

Le non-paiement des dettes civiles et la cessation des paiements

(Recherches autour de l'art. 2, al. 1, de la loi du 13 juillet 1967)

par Mireille DELMAS

Maître de Conférences, agrégé à la Faculté de Droit de Lille

SOMMAIRE

I. — AVANT LA LOI DU 13 JUILLET 1967

- A. — *Le non-paiement des dettes civiles n'établit pas, à lui seul, le fait de la cessation des paiements.*
1° L'affirmation du principe.
2° L'aménagement du principe.
- B. — *Le non-paiement des dettes civiles joue un rôle dans l'appréciation de l'état de cessation des paiements.*
1° Notion juridique.
2° Notion économique.

II. — LA LOI DU 13 JUILLET 1967

- A. — *Le débiteur non commerçant.*
B. — *Le débiteur commerçant.*

« La faillite est la fermeture, plus ou moins hermétique, d'une maison où le pillage a laissé quelques sacs d'argent ».

Depuis l'époque où Balzac proposait cette définition, à la vérité plus imagée que juridique, la faillite a subi bien des réformes successives¹. Le nom même de faillite est réservé désormais aux sanctions personnelles

1. Loi du 28 mai 1838, loi du 4 mars 1889 ; Décret n° 55-583 du 20 mai 1955 dont les dispositions avaient été introduites dans le Code de commerce par l'ordonnance n° 58-1299 du 23 déc. 1958 ; loi n° 67-563 du 23 juill. 1967, D., 1967,269, non incorporée au Code de commerce dont elle abroge les dispositions qui réglementent l'institution (art. 437 à 614-26) ; ordonnance n° 820 du 23 sept. 1967.

prises contre les dirigeants, alors que les entreprises pourraient seulement faire l'objet d'une procédure de « liquidation » ou de « règlement judiciaire ».

De la formule du romancier se dégagent, néanmoins, deux questions : de quelle « maison » s'agit-il, et quel est le critère de cette « fermeture » ?

La détermination des personnes visées par la faillite, la liquidation ou le règlement judiciaire soulève immédiatement le problème de savoir s'il faut ou non réserver ces procédures aux seuls débiteurs commerçants.

Le droit romain, qui ignore l'autonomie du droit commercial, n'a pas réservé la *missio in possessionem*, voie d'exécution collective, aux seuls débiteurs commerçants (en majorité des esclaves ou des affranchis).

Au Moyen Âge, l'institution de la faillite apparaît nécessaire dans les cités commerçantes de l'Italie du Nord, où les commerçants détiennent tout le pouvoir politique ; mais toute la cité était aux mains des commerçants, et l'on ignore ce qu'il en était des débiteurs non commerçants qui ne payaient pas leurs dettes.

L'ordonnance de 1673 (dite ordonnance de Savary) organise en France la faillite, probablement sous forme de deux procédures collectives différentes l'une pour les commerçants, l'autre pour les non-commerçants.

Mais le Code de commerce de 1807 réserve incontestablement le droit de la faillite aux commerçants. Son justification se mesure par la nécessité de protéger le crédit, base du commerce : le défaut de paiement des dettes d'un commerçant, quelle qu'en soit la cause, est de nature à nuire à beaucoup de personnes, car les créanciers, ne recevant pas ce qui leur est dû, peuvent être mis à leur tour dans l'impossibilité de tenir leurs propres engagements. Ces raisons semblent beaucoup moins impératives à l'égard du débiteur civil dont on n'exigera pas la même ponctualité dans le paiement de ses dettes. Cette distinction entre commerçants et non-commerçants correspondait d'ailleurs à la notion de but lucratif, caractéristique de l'acte de commerce.

Or, l'esprit de spéculation, propre au commerce, envahit de plus en plus des secteurs économiques relevant traditionnellement du droit civil, comme le secteur de la construction (sociétés civiles immobilières), ou le domaine des coopératives agricoles, dont le volume d'affaires est parfois considérable.

Il paraissait donc injuste de laisser ces différents groupements, juridiquement personnes morales de droit civil, en dehors des mesures prises pour liquider les entreprises commerciales défectueuses.

Ainsi, le législateur devait décider d'appliquer les mesures collectives organisées par la loi du 13 juillet 1967, non seulement aux commerçants, mais aux personnes morales de droit privé non commerçantes. Cette mesure

2. Loi n° 67-563 du 23 juill. 1967 ; v. l'exposé des motifs du projet de la loi : *J.O. doc. Ass. nat., annexes* n° 92, p. 1394 ; *add.* : les rapports de M. Ihurbide à l'Ass. nat. (*J.O.*, 19 sept. 1967, *Doc. Ass. nat.*, n° 265, p. 1611) et de M. Molle au Sénat (n° 313, p. 6 et 7), ainsi que leurs exposés aux séances (*J.O.*, 7 juin 1967, *Déb. Ass. nat.*, p. 1606 et s. ; *J.O.*, 23 juin 1967, *Déb. Sénat*, p. 73).

3. V. l'article de M. Lévy-Bruhl, dans la *Nouvelle Revue historique du droit français*, 1939, p. 89, et la thèse de M. Duruy, *Le droit des faillites en France avant le Code de commerce*, 1960.

4. Cf. LYON-CAEN et RENAUT, *Traité de Droit commercial*, Paris, 1903, t. VII, n° 1, p. 2.

5. On aurait pu, à l'instar de certaines législations étrangères (Allemagne, Pays-Bas, Suisse, Angleterre, États-Unis), ou même en s'inspirant du droit local applicable dans

a été justifiée de la manière suivante par le Garde des Sceaux : « Il ne suffit pas, en effet, d'être juriste, il faut aussi être réaliste, afin de tenir compte des conditions de vie du monde moderne où grandissent et se développent des activités économiques de plus en plus importantes exercées sous une forme sociale et qui ne revêtent aucun caractère commercial, au sens strict du terme ».

Mais cette extension des mesures collectives de liquidation aux personnes morales de droit civil devait entraîner nécessairement une modification des conditions de la « fermeture » de telle ou telle « maison » ainsi définie.

Dans la mesure où ces procédures collectives étaient réservées par le Code de commerce aux seuls débiteurs commerçants, elles devaient sanctionner le non paiement de dettes commerciales : il s'agit d'assurer le respect scrupuleux de l'échéance, sur lequel repose tout le commerce.

Cependant, le législateur du 13 juillet 1967, parcequ'il étend le règlement judiciaire et la liquidation des biens à « toute personne morale de droit privé, même non commerçante », ne pouvait plus exiger une nature commerciale de la dette dont le paiement est refusé. Il a donc décidé, aux termes de l'article 2, alinéa 1^{er}, que « le règlement judiciaire ou la liquidation des biens peut également être ouvert sur l'assignation d'un créancier, quelle que soit la nature de sa créance ».

Mais, ainsi rédigé, l'article 2 de la loi du 13 juillet 1967 soulève un délicat problème d'interprétation.

N'y a-t-il là qu'une consécration expresse de la solution jurisprudentielle antérieure, selon laquelle un créancier, même civil, peut assigner un commerçant en règlement judiciaire ou en liquidation des biens, s'il prouve le défaut de paiement d'une dette commerciale ?

Faut-il considérer que l'article 2, alinéa 1^{er} vise uniquement l'hypothèse prévue à l'article 1^{er}, dans laquelle une personne morale de droit civil cesse d'assurer le paiement de ses dettes, de nature essentiellement civile, et que cette disposition ne saurait, par conséquent, être étendue au cas du commerçant défaillant ?

Ou bien, ce texte signifie-t-il que, désormais, un créancier civil peut demander le règlement judiciaire ou la liquidation des biens de son débiteur commerçant, pour défaut de paiement d'une simple dette civile ?

La seule comparaison des textes ne fait pas apparaître l'article 2, alinéa 1^{er} de la loi du 13 juillet 1967 comme profondément novateur. En effet, si l'ancien article 441, alinéa 1^{er} du Code de commerce de 1807 évoquait le

les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et la Moselle, envisager d'instituer un règlement judiciaire et une liquidation des biens communs aux débiteurs civils et commerciaux.

Les auteurs du projet n'ont pas cru devoir s'engager dans cette voie qui eût entraîné de profondes modifications du droit civil, notamment en matière d'obligations, de régimes matrimoniaux et de successions : v. Rapport Molle devant le Sénat, *op. cit.* (note 2).

6. Ministre de la Justice, *Déb. Ass. nat.*, 1^{re} séance du 6 juin 1967, p. 1616. Comp. critiques adressées par M. Ihurbide, *Rapp. précité* (note 2) : « En revenant plus d'un siècle en arrière, par cette regrettable initiative, on entraînerait dans la procédure collective quelques personnes morales dont l'infime proportion véritablement intéressée ne justifie en aucune façon la somme des inconvénients précités » (dualité de juridictions donc conflits de compétence)... « Les personnes morales non commerçantes n'ont pas leur place dans ce projet ».

refus d'acquiescer des engagements de commerce, la loi du 28 mai 1838, en modifiant les dispositions du livre III, supprime cette distinction, aux termes de l'article 437, alinéa 1^{er}, visant en termes généraux la cessation des paiements.

C'est donc au regard de l'interprétation proposée par la doctrine et la jurisprudence des *textes antérieurs à la loi du 13 juillet 1967* (I) que l'on pourra mesurer la portée de *texte nouveau* (II).

