

forum historiae iuris

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.forhistiur.de/>

Herausgegeben von:

**Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata) Prof.
Dr. Michele Luminati (Luzern)
Prof. Dr. Stefano Solimano (Milano)
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Bonn) Prof.
Dr. Hans-Georg Hermann (München) Prof. Dr.
Thomas Duve (Frankfurt a. M.) Prof. Dr.
Manuel Martínez Neira (Madrid) Prof. Dr. D.
Fernando Martínez Pérez (Madrid) Prof. Dr.
Marju Luts-Sootak (Tartu)
Prof. Dr. Heikki Pihlajamäki (Helsinki)**

Aufsatz vom 17. Juni 2014

© 2014 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

<http://www.forhistiur.de/2014-03-paschel/>

ISSN 1860-5605

Philippe Paschel

L'apparition de l'intérêt public dans le droit des faillites

Le commissaire du gouvernement du projet de code de commerce de 1801

La défense de l'intérêt général

Dans le droit de l'*Ordonnance sur le Commerce* de 1673, les créanciers avaient la direction de la procédure de la faillite. Cela avait donné lieu à de multiples fraudes aussi bien lors de l'établissement de la liste des créanciers, que lors de la vérification du montant des créances, ou, encore au moment de la désignation des syndics : le débiteur imposait des concordats défavorables à l'ensemble des créanciers, en s'appuyant sur certains d'entre eux dont les créances étaient fictives ou exagérées¹.

Face à ces abus, la Commission nommée par Chaptal en 1801 pour établir un projet de Code de commerce² choisit une solution extrême, un fonctionnaire, le commissaire du gouvernement, dirigerait la procédure et les créanciers n'auraient qu'un rôle subalterne, introduisant ainsi le ministère public devant les juridictions commerciales. Elle mit d'emblée la faillite en regard de "la garantie publique", c'est-à-dire du Crédit, sans lequel le commerce ne pouvait exister : "*Nous avons cru qu'il importait, pour le bien du commerce et la suite de son crédit, que les faillites fussent plus surveillées et mieux réglées*"³. Il fallait remédier aux innombrables fraudes qu'avait entraînées la trop grande liberté d'action du failli et sa collusion avec certains créanciers, par l'intervention d'un représentant de l'État qui assurerait l'exécution de la loi⁴. Dans l'esprit du nouveau droit, l'État devenait le garant de l'application du droit commercial et du maintien des principes d'égalité et de liberté individuelle.

Chaptal avait annoncé dans la présentation du *Projet de Code du Commerce* l'importance du rôle du commissaire du gouvernement, qui serait "*le défenseur des commerçants malheureux et le dénonciateur des fraudeurs*"⁵. Il voulait enlever au débiteur tout pouvoir de contrôle et de surveillance des assemblées. Plutôt qu'un esprit répressif, il faut voir ici le désir de défendre l'intérêt général: les faillites trop nombreuses rendaient le crédit incertain et cher, les prêteurs croyant pouvoir se garantir des risques par des taux élevés. Intervenir dans le règlement des faillites répondait donc à la fois à la nécessité juridique de la lutte contre la fraude et à un besoin économique : "*Le crédit repose sur la foi des*

¹ Jean Hilaire, *Introduction historique au droit commercial*, Paris, 1986, p. 317.

² Philippe Paschel, "*La commission du 13 germinal an IX (1801) chargée d'établir un code de commerce*". *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1995, p. 559-568 ; Philippe Paschel, *La portée de la codification dans l'histoire du droit commercial français*, Thèse Paris-II, 1993.

³ *Projet de Code de commerce présenté par la Commission nommée par le Gouvernement*, Paris, Imprimerie nationale, frimaire an X, "*Discours préliminaire*", p. XXX.

⁴ *Ibidem*, p. XXXI.

⁵ Chaptal, "*Rapport aux Consuls de la République*", p. VI, dans *Projet de Code de commerce...*, *op. cit.*

transactions, il ne peut être entier tant que la confiance sera aussi incertaine, tant que des faillites presque périodiques rempliront d'effroi tous les créanciers. Il faut bien que les dangers du crédit soient compensés par les taux de l'intérêt"⁶.

