de faillite. Est-ce là une solution heureuse? L'avant projet Heusler, conçu dans le même sens, renvoyait également le créancier à agir premièrement sur le gage. „Aucun créancier, dit à ce propos l'exposé des motifs, ne peut se croire lésé parce

¹⁶⁶⁾ Archives II p. 191.

qu'il devra se payer d'abord sur les biens qu'il a lui-même acceptés en garantie, au moment où l'obligation a été créée ou plus tard: il a stipulé cette garantie parce qu'il avait des doutes sur la solvabilité du débiteur et précisément en vue de se couvrir, pour le cas où il faudrait recourir contre le débiteur à des moyens d'exécution forcée. Dans le plus grand nombre des cas où un gage a été donné avec ou sans nantissement, ce qu'il y a de plus naturel, c'est qu'on saisisse d'abord la chose donnée en garantie; le principe admis avec raison par mainte loi cantonale, qu'il n'y a pas lieu de recourir contre la caution aussi longtemps qu'il reste un gage, peut à bon droit être mise en pratique à l'égard du débiteur lui-même.¹⁶⁷⁾ Heusler en arrive donc à refuser au créancier gagiste toute autre voie d'exécution que celle de la réalisation du gage. Comme le constatent justement Brustlein et Rambert¹⁶⁸⁾, sous un régime où la poursuite devait forcément aboutir à la faillite, il n'eût guère paru équitable d'admettre qu'un créancier pût provoquer la liquidation de tout le patrimoine du débiteur, avant d'avoir épuisé les biens affectés spécialement et par privilège à l'extinction de sa créance. „L'on peut se demander — ajoutent ces auteurs — si le régime actuel de la poursuite ordinaire par la voie de la saisie comporte la même solution. Supposons en effet que des tiers créanciers pratiquent saisie sur les biens du débiteur. Quelle sera la situation du créancier gagiste? Obligé de requérir d'abord la vente de son gage et d'en attendre le résultat, il risque de ne pas arriver en temps opportun pour saisir à son tour, en cas d'insuffisance de gage.“ Brustlein et Rambert rappellent que le projet du Conseil fédéral cherchait à remédier à cet inconvénient, au moyen de la disposition suivante: „Le créancier qui estime le gage insuffisant peut, même avant sa réalisation, requérir du préposé qu'il soit procédé à son évaluation. S'il résulte

¹⁶⁷⁾ Heusler, *Motifs* p. 82 trad. franç.

¹⁶⁸⁾ Brustlein et Rambert, *Poursuite pour dettes et faillite* p. 207.

de cette taxe que la créance est à découvert, le créancier peut exiger, suivant la qualité du débiteur, qu'il soit procédé par voie de faillite, ou que le préposé complète la poursuite sur le gage par la saisie d'autres biens¹⁶⁹. Cet article fut rejeté par la Commission du Conseil des Etats sous le prétexte que „le nantissement et le contrat hypothécaire contiennent une sorte de convention tacite entre les parties par laquelle le créancier s'engage à réaliser le gage avant d'invoquer la responsabilité personnelle du débiteur¹⁷⁰“. Cette opinion fut contestée, à juste titre, par Mr. Ruchonnet qui faisait observer que dans la plupart des législations cantonales „le gage ne faisait que donner une garantie de plus, sans créer un engagement réciproque“ et le créancier gagiste pouvait d'ordinaire saisir d'emblée tout autre chose que le gage.

Nous pensons que rien ne justifie le maintien d'une poursuite spéciale en réalisation de gage. La loi autrichienne, par exemple, contient dans le chapitre sur la saisie des choses mobilières un article ainsi conçu: „Si le créancier poursuivant a, en sa détention, une chose corporelle du débiteur, sur laquelle il ait un droit de gage ou de rétention, pour la créance qui fait l'objet de la poursuite, le débiteur peut, pour autant que la créance est couverte par l'objet, requérir du Tribunal d'exécution la limitation de la saisie à cet objet.“¹⁶⁹) Pas de distinction, par conséquent, entre la créance garantie et celle qui ne l'est pas; l'objet remis en gage est saisi en même temps que les autres biens; le débiteur a seulement droit de faire limiter la saisie à cet objet¹⁷⁰).

Le système des voies d'exécution que nous avons proposé dans un précédent chapitre rend inutile un mode de poursuite spécial pour les créances garanties; le cré-

¹⁶⁹) § 263 EO autr. Voir dans le même sens § 777 ZPO all., repris par le § 851 du projet allemand.

¹⁷⁰) Haab observe, à juste raison, que la saisie du gage n'a rien de choquant car, maintenant déjà, la réquisition de vente produit des effets analogues à ceux de la saisie. V. art. 155 LP.

ancier, qui est au bénéfice d'un droit de gage ou de rétention, dépose sa réquisition de poursuite en y indiquant l'objet du gage. S'il ne le fait pas, le débiteur peut l'y contraindre¹⁷¹). Une fois le commandement de payer passé en force, le créancier gagiste dépose comme tout créancier ordinaire la réquisition de continuer la poursuite; l'objet du gage est saisi en premier lieu et estimé¹⁷²). Il est procédé à la saisie d'autres biens, dans la mesure où l'estimation du gage révèle un découvert¹⁷³). Au moment de la réalisation, le gage est vendu en premier lieu; il n'est procédé à la vente d'autres biens que dans la mesure nécessaire pour combler le découvert¹⁷⁴). Si au moment de la saisie, il n'existe pas de biens en suffisance pour couvrir la créance poursuivie, cela révèle l'état d'insolvabilité du débiteur; le créancier gagiste est alors en droit de provoquer la faillite, au même titre que pourrait le faire un créancier ordinaire¹⁷⁵). Cette manière de procéder est très proche de celle que proposait le Conseil fédéral

¹⁷¹) Il va sans dire que si le débiteur veut contester le gage lui-même, il pourra le faire en formant opposition, comme c'est le cas actuellement.

¹⁷²) En cas de réalisation du droit de gage immobilier, il y a lieu d'appliquer l'art. 806 CCS. Le gage grevant un immeuble donné à bail comprend également les loyers ou fermages qui ont couru dès la poursuite en réalisation de gage commencée par le créancier... jusqu'au moment de la réalisation. Cet effet doit donc se produire dès le dépôt de la réquisition de poursuite (ORI art. 91 ss.).

¹⁷³) Et à la condition qu'il existe une responsabilité personnelle du débiteur.

¹⁷⁴) Si l'insuffisance du gage ne se révèle qu'au moment de la vente, il est procédé alors à une saisie complémentaire en application de l'art. 145 LP.

¹⁷⁵) L'insolvabilité pourrait résulter d'autres circonstances, avant même la saisie, ce qui donnerait au créancier gagiste — d'après le système proposé par nous — le droit de requérir la faillite. Ainsi disparaîtrait le principal inconvénient de la poursuite en réalisation de gage actuelle qui place souvent le créancier gagiste dans une situation plus défavorable que le créancier ordinaire.

dans son projet, soit: possibilité de provoquer la saisie d'autres biens ou la faillite, dès avant la réalisation du gage. La seule différence est que la saisie ou la faillite intervenait — dans le projet fédéral — selon la qualité du débiteur, tandis qu'elle intervient, dans notre système, selon l'état de fortune du débiteur. La suppression de la poursuite en réalisation de gage constituerait une simplification évidente de notre système législatif: elle conduirait, notamment, à la suppression du certificat d'insuffisance de gage qui a soulevé de nombreuses controverses¹⁷⁶). Le créancier qui ne trouverait pas des biens en suffisance pour couvrir sa créance — et qui, renoncerait à provoquer la faillite du débiteur — recevrait, comme un créancier ordinaire, un acte de défaut de biens.

B. Les différentes procédures d'exécution.

L'un des vices de notre procédure d'exécution individuelle est l'absence d'une différenciation suffisante selon l'objet de la saisie; notre loi se distingue, à cet égard, des législations des pays qui nous avoisinent. Lorsqu'on ouvre, par exemple, la loi autrichienne, on constate immédiatement sa division bipartite en „exécution sur la fortune immobilière (§ 87 à § 248) et „exécution sur la fortune mobilière“ (§ 249 à § 345). Ce dernier chapitre se divise lui-même en plusieurs sections: exécution sur les choses corporelles (§ 249 à 289); exécution sur les créances (§ 289 à 324); exécution sur les prétentions en restitution ou en prestation de choses corporelles (§ 325 à 329); exécution sur les autres droits patrimoniaux (§ 330 à 345). La ZPO allemande est conçue dans le même esprit (*Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen*) qui se divise en „*Zwangsvollstreckung in körperliche Sachen*“ § 808

¹⁷⁶) Notamment, sur la question de savoir s'il vaut comme reconnaissance de dette, au même titre que l'acte de défaut de biens. V. sur cette question Jaeger, art. 82 2 p. 237 et art. 158 3 p. 29.

à § 827 et „Zwangsvollstreckung in Forderungen und andere Vermögensrechte“ § 828 à § 863; „Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen“ § 864 à § 882. Le projet allemand reprend la même subdivision. La loi italienne fait aussi des distinctions analogues. La classification adoptée par le projet italien du Code de procédure civile est particulièrement heureuse (Titolo sesto: Della esecuzione forzata di un obbligo di pagare una somma di denaro. Capo I: Disposizioni generali. Capo II: Della espropriazione di beni mobili. Capo III: Dell'usufrutto forzato di beni immobili. Capo IV: Della espropriazione di beni immobili, di diritti immobiliari o di aziende commerciali. Capo V: Della esazione e della espropriazione dei crediti. Capo VI: Della espropriazione di beni indivisi). Nous pensons que la loi future devrait s'inspirer de cette conception et nous pouvons, à cet égard, nous rallier à la suggestion de Haab qui propose une division tripartite en „exécution sur les choses mobilières“, „exécution sur les immeubles“ „exécution sur les créances et autres droits.“

I. Exécution sur les choses mobilières.¹⁷⁷⁾

Notre loi est muette sur l'acte constitutif de la saisie. La doctrine et la jurisprudence estiment que l'exécution de la saisie consiste dans la déclaration expresse que certains objets déterminés sont saisis et dans l'inscription de cette déclaration au procès verbal de saisie; d'après la jurisprudence du TF la déclaration de saisie entraîne déjà l'interdiction pour le débiteur de disposer des biens saisis, tandis que les créanciers n'acquièrent des droits sur ces biens que dès le moment de l'inscription au procès verbal¹⁷⁸⁾. D'après Blumenstein, au contraire, les droits

¹⁷⁷⁾ Nous renonçons à traiter deux problèmes qui devront retenir l'attention du législateur futur: celui des objets insaisissables (v. Archives I p. 91—92) et celui de la saisie sur salaire (v. Haab, Z.S.R. n. F. 44 p. 302 et ss.).

¹⁷⁸⁾ Jaeger, art. 89 4; ATF 23, 258 c. 1.

des créanciers prendraient également naissance à la déclaration de saisie déjà¹⁷⁹⁾. Nous estimons que la loi doit déterminer expressément l'acte qui réalise la saisie et déploie ses effets à l'égard de tous — débiteur et créancier — simultanément. La loi autrichienne considère que la saisie est effectuée par l'inscription au procès-verbal (§ 253)¹⁸⁰⁾. Nous estimons, au contraire, que la saisie doit être réalisée par la déclaration faite au débiteur („Il pignoramento consiste in una ingiunzione che l'ufficio fa al debitore di non godere e di non disporre della cosa e del diritto soggetto all'esecuzione, in modo che possa contrastare coi fini dell'esecuzione stessa“ art. 497 Prog. CPC).

La réalisation des choses mobilières est réglée, dans notre loi, d'une façon fort peu satisfaisante: la vente aux enchères constitue la règle; la vente de gré à gré n'est que l'exception. La tendance des législations les plus modernes est au contraire, d'éviter, dans toute la mesure du possible, le recours aux enchères publiques, pour adopter des modes de réalisation qui aient davantage l'apparence extérieure d'une transaction commerciale que d'un acte de procédure. Ces législations étendent, par conséquent, le terrain d'application de la vente de gré à gré¹⁸¹⁾. Lorsque la vente aux enchères est inévitable, celle-ci est organisée de façon à produire le résultat maximum.

a) Bien que la loi allemande fasse de la vente aux enchères le mode de réalisation normal des choses corporelles, une disposition spéciale stipule „qu'à la demande

¹⁷⁹⁾ Blumenstein, p. 336.

¹⁸⁰⁾ V. § 808/09 ZPO all. et § 888 du projet allemand: „Körperliche Sachen werden dadurch gepfändet, dass der Gerichtsvollzieher sie in Besitz nimmt.“ § 889 pour les objets laissés au débiteur.

¹⁸¹⁾ Proposition de Brustlein en 1893: „Remplacer dans les contrats de quelque importance, la vente aux enchères publiques par des ventes de gré à gré faites dans les locaux de vente spéciaux.“ Archives II p. 191. „La vente aux enchères publiques coûte cher et rapporte peu.“ Archives I p. 93.

du créancier ou du débiteur, le Tribunal d'exécution peut ordonner que la réalisation d'une chose saisie soit effectuée d'une autre façon que celle réglementée par la loi" (§ 825). Le projet de ZPO reproduit cette disposition en précisant que cette mesure sera prise „wenn eine andere als die vorgeschriebene Verwertungsart der Erreichung des Vollstreckungszweckes dienlicher erscheint" (§ 907).

Le projet italien est conçu dans le même esprit: „Si le créancier et le débiteur ne tombent pas d'accord sur le mode de vente, celle-ci s'effectue de la manière déterminée par l'Office, qui choisit — en tenant compte de toutes les circonstances — le mode qui peut donner le meilleur rendement avec le minimum de frais" (art. 539 Prog. CPC). Quand les circonstances le commandent, le mode de vente adopté peut être modifié par accord des parties ou décision de l'Office (art. 540).

La loi autrichienne est plus détaillée: les objets cotés à la bourse ou au marché doivent être vendus de gré à gré (§ 268); ils peuvent être expédiés dans un autre lieu, chaque fois que cela offre l'occasion d'une réalisation plus avantageuse; la vente aux enchères publiques ne peut être ordonnée que si ces objets n'ont pu être vendus de gré à gré dans le délai de trois semaines depuis l'ordre de vente donné par le Tribunal (§ 270 II). Les autres objets sont, en principe, vendus aux enchères. Toutefois, si huit jours au moins avant la date des enchères quelqu'un se déclare prêt, en fournissant des sûretés s'élevant au quart au moins de la valeur d'estimation, à acquérir les objets saisis, en tout ou partie, à un prix qui dépasse d'un quart en moins leur valeur d'estimation, le Tribunal peut accepter cette proposition, après avoir entendu le débiteur saisi, et moyennant l'accord du créancier poursuivant et de ceux qui ont sur les objets un droit de gage et dont les créances ne sont pas indiscutablement couvertes par le prix offert (§ 271). Indépendamment de cette éventualité, le Tribunal peut, à la demande du créancier poursuivant ou du débiteur — et si cela apparaît dans l'intérêt évident de tous

les intéressés — ordonner que la réalisation des objets saisis interviendra d'une autre façon que par voie d'enchères publiques (§ 280 al. 1)¹⁸²⁾.

b) La vente des objets saisis a lieu, en principe, à l'endroit où ils se trouvent; mais ces législations prévoient, avec raison, qu'ils peuvent être expédiés dans un autre lieu, soit pour leur vente de gré à gré, soit pour leur vente aux enchères chaque fois qu'on peut espérer par là obtenir une réalisation à de meilleures conditions (§ 825 ZPO; § 897 Proj. ZPO; art. 538, 542 Prog. CPC; § 268, 274 EO: „C'est le cas notamment pour les objets de grande valeur, les objets en or ou en argent, les bijoux, les objets d'art, les collections, etc.“).

c) La loi autrichienne et le projet italien prévoient la vente de gré à gré par l'intermédiaire d'un commissionnaire auquel les objets peuvent être confiés (§ 268 EO art. 541 Prog. CPC). Le but poursuivi est de donner à la vente l'apparence extérieure d'une transaction commerciale plutôt que d'une réalisation judiciaire.

d) La loi autrichienne et la loi allemande ne connaissent qu'une seule enchère; elles n'exigent pas que, lors d'une première enchère, l'offre atteigne au moins le prix d'estimation (art. 126 LP). Nous proposons que la loi future s'inspire de cet exemple, car l'expérience montre que la première enchère ne sert à rien, sinon à retarder inutilement la procédure de réalisation et à augmenter les frais. En 1895 déjà, Brustlein proposait de „supprimer la seconde enchère, où, dans la règle, il est moins offert qu'à la première.“¹⁸³⁾

e) La loi autrichienne et la loi allemande (du 8 octobre 1914) stipulent qu'aucune adjudication ne peut avoir lieu si l'offre n'atteint pas au moins la moitié du prix d'estimation. On peut hésiter à adopter une disposition semblable mais malgré ses inconvénients, nous croyons qu'une telle

¹⁸²⁾ Neumann, Kommentar zur EO § 280 p. 746.

¹⁸³⁾ Archives IV p. 381.

mesure est infiniment désirable; c'est le seul moyen d'éviter des ventes à tout prix qui ne satisfont ni les intérêts des créanciers, ni ceux du débiteur.

f) L'attribution de l'objet saisi au créancier poursuivant est admise en Allemagne et en Autriche (en application des § 825 ZPO et § 280 EO). Le projet italien réglemente cette procédure (art. 502 à 504); en ce qui concerne plus particulièrement les objets mobiliers, il stipule: „Si le créancier requiert l'attribution des choses mobilières saisies, celles-ci lui sont remises en paiement de sa créance pour la valeur qui résulte de l'estimation (art. 534 al. 1).“ Les expériences heureuses faites à l'étranger, recommandent l'adoption de ce mode de réalisation.¹⁸⁴⁾ Nous pensons que le législateur futur pourra s'inspirer avec profit de la plupart des règles que nous venons d'exposer.