I

AVANT LA LOI DU 13 JUILLET 1967

Malgré la généralité des dispositions de l'article 437, alinéa 1^{er}, nouveau du Code de commerce (loi du 28 mai 1832), très vite devait l'emporter la thèse selon laquelle le non paiement de dettes civiles ne constitue pas, à lui seul, le fait de la cessation des paiements (A).

Néanmoins, en même temps qu'on posait le principe, on en prévoyait les limites. Il aurait paru, sans doute, regrettable d'établir une frontière trop rigide entre dettes civiles et commerciales en rendant les premières totalement étrangères à la procédure de déclaration de cessation des paiements. Il convenait donc de reconnaître aux dettes civiles un certain rôle à jouer, dans le cadre d'une appréciation de l'état de cessation des paiements (B).

A. — *Le non paiement de dettes civiles n'établit pas à lui seul, le fait de la cessation des paiements*

Au lendemain de la réforme de 1838, la doctrine s'est interrogée sur la portée qu'il convenait de donner au changement de rédaction de l'article 437, alinéa 1^{er} du Code de commerce.

Une controverse vite close devait conduire la jurisprudence à affirmer très tôt le principe consacrant la thèse restrictive (1^o).

Mais, devant les difficultés pratiques qui découlaient d'une telle affirmation, un certain nombre d'assouplissements devaient être progressivement admis (2^o).

1^o L'affirmation du principe.

Certains auteurs ont soutenu que le refus d'acquiescer des dettes civiles pouvait constituer la cessation des paiements, au sens de l'article 437 du Code de commerce. Ils disent que le crédit d'un commerçant est atteint par cela même qu'il ne fait pas face à tous ses engagements, dont l'ensemble est indivisible. Autrement, ajoutent-ils, on introduit une distinction qui n'est pas dans la loi.

Ainsi, selon Renouard⁷, le changement de rédaction du texte ne laisse

plus subsister de doute. Puisque tous les biens d'un débiteur sont le gage de ses dettes civiles, comme de ses dettes commerciales, « l'exécution forcée d'une créance civile mettra dans les affaires commerciales du débiteur le même désordre que des poursuites exercées en vertu de tout autre titre. Comment diviser son état ? Comment établir qu'il pourra être solvable en partie, et en partie insolvable ? Les paiements, commerciaux et autres, ont cessé ; la faillite est advenue ; il ne reste plus, pour empêcher quelques-uns d'être payés avec le gage commun à tous, qu'à en faire la déclaration judiciaire, que tout intéressé peut provoquer, et qui peut même être prononcée d'office ».

Néanmoins, cet auteur hésite, semble-t-il, dans l'application du principe qu'il affirme. Il exige, en effet, que le non paiement d'une dette civile ait porté la perturbation dans les affaires commerciales.

Cette opinion n'a pas triomphé. On admet généralement qu'il doit y avoir corrélation entre la qualité de commerçant, nécessaire pour l'existence de la faillite, et la nature des actes qui peuvent amener celle-ci. On a dit, en ce sens, que la faillite est un « événement de la vie commerciale »⁸. Tant que celle-ci n'est pas troublée, il n'y a pas lieu de déclarer la faillite. Cette considération suffirait pour déterminer la portée de l'article 437, alinéa 1^{er} du Code de commerce. Le Code de 1807 mentionnait les engagements de commerce dans une disposition qui avait pour but d'énumérer certains faits révélant la cessation des paiements : cette disposition a été supprimée, en 1838, parce qu'on a voulu laisser toute latitude aux juges. Cette suppression n'indique en aucune façon que le législateur de 1838 ait eu, sur le point dont il s'agit, une opinion autre que celui de 1807⁹.

Ainsi, la doctrine reprend, en quelque sorte, la thèse de la double personnalité du commerçant, par laquelle Locré justifiait la disposition restrictive du Code de commerce de 1807¹⁰ : « Quelconque se livre au commerce réunit en sa personne deux qualités qui n'ont rien de commun, celle de commerçant et celle de particulier. Il est soumis au droit exceptionnel qui régit le commerce pour tout ce qu'il fait dans la première de ces qualités ; il demeure sous le droit commun toutes les fois qu'il agit dans l'autre, c'est-à-dire lorsqu'il traite ou s'engage comme propriétaire ».

On considère donc que les créances civiles échappent, par l'usage, à une rigoureuse régularité du paiement : « Les obligations civiles manquent du caractère de rigueur des obligations commerciales : on n'a pas l'habitude de les payer à date stricte et le retard que le débiteur met à les payer ne signifie pas qu'il soit gêné dans ses affaires »¹¹.

On fait valoir aussi, en faveur de la thèse restrictive, le fait que les créances civiles sont en général privilégiées et que les créanciers civils disposent de voies d'exécution individuelles¹².

8. LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.* (note 4), n° 62, p. 58.

9. BÉDARRIDE, *Banqueroutes et faillites*, Paris, 1866, t. I, n° 19 ; BRAVARD, *Manuel de droit commercial*, Paris, 1868, t. V, p. 19 et 20 ; BOISTEL, *Manuel de droit commercial*, Paris, 1887, n° 896 ; THALLER, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 1728 ; LAURIN, *Cours élémentaire de droit commercial*, Paris, 1883, n° 953.

10. LOCRÉ, *Esprit du Code de commerce*, t. V, n° 8, sous art. 441.

11. PERCEROU et DESSERTAUX, t. I, n° 187.

12. Mais cet argument pourrait, semble-t-il, être invoqué, tout autant, en sens contraire. On cherche à protéger les créanciers commerciaux. Or, l'existence d'un passif

7. RENOUD, *Traité des faillites et banqueroutes*, t. I, p. 274.

Le décret du 20 mai 1955, ne prévoyant pas de conditions plus précises que la loi de 1838, ne semble pas apporter de modifications sur ce point particulier¹³. La jurisprudence devait, d'ailleurs, adopter très tôt le principe dont la doctrine avait développé les fondements.

On rappellera seulement, en faveur de l'interprétation extensive de la réforme de 1838, un arrêt de la Cour d'appel de Nancy du 29 juillet 1842¹⁴, cité par Renouard, et selon lequel l'assimilation des dettes civiles aux dettes commerciales permet de déclarer en cessation de paiement le commerçant qui refuse d'acquitter les premières.

Cependant, la Cour de Paris ne semble pas avoir adopté une telle interprétation¹⁵, et la Cour de cassation la condamne définitivement par un arrêt de la Chambre des requêtes du 8 août 1849¹⁶, précisant que la cessation des paiements visés par l'article 437 du Code de commerce s'entend uniquement du défaut de paiement de dettes commerciales.

Cette solution n'a jamais été démentie par la jurisprudence ultérieure¹⁷.

Mais le principe de l'interprétation restrictive, ainsi fermement établi par la Cour de cassation, devait conduire les tribunaux à préciser le critère de la commercialité d'un acte. En d'autres termes, les tribunaux étaient amenés à corriger, par une conception extensive de l'acte de commerce, les conséquences fâcheuses qui pouvaient découler d'une notion restrictive de la dette susceptible d'entraîner la cessation des paiements.

2° L'aménagement du principe.

C'est à propos de la notion de cessation des paiements, et peut-être en raison de l'interprétation restrictive qu'elle avait retenue, que la jurisprudence devait, le plus souvent, être amenée à définir l'acte de commerce.

Ainsi, la Cour de cassation reconnaît que la cessation des paiements peut résulter du défaut de paiement d'une lettre de change souscrite pour acquitter une dette civile (18).

privilegié constitué de dettes civiles procure à l'entreprise des moyens artificiels de survie, et constitue, en cas de faillite, une menace pour les créanciers chirographaires dont il diminue le gage.

13. Cf. L. MAXAUD, *Cours de droit commercial*, 1956-57, p. 51. L'auteur regrette une telle solution qui accentue la distinction entre les actes de commerce et les actes civils, dont il souhaite au contraire l'abandon. Il considère, cependant, que le silence du nouveau texte semble indiquer que les rédacteurs n'ont pas entendu modifier sur ce point la jurisprudence.

14. Nancy, 29 juill. 1842, D., 1842.2.221.

15. Paris, 27 nov. 1841, D., 1842.2.73.

16. Req., 8 août 1849, D., 1849.1.207.

17. On citera, parmi les décisions les plus caractéristiques : Req., 2 déc. 1868, D., 1869.1.129; Req., 25 avr. 1883, D., 1884.1.40; Crim., 23 juin 1893, D., 1895.1.519; Civ., 25 juill. 1895, D., 1896.1.268; Req., 5 nov. 1905, D., 1906.1.528; Req., 20 nov. 1928, D., 1929.1.151; Req., 18 oct. 1932, *Gaz. Pal.*, 1932.2.920; Req., 13 févr. 1940, D.C., 1941.2, note Pic; Com., 5 déc. 1949, *J.C.P.*, 1950.II.5829, note Laruier; Com., 6 mai 1952, D., 1953, *Somm.* 6; cette *Revue*, 1953, p. 193; Com., 3 janv. 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9232, note Derrida; obs. Houin, cette *Revue*, 1956, p. 318; Com., 27 mai 1957, D., 1957.428; *J.C.P.*, 1957.1075; *Gaz. Pal.*, 1957.2.43; S., 1958.J.5; Com., 17 mars 1958, cette *Revue*, 1958, p. 822; *Rev. soc.*, 1958.289; *Bull. civ.*, 1958.III, n° 122, p. 100; Com., 20 juin 1961, obs. Houin, cette *Revue*, 1961, p. 923; Com., 23 janv. 1968, *Bull. civ.*, IV, n° 36, p. 26; obs. Houin, cette *Revue*, 1968, p. 1134.