Un commissaire du gouvernement devant le tribunal de commerce

Le commissaire du gouvernement près le tribunal de commerce avait une mission générale d'intervention "*dans toutes les causes qui intéressent des mineurs non commerçants, des interdits, des femmes mariées non commerçantes, ou des absents*" (art. 432) ; il devait assurer "*le maintien des formes, l'application de la loi et l'exécution des jugements*" (art. 437). Son rôle était considérable dans les faillites : il est "*tenu de faire apposer les scellés sur les magasins, meubles et effets du débiteur failli*" (art. 357) ; il peut accorder un sauf-conduit provisoire au failli et lui laisser la disposition de ses livres pour faciliter l'établissement du bilan (art. 362) ; c'est à sa requête qu'il est procédé "*aux reconnaissances et levée des scellés et à l'inventaire des marchandises, meubles et effets mobiliers du débiteur*" (art. 359) ; il est tenu de faire tous les actes conservatoires "*pour le maintien des droits des créanciers et ceux du débiteur*", notamment les inscriptions d'hypothèque (art. 358) ; c'est sur sa réquisition que le Tribunal de commerce peut "*ordonner la vente des denrées, marchandises et autres objets périssables*" (art. 360). C'est sous son contrôle que le débiteur convoque ses créanciers, au jour, heure et lieu indiqués par le commissaire (art. 364). Il dirige l'assemblée des créanciers, en dresse le procès-verbal, vérifie la qualité des créanciers présents et les pouvoirs des représentants, représente les absents, informe l'assemblée des mesures prises et des formalités qui ont été accomplies, admet le débiteur failli à présenter le tableau de sa situation et les moyens de transiger ; enfin, il concourt même à la délibération. Il participe également à la vérification des créances, qui est faite par l'un des juges du Tribunal de commerce, contradictoirement avec lui (art. 370). C'est sous sa surveillance que le débiteur convoque les créanciers dont les créances ont été admises (art. 377). Cette assemblée "*est tenue dans la forme prescrite par l'art. 366*" c'est-à-dire sous sa direction (art. 378). Son rôle est donc prépondérant, voire dominant (art. 366).

4

Remarques des tribunaux

C'était aller très loin dans l'application des principes nouveaux et les protestations des tribunaux obligèrent la commission de révision du projet à en atténuer la force. C'est une des matières qui a suscité le plus de débats. Selon la table de Legras⁷, il y eut pour l'article 432⁸, qui établit le commissaire, cinquante observations (six des tribunaux d'appel et quarante-quatre des tribunaux de commerce), pour l'article 357⁹, qui lui donne le pouvoir et l'obligation de faire mettre les

5

⁶ Révision du projet de Code du commerce précédé de l'Analyse raisonnée des observations des tribunaux d'appel et des tribunaux et conseils de commerce, par les citoyens Gorneau, Legras et Vital Roux, membres de la commission du commerce, Paris, Imprimerie de la République, an XI- 1803, "Analyse raisonnée", p. 128.

⁷ Archives Nationales, F¹² 543-546.

⁸ Article 432 : "Il y a près de chaque tribunal, un commissaire du Gouvernement, un greffier, des avoués et des huissiers, nommés par le Gouvernement".

⁹ article 357 : "Dans les vingt-quatre heures qui suivent la déclaration de faillite, le commissaire du Gouvernement près le tribunal de commerce, est tenu de faire apposer les scellés sur les magasins, meubles et effets du failli.

scellés, trente-neuf observations (respectivement dix et vingt-neuf) et pour l'article 366¹⁰, qui lui donne la direction des assemblées de créanciers, dix-sept observations (respectivement quatre et treize). Il y eut assez peu d'oppositions absolues au principe de la création d'un commissaire du gouvernement, c'est-à-dire en réalité à l'instauration du ministère public devant le tribunal de commerce. Elles furent au nombre de six : le Tribunal de cassation, les Tribunaux d'appel de Paris, Dijon et Orléans, la Société libre de commerce de Rouen, le Tribunal et le Conseil de commerce du Havre¹¹. Trois tribunaux d'appel n'émirent aucune opinion¹² et deux approuvèrent cette création, Douai et Nancy¹³.