II. Exécution sur les immeubles.

a) Ici encore, l'acte constitutif de la saisie n'est pas déterminé par la loi: il est admis par la doctrine et la jurisprudence que la restriction du droit d'aliéner déploie ses effets dès le moment de la déclaration de saisie¹⁸⁵⁾. Il a été jugé, à l'origine, par le Tribunal fédéral que, même vis-à-vis des tiers, l'avis au fonctionnaire chargé de la tenue des registres fonciers et la notation de la saisie dans ces registres, n'avaient pas un effet constitutif et que par conséquent, la saisie pouvait être opposée même à celui qui, se fiant au fait que le registre foncier ne révélait l'existence d'aucune saisie, avait acheté l'immeuble ou avait acquis sur lui un gage postérieurement à la saisie¹⁸⁶⁾. Cette jurisprudence a été abandonnée, à juste titre, en ce qui concerne les tiers de bonne foi; la saisie immobilière non annotée au registre foncier, à titre de restriction du

¹⁸⁴⁾ Haab, Z.S.R. n. F. 44 p. 288 et notamment note 129.

¹⁸⁵⁾ Jaeger, art. 101 1 p. 351.

¹⁸⁶⁾ ATF 29 I 54 et 123; Jaeger, art. 101 1 p. 351.

droit de disposition, ne leur est pas opposable; par contre, vis-à-vis des tiers de mauvaise foi, la saisie déploie ses effets avant toute annotation. Ici encore la loi doit, à notre avis, s'exprimer et nous pensons que la solution la meilleure est d'attribuer une valeur déterminante à la déclaration de saisie, sous réserve des droits des tiers de bonne foi. La loi autrichienne donne, par contre, valeur constitutive à l'annotation au registre foncier¹⁸⁷).

b) La procédure d'exécution forcée sur les immeubles ne prévoit, dans notre loi, qu'une possibilité: la vente aux enchères publiques. Ici encore la LP retarde singulièrement sur d'autres législations qui prévoient la possibilité, pour le créancier, d'obtenir satisfaction sur les revenus d'un immeuble sans toucher à sa substance.

L'ORI, il faut le reconnaître, a apporté, à cet égard de sérieuses améliorations à la loi elle-même.

Dès la saisie et tant que celle-ci subsiste, l'Office pourvoit à la gérance et la culture de l'immeuble (art. 16); le produit des fruits et les loyers et fermages perçus servent en premier lieu à couvrir les frais et dépenses de la gérance et à acquitter les subsides qui ont pu être accordés au débiteur et à sa famille. Le solde disponible fera l'objet de répartitions périodiques aux ayants-droit. Si le produit net des fruits naturels et civils suffit à désintéresser intégralement les créanciers gagistes et saisissants, la poursuite sera suspendue d'office (art. 22). Cela est encore insuffisant. Nous estimons indispensable, d'introduire dans notre législation, l'administration forcée des immeubles telle qu'elle est prévue par la loi autrichienne, la loi allemande et le projet italien (Del-l'usufrutto forzato di beni immobili art. 547 à 554. „Per virtù dell'usufrutto forzato viene tolto al debitore il godimento di una cosa immobile fino a che coi proventi di questa sia pagato ciò che è dovuto al creditore per capitale, interessi e spese“). Cette procédure peut se résumer comme suit:

¹⁸⁷) EO autr. § 88; ZPO all. § 866.

A la requête d'un créancier, le Tribunal d'exécution ordonne l'administration forcée d'un immeuble ou de parts d'immeuble du débiteur. Cette procédure a pour but d'éteindre les créances des poursuivants au moyen des fruits et revenus de l'immeuble (§ 97 EO). Elle consiste dans la désignation d'un administrateur, soumis à la surveillance du Tribunal, dont la tâche est de prendre toutes les mesures nécessaires pour entretenir l'immeuble en bon état de rendement et pour percevoir les fruits et autres produits (§ 109 EO; art. 549 Prog. CPC). Dès la remise de l'immeuble à l'administrateur, le débiteur saisi perd tout droit d'exploiter ou d'utiliser cet immeuble, d'en toucher les fruits et les revenus et de disposer de ses produits. L'administrateur remet périodiquement en mains du Tribunal, le produit net de ses encaissements, tous frais déduits (§ 115 et ss. EO; art. 552 Prog. CPC). Le Tribunal procède à la répartition — après avoir entendu les intéressés (§ 122 et ss. EO). L'administration forcée cesse lorsque les créances sont éteintes, lorsque le créancier poursuivant en fait la demande et dans certains cas spécifiés par la loi — notamment lorsque les circonstances révèlent que les revenus ne permettront pas de satisfaire le créancier poursuivant ou ne le permettront qu'après de longs délais (§ 129 et ss. EO). — Cette procédure — mieux qu'aucune autre — tient un juste compte des intérêts économiques en présence et évite la „destruction de valeur“ inhérente à toute réalisation — quelles que soient les précautions prises¹⁸⁸).

La loi autrichienne prévoit cette même procédure, d'administration forcée pour les entreprises commerciales, les fabriques, et tous autres établissements analogues.

Cette solution peut paraître ingénieuse sur le papier, mais il ne semble pas qu'à la pratique elle ait donné les

¹⁸⁸) Sur le détail de cette procédure: Walker, p. 134—135; D.Zw.V.G. § 146—161; Kellerhals, Das Pfandrecht der Grundpfandgläubiger an den Miet- und Pachtzinsforderungen, 1919, p. 233 ss.

résultats espérés; lorsqu'une telle mesure devient nécessaire c'est que l'établissement commercial ou industriel est dans une situation si critique que la faillite apparaît comme inévitable; il est dès lors inutile de recourir à une procédure qui se heurte inévitablement à des difficultés pratiques considérables. Que peut-on espérer de la gestion d'un administrateur officiel mis du jour au lendemain à la tête d'une entreprise importante dont il ignore les rouages et le fonctionnement?

Indépendamment de l'administration forcée, la loi autrichienne prévoit, subsidiairement, — lorsque cela paraît plus avantageux, pour éviter des frais d'administration élevés ou pour d'autres raisons — l'affermage forcé (*Zwangsverpachtung*). Cet affermage s'effectue de gré à gré, ou au plus offrant, par voie d'enchères publiques (§ 340 à 341). Les termes de fermage se répartissent de la même façon que les revenus dans l'administration forcée. C'est là aussi un mode d'exécution forcée qui nous inspire peu de confiance.

c) D'après notre loi, la vente de gré à gré est exclue pour les immeubles: la loi autrichienne nous paraît plus sage lorsqu'elle suspend la procédure de vente aux enchères dans certains cas déterminés. C'est le cas, notamment, lorsque huit jours au moins avant la date de l'enchère, un tiers offre d'acquérir l'immeuble à un prix qui dépasse d'un quart sa valeur d'estimation, en reprenant toutes les charges de l'immeuble et en payant les frais qui sont à la charge du débiteur. Il faut l'adhésion des personnes intéressées à la répartition du prix d'adjudication et dont les prétentions ne sont pas indiscutablement couvertes par le prix offert (§ 200 et 204)¹⁸⁹).

Le projet italien prévoit que „quiconque veut acquérir l'immeuble saisi, de gré à gré, doit faire une offre à l'Office, en déposant des sûretés (s'élevant à 1/10ème au moins). L'office convoque, en temps utile, le créancier

¹⁸⁹) Neumann, § 200 p. 563—565. L'offre peut émaner du créancier poursuivant lui-même.

poursuivant, les créanciers intervenants et le débiteur pour délibérer sur les offres qu'il a reçues. Si l'offre ne dépasse pas de $\frac{1}{4}$ au moins la valeur d'estimation, il suffit de l'opposition d'un des intéressés pour qu'elle soit rejetée; si l'offre est supérieure l'Office procède à la vente, pourvu qu'elle soit acceptée par la majorité des créanciers (calculée sur les sommes) et qu'il ait la conviction qu'il n'y a pas de sérieuse possibilité d'une vente meilleure par voie d'enchères.“ Il n'est procédé à la vente aux enchères que si, dans le délai de deux mois, aucune offre d'achat de gré à gré n'a été faite ou acceptée (art. 566 à 569). Cette procédure est infiniment ingénieuse.

d) La loi autrichienne prévoit également un prix minimum au-dessous duquel l'adjudication ne peut être faite. Le § 151 stipule: les offres qui n'atteignent pas pour les maisons la moitié, pour les biens ruraux et les terrains non bâtis les deux tiers de la valeur d'estimation de l'immeuble et de ses accessoires, ne doivent pas être prises en considération lors de l'enchère; le juge peut, sur requête, avec l'autorisation du créancier poursuivant fixer un montant plus élevé comme offre minimale. Le „principe de couverture“ — „Deckungsprinzip“ — n'intervient que dans la procédure d'opposition qui permet au titulaire d'une créance garantie par l'immeuble, préférable à celle du créancier poursuivant, d'empêcher une adjudication qui porte atteinte à ses droits (§ 190 et 184)¹⁹⁰⁾. Cette opposition tombe, lorsque au cours des enchères le plus offrant ou celui qui, après lui, a fait l'offre la plus élevée se déclare immédiatement prêt à acquérir l'immeuble à un prix qui couvre intégralement le créancier opposant¹⁹¹⁾.

Nous pensons, avec Haab, que la loi future devrait, sur le modèle de la loi autrichienne, prévoir comme prix d'adjudication minimum une fraction du prix d'estima-

¹⁹⁰⁾ Neumann, § 190 p. 551.

¹⁹¹⁾ Neumann, § 192 p. 552/53.

tion¹⁹²). Les titulaires de créances garanties par l'immeuble et préférables à celle du créancier poursuivant conserveraient le droit de s'opposer à une adjudication qui ne les couvrirait pas.

e) La seconde enchère ne se justifie pas plus que pour les meubles et pourrait être supprimée sans inconvénient¹⁹³).

f) Nous sommes partisans par contre de la „surenchère“ sur le modèle de la loi française qui déclare: „toute personne pourra dans les huit jours qui suivront l'adjudication, faire une surenchère, pourvu qu'elle soit du sixième au moins du prix principal de la vente (art. 708 CPC)¹⁹⁴“. Au jour indiqué, il sera ouvert de nouvelles enchères auxquelles toute personne pourra concourir; s'il ne se présente pas d'enchérisseur, le surenchérisseur sera déclaré adjudicataire (art. 710 CPC). Ce système est aussi celui de la loi italienne actuellement en vigueur; le délai de surenchère y est toutefois fixé à 15 jours: s'il y a, dans ce délai, plusieurs surenchères, c'est la plus élevée qui est prise en considération (art. 680 codice di procedura civile). La loi autrichienne connaît aussi une surenchère — mais dans le cas seulement où le prix d'adjudication n'a pas atteint les trois quarts du prix d'estimation de l'immeuble et de ses accessoires; la surenchère doit être du quart au moins du prix de l'adjudication. Le délai est de 14 jours à dater de la publication de l'adjudication; l'adjudicataire peut

¹⁹²) Haab, Z.S.R. n. F. 44 p. 298; Haab, Z.B.J.V. 58 p. 531. En Allemagne aussi des propositions ont été faites dans le même sens. Voir notamment Giese, Eine Frage aus dem Zwangsversteigerungsrecht, D.J.Z. 14 p. 263 ss.; Kleemann, Eine Frage aus dem Zwangsversteigerungsrecht, D.J.Z. 14 p. 484 ss.; voir § 12 de la Bekanntmachung über die Geltendmachung von Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden, du 8 juin 1916.

¹⁹³) Brustlein proposait déjà en 1892 „la suppression des secondes enchères“. Archives I p. 191.

¹⁹⁴) L'art. 573 Ccom. organise en matière de faillite une surenchère particulière régie par des règles qui s'écartent de la surenchère après saisie. Lyon-Caen et Renault, T. VIII p. 24 et ss.

faire tomber les surenchères si, dans les trois jours à dater du moment où la dernière surenchère lui a été communiquée il élève son offre, au montant de la surenchère la plus élevée. Ce délai une fois expiré, le Tribunal d'exécution statue sur l'acceptation des surenchères parvenues entre ses mains (§ 195 à 199 EO)¹⁹⁵). La loi allemande par contre, ne connaît pas la surenchère. Les avantages de cette procédure sont évidents, puisqu'elle suscite des offres supérieures au prix d'adjudication et permet ainsi une réalisation plus avantageuse, dans l'intérêt commun des créanciers et du débiteur.

g) Le projet italien prévoit également l'attribution de l'immeuble saisi au créancier qui en fait la demande. Cette procédure est réglementée par les art. 558 à 563. Lorsque la première enchère a échoué, chacun des créanciers peut encore requérir l'attribution pourvu que son offre dépasse les deux tiers du prix d'estimation (art. 582).

III. Exécution sur les créances et autres droits.

a) Le législateur futur devra attacher une importance particulière à l'exécution sur les créances; c'est là, à notre avis, que notre loi actuelle présente les plus graves déficits. On sait assez à quelles exploitations donne lieu la vente aux enchères des créances; des personnes se sont spécialisées dans le rachat de ces créances, qui sont généralement acquises à des prix dérisoires et procurent souvent à leurs acquéreurs des bénéfices appréciables.

1^o La loi ne dit pas quel est — en matière de saisie de créances — l'acte constitutif de la saisie. Ce doit être à notre avis, la déclaration de saisie elle-même — étant bien entendu que le tiers débiteur se libère valablement en mains du débiteur saisi, tant qu'il n'a pas été avisé de la saisie.

2^o Notre loi ne prévoit aucune procédure préliminaire obligeant le tiers débiteur à fournir des explications sur

¹⁹⁵) Neumann, § 195 p. 554—560.

la créance saisie, contrairement aux législations des pays voisins (§ 301 EO; § 840 ZPO). (Ces deux lois stipulent que le tiers qui ne répond pas à la sommation qui lui est faite de fournir des renseignements est responsable du dommage qui peut en résulter pour les créanciers. Art. 611 à 616 codice di proc. civ. ital.; art. 568 et ss. CPC français; ces deux législations prévoient que le tiers saisi qui ne fait pas de déclaration sera déclaré débiteur des causes de la saisie). Sans adopter la solution extrême des lois française et italienne, il est désirable que la loi future institue une procédure invitant le tiers saisi à dire s'il reconnaît ou conteste la créance, et à fournir toutes explications et justifications utiles s'il prétend que la dette est éteinte ou que des tiers ont des droits sur elle.

3^o Dans les législations modernes l'attribution de créance constitue le mode de réalisation normal; elle consiste dans le pouvoir accordé au créancier poursuivant de faire valoir contre le tiers débiteur la prétention du saisi en lieu et place de ce dernier — soit que la cession soit faite à titre de dation en paiement, soit qu'elle ne constitue qu'un simple mandat d'encaissement¹⁹⁶). D'après la loi autrichienne un autre mode de réalisation ne peut être ordonné que si l'encaissement de la créance se heurte à des difficultés particulières — notamment au point de vue de la contre-prestation à faire pour que le paiement puisse être exigé, ou au point de vue de l'exigibilité de la créance. Cet autre mode de réalisation peut consister dans la vente de gré à gré, la vente en bourse, la vente aux enchères, l'administration forcée. Le juge ne peut ordonner un de ces modes de réalisation sans avoir préalablement entendu les créanciers poursuivants et le débiteur (§ 317 EO). D'après le projet italien, le créancier ne peut requérir la vente de la créance saisie, au lieu de l'attribution ou de la cession pour encaissement que si des raisons particulières justifient cette manière de procéder (art. 632). La

¹⁹⁶) Walker, p. 264.

réglementation du projet italien — en matière d'exécution sur les créances — est d'ailleurs extrêmement heureuse (ce chapitre est divisé en quatre sections: la saisie, l'encaissement de la créance, l'attribution, la vente forcée art. 611 à 632).

4^o D'après la loi autrichienne l'autorisation de vendre la créance aux enchères publiques ne doit pas être accordée:

α) „Lorsque la créance est garantie par un gage offrant une couverture suffisante;

β) lorsque la créance appartient au débiteur saisi contre le créancier poursuivant et peut ainsi faire l'objet d'une compensation;

γ) lorsque la créance a pour objet le paiement de rentes, de pensions ou d'autres prestations périodiques;

δ) lorsque la créance se base sur un livret de dépôt d'une banque, d'une caisse d'épargne ou d'une caisse de prêts;

ε) lorsque la créance, basée sur un des titres mentionnés au § 296 (effets de change, titres à ordre, assignations etc.) a un cours en bourse;

ζ) lorsque le montant de la créance ne peut être indiqué avec précision ou que l'existence de la créance ne peut pas être rendue vraisemblable.

L'autorisation pour la vente de gré à gré ne peut être donnée que si le créancier poursuivant ou le débiteur saisi désignent un tiers qui se déclare prêt à acquérir la créance à des conditions acceptables (§ 309 EO)“.

Le cas ζ est particulièrement intéressant; il est inspiré par cette idée qu'à défaut d'une détermination suffisamment précise du montant de la créance ou d'une preuve suffisante de son existence, il est impossible d'en obtenir un prix raisonnable, de telle sorte qu'on en arrive, par une vente aux enchères, à une pure dilapidation: „Die Forderung müsste um jeden Preis hintangegeben, also verschleudert werden, so dass eine zwecklose Exekutions-

massregel stattfände.“¹⁹⁷⁾ Ces principes pourraient servir heureusement de modèle au législateur futur.

b) Parmi les autres droits susceptibles de faire l'objet d'une exécution forcée, il faut faire une place à part aux droits du débiteur dans une succession non partagée, dans une indivision, dans une société en nom collectif, dans une société en commandite, dans une société simple soumise au régime de l'indivision ou dans une communauté analogue (Ord. sur la saisie et la réalisation des parts de communautés art. 1). Nous pensons que le législateur futur pourra se contenter d'incorporer à la loi les dispositions essentielles de l'ordonnance du Tribunal fédéral du 17 janvier 1923; cette ordonnance peut sembler compliquée — et nous avons entendu souvent formuler, à son sujet, des critiques sévères; elles ne nous paraissent pas entièrement fondées car le problème à résoudre n'est pas simple; il s'agit en effet de concilier, dans toute la mesure possible, les intérêts des créanciers, du débiteur et des autres membres de la communauté. L'ordonnance nous paraît heureuse à plusieurs égards: elle cherche d'abord à éviter la vente aux enchères qui ne peut que rarement donner des résultats satisfaisants. „Dans la règle — dit l'art. 10 al. 3 — la vente aux enchères ne doit être ordonnée que si la valeur de la part saisie peut être déterminée approximativement au moyen des renseignements obtenus lors de la saisie ou au cours des pourparlers amiables. L'autorité de surveillance a le droit d'ordonner de nouvelles enquêtes à ce sujet et notamment la prise d'inventaire du patrimoine commun“. L'ordonnance institue, en outre, un système de conversation entre les intéressés dans le but de rechercher une solution amiable; ces pourparlers de conciliation sont entrepris par l'Office des poursuites; s'ils échouent, ils peuvent être repris par l'autorité de surveillance (art. 9 et 10); il y a là une tendance heureuse qui se justifie pleinement lorsqu'il s'agit de liquider une situation quelque peu embrouillée. Le

¹⁹⁷⁾ Neumann, § 319 p. 872.

projet italien prévoit aussi la convocation devant l'Office du créancier poursuivant, du débiteur et des tiers intéressés pour délibérer sur le mode de réalisation de la part indivise (art. 634). C'est d'ailleurs l'une des caractéristiques les plus frappantes du projet italien que ce développement de la procédure orale. A toutes les phases de l'exécution forcée le projet prévoit la convocation des parties intéressées, pour discuter en commun sur les moyens à employer en vue d'obtenir le meilleur résultat possible. Il y a là un exemple à imiter¹⁹⁸).

c) Nous ne saurions nous attarder ici, sur les autres droits susceptibles de faire l'objet d'une exécution forcée. Nous voulons simplement signaler qu'il convient d'y faire rentrer les prétentions du débiteur à la restitution ou à la prestation de choses mobilières; l'exécution forcée sur ces prétentions se réalise normalement par l'attribution au créancier poursuivant. Cette procédure se développerait considérablement si l'on admettait sur le modèle de la loi autrichienne que le refus par un tiers de restituer un objet du débiteur exclut la saisie de cet objet et ne permet que la saisie de la prétention à la restitution de l'objet¹⁹⁹).