18. Paris, 4 mars 1920, *Journ. faill.*, 1921, p. 110; Com., 1^{er} avr. 1957, *Bull. civ.*, III, n° 115, p. 99.

De manière plus générale, la jurisprudence applique, en matière de cessation des paiements, le principe posé par la Chambre civile¹⁹ : « Toutes les obligations d'un commerçant sont commerciales lorsqu'elles ont eu pour cause et pour but principal les intérêts de son commerce ».

La Chambre commerciale reconnaît donc le caractère commercial de toute dette contractée par une société, à l'occasion de son activité commerciale²⁰, et se place du point de vue du débiteur, et non du créancier, pour procéder à cette qualification.

Cette conception permet de prononcer la cessation des paiements pour défaut de paiement de loyers dus par un commerçant, à raison de la jouissance de locaux commerciaux²¹.

La théorie de l'accessoire devait surtout trouver une application importante à propos des dettes dues à la Sécurité sociale. En effet, devant les inconvénients qu'entraînait en cette matière la rigueur du principe d'exclusion des dettes civiles, la juridiction suprême devait finir par admettre que les cotisations de Sécurité sociale dues par un commerçant à raison de son activité professionnelle constituent des dettes commerciales dont le défaut de paiement peut caractériser la cessation des paiements²².

Néanmoins, la théorie de l'accessoire s'efface, semble-t-il, devant les caractères spéciaux des dettes fiscales ou para-fiscales²³, et la doctrine ne manquait pas de relever le caractère largement contradictoire de ces solutions²⁴, que M. Granchet²⁵ qualifie d'« illogiques ». Ainsi, souligne-t-il, le non-paiement d'une lettre de change acceptée par un commerçant à l'occasion de l'achat d'une maison de campagne, dette sans rapport avec son activité commerciale, permet d'établir la cessation des paiements. Mais le défaut de paiement de la patente, impôt dû seulement à raison de l'activité commerciale du débiteur et entrant dans les frais généraux de l'entreprise, conserve, au regard de la jurisprudence, le caractère d'une dette civile ne pouvant pas provoquer la cessation des paiements²⁶.

19. Civ., 14 févr. 1912, *Journ. faill.*, 1912, p. 248. Il s'agit donc d'une généralisation de la formule de l'article 638, alinéa 2, du Code de commerce, que l'on étend ainsi à tous les actes faits par un commerçant. Cf. LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.* (note 4), t. I, n° 173; LACOUR et BOUTERON, t. I, n° 67; RIBERT, *Traité élémentaire de droit commercial*, n° 286; HAMEL et LAGARDE, t. I, n° 176.

20. Com., 3 janv. 1956, *J.C.P.*, 1956.II.9232, note Derrida : La Cour de cassation considère comme commerciale par accessoire la dette incombant à une société anonyme envers le Trésor, par enlèvement d'une épave.

21. Paris, 15 oct. 1957, D., 1958, *Somm.* 26; *Gaz. Pal.*, 1957.2.365; cette *Revue*, 1958, p. 155 : « Considérant qu'il ne peut être sérieusement contesté par la société que sa dette est commerciale, le bail conclu par un preneur commerçant ou dont est titulaire un cessionnaire commerçant présent, quelle que soit la qualité du bailleur, le caractère commercial en ce qui concerne le dit preneur ou cessionnaire du bail. »

22. Com., 27 mai 1957, *Gaz. Pal.*, 1957.2.43; D., 1957.428; *J.C.P.*, 1957.II.10258; obs. Houin, cette *Revue*, 1957, p. 446. Comp. Com., 24 mai et 16 juill. 1967, *Bull. civ.*, III, n° 205 et 285; obs. Houin, cette *Revue*, 1968, p. 127.

23. Com., 17 mars 1958, *Bull. civ.*, III, n° 122; *J.C.P.*, 1959.II.10915, note Nectoux.

24. RIBERT et ROBLOT, n° 2757.

25. GRANCHET, *La notion de cessation des paiements dans la faillite et le règlement judiciaire*, Lib. gén. dr. et jur., Paris, 1962, p. 113 et s.

26. Il faudrait, estiment certains auteurs, établir une distinction entre les dettes fiscales afférentes à l'exploitation commerciale et les impôts étrangers à cette activité : ESCARBA, *Cours de droit commercial*, n° 1475; HENZOG, obs. cette *Revue*, 1951, p. 24; note sous Req., 20 nov. 1928, D., 1929.1.151; DERRIDA, note sous Com., 3 janv. 1956, *J.C.P.*, 1956.9232; L. MAXAUD, *op. cit.*, note 13), p. 52.

Si certaines considérations d'ordre pratique et économique ne sont pas étrangères à la reconnaissance aux organismes de Sécurité sociale du droit de demander la mise en faillite de leur débiteur commerçant, elles justifiaient, peut-être, l'attribution du même droit au Trésor²⁷.

En définitive, malgré les assouplissements qu'elle apporte au principe d'interprétation restrictive du fait même de la cessation des paiements, la jurisprudence continue d'écarter un certain nombre de dettes auxquelles elle refuse de reconnaître un caractère commercial. Néanmoins, cette exclusion de principe des dettes civiles n'empêche pas celles-ci d'intervenir, dans une certaine mesure, lors de la constatation de l'état de cessation des paiements. En effet, le fait même de la cessation des paiements, donc le seul arrêt matériel des paiements ne suffit pas à constituer l'état de cessation des paiements; encore faut-il examiner la situation générale du commerçant qui ne paie pas ses dettes.

B. — *Le non-paiement des dettes civiles joue un rôle dans l'appréciation de l'état de cessation des paiements*

Dans la mesure où les créanciers civils sont admis à produire dans la masse, il a paru juste de leur permettre d'assigner leur débiteur en cessation de paiements.

La doctrine, tout en défendant le principe de l'interprétation restrictive de la réforme du Code de commerce en 1838, admet très tôt cette possibilité: « Une fois prononcée, la faillite englobera certainement les dettes civiles comme des dettes commerciales. Aussi, on reconnaît aux créanciers civils le droit de provoquer la déclaration de la faillite, quand les causes en existent »²⁸.

La jurisprudence devait d'ailleurs reconnaître rapidement ce droit d'assignation au titulaire d'une créance civile, à condition qu'il prouve, à côté du défaut de paiement de ses propres créances, celui de créances commerciales appartenant à des tiers²⁹.

D'un autre côté, si l'on admet la thèse de la double personnalité du commerçant, il semble difficile d'écarter totalement les dettes civiles de la constatation de l'état de cessation des paiements.

Or, un examen attentif fait apparaître une certaine ambiguïté de cette notion, qu'aucun texte ne définit.

En effet, si l'on envisage les mots eux-mêmes et leur valeur naturelle, on est tenté de penser qu'ils impliquent un arrêt matériel des paiements, alors

27. GRANCHET, *op. cit.* (note 25), p. 117; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE et RODIÈRE, *Droit commercial et droit fiscal des affaires*, Précis Dalloz, 4^e éd., Paris, 1968, t. II, 1^{re} Fasc., p. 233, n° 246; LAGARDE, *Cours de droit commercial*, 1962-63, p. 416.

28. BOISTEL, *op. cit.* (note 9), n° 896; PERCEBOU et DESSERTAUX, *op. cit.* (note 11), n° 188 et 304 bis; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.* (note 8), t. VII, n° 62; RIFERT, *op. cit.* (note 19), n° 2549; LARQUIER, note J.C.P., 1950.I.5829; ESCARRA, *op. cit.* (note 26), n° 1475; L. MAZEAUD, *op. cit.* (note 13), p. 51; *Encycl. Dalloz*, V^e, *Faillite*, n° 292.

29. Req., 9 août 1849, D., 1849.I.207; 2 déc. 1868, D., 1869.I.129; 7 nov. 1905, D., 1905.I.528; 3 nov. 1909, D.P., 1910.I.224; Douai, 18 oct. 1939, S., 1941.2.32; Req., 13 févr. 1940, D.C., 1941.11.

qu'une partie de la jurisprudence et de la doctrine semblent rejeter cette exigence et donnent aux mots « cessation des paiements » un sens beaucoup moins évident en les appliquant parfois sans que le débiteur ait cessé pour autant de payer une seule de ses dettes.

Les partisans de cette théorie la justifient en soulignant qu'il y a, en quelque sorte, un arrêt juridique des paiements, lorsque le débiteur continue matériellement à honorer ses dettes, mais en ayant recours à des procédés artificiels, illicites ou frauduleux, qui rendent la poursuite des activités de l'entreprise malsaine sur le plan économique³⁰.

On entrevoit immédiatement que la prise en considération des dettes civiles n'aura pas la même portée selon que l'on adopte la première conception, plus juridique, de l'état de cessation des paiements (1^o), ou la seconde qu'on pourrait qualifier d'économique (2^o).