Les opposants jugèrent les attributions de ce commissaire “*effrayantes*”, d’autant qu’ils voyaient dans la faillite une question d'ordre privé qui n'intéressait pas l'ordre public et où un fonctionnaire public se serait révélé, selon eux, incommode et inutile : “*Une faillite est un événement qui n'ouvre que des intérêts civils et particuliers ; il n'y a aucune raison d'y introduire un fonctionnaire public*”¹⁴. Le Tribunal d'appel d'Orléans, qui est très civiliste, comme on peut le remarquer dans d'autres débats¹⁵, faisait de la faillite une analyse fondée exclusivement sur la libre volonté des parties à conclure un traité avec un failli, qui ne doit pas être dépossédé de sa propriété et peut donc contracter comme tout citoyen. Ce tribunal s'élevait de plus contre l'attribution de la compétence des faillites aux tribunaux de commerce¹⁶. Le Tribunal et le Conseil de commerce du Havre pensait également qu' “*il est de principe qu'à l'assemblée des créanciers seule appartient le droit de délibérer sur les intérêts de la masse*”¹⁷.

6

Dans les lieux où il n'y a point de tribunal de commerce, l'apposition des scellés est faite, dans le même délai, par le maire ou l'adjoint qui a reçu la déclaration de faillite.

Dans ce dernier cas, l'extrait de procès-verbal d'apposition des scellés est transmis, sans délai, au commissaire du Gouvernement près le tribunal de commerce “ :

- 10 Article 366 : “*Au jour indiqué par l'avertissement, l'assemblée est tenue par le commissaire du Gouvernement. Il en dresse procès-verbal. Il vérifie, d'après l'indication du bilan, la qualité présumée de ceux qui se présentent comme créanciers, et les pouvoirs de ceux qui représentent des créanciers. Il informe l'assemblée, des mesures qui ont été prises et des formalités qui ont été remplies. Il admet le débiteur failli à présenter ou à faire présenter par un porteur de pouvoir le tableau de sa situation, et des moyens de transiger. Il fait élire domicile par les créanciers non résidant dans le lieu où siège le tribunal. L'assemblée, suivant l'exigence des cas, confirme, révoque ou accorde un sauf-conduit au débiteur failli. Elle nomme des commissaires pour vérifier le bilan et les livres ; Elle détermine les mesures provisoires que l'intérêt des créanciers peut exiger ; Elle fixe le délai dans lequel chaque créancier, quels que soient la nature et le titre de sa créance, est tenu de la faire vérifier et de l'affirmer. Le commissaire du Gouvernement concourt à la délibération; Il représente les absents. Les créanciers et les porteurs de pouvoirs admis dans l'assemblée, sont tenus de signer le procès-verbal. En cas d'impuissance à signer, il en est fait mention.*”

11 Observations des Tribunaux de Cassation et d'appel, des tribunaux et conseils de commerce etc. sur le projet de Code de commerce, Paris, Imprimerie de la République, an XI, respectivement : tome I, p. 58, 400, 145, 239, tome II-2, p. 356, tome II-1, p. 171.

12 Tribunaux d'appel d'Agen, Observations des Tribunaux, I, p. 73 ; Amiens, *ibidem*, p. 93 ; Angers, *ibidem*, p. 97.

13 Respectivement, Observations des Tribunaux, I, p. 195 et 204.

14 Tribunal de cassation, Observations des tribunaux I, p. 58.

15 Observations des Tribunaux, I, p. 211. Il est partisan d'inclure les lois commerciales dans le Code civil. Rappelons que nous sommes en 1801 et le Code civil n'est pas encore rédigé.

16 Observations des tribunaux, I, p. 239-244.

17 Observations des Tribunaux, II-2, p. 356-7.

Tous ces tribunaux répétaient les principes traditionnels, en érigeant en dogme ce qui n'était que des solutions pragmatiques. On ne saurait être plus opposé à la conception nouvelle et moderne de la Commission. C'est par la reconnaissance de la place de la faillite dans l'économie générale, que la matière a évolué et cette évolution n'a été rendue possible que par le passage de la sphère privée à la sphère publique. La compétence des faillites appartient naturellement aux tribunaux de commerce, c'est la vénalité des offices et les profits que les magistrats tiraient des faillites qui les avaient maintenues pendant l'Ancien régime devant les juridictions civiles¹⁸.