¹⁹⁸) C'est ainsi que le projet prévoit, avant l'exécution forcée, une convocation préliminaire du créancier et du débiteur. L'Office cherche à obtenir du débiteur l'exécution amiable de ses obligations, et recueille ses observations sur le mode d'exécution proposé par le créancier, sur la quantité et la qualité des biens à saisir. Si le débiteur demande des délais, s'il offre de se libérer d'une autre façon, de fournir une garantie personnelle ou réelle, s'il propose de liquider ses biens, extra-judiciairement, ou de soumettre à la saisie d'autres biens, l'Office cherche à obtenir un accord des parties conforme à l'équité. Nous voudrions retenir ici une idée: D'après la LP l'Office saisit les biens selon l'ordre stipulé à l'art. 95. Le débiteur devrait avoir la possibilité de proposer la saisie d'autres biens; sur requête du débiteur, l'Office pourrait alors convoquer les parties pour arriver à un accord sur les biens à saisir.

¹⁹⁹) Neumann, § 862 p. 717; c'est également le système de la loi allemande ZPO § 808, 809 et 886.

Telle est brièvement développée la subdivision tripartite que nous proposons pour l'exécution spéciale; nous pensons qu'elle est de nature à constituer, par son ordonnance claire et logique, une simplification de notre système législatif.

C. La durée de la procédure.

Nous partageons, à tous égards, l'opinion de Haab sur la durée de la procédure. Il nous paraît évident que toute la procédure de saisie est beaucoup trop longue et que les délais devraient être raccourcis; c'est fort bien de vouloir ménager le débiteur — et lui donner la possibilité d'éviter la réalisation de ses biens, mais encore ne faut-il pas que ce soit au préjudice des intérêts légitimes du créancier qui méritent, pour le moins, autant de sollicitude que ceux du débiteur; il faut déplorer une certaine tendance moderne à protéger de façon excessive le débiteur, en voyant en lui la victime; que l'on cherche à „humaniser“ l'exécution forcée en ne privant pas le débiteur des biens indispensables à lui assurer un certain niveau d'existence, nous y consentons volontiers. Nous ne voulons pas aborder ici ce problème; mais, cela admis, il y a un intérêt général évident à ce que le créancier dont le droit est incontesté obtienne une satisfaction aussi rapide que possible. Examinant certaines suggestions faites pour augmenter le nombre des objets insaisissables, les „Archives“ déclaraient en 1892 déjà: „Voilà qui serait selon nous, dépasser la mesure et qui ne trouvera des adeptes que parmi ceux qui en sont encore à l'ancienne conception du bon débiteur et du méchant créancier, chère à tous les fabulistes. Le législateur n'a pas à s'inspirer de motifs empruntés à un sentimentalisme aussi faux qu'exagéré: lui qui sait que trop souvent le créancier n'est pas dans une meilleure situation que le débiteur et qu'à côté des débiteurs qui ne peuvent pas payer, il y en a beaucoup qui ne veulent pas, tiendra la balance égale

entre les deux, tout en sauvegardant, dans la limite du possible, le principe de l'humanité. Croit-on que de nos jours le petit marchand, le commerce de détail soient en état d'accorder de longs crédits et que ce soit par pure méchanceté qu'ils cherchent à être payés.²⁰⁰⁾ On ne saurait dire qu'actuellement le créancier soit suffisamment protégé contre les longueurs de la procédure. Que l'on songe, par exemple, que la vente d'un immeuble saisi ne peut être requise que six mois au plus tôt après la saisie! L'immeuble est vendu dans le deuxième mois après la réquisition de vente! Haab²⁰¹⁾ a raison de révéler que, si l'on considère l'exécution forcée comme une simple affaire privée entre le créancier et le débiteur, il est impossible d'arriver à une solution juste: l'intérêt du créancier exige le maximum de rapidité; l'intérêt du débiteur au contraire est d'obtenir une procédure qui le ménage dans toute la mesure du possible. Si par contre on considère le problème sous l'angle de l'économie politique — soit de l'intérêt général — il devient évident qu'une procédure énergique et rapide est hautement désirable. L'exposé des motifs de la loi autrichienne souligne que les dispositions qui tendent à une solution rapide de la procédure d'exécution, sont facilement exposées au reproche d'aggraver la situation du débiteur; la rapidité de la procédure n'en demeure pas moins un but législatif important, parce „qu'il n'y a généralement pas de sursis que le débiteur doive payer plus cher que celui qui résulte de la lenteur de la procédure d'exécution“. Une procédure d'exécution qui traîne en longueur entraîne bientôt une aggravation et une plus grande rigueur des conditions de crédit. La restriction apportée par l'exécution forcée à la faculté de circulation des objets saisis exige également que l'on abrège, dans toute la mesure du possible, ce stade d'incertitude générale. Lorsqu'il s'agit d'objets soumis à des fluctuations de valeur, les créanciers ont le droit d'exiger

²⁰⁰⁾ Archives I p. 93.

²⁰¹⁾ Haab, Z.S.R. n. F. 44 p. 267.

que le patrimoine du débiteur serve à leur satisfaction dans les mêmes conditions, si possible, que celles où ce patrimoine a servi de base au crédit qu'ils ont accordé (Materialen I 463) ²⁰²).

Ces raisons sont à notre avis, décisives et devront guider le législateur futur vers une accélération de la procédure²⁰³).

D. La revendication mobilière.

Bien que nous ayons décidé de n'aborder ici que des questions fondamentales, nous nous permettrons une incursion rapide dans un domaine plus spécial: celui de la revendication mobilière. On connaît le système de notre loi: la saisie porte sur tous les biens meubles du débiteur, même sur ceux que le débiteur désigne comme appartenant à des tiers ou que des tiers revendiquent — et alors même que ces meubles seraient dans la possession de ces tiers. Lorsque le débiteur allègue qu'un objet trouvé en sa possession est la propriété ou le gage d'un tiers, ou lorsqu'un tiers revendique sur cet objet un droit de propriété ou de gage on applique la procédure connue de l'art. 107: délai de dix jours fixé au créancier et au débiteur pour se prononcer sur la revendication; en cas de contestation, délai de dix jours fixé au tiers pour faire valoir son droit en justice. Lorsque par contre l'objet saisi ne se trouve pas en la possession du débiteur, mais en celle du tiers qui s'en prétend propriétaire, ou se prévaut d'un droit de gage, l'Office assigne aux créanciers un délai de

²⁰²) Cité par Walker, p. 97/98.

²⁰³) Nous renonçons volontairement à examiner quels délais devraient être réduits; nous sommes prêts à accepter les suggestions de Haab sur ce point, notamment celle qui permettrait au créancier de joindre la réquisition de vente à la réquisition de continuer la poursuite. Brustlein allait encore plus loin en 1893, lorsqu'il proposait de réduire à une seule les réquisitions à faire par le créancier. Archives II p. 191.

dix jours pour intenter action. C'est la procédure de l'art. 109.

La loi autrichienne procède d'une manière différente. Ne sont soumis à l'exécution mobilière que les objets corporels qui sont dans la possession du débiteur (§ 253 al. 1 EO), du créancier poursuivant ou d'une tierce personne qui se déclare prête à les restituer (§ 262). Par contre les objets qui sont dans la possession d'un tiers — qui ne consent pas à la saisie — échappent à cette saisie, même si le créancier prétend qu'ils sont la propriété du débiteur. Le créancier poursuivant ne peut prétendre qu'à la saisie, puis à l'attribution, de la prétention du débiteur à la restitution de l'objet par le possesseur. Nous pensons que cette solution juridique est plus juste, „da gegen den Dritten ein Exekutionszwang, der nur gegen den Verpflichteten gerichtet ist, nicht gerechtfertigt erscheint. Das Gesetz gewährt dem faktischen Besitzstande aus Anlass der Exekutionsvornahme den Schutz, den sonst der faktische Besitzstand allgemein gegen einen etwaigen Eingriff genießt.“²⁰⁴) La saisie d'objets entre les mains d'un tiers sur le simple dire que le débiteur en est le propriétaire — et malgré la contestation du tiers — n'a pas été sans soulever de sérieuses critiques. Brustlein la justifie en déclarant: „La saisie d'un bien corporel entre les mains d'un tiers et que ce tiers se refuse à remettre n'est en réalité pas autre chose que la saisie d'une prétention, c'est-à-dire d'un prétendu droit de revendication“²⁰⁵). Fort bien, mais alors, que l'on renonce à la saisie de l'objet lui-même et que l'on se contente de la saisie de la prétention. Ce n'est pas la même chose. L'admission de ce système entraînerait la suppression de la procédure de l'art. 109.

Elle aurait encore d'autres avantages: on sait que d'après la jurisprudence actuelle du Tribunal fédéral, les tiers qui prétendent à un droit sur un objet saisi, doivent

²⁰⁴) Neumann, § 262 p. 717.

²⁰⁵) Archives III p. 51.

l'annoncer dans le délai de dix jours à dater du moment où ils ont connaissance de la saisie — à défaut de quoi ils sont forclos.

On a fait observer, à juste raison, qu'il était profondément injuste de soumettre les tiers à cette forclusion lorsque l'objet saisi se trouve en leur possession²⁰⁶). Lorsque l'objet saisi est dans la possession du débiteur, le créancier est en droit d'admettre qu'il appartient à ce dernier; c'est donc au tiers qui prétend avoir un droit opposable à la saisie, à le sauvegarder dès qu'il a connaissance de la saisie; on peut exiger de lui une certaine vigilance. Il n'en est pas de même pour celui qui a l'objet en sa possession; il doit pouvoir attendre, en toute tranquillité, que quelqu'un vienne contester son droit. C'est bien plutôt au créancier, dans ce cas à rechercher pourquoi l'objet se trouve en la possession d'un tiers et quel droit ce tiers fait valoir. Il devrait donc suffire d'accorder au créancier saisissant le droit de sommer le tiers d'annoncer ses prétentions dans un délai déterminé. „Il serait — déclare Kellerhals — profondément choquant que des droits de gage, régulièrement constitués, puissent être rendus illusoires simplement parce que le créancier ne les annonce pas immédiatement après la saisie ou n'indique pas le montant exact de sa créance. Certes le créancier gagiste, dans la règle, annoncera verbalement son droit au fonctionnaire saisissant; mais très souvent le montant de la créance n'est indiqué que de façon approximative, et doit être augmenté dans la suite; comme le tiers ne reçoit pas le procès verbal de saisie, il ne peut pas contrôler si sa déclaration verbale a été fidèlement reproduite; le créancier gagiste devrait donc, dans les dix jours, ou bien annoncer sa prétention par écrit, ou bien s'assurer personnellement auprès de l'Office que sa revendication a été exactement inscrite au procès verbal de saisie“. Si l'on veut tenir compte de ces justes observations on en arrive à prévoir deux procédures de revendication distinctes selon que

²⁰⁶) Kellerhals, S.J.Z. 18 p. 64.

l'objet se trouve ou non dans la possession du tiers revendiquant. Nous pensons qu'il y aurait grande simplification à adopter le système des lois allemande et autrichienne: c'est au créancier qui prétend qu'un objet détenu par un tiers doit tomber sous la saisie à agir contre ce tiers pour obtenir la délivrance de l'objet; le tiers n'a qu'à attendre.

Kellerhals voudrait aller plus loin encore. Il estime que la forclusion, introduite par la jurisprudence, lorsque la revendication n'est pas formulée dans le délai de dix jours est une sanction trop rigoureuse. Il serait suffisant, à son avis, que la revendication tardive — sans arrêter la procédure de la réalisation — suspendît la répartition des deniers. L'expérience montre en effet que les revendications tardives ont généralement pour but de retarder la réalisation des biens; si cet effet ne pouvait plus être espéré, il est à présumer que ces revendications deviendraient fort rares, lorsqu'elles ne seraient pas fondées sur un droit sérieux. — L'objet revendiqué serait évidemment réalisé, mais le tiers conserverait au moins la possibilité de se faire attribuer le produit de la vente. Nous adoptons volontiers cette suggestion qui deviendrait applicable dans le cas de l'art. 107.

Nous avons traité ailleurs du for de l'action en revendication de l'art. 107.

Il y a là un ensemble de réformes qui amélioreraient à notre avis, la procédure de revendication.

VI. La faillite.

A. La déclaration de la faillite.

L'intérêt des créanciers est certainement que la faillite soit prononcée aussitôt que les circonstances en sont réalisées; on peut dès lors se demander s'il ne conviendrait pas d'adopter, sur le modèle de plusieurs législations étrangères, une déclaration de faillite *ex officio*. C'est ce que font notamment les lois française (art. 440 Ccom.),

belge (440 Ccom.) et italienne (Ccom. art. 684 et 695 du projet). Par contre les lois allemande (§ 103) et autrichienne (§ 70 et 71) exigent une requête d'un créancier ou du débiteur lui-même. Malgré les avantages que l'on peut reconnaître à une intervention directe du juge, nous ne souhaitons pas que cette innovation pénètre dans notre législation. C'est aux créanciers qu'il appartient de dire quand ils estiment nécessaire de transformer l'insolvabilité de leur débiteur en „faillite“; ils sont mieux placés que quiconque pour apprécier où se trouve leur avantage, et il n'y a pas, à notre avis, de raison décisive pour donner au juge le droit de se montrer plus... créancier que les créanciers. C'est là une affaire privée à débattre entre débiteur et créanciers. Qu'on les laisse face à face. Le projet de code de commerce italien est, de toutes les législations que nous connaissons, celle qui va le plus loin dans le sens de l'intervention d'office. L'art. 699 stipule: „Le magistrat qui, en jugeant une cause dans laquelle une des parties est commerçante reconnaît, d'après les éléments du jugement, l'état d'insolvabilité de celle-ci, prononce d'office sa faillite, s'il est compétent; au cas contraire, il transmet les actes au tribunal compétent pour la déclaration de la faillite“. „Cette nouvelle disposition — déclarent les motifs²⁰⁷⁾ — constituera indubitablement la plus énergique défense des créanciers contre ceux d'entre eux qui cherchent tortueusement à obtenir des avantages sur les autres et à échapper par là au principe de l'égalité — fondement ethico-juridique de l'exécution collective. Cette disposition met entre les mains du Tribunal la plus efficace sauvegarde de l'économie sociale — qui est le but de la déclaration de faillite ex officio“. Le procureur du roi qui a connaissance de certains faits délictueux symptomatiques doit en informer le Tribunal compétent, en vue de faire prononcer la faillite. Les notaires et officiers publics doivent transmettre tous les quinze jours au président du

²⁰⁷⁾ Relazione sul progetto Ccom. p. 221.

Tribunal, dans la juridiction duquel ils résident, la liste des protêts faute de paiement dressés pendant les quinze jours précédents. Il nous semble — tout bien considéré — que ces règles ont quelque chose d'étranger à notre mentalité; il y a dans cette immixtion officielle une tendance peu conforme aux principes de notre législation et nous ne croyons pas désirable de nous engager dans cette voie. Laissons aux créanciers le soin d'assurer la sauvegarde de leur propres intérêts.

Plus délicate est la question de savoir si, en cas de faillite requise par le débiteur lui-même, le Tribunal doit s'assurer que les conditions en sont réalisées. On sait que ce n'est pas la solution de notre droit actuel; le texte de l'art. 191 LP démontre clairement que la déclaration d'insolvabilité du débiteur constitue, par elle-même, la cause de faillite; le Tribunal n'a pas à vérifier si l'insolvabilité existe effectivement ou non. C'est la solution du droit autrichien (§ 70 KO autr., auf Antrag des Schuldners ist der Konkurs sofort zu eröffnen) en opposition au droit allemand (§ 104 KO all.). Haab²⁰⁸) demande que le juge vérifie d'office si la requête du débiteur est vraiment commandée par les circonstances; nous pensons que cela compliquerait inutilement la tâche du juge. Le but que se propose Haab est d'éviter des déclarations de faillite injustifiées; mais cette crainte nous paraît bien excessive; nous n'avons jamais vu de cas où un débiteur aurait déclaré son insolvabilité sans y être vraiment contraint; il n'est pas abusif d'attacher à la déclaration du débiteur une présomption de sincérité. Le cas du débiteur provoquant sa propre faillite par pur esprit de chicane à l'égard de ses créanciers est si exceptionnel que le législateur peut en faire abstraction²⁰⁹).

²⁰⁸) Haab, Z.S.R. n. F. 44 p. 277/78.

²⁰⁹) V. plus loin le problème de la déclaration de faillite en cas de refus ou de révocation du sursis concordataire et du concordat.