1^o *Notion juridique de l'état de cessation des paiements.*

Selon l'interprétation classique, l'état de cessation des paiements correspondrait à une cessation des paiements « ouverte »³¹, impliquant un arrêt matériel des paiements.

Théoriquement distincte de l'insolvabilité, la cessation des paiements « exprime le fait même qu'énoncent les mots employés : le débiteur ne paie pas à l'échéance ce qu'il doit. Il est peut-être solvable, mais il n'acquiesce pas ses dettes »³².

Le fondement d'une telle conception serait, semble-t-il, d'assurer le respect scrupuleux de l'échéance sur lequel repose toute la sécurité du commerce. On sanctionne le non-paiement d'une dette échue parce qu'il constitue le signal d'alarme et risque d'entraîner d'autres défaillances chez les créanciers, par une sorte de réaction en chaîne.

Ainsi explique-t-on les décisions qui prononcent la faillite, le règlement judiciaire, ou la liquidation des biens, alors que tous les créanciers se trouvent parfois finalement désintéressés. Certaines affaires se terminent par un règlement à 100 % des créanciers; il y a pourtant eu cessation des paiements.

Or, on n'exige pas du débiteur civil la même ponctualité (sauf en matière d'effets de commerce) que pour le commerçant^{32 bis}.

La notion juridique de cessation des paiements repose donc sur une distinction assez nette du droit civil et du droit commercial, des actes civils et des actes de commerce.

On retrouve, en quelque sorte, la thèse de Loaré sur la double personnalité du commerçant qui réunit en sa personne la qualité de commerçant et celle de particulier, et n'est soumis au droit exceptionnel qui régit le commerce que lorsqu'il revêt la première de ces qualités.

30. Cf. LESCOT, S., 1925.I.105 : « Payer en ayant recours à des moyens illicites, ce n'est pas payer *Fraus omnia corrumpit*. La fraude annihile l'acte par lequel le débiteur avait cherché à éteindre sa dette et tout se passe comme s'il y avait eu arrêt effectif du service de caisse ».

31. GRANCHET, *op. cit.* (note 25), p. 173.

32. JULLIOT DE LA MORANDIÈRE et RODIÈRE, *op. cit.* (note 27), p. 231, n° 245.

32 bis. Ainsi, dans le droit d'Alsace et de Lorraine, alors que la faillite commerciale a pour cause, comme dans le reste de la France, la cessation des paiements, la faillite civile résulte de l'insolvabilité notoire.

Mais, si l'on exige, pour qu'il y ait cessation des paiements, le refus de paiement directement constaté d'une dette commerciale, encore faut-il que ce refus de paiement soit motivé par le mauvais état des affaires du commerçant. Il semble donc logique, dans le cadre d'une appréciation générale de la situation du débiteur commerçant, de tenir compte d'un éventuel défaut de paiement des dettes civiles.

Il serait même possible de faire remonter la cessation des paiements au non-paiement de dettes civiles, comme étant la première manifestation d'un fait, confirmé peu après par le non-paiement des dettes commerciales³³.

Ainsi, on reconnaît au défaut de paiement des dettes civiles un certain rôle à jouer dans la constatation de l'état de cessation des paiements, mais il ne s'agit, selon la conception classique, que d'un rôle secondaire subordonné à l'existence effective d'un arrêt matériel du paiement de dettes commerciales.

Au contraire, en abandonnant cette exigence, et en adoptant de la notion d'état de cessation des paiements une conception plus nettement économique, on accorde, semble-t-il, une plus large importance au défaut de paiement de simples dettes civiles.

2° Notion économique de l'état de cessation des paiements.

La conception strictement juridique de l'état de cessation des paiements devait progressivement être abandonnée par la jurisprudence et par la doctrine, au profit d'une notion économique plus complexe³⁴.

La distinction traditionnelle entre cessation des paiements et insolvabilité tend à disparaître et si, en principe, les deux notions continuent à ne pas se confondre³⁵, en fait on constate qu'il existe entre elles des liens étroits et que l'idée d'insolvabilité apparaît dans la définition jurisprudentielle de la cessation des paiements.

Ainsi, analysant la jurisprudence à cet égard, Deleau constate que « le tribunal a parfois tendance à s'écarter de la rigueur des principes pour caractériser les faits qui lui sont dénoncés comme constitutifs de la cessation des paiements ; il cherche à apprécier l'actif du commerçant disponible ou immobilisé au regard du passif, exigible ou à terme. Ce faisant il abandonne, au moins pour partie, le terrain de la cessation des paiements au sens auquel l'entend la doctrine traditionnelle pour aborder le terrain de l'insolvabilité »³⁶.

33. BOISVIEL, *op. cit.* (note 9), n° 898 ; Req., 17 févr. 1852, D.P., 1852.1.234. Comp. Lyon, 21 déc. 1888, *Mém. Jud. Lyon*, 11 nov. 1889 (il n'y a pas lieu de rapporter une faillite prononcée à raison du défaut de paiement de dettes civiles, si d'autres créances impayées, de nature commerciale, se sont révélées depuis) ; rapprocher Paris, 19 nov. 1951, *Gaz. Pal.*, 1952.1.14 (la cessation des paiements subsiste et la faillite ne peut être rapportée, lorsque le failli demeure débiteur de deux dettes civiles envers le fisc).

34. JULIOT DE LA MORANDIÈRE et RODIERRE, *op. cit.* (note 27), p. 232, n° 245.

35. Les arrêts de la Cour de cassation du 3 mai 1950 (*J.C.P.*, 1950.IV.101 ; cette *Revue*, 1950, p. 646) et du 22 juill. 1958 (cette *Revue*, 1959, p. 156), montrent clairement que la différence entre cessation des paiements et insolvabilité subsiste.

36. J. DELEAU, « La notion de cessation des paiements en jurisprudence », cette *Revue*, 1949, p. 590. Comp. LARGUIER, note au *J.C.P.*, 1950.I.5829 ; obs. HOURIN, cette *Revue*, 1950, p. 645. On fait valoir, à cet égard, que la notion d'échéance n'a plus la même valeur que du temps de Balzac : R. LADOT, « La notion d'échéance », *Rev. de Paris*, janv. 1925.

En définitive, la jurisprudence³⁷ admet l'existence de la cessation des paiements, sans qu'il y ait réellement de dettes impayées, du seul fait d'une situation « désespérée », « sans issue », ou « définitivement compromise », caractérisée par l'emploi de moyens frauduleux ou ruineux destinés à le prolonger artificiellement.

Parmi les éléments choisis par les tribunaux comme indices d'une situation sans issue on a pu relever ceux tenant à la qualité du commerçant, à l'importance du passif au regard de l'insuffisance de l'actif, au maintien ou à la perte du crédit, à l'activité de l'entreprise et à ses chances de redressement. On tient compte, par conséquent, tantôt de facteurs proprement juridiques, tantôt de facteurs plus économiques. Or, le droit économique ne fait aucune distinction entre droit civil et droit commercial et le défaut de paiement de certains impôts, dus à l'occasion de l'activité d'une entreprise, sera souvent plus révélateur d'une situation sans issue que l'existence d'une traite impayée destinée à financer l'achat d'une maison de campagne. Il apparaît alors qu'une distinction fondée sur la nature des dettes impayées devient sans objet, si l'on considère que la cessation des paiements résulte seulement de la situation définitivement compromise du débiteur³⁸, très proche, en réalité, de son insolvabilité.

On pouvait se demander, au regard de la jurisprudence, s'il n'y avait pas en réalité application des deux notions de cessation des paiements. La notion juridique, étroite, était généralement réservée au jugement déclaratif, alors que l'autre notion, plus économique, était souvent appliquée par le jugement de report de la date de cessation des paiements, destinée à fixer le point de départ de la période suspecte³⁹.

Pendant, plus récemment, un certain nombre d'arrêts de la Cour de cassation ont semblé abandonner cette distinction, et admettre que, même pour le prononcé initial de la faillite ou du règlement judiciaire, l'arrêt matériel des paiements n'était pas nécessairement exigé, et qu'une situation désespérée pouvait suffire⁴⁰.

En ce sens, la jurisprudence semble même aller très loin. Ainsi, un arrêt de la Chambre commerciale⁴¹, après avoir rappelé que « le défaut de paiement d'une dette fiscale ne peut, à lui seul, révéler l'état de cessation des paiements du commerçant qui n'a pas d'autres dettes », admet néanmoins que les juges du fond peuvent valablement décider que la situation d'une société commerciale se trouvait être définitivement compromise dans son ensemble dès le jour où, bien que pratiquée à l'occasion d'une dette fiscale,

37. Com., 1^{er} juin 1965, cette *Revue*, 1965.392 ; 27 avr. et 13 juil. 1966, *ibid.*, 1966.1064. 1004 ; 14 nov. 1966, *ibid.*, 1967.565 ; 17 avr. 1967, *ibid.*, 1967.858 ; 8 juin 1967, *Bull. civ.*, III, n° 229, p. 221, cette *Revue*, 1968.128 ; 30 oct. 1967, *ibid.*, 1968.128 ; Limoges, 16 févr. 1968, *ibid.*, 1968.391 ; Com., 15 juill. 1968, *ibid.*, 1969.171 ; 3 déc. 1968, *Bull. civ.*, IV, n° 339, p. 306 ; D., 1969, Somm., 54 ; cette *Revue*, 1969.564.