Beaucoup de tribunaux n'avaient pas émis un avis absolument défavorable, mais avaient souhaité une diminution des pouvoirs du commissaire et surtout avaient demandé qu'il soit pris parmi des personnes en lesquelles les commerçants puissent avoir confiance. Ils approuvaient le principe du contrôle extérieur, tout en souhaitant que les modalités en soient moins brutales. Ce que les tribunaux disaient craindre était, plus que l'intrusion de l'État dans les affaires privées, l'incapacité présumée de ce commissaire à comprendre les problèmes du commerce. Il était donc nécessaire de nommer à ce poste quelqu'un qui aurait "*une grande affinité avec le commerce*", et qui serait choisi par lui et aurait sa confiance¹⁹. C'est dans ce sens que s'est prononcé l'ensemble des Tribunaux de commerce²⁰. On rappellera que les tribunaux d'appel d'Agen, Amiens et Angers n'avaient émis aucune réserve et que ceux de Douai et Nancy avaient approuvé le projet. Selon ce qu'en dit l'analyse raisonnée, le Tribunal d'appel de Rennes demandait que les fonctions du commissaire soient remplies par l'un des juges du tribunal. Sa position était en fait plus nuancée. Il est opposé à "*une sorte de police et de censure de la part du gouvernement*", mais il est conscient de la nécessité d'une censure publique, qui devrait être confiée à un homme du commerce, "*pris et choisi parmi les négociants en son sein*" et qu'il appelle le *Censeur du commerce*²¹. Les idées de la Commission avaient donc fait quelque chemin dans les tribunaux, qui, conscients de l'inefficacité du système en vigueur, pensaient que la correction des fraudes ne viendrait pas d'appels à la moralité publique ou de l'application du droit commun, mais nécessitait une direction plus sévère du déroulement de la procédure, grâce à l'intervention d'un *tiers*, qu'ils préféreraient cependant commerçant.

7

La révision du projet

Les membres de la commission de révision reconnurent qu'ils s'attendaient à d'importants mouvements d'opinion, puisque leur projet était novateur. Mais ils l'avaient médité et pensaient que le système qu'ils proposaient était favorable au commerce. C'est pourquoi le projet révisé ne

8

¹⁸ Le projet Miromesnil voulait déjà attribuer la connaissance des faillites aux juridictions consulaires. Henri Lévy-Bruhl, *Un projet de Code de commerce à la veille de la révolution. Le projet Miromesnil (1778-1789)*, Paris, 1932.

¹⁹ Tribunal d'appel de Rouen, *Observations des Tribunaux*, I, p. 285.

²⁰ Tribunal de Commerce de Béziers, *Observations des Tribunaux*, II-1, p. 144 ; Bordeaux, *ibidem*, II-1, p. 194 ; Carcassonne, *ibidem*, II-1, p. 24 ; Soissons, *ibidem*, II-2, p. 514 ; Abbeville, *ibidem*, II-1, p. 6 ; Bayonne, *ibidem*, II-1, p. 108 ; Châlons, *ibidem*, II-1, p. 285 ; Pézenas, *ibidem*, II-2, p. 265 ; Mons, *ibidem*, II-2, p. 83 ; Dijon, *ibidem*, II-1, p. 354 ; Tribunal et Conseil de commerce de Toulouse, *ibidem*, II-2, p. 545 ; Troyes, *ibidem*, II-2, p. 562 ; Rouen, *ibidem*, II-2, p. 368 ; Genève, *ibidem*, II-1, p. 432 ; Verdun, *ibidem*, II-2, p. 584 ; Chartres, *ibidem*, II-1, p. 288.

²¹ *Analyse raisonnée*, p. 115.