B. L'administration de la faillite.

I. L'art. 237 al. 2 LP donne à la première assemblée des créanciers une compétence considérable en lui permettant de décider si la liquidation sera confiée à l'Office des faillites ou bien à une administration spéciale composée d'une ou de plusieurs personnes de son choix. Certes, l'administration spéciale est soumise au contrôle de l'autorité de surveillance; celle-ci pourra sur plainte, ou d'office, annuler parce qu'injustifiée la désignation d'une administration spéciale, en exclure certaines personnes paraissant impropres à remplir leur emploi, révoquer entièrement l'administration de la faillite pendant le cours de la liquidation, pour cause de violation de ses droits, de retard injustifié et transmettre dans ce cas le droit d'administrer à l'Office des faillites. Cette surveillance est loin cependant d'empêcher tous les abus auxquels peut donner lieu la liquidation d'une faillite par des personnes sans expérience, dont l'activité rémunérée coûte souvent fort cher à la masse des créanciers. Jaeger déclare dans son commentaire: „La possibilité de désigner une administration spéciale dans toute faillite, même la plus minime, a tant d'inconvénients, retarde et renchérit tellement la procédure que les autorités de surveillance devraient, dans une plus large mesure que jusqu'à maintenant, annuler la désignation d'une administration spéciale, même en l'absence de plainte et en vertu de leur droit général de surveillance prévu à l'art. 13, lorsque cette désignation va directement à l'encontre de la majorité des créanciers.“²¹⁰⁾

Nous estimons que la suppression complète du droit pour les créanciers de désigner une administration spéciale est hautement désirable. Les expériences faites à Genève, avec les administrations spéciales — et nous

²¹⁰⁾ Jaeger, art. 237 p. 308; op. contr.: Fiori, Die Gläubigerversammlung im schw. Konkursrecht, p. 80/81.

savons qu'il est de même dans d'autres cantons — se sont généralement révélées peu heureuses: retard considérable dans les liquidations, émoluments coûteux versés aux administrateurs, décisions contraires à la loi ou aux intérêts des créanciers, tel est le bilan de cette institution déplorable. Les autorités de surveillance se révèlent impuissantes à réprimer ces abus: quand elles interviennent, il est souvent trop tard et le mal est déjà fait. Nous ne pouvons qu'applaudir aux arguments décisifs que faisait valoir en 1908 déjà Leemann²¹¹⁾.

Le rapport de la Commission du Conseil des Etats sur la gestion du Conseil fédéral déclarait déjà en 1895: „Une autre observation que nous avons entendu exprimer c'est que le système de l'administration toute privée des faillites par les créanciers, et en dehors de toute participation de l'autorité, présente des inconvénients et même des dangers. Il semble en effet que dans l'intérêt des créanciers aussi bien que dans l'intérêt du public, la liquidation des faillites devrait s'effectuer sous les auspices et sous la surveillance immédiate de l'autorité publique . . . Le contrôle de l'autorité de surveillance qui n'intervient que lorsqu'elle est nantie d'une réclamation est plus théorique qu'effectif. L'autorité de surveillance ne peut que réprimer les abus qui lui sont déférés, elle est impuissante à les prévenir . . .“²¹²⁾

L'administration spéciale est une institution inutile.

L'Office des faillites offre aux créanciers plus de garanties d'impartialité et de compétence qu'une administration composée de personnes désignées parfois par une assemblée soigneusement préparée et qui, le plus souvent, ignorent tout de la liquidation d'une faillite. Le préposé de l'Office a pour lui l'expérience; il est assisté d'un per-

²¹¹⁾ Leemann, Die Stellung der ausseramtlichen Verwaltung gegenüber den Aufsichtsbehörden, S.J.Z. 5 p. 114/15.

²¹²⁾ Archives IV p. 187.

sonnel qualifié qui l'aidera dans l'accomplissement de sa tâche délicate.

L'argument que l'on fait généralement valoir, en faveur de l'administration spéciale, est la nécessité, dans certaines faillites, d'avoir à la tête de la liquidation des personnes techniquement qualifiées dans telle ou telle branche du commerce ou de l'industrie. Cet argument, qui peut sembler fondé, au point de vue théorique, est dénué de toute valeur pratique. Si cela est nécessaire, le préposé saura s'entourer des compétences voulues; il pourra faire appel aux conseils d'experts spécialisés. Que voit-on, d'ailleurs, le plus souvent? le préposé est désigné pour faire partie de l'administration spéciale; c'est alors lui qui accomplit toute la besogne, exactement comme si la liquidation avait été confiée à l'Office; les autres membres de l'administration ne sont que ses conseillers pour les questions d'ordre technique. Ces conseillers, le préposé eût pu les trouver, sans l'administration spéciale — notamment parmi les membres de la commission de surveillance qui doit normalement être composée de façon à pouvoir l'aider dans sa tâche. Le seul résultat de la désignation d'administrateurs spéciaux est alors d'augmenter inutilement les frais de la liquidation et parfois — nous en connaissons des exemples — dans des proportions ruineuses pour les créanciers. Qui garantit d'ailleurs que les membres de l'administration spéciale seront bien des personnes ayant la compétence voulue? Nous avons eu sous les yeux l'exemple de faillites compliquées, présentant de réelles difficultés techniques, où le préposé s'entourant des conseils de membres de la commission de surveillance ou de spécialistes étrangers aux créanciers, a conduit la liquidation à la satisfaction générale, avec un minimum de frais.

Sans compter — comme le relève Leemann — que les administrateurs spéciaux ne répondent du dommage qu'ils peuvent causer que sur leur fortune personnelle, tandis qu'en cas de faute du préposé c'est l'Etat lui-même

qui est responsable²¹³⁾ — ce qui n'est pas une mince garantie pour les créanciers.

Nous n'hésitons pas à conclure comme un président de Tribunal, qui, considérant l'activité des administrations spéciales s'écriait: „Fiat amputatio!“²¹⁴⁾ Nous n'éprouvons aucune des craintes de Lyon-Caen et Renault, qui condamnaient une proposition de loi française, tendant à confier les liquidations de faillites à des „bureaux des faillites et des liquidations judiciaires“, en disant: „Le système de cette proposition de loi aurait le grave inconvénient de confier les fonctions de syndic à des fonctionnaires qui n'ont pas toujours les connaissances spéciales très variées nécessaires aux syndics, notamment au point de vue de l'exploitation du fonds de commerce du failli.“²¹⁵⁾ L'expérience suisse nous montre que le système des liquidations par un „bureau des faillites“ — l'Office des faillites, chez nous — est infiniment moins dangereux pour les créanciers que celui des liquidations effectuées par des „syndics“ — les membres de l'administration spéciale, chez nous — prétendument compétents. En France même, l'expérience des syndics est loin d'avoir toujours donné d'heureux résultats; que l'on se rappelle l'affaire de la liquidation des congrégations religieuses!

Aussi a-t-on proposé, depuis longtemps, en France, d'attribuer les fonctions de syndics à des fonctionnaires permanents. Thaller se déclarait adversaire résolu du système qui consiste à faire désigner le syndic par la masse des créanciers. C'était à peu de chose près, le système français avant la loi de 1838. „Or — dit-il — les abus qui se sont produits dans d'autres pays où le syndic était l'élu des créanciers, et particulièrement en Angleterre sous l'empire du statut de 1869, abrogé en 1883, prouvent que l'élection n'est pas un sûr moyen d'obtenir un adminis-

²¹³⁾ Müller, Die Stellung der Konkursverwaltung, 1900 p. 107.

²¹⁴⁾ Leemann, p. 114.

²¹⁵⁾ Lyon-Caen et Renault, VII p. 483.

trateur incorruptible. L'agent choisi s'affranchit très vite de la surveillance de ceux qui l'ont nommé: la masse cesse d'avoir barres sur lui, il devient l'instrument des manoeuvres du failli et la coopération qu'il lui prête rend de nombreuses injustices praticables...“ En revenant à ce système „on obtiendrait des agents indécis et sans les moindres aptitudes, fort inférieurs à leur mission... Les personnes qui espèrent réaliser par une élection un changement salutaire oublient trop que le débat porte sur une profession difficile, qui s'apprend avec le temps et qu'il ne suffit pas de témoigner d'une forte dose de bonne volonté pour faire un syndic acceptable...“²¹⁶) Après avoir écarté l'élection par la masse, Thaller concluait „qu'il fallait ériger les syndics — ostensiblement et sans hypocrisie — en officiers ministériels.“ C'était se rapprocher considérablement du système suisse — si l'on en supprime les administrations spéciales.

Plus d'administrations spéciales! telle est notre conclusion.

II. L'assemblée des créanciers dispose, d'après notre législation, de pouvoirs extrêmement étendus; c'est le cas notamment de la seconde assemblée qui „prend souverainement toutes les décisions qu'elle juge nécessaires dans l'intérêt de la masse.“ Le texte allemand est plus catégorique encore: „Sie ordnet unbeschränkt alles Weitere für die Durchführung des Konkurses an.“ Elle peut se prononcer définitivement sur les questions suivantes: continuation de procès, reconnaissance de revendications en propriété non encore liquidées, ventes de gré à gré, renonciation à des prétentions révocatoires, décisions sur un projet de concordat. Elle peut décider qu'un procès de collocation introduit contre la masse sera évité par reconnaissance ou transaction; elle peut prendre des décisions portant sur l'ensemble de la procédure de

²¹⁶) Thaller, II p. 288/89; Laborderie, Revue générale de droit 34 p. 110 ss.

réalisation — décisions qui lient l'administration de la masse²¹⁷). Ce pouvoir est exorbitant, puisqu'il aboutit en définitive à donner à l'assemblée le droit de disposer — comme il lui convient — du patrimoine du failli, sous la seule réserve que les dispositions légales soient observées. Ce pouvoir est „souverain“, par quoi il faut entendre qu'il échappe au contrôle des autorités de surveillance; celles-ci pourront bien intervenir en cas de décision illégale, mais non lorsqu'il s'agira simplement d'apprécier si les décisions prises sont appropriées aux circonstances et conformes aux intérêts de la masse²¹⁸). Ainsi, le seul contrôle qui pourrait assurer que la liquidation se fasse dans l'intérêt de tous et non seulement d'une majorité de créanciers disparaît au moment précis où sont prises les décisions les plus graves. Il y a là une situation anormale et non sans danger. Si l'on songe aux groupements d'intérêts qui peuvent se former dans une assemblée de créanciers et constituer une majorité qui imposera sa volonté, sans recours possible, nous approuvons la conclusion de Haab: „Si l'on veut réaliser le postulat d'une organisation économique de la procédure de réalisation, il faut faire disparaître l'autonomie des créanciers dans sa forme actuelle et reconstruire la procédure sur des bases nouvelles. La réaction contre le droit en vigueur ne doit naturellement pas conduire à une exclusion totale de l'influence des créanciers, car on ne saurait se passer de leur participation à la procédure, et cela, non seulement parce qu'ils sont les principaux intéressés, mais encore parce que leur connaissance particulière des affaires doit être utilisée. Par contre il faut modifier leur situation dans la procédure en ce sens qu'au lieu de leur donner un pouvoir de décision, on leur confiera plutôt un rôle de surveillance et de contrôle.“²¹⁹)

²¹⁷) Jaeger, ad art. 253 3; Blumenstein, p. 722.

²¹⁸) Dans ce sens: Jaeger, art. 253 3; Fiori, p. 102 op. contr.: Blumenstein, p. 722 note 22.

²¹⁹) Haab, Z.S.R. n. F. 44 p. 284/85.

En effet, pour remédier aux inconvénients signalés plus haut, deux solutions sont possibles:

a) ou bien l'on étend les pouvoirs de l'autorité de surveillance en accordant un droit de plainte illimité, même pour simple défaut d'opportunité des décisions prises; cette solution n'est qu'un pis aller; l'autorité de surveillance — plus éloignée de la liquidation de la faillite — est généralement mal placée pour apprécier à nouveau les circonstances dans leur ensemble; sauf en cas d'arbitraire évident, il est peu probable qu'elle révisé les décisions adoptées par la majorité de créanciers.

b) ou bien, l'on adopte la solution de Haab; on retire à l'assemblée des créanciers son pouvoir de décision pour le transmettre à l'Office des faillites qui agira sous le contrôle de la commission de surveillance. Il nous semble que cette solution est préférable: l'Office présente des garanties d'indépendance et d'impartialité qui assurent le respect des intérêts généraux. Certes, il est admis par la doctrine et la jurisprudence, que les décisions des assemblées de créanciers sont attaquables par la voie de la plainte, lorsqu'elles ont été prises au moyen de voix achetées:²²⁰⁾ mais c'est là une preuve qu'il sera le plus souvent impossible de rapporter. Mieux vaut donc supprimer l'hégémonie de l'assemblée des créanciers.

III. La loi française prévoit une double surveillance officielle qui s'exerce sur les opérations de la faillite.

a) Le jugement déclaratif de la faillite désigne un juge commissaire qui, en principe, exerce au nom du Tribunal, une mission de contrôle (art. 451 du Ccom.); il est chargé spécialement d'accélérer et de surveiller les opérations et la gestion de la faillite (452); il fait au Tribunal de commerce rapport de toutes contestations que le faillite peut faire naître et qui sont de la compétence de ce Tribunal; il est appelé à donner son autorisation aux syndics pour certains actes trop graves, aux yeux du législateur, pour que les syndics aient le pouvoir de les faire

²²⁰⁾ Jaeger, art. 253 3 d; ATF 36 I 33.

seuls (art. 465, 469, 470, 474, 486, 487 Ccom.) il statue sur certaines contestations, notamment sur les réclamations contre des opérations des syndics (art. 466); il fait convoquer les assemblées de créanciers et en a la présidence (art. 462, 493, 504, 505, 507). Ce juge commissaire exerce, on le voit, quelques unes des fonctions de notre autorité de surveillance actuelle.

b) Le Tribunal de commerce est appelé, lui aussi, à intervenir dans les opérations de liquidation. C'est ainsi qu'il doit autoriser les actes d'une gravité exceptionnelle tels que les transactions d'une certaine importance (art. 487).

Cette idée d'un contrôle permanent sur les opérations de faillite et d'un droit d'intervention de l'autorité surveillante dans les actes de liquidation d'une certaine importance, nous paraît heureuse; nous pouvons à cet égard nous rallier aux suggestions de Haab d'après lesquelles a) l'Office des faillites serait tenu de faire à l'autorité de surveillance — soit à „l'autorité de poursuites et faillites“ dont nous proposons l'institution — des rapports périodiques sur les opérations de chaque faillite.

b) Cette même autorité serait appelée à autoriser ou à homologuer certains actes d'une importance particulière: transactions, ventes de gré à gré, etc. . . .²²¹⁾

Nous n'irions pas cependant jusqu'à lui accorder un droit de veto sur toutes les autres mesures de l'Office, ce qui nous paraîtrait abusif et de nature à gêner, dans une mesure trop grave, l'activité du préposé qui doit conserver une certaine liberté d'action.

IV. Nous verrions sans déplaisir le failli jouer un rôle plus important dans les opérations de liquidation. Le § 115 de la loi autrichienne prévoit que le failli doit être entendu — si possible — lorsque les décisions doivent être prises relativement à des actes de certaine importance, notamment la continuation du commerce, la vente de gré à gré d'objets mobiliers, la poursuite judiciaire de créances

²²¹⁾ Haab, Z.S.R. n. F. 44 p. 286.

douteuses (§ 116), la conclusion de transactions ou d'arbitrages, l'exécution ou la résiliation de contrats du failli etc. (§ 116, 117, 118).

VII. Le concordat.

Il ne saurait être question d'aborder ici tous les problèmes que pose la révision de la LP en matière de concordat. Cela pourrait faire l'objet d'une étude distincte. Mr. Haab a déjà consacré à ces questions une importante étude à laquelle nous renvoyons nos lecteurs²²²). Nous ne voulons ici qu'effleurer quelques problèmes qui présentent un intérêt d'actualité particulière.

A. Le concordat par abandon d'actif.

Le concordat présente, dans notre loi actuelle, un double caractère; il tend, d'une part, à éviter au débiteur honnête et dans l'embarras les conséquences de droit public attachées à la faillite et à la saisie, à prévenir l'anéantissement de sa personnalité économique, en le libérant, pour l'avenir, de l'entrave que serait pour lui l'existence d'actes de défaut de biens. Considéré sous cet angle, le concordat représente une faveur accordée par la loi au débiteur. L'art. 293 exprime cette idée en parlant du „débiteur qui a l'intention d'obtenir le bénéfice du concordat . . .“²²³)

„D'autre part, il sert les intérêts des créanciers en permettant au débiteur soit de recourir à l'aide de parents et d'amis, soit de continuer son activité et d'arriver à une liquidation de sa situation plus avantageuse que celle que provoquerait une faillite; — par l'un ou l'autre de ces moyens, le débiteur réussit à procurer à ses créanciers un dividende plus élevé que celui qu'il lui serait possible

²²²) Haab, Probleme der Reform des Nachlassvertragsrechts, Z.S.R. n. F. 47 p. 155—224.

²²³) Jaeger, art. 293 2; ATF 34 I 22.

d'obtenir par la voie de l'exécution forcée.²²⁴⁾ Considéré à ce point de vue, le concordat apparaît comme une institution établie dans l'intérêt des créanciers.

Certains auteurs, ne prenant en considération que le premier de ces caractères, ont soutenu qu'une société anonyme était dans l'impossibilité juridique de conclure un concordat. Le professeur Huber déclarait, par exemple: „Le concordat de la LP est un bénéfice accordé au débiteur; il a pour but de permettre au débiteur de continuer ou de relever ses affaires; il suppose par conséquent un sujet de droit, ayant son existence propre et qui après le concordat, continue à vivre et à exercer ses droits. Or, une société par actions qui est devenue insolvable ne remplit plus ces conditions. Un de ses éléments constitutifs, c'est un capital, un avoir net . . . La disparition du capital social entraîne l'extinction de la société comme telle et il ne lui reste plus qu'à accomplir les formalités prévues pour rendre sa dissolution définitive . . . La société anonyme insolvable est un candidat au trépas; la loi ne lui laisse d'autre ressource que le suicide.²²⁵⁾ Brustlein approuvait cette conclusion en disant: „Le concordat de la société anonyme n'est pas plus admissible que le concordat d'une succession répudiée“.

L'opinion de ces auteurs n'a pas prévalu en doctrine et en jurisprudence; c'est qu'en effet si le concordat est une faveur accordée par la loi au débiteur, il a pour but également d'assurer aux créanciers adhérents — notwithstanding l'opposition de certains autres créanciers — les avantages d'une liquidation extra-judiciaire; or ces avantages sont tout particulièrement sensibles quand il s'agit de la liquidation d'une société anonyme ou d'une société coopérative. Il nous paraît indiscutable que rien, dans notre législation actuelle, ne s'oppose à une telle conception.