38. Cf. BORD, *Règlement judiciaire et liquidation des biens*, Dalloz, 1960, n° 36.

39. Com., 24 mai 1966, cette *Revue*, 1966.1004 ; 4 janv. 1967, *ibid.*, 1967.859 ; 22 mai 1967, *ibid.*, 1968.129. V. R. HOURIN, *Répert. Dalloz Droit com.*, V° Faill.-Règl. jud. n° 94 et s. et références citées.

40. Com., 17 avr. 1967, obs. HOURIN, cette *Revue*, 1967.858, *Bull. civ.*, III, n° 147, p. 147 ; Com., 23 janv. 1968, obs. HOURIN, cette *Revue*, 1968.1133, *Bull. civ.*, IV, n° 37, p. 37.

41. Com., 23 janv. 1968, *Bull. civ.*, IV, n° 36, p. 26 ; obs. HOURIN, cette *Revue*, 1968.1134.

la saisie de son matériel a provoqué la mise en vente de son fonds de commerce et révélé ainsi l'état désespéré de la situation de cette société commerciale, quant à l'exécution de ses obligations envers tous ses créanciers commerciaux ou non.

En l'espèce, le pourvoi souligne que le défaut de paiement du débiteur ne portait que sur une dette fiscale (contributions indirectes), donc de nature non commerciale ; que, d'autre part, aucun protêt n'avait été dressé avant le jour où, d'elle-même, la société a déclaré cesser ses paiements ; enfin, que la société n'avait accompli aucune manœuvre frauduleuse pour se procurer des fonds. La solution admise par la Chambre commerciale apparaît donc extrêmement extensive et l'on peut se demander si cet arrêt, rendu sous l'empire de l'article 637 du Code de commerce, n'a pas subi l'influence indirecte de la loi du 13 juillet 1967.

II

LA LOI DU 13 JUILLET 1967

Certes, sous l'empire des textes antérieurs à la loi de 1967, le défaut de paiement de dettes civiles donne au créancier le droit d'assigner son débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens et joue un rôle dans l'appréciation de la situation générale du débiteur, donc de l'état de cessation des paiements ; mais le fait même de la cessation des paiements, c'est-à-dire l'arrêt matériel des paiements, dans la mesure où on l'exige encore, doit porter sur des dettes commerciales. La solution restrictive ainsi retenue devait susciter en doctrine un certain nombre de critiques.

On souligne d'abord la relativité de la notion de dette commerciale et le caractère artificiel du critère adopté⁴².

On ajoute que tout le patrimoine du débiteur répond de l'ensemble de ses dettes, civiles ou commerciales, et que, par conséquent, le défaut de paiement d'une masse de dettes importantes peut laisser à des entreprises obérées l'apparence d'une situation saine, alors qu'elles ont cessé, en fait, d'être *in bonis*⁴³.

On remarque que, dans le cadre d'une politique générale d'assainissement des professions commerciales, on tend à éliminer rapidement les entreprises déficientes et à protéger efficacement les intérêts de la masse des créanciers chirographaires. Il faut donc sanctionner sans retard toutes les défaillances

42. GRANCHET, *op. cit.* (note 25), p. 113. Comp. DERRIDA, note précitée (note 20) : une dette soustraite à la compétence de la juridiction consulaire pourrait, néanmoins, être qualifiée ou commerciale pour le prononcé de la faillite ou du règlement judiciaire.

43. V. *supra*, note 12. En effet, le droit français n'a pas admis, comme certaines législations étrangères, la séparation de la fortune commerciale et de la fortune générale du commerçant (v., par ex., la notion allemande du patrimoine d'affectation : au sein du patrimoine d'une personne, peuvent figurer des patrimoines spécialisés ou patrimoines d'affectation constitutifs d'universalités de droit. Seuls les créanciers dont le droit est né à l'occasion de ce patrimoine ont action sur lui, mais ils n'ont action que sur ce patrimoine et n'ont aucun droit sur les biens composant les autres patrimoines du débiteur).

graves du commerçant, quelles qu'elles soient, et exiger de sa part une exécution scrupuleuse de toutes ses obligations, sous la menace de la mise en œuvre des procédures collectives de liquidation.

Enfin, le Droit comparé fournit des exemples de législations ayant abandonné cette condition de la nature commerciale des dettes et admettant que le défaut de paiement d'une dette civile puisse motiver une déclaration de faillite, même en l'absence de dettes commerciales⁴⁴.

Néanmoins, on peut se demander si le législateur de 1967 a entendu consacrer, aux termes de l'article 2, alinéa 1^{er}, la réforme que certains souhaitaient. En déclarant que le règlement judiciaire ou la liquidation des biens peut également être ouvert sur l'assignation d'un créancier, « quelle que soit la nature de sa créance », le texte nouveau semble se borner à consacrer la solution jurisprudentielle antérieure permettant à tout créancier civil d'assigner son débiteur en règlement judiciaire, ou en liquidation de biens, à condition d'établir, d'un autre côté, le non-paiement de dettes commerciales.

Mais une telle interprétation serait, semble-t-il, incompatible avec l'article 1 qui étend les nouvelles procédures collectives de liquidation aux « personnes morales de droit privé non commerçantes », pour lesquelles il ne saurait évidemment être question d'exiger un défaut de paiement de dettes commerciales. Doit-on alors réserver à ces personnes la formule de l'article 2, alinéa 1^{er} (A), ou peut-on étendre celle-ci aux débiteurs commerçants, personnes physiques ou morales (B) ?

A. — Le débiteur non commerçant

Si certains auteurs ne semblent pas avoir soulevé la question de l'interprétation de l'article 2, alinéa 1^{er}, de la loi du 13 juillet 1967⁴⁵, le plus souvent la doctrine s'est interrogée sur la portée de ce texte.

En faveur d'une interprétation restrictive, tendant à réserver les dispositions nouvelles aux personnes morales de droit privé civiles. Mme Honorat fait valoir que c'est en raison de l'extension de l'application de la loi à celles-ci que le texte a été adopté⁴⁶.

Elle ajoute que le membre de phrase relatif à la nature de la créance a été introduit dans le texte concernant l'assignation des créanciers ; il lui paraît donc difficile d'en déduire « la transformation de la notion de cessation des paiements d'un commerçant ». Enfin, conclut cet auteur, « il semble que si le

44. Ainsi, en Italie, alors que le Code de commerce de 1882 (art. 683) ne s'attachait qu'à la cessation des paiements commerciaux, d'après la loi du 16 mars 1942 (art. 5), le défaut de paiement de dettes étrangères au commerce peut constituer un indice révélateur de l'*insolvenza*. De même, en Belgique, le ministre de la Justice proposait dans son rapport au Sénat (18 mars 1951) une interprétation large des dispositions de l'article 437 de la loi du 18 avril 1851 (« Tout commerçant qui cesse ses paiements et dont le crédit se trouve ébranlé est en état de faillite »).

45. Du PONTAVICE, « La réforme de la faillite (loi du 13 juill. 1967) », *J.C.P.*, 1968.I.2138 ; TOUJAS et ARJENSON, « La réforme de la faillite. Le nouveau régime du règlement judiciaire et de la liquidation des biens (loi du 13 juill. 1967, Décret du 22 déc. 1967) », *J.C.P.*, 1968.I.2179.

46. A. HONORAT, « Innovations de la loi du 13 juillet 1967 et du décret du 22 décembre 1967 relatifs au règlement judiciaire et à la liquidation des biens », *J.-Cl. com.*, art. 437 à 614-2°.

législateur avait voulu un tel résultat, c'est dans l'article 1 de la loi qu'il aurait indiqué que la cessation des paiements, *quelqu'ils soient*, d'un commerçant entraîne l'ouverture d'une procédure de règlement judiciaire ou de liquidation des biens.

Sans défendre aussi nettement la solution restrictive, un certain nombre de commentateurs semblent hésiter sur la portée novatrice du texte.

Ainsi, « il semble que la loi de 1967 admette que le défaut de paiement des dettes non commerciales puisse être constitutif de la cessation des paiements »⁴⁷. Cependant, l'auteur ajoute à cette considération deux restrictions. D'une part, l'article 2, alinéa 1, « a trait à la recevabilité de l'action et non à la notion de cessation des paiements ». D'autre part, s'il est certain qu'au regard des personnes morales de droit privé non commerçantes, la cessation des paiements ne peut résulter que du défaut de paiement de dettes non commerciales, « à tous autres égards, la notion de cessation des paiements n'est pas modifiée ».

M. Lagarde⁴⁸ semble également s'interroger sur la portée du texte nouveau et prévoit que, peut-être, une jurisprudence extensive admettra, d'une manière générale, que le non paiement d'une dette civile entraîne la cessation des paiements.

M. Houin⁴⁹ constate que le texte vise certainement les « personnes morales de droit privé non commerçantes », pour lesquelles « il ne saurait être question d'exiger un défaut de paiement de dettes commerciales » ; néanmoins, ajoute-t-il, « il est possible que le Parlement ait voulu aller plus loin et permettre à un créancier non commercial — le Trésor notamment, qui est dorénavant associé étroitement à la procédure — de demander la mise en règlement judiciaire ou en liquidation des biens du débiteur pour simple défaut de paiement d'une dette civile ».