comprendra que des “corrections de détail”, quant aux attributions du commissaire. En effet, il fut accordé plus de pouvoirs aux créanciers, mais leur influence resta limitée, pour en éviter le danger : “*Nous avons donné aux créanciers tous les moyens de surveillance qu'il était juste de leur accorder ; nous avons rendu leur influence utile, même nécessaire, dans le cas de faillite, sans que cette influence pût jamais devenir dangereuse*”²². C'était la leçon de la pratique, qui imposait de se méfier des créanciers, souvent fraudeurs ou frauduleux. Le rôle du commissaire est tout d'abord réduit à être “*le curateur des faillis, et la défense des créanciers non-représentés*”²³. L'article 366 qui lui attribuait un rôle extensif a été révisé et le commissaire ne sera plus qu'entendu “*dans toutes les causes concernant la compétence du Tribunal, la faillite et les absents*”, ainsi que pour les questions de police intérieure et d'exécution des lois. Le principe qui justifie l'intervention est réaffirmé : une faillite n'est pas un conflit d'intérêts privés, mais regarde tout le commerce²⁴. Mais le rôle du commissaire dans la procédure est “*très-circonscrit*” et celui des créanciers reprend de l'importance. Néanmoins, ils ne peuvent agir à leur guise, ils sont toujours sous une sorte de surveillance de la part du commissaire, qui a un véritable rôle de “curateur”. C'est le Tribunal de commerce qui accorde le sauf-conduit au débiteur failli, le commissaire peut le requérir (art. 362) ; le commissaire n'est tenu de procéder aux inscriptions d'hypothèques sur les immeubles des débiteurs du failli qu'à défaut d'action de celui-ci (art. 358 al. 1.) ; la vente des denrées périssables est faite par le commissaire, mais après avis des créanciers (art. 360), la levée des scellés est faite par le commissaire, mais en présence du failli et de trois créanciers (art. 359). L'assemblée des créanciers n'est plus “tenue par le commissaire”, mais a lieu en sa présence et le commissaire ne concourt plus à la délibération (art. 366).

Deux des membres de la Commission s'étaient exprimés sur les faillites et c'est à cela qu'ils ont sans doute dû d'y avoir été nommés. 9

Philippe Legras avait proposé d'établir un “curateur” à la masse des créanciers, comme cela se fait dans les cas où la libre volonté de la personne est déficiente, qui aurait un rôle important dans la vérification des créances²⁵. 10

Vital Roux avait approuvé ce principe, mais avait présenté un système qui accentuait le rôle de l'État.²⁶ Roux allait jusqu'à écrire que “*la faillite est une espèce de délit public*”²⁷, ce qui était aussi l'opinion de Napoléon, qui y voyait une sorte de vol, conception d'ailleurs assez traditionnelle. Il souhaite mettre en pleine lumière les procédures de faillite et rendre au juge un rôle qui lui avait été confisqué par des personnes privées, des avocats ou des notaires : “*Il est temps que l'on arrache des cabinets obscurs*” 11

²² *Analyse raisonnée*, p. 112.

²³ *Ibidem*.

²⁴ “*Qu'est ce qu'une faillite ? C'est un événement qui intéresse tout le commerce ; c'est une protestation publique contre la foi due aux engagements*” in *Analyse raisonnée*, p. 123.

²⁵ Philippe Legras, *Projet d'un Code des faillites, surséances, cessions judiciaires et banqueroutes*, Paris, an VIII, p. 9 et 12.

²⁶ Vital Roux, *De l'influence du gouvernement sur la prospérité du commerce*, Paris, an 9-1800, p. 452-461.

²⁷ Roux, *ibidem*, p. 403.

*de quelques gens d'affaires, le droit singulier qu'ils se sont arrogé de s'établir les arbitres des banqueroutes et les médiateurs entre le failli et les créanciers. C'est le rôle du magistrat*²⁸.

L'influence de ces deux personnages a été primordiale. Ce sont leurs principes qui ont été mis en application dans le projet de Code : la faillite est une matière qui dépasse le simple rapport de droit privé, à cause de ses implications sur le crédit. Cette position est en avance sur son époque. Est-ce une position économiste ? Nous ne le croyons pas et y verrions plutôt une extension de l'idée répressive et de la tradition de la procédure collective, face à l'individualisme extrême du droit civil.

On peut penser que si le premier projet était plus inspiré par Vital Roux, qui souhaitait un rôle accru de l'État dans les affaires du commerce d'une manière générale et particulièrement dans la matière des faillites, le projet révisé semble plutôt correspondre aux idées de Legras, le terme de "curateur aux faillites", qui est de son invention, est même repris dans l'*Analyse raisonnée*²⁹. Mais ce curateur est toujours dénommé "Commissaire du Gouvernement" dans le texte du projet de loi, qui prévoit donc toujours l'introduction d'un magistrat professionnel parmi des juges élus.

La question du contrôle de la faillite fut l'objet de longs débats devant le Conseil d'État, lors de quatre séances, les 26 et 28 février, 5 et 14 mars 1807, pendant lesquelles fut discutée l'opportunité de créer un curateur à travers l'examen des projets de la section de l'Intérieur ; le projet de la Commission ne fut pas pris en compte. C'est seulement lors de la cinquième séance (21 mars), que furent adoptés les principes qui conduisirent au projet qui donna naissance au texte du Code. Il y eut encore quatre séances, pour en régler les détails (24 mars, 9, 14 et 16 avril), sans compter les modifications ponctuelles dans les lectures ultérieures³⁰.