²²⁴⁾ Jaeger, art. 293 2.

²²⁵⁾ Archives V p. 93—95.

D'après Haab, le concordat préventif a pour but d'éviter la liquidation générale du patrimoine du débiteur — conséquence inévitable de la faillite, qui exige la réalisation de tout l'actif. Il substitue à la faillite l'assainissement de la situation patrimoniale du débiteur et le met à l'abri de l'anéantissement de son existence économique. Cette conception du concordat devait fatalement conduire son auteur à condamner le concordat par abandon d'actif. „Un regard jeté sur la jurisprudence — écrit-il — nous apprend que, chez nous, le concordat ne poursuit pas seulement des buts d'assainissement. Relativement peu de temps après l'entrée en vigueur de la loi, on a vu s'introduire, ici et là — en imitation du droit français — le concordat par abandon d'actif; dans la suite, il a réussi, malgré la résistance de quelques autorités concordataires à s'implanter dans tous les cantons. Le concordat par abandon d'actif poursuit un but étranger au concordat préventif; il tend non à l'assainissement de la situation patrimoniale du débiteur mais à sa liquidation. Au point de vue économique il conduit au même résultat que la faillite, avec cette seule différence que la liquidation s'accomplit d'une façon plus libre, qu'il n'entraîne aucune conséquence au point de vue de l'honneur du débiteur et qu'il ne donne pas lieu à des actes de défaut des biens. Le concordat par abandon d'actif est, à proprement parler, une difformité dont l'existence ne peut être justifiée que par les insuffisances de notre ordonnance de faillite.“²²⁶⁾

a) Il nous semble que cette opinion repose sur une conception trop étroite du concordat préventif. Qu'il ait comme but primordial l'assainissement de la situation patrimoniale du débiteur, cela nous paraît certain; mais, ce n'est point là son seul but possible. Pourquoi ne tendrait-il pas simplement à „procurer les avantages d'une liquidation extra-judiciaire?“²²⁷⁾ Quelles que soient les amélio-

²²⁶⁾ Haab, Z.S.R. n. F. 47 p. 169.

²²⁷⁾ Voir sur le concordat par abandon d'actif en droit français Lyon-Caen et Renault VIII p. 64 et ss.

rations que l'on apporte à la procédure de réalisation, on n'évitera jamais les pertes de valeur inhérentes à la faillite même et qui peuvent être considérablement diminuées par une liquidation lente. Haab ne dit-il pas lui-même que la faillite est un „schlimmer Wertzerstörer?“

b) Mais il y a plus: la faillite entraîne pour le débiteur des conséquences redoutables: elle le frappe de sanctions de droit public; elle l'atteint dans sa considération sociale; elle l'expose à être perpétuellement entravé dans son activité future par la délivrance des actes de défaut de biens. N'est-il pas normal, dès lors, que le débiteur cherche à éviter ces effets par un concordat, même s'il doit en résulter la liquidation de son entreprise, parce qu'elle n'est pas viable et que tout espoir d'assainissement est exclu? Pour obtenir ce concordat, le débiteur recherchera peut-être le concours de tiers, — parents et amis — qui consentiront à intervenir, pour lui éviter les conséquences de la faillite. L'abandon d'actif n'est, en effet, nullement inconciliable avec un concours financier étranger. Ces interventions — qui ne se seraient pas produites, en cas de faillite — sont éminemment favorables aux créanciers. Schwyzer, constate avec raison, que même si la révision de la LP au point de vue de la réalisation des biens devait faire disparaître les avantages d'une liquidation extra-judiciaire — le concordat par abandon d'actif n'en conserverait pas moins sa justification, notamment dans le cas où non seulement tous les actifs du débiteur sont réalisés dans l'intérêt des créanciers, mais où d'autres avantages leur sont concédés, comme par exemple, des apports ou des garanties de tiers, ou bien la renonciation d'un créancier au dividende lui revenant²²⁸).

Il importe d'insister sur ce point — car c'est là, à notre avis, l'un des avantages les plus certains de cette

²²⁸) Schwyzer, Der gerichtlich bestätigte Nachlassvertrag mit Vermögensabtretung ausser Konkurs, insbesondere nach schweizerischem Recht, Bonn 1930, p. 201.

forme de concordat par rapport à la faillite. Le secours de tiers — parents, alliés ou amis — peut se manifester sous plusieurs formes, soit qu'ils prennent l'engagement de verser directement aux créanciers un certain pourcentage de leurs créances, soit qu'ils versent une somme déterminée dans la masse du débiteur, ce qui augmentera la part revenant à chaque créancier. Des personnes peuvent également renoncer à des prétentions de nature réelle ou personnelle qu'elles auraient contre le débiteur; que l'on songe au cas fréquent de la femme renonçant à son privilège.

Le concordat par abandon d'actif peut comporter également une clause par laquelle un certain dividende est garanti aux créanciers. Le débiteur s'engage, au cas où la réalisation des biens n'atteindrait pas un certain montant, à effectuer des versements supplémentaires jusqu'à un minimum déterminé. Cette garantie peut être donnée par des tiers.²²⁹⁾

Le concordat récent de la „Banque de Genève“ offre un exemple typique de ces diverses possibilités; dans le but d'éviter la faillite, qui aurait eu un retentissement fâcheux pour le renom de la place de Genève, divers établissements de banque ont consenti à apporter à la masse concordataire une somme de deux millions. L'Etat de Genève, de son côté, a renoncé à une créance de sept millions et a promis un apport en argent frais de trois millions. Ces versements et cette renonciation n'ont été

²²⁹⁾ Lyon-Caen et Renault, VIII p. 75: „Le failli . . . ne s'oblige pas, en principe, comme il le fait en cas de concordat simple, à payer à ses créanciers un certain dividende. On comprend que ceux-ci trouvent qu'à ce point de vue, le concordat par abandon d'actif ne leur donne pas une sécurité suffisante. Aussi, parfois, le failli qui abandonne son actif tout ou en partie, promet à ses créanciers un dividende minimum. Si ce dividende n'est pas fourni par le prix de vente des biens abandonnés, le complément doit en être payé par le failli. Il arrive souvent alors que, pour obtenir des conditions meilleures, le failli fait garantir son engagement par une caution . . .“

consentis que dans le but d'éviter la faillite. D'autre part, l'Etat de Genève a accordé un avantage supplémentaire aux créanciers: ceux-ci recevront des bons portant intérêt à 2% et leur assurant le paiement de leurs créances à 100% dans un délai de 25 ans. Ces bons sont garantis par l'Etat de Genève.

De nombreux Tribunaux n'homologuent les concordats par abandon d'actif que si le débiteur accorde à ses créanciers un avantage particulier, s'il offre quelque chose de plus que le simple abandon. Ils estiment que les créanciers — qui donnent quittance pour solde et perdent ainsi toute possibilité de recouvrer le montant dont ils sont perdants — ne sauraient se contenter de recevoir simplement ce que leur donnerait une faillite (théoriquement du moins, et en faisant abstraction d'une meilleure réalisation). Cette considération est naturellement sans valeur en ce qui concerne les sociétés anonymes et les sociétés coopératives puisqu'elles sont dissoutes par la faillite et qu'ainsi la perte faite par les créanciers est définitive. Schwyzer croit pouvoir motiver ici la jurisprudence des Tribunaux en déclarant que, faute de faillite, les créanciers ne peuvent faire valoir aucune action en responsabilité contre les organes de la société; ainsi se justifierait, pour les sociétés aussi, la nécessité d'un avantage supplémentaire accordé aux créanciers²³⁰). Cette argumentation est sans valeur depuis que le Tribunal fédéral a prononcé que les créanciers peuvent exercer aussi l'action en responsabilité de l'art. 674 lorsque la dissolution de la société résulte non d'une faillite mais de l'homologation d'un concordat par abandon d'actif²³¹).

Si une révision de la loi aboutissait à une meilleure réglementation de la procédure de réalisation dans la faillite, les Tribunaux en arriveraient à développer encore cette jurisprudence, puisqu'alors le simple abandon des

²³⁰) Schwyzer, § 22 II 5 b p. 140.

²³¹) ATF 49 II p. 244.

biens du débiteur perdrait beaucoup de sa valeur pour les créanciers²³²).

c) Il n'est d'ailleurs pas exact que le concordat par abandon d'actif conduise, toujours et nécessairement, à une liquidation de l'entreprise du débiteur. Il est en effet possible de transférer cette entreprise à une personne juridique nouvelle — généralement une société anonyme — dont les créanciers reçoivent des parts — des actions — en proportion de leurs créances. Cette forme d'abandon présente de réels avantages, puisque l'entreprise n'est pas liquidée et n'entraîne ainsi pas les pertes inhérentes à toute liquidation; l'exploitation se continue, dans des conditions plus favorables que ne pourrait le faire le débiteur lui-même, qui serait obligé d'employer toutes ses disponibilités à payer les dividendes. Les bénéfices futurs ne profitent pas au débiteur, mais aux créanciers; ceux-ci ont la possibilité de réaliser leurs parts et de toucher ainsi de l'argent comptant. C'est ce que Schwyzer appelle „le concordat avec constitution de société“ dont la possibilité juridique ne nous paraît pas discutable²³³). Ce procédé serait irréalisable en cas de faillite, puisque celle-ci suppose toujours la réalisation du patrimoine du failli et qu'il n'est pas possible de désintéresser les créanciers autrement qu'en espèces. Il est, d'autre part, certain que le concordat ne tend pas ici à un assainissement de la situation patrimoniale du débiteur, puisque celui-ci est dessaisi de tous ses biens. C'est donc bien un véritable concordat par abandon d'actif.

d) Il faut enfin faire observer que si le concordat devait être restreint aux cas où il doit permettre la continuation de l'entreprise par le débiteur lui-même, les personnes juridiques — société anonyme ou société coopérative — seraient le plus souvent privées de ce bénéfice. Lorsqu'une société anonyme est appelée à demander un concordat, c'est généralement que son bilan est déficitaire, et par

²³²) Schwyzer, p. 201.

²³³) Schwyzer, 9 VII 1 p. 37; Doka, Z.S.R. n. F. 45 p. 148.

conséquent, que le capital social est absorbé. (Nous disons „généralement“ parce que le bilan pourrait ne pas faire ressortir un excédent de passif, la demande de concordat se justifiant alors par le fait que l'actif serait difficilement réalisable, tandis que le passif serait en grande partie échu)²³⁴). La société est dès lors, comme le dit Huber, „un candidat au trépas“ et la seule solution possible est la liquidation. Si le concordat préventif est exclu il ne reste d'autre solution que la faillite. C'est ce qu'ont admis certains cantons, notamment Zürich. Or, il nous paraît évident que l'intérêt des créanciers — et souvent aussi l'intérêt général — doivent permettre une liquidation de la société en dehors de la faillite. Plusieurs exemples récents le démontrent: affaire de la Banque Commerciale de Fribourg, affaire de la Banque de Genève.

e) S'il est vrai, comme le relève Haab, que l'application de la procédure concordataire des art. 293 et ss. LP entraîne un retard fâcheux dans le commencement de la liquidation, cet inconvénient inévitable est largement compensé par les avantages d'une liquidation extra-judiciaire et surtout par les avantages supplémentaires qui peuvent être procurés aux créanciers par le débiteur lui-même ou des tiers.

f) Haab exprime la crainte que certains groupes de créanciers ne réussissent parfois à exercer une influence déterminante sur les opérations de liquidation, et à porter ainsi un préjudice grave à l'ensemble des créanciers, en poursuivant des buts égoïstes. Nous ne croyons pas à ce danger. Le concordat par abandon d'actif suppose toujours la désignation d'une ou plusieurs personnes chargées de l'administration et de la réalisation des biens. Généralement ces personnes sont désignées dans la convention concordataire elle-même sous le nom d'administrateurs, de liquidateurs, de commissaires, de commission de gestion, commission de liquidation etc. . . . Au moment de l'homologation, le Tribunal doit s'assurer si les personnes pro-

²³⁴) Jaeger, art. 293 ch. 5.

posées sont aptes à remplir leurs fonctions et si elles offrent des garanties suffisantes. Les liquidateurs ainsi désignés par un vote de majorité des créanciers, que sanctionne l'autorité concordataire, ne sont pas des mandataires privés; ils reçoivent de l'autorité un mandat de droit public; leur gestion est donc contrôlée par l'autorité au même titre que celle du liquidateur d'une faillite; ils sont soumis au contrôle des autorités de surveillance ce qui constitue pour l'ensemble des créanciers une garantie de première importance²³⁵).

g) Mais, dit Haab, en accordant aux créanciers les mêmes mesures de protection que dans une faillite, on en arrive en définitive, à créer deux procédures de faillite qui se distinguent à peine l'une de l'autre. Nous avons montré, plus haut, que le concordat par abandon d'actif offre des possibilités irréalisables par la faillite.

Le Tribunal fédéral répond lui aussi à cette objection: „Il n'est pas exact de prétendre qu'en assimilant le concordat par abandon d'actif à la faillite on lui enlève toute utilité pratique. Tout d'abord il garde naturellement pour le débiteur l'avantage essentiel à raison duquel le concordat a été institué par la loi, à savoir de le soustraire aux conséquences de droit privé et de droit public que la faillite implique à son égard. Et quant aux créanciers, du fait que certaines règles de la faillite absolument indispensables pour la sauvegarde de leurs droits sont déclarées applicables, il ne s'ensuit naturellement pas qu'elles le soient toutes et que, dans le projet de concordat soumis à la ratification de l'autorité, ils ne puissent convenir, sous les réserves indiquées, d'une procédure plus simple, plus souple, plus rapide et plus économique que celle de la faillite. D'ailleurs on constate qu'en France où la nécessité s'est fait également sentir d'entourer de certaines garanties la liquidation de l'actif cédé par le débiteur en assimilant sur certains points importants le concordat par abandon d'actif à la faillite, les concordats de ce genre ont

²³⁵) ATF 42 III 81.

sans doute diminué depuis cette assimilation réalisée par la loi du 17 juillet 1856, mais ils n'ont nullement disparu, ce qui prouve, que — même réglementés — ils conservent leur raison d'être.²³⁶⁾

h) Haab estime que les avantages économiques que l'on reconnaît généralement au concordat par abandon d'actif sont souvent compensés par des inconvénients graves:

a) L'action révocatoire est exclue. Il est en effet admis, d'une façon assez générale, par la doctrine que la masse concordataire ne peut attaquer, par l'action révocatoire, les actes par lesquels le débiteur aurait porté atteinte aux droits de ses créanciers. Le Tribunal fédéral qui avait laissé la question ouverte dans son arrêt 51 II p.256 l'a résolue dans un arrêt récent²³⁷⁾. Sans méconnaître la valeur de l'argumentation du Tribunal fédéral, de lege lata, nous pensons que rien ne s'oppose, à ce que l'exercice de cette action soit admis „de lege ferenda“.²³⁸⁾

„Il est vrai — observe Piccard — que pour les débiteurs, qui, par des actes juridiques attaquables, ont soustrait des biens à leurs créanciers ou ont favorisé certains créanciers au détriment d'autres — la faillite peut sembler plus justifiée qu'un concordat. Mais d'autre part, l'expérience montre que l'admission d'un concordat intervient, très souvent, non par considération pour le débiteur mais dans l'espoir que les créanciers obtiendront davantage par ce moyen. D'autre part il peut arriver que les actes annulables ne soient découverts qu'après l'homologation du concordat. Il faudrait donc que les actions révocatoires puissent être exercées par la commission de liquidation, ou par des créanciers individuels en application de l'art. 260 — d'autant plus que les conditions de l'art. 216 ne sont

²³⁶⁾ ATF 42 III p. 465.

²³⁷⁾ ATF 57 III 21 p. 64 et ss.

²³⁸⁾ Schwyzer, § 12 III 1; Doka, Z.S.R. n. F. 45 p. 153; Piccard, Z.S.R. n. F. 35 p. 49.

pas toujours remplies et que la révocation du concordat, dans beaucoup de cas, ne rapporterait rien aux créanciers.²³⁹⁾

Ces observations valent aussi pour le concordat ordinaire: il est impossible, dans l'état actuel de la législation, d'accorder au débiteur et aux créanciers les avantages du concordat et d'annuler, en même temps, les actes de favoritisation que le débiteur a pu commettre, sous la pression des circonstances, avant l'introduction de la procédure. Il en résulte que les Tribunaux homologuent parfois des concordats, dans lesquels le dividende distribué — malgré, les avantages consentis par le débiteur ou des tiers — est plus faible qu'il ne le serait si les actions révocatoires étaient possibles²⁴⁰⁾.

Piccard fait observer, avec raison, que l'objection théorique d'après laquelle la masse ne peut exercer plus de droits que n'en avait le débiteur — ne saurait être déterminante. Le Tribunal fédéral n'a-t-il pas décidé que l'art. 214 LP était applicable au concordat par abandon d'actif, alors que le droit de contester la compensation, prévu à cet article, n'appartenait certainement pas au débiteur?²⁴¹⁾

L'objection de Haab n'est donc fondée que sur l'opinion actuelle de la doctrine et de la jurisprudence; la loi future pourrait remédier facilement à cet inconvénient.

β) Un autre inconvénient du concordat par abandon d'actif — par rapport à la faillite — c'est que les droits de créanciers gagistes ne peuvent pas être touchés (die Rechte der Pfandgläubiger dürfen nicht angetastet werden). Dans la faillite, les biens sur lesquels il existe un gage rentrent dans la masse, sous réserve des droits du créancier gagiste (art. 198 LP); ces biens sont réalisés en conformité de l'art. 258, sans que l'on ait à se préoccuper si les créanciers gagistes

²³⁹⁾ Piccard, Z.S.R. n. F. 35 p. 50.

²⁴⁰⁾ Schwyzer, § 12 III 2 p. 64/65.

²⁴¹⁾ Piccard, p. 51; ATF 40 III 54, 41 III 31.

sont ou non couverts²⁴²). Le législateur a donc laissé tomber, en matière de faillite, le principe adopté dans la procédure de saisie et suivant lequel les droits de gage doivent être couverts, pour qu'une adjudication puisse intervenir.