Ces hésitations reflètent, semble-t-il, une certaine incertitude au cours des travaux préparatoires. Le projet primitif proposé par le Gouvernement précisait déjà que tout créancier, titulaire d'une créance civile ou commerciale, peut assigner son débiteur en règlement judiciaire ou en liquidation des biens. Selon le rapporteur à l'Assemblée nationale⁵⁰, la nouvelle disposition de l'article 2 devrait « permettre au Trésor d'assigner le débiteur, comme il a été reconnu par la jurisprudence que la Sécurité sociale pouvait le faire pour ses propres créances ».

Cependant, la commission, suivant son rapporteur, propose la suppression « quelle que soit la nature de sa créance », car « cette précision n'était pas indispensable dans la mesure où la rédaction du premier alinéa ne limitait pas à une catégorie particulière de créanciers le droit d'assigner en règlement judiciaire ou en liquidation des biens ».

L'Assemblée nationale, suivant son rapporteur, supprime ce membre de phrase qu'elle juge inutile : « une créance a toujours une nature, et quelle que soit sa nature, elle permet d'assigner le débiteur en cessation des paiements »⁵¹.

Le rapporteur devant le Sénat demande, au contraire, le rétablissement du membre de phrase figurant dans le texte du Gouvernement, considérant que ce rétablissement « s'impose, de toute manière, après la décision prise à l'article premier, d'étendre le champ d'application de la loi aux personnes morales de droit privé non commerçantes »⁵².

Devant les deux assemblées, le Gouvernement, en la personne du Garde des Sceaux, donne son accord à la suppression, puis au rétablissement de la phrase.

Finalement, la commission mixte paritaire se prononce pour le rétablissement. Après avoir rappelé les difficultés auxquelles s'était heurtée la jurisprudence pour distinguer créances civiles et commerciales, « notamment en ce qui concerne les créances d'impôt et les créances de Sécurité Sociale », la commission considère que désormais la question sera tranchée, « puisque les organismes ayant un caractère civil pourront être poursuivis et mis en règlement ou en liquidation, et que les créances civiles pourront donc donner lieu à des poursuites de ce genre »⁵³.

En définitive, peut-on dégager la volonté du législateur des opinions soutenues au cours des travaux préparatoires ?

A deux reprises, les commissions semblent établir un lien entre les dispositions de l'article 2, alinéa 1^{er}, et l'inclusion des personnes morales de droit privé non commerçantes dans le champ d'application de la loi. Faut-il en conclure que le législateur a entendu limiter l'application de l'article 2, alinéa 1^{er} aux seuls débiteurs non commerçants ? Il semble difficile de l'admettre. En effet, par deux fois aussi, les rapports évoquent le cas des créances fiscales dont le non paiement semblerait désormais susceptible de provoquer la cessation des paiements du débiteur, même commerçant.

B. — Le débiteur commerçant

L'imprécision, la contradiction même qui paraît se dégager des opinions émises au cours des débats ne favorisent pas la reconstitution de la pensée du législateur. C'est d'ailleurs cette confusion qui avait attiré le mépris d'Henri Capitant pour les travaux préparatoires⁵⁴.

Le législateur semble néanmoins assez nettement conscient d'étendre la cessation des paiements au défaut de paiement des dettes fiscales⁵⁵.

Dans la mesure où les travaux préparatoires n'ont pas pu modifier la nature traditionnellement non commerciale des dettes fiscales, quelles qu'elles soient, on pourrait, semble-t-il, en déduire le caractère général, et l'application à tout débiteur des dispositions de l'article 2, alinéa 1^{er}.

52. Rapport précité (note 2).

53. J.O. Déb. Sénat, 23 juin 1967, p. 735.

54. CAPITANT, *L'interprétation des lois d'après les travaux préparatoires*, D.H., 1935, Chron. 77.

55. Il faut rappeler, d'ailleurs, qu'un projet de loi avait été déposé en 1947 pour permettre au Trésor de faire déclarer la faillite du commerçant qui laisse impayer ses dettes fiscales, « impôts, droits, taxes, confiscations et profits assimilés, dus à raison de l'exploitation du commerce » : Projet de loi déposé le 27 mars 1947 par le Gouvernement Ramadier (J.O. Travaux parlement, 1947, annexe n° 1084, p. 689). Le projet fut renvoyé à la Commission des finances, d'où il n'est jamais sorti.

47. Répertoire Dalloz, *Mise à jour*, 1969, *Faillite-Règlement judiciaire*, n° 98.

48. LAGARDE, *Cours de droit commercial*, 1967-68, p. 93.

49. HOVIN, *obs.*, in cette *Revue*, 1968, p. 127, n° 5.

50. Rapport précité (note 2).

51. Déb. Ass. nat., précités (note 2).

D'ailleurs, beaucoup d'auteurs paraissent favorables à une telle interprétation⁵⁶. Ainsi, M. Derrida, se référant aux principes généraux d'interprétation des textes, fait valoir un premier argument de bon sens tiré d'une présomption d'utilité de l'intervention législative : « A moins d'une déclaration expresse en sens contraire, on ne peut admettre que la solution soit la même, que le législateur ait ou non édicté un texte ». Il ajoute qu'en l'espèce l'expression « quelle que soit la nature de sa créance » implique clairement « que la nature de la créance est indifférente au prononcé du règlement judiciaire ou de la liquidation des biens ; il suffit que le commerçant ait cessé ses paiements, quels qu'ils soient ». En effet, si une interprétation littérale du texte conduit à en limiter la portée à l'hypothèse très précise du droit d'assignation du créancier, il semble difficile, à partir du moment où l'on donne aux dispositions visées un caractère plus général, d'introduire une distinction, qu'elles ne prévoient pas, entre débiteurs commerçants et non commerçants.

Aux arguments, tirés directement de l'interprétation des textes, M. Derrida ajoute que la thèse novatrice constituerait, pour le Trésor, en pratique le principal bénéficiaire d'une telle extension, une juste contrepartie des abandons qu'il a consentis ou subis dans la plupart de ses prérogatives antérieures⁵⁷.

Il rappelle, en outre, que la moralité du commerçant est « indivisible ». Celui-ci ne doit pas, « en se procurant du crédit forcé au détriment de ses créanciers, spécialement du fisc, donc des autres contribuables, obtenir une position de supériorité sur les autres concurrents : la concurrence s'en trouve faussée ; l'activité professionnelle de l'intéressé est bien engagée »⁵⁸.

D'autre part, « puisque les personnes morales non commerçants encourent le règlement judiciaire ou la liquidation des biens pour le défaut de paiement de leurs dettes qui sont presque toujours civiles, ne doit-on pas se montrer

56. BORD, *op. cit.* (note 38), n° 36 ; DERRIDA, *La réforme du règlement judiciaire et de la faillite*, Paris, 1969, p. 48 et s. ; J.-Y. CHEVALLIER, « Les conditions d'ouverture des nouvelles procédures collectives », in *Faillites, Règlements judiciaires, Banqueroutes, Liquidation des biens, Faillite personnelle*, Ouvrage collectif sous la direction de B. RODIÈRE, Paris, 1969, p. 80 ; GUYÉNOT, *Règlement judiciaire et liquidation des biens, Faillite personnelle et infractions spéciales*, Paris, 1968, p. 17, n° 15 ; JULLIOT DE LA MORANDIÈRE et RODIÈRE, *op. cit.* (note 27), p. 232, n° 246 ; L. MAZEAUD, *Cours de droit commercial*, 1967-68, p. 577 ; SOLAL, « Les nouveaux concepts introduits dans le droit des faillites par la loi du 13 juillet 1967 », cette *Revue*, 1969, p. 719 ; note SORTAIS sous Aix-en-Provence, 22 mai 1969, *J. C. P.*, 1970, 16174 ; comp. *Dictionn. perm. off.*, V° *Faillite-Règlement judiciaire*, 1^{re} partie, p. 549, n° 25.

57. V. DERRIDA, *op. cit.* (note 56), n° 109. Comp. loi n° 66-1007 du 28 déc. 1966 (*Rép. Deffrénois*, 1967, lég., p. 100 ; obs. HOUIN, cette *Revue*, 1966, p. 1036, n° 58) qui rend obligatoire la publication du privilège du Trésor en matière fiscale, et décret n° 67-1124, portant application de cette loi (*Rép. Deffrénois*, 1968, lég., p. 228), pris le 22 déc. 1967.

Dans les textes actuels relatifs au règlement judiciaire et à la liquidation des biens, beaucoup de dispositions sont consacrées aux créances fiscales. Elles ont pour effet d'aligner, dans l'ensemble, la situation du Trésor sur celle des autres créanciers, alors qu'auparavant, il était pour ainsi dire étranger à la procédure, exerçant le plus souvent ses droits au mépris de ceux des autres, ou du moins les ignorant. Aujourd'hui, il voit son paiement différé plus que compromis, car il a conservé ses sûretés, mais il doit en effectuer la publication.

58. DERRIDA, *op. cit.* (note 56), p. 51.

au moins aussi rigoureux pour les commerçants au regard de leurs propres dettes civiles ? »⁵⁹

D'ailleurs, pourrait-on remarquer, l'esprit général de la loi du 13 juillet 1967 semble favorable à une conception assez nettement économique du règlement judiciaire et de la liquidation des biens.