Le débat devant le Conseil d'État eut d'autres termes que ceux de la Commission. Il opposa les tenants de principes civilistes selon lesquels il fallait laisser aux créanciers, au nom du droit de propriété, toute leur liberté d'action, et les pragmatiques, qui jugeaient que l'application de cette règle entraînait des dangers graves pour l'ensemble des créanciers, en se fondant sur la réalité des fraudes et la nécessité de dessaisir le failli dès le début de la faillite. Il ne fut pas question d'intérêt public, sauf pour le nier. Cambacérès, le président du Conseil d'État, affirmait que "*l'État ne doit se mêler des affaires d'intérêt privé que quand elles compromettent l'intérêt public*", pour rejeter précisément toute intervention³¹.

Le premier projet débattu devant le Conseil, qui émanait du ministre, créait un curateur révocable et nommé par le tribunal. Il fut proposé d'abord qu'il soit pris parmi les juges du tribunal, puis qu'il soit remplacé par un séquestre. On aboutit à un système comportant des agents provisoires chargés de gérer temporairement les biens et un juge-commissaire chargé d'une simple surveillance.

²⁸ Roux, *ibidem*, p. 453. Voir aussi S. Chassagne, "Les faillites en Anjou au XVIII^{ème} siècle", *Annales*, 1970 p. 477 et Guy Antonetti, "La faillite dans la pratique notariale à Paris au XVIII^e siècle", *Revue d'Histoire du droit*, 1988, p. 143, résumé d'une communication à la table ronde " Actes de la pratique, expression du droit à travers l'histoire", Paris, 9 et 10 octobre 1987.

²⁹ Rappelons que la Commission de révision était composée de Gorneau, Legras et Roux.

³⁰ Sur ces points voir Philippe Paschel, *La portée de la codification ...* " , *op.cit.*, p. 164 ss.

³¹ Loqué, *Législation*, tome XIX, p. 131.

Le texte adopté

Le texte du Code de commerce affirme fortement la dessaisine du failli (art. 442)³². Il dispose qu'un juge-commissaire et des agents provisoires chargés de gérer les biens seront nommés par le même jugement qui ordonnera l'apposition des scellés (art. 454)³³. Les créanciers n'interviendront que pour proposer une liste sur laquelle seront choisis les syndics provisoires (art. 476)³⁴. Ce n'est qu'après la vérification des créances (art. 501) qu'une assemblée sera réunie (art. 514)³⁵, qui, soit décidera un concordat qui mettra fin au rôle du commissaire-juge et des syndics provisoires, soit le refusera, et alors les créanciers formeront une union et désigneront les syndics définitifs qui procéderont à la liquidation (art. 527)³⁶. Le système reposait sur l'efficacité du juge à surveiller les agents et les syndics provisoires, ainsi que sur la probité de ces derniers. Il avait été choisi à la suite de longs débats, pendant lesquels avaient été discutés les droits des créanciers, qui découlaient du droit de propriété, de nommer les agents chargés de la gestion. Ce choix ne repose pas sur une véritable question de principe, mais est la simple conséquence de l'impossibilité pratique d'avoir des créanciers certains dès le prononcé de la faillite. Au bout du compte, la faillite aura lieu entre commerçants, le juge-commissaire est élu par eux et choisi parmi eux, les agents et les syndics ne leur seront certainement pas inconnus. On voit bien que les fraudes anciennes pourront persévérer, qui eussent pu être combattues par l'intrusion d'un "étranger au commerce", à fortiori un représentant de l'État, défendant l'intérêt public, comme le commissaire du gouvernement, juge professionnel.

17

La divergence principale entre la Commission et le Conseil d'État aura été le fait que le second considérait que la faillite comme un conflit d'ordre privé, quand la première y voyait un intérêt public, la protection du crédit. Toute la législation en a découlé. Plutôt que de réfléchir à la manière de résoudre les problèmes, le Conseil a voulu utiliser des concepts du droit civil pour une matière spécifiquement commerciale et les avancées techniques comme le dessaisissement du failli, ne furent qu'une illusion.