L'art. 311 LP stipule que le concordat homologué n'est pas obligatoire (*rechtsverbindlich*) pour les créanciers gagistes et pour le montant de leur créance couvert par le gage. Le Tribunal fédéral — après quelques hésitations²⁴³) — a prononcé qu'à cet égard le concordat par abandon d'actif ne pouvait pas être assimilé à la faillite²⁴⁴). Le liquidateur n'a donc pas le droit de „réaliser les biens que personne ne veut acquérir, sinon allégés des charges qui les grèvent, et qui ne peuvent donc pas être vendus, si les charges doivent subsister — à moins que l'ayant droit n'y consente“.

Il en résulte que les immeubles faisant partie du patrimoine abandonné ne peuvent être vendus que, s'il y a reprise par l'acquéreur des charges qui les grèvent ou liquidation de ces charges. C'est donc le „principe de la couverture“ (*Deckungsprinzip*) qui reprend vigueur. — Le créancier gagiste peut intenter la poursuite en réalisation de gage, en cours de concordat. La créance gagée continue à porter intérêts (comme d'ailleurs en cas de faillite art. 209 LP); elle n'est pas rendue exigible par l'homologation du concordat: Il ne nous semble pas que la différence ainsi faite entre la faillite et le concordat par abandon d'actif, concernant les droits des créanciers gagistes, constitue un inconvénient si grave qu'il faille, pour cela, con-

²⁴²) Jaeger, art. 258 1 pour les meubles et 3 pour les immeubles.

²⁴³) ATF 40 III 50 p. 279, 42 III 81 p. 463; Jaeger, art. 311 in fine: Dans le concordat par abandon d'actif, la situation des créanciers gagistes est la même que dans la faillite.

²⁴⁴) ATF 53 III 22 p. 85: „Ein zureichender Grund, um ausserhalb des Konkursverfahrens ein Liquidationsverfahren zu schaffen, welches in seinen Wirkungen auch über den Kreis der am Nachlassverfahren direkt beteiligten Gläubiger hinaus dem Konkursverfahren gleichgestellt wäre, liegt nicht vor.“

damner cette dernière institution. Il est vrai que l'on ne peut aboutir, dans ce cas, à une liquidation générale et définitive du patrimoine du débiteur, mais cela n'a pas de conséquences pratiques importantes. Rien n'empêcherait d'ailleurs le législateur futur de restreindre dans une certaine mesure les droits des créanciers gagistes dans le concordat par abandon d'actif — ainsi que le propose Schwyzer²⁴⁵).

En définitive, les objections faites par Haab au concordat par abandon d'actif ne nous paraissent pas déterminantes et bien loin de souhaiter, comme lui, la disparition de cette institution, nous pensons qu'à la prochaine révision de la loi, le législateur devrait la consacrer par un texte formel et la réglementer. Lorsqu'une institution réussit à s'imposer en marge de la loi, c'est qu'elle répond à un besoin profond et il nous semblerait abusif d'attribuer cette création extra légale aux seuls déficits de la procédure de la réalisation dans la faillite. Nous croyons avoir montré que cette forme de concordat répond à des besoins qui ne peuvent être satisfaits ni par la faillite, ni par le concordat ordinaire.

B. Problèmes relatifs à l'octroi du sursis concordataire et à l'homologation du concordat.

a) On sait que, depuis les ordonnances du 27 octobre 1917 et du 18 décembre 1920 — confirmées à cet égard par la loi du 3 avril 1924 — la disposition primitive de l'art. 293 qui exigeait — pour l'ouverture de la procédure de concordat — l'adhésion de la majorité des créanciers représentant la majorité des sommes dûes, a été supprimée. Certaines voix se font actuellement entendre pour demander le rétablissement de cette disposition; on trouve généralement que les sursis concordataires sont accordés avec trop de facilité, sans que les créanciers puissent faire

²⁴⁵) Schwyzer, § 14 II 3 p. 97.

entendre leur voix; on met trop souvent ceux-ci devant le fait accompli.

L'obligation pour le débiteur d'obtenir l'adhésion préalable de la majorité de ses créanciers le plaçait dans une situation redoutable; en effet, il était nécessairement obligé de porter à la connaissance de ses créanciers sa véritable situation et de leur avouer ainsi son impossibilité de payer; or, il est admis par la doctrine et la jurisprudence que le fait d'annoncer son état d'insolvabilité et de demander un concordat constitue un cas de cessation de paiements, au sens de l'art. 190 LP; il en découlait que lorsqu'un débiteur sollicitait l'adhésion de ses créanciers il était exposé à voir requérir sa faillite avant qu'il ait pu remplir les conditions nécessaires à l'obtention du concordat. Cette situation était tellement paradoxale que Jaeger avait cherché à la résoudre de la façon suivante: „Si l'on ne veut pas supprimer au débiteur le bienfait d'un concordat judiciaire, destiné à lui éviter la faillite, il faut admettre que la déclaration de faillite ne saurait être requise immédiatement, à moins que le chiffre 1 soit applicable, par le simple motif que le débiteur aurait fait à ses créanciers la déclaration d'insolvabilité qui précède généralement le dépôt d'une demande de concordat. Lorsqu'un créancier requiert la faillite en pareil cas, le juge devra fixer au débiteur un délai déterminé et convenable pour formuler sa demande de concordat, et prononcer la faillite dans le cas seulement où le délai n'aura pas été observé . . . Il appartient . . . au juge, lorsque la loi montre une lacune, de prendre lui-même les mesures nécessaires. Le rejet de la solution proposée par nous conduirait à une solution intolérable (impossibilité de tout concordat en dehors de la faillite) et il va de soi que le législateur n'a pas voulu un pareil résultat.“²⁴⁶) Cette solution est ingénieuse — mais nous ne pouvons nous empêcher de penser

²⁴⁶) Jaeger, ad art. 190 ch. 11.

avec Leemann qu'elle n'a aucune justification légale²⁴⁷). Aujourd'hui cet inconvénient a disparu puisqu'il est possible au débiteur d'obtenir très rapidement un sursis concordataire, sans faire appel à ses créanciers. Si l'ancienne disposition de l'art. 293 devait être rétablie, la loi devrait prévoir expressément une réglementation dans le genre de celle proposée par Jaeger. — En l'état actuel des choses, le danger d'une déclaration de faillite subsiste, lorsque le débiteur cherche à conclure un concordat amiable — car alors il ne peut éviter de rechercher l'adhésion de ses créanciers; mais cette circonstance n'exige pas une réglementation spéciale, car le concordat amiable ne mérite pas, à notre avis, la protection de la loi; dès lors si un créancier requiert la faillite, le débiteur en sera réduit à transformer son concordat amiable en concordat judiciaire — ce qui donne aux créanciers des garanties plus sérieuses.

La situation résultant de l'ancienne disposition de l'art. 293 présentait, en outre, un sérieux danger pour les créanciers; lorsque, pendant cette phase préliminaire, le débiteur se voyait menacé ou pressé par des créanciers moins scrupuleux ou plus intransigeants, il était naturellement tenté, pour éviter la faillite, de leur consentir des avantages, soit en les désintéressant soit en leur donnant secrètement des garanties; il en résultait un préjudice pour les créanciers bienveillants qui acceptaient d'attendre la présentation du concordat. Nous pensons que l'avantage de tous est que cette phase préliminaire du concordat soit aussi courte que possible et nous approuvons la modification apportée à l'ancien texte de l'art. 293²⁴⁸).

²⁴⁷) Leemann, p. 106; Panchaud, p. 212; Rossel, J.d.T. 1896 p. 71.

²⁴⁸) En 1930 le Vorort de l'Union Suisse de Commerce et de l'Industrie adressait à ses sections une circulaire concernant „la réintroduction des dispositions de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite relatives aux conditions pour la prise en considération de la demande de sursis concordataire“. Cette circulaire contient le passage suivant: „Ces derniers temps, différentes sections ont fait part au Vorort de leur opinion selon la-

Cela ne signifie pas que la procédure d'octroi du sursis concordataire ne puisse être améliorée. La loi ne prévoit que l'audition du débiteur (art. 294: „après avoir entendu le débiteur“). On peut se demander si le juge a le droit d'entendre des tiers, notamment des créanciers; la question est controversée en doctrine: Jaeger se prononce pour la négative: „Les créanciers, dit-il, auront la parole plus tard et toutes les objections qu'ils auraient à faire à l'octroi de sursis, ils pourront les faire valoir à l'occasion de l'homologation du concordat; lors de l'octroi du sursis, le juge n'a à se prononcer que sur une requête

quelle la suppression des conditions de l'alinéa 2 de l'art. 293 de la LP avait dans de nombreux cas pour conséquence la prise en considération de demandes de sursis concordataire qui ne se justifiaient pas. L'examen de la situation commerciale du débiteur n'est souvent pas possible, dans la mesure désirable, pour les autorités en matière de concordat, faute d'une connaissance suffisante du débiteur et de son exploitation. Ainsi, il peut arriver que le sursis concordataire soit accordé même lorsque l'on peut prévoir que très probablement la majorité des $\frac{2}{3}$ nécessaire pour l'adoption du concordat ne sera pas obtenue. Les frais en résultant, qui naturellement sont à la charge des créanciers, auraient été évités par l'application de l'art. 293 al. 2 LP. C'est pour ces raisons que les sections en question ont prié le Vorort de s'employer à faire mettre de nouveau en force les dispositions indiquées de la LP.“ La Chambre de Commerce de Genève procéda à une enquête. Le rapport de l'exercice 1930 constate ce qui suit: „A part deux avis de juristes favorables au rétablissement de l'ancienne disposition pour des raisons d'ordre avant tout théorique, notre enquête ne nous apporta que des encouragements à recommander le maintien du statu quo.“ Contrairement à ce qu'on pouvait attendre, il fut établi que l'examen des demandes de sursis par les Tribunaux se faisaient aujourd'hui avec beaucoup plus d'attention que lorsque le débiteur n'avait comme précédemment qu'à fournir un projet de concordat revêtu d'un nombre suffisant de signatures pour qu'automatiquement le sursis lui fût accordé. L'enquête du Vorort confirma l'inopportunité de mobiliser l'appareil parlementaire pour le rétablissement de l'art. 293 dans sa teneur primitive. L'Union Suisse des créanciers envisagea alors une action directe auprès des Tribunaux; il s'agissait d'élaborer, à leur intention, un ensemble de directives destinées à établir,

du débiteur.²⁴⁹⁾ Blumenstein²⁵⁰⁾, d'accord avec Paschoud²⁵¹⁾, estime que rien n'empêche le juge de s'orienter, en recourant à l'audition de tiers, notamment de créanciers. Ces auteurs, s'accordent, en tout cas, à reconnaître que ces personnes n'ont pas un droit à se faire entendre. A Berne et à Soleure, les créanciers sont prévenus, par une publication officielle, du dépôt de la demande de concordat, de telle sorte qu'ils ont alors l'occasion de faire

en quelque sorte, un critère du débiteur indigne de bénéficier d'un sursis. L'Union Suisse des créanciers ne réussit pas à obtenir — comme elle l'espérait — l'appui des Chambres de Commerce. L'argument essentiel invoqué contre cette initiative mérite d'être souligné: „Le sursis ne saurait passer pour une mesure de clémence dont le refus serait la juste punition des débiteurs négligents ou de mauvaise foi. Simple mesure provisoire de procédure, le sursis ne poursuit qu'un but strictement utilitaire: celui de permettre la détermination exacte de la situation du débiteur, puis d'examiner le meilleur parti à en tirer dans l'intérêt des créanciers et éventuellement du débiteur, si les causes de la déconfiture autorisent à demander aux créanciers de consentir quelques sacrifices en faveur de celui-ci. Faire acception, dès la demande de sursis, des conditions de moralité et de dignité auxquelles la loi subordonne l'homologation du concordat proprement dit, serait en revanche préjuger du sort de ce dernier, qui ne peut être fixé que par les créanciers, à l'expiration du sursis.“ (67ème rapport annuel de la Chambre de Commerce de Genève, exercice 1931.) Dans une circulaire récente aux gouvernements des cantons, le Département fédéral de Justice et Police s'exprime en ces termes: „... Nous tenons à nous prononcer d'emblée contre le rétablissement du texte primitif de l'art. 293 LP. Il semblerait étrange de revenir sur une innovation en vigueur depuis relativement peu de temps et de mettre en mouvement à cet effet, l'appareil législatif. Cette solution ne se justifierait que si la modification adoptée d'abord à titre provisoire pendant la guerre, et ensuite définitivement, constituait une erreur dont la réparation s'imposât. Or, nous estimons que tel n'est pas le cas. Nous croyons que l'abrogation des 2ème et 3ème alinéas de l'art. 293 a et conservera toute sa raison d'être, pour peu qu'elle contribue tout au moins à remédier aux inconvénients signalés...“ La cause est entendue.

²⁴⁹⁾ Jaeger, ad art. 294 2.

²⁵⁰⁾ Blumenstein, p. 900.

²⁵¹⁾ Paschoud, p. 215.

valoir leurs objections²⁵²). A Zurich, il y a une procédure préliminaire développée — qui comporte une expertise des livres. Cette pratique n'est pas conforme à la loi qui n'a certainement en vue qu'une procédure expéditive. — La loi allemande (§ 9) autorise le Tribunal à entendre, soit le débiteur, soit des témoins et des experts et même de convoquer une assemblée des créanciers. La loi autrichienne est muette. Nous ne croyons pas désirable, comme le voudrait Haab²⁵³), que la loi future institue une procédure approfondie, dans cette phase du concordat. Il ne doit pas y avoir deux procédures de concordat successives; la décision sur l'octroi du sursis doit intervenir rapidement; il est impossible d'exiger du juge, à ce moment là, une appréciation complète de toutes les circonstances de détail; c'est retarder considérablement la procédure du concordat, sans grand profit. C'est, au surplus, compliquer cette procédure, car alors il faut prévoir la possibilité pour le juge de suspendre les poursuites en cours jusqu'à sa décision. Le seul voeu que nous puissions formuler de *lege ferenda* est que le juge soit expressément autorisé, à s'entourer, s'il le désire, des conseils et des avis de tiers, créanciers ou experts. La publication du sursis doit être une faculté laissée à sa libre appréciation. Aller plus loin serait, selon nous, une erreur. —

²⁵²) Dans la circulaire plus haut mentionnée, le Département fédéral de Justice et Police recommande aux cantons cette solution: „ . . . Le juge se trouve mieux documenté pour prendre une décision qui ne sera plus motivée seulement par les indications du débiteur et les chiffres de sa comptabilité, ces éléments étant nécessairement sujets à caution dans les circonstances données . . . Les déclarations des créanciers ne sont nullement obligatoires pour le juge compétent en matière de concordat, mais elles peuvent lui aider à prendre une décision quant à l'octroi ou au refus du sursis. Aussi considérons-nous la publication des demandes de sursis concordataire comme une procédure appropriée au but poursuivi et dont l'observation permet de remédier à la plupart des inconvénients reprochés au nouveau système.“

²⁵³) Haab, Z.S.R. n. F. 47 p. 207/08.

b) Dans quelle mesure la „dignité“ du failli doit-elle être prise en considération, pour l'admission d'un concordat? C'est là l'un des problèmes les plus importants qui se posent à l'heure actuelle.

Ainsi que nous l'avons vu, le concordat présente dans notre législation, un double caractère: il est une faveur accordée au débiteur; il est une institution qui doit assurer un avantage aux créanciers. La loi insiste sur le premier de ces caractères — alors que la tendance moderne est au contraire de mettre l'accent sur le second, soit sur l'intérêt des créanciers. „D'après une juste conception — déclare Haab — le concordat n'est pas une faveur mais une institution créée dans l'intérêt général et, par laquelle, la situation patrimoniale du débiteur, devenue précaire doit être assainie de la meilleure façon possible.“²⁵⁴⁾ Cette formule nous paraît trop étroite et nous dirions plus volontiers que c'est une „institution qui doit permettre au débiteur, dont la situation est devenue précaire, de procurer aux créanciers la meilleure satisfaction possible“. Cette satisfaction leur sera donnée par un assainissement ou par une liquidation extra-judiciaire soumise à des règles spéciales. Cette définition fait passer à l'arrière plan la notion de la dignité du débiteur. Comme le dit justement Haab: „Les causes des déconfitures économiques sont le plus souvent trop complexes pour que l'on puisse établir, au cours d'une procédure sommaire, dans quelle mesure des facteurs étrangers au débiteur ont joué un rôle et dans quelle mesure c'est la propre conduite du débiteur qui doit être tenue pour responsable“. Quand il s'agit d'un concordat tendant à l'assainissement de l'entreprise du débiteur, on doit apprécier naturellement la viabilité de cette entreprise; nous comprenons qu'alors la dignité, l'honorabilité du débiteur soient prises en considération, puisque le concordat aura pour effet de le replacer à la tête de ses affaires et qu'ainsi sa personnalité jouera un rôle de premier ordre, dans l'exécution du concordat.

²⁵⁴⁾ Haab, Z.S.R. n. F. 47 p. 183.

Lorsque, par contre, un concordat doit aboutir à une liquidation — éventualité qu'Haab exclut délibérément — ces circonstances ne jouent qu'un rôle secondaire et la considération essentielle devient l'avantage que le concordat peut apporter aux créanciers par rapport à la faillite.

Le problème de la dignité du débiteur se pose actuellement dans deux cas: 1^o au moment de l'octroi du sursis concordataire (art. 294 al.1: l'autorité statue sur la prise en considération de la demande du débiteur, en tenant compte de la situation, de l'état de sa comptabilité, de sa loyauté en affaires et des causes qui l'empêchent de satisfaire à ses engagements); 2^o au moment de l'homologation (art. 306 ch. 1: l'homologation du concordat est subordonnée aux conditions ci-après: que le débiteur n'ait commis au détriment de ses créanciers aucun acte déloyal ou d'une grande légèreté). Il y a cependant entre ces deux textes une grande différence: le premier laisse à l'autorité concordataire un certain pouvoir d'appréciation („en tenant compte de"). Il est rare d'ailleurs, à moins de circonstances exceptionnelles, que, dans cette phase de la procédure, l'autorité concordataire soit suffisamment renseignée sur les actes antérieurs du débiteur pour pouvoir les apprécier.

Le second texte lie le juge: l'homologation de concordat doit être refusée si des actes déloyaux ou d'une grande légèreté ont été commis par le débiteur. D'où cette conclusion que, logiquement — lorsque de tels actes sont établis — le juge devrait refuser l'homologation, quand bien même tous les créanciers auraient adhéré au concordat²⁵⁵). Que cela puisse aboutir à des conséquences désastreuses pour les créanciers — c'est ce qu'il est à peine besoin de démontrer.