Soulignant les défauts de la législation antérieure, le rapporteur du projet devant le Sénat précise « qu'une enquête de l'Inspection générale des Finances a fait ressortir que cette situation était due à une conception plus juridique qu'économique que nous avions de la faillite ».

En outre, l'organisation, par l'ordonnance du 23 septembre 1967, de procédures « tendant à faciliter le redressement économique et financier de certaines entreprises » correspond très nettement à une conception beaucoup plus économique que juridique des différentes procédures collectives de règlement ou liquidation des biens puisque les tribunaux sont invités à rechercher si la disparition d'une entreprise risque ou non de porter un trouble grave à l'économie nationale ou régionale⁶⁰.

Donc, de plus en plus, les tribunaux sont conduits, en matière de règlement judiciaire et de liquidation des biens, à dresser une sorte de « bilan économique » des entreprises. Au regard d'une telle appréciation, une distinction fondée sur le caractère civil ou commercial des dettes paraît difficile à justifier. Ainsi, la distinction entre le non-paiement des dettes envers la Sécurité Sociale et celui des dettes fiscales, si certaines raisons l'expliquent⁶¹, apparaît artificielle quant aux conséquences sur l'activité économique de l'entreprise.

On pourrait encore ajouter, semble-t-il, un argument tiré de l'examen des législations au sein du Marché Commun. Les Pays-Bas et l'Allemagne, en appliquant la faillite à la fois aux commerçants et aux non-commerçants, ne distinguent pas selon la nature des dettes impayées. L'Italie et la Belgique, tout en réservant la faillite aux commerçants, admettent néanmoins que le défaut de paiement des dettes civiles peut constituer un indice révélateur de la cessation des paiements⁶². Il semble donc souhaitable que la législation française adopte une conception semblable.

59. DERRIDA, *op. cit.* (note 56), p. 51.

60. V. obs. HOUIN, cette *Revue*, 1968, p. 1129 et 1969, p. 159, et la jurisprudence citée : il s'agit, désormais, par les juges, « non seulement de vérifier si « en droit » les conditions de la suspension des poursuites sont réunies, mais aussi et surtout si la situation économique de l'entreprise justifie cette mesure : les juges doivent analyser les causes de la situation financière actuelle de cette entreprise, et rechercher si ces causes peuvent être écartées à l'avenir et si un redressement est possible ; les juges doivent aussi rechercher la place que l'entreprise tient dans la vie économique régionale et nationale, afin de dire si sa disparition est de nature à entraîner un trouble grave. On se trouve en présence d'un véritable droit économique pour l'application duquel les qualités de juriste doivent se doubler de qualités de chef d'entreprise et d'économiste. La tâche est délicate, mais les premières applications qui sont faites de l'ordonnance du 23 septembre 1967 prouvent qu'elle peut être remplie de façon satisfaisante par les juges consulaires des tribunaux de commerce à compétence élargie ».

61. V. notamment LAGARDE, *Cours de droit commercial*, 1962-63 : « La raison véritable est tirée de l'égalité des citoyens devant les charges publiques, devant l'impôt en particulier, cette égalité s'oppose à ce que certains mauvais payeurs d'impôts soient passibles d'une sanction grave — la faillite — inapplicable aux autres mauvais contribuables exerçant une profession différente ».

62. V. *supra* (note 44).

La jurisprudence n'a, sans doute, guère eu d'occasion de se prononcer sur le point précis de l'interprétation de l'article 2, alinéa 1^{er} de la loi du 13 juillet 1967.

On rappellera cependant un jugement du Tribunal de commerce de Bordeaux⁶³ qui répond, en termes extrêmement discrets, aux conclusions précises déposées par l'une des parties.

L'épouse divorcée d'un sieur V... avait assigné celui-ci devant le tribunal de commerce afin de faire constater l'état de cessation des paiements de V..., débiteur d'une pension alimentaire mise à sa charge par le jugement de divorce. Les conclusions du défendeur tendaient à voir débouter la dame M... de sa demande « motif pris de ce qu'elle se prévaut d'une dette civile à l'égard de son ex-mari dont la solvabilité est certaine et qui, de ce fait, ne peut être considéré en état de cessation de paiements ».

En l'espèce se posait donc très nettement la question de savoir si, sous l'empire de la loi de 1967, le non-paiement d'une dette civile pouvait entraîner la cessation des paiements. On ne pouvait envisager, bien évidemment d'appliquer la théorie de l'accessoire à propos d'une dette de nature aussi franchement civile.

Le tribunal se contente de constater, pour débouter la dame M..., « qu'aucune liste de protêts n'est jointe à la demande, et que la seule dette dont il est fait état est insuffisante pour établir la cessation des paiements ».

Il est difficile de déterminer la portée de termes volontairement aussi mesurés. On peut seulement en conclure, sans doute, que le tribunal n'a pas cru devoir reprendre les conclusions du défendeur relatives à la nature civile de la dette invoquée, parce que le principe d'exclusion des dettes civiles affirmé par une jurisprudence unanime avant la loi de 1967 ne lui paraissait pas découler de façon certaine des nouvelles dispositions.

Beaucoup plus nets apparaissent les motifs d'un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence du 22 mai 1969⁶⁴. Il s'agissait d'une société civile immobilière, *Confort et Habitat*, qui, poursuivie et assignée par trois créanciers, avait été déclarée en règlement judiciaire par un jugement du 6 septembre 1968 rendu par le Tribunal de commerce de Nice. La Cour d'appel, saisie d'abord par la société appelante de la question de « l'incompétence du tribunal de commerce pour prononcer le règlement judiciaire d'une société immobilière dont l'objet était purement civil », considère la société comme commerciale par son objet, en raison des dispositions de l'article 632 du Code de commerce, complétées par l'article 151-II de la loi du 13 juillet 1967. Ainsi, l'autre problème de droit soulevé devait prendre toute sa valeur. En effet, la société appelante soutenait aussi qu'elle ne « saurait être considérée comme en état de cessation des paiements ». A cet égard, elle faisait valoir d'une part l'existence d'un actif supérieur au passif, d'autre part la nature civile de l'une des créances, origine de la poursuite.

Sur le premier point, l'arrêt énonce que « même si l'actif s'avérait supérieur au passif ... il demeure qu'au jour de sa mise en règlement judiciaire, cette société, commerciale par son objet, était en état de cessation de paiements, ce qui justifie la décision prise par le tribunal de commerce ». Faut-il

conclure de ce motif, comme le propose le commentateur de l'arrêt, que « même si la cessation des paiements avait pris fin lorsqu'elle a statué, la Cour d'appel aurait refusé d'infirmar le « jugement déclaratif », du moment que la société débitrice avait cessé ses paiements « au jour de sa mise en règlement judiciaire » ? Ou bien s'agit-il d'un retour à une conception plus juridique de l'état de cessation des paiements qui, lié à un arrêt matériel des paiements, serait nettement distinct de l'insolvabilité du débiteur ?

Une telle position semble d'ailleurs logique si l'on élargit parallèlement la définition du fait même de la cessation des paiements en rejetant toute distinction fondée sur leur nature juridique. Or, la Cour d'appel adopte sur ce point une attitude très nette. En effet, dans la mesure où la nature commerciale des deux autres créances ne semblait pas contestée, les juges auraient pu, semble-t-il, éviter de répondre directement à l'argument de l'appelante, fondé sur la nature civile de la troisième créance. L'arrêt déclare cependant, sans ambiguïté, que « depuis la loi du 13 juillet 1967, peu importe que la créance du sieur P... soit de nature civile, comme le prétend la société appelante ».

C'est à la Cour de cassation qu'il appartiendra de trancher, la question. Peut-être pourrait-on voir, dans l'arrêt du 23 janvier 1968⁶⁵ l'indice d'un revirement de la jurisprudence des juges suprêmes. En déduisant l'état de cessation des paiements d'un commerçant du seul défaut de paiement d'une dette fiscale, donc non commerciale, la Cour suprême ne s'oriente-t-elle pas déjà dans la direction qui lui est indiquée par la loi du 13 juillet 1967, pourtant inapplicable en l'espèce ?

Cette décision qui apparaît extrêmement extensive au regard de la loi ancienne permettrait de prévoir le caractère général que la Chambre commerciale entendrait donner à la précision introduite dans l'article 2, alinéa 1^{er}.

En définitive, on sera tenté de penser que la loi du 13 juillet 1967, malgré une certaine maladresse dans la rédaction, a supprimé toute distinction fondée sur la nature des dettes susceptibles de provoquer la cessation des paiements d'un débiteur, commerçant ou non.

Mais une telle interprétation ne risque-t-elle pas d'entraîner des conséquences inadmissibles ? Le défaut de paiement d'une pension alimentaire mise à la charge du débiteur par un jugement de divorce, ou le non-paiement des impôts personnels du commerçant, entraînerait la cessation des paiements de celui-ci, au même titre que le défaut de paiement de dettes concernant son activité commerciale. D'une part, on arriverait à retirer ainsi aux procédures collectives de liquidation leur caractère traditionnellement commercial. Le commerçant, personne physique, serait presque soumis à un double régime, de faillite civile lorsqu'il agit comme un simple particulier et ne paie pas ses dettes civiles, et de liquidation des biens commerciaux lorsqu'il ne remplit pas ses obligations commerciales.