18

La loi échoua dans ses buts, comme il paraît inéluctable en la matière. La faillite est un échec et l'on ne peut en tirer du positif. Malgré tout ce que disent les auteurs de leur volonté de sauver l'actif et de punir le fraudeur, leur conception est très négative. Ils la répètent plusieurs fois sous forme de la même métaphore, "*La faillite est un naufrage*". Et l'on sait bien que dans ces cas,

19

³² Article 442 : "*Le failli, à compter du jour de la faillite, est dessaisi, de plein droit, de l'administration des biens*".

³³ Article 454 : "*Par le même jugement qui ordonnera l'apposition des scellés, le tribunal de commerce déclarera l'époque de l'ouverture de la faillite ; il nommera un de ses membres commissaire de la faillite, et un ou plusieurs agents, suivant l'importance de la faillite, pour remplir, sous surveillance du commissaire, les fonctions qui leur sont attribuées par la présente loi*".

³⁴ Article 476 : "*Dès que le bilan aura été remis par les agents au commissaire, celui-ci dressera, dans trois jours pour tout délai, la liste des créanciers, qui sera remise au tribunal de commerce, et il les fera convoquer par lettres, affiches, et insertion dans les journaux*".

³⁵ Article 514 : "*Dans les trois jours après l'expiration des délais prescrits pour l'affirmation des créanciers connus, les créanciers dont les créances ont été admises, seront convoqués par les syndics provisoires*".

³⁶ Article 527 : "*S'il n'intervient point de traité, les créanciers assemblés formeront, à la majorité individuelle des créanciers présents, un contrat d'union ; ils nommeront un ou plusieurs syndics définitifs ; les créanciers nommeront un caissier, chargé de recevoir les sommes provenant de toute espèce de recouvrement. Les syndics définitifs recevront le compte des syndics provisoires, ainsi qu'il a été dit pour le compte des agents à l'art. 481*".

Article 481 : "*Dans les vingt-quatre heures qui suivront la nomination des syndics provisoires, les agents cesseront leurs fonctions, et rendront compte aux syndics, en, présence du commissaire, de toutes leurs opérations et de l'état de la faillite*".

c'est "le sauve-qui-peut" qui l'emporte. Tant qu'à choisir une métaphore, il eût peut-être été plus productif de choisir celle d'une "retraite réglée", qui peut permettre de sauver une partie d'une armée défaite³⁷. L'échec de la procédure de règlement de la faillite provient essentiellement de la conception patrimoniale que l'on en avait, qui oblige à mettre de nombreux et coûteux obstacles pour prévenir la collusion des syndics et du failli. La solution première de la Commission aurait été sans doute moins onéreuse. C'est celle que César Birotteau propose dans le roman de Balzac : « Je voudrais (...) un tribunal de juges inamovibles avec un Ministère public jugeant au criminel. Après une instruction, pendant laquelle le juge remplirait immédiatement les fonctions actuelles des Agents, syndics et juge-commissaire, le négociant serait déclaré *failli réhabilitable* ou banqueroutier. Failli réhabilitable, il serait tenu de tout payer ; il serait alors le gardien de ses biens, de ceux de sa femme ; car ses droits, ses héritages, tout appartiendrait à ses créanciers ; il gèrerait pour leur compte et sous une surveillance (...) Banqueroutier, il serait condamné comme autrefois (...)»³⁸. C'est celle qui a été peu à peu admise dans la législation, d'une manière moins sévère, pour aboutir à la quasi-exclusion des créanciers en 1985. L'intérêt public l'a emporté sur l'intérêt privé, non plus pour la sécurité du crédit, mais pour la défense de l'emploi³⁹, avec la même idée de l'intervention de l'État comme seul moyen de faire fonctionner ce qui échoue économiquement⁴⁰.

³⁷ Une métaphore qui n'aurait peut-être pas plu au maître du moment.

³⁸ Honoré de Balzac, *César Birotteau*, 1838, éd. Club français du livre, pp. 73 - 74 et 204 et s.

³⁹ Michel Jeantin, *Droit commercial : instruments de paiement et de crédit, entreprises en difficultés*, Paris, 1992, p. 239 et s.

⁴⁰ La loi de 1985 a un effet négatif sur la conscience de la responsabilité des commerçants qui déposent leur bilan, *Le Monde*, 26-27 juillet 1992, p.27.