Nous ne voulons pas discuter ici la question de savoir si les fautes des organes d'une personne juridique — des administrateurs ou des directeurs d'une société anonyme,

²⁵⁵) Jaeger, art. 306 4.

par exemple — peuvent être mis à la charge de la société et la priver ainsi du bénéfice du concordat. Si on l'admet — comme le font de nombreux auteurs et plusieurs décisions de jurisprudence — l'application stricte de l'art. 306 ch. 1 peut conduire à des résultats gravement préjudiciables aux intérêts des créanciers. Cela est si vrai que tout récemment la Cour d'appel du canton de Lucerne a été amenée — dans un arrêt audacieux — à faire délibérément et volontairement abstraction de l'art. 306 ch. 1, violant ainsi systématiquement la loi. Les considérants de cet arrêt méritent reproduits:

„Dans les cas, notamment, où de grandes entreprises bancaires, industrielles ou commerciales, constituées sous forme de sociétés, et ayant un important développement économique, demandent un concordat — pour éviter à leurs nombreux créanciers et débiteurs (éventuellement à de nombreux employés et ouvriers) le malheur plus grand encore d'une liquidation forcée par voie de faillite — l'élément de dignité, posé comme condition de l'homologation du concordat, doit passer à l'arrière-plan — et il faut attribuer une importance décisive aux intérêts économiques des nombreux créanciers et débiteurs qui souffrent ensemble de la déconfiture de l'entreprise. Ce point de vue est d'autant plus justifié que le droit concordataire suisse, depuis sa réglementation par la loi de 1889 et — notamment en suite de la guerre mondiale et des bouleversements qu'elle a entraînés dans toute la vie économique — a subi une évolution constante, tant dans la législation que dans la jurisprudence, en s'adaptant aux besoins économiques et aux exigences de l'époque. Bien que ce droit ait été créé, à l'origine, exclusivement pour les personnes physiques et pour le cas normal de la distribution aux créanciers d'un dividende concordataire déterminé, on ne put éviter, dans le cours du temps et par suite des exigences de l'évolution économique, d'accorder aussi le bénéfice du concordat aux personnes juridiques organisées corporativement, plus particulièrement aux

sociétés anonymes, et de l'autoriser sous la forme du concordat par abandon d'actif.

„Les étapes successives de l'évolution ont été la loi fédérale du 25 septembre 1917 sur la constitution de gages sur les entreprises de chemins de fer et de navigation et la liquidation forcée de ces entreprises, par laquelle le bénéfice de la procédure concordataire a été expressément garanti à ces entreprises; les différentes ordonnances de sursis extraordinaires de 1915 à 1917; l'ordonnance du 27 octobre 1917 complétant et modifiant les dispositions de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite relativement au concordat, qui a supprimé la condition de l'art. 293 ch. 2; l'ordonnance du 18 décembre 1920 concernant le sursis concordataire, le concordat hypothécaire pour les immeubles affectés à l'industrie hôtelière, qui a élargi le concordat des art. 293 et ss. en concordat hypothécaire; enfin la création d'une nouvelle procédure concordataire par l'ordonnance sur la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations du 20 février 1918/1920. La jurisprudence, enfin, a réalisé un développement important et nécessaire de l'institution du concordat, en appliquant par analogie les dispositions de la LP sur la faillite, à la procédure de liquidation dans le concordat par abandon d'actif. Dans ce perfectionnement (partiellement temporaire, il est vrai) du droit de sursis et de concordat, au cours des trois dernières décades, ce furent toujours et avant tout des raisons et des circonstances économiques qui provoquèrent impérieusement de telles réformes.

„C'est à cette influence constamment prépondérante des circonstances et des intérêts économiques sur l'évolution récente et le développement du droit concordataire, qu'il faut rattacher le fait que le concordat n'est plus tant considéré aujourd'hui comme un bénéfice pour le débiteur que comme un moyen de réduire, dans une mesure suppor-

table, les pertes des créanciers et les autres dommages économiques qui résulteraient d'une faillite; c'est pour la même raison que l'on postule de lege ferenda que la dignité du débiteur n'ait plus la valeur d'une condition sine qua non de l'homologation judiciaire, en raison des éléments économiques infiniment plus importants qui interviennent dans le concordat. C'est ainsi que le professeur Haab, dans son étude sur les „problèmes de la réforme du droit de concordat“, parlant de l'exigence de la dignité du débiteur, arrive à la conclusion que „lors d'une modification de la LP il faudra soumettre à une révision la conception fondamentale de la nature du concordat et apprécier celui-ci en insistant sur les considérations économiques.“

Examinant le cas particulier qui lui était soumis, la Cour de Lucerne constatait, sur la base de l'expérience, qu'une liquidation volontaire — telle que celle prévue par le projet de concordat — produirait un résultat sensiblement supérieur à celui d'une réalisation forcée, par voie de faillite „si bien que le refus d'homologation de concordat aurait pour conséquence une perte supplémentaire et appréciable pour les nombreux créanciers de Vème classe . . Faut-il, dans une telle situation, à cause des fautes et des actes de légèreté d'une ou deux personnes — rejeter un concordat — accepté par les 5/6ème des créanciers, et auquel ne s'opposent que quelques rares créanciers; faut-il accroître encore par là le dommage subi par un si grand cercle de créanciers et de débiteurs? La réponse ne peut raisonnablement être que négative — même sans prendre en considération le fait, que, dans une crise aussi étendue que celle qui commence à se faire sentir toujours plus en Suisse, la déconfiture d'une banque ou d'une autre grande entreprise économique ne doit pas être rendue plus „catastrophique“ encore qu'elle ne l'est déjà.“²⁵⁶⁾

²⁵⁶⁾ Arrêt de la Justizkommission des Obergerichts des Kantons Luzern i. S. Bank Sautier & Cie du 12 février 1932.

Un tel arrêt est significatif. Lorsqu'une Cour de justice — sous la pression des circonstances et d'une impérieuse nécessité — en arrive à reconnaître l'inapplicabilité d'une disposition légale, c'est que vraiment celle-ci ne répond plus aux besoins du moment. Il nous paraît évident que l'on ne saurait, sans inconvénients graves, maintenir le texte de l'art. 306 ch. 1. D'autres autorités judiciaires — constatant également les conséquences néfastes auxquelles conduit cette disposition, lorsqu'il s'agit de grosses entreprises — en sont arrivées à déclarer — au moyen d'arguments juridiques divers, non dépourvus d'ailleurs de toute valeur — que les fautes des administrateurs ou des directeurs ne peuvent être retenues à la charge de la société ou que la disposition de l'art. 306 ch. 1 ne peut s'appliquer au concordat par abandon d'actif²⁵⁷). La „ratio legis“ de cette règle étant essentiellement de priver le débiteur malhonnête des avantages que lui accorderait le concordat, cette raison disparaît — dit-on — lorsqu'il s'agit d'un sujet de droit appelé à disparaître. Quelle que soit l'opinion que l'on ait sur cette interprétation, elle révèle que les autorités judiciaires cherchent, par tous les moyens, à échapper à la rigueur d'une règle néfaste.

Quelle solution adopter? Ou bien fixer, dans la loi, certains cas spéciaux qui rendront impossible l'octroi du sursis concordataire ou l'homologation du concordat. C'est le système de l'Ausgleichsordnung autrichienne²⁵⁸). Ou bien se contenter, d'une formule générale, telle que celle de notre loi actuelle, mais ne liant pas le juge de façon impérative: „Le juge pourra refuser l'homologation du concordat si le débiteur a commis au détriment des créanciers un acte déloyal ou d'une grande légèreté“. Malgré

²⁵⁷) Arrêt de la Cour d'appel de Fribourg du 3 juillet 1922: aff. Banque commerciale fribourgeoise (S.J.Z. 19 p. 119 et ss.). Arrêt du Tribunal cantonal vaudois du 10 août 1922, aff. Banque de Payerne. Jugement du Tribunal de 1^{er} instance de Genève, aff. Banque commerciale genevoise en liquidation.

²⁵⁸) Ausgleichsordnung § 3 et 50.

l'état d'incertitude qu'elle crée, nous préférons cette seconde solution qui donne au juge le pouvoir d'apprécier librement, dans chaque cas déterminé, si les fautes imputables au débiteur doivent être retenues, ou si, au contraire, l'intérêt des créanciers doit primer. La solution à adopter est d'ailleurs d'intérêt secondaire, aussitôt que l'on est d'accord sur le principe.

c) Le concordat est accepté lorsque ceux qui l'ont signé forment la majorité des deux tiers des créanciers et représentent les deux tiers de sommes dûes. Il n'y a rien à objecter à cette réglementation. Les créanciers privilégiés et la femme du débiteur ne sont comptés ni pour leur personne ni pour leurs créances. La doctrine se demande, avec raison, pourquoi le mari peut voter dans la faillite de sa femme, tandis que la femme est exclue de ce droit dans la faillite de son mari²⁵⁹). La plupart des lois étrangères prévoient que les cessionnaires de créanciers exclus de la procédure, et, qui ont acquis leurs créances après l'ouverture de la procédure de concordat ou dans un certain délai avant cette ouverture, sont privés du droit de vote. Cette règle est entièrement justifiée et mérite de recevoir droit d'asile dans notre législation²⁶⁰).

d) La loi stipule encore que l'homologation est subordonnée à la condition que la somme offerte soit en proportion des ressources du débiteur. On sait qu'un grand nombre de législations étrangères prévoient un minimum que le débiteur doit offrir, faute de quoi le concordat doit être refusé. La loi autrichienne stipule, par exemple, à son § 3 ch. 4 „l'ouverture de la procédure du concordat n'est pas possible: 4^o . . . lorsqu'il n'est pas offert aux créanciers — dont les créances ne jouissent d'aucun privilège — 35% au moins de leurs créances, payables dans le délai d'une année à dater du jour de l'acceptation du concordat ou — si le délai de paiement est plus long, sans qu'il puisse dépasser deux ans — 50% de leurs créances.“ D'après la

²⁵⁹) Haab, Z.S.R. 12 F. 47 p. 193/94.

²⁶⁰) Schwyzer, § 22 II.

loi italienne, le débiteur doit offrir au moins 40%. Au cours de ces dernières années, nous avons entendu plus d'une fois des voix s'élever pour réclamer une disposition analogue dans notre législation — ce qui s'explique par la multiplication des concordats où ne sont offerts que de faibles dividendes, qui descendent parfois au-dessous de 20%. Les créanciers s'indignent, non sans raison parfois, de voir des débiteurs qui, après avoir continué pendant de longs mois l'exploitation d'affaires nettement déficitaires, ne se décident à un assainissement que lorsqu'ils ne peuvent plus offrir qu'un pourcentage ridicule! Et pendant la période critique ils ont accru leur passif, faisant ainsi de nombreuses dupes. Néanmoins, nous ne verrions pas d'un oeil favorable une telle réglementation, qui conduit à des absurdités. Pourquoi refuser l'homologation d'un concordat, auquel adhérerait une écrasante majorité de créanciers, pour la seule raison qu'il donnerait un dividende de 35% (au lieu de 40%), si vraiment cette solution apparaît préférable, pour les créanciers, à celle de la faillite? Pourquoi limiter à deux ans — comme la loi autrichienne — le délai pour le paiement des dividendes concordataires? Nous avons vu des concordats, dont l'exécution s'étendait sur cinq à dix ans et qui, grâce à un contrôle serré des créanciers, par l'intermédiaire d'une commission de surveillance, ont donné des résultats très favorables pour tous. En outre, comme le relève justement Haab, il y a danger que le débiteur, pour éviter à tout prix la faillite, ne soit amené à faire des propositions concordataires qui dépassent ses possibilités. Comme l'homologation du concordat va replacer le débiteur à la tête de ses affaires, il contractera de nouvelles dettes, et, la faillite intervenant, en fin de compte, ce sera un passif accru, sans profit pour personne. Ici, comme toujours, nous nous déclarons adversaires de règles trop rigides, trop étroites qui lient le juge; il est infiniment préférable de lui laisser pleine et entière liberté pour apprécier, dans chaque cas déterminé, où se trouve le véritable intérêt des créanciers. Et d'ailleurs ne sont ils

pas les mieux placés pour le dire eux-mêmes? On objectera peut-être que si le dividende offert est trop faible, les créanciers ont plus d'intérêt à recevoir un acte de défaut de biens qu'un pourcentage insignifiant. C'est vrai théoriquement, mais non pratiquement; les moyens dont dispose un débiteur pour échapper à l'action future de ses créanciers, porteurs d'actes de défaut de biens, sont si faciles à employer qu'il est bien rare que les détenteurs de ces titres en retirent jamais un bénéfice: l'exploitation du commerce sous le nom de la femme, la constitution d'une société anonyme dans laquelle le débiteur travaille — avec un salaire dérisoire, — sont des procédés couramment employés qui ne laissent aux créanciers que peu d'espoir de recouvrer jamais le solde dont ils ont été perdants.

Le „tiens“ du dividende concordataire — si faible soit-il, vaut toujours mieux que le „tu l'auras“ de l'acte de défaut de biens. C'est ce que révèle l'expérience. Sans compter que si le débiteur est une personne juridique — société anonyme ou société coopérative — il ne saurait y avoir d'acte de défaut de biens recouvrable²⁶¹).

e) La loi exige enfin que l'exécution du concordat et le paiement intégral des créances privilégiées reconnues soient suffisamment garantis, sauf renonciation expresse de la part de ces créanciers. C'est très beau sur le papier — mais l'expérience démontre que dans un grand nombre de cas cette garantie est impossible à fournir — si l'on entend par là une véritable garantie réelle ou personnelle. A Genève, par exemple, l'habitude s'est répandue de rédiger les formulaires d'adhésion au concordat en prévoyant la renonciation à toute garantie. Certains créanciers biffent la clause de renonciation, mais un grand nombre, par inattention ou ignorance, la laissent subsister. Il est rare,

²⁶¹) Nous ne saurions toutefois méconnaître que la tendance des législations les plus récentes est de refuser le concordat en cas d'offre d'un dividende trop faible. Voir loi tchécoslovaque du 27 mars 1931 qui a élevé le minimum indispensable pour l'homologation de 35 à 45 %. Z. ausl. u. Privatrecht 1932 p. 161/62.

au surplus, que le débiteur garantisse autre chose que le premier dividende — quelquefois les deux premiers — sous forme d'un porté-fort de l'avocat qui présente le concordat. Pour les autres dividendes, aucune garantie. Les juges tournent la difficulté en organisant le plus souvent un contrôle ou une surveillance par les créanciers: le Tribunal, dans son jugement d'homologation, désigne une commission composée de quelques personnes, créancières ou non, et dont le rôle est de surveiller l'exécution du concordat dans l'intérêt des créanciers; c'est cela qui constitue — aux yeux du Tribunal — la garantie exigée par la loi. Nous doutons fort que cette solution ingénieuse réponde à la volonté de législateur, mais elle a été imposée par un texte de loi trop rigoureux et souvent inapplicable, ou, plus exactement, dont l'application stricte entraînerait le refus du concordat. Nous devons d'ailleurs convenir que ces commissions de surveillance peuvent jouer un rôle très utile, si ceux qui les composent accomplissent leur tâche sérieusement et si le débiteur montre quelque docilité. Quoi qu'il en soit, il paraît désirable, de lege ferenda de ne pas maintenir l'exigence de garanties comme condition sine qua non de l'homologation du concordat. Ou, si l'on préfère, la loi pourrait prévoir — comme le propose Haab — que, si des circonstances particulières le justifient, il pourra être fait abstraction de toute garantie²⁶²).

f) D'après notre loi actuelle, le rejet du sursis concordataire n'entraîne aucune conséquence juridique immédiate, par contre, la révocation du sursis (art. 298 al. 2), le refus d'homologation du concordat et la révocation du concordat permettent au créancier de requérir la faillite dans les dix jours (art. 309 LP et 316 al. 2); la loi allemande consi-

²⁶²) Haab, Z.S.R. n. F. 47 p. 199; nous préférons notre formule à celle de Haab, car, en définitive, le juge qui estimera que le concordat est dans l'intérêt des créanciers, même non garanti, trouvera toujours des „raisons particulières“ pour justifier sa décision.

dère la demande de sursis comme une requête en faillite conditionnelle, de telle sorte que le juge a l'obligation, s'il refuse d'entrer en matière, de prononcer la faillite; il en est de même en cas de révocation du sursis ou de refus d'homologation du concordat²⁶³). Le projet de code de commerce italien prévoit également que si la demande de concordat n'est pas accueillie, la faillite est déclarée d'office²⁶⁴); pendant le sursis, le Tribunal peut, en tout temps, déclarer la faillite, si le débiteur accomplit certains actes sans l'autorisation du juge délégué, ou s'il commet certains actes dolosifs; en cas de refus d'homologation, le Tribunal déclare également la faillite²⁶⁵). D'après l'art. 14 de la loi italienne de 1903, lorsque la majorité légale n'était pas recueillie, la faillite ne pouvait être prononcée que s'il y avait cessation de paiements ce qui devait être examiné dans chaque cas particulier. L'art. 24 I de la nouvelle du 1er août 1930 a stipulé, au contraire, que si la majorité légale n'est pas obtenue, le juge délégué le communique immédiatement au Tribunal et celui-ci prononce sans autre la faillite. La demande de concordat constitue un symptôme suffisant de l'insolvabilité²⁶⁶). La loi autrichienne ne prévoit aucune règle spéciale (sauf dans le cas particulier du § 71).

Nous ne pensons pas que le rejet du sursis concordataire puisse justifier une déclaration de faillite, prononcée d'office, par le Tribunal. Il faut admettre, en effet, qu'une demande de concordat peut être déposée et accueillie, alors même que le débiteur ne réalise pas encore les conditions de la faillite, que les difficultés économiques qu'il traverse n'ont pas encore abouti à l'insolvabilité ou, s'il s'agit d'une personne morale, à un bilan déficitaire²⁶⁷). Il n'est dès lors pas possible de voir nécessairement dans la demande

²⁶³) Vgl. O. § 24, 71, 80.

²⁶⁴) Progetto art. 664.

²⁶⁵) Progetto art. 670—685.

²⁶⁶) Die italienische Konkursnovelle vom 1. August 1930, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht p. 69.