Certes, cette interprétation aurait l'avantage de préfigurer en quelque sorte l'introduction dans notre droit de la faillite civile de tout débiteur, que beaucoup souhaitent⁶⁶. Cependant, il apparaît difficile, à notre sens,

64. Com., 23 janv. 1968, *précité* (note 41).

65. *bis*. V. MOLLAT, rapport *précité* (note 5). Comp. P. P. DIDIER, *Le Monde* du 30 déc. 1969, le développement du crédit appelle l'extension de la procédure de faillite : « Mais précisément, le rapport de l'Inspection » signale l'arbitraire des frontières et la loi

63. Trib. com. Bordeaux, 9 sept. 1969, *inédit*.

64 *bis*. Aix-en-Provence, 22 mai 1969, *J.C.P.*, 1970.16174, note Sortais.

de prêter au législateur une intention aussi largement éloignée de la conception traditionnellement commerciale des procédures du règlement judiciaire et de liquidation des biens.

D'autre part, en examinant les dettes civiles d'un débiteur commerçant, personne physique, pour apprécier l'état de cessation des paiements, on aboutit, semble-t-il à confondre l'individu et son entreprise. Or, le législateur du 13 juillet a précisé que l'un des objectifs principaux de la réforme était la distinction de l'homme et de l'entreprise.

L'objet de cette distinction est ainsi exprimé, dans l'exposé des motifs du projet gouvernemental : « Eliminer les entreprises économiquement condamnées, sans cependant frapper d'infamie les dirigeants qui ne l'ont pas mérité, et assurer la survie d'entreprises pouvant être financièrement redressées, au besoin en écartant leurs dirigeants dont la gestion serait critiquable »⁶⁵.

Ce principe trouve son application dans différentes dispositions du texte. C'est ainsi qu'une séparation très nette est établie entre les effets patrimoniaux de la cessation des paiements et ses effets personnels qui se traduisent par des déchéances.

On a pu souligner, il est vrai, que « l'examen des textes permet de constater que cette séparation de l'homme et de l'entreprise est souvent illusoire, surtout dans le cas des entreprises individuelles »⁶⁶.

Il n'en demeure pas moins qu'il s'agissait là d'une des idées directrices de la réforme et qu'il serait préférable d'en assurer, si possible, le respect.

Peut-être pourrait-on alors n'envisager l'admission des dettes civiles garmi les dettes susceptibles de provoquer la cessation des paiements que sous certaines conditions.

On pourrait, reprenant les conceptions de Renouard⁶⁷, admettre le non-paiement des dettes civiles seulement dans la mesure où il a porté perturbation dans les affaires commerciales du débiteur; ou bien, s'inspirant du système belge, adopter « cette idée que ce sera au tribunal de commerce à apprécier si la cessation des paiements de dettes, soit civiles soit commerciales, porte atteinte au crédit, à la solvabilité du débiteur, compromet l'ensemble de ses opérations »⁶⁸.

de 1967 a étendu le domaine de la faillite à tous les groupements de droit privé, quels qu'en soient le but ou la forme : sociétés civiles, coopératives, associations, syndicats, etc. Un moment, il avait été envisagé d'aller plus loin, et la question peut effectivement se poser. La procédure de faillite, en effet, est utile chaque fois qu'un débiteur se trouve en face de nombreux créanciers. Elle permet au débiteur de négocier avec la majorité de ses créanciers une transaction collective qui s'impose même à la minorité. Les sanctions qui l'accompagnent sont là, précisément, pour éviter que l'espoir de cette transaction ne devienne une tentation pour le débiteur. Aujourd'hui que toutes les entreprises, tous les groupements font appel aux banques et que les particuliers achètent leurs appartements, leurs meubles, leurs voitures, leurs loisirs à tempérament, la faillite risque de devenir une procédure aussi commune que le crédit. Il lui faudra simplement s'adapter à ces clientèles nouvelles, et l'on peut imaginer pour certains des procédures plus simples, ou des sanctions plus spécifiques, notamment une interdiction de crédit, comme il existe une interdiction de jeu ».

65. Exposé des motifs, op. cit. (note 2).

66. PIROVANO, De la corrélation existant entre la règle de la suspension des poursuites individuelles et la procédure de vérification des créances, D., 1968, Chron. 163.

67. RENOUARD, op. cit. (note 7).

68. Rapport min. Justice au Sénat, 18 mars 1851, Commentaire de la loi n° 94, 96, du 18 avr. 1851. V. Travaux préparatoires.

Ce serait exiger que le non-paiement des dettes civiles ait porté perturbation, non pas dans les affaires commerciales mais plutôt dans la vie économique de l'entreprise.

Une telle conception aurait l'avantage de tenir compte à la fois des objectifs généraux de la loi et des dispositions particulières de l'article 2, alinéa 1^{er}, tout en permettant une appréciation des activités de l'entreprise plus proche des réalités économiques, conformément à une autre idée directrice de la réforme.

D'ailleurs, on peut se demander si, confrontées à la jurisprudence la plus récente, les dispositions nouvelles de l'article 2, alinéa 1^{er} de la loi de 1967 constituent un véritable bouleversement.

La Cour de cassation admettait que la cessation des paiements découle d'une situation générale du débiteur « sans issue », même si l'arrêt matériel des paiements porte seulement sur une dette non commerciale⁶⁹.

La loi permet désormais de constater la cessation des paiements du débiteur qui cesse d'honorer ses dettes civiles, mais elle n'a pas supprimé cependant l'exigence d'un état de cessation des paiements impliquant une situation générale sans issue.

Les deux solutions sont très proches et l'innovation du législateur est beaucoup moins audacieuse qu'elle ne paraît d'abord, à condition, toutefois, qu'elle ne transforme pas totalement le caractère des procédures collectives en permettant de déclarer la cessation des paiements du commerçant dont l'entreprise reste parfaitement saine mais dont la situation est largement compromise sur le plan civil; autrement dit, à condition d'exiger que le défaut de paiement des dettes civiles ait porté perturbation dans la vie économique de l'entreprise.

♦♦

En définitive, le législateur avait deux moyens de consacrer la solution jurisprudentielle antérieure.

Il pouvait transformer l'état de cessation des paiements et, considérant qu'un tel état est distinct d'un arrêt matériel des paiements, adopter très nettement une notion économique de la cessation des paiements⁷⁰. Mais une transformation aussi complète des concepts juridiques en concepts purement économiques serait peut-être prématurée. Malgré les progrès actuels réalisés dans le domaine des techniques d'analyse, les risques d'erreurs subsistent.

D'autre part, une telle modification mettrait nécessairement en cause la compétence, tant intellectuelle que matérielle, des tribunaux de commerce et supposerait la mise en place de nouvelles juridictions économiques.

69. Com., 23 janv. 1968, *précité* (note 41).

70. Certains auteurs souhaitent une analyse de l'activité d'une entreprise « en mouvement » : J.-Y. CHEVALLIER, op. cit. (note 56) : « Seule une analyse précise, complète, globale et scientifique pourrait permettre de prendre une décision en fonction des éléments de variabilité indéfinie qui composent l'activité et la situation d'une entreprise donnée; ce serait là l'objectif idéal à atteindre : l'entreprise serait envisagée, non pas au jour accidentel de l'échéance non honorée, mais selon des périodicités rationnellement fixées en raison de sa nature et de son activité ».

On a fait remarquer, enfin, que « la notion économique de cessation des paiements n'exigerait pas seulement une *analyse* du passé et du présent à travers l'étude du bilan ou de l'organisation de l'entreprise, mais aussi, et peut-être surtout, une *prévision* des chances futures de l'entreprise. Or, l'évaluation de ces chances doit tenir compte non seulement des éléments propres à l'entreprise, mais aussi de nombreux éléments extérieurs tels que la conjoncture économique, la situation politique, les goûts de la clientèle, l'évolution des techniques »⁷¹. On mesure les dangers inhérents à de tels diagnostics et pronostics.

Le législateur n'a pas consacré cette conception⁷² et a préféré, semble-t-il introduire une modification moins audacieuse du *fait même de la cessation des paiements*. En donnant la même valeur au non-paiement des dettes civiles et commerciales, on tient compte des nécessités de l'équilibre économique de l'entreprise, mais sans transformer totalement la notion d'état de cessation des paiements qui, pour être appréciée sur le plan économique, n'en demeure pas moins fondée sur des critères juridiques. En effet, en étendant la définition du fait même de la cessation des paiements, le texte nouveau permet peut-être de conserver un caractère plus strictement juridique à l'état de cessation des paiements qui résulterait de la double constatation d'un arrêt matériel de paiements, commerciaux ou non, et d'une situation commerciale ou économique perturbée par cette défaillance⁷³.

71. J.-Y. CHEVALLIER, *op. cit.* (note 56), p. 78, n° 30.

72. L'article 2, alinéa 1, à l'avant-projet de loi relatif à l'exécution collective de la faillite et aux banqueroutes était plus novateur. Ce texte visait « l'impossibilité d'exécuter ses dettes autrement que par des moyens ruineux ou frauduleux ».

73. Cf. Aix-en-Provence, 22 mai 1969, *précité* (note 63 bis), qui, tout en rejetant toute distinction fondée sur la nature juridique de la dette impayée, semble revenir à une conception plus juridique d'un état de cessation des paiements nettement distinct de l'insolvabilité.