²⁶⁷) Haab, Z.S.R. n. F. 47 p. 185/86.

du concordat un aveu d'insolvabilité. Sans compter que — comme le relève justement Haab — les débiteurs n'oseront plus proposer un concordat, si cela les expose à une déclaration de faillite qu'ils n'ont pas voulue. Le fait que la demande de concordat ne suppose pas nécessairement le *status cridae* du débiteur nous conduit également à exclure toute déclaration de faillite *ex officio*, dans les cas de révocation du sursis, de refus d'homologation ou de révocation du concordat. Le créancier qui voudra requérir la faillite ne pourra pas se contenter d'invoquer l'une de ces circonstances; il devra encore établir l'insolvabilité du débiteur (à moins que l'on n'adopte le renversement du fardeau de la preuve, comme le propose Haab, sur le modèle du § 71 de la KO autrichienne).

C. Problèmes relatifs à la procédure de concordat.

a) La loi actuelle stipule que les cantons désignent les autorités qui sont chargées de statuer en matière de concordat: ce service peut être organisé en une ou deux instances.

Tous les cantons sont arrivés à la conviction que seule une autorité judiciaire était apte à remplir cette tâche qui consiste 1^o à ouvrir la procédure concordataire en octroyant le sursis, 2^o à homologuer le concordat lorsqu'il a recueilli l'adhésion des créanciers. Il est intéressant de constater d'ailleurs que toutes les lois étrangères donnent cette compétence à un Tribunal. La loi autorise les cantons à instituer une instance d'appel; actuellement, seul le débiteur peut recourir contre la décision du Tribunal refusant de lui accorder le sursis: les créanciers ne sont pas autorisés à recourir contre la décision qui l'accorde. Nous estimons — si l'on maintient la double instance cantonale — qu'il n'y a pas lieu de modifier cette règle, même si l'on attribue aux créanciers un droit d'intervention dans cette phase préliminaire; tout ce qui est de nature à retarder l'ouverture de la procédure de concordat doit, à notre avis, être évité²⁶⁸).

²⁶⁸) Schwyzer, p. 120; Haab, Z.S.R. n. F. 47 p. 218.

La loi autrichienne va plus loin encore en interdisant tout recours quel qu'il soit contre la décision de l'autorité concordataire. Il est normal par contre que la décision d'homologation — en cas de double instance cantonale — soit sujette à recours tant de la part du débiteur que de celle des créanciers. Nous nous expliquerons plus tard sur la question du recours au Tribunal fédéral.

L'autorité concordataire désigne un commissaire (Sachwalter). Le commissaire n'est ni un mandataire des créanciers ou du débiteur ni un mandataire de l'autorité de concordat; c'est un organe officiel de l'Etat, chargé de conduire la procédure du concordat, en sauvegardant également les intérêts du débiteur et des créanciers. „Sa position, — dit Jaeger — est analogue par conséquent, à celle de l'Office des faillites ou de l'administration spéciale d'une faillite, avec les différences qui peuvent résulter de la nature particulière de la procédure de concordat²⁶⁹⁾“. Il en découle que l'on peut recourir contre les décisions du commissaire au sursis, non pas à l'autorité chargée de statuer en matière de concordat, mais aux autorités de surveillance²⁷⁰⁾. Nous estimons avec Schwyzer, que cette séparation des pouvoirs entre l'autorité concordataire et l'autorité de surveillance n'est pas heureuse. Il est anormal que l'autorité concordataire qui intervient au début pour apprécier la situation et octroyer le sursis — et à la fin pour se prononcer sur le concordat, reste complètement étrangère à la procédure de concordat. Plusieurs cantons ont remédié à cet état de chose déplorable en désignant comme autorité de surveillance le président ou une délégation du Tribunal qui fonctionne comme autorité concordataire (Uri, Schwyz, Glaris, Bâle-Ville, Schaffhouse, St. Gall, Argovie). Dans d'autres cantons, il y a identité entre l'autorité de surveillance et l'autorité concordataire (Zurich, Berne, Lucerne, Vaud, Valais, Neuchâtel). Par contre, les autres cantons instituent comme

²⁶⁹⁾ Jaeger, art. 295 ch. 4; Paschoud, p. 218.

²⁷⁰⁾ Jaeger, art. 295 ch. 5.

autorité concordataire le Tribunal de première instance et comme autorité de surveillance une section ou une commission de l'instance supérieure (c'est le cas de Genève). D'autres enfin confient la tâche de surveillance à une autorité administrative²⁷¹).

Cette situation ne saurait être maintenue, lors d'une révision de la loi, et une unification doit être cherchée. Haab propose la désignation d'un juge délégué (*Instruktionsrichter, Ausgleichskommissär*) sur le modèle des lois autrichienne, italienne et française: ce serait un membre de l'autorité concordataire elle-même désigné pour chaque cas spécial qui aurait comme tâche de diriger ou de surveiller la procédure de concordat (*Ausgl.O § 29 II: der Ausgleichskommissär hat als Einzelrichter das Verfahren zu leiten und die Tätigkeit des Ausgleichsverwalters zu überwachen*); il aurait à faire rapport au Tribunal. Comme le dit justement Haab, il est désirable que l'autorité concordataire puisse, par l'intermédiaire de l'un de ses membres, participer à la préparation du concordat, avant que les créanciers ne soient appelés à se prononcer, afin que les modifications ou les compléments qui lui paraîtraient nécessaires, puissent être encore soumis à l'assemblée des créanciers. En l'état actuel des choses, nous avons vu parfois le Tribunal, avant de statuer sur l'homologation d'un concordat, exiger du débiteur des garanties supplémentaires — ce qui obligeait ce dernier à modifier le projet soumis aux créanciers. Une telle façon de procéder n'est pas normale. Elle révèle une lacune dans la procédure.

Nous avons proposé ailleurs — ce qui serait une simplification évidente — de réunir entre les mêmes mains, les fonctions de l'autorité de surveillance et celles de l'autorité concordataire. Ce serait ainsi la même „autorité de poursuite“ qui accorderait le sursis, surveillerait la préparation du concordat et l'homologuerait.

b) Le législateur actuel n'a prévu aucun recours au Tribunal fédéral, de telle sorte que les décisions relatives

²⁷¹) Schwyzer, § 21 III.

à l'octroi du sursis concordataire et à l'homologation du concordat ne peuvent être portées devant cette haute autorité qu'en cas de violation de la Constitution (le déni de justice constitue un tel cas). Cette situation a rendu impossible la constitution d'une jurisprudence uniforme en la matière, de telle sorte que, sur des questions pourtant essentielles pour l'économie générale, les cantons ont pu rendre des décisions nettement contradictoires. N'a-t-on pas vu, par exemple, certains cantons refuser systématiquement le bénéfice du concordat aux sociétés anonymes? (Jaeger art. 293 p. 74 et 258). Cette situation est d'autant plus anormale que les ordonnances spéciales sur le sursis extraordinaire, le sursis hôtelier, le concordat hypothécaire prévoient toutes le recours au Tribunal fédéral. Ce serait une réelle simplification que de supprimer — comme nous l'avons déjà suggéré — la seconde instance cantonale et d'instituer le Tribunal fédéral comme instance de recours²⁷²).

c) On sait que le projet de révision du CO incorpore, avec certaines modifications, l'ordonnance sur la communauté des créanciers dans les emprunts par obligations de 1918/1920. Le chapitre qui règle cette matière a deux objets: il institue d'abord une communauté juridique qui relève du droit civil; il crée d'autre part une procédure particulière dans les cas où le débiteur est dans l'impossibilité de respecter les conditions de l'emprunt. S'il est absolument normal que le premier de ces objets soit réglé par le Code des obligations, on peut se demander si le second ne devrait pas figurer dans la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite. On aurait pu, il est vrai, envisager cette question dans une loi spéciale et certains auteurs ont proposé cette solution. Le législateur ayant renoncé à ce moyen, fallait-il diviser la matière entre le Code des obligations et la LP? La réponse à cette question dépend beaucoup de la façon dont on envisage

²⁷²) Haab, Z.S.R. n. F. 47 p. 218; Schwyzer, § 19 III; de Salis, Z.S.R. n. F. 12 p. 608.

les dispositions légales qui règlent les rapports entre débiteur et obligataires — lorsqu'un assainissement devient nécessaire. Résumons rapidement ces dispositions. Lorsque le débiteur est obligé de proposer des mesures d'assainissement — comportant des sacrifices pour les obligataires — il convoque une assemblée (art. 1110). L'assentiment des créanciers représentant les $\frac{3}{4}$ au moins du capital en circulation est nécessaire pour que des décisions valables puissent être prises sur les objets suivants: 1^o l'ajournement du paiement d'intérêts échus ou venant à échéance dans le délai d'un an, mais pour cinq années au plus, 2^o la remise d'intérêts pour cinq années au plus, 3^o la réduction du taux de l'intérêt jusqu'à la moitié du taux stipulé dans le contrat d'emprunt ou le remplacement d'un intérêt fixe par un intérêt mobile dépendant du résultat des affaires, dans les deux cas pour dix ans au plus, 4^o la prolongation de dix ans au plus du délai prévu pour l'amortissement, au moyen de la réduction des annuités ou de l'augmentation du nombre des remboursements partiels, 5^o l'ajournement pendant dix années au plus des termes de remboursement, soit pour un emprunt échu ou venant à échéance dans le délai de cinq ans, soit pour des fractions de cet emprunt; 6^o l'autorisation donnée pour un remboursement anticipé du capital, 7^o la constitution d'un gage avec droit de priorité en faveur des nouveaux capitaux versés à l'entreprise, la modification des sûretés garantissant un emprunt ou la renonciation partielle ou totale à ces sûretés, 8^o la révision des clauses qui limitent l'émission des obligations par rapport au capital-actions, 9^o la conversion d'obligations de l'emprunt ou de fractions de celui-ci en actions privilégiées (art. 1120). L'unanimité des créanciers est nécessaire pour toutes les décisions qui empièteraient davantage sur les droits des créanciers (art. 1122). Les décisions prises à la majorité des $\frac{3}{4}$ n'ont d'effet et n'obligent les créanciers qui n'y ont pas adhéré que si elles ont été approuvées par l'autorité cantonale en matière de concordat. L'approbation doit être refusée

dans un certain nombre des cas limitativement énumérés (art. 1124). Il est sursis à l'exercice des droits exigibles appartenant aux créanciers de l'emprunt dès que la convocation de l'assemblée des créanciers a été régulièrement publiée et jusqu'à ce que la procédure devant l'autorité de concordat soit légalement close — sous réserve d'une révocation de sursis (art. 1125). L'appréciation de ces dispositions a été fort différente dans le sein de la Commission d'experts. Tandis que Ostertag déclarait: „Il ne faut jamais perdre de vue que ces décisions de caractère obligatoire constituent un „concordat“²⁷³⁾, Gaudard répliquait: „C'est une erreur que d'assimiler cette procédure à celle du concordat“. Le rapporteur précisait: „Si nous introduisons dans la loi certaines dispositions sur la communauté des créanciers, nous le faisons précisément dans le but d'éviter le concordat et de permettre au débiteur de s'entendre avec ses créanciers obligataires seuls²⁷⁴⁾“. Le président insistait: „Nous ne nous trouvons pas ici en présence d'un concordat.“ Alfred Wieland, Bachmann et von Waldkirch se prononçaient dans le même sens²⁷⁵⁾.

Il est indiscutable que l'arrangement qui intervient entre le débiteur et les obligataires présente quelques uns des caractères du concordat; il s'agit en effet de sacrifices demandés à des créanciers, dans le but de faciliter l'assainissement d'une entreprise. On ne saurait nier, par ailleurs, que cet arrangement présente des caractères propres: les sacrifices sollicités ne portent pas sur le montant de la créance, mais sur les accessoires (intérêts, garanties, délais de remboursement). Les mesures envisagées ne concernent pas tous les créanciers, mais seulement quelques uns d'entre-eux, qui se présentent sous la forme d'une communauté. „Il faut avoir toujours présent à l'esprit — a dit avec raison von Waldkirch — que l'emprunt constitue une dette unique“. Le législa-

²⁷³⁾ Procès verbaux de la Commission d'experts (P.V.) p. 843.

²⁷⁴⁾ P.V. p. 842.

²⁷⁵⁾ P.V. p. 845/46.

teur n'intervient, en définitive, que dans le but de protéger les droits de la minorité qui, en principe, doit se soumettre à la loi de la majorité. Ce caractère d'arrangement particulier domine à notre avis, toute la matière.

Ostertag, il est vrai, voudrait que cet accord particulier fasse toujours partie d'un arrangement plus général s'étendant à tous les créanciers: „Il ne saurait être question — dit-il — de s'attaquer aux créanciers obligataires, en laissant par contre intacts les droits des autres créanciers.“²⁷⁶⁾ „Il est extrêmement choquant, ajoute-il, que l'on exige des créanciers obligataires un sacrifice sans que les autres créanciers, qui se trouvent dans la même situation, ou dans une situation moins favorable, soient appelés à participer à l'assainissement.“²⁷⁷⁾ A cela, le rapporteur répliquait fort justement, que si l'on exigeait de tous les créanciers qu'ils fissent un sacrifice correspondant, la communauté des obligataires devenait inutile, car alors la procédure prévue ne se distinguait plus en rien du concordat ordinaire. Ostertag lui-même était obligé de faire des distinctions entre les créanciers, en demandant que le sacrifice qu'on leur imposerait soit en relation avec leur situation juridique: „Ainsi, dit-il, le Tribunal fédéral a toujours autorisé le paiement intégral des dépenses de l'exploitation courante. Par contre il a déclaré que les banques, dont les créances s'élèvent à de grosses sommes devaient également faire un sacrifice, si l'on voulait en exiger un des obligataires.“ C'est déjà une brèche au principe „par *conditio creditorum*“.

Si l'on envisage la procédure prévue au CO comme un arrangement particulier entre le débiteur et la communauté des obligataires — considérée dans son unité — on ne saurait lui appliquer les règles du concordat ordinaire. Les critiques adressées par Haab²⁷⁸⁾ à la réglementation du projet ne nous paraissent dès lors pas fondées. L'intervention de l'autorité doit être limitée au strict nécessaire;

²⁷⁶⁾ P.V. p. 842.

²⁷⁷⁾ P.V. p. 843.

²⁷⁸⁾ Haab, Z.S.R. n. F. p. 220—222.

la communauté des créanciers est la mieux placée pour apprécier si les mesures auxquelles on lui demande de consentir sont ou non dans son intérêt. Il suffit qu'au moment de l'homologation des mesures adoptées, le juge puisse exercer un contrôle général, destiné surtout à éviter des manoeuvres frauduleuses au préjudice des créanciers de la minorité ou même de l'ensemble des créanciers. Il nous paraîtrait contraire au but de l'institution d'exiger une immixtion de l'autorité, dès le début de la procédure. Les arguments que nous venons d'exposer brièvement nous conduisent également à conclure que la procédure envisagée n'a pas sa place dans la LP et que l'on aurait tort de l'assimiler à un concordat; le législateur a eu raison, selon nous, de réserver toute la matière au CO.

VIII. Thèses.

Les considérations qui précèdent nous semblent légitimer les conclusions suivantes:

I.

Une révision générale de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite est nécessaire. Toutefois, les circonstances actuelles ne semblent pas favorables à l'entreprise de cette oeuvre législative.

II.

Le premier but de la révision future sera de rassembler toutes les prescriptions légales réglant l'exécution forcée, aujourd'hui dispersées dans de nombreuses lois, ordonnances et circulaires; elle s'efforcera de réaliser une meilleure adaptation du droit de poursuite au droit civil.

III.

La loi révisée devra fixer, par un texte précis, la notion „d'ouverture de l'action“ au sens de la LP; elle instituera un for fédéral uniforme pour les actions des articles 107, 109, 111, 242, 278, 284 et 285.

IV.

Il est désirable de créer une „autorité de poursuite et de faillite“ qui concentrera entre ses mains les fonctions de l'autorité de surveillance, du juge de la main-levée et de la faillite, de l'autorité de séquestre et de l'autorité de concordat. Cette solution devra permettre au débiteur qui reçoit un commandement de payer de faire valoir toute contestation — de forme ou de fond — par la voie de l'„opposition“; la dualité actuelle de la plainte et de l'opposition sera ainsi supprimée.

La double instance cantonale devra disparaître; par contre le recours au Tribunal fédéral sera institué pour toutes les décisions rendues par l'autorité de poursuite, notamment pour les jugements de main-levée, les jugements de faillite et les homologations de concordat.

V.

Tous les débiteurs, quelle que soit leur qualité, doivent être soumis à l'exécution par voie de faillite; la faillite doit être prononcée, à la requête d'un créancier, dès qu'il rend vraisemblable l'état d'insolvabilité du débiteur et, en outre, pour les personnes juridiques et les successions, dès que leur actif ne couvre plus leur passif. Aussi longtemps que ces conditions ne sont pas réalisées, tous les débiteurs restent soumis à l'exécution individuelle, par voie de saisie. Demeure réservée la poursuite pour effets de change. Ce système doit conduire à la suppression des „séries“ dans la saisie.

VI.

La poursuite en réalisation de gage doit être supprimée comme mode de poursuite distinct.

VII.

L'exécution individuelle doit prévoir des procédures spéciales, selon l'objet de la saisie; il y a lieu de distinguer: l'exécution sur les choses mobilières, l'exécution sur les immeubles, l'exécution sur les créances et autres droits:

Les améliorations suivantes devront notamment être adoptées:

- a) extension du champ d'application de la vente de gré à gré,
- b) suppression de la première enchère,
- c) organisation de l'administration forcée des immeubles,
- d) interdiction de l'adjudication au-dessous d'un certain prix,
- e) restrictions à la vente aux enchères des créances.

VIII.

La durée de la procédure, dans l'exécution individuelle, doit être réduite; la procédure de la revendication mobilière sera simplifiée en ce sens que les objets en la possession de tiers, qui se refusent à les restituer, ne pourront pas être saisis. Seule la prétention du débiteur à leur restitution fera l'objet de la saisie.

IX.

La liquidation des faillites doit être confiée à l'Office des faillites, à l'exclusion de toute administration spéciale: les compétences des assemblées de créancier doivent être restreintes; leur pouvoir de décision doit être remplacé par un droit de surveillance et de contrôle.

X.

La loi future devra consacrer et réglementer le concordat par abandon d'actif. La dignité du débiteur et la garantie suffisante de l'exécution du concordat cesseront d'être des conditions nécessaires de l'homologation.
